

ΠΑΝΤΕΙΟ ΠΑΝΕΠΙΣΤΗΜΙΟ
ΤΜΗΜΑ ΔΙΕΘΝΩΝ ΕΥΡΩΠΑΪΚΩΝ ΚΑΙ ΠΕΡΙΦΕΡΕΙΑΚΩΝ ΣΠΟΥΔΩΝ



ΣΠΥΡΙΔΩΝ ΓΕΩΡΓΙΟΣ ΜΙΧΑΣ

**THE FAIR AND EQUITABLE TREATMENT STANDARD
IN INTERNATIONAL INVESTMENT LAW
(ΤΟ ΜΕΤΡΟ ΤΗΣ ΔΙΚΑΙΗΣ ΚΑΙ ΙΣΟΤΙΜΗΣ ΜΕΤΑΧΕΙΡΙΣΗΣ
ΣΤΟ ΔΙΕΘΝΕΣ ΕΠΕΝΔΥΤΙΚΟ ΔΙΚΑΙΟ)**

Εργασία στο πλαίσιο
του Μεταπτυχιακού Προγράμματος
**Διεθνές Οικονομικό, Χρηματοοικονομικό
& Τραπεζικό Δίκαιο Ευρωπαϊκό Δίκαιο**
Υπό την επίβλεψη της Καθηγήτριας
κας Μαρίας Μένγκ-Παπαντώνη

ΑΘΗΝΑ 2016

Η παρούσα εργασία είναι αφιερωμένη

στη μνήμη του Καθηγητή

Werner Meng

Προλεγόμενα-μεθοδολογία

Η παρούσα εργασία εξετάζει ένα πολύπλοκο θέμα του διεθνούς επενδυτικού δικαίου, ήτοι την ερμηνεία του μέτρου της δίκαιης και ισότιμης μεταχείρισης.

Η εκπόνηση της εργασίας βασίστηκε κυρίως στη μελέτη αποφάσεων των διεθνών διαιτητικών δικαστηρίων και λιγότερο στις θεωρητικές τοποθετήσεις. Οι θεωρητικές τοποθετήσεις και γενικεύσεις που αφορούν το μέτρο αντιμετωπίστηκαν με ιδιαίτερη επιφύλαξη. Τούτο καθώς το επενδυτικό δίκαιο αν και αποτελεί ειδικότερο τμήμα του διεθνούς δικαίου, δεν αποστασιοποιείται από αυτό και στη βάση του παραμένει διεθνές δίκαιο. Τούτο σημαίνει πως στον πυρήνα του διεθνούς επενδυτικού δικαίου υπάρχουν οι ίδιες αρχές που αποτελούν τον πυρήνα του κλασσικού διεθνούς δικαίου. Συνεπώς, οι αρχές της κυριαρχίας, της τήρησης των συμφωνιών και της ερμηνείας των συνθηκών θα απαντούν και στο επενδυτικό δίκαιο. Έτσι, οι υποχρεώσεις που αναλαμβάνουν τα συμβαλλόμενα σε επενδυτικές συμφωνίες κράτη οφείλουν να ερμηνεύονται με βάση τη συγκεκριμένη βούληση των μερών όπως αυτή εκφράζεται στην επενδυτική συνθήκη, να τηρούνται από το εκάστοτε κράτος υποδοχής και να γεννούν ευθύνη του σε περίπτωση παραβίασής τους από το κράτος υποδοχής. Οι θέσεις αυτές είναι σύμφωνες με τη διδασκαλία του επενδυτικού δικαίου από τον αλησμόνητο Καθηγητή Werner Meng.

Ως προς την εκπόνηση της εργασίας χρησιμοποιήθηκε εξ ολοκλήρου ξενόγλωσση βιβλιογραφία και νομολογία διαιτητικών δικαστηρίων. Οι όποιες επισημάνσεις στα κείμενα των αποφάσεων έχουν γίνει από το γράφοντα.

A. Περιεχόμενα

1. Εισαγωγή
2. Βασικά χαρακτηριστικά του FETS
3. Η σχέση του FET με το διεθνές ελάχιστο μέτρο προστασίας
4. Θεωρητικές απόψεις για το ουσιαστικό περιεχόμενο του FETS
 - 4.1.1. Η φορμαλιστική μέθοδος
 - 4.1.2. Η νομολογιακή μέθοδος
 - 4.1.3. Η περιπτωσιολογική μέθοδος
5. Η νομολογία των διαιτητικών δικαστηρίων
 - 5.1. Νομολογία που αφορά το άρθρο 1105 της NAFTA
 - 5.2. Νομολογία που αφορά διάφορες BIT
 - 5.3. Νομολογία σχετικά με την κρίση της Αργεντινής
6. Συμπεράσματα

B. Βιβλιογραφία¹

1. Surya P. Subedi, «International Investment Law: Reconciling Policy and Principle», 2008
2. Santiago Montt, «State Liability in Investment Treaty Arbitration: Global Constitutional and Administrative Law in the BIT Generation (Studies in International Law)», Hart Publishing, 2009
3. M. Sornarajah, «The International Law on Foreign Investment», Cambridge University Press, 2010
4. Roland Kläger, «Fair and Equitable Treatment in International Investment Law», Cambridge University Press, 2011
5. David Schneiderman (auth.), Palgrave Macmillan Socio-Legal Studies, «Resisting Economic Globalization: Critical Theory and International Investment Law», Macmillan Education UK, 2013
6. M. Sornarajah Resistance and Change in the International Law on Foreign Investment Cambridge University Press, 2015
7. Wenhua Shan, Jinyuan Su, «China and International Investment Law: Twenty Years of ICSID Membership», Brill – Nijhoff, 2014
8. Tullio Treves, Francesco Seatzu, Seline Trevisanut, «Foreign Investment, International Law and Common Concerns», Routledge, 2013
9. Martins Paparinskis, «The International Minimum Standard and Fair and Equitable Treatment», Oxford University Press, 2013
10. Hirsch, Moshe, Between Fair and Equitable Treatment and Stabilization Clause: Stable Legal Environment and Regulatory Change in International Investment Law (2011). The Journal of World Investment & Trade, Vol. 12, 2011. Available at SSRN: <https://ssrn.com/abstract=2272952>
11. Kingsbury, Benedict and Schill, Stephan W., Investor-State Arbitration as Governance: Fair and Equitable Treatment, Proportionality and the Emerging Global Administrative Law (September 2, 2009). NYU School of

¹ Προς διευκόλυνση, οι παραπομπές στη βιβλιογραφία γίνονται με όνομα συγγραφέα, (χρονολογία), και αριθμό σελίδας

- Law, Public Law Research Paper No. 09-46. Available at SSRN: <https://ssrn.com/abstract=1466980>
12. Kingsbury, Benedict and Schill, Stephan W., Investor-State Arbitration as Governance: Fair and Equitable Treatment, Proportionality and the Emerging Global Administrative Law (September 2, 2009). NYU School of Law, Public Law Research Paper No. 09-46. Available at SSRN: <https://ssrn.com/abstract=1466980>
 13. Mayeda, Graham, Playing Fair: The Meaning of Fair and Equitable Treatment in Bilateral Investment Treaties (2007). *Journal of World Trade*, Vol. 41, No. 2, pp. 273-291, 2007. Available at SSRN: <https://ssrn.com/abstract=1427307>
 14. Yost, Chris, A Case Review and Analysis of the Legitimate Expectations Principle as it Applies within the Fair and Equitable Treatment Standard (March 19, 2009). ANU College of Law Research Paper No. 09-01. Available at SSRN: <https://ssrn.com/abstract=1364996>
 15. Dumberry, Patrick, The Quest to Define 'Fair and Equitable Treatment' for Investors Under International Law: The Case of the NAFTA Chapter 11 Pope & Talbot Awards (October 23, 2008). *Journal of World Investment*, Vol. 3, No. 4, pp. 657-691, 2002. Available at SSRN: <https://ssrn.com/abstract=1288807>
 16. De Brabandere, Eric, States' Reassertion of Control Over International Investment Law - (Re)Defining 'Fair and Equitable Treatment' and 'Indirect Expropriation' (October 3, 2016). in Andreas Kulick (ed.), *States' Reassertion of Control over International Investment Agreements and International Investment Treaty Dispute Settlement* (Cambridge: Cambridge University Press, 2016); Grotius Centre Working Paper 2016/55-IEL; Leiden Law School Research Paper. Available at SSRN: <https://ssrn.com/abstract=2846998>
 17. Dumberry, Patrick, The Practice of States as Evidence of Custom: An Analysis of Fair and Equitable Treatment Standard Clauses in States' Foreign Investment Laws (May 1, 2016). *McGill Journal of Dispute Resolution*, Vol. 2, No. 1, 2016. Available at SSRN: <https://ssrn.com/abstract=2811191>
 18. Ünüvar, Günes, The Vague Meaning of Fair and Equitable Treatment Principle in Investment Arbitration and New Generation Clarifications (May 3, 2016). Jemielniak, Joanna and Kjær, Anne Lise (eds.) *Legal Interpretation in the Practice of International Courts and Tribunals*. Oxford University Press (Forthcoming); iCourts Working Paper Series No. 55, (2016). Available at SSRN: <https://ssrn.com/abstract=2774078>
 19. Pinchis, Mona, The Devil Is in the Details: Using Historical Methodology to Investigate 'Fair and' 'Equitable Treatment' Clauses in Post-War United States' Commercial Treaties. (August 4, 2015). Mona Pinchis, 'The Devil is in the Details: Using Historical Methodology to Investigate 'Fair and Equitable Treatment' Clauses in Post-War United States' Commercial Treaties' in Rainer Hofmann, Stephan Schill, Christian Tams (eds), *International Investment Law and History* (2016, Forthcoming).; King's College London Law School Research Paper No. 2015-40. Available at SSRN: <https://ssrn.com/abstract=2614869>

20. Draguiev, Deyan, Bad Faith Conduct of States in Violation of the 'Fair and Equitable Treatment' Standard in International Investment Law and Arbitration (February 21, 2014). J Int. Disp. Settlement (2014) 5 (2): 273-305. Available at SSRN: <https://ssrn.com/abstract=2543234>
21. Dumberry, Patrick, The Protection of Investors' Legitimate Expectations and the Fair and Equitable Treatment Standard under NAFTA Article 1105 (2014). Patrick Dumberry, The Protection of Investors' Legitimate Expectations and the Fair and Equitable Treatment Standard under NAFTA Article 1105, 31(1) Journal of International Arbitration (2014) p. 47-74. . Available at SSRN: <https://ssrn.com/abstract=2531002>
22. Dumberry, Patrick, The Prohibition against Arbitrary Conduct and the Fair and Equitable Treatment Standard under NAFTA Article 1105 (2014). 15 Journal of World Investment & Trade (2014), p. 117-151. Available at SSRN: <https://ssrn.com/abstract=2530985>
23. Dumberry, Patrick, The Prohibition against Arbitrary Conduct and the Fair and Equitable Treatment Standard under NAFTA Article 1105 (2014). 15 Journal of World Investment & Trade (2014), p. 117-151. Available at SSRN: <https://ssrn.com/abstract=2530985>
24. Paparinskis, Martins, Good Faith and Fair and Equitable Treatment in International Investment Law (October 1, 2014). in A Mitchell, M Sornarajah, and T Voon (eds), Good Faith and International Economic Law (Oxford University Press, Oxford 2015) (Forthcoming). Available at SSRN: <https://ssrn.com/abstract=2512664>

Γ. Νομολογία¹¹

1. ADC Affiliate Limited and ADC & ADMC Management Limited v. The Republic of Hungary, ICSID Case No. ARB/03/16
2. ADF Group Inc. v. United States of America, ICSID Case No. ARB (AF)/00/1
3. Alex Genin, Eastern Credit Limited, Inc. and A.S. Baltoil v. The Republic of Estonia, ICSID Case No. ARB/99/2
4. Azurix Corp. v. The Argentine Republic, ICSID Case No. ARB/01/12
5. Bayindir Insaat Turizm Ticaret Ve Sanayi A.S. v. Islamic Republic of Pakistan, ICSID Case No. ARB/03/29
6. BG Group Plc. v. The Republic of Argentina, UNCITRAL
7. Biwater Gauff (Tanzania) Ltd. v. United Republic of Tanzania, ICSID Case No. ARB/05/22
8. Champion Trading Company, Ameritrade International, Inc. v. Arab Republic of Egypt, ICSID Case No. ARB/02/9
9. CME Czech Republic B.V. v. The Czech Republic, UNCITRAL
10. CMS Gas Transmission Company v. The Republic of Argentina, ICSID Case No. ARB/01/8
11. Compañía de Aguas del Aconquija S.A. and Vivendi Universal S.A. v. Argentine Republic, ICSID Case No. ARB/97/3
12. Consortium RFCC v. Royaume du Maroc, ICSID Case No. ARB/00/6

¹¹ Οι υποθέσεις είναι προσβάσιμες μέσω της ιστοσελίδας <http://www.italaw.com>

13. Continental Casualty Company v. The Argentine Republic, ICSID Case No. ARB/03/9
14. Desert Line Projects LLC v. The Republic of Yemen, ICSID Case No. ARB/05/17
15. Deutsche Bank AG v. Democratic Socialist Republic of Sri Lanka, ICSID Case No. ARB/09/2
16. Duke Energy Electroquil Partners & Electroquil S.A. v. Republic of Ecuador, ICSID Case No. ARB/04/19
17. Eastern Sugar B.V. (Netherlands) v. The Czech Republic, SCC Case No. 088/2004
18. EDF (Services) Limited v. Romania, ICSID Case No. ARB/05/13
19. Emilio Agustín Maffezini v. The Kingdom of Spain, ICSID Case No. ARB/97/7
20. EnCana Corporation v. Republic of Ecuador, LCIA Case No. UN3481, UNCITRAL
21. Enron Corporation and Ponderosa Assets, L.P. v. Argentine Republic, ICSID Case No. ARB/01/3
22. Eureko B.V. v. Republic of Poland
23. Gami Investments, Inc. v. The Government of the United Mexican States, UNCITRAL
24. Glamis Gold, Ltd. v. The United States of America, UNCITRAL
25. Impregilo S.p.A. v. Islamic Republic of Pakistan, ICSID Case No. ARB/03/3
26. International Thunderbird Gaming Corporation v. The United Mexican States, UNCITRAL
27. Jan de Nul N.V. and Dredging International N.V. v. Arab Republic of Egypt, ICSID Case No. ARB/04/13
28. Jan Oostergetel and Theodora Laurentius v. The Slovak Republic, UNCITRAL
29. LG&E Energy Corp., LG&E Capital Corp., and LG&E International, Inc. v. Argentine Republic, ICSID Case No. ARB/02/1
30. Limited Liability Company Amto v. Ukraine, SCC Case No. 080/2005
31. Loewen Group, Inc. and Raymond L. Loewen v. United States of America, ICSID Case No. ARB(AF)/98/3
32. M.C.I. Power Group L.C. and New Turbine, Inc. v. Republic of Ecuador, ICSID Case No. ARB/03/6
33. Metalclad Corporation v. The United Mexican States, ICSID Case No. ARB(AF)/97/1
34. Methanex Corporation v. United States of America, UNCITRAL
35. Middle East Cement Shipping and Handling Co. S.A. v. Arab Republic of Egypt, ICSID Case No. ARB/99/6
36. Mondeu International Ltd. v. United States of America, ICSID Case No. ARB(AF)/99/2
37. MTD Equity Sdn. Bhd. and MTD Chile S.A. v. Republic of Chile, ICSID Case No. ARB/01/7
38. National Grid plc v. The Argentine Republic, UNCITRAL
39. Noble Ventures, Inc. v. Romania, ICSID Case No. ARB/01/11
40. Occidental Exploration and Production Company v. The Republic of Ecuador, LCIA Case No. UN3467
41. Occidental Petroleum Corporation and Occidental Exploration and Production Company v. The Republic of Ecuador, ICSID Case No. ARB/06/11
42. Parkerings-Compagniet AS v. Republic of Lithuania, ICSID Case No. ARB/05/8

43. Petrobart Limited v. The Kyrgyz Republic, SCC Case No. 126/2003
44. Plama Consortium Limited v. Republic of Bulgaria, ICSID Case No. ARB/03/24
45. Pope & Talbot Inc. v. The Government of Canada, UNCITRAL
46. PSEG Global, Inc., The North American Coal Corporation, and Konya Ingin Elektrik Üretim ve Ticaret Limited Sirketi v. Republic of Turkey, ICSID Case No. ARB/02/5
47. Railroad Development Corporation v. Republic of Guatemala, ICSID Case No. ARB/07/23
48. Robert Azinian, Kenneth Davitian, & Ellen Baca v. The United Mexican States, ICSID Case No. ARB (AF)/97/2
49. Ronald S. Lauder v. The Czech Republic, UNCITRAL
50. Rumeli Telekom A.S. and Telsim Mobil Telekomunikasyon Hizmetleri A.S. v. Republic of Kazakhstan, ICSID Case No. ARB/05/16
51. S.D. Myers, Inc. v. Government of Canada, UNCITRAL
52. Saluka Investments B.V. v. The Czech Republic, UNCITRAL
53. Sempra Energy International v. The Argentine Republic, ICSID Case No. ARB/02/16
54. SGS Société Générale de Surveillance S.A. v. Republic of the Philippines, ICSID Case No. ARB/02/6
55. Siemens A.G. v. The Argentine Republic, ICSID Case No. ARB/02/8
56. Técnicas Medioambientales Tecmed, S.A. v. The United Mexican States, ICSID Case No. ARB (AF)/00/2
57. Tokios Tokelés v. Ukraine, ICSID Case No. ARB/02/18
58. Total S.A. v. The Argentine Republic, ICSID Case No. ARB/04/01
59. Waste Management, Inc. v. United Mexican States ("Number 2"), ICSID Case No. ARB(AF)/00/3
60. Wena Hotels Ltd. v. Arab Republic of Egypt, ICSID Case No. ARB/98/4

Δ. Συντομογραφίες

BIT	billateral investment treaty
FETS	Fair and equitable treatment standard
IMST	international minimum standard of treatment
NAFTA	North American Free Trade Agreement
βλ	βλέπε
ΔΕΕ	Δικαστήριο της Ευρωπαϊκής Ένωσης
ΔΣΒ	Διεθνής Σύμβαση της Βιέννης για το Δίκαιο των Συνθηκών
ΕΕ	Ευρωπαϊκή Ένωση
επ	επόμενα
ΗΠΑ	Ηνωμένες Πολιτείες της Αμερικής
κοκ	και ούτω καθεξής
κτλ	και τα λοιπά
πχ	παραδείγματος χάρη
σελ	σελίδα

1. Εισαγωγή

Ως διεθνείς επενδύσεις νοούνται οι επενδύσεις όπου επενδυτές-πολίτες ενός κράτους (κράτος προέλευσης) πραγματοποιούν άμεσες ή έμμεσες επενδύσεις σε ένα άλλο κράτος (κράτος υποδοχής).

Ως διεθνές επενδυτικό δίκαιο ορίζεται το σύνολο των κανόνων διεθνούς δικαίου, οι οποίοι αποσκοπούν να ρυθμίσουν το πραγματικό οικονομικό φαινόμενο των ξένων επενδύσεων. Το διεθνές επενδυτικό δίκαιο αποτελεί υποσύνολο του διεθνούς οικονομικού δικαίου και, συνεπώς, υποκατηγορία του συνολικού δημόσιου διεθνούς δικαίου. Η μεγαλύτερη πηγή κανόνων διεθνούς επενδυτικού δικαίου είναι οι διεθνείς πολυμερείς ή διμερείς συμφωνίες (bilateral investment treaty, στο εξής BIT) ανάμεσα στα κράτη, οι οποίες αφορούν τη ρύθμιση ζητημάτων που σχετίζονται με τις ξένες επενδύσεις. Ωστόσο, από τη στιγμή που το διεθνές επενδυτικό δίκαιο αποτελεί υποκατηγορία του συνολικού διεθνούς δικαίου, πηγή διεθνούς δικαίου αποτελούν και οι εν γένει διεθνείς συμφωνίες κρατών και το διεθνές εθνικό δίκαιο που διαμορφώνεται εξελικτικά.

Οι διεθνείς επενδυτικές συμφωνίες αποσκοπούν στο να δημιουργήσουν μεταξύ των συμβαλλόμενων κρατών ένα διεθνές και σταθερό νομικό πλαίσιο για την υποδοχή και μεταχείριση των ξένων επενδύσεων στο έδαφος του εκάστοτε κράτους υποδοχής. Εν απουσία των διεθνών επενδυτικών συμφωνιών, τα κράτη θα δεσμεύονταν μόνο από το διεθνές εθνικό δίκαιο ως προς τη μεταχείριση των αλλοδαπών στο εθνικό έδαφος τους. Έτσι, οι όροι των επενδυτικών συμφωνιών θέτουν επιπλέον υποχρεώσεις στα συμβαλλόμενα κράτη οι οποίες δεν απαντώνται στο διεθνές εθνικό δίκαιο και εν απουσία της συνθήκης δεν θα δέσμευαν τα συμβαλλόμενα κράτη. Οι επιπλέον υποχρεώσεις που καθιερώνονται με τις διεθνείς επενδυτικές συμφωνίες αποτελούν επιπλέον εχέγγυα υπέρ των ξένων επενδυτών ώστε να αυξηθεί η εισροή ξένων επενδύσεων στο εκάστοτε κράτος υποδοχής.

Ένας εκ των όρων, που ενσωματώνονται συχνά στις επενδυτικές συνθήκες, είναι γνωστός ως «μέτρο δίκαιης και ισότιμης μεταχείρισης» («*fair and equitable treatment standard*», στο εξής *FETS*). Ο συγκεκριμένος όρος απαντάται σε διάφορες διατυπώσεις στην συντριπτική πλειοψηφία των

διεθνών επενδυτικών συνθηκών.¹ Πολύ συχνά η διατύπωση έχει τη λιτή μορφή «τα συμβαλλόμενα κράτη αναλαμβάνουν την υποχρέωση να παρέχουν δίκαιη και ισότιμη μεταχείριση στις επενδύσεις των επενδυτών του συμβαλλόμενου κράτους», αλλά συναντώνται και πιο περιγραφικές διατυπώσεις. Ανεξαρτήτως της εκάστοτε μορφής στην οποία απαντάται, ο επίμαχος όρος αποσκοπεί να περιγράψει μια ουσιαστική υποχρέωση των συμβαλλόμενων σε μια επενδυτική συνθήκη κρατών. Με τον επίμαχο όρο τίθεται ένα ελάχιστο απαιτούμενο μέτρο προστασίας που πρέπει το εκάστοτε κράτος υποδοχής να εγγυάται στους ξένους επενδυτές. Σε περίπτωση που το κράτος υποδοχής αποτύχει να εξασφαλίσει το απαιτούμενο μέτρο προστασίας ή με θετικές ενέργειες προσβάλει το ελάχιστο επίπεδο προστασίας των επενδυτών, τότε το κράτος υποδοχής παραβιάζει την επενδυτική συνθήκη και ο επενδυτής μπορεί να κινήσει τη διαδικασία αξίωσης αποζημίωσης ενώπιον των διεθνών διαιτητικών δικαστηρίων (που συνήθως προβλέπονται στη συνθήκη).

Καθίσταται, συνεπώς, πρόδηλη η σημασία της ερμηνείας του συγκεκριμένου όρου της επενδυτικής συνθήκης που προβλέπει το FETS.² Τούτο καθώς μια στενή ερμηνεία του επίμαχου όρου θα συνεπάγεται περιορισμένες υποχρεώσεις για το κράτος υποδοχής και αυξημένο βάρος απόδειξης για τον επενδυτή. Μια ευρεία όμως ερμηνεία του FETS θα συνεπάγεται περισσότερες υποχρεώσεις του κράτους υποδοχής έναντι του εκάστοτε επενδυτή και θα είναι χαμηλότερος ο πήχης για την κατάφαση ευθύνης του κράτους υποδοχής με βάση την εφαρμοστέα BIT. Για το λόγο αυτό και η ερμηνεία του FETS απασχολεί τις περισσότερες φορές τα διαιτητικά δικαστήρια που επιλύουν επενδυτικές διαφορές, καθώς ο επενδυτής επικαλείται πάντοτε παραβίαση του μέτρου απαιτούμενης προστασίας. Οι επενδυτές, λόγω της γραμματικής ασάφειας του όρου, κρίνουν πως μπορούν, μέσω του μέτρου, να προβάλλουν οποιαδήποτε ζημιογόνα για τους ίδιους συμπεριφορά του κράτους υποδοχής και να θεμελιώσουν παραβίαση του FETS.³

¹ Dolzer-Schreuer, (2012), σελ 132

² Picherack, (2008), σελ 255

³ Dolzer, (2005), σελ 87

2. Βασικά χαρακτηριστικά του FETS

Αρχικώς θα πρέπει να επισημανθεί πως το μέτρο αποτελεί συμβατικό όρο, ο οποίος ενσωματώνεται από τα μέρη στις διακρατικές επενδυτικές συμφωνίες.⁴ Η δεσμευτικότητα του μέτρου πηγάζει από τη βούληση των κρατών να ενσωματώσουν τη ρήτρα στη συγκεκριμένη διεθνή επενδυτική συνθήκη και, μάλιστα, στους δεσμευτικούς όρους. Η ένταξη του μέτρου σε μη δεσμευτικό τμήμα της διεθνούς συμφωνίας όπως πχ στο προοίμιο αυτής ή σε συνοδευτικά κείμενα της διεθνούς συνθήκης τα οποία δεν δεσμεύουν τα συμβαλλόμενα κράτη, δεν παράγει καμία διεθνή υποχρέωση των συμβαλλόμενων κρατών.⁵ Επομένως, ο επενδυτής μπορεί να επικαλεστεί την παραβίαση του μέτρου μόνο εάν εκείνο έχει ενσωματωθεί στους δεσμευτικούς όρους μιας διεθνούς επενδυτικής συμφωνίας.⁶

Επιπλέον, στη διεθνή πρακτική της σύναψης διμερών επενδυτικών συμφωνιών δεν έχει καθιερωθεί μια σταθερή διατύπωση του μέτρου της δίκαιης και ισότιμης μεταχείρισης.⁷ Αντιθέτως, τα κράτη συναντώνται πολλές διαφορετικές διατυπώσεις, άλλοτε υπερβολικά λιτές και άλλοτε υπερβολικά περιφραστικές, ανάλογα με τις επιδιώξεις και τους σκοπούς των συμβαλλόμενων κρατών. Στο παράρτημα περιλαμβάνονται διάφοροι τέτοιοι όροι συμφωνιών και καθίσταται πρόδηλη η μεγάλη ποικιλία των διαφορετικών διατυπώσεων.⁸ Σε γενικές γραμμές μπορούν να διακριθούν τέσσερις διαφορετικές κατηγορίες.⁹ Η πρώτη κατηγορία περιλαμβάνει ρήτρες FETS που παραπέμπουν σε προστασία **όπως** στο διεθνές δίκαιο ή στο διεθνές ελάχιστο μέτρο προστασίας. [έτσι η NAFTA και οι περισσότερες BITs των ΗΠΑ] Μια δεύτερη κατηγορία μπορεί να συμπεριλάβει όλες τις ρήτρες FETS που παραπέμπουν στο διεθνές ελάχιστο μέτρο προστασίας αλλά ορίζουν πως η προστασία δεν θα πρέπει να είναι κατώτερη του τελευταίου.¹⁰ Έτσι, η ρήτρα μπορεί να ερμηνευτεί εξ αντιδιαστολής ως επιταγή για αυξημένη επενδυτική

⁴ Klager, 2011, σελ 9

⁵ Klager, 2011, σελ 11 επ

⁶ Klager, 2011, σελ 10

⁷ Αναλυτικά Klager, 2011, 14 επ - Dolzer-Schreuer, (2012), σελ 132-133

⁸ Βλ και Kalicki-Medeiros, (2007), σελ 27-30 για διάφορες διατάξεις από BITs

⁹ Picherack, (2008), σελ 259-260 - Vandavelde, (2010), σελ 46-47

¹⁰ Δηλαδή το FETS εμπεριέχει το IMST αλλά είναι ευρύτερο του τελευταίου.

προστασία σε σχέση με το IMST. Η τρίτη κατηγορία περιλαμβάνει ρήτρες που αναφέρονται μόνο στο FETS με λιτή διατύπωση χωρίς καμία παραπομπή στο διεθνές δίκαιο ή άλλες πηγές δικαίου. Η τέταρτη κατηγορία, τέλος, περιλαμβάνει όλους τους όρους που προβλέπουν το FETS και το περιγράφουν περιφραστικά, το συνδέουν με διάφορες πηγές δικαίου (όπως πχ το διεθνές και το εθνικό δίκαιο) και το συνδέουν με ρητές υποχρεώσεις του κράτους υποδοχής όπως μη διάκριση, υποχρέωση διαφάνειας, μη αυθαιρεσία κοκ.

Παρά τις πολλές διαφοροποιήσεις, ως γραπτός όρος διεθνούς συμφωνίας, το μέτρο της δίκαιης και ισότιμης μεταχείρισης θα πρέπει να ερμηνεύεται με βάση τους παγιωμένους κανόνες ερμηνείας των διεθνών συνθηκών.¹¹ Οι κανόνες ερμηνείας περιλαμβάνονται στη Διεθνή Σύμβαση της Βιέννης για το Δίκαιο των Συνθηκών (1969, στο εξής ΔΣΒ) και συγκεκριμένα στα άρθρα 31¹² και 32¹³. Οι κανόνες που θέτουν τα συγκεκριμένα άρθρα αποτελούν διεθνές εθιμικό δίκαιο.

Ωστόσο, γίνεται αποδεκτό πως παρά τη δυνατότητα χρήσης των ερμηνευτικών εργαλείων που παρέχει η ΔΣΒ, η αναζήτηση του ουσιαστικού περιεχομένου του FETS παραμένει ένα δύσκολο έργο. Τούτο προκύπτει από την ίδια τη γραμματική διατύπωση του FETS. Συνήθως, τα συμβαλλόμενα κράτη ενσωματώνουν το FETS στην επενδυτική συνθήκη ώστε να λειτουργεί ως γενική ρήτρα στην οποία θα μπορούν να βασιστούν επενδυτικές αξιώσεις που δεν θα μπορούν να θεμελιωθούν σε άλλες ειδικότερες ρήτρες της BIT.¹⁴ Έτσι,

¹¹ Dolzer-Schreuer, (2012), σελ 132

¹² «Article 31, GENERAL RULE OF INTERPRETATION 1. A treaty shall be interpreted in good faith in accordance with the ordinary meaning to be given to the terms of the treaty in their context and in the light of its object and purpose. 2. The context for the purpose of the interpretation of a treaty shall comprise, in addition to the text, including its preamble and annexes: (a) Any agreement relating to the treaty which was made between all the parties in connexion with the conclusion of the treaty; (b) Any instrument which was made by one or more parties in connexion with the conclusion of the treaty and accepted by the other parties as an instrument related to the treaty. 3. There shall be taken into account, together with the context: (a) Any subsequent agreement between the parties regarding the interpretation of the treaty or the application of its provisions; (b) Any subsequent practice in the application of the treaty which establishes the agreement of the parties regarding its interpretation; (c) Any relevant rules of international law applicable in the relations between the parties. 4. A special meaning shall be given to a term if it is established that the parties so intended.»

¹³ «Article 32. SUPPLEMENTARY MEANS OF INTERPRETATION Recourse may be had to supplementary means of interpretation, including the preparatory work of the treaty and the circumstances of its conclusion, in order to confirm the meaning resulting from the application of article 31, or to determine the meaning when the interpretation according to article 31 : (a) Leaves the meaning ambiguous or obscure; or (b) Leads to a result which is manifestly absurd or unreasonable.»

¹⁴ Dolzer, (2005), σελ 90

**Το «μέτρο» της δίκαιης και ισότιμης μεταχείρισης
The fair and equitable treatment standard**

υποστηρίζεται πως θα πρέπει το FETS να ερμηνεύεται κατά τρόπο που να αποκτά μεν συγκεκριμένο ουσιαστικό περιεχόμενο αλλά να μην παραμερίζει τις άλλες ειδικότερες ρήτρες της επενδυτικής συμφωνίας.¹⁵

¹⁵ Dolzer, (2005), σελ 91

3. Η σχέση του FET με το διεθνές ελάχιστο μέτρο προστασίας¹⁶

Το διεθνές ελάχιστο μέτρο προστασίας (international minimum standard of treatment, στο εξής *IMST*) αναπτύχθηκε ως ένας εθιμικός κανόνας του διεθνούς δικαίου.¹⁷ Ο κανόνας αποτέλεσε αντίδραση στο δόγμα Κάλβο και στις πρακτικές κατάσχεσης χωρίς αποζημίωση στις οποίες προέβη η Ρωσία μετά την Οκτωβριανή επανάσταση. Το δόγμα Κάλβο προέκρινε πως τα κράτη δεν έχουν καμία διεθνή υποχρέωση να σέβονται τα δικαιώματα των αλλοδαπών υπηκόων εντός του εδάφους τους και, συνεπώς, κανένα κράτος δεν μπορεί να αξιώσει από το εκάστοτε κράτος υποδοχής να παρέχει συγκεκριμένο βαθμό προστασίας στους αλλοδαπούς πολίτες.¹⁸ Το κράτος υποδοχής θα έπρεπε, κατά το δόγμα Κάλβο, να παρέχει τις ίδιες εγγυήσεις που παρέχει και στους δικούς του πολίτες (εθνική μεταχείριση). Ωστόσο, η οπτική αυτή δεν ήταν αποδεκτή καθώς πολλές φορές η εθνική μεταχείριση θα αντέβαινε βασικά εχέγγυα προστασίας τα οποία θεωρούνταν αυτονόητα από τα κράτη προέλευσης.

Κατά το μέτρο της ελάχιστης προστασίας, αντίθετα, όλα τα κράτη είναι υποχρεωμένα από το διεθνές εθιμικό δίκαιο να παρέχουν ένα ελάχιστο μέτρο προστασίας σε όλους τους αλλοδαπούς πολίτες εντός του εδάφους τους.¹⁹ Το ελάχιστο μέτρο προστασίας είναι ανεξάρτητο από την εθνική μεταχείριση που παρέχει το κράτος υποδοχής στους δικούς του πολίτες. Έτσι, το ελάχιστο μέτρο προστασίας θα δεσμεύει ένα κράτος υποδοχής όταν η εθνική μεταχείριση είναι χειρότερη από τις εξασφαλίσεις που παρέχει το ελάχιστο μέτρο προστασίας.

Το διεθνές ελάχιστο μέτρο προστασίας αναπτύχθηκε νομολογιακά μέσω της απόφασης Neer²⁰ η οποία ήταν και η πρώτη που διατύπωσε την ύπαρξη ενός ελάχιστου μέτρου προστασίας των αλλοδαπών στο διεθνές εθιμικό δίκαιο. Κατά απόφαση αυτή, τα κράτη θα πρέπει να παρέχουν ορισμένα ελάχιστα εχέγγυα προστασίας και σεβασμού των αλλοδαπών υπηκόων. Ωστόσο, η συγκεκριμένη απόφαση περιέγραψε το ελάχιστο μέτρο με τέτοιο τρόπο ώστε να

¹⁶ Βλ αναλυτικά Dolzer, (2005) – Orakhelashvili, (2008) - Picherack, (2008) – Klager, (2011), σελ 48 επ

¹⁷ Klager, (2011), σελ 48 επ – Dolzer-Schreuer, (2012), σελ 3

¹⁸ Klager, (2011), σελ 49

¹⁹ Klager, (2011), σελ 48

²⁰ L. F. H. Neer and Pauline Neer (U.S.A.) v. United Mexican States όπου « *the treatment of an alien, in order to constitute an international delinquency, should amount to an outrage, to bad faith, to wilful neglect of duty, or to an insufficiency of governmental action so far short of international standards that every reasonable and impartial man would readily recognize its insufficiency*».

θέσει πολύ ψηλά το απαιτούμενο βάρος απόδειξης για την κατάφαση παραβίασης του διεθνούς δικαίου από το κράτος υποδοχής.²¹ Παράλληλα, το ελάχιστο μέτρο προστασίας αφορούσε, αρχικά, τη φυσική μεταχείριση των αλλοδαπών πολιτών από τις αστυνομικές αρχές ή τα ποινικά δικαστήρια του κράτους υποδοχής.

Στα πλαίσια του διεθνούς επενδυτικού δικαίου, ειδικότερη έκφραση του ελάχιστου μέτρου προστασίας αποτελεί η φόρμουλα Hull η οποία θέτει τους όρους με βάση τους οποίους μια απαλλοτρίωση είναι συμβατή με το διεθνές εθνικό δίκαιο. Όμως, το ελάχιστο μέτρο προστασίας δύσκολα μπορεί να μετουσιωθεί σε άλλες υποχρεώσεις που δεσμεύουν το κράτος υποδοχής ως προς την αντιμετώπιση των διεθνών επενδύσεων.²²

Σε κάθε περίπτωση το ελάχιστο μέτρο προστασίας διατυπώθηκε σαφώς μόνο στην υπόθεση Neer και έκτοτε το ουσιαστικό του περιεχόμενο είναι ασαφές. Από τη στιγμή που αποτελεί κανόνα εθνικού δικαίου, υπόκειται σε εξέλιξη, όμως η εξέλιξή του γίνεται με ρυθμούς εθνικού δικαίου, δηλαδή πολύ αργά, και, συνεπώς, από τη μία, δυσκολεύει το έργο της συγκεκριμενοποίησής του σε μια συγκεκριμένη υπόθεση και, από την άλλη, το καθιστά αταίριαστο με τις σύγχρονες απαιτήσεις προστασίας των επενδυτών.

Το ζήτημα που γεννάται είναι ποια είναι η σχέση του ελάχιστου μέτρου προστασίας με το μέτρο της δίκαιης και ισότιμης μεταχείρισης στα πλαίσια του διεθνούς επενδυτικού δικαίου. Μια πρώτη άποψη υποστηρίζει πως τα δύο μέτρα έχουν ταυτόσημο ουσιαστικό περιεχόμενο και διαφέρουν μόνο στη λεκτική διατύπωση. («equating approach»²³) Έτσι, όποτε μια διεθνής επενδυτική συμφωνία αναφέρεται στο FET, θα πρέπει ο όρος αυτός να ερμηνεύεται από το εκάστοτε διαιτητικό δικαστήριο ως παραπομπή στο ουσιαστικό περιεχόμενο του ελάχιστου μέτρου προστασίας του διεθνούς εθνικού δικαίου (το IMST). Παράλληλα, από τη στιγμή που το μέτρο αποτελεί κανόνα διεθνούς εθνικού δικαίου, θα πρέπει η ερμηνεία του να είναι δυναμική με βάση την εξέλιξη του διεθνούς δικαίου και όχι στατική.

²¹ Βλ L. F. H. Neer and Pauline Neer (U.S.A.) v. United Mexican States όπου « *the treatment of an alien, in order to constitute an international delinquency, should amount to an outrage, to bad faith, to wilful neglect of duty, or to an insufficiency of governmental action so far short of international standards that every reasonable and impartial man would readily recognize its insufficiency*».

²² Klager, (2011), σελ 53

²³ Klager, (2011), σελ 56 επ

Κατά διαφορετική άποψη, όμως, τα δύο μέτρα αποτελούν ξεχωριστά επίπεδα προστασίας τα οποία θα πρέπει να διακρίνονται. (plain meaning approach²⁴) Έτσι, σε αντιδιαστολή με το ελάχιστο μέτρο, το FETS αποτελεί ένα αυτόνομο και ιδιαίτερο μέτρο προστασίας που πηγάζει από τον εκάστοτε όρο της διεθνούς συμφωνίας και όχι από το εθιμικό δίκαιο.²⁵ Συνεπώς θα πρέπει η ερμηνεία του να είναι στατική με βάση τη γραμματική διατύπωση της επίμαχης διεθνούς συνθήκης. Παράλληλα, ο επίμαχος όρος θα θέτει συχνά ένα υψηλότερο μέτρο προστασίας από εκείνο που θέτει το ελάχιστο μέτρο και, συνεπώς, θα συνεπάγεται περισσότερες δεσμεύσεις/υποχρεώσεις για το κράτος υποδοχής έναντι των επενδυτών σε σχέση με εκείνες που καθιερώνει το ελάχιστο μέτρο προστασίας. Έτσι, θα θεμελιώνεται ευκολότερα και συχνότερα διεθνής ευθύνη του κράτους υποδοχής εάν εφαρμόζεται το FETS παρά εάν εφαρμόζεται το IMST.

²⁴ Klager, (2011), σελ 59 επ

²⁵ Orakhelashvili, (2008), σελ 104

4. Θεωρητικές απόψεις για το ουσιαστικό περιεχόμενο του FETS

Μπορούν να διακριθούν τρεις διαφορετικές μέθοδοι στον τρόπο προσέγγισης του ουσιαστικού περιεχομένου του μέτρου δίκαιης και ισότιμης μεταχείρισης. Κάθε μέθοδος εκκινεί από διαφορετική θέση και προσπαθεί να χρησιμοποιήσει διαφορετικά μεθοδολογικά εργαλεία για την επίλυση της εγγενούς ασάφειας του FETS.

4.1 Η «φορμαλιστική» μέθοδος

Η πρώτη μέθοδος προσπαθεί να δημιουργήσει ένα θεωρητικό ορισμό του FET ο οποίος θα έχει ένα σχετικά συγκεκριμένο ουσιαστικό περιεχόμενο και το οποίο θα μπορεί να χρησιμεύσει στην ερμηνεία κάθε συνθήκης που καθιερώνει το FET ως το απαιτούμενο μέτρο προστασίας των επενδυτών από το κράτος υποδοχής. Το κοινό χαρακτηριστικό των απόψεων που παρατίθενται εδώ είναι η αντίθεσή τους σε μια καθαρά περιπτωσιολογική ερμηνεία του FETS και η αποδοχή της ύπαρξης ενός ελάχιστου κοινού ουσιαστικού περιεχομένου, ανεξαρτήτως των διαφοροποιήσεων ως προς το εύρος του περιεχομένου αυτού.

Η πιο συχνή προβαλλόμενη στις επενδυτικές διαφορές θέση από το εκάστοτε κράτος υποδοχής, είναι η εξίσωση του FETS με το IMST (equating approach).²⁶ Η άποψη αυτή προσδίδει στο FETS ένα συγκεκριμένο περιεχόμενο το οποίο ταυτίζεται με το μέτρο ευθύνης που καθιέρωσε η απόφαση Neer. Κατά την άποψη αυτή, μόνο η εξίσωση του FETS με το IMST μπορεί να προσδώσει ένα εκ των προτέρων γνωστό περιεχόμενο στο FETS και να επιτύχει ασφάλεια δικαίου για όλα τα μέρη σε μια επενδυτική συμφωνία. Η άποψη αυτή έχει επικρατήσει κυρίως στα πλαίσια ερμηνείας της NAFTA. Ωστόσο, η άποψη παρουσιάζει το μειονέκτημα πως το ουσιαστικό περιεχόμενο του IMST ευνοεί τα κράτη υποδοχής και περιορίζει την ευθύνη τους μόνο σε περιπτώσεις κατάφωρης παραβίασης των δικαιωμάτων του επενδυτή και, συνεπώς, δεν μπορεί να ικανοποιήσει τους σύγχρονους στόχους του διεθνούς επενδυτικού δικαίου. Παράλληλα, υπάρχουν και πρακτικές δυσκολίες εφαρμογής καθώς, παρά το σαφές μέτρο που καθιερώνει η απόφαση Neer, το μέτρο ως εθιμικό θα

²⁶ Orakhelashvili, (2008), σελ 104 - Picherack, (2008), σελ 258

έχει εξελιχθεί σε σχέση με τη δεκαετία του 1920 και, συνεπώς, θα πρέπει το δικαστήριο κάθε φορά να αναζητεί το σημερινό εθνικό δίκαιο.

Κατά την Tudor²⁷ το FETS αποτελεί ένα standard (σε αντιδιαστολή με έναν rule) του επενδυτικού δικαίου και το οποίο θα πρέπει να αντιμετωπίζεται σαν εργαλείο. Έτσι, το FETS αποτελεί μια διάταξη που λειτουργεί ως γενική ρήτρα²⁸ του επενδυτικού δικαίου. Ο εκάστοτε διαιτητής θα πρέπει να προσδίδει συγκεκριμένο περιεχόμενο στο FETS ανά περίπτωση και όχι με βάση προηγούμενες θεωρήσεις. Το FETS θα πρέπει να εξειδικεύεται με βάση το κείμενο της ανά περίπτωση εφαρμοστέας συνθήκης. Παράλληλα ως γενική ρήτρα θα επιτρέπει στους εκάστοτε διαιτητές να ενσωματώνουν στο FETS υποχρεώσεις με βάση την κρίση τους για το γενικότερο οικονομικό και νομικό πλαίσιο της υπό κρίση περίπτωσης. Παρά, ωστόσο, την ανά περίπτωση θεώρηση της Tudor, η ίδια δέχεται πως το FETS αποτελεί εάν κοινό παρονομαστή με κοινό περιεχόμενο για όλες τις επενδυτικές συμφωνίες που το εμπεριέχουν, έστω και εάν το επίμαχο κοινό περιεχόμενο είναι περιορισμένο και πρέπει να εξειδικεύεται περαιτέρω. Κατά την Tudor το ελάχιστο περιεχόμενο του FETS είναι κοινό και διαμορφώνεται δυναμικά μέσω της εξέλιξης του διεθνούς επενδυτικού δικαίου και της νομολογίας των διαιτητικών δικαστηρίων. Η άποψη της Tudor είναι ευνοϊκή έναντι του επενδυτή καθώς συνεπάγεται, κυρίως, υποχρεώσεις για το κράτος υποδοχής και όχι για τον επενδυτή. Παράλληλα, η άποψη δίνει τη δυνατότητα στο διαιτητικό δικαστήριο να ερμηνεύσει το FETS ευρύτερα και να ενσωματώσει σε αυτό υποχρεώσεις για το κράτος υποδοχής, που ενδεχομένως τα συμβαλλόμενα στη BIT κράτη να μην επιθυμούσαν να εμπεριέχονται στο FETS.

Ο Schill υποστηρίζει πως το FETS αποτελεί μια έκφραση της αρχής του κράτους δικαίου.²⁹ Κατά τον Schill, θα πρέπει το περιεχόμενο του FETS να βρεθεί μέσω της συγκριτικής ανάλυσης της αρχής του κράτους δικαίου που γίνεται αποδεκτή στις έννομες τάξεις των συμβαλλόμενων στην επενδυτική συνθήκη κρατών. Η θεώρηση αυτή δικαιολογείται από το γεγονός πως η νομολογία πολλές φορές έχει δεχτεί παραβίαση του FETS λόγω προσβολής των

²⁷ Βλ ανάλυση της άποψης αναλυτικά εις Klager, (2011), 122

²⁸ Klager, (2011), 123

²⁹ Klager, (2011), 125

έννομων προσδοκιών του επενδυτή, παραβίασης των υποχρεώσεων διαφάνειας ή της δίκαιης διαδικασίας, διακριτική μεταχείριση κοκ. Οι περιπτώσεις αυτές, εάν ειπωθούν από το πρίσμα των εθνικών δικαίων πολλών χωρών, παραπέμπουν στην αρχή του κράτους δικαίου και στη συμπεριφορά που πρέπει να τηρεί το κράτος έναντι των πολιτών. Επομένως, το FET μπορεί να ειπωθεί ως έκφανση της αρχής του κράτους δικαίου και μια νόρμα συμπεριφοράς του κράτους υποδοχής έναντι των αλλοδαπών επενδυτών που συνεπάγεται συγκεκριμένες υποχρεώσεις για το κράτος. Ωστόσο, η θεώρηση αυτή αν και σε θεωρητικό επίπεδο είναι σαφής και στηρίζεται στη νομολογία, συνεπάγεται το πρακτικό πρόβλημα πως, σε κάθε επίλυση επενδυτικής διαφοράς, θα πρέπει το διαιτητικό δικαστήριο να αναλύει και να συγκρίνει την αρχή του κράτους δικαίου που γίνεται δεκτή στις έννομες τάξεις των συμβαλλόμενων στη BIT χωρών, ώστε να εξειδικεύσει το περιεχόμενο του FET στην εκάστοτε εφαρμοστέα BIT. Η παραπάνω άποψη υποστηρίζεται και από τον Vandeveldde ο οποίος τη συστηματοποιεί περαιτέρω.³⁰ Έτσι, κατά τον τελευταίο ως έκφραση του rule of law, το FETS θα παραβιάζεται όταν παραβιάζονται οι ουσιαστικές υποχρεώσεις ή οι διαδικαστικές υποχρεώσεις που θέτει στο κράτος υποδοχής έναντι των επενδυτών. Οι υποχρεώσεις αυτές μπορούν να κατηγοριοποιηθούν ως εξής: α. υποχρέωση έλλογης δράσης του κράτους υποδοχής, β. υποχρέωση μη διάκρισης, γ. υποχρέωση συνεπούς συμπεριφοράς, δ. υποχρέωση διαφάνειας, ε. υποχρέωση δίκαιης διαδικασίας και στ. υποχρέωση καλής πίστης.

Μια άλλη άποψη υποστηρίζει πως το FETS θα πρέπει να ταυτίζεται με την αρχή της δικαιοσύνης στα πλαίσια του επενδυτικού δικαίου.³¹ Κατά τη θεώρηση αυτή, το FETS, ως γενικότερη αρχή της δικαιοσύνης του διεθνούς δικαίου, δεν δεσμεύει μόνο το κράτος υποδοχής αλλά όλα τα μέρη της επενδυτικής σχέσης. Έτσι, μέσω του FETS ενσωματώνονται στο εφαρμοστέο δίκαιο διάφορα αιτήματα πολιτικής τα οποία στη συνέχεια θα πρέπει να σταθμιστούν από το διαιτητικό δικαστήριο κατόπιν εφαρμογής της αρχής της αναλογικότητας.

³⁰ Vandeveldde, (2010)

³¹ Βλ αναλυτική παρουσίαση από Klager, (2011), σελ 129 επ

Μια προσπάθεια εν μέρει ουσιαστικής αποσαφήνισης του FETS αποτελεί η άποψη του Klager που εκφράζει στην πρόσφατη μονογραφία του.³² Ο Klager υποστηρίζει πως το FETS θα πρέπει να αποτελεί μια έννοια-θύρα μέσω της οποίας θα ενσωματώνονται στο επενδυτικό δίκαιο διάφορες αρχές του διεθνούς δικαίου και διάφορα αιτήματα διεθνούς πολιτικής, όπως πχ οι αρχές του δικαίου των ανθρωπίνων δικαιωμάτων ή η άσκηση περιβαλλοντικής πολιτικής από τα κράτη. Κατά τον Klager, το FETS δεν αποτελεί μια ρήτρα που δεσμεύει και περιορίζει μόνο την ελευθερία του κράτους έναντι των επενδυτών αλλά δεσμεύει και τους ίδιους τους επενδυτές έναντι του κράτους σε συγκεκριμένη συμπεριφορά. Παράλληλα, κατά τον Klager, το διεθνές επενδυτικό δίκαιο αποτελεί πλέον ένα πλήρως διακριτό κλάδο του διεθνούς δικαίου και θα πρέπει οι έννοιες των επενδυτικών συμφωνιών να χρήζουν ειδικότερης ερμηνείας. Ιδίως, θα πρέπει οι επενδυτικές συμφωνίες να μην ερμηνεύονται μονοσήμαντα υπέρ των επενδυτών αλλά να ενσωματώνουν τα αιτήματα πολιτικής των κρατών-υποδοχής όπως, κυρίως, η απαίτηση για βιώσιμη ανάπτυξη (sustainable development) κ.ο.κ. Όλοι αυτοί οι διαφορετικοί στόχοι και τα αιτήματα πολιτικής (που, ωστόσο, δεν προβλέπονται στις επενδυτικές συνθήκες), κατά τον Klager, θα εισέρχονται στην επίλυση των επενδυτικών διαφορών μέσω της έννοιας του FETS και το διαιτητικό δικαστήριο, στα πλαίσια ερμηνείας του FETS, θα σταθμίζει όλους τους παράγοντες και θα προκρίνει ανά περίπτωση ποιος στόχος υπερισχύει έναντι του άλλου. Η στάθμιση αυτή θα γίνεται αποτελεσματικά εάν τα διαιτητικά δικαστήρια υιοθετήσουν τη δομημένη μέθοδο εξέτασης της αναλογικότητας της κρατικής δράσης, όπως αυτή εφαρμόζεται από το Ανώτατο Δικαστήριο της Γερμανίας και το Δικαστήριο της Ευρωπαϊκής Ένωσης. Η άποψη του Klager είναι ενδιαφέρουσα, ιδίως εάν ληφθεί υπόψιν πως ο συγγραφέας συγκεντρώνει επιχειρήματα από ειδικότερους κλάδους του δικαίου, διαφορετικές έννομες τάξεις και αναφέρεται σε πολλούς και διάφορους θεωρητικούς του δικαίου.

Ωστόσο, η άποψή του ευνοεί μια ερμηνεία του FETS που θα εξυπηρετεί στην πράξη τα κράτη υποδοχής και θα περιορίζει τη δυνατότητα των επενδυτών να θεμελιώσουν ευθύνη του κράτους υποδοχής. Τούτο καθώς, στην ερμηνεία

³² Για μια σύνοψη της θέσης βλ Klager, (2011), σελ 317. Αν και η ιδιαίτερη άποψη του Klager εξάγεται από το σύνολο της μονογραφίας του.

της επενδυτικής συνθήκης και των όρων της, θα εισέρχονται στοιχεία που δεν συμπεριέλαβαν τα συμβαλλόμενα κράτη στο κείμενο της επενδυτικής συμφωνίας. Έτσι, παρά το γεγονός πως τα κράτη κατά την σύναψη της διεθνούς συνθήκης δεσμεύτηκαν στην προστασία των επενδυτών και περιόρισαν την κυριαρχία τους, η ρήτρα του FETS θα επιτρέπει, με βάση την άποψη του Klager, την είσοδο εξωγενών στοιχείων ερμηνείας με βάση τα οποία θα μπορεί να περιορίζεται η συμφωνημένη προστασία των επενδυτών και το κράτος υποδοχής θα μπορεί να διαφεύγει των υποχρεώσεών του εκ της διεθνούς συνθήκης. Το γεγονός αυτό δικαιολογείται από τον Klager από το γεγονός πως το επενδυτικό δίκαιο πλέον εστιάζει και στα αιτήματα των κρατών υποδοχής περί κυριαρχίας και βιώσιμης ανάπτυξης. Ωστόσο, ο Klager προβαίνει σε λήψη του ζητουμένου αφού το τι επιδιώκει το επενδυτικό δίκαιο προκύπτει από τα κείμενα των επενδυτικών συνθηκών και όχι από τις θεωρητικές τοποθετήσεις. Επομένως, από τη στιγμή που τα κείμενα των συνθηκών δεν δικαιολογούν την ερμηνεία με βάση άλλους στόχους πλην του μονοσήμαντου στόχου της προστασίας των επενδυτών, δεν δικαιολογείται ούτε χρειάζεται καμία ερμηνεία που να λαμβάνει υπόψιν της στοιχεία εξωγενή των ρητών διεθνών συμφωνιών.

4.2 Η «νομολογιακή» μέθοδος

Η μέθοδος αυτή προκρίνει τη διαμόρφωση του ουσιαστικού περιεχομένου του FETS μέσω της νομολογίας των διεθνών διαιτητικών δικαστηρίων. Ειδικότερα, η θεώρηση αυτή υποστηρίζει πως τα διαιτητικά δικαστήρια θα διαμορφώνουν ορισμένους «κοινούς τόπους»³³ συλλογιστικής και αιτιολόγησης των αποφάσεών τους, όταν διαπιστώνεται παραβίαση του FETS και το κράτος υποδοχής ευθύνεται έναντι του επενδυτή. Παράλληλα θα αναγνωρίζονται συγκεκριμένα πραγματικά περιστατικά όπου το FETS πολύ συχνά θα παραβιάζεται. Έτσι, η νεότερη νομολογία των διαιτητικών δικαστηρίων θα βασίζεται στις προηγούμενες αποφάσεις και θα υιοθετεί την ίδια συλλογιστική/δικαιολόγηση στο κείμενο της απόφασης και θα κρίνει πως το FET παραβιάζεται όταν αντιμετωπίζει παρόμοια πραγματικά περιστατικά με τις πρότερες αποφάσεις. Επομένως, κατά την εδώ θεώρηση, το μέτρο δίκαιης

³³ Klager, (2011), 116 επ

και ισότιμης μεταχείρισης θα διαμορφώνεται εξελικτικά μέσω της νομολογίας των διαιτητικών δικαστηρίων, η οποία θα αποτελεί κατευθυντήρια γραμμή για τα μελλοντικά δικαστήρια.

Τέτοιοι «κοινοί τόποι» δικαστικής συλλογιστικής και αιτιολόγησης των αποφάσεων μπορούν ήδη να ανιχνευθούν στη νομολογία που αφορά εφαρμογή διάταξης διεθνούς συνθήκης που αφορά το FET. Είναι οι εξής³⁴:

- Έννομες προσδοκίες του επενδυτή.³⁵ Τα δικαστήρια πολλές φορές θεμελιώνουν παραβίαση του FET όταν το κράτος υποδοχής προσβάλλει μέσω παραλείψεων ή πράξεών του τις έννομες προσδοκίες του επενδυτή. Έννομες προσδοκίες δημιουργούνται στον επενδυτή όταν το κράτος δεσμεύεται προφορικά ή εγγράφως προς την τήρηση συγκεκριμένης συμπεριφοράς. Η αρχή του σεβασμού των έννομων προσδοκιών του επενδυτή μπορεί να ιδωθεί και ως ειδικότερη έκφανση της αρχής *Pacta sunt servanda* και της αρχής της καλής πίστης. Άλλες φορές τα δικαστήρια έχουν θεμελιώσει στο FETS μια θετική υποχρέωση του κράτους να ενισχύει το επενδυτικό περιβάλλον.
- Διακριτική μεταχείριση. Ορισμένες φορές τα δικαστήρια έχουν θεμελιώσει παραβίαση του FET στη διακριτική μεταχείριση των επενδυτών από το κράτος υποδοχής. Διακριτική μεταχείριση θεμελιώνεται όταν το κράτος υποδοχής ευνοεί τους ημεδαπούς επενδυτές έναντι των αντίστοιχων αλλοδαπών ή ευνοεί ορισμένους αλλοδαπούς έναντι των λοιπών αντίστοιχων αλλοδαπών επενδυτών.
- Δίκαιη διαδικασία. Πολλές αποφάσεις έχουν κρίνει πως το FET θέτει την υποχρέωση στο κράτος υποδοχής να διατηρεί διοικητικούς και δικαστικούς μηχανισμούς οι οποίοι να εξασφαλίζουν την δυνατότητα έννομης προστασίας των δικαιωμάτων και της παρουσίας του επενδυτή. Συνήθως αναγνωρίζονται περιπτώσεις όπου το κράτος υποδοχής αρνείται ουσιαστικά την παροχή δικαιοσύνης ή δεν παρέχει μια δίκαιη διαδικασία απονομής της δικαιοσύνης.
- Διαφάνεια. Ορισμένες αποφάσεις έχουν αναγνωρίσει παραβίαση του FET όταν το κράτος υποδοχής δεν είναι διαφανές στη συμπεριφορά του

³⁴ Klager, (2011), 117 - 118 με εκεί παραπομπές σε νομολογία

³⁵ Klager, (2011), 165 – 169 – Draguiev, (2014), σελ 282

απέναντι στον επενδυτή. Τούτο καθώς κατά τη συγκεκριμένη νομολογία το FET ενσωματώνει την υποχρέωση του κράτους υποδοχής να τηρεί ένα διαφανές νομικό και οικονομικό πλαίσιο ώστε να μπορεί ο επενδυτής να πραγματοποιήσει αποτελεσματικά την επένδυσή του.

- Κακή πίστη. Υποστηρίζεται³⁶ πως η νομολογία των διαιτητικών δικαστηρίων έχει καθιερώσει την ύπαρξη κακής πίστης ως πραγματικό που μπορεί να θεμελιώσει παραβίαση του FETS. Βέβαια η ύπαρξη κακής πίστης αποτελεί μια υποκειμενική κατάσταση του κράτους υποδοχής και συνήθως απαιτείται για την κατάφαση της παραβίασης του IMST. Ωστόσο, μια κακή πίστη θα μπορούσε να είναι χρήσιμη για να θεμελιώσει παραβίαση του FETS όταν ο επενδυτής μπορεί να αποδείξει εύκολα την ύπαρξή της αλλά δεν μπορεί να αποδείξει άλλες παραβάσεις του FETS. Κατά ακριβέστερη διατύπωση της άποψης, το κράτος υποδοχής έχει υποχρέωση καλής πίστης και αρκεί η απόδειξη της έλλειψής της για την κατάφαση ευθύνης και όχι η απόδειξη ύπαρξης κακής πίστης.

Συμπερασματικά, η παραβίαση ή μη του FETS θα βασίζεται στη συνεχώς εξελισσόμενη τυπολογία των διεθνών διαιτητικών δικαστηρίων, η οποία θα λαμβάνει υπόψιν της τις συνεχείς εξελίξεις του επενδυτικού δικαίου και τις ιδιαίτερες απαιτήσεις του.

Βέβαια, η άποψη είναι προβληματική καθώς τα διαιτητικά δικαστήρια κατά την επίλυση διεθνών διαφορών δεν δεσμεύονται από προηγούμενα διαιτητικά δικαστήρια. Μόνη πηγή του δικαίου που εφαρμόζεται στις διεθνείς επενδυτικές διαφορές είναι η υπό κρίση επενδυτική συμφωνία και το γενικότερο διεθνές εθιμικό δίκαιο.

³⁶ Βλ αναλυτικά περί αυτού Draguiev, (2014)

4.3 Η περιπτωσιολογική μέθοδος

Η μέθοδος αυτή, σε αντίθεση με τις δύο προηγούμενες, δεν προσπαθεί να προσδώσει κανέναν εκ των προτέρων γνωστό ουσιαστικό περιεχόμενο στο εκάστοτε FETS που προβλέπει μια συγκεκριμένη BIT. Κατά τη θεώρηση αυτή, το εκάστοτε προβλεπόμενο FETS θα πρέπει να ερμηνεύεται ως ένας αυτόνομος όρος μιας συγκεκριμένης συνθήκης και να τυγχάνει ειδικής ερμηνείας με βάση τη συγκεκριμένη συνθήκη και τη βούληση των συμβαλλόμενων κρατών στη συνθήκη όταν εκείνη υπογράφηκε. Η μέθοδος αυτή είναι προκρίνει τα παραδοσιακά εργαλεία ερμηνείας του διεθνούς δικαίου όπως αυτά προβλέπονται στη ΔΣΒ.

Έτσι, το FETS θα ερμηνεύεται κάθε φορά με βάση τη γραμματική διατύπωση του επίμαχου όρου της συνθήκης και με βάση τις συνολικές προβλέψεις της συμφωνίας. Παράλληλα, σημαντικό εργαλείο ερμηνείας θα αποτελεί η βούληση των μερών όπως αυτή θα εκφράζεται στο προοίμιο αυτής ή τα οποιαδήποτε συνοδευτικά κείμενα της συνθήκης. Τέλος, σημαντικό στοιχείο είναι το γεγονός πως με μια διεθνή επενδυτική συμφωνία των συμβαλλόμενα κράτη περιορίζουν την κυριαρχία τους και συναινούν σε ένα μέτρο προστασίας των επενδυτών. Το στοιχείο αυτό, που απαντάται σε όλες τις BIT, παίζει καθοριστικό ρόλο στην ερμηνεία του FETS ως ενός μέτρου προστασίας που έχει τεθεί υπέρ της προστασίας των αλλοδαπών επενδυτών και περιορίζει την κυριαρχία του κράτους. Έτσι, το FETS θα πρέπει σε κάθε περίπτωση να ιδωθεί ως περιορισμός της δράσης του κράτους υποδοχής έναντι των επενδυτών. Το εύρος του περιορισμού που θέτει το FETS στο κράτος υποδοχής και οι ειδικότερες υποχρεώσεις που συνεπάγεται θα ανευρίσκονται κάθε φορά με βάση την ερμηνεία της υπό κρίση συνθήκης.

5. Η Νομολογία των διαιτητικών δικαστηρίων³⁷

5.1 Νομολογία που αφορά το άρθρο 1105 της NAFTA³⁸

Μια από τις πρώτες υποθέσεις όπου έγινε επίκληση του άρθρου 1105 της NAFTA ήταν η *Azinian v Mexico*³⁹. Εν προκειμένω⁴⁰, ο αμερικανός επενδυτής ισχυριζόταν πως το Μεξικό παραβίασε το FETS της NAFTA καθώς παρά την αρχική υπογραφή συμφωνίας μεταξύ επενδυτών-Μεξικού για μια μακροχρόνια επενδυτική σχέση, στη συνέχεια το Μεξικό αποσύρθηκε από τη συμφωνία. Οι επενδυτές υποστήριζαν πως προσβλήθηκαν οι έννομες προσδοκίες τους. Ωστόσο, το διαιτητικό δικαστήριο διαπίστωσε πως το Μεξικό είχε κάθε λόγο να αποσυρθεί από τη συμφωνία, καθώς οι επενδυτές είχαν προβεί σε ψευδείς δηλώσεις έναντι του Μεξικού περί των επιχειρηματικών τους δυνατοτήτων. Η συμπεριφορά αυτή κατά το δικαστήριο δικαιολογούσε απόλυτα την απόσυρση του κράτους υποδοχής από τη συμφωνία. Ο Klager⁴¹ παρατηρεί πως η απόφαση λαμβάνει, εμμέσως, υπόψιν της τις επιταγές της εταιρικής κοινωνικής ευθύνης και της απαίτησης η εκάστοτε επένδυση να συντελεί στην ανάπτυξη του κράτους υποδοχής (το ζήτημα της «sustainable development»). Ωστόσο, μια τέτοια θεώρηση είναι λανθασμένη, καθώς το δικαστήριο δεν απέρριψε το αίτημα των επενδυτών επειδή οι ίδιοι είχαν προβεί σε ψευδείς δηλώσεις, αλλά επειδή οι ψευδείς δηλώσεις δικαιολογούσαν τη συμπεριφορά του Μεξικού. Δηλαδή, η σημασία των ψευδών δηλώσεων δεν επηρέαζε τη βασιμότητα της απαίτησής τους αλλά δικαιολογούσε την άρνηση του Μεξικού να σεβαστεί την επενδυτική συμφωνία.

Στην υπόθεση *Mondev v USA*⁴², ο επενδυτής ισχυρίστηκε πως το κράτος υποδοχής αρνήθηκε να του παρέχει δικαιοσύνη ως παρεπόμενη εκ του άρθρου 1105 υποχρέωση.⁴³ Συγκεκριμένα, ο επενδυτής υποστήριξε πως οι αποφάσεις των αμερικανικών δικαστηρίων της περιοχής της Βοστώνης να μην

³⁷ Βλ γενικά Kalicki-Medeiros, (2007), σελ 30 επ - Picherack, (2008) – Vandeveld, (2010)

³⁸ Dumberry, (2014), “The prohibition...” και ο ίδιος, (2014), “The protection...”

³⁹ Robert Azinian, Kenneth Davitian, & Ellen Baca v. The United Mexican States, ICSID Case No. ARB (AF)/97/2

⁴⁰ Βλ και Draguiev, (2014), σελ 293

⁴¹ Klager, (2011), σελ 210 και 217

⁴² Mondev International Ltd. v. United States of America, ICSID Case No. ARB(AF)/99/2

⁴³ Klager, (2011), σελ 217 επ - Kalicki-Medeiros, (2007), σελ 33

ικανοποιήσουν μια αξίωση αποζημίωσής του, αποτελούσε άρνηση δικαιοσύνης και, συνεπώς, παραβίαση του FETS όπως αυτό προβλέπεται στο άρθρο 1105 της NAFTA. Ωστόσο, το διαιτητικό δικαστήριο δεν δέχτηκε τις αιτιάσεις του επενδυτή. Αρχικά, ξεκαθάρισε πως αν και η άρνηση παροχής δικαιοσύνης γεννά ευθύνη του κράτους υποδοχής με βάση το διεθνές δίκαιο, τούτο δεν σημαίνει πως τα διεθνή δικαστήρια λειτουργούν ως ανώτερα δικαστήρια που εξετάζουν τη βασιμότητα και νομιμότητα των αποφάσεων των εθνικών δικαστηρίων. Επιπλέον, το δικαστήριο έθεσε πολύ υψηλά τον πήχη για την κατάφαση άρνησης παροχής δικαιοσύνης αναφέροντας χαρακτηριστικά (σκέψη 127) πως: *«In the end the question is whether, at an international level and having regard to generally accepted standards of the administration of justice, a tribunal can conclude in the light of all the available facts that the impugned decision was clearly improper and discreditable, with the result that the investment has been subjected to unfair and inequitable treatment. This is admittedly a somewhat open-ended standard, but it may be that in practice no more precise formula can be offered to cover the range of possibilities».*

Στην υπόθεση **Metalclad v Mexico**⁴⁴ το διαιτητικό δικαστήριο κλήθηκε και πάλι να εφαρμόσει το άρθρο 1105 της NAFTA.⁴⁵ Τα πραγματικά περιστατικά αφορούσαν μια μεξικανική εταιρία διαχείρισης επικίνδυνων αποβλήτων η οποία είχε αποκτήσει ειδικές άδειες από τις ομοσπονδιακές αρχές του Μεξικού για τη λειτουργία ειδικών εγκαταστάσεων. Ωστόσο, οι τοπικές αρχές όπου υποτίθεται θα κατασκευάζονταν οι εγκαταστάσεις αποβλήτων ήταν αντίθετες με το επίμαχο σχέδιο και αρνήθηκαν να χορηγήσουν τις απαιτούμενες πολεοδομικές άδειες. Παράλληλα, οι κάτοικοι της περιοχής εμπόδιζαν συνεχώς τα όποια κατασκευαστικά έργα με διαδηλώσεις κτλ. Παρά τις δεσμεύσεις των ομοσπονδιακών αρχών για ολοκλήρωση του εγχειρήματος, εν τέλει το όλο επενδυτικό εγχείρημα δεν πραγματοποιήθηκε. Η Metalclad, αμερικανική εταιρία, είχε αγοράσει, εν τω μεταξύ, την μεξικανική εταιρία και στράφηκε κατά του κράτους του Μεξικού για παραβίαση του FETS της NAFTA λόγω έλλειψης διαφάνειας από τις ομοσπονδιακές και τοπικές αρχές του Μεξικού. Το διαιτητικό δικαστήριο, εν προκειμένω, ερμήνευσε το FETS του άρθρου 1105 ως

⁴⁴ Metalclad Corporation v. The United Mexican States, ICSID Case No. ARB(AF)/97/1

⁴⁵ Klager, (2011), σελ 62 επ και 175 - Kalicki-Medeiros, (2007), σελ 30

ένα αυτόνομο μέτρο το οποίο δεν σχετίζεται με το διεθνές ελάχιστο μέτρο προστασίας αλλά βασίζεται στο διεθνές δίκαιο. Με βάση αυτή τη θεώρηση, το δικαστήριο ερμήνευσε τις υποχρεώσεις που απορρέουν για τα κράτη από το 1105 με βάση το προοίμιο και το άρθρο 102(1) της NAFTA, το οποίο αναφέρει πως τα συμβαλλόμενα κράτη θα πρέπει να προάγουν τη διαφάνεια. Δηλαδή, το δικαστήριο ενσωμάτωσε στο ουσιαστικό περιεχόμενο του FETS της NAFTA την υποχρέωση διαφάνειας προς τον επενδυτή που δεσμεύει το εκάστοτε κράτος υποδοχής έναντι του επενδυτή. Χαρακτηριστικά το δικαστήριο αναφέρει:

«74. NAFTA Article 1105(1) provides that “each Party shall accord to investments of investors of another Party treatment in accordance with international law, including fair and equitable treatment and full protection and security”. For the reasons set out below, the Tribunal finds that Metalclad’s investment was not accorded fair and equitable treatment in accordance with international law, and that Mexico has violated NAFTA Article 1105(1).

75. An underlying objective of NAFTA is to promote and increase cross-border investment opportunities and ensure the successful implementation of investment initiatives. (NAFTA Article 102(1)).

76. Prominent in the statement of principles and rules that introduces the Agreement is the reference to “transparency” (NAFTA Article 102(1)). The Tribunal understands this to include the idea that all relevant legal requirements for the purpose of initiating, completing and successfully operating investments made, or intended to be made, under the Agreement should be capable of being readily known to all affected investors of another Party. There should be no room for doubt or uncertainty on such matters. Once the authorities of the central government of any Party (whose international responsibility in such matters has been identified in the preceding section) become aware of any scope for misunderstanding or confusion in this connection, it is their duty to ensure that the correct position is promptly determined and clearly stated so that investors can proceed with all appropriate expedition in the confident belief that they are acting in accordance with all relevant laws.

...

100. Moreover, the acts of the State and the Municipality – and therefore the acts of Mexico – fail to comply with or adhere to the requirements of NAFTA, Article

1105(1) that each Party accord to investments of investors of another Party treatment in accordance with international law, including fair and equitable treatment. This is so particularly in light of the governing principle that internal law (such as the Municipality's stated permit requirements) does not justify failure to perform a treaty. (Vienna Convention on the Law of Treaties, Arts. 26, 27).

101. The Tribunal therefore holds that Metalclad was not treated fairly or equitably under the NAFTA and succeeds on its claim under Article 1105.»

Η συλλογιστική του διαιτητικού δικαστηρίου γέννησε προβληματισμό. Τούτο καθώς το άρθρο 1105 της NAFTA δεν κάνει καμία αναφορά σε υποχρέωση διαφάνειας αλλά ούτε και τέτοια υποχρέωση γεννάται για το εκάστοτε κράτος υποδοχής με βάση το διεθνές εθνικό δίκαιο.⁴⁶

Θεωρείται πως παρόμοια συλλογιστική υιοθετήθηκε από το διαιτητικό δικαστήριο στην υπόθεση *S.D. Myers v Canada*.⁴⁷ Κατά τον Klager⁴⁸, στην υπόθεση αυτή το δικαστήριο διέυρνε το ουσιαστικό περιεχόμενο του FETS της NAFTA κατά τρόπο που να υποστηρίζει πως μια διακριτική μεταχείριση μεταξύ ημεδαπών και αλλοδαπών επενδυτών παραβιάζει το άρθρο 1105. Ο Klager βλέπει τη θέση αυτή στη φράση: «*a majority of the Tribunal determines that on the facts of this particular case the breach of Article 1102 essentially establishes a breach of Article 1105 as well*». (όπου άρθρο 1102 είναι το άρθρο που θεσπίζει την υποχρέωση της «εθνικής μεταχείρισης» για το κράτος υποδοχής ήτοι της μη διάκρισης) Ωστόσο, εν προκειμένω, το δικαστήριο δεν προέβη σε μια ευρεία ερμηνεία του FETS της NAFTA όπως στην υπόθεση *Metaclad*. Το δικαστήριο ξεκαθάρισε⁴⁹ πως το FETS βασίζεται στο διεθνές δίκαιο και πως δεν περιλαμβάνει απαραίτητα υποχρέωση μη διακριτικής μεταχείρισης από το

⁴⁶ Klager, (2011), σελ 64 και 189-190

⁴⁷ *S.D. Myers, Inc. v. Government of Canada*, UNCITRAL

⁴⁸ Klager, (2011), σελ 65-66 - Kalicki-Medeiros, (2007), σελ 31

⁴⁹ Βλ σκέψη 259: «*The minimum standard of treatment provision of the NAFTA is similar to clauses contained in BITs. The inclusion of a "minimum standard" provision is necessary to avoid what might otherwise be a gap. A government might treat an investor in a harsh, injurious and unjust manner, but do so in a way that is no different than the treatment inflicted on its own nationals. The "minimum standard" is a floor below which treatment of foreign investors must not fall, even if a government were not acting in a discriminatory manner.*» και σκέψη 262: «*Article 1105(1) expresses an overall concept. The words of the article must be read as a whole. The phrases ...fair and equitable treatment... and ...full protection and security... cannot be read in isolation. They must be read in conjunction with the introductory phrase ...treatment in accordance with international law*»

κράτος υποδοχής. Ωστόσο, το δικαστήριο διευκρίνισε⁵⁰ πως ορισμένες περιπτώσεις κατάφωρης διακριτικής μεταχείρισης που παραβιάζει κάθε έννοια διεθνούς δικαίου θα μπορεί να θεωρηθεί και παραβίαση του FETS. Αυτό που το δικαστήριο διαπίστωσε είναι πως τα πραγματικά περιστατικά της συγκεκριμένης περίπτωσης θεμελιώνουν τόσο μια παραβίαση του προβλεπόμενου όρου περί εθνικής μεταχείρισης όσο και μια παραβίαση του FETS της NAFTA. Μια τέτοια τοποθέτηση, δεν ενσωματώνει απαραίτητως υποχρέωση διακριτικής μεταχείρισης εντός του FETS της NAFTA, αλλά είναι συμβατή με την πάγια ερμηνεία του διεθνούς ελάχιστου μέτρου προστασίας πως μια κατάφωρη αδικία (εν προκειμένω υπερβολικά αυθαίρετη διακριτική μεταχείριση) μπορεί να θεμελιώσει παραβίαση του IMST.

Στην υπόθεση *Pope & Talbot Inc. v. Canada*⁵¹ το διαιτητικό δικαστήριο έπρεπε να εφαρμόσει τη NAFTA μεταξύ ενός αμερικανού επενδυτή και του Καναδά.⁵² Η υπόθεση αφορούσε την υιοθέτηση εκ μέρους του Καναδά ενός πολύπλοκου ρυθμιστικού πλαισίου στα πλαίσια εφαρμογής μιας διεθνούς συμφωνίας μεταξύ Καναδά και ΗΠΑ. Ωστόσο, το επίμαχο ρυθμιστικό πλαίσιο επηρέασε αρνητικά την επένδυση ενός αμερικανού επενδυτή, ο οποίος και στράφηκε κατά του Καναδά με βάση τη NAFTA. Ο επενδυτής επικαλέστηκε την παραβίαση του FETS που προβλέπεται στο άρθρο 1105 της NAFTA καθώς ο Καναδάς άλλαξε καθοριστικά το ρυθμιστικό πλαίσιο μετά την πραγματοποίηση της επένδυσης. Ωστόσο, το δικαστήριο δεν δέχτηκε την παραβίαση του FETS όπως αυτό προβλέπεται στη NAFTA. Η κρίση βασίστηκε στο γεγονός πως ο Καναδάς δεν υιοθέτησε τα μέτρα αυθαίρετα αλλά, αντιθέτως, η αλλαγή του ρυθμιστικού πλαισίου έγινε κατόπιν διεθνούς συμφωνίας και αποτέλεσε εύλογη προσαρμογή σε νέες οικονομικές και νομικές περιστάσεις. Παράλληλα, κατά την υιοθέτηση του νέου νομοθετικού πλαισίου, ο Καναδάς δεν έλαβε μέτρα διακριτικής μεταχείρισης υπέρ των ημεδαπών. Έτσι, το δικαστήριο αρνήθηκε πως παραβιάστηκε το FETS του άρθρου 1105 της NAFTA από την υιοθέτηση

⁵⁰ Βλ σκέψη 263: « *The Tribunal considers that a breach of Article 1105 occurs only when it is shown that an investor has been treated in such an unjust or arbitrary manner that the treatment rises to the level that is unacceptable from the international perspective. That determination must be made in the light of the high measure of deference that international law generally extends to the right of domestic authorities to regulate matters within their own borders. The determination must also take into account any specific rules of international law that are applicable to the case.* »

⁵¹ *Pope & Talbot Inc. v. The Government of Canada*, 10 April 2001, Award on the Merits of Phase 2

⁵² Klager, (2011), 67 επ και 159 επ - Kalicki-Medeiros, (2007), σελ 32

των επίμαχων ρυθμιστικών μέτρων.⁵³ Ωστόσο, η απόφαση είναι σημαντική για τον τρόπο με τον οποίο ερμήνευσε το άρθρο 1105 που αφορά το FETS της NAFTA. Το διαιτητικό δικαστήριο απέρριψε τα όσα υποστήριζαν οι κυβερνήσεις του Καναδά και των ΗΠΑ για μια ερμηνεία του FETS η οποία θα το εξίσωνε με το IMST. Κατά το δικαστήριο μια τέτοια ερμηνεία θα ήταν αντίθετη με τη βούληση των συμβαλλομένων κρατών στη NAFTA, καθώς θα είχε ως αποτέλεσμα το μέτρο προστασίας των επενδυτών να είναι πολύ χαμηλό, κάτι το οποίο θα αντέβαινε με το όλο πνεύμα της συνθήκης. Έτσι, το διαιτητικό δικαστήριο κατέληξε σε μια αυτόνομη ερμηνεία του FETS, διακριτή από το IMST και τους εγγενείς περιορισμούς που θέτει το τελευταίο. Χαρακτηριστικά το δικαστήριο ανέφερε: « *The Tribunal is unwilling to attribute to the NAFTA Parties an intention that would lead to such a patently absurd result. Accordingly, the Tribunal interprets Article 1105 to require that covered investors and investments receive, the benefits of the fairness elements under ordinary standards applied in the NAFTA countries, without any threshold limitation that the conduct complained of be "egregious/, "outrageous" or "shocking," or otherwise extraordinary. For this reason, the Tribunal will test Canadian implementation of the SLA against the fairness elements without applying that kind of threshold.*»

Λόγω των προηγούμενων αποφάσεων, θεωρήθηκε από τα συμβαλλόμενα στη NAFTA κράτη πως τα διαιτητικά δικαστήρια παρερμηνεύουν το αληθινό νόημα του άρθρου 1105, με αποτέλεσμα να το διαχωρίζουν από το διεθνές εθνικό δίκαιο και καταλήγουν να του προσδίδουν μεγαλύτερο ουσιαστικό περιεχόμενο.⁵⁴ Μια τέτοια ευρεία και αυτόνομη ερμηνεία έχει ως αποτέλεσμα την αποδοχή περισσότερων υποχρεώσεων για τα εκάστοτε κράτη υποδοχής. Έτσι, τα συμβαλλόμενα κράτη προχώρησαν σε αυθεντική ερμηνεία της του άρθρου 1105 μέσω της έκδοσης ανακοίνωσης της NAFTA Free Trade Commission περί της ερμηνείας του άρθρου 1105.⁵⁵

Στην υπόθεση *Gami v Mexico*⁵⁶ το δικαστήριο έπρεπε να κρίνει άλλη μία αξίωση παραβίασης του άρθρου 1105 της NAFTA.⁵⁷ Εν προκειμένω, η εταιρία

⁵³ Ωστόσο, το δικαστήριο δέχτηκε την παραβίαση του μέτρου σε άλλα πραγματικά περιστατικά.

⁵⁴ Βλ και Klager, (2011), σελ 70 επ

⁵⁵ Βλ παράρτημα 1 στο τέλος της εργασίας

⁵⁶ Gami Investments, Inc. v. The Government of the United Mexican States, UNCITRAL

⁵⁷ Βλ και Klager, (2011), σελ 170-171 - Kalicki-Medeiros, (2007), σελ 37

GAMI, αμερικανικής υπηκοότητας, προσπάθησε να δραστηριοποιηθεί στον τομέα καλλιέργειας ζαχαρότευτλων του Μεξικού. Ο εν λόγω τομέας, ωστόσο, τύγχανε μιας έντονης νομοθετικής ρύθμισης από το κράτος του Μεξικού. Η αμερικανική εταιρία, λόγω των δυσχερειών που δημιουργούσε το μεξικανικό νομοθετικό πλαίσιο στην πραγματοποίηση των επενδυτικών της σχεδίων, στράφηκε κατά του Μεξικού υποστηρίζοντας πως το Μεξικό δεν διατηρούσε ευνοϊκό περιβάλλον για τις επενδύσεις και, επομένως, ευθυνόταν με βάση το FETS που προέβλεπε το άρθρο 1105 της NAFTA. Το διαιτητικό δικαστήριο απέρριψε το αίτημα του επενδυτή καθώς δεν μπορούσε να θεμελιωθεί ευθύνη του Μεξικού, κυρίως διότι οι επίμαχες νομοθετικές ρυθμίσεις είχαν τεθεί πριν υπογραφεί η NAFTA και προτού ο επενδυτής επιχειρήσει την επένδυσή του. Ο επενδυτής γνώριζε την ύπαρξη του πολύπλοκου νομοθετικού καθεστώτος και έτσι, δεν μπορούσε να θεμελιωθεί προσβολή του επενδυτικού περιβάλλοντος από το κράτος υποδοχής. Η προσβολή του επενδυτικού περιβάλλοντος μπορεί να νοηθεί μόνο αφού ο επενδυτής πραγματοποιήσει την επένδυσή του.

Άλλη μια υπόθεση στα πλαίσια της NAFTA ήταν η *Thunderbird v. Mexico*⁵⁸. Στην προκειμένη περίπτωση⁵⁹, ο επενδυτής στράφηκε κατά του Μεξικού λόγω παραβίασης του FETS, με το σκεπτικό πως η εθνική νομοθεσία που αφορούσε τα τυχερά παιχνίδια εμπόδιζε την πραγματοποίηση της επένδυσής του και πως οι μεξικανικές δικαστικές και διοικητικές αρχές παραβίασαν το FETS μέσω των ενεργειών τους. Το δικαστήριο έπρεπε να εξετάσει εάν το FETS, όπως προβλέπεται στο άρθρο 1105 της NAFTA, παραβιάζόταν. Το Δικαστήριο, λαμβάνοντας υπόψιν την ερμηνευτική ανακοίνωση της NAFTA FTC, αναφέρει στη σκέψη 194: «*The content of the minimum standard should not be rigidly interpreted and it should reflect evolving international customary law. Notwithstanding the evolution of customary law since decisions such as Neer Claim in 1926, the threshold for finding a violation of the minimum standard of treatment still remains high, as illustrated by recent international jurisprudence. For the purposes of the present case, the Tribunal views acts that would give rise to a breach of the minimum standard of treatment*

⁵⁸ International Thunderbird Gaming Corporation v. The United Mexican States – βλ και Klager, (2011), σελ 160

⁵⁹ Βλ και Klager, (2011), σελ 178 - Kalicki-Medeiros, (2007), σελ 38

prescribed by the NAFTA and customary international law as those that, weighed against the given factual context, amount to a gross denial of justice or manifest arbitrariness falling below acceptable international standards.». Στη συνέχεια το δικαστήριο απέρριψε το αίτημα του επενδυτή καθώς θεώρησε πως οι πρακτικές του Μεξικού δεν θεμελιώναν παραβίαση του μέτρου ελάχιστης απαιτούμενης προστασίας που καθιέρωνε η NAFTA, κυρίως διότι ο επενδυτής είχε αξιολογήσει λανθασμένα τις δηλώσεις των κρατικών οργάνων του Μεξικού.⁶⁰

Η υπόθεση **Waste Management v Mexico**⁶¹ αφορούσε την προσβολή των έννομων προσδοκιών του επενδυτή.⁶² Εν προκειμένω, μια αμερικανική εταιρία διαχείρισης σκουπιδιών συμφώνησε με ένα δήμο του Μεξικού, να αναλάβει την καθαριότητα των δρόμων του δήμου για συγκεκριμένη χρονική περίοδο με μηνιαία αμοιβή. Παρά τη συμφωνία, ο δήμος απέτυχε να τηρήσει τις υποχρεώσεις του με αποτέλεσμα την αποτυχία της επένδυσης. Στη συνέχεια η εταιρία στράφηκε με βάση το άρθρο 1105 της NAFTA κατά του Μεξικού. Ωστόσο, το διαιτητικό δικαστήριο απέρριψε τις αιτιάσεις του επενδυτή ως καθαρά συμβατικές υποχρεώσεις που δεν απαιτείται να επιλύονται σε διεθνές επίπεδο με βάση τη NAFTA. Κατά το δικαστήριο, η αποτυχία του κράτους υποδοχής να ικανοποιήσει καθαρά οικονομικές αξιώσεις κατά το χρόνο που αυτές καθίστανται ληξιπρόθεσμες, δεν γεννά ευθύνη με βάση το άρθρο 1105 της NAFTA.

Στην υπόθεση **Methanex v USA**⁶³ το διαιτητικό δικαστήριο έπρεπε να εξετάσει εάν η διακριτική μεταχείριση που επικαλείτο ο επενδυτής μπορεί να αποτελέσει παραβίαση του άρθρου 1105 της NAFTA.⁶⁴ Πιο συγκεκριμένα, μια канаδική εταιρία προσπάθησε να δραστηριοποιηθεί επενδυτικά στην Καλιφόρνια ως παραγωγός μεθανόλης. Ωστόσο, η Καλιφόρνια, λόγω περιβαλλοντικών ανησυχιών, προέβη σε μεταβολή της νομοθεσίας της μετά την πραγματοποίηση της επένδυσης και απαγόρευσε την παραγωγή μεθανόλης επιτρέποντας μόνο την παραγωγή εθανόλης. Ο канаδός επενδυτής υποστήριξε πως η Καλιφόρνια προέβη στην εν λόγω πρακτική για να ευνοήσει τους

⁶⁰ Klager, (2011), σελ 179

⁶¹ Waste Management, Inc. v. United Mexican States ("Number 2"), ICSID Case No. ARB(AF)/00/3

⁶² Βλ και Kalicki-Medeiros, (2007), σελ 36 - Draguiev, (2014), σελ 291

⁶³ Methanex Corporation v. United States of America, UNCITRAL

⁶⁴ Klager, (2011), σελ 191 επ και 208 επ - Kalicki-Medeiros, (2007), σελ 37

εγχώριους παραγωγούς εθανόλης και να πλήξει την ίδια καθώς υπήρχε ανταγωνισμός μεταξύ παραγωγών εθανόλης-μεθανόλης. Το διαιτητικό δικαστήριο εξετάζοντας την αξίωση, απέρριψε αρχικά την εφαρμογή του άρθρου 1102 της NAFTA καθώς η απαγόρευση αφορούσε τόσο τους εγχώριους όσο και τους αλλοδαπούς παραγωγούς μεθανόλης και, συνεπώς, δεν μπορούσε να θεμελιωθεί στο άρθρο διακριτική μεταχείριση για παραγωγούς διαφορετικών προϊόντων. Στη συνέχεια, εξέτασε κατά πόσον μπορούσε να θεμελιωθεί στο 1105 ευθύνη του κράτους υποδοχής για διακριτική μεταχείριση. Το δικαστήριο διαπίστωσε πως το FETS, όπως προβλέπεται στη NAFTA, δεν περιέχει καμία υποχρέωση του κράτους υποδοχής περί μη διάκρισης μεταξύ των επενδυτών. Παράλληλα, δεν μπορεί να θεμελιωθεί στο διεθνές εθιμικό δίκαιο κανένας κανόνας που να απαγορεύει τη δυνατότητα ενός κράτους να διακρίνει μεταξύ εγχώριων και αλλοδαπών επενδυτών. Συνεπώς, το διαιτητικό δικαστήριο απέρριψε τα αιτήματα του επενδυτή καθώς δεν στηρίζονταν από το γράμμα της NAFTA.

Στην υπόθεση *Glamis v USA*⁶⁵ ο επενδυτής στράφηκε κατά των ΗΠΑ επειδή οι αρμόδιες αρχές δεν του χορήγησαν την απαιτούμενη άδεια για ορυχείο με την αιτιολογία πως η επίμαχη περιοχή βρισκόταν πολύ κοντά σε ιερό μέρος των αυτοχθόνων Αμερικανών.⁶⁶ Ο επενδυτής υποστήριξε πως με βάση το άρθρο 1105 της NAFTA, οι ΗΠΑ παραβίασαν το FETS καθώς η άρνηση χορήγησης άδειας παραβίαζε την πάγια και παρελθούσα πρακτική των αρμόδιων διοικητικών υπηρεσιών. Ωστόσο, το διαιτητικό δικαστήριο απέρριψε τις αιτιάσεις του επενδυτή καθώς εκείνος δεν κατάφερε να αποδείξει καμία παραβίαση. Μάλιστα το δικαστήριο περιέγραψε διεξοδικά το βάρος απόδειξης που φέρει ο εκάστοτε επενδυτής που υποστηρίζει παραβίαση του άρθρου 1105 της NAFTA, περιγραφή που παραπέμπει σε μεγάλο βαθμό στις αποδεικτικές απαιτήσεις της υπόθεσης Neer⁶⁷. Χαρακτηριστικά: *«In the instant case, the Tribunal finds that Glamis fails to establish the evolution in custom it asserts to have occurred. It thus appears that, although situations presented to tribunals are more varied and complicated today than in the 1920s, the level of scrutiny required*

⁶⁵ Glamis Gold, Ltd. v. The United States of America, UNCITRAL

⁶⁶ Klager, (2011), σελ 210

⁶⁷ L. F. H. Neer and Pauline Neer (U.S.A.) v. United Mexican States

under Neer is the same. Given the absence of sufficient evidence to establish a change in the custom, the fundamentals of the Neer standard thus still apply today: to violate the customary international law minimum standard of treatment codified in Article 1105 of the NAFTA, an act must be sufficiently egregious and shocking—a gross denial of justice, manifest arbitrariness, blatant unfairness, a complete lack of due process, evident discrimination, or a manifest lack of reasons—so as to fall below accepted international standards and constitute a breach of Article 1105(1). Such a breach may be exhibited by a “gross denial of justice or manifest arbitrariness falling below acceptable international standards;” or the creation by the State of objective expectations in order to induce investment and the subsequent repudiation of those expectations. The Tribunal emphasizes that, although bad faith may often be present in such a determination and its presence will certainly be determinative of a violation, a finding of bad faith is not a requirement for a breach of Article 1105(1). The Tribunal further finds that although the standard for finding a breach of the customary international law minimum standard of treatment therefore remains as stringent as it was under Neer; it is entirely possible that, as an international community, we may be shocked by State actions now that did not offend us previously.»

Στην υπόθεση **Loewen v USA**⁶⁸ ο επενδυτής ισχυρίστηκε πως το κράτος υποδοχής αρνήθηκε να του παρέχει δικαιοσύνη, όπως και στην υπόθεση **Mondev v USA**. Εν προκειμένω τα πραγματικά περιστατικά είχαν ως εξής⁶⁹: μια καναδική εταιρία δραστηριοποιήθηκε στην πολιτεία του Μισσισσίπι ανταγωνιζόμενη μια τοπική αμερικανική εταιρία. Οι δύο εταιρίες λόγω διαφορών προσέφυγαν στα δικαστήρια. Κατά τη δίκη, το τοπικό δικαστήριο επέτρεψε στους δικηγόρους της τοπικής εταιρίας να προβούν σε αρνητικούς χαρακτηρισμούς για την επενδύτρια εταιρία τονίζοντας την αλλοδαπή ιθαγένειά της (επρόκειτο για δίκη αποζημίωσης και, συνεπώς, θα αποφάσιζαν ένορκοι). Οι ένορκοι δικαίωσαν την τοπική εταιρία, επιδικάζοντάς της τη μεγαλύτερη αποζημίωση στην ιστορία της πολιτείας. Για να ασκήσει έφεση, η καναδική εταιρία θα έπρεπε να καταθέσει εγγυητική επιστολή ύψους 625 εκατομμυρίων δολαρίων εντός 7 ημερών, πράγμα που δεν το κατάφερε με αποτέλεσμα να

⁶⁸ Group, Inc. and Raymond L. Loewen v. United States of America, ICSID Case No. ARB(AF)/98/3

⁶⁹ Βλ και Klager, (2011), σελ 219-221 - Kalicki-Medeiros, (2007), σελ 35

αναγκαστεί να έρθει σε συμβιβασμό με την τοπική εταιρία. Για αυτούς τους λόγους, η επενδύτρια εταιρία προσέφυγε κατά του κράτους υποδοχής ισχυριζόμενη πως αρνήθηκε να του παρέχει δικαιοσύνη και, επομένως, παραβίασε το FETS της NAFTA. Το διαιτητικό δικαστήριο επανέλαβε πως, κατά την εξέταση της «άρνησης παροχής δικαιοσύνης», τα διεθνή δικαστήρια δεν λειτουργούν ως εφετεία των εθνικών δικαστηρίων ώστε να εξετάζουν τη νομική βασιμότητα των εθνικών δικαστικών αποφάσεων. Στη συνέχεια, το δικαστήριο διαπίστωσε πως η διεξαγωγή της πρωτόδικης δίκης δεν ήταν ικανή να σταθεί υπεράνω των διεθνών κριτηρίων περί του ελάχιστου μέτρου απονομής δικαιοσύνης καθώς η πρωτόδικη διαδικασία ήταν προδήλως ευνοϊκή υπέρ της τοπικής επιχείρησης. [Σκέψη 137: *«In the light of the conclusions reached in paras. 119-123 (inclusive) and 136, the whole trial and its resultant verdict were clearly improper and discreditable and cannot be squared with minimum standards of international law and fair and equitable treatment»*] Ωστόσο, το δικαστήριο απέρριψε στη συνέχεια την αξίωση του επενδυτή καθώς για να γίνει αποδεκτή η άρνηση παροχής δικαιοσύνης θα πρέπει ο επενδυτής να εξαντλήσει όλα τα ένδικα μέσα του κράτους υποδοχής ή το κράτος υποδοχής να μην του παρέχει άλλα ένδικα βοηθήματα ή μέσα για την υπεράσπιση των δικαιωμάτων του. Εν προκειμένω, κατά το διαιτητικό δικαστήριο, ο επενδυτής απέτυχε να εξαντλήσει τα ένδικα μέσα του κράτους υποδοχής και, συνεπώς, παρά την μη δίκαιη πρωτόδικη διαδικασία δεν μπορούσε να θεμελιωθεί η άρνηση παροχής δικαιοσύνης με βάση τα διεθνή κριτήρια ευθύνης.

5.2. Νομολογία που αφορά διάφορες BIT

Στην υπόθεση *Genin v. Estonia*⁷⁰ το διεθνές διαιτητικό δικαστήριο έπρεπε να ερμηνεύσει και να εφαρμόσει τη BIT μεταξύ Εσθονίας και ΗΠΑ.⁷¹ Ο ενάγων επικαλέστηκε, εν προκειμένω, την παραβίαση εκ μέρους της Εσθονίας, μέσω των πράξεων της Εσθονικής Κεντρικής Τράπεζας, του FETS που προβλεπόταν στην BIT. Ο επίμαχος όρος της επενδυτικής συνθήκης συνέδεε το FETS με την ελάχιστη προστασία που παρείχε το διεθνές εθνικό δίκαιο.⁷² Το δικαστήριο, κατά την εξέταση της συγκεκριμένης αιτίας, ερμήνευσε τον επίμαχο όρο και, ιδίως, επιχείρησε να δώσει ουσιαστικό περιεχόμενο στο προβλεπόμενο μέτρο προστασίας. Χαρακτηριστικά αναφέρει στη σκέψη 367: *«Article II(3)(a) of the BIT requires the signatory governments to treat foreign investment in a “fair and equitable” way. Under international law, this requirement is generally understood to “provide a basic and general standard which is detached from the host State’s domestic law.” While the exact content of this standard is not clear, the Tribunal understands it to require an “international minimum standard” that is separate from domestic law, but that is, indeed, a minimum standard. Acts that would violate this minimum standard would include acts showing a willful neglect of duty, an insufficiency of action falling far below international standards, or even subjective bad faith. Under the present circumstances—where ample grounds existed for the action taken by the Bank of Estonia—Respondent cannot be held to have violated Article II(3)(a) of the BIT.»*. Η επίμαχη τοποθέτηση του δικαστηρίου θεωρείται ως μια σπάνια περίπτωση όπου διαιτητικό δικαστήριο προσπαθεί να περιγράψει με συγκεκριμένο τρόπο το ουσιαστικό περιεχόμενο του FETS και των υποχρεώσεων που επιβάλλει στο κράτος υποδοχής. Ωστόσο, θα πρέπει να σημειωθεί πως η εφαρμοζόμενη επενδυτική συνθήκη ανέφερε πως το εφαρμοζόμενο μέτρο προστασίας των επενδυτών δεν μπορεί να είναι χαμηλότερο από εκείνο που προβλέπει το διεθνές δίκαιο. Είναι φανερό από τη διατύπωση της απόφασης, πως το δικαστήριο περιγράφει ένα ελάχιστο μέτρο

⁷⁰ Alex Genin, Eastern Credit Limited, Inc. and A.S. Baltoil v. The Republic of Estonia, ICSID Case No. ARB/99/2

⁷¹ Βλ και Kalicki-Medeiros, (2007), σελ 32-33

⁷² «3. (a) Investment shall at all times be accorded fair and equitable treatment, shall enjoy full protection and security and shall in no case be accorded treatment less than required by international law.»

απαιτούμενης προστασίας το οποίο επηρεάζεται από το διεθνές δίκαιο ως προς το ουσιαστικό του περιεχόμενο χωρίς απαραίτητως να μπορεί αυτό να ταυτιστεί με το ουσιαστικό περιεχόμενο του IMST. Επομένως, η διατύπωση της απόφασης δεν μπορεί να χρησιμεύσει για γενικότερες διαπιστώσεις που θα αφορούν το FETS ως ένα αυτόνομο κριτήριο προστασίας των επενδυτών.⁷³

Στην υπόθεση *Saluka v. Czech Republic*⁷⁴ το διαιτητικό δικαστήριο δέχτηκε πως το κράτος υποδοχής είχε παραβιάσει το FETS που προβλεπόταν στην επίμαχη BIT.⁷⁵ Επρόκειτο για έναν ολλανδό επενδυτή ο οποίος είχε επενδύσει στον τραπεζικό τομέα της Τσεχίας, αγοράζοντας μετοχές ενός τσεχικού πιστωτικού ιδρύματος. Όταν έπειτα από μερικά χρόνια ο τραπεζικός τομέας της Τσεχίας αντιμετώπισε δριμυία κρίση, το τσεχικό δημόσιο προσπάθησε να αντιμετωπίσει την κρίση αλλάζοντας άρδην το νομοθετικό πλαίσιο και ενισχύοντας οικονομικά πρώτα τις τσεχικές κρατικές τράπεζες έναντι των ξένων επενδυτών. Λόγω της διακριτικής μεταχείρισης, ο ολλανδός επενδυτής στράφηκε κατά του τσεχικού κράτους υποστηρίζοντας πως η επίμαχη διακριτική μεταχείριση παραβιάζει το μέτρο απαιτούμενης προστασίας που καθιέρωνε η επίμαχη διεθνής επενδυτική συμφωνία μεταξύ ΗΠΑ και Τσεχίας στο άρθρο 3 αυτής.⁷⁶ Το δικαστήριο προέβη σε εξέταση και ερμηνεία του εν λόγω μέτρου απαιτούμενης προστασίας που καθιέρωνε η συνθήκη και κατά πόσον το FETS που προβλέπει μπορεί να εξισωθεί με το IMST. Για τη σχέση του επίμαχου FETS με το IMST το δικαστήριο διαπίστωσε στη σκέψη 294 πως:

⁷³ Βλ και σχολιασμό της διατύπωσης από το διαιτητικό δικαστήριο στην υπόθεση *Saluka*, στη σκέψη 295: «*The Genin case on which the Respondent relies does not support this suggestion. The Genin tribunal merely held that a BIT standard of "fair and equitable" treatment provides "a basic and general standard which is detached from the host States' domestic law".27 This standard is characterised by the Genin tribunal as "an" international minimum standard, not as "the" international minimum standard. Far from equating the BIT's standard with the customary minimum standard, the Genin tribunal merely emphasised that the "fair and equitable treatment" standard requires the Contracting States to accord to foreign investors treatment which does not fall below a certain minimum, this minimum being in any case detached from any lower minimum standard of treatment that may prevail in the domestic laws of the Contracting States. Also, the way the Genin tribunal defined the threshold for the finding of a violation of the "fair and equitable treatment" standard28 does not incorporate the traditional Neer formula29 which reflects the traditional, and not necessarily the contemporary, definition of the customary minimum standard, at least in certain non-investment fields.*»

⁷⁴ *Saluka Investments B.V. v. The Czech Republic*

⁷⁵ Klager, (2011), σελ 81 επ και σελ 161-162 - Kalicki-Medeiros, (2007), σελ 38

⁷⁶ Βλ τη ρήτρα της συμφωνίας: «*Article 3. 1) Each Contracting Party shall ensure fair and equitable treatment to the investments of investors of the other Contracting Party and shall not impair, by unreasonable or discriminatory measures, the operation, management, maintenance, use, enjoyment or disposal thereof by those investors.*»

«Whichever the difference between the customary and the treaty standards may be, this Tribunal has to limit itself to the interpretation of the “fair and equitable treatment” standard as embodied in Article 3.1 of the Treaty. That Article omits any express reference to the customary minimum standard. The interpretation of Article 3.1 does not therefore share the difficulties that may arise under treaties (such as the NAFTA) which expressly tie the “fair and equitable treatment” standard to the customary minimum standard. Avoidance of these difficulties may even be regarded as the very purpose of the lack of a reference to an international standard in the Treaty. This clearly points to the autonomous character of a “fair and equitable treatment” standard such as the one laid down in Article 3.1 of the Treaty». Στη συνέχεια, για την ερμηνεία του επίμαχου όρου ως αυτόνομου κριτηρίου, το δικαστήριο χρησιμοποίησε τα ερμηνευτικά εργαλεία που καθιερώνει η ΔΣΒ και περιέγραψε λεπτομερώς την εφαρμογή τους.⁷⁷ Κατόπιν εξετάσεως του νοήματος των λέξεων, του περιεχομένου, του αντικειμένου και του σκοπού της συνθήκης, το διαιτητικό δικαστήριο κατέληξε στη σκέψη 309 στο εξής συμπέρασμα: *«The “fair and equitable treatment” standard in Article 3.1 of the Treaty is an autonomous Treaty standard and must be interpreted, in light of the object and purpose of the Treaty, so as to avoid conduct of the Czech Republic that clearly provides disincentives to foreign investors. The Czech Republic, without undermining its legitimate right to take measures for the protection of the public interest, has therefore assumed an obligation to treat a foreign investor’s investment in a way that does not frustrate the investor’s underlying legitimate and reasonable expectations. A foreign investor whose interests are protected under the Treaty is entitled to expect that the Czech Republic will not act in a way that is manifestly inconsistent, non-transparent, unreasonable (i.e. unrelated to some rational policy), or discriminatory (i.e. based on unjustifiable distinctions). In applying this standard, the Tribunal will have due regard to all relevant circumstances.»* Με βάση αυτό το ουσιαστικό περιεχόμενο του απαιτούμενου μέτρου προστασίας των επενδυτών από το κράτος υποδοχής και εξετάζοντας τα πραγματικά περιστατικά, το δικαστήριο κατέληξε πως η Τσεχία είχε παραβιάσει το απαιτούμενο μέτρο προστασίας που καθιέρωνε η εφαρμοστέα διεθνής επενδυτική συνθήκη.

⁷⁷ Βλ σκέψεις 297 έως 308

Ιδιαίτερος σημαντικές για την κατανόηση του FETS είναι δύο αποφάσεις διαφορετικών διαιτητικών δικαστηρίων, ήτοι η **Lauder v Czech Republic**⁷⁸ και η **CME v Czech Republic**⁷⁹. Οι υποθέσεις αφορούσαν τα ίδια ακριβώς πραγματικά περιστατικά και σχετίζονταν με επενδυτικές αξιώσεις ενάντια στο κράτος της Τσεχίας.⁸⁰ Ωστόσο, η πρώτη αφορούσε την εφαρμογή του FETS όπως αυτό προβλεπόταν στη BIT μεταξύ ΗΠΑ-Τσεχίας, ενώ στη δεύτερη έπρεπε να εφαρμοστεί το FETS όπως προβλεπόταν στη BIT μεταξύ Ολλανδίας-Τσεχίας. Τα πραγματικά περιστατικά αφορούσαν έναν Ολλανδό επενδυτή ο οποίος επιχείρησε να εισέλθει στην τηλεοπτική αγορά της Τσεχίας τη δεκαετία του '90. Παρά την αρχική αποδοχή της επένδυσης από το τσεχικό δημόσιο, μέσω έγκρισης της αρμόδιας τσεχικής τηλεοπτικής αρχής, εν τέλει η επένδυση ναυάγησε καθώς η τηλεοπτική αρχή επικαλέστηκε την αντίθετη τσεχική νομοθεσία για να μην επιτρέψει τη δημιουργία ιδιωτικού τηλεοπτικού σταθμού. Το διαιτητικό δικαστήριο στην **Lauder v Czech Republic** αρνήθηκε την παραβίαση του FETS της BIT μεταξύ ΗΠΑ-Τσεχίας και απάλλαξε την Τσεχία από οποιαδήποτε ευθύνη έναντι του επενδυτή. Το δικαστήριο, ερμηνεύοντας το υπερβολικά λιτό FETS της συνθήκης, ανέφερε τα εξής:

«292. Article II(2)(a) of the Treaty sets forth that "[i]nvestments shall at all times be accorded fair and equitable treatments, (...)". As with any treaty, the Treaty shall be interpreted by reference to its object and purpose, as well as by the circumstances of its conclusion (Vienna Convention on the Law of Treaties, Articles 31 and 32). The preamble of the Treaty states that the Parties agree "that fair and equitable treatment of investment is desirable in order to maintain a stable framework for investment and maximum effective utilization of economic resources". The Arbitral Tribunal notes that there is no further definition of the notion of fair and equitable treatment in the Treaty. The United Nations Conference On Trade And Development has examined the meaning of this doctrine. Fair and equitable treatment is related to the traditional standard of due diligence and provides a "minimum international standard which forms part of customary international law". In the context of bilateral investment treaties, the "fair and

⁷⁸ Ronald S. Lauder v. The Czech Republic, UNCITRAL

⁷⁹ CME Czech Republic B.V. v. The Czech Republic UNCITRAL

⁸⁰ Βλ αναλυτικά και Klager, (2011), σελ 180 επ - Kalicki-Medeiros, (2007), σελ 33

equitable” standard is subjective and depends heavily on a factual context. It “will also prevent discrimination against the beneficiary of the standard, where discrimination would amount to unfairness or inequity in the circumstances”.

293. *The Arbitral Tribunal holds that none of the actions and inactions of the Media Council, which have already been examined with respect to the prohibition against arbitrary and discriminatory measures, constitutes a violation of the duty to provide fair and equitable treatment».* Από τη συλλογιστική του δικαστηρίου είναι πρόδηλο πως, εν προκειμένω, το δικαστήριο πραγματοποίησε μια υπερβολικά στενή ερμηνεία του FETS της συνθήκης και το συνέδεσε με το IMST. Από την άλλη, στην υπόθεση **CME v Czech Republic**, το διαιτητικό δικαστήριο εφαρμόζοντας για τα ίδια πραγματικά περιστατικά την BIT μεταξύ Ολλανδίας-Τσεχίας, προχώρησε σε καταδίκη της Τσεχίας. Ο επίμαχος όρος της εδώ επενδυτικής συνθήκης που αναφερόταν στο FETS ήταν αρκετά πιο περιγραφικός από την BIT μεταξύ ΗΠΑ-Τσεχίας, αναφέροντας τα εξής: «*Each Contracting Party shall ensure fair and equitable treatment to the investments of investors of the other Contracting Party and shall not impair, by unreasonable or discriminatory measures, the operation, management, maintenance, use, enjoyment or disposal thereof by those investors*». Το δικαστήριο δεν ανέλυσε διεξοδικά τον επίμαχο όρο παρά λιτά ανέφερε στη σκέψη 611 πως η συμπεριφορά της τηλεοπτικής αρχής της Τσεχίας συνιστά δόλια («intentional») παραβίαση του FTES της εδώ εφαρμοστέας συνθήκης.

Η απόφαση **Tecmed v Mecico**⁸¹ ασχολήθηκε κυρίως με το ζήτημα της προστασίας των έννομων προσδοκιών του επενδυτή.⁸² Η υπόθεση αφορούσε μία ισπανική εταιρία, την Tecmed, η οποία αποπειράθηκε να δραστηριοποιηθεί στο Μεξικό και, συγκεκριμένα, στον τομέα διαχείρισης επικίνδυνων βιομηχανικών αποβλήτων. Η ισπανική εταιρία απέκτησε την άδεια να λειτουργήσει εγκαταστάσεις αποβλήτων με συμμετοχή σε δημόσιο διαγωνισμό που πραγματοποίησαν οι ομοσπονδιακές αρχές του Μεξικού. Η εταιρία λειτούργησε την εγκατάσταση και μάλιστα η άδειά της ανανεώθηκε ύστερα από την πάροδο ενός χρόνου για άλλον ένα χρόνο. Ωστόσο, την επόμενη χρονιά δεν

⁸¹ Técnicas Medioambientales Tecmed, S.A. v. The United Mexican States, ICSID Case No. ARB (AF)/00/2

⁸² Βλ και Klager, (2011), σελ 175 επ - Kalicki-Medeiros, (2007), σελ 34 - Draguiev, (2014), σελ 292

την ανανεώθηκε η άδεια λειτουργίας κυρίως για πολιτικούς λόγους, ήτοι την ικανοποίηση του αιτήματος των κατοίκων της περιοχής για απομάκρυνση των εγκαταστάσεων αποβλήτων. Η εταιρία προσφέρθηκε να μετακινήσει σε άλλη περιοχή την εγκατάσταση, όμως εν τέλει της ζητήθηκε να αποχωρήσει οριστικώς. Η εταιρία στράφηκε κατά του κράτους του Μεξικού και υποστήριξε πως το Μεξικό παραβίασε το προβλεπόμενο FETS στην BIT μεταξύ Μεξικού-Ισπανίας καθώς δεν σεβάστηκε τις έννομες προσδοκίες του επενδυτή. Το διαιτητικό δικαστήριο εξέτασε τον επίμαχο όρο της συνθήκης που αφορούσε το FETS ώστε να διαπιστώσει το εύρος των υποχρεώσεων που δέσμευαν το κράτος υποδοχής.⁸³ Το δικαστήριο κατέληξε σε μια ευρύτατη ερμηνεία του επίμαχου μέτρου δίκαιης και ισότιμης μεταχείρισης, βασιζόμενο κυρίως στο καθήκον καλής πίστης που δεσμεύει τα κράτη με βάση το διεθνές δίκαιο.⁸⁴ Χαρακτηριστικά στη σκέψη 154 αναφέρει:

«The Arbitral Tribunal considers that this provision of the Agreement, in light of the good faith principle established by international law, requires the Contracting Parties to provide to international investments treatment that does not affect the basic expectations that were taken into account by the foreign investor to make the investment. The foreign investor expects the host State to act in a consistent manner, free from ambiguity and totally transparently in its relations with the foreign investor, so that it may know beforehand any and all rules and regulations that will govern its investments, as well as the goals of the relevant policies and administrative practices or directives, to be able to plan its investment and comply with such regulations. Any and all State actions conforming to such criteria should relate not only to the guidelines, directives or requirements issued, or the resolutions approved thereunder, but also to the goals underlying such regulations. The foreign investor also expects the host State to act consistently, i.e. without arbitrarily revoking any preexisting decisions or permits issued by the State that were relied upon by the investor to assume its commitments as well as to plan and

⁸³ Άρθρο 4 «Each Contracting Party will guarantee in its territory fair and equitable treatment, according to International Law, for the investments made by investors of the other Contracting Party.»

⁸⁴ Βλ σκέψη 153 «The Arbitral Tribunal finds that the commitment of fair and equitable treatment included in Article 4(1) of the Agreement is an expression and part of the bona fide principle recognized in international law, although bad faith from the State is not required for its violation: To the modern eye, what is unfair or inequitable need not equate with the outrageous or the egregious. In particular, a State may treat foreign investment unfairly and inequitably without necessarily acting in bad faith.»

launch its commercial and business activities. The investor also expects the State to use the legal instruments that govern the actions of the investor or the investment in conformity with the function usually assigned to such instruments, and not to deprive the investor of its investment without the required compensation. In fact, failure by the host State to comply with such pattern of conduct with respect to the foreign investor or its investments affects the investor's ability to measure the treatment and protection awarded by the host State and to determine whether the actions of the host State conform to the fair and equitable treatment principle. Therefore, compliance by the host State with such pattern of conduct is closely related to the above-mentioned principle, to the actual chances of enforcing such principle, and to excluding the possibility that state action be characterized as arbitrary; i.e. as presenting insufficiencies that would be recognized "...by any reasonable and impartial man," or, although not in violation of specific regulations, as being contrary to the law because: ...(it) shocks, or at least surprises, a sense of juridical propriety.»

Με την ανωτέρω διατύπωση το δικαστήριο ερμήνευσε το FETS της συνθήκης ευρύτατα, κατά τρόπο ώστε αυτό να συνεπάγεται όχι μόνο αρνητικές αλλά και θετικές υποχρεώσεις δράσης για το κράτος υποδοχής.⁸⁵ Έτσι, κατά το δικαστήριο το FETS επιβάλλει, εν προκειμένω, στο κράτος υποδοχής όχι μόνο να μην μεταβάλλει το νομοθετικό πλαίσιο κατά τρόπο επιζήμιο για τον επενδυτή, αλλά και να χρησιμοποιεί όλα τα νομικά μέσα που έχει στη διάθεσή του με τρόπο διαφανή και μη καταχρηστικό. Το δικαστήριο δικαιολογεί την ευρύτατη αυτή ερμηνεία στο γεγονός πως το FETS αποτελεί, εδώ, ένα αυτόνομο μέτρο προστασίας το οποίο ερμηνεύεται με βάση την συγκεκριμένη BIT, τη βούληση των μερών αλλά και με βάση γενικές αρχές του διεθνούς δικαίου όπως η υποχρέωση καλής πίστης των κρατών. Χαρακτηριστικά το δικαστήριο αναφέρει:

«155. The Arbitral Tribunal understands that the scope of the undertaking of fair and equitable treatment under Article 4(1) of the Agreement described above is that resulting from an autonomous interpretation, taking into account the text of Article 4(1) of the Agreement according to its ordinary meaning (Article 31(1) of the Vienna Convention), or from international law and the good faith principle, on

⁸⁵ Klager, (2011), σελ 176

the basis of which the scope of the obligation assumed under the Agreement and the actions related to compliance therewith are to be assessed.

156. If the above were not its intended scope, Article 4(1) of the Agreement would be deprived of any semantic content or practical utility of its own, which would surely be against the intention of the Contracting Parties upon executing and ratifying the Agreement since, by including this provision in the Agreement, the parties intended to strengthen and increase the security and trust of foreign investors that invest in the member States, thus maximizing the use of the economic resources of each Contracting Party by facilitating the economic contributions of their economic operators. This is the goal of such undertaking in light of the Agreement's preambular paragraphs which express the will and intention of the member States to "...intensify economic cooperation for the benefit of both countries..." and the resolve of the member States, within such framework, "...to create favorable conditions for investments made by each of the Contracting Parties in the territory of the other ..."».

Είναι πρόδηλο πως, εν προκειμένω, το δικαστήριο χρησιμοποίησε τη σύνδεση του FETS με το διεθνές δίκαιο («*according to International Law*») που υπάρχει στη γραμματική διατύπωση της συνθήκης, όχι για να ελαχιστοποιήσει το εύρος της διάταξης (όπως έχει συμβεί σε άλλες υποθέσεις) αλλά για να μεγεθύνει το ουσιαστικό περιεχόμενο του FETS και τις υποχρεώσεις που απορρέουν από αυτό. Η παραπομπή στο διεθνές δίκαιο χρησιμοποιήθηκε από το διαιτητικό δικαστήριο για να ενσωματώσει την υποχρέωση καλής πίστης του διεθνούς δικαίου στο FETS και, έτσι, να περιορίσει ευρύτατα την κυριαρχική νομοθετική αρμοδιότητα του κράτους υποδοχής έναντι του επενδυτή.

Παρόμοια συλλογιστική και ευρύτατη ερμηνεία του FETS υιοθέτησε το διαιτητικό δικαστήριο στην υπόθεση *MTD v Chile*^{86,87}. Τα πραγματικά περιστατικά αφορούσαν ένα Μαλαισιανό επενδυτή ο οποίος επιχείρησε να δραστηριοποιηθεί στο τομέα ακινήτων της Χιλής, στην πρωτεύουσα Σαντιάγκο. Συγκεκριμένα, ο επενδυτής ήθελε να κατασκευάσει ακίνητα σε περιοχή όπου είχε χαρακτηριστεί ως περιοχή καλλιέργειών. Ο επενδυτής θεώρησε πως θα μπορούσε να επιτύχει εύκολα τον αποχαρακτηρισμό της επίμαχης περιοχής και

⁸⁶ MTD Equity Sdn. Bhd. and MTD Chile S.A. v. Republic of Chile, ICSID Case No. ARB/01/7

⁸⁷ Βλ και Klager, (2011), σελ 177-178 - Kalicki-Medeiros, (2007), σελ 36

προχώρησε στην πραγματοποίηση του σχεδίου. Παρά την αποδοχή της επένδυσης από τη Χιλιανή επιτροπή επενδύσεων, εν τέλει ο επενδυτής δεν κατάφερε να επιτύχει αποχαρακτηρισμό και έγκριση από άλλες κυβερνητικές υπηρεσίες (λόγω της «αστικής πολιτικής» της Χιλής) και το επενδυτικό σχέδιο απέτυχε. Στη συνέχεια, ο μαλαισιανός επενδυτής στράφηκε κατά της Χιλής και επικαλέστηκε παραβίαση του FETS λόγω προσβολής των έννομων προσδοκιών του. Το διαιτητικό δικαστήριο κλήθηκε να ερμηνεύσει το άρθρο 4 της BIT μεταξύ Χιλής-Μαλαισίας.⁸⁸ Αρχικά το δικαστήριο αρνήθηκε να ερμηνεύσει τον επίμαχο όρο με βάση το διεθνές εθιμικό δίκαιο (δηλαδή το IMST) ή με βάση τη νομολογία που αναπτύχθηκε εντός της NAFTA και προέκρινε μια αυτόνομη ερμηνεία της επενδυτικής συνθήκης.⁸⁹ Στη συνέχεια, το δικαστήριο ερμήνευσε το FETS με βάση τους κανόνες της ΔΣΒ και διαπίστωσε στη σκέψη 113 πως: «... *As regards the object and purpose of the BIT, the Tribunal refers to its Preamble where the parties state their desire “to create favourable conditions for investments by investors of one Contracting Party in the territory of the other Contracting Party”, and the recognition of “the need to protect investments by investors of both Contracting Parties and to stimulate the flow of investments and individual business initiative with a view to the economic prosperity of both Contracting Parties”. Hence, in terms of the BIT, fair and equitable treatment should be understood to be treatment in an even-handed and just manner, conducive to fostering the promotion of foreign investment. Its terms are framed as a pro-active statement –“to promote”, “to create”, “to stimulate”- rather than prescriptions for a passive behavior of the State or avoidance of prejudicial conduct to the investors*». Έτσι, το δικαστήριο δέχτηκε πως το επίμαχο μέτρο δεν έθετε μόνο αρνητικές υποχρεώσεις στο κράτος υποδοχής αλλά δέσμευε το κράτος υποδοχής σε θετικές ενέργειες, ήτοι στη θεμελίωση και διατήρηση ενός φιλικού περιβάλλοντος για τους ξένους επενδυτές. Κατόπιν τούτου, το δικαστήριο διαπίστωσε πως η αποδοχή εκ μέρους της επιτροπής επενδύσεων της Χιλής του

⁸⁸ «*Investments of investors of either Contracting Party shall at all time be accorded fair and equitable treatment [...]*»

⁸⁹ Βλ σκέψη 112 «*This being a Tribunal established under the BIT, it is obliged to apply the provisions of the BIT and interpret them in accordance with the norms of interpretation established by the Vienna Convention on the Law of the Treaties, which is binding on the State parties to the BIT. Article 31(1) of the Vienna Convention requires that a treaty be “interpreted in good faith in accordance with the ordinary meaning to be given to the terms of the treaty in their context and in the light of its object and purpose.”*»

επίμαχου επενδυτικού σχεδίου, υποχρέωνε τη Χιλή να άρει τα οποιαδήποτε εμπόδια υφίστατο στο νομοθετικό πλαίσιο της και τα οποία εμπόδιζαν την πραγματοποίηση της επένδυσης. Κατά το δικαστήριο, η ύπαρξη άλλων πολιτικών δημόσιου συμφέροντος όπως η αστική πολιτική της Χιλής, δεν μπορούν να καταργήσουν τις υποχρεώσεις που γεννώνται εκ της επενδυτικής συνθήκης.

Παρόμοια συλλογιστική υιοθέτησε το διαιτητικό δικαστήριο και στην υπόθεση *ADC v. Hungary*⁹⁰. Εν προκειμένω, ένας κύπριος επενδυτής είχε αναλάβει την κατασκευή του κυριότερου αεροδρομίου της Ουγγαρίας. Το ουγγρικό δημόσιο προέβη μετά την πραγματοποίηση της επένδυσης, στη λήψη νομοθετικών μέτρων τα οποία περιόρισαν τη δυνατότητα του ξένου επενδυτή να αποκομίσει οικονομικά οφέλη από την εκμετάλλευση του αεροδρομίου. Ο κύπριος επενδυτής στράφηκε κατά της Ουγγαρίας υποστηρίζοντας πως η επίμαχη πρακτική παραβίαζε το FETS που καθιέρωνε η BIT μεταξύ Κύπρου και Ουγγαρίας στο άρθρο 3.⁹¹ Από τη μεριά του, το ουγγρικό δημόσιο υποστήριξε πως η επίμαχη συμπεριφορά του δεν υπαγόταν στους περιορισμούς που έθετε η συνθήκη, καθώς η νομοθετική αρμοδιότητα αποτελεί άσκηση κρατικής κυριαρχίας που θεμελιώνεται στο διεθνές δίκαιο και δεν μπορεί να περιοριστεί από το FETS που καθιερώνει η συνθήκη. Το δικαστήριο, ωστόσο, απέρριψε τη συλλογιστική στις σκέψεις 423 και 424, αναφέροντας τα εξής:

«423. The Tribunal cannot accept the Respondent's position that the actions taken by it against the Claimants were merely an exercise of its rights under international law to regulate its domestic economic and legal affairs. It is the Tribunal's understanding of the basic international law principles that while a sovereign State possesses the inherent right to regulate its domestic affairs, the exercise of such right is not unlimited and must have its boundaries. As rightly pointed out by the Claimants, the rule of law, which includes treaty obligations, provides such boundaries. Therefore, when a State enters into a bilateral investment treaty like the one in this case, it becomes bound by it and the investment protection

⁹⁰ *ADC Affiliate Limited and ADC & ADMC Management Limited v. The Republic of Hungary*, ICSID Case No. ARB/03/16 - βλ και Klager, (2011), σελ 162-163

⁹¹ «Article 3. (1) Each Contracting Party shall ensure fair and equitable treatment to the investments of investors of the other Contracting Party and shall not impair, by unreasonable or discriminatory measures, the operation, management, maintenance, use, enjoyment or disposal thereof by those investors.»

obligations it undertook therein must be honoured rather than be ignored by a later argument of the State's right to regulate.

424. The related point made by the Respondent that by investing in a host State, the investor assumes the "risk" associated with the State's regulatory regime is equally unacceptable to the Tribunal. It is one thing to say that an investor shall conduct its business in compliance with the host State's domestic laws and regulations. It is quite another to imply that the investor must also be ready to accept whatever the host State decides to do to it. In the present case, had the Claimants ever envisaged the risk of any possible depriving measures, the Tribunal believes that they took that risk with the legitimate and reasonable expectation that they would receive fair treatment and just compensation and not otherwise.»

Στη συνέχεια εξετάζοντας αναλυτικά τα πραγματικά περιστατικά διαπίστωσε πως η συμπεριφορά του κράτους υποδοχής αποτέλεσε παραβίαση του μέτρου απαιτούμενης προστασίας που καθιέρωνε η υπό κρίση επενδυτική συνθήκη. Χαρακτηριστικά στη σκέψη 445, το δικαστήριο αναφέρει:

«As regards other investment protection standards set out in Article 3 of the BIT, the Tribunal has no objection to the approach suggested by the Respondent that the meaning of "fair and equitable treatment", "unreasonable or discriminatory measures" and "full security and protection" are to be determined under the specific circumstances of each specific case. However, in the light of the facts established in this case and under the above approach, the Tribunal is satisfied to conclude that these requirements under Article 3 have all been breached by the Respondent.».

Είναι προφανές πως η ίδια η διατύπωση του FETS στην επίμαχη BIT καθιέρωνε ένα αρκετά υψηλό μέτρο απαιτούμενης προστασίας των επενδυτών, το οποίο περιόριζε ρητά το κράτος υποδοχής στο να μην προβαίνει σε μη εύλογη συμπεριφορά ή διακριτική μεταχείριση. Επομένως, η ερμηνεία του FETS εν προκειμένω είναι στενά συνδεδεμένη με την ιδιαίτερη διατύπωση του FETS στην υπό κρίση εφαρμοστέα BIT.

Η υπόθεση *Impregilo v Pakistan*⁹² αφορούσε την προσβολή των έννομων προσδοκιών του επενδυτή.⁹³ Συγκεκριμένα, μια ιταλική εταιρία

⁹² *Impregilo S.p.A. v. Islamic Republic of Pakistan*, ICSID Case No. ARB/03/3

⁹³ Βλ και Klager, (2011), σελ 183

ανέλαβε την κατασκευή ενός υδροηλεκτρικού φράγματος στο Πακιστάν, κατόπιν υπογραφής συμφωνίας με μια πακιστανική αρχή. Κατά την κατασκευή, οι πακιστανικές αρχές δεν ανταποκρίνονταν σε διάφορες συμβατικές υποχρεώσεις και αρνήθηκαν την προσαρμογή των σχεδίων με βάση προβλήματα που δημιουργήθηκαν κατά το κατασκευαστικό στάδιο. Εν τέλει, ο επενδυτής στράφηκε κατά του Πακιστάν με βάση τη BIT μεταξύ Ιταλίας-Πακιστάν. Ο επενδυτής υποστήριξε πως η αδυναμία των δημόσιων αρχών του Πακιστάν να τηρήσουν τις συμβατικές τους υποχρεώσεις αποτέλεσε παραβίαση του FETS της συνθήκης.⁹⁴ Ωστόσο, το διαιτητικό δικαστήριο απέρριψε τη συλλογιστική του επενδυτή. Κατά το δικαστήριο, η παράβαση των συμβατικών υποχρεώσεων, για να συνιστά παραβίαση του όρου της BIT, θα πρέπει να γίνεται μέσω της άσκησης της κρατικής κυριαρχίας όπως για παράδειγμα η ψήφιση νόμων που καθιστούν ανεφάρμοστη την επενδυτική συμφωνία. Η ίδια συλλογιστική υιοθετήθηκε από το διαιτητικό δικαστήριο στην υπόθεση *Consortium RFCC v Morocco*⁹⁵.

Στην υπόθεση *Eureko B.V. v Republic of Poland*⁹⁶, ο επενδυτής στράφηκε κατά της Πολωνίας επικαλούμενος παραβίαση του FETS λόγω παράβασης συμβατικού όρου της συμφωνίας μεταξύ του επενδυτή και του υπουργείου οικονομικών της Πολωνίας.⁹⁷ Συγκεκριμένα, ένας Ολλανδός επενδυτής αγόρασε το 20% μιας κρατικής εταιρίας, συμφωνώντας με το πολωνικό δημόσιο πως σε θα πραγματοποιηείτο περαιτέρω πώληση μετοχών μέσω δημόσιας προσφοράς ώστε ο επενδυτής να αποκτήσει μεγαλύτερο μερίδιο στην εταιρία. Ωστόσο, λόγω της μεταστροφής του πολωνικού δημοσίου ως προς την ακολουθούμενη στρατηγική ιδιωτικοποιήσεων, η μελλοντική διάθεση μετοχών δεν πραγματοποιήθηκε ποτέ. Το διαιτητικό δικαστήριο δεν ανέλυσε διεξοδικά τον επίμαχο όρο της BIT που προέβλεπε το FTES.⁹⁸ Ωστόσο, δέχτηκε

⁹⁴ «Both Contracting Parties shall at all times ensure fair and equitable treatment of the investments or investors of the other Contracting Party. Both Contracting Parties shall ensure that the management, maintenance, enjoyment, transformation, cessation and liquidation of investments effected in their territory by investors of the other Contracting Party, as well as the companies and firms in which these investments have been made, shall in no way be subject to unjustified or discriminatory measures.»

⁹⁵ Consortium RFCC v. Royaume du Maroc, ICSID Case No. ARB/00/6

⁹⁶ Eureko B.V. v. Republic of Poland, Partial Award, 19.08.2005

⁹⁷ Klager, (2011), σελ 181-182 – Draguiev, (2014), σελ 288

⁹⁸ «Article 3.1: Each Contracting Party shall ensure fair and equitable treatment to the investments of investors of the other Contracting Party and shall not impair, by unreasonable or discriminatory

λιτά πως η συμπεριφορά του πολωνικού δημοσίου παραβίαζε το μέτρο λέγοντας στη σκέψη 234: «*The Tribunal has no hesitation in concluding that the "fair and equitable" provisions of the Treaty have clearly been violated by the Respondent. In the opinion of the Tribunal, in the present case, the conduct of the RoP could even be characterized as "outrageous" and "shocking", even though, to constitute breach of treaty, actions and inactions need not be of that degree of extremity*». Παρά τη λιτή διατύπωση, γίνεται κατανοητό πως το δικαστήριο δέχτηκε πως το FETS της υπό κρίση συνθήκης είναι διακριτό από το IMST και θέτει χαμηλότερα τον πήχη για την κατάφαση της ευθύνης του κράτους υποδοχής. Για αυτό και στην σκέψη 235 προσθέτει πως: «*The Tribunal finds apposite the words of an ICSID Tribunal in a recent decision that the guarantee of fair and equitable treatment according to international law means that: "[...]this provision of the Agreement, in light of the good faith principle established by international law, requires the Contracting Parties to provide to international investments treatment that does not affect the basic expectations that were taken into account by the foreign investor to make the investmenr [...]"*». Η απόφαση είναι σημαντική καθώς εν προκειμένω, το κράτος υποδοχής δεν ζημίωσε περιουσιακά τον επενδυτή παρά έπληξε τις μελλοντικές του προσδοκίες, αγνοώντας τα συμβατικά δικαιώματα του επενδυτή που σχετίζονταν με μελλοντικές αγορές μετοχών.⁹⁹ Παράλληλα, το διαιτητικό δικαστήριο εστίασε και στην αυθαίρετη συμπεριφορά του πολωνικού δημοσίου, το οποίο προσπαθούσε αποτρέψει τον έλεγχο μιας στρατηγικής κρατικής επιχείρησης από έναν αλλοδαπό επενδυτή.¹⁰⁰

Στην υπόθεση *Parkerings-Compagniet v Lithuania*¹⁰¹, ο επενδυτής στράφηκε κατά του κράτους της Λιθουανίας υποστηρίζοντας παραβίαση του προβλεπόμενου FETS και, συγκεκριμένα, πως η Λιθουανία προσέβαλε τις έννομες προσδοκίες που είχαν διαμορφωθεί στον επενδυτή λόγω ενεργειών του κράτους υποδοχής.¹⁰² Πιο συγκεκριμένα, ένας Νορβηγός επενδυτής σύναψε συμφωνία με το Δήμο της Βίλνας για την κατασκευή ενός συστήματος ελέγχου της στάθμευσης αυτοκινήτων στο ιστορικό κέντρο της πόλης. Μετά την

measures, the operation, management, maintenance, use, enjoyment or disposal thereof by those investors.»

⁹⁹ Klager, (2011), σελ 182

¹⁰⁰ Draguiev, (2014), σελ 288

¹⁰¹ *Parkerings-Compagniet AS v. Republic of Lithuania*, ICSID Case No. ARB/05/8

¹⁰² Klager, (2011), σελ 184

υπογραφή της συμφωνίας, το Λιθουανικό δημόσιο άλλαξε το νομοθετικό πλαίσιο με αποτέλεσμα η εφαρμογή της συμφωνίας να μην είναι νομικά εφικτή και, συνεπώς, η επένδυση να ακυρωθεί. Ο Νορβηγός επενδυτής υποστήριξε πως η Λιθουανία χρησιμοποίησε τη νομοθετική αρμοδιότητα για να μην εφαρμοστεί η επενδυτική συμφωνία και, έτσι, προσέβαλλε τις έννομες προσδοκίες του. Το δικαστήριο ερμηνεύοντας τον επίμαχο όρο¹⁰³ δέχτηκε πως το προβλεπόμενο FETS έθετε συγκεκριμένες υποχρεώσεις στο κράτος υποδοχής, όπως υποχρέωση μη διακριτικής μεταχείρισης, υποχρέωση να μην ενεργεί αυθαίρετα κοκ. Ωστόσο, αξιολογώντας τα πραγματικά περιστατικά διαπίστωσε πως τα γεγονότα που επικαλείτο ο νορβηγός επενδυτής δεν μπορούσαν να στοιχειοθετήσουν καμία παραβίαση υποχρέωσης που πηγάζει από το προβλεπόμενο FETS της υπό κρίση εφαρμοζόμενης συνθήκης. Έτσι, οι αξιώσεις του επενδυτή απορρίφθηκαν ως ουσία αβάσιμες, καθώς ο ίδιος ενήργησε με δικό του ρίσκο και γνώση σε ένα μη σταθερό επενδυτικό περιβάλλον, χωρίς το κράτος της Λιθουανίας να παραβιάσει οποιαδήποτε υποχρέωσή του. Επομένως, η απόφαση δεν μπορεί να ιδωθεί ως μια περίπτωση όπου η κρατική κυριαρχία του κράτους υποδοχής, εκφραζόμενη από τη νομοθετική αρμοδιότητα, υπερίσχυσε των έννομων προσδοκιών του επενδυτή. Μια τέτοια ερμηνεία προσδίδει στην απόφαση ο Klager¹⁰⁴, ο οποίος βλέπει πως το διαιτητικό δικαστήριο πραγματοποίησε μια στάθμιση μεταξύ των έννομων προσδοκιών του επενδυτή και της νομοθετικής αρμοδιότητας του κράτους υποδοχής.

Άλλη μια υπόθεση όπου ο επενδυτής δεν μπόρεσε να αποδείξει τις αιτιάσεις του ήταν η υπόθεση *Champion Trading Company v. Egypt*¹⁰⁵. Εν προκειμένω, το διαιτητικό δικαστήριο κλήθηκε να ερμηνεύσει το ιδιαίτερο FET που προέβλεπε η BIT μεταξύ Αιγύπτου-ΗΠΑ¹⁰⁶ και να διαπιστώσει κατά πόσον το κράτος υποδοχής παραβίασε το FETS και, ιδίως, τις υποχρεώσεις μη διάκρισης και διαφάνειας. Παρά το γεγονός πως το δικαστήριο δέχτηκε την

¹⁰³ Άρθρο 3 «Each Contracting Party shall ensure fair and equitable treatment of the investments of investors of the other Contracting Party and shall not impair by unreasonable or discriminatory measures, the operation, management, maintenance, use, enjoyment or disposal thereof by those investors.»

¹⁰⁴ Klager, (2011), σελ 173-175

¹⁰⁵ *Champion Trading Company, Ameritrade International, Inc. v. Arab Republic of Egypt*, ICSID Case No. ARB/02/9

¹⁰⁶ Άρθρο 4 «The treatment, protection and security of investments shall never be less than that required by international law and national legislation.»

υποχρέωση του κράτους υποδοχής να είναι τηρεί διαφάνεια απέναντι στους επενδυτές, έκρινε πως ο επενδυτής δεν κατάφερε να αποδείξει τέτοια παραβίαση.

Στην υπόθεση *Biwater v Tanzania*¹⁰⁷ το διαιτητικό δικαστήριο έπρεπε να εφαρμόσει τη BIT μεταξύ Τανζανίας και Ηνωμένου Βασιλείου. Εν προκειμένω¹⁰⁸, η επενδύτρια εταιρία επιχείρησε να δραστηριοποιηθεί στην Τανζανία αναλαμβάνοντας τη διαχείριση του συστήματος ύδρευσης της μεγαλύτερης πόλης της χώρας, Νταρ ες Σαλάμ. Ωστόσο, το επενδυτικό σχέδιο χρησιμοποιήθηκε από πολιτικούς της αντιπολίτευσης για επικοινωνιακούς λόγους. Κατόπιν ανόδου στην εξουσία πολιτικών που αντιδρούσαν στην επένδυση, οι αρμόδιες αρχές της χώρας ακύρωσαν στην πράξη το επενδυτικό εγχείρημα. Το διαιτητικό δικαστήριο διαπίστωσε πως η Τανζανία είχε παραβιάσει τις υποχρεώσεις της που απέρρεαν από το FETS που προβλεπόταν στο άρθρο 2 της επίμαχης BIT.¹⁰⁹ Στην ανάλυση του προβλεπόμενου στη συνθήκη FETS, το δικαστήριο αν και διακήρυξε πως το FETS θα πρέπει να ερμηνεύεται με βάση τις διατάξεις της εκάστοτε συνθήκης και τη βούληση των συμβαλλόμενων μερών, κατέληξε πως το επίμαχο FETS δεν ήταν ουσιαστικά διαφορετικό από το IMST. Το δικαστήριο αναφέρθηκε σε μεγάλο βαθμό στη νομολογία που αναπτύχθηκε στα πλαίσια της NAFTA και ουσιαστικώς ερμήνευσε το FETS της υπό κρίση BIT με βάση το IMST και τη νομολογία της NAFTA που εν μέρει περιγράφει το IMST. Παρά ταύτα, το δικαστήριο δέχτηκε πως το επίμαχο FETS περιλαμβάνει: α) υποχρέωση σεβασμού των έννομων προσδοκιών του επενδυτή, β) υποχρέωση διαφάνειας, γ) υποχρέωση μη διάκρισης και δ) υποχρέωση καλής πίστης εκ μέρους του κράτους υποδοχής.

Στην υπόθεση *Occidental Exploration v Ecuador*¹¹⁰ το διαιτητικό δικαστήριο έπρεπε να εφαρμόσει την BIT μεταξύ ΗΠΑ και του Εκουαδόρ

¹⁰⁷ *Biwater Gauff (Tanzania) Ltd. v. United Republic of Tanzania*, ICSID Case No. ARB/05/22

¹⁰⁸ Βλ αναλυτικά και Draguiev, (2014), σελ 289-290

¹⁰⁹ «*Investments of nationals or companies of each Contracting Party shall at all times be accorded fair and equitable treatment and shall enjoy full protection and security in the territory of the other Contracting Party. Neither Contracting Party shall in any way impair by unreasonable or discriminatory measures the management, maintenance, use, enjoyment or disposal of investments in its territory of nationals or companies of the other Contracting Party. Each Contracting Party shall observe any obligation it may have entered into with regard to investments of nationals or companies of the other Contracting Party.*»

¹¹⁰ *Occidental Exploration and Production Company v. The Republic of Ecuador*, LCIA Case No. UN3467

(Ισημερινού). Τα πραγματικά περιστατικά αφορούσαν¹¹¹ την αμερικανική εταιρία OPEC, η οποία παρείχε υπηρεσίες σε μια κρατική εταιρία του Ισημερινού. Η αμερικανική εταιρία είχε συνάψει μια ειδική συμφωνία με την κρατική εταιρία με βάση την οποία η πρώτη θα μπορούσε να εξάγει απευθείας πετρέλαιο εκτός της χώρας υποδοχής, με προνομιακό φορολογικό καθεστώς και ιδίως προνομιακή επιστροφή ΦΠΑ. Ωστόσο, ο Ισημερινός, έπειτα από μια περίοδο εφαρμογής της συμφωνίας, μετέτρεψε ξαφνικά το φορολογικό καθεστώς και οι φορολογικές αρχές σταμάτησαν την ευνοϊκή φορολογική μεταχείριση της αμερικανικής εταιρίας. Η αμερικανική OPEC στράφηκε κατά του κράτους του Ισημερινού για παραβίαση του FETS που προβλεπόταν στην BIT ΗΠΑ-Εκουαδόρ.¹¹² Η αμερικανική εταιρία υποστήριξε πως το FETS παραβιάστηκε καθώς ο Ισημερινός παραβίασε την υποχρέωση που είχε εκ του FETS να διατηρεί ένα σταθερό νομοθετικό και επιχειρηματικό περιβάλλον για τον επενδυτή. Από τη μεριά του το Εκουαδόρ υποστήριξε πως η επίμαχη BIT δεν θεμελιώνει ένα αυτόνομο FETS αλλά περιέγραφε το IMST και, επομένως, δεν έθετε άλλες υποχρεώσεις στο κράτος υποδοχής που δεν προβλέπονται στο διεθνές εθιμικό δίκαιο. Το διαιτητικό δικαστήριο απέφυγε να απαντήσει στο ερώτημα εάν το FETS της συνθήκης είναι αυτόνομο ή ταυτίζεται με το IMST, ένα ερώτημα καθαρά θεωρητικό. Αντίθετα, εστίασε στο εάν η συνθήκη έθετε υποχρεώσεις διατήρησης ενός σταθερού επενδυτικού (νομικού και οικονομικού) περιβάλλοντος για το κράτος υποδοχής.

Έτσι, διαπίστωσε στη σκέψη 183 πως: «*Although fair and equitable treatment is not defined in the Treaty, the Preamble clearly records the agreement of the parties that such treatment "is desirable in order to maintain a stable framework for investment and maximum effective utilization of economic resources". The stability of the legal and business framework is thus an essential element of fair and equitable treatment*». Στη συνέχεια το δικαστήριο διαπίστωσε πως η υποχρέωση διατήρησης ενός σταθερού επενδυτικού περιβάλλοντος που προβλέπει η επίμαχη συνθήκη ως εγγενές στοιχείο του FETS, δεν διαφέρει ουσιαστικά από την αντίστοιχη υποχρέωση που περιλαμβάνεται στο IMST. Χαρακτηριστικά:

¹¹¹ Βλ και Klager, (2011), σελ 77-78 και 169-170 - Kalicki-Medeiros, (2007), σελ 36

¹¹² Άρθρο II (3) (α) «Investment shall at all times be accorded fair and equitable treatment, shall enjoy full protection and security and shall in no case be accorded treatment less favorable than that required by international law.»

«189. The issue that arises is whether the fair and equitable treatment mandated by the Treaty is a more demanding standard than that prescribed by customary international law.

190. The Tribunal is of the opinion that in the instant case the Treaty standard is not different from that required under international law concerning both the stability and predictability of the legal and business framework of the investment. To this extent the Treaty standard can be equated with that under international law as evidenced by the opinions of the various tribunals cited above. It is also quite evident that the Respondent's treatment of the investment falls below such standards.»

Δηλαδή, το δικαστήριο αντί αποφεύγοντας να ταυτίσει το συγκεκριμένο FETS της συνθήκης με το IMST, ταύτισε το ουσιαστικό περιεχόμενο της ειδικότερης υποχρεώσεις των δύο μέτρων (διατήρηση σταθερού περιβάλλοντος) και έκρινε πως τα επίμαχα πραγματικά περιστατικά καταδεικνύουν παραβίαση της ειδικότερης υποχρέωσης του κράτους υποδοχής. Μάλιστα, η κατάφαση της παραβίασης είναι ανεξάρτητη της ύπαρξης καλής ή κακής πίστης του κράτους υποδοχής κατά τη μεταβολή του επενδυτικού περιβάλλοντος. [βλ σκέψη 186 όπου: «... Moreover, this is an 64 objective requirement that does not depend on whether the Respondent has proceeded in good faith or not.»] Με τις διαπιστώσεις αυτές, το διαιτητικό δικαστήριο, αν και διέκρινε το FETS της BIT από το IMST, δεν διαπίστωσε ουσιαστικές πρακτικές διαφορές για την αξιολόγηση των υπό κρίση πραγματικών περιστατικών.

Σε δύο υποθέσεις τα διαιτητικά δικαστήρια διερεύνησαν το ζήτημα εάν η διαφθορά εκ μέρους του κράτους υποδοχής μπορεί να θεμελιώσει παραβίαση των FETS των επίμαχων BITs.¹¹³ Στην υπόθεση **EDF v Romania**¹¹⁴, η επενδύτρια εταιρία κατηγόρησε το κράτος υποδοχής για τη μη ανέωση της άδειας να διαχειρίζεται τον κρατικό αερολιμένα της χώρας. Η επενδύτρια εταιρία υποστήριξε πως η άδεια δεν ανανεώθηκε επειδή η ίδια αρνήθηκε να δωροδοκήσει διάφορους μεσάζοντες που απαίτησαν χρηματισμό ώστε να είναι εγγυημένη η ανανέωση της άδειας. Ωστόσο, το διαιτητικό δικαστήριο αν και δεν αρνήθηκε πως η δωροδοκία θα μπορούσε να αποτελέσει παραβίαση του FETS,

¹¹³ Draguiev, (2014), σελ 299-300

¹¹⁴ EDF (Services) Limited v. Romania, ICSID Case No. ARB/05/13

ωστόσο απέρριψε τις αιτιάσεις της εταιρίας επειδή δεν αποδείχθηκαν τα πραγματικά περιστατικά. Ιδίως, το διαιτητικό δικαστήριο έδωσε έμφαση στο γεγονός πως θα πρέπει να αποδειχθεί πως εκείνοι που ζητούν τη δωροδοκία ενεργούν για το κράτος υποδοχής, ώστε οι ενέργειές τους να αποδωθούν στο ίδιο το κράτος. Παρομοίως, στην υπόθεση *Oostergetel v Slovakia*¹¹⁵, οι επενδυτές υποστήριξαν πως η επένδυση απέτυχε καθώς οι αρμόδιες αρχές του κράτους υποδοχής έθεσαν την επιχείρηση σε εκκαθάριση με σκοπό να μοιράσουν τα περιουσιακά της στοιχεία στις τοπικές επιχειρήσεις. Οι επενδυτές επιχείρησαν να θεμελιώσουν την παραβίαση του FETS της επίμαχης BIT λόγω των διεφθαρμένων πρακτικών του κράτους υποδοχής σε συνεργασία με την οικονομική μαφία της χώρας. Το διαιτητικό δικαστήριο και εδώ απέρριψε τις αιτιάσεις των επενδυτών λόγω ελλιπούς απόδειξης χωρίς, ωστόσο, να αρνηθεί πως η διαφθορά θα μπορούσε να θεμελιώσει παραβίαση των υποχρεώσεων του κράτους υποδοχής εκ του FETS.

Σε άλλες υποθέσεις οι επενδυτές προσπάθησαν να θεμελιώσουν παραβίαση του FETS λόγω καταναγκασμού του επενδυτή ή λόγω παρενόχλησης της λειτουργίας της επένδυσης, παρά το γεγονός πως, συνήθως, παρόμοια περιστατικά μπορεί να καλύπτονται από τη ρήτρα «full protection and security».¹¹⁶ Χαρακτηριστικά, στην υπόθεση *Desert Line v Yemen*¹¹⁷ ο επενδυτής υποστήριξε πως το κράτος υποδοχής παραβίασε το FETS λόγω εχθρικής συμπεριφοράς. Συγκεκριμένα, το κράτος υποδοχής απέτυχε να προστατέψει τις εγκαταστάσεις του επενδυτή από συνεχείς επιθέσεις ένοπλων ατάκτων και αρνιόταν να πληρώσει τις οικονομικές δεσμεύσεις του έναντι του επενδυτή. Στη συνέχεια το κράτος υποδοχής εξανάγκασε τον επενδυτή στη σύναψη οικονομικού συμβιβασμού, τον οποίο, όμως, δεν τήρησε ποτέ. Ο επενδυτής κίνησε τη διεθνή διαδικασία κατά του κράτους υποδοχής και υποστήριξε πως ο οικονομικός συμβιβασμός δεν τον δεσμεύει καθώς ήταν προϊόν εξαναγκασμού. Το διαιτητικό δικαστήριο δεν ανέλυσε διεξοδικά το προβλεπόμενο FETS της επίμαχης BIT μεταξύ Ομάν-Υεμένης. Τούτο καθώς τα πραγματικά περιστατικά της υπόθεσης θεμελιώναν ευθύνη του κράτους

¹¹⁵ Jan Oostergetel and Theodora Laurentius v. The Slovak Republic, UNCITRAL

¹¹⁶ Draguiev, (2014), σελ 297-299

¹¹⁷ Desert Line Projects LLC v. The Republic of Yemen, ICSID Case No. ARB/05/17

υποδοχής ακόμη και εάν στην υπόθεση εφαρμοζόταν το σύγχρονο ISMT ή ακόμη και το ελάχιστο μέτρο της απόφασης Neer. Το δικαστήριο εστίασε στον οικονομικό συμβιβασμό και διαπίστωσε πως ήταν αποτέλεσμα ανελεύθερης διαπραγμάτευσης και εξαναγκασμού. Λόγω θεμελίωσης παραβίασης του FETS, το διαιτητικό δικαστήριο αρνήθηκε να εξετάσει την παραβίαση των λοιπών ρητρών της συνθήκης όπως της full protection and security κοκ. Μια άλλη παρόμοια υπόθεση ήταν η *Deutsche Bank v Sri Lanka*¹¹⁸. Εν προκειμένω, η γερμανική τράπεζα είχε δανείσει ορισμένα χρηματικά ποσά στην κρατική πετρελαϊκή εταιρία της Σρι Λάνκα. Η κρατική εταιρία λόγω της μεταβολής της τιμής του αργού πετρελαίου αντιμετώπιζε συνεχώς προβλήματα και η γερμανική εταιρία προσπάθησε να την εξυπηρετήσει μέσω επαναδιαπραγμάτευσης των δανείων. Οι δύο εταιρίες κατέληξαν σε μια συμβιβαστική συμφωνία. Ωστόσο, λόγω πτώχευσης της Σρι Λάνκα, η σύμβαση καταγγέλθηκε και η επενδύτρια εταιρία ζήτησε τα οφειλόμενα. Μετά την καταγγελία, οι αρχές της Σρι Λάνκα κινήθηκαν εναντίον της γερμανικής εταιρίας με διάφορους τρόπους όπως ξαφνικούς ελέγχους, προσφυγή στο ανώτατο δικαστήριο με κατηγορίες δωροδοκιών, διαφθοράς κοκ. Η γερμανική εταιρία υποστήριξε πως η Σρι Λάνκα παραβίασε το FETS, καθώς όλες οι ενέργειές της αποτελούσαν πράξεις αντεκδίκησης λόγω καταγγελίας της συμφωνίας. Άλλωστε, ο επικεφαλής της Κεντρικής Τράπεζας της Σρι Λάνκα είχε διαμηνύσει στην επενδύτρια πως όλα τα προβλήματα θα τελείωναν εάν βρισκόταν μια αποδεκτή λύση για την εταιρία πετρελαίου. Με αυτά τα πραγματικά περιστατικά, το διαιτητικό δικαστήριο εύκολα κατέληξε στο συμπέρασμα πως οι πρακτικές των οργάνων του κράτους υποδοχής αποτελούσαν παραβίαση του υπό κρίση προβλεπόμενου FETS.

¹¹⁸ Deutsche Bank AG v. Democratic Socialist Republic of Sri Lanka, ICSID Case No. ARB/09/2

5.3. Νομολογία σχετικά με την κρίση της Αργεντινής¹¹⁹

Μια από τις πρώτες υποθέσεις που αφορά την Αργεντινή (προηγείται της κρίσης του 1999-2002) είναι η *Vivendi v Argentina*¹²⁰. Στην προκείμενη περίπτωση¹²¹, μια γαλλική εταιρία αποπειράθηκε να δραστηριοποιηθεί στην Αργεντινή και, συγκεκριμένα, στον τομέα διαχείρισης του συστήματος ύδρευσης μιας επαρχίας της χώρας, στα πλαίσια προγράμματος ιδιωτικοποίησης. Παρά την αρχική συμφωνία με τις αρμόδιες αρχές και την ανάληψη του εγχειρήματος από την επενδύτρια εταιρία, το όλο επενδυτικό σχέδιο χρησιμοποιήθηκε επικοινωνιακά από τις τοπικές πολιτικές δυνάμεις για την άνοδό τους στην τοπική κυβέρνηση, με προγραμματική υπόσχεση την αντίδραση στην ιδιωτικοποίηση του νερού. Τελικά, το όλο επενδυτικό εγχείρημα απέτυχε και η επενδύτρια εταιρία στράφηκε κατά της Αργεντινής λόγω παραβίασης των υποχρεώσεων που απορρέουν από το FETS της BIT μεταξύ Γαλλίας-Αργεντινής. Η Αργεντινή αμύνθηκε προβάλλοντας ως επιχειρήματα πως το επίμαχο FETS πρέπει να εξισωθεί με το IMST ώστε να είναι περιορισμένες οι υποχρεώσεις της με βάση τη συνθήκη. Το διαιτητικό δικαστήριο απέρριψε εξ ολοκλήρου τη συλλογιστική της Αργεντινής¹²² και ερμήνευσε τον επίμαχο όρο¹²³ με βάση τη ΔΣΒ. Κατόπιν τούτου διαπίστωσε πως το FETS που προβλέπει η συνθήκη αποτελεί ένα αυτόνομο μέτρο προστασίας των επενδυτών το οποίο θα πρέπει να ερμηνευτεί με βάση τη βούληση των συμβαλλόμενων στη συνθήκη κρατών και τα όσα διατυπώνονται στο προοίμιο. Στη συνέχεια, το διαιτητικό δικαστήριο αξιολόγησε τη συμπεριφορά της Αργεντινής με βάση το αυτόνομο μέτρο της

¹¹⁹ Perera, (2012) Part I και Part II

¹²⁰ *Compañía de Aguas del Aconquija S.A. and Vivendi Universal S.A. v. Argentine Republic*, ICSID Case No. ARB/97/3

¹²¹ Βλ και Draguiev, (2014), σελ 287

¹²² Βλ σκέψη 7.4.7 «*The Tribunal sees no basis for equating principles of international law with the minimum standard of treatment. First, the reference to principles of international law supports a broader reading that invites consideration of a wider range of international law principles than the minimum standard alone. Second, the wording of Article 3 requires that the fair and equitable treatment conform to the principles of international law, but the requirement for conformity can just as readily set a floor as a ceiling on the Treaty's fair and equitable treatment standard.*»³²⁴ Third, the language of the provision suggests that one should also look to contemporary principles of international law, not only to principles from almost a century ago.»

¹²³ «*Each of the Contracting Parties undertakes to grant, within its territory and its maritime area, fair and equitable treatment according to the principles of international law to investments made by investors of the other Party, and to do it in such a way that the exercise of the right thus recognized is not obstructed de jure or de facto.*»

συνθήκης και διαπίστωσε πως το κράτος υποδοχής παραβίασε τις υποχρεώσεις διαφάνειας έναντι του επενδυτή καθώς και προσέβαλλε τις έννομες προσδοκίες που του είχαν δημιουργηθεί λόγω της αρχικής θετικής συμπεριφοράς των αργεντινικών αρχών.

Η υπόθεση *CMS v Argentina*¹²⁴ είναι μια από τις επενδυτικές αξιώσεις που γεννήθηκαν από την οικονομική κρίση της Αργεντινής την περίοδο 1999-2002.¹²⁵ Εν προκειμένω, μια αμερικανική εταιρία είχε επενδύσει αγοράζοντας μετοχές στην ενεργειακή αγορά της Αργεντινής τη δεκαετία του '90. Η αμερικανική εταιρία είχε συμφωνήσει με το αργεντίνικο δημόσιο προνομιακή μεταχείριση στο θέμα πληρωμής των δασμών (πληρωμή σε δολάρια αντί για πέσος). Κατά την κρίση που έπληξε την Αργεντινή, το κράτος υποδοχής μετέτρεψε λόγω των έκτακτων οικονομικών συνθηκών το νομοθετικό πλαίσιο, καταργώντας το προνομιακό καθεστώς και επιβάλλοντας στην αμερικανική εταιρία να πληρώνει τους δασμούς σε πέσος σε ονομαστική ισοτιμία 1:1 με το δολάριο (παρά την «κατρακύλα» της ισοτιμίας εκείνη την περίοδο). Η επενδύτρια εταιρία στράφηκε κατά της Αργεντινής και ζήτησε την καταδίκη της λόγω παραβίασης του FETS της BIT μεταξύ ΗΠΑ-Αργεντινής, το οποίο υποχρέωνε την Αργεντινή σε διατήρηση σταθερού νομοθετικού και επιχειρηματικού περιβάλλοντος. Η Αργεντινή υποστήριξε πως ο επίμαχος όρος¹²⁶ της BIT ενσωμάτωνε το IMST και δεν έθετε ένα άλλο αυτόνομο μέτρο προστασίας των επενδυτών. Κατά την Αργεντινή το IMST που περιέγραφε η συνθήκη δεν έθετε υποχρέωση διατήρησης σταθερού περιβάλλοντος για το κράτος υποδοχής και, σε κάθε περίπτωση, το κράτος υποδοχής μπορούσε να μεταβάλλει το νομοθετικό καθεστώς σε περιόδους κρίσης αφού το IMST δεν περιορίζει την εθνική κυριαρχία του κράτους υποδοχής στο να νομοθετεί κατά βούληση. Το διαιτητικό δικαστήριο απέφυγε να ασχοληθεί με το ζήτημα σύγκρισης του επίμαχου FETS με το IMST. Το δικαστήριο εστίασε στην ερμηνεία του FETS της συνθήκης με βάση το κείμενο της BIT και το προοίμιό της. Έτσι, διαπίστωσε τα εξής:

¹²⁴ CMS Gas Transmission Company v. The Republic of Argentina, ICSID Case No. ARB/01/8

¹²⁵ Klager, (2011), σελ 79-80 και 171-172 - Kalicki-Medeiros, (2007), σελ 36

¹²⁶ Άρθρο II (3) (α) «Investment shall at all times be accorded fair and equitable treatment, shall enjoy full protection and security and shall in no case be accorded treatment less favorable than that required by international law.»

«273. The key issue that the Tribunal has to decide is whether the measures adopted in 2000 – 2002 breached the standard of protection afforded by Argentina’s undertaking to provide fair and equitable treatment. The Treaty, like most bilateral investment treaties, does not define the standard of fair and equitable treatment and to this extent Argentina’s concern about it being somewhat vague is not entirely without merit.

274. The Treaty Preamble makes it clear, however, that one principal objective of the protection envisaged is that fair and equitable treatment is desirable “to maintain a stable framework for investments and maximum effective use of economic resources.” There can be no doubt, therefore, that a stable legal and business environment is an essential element of fair and equitable treatment.

275. The measures that are complained of did in fact entirely transform and alter the legal and business environment under which the investment was decided and made. The discussion above, about the tariff regime and its relationship with a dollar standard and adjustment mechanisms unequivocally shows that these elements are no longer present in the regime governing the business operations of the Claimant. It has also been established that the guarantees given in this connection under the legal framework and its various components were crucial for the investment decision.»

Ως προς τη σχέση μεταξύ FETS και IMST το δικαστήριο περιορίστηκε (όπως και στην ***Occidental Exploration v Ecuador***) στη διαπίστωση πως η εφαρμογή του ενός ή του άλλου μέτρου δεν θα είχε πρακτική διαφορά για την αξιολόγηση των υπό κρίση πραγματικών περιστατικών. Χαρακτηριστικά είπε στη σκέψη 284:

«While the choice between requiring a higher treaty standard and that of equating it with the international minimum standard might have relevance in the context of some disputes, the Tribunal is not persuaded that it is relevant in this case. In fact, the Treaty standard of fair and equitable treatment and its connection with the required stability and predictability of the business environment, founded on solemn legal and contractual commitments, is not different from the international law minimum standard and its evolution under customary law.»

Κατόπιν των ανωτέρω, το δικαστήριο καταδίκασε την Αργεντινή για παραβίαση του FETS, το οποίο ερμήνευσε ως ένα αυτόνομο μέτρο που προβλέπει η συνθήκη

και το οποίο επιβάλλει θετικές υποχρεώσεις στο κράτος υποδοχής έναντι των επενδυτών.¹²⁷

Η υπόθεση *Azurix v Argentina*¹²⁸ αφορούσε μια αμερικανική εταιρία που αποπειράθηκε να επενδύσει στην Αργεντινή στον τομέα διαχείρισης πόσιμου νερού σε αστικά κέντρα.¹²⁹ Η Αργεντινή χορήγησε στην εταιρία τις απαιτούμενες άδειες διαχείρισης, οι οποίες είχαν διάρκεια 30 χρόνων. Ωστόσο, οι τοπικές αρχές έθεσαν εμπόδια στην πραγματοποίηση της επένδυσης, κυρίως για να εκμεταλλευθούν πολιτικά το γεγονός, με αποτέλεσμα λόγω της μη συνεργασίας των τοπικών αρχών το όλο επενδυτικό εγχείρημα να αποτύχει. Η αμερικανική εταιρία στράφηκε κατά της Αργεντινής υποστηρίζοντας πως το κράτος υποδοχής παραβίασε το προβλεπόμενο FETS της BIT μεταξύ ΗΠΑ-Αργεντινής¹³⁰ και, συγκεκριμένα, πως απέτυχε να διατηρήσει ένα σταθερό οικονομικό και επιχειρηματικό περιβάλλον για τον επενδυτή. Η Αργεντινή από τη μεριά της υποστήριξε πως το FTES της BIT είναι ταυτόσημο με το IMST και συνεπώς δεν είχε καμία υποχρέωση διατήρησης σταθερού περιβάλλοντος για τον επενδυτή. Το διαιτητικό δικαστήριο ερμηνεύοντας τον επίμαχο όρο διαπίστωσε τα εξής:

«360. In their ordinary meaning, the terms “fair” and “equitable” used in Article 3(1) of the BIT mean “just”, “even-handed”, “unbiased”, “legitimate.”²⁹⁹ As regards the purpose and object of the BIT, in its Preamble, the parties state their desire to promote greater cooperation with respect to investment, recognize that “agreement upon the treatment to be accorded such investment will stimulate the flow of private capital and the economic development of the Parties”, and agree that “fair and equitable treatment of investment is desirable in order to maintain a stable framework for investment and maximum effective use of economic resources.” It follows from the ordinary meaning of the terms fair and equitable and the purpose and object of the BIT that fair and equitable should be understood to be treatment in an even-handed and just manner, conducive to fostering the promotion of foreign investment. The text of the BIT reflects a positive attitude

¹²⁷ Kalicki-Medeiros, (2007), σελ 37

¹²⁸ Azurix Corp. v. The Argentine Republic, ICSID Case No. ARB/01/12

¹²⁹ Βλ επίσης Klager, (2011), σελ 83 επ - Kalicki-Medeiros, (2007), σελ 39 - Draguiev, (2014), σελ 180

¹³⁰ Άρθρο II (3) (α) «Investment shall at all times be accorded fair and equitable treatment, shall enjoy full protection and security and shall in no case be accorded treatment less favorable than that required by international law.»

towards investment with words such as “promote” and “stimulate”. Furthermore, the parties to the BIT recognize the role that fair and equitable treatment plays in maintaining “a stable framework for investment and maximum effective use of economic resources.”

361. Turning now to Article II.2(a), this paragraph provides: “Investment shall at all times be accorded fair and equitable treatment, shall enjoy full protection and security and shall in no case be accorded treatment less than required by international law.” The paragraph consists of three full statements, each listing in sequence a standard of treatment to be accorded to investments: fair and equitable, full protection and security, not less than required by international law. Fair and equitable treatment is listed separately. The last sentence ensures that, whichever content is attributed to the other two standards, the treatment accorded to investment will be no less than required by international law. The clause, as drafted, permits to interpret fair and equitable treatment and full protection and security as higher standards than required by international law. The purpose of the third sentence is to set a floor, not a ceiling, in order to avoid a possible interpretation of these standards below what is required by international law. While this conclusion results from the textual analysis of this provision, the Tribunal does not consider that it is of material significance for its application of the standard of fair and equitable treatment to the facts of the case. As it will be explained below, the minimum requirement to satisfy this standard has evolved and the Tribunal considers that its content is substantially similar whether the terms are interpreted in their ordinary meaning, as required by the Vienna Convention, or in accordance with customary international law.»

Κατόπιν το δικαστήριο αξιολόγησε τα πραγματικά περιστατικά και καταδίκασε την Αργεντινή για παραβίαση του FETS.

Καθίσταται προφανές πως το δικαστήριο διαπίστωσε πως το προβλεπόμενο στη BIT μέτρο απαιτούμενης προστασίας των επενδυτών δεν μπορούσε να ταυτιστεί με IMST. Το συγκεκριμένο FETS έπρεπε να ερμηνευτεί αυτόνομα με βάση το κείμενο της ίδιας της επενδυτικής συνθήκης και με βάση τη βούληση των συμβαλλόμενων κρατών, όπως αυτή αποτυπώνεται στο προοίμιο. Εκ τούτων προκύπτει πως το επίμαχο FETS έθετε την υποχρέωση στο εκάστοτε κράτος υποδοχής να διατηρεί ένα σταθερό επενδυτικό περιβάλλον για

τους αλλοδαπούς επενδυτές. Το διαιτητικό δικαστήριο προσέδωσε στο FETS της συνθήκης θετικό χαρακτήρα, δηλαδή το κράτος υποδοχής θα έπρεπε να προβαίνει σε θετικές ενέργειες ενισχύσεις των επενδύσεων και όχι να τις παρεμποδίζει ή να δημιουργεί ανασφάλεια.¹³¹ Παράλληλα, το δικαστήριο αναγνώρισε πως ακόμη και εάν ο όρος της συνθήκης ερμηνευόταν με βάση το εθνικό IMST, η κρίση περί καταδίκης της Αργεντινής δεν θα άλλαζε καθώς τα πραγματικά περιστατικά της υπόθεσης θεμελιώναν και παραβίαση του IMST και, επομένως, είχε μικρή πρακτική σημασία ποιο μέτρο προστασίας θα εφαρμοζόταν. Το δικαστήριο επισήμανε πως το IMST δεν είναι ένα στατικό μέτρο προστασίας αλλά εξελίσσεται συνεχώς λόγω ακριβώς του διεθνούς εθνικού χαρακτήρα του. Ωστόσο, είναι σημαντικό πως το δικαστήριο ξεκαθάρισε πως το επίμαχο FETS είναι αυτόνομο και ερμηνεύεται με βάση την υπό κρίση επενδυτική συμφωνία.

Μια άλλη υπόθεση που αφορά την αργεντινική οικονομική κρίση είναι η **Siemens v Argentina**.¹³² Εν προκειμένω¹³³, η επενδύτρια γερμανική εταιρία είχε αναλάβει τη δημιουργία ενός ηλεκτρονικού συστήματος αναγνώρισης προσώπων για το αργεντινικό δημόσιο, κατόπιν σύναψης συμβολαίου. Ωστόσο, μετά την πρόκληση της οικονομικής κρίσης, η κυβέρνηση επανεξέτασε της συμφωνία και τελικά την κατήργησε μέσω της θέσπισης των έκτακτων νόμων που της έδιναν το δικαίωμα να επανεξετάσει όλες τις δημόσιες συμβάσεις. Η επενδύτρια εταιρία στράφηκε με βάση το προβλεπόμενο FETS της BIT μεταξύ Γερμανίας-Αργεντινής ενάντια στο κράτος υποδοχής και ισχυρίστηκε πως προσβλήθηκαν οι έννομες προσδοκίες της και δεν τηρήθηκε η υποχρέωση διαφάνειας από το κράτος υποδοχής. Από τη μεριά της, η Αργεντινή ισχυρίστηκε πως το προβλεπόμενο FETS θα έπρεπε να τύχει αντίστοιχης ερμηνείας με το FETS της NAFTA ώστε να μην γεννά υποχρεώσεις διαφάνειας ή περιορισμού της νομοθετικής εξουσίας του κράτους υποδοχής. Το δικαστήριο όπως και στην *Azurix*, απέρριψε τη συλλογιστική της Αργεντινής. Με παρόμοια αιτιολογία το

¹³¹ Βλ και σκέψη 372 όπου: «...The standards of conduct agreed by the parties to a BIT presuppose a favorable disposition towards foreign investment, in fact, a pro-active behavior of the State to encourage and protect it. To encourage and protect investment is the purpose of the BIT. It would be incoherent with such purpose and the expectations created by such a document to consider that a party to the BIT has breached the obligation of fair and equitable treatment only when it has acted in bad faith or its conduct can be qualified as outrageous or egregious.»

¹³² Siemens A.G. v. The Argentine Republic, ICSID Case No. ARB/02/8

¹³³ Βλ και Klager, (2011), σελ 233 - Kalicki-Medeiros, (2007), σελ 40

δικαστήριο βασιζόμενο στο γράμμα της υπό κρίση BIT και στο προοίμιο αυτής κατέληξε στη σκέψη 290 πως: «*The parties to the Treaty show by their intentions and objectives a positive attitude towards investment. Terms such as “promote” or “stimulate” are action words that indicate that it is the intention of the parties to adhere to conduct in accordance with such purposes. This understanding is confirmed by Article 2(1) of the Treaty, whereby each party even undertakes to promote the investments of nationals or companies of the other party*». Έτσι, το FETS θεωρήθηκε ένα αυτόνομο μέτρο το οποίο γεννά υποχρεώσεις για το κράτος υποδοχής που δεν είναι αντίστοιχες με εκείνες του διεθνούς εθιμικού δικαίου. Το δικαστήριο εξέτασε τη σχέση του επίμαχου FETS με το διεθνές εθιμικό μέτρο (IMST) και διαπίστωσε πως το τελευταίο, αν και εξελίσσεται συνεχώς από την εποχή της απόφασης Neer, εμπεριέχει ακόμη απαιτήσεις απόδειξης κακής πίστης. Ένας τόσο υψηλός πήχης, ωστόσο, για τη θεμελίωση ευθύνης του κράτους δεν είναι συμβατός με το διατυπωμένο στη BIT μέτρο. [βλ και σκέψη 300: «*The purpose of the Treaty is to promote and protect investments. It would be inconsistent with such commitments and purpose and the expectations created by such a document to consider that a party to the Treaty has breached its obligation of fair and equitable treatment only when it has acted in bad faith.*»]

6. Συμπεράσματα

Από την επισκόπηση της νομολογίας μπορούν να εξαχθούν ορισμένα συμπεράσματα και να συγκριθούν με τις θεωρητικές θέσεις.

Από τη νομολογία προκύπτει πως η ερμηνεία του FETS εξαρτάται σε μεγάλο βαθμό από το ποια είναι η εφαρμοστέα διεθνής συνθήκη και, ιδίως, η γραμματική διατύπωση του όρου, το κείμενο της συνθήκης, το προοίμιο αυτής και ο γενικότερος σκοπός της. Οι όποιες διαφοροποιήσεις ή ομοιότητες που συναντώνται στη νομολογία μπορούν να θεμελιωθούν σε σημαντικές διαφορές ή σημαντικές ομοιότητες των κειμένων των εφαρμοστέων συνθηκών.

Η θέση πως το FETS είναι ταυτόσημο με το IMST δεν βρίσκει αποδοχή από τα διαιτητικά δικαστήρια παρά τις συνεχείς επικλήσεις των κρατών υποδοχής. Η ερμηνεία αυτή, ωστόσο, έχει γίνει αποδεκτή στα πλαίσια της NAFTA λόγω αυθεντικής ερμηνείας της συνθήκης από τα συμβαλλόμενα μέρη.

Οι θέσεις περί συγκεκριμένου ουσιαστικού περιεχομένου του FETS δεν επαληθεύονται από τη νομολογία καθώς συναντάται τεράστια διαφοροποίηση στις ερμηνευτικές εκδοχές του μέτρου. Ακόμη και στα ίδια πραγματικά περιστατικά, η εφαρμογή διαφορετικών BIT, με διαφορετικούς όρους, μπορεί να οδηγήσει σε τελείως διαφορετικά αποτελέσματα.

Η θέση πως το FETS αποτελεί μια εκδοχή του rule of law και η θέση πως το FETS αποτελεί μια λίστα συγκεκριμένων υποχρεώσεων, εν μέρει επαληθεύεται από τη νομολογία. Τούτο καθώς η νομολογία καταδικάζει συχνά τα κράτη υποδοχής όταν αποδεικνύονται πραγματικά περιστατικά ορισμένης «τυπολογίας» όπως προσβολή έννομων προσδοκιών, διαφάνεια κοκ. Ωστόσο, στη νομολογία απαντώνται και άλλες περιπτώσεις που δεν ενσωματώνονται από τις ανωτέρω απόψεις στο FETS και, συνεπώς, οι απόψεις αυτές δεν βοηθούν στην μελλοντική πρόβλεψη καταδικαστέων πρακτικών, παρά το γεγονός πως κάτι τέτοιο είναι το βασικό πλεονέκτημα ενός FETS με συγκεκριμένο ουσιαστικό περιεχόμενο.

Τέλος, οι διαφορετικές αποφάσεις των διαιτητικών δικαστηρίων δικαιολογούν την άποψη πως το FETS δεν έχει συγκεκριμένο και εκ των προτέρων γνωστό περιεχόμενο. Το ουσιαστικό περιεχόμενο του FETS θα αποκαλύπτεται ανά περίπτωση με βάση την ερμηνεία της επίμαχης συνθήκης

**Το «μέτρο» της δίκαιης και ισότιμης μεταχείρισης
The fair and equitable treatment standard**

σύμφωνα με τα ερμηνευτικά εργαλεία της ΔΣΒ και του διεθνούς εθιμικού δικαίου. Οι όποιες επαναλήψεις και ομοιότητες στη νομολογία δικαιολογούνται, κυρίως, από την ομοιότητα της εκάστοτε γραμματικής διατύπωσης του όρου που προβλέπει το FETS και των προοιμίων των συνθηκών με το κείμενο άλλων συνθηκών. Συνεπώς, μπορούν να δημιουργηθούν κατηγορίες γραμματικών διατυπώσεων του FETS που είναι περισσότερο ευνοϊκές για τον επενδυτή (υπόθεση **Tecmed**) από άλλες (βλ ερμηνεία NAFTA) που είναι περισσότερο ευνοϊκές για το κράτος υποδοχής. Ωστόσο, μια τέτοια κατηγοριοποίηση δεν θα είναι χρήσιμη για το διαιτητικό δικαστήριο το οποίο σε κάθε περίπτωση θα εφαρμόζει την υπό κρίση BIT χωρίς να ενδιαφέρεται για άλλες επενδυτικές συμφωνίες και την ερμηνείας τους.

Παράρτημα

A. NAFTA

Article 1105: Minimum Standard of Treatment

1. Each Party shall accord to investments of investors of another Party treatment in accordance with international law, including fair and equitable treatment and full protection and security.
2. Without prejudice to paragraph 1 and notwithstanding Article 1108(7)(b), each Party shall accord to investors of another Party, and to investments of investors of another Party, non-discriminatory treatment with respect to measures it adopts or maintains relating to losses suffered by investments in its territory owing to armed conflict or civil strife.
3. Paragraph 2 does not apply to existing measures relating to subsidies or grants that would be inconsistent with Article 1102 but for Article 1108(7)(b).

North American Free Trade Agreement
Notes of Interpretation of Certain Chapter 11 Provisions
NAFTA Free Trade Commission
July 31, 2001

Having reviewed the operation of proceedings conducted under Chapter Eleven of the North American Free Trade Agreement, the Free Trade Commission hereby adopts the following interpretations of Chapter Eleven in order to clarify and reaffirm the meaning of certain of its provisions:

Access to documents

Nothing in the NAFTA imposes a general duty of confidentiality on the disputing parties to a Chapter Eleven arbitration, and, subject to the application of Article 1137(4), nothing in the NAFTA precludes the Parties from providing public access to documents submitted to, or issued by, a Chapter Eleven tribunal.

In the application of the foregoing:

In accordance with Article 1120(2), the NAFTA Parties agree that nothing in the relevant arbitral rules imposes a general duty of confidentiality or precludes the Parties from providing public access to documents submitted to, or issued by, Chapter Eleven tribunals, apart from the limited specific exceptions set forth expressly in those rules.

Each Party agrees to make available to the public in a timely manner all documents submitted to, or issued by, a Chapter Eleven tribunal, subject to redaction of:

confidential business information;

information which is privileged or otherwise protected from disclosure under the Party's domestic law; and

information which the Party must withhold pursuant to the relevant arbitral rules, as applied.

The Parties reaffirm that disputing parties may disclose to other persons in connection with the arbitral proceedings such unredacted documents as they consider necessary for the preparation of their

cases, but they shall ensure that those persons protect the confidential information in such documents.

The Parties further reaffirm that the Governments of Canada, the United Mexican States and the United States of America may share with officials of their respective federal, state or provincial governments all relevant documents in the course of dispute settlement under Chapter Eleven of NAFTA, including confidential information.

The Parties confirm that nothing in this interpretation shall be construed to require any Party to furnish or allow access to information that it may withhold in accordance with Articles 2102 or 2105.

Minimum Standard of Treatment in Accordance with International Law

Article 1105(1) prescribes the customary international law minimum standard of treatment of aliens as the minimum standard of treatment to be afforded to investments of investors of another Party.

The concepts of "fair and equitable treatment" and "full protection and security" do not require treatment in addition to or beyond that which is required by the customary international law minimum standard of treatment of aliens.

A determination that there has been a breach of another provision of the NAFTA, or of a separate international agreement, does not establish that there has been a breach of Article 1105(1).

Closing Provision

The adoption by the Free Trade Commission of this or any future interpretation shall not be construed as indicating an absence of agreement among the NAFTA Parties about other matters of interpretation of the Agreement.

Done in triplicate at Washington, D.C., on the 31st day of July, 2001, in the English, French and Spanish languages, each text being equally authentic.