

Ιδιωτικοποιήσεις και εξαγορές – Προστασία του ξένου επενδυτή μέσω διεθνούς διαιτησίας

9 Απριλίου 2019

Μαρίλυ Παραλίκα
White & Case LLP, Paris

Πλάνο παρουσίασης

- Εισαγωγικό παράδειγμα: ιδιωτικοποίηση λιμένος Πειραιά
- Διεθνείς Επενδυτικές Συμφωνίες: Γενική επισκόπηση
- Ιδιωτικοποιήσεις και εξαγορές ως επενδύσεις
- Διεθνής επενδυτική διαιτησία: σε τι αφορά και πότε είναι αναγκαία;
- Προστασία ξένου επενδυτή μέσω των Διεθνών Επενδυτικών Συμφωνιών και διενούς διαιτησίας
- Υπόθεση National Grid PLC κατά Αργεντινής

Ιδιωτικοποίηση λιμένας Πειραιά

- ❑ 2002: Σύμβαση παραχώρησης μεταξύ του Ελληνικού Δημοσίου και του ΝΠΔΔ ΟΛΠ
- ❑ 2008:Ιδιωτικοποίηση Λιμένας
- ❑ 2011:Ταμείο Αξιοποίησης Ιδιωτικής Περιουσίας Ελληνικού Δημοσίου Α.Ε.
- ❑ 2014: Η COSCO Group Limited ορίστηκε ως ο “προτιμώμενος επενδυτής”



Ιδιωτικοποίηση λιμένας Πειραιά

- Η COSCO με την απόκτηση του πλειοψηφικού μετοχικού κεφαλαίου του ΟΛΠ απέκτησε τη δυνατότητα εκμετάλλευσης του λιμανιού.
 - Είναι ικανοποιητικά καλυμμένη νομικά;
 - Τι θα συμβεί αν ανακύψει κάποια διαφορά με το Ελληνικό Δημόσιο;

Η απάντηση βρίσκεται στο ρόλο του Διεθνούς Επενδυτικού Δικαίου και Διαιτησίας.



Διεθνείς Επενδυτικές Συμφωνίες

- Διμερείς (**BITs**), Πολυμερείς (Energy Chapter Treaty)
- **Πρώθηση και προστασία ξένων επενδύσεων**, με στόχο την ανάπτυξη της εγχώριας οικονομίας και της βιώσιμης ανάπτυξης
- Δημιουργία **ουσιαστικών δικαιωμάτων** των ξένων επενδυτών σχετικά με τις επενδύσεις του στο έδαφος του ξένου κράτους
- Δημιουργία υποχρεώσεων **δημοσίου διεθνούς δικαίου**

22.5.93

AGREEMENT

BETWEEN THE GOVERNMENT OF THE HELLENIC REPUBLIC AND
THE GOVERNMENT OF THE RUSSIAN FEDERATION FOR THE
PROMOTION AND RECIPROCAL PROTECTION OF INVESTMENTS

The Government of the Hellenic Republic and the Government of the Russian Federation, hereinafter referred to as the Contracting Parties,

DESIRING to intensify their economic cooperation to the mutual benefit, on a long term basis,

HAVING as their objective to create favourable conditions for investments by investors of either Contracting Party in the territory of the other Contracting Party,

RECOGNIZING that the promotion and reciprocal protection of investments, on the basis of the present Agreement, will stimulate the initiative in this field,

HAVE AGREED AS FOLLOWS :

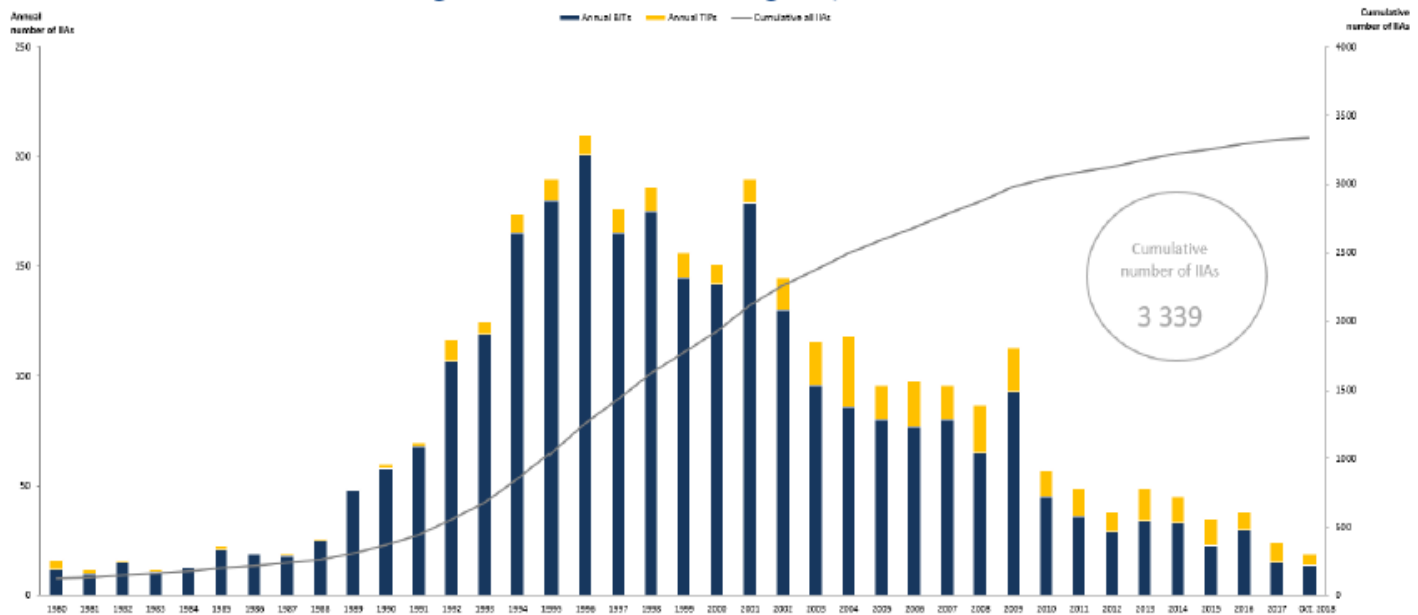
.../.../...

Ιδιωτικοποιήσεις και εξαγορές: τρία σημεία-κλειδιά

- Ιδιωτικοποιήσεις και εξαγορές: πιθανός πόλος επενδύσεων ξένων επενδυτών
- Αν το Δημόσιο επιδιώκει να **προσελκύσει ξένες επενδύσεις** (πχ. λόγω πλάνου ιδιωτικοποίησης) και να είναι **ανταγωνιστικό** οφείλει να παράσχει **πολυεπίπεδη προστασία** στους ξένους επενδυτές
- Οι **Διεθνείς Επενδυτικές Συμφωνίες**, ως το πλαίσιο, και η **Διεθνής Διαιτησία**, ως ο τρόπος επίλυσης διαφορών, μπορούν να παράσχουν το απαραίτητο δίκτυο ασφαλείας

Ανάπτυξη και εξέλιξη των BITs

Figure 2: Trends in IIAs signed, 1980-2018



Source: ©UNCTAD, IIA Navigator.

Note: Preliminary data for 2018. The cumulative number of all signed IIAs, independently of whether they have entered into force, is 3,339. IIAs for which termination has entered into effect are not included.

Source: UN Conference on Trade and Development, "Investment Policy Monitor", IIA Issues Note No. 20, 7 December 2018.

Διεθνής Επενδυτική Διαιτησία: Τι αφορά και πότε είναι αναγκαία;

- Σε κάθε BIT απαντώνται **ρήτρες διαιτησίας** οι οποίες παρέχουν στους ξένους επενδυτές **άμεση προσφυγή** στη Διεθνή Διαιτησία.
- Η Διεθνής Διαιτησία αποτελεί μέσο επίλυσης διαφορών **κατάλληλο** για διαφορές από διεθνείς επενδύσεις

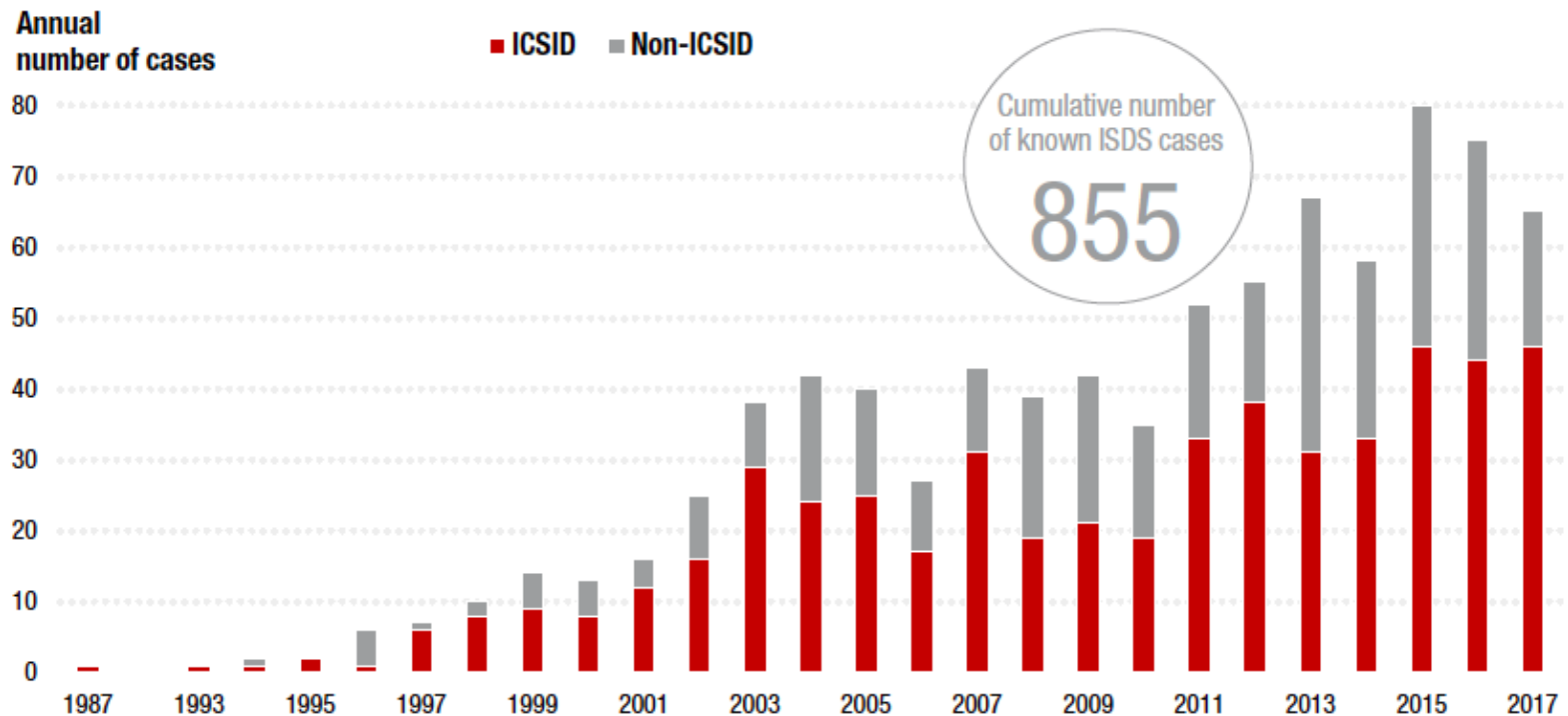
Γιατί;

1. Ουδέτερο forum και διαιτητικό Δικαστήριο
2. Από-πολιτικοποίηση των επενδυτικών διαφορών
3. Εφαρμοστέο το δημόσιο διεθνές δίκαιο και όχι το εσωτερικό

Διαφορές ανακλύπτουσες από ΒΙΤ

Known Investor-State Dispute Settlement Cases (1987-2017)

Figure 1. Trends in known treaty-based ISDS cases, 1987–2017



Source: UNCTAD, ISDS Navigator.

Source: UN Conference on Trade and Development, "Investor-state Dispute Settlement: Review of Developments In 2017", IIA Issues Note No. 3, 1 June 2018.

Επιλογές διεξαγωγής Διαιτησίας

□ Δύο Βασικές Επιλογές

- Ad Hoc Διαιτησία – Κανόνες Διαιτησίας UNCITRAL Rules
- Θεσμική Διαιτησία (πχ. ICSID, ICC, PCA, SCC, SIAC)

□ Οι Κανόνες Διαιτησίας UNCITRAL

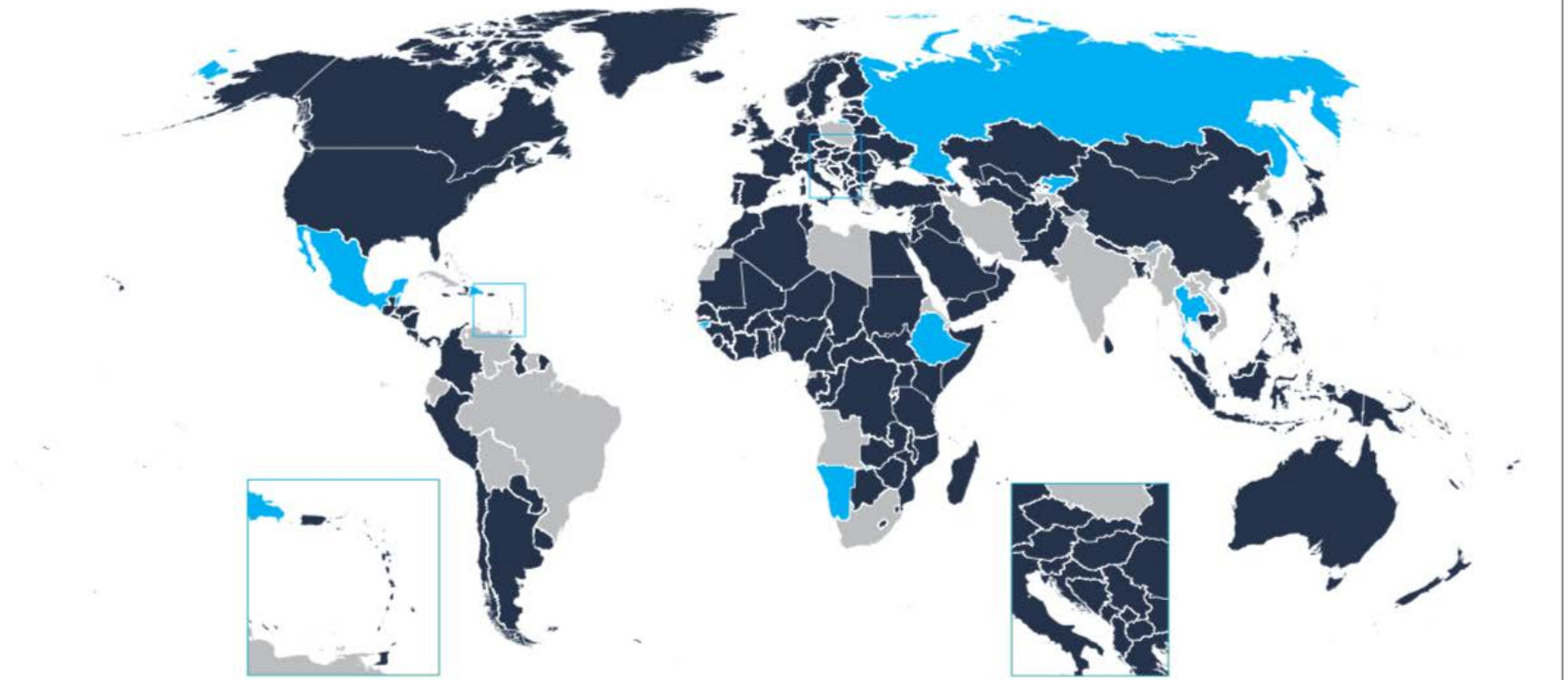
- Ιδρύθηκε από την UN Commission on International Trade Law
- Appointing Authority (PCA)
- Εκτελεστέα απόφαση με βάση τη Συμφωνία της Νέας Υόρκης

□ ICSID (International Centre for Settlement of Investment Disputes)

- Συσχετισμός με την World Bank
- Εσωτερικές δομές ICSID
- Εκτελεστέα απόφαση με βάση την ICSID Convention

Ισχύς Σύμβασης ICSID

Συμβληθείσες χώρες στη Σύμβαση ICSID



Contracting States to the ICSID Convention

Signatory States to the ICSID Convention

Υπάρχει ξένος “επενδυτής”;

- ❑ Ο προστατευόμενος επενδυτής (φυσικό ή νομικό πρόσωπο) πρέπει να έχει την **εθνικότητα** ενός κράτους «**άλλου από το κράτος-μέρος της ανακλύπτουσας διαφοράς**»
- ❑ Παράδειγμα από την Ελληνοκυπριακή ΒΙΤ (άρθρο 1.3):

3. Ο όρος «επενδυτής» περιλαμβάνει σε σχέση με κάθε Συμβαλλόμενο Μέρος—
 - (α) Φυσικά πρόσωπα που έχουν την ιθαγένεια του εν λόγω Συμβαλλομένου Μέρους σύμφωνα με τη νομοθεσία του,
 - (β) νομικά πρόσωπα που έχουν συσταθεί σύμφωνα με τη νομοθεσία του εν λόγω Συμβαλλομένου Μέρους και έχουν την έδρα τους στο έδαφός του.

Υπάρχει «Επένδυση»;

- Είναι η συναλλαγή “επένδυση” υπό το πλαίσιο της BIT, ώστε να μπορεί να επωφεληθεί ο επενδυτής της παρεχόμενης προστασίας;
- Οι BITs **ορίζουν το πεδίο εφαρμογής** των επενδύσεων που επιδέχονται προστασίας
- Έχει κριθεί ότι οι **ιδιωτικοποιήσεις** και οι σχετικές **εξαγορές** υπάγονται στην έννοια της «επένδυσης» των **BITs** (*Eureko B.V. v. Poland, CMS v. Argentina*)
- Τον τελευταίο λόγο έχει πάντα η διατύπωση των άρθρων της BIT

Article 1 Definitions

For the purposes of this Agreement;

1. “Investment” means every kind of asset intended to be invested by an investor of a Contracting Party and admitted by the other Contracting Party, according to its laws and regulations, in connection with the implementation of this Agreement. In particular, though not exclusively includes:

a) movable and immovable property and any other property rights such as mortgages, liens or pledges.

b) shares in and stock and debentures of a company and any another form of participation in a company,

c) loans, claims to money or to any performance under contract having a financial value,

d) intellectual and industrial property rights, goodwill, technical processes and know-how,

e) business concessions conferred by law or under contract, including concessions to search for, cultivate, extract or exploit natural resources,

f) goods that under a leasing agreement are placed at the disposal of a lessee in the territory of a Contracting Party in conformity with its laws and regulations.

2. “Returns” means the amounts yielded by an investment and in particular, though not exclusively, includes profit, interest, capital gains, dividends, royalties and other fees;

3. “Investor” shall comprise:

a) with respect to the People’s Republic of China; natural persons having the nationality of the People’s Republic of China and economic entities established in accordance with the laws of the People’s Republic of China and having their seat in its territory.

b) with regard to the Hellenic Republic; natural persons having Greek nationality in accordance with its laws and legal persons constituted in accordance with Greek law and having their seat within its territory.

Συνήθειες προστασίες παρεχόμενες από τις BITs

- Δεν περιέχουν όλες οι BIT τις ίδιες **προστασίες** προς τον επενδυτή
- Συνηθέστερες προστασίες των ξένων επενδύσεων:
 - Προστασία κατά αθέμιτης Απαλλοτρίωσης της Επένδυσης
 - Δίκαιη και Ισότιμη Μεταχείριση (“FET” clause)
 - Πλήρης Προστασία και Ασφάλεια (“FPS” clause)
 - Ρήτρα Μάλλον Ευνοούμενου Κράτους (“MFN” clause)

Αθέμιτη απαλλοτρίωση

- Τι αποτελεί αθέμιτη απαλλοτρίωση?
 - Απόκτηση της ιδιοκτησίας του επενδυτή– a “taking” – από το Κράτος
 - Απόκτηση λόγω εξαναγκασμού, ή μέσω δικαστικών ή διοικητικών οδών (δηλ. τυπικά νόμιμης αιτίας υπό το εθνικό δίκαιο)
 - Με ή χωρίς αποζημίωση του επενδυτή

Αθέμιτη Απαλλοτρίωση – Υπόδειγμα διατάξης

□ Ελληνοκυπριακή ΒΙΤ (άρθρο 4)

Οι επενδύσεις επενδυτών του ενός Συμβαλλομένου Μέρους δεν υπόκεινται σε απαλλοτρίωση, εθνικοποίηση ή οποιοδήποτε άλλο μέτρο που ισοδυναμεί με απαλλοτρίωση ή εθνικοποίηση στο έδαφος του άλλου Συμβαλλομένου Μέρους παρά μόνο κάτω από τις ακόλουθες προϋποθέσεις:

- (α) Τα μέτρα λαμβάνονται για λόγους δημόσιου συμφέροντος και με νόμιμη διαδικασία,
- (β) τα μέτρα είναι σαφή και δεν εμπεριέχουν διάκριση και,
- (γ) τα μέτρα συνοδεύονται από διατάξεις για την καταβολή άμεσης, επαρκούς και αποτελεσματικής αποζημιώσεως. Η αποζημίωση αυτή θα είναι ίση με την εμπορική αξία της θιγείσας επενδύσεως αμέσως πριν από το χρονικό σημείο κατά το οποίο λήφθηκαν τα μέτρα που αναφέρονται στην παράγραφο αυτή ή έγιναν δημόσια γνωστά.

Η αποζημίωση καταβάλλεται αμέσως μετά την ολοκλήρωση των νομικών διαδικασιών για την απαλλοτρίωση και μεταφέρεται σε ελεύθερα μετατρέψιμο νόμισμα. Σε περίπτωση καθυστέρησης καταβολής της αποζημιώσεως εκ μέρους του υποχρέου Συμβαλλομένου Μέρους τούτο υποχρεώνεται να καταβάλει τόκο

Δίκαιη και Ισότιμη μεταχείριση (FET standard)

□ Γαλλο-Ινδική BIT (Άρθρο 4.2)

- “Each Contracting Party shall extend **fair and equitable treatment** in accordance with internationally established principles to investments made by investors of the other Contracting Party in its area and shall permit the full exercise of this right in principle and in practice.”

□ Energy Charter Treaty (Άρθρο 10.1):

- “Each Contracting Party shall, in accordance with the provisions of this Treaty, encourage and create stable, **equitable, favorable and transparent conditions** for Investors of other Contracting Parties to make Investments in its Area. Such conditions shall include a commitment to accord at all times to Investments of Investors of other Contracting Parties fair and equitable treatment. Such Investments shall also enjoy the most constant protection and security and no Contracting Party shall in any way impair by unreasonable or discriminatory measures their management, maintenance, use, enjoyment or disposal.”

Δίκαιη και Ισότιμη μεταχείριση (FET standard)

□ Πλαίσιο Προστασίας FET των ξένων επενδυτών

- Προστασία από “αυθαίρετη συμπεριφορά” της κυβέρνησης
- Προστασία από “προκατειλημμένη αντιμετώπιση”
- Προστασία των “νόμιμων απαιτήσεων” των επενδυτών
- Προστασία από “άρνηση πρόσβασης στη δικαιοσύνη”
- Προστασία από αιφνίδιες ή μη διαφανείς μεταβολές του νομικού καθεστώτος της επένδυσης

Πλήρης Προστασία και Ασφάλεια (FPS standard)

- Η προστασία αυτή αποτελείται από συγκεκριμένα μέτρα προστασίας που οφείλει να παράσχει το κράτος της επένδυσης κατά βίαιων παρεμβολών ιδιωτών ή κρατικών οντοτήτων
- **Γαλλο-Ινδική BIT (άρθρο 4.1):**
 - “The investments made by investors of one Contracting Party shall enjoy full and complete protection and safety in the area of the other Contracting Party”
- Όχι αντικειμενική ευθύνη – απλή **υποχρέωση επιμέλειας** του Κράτους
- **Διαφορές μεταξύ FPS και FET:**
 - Το FET απαιτεί από το Κράτος **να απέχει** από την λήψη άδικων μέτρων.
 - Αντίθετα, το FPS απαιτεί από το Κράτος **να δρα ενεργά** για να εξασφαλίζει την προστασία.

Ρήτρα μάλλον ευνοούμενου κράτους (MFN)

- ❑ Οι ρήτρες MFN επιτρέπουν στους ξένους επενδυτές να βασίζονται σε πιο ευνοϊκές διατάξεις **διαφορετικών** επενδυτικών συνθηκών, που έχει υπογράψει το κράτος επένδυσης.
- ❑ **Πρακτικές συνέπειες της ρήτρας:** (1) αποκλεισμός διακρίσεων βάσει εθνικότητας (2) δυνατότητα εισαγωγής άλλων διατάξεων
- ❑ **Ελληνοκυπριακή BIT (άρθρο 3):**

ΑΡΘΡΟ 3

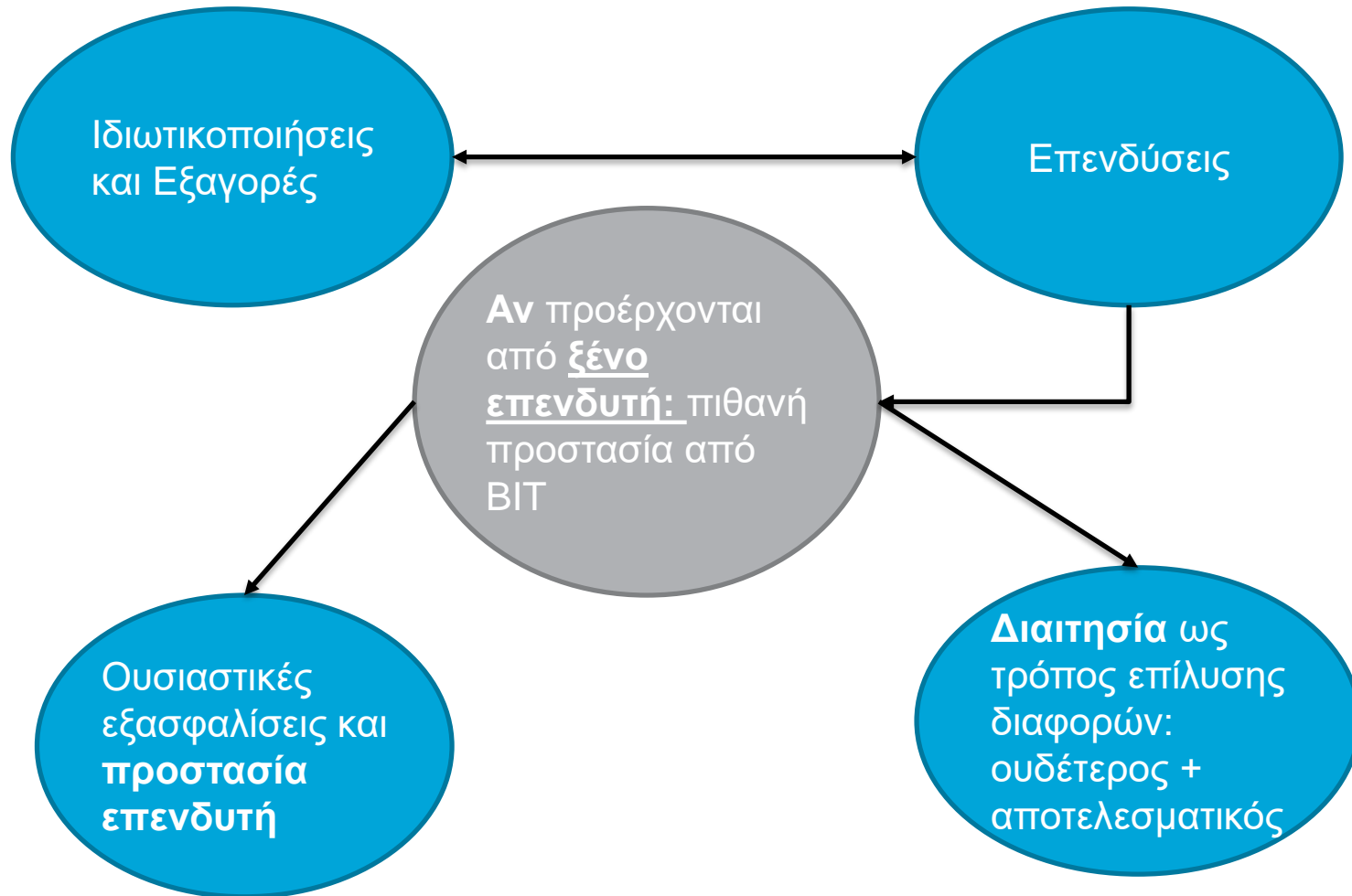
Μεταχείριση του μάλλον ευνοούμενου κράτους και εθνική μεταχείριση

1. Τα Συμβαλλόμενα Μέρη δεν υποβάλλουν επενδύσεις, που ανήκουν εξ ολοκλήρου ή εν μέρει, στο έδαφός τους σε επενδυτές του άλλου Συμβαλλομένου Μέρους, σε μεταχείριση λιγότερο ευνοϊκή από εκείνη που επιφυλάσσουν για τις επενδύσεις των ίδιων επενδυτών τους ή για τις επενδύσεις επενδυτών τρίτου κράτους.
2. Τα Συμβαλλόμενα Μέρη δεν υποβάλλουν επενδυτές του άλλου Συμβαλλομένου Μέρους, όσον αφορά τη δραστηριότητα που αναπτύσσουν σε σχέση

National Grid PLC κατά Αργεντινής

- Υπόθεση όπου οι διαφορές που ανέκυψαν από διαδικασίες **ιδιωτικοποίησης** στην Αργεντινή επιλύθηκαν μέσω διεθνούς διαιτησίας
- Η National Grid έκανε επενδύσεις στη βιομηχανία παροχής ηλεκτρικής ενέργειας της Αργεντινής, κατόπιν των μέτρων ιδιωτικοποίησης που έλαβε η κυβέρνηση, λόγω της οικονομικής κρίσης που χτύπησε την Αργεντινή το 1999-2001.
 - Η National Grid προσέφυγε σε διαιτησία ισχυριζόμενη πως τα μέτρα κατά της κρίσης που έλαβε η κυβέρνηση παραβίαζαν την BIT Ηνωμένου Βασιλείου – Αργεντινής.
 - Απαλλοτρίωση, παραβίαση FET, και παραβίαση της υποχρέωσης παροχής “προστασίας και σταθερής ασφάλειας” στην ξένη επένδυση.
 - Το διαιτητικό δικαστήριο έκρινε ότι η National Grid δεν είχε στερηθεί ουσιαστικά τον τίτλο ιδιοκτησίας της, αλλά ότι η Αργεντινή παραβίασε το FET standard

Καταληκτικές παρατηρήσεις



Ευχαριστώ

White & Case LLP

19 Place Vendôme
75001 Paris
France

T + 33 1 55 04 15 15

F + 33 1 55 04 15 16

In this presentation, White & Case means the international legal practice comprising White & Case LLP, a New York State registered limited liability partnership, White & Case LLP, a limited liability partnership incorporated under English law and all other affiliated partnerships, companies and entities.