



ΕΛΛΗΝΙΚΗ ΔΗΜΟΚΡΑΤΙΑ
Εθνικόν και Καποδιστριακόν
Πανεπιστήμιον Αθηνών
— ΙΔΡΥΘΕΝ ΤΟ 1837 —

ΝΟΜΙΚΗ ΣΧΟΛΗ

ΕΝΙΑΙΟ ΠΡΟΓΡΑΜΜΑ ΜΕΤΑΠΤΥΧΙΑΚΩΝ ΣΠΟΥΔΩΝ
ΚΑΤΕΥΘΥΝΣΗ: ΦΟΡΟΛΟΓΙΚΟ ΔΙΚΑΙΟ
ΠΑΝΕΠΙΣΤΗΜΙΑΚΟ ΕΤΟΣ: 2017 - 2018

ΔΙΠΛΩΜΑΤΙΚΗ ΕΡΓΑΣΙΑ

της Όλγας Δ. Κούτσικα
Α.Μ.: 7340011217010

**«Οι συμβάσεις μεταξύ κρατών όσον αφορά τη φορολογική μεταχείριση
για την προώθηση των ξένων επενδύσεων»**

Επιβλέποντες:

Θεοδώρα Αντωνίου
Ανδρέας Τσουρουφλής
Αικατερίνη Ηλιάδου

Αθήνα, Νοέμβριος 2018

Copyright © [Όλγα Κούτσικα, Νοέμβριος 2018]

Με επιφύλαξη παντός δικαιώματος. All rights reserved.

Απαγορεύεται η αντιγραφή, αποθήκευση και διανομή της παρούσας εργασίας, εξ ολοκλήρου ή τμήματος αυτής, για εμπορικό σκοπό. Επιτρέπεται η ανατύπωση, αποθήκευση και διανομή για σκοπό μη κερδοσκοπικό, εκπαιδευτικής ή ερευνητικής φύσης, υπό την προϋπόθεση να αναφέρεται η πηγή προέλευσης και να διατηρείται το παρόν μήνυμα.

Οι απόψεις και θέσεις που περιέχονται σε αυτήν την εργασία εκφράζουν τον συγγραφέα και δεν πρέπει να ερμηνευθεί ότι αντιπροσωπεύουν τις επίσημες θέσεις του Εθνικού και Καποδιστριακού Πανεπιστημίου Αθηνών.

ΠΙΝΑΚΑΣ ΠΕΡΙΕΧΟΜΕΝΩΝ

ΤΙΤΛΟΣ	ΣΕΛ.
Εισαγωγή	4
Κεφάλαιο Πρώτο Οριοθέτηση της έννοιας των ξένων επενδύσεων	8
I. Οι «άμεσες ξένες επενδύσεις» στο πλαίσιο των διεθνών οργανισμών και της νομολογίας	9
II. Τα κρίσιμα στοιχεία της έννοιας των «άμεσων ξένων επενδύσεων»	10
Κεφάλαιο Δεύτερο Οι συμβάσεις μεταξύ κρατών για την προστασία και την προώθηση των ξένων επενδύσεων	12
• Ενότητα Πρώτη Η έννοια, τα είδη και ο στόχος των συμβάσεων για την προστασία και την προώθηση των ξένων επενδύσεων	13
I. Η έννοια των συμβάσεων για την προστασία και την προώθηση των ξένων επενδύσεων	13
II. Τα είδη των συμβάσεων για την προστασία και την προώθηση των ξένων επενδύσεων	14
III. Ο στόχος των συμβάσεων για την προστασία και την προώθηση των ξένων επενδύσεων	15
• Ενότητα Δεύτερη Η ιστορική εξέλιξη των συμβάσεων για την προστασία και την προώθηση των ξένων επενδύσεων	17
I. Οι συμβάσεις για την προστασία και την προώθηση των επενδύσεων κατά το 18ο αιώνα	17
II. Οι συμβάσεις για την προστασία και την προώθηση των επενδύσεων μετά το Β΄ Παγκόσμιο Πόλεμο	18
III. Η επίδραση της ανάδειξης των σοσιαλιστικών δυνάμεων στην εξέλιξη των συμβάσεων για την προστασία και την προώθηση των επενδύσεων	19
IV. Η εξέλιξη των συμβάσεων για την προστασία και την προώθηση των επενδύσεων από τη δεκαετία του 1980 μέχρι σήμερα	20
Κεφάλαιο Τρίτο Η φορολογική μεταχείριση των ξένων επενδύσεων στο πλαίσιο των συμβάσεων μεταξύ κρατών	22

<ul style="list-style-type: none"> • Ενότητα Πρώτη 	
Διάκριση από τις συμβάσεις για την αποφυγή της διπλής φορολογίας	26
I. Συγκριτική ανασκόπηση των συμβάσεων για την αποφυγή της διπλής φορολογίας και των συμβάσεων για την προστασία και την προώθηση των διεθνών επενδύσεων	26
II. Η αναποτελεσματικότητα των συμβάσεων για την αποφυγή της διπλής φορολογίας ως εργαλείου για την προώθηση των ξένων επενδύσεων	28
III. Αλληλεπίδραση και υπεροχή στην περίπτωση της φορολογικής μεταχείρισης των διεθνών επενδύσεων	30
<ul style="list-style-type: none"> • Ενότητα Δεύτερη 	
Πρότυπα μεταχείρισης και εγγυήσεις προστασίας των διεθνών επενδύσεων	32
I. Η έννοια της μεταχείρισης των διεθνών επενδύσεων	32
II. Τα πρότυπα μεταχείρισης των διεθνών επενδύσεων	33
- Το πρότυπο της εθνικής μεταχείρισης	33
- Το πρότυπο της μεταχείρισης του μάλλον ευνοούμενου κράτους	34
- Το πρότυπο της δίκαιης μεταχείρισης βάσει των κανόνων του διεθνούς δικαίου	35
- Η αποζημίωση σε περίπτωση απαλλοτρίωσης της ξένης επένδυσης	36
<ul style="list-style-type: none"> • Ενότητα Τρίτη 	
Η φορολογική μεταχείριση των διεθνών επενδύσεων	39
I. Η φορολογική μεταχείριση των διεθνών επενδύσεων στο πλαίσιο διμερών συμβάσεων	39
II. Ζητήματα φορολογικής μεταχείρισης των διεθνών επενδύσεων από τη νομολογία των διαιτητικών δικαστηρίων	41
- <i>EnCana Corporation v. Republic of Ecuador</i>	41
- <i>Duke Energy Electroquil Partners & Electroquil S.A. v. Republic of Ecuador</i>	42
- <i>Archer Daniels Midland Company and Tate & Lyle Ingredients Americas, Inc. v. The United Mexican States</i>	44
- <i>Pan American Energy LLC v. Argentina και El Paso v. Argentina</i>	45
<ul style="list-style-type: none"> • Κεφάλαιο Τέταρτο 	
Case study: Η περίπτωση της ενωσιακής πολιτικής διεθνών επενδύσεων	47
I. Η σταδιακή εξέλιξη της ενωσιακής πολιτικής διεθνών επενδύσεων	47
II. Το πρόβλημα και η προσπάθεια αντιμετώπισής του με τον Κανονισμό 1219/2012	48
III. Η μεταχείριση των επενδύσεων στο πλαίσιο της ενωσιακής πολιτικής	49
IV. Οι προοπτικές της ενωσιακής πολιτικής διεθνών επενδύσεων υπό το πρίσμα της Γνωμοδότησης C-2/15 του ΔΕΕ	51
Συμπεράσματα	53
Βιβλιογραφία	56

ΕΙΣΑΓΩΓΗ

Στη σύγχρονη εποχή της παγκοσμιοποίησης παρουσιάζεται ολοένα περισσότερο επιτακτική η ανάγκη οριοθέτησης του διπόλου απελευθερωμένων και ρυθμιζόμενων αγορών σε διεθνές επίπεδο. Η προβληματική αυτή αναπτύσσεται στο πλαίσιο του Διεθνούς Οικονομικού Δικαίου, το οποίο πραγματεύεται ζητήματα διασυνοριακής κίνησης κεφαλαίων. Τα εν λόγω ζητήματα διακρίνονται, αφενός, στις διεθνείς πληρωμές και, αφετέρου, στις επενδύσεις. Η πρώτη κατηγορία αφορά την κίνηση κεφαλαίων με σκοπό την καταβολή του τιμήματος της προμήθειας ενός εμπορεύματος ή της παροχής μίας υπηρεσίας, παρακολουθώντας με αυτόν τον τρόπο την απελευθέρωση της διακίνησης των εμπορευμάτων και των υπηρεσιών διεθνώς. Κι αυτό διότι δε νοείται η απελευθέρωση της διακίνησης ενός προϊόντος ή μίας υπηρεσίας χωρίς την ταυτόχρονη απελευθέρωση της κίνησης του απαραίτητου για την καταβολή του σχετικού τιμήματος κεφαλαίου. Η δεύτερη κατηγορία καλύπτει τόσο τις επενδύσεις χαρτοφυλακίου, ήτοι τις επενδύσεις σε τίτλους, όσο και τις άμεσες ξένες επενδύσεις, οι οποίες είναι άρρηκτα συνδεδεμένες με την εγκατάσταση νέων επιχειρήσεων ή την εξαγορά υφιστάμενων επιχειρήσεων σε τρίτη χώρα, με σκοπό την άσκηση μίας παραγωγικής ή εμπορικής δραστηριότητας.

Πρόδηλη είναι η ιδιαιτερότητα της διεθνούς επενδυτικής σχέσης ως προς το δίκαιο που εφαρμόζεται σε αυτήν. Συγκεκριμένα, την ίδια στιγμή που η εφαρμογή του εθνικού δικαίου ως δικαίου που ρυθμίζει την επένδυση στο πλαίσιο του κράτους υποδοχής είναι αδιαμφισβήτητη, δεδομένος πρέπει να θεωρηθεί και ο διεθνής χαρακτήρας της συναλλαγής λόγω της διασυνοριακής μεταφοράς παραγωγικών πόρων και της διαφορετικής εθνικότητας των συμβαλλόμενων μερών. Με τον τρόπο αυτόν εμπλέκονται δύο τουλάχιστον κράτη-υποκείμενα του διεθνούς δικαίου και ένας τουλάχιστον ξένος επενδυτής, ο οποίος συμβάλλεται με το κράτος υποδοχής της επένδυσης, αναλαμβάνοντας επιχειρηματική δραστηριότητα, υποχρεωτικώς υπαγόμενη στη ρύθμιση του εθνικού δικαίου του κράτους υποδοχής, εφόσον συγκροτείται και λειτουργεί εντός της επικράτειάς του¹. Πρόκειται, λοιπόν, για μία έννομη σχέση που αφορά τόσο το διεθνές όσο και το εθνικό δίκαιο μίας συγκεκριμένης χώρας, με αποτέλεσμα τα εμπλεκόμενα μέρη να καθίστανται υποκείμενα τόσο του εθνικού όσο και του διεθνούς δικαίου.

Στο ερώτημα σε ποιο βαθμό υφίσταται διεθνής υποχρέωση προώθησης των ξένων επενδύσεων σκόπιμο είναι να γίνουν ορισμένες διακρίσεις. Όσον αφορά το εθνικό διεθνές δίκαιο, κανένα κράτος δεν υποχρεούται να προσελκύσει ή να ενθαρρύνει την υλοποίηση ξένων

¹ Douglas Z., *The Hybrid Foundations of Investment Treaty Arbitration*, British Yearbook of International Law, Vol. LXXIV (2003), σελ. 152.

επενδύσεων στην επικράτειά του, από τη στιγμή που κάθε κράτος είναι κυρίαρχο, χαράσσει και ασκεί την οικονομική πολιτική του ανεξαρτήτως και, κατ' επέκταση, δύναται να επιλέξει να ελευθερώσει ή να προστατεύσει ορισμένες αγορές². Αντιθέτως, η προστασία των διεθνών επενδύσεων διαφεύγει του τομέα αποκλειστικής κυριαρχίας του εκάστοτε κράτους. Κι αυτό διότι υφίσταται γενικός κανόνας, απορρέων από την ίδια την έννοια της κυριαρχίας στη χωρική της διάσταση, κατά τον οποίο ένα κράτος έχει την υποχρέωση να προστατεύει τους ξένους επενδυτές και τα αντίστοιχα επενδυτικά κεφάλαια, στο μέτρο που, δυνάμει της αρχής της μη παρέμβασης του κράτους προέλευσης στις εσωτερικές υποθέσεις του άλλου κυρίαρχου κράτους, το κράτος προέλευσης του επενδυτή αδυνατεί να προστατεύσει τον ίδιο και τα περιουσιακά στοιχεία του που βρίσκονται στο κράτος υποδοχής³.

Στον αντίποδα του εθιμικού δικαίου, το συμβατικό διεθνές δίκαιο περιλαμβάνει διατάξεις τόσο για την προώθηση όσο και για την προστασία των ξένων επενδύσεων. Πιο συγκεκριμένα, μέσω διμερών και περιφερειακών συμβάσεων το κράτος υποδοχής αναλαμβάνει μία γενική υποχρέωση προώθησης των διεθνών επενδύσεων στο έδαφός του. Βέβαια, η υποχρέωση αυτή δε φτάνει σε σημείο να υπερκεράσει την εθνική κυριαρχία επί της οικονομικής δραστηριότητας του κράτους, εφόσον η υλοποίηση μία ξένης επένδυσης προϋποθέτει τη συμμόρφωση του επενδυτή προς το εθνικό δίκαιο του κράτους υποδοχής. Χαρακτηριστικό παράδειγμα διατύπωσης της εν λόγω υποχρέωσης αποτελεί η διάταξη του άρθρου 2 παρ. 1 της διμερούς επενδυτικής σύμβασης μεταξύ της Ελλάδας και της Αργεντινής, κατά την οποία «1. Κάθε Συμβαλλόμενο Μέρος προωθεί, στο έδαφός του, επενδύσεις επενδυτών του άλλου Συμβαλλόμενου Μέρους και κάνει δεκτές τις επενδύσεις αυτές σύμφωνα με τη νομοθεσία του»⁴.

Ελλείπει σχετικής διεθνούς υποχρέωσης, στην προσπάθειά τους να ενθαρρύνουν τις ξένες επενδύσεις, τα κράτη συνάπτουν διεθνείς συμφωνίες με αντικείμενο την προώθηση και την προστασία τους. Με τις εν λόγω συνθήκες τα συμβαλλόμενα μέρη αποσκοπούν στη ρύθμιση απεριόριστου αριθμού επενδύσεων υπαγόμενων στο πεδίο εφαρμογής τους. Πλέον όλα τα κράτη της διεθνούς κοινότητας έχουν συνάψει επενδυτικές συμβάσεις είτε ως κράτη εισαγωγής είτε ως κράτη εξαγωγής κεφαλαίων. Ενδεικτική είναι η περίπτωση της Ελλάδας, η οποία έχει συνάψει

² Γκλαβίνης Π., ΔΙΕΘΝΕΣ ΟΙΚΟΝΟΜΙΚΟ ΔΙΚΑΙΟ, Εκδ. Σάκκουλα (2009), σελ. 515 επ.

³ Permanent Court of Arbitration, *The Island of Palmas Case (or Miangas), United States of America v. The Netherlands*, Award of the Tribunal (1928).

Διαθέσιμη στη διεύθυνση: <http://www.haguejusticeportal.net/index.php?id=5184>.

⁴ Συμφωνία μεταξύ της Κυβερνήσεως της Ελληνικής Δημοκρατίας και της Κυβερνήσεως της Δημοκρατίας της Αργεντινής για την Προώθηση και Αμοιβαία Προστασία των Επενδύσεων, κυρωθείσα με τον υπ' αριθ. 2848/2000 Νόμο (ΦΕΚ Α' 237/31.10.2010). Διαθέσιμη στη διεύθυνση: http://www.et.gr/idos-nph/search/pdfViewerForm.html?args=5C7QrtC22wEtf2Ep4n9LfndtvSoClrL8oeKAuTKOuiV5MXD0LzQTLWPU9yLzB8V68knBzLCmTXKaO6fpVZ6Lx3UnKI3nP8NxdnJ5r9cmWyJWeIDvWS_18kAEhATUkJb0x1LLdQ163nV9K--td6SIubSRi1VUBITNaXrecV0jItl-jdYBLh22Dlzh-93v14jC.

συμβάσεις για την προστασία και την προώθηση των επενδύσεων με 47 κράτη (42 σε ισχύ), με πρώτη τη σύμβαση με τη Γερμανία το 1961 και πλέον πρόσφατη με το Βιετνάμ το 2008⁵. Παράλληλα, ως κράτος-μέλος της Ευρωπαϊκής Ένωσης συμμετέχει επιπλέον σε 77 συμβάσεις με τρίτες χώρες, οι οποίες, αν και περισσότερο εμπορικές, περιλαμβάνουν διατάξεις επενδυτικού χαρακτήρα⁶. Επίσης, ως μέλος διεθνών οργανισμών, η Ελλάδα συμμετέχει σε 28 ακόμα συμβάσεις με προβλέψεις επενδυτικής φύσης, με σημαντικότερες τις συμφωνίες για τα επενδυτικά μέτρα που συνδέονται με το εμπόριο (*Agreement on Trade-Related Investment Measures, TRIMs*), για τα δικαιώματα πνευματικής ιδιοκτησίας (*Agreement on Trade-Related Aspects of Intellectual Property Rights, TRIPs*), για την ίδρυση του Διεθνούς Κέντρου Επίλυσης των Διαφορών από Επενδύσεις (*International Centre for the Settlement of Investment Disputes, ICSID*) και για την ίδρυση του Πολυμερούς Οργανισμού για την Εγγύηση των Επενδύσεων (*Multilateral Investment Guarantee Agency, MIGA*)⁷. Αξίζει, τέλος, να αναφερθεί ότι η Ελλάδα διαθέτει δικό της πρότυπο διμερούς σύμβασης για την προστασία και την προώθηση των επενδύσεων⁸, ενώ το νομικό πλαίσιο των επενδύσεων ενισχύεται σε επίπεδο εθνικού δικαίου με την υιοθέτηση αναπτυξιακών νόμων, οι οποίοι προσφέρουν κίνητρα για την εγκατάσταση αλλοδαπών επιχειρήσεων στην Ελλάδα⁹.

Αντικείμενο της παρούσας εργασίας αποτελεί η συμβατική ρύθμιση των επενδυτικών σχέσεων σε διακρατικό επίπεδο. Πιο συγκεκριμένα, σε πρώτο στάδιο οριοθετείται η έννοια των “ξένων επενδύσεων”, όπως αυτή αποτυπώνεται στα κείμενα των διεθνών οργανισμών και στη νομολογία των διαιτητικών δικαστηρίων, με έμφαση στα κύρια χαρακτηριστικά των άμεσων διεθνών επενδύσεων (**Κεφάλαιο Πρώτο**). Στη συνέχεια, εξετάζεται το βασικό νομικό εργαλείο ρύθμισης των διασυνοριακών επενδύσεων, δηλαδή οι συμβάσεις για την προστασία και

⁵ UNCTAD, Investment Policy Hub, International Investment Agreements Navigator, Greece, Bilateral Investment Treaties. Διαθέσιμο στη διεύθυνση: <http://investmentpolicyhub.unctad.org/IIA/CountryBits/81#iiaInnerMenu>.

⁶ όπ. παρ. Treaties with Investment Provisions.

Διαθέσιμο στη διεύθυνση: <http://investmentpolicyhub.unctad.org/IIA/CountryOtherIias/81#iiaInnerMenu>.

⁷ όπ. παρ. Investment Related Instruments.

Διαθέσιμο στη διεύθυνση: <http://investmentpolicyhub.unctad.org/IIA/CountryIris/81#iiaInnerMenu>.

⁸ όπ. παρ. Greece Model BIT (2001).

Διαθέσιμο στη διεύθυνση: <http://investmentpolicyhub.unctad.org/Download/TreatyFile/2836>.

⁹ Βλ. Ν.Δ. 2687/1953 “Περί επενδύσεως και προστασίας κεφαλαίων εξωτερικού”, Α.Ν. “Περί εγκατάστασης έν Ελλάδι αλλοδαπών Εμποροβιομηχανικών Έταιρειών” (ΦΕΚ Α' 132/01-08-1967), Α.Ν. 378/1968 “Περί συμπληρώσεως του Α.Ν. 89/1967 περί εγκατάστασης εν Ελλάδι Αλλοδαπών Εμποροβιομηχανικών Εταιρειών” (ΦΕΚ 82/Α/17-4-1968), Ν. 27/1975 “Περί φορολογίας πλοίων, επιβολής εισφοράς προς ανάπτυξιν της Εμπορικής Ναυτιλίας, εγκατάστασεως αλλοδαπών ναυτιλιακών επιχειρήσεων και ρυθμίσεως συναφών θεμάτων” (ΦΕΚ Α' 77 19/22-04-1975).

Τότσης Χ. (επιμ.), ΚΩΔΙΚΑΣ ΦΟΡΟΛΟΓΙΚΩΝ ΚΙΝΗΤΡΩΝ: ΜΕ ΤΙΣ ΕΡΜΗΝΕΥΤΙΚΕΣ ΛΥΣΕΙΣ ΤΟΥ ΥΠΟΥΡΓΕΙΟΥ ΟΙΚΟΝΟΜΙΚΩΝ ΚΑΙ Η ΔΙΚΑΣΤΗΡΙΑΚΗ ΝΟΜΟΛΟΓΙΑ, Πάμισος (2001).

προώθηση των επενδύσεων (**Κεφάλαιο Δεύτερο**) και, ειδικότερα, η έννοια, τα είδη και ο στόχος αυτών (**Ενότητα Πρώτη**), όπως και η εξέλιξή τους από τον 18ο αιώνα μέχρι τη σύγχρονη εποχή (**Ενότητα Δεύτερη**).

Με το επόμενο κεφάλαιο τίθεται στο επίκεντρο η φορολογική μεταχείριση των ξένων επενδύσεων στο πλαίσιο των διμερών επενδυτικών συμβάσεων (**Κεφάλαιο Τρίτο**). Ειδικότερα, εξετάζεται η σχέση μεταξύ των συμβάσεων για την προστασία και προώθηση των επενδύσεων και των συμβάσεων για την αποφυγή της διπλής φορολογίας, καθώς και περιπτώσεις αλληλεπίδρασης και σύγκρουσης ανάμεσα σε αυτά τα διμερή νομικά εργαλεία, ενώ παράλληλα αιτιολογείται η αναποτελεσματικότητα των συμβάσεων για την αποφυγή της διπλής φορολογίας ως εργαλείου για την προώθηση των ξένων επενδύσεων (**Ενότητα Πρώτη**). Ακολουθεί η ανάλυση των προτύπων μεταχείρισης και των εγγυήσεων προστασίας των διεθνών επενδύσεων, όπως αποτυπώνονται στη συντριπτική πλειονότητα των επενδυτικών συμβάσεων και κωδικοποιούνται ως πρότυπα εθνικής μεταχείρισης, μεταχείρισης του μάλλον ευνοούμενου κράτους, δίκαιης και ίσης μεταχείρισης, και, σε πιο πρακτικό επίπεδο, ως εγγύηση αποζημίωσης σε περίπτωση απαλλοτρίωσης μίας ξένης επένδυσης (**Ενότητα Δεύτερη**). Το τρίτο κεφάλαιο κλείνει με την εξέταση της φορολογικής μεταχείρισης των ξένων επενδύσεων τόσο στο πλαίσιο διμερών συμβάσεων όσο και στο πλαίσιο της νομολογίας των διαιτητικών δικαστηρίων (**Ενότητα Τρίτη**).

Τέλος, μετατοπίζεται η ανάλυση του θέματος από το διεθνή στον ευρωπαϊκό χώρο και τίθεται στο μικροσκόπιο το παράδειγμα της ενωσιακής πολιτικής διεθνών επενδύσεων και, πιο συγκεκριμένα, η σταδιακή εξέλιξή της, τα προβλήματα που κλήθηκε να υπερνικήσει και η προσπάθεια αντιμετώπισης αυτών με τον Κανονισμό 1219/2012, η μεταχείριση των ενωσιακών επενδύσεων και οι προοπτικές περαιτέρω εξέλιξης υπό το πρίσμα της Γνωμοδότησης C-2/15 του Δικαστηρίου της Ευρωπαϊκής Ένωσης (**Κεφάλαιο Τέταρτο**). Η διπλωματική εργασία ολοκληρώνεται με μία συνοπτική απαρίθμηση των κύριων συμπερασμάτων των επιμέρους κεφαλαίων (**Συμπεράσματα**) και την παράθεση της σχετικής βιβλιογραφίας (**Βιβλιογραφία**).

ΚΕΦΑΛΑΙΟ ΠΡΩΤΟ

ΟΡΙΟΘΕΤΗΣΗ ΤΗΣ ΕΝΝΟΙΑΣ ΤΩΝ ΞΕΝΩΝ ΕΠΕΝΔΥΣΕΩΝ

Σημείο αναφοράς της παρούσας εργασίας αποτελεί ο ορισμός της ξένης επένδυσης ως διασυνοριακής μεταφοράς κεφαλαίων, αγαθών, υπηρεσιών, συμφερόντων και δικαιωμάτων από ένα κράτος, το οποίο ονομάζεται κράτος προέλευσης, προς ένα άλλο κράτος, που ονομάζεται κράτος υποδοχής της επένδυσης, με σκοπό τη χρησιμοποίησή τους στην επικράτεια του τελευταίου για την παραγωγή πλούτου¹⁰.

Σε αντίθεση με τις απλές εμπορικές συναλλαγές, που ολοκληρώνονται με την εκπλήρωση της οφειλόμενης παροχής -τη στιγμή της απόδοσης και του εμπορικού συναλλάγματος- οι διεθνείς επενδύσεις, κυρίως οι άμεσες, προϋποθέτουν την παρουσία του επενδυτή στη χώρα υποδοχής για μεγάλο χρονικό διάστημα. Έτσι, διαμορφώνεται μεταξύ κρατών και επενδυτή μια αμφίδρομη σχέση, κατά την οποία η επένδυση επιδρά σε περισσότερους τομείς της εθνικής οικονομίας, όπως *inter alia* στην απασχόληση, στις εξαγωγές, στο συνάλλαγμα, στην ανάπτυξη και στη μεταφορά τεχνολογίας, ενώ αντίστροφα το οικονομικό, νομικό και πολιτικό καθεστώς της χώρας υποδοχής επιδρά στην επένδυση¹¹.

Το συγκεκριμένο κεφάλαιο εξετάζει το ερώτημα ποια διεθνής οικονομική δραστηριότητα συνιστά ξένη επένδυση. Αντικείμενο, μάλιστα, της εργασίας εν γένει είναι οι άμεσες ξένες επενδύσεις, με αποτέλεσμα να εξαιρείται η ανάλυση του νομικού καθεστώτος που διέπει τις έμμεσες επενδύσεις, ή, αλλιώς, επενδύσεις χαρτοφυλακίου (*portfolio investments*). Οι τελευταίες αποτελούν επενδύσεις υπό τη μορφή απόκτησης τίτλων, με μόνο σκοπό την τοποθέτηση χρημάτων, χωρίς να υπάρχει πρόθεση να ασκηθεί επιρροή στη διαχείριση και τον έλεγχο της επιχείρησης¹². Με άλλα λόγια, με τις επενδύσεις χαρτοφυλακίου, ο επενδυτής δεν αποβλέπει στη συμμετοχή στη διοίκηση της εταιρίας-στόχου, αλλά στον προσπορισμό κέρδους, κατά κύριο λόγο ευκαιριακού¹³. Αντιθέτως, με το παρόν επιχειρείται η προσέγγιση του όρου “άμεσες ξένες επενδύσεις”, όπως αυτή αποτυπώνεται στα κείμενα των συμβάσεων προστασίας και προώθησης των επενδύσεων μεταξύ κρατών, καθώς και στα σχετικά εγχειρίδια διεθνών οργανισμών.

¹⁰ Sornarajah M., THE INTERNATIONAL LAW ON FOREIGN INVESTMENT, Cambridge University Press (1994), σελ. 4.

¹¹ Κουτογλίδου Α., ΔΙΚΑΙΟ ΞΕΝΩΝ ΕΠΕΝΔΥΣΕΩΝ: Η ΠΟΛΛΑΠΛΟΤΗΤΑ ΤΩΝ ΤΡΟΠΩΝ ΕΠΙΛΥΣΗΣ ΤΩΝ ΔΙΑΦΟΡΩΝ ΜΕΤΑΞΥ ΚΡΑΤΩΝ ΚΑΙ ΞΕΝΩΝ ΕΠΕΝΔΥΤΩΝ, Σάκκουλας Αθήνα-Θεσσαλονίκη (2011), σελ. 3.

¹² Σπηλιόπουλος Ο., *Η προοδευτική διαμόρφωση της ενωσιακής πολιτικής διεθνών επενδύσεων: Από τις διμερείς επενδυτικές συνθήκες των κρατών μελών στη διαδικασία εκπόνησης ενωσιακών επενδυτικών συμφωνιών*, ΕΕΕυρΔ, Τεύχος 1 (2015), σελ. 17.

¹³ Καραγιάννης Β., *Η εξωτερική αρμοδιότητα της Ένωσης για τις ξένες επενδύσεις υπό το φως της Γνωμοδότησης C-2/15 του ΔΕΕ*, ΕΕΕυρΔ (2017), Τεύχος 4, σελ. 381 επ.

I. Οι «άμεσες ξένες επενδύσεις» στο πλαίσιο των διεθνών οργανισμών και της νομολογίας

Η έννοια της «άμεσης ξένης επένδυσης» προσδιορίζεται στο πλαίσιο του Οργανισμού Οικονομικής Συνεργασίας και Ανάπτυξης (ΟΟΣΑ) ως μία κατηγορία διασυνοριακών επενδύσεων που διενεργούνται από κάτοικο σε μία οικονομία με σκοπό τη δημιουργία διαρκών συμφερόντων -γεγονός που αποδεικνύεται με την εκ μέρους του επενδυτή κατοχή τουλάχιστον 10% των δικαιωμάτων ψήφου στην επιχείρηση- σε επιχείρηση εδρεύουσα σε οικονομία διαφορετική από αυτήν του επενδυτή¹⁴.

Διαφορετικός παρουσιάζεται ο ορισμός στο πλαίσιο του Διεθνούς Νομισματικού Ταμείου, καθώς η ειδοποιός διαφορά δεν εντοπίζεται στο ποσοστό συμμετοχής στην επιχείρηση, η οποία εκφράζεται με την κατοχή συγκεκριμένου ορίου δικαιωμάτων ψήφου, αλλά στην έννοια του διαρκούς συμφέροντος. Ειδικότερα, το Διεθνές Νομισματικό Ταμείο ορίζει τις άμεσες ξένες επενδύσεις ως μία κατηγορία διεθνών επενδύσεων που αντικατοπτρίζει το σκοπό ενός φορέα-κατοίκου μίας οικονομίας να αποκτή διαρκές συμφέρον σε επιχείρηση εδρεύουσα σε άλλη οικονομία¹⁵. Το διαρκές συμφέρον απαιτεί την ύπαρξη μακροχρόνιας σχέσης μεταξύ του άμεσου επενδυτή και της επιχείρησης και την άσκηση σημαντικής επιρροής εκ μέρους του επενδυτή στη διαχείριση της επιχείρησης¹⁶.

Νομολογιακά η πιο σημαντική αναφορά στην έννοια των άμεσων ξένων επενδύσεων γίνεται από το Δικαστήριο της Ευρωπαϊκής Ένωσης με τη Γνωμοδότηση C-2/15¹⁷. Η εν λόγω Γνωμοδότηση δόθηκε κατ' εφαρμογή του άρθρου 218§11 ΣΛΕΕ κατόπιν αίτησης της Επιτροπής, ώστε να διαπιστωθεί αν η ΕΕ διέθετε αποκλειστική αρμοδιότητα για τη σύναψη εμπορικής συμφωνίας με τη Σιγκαπούρη, με την οποία θίγονται και ζητήματα επενδυτικού ενδιαφέροντος, ή, αντιθέτως, αν απαιτούνταν και η συμμετοχή των κρατών-μελών¹⁸. Το

¹⁴ OSCE, GLOSSARY OF FOREIGN DIRECT INVESTMENT TERMS AND DEFINITIONS, σελ. 7. Διαθέσιμο στη διεύθυνση: <https://www.oecd.org/daf/inv/investment-policy/2487495.pdf>.

¹⁵ όπ. παρ. υποσημ. 13.

¹⁶ IMF Committee on Balance of Payments Statistics and OECD Workshop on International Investment Statistics - Direct Investment Technical Expert Group (DITEG), *Issues Paper (DITEG) #20: Definition of Foreign Direct Investment (FDI) Terms*, Art Ridgeway, Statistics Canada (2004).

Διαθέσιμο στη διεύθυνση: <https://www.imf.org/External/NP/sta/bop/pdf/diteg20.pdf>.

¹⁷ Γνωμοδότηση C-2/15 του Δικαστηρίου της Ευρωπαϊκής Ένωσης κατόπιν «Αίτησης γνωμοδοτήσεως δυνάμει του άρθρου 218, παράγραφος 11, ΣΛΕΕ — Σύναψη της Συμφωνίας Ελεύθερων Συναλλαγών μεταξύ της Ευρωπαϊκής Ένωσης και της Δημοκρατίας της Σιγκαπούρης — Κατανομή αρμοδιοτήτων μεταξύ της Ευρωπαϊκής Ένωσης και των κρατών μελών».

Διαθέσιμη στη διεύθυνση:

[http://curia.europa.eu/juris/celex.jsf?celex=62015CC0002\(01\)&lang1=en&lang2=EL&type=TXT&ancre=](http://curia.europa.eu/juris/celex.jsf?celex=62015CC0002(01)&lang1=en&lang2=EL&type=TXT&ancre=).

¹⁸ Κεφάλαιο Τέταρτο, IV. Οι προοπτικές της ενωσιακής πολιτικής διεθνών επενδύσεων υπό το πρίσμα της Γνωμοδότησης C-2/15 του ΔΕΕ.

Δικαστήριο ορίζει τις άμεσες ξένες επενδύσεις ως πάσης φύσεως επενδύσεις στις οποίες προβαίνουν φυσικά ή νομικά πρόσωπα και οι οποίες χρησιμεύουν στη δημιουργία ή στη διατήρηση σταθερών και άμεσων σχέσεων μεταξύ του επενδυτή και της επιχείρησης για την οποία προορίζονται τα κεφάλαια αυτά ενόψει της άσκησης οικονομικής δραστηριότητας. Κρίσιμο στοιχείο, επομένως, κατά την ως άνω Γνωμοδότηση, δεν είναι άλλο παρά η δημιουργία μέσω της επένδυσης ενός μόνιμου δεσμού μεταξύ του επενδυτή και της επιχείρησης¹⁹.

II. Τα κρίσιμα στοιχεία της έννοιας των «άμεσων ξένων επενδύσεων»

Ως το καταλληλότερο *forum* για τη διατύπωση ενός γενικά αποδεκτού ορισμού πρέπει να θεωρηθεί το Διεθνές Κέντρο Επίλυσης Διαιτητικών Διαφορών (*International Centre for the Settlement of Investment Disputes, ICSID*). Πρόκειται για έναν οργανισμό της Παγκόσμιας Τράπεζας, ο οποίος ιδρύθηκε με τη Σύμβαση της Ουάσινγκτον στις 14.10.1966 και λειτουργεί σαν διεθνές διαιτητικό κέντρο, με την έννοια ότι υπό την αιγίδα του διεξάγονται διεθνείς διαιτησίες μεταξύ των κρατών που έχουν κυρώσει τη Σύμβαση και φυσικών ή νομικών προσώπων άλλων συμβαλλόμενων κρατών²⁰.

Παρά τη σημασία ορισμού της κρίσιμης έννοιας για την οριοθέτηση του πεδίου εφαρμογής της δικαιοδοσίας του ICSID, η ιδρυτική σύμβαση δεν περιλαμβάνει ορισμό των άμεσων ξένων επενδύσεων. Η παράλειψη αυτή κρίθηκε σκόπιμη κατά τους συντάκτες της Σύμβασης, προκειμένου να υπάρχει ένα περιθώριο διαμόρφωσης της έννοιας μέσα από τη μεταγενέστερη πρακτική των κρατών²¹. Πράγματι σταδιακά μέσα από τη νομολογία του ICSID παγιώθηκαν τα χαρακτηριστικά που πρέπει να διαθέτει σωρευτικά μία οικονομική δραστηριότητα, για να αντιμετωπιστεί ως ξένη επένδυση.

Πρώτον, πρέπει να υφίσταται συμβολή του επενδυτή σε χρήμα ή άλλα περιουσιακά στοιχεία που έχουν οικονομική αξία (*contribution*). Το χαρακτηριστικό αυτό αποτελεί την επένδυση εν στενή εννοία, αποτυπώνοντας την έννοια της “χαρακτηριστικής παροχής” κατά το ιδιωτικό διεθνές δίκαιο. Με άλλα λόγια, προσδιορίζει εκείνη τη διεθνή συναλλαγή, η οποία είναι επιλέξιμη να κατηγοριοποιηθεί ως επένδυση και να προστατευθεί αναλόγως, αντί μίας απλής διεθνούς εμπορικής συναλλαγής²². Δεύτερον, η συμβολή αυτή πρέπει να παραμένει δεσμευμένη στη χώρα υποδοχής της επένδυσης για ένα εύλογο χρονικό διάστημα (*duration*). Τρίτον, η

¹⁹ όπ. παρ. υποσημ. 13.

²⁰ όπ. παρ. υποσημ. 2, σελ. 498 επ.

²¹ όπ. παρ. σελ. 356.

²² όπ. παρ. σελ. 357.

συμβολή αυτή πρέπει να εκτίθεται στους κινδύνους που αντιμετωπίζει η επενδυτική δραστηριότητα στη χώρα υποδοχής (*risks*). Τέταρτον, πρέπει να συνεπάγεται συμβολή και στην οικονομική ανάπτυξη της χώρας υποδοχής (*development*). Τα ως άνω κριτήρια έχουν καθιερωθεί με την ονομασία *Test Salini*, επειδή διατυπώθηκαν για πρώτη φορά στην απόφαση του ICSID επί δικαιοδοσίας στην υπόθεση “*Salini Costruttori S.p.A. and Italstrade S.p.A. v. Kingdom of Morocco*”²³.

Πέραν των τεσσάρων κριτηρίων του *Test Salini*, η νομολογία του ICSID σταδιακά περιόρισε τον ορισμό των ξένων επενδύσεων, προσθέτοντας τρία ακόμα χαρακτηριστικά που πρέπει να φέρει μία οικονομική δραστηριότητα, για να εμπίπτει στην έννοια αυτή. Συγκεκριμένα, η κρίσιμη οικονομική δραστηριότητα πρέπει να έχει γίνει νομίμως αποδεκτή από τις αρμόδιες αρχές της χώρας υποδοχής ή να έχει νομίμως υλοποιηθεί σύμφωνα με το δίκαιο της χώρας αυτής²⁴.

Επιπλέον, ως έκτο απαιτούμενο στοιχείο έχει καθιερωθεί νομολογιακά ο έλεγχος της επιχείρησης από τον επενδυτή. Το στοιχείο αυτό αποτελεί την ειδοποιό διαφορά των άμεσων ξένων επενδύσεων και αναφέρεται στον έλεγχο που πρέπει να ασκεί ο ξένος επενδυτής επί της επένδυσης που υλοποιεί σε μια χώρα, προκειμένου αυτή να θεωρείται άμεση και όχι απλή επένδυση χαρτοφυλακίου. Η έννοια του ελέγχου, βέβαια, δεν ταυτίζεται με την ομώνυμη του εταιρικού δικαίου, καθώς έχει το νόημα ότι ο ξένος επενδυτής προσδοκά να αποκομίσει κέρδη από την οικονομική δραστηριότητα που επέλεξε να πραγματοποιήσει σε μία ξένη χώρα και για το σκοπό αυτό την ελέγχει ο ίδιος καθ’ όλη τη διάρκεια της ζωής της²⁵.

Τέλος, εξίσου σημαντικό και απαραίτητο στοιχείο για το χαρακτηρισμό μίας επένδυσης ως διεθνούς είναι η αλλοδαπότητα. Κριτήριο της αλλοδαπότητας συνιστά η προέλευση του επενδυτή και όχι των κεφαλαίων ή των υπόλοιπων περιουσιακών στοιχείων με οικονομική αξία που αυτός εισφέρει στην επιχείρηση της χώρας υποδοχής της επένδυσής του. Συνεπώς, μία επένδυση θεωρείται ξένη, όταν ο επενδυτής είναι φυσικό ή νομικό πρόσωπο εγκατεστημένο σε χώρα διαφορετική από τη χώρα στην οποία επενδύει²⁶.

²³ ICSID, “*Salini Costruttori S.p.A. and Italstrade S.p.A. v. Kingdom of Morocco*”, Case No. ARB/00/4, Decision on Jurisdiction, 42 ILM 609 (2003). Διαθέσιμη στη διεύθυνση: <https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/ita0738.pdf>.

²⁴ ICSID, “*Mihali International Corporation v. Democratic Socialist Republic of Sri Lanka*”, Case No. ARB/00/2, Award (2002). Διαθέσιμη στη διεύθυνση: <https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/ita0532.pdf>.

²⁵ όπ. παρ. υποσημ. 2, σελ. 364.

²⁶ ICSID, “*SAIPEM S.p.A. v. The People’s Republic of Bangladesh*”, Case No. ARB/05/07, Decision on Jurisdiction and Recommendation on Provisional Measures (2007), §§106-108. Διαθέσιμη στη διεύθυνση: <https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/ita0733.pdf>.

ΚΕΦΑΛΑΙΟ ΔΕΥΤΕΡΟ:

ΟΙ ΣΥΜΒΑΣΕΙΣ ΜΕΤΑΞΥ ΚΡΑΤΩΝ ΓΙΑ ΤΗΝ ΠΡΟΣΤΑΣΙΑ ΚΑΙ ΤΗΝ ΠΡΟΩΘΗΣΗ ΤΩΝ ΞΕΝΩΝ ΕΠΕΝΔΥΣΕΩΝ

Έχοντας εξετάσει το περιεχόμενο και τα κύρια γνωρίσματα των άμεσων ξένων επενδύσεων, οι οποίες τίθενται στο επίκεντρο της παρούσας εργασίας, με το παρόν κεφάλαιο επιχειρείται η παρουσίαση του βασικού νομικού εργαλείου ρύθμισης των διασυνοριακών επενδύσεων σε επίπεδο διεθνούς δικαίου, δηλαδή των συμβάσεων για την προστασία και την προώθηση των επενδύσεων.

Πιο συγκεκριμένα, η πρώτη ενότητα προσεγγίζει την έννοια των συμβάσεων αυτών και, περαιτέρω, πραγματεύεται τα είδη και τη δικαιολογητική βάση συνομολόγησης των υπό εξέταση συμφωνιών. Στη συνέχεια, η δεύτερη ενότητα επικεντρώνεται στην εξέλιξη των επενδυτικών συμβάσεων, εκκινώντας από το 18ο αιώνα και προχωρώντας στη σύγχρονη εποχή, επισημαίνοντας την καταλυτική επίδραση δύο ιστορικών γεγονότων, του Β΄ Παγκοσμίου Πολέμου και της ανάδειξης των σοσιαλιστικών δυνάμεων, στην πορεία διαμόρφωσης των συμβάσεων για την προστασία και την προώθηση των ξένων επενδύσεων.

ΕΝΟΤΗΤΑ ΠΡΩΤΗ:

Η ΕΝΝΟΙΑ, ΤΑ ΕΙΔΗ ΚΑΙ Ο ΣΤΟΧΟΣ ΤΩΝ ΣΥΜΒΑΣΕΩΝ ΓΙΑ ΤΗΝ ΠΡΟΣΤΑΣΙΑ ΚΑΙ ΤΗΝ ΠΡΟΩΘΗΣΗ ΤΩΝ ΞΕΝΩΝ ΕΠΕΝΔΥΣΕΩΝ

I. Η έννοια των συμβάσεων για την προστασία και την προώθηση των ξένων επενδύσεων

Οι συμβάσεις μεταξύ κρατών για την προστασία και την προώθηση των επενδύσεων έχουν αναχθεί στο βασικότερο εργαλείο ρύθμισης των διεθνών επενδυτικών σχέσεων. Ειδικότερα, εντάσσονται στην κατηγορία των συνθηκών ρυθμιστικού χαρακτήρα, με την έννοια ότι εισάγουν γενικούς και αφηρημένους διεθνείς κανόνες δικαίου, στους οποίους μπορεί να υπαχθεί απροσδιόριστος αριθμός ρυθμιζόμενων περιπτώσεων, εν προκειμένω ξένων επενδύσεων²⁷. Στη γαλλική θεωρία του διεθνούς δικαίου η συγκεκριμένη κατηγορία διεθνών συμβάσεων αποδίδεται με τον όρο *traités-lois*, ο οποίος αντιδιαστέλλεται προς τις *traités-contrats*, τις συμβάσεις δηλαδή που συνάπτονται για να ρυθμίσουν ειδικά μια συγκεκριμένη περίπτωση και μόνο αυτή²⁸.

II. Τα είδη των συμβάσεων για την προστασία και την προώθηση των ξένων επενδύσεων

Κατά κανόνα, οι επενδυτικές συμβάσεις έχουν διμερή χαρακτήρα. Ωστόσο, στον τομέα αυτόν έχουν συναφθεί και σημαντικές πολυμερείς συνθήκες, χωρίς βέβαια να έχει κατορθώσει η διεθνής κοινότητα να πολυμεροποιήσει το δίκαιο των διεθνών επενδυτικών σχέσεων, όπως στην περίπτωση του διεθνούς εμπορικού δικαίου.

Οι συμβάσεις που συνάπτουν τα κράτη, για να ρυθμίσουν τις μεταξύ τους επενδυτικές σχέσεις, σε διμερές επίπεδο, διακρίνονται στις αμιγείς διμερείς συμβάσεις προστασίας και προώθησης των επενδύσεων (*Bilateral Investment Treaties, BITs*) και στις μικτές συμβάσεις που εγκαθιδρύουν μία ζώνη ελεύθερων συναλλαγών μεταξύ των συμβαλλόμενων κρατών, τμήμα των οποίων είναι αφιερωμένο στην προστασία και προώθηση των επενδύσεων (*Free Trade Agreements, FTAs*). Οι τελευταίες συνάπτονται στο πρότυπο της NAFTA (*North American Free Trade Agreement*) και συνιστούν μία μικρογραφία των συμβάσεων του Παγκόσμιου Οργανισμού Εμπορίου²⁹, με τη διαφορά ότι περιέχουν ένα ξεχωριστό κεφάλαιο επί

²⁷ όπ. παρ. υποσημ. 2, σελ. 444 επ.

²⁸ όπ. παρ.

²⁹ όπ. παρ., σελ. 451.

της προστασίας και προώθησης των επενδύσεων, το οποίο αναπαράγει το περιεχόμενο των διμερών επενδυτικών συμβάσεων.

Πολυμερείς συμβάσεις για την προστασία και προώθηση των επενδύσεων συναντώνται σε παγκόσμιο και σε περιφερειακό επίπεδο. Στη διεθνή πρακτική παρατηρείται ότι, ενώ σε παγκόσμιο επίπεδο η ρύθμιση των επενδύσεων είναι ειδική, πολυμεροποιώντας το δίκαιο που διέπει ορισμένες μόνο πτυχές της διεθνούς επενδυτικής δραστηριότητας, σε περιφερειακό επίπεδο η ρύθμιση παρουσιάζεται περισσότερο ολοκληρωμένη, ακολουθώντας το πρότυπο των διμερών συμβάσεων³⁰. Γενικές συμβάσεις παγκόσμιας εμβέλειας, οι οποίες να ρυθμίζουν σε πολυμερές επίπεδο όλες τις πτυχές των διεθνών επενδυτικών σχέσεων κατά τρόπο αντίστοιχο με τις εμπορικές σχέσεις στο πλαίσιο του Παγκόσμιου Οργανισμού Εμπορίου, δεν υπάρχουν. Ως μόνη απόπειρα κατάρτισης μίας γενικής πολυμερούς συμφωνίας έχει σημειωθεί το σχέδιο της Πολυμερούς Συμφωνίας Επενδύσεων (*Multilateral Agreement on Investment, MAI*) στο πλαίσιο του ΟΟΣΑ. Όπως αναλύεται κατά την επόμενη ενότητα, οι διαπραγματεύσεις της MAI ανεστάλησαν υπό το βάρος των διαφωνιών των κρατών εξαγωγής κεφαλαίων³¹, αποδεικνύοντας ότι η οι πλέον αποτελεσματικές μορφές ρύθμισης των επενδυτικών σχέσεων είναι είτε η διμερής είτε η πολυμερής ειδικού χαρακτήρα.

Στην τελευταία κατηγορία διεθνών επενδυτικών συμβάσεων συγκαταλέγονται όσες συμφωνίες ρυθμίζουν σε πολυμερές επίπεδο ορισμένες μόνο πτυχές της διεθνούς επενδυτικής δραστηριότητας, σε συνδυασμό με άλλες δραστηριότητες, όπως τις εμπορικές συναλλαγές. Χαρακτηριστικά παραδείγματα αποτελούν οι συμφωνίες του ΠΟΕ για τα επενδυτικά μέτρα που συνδέονται με το εμπόριο (*Agreement on Trade-Related Investment Measures, TRIMs*)³² και για τα δικαιώματα πνευματικής ιδιοκτησίας (*Agreement on Trade-Related Aspects of Intellectual Property Rights, TRIPs*)³³. Βέβαια, δε λείπουν και δύο πολυμερή εργαλεία που ρυθμίζουν μεν συγκεκριμένες πτυχές της διεθνούς επενδυτικής δραστηριότητας, αλλά έχουν το χαρακτήρα αμιγών συμβάσεων παγκόσμιας εμβέλειας. Αυτές είναι η Σύμβαση της Ουάσινγκτον για την Ίδρυση του Διεθνούς Κέντρου Επίλυσης των Διαφορών από Επενδύσεις (*International Centre*

³⁰ Tschofen F., *Multilateral Approaches to the Treatment of Foreign Investment*, ICSID Review: Foreign Investment Law Journal (1992), Vol. 7, σελ. 384.

³¹ Στάγκος Π., Μπρεδήμας Α. (επιμ.), ΤΟ ΝΟΜΙΚΟ ΚΑΘΕΣΤΩΣ ΤΩΝ ΔΙΕΘΝΩΝ ΕΠΕΝΔΥΣΕΩΝ - ΤΟ ΣΧΕΔΙΟ ΤΗΣ ΠΟΛΥΜΕΡΟΥΣ ΣΥΜΦΩΝΙΑΣ ΕΠΕΝΔΥΣΕΩΝ, Ελληνική Εταιρία Διεθνούς Δικαίου και Διεθνών Σχέσεων, Σάκκουλας Αθήνα - Θεσσαλονίκη (2000).

³² World Trade Organisation, *Agreement on Trade-Related Investment Measures* (1994). Διαθέσιμη στη διεύθυνση: https://www.wto.org/english/docs_e/legal_e/18-trims.pdf.

³³ World Trade Organisation, *Agreement on Trade-Related Aspects of Intellectual Property Rights* (1994). Διαθέσιμη στη διεύθυνση: http://www.wipo.int/wipolex/en/other_treaties/text.jsp?file_id=305736.

for the Settlement of Investment Disputes, ICSID)³⁴ και η Σύμβαση της Σεούλ για την Ίδρυση του Πολυμερούς Οργανισμού για την Εγγύηση των Επενδύσεων (*Multilateral Investment Guarantee Agency, MIGA*)³⁵.

Τέλος, όσον αφορά τη ρύθμιση των επενδυτικών σχέσεων σε περιφερειακό επίπεδο, συμβατικά εργαλεία συναντώνται κυρίως στο πλαίσιο οικονομικών ενώσεων, ώστε να ενθαρρύνεται η ροή επενδυτικών κεφαλαίων μεταξύ των συμβαλλόμενων κρατών. Ενδεικτική περίπτωση ρύθμισης σε περιφερειακό επίπεδο αποτελεί η Ευρωπαϊκή Ένωση, όπου, ενώ στην ιδρυτική συνθήκη της δεν υπάρχει ξεχωριστό κεφάλαιο για τις επενδύσεις, πολλές από τις θεμελιώδεις διατάξεις της αφορούν άμεσα τις επενδύσεις, με σημαντικότερες όσες σχετίζονται με τις ελευθερίες εγκατάστασης, κυκλοφορίας των κεφαλαίων και παροχής υπηρεσιών³⁶. Εξίσου σημαντικό παράδειγμα περιφερειακής ρύθμισης των επενδυτικών σχέσεων αποτελεί η Βορειοαμερικανική Συμφωνία Ελευθέρου Εμπορίου (*North American Free Trade Agreement, NAFTA*)³⁷, η οποία αποβλέπει στην απελευθέρωση των εμπορικών συναλλαγών και την ενίσχυση των επενδυτικών ροών μεταξύ τριών κρατών της Βόρειας Αμερικής, ήτοι των ΗΠΑ, του Καναδά και του Μεξικό. Προς εκπλήρωση των ως άνω στόχων θεσπίζει μία σειρά από ουσιαστικούς κανόνες προστασίας των επενδύσεων, δεσμευτικούς και για τα τρία συμβαλλόμενα μέρη, η εφαρμογή των οποίων συνδέεται με την αναγνώριση του δικαιώματος των επενδυτών να προσφύγουν σε διεθνή διαιτησία³⁸.

III. Ο στόχος των συμβάσεων για την προστασία και την προώθηση ξένων επενδύσεων

Οι υπό κρίση συμβάσεις αποσκοπούν στην παροχή εγγυήσεων μεταχείρισης και προστασίας των ξένων επενδυτών και των αντίστοιχων επενδύσεων από το κράτος υποδοχής προς το κράτος προέλευσής τους. Το συγκεκριμένο συμβατικό μοντέλο σχεδιάστηκε με τέτοιο τρόπο, ώστε να ρυθμίσει τις διεθνείς επενδυτικές σχέσεις μεταξύ ενός κράτους εξαγωγής

³⁴ World Bank, *Convention on the Settlement of Investment Disputes between States and Nationals of Other States* (1966). Διαθέσιμη στη διεύθυνση:

<https://icsid.worldbank.org/en/Documents/icsiddocs/ICSID%20Convention%20English.pdf>.

³⁵ World Bank, *Convention Establishing the Multilateral Investment Guarantee Agency* (1985). Διαθέσιμη στη διεύθυνση:

[http://www.miga.org/sites/default/files/archive/Documents/MIGA%20Convention%20\(April%202018\).pdf](http://www.miga.org/sites/default/files/archive/Documents/MIGA%20Convention%20(April%202018).pdf).

³⁶ Juillard P., *Freedom of establishment, freedom of capital movements and freedom of investment*, *ICSID Review - Foreign Investment Law Journal*, Vol. 15, Issue 2 (2000).

³⁷ *North American Free Trade Agreement* (1994). Διαθέσιμη στη διεύθυνση: <https://www.nafta-sec-alena.org/Home/Texts-of-the-Agreement/North-American-Free-Trade-Agreement>.

³⁸ όπ. παρ. υποσημ. 2, σελ. 459.

κεφαλαίων, κυρίως ενός αναπτυγμένου κράτους, και ενός κράτους εισαγωγής κεφαλαίων, κατά κανόνα ενός λιγότερου αναπτυγμένου κράτους³⁹.

Παράλληλα, οι επενδυτικές συμβάσεις αποβλέπουν και στην προώθηση των ξένων επενδύσεων, με απώτερο στόχο την ενθάρρυνση της διεθνούς ροής επενδυτικών κεφαλαίων από τις αναπτυγμένες προς τις λιγότερο αναπτυγμένες χώρες. Υπό το πρίσμα αυτό οι συμβάσεις αναδεικνύονται και σε ένα πολύτιμο αναπτυξιακό εργαλείο⁴⁰. Προς επίρρωση του ως άνω συμπεράσματος, παρατηρείται ότι οι λιγότερο αναπτυγμένες χώρες, συγχρόνως με την αναζήτηση υπογραφής διμερών επενδυτικών συμβάσεων, φροντίζουν να ενισχύσουν και το εθνικό θεσμικό πλαίσιο με την υιοθέτηση εθνικών επενδυτικών κωδίκων, οι οποίοι λειτουργούν παραπληρωματικά και από κοινού με τις συμβάσεις ως προς τη διαμόρφωση ενός φιλικού προς τις ξένες επενδύσεις περιβάλλοντος.

Επιπλέον, οι συμβάσεις προστασίας και προώθησης των επενδύσεων αποσκοπούν τις περισσότερες φορές στη μετατροπή μίας εμπορικής δραστηριότητας σε επενδυτική. Για το σκοπό αυτό συνάπτονται, καταρχήν, μεταξύ μίας χώρας εξαγωγής κεφαλαίων και των εμπορικών εταίρων της, δηλαδή των κρατών με τις οποίες η πρώτη δραστηριοποιείται ήδη εμπορικά μέσω των επιχειρήσεών της, επιθυμώντας να διατηρήσει την ανταγωνιστικότητά τους, να μεγιστοποιήσει τα κέρδη τους και να κατακτήσει μεγαλύτερο μερίδιο στις αγορές τους⁴¹. Σε αντίθεση με τις απλές εμπορικές επιχειρήσεις, η προστασία των επενδυτικών επιχειρήσεων χρήζει αυξημένης προστασίας, στο μέτρο που διενεργείται σχεδόν εξ ολοκλήρου στο πλαίσιο της έννομης τάξης του κράτους υποδοχής. Κι αυτό διότι οι κίνδυνοι τους οποίους διατρέχει ένας ξένος επενδυτής είναι σημαντικότεροι από την άποψη ότι ο τελευταίος κινδυνεύσει να απωλέσει το επενδυμένο κεφάλαιό του λόγω αφαίρεσης της άδειας λειτουργίας της επιχείρησής του στη χώρα υποδοχής ή να του απαγορευτεί να επανατρέψει τα κεφάλαια ή την απόδοσή τους από το κράτος υποδοχής λόγω μέτρων που λαμβάνει αυτό και επηρεάζουν άμεσα και καθοριστικά τις ξένες επενδύσεις. Στο σημείο αυτό καλείται να παρέμβει το κράτος προέλευσης, ώστε να διασφαλίσει αυξημένες εγγυήσεις προστασίας των σχετικών επενδύσεων μέσω μίας διμερούς επενδυτικής σύμβασης με το κράτος υποδοχής.

³⁹ όπ. παρ. σελ. 447.

⁴⁰ Vandeveldt K., *The Political Economy of a Bilateral Investment Treaty*, American Journal of International Law (1992), Vol. 92, σελ. 621.

⁴¹ όπ. παρ. υποσημ. 2, σελ. 448.

ΕΝΟΤΗΤΑ ΔΕΥΤΕΡΗ:

Η ΙΣΤΟΡΙΚΗ ΕΞΕΛΙΞΗ ΤΩΝ ΣΥΜΒΑΣΕΩΝ ΓΙΑ ΤΗΝ ΠΡΟΣΤΑΣΙΑ ΚΑΙ ΤΗΝ ΠΡΩΘΗΣΗ ΤΩΝ ΔΙΕΘΝΩΝ ΕΠΕΝΔΥΣΕΩΝ

Ο θεσμός των συμβάσεων προστασίας και προώθησης των επενδύσεων μεταξύ κρατών αποτελεί μετεξέλιξη του προτύπου των Συμβάσεων Φιλίας, Εμπορίου και Ναυσιπλοΐας που συνήπταν οι ΗΠΑ με χώρες-εταίρους (*Treaty of Friendship, Commerce and Navigation*)⁴². Σταδιακά, ως απόρροια της συνδυαστικής επίδρασης συγκεκριμένων ιστορικών συγκυριών, οι συμβάσεις προστασίας και προώθησης των επενδύσεων κατέστησαν το κύριο εργαλείο διαμόρφωσης διμερών και πολυμερών επενδυτικών σχέσεων μεταξύ των συμβαλλόμενων κρατών.

I. Οι συμβάσεις προστασίας και την προώθησης των επενδύσεων κατά το 18ο αιώνα

Στη διάρκεια του 18ου αιώνα στις ΗΠΑ εμφανίστηκε ο πρόγονος των συμβάσεων προστασίας και προώθησης των επενδύσεων, οι Συμβάσεις Φιλίας, Εμπορίου και Ναυσιπλοΐας. Χαρακτηριστικό των ανωτέρω συμβάσεων ήταν η εξασφάλιση «ιδιαίτερης προστασίας» (*special protection*) ή «πλήρους και τέλειας προστασίας» (*full and perfect protection*) στην ιδιοκτησία των υπηκόων του ενός συμβαλλόμενου μέρους στην επικράτεια του αντισυμβαλλομένου. Για πρώτη φορά περιλήφθησαν σε διμερή συμβατικά κείμενα ειδικές διατάξεις για την κατοχύρωση των υποχρεώσεων εθνικής μεταχείρισης, μεταχείρισης του μάλλον ευνοούμενου κράτους και καταβολής αποζημίωσης σε περίπτωση εθνικοποίησης ή απαλλοτρίωσης⁴³.

Σε αντίθεση με τις σύγχρονες επενδυτικές συμβάσεις, οι Συμβάσεις Φιλίας, Εμπορίου και Ναυσιπλοΐας αποσκοπούσαν πρωτίστως στη δημιουργία εμπορικών σχέσεων και δευτερευόντως στην προστασία της ιδιοκτησίας, αλλά πάντως όχι των επενδύσεων. Κατά τη δεδομένη χρονική περίοδο η κύρια πηγή κανόνων δικαίου για τις επενδύσεις ήταν το διεθνές εθιμικό δίκαιο, το οποίο υποχρέωνε το κράτος υποδοχής να αντιμετωπίζει την επένδυση σύμφωνα με ένα ελάχιστο διεθνές επίπεδο (*standard*)⁴⁴.

⁴² όπ. παρ. υποσημ. 2, σελ. 446.

⁴³ Vandeveld K., *A Brief History on International Investment Agreements*, εντός Sauvant K., Sachs L., THE EFFECT OF TREATIES ON FOREIGN DIRECT INVESTMENT: BILATERAL INVESTMENT TREATIES, DOUBLE TAXATION TREATIES, AND INVESTMENT FLOWS, Oxford University Press (2009), σελ. 4.

⁴⁴ Brownie I., *PRINCIPLES OF PUBLIC INTERNATIONAL LAW*, Oxford University Press, 5th ed. (1998), σελ. 527-528.

Ωστόσο, το ως άνω *standard* αποδείχθηκε αναποτελεσματικό, κυρίως διότι δε δέχονταν όλα τα κράτη την ύπαρξή του. Για παράδειγμα, οι χώρες της Λατινικής Αμερικής υιοθετούσαν το δόγμα Calvo, κατά το οποίο οι ξένοι επενδυτές δικαιούνταν μόνο τη μεταχείριση που αναγνώριζε το κράτος υποδοχής στους δικούς του επενδυτές⁴⁵. Παράλληλα, η αναποτελεσματικότητα του συγκεκριμένου *standard* δικαιολογείται από το γεγονός ότι, σε περίπτωση που το κράτος υποδοχής δε συμφωνούσε ως προς την υποβολή μίας διαφοράς σε διαιτησία, ο μοναδικός διαθέσιμος στο εθνικό δίκαιο μηχανισμός για την εφαρμογή των κανόνων εθνικού δικαίου ήταν ο θεσμός *esponsal*, δηλαδή η υιοθέτηση εκ μέρους του κράτους του ζημιωθέντος υπηκόου της αξίωσης του τελευταίου ως δικής του αξίωσης εναντίον του κράτους που τον ζημίωσε. Ο εν λόγω μηχανισμός αποδείχθηκε εξίσου αναποτελεσματικός, γιατί στην πράξη το κράτος απέφευγε τη θέση του σε ισχύ, λόγω επιφυλακτικότητας ενόψει τυχόν διατάραξης των σχέσεών του με το αντίδικο κράτος, αλλά και γιατί προϋπέθετε εξάντληση των εθνικών ενδίκων μέσων και συνεπώς απαιτούσε χρόνο και κόστος χωρίς ικανοποιητικό αποτέλεσμα, ενώ συγχρόνως στερούσε από το ζημιωθέντα ιδιώτη κάθε έλεγχο επί της αξίωσής του⁴⁶.

Εναλλακτικά, για την προστασία των επενδύσεων τα κράτη κατέφευγαν στη διπλωματία ή στη χρήση στρατιωτικής βίας. Χαρακτηριστικό παράδειγμα εφαρμογής αυτής της τακτικής ήταν το Παράρτημα Roosevelt στο δόγμα Monroe, με το οποίο εξουσιοδοτούνταν ρητώς τα αμερικανικά στρατεύματα να καταφεύγουν στη χρήση βίας στο Δυτικό Ημισφαίριο, ώστε να συλλέγουν χρέη οφειλόμενα σε αμερικανούς πολίτες⁴⁷.

Π. Οι συμβάσεις για την προστασία και την προώθηση των επενδύσεων μετά το Β΄ Παγκόσμιο Πόλεμο

Ως αντίδραση στη σφοδρή οικονομική θλίψη που προηγήθηκε του πολέμου και αποδόθηκε από πολλούς στις προστατευτικές πολιτικές της δεκαετίας του 1920, οι νικητές σύμμαχοι συμφώνησαν υπέρ της απελευθέρωσης του εμπορίου⁴⁸. Αυτό οδήγησε στη σύναψη της Γενικής Συμφωνίας Δασμών και Εμπορίου (*General Agreement on Tariffs and Trade*,

⁴⁵ Shea R., *THE CALVO CLAUSE: A PROBLEM OF INTERAMERICAN AND INTERNATIONAL LAW AND DIPLOMACY*, University of Minnesota Press (1955), σελ. 17-20.

⁴⁶ Vandeveld K., *UNITED STATES INVESTMENT TREATIES: POLICY AND PRACTICE*, Kluwer Law and Taxation (1992), σελ. 10, 23.

⁴⁷ Rappaport A., *A HISTORY OF AMERICAN DIPLOMACY*, Macmillan Publishing Co, Inc. (1975), σελ. 223-229.

⁴⁸ Cameron C., *A CONCISE ECONOMIC HISTORY OF THE WORLD*, Oxford University Press, 3rd ed. (1997), σελ. 370-371.

GATT), η οποία μετέτρεψε το κύριο νομικό πλαίσιο των διεθνών εμπορικών σχέσεων από διμερείς σε πολυμερείς συμφωνίες και έθεσε σε κίνηση συνεχείς γύρους διαπραγματεύσεων, με σκοπό την παγκόσμια απελευθέρωση του εμπορίου. Αξίζει να επισημανθεί, βέβαια, ότι η Συμφωνία αυτή αφορούσε αποκλειστικά το εμπόριο και όχι τις επενδύσεις, αλλά σε κάθε περίπτωση αντανακλά τη γενική τάση της συγκεκριμένης χρονικής περιόδου.

Παράλληλα, οι ΗΠΑ συνέχιζαν, αν και με μικρότερη ένταση, να υπογράφουν Συνθήκες Φιλίας, Εμπορίου και Ναυσιπλοΐας, οι οποίες, όμως, παρουσίαζαν σημαντικές καινοτομίες σε σύγκριση με τις αντίστοιχες προπολεμικές. Ειδικότερα, η δεύτερη γενιά των εν λόγω Συνθηκών κάλυπτε πλέον και νομικά πρόσωπα και περιελάμβανε πρόβλεψη για επίλυση διαφορών σχετικών με την ερμηνεία ή εφαρμογή της οικείας Συμφωνίας ενώπιον του Διεθνούς Δικαστηρίου της Χάγης⁴⁹.

III. Η επίδραση της ανάδειξης των σοσιαλιστικών δυνάμεων στην εξέλιξη των συμβάσεων για την προστασία και την προώθηση των επενδύσεων

Με τη λήξη του Β΄ Παγκοσμίου Πολέμου τα σοσιαλιστικά κράτη προέβησαν σε μαζικές απαλλοτριώσεις στον ιδιωτικό τομέα, συμπεριλαμβανομένων περιουσιακών στοιχείων που ανήκαν σε αλλοδαπούς. Μάλιστα, παρέσυραν και τα αναπτυσσόμενα κράτη να προστατευθούν απέναντι στην εκμετάλλευση εκ μέρους των αναπτυγμένων κρατών της Δυτικής Ευρώπης και της Βόρειας Αμερικής μέσω εκτεταμένης κρατικής ρύθμισης της αγοράς κατ' αντιδιαστολή προς το μοντέλο απελευθέρωσης της αγοράς.

Αναπτυσσόμενα και σοσιαλιστικά κράτη παρουσίασαν στον Οργανισμό Ηνωμένων Εθνών πρόταση για την αναγνώριση του δικαιώματος απαλλοτρίωσης ξένων επενδύσεων χωρίς την καταβολή αποζημίωσης. Η κίνηση αυτή, σε συνδυασμό με την αριθμητική υπεροχή των σχετικών κρατών εντός του ΟΗΕ, είχε ως αποτέλεσμα την υιοθέτηση, αφενός, της Διακήρυξης για τη Νέα Διεθνή Οικονομική Τάξη (*Declaration of the New International Economic Order*) στις 1.05.1974 και, αφετέρου, του Χάρτη Οικονομικών Δικαιωμάτων και Υποχρεώσεων των Κρατών (*Charter of Economic Rights and Duties of States*) στις 12.12.1974. Το τελευταίο κείμενο προέβλεπε ότι, σε περίπτωση απαλλοτρίωσης, “*compensation should [όχι “must”] be paid*”⁵⁰.

Ως αντίδραση στην απειλή απαλλοτριώσεων χωρίς αποζημίωση, τα αναπτυγμένα κράτη προέβησαν στη σύναψη και υπογραφή των διμερών συμβάσεων προστασίας και προώθησης των

⁴⁹ όπ. παρ. υποσημ. 43, σελ. 9.

⁵⁰ όπ. παρ., σελ. 12.

επενδύσεων, με πρώτη τη Γερμανία, η οποία λόγω ήττας στο Β΄ Παγκόσμιο Πόλεμο ήταν ιδιαίτερος ευαίσθητη στο πολιτικό ρίσκο που συνεπάγονταν οι ξένες επενδύσεις.

Η πρώτη γενιά επενδυτικών συμβάσεων παρουσίαζε ορισμένα κοινά χαρακτηριστικά. Πρώτον, αφορούσαν αποκλειστικά τις επενδύσεις, καθώς ζητήματα σχετικά με το εμπόριο ρυθμιζόνταν από τη Γενική Συμφωνία για τους Δασμούς και το Εμπόριο. Δεύτερο κοινό στοιχείο ήταν η έλλειψη αμοιβαιότητας, με την έννοια ότι οι συμβάσεις αυτές σχεδιάζονταν από τις αναπτυσσόμενες χώρες και υπογράφονταν απλώς από τις αναπτυσσόμενες. Και αυτό διότι οι μιν ήθελαν να προστατεύσουν τις επενδύσεις τους στην επικράτεια των δε, την ίδια στιγμή που οι τελευταίες ήθελαν να προσελκύσουν περισσότερες επενδύσεις, πράγμα το οποίο μπορούσε να επιτευχθεί με τη συμφωνία τους προς παροχή συγκεκριμένων εγγυήσεων, με σημαντικότερη την εξασφάλιση αποζημίωσης σε περίπτωση απαλλοτρίωσης. Τρίτον, ως προς το επίπεδο της παρεχόμενης προστασίας, αυτό ήταν αντίστοιχο της τελευταίας γενιάς Συμφωνιών Φιλίας, Εμπορίου και Ναυσιπλοΐας, καθώς περιελάμβαναν τις ρήτρες δίκαιης και ίσης μεταχείρισης και του μάλλον ευνοούμενου κράτους, με μοναδική διαφορά τις διατάξεις περί επίλυσης διαφορών, οι οποίες άγονταν όχι πλέον ενώπιον του Διεθνούς Δικαστηρίου της Χάγης, αλλά ενώπιον *ad hoc* διαιτητικού δικαστηρίου⁵¹.

IV. Η εξέλιξη των συμβάσεων για την προστασία και την προώθηση των επενδύσεων από τη δεκαετία του 1980 μέχρι σήμερα

Από τη δεκαετία του 1980 μέχρι σήμερα, τρία γεγονότα σημάδευσαν την εξελικτική πορεία των συμβάσεων προστασίας και προώθησης των επενδύσεων. Μετά την ίδρυση του Παγκόσμιου Οργανισμού Εμπορίου και την υπογραφή της Γενικής Συμφωνίας για τις Συναλλαγές στον τομέα των Υπηρεσιών (*General Agreement on Trade in Services, GATS*) και της Συμφωνίας για τα Επενδυτικά Μέτρα στον τομέα του Εμπορίου (*Agreement on Trade-Related Investment Measures, TRIMs*), ο αριθμός των επενδυτικών συμβάσεων αυξήθηκε ραγδαία.

Η αύξηση αυτή υποκινήθηκε από την οικονομική ανάπτυξη των ασιατικών κρατών μέσω της υποδοχής ξένων επενδύσεων, από την κατάρρευση της Σοβιετικής Ένωσης και της επακόλουθης αποδόμησης της αντίδρασης στον καπιταλισμό ως οικονομικής πολιτικής και από την έλλειψη εναλλακτικών λύσεων αντί ξένων επενδύσεων, αφού η οικονομική κρίση της δεκαετίας του 1980 περιορίσε τη διαθεσιμότητα ιδιωτικού δανεισμού. Οι εξελίξεις αυτές

⁵¹ όπ. παρ., σελ. 16-18.

αντανακλώνται στη μετατόπιση του στόχου των επενδυτικών συμβάσεων από την προστασία των επενδύσεων των αναπτυγμένων κρατών στη σταδιακή απελευθέρωση των επενδυτικών ροών στο πλαίσιο της παγκοσμιοποίησης.

Καθοριστική αποδείχθηκε και η αποτυχημένη απόπειρα των κρατών-μελών του Οργανισμού Οικονομικής Συνεργασίας και Ανάπτυξης για διαπραγμάτευση μίας Πολυμερούς Επενδυτικής Συμφωνίας. Το παράδοξο ως προς την αποτυχία του εγχειρήματος αυτού είναι ότι τα μέλη της διαπραγμάτευσης ήταν τα κράτη που επεδίωκαν τη σύναψη επενδυτικών συμβάσεων με τα αναπτυσσόμενα και μάλιστα με περιεχόμενο αντίστοιχο με το σχέδιο της Πολυμερούς Συμφωνίας, αλλά δεν μπορούσαν να επιτύχουν συμφωνία. Ίσως, βέβαια, η ίδια η συμφωνία να στάθηκε και ο λόγος αποτυχίας των διαπραγματεύσεων, με την έννοια ότι όλα τα εμπλεκόμενα κράτη επεδίωκαν το ίδιο αποτέλεσμα για τα ίδια και, κατά συνέπεια, δε θα είχαν να κερδίσουν κάτι μέσα από μία συμφωνία μεταξύ των ίδιων⁵².

Εκ της ανωτέρω ιστορικής ανασκόπησης, καθίσταται εμφανές ότι το περιεχόμενο των συμβάσεων προστασίας και προώθησης των επενδύσεων διαμορφωνόταν ανέκαθεν από το πολιτικό, οικονομικό και νομικό περιβάλλον εντός του οποίου λάμβαναν χώρα οι σχετικές διαπραγματεύσεις. Κάθε προαναφερθέν γεγονός επηρέασε την εξέλιξη των επενδυτικών συμβάσεων, οδηγώντας την σήμερα στο να διέπεται από δύο παραπληρωματικούς πυλώνες, την απουσία συνόρων στις επενδυτικές ροές και την προστασία των υφιστάμενων διεθνών επενδύσεων.

⁵² UNCTAD, “Lessons from the MAI”, UN Doc. UNCTAD/ITE/IIT/Misc.22, UN Sales No. E. 99. II. D. 26 (1999). Διαθέσιμο στη διεύθυνση: <http://unctad.org/en/Docs/psiteiitm22.en.pdf>.

ΚΕΦΑΛΑΙΟ ΤΡΙΤΟ:

Η ΦΟΡΟΛΟΓΙΚΗ ΜΕΤΑΧΕΙΡΙΣΗ ΤΩΝ ΞΕΝΩΝ ΕΠΕΝΔΥΣΕΩΝ ΣΤΟ ΠΛΑΙΣΙΟ ΤΩΝ ΣΥΜΒΑΣΕΩΝ ΜΕΤΑΞΥ ΚΡΑΤΩΝ

Η ιδιαιτερότητα της φορολογικής μεταχείρισης των ξένων επενδύσεων οφείλεται στην αλληλεπίδραση των εξής τριών παραμέτρων: του ανταγωνισμού μεταξύ των εθνικών φορολογικών συστημάτων, της σύγκρουσης των φορολογικών δικαιοδοσιών και της ανεπάρκειας των διμερών συμβάσεων για την αποφυγή της διπλής φορολογίας.

Όσον αφορά το πρόβλημα του φορολογικού ανταγωνισμού, αυτό δεν είναι παρά μία από τις πολλαπλές συνιστώσες της διεθνοποίησης της οικονομίας. Κι αυτό διότι, σε αντίθεση με το παρελθόν, όπου η επιβολή του φόρου συνιστούσε αποκλειστικά κρατική προνομία, στη σύγχρονη εποχή οι δραστηριότητες των επιχειρήσεων εκτείνονται σε περισσότερες χώρες, με αποτέλεσμα η φορολόγηση αυτών να εμπίπτει σε περισσότερες φορολογικές δικαιοδοσίες και μάλιστα υπό συνθήκες ρυθμιστικού ανταγωνισμού μεταξύ των φορολογικών συστημάτων των εμπλεκόμενων κρατών. Με τον όρο “ρυθμιστικός ανταγωνισμός” αποδίδεται μία διαδικασία δυναμικής μεταβολής των εθνικών κανονιστικών ρυθμίσεων που επιδρούν άμεσα και σημαντικά στην εθνική οικονομική δραστηριότητα, συνεπεία της διεθνούς κινητικότητας των αγαθών, των υπηρεσιών και του κεφαλαίου⁵³. Ειδικά στην περίπτωση του κεφαλαίου, το οποίο εξ ορισμού διακρίνεται για την κινητικότητά του, καθίσταται προφανές ότι το συγκεκριμένο μέσο παραγωγής θα επιλέξει εκείνο το φορολογικό περιβάλλον που του εξασφαλίζει προνομιακή μεταχείριση.

Ενώ σε ορισμένους τομείς, όπως στις περιπτώσεις της ιατρικής περίθαλψης και της εκπαίδευσης, ο ανταγωνισμός ενδέχεται να αποδειχθεί ευεργετικός, στον τομέα της φορολογίας μπορεί να συνδεθεί με την παροχή, αφενός, ενός αδικαιολόγητου οικονομικού πλεονεκτήματος και, αφετέρου, μίας ασύμμετρης επιβάρυνσης ορισμένων κατηγοριών πολιτών. Αυτό οφείλεται και πάλι στην κινητικότητα του κεφαλαίου, η οποία σε συνθήκες διακρατικού ανταγωνισμού οδηγεί στη μείωση των φόρων και στη σμίκρυνση της φορολογητέας βάσης, φαινόμενο το οποίο συναντάται στη διεθνή βιβλιογραφία με τον όρο «φορολογικός εκφυλισμός» (*tax degradation*)⁵⁴.

Το πρόβλημα της σύγκρουσης δικαιοδοσιών αφορά κατά κύριο λόγο τις πολυεθνικές επιχειρήσεις και συνδέεται με το ερώτημα της φορολόγησης στην πηγή των εσόδων ή στην

⁵³ Ασημακοπούλου Ε., *Η φορολογία των διεθνών επενδύσεων και η Πολυμερής Συμφωνία Επενδύσεων*, εντός Στάγκου Π., Μπρεδήμα Α. (επιμ.), *ΤΟ ΝΟΜΙΚΟ ΚΑΘΕΣΤΩΣ ΤΩΝ ΔΙΕΘΝΩΝ ΕΠΕΝΔΥΣΕΩΝ: ΤΟ ΣΧΕΔΙΟ ΤΗΣ ΠΟΛΥΜΕΡΟΥΣ ΣΥΜΦΩΝΙΑΣ ΕΠΕΝΔΥΣΕΩΝ*, Ελληνική Εταιρία Διεθνούς Δικαίου και Διεθνών Σχέσεων, Σάκκουλας Αθήνα-Θεσσαλονίκη (2000), σελ. 264.

⁵⁴ Tanzi V., *TAXATION IN AN INTEGRATING WORLD*, Brookings Institution (1995), σελ. 84.

κύρια έδρα της επιχείρησης. Ειδικότερα, οι μηχανισμοί παραγωγής που έχουν αναπτύξει οι πολυεθνικές επιχειρήσεις διαρθρώνονται σε περισσότερες χώρες, με αποτέλεσμα ο προσδιορισμός του φορολογητέου προϊόντος να εμπίπτει στη δικαιοδοσία διαφορετικών εθνικών φορολογικών συστημάτων. Επομένως, εντός της ίδιας επιχείρησης αναπτύσσονται δίκτυα συναλλαγών μεταξύ των επιμέρους εταιριών της κατά τέτοιο τρόπο, ώστε, μέσω της τεχνικής του πλασματικού καθορισμού τιμών (*transfer pricing*), δηλαδή της εμφάνισης του φορολογητέου ενεργητικού στη χώρα που φορολογεί ελαφρύτερα, να εμφανίζονται τα κέρδη τους εκεί όπου οι πραγματικοί φορολογικοί συντελεστές είναι μικρότεροι. Το γεγονός αυτό οδηγεί στη μείωση της φοροδοτικής τους υποχρέωσης, στη σμίκρυνση των εσόδων από φόρους σε διεθνές επίπεδο και στο μη ορθολογικό καταμερισμό της φορολογητέας βάσης της πολυεθνικής επιχείρησης μεταξύ των εμπλεκόμενων φορολογικών δικαιοδοσιών⁵⁵.

Εφαρμοστές στην περίπτωση φορολόγησης των επιχειρήσεων διεθνικού χαρακτήρα και των κερδών από τις δραστηριότητές τους σε περισσότερες από μία χώρες είναι δύο βασικές αρχές των φορολογικών συστημάτων: η αρχή της φορολόγησης στο κράτος της έδρας ή της μόνιμης εγκατάστασης (*Residence Principle*) και η αρχή της φορολόγησης στο κράτος πηγής του εισοδήματος (*Source Principle*). Σύμφωνα με την πρώτη αρχή, φορολογείται από το κράτος της έδρας το σύνολο των οικονομικών δραστηριοτήτων της επιχείρησης διεθνώς, ενώ, κατ' εφαρμογή της δεύτερης αρχής, τα κέρδη φορολογούνται από το κράτος προέλευσής τους, δηλαδή εκεί όπου ασκούνται οι αντίστοιχες επιχειρηματικές δραστηριότητες⁵⁶.

Το ζητούμενο στην περίπτωση της σύγκρουσης των φορολογικών δικαιοδοσιών είναι η αποφυγή της διπλής φορολογίας. Χαρακτηριστικό παράδειγμα διεθνούς διπλής φορολόγησης αποτελεί η περίπτωση των μερισμάτων. Πιο συγκεκριμένα, κατά τη διανομή μερίσματος στους μετόχους, το επίμαχο εισόδημα έχει ήδη φορολογηθεί στα χέρια της εταιρίας, εφόσον τα μερίσματα καταβάλλονται στους εταίρους υπό την προϋπόθεση ότι υπάρχουν τα αναγκαία διαθέσιμα στα ταμεία της εταιρίας μετά την καταβολή των απαιτούμενων φόρων. Στη συνέχεια, όμως, το μέρισμα φορολογείται και στα χέρια του μετόχου για δεύτερη φορά. Η διπλή αυτή φορολόγηση είναι δυνατόν να αποφευχθεί με την επιστροφή ή το συνυπολογισμό του καταβληθέντος από την εταιρία φόρου.

Σε διεθνές επίπεδο ο συγκεκριμένος τύπος διπλής φορολογίας συναντάται κάθε φορά που ένας μέτοχος, ο οποίος κατοικεί σε μία χώρα, λαμβάνει μέρισμα, προερχόμενο από άλλο κράτος. Για την αντιμετώπιση αυτού του φαινομένου αναπτύχθηκαν λύσεις εκ μέρους των ενδιαφερομένων κρατών, χωρίς σύμπτωση απόψεων. Στη Γαλλία, επί παραδείγματι,

⁵⁵ όπ. παρ. υποσημ. 53, σελ. 269.

⁵⁶ Παμπούκης Χ. (επιμ.), ΔΙΚΑΙΟ ΔΙΕΘΝΩΝ ΣΥΝΑΛΛΑΓΩΝ, Νομική Βιβλιοθήκη (2010), σελ. 1429-1431.

αναπτύχθηκε ο θεσμός του *avoir fiscal*, χάρη στον οποίο αφαιρείται το ποσό του φόρου που κατέβαλε η εταιρία. Η γαλλική λύση έγκειται στην επιστροφή του εταιρικού φόρου που αντιστοιχεί στο μέρος στο μέτοχο που δεν είναι κάτοικος. Αντιθέτως, στη Γερμανία δεν προβλέπεται δυνατότητα επιστροφής φόρου, με συνέπεια η διπλή φορολογία να παραμένει αθεράπευτη. Το ίδιο φαινόμενο συναντάται και στις ΗΠΑ, όπου δεν υπάρχει θεσμός αντίστοιχος με το γαλλικό *avoir fiscal*⁵⁷. Άλλα κράτη επιλέγουν για την εξάλειψη της διπλής φορολογίας τη μέθοδο της πίστωσης. Σύμφωνα με την προαναφερθείσα μέθοδο, το κράτος της κατοικίας συνυπολογίζει στη βάση επιβολής του φόρου τα εισοδήματα ή τα κεφάλαια που έχουν φορολογηθεί στο κράτος της πηγής, αλλά από το φόρο που προκύπτει για το συνολικό εισόδημα ή κεφάλαιο του φορολογουμένου εκπίπτει είτε το σύνολο του φόρου που καταβλήθηκε στο άλλο κράτος (*full credit method*) είτε ποσό φόρου που δεν μπορεί να υπερβαίνει το φόρο που αναλογεί για τα εισοδήματα αυτά στο κράτος της κατοικίας (*ordinary credit method*)⁵⁸.

Η ανάγκη καταπολέμησης της διπλής φορολογίας σε διεθνές επίπεδο, σε συνδυασμό με την ασυμφωνία των κρατών ως προς τη βέλτιστη επίλυση αυτού του ζητήματος οδήγησε στη σύναψη διμερών συμβάσεων για την αποφυγή της διπλής φορολογίας. Οι εν λόγω συμβάσεις πράγματι αποδεικνύονται καθοριστικές για τον περιορισμό της διπλής φορολογίας σε περίπτωση διακρατικών συναλλαγών, δεν παύουν όμως να είναι προβληματικές ως προς την εφαρμογή τους στις διεθνείς επενδύσεις. Κι αυτό διότι περιλαμβάνουν διατάξεις με στόχο τη μείωση του κινδύνου φοροαποφυγής ή φοροδιαφυγής με διαδικασίες δικαστικής και διοικητικής συνδρομής, καθώς και διατάξεις για τη διόρθωση των κερδών των ενδοομιλικών συναλλαγών. Οι ίδιες διατάξεις, ωστόσο, που είναι κομβικές για την αντιμετώπιση της διπλής φορολογίας είναι καθοριστικές και για την ενθάρρυνση των διεθνών επενδύσεων, από τη στιγμή που οι επενδυτικές επιλογές θεμελιώνονται στις δυνατότητες φοροαποφυγής και φοροδιαφυγής, γεγονός που είναι πιθανό να διαταράξει τη διασυνοριακή ροή των κεφαλαίων. Παράλληλα, οι συμβάσεις για την αποφυγή της διπλής φορολογίας έχουν ως κύρια παράμετρο την κατανομή των φορολογητέων εσόδων μεταξύ του κράτους κατοικίας και του κράτους πηγής εισοδημάτων και κεφαλαίων. Στην περίπτωση των διεθνών επενδύσεων, όμως, η εξάλειψη της διπλής φορολογίας με την επιβολή φόρου μονομερώς από μία από τις εμπλεκόμενες κρατικές δικαιοδοσίες μεταφράζεται αυτομάτως ως διακριτική μεταχείριση των ξένων επενδύσεων, λαμβανομένων υπόψη των σημαντικών διαφοροποιήσεων των εθνικών φορολογικών συστημάτων.

⁵⁷ όπ. παρ. υποσημ. 53, σελ. 273-274.

⁵⁸ Φορτσάκης Θ., Σαββαΐδου Κ., ΦΟΡΟΛΟΓΙΚΟ ΔΙΚΑΙΟ, Νομική Βιβλιοθήκη (2014), σελ. 405.

Συμπερασματικά, ο ανταγωνισμός μεταξύ των φορολογικών συστημάτων, η σύγκρουση των φορολογικών δικαιοδοσιών και η προβληματική εφαρμογή των συμβάσεων για την αποφυγή της διπλής φορολογίας στην περίπτωση των διεθνών επενδύσεων αποτελούν τους κύριους παράγοντες που δυσχεραίνουν την ορθολογική φορολογική μεταχείριση των επενδύσεων.

ΕΝΟΤΗΤΑ ΠΡΩΤΗ:

ΔΙΑΚΡΙΣΗ ΑΠΟ ΤΙΣ ΣΥΜΒΑΣΕΙΣ ΓΙΑ ΤΗΝ ΑΠΟΦΥΓΗ ΔΙΠΛΗΣ ΦΟΡΟΛΟΓΙΑΣ

Εκ πρώτης όψεως το θέμα της παρούσας εργασίας “Συμβάσεις μεταξύ κρατών όσον αφορά τη φορολογική μεταχείριση για την προώθηση των ξένων επενδύσεων” φαίνεται να παραπέμπει στις συμβάσεις για την αποφυγή της διπλής φορολογίας και όχι στις διμερείς επενδυτικές συμβάσεις, καθώς οι τελευταίες δεν έχουν ως κύριο αντικείμενο τη συνομολόγηση των όρων φορολόγησης των διεθνών επενδύσεων. Με την ενότητα αυτή παρουσιάζονται οι ομοιότητες και οι διαφορές μεταξύ των δύο κατηγοριών διεθνών συμβάσεων και καταδεικνύεται ο λόγος για τον οποίο οι συμβάσεις για την αποφυγή της διπλής φορολογίας δεν είναι το πλέον κατάλληλο εργαλείο για τη ρύθμιση της διασυνοριακής ροής κεφαλαίων και, κατ’ επέκταση, το αντικείμενο εξέτασης της παρούσας εργασίας.

I. Συγκριτική ανασκόπηση των συμβάσεων για την αποφυγή της διπλής φορολογίας και των συμβάσεων για την προστασία και την προώθηση των διεθνών επενδύσεων

Τόσο οι συμβάσεις για την αποφυγή της διπλής φορολογίας όσο και οι συμβάσεις για την προστασία και την προώθηση των διεθνών επενδύσεων αποτελούν σημαντικό μέρος του ρυθμιστικού πλαισίου υποστήριξης και ενίσχυσης των διασυνοριακών επενδυτικών ροών⁵⁹. Συγχρόνως, ωστόσο, αυτή η αλληλεπίδραση συνεπάγεται σύγκυση στην εφαρμογή του κατάλληλου νομικού εργαλείου, στην περίπτωση που γεννάται επενδυτική διαφορά μεταξύ δύο κρατών που έχουν υπογράψει και τα δύο είδη διμερών συμβάσεων. Χαρακτηριστικό παράδειγμα αποτελεί η υπόθεση *Vodafone International Holdings BV v. India*, η οποία γεννήθηκε στη βάση αιτιάσεων ότι ορισμένες νομοθετικές πρωτοβουλίες επί της φορολογίας των επενδύσεων εκ μέρους της Ινδίας είχαν αναδρομική ισχύ, με αποτέλεσμα να παραβιάζεται η αρχή της δίκαιης και ίσης μεταχείρισης, όπως αυτή είχε συνομολογηθεί μεταξύ της Ολλανδίας και της Ινδίας στο πλαίσιο διμερούς επενδυτικής συμφωνίας⁶⁰. Η κρίσιμη παρατήρηση αναφορικά με τη συγκεκριμένη υπόθεση είναι ότι η αιτούσα επέλεξε να θεμελιώσει την επιχειρηματολογία της στη διμερή επενδυτική σύμβαση, για να επιλύσει μία από τις σημαντικότερες διεθνείς φορολογικές διαφορές της σύγχρονης εποχής. Μάλιστα, επέλεξε να εκκινήσει τη διαδικασία

⁵⁹ Bravo N., Julien R., Coleman J., Majdanska A., Turcan L., *Special Report: Bilateral Investment Treaties and Their Effect on Taxation*, Tax Notes International (2015), σελ. 187.

⁶⁰ UNCITRAL, *Vodafone International Holdings BV v. India*, PCA Case No. 2016-35, Notice of Arbitration (2014). Διαθέσιμη στη διεύθυνση: <https://www.italaw.com/cases/2544>.

επίλυσης διαφορών που προέβλεπε η επενδυτική σύμβαση και όχι την αντίστοιχη που προβλεπόταν στη σύμβαση για την αποφυγή της διπλής φορολογίας, παρόλο που η φύση της διαφοράς ήταν αμιγώς φορολογική. Και αυτή η διαπίστωση είναι εξαιρετικά σημαντική, αν ληφθεί υπόψη ότι υπάρχει μεγάλη διαφορά μεταξύ των δύο μηχανισμών επίλυσης διαφορών, στο βαθμό που υπό τις συμβάσεις για την αποφυγή της διπλής φορολογίας η εκκίνηση της διαδικασίας δεν εναπόκειται στον ίδιο το φορολογούμενο, παρά μόνο στο κράτος του οποίου ο τελευταίος είναι φορολογικός κάτοικος⁶¹.

Μεταξύ των ομοιοτήτων που παρουσιάζουν τα δύο είδη συμβάσεων αξίζει να αναφερθεί ο διμερής χαρακτήρας. Ειδικότερα, τόσο οι συμβάσεις για την αποφυγή της διπλής φορολογίας όσο και οι συμβάσεις για την προστασία και προώθηση των επενδύσεων συνομολογούνται μεταξύ δύο κρατών. Κι αυτό διότι αντιπροσωπεύουν μία συμφωνία ανάμεσα σε δύο χώρες⁶², λαμβανομένων υπόψη των ιδιαιτεροτήτων των διπλωματικών σχέσεων, των χαρακτηριστικών των διασυνοριακών ροών κεφαλαίου και των εκατέρωθεν συμφερόντων των μερών. Παράλληλα, οι δύο κατηγορίες συμβάσεων μοιράζονται κοινούς στόχους, στους οποίους συγκαταλέγεται η διευκόλυνση των διεθνών επενδύσεων, η πρόληψη της διακριτικής μεταχείρισης των ξένων επενδυτών, η εξασφάλιση μεγαλύτερης ασφάλειας στους φορολογούμενους όσον αφορά τις επενδυτικές επιλογές τους, η πρόβλεψη ενός αποτελεσματικού μηχανισμού επίλυσης διαφορών και η εν γένει προώθηση της οικονομικής ανάπτυξης των μερών⁶³.

Από την άλλη πλευρά, οι υπό εξέταση κατηγορίες διμερών συμβάσεων παρουσιάζουν σημαντικές διαφορές. Αρχικά, οι διμερείς επενδυτικές συμβάσεις δεν προστατεύουν τους υπηκόους του κράτους, αλλά ενδυναμώνουν τα δικαιώματα των ξένων επενδυτών, σε αντίθεση με τις συμβάσεις για την αποφυγή της διπλής φορολογίας, οι οποίες έχουν ως πρωταρχική δικαιολογητική βάση την προστασία των φυσικών και νομικών προσώπων κάθε συμβαλλόμενου κράτους απέναντι στον κίνδυνο διπλής φορολόγησης. Έτσι εξηγείται και το γεγονός ότι, ενώ το πεδίο εφαρμογής των επενδυτικών συμβάσεων καταλαμβάνει επενδυτές με κριτήριο την εθνικότητα, οι συμβάσεις αποφυγής της διπλής φορολογίας θέτουν στο επίκεντρο την έννοια της

⁶¹ Choudhury H., Owens J., *Bilateral Investment Treaties and Bilateral Tax Treaties*, International Tax and Investment Center (June 2014).

Διαθέσιμο στη διεύθυνση:

https://www.wu.ac.at/fileadmin/wu/d/i/taxlaw/institute/WU_Global_Tax_Policy_Center/Bilateral_Investment_Treaties_and_Bilateral_Tax_Treaties.pdf.

⁶² Avi-Yonah R., *Double Tax Treaties: An Introduction*, University of Michigan Law School (2007).

Διαθέσιμο στη διεύθυνση: https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1048441.

⁶³ όπ. παρ., υποσημ. 61, σελ. 2.

φορολογικής κατοικίας⁶⁴. Σημαντική είναι, επίσης, η διαφοροποίηση των δύο ειδών συμβάσεων ως προς την ενσωμάτωση της αρχής της μεταχείρισης του μάλλον ευνοούμενου κράτους. Παρόλο που η εξέταση του συγκεκριμένου ζητήματος αποτελεί το αντικείμενο της δεύτερης ενότητας του παρόντος κεφαλαίου, αξίζει στο σημείο αυτό να σημειωθεί ότι στις συμβάσεις για την αποφυγή της διπλής φορολογίας δεν περιλαμβάνεται διάταξη περί εφαρμογής της αρχής της μεταχείρισης του μάλλον ευνοούμενου κράτους, καθώς δε νοείται επέκταση των φορολογικών ελαφρύνσεων που συμφωνούνται μεταξύ δύο κρατών σε τρίτη μη συμβαλλόμενη χώρα⁶⁵. Οι προαναφερθείσες διαφορές αποτελούν ειδικότερες συνιστώσες της βασικής διαφοροποίησης και, συγκεκριμένα, του χαρακτήρα των συμβάσεων για την αποφυγή της διπλής φορολογίας ως συμβάσεων του δημοσίου διεθνούς δικαίου και των συμβάσεων για την προστασία και προώθηση των επενδύσεων ως συμβάσεων του ιδιωτικού διεθνούς δικαίου⁶⁶.

II. Η αναποτελεσματικότητα των συμβάσεων για την αποφυγή της διπλής φορολογίας ως εργαλείου για την προώθηση των ξένων επενδύσεων

Φαινομενικά οι συμβάσεις για την αποφυγή της διπλής φορολογίας θα μπορούσαν να διαδραματίσουν καταλυτικό ρόλο στην προώθηση των ξένων επενδύσεων, αλλά στην πραγματικότητα συμβαίνει ακριβώς το αντίθετο, όπως αποδεικνύεται στη διεθνή βιβλιογραφία⁶⁷. Αυτός, άλλωστε, είναι και ο λόγος που βασικό νομικό εργαλείο ρύθμισης των διεθνών επενδύσεων έχουν καταστεί αναμφίβολα πλέον οι διμερείς επενδυτικές συμβάσεις.

⁶⁴ Lang M., Owens J., Pistone P., Rust A., Schich J., Staringer C., THE IMPACT OF BILATERAL INVESTMENT TREATIES ON TAXATION, European and International Tax Law and Policy Series, WU Institute for Austrian and International Tax Law (2016), σελ. 3.

⁶⁵ Βλ. Κεφάλαιο Τρίτο, Ενότητα Δεύτερη.

⁶⁶ όπ. παρ. υποσημ. 64, σελ. 4.

⁶⁷ Baker P., *An Analysis of Double Taxation Treaties and their Effect on Foreign Direct Investment*, International Journal of the Economics of Business (2014), Vol. 21, Issue 3, σελ. 341-377.

Slemrod J., *Tax Effects on Foreign Direct Investment in the United States: Evidence from a Cross-Country Comparison*, University of Chicago Press (1990), σελ. 112.

Edmiston K., Mudd S., Valev N., *Tax Structures and FDI: The Deterrent Effects of Complexity and Uncertainty*, The William Davidson Institute (2003), σελ. 15-16.

Dagan T., *The Tax Treaties Myth*, New York University Journal of International Law and Politics, Vol. 32:939 (2000), σελ.52-53.

Αντίθετες οι εξής μελέτες:

Barthel F., Busse M., Neumayer E., *The Impact of Double Taxation Treaties on Foreign Direct Investment: Evidence from Large Dyadic Panel Data*, Western Economic Association International (2009), σελ. 2-3.

Lejour A., *The Foreign Investment Effects of Tax Treaties*, Oxford University Centre for Business Taxation (2014), σελ. 12 επ.

Πράγματι, πολλοί από τους στόχους των συμβάσεων αποφυγής της διπλής φορολογίας συνηγορούν στη διαπίστωση ότι η υπογραφή αυτών είναι κρίσιμη για την προώθηση των επενδύσεων σε διακρατικό επίπεδο. Ειδικότερα, οι συμβάσεις αυτές συμβάλλουν στην εναρμόνιση των θεμελιωδών εννοιών, όπως της φορολογικής κατοικίας, των μερισμάτων, των τόκων και των δικαιωμάτων, εξασφαλίζοντας με αυτόν τον τρόπο μεγαλύτερη ασφάλεια στους φορολογούμενους αναφορικά με τις επενδυτικές επιλογές που προτίθενται να πραγματοποιήσουν⁶⁸. Επιπλέον, οι συμβάσεις αυτές κατανέμουν τα δικαιώματα φορολόγησης μεταξύ του κράτους κατοικίας και του κράτους πηγής, τείνοντας να περιορίσουν αφενός το ποσοστό παρακρατήσεων στο κράτος πηγής και αφετέρου τη διπλή φορολόγηση του ίδιου εισοδήματος σε δύο διαφορετικά κράτη⁶⁹.

Την ίδια στιγμή, όμως, που οι συμβάσεις για την αποφυγή της διπλής φορολογίας ευαγγελίζονται την ενθάρρυνση της διασυνοριακής ροής κεφαλαίων, πολλές διατάξεις τους συνεπάγονται τον περιορισμό των επενδυτικών επιλογών και κατ' επέκταση την υπονόμευση των επενδύσεων σε διακρατικό επίπεδο. Πιο συγκεκριμένα, οι συμβάσεις αυτές προβλέπουν την ανταλλαγή πληροφοριών μεταξύ των αρμόδιων αρχών των εμπλεκόμενων κρατών, με αποτέλεσμα να συμβάλλουν στην εφαρμογή της αρχής των ίσων αποστάσεων (*arm's length principle*) μέσω ελέγχου και διόρθωσης των κερδών των συνδεδεμένων επιχειρήσεων⁷⁰, στον περιορισμό του φαινομένου υπαγωγής της σχέσης σε ευνοϊκότερη φορολογική σύμβαση (*treaty shopping*) και, κατά συνέπεια, στην απώλεια ενδεχόμενων επιπλέον οικονομικών πλεονεκτημάτων για τις επιχειρήσεις⁷¹.

Αναλυτικότερα, το φαινόμενο *treaty shopping* τις περισσότερες φορές πραγματώνεται με τη χρήση έμμεσων επενδυτικών διαδρομών μέσω κρατών με ευνοϊκό φορολογικό καθεστώς. Ενδεικτικά αναφέρεται ότι, όταν η Κίνα είναι το κράτος πηγής, υπάρχουν 31 έμμεσες επενδυτικές διαδρομές μείωσης των αναλογούντων φόρων προς το κράτος αυτό, με πλέον χαρακτηριστική την πορεία από τις Ηνωμένες Πολιτείες προς την Κίνα μέσω είτε του Χονγκ-Κονγκ είτε της Ολλανδίας. Προς επίρρωση αυτής της παρατήρησης, αξίζει να επισημανθεί η τακτική των επιχειρήσεων Starbucks και IBM, οι οποίες εμμέσως κατέχουν και ελέγχουν

⁶⁸ Davies R., *Tax Treaties and Foreign Direct Investment: Potential vs Performance*, Kluwer Academic Publishers (2004), σελ. 1-2.

⁶⁹ Castillo-Murciego A., Lopez-Laborda J., *The effect of Double Taxation Treaties and Territorial Tax Systems on Foreign Direct Investment: evidence for Spain*, Economics Discussion Paper (2018), σελ. 3. Διαθέσιμο στη διεύθυνση: <http://www.economics-ejournal.org/economics/discussionpapers/2018-21/file>.

⁷⁰ Davies R., *Tax Treaties, Renegotiations and Foreign Direct Investment*, University of Oregon Economics Department Working Paper (2003), σελ. 13.

Ohno T., *Empirical Analysis of International Tax Treaties and Foreign Direct Investment*, Policy Research Institute, Ministry of Finance, Japan, Public Policy Review, Vol. 6, No. 2 (2010), σελ. 287.

⁷¹ όπ. παρ. Davies, σελ. 3-4.

θυγατρικές εταιρίες στην Κίνα μέσω εταιριών χαρτοφυλακίου (*holding company*) στο Χονγκ-Κονγκ και την Ολλανδία. Στη βάση αυτών των διαπιστώσεων, πολλοί συγγραφείς καταλήγουν ότι οι διεθνείς επενδύσεις δεν εξαρτώνται αποκλειστικά από τα εθνικά φορολογικά συστήματα ή τυχόν κίνητρα, καθώς αυτά επηρεάζουν κατά κύριο λόγο την επιλογή εγκατάστασης και τη νομική μορφή της επένδυσης, αλλά κυρίως από τη διαθεσιμότητα των προαναφερθέντων έμμεσων διαδρομών αποφυγής φορολόγησης⁷². Υπό το πρίσμα αυτό, οι συμβάσεις για την αποφυγή της διπλής φορολογίας, που συμβάλλουν, μεταξύ άλλων, στην αποκάλυψη αυτών των έμμεσων διαδρομών, κρίνονται αναποτελεσματικές ως προς τη ρύθμιση της φορολόγησης των διεθνών επενδύσεων, στο βαθμό που περιορίζουν κατασταλτικά την ποικιλία των επενδυτικών επιλογών.

III. Αλληλεπίδραση και υπεροχή στην περίπτωση της φορολογικής μεταχείρισης των διεθνών επενδύσεων

Η εξέταση της διαφοροποίησης των δύο κατηγοριών συμβάσεων είναι καθοριστική ως προς το ερώτημα ποια θα υπερισχύσει σε περίπτωση σύγκρουσης. Θεωρητικά είναι μάλλον απίθανο να προκύψει σύγκρουση, εφόσον το πεδίο εφαρμογής κάθε σύμβασης είναι διαφορετικό. Ειδικότερα, οι συμβάσεις για την αποφυγή της διπλής φορολογίας καταλαμβάνουν πρόσωπα που είναι φορολογικοί κάτοικοι ενός ή και των δύο συμβαλλόμενων κρατών (*ratione personae*)⁷³ ως προς συγκεκριμένες κατηγορίες φόρων (*ratione meritaе*)⁷⁴. Αντιθέτως, στο πεδίο εφαρμογής των συμβάσεων για την προστασία και την προώθηση των επενδύσεων εμπίπτουν επενδυτές και επενδύσεις, όπως οι έννοιες αυτές ορίζονται συνήθως στο πρώτο άρθρο της εκάστοτε διμερούς σύμβασης. Εξάλλου, και οι δύο κατηγορίες συμβάσεων δεν έχουν αντιφατικούς, αλλά παραπληρωματικούς στόχους: τη στιγμή που οι διμερείς επενδυτικές συμβάσεις αποβλέπουν στην προστασία και την προώθηση των επενδύσεων, οι συμβάσεις για την αποφυγή της διπλής φορολογίας αντιμετωπίζουν το ζήτημα προέλευσης των φορολογητέων κερδών που προκύπτουν από τις διασυνοριακές επενδύσεις και κατανέμουν το δικαίωμα φορολόγησης αυτών μεταξύ των ενδιαφερόμενων κρατών⁷⁵.

⁷² Hong S., *Tax Treaties and Foreign Direct Investment: A Network Approach* (2017), σελ. 4-6. Διαθέσιμο στη διεύθυνση: <https://www.ntanet.org/wp-content/uploads/proceedings/2016/012-hong-tax-treaties-foreign-paper.pdf>.

⁷³ OECD, Model Tax Convention on Income and on Capital, Άρθρο 1. Διαθέσιμο στη διεύθυνση: https://read.oecd-ilibrary.org/taxation/model-tax-convention-on-income-and-on-capital-2015-full-version_9789264239081-en#page7.

⁷⁴ όπ. παρ., Άρθρο 2.

⁷⁵ Chaisse J., Marisi F., *Another Conflict of Norms: How BEPS and International Taxation Relate to Investment Treaties*, Investment Treaty News (2017), σελ. 2.

Ζήτημα σύγκρουσης γεννάται ως αποτέλεσμα ενσωμάτωσης της ρήτρας περί μεταχείρισης του μάλλον ευνοούμενου κράτους στη διμερή επενδυτική σύμβαση. Προς το σκοπό αποφυγής ενδεχόμενης απαίτησης ενός συμβαλλόμενου κράτους για την επέκταση φορολογικών πλεονεκτημάτων εφαρμόζονται δύο τακτικές στη διεθνή πρακτική. Η πρώτη λύση αφορά τη συμπερίληψη ρητής διάταξης εξαίρεσης των φορολογικών πλεονεκτημάτων, εξαιρέσεων ή απαλλαγών από την εφαρμογή της αρχής του μάλλον ευνοούμενου κράτους, ώστε αυτά να περιορίζονται αποκλειστικά στα μέρη της σύμβασης για την αποφυγή της διπλής φορολογίας. Η δεύτερη εναλλακτική λύση έγκειται στην ενσωμάτωση μίας επιπλέον διάταξης στη διμερή επενδυτική σύμβαση, η οποία να προβλέπει ότι σε περίπτωση σύγκρουσης των διατάξεων της επενδυτικής σύμβασης με τις διατάξεις της σύμβασης για την αποφυγή της διπλής φορολογίας υπερισχύουν οι διατάξεις οι τελευταίας⁷⁶.

Συμπερασματικά, σκόπιμο είναι να σημειωθούν ορισμένες παραδοχές. Πρώτον, η αλληλεπίδραση των συμβάσεων για την αποφυγή της διπλής φορολογίας και των συμβάσεων για την προστασία και προώθηση των επενδύσεων είναι τόσο αναπόφευκτη όσο και επιθυμητή στο βαθμό που λειτουργούν παραπληρωματικά στην ενίσχυση της διασυνοριακής ροής κεφαλαίων. Η επίκληση των συμβάσεων αποφυγής της διπλής φορολογίας είναι δυνατή στο πλαίσιο των διεθνών επενδύσεων, εφόσον η φορολόγηση είναι αναπόσπαστος παράγοντας διαμόρφωσης των επενδυτικών επιλογών. Οι συμβάσεις αυτές, όμως, δεν αρκούν ως αποκλειστικό νομικό πλαίσιο ρύθμισης των επενδυτικών σχέσεων, διότι πολλές διατάξεις τους περιορίζουν σημαντικά την επενδυτική ελευθερία, όταν αυτή μετέρχεται αθέμιτων πρακτικών. Για το λόγο αυτό κρίνεται απαραίτητη η συνομολόγηση διμερών επενδυτικών συμβάσεων, οι οποίες, ωστόσο, παραμερίζονται σε περίπτωση σύγκρουσης με τις διατάξεις των συμβάσεων αποφυγής διπλής φορολογίας μεταξύ των ίδιων συμβαλλόμενων κρατών, όταν πρόκειται για ζητήματα φορολογικής φύσης.

⁷⁶ Kubicová J., Záhumenská M., *The Relationship between Taxation and Bilateral Investment Agreements - Case of the Slovak Republic*, International Journal of Research in Business Studies and Management, Vol. 3, Issue 1 (2016), σελ. 13-14.

ΕΝΟΤΗΤΑ ΔΕΥΤΕΡΗ:

ΠΡΟΤΥΠΑ ΜΕΤΑΧΕΙΡΙΣΗΣ ΚΑΙ ΕΓΓΥΗΣΕΙΣ ΠΡΟΣΤΑΣΙΑΣ ΤΩΝ ΔΙΕΘΝΩΝ ΕΠΕΝΔΥΣΕΩΝ

Η προστασία των διεθνών επενδύσεων θεμελιώνεται στην υιοθέτηση ορισμένων προτύπων μεταχείρισης, τα οποία σε διμερές και περιφερειακό επίπεδο εκφράζονται με τη θέσπιση συγκεκριμένων εγγυήσεων. Οι εγγυήσεις αυτές αποτελούν εξειδίκευση του γενικού κανόνα προστασίας των ατομικών δικαιωμάτων κάθε αλλοδαπού (*treatment of aliens*)⁷⁷. Από τη στιγμή που το κράτος προέλευσης του επενδυτή αδυνατεί να προστατεύσει αυτόν και τα περιουσιακά του στοιχεία στη χώρα υποδοχής της επένδυσης ενόψει της απαγόρευσης ανάμειξης στα εσωτερικά ζητήματα της αλλοδαπής έννομης τάξης, φορέας της υποχρέωσης παροχής προστασίας είναι το ίδιο το κράτος υποδοχής της επένδυσης.

Οι εγγυήσεις προστασίας που δεσμεύουν το κράτος υποδοχής συνομολογούνται με το κράτος προέλευσης του επενδυτή στο πλαίσιο διμερών συμβάσεων, αν και έμμεσοι μεν αλλά ουσιαστικοί αποδέκτες είναι οι ίδιοι οι επενδυτές που θα δραστηριοποιηθούν εντός του εν λόγω προστατευτικού πλαισίου. Αντίστοιχες εγγυήσεις μπορεί να παρέχει το κράτος υποδοχής και μονομερώς μέσω επενδυτικών κωδίκων ή εγκριτικών της ξένης επένδυσης διοικητικών πράξεων, ενώ δεν αποκλείεται η απευθείας σύναψη συμφωνιών μεταξύ του κράτους υποδοχής και των ενδιαφερόμενων ξένων επενδυτών. Στην παρούσα ενότητα εξετάζεται η μεταχείριση των διεθνών επενδύσεων στο πλαίσιο διακρατικών συμβάσεων υπό το πρίσμα των γενικώς αποδεκτών προτύπων και εγγυήσεων και, στη συνέχεια, αναλύεται η φορολογική αντιμετώπιση των διεθνών επενδύσεων στο ίδιο πλαίσιο.

I. Η έννοια της μεταχείρισης των διεθνών επενδύσεων

Εξεταστέα, αρχικά, κρίνεται η έννοια της «μεταχείρισης» των διεθνών επενδύσεων. Ως μεταχείριση (*treatment*) νοείται η υπαγωγή ενός ξένου επενδυτή ή της επένδυσής του σε οποιοδήποτε νομοθετικό, κανονιστικό ή διοικητικό μέτρο, δικαστική απόφαση, διοικητική πρακτική, απλή υλική ενέργεια, παράλειψη ή ανοχή, τυπική ή άτυπη, που είτε βρίσκουν έρεισμα στο νόμο του κράτους υποδοχής είτε όχι, εκπορεύονται ή αποδίδονται στις αρχές του κράτους αυτού και έχουν σαν αποτέλεσμα να μεταβάλλουν τη νομική ή πραγματική κατάσταση του ξένου επενδυτή ή της επένδυσής του ή να επηρεάζουν με οποιονδήποτε τρόπο, άμεσα ή έμμεσα,

⁷⁷ όπ. παρ. υποσημ. 2, σελ. 607.

και σε οποιοδήποτε βαθμό τη συμπεριφορά τους⁷⁸. Χαρακτηριστικά παραδείγματα μεταχείρισης που παρουσιάζουν ενδιαφέρον ως προς τη φορολογική αντιμετώπιση των επενδύσεων είναι η διενέργεια φορολογικών ελέγχων και η απαλλαγή από την καταβολή φόρου, καθώς έχουν σοβαρό αντίκτυπο στις εκάστοτε επενδυτικές επιλογές.

II. Τα πρότυπα μεταχείρισης των διεθνών επενδύσεων

Τρία είναι τα κοινώς αποδεκτά στη διεθνή πρακτική πρότυπα (*standards*) μεταχείρισης των ξένων επενδύσεων: (α) η εθνική μεταχείριση (*national treatment*), (β) η μεταχείριση του μάλλον ευνοούμενου κράτους (*most favoured nation treatment*) και (γ) η δίκαιη μεταχείριση βάσει των κανόνων του γενικού διεθνούς δικαίου (*fair and equitable treatment*). Τα προαναφερθέντα πρότυπα προσδιορίζουν σε κάθε περίπτωση την οφειλόμενη από το κράτος υποδοχής μεταχείριση με αναφορά σε μία σταθερά, υπό το φως της οποίας αξιολογείται *ad hoc* εάν μία συγκεκριμένη μεταχείριση που επεφύλαξε ένα κράτος σε έναν ξένο επενδυτή είναι όμοια προς τη συμπεριφορά που σκιαγραφεί το λαμβανόμενο υπόψη πρότυπο μεταχείρισης. Η σημασία των ως άνω προτύπων έγκειται στο ότι υποχρεώνουν το κράτος υποδοχής να αντιμετωπίζει μία ξένη επένδυση με τρόπο όχι λιγότερο ευνοϊκό από αυτόν που προβλέπει το υιοθετούμενο στη διμερή σύμβαση πρότυπο. Αυτό, βέβαια, συνεπάγεται ότι ενδεχόμενη ευνοϊκότερη μεταχείριση σε σχέση με την προβλεπόμενη όχι μόνο δεν απαγορεύεται, αλλά μπορεί να λειτουργήσει ως κίνητρο για την προσέλκυση νέων διεθνών επενδύσεων.

(α) Το πρότυπο της εθνικής μεταχείρισης

Το πρότυπο της εθνικής μεταχείρισης κατά τις διμερείς επενδυτικές συμβάσεις προσεγγίζεται με τρόπο αρνητικό, με την έννοια ότι επιβάλλει στο κράτος υποδοχής την υποχρέωση να μη μεταχειρίζεται τους αλλοδαπούς επενδυτές λιγότερο ευνοϊκά από τους αντίστοιχους ημεδαπούς. Ήδη από μία πρώτη διατύπωση της έννοιας της εθνικής μεταχείρισης, καθίσταται σαφές ότι πρόκειται για ένα σχετικό *standard*, καθώς παραπέμπει στο δίκαιο της χώρας υποδοχής, με βάση το οποίο πρέπει οι αρχές της χώρας αυτής να αντιμετωπίζουν κατ' ελάχιστον τις ξένες επενδύσεις⁷⁹.

Στόχος υιοθέτησης της ρήτρας εθνικής μεταχείρισης στο πλαίσιο μίας διμερούς επενδυτικής σύμβασης είναι, αφενός, ο καθορισμός του μέτρου της οφειλόμενης συμπεριφοράς

⁷⁸ όπ. παρ., σελ. 608-609.

⁷⁹ όπ. παρ., σελ. 414.

του κράτους υποδοχής, ώστε η έννομη τάξη του τελευταίου να μη μεταχειρίζεται διακριτικά τους ξένους επενδυτές σε σχέση με τους ημεδαπούς και, αφετέρου, η οριοθέτηση ενδεχόμενης αυθαιρεσίας εκ μέρους των αρχών του κράτους υποδοχής⁸⁰. Με τη συνομολόγηση της υποχρέωσης εθνικής μεταχείρισης των διεθνών επενδύσεων καθίσταται προβλέψιμη η συμπεριφορά των κρατικών αρχών και προστατεύεται η ξένη επένδυση από δυσμενή μεταχείριση λόγω τυχόν καταχρηστικής άσκησης της κρατικής εξουσίας που υπαγορεύεται από λόγους πολιτικούς ή οικονομικούς με μόνο στόχο την προώθηση της ανταγωνιστικότητας των ημεδαπών επενδυτών.

Παρόλο που η εθνική μεταχείριση προσδίδει ασφάλεια δικαίου και υποδεικνύει στους ενδιαφερόμενους επενδυτές την κατ' ελάχιστον ευνοϊκή μεταχείριση που πρέπει να αναμένουν για τη δική τους επένδυση στη βάση αντιμετώπισης των διεθνών επενδύσεων, από μόνη της σπανίως αρκεί για την προώθηση νέων διεθνών επενδύσεων. Για το λόγο αυτό συνοδεύεται από βελτίωση του εθνικού θεσμικού πλαισίου με την υιοθέτηση επενδυτικών κωδίκων, μέσω των οποίων καθίσταται γνώσιμο και φιλικό σε νέους επενδυτές το εθνικό πλαίσιο μεταχείρισης των διεθνών επενδύσεων.

(β) *Το πρότυπο της μεταχείρισης του μάλλον ευνοούμενου κράτους*

Η μεταχείριση του μάλλον ευνοούμενου κράτους προσδιορίζει την οφειλόμενη μεταχείριση σε συγκεκριμένους ξένους επενδυτές με αναφορά στη μεταχείριση που επιφυλάσσει το κράτος υποδοχής στους επενδυτές τρίτων χωρών σε όμοιες περιπτώσεις. Επί παραδείγματι, σε επίπεδο φορολογικής αντιμετώπισης το υπό κρίση πρότυπο σημαίνει ότι, αν ένα κράτος υποδοχής παρέχει φορολογικές ελαφρύνσεις στους επενδυτές μία τρίτης χώρας, υποχρεούται να επεκτείνει το πλεονέκτημα αυτό και στους επενδυτές του μάλλον ευνοούμενου κράτους, δηλαδή στους επενδυτές που προέρχονται από το κράτος εκείνο, στο οποίο το κράτος υποδοχής έχει εγγυηθεί στο πλαίσιο μίας διμερούς επενδυτικής σύμβασης ότι θα μεταχειρισθεί τους επενδυτές του όπως και οποιονδήποτε επενδυτή τρίτου κράτους⁸¹. Υπό αυτήν την έννοια, το πρότυπο της μεταχείρισης του μάλλον ευνοούμενου κράτους έχει επίσης σχετικό χαρακτήρα. Το ερώτημα αν και σε ποιο βαθμό μπορεί να υιοθετηθεί η εν λόγω ρήτρα σε επίπεδο φορολογικής αντιμετώπισης, βέβαια, θα αποτελέσει αντικείμενο εξέτασης κατά την ακόλουθη ενότητα.

⁸⁰ Ginsburg T., *International substitutes for domestic institutions: bilateral investment treaties and governance*, *International Review of Law and Economics*, Vol. 25:1 (2005), σελ. 107.

⁸¹ *όπ. παρ. υποσημ. 2*, σελ. 617.

Το πρακτικό αντίκρισμα της συμφωνίας δύο κρατών σε αυτού του είδους μεταχείριση των εκατέρωθεν επενδύσεων είναι η διασφάλιση ίσων όρων προστασίας όλων των ξένων επενδυτών που δραστηριοποιούνται στην ίδια αγορά του κράτους υποδοχής και η πρόληψη φαινομένων προνομιακής μεταχείρισης των «παραδοσιακών» εμπορικών εταιρών του κράτους υποδοχής. Ειδικά στο πλαίσιο του σύγχρονου οικονομικού συστήματος η υιοθέτηση της συγκεκριμένης ρήτρας αναδεικνύεται ακόμα πιο σημαντική, καθώς πρόκειται για το μοναδικό μέσο πολυμεροποίησης του διεθνούς επενδυτικού δικαίου, το οποίο κατά κανόνα περιορίζεται σε διμερή εργαλεία ρύθμισης των διακρατικών επενδυτικών σχέσεων⁸².

(γ) *Το πρότυπο της δίκαιης μεταχείρισης βάσει των κανόνων του διεθνούς δικαίου*

Σε αντίθεση με τα δύο προαναφερθέντα πρότυπα μεταχείρισης, τα οποία εξαρτούν την εφαρμογή τους από τη συμπερίληψή τους σε διμερείς συμβάσεις, το πρότυπο της δίκαιης μεταχείρισης βάσει των κανόνων του γενικού διεθνούς δικαίου παρέχεται υποχρεωτικά από κάθε κράτος υποδοχής, ανεξαρτήτως αν η παροχή του επιβεβαιώνεται ή όχι σε μία διμερή σύμβαση προστασίας των επενδύσεων. Η εξ ορισμού υποχρεωτικότητα του συγκεκριμένου προτύπου προκύπτει από ένα γενικό κανόνα του διεθνούς δικαίου, σύμφωνα με τον οποίο κανένα κράτος της διεθνούς κοινότητας δεν μπορεί να μεταχειρίζεται στην επικράτειά του τους αλλοδαπούς κατά τρόπο τέτοιο, ώστε να παραβιάζονται οι γενικοί κανόνες του διεθνούς δικαίου αναφορικά με τη μεταχείριση των αλλοδαπών (*treatment of aliens*)⁸³.

Ενώ η εθνική μεταχείριση και η μεταχείριση του μάλλον ευνοούμενου κράτους έχουν σχετικό χαρακτήρα, η δίκαιη μεταχείριση είναι απόλυτη εγγύηση, εφόσον δεν προσδιορίζεται σε κάθε περίπτωση αναφορικά προς άλλο επίπεδο μεταχείρισης, αλλά ενσωματώνει προϋφιστάμενους κανόνες συμπεριφοράς, οι οποίοι μάλιστα οριοθετούν το κατώτατο όριο μεταχείρισης. Ως προς το περιεχόμενο της συγκεκριμένης υποχρέωσης, σύμφωνα με το δικαστή Steven Schwebel, η δίκαιη μεταχείριση περιλαμβάνει τις αρχές της καλής πίστης (*good faith*), την αρχή της επιβαλλόμενης διαδικασίας (*due process*), την αρχή της μη διάκρισης (*non-discrimination*) και την αρχή της αναλογικότητας (*proportionality*)⁸⁴. Με νεότερες αποφάσεις διαιτητικών δικαστηρίων στην έννοια της δίκαιης μεταχείρισης εμπίπτει και η αρχή της προστασίας των εύλογων προσδοκιών (*legitimate expectations*). Η αρχή αυτή έχει την έννοια ότι

⁸² Faya Rodriguez A., *The Most-Favored-Nation Clause in International Investment Agreements - A Tool for Treaty Shopping?*, *Journal of International Arbitration*, Vol. 25:1 (2008), σελ. 89.

⁸³ όπ. παρ. υποσημ. 2, σελ. 619-620.

⁸⁴ ICSID, "*MTD Equity Son. Bhd. And MTD Chile S.A. v. Republic of Chile*", Case No. ARB/01/7, Award (2004), §109. Διαθέσιμη στη διεύθυνση: <https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/ita0544.pdf>.

το κράτος υποδοχής δεν πρέπει να συμπεριφέρεται με τρόπο που να διαψεύδει τις προσδοκίες που με προγενέστερη συμπεριφορά του έχει εύλογα δημιουργήσει στον ξένο επενδυτή⁸⁵.

Όσον αφορά την αλληλεπίδραση των τριών προαναφερθέντων προτύπων μεταχείρισης, σε κάθε περίπτωση στόχος είναι η εφαρμογή του πλέον ευνοϊκού προτύπου μεταξύ της εθνικής μεταχείρισης και του μάλλον ευνοούμενου κράτους, όταν αυτές αποτυπώνονται στα διμερή επενδυτικά κείμενα. Σε καμία περίπτωση, όμως, δεν επιτρέπεται η μεταχείριση μίας ξένης επένδυσης από το κράτος υποδοχής να είναι λιγότερο ευνοϊκή από τη μεταχείριση που επιβάλλει σε ανάλογες περιστάσεις το διεθνές δίκαιο, ανεξαρτήτως αν η σχετική πρόβλεψη αποτυπώνεται στη διμερή επενδυτική σύμβαση.

(δ) Η αποζημίωση σε περίπτωση απαλλοτρίωσης της ξένης επένδυσης

Πέραν των γενικών εγγυήσεων προστασίας των διεθνών επενδύσεων, αντικείμενο διμερών διαπραγματεύσεων αποτελούν συχνά και ειδικότερες μορφές εγγυήσεων, με πλέον χαρακτηριστικά παραδείγματα την ασφαλιστική κάλυψη των κινδύνων και την υποχρέωση καταβολής αποζημίωσης σε περίπτωση απαλλοτρίωσης μίας ξένης επένδυσης. Ιδιαίτερη σημασία, όσον αφορά τη φορολογική μεταχείριση των διεθνών επενδύσεων, παρουσιάζει η εξέταση της έννοιας της απαλλοτρίωσης και των εγγυήσεων προστασίας που συνδέονται με αυτήν.

Η απαλλοτρίωση ή εθνικοποίηση αποτελεί κρατικό μέτρο συνυφασμένο με την εξυπηρέτηση του δημοσίου συμφέροντος και, συγχρόνως, το μεγαλύτερο κίνδυνο από τον οποίο απειλείται μία ξένη επένδυση στο κράτος υποδοχής. Κι αυτό διότι περνά στην ιδιοκτησία αυτού που υποτίθεται ότι εγγυάται την προστασία της επένδυσης στο έδαφός του, με αποτέλεσμα να την ιδιοποιείται αντί να την προστατεύσει. Η απαλλοτρίωση εξ ορισμού δεν απαγορεύεται ούτε σε εθνικό ούτε σε διεθνές επίπεδο, εφόσον συνδέεται με την υλοποίηση κρατικών μέτρων υποδομής, αλλά η νομιμότητά της εξαρτάται από αυστηρές προϋποθέσεις, όπως καταδεικνύεται στη συνέχεια.

Στην υπό κρίση έννοια εμπίπτουν μέτρα γνήσιας και λανθάνουσας απαλλοτρίωσης. Με τη σειρά της η γνήσια απαλλοτρίωση διακρίνεται σε *de jure* και *de facto*. Στην πρώτη περίπτωση τα δικαιώματα ιδιοκτησίας του ξένου επενδυτή επί της επένδυσής του ή επί περιουσιακών στοιχείων του ίδιου ή της επένδυσής του (*property rights*) μεταφέρονται στο κράτος υποδοχής με μία ή περισσότερες πράξεις του εσωτερικού δικαίου του τελευταίου. Με τη μεταφορά της

⁸⁵ ICSID, “*TecMed S.A. v. The United Mexican States*”, CASE No. ARB (AF)/00/2 , Award (2003), §154. Διαθέσιμη στη διεύθυνση: <https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/ita0854.pdf>.

ιδιοκτησίας των περιουσιακών στοιχείων της επένδυσης στο κράτος υποδοχής, ο ξένος επενδυτής χάνει τον τίτλο ιδιοκτησίας που νομίμως απέκτησε και μαζί με αυτόν και τον έλεγχο επί των ίδιων περιουσιακών στοιχείων, όπως και τη δυνατότητα χρήσης ή αξιοποίησης αυτών για το σκοπό για τον οποίο προορίζονταν⁸⁶. Αντιθέτως, στην περίπτωση της *de facto* απαλλοτρίωσης η κυριότητα επί των περιουσιακών στοιχείων του ξένου επενδυτή δε μεταφέρεται στο κράτος υποδοχής με επίσημη πράξη του εσωτερικού δικαίου του τελευταίου, αλλά με απλή υλική ενέργεια, όπως εκδίωξη και κατάληψη της περιουσίας με τη βία ή την απειλή άσκησης βίας, με την οποία θέτει υπό τον οριστικό και απόλυτο έλεγχό του την ξένη περιουσία, στερώντας την εν τοις πράγμασι από τους ιδιοκτήτες της. Η συγκεκριμένη μορφή απαλλοτρίωσης, βέβαια, είναι απολύτως παράνομη στο διεθνές επενδυτικό δίκαιο, καθότι αυταπόδεικτα αυθαίρετη⁸⁷.

Περισσότερο κρίσιμη υπό το πρίσμα της φορολογικής μεταχείρισης των διεθνών επενδύσεων είναι η περίπτωση της λανθάνουσας απαλλοτρίωσης (*creeping/indirect expropriation*), η οποία συνίσταται στη λήψη μέτρων του κράτους υποδοχής που, χωρίς να οδηγούν σε στέρηση της ιδιοκτησίας του ξένου επενδυτή και μεταφορά αυτής στο κράτος υποδοχής, έχουν ως αποτέλεσμα να στερούν τους δικαιούχους από την εκμετάλλευση, την ωφέλεια ή την αξιοποίησή τους ή να περιορίζουν υπέρμετρα τον έλεγχο των ιδιοκτητών ή τη χρήση για την οποία προορίζονταν. Χαρακτηριστικά παραδείγματα λανθάνουσας απαλλοτρίωσης αποτελούν η ανάκληση της άδειας λειτουργίας της ξένης επένδυσης, στο βαθμό που, χωρίς να στερεί τον επενδυτή από την ιδιοκτησία σου, αποκλείει αυτόν από την άσκηση της σχετικής επιχειρηματικής δραστηριότητας, καθώς και περιπτώσεις αύξησης της φορολογίας ή άλλων βαρών της επιχείρησης σε τέτοιο βαθμό ώστε να στερεί την επιχείρηση από οποιαδήποτε δυνατότητα αποκόμισης κερδών και να καθιστά εντελώς ασύμφορη τη συνέχισή της⁸⁸.

Όσον αφορά τις προϋποθέσεις νομιμότητας των μέτρων απαλλοτρίωσης, αυτές δεν αποτυπώνονται σε συμβατικά κείμενα, παρά αποτελούν αποκύημα του διεθνούς εθιμικού δικαίου, όπως αυτό έχει κωδικοποιηθεί από την Παγκόσμια Τράπεζα⁸⁹. Σύμφωνα με τις κατευθυντήριες οδηγίες της Παγκόσμιας Τράπεζας, η νομιμότητα απαλλοτρίωσης μίας ξένης επένδυσης εξαρτάται από την πλήρωση των εξής τεσσάρων προϋποθέσεων. Πρώτον, η απαλλοτρίωση πρέπει να έχει επιβληθεί για δημόσιο σκοπό, δηλαδή για την εξυπηρέτηση του

⁸⁶ όπ. παρ. υποσημ. 2, σελ. 635-636.

⁸⁷ όπ. παρ. σελ. 636.

⁸⁸ OECD Working Papers on International Investment, "Indirect Expropriation" and the "Right to Regulate" in International Investment Law (2004). Διαθέσιμο στη διεύθυνση: https://www.oecd.org/daf/inv/investment-policy/WP-2004_4.pdf.

⁸⁹ Shihata I., LEGAL TREATMENT OF FOREIGN INVESTMENT: THE WORLD BANK GUIDELINES, Martinus Nijhoff Publishers (1993), σελ. 85 επ.

δημοσίου συμφέροντος στο κράτος υποδοχής, υπό τον όρο σεβασμού των αρχών της καλής πίστης και της αναλογικότητας. Αυτό πρακτικά σημαίνει ότι η εξυπηρέτηση του δημοσίου συμφέροντος δεν επιτρέπεται να είναι προσχηματική, υποκρύπτοντας στην πραγματικότητα άλλους λόγους επιβολής του μέτρου απαλλοτρίωσης, όπως λόγους πολιτικής αντίδρασης στο κράτος προέλευσης του επενδυτή⁹⁰. Δεύτερον, η επιβαλλόμενη απαλλοτρίωση δεν πρέπει να εισάγει διακριτική μεταχείριση σε βάρος της αλλοδαπής περιουσίας, κατά τρόπο τέτοιο ώστε να μεταχειρίζεται την τελευταία δυσμενέστερα σε σχέση με τις αντίστοιχες ημεδαπές επενδύσεις. Τρίτον, η απαλλοτρίωση δεν πρέπει να επιβάλλεται αυθαίρετα από το κράτος υποδοχής αλλά σύμφωνα με την ισχύουσα στο εν λόγω κράτος νόμιμη διαδικασία. Παρόλο που η συνδρομή της απαίτησης για προηγούμενη τήρηση της νόμιμης διαδικασίας κρίνεται με βάση το εθνικό δίκαιο του κράτους υποδοχής, τυγχάνουν εφαρμογής οι περιορισμοί που απορρέουν από τη διεθνή υποχρέωση δίκαιης μεταχείρισης⁹¹. Έτσι, το ερώτημα κατά πόσο τηρήθηκε η νόμιμη διαδικασία σε τελευταίο επίπεδο κρίνεται στη βάση των διεθνών προτύπων μεταχείρισης.

Τέλος, ένα μέτρο απαλλοτρίωσης είναι νόμιμο μόνο εφόσον συνοδεύεται από την καταβολή κατάλληλης αποζημίωσης (*appropriate compensation*). Σύμφωνα με το εθιμικό διεθνές δίκαιο, η αποζημίωση θεωρείται κατάλληλη, όταν είναι επαρκής (*adequate*), πραγματική (*effective*) και άμεση (*prompt*)⁹². Επαρκής είναι η αποζημίωση, όταν υπολογίζεται με βάση την εύλογη αγοραία αξία (*fair market value*) που είχε το απαλλοτριωθέν περιουσιακό στοιχείο πριν την επιβολή του σχετικού μέτρου απαλλοτρίωσης. Η αξία αυτή αντιστοιχεί στο ποσό που θα ήταν διατεθειμένος να καταβάλει ένας πιθανός αγοραστής στο δικαιούχο της αποζημίωσης, εάν ο τελευταίος αποφάσιζε να εκποιήσει το περιουσιακό στοιχείο του. Πραγματική θεωρείται η αποζημίωση, όταν καταβάλλεται στο νόμισμα στο οποίο εισήχθησαν τα επενδυμένα κεφάλαια, εφόσον το νόμισμα αυτό εξακολουθεί να είναι ελεύθερα μετατρέψιμο ή σε διαφορετικό νόμισμα που χρησιμοποιείται από το Διεθνές Νομισματικό Ταμείο⁹³. Άμεση είναι η αποζημίωση, όταν καταβάλλεται στο δικαιούχο χωρίς καθυστέρηση, δηλαδή εντός ενός ευλόγου χρονικού διαστήματος από την κήρυξη της απαλλοτρίωσης⁹⁴.

⁹⁰ όπ. παρ. υποσημ. 2, σελ. 639 επ.

⁹¹ όπ. παρ. σελ. 642.

⁹² Aréchaga De Jimenez E., *State responsibility for the nationalization of foreign owned property*, New York University Journal of International Law and Politics, Vol. 11 (1978), σελ. 179.

⁹³ όπ. παρ. υποσημ. 88.

⁹⁴ όπ. παρ.

ΕΝΟΤΗΤΑ ΤΡΙΤΗ:

Η ΦΟΡΟΛΟΓΙΚΗ ΜΕΤΑΧΕΙΡΙΣΗ ΤΩΝ ΔΙΕΘΝΩΝ ΕΠΕΝΔΥΣΕΩΝ

Κοινός τόπος στις περισσότερες διμερείς επενδυτικές συμβάσεις είναι η απουσία συγκεκριμένων διατάξεων περί φορολόγησης των ξένων επενδύσεων. Το φαινόμενο αυτό οφείλεται κατά κανόνα στην επιφυλακτικότητα των κρατών απέναντι σε ενδεχόμενη σύγκρουση αρμοδιοτήτων μεταξύ των διάφορων κρατικών αρχών, καθώς και στην απροθυμία τους να περιοριστεί το δικαίωμά τους στη διαμόρφωση της οικονομικής πολιτικής σε συμβατικό επίπεδο⁹⁵. Ωστόσο, δε λείπουν και διμερείς συμβάσεις, οι οποίες δε διστάζουν να θίξουν ζητήματα φορολόγησης των ξένων επενδύσεων, ως απάντηση στο καίριο ερώτημα, αν και σε ποιο βαθμό υποχρεούνται οι κρατικές αρχές να φορολογούν τις ξένες επενδύσεις με σεβασμό στα πρότυπα της εθνικής μεταχείρισης, της μεταχείρισης του μάλλον ευνοούμενου κράτους και της δίκαιης μεταχείρισης σύμφωνα με τις αρχές του γενικού διεθνούς δικαίου.

Στην παρούσα ενότητα επιχειρείται η προσέγγιση του ως άνω ερωτήματος, σε πρώτο επίπεδο, από τη σκοπιά επιμέρους διμερών συμβάσεων μεταξύ κρατών και, σε δεύτερο επίπεδο, υπό το πρίσμα της νομολογίας των διαιτητικών δικαστηρίων.

I. Η φορολογική μεταχείριση των διεθνών επενδύσεων στο πλαίσιο διμερών συμβάσεων

Στη βάση εξέτασης των επιμέρους διμερών επενδυτικών συμβάσεων, όπως αυτές έχουν καταγραφεί από την Παγκόσμια Τράπεζα⁹⁶, προκύπτουν τρεις κατηγορίες διμερών συμβάσεων, όσον αφορά τη φορολογική μεταχείριση των επενδύσεων.

Η πρώτη κατηγορία διμερών συμβάσεων καθιερώνει γενική εξαίρεση της φορολογίας από το πεδίο εφαρμογής της σύμβασης. Ενδεικτική είναι η σχετική διάταξη στη διμερή επενδυτική σύμβαση μεταξύ της Αργεντινής και της Νέας Ζηλανδίας, κατά την οποία «Οι διατάξεις της παρούσας συμφωνίας δεν εφαρμόζονται σε ζητήματα φορολογίας στην επικράτεια κανενός εκ των δύο Συμβαλλόμενων Κρατών. Αυτά τα ζητήματα διέπονται από τους εθνικούς νόμους κάθε Συμβαλλόμενου Κράτους και τους όρους οποιασδήποτε συμφωνίας σχετικής με τη

⁹⁵ UNCTAD, *Bilateral Investment Treaties 1995-2006: Trends in Investment Rulemaking*, UNITED NATIONS New York and Geneva (2007), σελ. 80-99. Διαθέσιμο στη διεύθυνση: https://unctad.org/en/docs/iteiia20065_en.pdf.

⁹⁶ World Bank, *Database of Bilateral Investment Treaties*. Διαθέσιμο στη διεύθυνση: <https://icsid.worldbank.org/en/Pages/resources/Bilateral-Investment-Treaties-Database.aspx>.

φορολογία μεταξύ των Συμβαλλόμενων Κρατών.»⁹⁷. Σε αντίστοιχες περιπτώσεις διμερών συμβάσεων καμία διάταξη φορολογικού περιεχομένου, ανεξαρτήτως του βαθμού ασυμφωνίας προς τις υποχρεώσεις της σύμβασης, δεν μπορεί να γίνει αντικείμενο επίκλησης στο πλαίσιο της επενδυτικής σύμβασης. Εφαρμοστέα εργαλεία για την επίλυση ενδεχόμενων επενδυτικών διαφορών λόγω φορολογικής μεταχείρισης είναι οι διατάξεις των συμβάσεων για την αποφυγή της διπλής φορολογίας μεταξύ των ίδιων συμβαλλόμενων κρατών, καθώς και το εθνικό δίκαιο των εμπλεκόμενων εννόμων τάξεων.

Η δεύτερη κατηγορία διμερών συμβάσεων αποκλείει μεν γενικώς τη φορολογία από το πεδίο εφαρμογής, αλλά αφήνει ανοιχτό το ενδεχόμενο εφαρμογής της σύμβασης σε συγκεκριμένες περιπτώσεις. Με αυτόν τον τρόπο επιχειρείται εξισορρόπηση αφενός της προστασίας του επενδυτή και αφετέρου της ανησυχίας των κρατικών αρχών να εξασφαλίσουν ελαστικότητα στην εφαρμογή των οικονομικών πολιτικών τους. Η εξαίρεση αυτή ενεργοποιεί ένα μηχανισμό μέσω του οποίου οι αρμόδιες αρχές κάθε συμβαλλόμενου κράτους μπορούν να ανατρέψουν το επιχείρημα ενός επενδυτή ότι ένα φορολογικό μέτρο παραβιάζει τη διμερή επενδυτική σύμβαση. Με άλλα λόγια, η διμερής επενδυτική σύμβαση καταρχήν δεν έχει εφαρμογή σε φορολογικά μέτρα εκτός αν οι αρμόδιες αρχές των συμβαλλόμενων κρατών διαφωνούν μεταξύ τους σχετικά με το αν ένα φορολογικό μέτρο παραβιάζει τη σύμβαση, καθώς φέρει απαλλοτριωτικό χαρακτήρα.

Σε αυτήν την κατηγορία εντάσσονται όλες οι διμερείς συμβάσεις με συμβαλλόμενο κράτος τον Καναδά και πολλές από τις διμερείς συμβάσεις των Ηνωμένων Πολιτειών. Ως παράδειγμα αναφέρεται η διμερής επενδυτική σύμβαση μεταξύ των Ηνωμένων Πολιτειών και της Ουρουγουάης, όπου προβλέπεται ότι οι αρχές της εθνικής μεταχείρισης και της μεταχείρισης του μάλλον ευνοούμενου κράτους έχουν εφαρμογή σε όλα τα φορολογικά μέτρα που δε σχετίζονται με την άμεση φορολογία, δηλαδή σε φορολογικά μέτρα που δε σχετίζονται με το φόρο εισοδήματος, κεφαλαίου, ακινήτων και κληρονομίας. Κατά συνέπεια, εφαρμόζονται αναλογικά και οι διατάξεις περί απαλλοτρίωσης και αποζημίωσης στα φορολογικά μέτρα. Στο σημείο αυτό, όμως, πρέπει να γίνει μία σημαντική διευκρίνιση. Ο αιτών που ισχυρίζεται ότι ένα φορολογικό μέτρο συνεπάγεται απαλλοτρίωση μπορεί να υποβάλει αίτημα διαιτησίας υπό την προϋπόθεση προηγούμενης αναφοράς -και μάλιστα έγγραφης- στις αρμόδιες φορολογικές αρχές και των δύο συμβαλλόμενων κρατών ως προς το ζήτημα του κατά πόσο το κρίσιμο φορολογικό μέτρο έχει απαλλοτριωτικό χαρακτήρα και παρέλευσης 180 ημερών από την ημερομηνία

⁹⁷ Agreement between the Government of the Argentine Republic and the Government of New Zealand for the Promotion and Reciprocal Protection of Investments (1999), Art. 5§2. Διαθέσιμη στη διεύθυνση: <http://investmentpolicyhub.unctad.org/Download/TreatyFile/108>

αναφοράς, εντός των οποίων οι αρμόδιες αρχές απέτυχαν να καταλήξουν σε συμφωνία σχετικά με το ότι το συγκεκριμένο φορολογικό μέτρο δε συνιστά απαλλοτρίωση⁹⁸.

Η τρίτη κατηγορία περιλαμβάνει διμερείς επενδυτικές συμβάσεις, οι οποίες εφαρμόζονται σε ζητήματα φορολογίας, αλλά περιέχουν μία περιορισμένη εξαίρεση ως προς την υποχρέωση να μην κάνουν διακρίσεις. Ειδικότερα, επιτρέπουν στο συμβαλλόμενο κράτος να απέχει από τη χορήγηση εθνικής μεταχείρισης και μεταχείρισης του μάλλον ευνοούμενου κράτους στους επενδυτές του αντισυμβαλλόμενου κράτους ως προς οποιοδήποτε φορολογικό πλεονέκτημα χορηγεί το πρώτο κράτος στους υπηκόους του. Ενδεικτική αυτής της κατηγορίας είναι η διμερής σύμβαση μεταξύ της Γερμανίας και του Μεξικό, σύμφωνα με την οποία «Οι διατάξεις περί εθνικής μεταχείρισης και μεταχείρισης του μάλλον ευνοούμενου κράτους δε δεσμεύουν το Συμβαλλόμενο Κράτος να εφαρμόσει ως προς τα φυσικά πρόσωπα και τις εταιρίες που είναι κάτοικοι του άλλου Συμβαλλόμενου Κράτους τα φορολογικά πλεονεκτήματα, τις εξαιρέσεις και τις απαλλαγές που σύμφωνα με τους φορολογικούς νόμους εφαρμόζονται μόνο ως προς τους κατοίκους του ίδιου Συμβαλλόμενου Κράτους.»⁹⁹.

Παρά τις επιμέρους διαφορές σε επίπεδο γραμματικής διατύπωσης, όλες οι διμερείς επενδυτικές συμβάσεις παρουσιάζουν ως κοινό τόπο τη συμφωνία ότι καμία διάταξη της διμερούς επενδυτικής συμφωνίας δεν επηρεάζει τα δικαιώματα και τις υποχρεώσεις κάθε συμβαλλόμενου κράτους που απορρέουν από τις συμβάσεις για την αποφυγή της διπλής φορολογίας. Μάλιστα, σε περίπτωση ενδεχόμενης ασυμφωνίας μεταξύ της επενδυτικής και της φορολογικής σύμβασης υπερισχύει η τελευταία, ενώ οι μόνες υπεύθυνες για τη διερεύνηση του ζητήματος αν υπάρχει ασυμφωνία είναι οι αρμόδιες κατά τη φορολογική σύμβαση αρχές.

II. Ζητήματα φορολογικής μεταχείρισης των διεθνών επενδύσεων από τη νομολογία των διαιτητικών δικαστηρίων

Στη νομολογία των διαιτητικών δικαστηρίων που επιλαμβάνονται διαφορών αναφερόμενων από διεθνές επενδύσεις συχνά ανακύπτουν ζητήματα σχετικά με τη φορολόγηση των επενδύσεων σε διασυνοριακό επίπεδο. Πρόκειται για ζητήματα που αποδίδονται με τον όρο

⁹⁸ Treaty between the United States of America and the Oriental Republic of Uruguay Concerning the Encouragement and Reciprocal Protection of Investment (2004), Art. 21.

Διαθέσιμη στη διεύθυνση: <http://investmentpolicyhub.unctad.org/Download/TreatyFile/2380>.

⁹⁹ Protocol of the Agreement between the United Mexican States and the Federal Republic of Germany on the Promotion and Reciprocal Protection of Investments (1998), Art. 3.

Διαθέσιμη στη διεύθυνση: <http://investmentpolicyhub.unctad.org/Download/TreatyFile/1371>.

“*matters of taxation*”, χωρίς όμως να έχει διαμορφωθεί συγκεκριμένος ορισμός για την περιγραφή της ως άνω έννοιας.

(α) *EnCana Corporation v. Republic of Ecuador*¹⁰⁰

Στο σύνολό τους σχεδόν οι διαιτητικές αποφάσεις που σχετίζονται με ζητήματα φορολόγησης των διεθνών επενδύσεων παραπέμπουν, όσον αφορά την ερμηνεία των “*matters of taxation*”, στην απόφαση *EnCana Corporation v. Republic of Ecuador*, όπου το κρίσιμο ερώτημα ήταν κατά πόσο συνιστά φορολογικό μέτρο το σύστημα συλλογής και ανάκτησης ΦΠΑ. Στην απόφαση αυτή το διαιτητικό δικαστήριο τόνισε ότι εφαρμοστέα είναι η συνήθης ερμηνεία στο πλαίσιο της σύμβασης. Για το σκοπό αυτό πρέπει να ληφθεί υπόψη η φύση του φόρου που επιβάλλεται με νόμο, ανεξαρτήτως αν πρόκειται για άμεσο ή έμμεσο φόρο, με αποτέλεσμα να εμπίπτουν και ζητήματα σχετιζόμενα με το ΦΠΑ. Στην έννοια των “*taxation measures*” εντάσσεται κάθε διάταξη του φορολογικού καθεστώτος που προσδιορίζει το πόσο του καταβλητέου ή επιστρεπτέου φόρου, συμπεριλαμβανομένων όσων προβλέπουν εξαιρέσεις ή απαλλαγές. Επιπλέον, το διαιτητικό δικαστήριο επισημαίνει ότι το ερώτημα αν ένα μέτρο έχει φορολογικό χαρακτήρα είναι πρωτίστως ερώτημα της νομικής φύσης του και όχι του οικονομικού αποτελέσματος που αυτό επιφέρει. Κι αυτό διότι οι οικονομικές συνέπειες ενός μέτρου μπορεί να είναι ασαφείς και αμφισβητήσιμες, ενώ η νομική φύση είναι δεδομένη, καθόσον θεμελιώνεται σε νόμο.

Λαμβανομένων υπόψη των προαναφερθέντων σκέψεων, το διαιτητικό δικαστήριο κατέληξε στο συμπέρασμα ότι ένα μέτρο που προβλέπει απαλλαγή από φόρο αποτελεί φορολογικό μέτρο στον ίδιο βαθμό με το μέτρο που επέβαλε το φόρο εξαρχής. Έτσι, στην περίπτωση του ΦΠΑ, το διαιτητικό δικαστήριο απέρριψε το επιχείρημα ότι το σύστημα συλλογής και ανάκτησης ΦΠΑ, ακόμα και αν είναι τελικώς ουδέτερο για τον ενδιάμεσο παραγωγό ή κατασκευαστή, αποτελεί κάτι λιγότερο από φορολογικό μέτρο σε καθένα από τα επιμέρους στάδια της διαδικασίας. Συνεπώς, ένας νόμος που επιβάλλει σε έναν προμηθευτή την υποχρέωση να χρεώνει ΦΠΑ αποτελεί φορολογικό μέτρο, όπως ακριβώς και ένας νόμος που καθιερώνει την υποχρέωση αιτιολόγησης του ληφθέντος ΦΠΑ και ένας νόμος που ρυθμίζει τη δυνατότητα επιστροφής ΦΠΑ που προκύπτει από τη διαφορά μεταξύ του φόρου εισροών και εκροών¹⁰¹.

¹⁰⁰ ICSID, *EnCana Corporation v. Republic of Ecuador* (2006).

Διαθέσιμη στη διεύθυνση: https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/ita0285_0.pdf.

¹⁰¹ όπ. παρ. §142.

(β) *Duke Energy Electroquil Partners & Electroquil S.A. v. Republic of Ecuador*¹⁰²

Το κρίσιμο ερώτημα στη συγκεκριμένη υπόθεση ήταν αν οι υποχρεώσεις που σχετίζονται με τον εκτελωνισμό (εδώ ενός στροβίλου για έναν ηλεκτροπαραγωγικό σταθμό) αποτελούν φορολογικά ζητήματα (“*matters of taxation*”). Η σημασία του ερωτήματος αυτού έγκειται στο ότι, σε περίπτωση καταφατικής απάντησης, εμπίπτουν στο άρ. X (2) (c) και, κατ’ επέκταση, εξαιρούνται από τη δικαιοδοσία των διαιτητικών δικαστηρίων.

Η εξεταστέα διάταξη της διμερούς σύμβασης μεταξύ του Εκουαδόρ και των Ηνωμένων Πολιτειών προβλέπει ότι «οι διατάξεις αυτής της Σύμβασης, και κυρίως τα Άρθρα VI και VII, εφαρμόζονται σε ζητήματα φορολογίας που σχετίζονται αποκλειστικά με τις εξής περιπτώσεις: (α) απαλλοτρίωση, σύμφωνα με το Άρθρο III, (β) μεταφορές πληρωμών, σύμφωνα με το Άρθρο IV ή (γ) την παρακολούθηση και την εφαρμογή των όρων επενδυτικής συμφωνίας ή άδειας, όπως αναφέρεται στο Άρθρο VI (1) (α) οι (β), στο βαθμό που δεν υπόκεινται στις διατάξεις περί επίλυσης διαφορών Σύμβασης για την αποφυγή της διπλής φορολογίας μεταξύ των δύο Μερών ή έχουν υπαχθεί σε αυτό το μηχανισμό αλλά δεν έχουν επιλυθεί εντός ευλόγου χρονικού διαστήματος.»¹⁰³.

Επικαλούμενο την ερμηνεία του όρου “*taxation measures*”, όπως αυτή διατυπώθηκε στην απόφαση *EnCana Corporation*, το διαιτητικό δικαστήριο έλαβε υπόψη του τη νομική φύση των διατάξεων περί εξαίρεσης από την υποχρέωση εκτελωνισμού, διαπιστώνοντας ότι αυτή θεμελιωνόταν πράγματι σε νόμο (Ley No. 30 de Exoneración de Impuestos a Importaciones del Sector Público para Obras y Servicios Prioritarios). Σύμφωνα με το συγκεκριμένο νόμο, προβλέπεται εξαίρεση από τέλη εισαγωγής σε περίπτωση αναγκών μίας βιομηχανίας που θεωρείται εθνική προτεραιότητα. Λαμβανομένης, συγκεκριμένα, υπόψη της κρίσης του δικαστηρίου στην απόφαση *EnCana Corporation*, το διαιτητικό δικαστήριο επανέλαβε ότι ένα μέτρο που προβλέπει εξαίρεση από τη φορολογία συνιστά φορολογικό μέτρο όπως ακριβώς και το μέτρο που επέβαλε το φόρο εξαρχής. Υπό το πρίσμα αυτό, και στην κρινόμενη περίπτωση πρόκειται για φορολογικό μέτρο¹⁰⁴.

Έχοντας επιβεβαιώσει το φορολογικό χαρακτήρα του επίμαχου μέτρου, το δικαστήριο προέβη στην εξέταση του ερωτήματος αν το συγκεκριμένο μέτρο εμπίπτει στις εξαιρέσεις της

¹⁰² ICSID, *Duke Energy Electroquil Partners & Electroquil S.A. v. Republic of Ecuador*, Case No. ARB/04/19 (2008). Διαθέσιμη στη διεύθυνση: <https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/ita0256.pdf>.

¹⁰³ Treaty between the United States of America and the Republic of Ecuador concerning the Encouragement and Reciprocal Protection of Investment (1993), Art. X (2).

Διαθέσιμη στη διεύθυνση: <http://investmentpolicyhub.unctad.org/Download/TreatyFile/1065>.

¹⁰⁴ όπ. παρ. υποσημ. 100, §175.

διμερούς σύμβασης, ώστε να διαπιστώσει αν έχει δικαιοδοσία επί της διαφοράς. Ως προς το ερώτημα αυτό το δικαστήριο τόνισε ότι η συμφωνία μεταξύ της εταιρίας και του Εκουαδόρ αποτελεί Power Purchase Agreement και δεν υπέχει θέση επενδυτικής συμφωνίας, με αποτέλεσμα να εκφεύγει του πεδίου εφαρμογής του άρθρου X (2) και, κατά συνέπεια, της δικαιοδοσίας των διαιτητικών δικαστηρίων¹⁰⁵.

(γ) *Archer Daniels Midland Company and Tate & Lyle Ingredients Americas, Inc. v. The United Mexican States*¹⁰⁶

Στην υπόθεση αυτή το διαιτητικό δικαστήριο απασχολήθηκε με το ερώτημα πότε ένα φορολογικό μέτρο παραβιάζει την αρχή της μη διακριτικής μεταχείρισης. Κατά το ιστορικό της υπόθεσης, το Μεξικό επέβαλε με νόμο έμμεσο φόρο σε γλυκαντικά που δεν προέρχονται από ζαχαροκάλαμο, και, ειδικότερα, επιβάρυνε με φόρο 20% *ad valorem* συγκεκριμένη παρτίδα αναψυκτικών, συμπεριλαμβανομένων όσων περιείχαν γλυκόζη. Η επιβάρυνση αυτή είχε ως αποτέλεσμα την επιπρόσθετη φορολόγηση των προϊόντων της αιτούσας εταιρίας συγκριτικά με τα αντίστοιχα εγχώρια προϊόντα, τα οποία παράγονταν στη βάση ζάχαρης από ζαχαροκάλαμο, η οποία ήταν και η μόνη που εξαιρέθηκε από τον πρόσθετο φόρο. Με την επιβολή του κρίσιμου φόρου διαμορφώθηκε ένα διαφορετικό καθεστώς για δύο κατηγορίες αναψυκτικών, καθώς η μία κατηγορία επιβαρύνθηκε με 20% επιπλέον φόρο, ενώ η άλλη εξαιρούνταν από το φόρο. Μοναδικό κριτήριο αυτής της απόκλισης αποτελούσε το αν έχει χρησιμοποιηθεί ως γλυκαντικό ζάχαρη από ζαχαροκάλαμο.

Το διαιτητικό δικαστήριο διέγνωσε ότι ο φόρος επιβλήθηκε με αποκλειστικό σκοπό να προστατευθεί η εγχώρια μεξικανική βιομηχανία ζάχαρης από τους ξένους ανταγωνιστές. Τελικώς κρίθηκε ότι παραβιάστηκε το άρθρο 1102 NAFTA, το οποίο κατοχυρώνει την υποχρέωση εθνικής μεταχείρισης, καθώς ο φόρος επιβλήθηκε με τρόπο που χορηγούσε προστασία στην εγχώρια παραγωγή ζάχαρης και είχε στο στόχαστρο τη βιομηχανία παραγωγής γλυκαντικών που ανήκε κατά κύριο λόγο στην ιδιοκτησία ξένων επενδυτών από τις Ηνωμένες Πολιτείες της Αμερικής¹⁰⁷.

¹⁰⁵ όπ. παρ. υποσημ. 100, §§185-188.

¹⁰⁶ ICSID, *Archer Daniels Midland Company and Tate & Lyle Ingredients Americas, Inc. v. The United Mexican States*, Case No. ARB (AF)/04/5 (2007). Διαθέσιμη στη διεύθυνση: https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/ita0037_0.pdf.

¹⁰⁷ όπ. παρ. §§ 205 επ.

(δ) *Pan American Energy LLC and BP Argentina Exploration Company v. The Argentine Republic*¹⁰⁸ και *El Paso Energy International Company v. The Argentine Republic*¹⁰⁹

Η διμερής επενδυτική σύμβαση μεταξύ των Ηνωμένων Πολιτειών και της Αργεντινής¹¹⁰ έχει αποδειχθεί ιδιαίτερος προβληματική ως προς την εφαρμογή της, με την ερμηνεία της να έχει πολλάκις απασχολήσει τα διαιτητικά δικαστήρια. Αντικείμενο επίκλησης στις περισσότερες περιπτώσεις αποτελεί το άρθρο XII, το οποίο προβλέπει τα εξής: «1. Όσον αφορά τις φορολογικές πολιτικές του, κάθε Συμβαλλόμενο Κράτος πρέπει να προσπαθεί να μεταχειρίζεται δικαίως και ισοτίμως τις επενδύσεις των φυσικών και νομικών προσώπων του αντισυμβαλλόμενου Κράτους. 2. Όμως, οι διατάξεις αυτής της Σύμβασης και συγκεκριμένα τα Άρθρα VII και VIII πρέπει να εφαρμόζονται σε φορολογικά μέτρα μόνο ως προς την απαλλοτρίωση (IV), τις μεταφορές πληρωμών (V) και την παρακολούθηση και εφαρμογή των όρων της επενδυτικής συμφωνίας ή άδειας σύμφωνα με την παρούσα Σύμβαση (VII), στο βαθμό που δεν υπόκεινται στις διατάξεις επίλυσης διαφορών ενδεχόμενης Σύμβασης για την αποφυγή διπλής φορολογίας μεταξύ των Συμβαλλόμενων Κρατών ή έχουν εγερθεί στο πλαίσιο αυτών των διατάξεων και δεν έχουν επιλυθεί εντός ευλόγου χρονικού διαστήματος.».

Και στις δύο εξεταζόμενες υποθέσεις το ερώτημα που κλήθηκε να επιλύσει το διαιτητικό δικαστήριο αφορούσε την υποχρέωση δίκαιης και ίσης μεταχείρισης των επενδύσεων σε ζητήματα σχετικά με τη φορολόγηση αυτών και, συγκεκριμένα, σχετικά με την επιβολή εκ μέρους της Αργεντινής παρακράτησης κατά την εξαγωγή υδρογονανθράκων. Τα επιχειρήματα της Αργεντινής θεμελιώνονταν στη γραμματική διατύπωση αυτής της υποχρέωσης εντός της Σύμβασης, που ορίζει ότι “Each Party *should* strive to accord fairness and equity”. Διατυπωθείσα κατ’ αυτόν το δυναμικό τρόπο, σύμφωνα με την εναγομένη, η Σύμβαση γεννά ένα λιγότερο αυστηρό καθήκον, τυχόν παράβαση του οποίου δε συνεπάγεται προσφυγή στο μηχανισμό επίλυσης διαφορών, παρά μόνο αν το κρίσιμο φορολογικό μέτρο σχετίζεται με απαλλοτρίωση, μεταφορές πληρωμών ή την παρακολούθηση και εφαρμογή των όρων της επενδυτικής συμφωνίας ή άδειας.

¹⁰⁸ ICSID, *Pan American Energy LLC and BP Argentina Exploration Company v. The Argentine Republic*, Case No. ARB/03/13 (2006).

Διαθέσιμη στη διεύθυνση: <https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/ita0616.pdf>.

¹⁰⁹ ICSID, *El Paso Energy International Company v. The Argentine Republic*, Case No. ARB/03/15 (2011).

Διαθέσιμη στη διεύθυνση: <https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/ita0270.pdf>.

¹¹⁰ Treaty between the United States of America and the Argentine Republic Concerning the Reciprocal Encouragement and Protection of Investment (1991).

Διαθέσιμη στη διεύθυνση: <https://2001-2009.state.gov/documents/organization/43475.pdf>.

Αντιθέτως, οι ενάγουσες επιχειρήσεις ισχυρίστηκαν ότι πρόκειται για μία υποχρέωση με έννομες συνέπειες, επικαλούμενες την απόφαση του διαιτητικού δικαστηρίου στην υπόθεση *Occidental Exploration and Production Company v. Republic of Ecuador*¹¹¹, σύμφωνα με την οποία οι διατάξεις περί “*fairness and equity*” δε στερούνται νομικής σημασίας, αντιθέτως επιβάλλουν στο κράτος υποδοχής υποχρέωση που δε διαφέρει από την υποχρέωση δίκαιης και ίσης μεταχείρισης του άρθρου II, παρόλο που η γλωσσική διατύπωση δε φαίνεται το ίδιο υποχρεωτική¹¹². Περαιτέρω, υποστήριξαν ότι η επιβολή εκ μέρους της Αργεντινής παρακράτησης κατά την εξαγωγή υδρογονανθράκων τις υποχρέωσε να πωλήσουν το αργό πετρέλαιό τους σε εγχώρια διυλιστήρια σε τιμές χαμηλότερες της αγοραίας αξίας, παραβιάζοντας έτσι την υποχρέωση δίκαιης και ίσης μεταχείρισης των ξένων επενδύσεων. Έτσι, κι αν ήθελε θεωρηθεί λιγότερο δεσμευτική η συγκεκριμένη υποχρέωση, δεν παρεμποδίζονται οι ίδιες να υποβάλουν αίτημα επίλυσης της διαφοράς, από τη στιγμή που συντρέχει παραβίαση της Σύμβασης κατά τρόπο που ισοδυναμεί με απαλλοτρίωση¹¹³.

Ως προς το ερώτημα αν η υποχρέωση εμπίπτει στο πεδίο του “αυστηρού” ή του “ήπιου” δικαίου, το δικαστήριο έκρινε ότι σε κάθε περίπτωση πρέπει να αποκλειστεί η παντελής έλλειψη έννομων συνεπειών από την παραβίαση της υποχρέωσης, ανεξαρτήτως γλωσσικής διατύπωσης της σχετικής διάταξης. Κι αυτό διότι, αν τα μέρη δεν ήθελαν να προσδώσουν περιεχόμενο σε αυτήν την υποχρέωση θα το ανέφεραν ή έστω θα έπρεπε να το αναφέρουν. Δεδομένης της σιωπής των συμβαλλομένων, η υποχρέωση πρέπει να έχει κάποιο νομικό περιεχόμενο, κατ’ εφαρμογή της αρχής *ut magis valeat quam pereat (effet utile)*, χωρίς όμως να φτάνει στο σημείο να εξομοιώνεται νομικά με την υποχρέωση του άρθρου II περί δίκαιης και ίσης μεταχείρισης¹¹⁴.

Ως προς το ζήτημα αν η επιβολή παρακράτησης συνιστά μέτρο απαλλοτριωτικού χαρακτήρα, το δικαστήριο, λαμβανομένων υπόψη των οικονομικών συνθηκών της αγοράς, διαπίστωσε την ύπαρξη αιτιώδους συνάφειας μεταξύ της επιβολής παρακράτησης και της διαφοράς ανάμεσα στην αξία πώλησης και στην αξία στην οποία θα μπορούσαν να είχε πωληθεί το πετρέλαιο και υποχρέωσε την Αργεντινή στην καταβολή της κατάλληλης αποζημίωσης¹¹⁵.

¹¹¹ ICSID, *Occidental Exploration and Production Company v. Republic of Ecuador*, Case No. UN3467 (2007). Διαθέσιμη στη διεύθυνση: <https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/ita0571.pdf>.

¹¹² όπ. παρ. §70.

¹¹³ όπ. παρ. υποσημ. 108, §§101-116.

¹¹⁴ όπ. παρ. υποσημ. 106, §§117-139.

¹¹⁵ όπ. παρ. υποσημ. 108, §§682-742.

ΚΕΦΑΛΑΙΟ ΤΕΤΑΡΤΟ:

CASE STUDY: Η ΠΕΡΙΠΤΩΣΗ ΤΗΣ ΕΝΩΣΙΑΚΗΣ ΠΟΛΙΤΙΚΗΣ ΔΙΕΘΝΩΝ ΕΠΕΝΔΥΣΕΩΝ

Η εξελικτική πορεία της πολιτικής ξένων επενδύσεων της Ευρωπαϊκής Ένωσης ακολούθησε αρχικά την προοδευτική διαμόρφωση της αντίστοιχης πολιτικής των κρατών-μελών της. Σύντομα, όμως, υπό το πρίσμα της Κοινής Εμπορικής Πολιτικής διαπιστώθηκε ότι οι διμερείς επενδυτικές συμβάσεις των κρατών-μελών με τρίτες χώρες έπρεπε να αντικατασταθούν από ενωσιακές συμφωνίες προστασίας και προώθησης των επενδύσεων.

I. Η σταδιακή εξέλιξη της ενωσιακής πολιτικής διεθνών επενδύσεων

Κομβικό σημείο στη διαμόρφωση της ενωσιακής πολιτικής διεθνών επενδύσεων αποτέλεσε η θέση σε ισχύ της Συνθήκης της Λισαβόνας. Μέχρι την υπογραφή της ως άνω Συνθήκης η Ευρωπαϊκή Κοινότητα διέθετε σιωπηρή εξωτερική αρμοδιότητα σύναψης διεθνών συμφωνιών, οι οποίες, αν και περιείχαν μεταξύ άλλων και διατάξεις επενδυτικού περιεχομένου, περιορίζονταν κατά κύριο λόγο στη ρύθμιση της εγκατάστασης νέων επενδύσεων και της ελευθέρωσης της κίνησης κεφαλαίων. Αντιθέτως, η μεταχείριση των επενδύσεων από το κράτος υποδοχής αποτέλεσε κύριο αντικείμενο ρύθμισης συμφωνιών σε διμερή βάση μεταξύ κρατών-μελών και τρίτων κρατών¹¹⁶.

Με τη Συνθήκη της Λισαβόνας ο ρόλος της Ευρωπαϊκής Ένωσης στον τομέα των διεθνών επενδύσεων άλλαξε ριζικά, εφόσον απονεμήθηκε σε αυτήν αποκλειστική αρμοδιότητα διαμόρφωσης και υλοποίησης κοινής πολιτικής μέσω της έκδοσης αυτόνομων μέτρων (Κανονισμών) και της σύναψης διεθνών συμφωνιών. Υπό το νέο αυτό καθεστώς στόχος της Ένωσης κατέστη πλέον η σύναψη ενωσιακών συμφωνιών προς αντικατάσταση των διμερών συμβάσεων των κρατών-μελών, σε συνδυασμό με την επιδίωξη καλόπιστης συνεργασίας σε ενδοενωσιακό επίπεδο για τη διασφάλιση συνοχής ως προς την εξωτερική δράση της Ένωσης¹¹⁷. Σε αυτό το σημείο, βέβαια, αξίζει να επισημανθεί ότι η αποκλειστική αρμοδιότητα της Ένωσης καλύπτει μόνο τον τομέα των άμεσων διεθνών επενδύσεων, κατ' αντιδιαστολή προς τις επενδύσεις χαρτοφυλακίου, η ρύθμιση των οποίων εξακολουθεί να συνιστά συντρέχουσα αρμοδιότητα μεταξύ της Ένωσης και των μελών της¹¹⁸.

¹¹⁶ Σπηλιόπουλος Ο., *Η προοδευτική διαμόρφωση της ενωσιακής πολιτικής διεθνών επενδύσεων: Από τις διμερείς επενδυτικές συνθήκες των κρατών μελών στη διαδικασία εκπόνησης ενωσιακών επενδυτικών συμφωνιών*, ΕΕΕυρΔ, Τεύχος 1 (2015), σελ. 17.

¹¹⁷ όπ. παρ., σελ. 18.

¹¹⁸ όπ. παρ., σελ. 17.

Π. Το πρόβλημα και η προσπάθεια αντιμετώπισής του με τον Κανονισμό 1219/2012

Το πρόβλημα που κλήθηκε να αντιμετωπίσει η Ένωση ήταν η ταυτόχρονη ισχύς ενός μωσαϊκού διμερών και περιφερειακών συμβάσεων, οι οποίες δε διασφάλιζαν την εφαρμογή ισότιμων όρων ανταγωνισμού μεταξύ των ίδιων επενδυτών από διάφορες χώρες. Κι αυτό διότι οι διατάξεις κάθε σύμβασης προσαρμόζονται στις ιδιαιτερότητες των διμερών σχέσεων και των συμφερόντων κάθε συμβαλλόμενου κράτους.

Σχηματικά το πρόβλημα αυτό αποτυπώνεται ως εξής: Μία διμερής σύμβασης μεταξύ του κράτους-μέλους Α και της τρίτης χώρας Γ προβλέπει ένα συγκεκριμένο καθεστώς μεταχείρισης των επενδύσεων. Η εταιρία Μ που έχει την έδρα της στο Α συστήνει θυγατρική εταιρία Θ στο κράτος-μέλος Β, το οποίο, όμως, δεν έχει υπογράψει αντίστοιχη διμερή σύμβαση με την Γ ή έχει μεν υπογράψει σύμβαση, αλλά αυτή προβλέπει δυσμενέστερο βαθμό προστασίας. Αυτό πρακτικά συνεπάγεται διαφορετικό καθεστώς μεταχείρισης μεταξύ της μητρικής εταιρίας Μ και της θυγατρικής της Θ και της όσον αφορά τις επενδύσεις στην τρίτη χώρα Γ. Στόχος, λοιπόν, της Ένωσης κατέστη η αντικατάσταση των πολυάριθμων επιμέρους συμφωνιών των κρατών-μελών με μία τρίτη χώρα από μία ενωσιακή συμφωνία με την ίδια χώρα.

Την ομαλή μετάβαση από το παλαιότερο στο νέο καθεστώς προσπάθησε να επιτύχει η Ένωση με τον Κανονισμό 1219/2012¹¹⁹, ο οποίος υποχρέωσε τα κράτη-μέλη να κοινοποιήσουν στην Επιτροπή όλες τις διμερείς συμβάσεις που επιθυμούσαν να διατηρήσουν σε ισχύ και μετά τη Συνθήκη της Λισαβόνας. Ωστόσο, η ισχύς αυτών υπόκειται στην επιφύλαξη της υποχρέωσης των κρατών-μελών να λαμβάνουν να αναγκαία μέτρα για την άρση των ενδεχόμενων ασυμβατοτήτων μεταξύ των διατάξεων των διμερών συμβάσεων και του ενωσιακού δικαίου. Παράλληλα, αναγνωρίζεται στην Επιτροπή η εξουσία να προβαίνει σε αξιολόγηση των σχετικών συμβάσεων, ώστε να αποφαινεται ως προς το ερώτημα αν αυτές αποτελούν σοβαρό εμπόδιο στη διαπραγμάτευση ή σύναψη ενωσιακών συμφωνιών. Τέλος, σε περίπτωση που ένα κράτος-μέλος εκφράσει την επιθυμία σύναψης νέας διμερούς σύμβασης με τρίτη χώρα μετά τη θέση σε ισχύ της Συνθήκης της Λισαβόνας, οφείλει να λάβει σχετική έγκριση από την Επιτροπή, ενώ τυχόν σύναψη χωρίς έγκριση δεν μπορεί να προχωρήσει στο βαθμό που αντιβαίνει στις αρχές της υπεροχής του ενωσιακού δικαίου και της καλόπιστης συνεργασίας¹²⁰.

¹¹⁹ Κανονισμός (ΕΕ) 1219/2012 του Ευρωπαϊκού Κοινοβουλίου και του Συμβουλίου της 12.12.2012 που αφορά τη θέσπιση μεταβατικών ρυθμίσεων στο πλαίσιο διμερών επενδυτικών συμφωνιών μεταξύ των κρατών μελών και τρίτων χωρών. Διαθέσιμος στη διεύθυνση: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EL/TXT/HTML/?uri=CELEX:32012R1219&from=EL>.

¹²⁰ Καραγιάννης Β., *Η εξωτερική αρμοδιότητα της Ένωσης για τις ξένες επενδύσεις υπό το φως της Γνωμοδότησης C-2/15 του ΔΕΕ*, ΕΕΕυρΔ, Τεύχος 4 (2017), σελ. 386-388.

III. Η μεταχείριση των επενδύσεων στο πλαίσιο της ενωσιακής πολιτικής

Παρά τη σαφή πρόθεση της Επιτροπής να επιβεβαιώσει τις νέες ευρείες εξουσίες της, στην πράξη δυσκολεύτηκε να δώσει εξίσου σαφές περιεχόμενο στην άσκηση αυτών, όπως αποδεικνύεται μέσα από τη σχετική Ανακοίνωση της Επιτροπής¹²¹. Με την Ανακοίνωση αυτή η Επιτροπή περιορίστηκε στη σκιαγράφηση των γενικών αρχών της ενωσιακής πολιτικής διεθνών επενδύσεων, μεταξύ των οποίων συγκαταλέγονται η εξασφάλιση προστασίας των επενδυτών μέσα από συγκεκριμένα πρότυπα μεταχείρισης και η εξασφάλιση της συμβατότητας με άλλες ενωσιακές πολιτικές, όπως η αποφυγή της διπλής φορολογίας και η καταπολέμηση της φοροδιαφυγής¹²². Αντίθετο με τη θέση της Επιτροπής, το Ευρωπαϊκό Κοινοβούλιο έκρινε αναγκαίο να μετατοπιστεί η έμφαση από την προστασία των επενδυτών στην προστασία της δυνατότητας ρυθμιστικής παρέμβασης του δημοσίου και στην εκπλήρωση της υποχρέωσης της Ένωσης να ασκεί συνεκτική πολιτική για την ανάπτυξη¹²³.

Αν και αντίθετα ως προς τον επιδιωκόμενο σκοπό, τα δύο όργανα συμφωνούν ως προς το πρότυπο μεταχείρισης των διεθνών επενδύσεων, το οποίο οριοθετείται από τις έννοιες της μη διακριτικής, δίκαιης και ίσης μεταχείρισης.

Όσον αφορά την υποχρέωση μη διακριτικής μεταχείρισης, καθένα από τα συμβαλλόμενα μέρη οφείλει να παρέχει στους επενδυτές του άλλου κράτους και στις καλυπτόμενες επενδύσεις μεταχείριση όχι λιγότερο ευνοϊκή σε σχέση με τη μεταχείριση που παρέχει σε παρόμοιες περιστάσεις τόσο στους δικούς του επενδυτές και τις επενδύσεις που αυτοί πραγματοποιούν όσο και στους επενδυτές και τις επενδύσεις οποιασδήποτε τρίτης χώρας, αναφορικά με την εγκατάσταση, απόκτηση, επέκταση, διοίκηση, εκμετάλλευση, διαχείριση, διατήρηση, λειτουργία, χρήση, πώληση και εκποίηση των επενδύσεών τους στην επικράτεια του αντισυμβαλλόμενου κράτους. Καθίσταται, συνεπώς, εμφανές ότι στο ενωσιακό πρότυπο της μη διακριτικής μεταχείρισης “συστεγάζονται” τόσο το πρότυπο της εθνικής μεταχείρισης όσο και το πρότυπο της μεταχείρισης του μάλλον ευνοούμενου κράτους¹²⁴. Προς το σκοπό εξάλειψης

¹²¹ Ευρωπαϊκή Επιτροπή, “Ανακοίνωση της Επιτροπής στο Ευρωπαϊκό Κοινοβούλιο, το Συμβούλιο, την Ευρωπαϊκή Οικονομική και Κοινωνική Επιτροπή και την Επιτροπή Περιφερειών, Προς μια σφαιρική ευρωπαϊκή πολιτική διεθνών επενδύσεων”, 7.07.2010, COM (2010).

Διαθέσιμο στη διεύθυνση: http://trade.ec.europa.eu/doclib/docs/2010/july/tradoc_146307.pdf.

¹²² όπ. παρ.

¹²³ Ευρωπαϊκό Κοινοβούλιο, Ψήφισμα της 6 Απριλίου 2011 σχετικά με τη μελλοντική ευρωπαϊκή πολιτική διεθνών επενδύσεων (2010/2203 (INI)), παρ. 2.

Διαθέσιμο στη διεύθυνση: <http://www.europarl.europa.eu/sides/getDoc.do?type=TA&reference=P7-TA-2011-0141&language=EN>.

¹²⁴ Σπηλιόπουλος Ο., *Οι διεθνείς συμφωνίες της ΕΕ ως πλαίσιο ρύθμισης των διεθνών επενδύσεων μετά τη Συνθήκη της Λισαβόνας*, ΕΕΕυρΔ, Τεύχος 2 (2015), σελ. 159-164.

της επιφύλαξης ασυμβατότητας με το ενωσιακό δίκαιο, οι εξαιρέσεις από την υποχρέωση μη διακριτικής μεταχείρισης είναι αντίστοιχες με αυτές που προβλέπονται στα άρθρα 51-52 ΣΛΕΕ. Πιο συγκεκριμένα, τυχόν μέτρα λιγότερο ευνοϊκής μεταχείρισης δεν πρέπει να εφαρμόζονται κατά τρόπο τέτοιο που θα συνιστούσε μέσο αυθαίρετης και αδικαιολόγητης διάκρισης εναντίον των επενδυτών ούτε να αποτελούν συγκεκριμένο περιορισμό στις επενδύσεις. Η θέσπιση και η εφαρμογή τους πρέπει να υπαγορεύεται αποκλειστικά από την ανάγκη επιδίωξης συγκεκριμένων θεμιτών δημόσιων στόχων¹²⁵.

Ως προς το πρότυπο της δίκαιης και ίσης μεταχείρισης, η έννοια αυτής προσεγγίζεται αρνητικά, καθώς τα συμβατικά κείμενα αποτυπώνουν τις περιπτώσεις στοιχειοθέτησης παράβασης της εν λόγω υποχρέωσης. Ειδικότερα, παράβαση της υποχρέωσης δίκαιης και ίσης μεταχείρισης υφίσταται, όταν ένα μέτρο συνιστά αρνησιδικία στο πλαίσιο μίας αστικής, ποινικής ή διοικητικής διαδικασίας, ουσιώδη παραβίαση της προσήκουσας εφαρμογής νόμου, προδήλως αυθαίρετη πράξη, προφανώς αδικαιολόγητη διάκριση, καταχρηστική μεταχείριση των επενδυτών ή παραβίαση της δικαιολογημένης εμπιστοσύνης. Η τελευταία μορφή δυσμενούς μεταχείρισης υφίσταται μόνο όταν ένας επενδυτής πραγματοποίησε μία επένδυση αποκλειστικά επειδή είχε δοθεί υπόσχεση από το κράτος υποδοχής που τελικά δεν τηρήθηκε ή, με άλλα λόγια, όταν ο επενδυτής δε θα είχε προχωρήσει στην υλοποίηση της επένδυσής του, αν δεν είχε δοθεί η συγκεκριμένη υπόσχεση από το κράτος υποδοχής¹²⁶.

Η σημαντικότερη καινοτομία του νομικού πλαισίου της ενωσιακής πολιτικής διεθνών επενδύσεων ήταν το γεγονός ότι για πρώτη φορά στο πλαίσιο μίας ενωσιακής συμφωνίας, και συγκεκριμένα της Περιεκτικής Οικονομικής και Εμπορικής Συμφωνίας (*Comprehensive Economic and Trade Agreement, CETA*), αποσαφηνίστηκε ο όρος “έμμεση απαλλοτρίωση”, χαρακτηρισμός καθοριστικός για τη νομιμότητα ενός μέτρου φορολογικής πολιτικής. Με την ανωτέρω Συμφωνία κατέστη σαφές ότι έμμεση απαλλοτρίωση υφίσταται μόνο όταν ένα μέτρο συνεπάγεται ουσιώδη στέρηση του επενδυτή από τα θεμελιώδη δικαιώματα ιδιοκτησίας που συνδέονται με την επένδυσή του ή όταν ένα μέτρο είναι προδήλως υπερβολικό σε σχέση με το σκοπό που επιδιώκει. Η οριοθέτηση αυτής της έννοιας είχε ως στόχο την αποφυγή της προβολής εκ μέρους των επενδυτών αξιώσεων εναντίον μέτρων ληφθέντων από το κράτος υποδοχής συνδεδεμένων με την εξυπηρέτηση στόχων δημόσιας πολιτικής¹²⁷.

¹²⁵ όπ. παρ.

¹²⁶ όπ. παρ.

¹²⁷ όπ. παρ.

IV. Οι προοπτικές της ενωσιακής πολιτικής διεθνών επενδύσεων υπό το πρίσμα της Γνωμοδότησης C-2/15 του ΔΕΕ

Σημείο αναφοράς στην εξέλιξη της πολιτικής διεθνών επενδύσεων της Ευρωπαϊκής Ένωσης αποτέλεσε η Γνωμοδότηση C-2/15¹²⁸ του Δικαστηρίου της Ευρωπαϊκής Ένωσης δυνάμει του άρθρου 218§11 ΣΛΕΕ, κατόπιν σχετικής αίτησης εκ μέρους της Επιτροπής, ώστε να διαπιστωθεί αν η Ένωση διέθετε αποκλειστική αρμοδιότητα για τη σύναψη επενδυτικής συμφωνίας με τη Σιγκαπούρη ή αν απαιτούνταν και η συμμετοχή των κρατών-μελών στις διαπραγματεύσεις.

Η συγκεκριμένη Γνωμοδότηση έχει σπουδαία πρακτική σημασία, λαμβανομένης ειδικά υπόψη της σύναψης της Συμφωνίας μεταξύ ΕΕ και ΗΠΑ (*Transatlantic Trade and Investment Partnership, TTIP*), αλλά και ενδεχόμενης συμφωνίας της ΕΕ με το Ηνωμένο Βασίλειο μετά την αποχώρηση του τελευταίου από την Ένωση. Κι αυτό διότι αν το Δικαστήριο αποφαινόταν υπέρ της αποκλειστικής αρμοδιότητας της Ένωσης ως προς τη σύναψη αντίστοιχων συμφωνιών, τότε αρμοδιότητα θα είχε το Συμβούλιο με την έγκριση του Κοινοβουλίου, κατ' εφαρμογή των άρθρων 207 και 217 ΣΛΕΕ. Αντιθέτως, αν το Δικαστήριο αποφαινόταν υπέρ συντρέχουσας αρμοδιότητας, η διαπραγμάτευση και η σύναψη τέτοιων συμφωνιών θα ανήκε από Κοινού στο Συμβούλιο και στα κράτη-μέλη, τα οποία θα καλούνταν να την υπογράψουν και να την επικυρώσουν κατά τη διαδικασία της εθνικής τους νομοθεσίας¹²⁹.

Αρχικά, το Δικαστήριο διαπίστωσε ότι πρόκειται για μία συμφωνία «νέας γενιάς», καθώς περιλαμβάνει στο πεδίο εφαρμογής της τη ρύθμιση ζητημάτων πέραν των εμπορικών συναλλαγών καθαυτών, όπως οι άμεσες ξένες επενδύσεις. Παράλληλα, η Συμφωνία ΕΕ-Σιγκαπούρης κρίθηκε ως «μικτή» διεθνής συμφωνία, στο βαθμό που δε ρυθμίζει μόνο ζητήματα για τα οποία η Ένωση έχει αποκλειστική αρμοδιότητα (άμεσες ξένες επενδύσεις), αλλά και ζητήματα για τα οποία έχει απλώς συντρέχουσα αρμοδιότητα με τα κράτη-μέλη (επενδύσεις χαρτοφυλακίου, μηχανισμός επίλυσης διαφορών μεταξύ ιδιώτη επενδυτή και κράτους). Επομένως, η συμμετοχή των κρατών-μελών στη διαπραγμάτευση αποτελεί αναγκαία προϋπόθεση νομιμότητας της Συμφωνίας.

¹²⁸ Γνωμοδότηση C-2/15 του Δικαστηρίου της Ευρωπαϊκής Ένωσης κατόπιν «Αίτησης γνωμοδοτήσεως δυνάμει του άρθρου 218, παράγραφος 11, ΣΛΕΕ — Σύναψη της Συμφωνίας Ελεύθερων Συναλλαγών μεταξύ της Ευρωπαϊκής Ένωσης και της Δημοκρατίας της Σιγκαπούρης — Κατανομή αρμοδιοτήτων μεταξύ της Ευρωπαϊκής Ένωσης και των κρατών μελών».

Διαθέσιμη στη διεύθυνση:

[http://curia.europa.eu/juris/celex.jsf?celex=62015CC0002\(01\)&lang1=en&lang2=EL&type=TXT&ancre=.](http://curia.europa.eu/juris/celex.jsf?celex=62015CC0002(01)&lang1=en&lang2=EL&type=TXT&ancre=)

¹²⁹ Γνωμοδότηση: Αρμοδιότητα της ΕΕ για τη σύναψη διμερών διεθνών εμπορικών συμφωνιών «νέας γενιάς», ΕΕΕυρΔ (2017), Τεύχος 3, σελ. 324 επ.

Το μέλλον της ενωσιακής πολιτικής διεθνών επενδύσεων φαίνεται να είναι οι “μικτές συμφωνίες νέας γενιάς” μεταξύ της Ένωσης και τρίτων χωρών. Νομική βάση για τη σύναψη του νέου τύπου εμπορικών συμφωνιών εξακολουθεί να αποτελεί το άρθρο 207 ΣΛΕΕ. Ωστόσο, οι νέες αυτές εμπορικές συμφωνίες δεν περιορίζονται πλέον σε ζητήματα αμιγώς εμπορικής πολιτικής. Αντίθετα, μέσω αυτών επιδιώκεται μια συνολικότερη και πληρέστερη διευθέτηση μιας σειράς σημαντικών ζητημάτων που είναι άρρηκτα συνδεδεμένα με τη διαμόρφωση των εμπορικών σχέσεων της Ένωσης με τα τρίτα κράτη, όπως οι άμεσες ξένες επενδύσεις, ζητήματα πνευματικής ιδιοκτησίας και μηχανισμοί επίλυσης διαφορών¹³⁰.

¹³⁰ όπ. παρ., Γεράσιμος Ι., Παρατηρήσεις επί της Γνωμοδότησης.

ΣΥΜΠΕΡΑΣΜΑΤΑ

Κάθε διεθνής επενδυτική σχέση συνυφαίνεται τόσο με το διεθνές δίκαιο όσο και με το εθνικό δίκαιο των εμπλεκόμενων εννόμων τάξεων. Η διαπίστωση των σημαντικών διαφορών μεταξύ των εθνικών νομικών πλαισίων, σε συνδυασμό με την ανάγκη ικανοποίησης της ασφάλειας δικαίου ως εγγύησης για την προστασία των επενδυτών και των κεφαλαίων τους, οδήγησαν στη συνομολόγηση των συμβάσεων για την προστασία και την προώθηση των επενδύσεων.

Σκόπιμη κρίνεται η παγίωση σε διεθνές επίπεδο των ειδοποιών χαρακτηριστικών των ξένων άμεσων επενδύσεων, όπως αυτά αποτυπώνονται στη νομολογία των διαιτητικών δικαστηρίων. Με άλλα λόγια, μία οικονομική δραστηριότητα πρέπει να χαρακτηρίζεται ως άμεση ξένη επένδυση όταν ικανοποιεί σωρευτικώς τα κριτήρια της οικονομικής συμβολής, της εύλογης διάρκειας παραμονής στο κράτος υποδοχής, της έκθεσης στους σχετικούς κινδύνους, της συμβολής στην οικονομική ανάπτυξη της χώρας υποδοχής, της αποδοχής από τις αρμόδιες αρχές του κράτους, του ελέγχου από τον επενδυτή και της αλλοδαπότητας.

Η ιστορική εξέλιξη των επενδυτικών συμβάσεων αποδεικνύει ότι είναι μάταιη κάθε προσπάθεια πολυμεροποίησης του πλαισίου ρύθμισης των επενδυτικών σχέσεων, κατά το πρότυπο του διεθνούς εμπορικού δικαίου. Σε αυτή τη διαπίστωση συνηγορεί ο βασικός στόχος αυτών των συμβάσεων, δηλαδή η ανάγκη παροχής εγγυήσεων μεταχείρισης και προστασίας των ξένων επενδυτών και των αντίστοιχων επενδύσεων από το κράτος υποδοχής προς το κράτος προέλευσής τους. Άλλωστε, το συγκεκριμένο συμβατικό μοντέλο σχεδιάστηκε με τέτοιο τρόπο, ώστε να ρυθμίσει τις διεθνείς επενδυτικές σχέσεις μεταξύ ενός κράτους εξαγωγής κεφαλαίων, κυρίως ενός αναπτυσσόμενου κράτους, και ενός κράτους εισαγωγής κεφαλαίων, κατά κανόνα ενός λιγότερου αναπτυσσόμενου κράτους. Προς επίρρωση του εν λόγω συμπεράσματος, δεν μπορεί να παραγνωρισθεί ότι οι επενδυτικές συμβάσεις αποτέλεσαν την επόμενη γενιά Συμβάσεων Φιλίας, Εμπορίου και Ναυσιπλοΐας και, ως τέτοιες, δεν μπορούν παρά να έχουν διμερή χαρακτήρα, ώστε να συμβιβάζουν τα επιμέρους συμφέροντα και τις ιδιαιτερότητες των διπλωματικών σχέσεων μεταξύ των μερών.

Κρίσιμο, αν και ως ένα βαθμό ήδη πραγματοποιηθέν, είναι να επιτευχθεί σε διεθνές επίπεδο συμφωνία ως προς τον τρόπο μεταχείρισης των διεθνών επενδύσεων, με σκοπό να διαμορφωθεί ένα ελάχιστο επίπεδο προστασίας. Η παραδοχή που ισχύει σήμερα έγκειται στο γεγονός ότι εφαρμοστέο είναι το πλέον ευνοϊκό πρότυπο μεταξύ της εθνικής μεταχείρισης και του μάλλον ευνοούμενου κράτους, όταν αυτές αποτυπώνονται στα διμερή επενδυτικά κείμενα. Σε καμία περίπτωση, όμως, δεν επιτρέπεται η μεταχείριση μίας ξένης επένδυσης από το κράτος

υποδοχής να είναι λιγότερο ευνοϊκή από τη μεταχείριση που επιβάλλει σε ανάλογες περιστάσεις το διεθνές δίκαιο, ανεξαρτήτως αν η σχετική πρόβλεψη αποτυπώνεται στη διμερή επενδυτική σύμβαση. Ίσως, όμως, το πρότυπο της δίκαιης και ίσης μεταχείρισης κατά τις επιταγές του διεθνούς δικαίου να οδηγεί σε δυσμενή μεταχείριση, όταν εμπλεκόμενα είναι κράτη διαφορετικού επιπέδου οικονομικής ανάπτυξης. Συνεπώς, επιτακτική είναι η αναθεώρηση του ελάχιστου *standard* προστασία των αλλοδαπών επενδύσεων, ώστε αυτό να προσεγγίζει περισσότερο τις πρακτικές εφαρμογές της ισότητας, της δικαιοσύνης και της αμοιβαιότητας.

Στον τομέα της φορολογικής μεταχείρισης των διεθνών επενδύσεων, το νομικό πλαίσιο θολώνει έτι περισσότερο. Κι αυτό διότι ενεργοποιούνται συγχρόνως οι διατάξεις των διμερών επενδυτικών συμβάσεων, οι διατάξεις των συμβάσεων για την αποφυγή της διπλής φορολογίας και οι σχετικές προβλέψεις των εθνικών δικαίων των εμπλεκόμενων εννόμων τάξεων. Εφόσον πρόκειται για οικονομικές δραστηριότητες, θα ήταν ασυγχώρητος αφορισμός να μη ληφθούν υπόψη οι διατάξεις ενδεχόμενης επενδυτικής σύμβασης μεταξύ των μερών της επενδυτικής σχέσης. Ωστόσο, και η επίκληση των συμβάσεων αποφυγής της διπλής φορολογίας είναι απαραίτητη στο πλαίσιο των διεθνών επενδύσεων, εφόσον η φορολόγηση είναι αναπόσπαστος παράγοντας διαμόρφωσης των επενδυτικών επιλογών. Οι συμβάσεις αυτές μπορεί να μην αρκούν ως αποκλειστικό νομικό πλαίσιο ρύθμισης των επενδυτικών σχέσεων, διότι πολλές διατάξεις τους περιορίζουν σημαντικά την επενδυτική ελευθερία, όταν αυτή μετέρχεται αθέμιτων πρακτικών, αλλά αυτό δε σημαίνει ότι δε θα υπερισχύσουν σε περίπτωση σύγκρουσης με τις διατάξεις της επενδυτικής σύμβασης, όταν πρόκειται για ζητήματα κατεξοχήν φορολογικής φύσης.

Το ερώτημα αυτό, εξάλλου, έχει απασχολήσει πολλάκις τα διαιτητικά δικαστήρια, η συλλογιστική των οποίων μπορεί να συνοψιστεί ως εξής: προηγείται η διαπίστωση ότι το υπό κρίση ζήτημα εμπίπτει πράγματι στην κατηγορία των επονομαζόμενων *taxation matters* και ακολουθεί η εξέταση του εφαρμοστέου νομικού πλαισίου. Αρχικά, παραγκωνίζονται οι σχετικές διατάξεις των εθνικών εννόμων τάξεων, εφόσον υφίσταται συμφωνία διεθνούς χαρακτήρα και, κατ' επέκταση υπέρτερης νομικής ισχύος. Στη συνέχεια, εξετάζονται οι σχετικές διατάξεις της διμερούς επενδυτικής σύμβασης, ώστε να διαπιστωθεί αν τα πρότυπα της εθνικής μεταχείρισης και της μεταχείρισης του μάλλον ευνοούμενου κράτους εφαρμόζονται αναλογικά και στην περίπτωση των φορολογικών ζητημάτων ή αν υπάρχουν ρητές διατάξεις που είτε αποκλείουν την αναλογική εφαρμογή είτε προβλέπουν την υπεροχή των διατάξεων ενδεχόμενης σύμβασης για την αποφυγή της διπλής φορολογίας μεταξύ των ίδιων κρατών.

Στο ερώτημα πώς φορολογείται μία ξένη επένδυση είναι πρακτικά αδύνατον να δοθεί μία οριστική, βέβαιη και κοινώς αποδεκτή απάντηση. Το συμπέρασμα αυτό δεν μπορεί να

χαρακτηριστεί αυθαίρετο, αλλά αναπόφευκτο, γιατί το συγκεκριμένο ερώτημα αποκρυσταλλώνει μία βαθύτερη διαμάχη, η οποία επισημάνθηκε ήδη από την εισαγωγή της εργασίας και δεν είναι άλλη παρά η σύγκρουση της επιθυμίας των ιδιωτών για ελεύθερη και απρόσκοπτη ανάπτυξη οικονομικών δραστηριοτήτων σαν να μην υπάρχουν σύνορα μεταξύ των κρατών, αφενός, και της επιθυμίας των κρατών να ρυθμίζουν την αγορά και να καρπώνονται τα μέγιστα δυνατά οικονομικά οφέλη, αφετέρου. Επειδή, όμως, η σύγκρουση αυτή θα εξακολουθήσει να υφίσταται, πρέπει να διαμορφωθεί ένα πιο σταθερό νομικό πλαίσιο για τη φορολόγηση των διεθνών επενδύσεων, αν όχι σε διεθνές, έστω σε πολυμερές επίπεδο. Την πορεία αυτή φαίνεται να ακολουθεί η Ευρωπαϊκή Ένωση με την προσπάθεια σύναψης ενωσιακών επενδυτικών συμβάσεων με τρίτες χώρες προς αντικατάσταση των αντίστοιχων συμβάσεων των κρατών-μελών, με το αποτέλεσμα αυτού του εγχειρήματος επιδεικτικό κριτικής, αισιόδοξων προβλέψεων αλλά και σκεπτικισμού.

ΒΙΒΛΙΟΓΡΑΦΙΑ

ΣΥΓΓΡΑΜΜΑΤΑ

- Γκλαβίνης Π., ΔΙΕΘΝΕΣ ΟΙΚΟΝΟΜΙΚΟ ΔΙΚΑΙΟ, Σάκκουλας Αθήνα-Θεσσαλονίκη (2009)
 - Κουτογλίδου Α., ΔΙΚΑΙΟ ΞΕΝΩΝ ΕΠΕΝΔΥΣΕΩΝ: Η ΠΟΛΛΑΠΛΟΤΗΤΑ ΤΩΝ ΤΡΟΠΩΝ ΕΠΙΛΥΣΗΣ ΤΩΝ ΔΙΑΦΟΡΩΝ ΜΕΤΑΞΥ ΚΡΑΤΩΝ ΚΑΙ ΞΕΝΩΝ ΕΠΕΝΔΥΤΩΝ, Σάκκουλας Αθήνα-Θεσσαλονίκη (2011)
 - Παμπούκης Χ. (επιμέλεια), ΔΙΚΑΙΟ ΔΙΕΘΝΩΝ ΣΥΝΑΛΛΑΓΩΝ, Νομική Βιβλιοθήκη (2010)
 - Στάγκου Π. και Μπρεδήμα Α. (επιμέλεια), ΤΟ ΝΟΜΙΚΟ ΚΑΘΕΣΤΩΣ ΤΩΝ ΔΙΕΘΝΩΝ ΕΠΕΝΔΥΣΕΩΝ: ΤΟ ΣΧΕΔΙΟ ΤΗΣ ΠΟΛΥΜΕΡΟΥΣ ΣΥΜΦΩΝΙΑΣ ΕΠΕΝΔΥΣΕΩΝ, Ελληνική Εταιρία Διεθνούς Δικαίου και Διεθνών Σχέσεων, Σάκκουλας Αθήνα-Θεσσαλονίκη (2000)
 - Τότσης Χ. (επιμ.), ΚΩΔΙΚΑΣ ΦΟΡΟΛΟΓΙΚΩΝ ΚΙΝΗΤΡΩΝ: ΜΕ ΤΙΣ ΕΡΜΗΝΕΥΤΙΚΕΣ ΛΥΣΕΙΣ ΤΟΥ ΥΠΟΥΡΓΕΙΟΥ ΟΙΚΟΝΟΜΙΚΩΝ ΚΑΙ Η ΔΙΚΑΣΤΗΡΙΑΚΗ ΝΟΜΟΛΟΓΙΑ, Πάμισος (2001)
 - Φορτσάκης Θ., Σαββαΐδου Κ., ΦΟΡΟΛΟΓΙΚΟ ΔΙΚΑΙΟ, Νομική Βιβλιοθήκη (2014)
-
- Brownie I., PRINCIPLES OF PUBLIC INTERNATIONAL LAW, Oxford University Press, 5th ed. (1998)
 - Cameron C., A CONCISE ECONOMIC HISTORY OF THE WORLD, Oxford University Press, 3rd ed. (1997)
 - Rappaport A., A HISTORY OF AMERICAN DIPLOMACY, Macmillan Publishing Co, Inc. (1975)
 - Sauvant K., Sachs L., THE EFFECT OF TREATIES ON FOREIGN DIRECT INVESTMENT: BILATERAL INVESTMENT TREATIES, DOUBLE TAXATION TREATIES, AND INVESTMENT FLOWS, Oxford University Press (2009)
 - Shea R., THE CALVO CLAUSE: A PROBLEM OF INTERAMERICAN AND INTERNATIONAL LAW AND DIPLOMACY, University of Minnesota Press (1955)
 - Shihata I., LEGAL TREATMENT OF FOREIGN INVESTMENT: THE WORLD BANK GUIDELINES, Martinus Nijhoff Publishers (1993)
 - Sornarajah M., THE INTERNATIONAL LAW ON FOREIGN INVESTMENT, Cambridge University Press (1994)

- Tanzi V., TAXATION IN AN INTEGRATING WORLD, Brookings Institution (1995)
- Vandeveld K., UNITED STATES INVESTMENT TREATIES: POLICY AND PRACTICE, Kluwer Law and Taxation (1992)

ΑΡΘΡΑ

- Ασημακοπούλου Ε., *Η φορολογία των διεθνών επενδύσεων και η Πολυμερής Συμφωνία Επενδύσεων*, εντός Στάγκου Π. και Μπρεδήμα Α. (επιμέλεια), ΤΟ ΝΟΜΙΚΟ ΚΑΘΕΣΤΩΣ ΤΩΝ ΔΙΕΘΝΩΝ ΕΠΕΝΔΥΣΕΩΝ: ΤΟ ΣΧΕΔΙΟ ΤΗΣ ΠΟΛΥΜΕΡΟΥΣ ΣΥΜΦΩΝΙΑΣ ΕΠΕΝΔΥΣΕΩΝ, Ελληνική Εταιρία Διεθνούς Δικαίου και Διεθνών Σχέσεων, Σάκκουλας Αθήνα-Θεσσαλονίκη (2000)
- Γεράσιμος Ι., *Παρατηρήσεις επί της Γνωμοδότησης: Αρμοδιότητα της ΕΕ για τη σύναψη διμερών διεθνών εμπορικών συμφωνιών “νέας γενιάς”*, ΕΕΕυρΔ, Τεύχος 3 (2017)
- Καραγιάννης Β., *Η εξωτερική αρμοδιότητα της Ένωσης για τις ξένες επενδύσεις υπό το φως της Γνωμοδότησης C-2/15 του ΔΕΕ*, ΕΕΕυρΔ, Τεύχος 4 (2017)
- Σπηλιόπουλος Ο., *Η προοδευτική διαμόρφωση της ενωσιακής πολιτικής διεθνών επενδύσεων: Από τις διμερείς επενδυτικές συνθήκες των κρατών μελών στη διαδικασία εκπόνησης ενωσιακών επενδυτικών συμφωνιών*, ΕΕΕυρΔ, Τεύχος 1 (2015)
- Σπηλιόπουλος Ο., *Οι διεθνείς συμφωνίες της ΕΕ ως πλαίσιο ρύθμισης των διεθνών επενδύσεων μετά τη Συνθήκη της Λισαβόνας*, ΕΕΕυρΔ, Τεύχος 2 (2015)

-
- Aréchaga De Jimenez E., *State responsibility for the nationalization of foreign owned property*, New York University Journal of International Law and Politics, Vol. 11 (1978)
 - Avi-Yonah R., *Double Tax Treaties: An Introduction*, University of Michigan Law School (2007)
 - Barthel F., Busse M., Neumayer E., *The Impact of Double Taxation Treaties on Foreign Direct Investment: Evidence from Large Dyadic Panel Data*, Western Economic Association International (2009)
 - Bravo N., Julien R., Coleman J., Majdanska A., Turcan L., *Special Report: Bilateral Investment Treaties and Their Effect on Taxation*, Tax Notes International (2015)
 - Chaisse J., Marisi F., *Another Conflict of Norms: How BEPS and International Taxation Relate to Investment Treaties*, Investment Treaty News (2017)

- Choudhury H., Owens J., *Bilateral Investment Treaties and Bilateral Tax Treaties*, International Tax and Investment Center (2014)
- Dagan T., *The Tax Treaties Myth*, New York University Journal of International Law and Politics, Vol. 32:939 (2000)
- Davies R., *Tax Treaties and Foreign Direct Investment: Potential vs Performance*, Kluwer Academic Publishers (2004)
- Edmiston K., Mudd S., Valev N., *Tax Structures and FDI: The Deterrent Effects of Complexity and Uncertainty*, The William Davidson Institute (2003)
- Faya Rodriguez A., *The Most-Favored-Nation Clause in International Investment Agreements - A Tool for Treaty Shopping?*, Journal of International Arbitration, Vol. 25.1 (2008)
- Ginsburg T., *International substitutes for domestic institutions: bilateral investment treaties and governance*, International Review of Law and Economics, Vol. 25.1 (2005)
- Hong S., *Tax Treaties and Foreign Direct Investment: A Network Approach* (2017), σελ. 4-6. Διαθέσιμο στη διεύθυνση: <https://www.ntanet.org/wp-content/uploads/proceedings/2016/012-hong-tax-treaties-foreign-paper.pdf>
- Kubicová J., Záhumska M., *The Relationship between Taxation and Bilateral Investment Agreements - Case of the Slovak Republic*, International Journal of Research in Business Studies and Management, Vol. 3, Issue 1 (2016)
- Lang M., Owens J., Pistone P., Rust A., Schich J., Staringer C., *THE IMPACT OF BILATERAL INVESTMENT TREATIES ON TAXATION*, European and International Tax Law and Policy Series, WU Institute for Austrian and International Tax Law (2016)
- Lejour A., *The Foreign Investment Effects of Tax Treaties*, Oxford University Centre for Business Taxation (2014)
- Ohno T., *Empirical Analysis of International Tax Treaties and Foreign Direct Investment*, Policy Research Institute, Ministry of Finance, Japan, Public Policy Review, Vol. 6, No. 2 (2010)
- Slemrod J., *Tax Effects on Foreign Direct Investment in the United States: Evidence from a Cross-Country Comparison*, University of Chicago Press (1990)
- Vandeveld K., *A Brief History on International Investment Agreements*, University of California, Davis Journal of International Law and Policy, Vol. 12 (2005-2006)

NΟΜΟΘΕΣΙΑ - ΣΥΜΒΑΤΙΚΑ ΚΕΙΜΕΝΑ

- Κανονισμός (ΕΕ) 1219/2012 του Ευρωπαϊκού Κοινοβουλίου και του Συμβουλίου της 12.12.2012 που αφορά τη θέσπιση μεταβατικών ρυθμίσεων στο πλαίσιο διμερών επενδυτικών συμφωνιών μεταξύ των κρατών μελών και τρίτων χωρών, ΕΕ 2012 L 351.

Διαθέσιμος στη διεύθυνση:

<https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EL/TXT/HTML/?uri=CELEX:32012R1219&from=EL>

- Agreement between the Government of the Argentine Republic and the Government of New Zealand for the Promotion and Reciprocal Protection of Investments (1999).

Διαθέσιμη στη διεύθυνση: <http://investmentpolicyhub.unctad.org/Download/TreatyFile/108>

- OECD, Model Tax Convention on Income and on Capital, Άρθρο 1.

Διαθέσιμο στη διεύθυνση: https://read.oecd-ilibrary.org/taxation/model-tax-convention-on-income-and-on-capital-2015-full-version_9789264239081-en#page7.

- Protocol of the Agreement between the United Mexican States and the Federal Republic of Germany on the Promotion and Reciprocal Protection of Investments (1998).

Διαθέσιμο στη διεύθυνση: <http://investmentpolicyhub.unctad.org/Download/TreatyFile/1371>

- Treaty between the United States of America and the Argentine Republic Concerning the Reciprocal Encouragement and Protection of Investment (1991).

Διαθέσιμη στη διεύθυνση: <https://2001-2009.state.gov/documents/organization/43475.pdf>

- Treaty between the United States of America and the Oriental Republic of Uruguay Concerning the Encouragement and Reciprocal Protection of Investment (2004).

Διαθέσιμη στη διεύθυνση: <http://investmentpolicyhub.unctad.org/Download/TreatyFile/2380>

- Treaty between the United States of America and the Republic of Ecuador concerning the Encouragement and Reciprocal Protection of Investment (1993).

Διαθέσιμη στη διεύθυνση: <http://investmentpolicyhub.unctad.org/Download/TreatyFile/1065>

NΟΜΟΛΟΓΙΑ

- Γνωμοδότηση C-2/15 του Δικαστηρίου της Ευρωπαϊκής Ένωσης κατόπιν «Αίτησης γνωμοδοτήσεως δυνάμει του άρθρου 218, παράγραφος 11, ΣΛΕΕ — Σύναψη της Συμφωνίας Ελεύθερων Συναλλαγών μεταξύ της Ευρωπαϊκής Ένωσης και της Δημοκρατίας της Σιγκαπούρης — Κατανομή αρμοδιοτήτων μεταξύ της Ευρωπαϊκής Ένωσης και των κρατών μελών».

Διαθέσιμη στη διεύθυνση:

[http://curia.europa.eu/juris/celex.jsf?celex=62015CC0002\(01\)&lang1=en&lang2=EL&type=TX&ancre=](http://curia.europa.eu/juris/celex.jsf?celex=62015CC0002(01)&lang1=en&lang2=EL&type=TX&ancre=)

- ICSID, *Archer Daniels Midland Company and Tate & Lyle Ingredients Americas, Inc. v. The United Mexican States*, Case No. ARB (AF)/04/5 (2007).

Διαθέσιμη στη διεύθυνση:

https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/ita0037_0.pdf

- ICSID, *El Paso Energy International Company v. The Argentine Republic*, Case No. ARB/03/15 (2011).

Διαθέσιμη στη διεύθυνση:

<https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/ita0270.pdf>

- ICSID, *EnCana Corporation v. Republic of Ecuador* (2006).

Διαθέσιμη στη διεύθυνση:

https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/ita0285_0.pdf

- ICSID, *Duke Energy Electroquil Partners & Electroquil S.A. v. Republic of Ecuador*, Case No. ARB/04/19 (2008).

Διαθέσιμη στη διεύθυνση:

<https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/ita0256.pdf>

- ICSID, *Mihali International Corporation v. Democratic Socialist Republic of Sri Lanka*, Case No. ARB/00/2 (2002).

Διαθέσιμη στη διεύθυνση:

<https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/ita0532.pdf>

- ICSID, *MTD Equity Son. Bhd. And MTD Chile S.A. v. Republic of Chile*, Case No. ARB/01/7 (2004).

Διαθέσιμη στη διεύθυνση:

<https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/ita0544.pdf>

- ICSID, *Occidental Exploration and Production Company v. Republic of Ecuador*, Case No. UN3467 (2007).

Διαθέσιμη στη διεύθυνση:

<https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/ita0571.pdf>

- ICSID, *Pan American Energy LLC and BP Argentina Exploration Company v. The Argentine Republic*, Case No. ARB/03/13 (2006).

Διαθέσιμη στη διεύθυνση:

<https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/ita0616.pdf>

- ICSID, *SAIPEM S.p.A. v. The People's Republic of Bangladesh*, Case No. ARB/05/07, Decision on Jurisdiction and Recommendation on Provisional Measures (2007).

Διαθέσιμη στη διεύθυνση:

<https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/ita0733.pdf>

- ICSID, *Salini Costruttori S.p.A. and Italstrade S.p.A. v. Kingdom of Morocco*, Case No. ARB/00/4, Decision on Jurisdiction, 42 ILM 609 (2003).

Διαθέσιμη στη διεύθυνση:

<https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/ita0738.pdf>

- ICSID, *Técnicas Medioambientales TecMed S.A. v. The United Mexican States*, CASE No. ARB (AF)/00/2 (2003).

Διαθέσιμη στη διεύθυνση:

<https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/ita0854.pdf>

- Permanent Court of Arbitration, *The Island of Palmas Case (or Miangas), United States of America versus The Netherlands*, Award of the Tribunal (1928).

Διαθέσιμη στη διεύθυνση:

<http://www.haguejusticeportal.net/index.php?id=5184>

- UNCITRAL, *Vodafone International Holdings BV v. India*, PCA Case No. 2016-35, Notice of Arbitration (2014).

Διαθέσιμη στη διεύθυνση:

<https://www.italaw.com/cases/2544>

ΗΛΕΚΤΡΟΝΙΚΑ ΛΗΜΜΑΤΑ

- Ευρωπαϊκή Επιτροπή, Ανακοίνωση της Επιτροπής στο Ευρωπαϊκό Κοινοβούλιο, το Συμβούλιο, την Ευρωπαϊκή Οικονομική και Κοινωνική Επιτροπή και την Επιτροπή Περιφερειών: Προς μία σφαιρική ευρωπαϊκή πολιτική διεθνών επενδύσεων, 7.07.2010, COM (2010).

Διαθέσιμο στη διεύθυνση: http://trade.ec.europa.eu/doclib/docs/2010/july/tradoc_146307.pdf

- Ευρωπαϊκό Κοινοβούλιο, Ψήφισμα της 6 Απριλίου 2011 σχετικά με τη μελλοντική ευρωπαϊκή πολιτική διεθνών επενδύσεων (2010/2203 (INI)), παρ. 2.

Διαθέσιμο στη διεύθυνση:

<http://www.europarl.europa.eu/sides/getDoc.do?type=TA&reference=P7-TA-2011-0141&language=EN>

-
- IMF Committee on Balance of Payments Statistics and OECD Workshop on International Investment Statistics - Direct Investment Technical Expert Group (DITEG), *Issues Paper (DITEG) #20: Definition of Foreign Direct Investment (FDI) Terms*, Art Ridgeway, Statistics Canada (2004).
Διαθέσιμο στη διεύθυνση: <https://www.imf.org/External/NP/sta/bop/pdf/diteg20.pdf>
 - OSCE, Glossary of Foreign Direct Investment Terms and Definitions.
Διαθέσιμο στη διεύθυνση: <https://www.oecd.org/daf/inv/investment-policy/2487495.pdf>
 - OECD Working Papers on International Investment, "Indirect Expropriation" and the "Right to Regulate" in International Investment Law (2004).
Διαθέσιμο στη διεύθυνση: https://www.oecd.org/daf/inv/investment-policy/WP-2004_4.pdf
 - UNCTAD, *Bilateral Investment Treaties 1995-2006: Trends in Investment Rulemaking*, UNITED NATIONS New York and Geneva (2007).
Διαθέσιμο στη διεύθυνση: https://unctad.org/en/docs/iteiia20065_en.pdf
 - UNCTAD, Investment Policy Hub, International Investment Agreements Navigator, Greece, Bilateral Investment Treaties.
Διαθέσιμο στη διεύθυνση:
<http://investmentpolicyhub.unctad.org/IIA/CountryBits/81#iiaInnerMenu>.
 - UNCTAD, Lessons from the MAI, UN Doc. UNCTAD/ITE/IIT/Misc.22, UN Sales No. E. 99. II. D. 26 (1999).
Διαθέσιμο στη διεύθυνση: <http://unctad.org/en/Docs/psiteiitm22.en.pdf>
 - World Bank, Database of Bilateral Investment Treaties.
Διαθέσιμο στη διεύθυνση:
<https://icsid.worldbank.org/en/Pages/resources/Bilateral-Investment-Treaties-Database.aspx>