

Investicinio arbitražo reforma Europos Sąjungoje

Dr. Rimantas Daujotas*

I. Įvadas

Dvišalės ar daugiašalės investicijų skatinimo ir apsaugos sutartys (arba DIS) – tai susitarimai, kuriuose nustatomos dviejų ar daugiau valstybių tarpusavio investicijų sąlygos. Apie 200 Europos Sąjungos (ES) valstybių narių tarpusavio dvišalių investicijų sutarčių iki šiol tebegalioja. Daugumą jų sudarytos XX a. dešimtajame dešimtmetyje, kuomet viena arba abi susitariančios šalys dar nebuvo ES narės. Tokių susitarimų tikslas – skatinti užsienio investicijas suteikiant abipuses garantijas, apsaugančias nuo politinės rizikos, kuri gali neigiamai paveikti tarptautines investicijas. Valstybės pasirašo dvišales investicijų sutartis siekdamos skatinti išeinančias tiesiogines užsienio investicijas (arba TUI) ir pritraukti ateinančias tarptautines investicijas. Tyrimai rodo, kad, įsigaliojus DIS, TUI srautai tarp abiejų susitariančiųjų valstybių žymiai padidėja – iki 30 %¹. To rezultatas – DIS kuria naujas darbo vietas ir didina bendrą valstybių gerovę. TUI srautai didėja, jei investuotojai turi tam tikrą minimalų teisinį tikrumą bei galimybę gauti kompensaciją už žalą jų investicijoms. Valstybės narės tai pripažino, be kita ko, masiškai pasirašydamos ICSID² ir Niujorko konvencijas³, kuriose pateiktos dažniausiai naudojamos investuotojo ir valstybės ginčų sprendimo taisyklės (ISDS) bei užsienio arbitražo sprendimų pripažinimo ir vykdymo taisyklės. Įtraukdamos veiksmingas ISDS taisykles praktiškai į visas DIS, valstybės narės susitarė sąžiningai elgtis su užsienio investuotojais, užtikrinti teisinį tikrumą ir nuspėjamumą bei priimti tarptautinio

* Dr. Rimantas Daujotas yra arbitražo ir tarptautinių ginčų ekspertas, ginčų sprendimo praktikos partneris advokatų profesinėje bendrijoje „Motieka ir Audzevičius“. Rimantas taip pat yra Tarptautinės investicijų teisės ir arbitražo lektorius Vilniaus universitete. Rimantas apsigynė teisės mokslų daktaro laipsnį Karalienės Marijos universiteto Tarptautinio arbitražo mokykloje Londone. Rimantas taip pat apsigynė antrą teisės mokslų daktaro laipsnį Vilniaus universitete. Rimantas yra įgijęs išsilavinimą Harvardo Universitete, Kembridžo Universitete, buvo pakviestas atlikti mokslines stažuotes Kolumbijos teisės mokyklos Tarptautinių komercinių bei investicinių ginčų centre Niujorke bei Nacionalinio Singapūro universiteto Tarptautinės teisės centre. Rimantas baigė teisės magistrantūros studijas Edinburgo universitete Škotijoje, taip pat studijavo tarptautinį komercinį bei investicinį arbitražą bei tarptautinės prekybos teisę Tarptautiniuose prekybos rūmuose Paryžiuje, Londono Privilegiuotų arbitražo institute bei Tarptautinėje arbitražo akademijoje Paryžiuje..

¹ Žr. pvz. SAUVANT, K. P., SACHS, L. E. eds. *The effect of treaties on foreign direct investment: Bilateral investment treaties, double taxation treaties, and investment flows*. Oxford, UK: Oxford University Press, 2009.

² 1965 m. Konvencija dėl valstybių ir kitų valstybių piliečių ginčų investicijų srityje sprendimo (toliau tekste – ICSID Konvencija).

³ 1958 metų Niujorko konvencija dėl užsienio arbitražų sprendimų pripažinimo ir vykdymo (toliau tekste – Niujorko konvencija).

arbitražo sąlygą kaip būdą spręsti visus iškilusius ginčus. Iš tiesų, esminės ir procesinės taisyklės ir teisės, numatytos DIS, ir valstybių garantijos investuotojams yra būtent visuotinai pripažįstamų teisės principų skatinimas ir puoselėjimas.

Tačiau pastaruoju metu reiškiamą kritiką, kad dvišalės investicijų sutartys 28 šalių bendrojoje ES rinkoje yra pasenusios. Daugelis tarp Europos Sąjungos valstybių sudarytos DIS buvo pasirašytos prieš 2004, 2007 ir 2013 metais vykusią ES plėtrą. Šiomis sutartimis iš esmės užtikrinta pusiausvyra tarp tuomečių ES narių ir valstybių, vėliau tapsiančių „ES 13“ grupe. Dar didesnė priešprieša DIS atžvilgiu kilo tuomet, kada, įsigaliojus Lisabonos sutarties⁴ 207 straipsniui, Sutartis dėl Europos Sąjungos veikimo (SESV)⁵ suteikė ES išimtinę kompetenciją tiesioginių užsienio investicijų, įeinančių į bendrąją prekybos politiką, srityje. Be to, per pastaruosius penkerius metus ES Komisija ypač daug dėmesio skyrė DIS, kurios buvo sudarytos tarp ES valstybių narių – vadinamosioms ES vidaus DIS. Briuselis spaudžia ES valstybes nares nutraukti šias ES vidaus DIS. Todėl dalis valstybių priėmė vadinamąjį „Danijos požiūrį“ – iš DIS buvo pašalinta galiojimo termino išlyga, sauganti esamas investicijas papildomus 10–20 metų po sutarties nutraukimo, kas lemia neatidėliotiną investicijų apsaugos praradimą. Komisija ir toliau stiprina spaudimą kitoms valstybėms narėms pasukti panašiu keliu⁶.

Dar vienu smūgiu ES vidaus DIS tapo Europos Sąjungos Teisingumo Teismo (ESTT) 2018 m. kovo 6 d. sprendimas *Achmea* byloje (C-284/16), kuriame konstatuota, kad arbitražiniai susitarimai, sulygti beveik 200 ES vidaus DIS, pažeidžia ES teisę. Šis sprendimas sukėlė begalę teisinių ginčų bei turėjo reikšmingų pasekmių ES investuotojams, investuojantiems ES teritorijoje.

Kita ES Komisijos strategija yra įsikišti kaip *amicus curiae*⁷ į kiekvieną arbitražo bylą, kurioje nagrinėjama ES vidaus DIS ar yra potencialiai naudojamos ar nagrinėjamos ES teisės priemonės. Įsikišdama Komisija nuosekliai tvirtina tarptautinio investicinio arbitražo tribunolams, kad ES

⁴ Lisabonos sutartis, iš dalies keičianti Europos Sąjungos sutartį ir Europos bendrijos steigimo sutartį, pasirašyta Lisabonoje 2007 m. gruodžio 13 d.

⁵ Europos Sąjungos sutarties ir sutarties dėl Europos Sąjungos veikimo suvestinės redakcijos, 2007-12-13, Oficialusis leidinys C, 2008-05-09, Nr. 115-1.

⁶ Žr. Europos Komisijos pranešimas spaudai. Komisija prašo ES valstybių narių nutraukti dvišales tarpusavio investicijų sutartis. Briuselis, 2015 m. birželio 18 d. Prieiga per internetą: <http://europa.eu/rapid/press-release_IP-15-5198_lt.htm> [žiūrėta 2016-06-13].

⁷ Į lietuvių kalbą *amicus curiae* būtų galima versti kaip terminą „teismo draugas“ ar „teismo bičiulis“, tačiau, atsižvelgiant į Vakarų teisės tradicijoje visuotiniu tapusį lotyniškos teisės terminijos pripažinimą, straipsnyje vartojamas lotyniškas terminas.

teisės aktai yra viršesni už ES vidaus DIS ir todėl tokios sutartys yra negaliojančios ir daugiau nebetaikytinos. Šį argumentą iki šiol atmetė dauguma arbitražo tribunolų.

Be to, viena pagrindinių naujienų ES tarptautinių investicijų apsaugos kontekste yra tai, kad Komisija iki šiol derinamoje Transatlantinės prekybos ir investicijų partnerystės (TTIP) sutartyje⁸ ir jau suderėtose naujose laisvosios prekybos sutartyse (pvz., ES ir Kanados laisvosios prekybos susitarime (CETA)) siūlo sukurti dviejų pakopų nuolatinę „viešąją“ teismų sistemą kaip atsvarą investiciniam arbitražui.

Atsižvelgiant į šią didėjančią priešpriešą tarp ES teisės ir DIS bei remiantis jomis sudarytų tarptautinių arbitražo tribunolų, šio straipsnio tikslas yra išanalizuoti tarptautinių investicijų apsaugos reformą ES, aptarti ES teisės ir DIS teisės normų priešpriešą, kritiškai įvertinti esamas ir siūlomas reformas ES tarptautinių investicijų apsaugos srityje bei aptarti ES Komisijos ir tarptautinių arbitražo tribunolų priešpriešą.

Paminėtina, kad tarptautinių investicijų apsaugos reforma ES Lietuvos teisės doktrinoje iki šiol nebuvo išsamiai nagrinėta⁹. Todėl metodologiniu požiūriu tema bus nagrinėjama keletu aspektų. Iš vienos pusės, bus bandoma atskleisti ES teisės ir tarptautinių investicinių arbitražo tribunolų konflikto pobūdį. Iš kitos pusės, bus bandoma išgryninti šio konflikto priežastis ir įvertinti siūlomus būdus spręsti šį konfliktą. Kritikos ir lyginamasis metodai neapsiribos tik ES teisės analize, bus analizuojama ir tarptautinė praktika, remiamasi užsienio autorių darbais. Taip pat pasitelkiami ir loginis, sisteminis, teologinis ir kiti metodai.

II. ES tarptautinių investicijų politika po Lisabonos sutarties

Kaip ir minėta, per pastaruosius penkerius metus ES Komisija daugiausia dėmesio skyrė DIS, kurios buvo sudarytos tarp ES valstybių narių – vadinamosioms ES vidaus DIS. Dauguma jų buvo sudarytos XX a. dešimtojo dešimtmečio pradžioje ir šio amžiaus pirmojo dešimtmečio pabaigoje

⁸ Žr. Europos Komisijos pranešimas spaudai. Komisija deryboms dėl Transatlantinės prekybos ir investicijų partnerystės ir kitų ES prekybos bei investicijų susitarimų siūlo naudoti naują Investicijų teismų sistemą. Briuselis, 2015 m. rugsėjo 16 d. Prieiga per internetą: <http://europa.eu/rapid/press-release_IP-15-5651_lt.htm> [žiūrėta 2016-06-13].

⁹ Šiame kontekste galima paminėti su šio straipsnio tematika susijusius Lietuvos autorių darbus: DAUJOTAS, R. *Tarptautinė investicijų teisė ir arbitražas*. Vilnius: Eugrimas, 2015.

tarp „senųjų“ ES valstybių narių ir Vidurio ir Rytų Europos šalių, kurios per šį laiką tapo ES narėmis. Prie tokių „naujųjų“ narių taip pat priskiriama ir Lietuvos Respublika.

Įsigaliojus Lisabonos sutarties 207 straipsniui, SESV suteikė ES išimtinę kompetenciją tiesioginių užsienio investicijų, įeinančių į bendrąją prekybos politiką, srityje¹⁰. Dvišalės investicijų sutartys tradiciškai apima TUI bei portfelines investicijas, taigi šiuo atžvilgiu lieka neaišku, ar tradicinių investicinių sutarčių sudarymas visiškai priklauso ES kompetencijai. Neseniai šis klausimas buvo pateiktas Europos Sąjungos Teisingumo Teismui (ESTT) prašant pareikšti nuomonę pagal SESV 218(11) straipsnį dėl ES ir Singapūro laisvosios prekybos sutarties¹¹. 2017 m. gegužę ESTT išaiškino, kad atskiros ES priklausančios valstybės negalės balsuoti dėl ES prekybos sutarčių. Taip iš ES priklausančių valstybių nacionalinių parlamentų atimta dalis galių prekybos ir investicinių sutarčių pasirašymo srityje, tačiau ESTT išaiškino, kad nacionaliniai parlamentai privalės ratifikuoti tarptautines sutartis kai kuriose specifinėse srityse, pavyzdžiui, susijusiose su investicijomis. Kitais klausimais ES Komisija galės pasirašyti tarptautines sutartis savarankiškai ir tam nereikės nacionalinių parlamentų ratifikavimo¹².

Be to, svarbu tai, kad 2010 m. liepos mėn. ES Komisija paskelbė komunikatą, kuriame paaiškino, kaip ji ketina panaudoti savo naująją kompetenciją tarptautinių investicijų srityje¹³. Komunikate pabrėžiama sąsaja tarp TUI ir ekonomikos augimo bei gerovės ir investicijų susitarimų privalumų išnaudojimo priemonės svarba. Investuotojų ir valstybių arbitražo klausimu komunikate teigiama:

„Investuotojo ir valstybės ginčų sprendimas apibrėžtas jau daugelyje investicijų susitarimų, todėl jei tokių ginčų sprendimo nebūtų numatyta, investuotojai iš tiesų tai vertintų kaip trūkumą, o investicijas priimančioji šalis taptų mažiau patraukli už kitas šalis. Dėl to būsimuose ES susitarimuose, kuriuose yra investicijų apsaugos nuostatų, turėtų būti numatytas investuotojo ir valstybės ginčų sprendimo mechanizmas.“¹⁴

¹⁰ Pagal SESV 207 str. reglamentuojama bendra prekybos politika ir muitų sąjunga; pagal SESV 217 str. – ES kompetencija dėl asociacijos sutarčių sudarymo.

¹¹ Žr. Pagal SESV 218 straipsnio 11 dalį Europos Komisijos paduotas prašymas pateikti nuomonę (Nuomonė 2/15), (2015/C 363/22). Europos Sąjungos oficialusis leidinys, C 363/18.

¹² Žr. Teisingumo Teismo (plenarinė sesija) Nuomonė 2/15, 2017 m. gegužės 16 d., dėl 2015 m. liepos 10 d. Europos Komisijos pateikto prašymo pateikti nuomonę pagal SESV 218 straipsnio 11 dalį.

¹³ Komisijos komunikatas „Visapusiškos Europos tarptautinės investicijų politikos kūrimas“ (KOM (2010)343 galutinis). Prieiga per internetą: <<http://ec.europa.eu/transparency/regdoc/rep/1/2010/LT/1-2010-343-LT-F1-1.Pdf>> [žiūrėta 2016-06-13].

¹⁴ Ibid., 9 psl.

Komunikate taip pat pripažįstama, kad investuotojų ir valstybės ginčų sureguliuavimo mechanizmo nuostatų įtraukimas į ES sutartis kelia iššūkių iš esmės dviem aspektais. Pirma, reikalinga patikslinti atitinkamą ES ir jos valstybių narių atsakomybę už investiciniame arbitraže ginčijamas priemones. Antra, ES investicijų susitarimai turėtų būti nukreipti reformuoti ISDS didinant skaidrumą, numatomumą ir arbitrų nepriklausomybę.

Komisija pasistengė išspręsti pirmąjį iššūkį savo pasiūlyme dėl reglamento, kuris buvo priimtas 2014 m. liepos mėn. Reglamente Nr. 912/2014¹⁵ yra numatytas vidinis finansinės atsakomybės priskyrimo ES ir valstybėms narėms reglamentavimas. Taip pat reglamentuojamas klausimas, kas turėtų būti atsakovu investiciniame arbitraže. Remiantis prielaida, kad ateityje ES investicijų susitarimai apims ISDS nuostatas, Komisijos pasiūlymas, pateiktas remiantis ankstesniu Komisijos komunikatu, šiuo klausimu buvo aiškus. Antrasis iššūkis sulaukė stipraus visuomenės protesto, ypač susijusio su derybomis dėl TTIP. Triukšminga kritika dėl TTIP ISDS nuostatų koncentravosi į tariamai investuotojams palankių arbitražo tribunolų poveikį vidaus įstatymams. Komisija į tai greitai reagavo plataus masto skaidrumo kampanija ir suteikė atvirą prieigą prie įvairių svarbiausių politinių ir derybinių dokumentų¹⁶. Kategoriškas ISDS nuostatų atmetimas TTIP buvo dar aiškiau išreikštas beveik 150 000 atsakymų, pateiktuose viešosiose konsultacijose, pradėtose 2014 m. kovo mėn.¹⁷

Vis dėlto, užuot iš karto pašalinusi ISDS nuostatas iš derybų dėl TTIP, kas parodytų reakciją į pasitarimus su visuomene, Komisija investuotojų ir valstybės ginčų sprendimą „apvilko“ demokratinės reformos mantija¹⁸. Naujoji sistema, kuriai yra taikomi tariami demokratijos principai, taip pat buvo aiški ir būtina Europos Parlamento sutikimo dėl TTIP sąlyga. Būtent šių

¹⁵ 2014 m. liepos 23 d. Europos Parlamento ir Tarybos reglamentas (ES) Nr. 912/2014, kuriuo nustatoma finansinės atsakomybės, susijusios su investuotojų ir valstybės ginčų sprendimu teismuose, įsteigtuose tarptautiniais susitarimais, kurių šalis yra Europos Sąjunga, paskirstymo tvarka.

¹⁶ Žr. ES internetinės svetainės puslapis. Prieiga per internetą: <<http://ec.europa.eu/trade/policy/in-focus/ttip/>> [žiūrėta 2016-06-13].

¹⁷ Žr. Komisijos tarnybų darbinis dokumentas. Ataskaita. Viešos konsultacijos internetu dėl investicijų apsaugos bei investuotojų ir valstybės ginčų sprendimo (IVGS) nuostatų Transatlantinės prekybos ir investicijų partnerystės susitarime (TPIP). Briuselis, 2015 01 13 SWD(2015) 3 draft. Prieiga per internetą: <http://trade.ec.europa.eu/doclib/docs/2015/march/tradoc_153311.pdf> [žiūrėta 2016-06-13].

¹⁸ Žr. Europos Komisijos pranešimas spaudai. Komisija deryboms dėl Transatlantinės prekybos ir investicijų partnerystės ir kitų ES prekybos bei investicijų susitarimų siūlo naudoti naują Investicijų teismų sistemą. Briuselis, 2015 m. rugsėjo 16 d. Prieiga per internetą: <http://europa.eu/rapid/press-release_IP-15-5651_lt.htm> [žiūrėta 2016-06-13]. Taip pat žr. Concept Paper. Investment in TTIP and beyond – the path for reform Enhancing the right to regulate and moving from current ad hoc arbitration towards an Investment Court. Prieiga per internetą: <http://trade.ec.europa.eu/doclib/docs/2015/may/tradoc_153408.PDF> [žiūrėta 2016-06-13].

aplinkybių fone turi būti vertinamas ir Komisijos pateiktas pasiūlymas dėl nuolatinio investicijų teismo nuostatų naujuosiuose laisvosios prekybos susitarimuose bei platesnio užmojo daugiašalių pastangų šioje srityje. Komisijos pasiūlymo esmė – investuotojų ir valstybės ginčų sprendimas turi būti neatsiejamas nuo ES prekybos ir investicijų susitarimų. Savo 2015 m. gegužės mėn. pateiktoje koncepcijoje¹⁹ prekybos komisarė Cecilia Malmström aptarė ES galimybę reformuoti tradicinę ISDS sistemą, siekiant visiškai užtikrinti reglamentavimo teisę ES ir jos valstybėms narėms. Koncepcijos projekte pabrėžiama pažanga jau buvo padaryta ES ir Singapūro laisvosios prekybos susitarime²⁰ bei CETA²¹, kuris iš pradžių pasižymėjo tradicinėmis ISDS nuostatomis, tačiau vėliau taip pat priėmė nuolatinio investicijų teismo nuostatas.

Projekte taip pat pabrėžiami minėti siekiai plėtoti nuolatinio investicijų teismo su apeliacijų galimybe mechanizmą. Nors tokio mechanizmo perspektyvos yra neaiškios TTIP kontekste, jis jau yra numatytas ES ir Vietnamo laisvosios prekybos susitarime²² bei jau minėtoje CETA. 2015 m. spalio mėn. Komisija pristatė naująją prekybos strategiją²³, kurioje dėmesys vėl skiriamas ES kaip reformuotojai investicijų apsaugos srityje, stiprinant reglamentavimo teisę ir skaidrumą, ypač stiprinant investuotojo ir valstybės ginčų sprendimo teisėtumą.

Galima teigti, kad perėjimas prie labiau institucionalizuoto ir teismo ISDS mechanizmo būsimosiose ES prekybos ir investicijų sutartyse sprendžia visuomenės pareikštą susirūpinimą ir atitinka Europos Parlamento reikalavimus. Nepaisant to, nė viename iš šių aspektų nėra kalbama apie ISDS nuostatų suderinamumą su ES teise. Atsižvelgiant į ES Komisijos ryžtingus bandymus panaikinti ES vidaus DIS būtent dėl poveikio, kurį ISDS turi vidaus rinkoje, stebina tai, kad nė viename iš minėtų dokumentų nekalbama apie ISDS poveikį ES investicijų susitarimams. Priešingai, aiškiai pabrėžiamas teigiamas ISDS poveikis investicijų apsaugai šiuose susitarimuose. Kalbant apie platesnį suderinamumo klausimą, tik koncepcijos projektas trumpai pripažįsta

¹⁹ Concept Paper. Investment in TTIP and beyond – the path for reform Enhancing the right to regulate and moving from current ad hoc arbitration towards an Investment Court. Prieiga per internetą: http://trade.ec.europa.eu/doclib/docs/2015/may/tradoc_153408.PDF [žiūrėta 2016-06-13].

²⁰ ES ir Singapūro laisvosios prekybos susitarimas didžiąja dalimi buvo parafuotas 2013 m. rugsėjo mėn., o derybos dėl investicijų apsaugos baigtos 2014 m. spalio mėn. Singapūras yra pirmoji Pietryčių Azijos valstybių asociacijos (ASEAN) valstybė narė, sudariusi susitarimą su ES.

²¹ Derybos dėl ES ir Kanados išsamaus ekonomikos ir prekybos susitarimo (CETA) baigtos 2014 m. rugsėjo mėn., o susitarimas pasirašytas 2016 m. spalio 30 d.

²² ES ir Vietnamo laisvosios prekybos susitarimas, oficialiai pasirašytas 2015 m. gruodžio 2 d. Tai yra pirma tokia sutartis tarp ES ir besivystančios šalies.

²³ Europos Komisija. Prekyba visiems. Atsakingesnės prekybos ir investicijų politikos kūrimas. ISBN: 978-92-79-50462-4.

autonomijos principo aktualumą, tačiau atmeta bet kokią nesuderinamumo riziką šiuo pagrindu. Todėl išlieka pagrįstas nuogąstavimas, kad ISDS nuostatos kirsis su autonomijos principu. Ir nors šios problemos gali būti sprendžiamos rengiant atitinkamus dokumentus, perėjimas nuo tradicinio ISDS prie nuolatinio investicijų teismo neišspręs problemos, o ypač ES teisės ir investicijų sutarčių teisės konflikto problemos²⁴, kuri aptariama toliau.

III. ES teisės ir investicijų sutarčių konfliktas

ES dvišalių investicijų sutarčių klausimas yra vienas iš atvejų, kuomet susikerta tarptautinė viešoji teisė ir ES teisė²⁵. Kaip ir minėta, ES vidaus DIS yra dvišalės investicijų apsaugos sutartys, sudarytos iki kai kurių valstybių įstojimo į ES. Didelį jų skaičių sudarė Centrinės ir Rytų Europos valstybės postkomunistiniais metais, įskaitant ir Lietuvą, siekdamos paskatinti jaunas ekonomikas. Šiuo metu Rytų Europos valstybės yra įstojusios į ES, o DIS tebegalioja. Taigi, ES vidaus tiesiogines užsienio investicijas vienu metu reguliuoja du režimai: ES teisė, remiantis Lisabonos sutartimi²⁶ suteikta kompetencija, ir ES vidaus DIS nuostatos.

Kaip ir minėta, būtent dėl šios sanklodos ES siekia nutraukti visas esamas ES vidaus DIS vienu kartu. Įvardijamos šios priežastys: pirma ir pagrindinė – neva esamos ES vidaus DIS yra diskriminacijos tarp Europos investuotojų šaltinis. Paini DIS visuma suteikia įvairių ES valstybių narių investuotojams galimybę naudotis skirtingais apsaugos lygiais. Tai, pasak ES pareigūnų, sukuria diskriminacinį požiūrį į investuotojus, o tai visiškai prieštarauja ES tikslui ir yra uždrausta

²⁴ Taip pat žr. EILMANSBERGER, Th. Bilateral investment treaties and EU law. *Common Market Law Review* 46.2 (2009): 383–429; WEHLAND, H. Intra-EU Investment Agreements and Arbitration: Is European Community Law an Obstacle? *International and Comparative Law Quarterly* 58.02 (2009): 297–320; RADU, A. Foreign Investors in the EU – Which ‘Best Treatment’? Interactions Between Bilateral Investment Treaties and EU Law. *European Law Journal* 14.2 (2008): 237–260.

²⁵ Žr. GHOURI, A. A. Resolving incompatibilities of bilateral investment treaties of the EU Member States with the EC treaty: individual and collective options. *European Law Journal* 16.6 (2010): 806–830; KLEINHEISTERKAMP, J. Investment protection and EU law: the intra-and extra-EU dimension of the Energy Charter Treaty. *Journal of International Economic Law* (2012): jgs004.

²⁶ 2009 m. užsienio investicijos buvo galutinai įtrauktos į pirminę ES teisę Lisabonos sutartimi. Sutarties dėl Europos Sąjungos veikimo (SESV) 206 ir 207 straipsniuose nurodoma, kad tiesioginių užsienio investicijų skatinimas yra vienas pagrindinių Sąjungos bendrosios prekybos politikos uždavinių: 206 straipsnis (anksčiau Europos Bendrijos steigimo sutarties (TEC) 131 straipsnis). Įkurdama muitų sąjungą pagal 28–32 straipsnius, Sąjunga prisideda visuotinei naudai prie harmoningos pasaulinės prekybos raidos, pažangaus tarptautinės prekybos ir tiesioginių užsienio investicijų suvaržymų panaikinimo bei muitų ir kitų barjerų mažinimo. 207 straipsnis (anksčiau Europos Bendrijos steigimo sutarties (TEC) 133 straipsnis). Bendroji prekybos politika turi būti grindžiama vieningais principais, ypač atsižvelgiant į tiesioginių užsienio investicijų <...> komercinius aspektus <...>.

SESV 18 straipsniu²⁷. Antras argumentas – gausybė DIS paverčia niekais ES pastangas sukurti vienodą požiūrį į investicijų apsaugą. Todėl glaudus šių dviejų režimų sambūvis neįmanomas, kadangi DIS suteikia apsaugą tiems investuotojams, kuriems tokios apsaugos neteikia ES teisė.

Tačiau pirmiausia galima pastebėti, kad, kalbant apie laisvą kapitalo judėjimą, akivaizdu, jog ES teisė suteikia žymiai daugiau lankstumo savo valstybėms narėms reguliavimo teisės požiūriu. Įgyvendindamos ES politiką valstybės gali laisvai taikyti priemones, kurios kartu dažnai yra laikytinos DIS pažeidimu²⁸. Vis dėlto tas pats pasakytina apie sąžiningumo ir lygiateisiškumo principu grindžiamą požiūrį. ES neturi tokių liberalių investuotojų teisių apsaugos priemonių, kaip DIS sąžiningumo ir lygiateisiškumo principu grindžiamas požiūris²⁹. Svarbiausias palyginimo aspektas yra apsauga nuo nusavinimo – ES teisė tegarantuoja apsaugą nuo tiesioginio nusavinimo, o DIS siūlo ir apsaugą nuo netiesioginio nusavinimo ir užtikrina teisingą kompensaciją. Pastaroji eksponentiškai padidina investicijų apsaugos lygį.

Taigi, nors iš pirmo žvilgsnio problema atrodo lengvai identifikuojama, ji yra gana sudėtinga. Pagal faktinę padėtį investuotojai gali rinktis pradėti bylą nacionaliniuose teismuose pagal nacionalinius įstatymus, kurie grindžiami pirmine ir antrine ES teise, arba keiptis į arbitražą, kuris suteikia jiems didesnę apsaugą ir garantijas prieš šališkumą priimančiosios valstybės naudai. Nenuostabu, kad jie renkasi antrąjį variantą. Tačiau kas nutinka, kai jiems pavyksta gauti sprendimą, kuris dėl teikiamos didesnės apsaugos pažeidžia ES teisę? Ar toks sprendimas gali būti įgyvendintas?

Būtent tai įvyko *Micula* byloje³⁰. „*Micula*“ – tai Švedijos investuotoja, pateikusi ieškinį tarptautinio arbitražo tribunolui pagal 2003 m. Švedijos ir Rumunijos DIS, kadangi 2005 m.

²⁷ 18 straipsnis (anksčiau Europos Bendrijos steigimo sutarties (TEC) 12 straipsnis). Taikant šias sutartis ir nesuvaržant jokių jų specialiųjų nuostatų, draudžiama bet kokia diskriminacija pilietybės pagrindu.

²⁸ SESV 63 straipsnis numato, kad bet kokie kapitalo judėjimo tarp valstybių narių bei tarp valstybių narių ir trečiųjų valstybių suvaržymai yra draudžiami. Minėtas draudimas apima bent kokius tiesioginių užsienio investicijų suvaržymus (SESV 64 (2) straipsnis). Pažymėtina, kad šios nuostatos yra nagrinėtinos atsižvelgiant į SESV 64 (3) straipsnį, kuriame teigiama, kad Taryba, veikdama pagal specialią įstatyminę procedūrą, gali vienbalsiai, prieš tai pasitarusi su Europos Parlamentu, pritaikyti priemones, kurios kapitalo judėjimo į arba iš trečiųjų valstybių liberalizavimo aspektu ES teisėje gali būti laikomos žingsniu atgal.

²⁹ ES investicijų politika grindžiama principu – leidžiama visa, kas nedraudžiama. Tam tikros priemonės, pavyzdžiui, vienodo tarifo mokestis, gali pažeisti sąžiningumo ir lygiateisiškumo principą investuotojų ir investicijų atžvilgiu, tačiau yra tiesiogiai leistos ES įstatymų.

³⁰ *Ioan Micula, Viorel Micula, S.C. European Food S.A., S.C. Starmill S.R.L. and S.C. Multipack S.R.L. v. Romania*, ICSID byla Nr. ARB/05/20. Prieiga per internetą: <<http://www.italaw.com/cases/697#sthash.JOF3vnCb.dpuf>>

Rumunija nutraukė valstybės pagalbą, kurią ji įsipareigojo teikti „Miculai“ 1999 m. Įsikišdama į šią bylą kaip *amicus curiae*, Komisija teigė, kad bet koks sprendimas, pagal kurį Rumunija turėtų išmokėti kompensaciją „Miculai“, reikštų nelegalią „naują“ valstybės pagalbą (angl. *State aid*) ir todėl pažeistų ES teisę. Todėl, žengdama beprecedentį žingsnį 2014 m. spalio 1 d., ES Komisija išleido oficialų raštą, adresuotą Rumunijos vyriausybei, kuriame pareiškė, kad ICSID arbitražo 2013 m. gruodžio 11 d. sprendimo (*Micula* byloje) vykdymas lems valstybės pagalbos suteikimą, nesuderinamą su sutartyje pateiktomis valstybės paramos teikimo nuostatomis³¹. Tad šis arbitražo sprendimas faktiškai tapo neturintis juridinės galios Europos Sąjungoje.

Uždraudusi Rumunijai išmokėti kompensaciją, Komisija pradėjo oficialų tyrimą, ar šalis nepažeidė ES valstybės pagalbos taisyklių. „Micula“ iškėlė bylą Komisijai Bendrajame Teisme prašydama panaikinti Komisijos sprendimą³². Tai reiškia, kad Bendrasis Teismas (ir potencialiai ESTT) būtų sprendęs ES vidaus DIS ir ES teisės santykio klausimą, visgi byla Bendrajame Teisme nebuvo išnagrinėta, nes „Micula“ atsiėmė ieškinį.

Micula bylos keliamos problemos bus aptartos plačiau toliau, tačiau, nepriklausomai nuo šios bylos galutinio rezultato, vienas dalykas labai aiškus: net jei investuotojas laimi arbitražo bylą, jis ilgainiui negalės tikėtis veiksmingo sprendimo vykdymo ES valstybėje narėje ir todėl negalės tikėtis gauti kompensacijos. Toliau aptariama *Achmea* byla dar labiau sustiprina šią prielaidą.

Analizuojant ES teisės ir DIS nuostatų priešpriešą, taip pat paminėtina, kad ES ne kartą kritikavo DIS dėl to, kad jos ne tik trukdo įgyvendinti ES investicijų politiką, bet ir mažina susijusių mechanizmų bei reglamentų efektyvumą. Pavyzdžiui, Vengrija laikėsi EK rekomendacijų nutraukti savo paramos programą energetikos sektoriuje. Todėl ji buvo patraukta atsakovu pagal DIS sutartis 2007 ir 2009 m., o arbitražinis nagrinėjimas užtraukė daugiamilijonines arbitražo išlaidas³³.

[žiūrėta 2016-06-13]. Taip pat žr. 2014 m. rugsėjo 2 d. pareikštas ieškinys byloje *Micula* ir kt. / Komisija. (Byla T-646/14).

³¹ Europos Komisijos 2014 m. spalio 1 d. raštas 2014 dėl valstybės paramos SA.38517(2014/C) (anksčiau 2014/NN) - State aid SA.38517(2014/C) (ex 2014/NN) – Romania Implementation of Arbitral award *Micula* v Romania of 11 December 2013. Bruxelles, 01.10.2014 C(2014) 6848 final. Prieiga per internetą: <<http://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/italaw4066.pdf>> [žiūrėta 2016-06-13].

³² 2014 m. rugsėjo 2 d. pareikštas ieškinys byloje *Micula* ir kt. / Komisija. (Byla T-646/14).

³³ Žr. pvz., *Electrabel S.A. v. Republic of Hungary*, ICSID byla Nr. ARB/07/19; *AES v. Hungary*, ICSID byla Nr. ARB/07/22.

Galiausiai, DIS suteikia investiciniams arbitražams jurisdikciją, kuri savo ruožtu leidžia išorinėms institucijoms interpretuoti ES teisę ir kelia grėsmę vienodam ES įstatymų taikymui. Trumpai tariant, akivaizdu, jog kritika investicinio arbitražo atžvilgiu kyla iš arba yra susijusi su ES teisės *sui generis* statusu³⁴. Pagrindinė priežastis stabdyti investicinio arbitražo veiklą ES yra ne nepasitenkinimas priimtų arbitražo sprendimų kokybe ar kokiais kitais aspektais, o veikiau siekis sukurti, palaikyti ir kontroliuoti nuoseklų ES teisės interpretavimą, užtikrinant vienodą požiūrį į investuotojus ir investicijas visoje ES. Didžiausia problema yra tai, kad ES pareigūnai kol kas yra priversti patikėti šią funkciją institucijai, kurią sudaro šalių pasirenkami arbitrai ir kuriai teisiškai nėra privalomi pagrindiniai ES teisės principai ar ESTT sprendimai.

IV. ES teisės ir DIS konflikto sprendimas

ES teisės *sui generis* pobūdis diktuoja labai skirtingus požiūrius ES vidaus ir išorinių investuotojų ir valstybės ginčų reguliavimo mechanizmo – ISDS – atžvilgiu. Viena aišku – ES Komisija ir Europos Parlamentas nėra patenkinti dabartine situacijos būkle ir imasi priemonių derinti investicijų apsaugą abiejuose lygmenyse taip, kad ISDS atitiktų ES bendros rinkos koncepciją.

Kaip ir minėta, ES Komisija siekia išspręsti šį nesutarimą nutraukiant visas ES vidaus DIS ir reguliuoti ES vidaus investicijų klausimus taikant tik ES teisę. Todėl ES tarptautinių investicijų reformos siekiamas rezultatas gali pasireikšti tuo, kad 1) investuotojams siūlomos apsaugos lygis sumažės, paliekant žymiai daugiau erdvės valstybėms narėms pačioms reguliuoti ir įgyvendinti ES institucijų reikalaujamus mechanizmus; 2) nuoseklumo ir vienodumo visoje ES siekis pasireikš tuo, kad investiciniai ginčai bus sprendžiami nacionaliniuose teismuose, kurie turi prieigą prie ESTT sprendimų ir kuriems šie yra privalomi.

Tačiau, nepaisant šio, iš pirmo žvilgsnio paprasto ir tinkamo rezultato, įgyvendindama šiuos planus ES neatsižvelgia į pagrindinius teisinius barjerus. Pažymėtina, kad investuotojai vykdė savo investicijas pasikliaudami DIS, galiojančiais dokumentais, kurie buvo veiksmingi investavimo metu. Pavyzdžiui, arbitražo profesorius Emmanuelis Gaillard'as komentuodamas *Micula* bylos atvejį pažymi, kad „Komisijos teiginiai konfliktuoja su pačios ES Komisijos rekomendacijomis

³⁴ Taip pat žr. PELLET, A. The Case Law of the ICJ in Investment Arbitration. *ICSID review* 28.2 (2013): 223–240; LAVRANOS, N. Is an International Investor-to-State Arbitration System Under the Auspices of the ECJ Possible? Available at SSRN 1973491 (2011); ARGYROULI, A. *The Interrelation Between European Law and Intra-EU Bilateral Investment Treaties: In Quest for the Perfect Equilibrium*, 2016.

Rumunijai sudaryti dvišales investicijų sutartis (įskaitant DIS tarp Rumunijos ir Švedijos) siekiant sukurti vienodą veiklos lauką ir teisinį pagrindą, kuriais broliai Micula visų pirma vadovavosi vykdydami savo investicijas³⁵. Be to, šiame kontekste taip pat galima paminėti, kad ES Komisijos veiksmai gali padėti kitiems ICSID pripažintiems skolininkams išvengti bausmės ir taip daryti nepataisomą žalą visai tarptautinei investavimo sistemai³⁶.

Kitas svarbus aspektas yra tai, kad pradžioje ES Komisija tiesiog kišosi į arbitražo procesą įvairiomis progomis ginčydama arbitražo jurisdikciją³⁷. Komisija argumentavo, kad ES vidaus DIS nutrauktinos dėl Centrinės ir Rytų Europos valstybių įstojimo į ES, ir pabrėžė, jog, anot ESTT, SESV 351 straipsnis, kuriame teigiama, kad jokių teisių ir pareigų, kylančių iš iki įstojimo sudarytų sutarčių, negali veikti ES sutarčių nuostatos, netaikomas, jeigu visos tokio susitarimo šalys tapo ES narėmis³⁸ ir vadovaujasi principu *lex posterior derogat legi priori* (1969 m. Vienos konvencijos 59 straipsnis³⁹)⁴⁰.

ES Komisijos *lex posterior* argumentas kritikuotinas dviem aspektais. Pirmasis susijęs su ypatingu ES teisės statusu. Maždaug prieš 50 metų ETT išaiškino, kad Europos Bendrija sukuria „naują teisinį režimą“ tarptautinėje teisėje⁴¹. Todėl arbitražo byloje *AES prieš Vengriją*⁴² tribunolas paaiškino, jog dėl „dvilypio pobūdžio“ ES teisė, kuri yra „tarptautinis teisinis režimas“, „kartą įtraukta į nacionalinius teisinius režimus“ tampa „šių teisinių režimų dalimi“. Iš to išplaukia, kad ES teisė nėra tarptautinė teisė Vienos konvencijos požiūriu, todėl taisyklė *lex posterior* gali nebūti

³⁵ Žr. 2014 m. rugsėjo 2 d. pareikštas ieškinytis byloje *Micula ir kt. / Komisija*. (Byla T-646/14).

³⁶ Žr. EILMANSBERGER, Th. Bilateral investment treaties and EU law. *Common Market Law Review* 46.2 (2009): 383–429; HINDELANG, S. Circumventing Primacy of EU Law and the CJEU’s Judicial Monopoly by Resorting to Dispute Resolution Mechanisms Provided for in Inter-se Treaties? The Case of Intra-EU Investment Arbitration. *Legal Issues of Economic Integration* 39.2 (2012): 179–206.

³⁷ Pvz., *Electrabel SA v Hungary* (ICSID byla Nr. ARB/07/19); *Eastern Sugar v. Czech Republic* (SCC byla Nr. 088/2004); *AES v. Hungary* (ICSID byla Nr. ARB/07/22); *Eureko v. Slovak Republic* (PCA byla Nr. 2008-13); *EURAM v. Slovakia* (PCA byla Nr. 2010-17); *U.S. Steel v. Slovakia* (PCA byla Nr. 2013-6).

³⁸ *Eastern Sugar v. Czech Republic* (SCC byla Nr. 088/2004).

³⁹ Vienos konvencijos 59 straipsnyje teigiama, kad sutartis laikytina nutraukta, jeigu jos šalys sudarė vėlesnę sutartį, susijusią su tuo pačiu dalyku, ir:

(a) iš vėlesnės sutarties matyti arba kitaip nustatyta, jog šalių ketinimu šį dalyką turi reguliuoti toji sutartis; arba
(b) vėlesnės sutarties nuostatos yra nesuderinamos su ankstesnės sutarties nuostatomis ir dėl to abi sutartys negali būti taikomos vienu metu.

⁴⁰ *Eastern Sugar v. Czech Republic*, SCC byla Nr. 088/2004.

⁴¹ Byla 26/62 *Van Gend & Loos* [1963] p 12. Prieiga per internetą: <<http://curia.europa.eu/juris/showPdf.jsf?text=&docid=87120&pageIndex=0&doclang=EN&mode=req&dir=&oc c=first&part=1&cid=420486>> [žiūrėta 2016-06-13].

⁴² *AES v. Hungary*, ICSID byla Nr. ARB/07/22.

taikoma. Pažymėtina, kad *Electrabel* tribunolas priėjo prie priešingos išvados dėl ES teisės pobūdžio⁴³.

Antra – net jeigu ES teisė yra tarptautinė teisė Vienos konvencijos požiūriu, naujų narių įstojimas nenutraukia galiojančių DIS, kadangi nėra nedviprasmiško „vėlesniosios sutarties“ šalių ketinimo jas pakeisti. Be to, Vienos konvencijos 59 straipsnis netaikytinas, kadangi „vėlesnioji sutartis“ neapima to paties dalyko, kad ankstesnės sutarties taptų neįmanoma taikyti tuo pat metu⁴⁴.

ES Komisija taip pat teigė, kad net jei DIS nėra nutrauktinos dėl narių įstojimo į ES, tokios DIS yra netaikytinos pagal Vienos konvencijos 30(3) straipsnį. Be abejonės, pripažintina, kad ryšys tarp ES teisės ir DIS egzistuoja, todėl Vienos konvencijos 30(3) straipsnis reikštų, kad visos ankstesnės DIS nuostatos, kurios yra nesuderinamos su vėlesniais ES teisės aktais, yra netaikytinos. Tačiau *Eastern Sugar*⁴⁵ ir *Eureko*⁴⁶ tribunolai tvirtai atmetė argumentą, kad Vienos konvencijos 30(3) straipsnis gali panaikinti jų jurisdikciją. Pavyzdžiui, *Eureko* tribunolas pažymėjo:

„Jokios ES teisės nuostatos nedraudžia investuotojo ir valstybės arbitražo. Priešingai, tarptautinis arbitražas yra plačiai taikomas visoje ES, įskaitant arbitražus tarp juridinių asmenų ir valstybių; ir Europos Teisingumo Teismas yra pateikęs keletą

⁴³ *Electrabel SA v Hungary* (ICSID byla Nr. ARB/07/19). Tribunolas pripažino ES teisės specialųjį statusą, nes ji veikia viršnacionaliniu principu visos ES viduje, o ESTT ėmėsi ES teisės arbitro ir teismų sargo vaidmens. Visgi sprendime nurodyta, kad tribunolui būtina atsižvelgti į Europos Komisijos 2008 m. birželio 8 d. galutinį sprendimą ir taikyti ES teisę šalių ginčui, tačiau neprivaloma priimti sprendimo ir nagrinėti bylos vadovaujantis vienašališkai Komisijos sprendimo galiojimu. Svarbiausia nuspręsti, kokią teisę taikyti arbitražiniam susitarimui, tribunolo jurisdikcijai ir ginčo esmei.

⁴⁴ Investicinio arbitražo teismas *Eureko* byloje išsamiai išnagrinėjo šio straipsnio taikymo klausimą. Teismas argumentavo, kad, priešingai nei 30 straipsnis (Paskesnių sutarčių, susijusių tuo pat dalyku, taikymas), kuris reikalauja, kad sutarčių nuostatos būtų „suderinamos“, Vienos konvencijos 59 straipsnis numato, kad turi būti nagrinėjamas klausimas, ar paskesnės sutarties nuostatos yra „tokios nesuderinamos su ankstesnės sutarties nuostatomis, kad abiejų sutarčių negalima būtų taikyti tuo pat metu“. Toliau teismas nustatė: (i) „nėra įrodytas ketinimas, kad ES teisės nuostatos turi lemti visos DIS nutraukimą“; (ii) „DIS nustato plačias juridines teises ir pareigas, kurios nei dubliuoja ES teisę, nei nėra nesuderinamos su ES teise. DIS siūloma investuotojų apsauga yra <...> platesnė už ES teisės suteikiamą apsaugą“; (iii) „konsenso pagrindu sudarytas arbitražas, veikiantis pagal Jungtinių Tautų patvirtintas nustatytas griežtas arbitražo taisykles, esantis neutralioje vietoje ir turintis neutralią skiriančią instanciją, negali būti paprasčiausiai prilygintas juridinei teisei pavesti teisminį bylos nagrinėjimą priimančiosios valstybės nacionaliniams teismams. Dėl šių priežasčių teismas atmetė tvirtinimą, kad esama DIS yra nutrauktina pagal ES įstatymus.

⁴⁵ *Eastern Sugar v. Czech Republic*, SCC byla Nr. 088/2004.

⁴⁶ *Eureko v. Slovak Republic*, PCA byla Nr. 2008-13.

*nurodymų, kaip nagrinėti ES teisės klausimus arbitražo metu, įskaitant svarbius viešosios politikos klausimus.*⁴⁷

Nepaisant šių investicinio arbitražo tribunolo išvadų, ES Komisija niekada neatsisakė savo strategijos palaipsniui atsisakyti visų ES vidaus DIS. Priešingai, ji tapo dar kategoriškesnė. Komisija netgi prašė arbitražo tribunolų leisti pateikti nepriklausomo eksperto pastabas keliose investicinio arbitražo bylose⁴⁸. Komisijos rašytinės pastabos *Eureko* byloje buvo įkvėptos naujos entuziazmo bangos, susijusios su investicinio arbitražo tribunolų jurisdikcijos suvaržymo strategija, kuri buvo vainikuota *Achmea* bylos išaiškinimais.

Apskritai įsigaliojus Lisabonos sutarčiai, Komisija priėmė labai tiesmuką poziciją, kad investicinio arbitražo procedūra negali būti plačiai taikoma, o jeigu taip nutiktų, jokie su ES teise nesuderinami sprendimai „negali būti vykdomi ir galiojantys ES valstybėje narėje – to nepaisanti valstybė narė rizikuoja teisminiu pažeidimo nagrinėjimu“⁴⁹. Vėliau Komisija žengė dar toliau, teigdama, jog ES vidaus DIS yra „ES vidaus rinkos anomalija“⁵⁰, kuri tik prisideda prie tarptautinės teisės juridinio skaidymo, skatina palankios jurisdikcijos pasirinkimą⁵¹ ir padidina nenuoseklių sprendimų riziką⁵². Taigi, galima teigti, kad nuo šiol bet koks arbitražo sprendimas, priimtas pagal ES vidaus DIS investuotojo naudai, gali būti laikomas pažeidžiančiu ES teisę.

Tačiau taip pat galima teigti, kad efektyvi ES teisyno (*acquis*) plėtra nelemia automatiško nagrinėjamų DIS nutraukimo arba neišvengiamo jų nuostatų netaikymo. Nepažeidžiant ES teisės viršenybės šių sutarčių nutraukimo atžvilgiu, valstybės narės turės griežtai laikytis atitinkamos pačiose sutartyse nustatytos tam tikslui procedūros. Toks nutraukimas negali būti taikomas atgaline data⁵³.

Antra – esamos DIS negali būti paprasčiausiai nutrauktos ES aktais – DIS numato specifinius nutraukimo mechanizmus, garantuojančius Europos investuotojams, kad valstybės narės negalės

⁴⁷ Ibid., Sprendimas dėl jurisdikcijos, para. 274.

⁴⁸ Bylose *Antin Infrastructure Services Luxembourg S.à.r.l. and Antin Energia Termosolar B.V. v. Kingdom of Spain*, ICSID byla Nr. ARB/13/31; *RENERGY S.à r.l. v. Kingdom of Spain*, ICSID byla Nr. ARB/14/18; *AES v. Hungary*, ICSID byla Nr. ARB/07/22, *Electrabel*; *Micula* byloje ir kt.

⁴⁹ *Eureko v. Slovak Republic*, PCA byla Nr. 2008-13, para 194.

⁵⁰ *Eureko*, para. 177.

⁵¹ *Eureko*, para. 185.

⁵² *Eureko*, para. 194.

⁵³ *Eastern Sugar v. Czech Republic*, SCC byla Nr. 088/2004.

atimti iš jų dvišalėmis investicijų sutartimis pagrįstų privilegijų, pažadėtų investavimo metu⁵⁴. Kaip matyti iš bylų dėl ES investicijų po įstojimo į ES, valstybės narės tebėra saistomos priimtų iki įstojimo įsipareigojimų. Investuotojai negali netekti turimų privilegijų dėl priimančiosios valstybės narystės organizacijoje. Pažadėdama veiksmingą investicijų apsaugą, priimančioji valstybė suformavo teisėtus investuotojų lūkesčius, kurie turi būti garantuojami. Valstybė narė gali vienašališkai nutraukti DIS, tačiau šių DIS suteiktos garantijos tebegalios DIS sutartyse nurodytą laiką (paprastai 10–15 metų).

Visgi Komisija yra inicijavusi teisminį pažeidimų nagrinėjimą Austrijos, Nyderlandų, Rumunijos, Slovakijos ir Švedijos atžvilgiu ir taip pat „pradėjusi administracinį dialogą su likusiomis 21 valstybėmis narėmis, kurios tebeturi galiojančias ES vidaus DIS“⁵⁵. 2011 m. Komisija netgi pasiūlė reglamentą, leidžiantį jai peržiūrėti valstybių narių DIS ir perimti iš jų šių sutarčių sankcionavimą. Tačiau ES bendruomenė atmetė tokį drastišką pasiūlymą ir sutiko su žymiai kuklesniu reglamento variantu, labiau suvaržančiu Komisijos įgaliojimus peržiūrėti DIS⁵⁶.

Stebina faktas, kad dar prieš dešimtmetį daugelis valstybių narių apskritai nepageidavo nutraukti savo DIS. Ekonomikos ir finansų komiteto 2008 m. metinėje ataskaitoje pažymima, kad „dauguma valstybių narių nepalaiko Komisijos susirūpinimo arbitražo rizika bei diskriminaciniu požiūriu į investuotojus ir akivaizdi valstybių narių dauguma labiau norėtų išsaugoti esamas sutartis“⁵⁷.

V. ES dalyvavimas investiciniame arbitraže

Analizuojant ES dalyvavimo investiciniame arbitraže ribas, pirmiausia verta aptarti *Micula* bylos⁵⁸ atvejį. Broliai Micula valdo švedų kompaniją, kuri investavo į Rumuniją prieš šiai valstybei

⁵⁴ Ibid.

⁵⁵ Žr. Europos Komisijos pranešimas spaudai. Komisija prašo ES valstybių narių nutraukti dvišales tarpusavio investicijų sutartis. Briuselis, 2015m. birželio 18 d. Prieiga per internetą: <http://europa.eu/rapid/press-release_IP-15-5198_lt.htm> [žiūrėta 2016-06-13].

⁵⁶ Žr. 2011-05-10 EP Spaudos pranešimą. Prieiga per internetą: <<http://www.europarl.europa.eu/news/en/news-room/content/20110509IPR18971/html/Bilateral-investment-treaties-limiting-the-Commission's-authority>> [žiūrėta 2016-06-13].

⁵⁷ Žr. Annual EFC Report to the Commission and the Council on the Movement of Capital and the Freedom of Payments, Brussels, 21 November 2008 ECFIN/CEFCPE(2008)REP/55806. Prieiga per internetą: <<http://register.consilium.europa.eu/doc/srv?l=EN&f=ST%2017363%202008%20INIT>> [žiūrėta 2016-06-13].

⁵⁸ *Ioan Micula, Viorel Micula, S.C. European Food S.A, S.C. Starmill S.R.L. and S.C. Multipack S.R.L. v. Romania*, ICSID byla Nr. ARB/05/20. Prieiga per internetą: <<http://www.italaw.com/cases/697#sthash.JOF3vnCb.dpuf>> [žiūrėta 2016-06-13]. Taip pat žr. 2014 m. rugsėjo 2 d. pareikštas ieškinys byloje *Micula ir kt. / Komisija*. (Byla T-646/14).

įstojant į ES. Rumunijos vyriausybė skatino bendrovės veiklą. Tačiau, kuomet ši valstybė įstojo į ES, siekdama laikytis valstybės pagalbos taisyklių, Rumunija nutraukė paskatų programą. Taigi bendrovė padavė Rumuniją į arbitražo tribunolą remdamasi dvišale investicijų sutartimi, sudaryta tarp Rumunijos ir Švedijos. Rumunijai buvo priteista išmokėti 250 mln. JAV dolerių kompensaciją už tai, kad ši nesilaikė savo investicijų sutartimi prisiimtų įsipareigojimų. Taigi *Micula* atvejo reziumė: valstybė nutraukia verslo paskatas, kad suderintų savo politiką su ES teisės aktais, o užsienio įmonė, kuri naudojosi tomis paskatomis, gali reikalauti kompensacijos už jų nutraukimą. Tačiau, arbitražo tribunolui priėmus sprendimą, ES Konkurencijos generalinis direktoratas nurodė Rumunijai laikinai nemokėti kompensacijos, nes tai būtų laikoma neteisėta valstybės pagalba.

Ši situacija visų pirma yra svarbi mokesčių mokėtojų požiūriu, nes Rumunijos mokesčių mokėtojai turės subsidijuoti: 1) pradines verslo paskatas ir 2) milžinišką kompensaciją. Iš vienos pusės, šis atvejis iliustruoja riziką, kad valstybei narei gali būti pareikštas ieškinys ISDS mechanizmo ribose už tai, kad ji bando suderinti savo teisės aktus ar politiką su ES teisės aktais. Taigi Komisija dažnai pasitelkia *Micula* atvejį kaip pavyzdį, jog ISDS yra žalingas bendriesiems interesams ir naudingas tik didelėms korporacijoms. Be to, 2016 m. vasario 4 d. Komisija pateikė išvadą JAV antrosios grandinės apeliaciniam teismui, prieštaraujančią Rumunijai nepalankiam sprendimui *Micula* byloje⁵⁹. Savo išvadoje Komisija teigė, kad sprendimas buvo priimtas remiantis „neteisėta“ sutartimi, ir paragino JAV Apeliacinį teismą atmesti žemesnės instancijos teismo sprendimą, patvirtinusį arbitražo byloje priimtą sprendimą. Be kita ko, Rumunijai išmokėjus dalį arbitražo tribunolo priteistos sumos broliams *Micula*, Komisija pradėjo ES pažeidimo nagrinėjimo procedūrą prieš Rumuniją dėl neteisėtos valstybės pagalbos teikimo. Taigi, *Micula* saga, kuri prasidėjo nuo dvišalio investicijų ginčo tarp brolių *Micula* ir Rumunijos, virto mūšiu dėl ES vidaus DIS ir ES vaidmens Europos investicijų ginčiuose.

Be *Micula* bylos, Komisija taip pat įsikišo ir į daugelį kitų arbitražo procesų, pradėtų pagal ES vidaus DIS. ES dalyvauja investiciniuose arbitražuose *lato sensu*, kadangi Komisijai yra leista įstoti į arbitražo bylas kaip *amicus curiae*. Tokiais atvejais ginčijamos nacionalinės priemonės, kurios pažeidžia investicijų sutartimis saugomus tarptautinius įsipareigojimus, buvo priimtos siekiant įgyvendinti valstybės įsipareigojimus Europos integracijos procese. Komisijos iškeltais

⁵⁹ 2016-02-04 „Brief for Amicus Curiae by the Commission of the European Union in Support of Defendant-Appellant before the US Court of Appeals“. Prieiga per internetą: <<http://www.italaw.com/cases/697#sthash.p87ib4Mp.dpuf>> [žiūrėta 2016-06-13].

teisinais argumentais buvo siekiama pabrėžti problemas, kurias sukūrė tarptautinės investicijų teisės ir ES teisės sistemos sąveika. Konkrečiai tariant, Komisija aptarė *res judicata* klausimą (kadangi Liuksemburgo teisme buvo inicijuoti teisiniai veiksmai, sprendžiantys Vengrijos su užsienio investuotoju sudarytų elektros energijos pirkimo sutarčių teisėtumą pagal ES valstybės pagalbos režimą) *AES Summit*⁶⁰ byloje ir nesėkmingai ginčijo arbitražo tribunolo jurisdikciją *Electrabel*⁶¹ byloje.

*Achmea (Eureko)*⁶² byloje tribunolas pareiškė, kad, kalbant apie Komisijos argumentus, „Tribunolas atsižvelgė į visus jų aspektus“. Tuo pačiu būdu *Electrabel* byloje tribunolas skyrė keletą puslapių sprendimo IV ir V dalyse pakomentuoti Komisijos, veikusios kaip *amicus curiae*, teiginius. Ši intervencija turi būti laikoma geru ES ir tarptautinių investicijų teisės tarpusavio papildomumo ženklu.

Dalyvavimas kaip *amicus curiae* gali būti laikomas naudingu būdu ES ne tik didinti informuotumą apie egzistuojančias šių tarptautinės teisės posistemių sąveikas, bet taip pat suteikti arbitražo tribunolams tam tikras gaires aiškinant ES teisę. Vis dėlto, atsižvelgiant į būsimą Europos investicijų režimą, tikimasi, kad ES taip pat dalyvaus arbitražo procesuose kaip bylos šalis. Tačiau ES dalyvavimas investiciniuose arbitražuose, be teisinių šios aplinkybės pasekmių ES lygiu, nedelsiant iškelia dvi neatsiejamas diskusijas tarptautinės teisės požiūriu.

Pirmoji – tai valstybių ir tarptautinių organizacijų tarptautinės atsakomybės principų taikymas ir galimas tokios tarptautinės atsakomybės finansinių pasekmių tarp ES ir jos valstybių narių valdymas tuo atveju, jeigu arbitražo tribunolas priteisia kompensaciją investuotojui. Antroji – tarptautinio investicinio forumo, kuriame ES turėtų teisę veikti davusi sutikimą dėl tarptautinio investicinio arbitražo, pasirinkimas. Kadangi ES Komisija šiuo metu iš dalies sprendžia pirmąją problemą, kuri jau buvo aptarta, verta aptarti ir antrąją.

Norint dalyvauti investiciniame arbitraže, būtina, kad ES duotų savo sutikimą. Energetikos chartijos sutartis (ECS) yra unikalus pavyzdys, kaip galima gauti ES sutikimą. ECS 26.3 straipsnyje numatyta, kad susitariančiosios šalys suteikia savo „besąlygišką sutikimą pateikti ginčą tarptautiniam arbitražui arba sutaikinimui“. Vis dėlto ECS 26.3.b.i) straipsnis numato išimtį

⁶⁰ *AES v. Hungary*, ICSID byla Nr. ARB/07/22.

⁶¹ *Electrabel SA v Hungary*, ICSID byla Nr. ARB/07/19.

⁶² *Achmea B.V. v. The Slovak Republic*, UNCITRAL, PCA byla Nr. 2008-13 (*Eureko B.V. v. The Slovak Republic*).

iš šios bendros taisyklės, susijusią su ECS ID priedu. ID priede yra išvardytos susitariančiosios šalys, įskaitant Europos Sąjungą, bei kitos ES valstybės narės, kurios nedavė tokio besąlygiško sutikimo. Iš ES interesų perspektyvos, ECS ID priedas nustato pusiausvyrą tarp galimo kreipimosi į tarptautinį arbitražą ir ESTT jurisdikcijos monopolio apsaugos. Jeigu būsimajame ES investicijų režime iškils investicinis ginčas su ES ir ES bus davusi savo besąlygišką sutikimą, ES institucijos turės apibrėžti savo kompetenciją valstybių narių atžvilgiu, kad būtų identifikuotas tinkamas atsakovas arbitraže. Šis klausimas, išdėstytas ECS, turi būti vertinamas atsižvelgiant į išimtinės jurisdikcijos funkcijas, nurodytas SESV 19.1 straipsnyje.

Prieš inicijuojant investicinį arbitražą, tarptautinės teisės požiūriu būtina nustatyti ir tarptautinį forumą, kuriame ES turėtų teisę dalyvauti nustačiusi atsakovą byloje ir davusi savo sutikimą dėl arbitražo. ES šiuo metu nėra ICSID Konvencijos šalimi ir negali kreiptis dėl ICSID Papildomų priemonių (angl. *Additional facility*). Taigi kol ICSID Konvencija arba Papildomų priemonių taisyklės nebus pakeistos, ICSID arbitražo kelias yra uždarytas ES atžvilgiu. Universalios tarptautinės sutarties, pavyzdžiui, ICSID Konvencijos, keitimas yra labai sudėtingas procesas, ypač jei prisimintume, kad ICSID Konvencijos 67 straipsnis leidžia tik valstybėms prisijungti prie Konvencijos⁶³. Galimas ES įstojimas reikalautų ICSID Konvencijos pakeitimų, siekiant suteikti galimybę prisijungti prie šios tarptautinės sutarties ir kitiems tarptautinės teisės subjektams.

Antroji pagrindinė problema kyla iš ICSID Konvencijos 66.1 straipsnio, kuris numato išimtį iš taisyklės, susijusios su tarptautinių daugiašalių sutarčių keitimu, išdėstytos Vienos konvencijos 40 straipsnyje. ICSID Konvencijos 66.1 straipsnis numato, kad visi Konvencijos pakeitimai įsigalioja tik po to, kai juos priima visos susitariančiosios šalys. Apibendrinant galima teigti, kad ICSID Konvencijos 67 straipsnio keitimas, atveriantis Konvenciją tarptautinėms organizacijoms, pvz., ES, atsižvelgiant į 66.1 straipsnį, pareikalautų beprecedenčių diplomatinių pastangų. Be to, atsižvelgiant į bendrus prieštaravimus dėl ICSID sistemos, kilusius Lotynų Amerikoje⁶⁴, šis procesas galėtų prisidėti prie ICSID Konvencija sukurtos teisinės sistemos silpnėjimo. Todėl, nors ES Komisija išreiškė pasitikėjimą ICSID sistema ir komunikavo su ICSID sekretoriatu, kad

⁶³ Taip pat žr. BURGSTALLER, M. European law and investment treaties. *Journal of International Arbitration* 26.2 (2009): 181–216; DIMOPOULOS, A. The validity and applicability of international investment agreements between EU Member States under EU and international law. *Common Market Law Review* 48.1 (2011): 63–93.

⁶⁴ Žr. VINCENELLI, I. A. Uncertain Future of ICSID in Latin America, The. *Law & Bus. Rev. Am.* 16 (2010): 409; FACH GÓMEZ, K.. Latin America and ICSID: David versus Goliath? *Available at SSRN 1708325* (2010).

išanalizuotų ES prisijungimo prie ICSID Konvencijos galimybę, nėra tikėtina, kad ICSID teisinės sistemos pakeitimas įvyks artimiausiu laiku.

Be to, jeigu patyrinėtume arbitražo forumą, prieinamą ES ir valstybėms, su kuriomis ES šiuo metu derasi dėl investicijų susitarimų, šis dalyvavimas gali net nebūti laikomas skubiai reikalingu. Pavyzdžiui, Indija ir Vietnamas iki šiol nėra ratifikavę ICSID Konvencijos. Bet kuris investicinis ginčas tarp šių valstybių investuotojų ir ES (arba atvirkščiai) būtų pateiktas ne ICSID sistemoje. Be ICSID Konvencijos 66 ir 67 straipsniuose išdėstytų apribojimų, ES dalyvavimas ICSID sistemoje vis dar gali būti teoriškai pasiektas įterpiant nuorodas į ICSID arbitražo taisykles būsimočiuose ES investicijų susitarimuose. Pagal šį scenarijų ES investuotojai turėtų teisę inicijuoti ICSID arbitražą prieš trečią valstybę, nors iš tos valstybės narės kilę užsienio investuotojai neturėtų tų pačių teisių. Žinoma, toks sprendimas prieštarautų bendrajam abipusiškumo principui – vienam iš tarptautinių sutarčių teisės pagrindinių principų, o trečiosios valstybės gali nesutikti su tokiu nelygiaverčiu režimu.

Galiausiai, svarbu atsiminti, kad ICSID kelias vis dar gali būti prieinamas pasitelkiant Papildomų priemonių taisykles, per kurias ICSID sekretoriatas yra įgaliotas administruoti tam tikrų rūšių bylas tarp valstybių ir užsienio investuotojų, kurios nepatenka į ICSID Konvencijos taikymo sritį⁶⁵. 2006 m. priimtos pataisos šiuo metu neleidžia ES dalyvauti investiciniuose ginčiuose, pateiktuose pagal Papildomas priemones. Vis dėlto šios taisyklės gali būti keičiamos paprasta ICSID Administracinės tarybos balsų dauguma, kas suteikia kur kas realesnių šansų, kad ES pagaliau bus laikoma tarptautinių investicijų arbitražo šalimi ICSID sistemoje.

VI. ES ir ES valstybių narių pozicija

Nagrinėjant valstybių narių poziciją, reikia pažymėti, kad neutralus ES požiūris į ISDS ne tik instituciškai atspindi pačioje Komisijoje, bet ir yra įamžintas vertikalčiai ES ir valstybių narių santykiuose. Nepaisant visuotinai pripažintų ES vidaus DIS ir vidaus rinkos neatitikimų, valstybėms narėms iki šiol trūksta bendro požiūrio dėl ISDS nuostatų galiojimo ES vidaus DIS. Šis atotrūkis yra ypač akivaizdus lyginant valstybių – atsakovių ginčų pozicijas su investuotojo

⁶⁵ Žr. ANTONIETTI, A. The 2006 Amendments to the ICSID Rules and regulations and the Additional Facility Rules. *ICSID Review* 21.2 (2006): 427–448; Secretariat, I. C. S. I. D. *Possible improvements of the framework for ICSID arbitration*. Discussion Paper, 2004.

šalies pozicijomis, t. y. valstybės narės, kurios subjektu yra investuotojas. Be to, valstybių narių pareiškimai dažnai neatitinka Komisijos pastebėjimų. Pvz., *Achmea* byloje Komisija įsikišo kaip *amicus curiae* ir užginčijo arbitražo tribunolo jurisdikciją. Savo pastabose Komisija laikėsi pozicijos, kad nors Nyderlandų ir Slovakijos DIS nebuvo nutraukta (Vienos konvencijos dėl tarptautinių sutarčių 59 straipsnis), pagal Vienos konvencijos 30(3) straipsnį nuostatos dėl ginčų sprendimo nebėra taikomos⁶⁶.

Nors Slovakija iš esmės palaikė Komisijos argumentus, ji, priešingai nei Komisija, nesilaikė argumentų, pagrįstų išimtinai ES teise, pvz., ES nediskriminavimo principo pažeidimu. Nyderlandai taip pat dalyvavo procese kaip *amicus curiae*, ryžtingai pasisakydami už DIS taikymo tęstinumą. Pats tribunolas *Achmea* byloje iš esmės ignoravo Komisijos argumentus, pateiktus remiantis ES teise, ir nesutiko su Slovakija dėl jos Vienos konvencijos 59 ir 30(3) straipsnių aiškinimo⁶⁷.

Vėliau (*Euram*⁶⁸ byloje) Komisija taip pat pateikė rašytines pastabas, panašiais pagrindais ginčijančias tribunolo jurisdikciją. Vis dėlto šį kartą Komisija apribojo savo argumentus ES teise. Komisija teigė, kad DIS dalykas besąlygiškai pateko į SESV apimtį ir sudarė nediskriminavimo principo pažeidimą pagal ES teisę. Be to, Komisija rėmėsi ES teisės pirmenybe, unikaliu ES sutarčių pobūdžiu, ES vidaus teismų kompetencija ir SESV 344 straipsniu. Pagrįsdama savo samprotavimus daugiau tarptautine teise, Slovakija palaikė Komisijos poziciją, remdamasi Vienos konvencijos 59 ir 30(3) straipsniais. Čekijos Respublika taip pat dalyvavo kaip *amicus curiae*, palaikydama Komisiją ir Slovakiją savo argumentais. Austrija, kita vertus, savo išvadose užėmė priešingą poziciją, teigdama, kad DIS lieka galioti, ir aiškiai palaikė atitinkamus tribunolo motyvus *Achmea* byloje⁶⁹.

Vėliau, jau po ESTT sprendimo *Achmea* byloje priėmimo, 2019 m. sausio 15 d. 22 ES valstybės narės priėmė Valstybių narių vyriausybių atstovų deklaraciją dėl Teisingumo Teismo sprendimo

⁶⁶ Žr. *Eureko* - Award on Jurisdiction, Arbitrability and Suspension. Prieiga per internetą: <<http://www.italaw.com/cases/417#sthash.D3sYcnWy.dpuf>> [žiūrėta 2016-06-13].

⁶⁷ Ibid.

⁶⁸ *EURAM v. Slovakia* (PCA byla Nr. 2010-17), 2011-10-13 „European Commission Observations“. Prieiga per internetą: <http://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/italaw4243_0.pdf> [žiūrėta 2016-06-13].

⁶⁹ Žr. *EURAM*, 22 Oct 2012, Award on Jurisdiction.

Achmea byloje teisinių pasekmių ir investicijų apsaugos Europos Sąjungoje⁷⁰. Šioje deklaracijoje ES šalys narės deklaravo, kad, jų manymu:

„visos į sudarytas tarp valstybių narių dvišales investicijų sutartis įtrauktos investuotojo ir valstybės ginčų sprendimo arbitražo tvarka nuostatos prieštarauja Europos Sąjungos teisei, taigi netaikytinos. Jos neveiksmingos, įskaitant ir nuostatas, kuriomis toliau užtikrinama investicijų, atliktų prieš nutraukiant sutartį, apsauga (vadinamosios galiojimo pabaigos ar tęstinumo nuostatos). Remiantis investuotojo ir valstybės ginčų sprendimo arbitražo tvarka nuostatomis įsteigtas arbitražo teismas neturi jurisdikcijos, nes nėra valstybės narės, esamos dvišalės investicijų sutarties šalies, galiojančio pasiūlymo spręsti ginčą.“

Tačiau toli gražu ne visos ES šalys narės laikosi analogiškos pozicijos. Pavyzdžiui, Vengrija priėmė kitokią savo deklaracijos versiją, kurioje nesutiko, jog ESTT *Achmea* sprendimas liečia ir ginčų sprendimo taisyklės, numatytas Energetikos chartijos sutartyje. Be to, Suomija, Liuksemburgas, Malta, Slovėnija ir Švedija priėmė dar kitokią savo deklaracijos versiją, kurioje iš esmės taip pat nesutiko, kad ESTT *Achmea* sprendimas liečia ir ginčų sprendimo taisyklės, numatytas Energetikos chartijos sutartyje.

Minėti atvejai yra svarbūs valstybių narių nuomonės pasidalijimo pavyzdžiai. Tačiau netgi valstybių – atsakovių motyvai dažnai atrodo nukrypstantys nuo Komisijos argumentų. Todėl galima teigti, kad nenuostabu, jog dėl atskirų valstybių narių ir Komisijos pozicijų nenuoseklumo nepavyksta įtikinti investicinių tribunolų bet kokia esama ES pozicija šiuo klausimu.

VII. Išorinės ES tarptautinių investicijų apsaugos sutartys

ES įgyvendino pereinamojo laikotarpio sistemą, skirtą daugiau nei 1 000 DIS, kurias ES valstybės narės sudarė su kitomis šalimis. Iš esmės sistema leidžia valstybėms narėms išlaikyti esamas ES išorines DIS, pasirašytas iki 2009 m. gruodžio mėn., bent tol, kol įsigalios naujas investicijų susitarimas tarp ES ir atitinkamos šalies. Vis dėlto po 2009 m. gruodžio mėn. pasirašytos DIS turės būti peržiūrėtos Komisijos siekiant užtikrinti jų atitiktį ES teisei.

⁷⁰ TAR, 2019-05-20, Nr. 8010.

Be to, ši sistema suteikia ES svarbų vaidmenį persvarstant arba iš dalies keičiant esamas DIS ir leidžia ES tvirtinti ir prižiūrėti visas būsimas derybas dėl naujų DIS. Taip pat ES jau išleido reglamentus, įtvirtinančius jos teisę dalyvauti nagrinėjant su ES valstybėmis susijusias bylas, ir neseniai bandė įsikišti į vykstantį ICSID procesą dėl Ispanijos ir Gvatemalos DIS remdamasi savo atsakomybe derybose ES valstybių narių vardu su išorės šalimis ir pareikšdama savo „sisteminius interesus“ dėl ES valstybių narių sudarytų investicijų sutarčių aiškinimo⁷¹.

Vis dėlto svarbiausia ES kova dėl didesnės įtakos ISDS srityje vyko derybų dėl TTIP tarp ES ir JAV kontekste, t. y. ES siekė iš esmės pertvarkyti esamą investuotojo ir valstybės ginčų sprendimo sistemą⁷². Vieną mėšį ES jau laimėjo pasirašius CETA ir kitas laisvosios prekybos sutartis. ES siekia struktūrizuoti investuotojo ir valstybės ginčų sprendimą pakeičiant arbitražo tribunolus naujais dviejų instancijų investicijų teismais, kuriuose dirbtų ES ir atitinkamos susitariančiosios šalies paskirti teisėjai. Konkrečiai tariant, prieš keletą metų paskelbtas ES pasiūlymas numato pirmosios instancijos teismą ir apeliacinį teismą, skirtus spręsti investiciniams ginčams, patenkantiems į laisvosios prekybos sutarties taikymo sritį⁷³. Taigi, toliau verta išnagrinėti ES siūlomą investicijų apsaugos ir ISDS reformą.

VIII. ES Komisijos reformos pasiūlymas naujo tipo laisvosios prekybos sutarties ir TTIP kontekste

2015 m. paaiškėjo, kad ES Komisija patyrė didėjančią Europos Parlamento, kelių ES valstybių narių prekybos ministrų, nevyriausybinų organizacijų ir žiniasklaidos spaudimą siūlyti daugiau ISDS sistemos, numatytos CETA ir numatomos įtraukti į TTIP, reformų.

⁷¹ Žr. straipsnius: <<http://www.iareporter.com/articles/european-commissions-dg-trade-tries-to-intervene-for-first-time-in-an-extra-eu-bit-case-to-offer-systemic-views-but-ill-timed-application-is-rejected/>>, ; <<http://arbitrationblog.practicallaw.com/the-eu-flexes-its-muscles-update-on-eu-foreign-investment-disputes/>>.

⁷² Žr. WEAVER, M. The proposed transatlantic trade and investment partnership (ttip): ISDS provisions, reconciliation, and future trade implications. *Reconciliation, and Future Trade Implications (October 24, 2014)* (2014); BISHOP, D. Investor-State Dispute Settlement Under the Transatlantic Trade and Investment Partnership: Have the Negotiations Run Aground? *ICSID Review* (2014): siu023.

⁷³ Žr. Europos Komisijos pranešimas spaudai. Komisija deryboms dėl Transatlantinės prekybos ir investicijų partnerystės ir kitų ES prekybos bei investicijų susitarimų siūlo naudoti naują Investicijų teismų sistemą. Briuselis, 2015 m. rugsėjo 16 d. Prieiga per internetą: <http://europa.eu/rapid/press-release_IP-15-5651_lt.htm> [žiūrėta 2016-06-13]. Taip pat žr. Concept Paper. Investment in TTIP and beyond – the path for reform Enhancing the right to regulate and moving from current ad hoc arbitration towards an Investment Court. Prieiga per internetą: <http://trade.ec.europa.eu/doclib/docs/2015/may/tradoc_153408.PDF> [žiūrėta 2016-06-13].

Vienas iš svarbių ir nuolat kartojamų klausimų, iškilusių Europos Parlamento ir kelių ES valstybių narių prekybos ministrų debatuose ir skirtų rasti sprendimui, buvo nuolatinio investicijų teismo kūrimas, kurį sudarytų viešai paskirti teisėjai. Buvo teigiama, kad, priešingai nei dabartinė *ad hoc* arbitražo sistema, pasižyminti ginčo šalių skiriamais arbitrais ir neva tendencingu investuotojui ginčų sprendimu už uždarytų durų, nuolatinis investicijų teismas su teisėjais užtikrintų teisingesnį ir geresnį investicinių ginčų sprendimą⁷⁴. Kita susijusi problema, kuri buvo laikoma ypač svarbia ginčų sprendimui, yra apeliacinio mechanizmo sukūrimas. Vėlgi apeliacijos mechanizmo poreikį buvo bandoma pagrįsti supaprastinta nuomone, kad ISDS ginčai neturi apskundimo galimybės ir yra visiškai nepavaldūs nacionalinių teismų kontrolei.

ES Komisija turėjo įtraukti šiuos punktus, nes kitaip TTIP ratifikavimas iš Europos Parlamento ir valstybių narių pusės būtų gana sudėtingas. Komisijai, turinčiai didelę ginčo šalies PPO kontekste patirtį (PPO turi Apeliacinę instituciją kaip nuolatinę (*kvazi*) teisminę instituciją), tai buvo mažas žingsnelis nukopijuojant ir perkeliant daugelį PPO ginčų sprendimo elementų į savo pasiūlymą dėl investicijų teismų sistemos.

Šiame kontekste reikėtų paminėti, kad PPO ginčų sprendimo mechanizmo analizė rodo, kad reikia būti atsargiems tiesiog perkeliant šį mechanizmą į investuotojų ir valstybių ginčus. Tokio atsargumo priežastis – PPO teisė struktūriškai skiriasi nuo investicijų teisės, turi skirtingus tikslus ir skirtingus vartotojus.

Tačiau galima teigti, kad pasiūlymas dėl investicijų teismų sistemos visų pirma yra drąsus žingsnis nuraminant EP ir viešąją nuomonę daugelyje ES valstybių narių, iš esmės kritiškai nusiteikusių TTIP ir kitų laisvosios prekybos susitarimų atžvilgiu ir ypač nusiteikusių prieš bet kurio tipo ISDS mechanizmo įtraukimą. Šiuo pasiūlymu dėl investicijų ginčų sistemos bandoma padaryti investuotojų ir valstybės ginčų sprendimo mechanizmo įtraukimą į naujas laisvosios prekybos sutartis politiškai priimtina ir tuo pačiu metu spręsti pastebėtus esamo investicinio arbitražo mechanizmo trūkumus.

Komisijos paskelbtas pasiūlymas pasižymi trimis pagrindiniais aspektais: susitarimo nuostatose garantuojama vyriausybės reguliavimo teisė; investuotojai galės pareikšti pretenzijas tik ribotomis

⁷⁴ Ibid.

aplinkybėmis; viešosios investicijų teismų sistemos, susidedančios iš pirmosios instancijos teismo ir apeliacinio teismo, kurioje dirbtų viešai paskirti teisėjai, steigimas.

Vyriausybės reguliavimo teisė

Vienas iš klausimų, kurių bando spręsti Komisijos pasiūlymas, yra tas, kad ISDS bei neigiamo sprendimo dėl žalos (dažnai reikšmingos) atlyginimo perspektyva suriša ES valstybių narių vyriausybės rankas, kai kalbama apie viešojo intereso reglamentavimą. Komisijos pasiūlymu siekiama apsaugoti vyriausybės teisę keisti savo politiką siekiant teisėtų politikos tikslų, pavyzdžiui, aplinkos, visuomenės sveikatos ar vartotojų apsaugos, net jei tokie pakeitimai neigiamai paveiktų kai kurias investicijas⁷⁵. Tekste taip pat aiškiai sprendžiamas neteisėtos valstybės pagalbos klausimas, kuris buvo ypač keblus ES vidaus DIS kontekste ir jau minėtoje *Micula* byloje.

Pasiūlymo atspirties taškas yra tai, kad jeigu valstybė narė pakeičia savo įstatymus, kad atitiktų ES valstybės pagalbos taisykles, investuotojas negalės skųstis, net jei patirs neigiamą įtaką. Tačiau Komisijos pasiūlyme einama dar toliau. Jei jau suteikta valstybės pagalba pripažįstama neteisėta, Komisija paprastai nurodys grąžinti išmokėtas sumas. Šiam atvejui Komisijos pasiūlyme konkrečiai leidžiama valstybėms narėms imtis priemonių gauti kompensaciją ir tuo pačiu metu investuotojui nesuteikiama ekvivalentiško kompensavimo galimybės. Tai atitinka Komisijos poziciją *Micula* byloje, kurioje Komisija laikosi nuomonės, kad arbitražo sprendimas dėl kompensacijų sumokėjimo yra neteisėta pagalba.

Ieškinio pareiškimas

Komisijos pasiūlyme yra numatytos penkios garantijos užsienio investuotojams, kurie galės pateikti ieškinį tik tada, jei nors viena iš garantijų bus pažeista: 1) kaip reguliavimo teisės išimtis, valstybės turi laikytis įsipareigojimų (kylančių iš sutarties ar teisės) išduoti, pratęsti arba išlaikyti subsidiją; 2) sąžiningas ir teisingas elgesys ir fizinis saugumas. Į pasiūlymą yra įtrauktas baigtinis šio įsipareigojimo pažeidimų sąrašas (su galimybe papildyti šį sąrašą ateityje), kuris apima atsisakymą vykdyti teisingumą, tinkamo proceso pažeidimus, akivaizdžią savivalę, diskriminaciją

⁷⁵ Žr. JARMAN, H. Public health and the Transatlantic trade and investment partnership. *The European Journal of Public Health* 24.2 (2014): 181; VAN HARTEN, G. Comments on the European Commission's Approach to Investor-State Arbitration in TTIP and CETA. *Osgoode Legal Studies Research Paper* 59 (2014).

dėl lyties, rasės ar religinių įsitikinimų, priekabiavimą ar piktnaudžiavimą valdžia; 3) kompensacija už nuostolius tam tikromis aplinkybėmis, susijusiomis su karu ar kitoku ginkluotu konfliktu; 4) pakankama ir veiksminga kompensacija už (tiesioginę ar netiesioginę) ekspropriaciją; 5) nėra apribojimų dėl su investicijomis susijusių pinigų perdavimo ir repatriacijos.

Šios apsaugos yra gana standartinės investicijų sutartyse. Skirtumas yra toks, kad sąžiningo ir lygiaverčio elgesio reikalavimas yra apribotas baigtiniu aplinkybių sąrašu, kuriomis šis reikalavimas laikomas pažeistu.

Viešojo investicijų teismo kūrimas

Kaip ir minėta, koncepcijos dokumente Komisija siūlė sukurti dviejų pakopų nuolatinę „viešąją“ teismų sistemą. Terminas „viešoji“, atrodo, atspindi greičiau teismo įsteigimą ir sudėtį, o ne jo finansavimo pobūdį, kadangi procesų išlaidas padengs ginčo šalys tokiomis dalimis, kaip tai nuspręstų teismas, panašiai kaip ir arbitražo procese⁷⁶.

Pavyzdžiui, TTIP projekte buvo numatyta, kad pirmosios instancijos teismą sudarys 15 teisėjų, iš kurių penki turės būti ES valstybių narių piliečiai, penki JAV piliečiai ir penki trečiųjų šalių piliečiai. Teisėjai turės turėti reikiamą kvalifikaciją, užimti teisėjų pareigas atitinkamose šalyse. Bylas paprastai nagrinės trys teisėjai (po vieną iš kiekvienos pilietybės grupės), tačiau ieškovai, visų pirma mažos ir vidutinio dydžio įmonės, galės prašyti vieno teisėjo, kuris bus trečiosios šalies pilietis. Teisėjai turės laikytis nustatyto elgesio kodekso.

Pasiūlyme yra ir daugiau naujų elementų, atspindinčių šiuolaikinę ES požiūrį į ISDS, kaip jau matyti CETA ir laisvosios prekybos susitarimuose su Singapūru ar Vietnamu. Tai yra tokie elementai: skaidrus procesas, apimantis internete prieinamus dokumentus, bei trečiųjų šalių teisė įstoti į procesą. Siekiant išvengti lygiagrečiai vykstančių procesų, gali būti reikalaujama, kad ieškovas arba atsisakytų vidaus teismų proceso (išskyrus dėl laikinųjų apsaugos priemonių), arba palauktų, kol tokiose bylose bus priimtas galutinis sprendimas, prieš galėdamas pareikšti reikalavimą investicijų teisme. Kai ieškinys bus pateikiamas investicijų teisme, pareiškėjai

⁷⁶ Taip pat žr. QUICK, R. Why TTIP Should Have an Investment Chapter Including ISDS. *Journal of World Trade* 49.2 (2015): 199–209; BUNGENBERG, M. Towards a More Balanced International Investment Law 2.0? In *Trade Policy between Law, Diplomacy and Scholarship*. Springer International Publishing, 2015, p. 15–37; TIETJE, Ch., ECORYS, R. The Impact of Investor-State-Dispute Settlement (ISDS) in the Transatlantic Trade and Investment Partnership. In *Study commissioned by the Ministry for Foreign Trade and Development Cooperation, Ministry of Foreign Affairs, The Netherlands* (2014).

atsisakys savo teisės kreiptis į nacionalinius teismus (be galimybės apsigalvoti). Siekiant išvengti paviršutiniškų arba nepagrįstų reikalavimų, respondentėms valstybėms bus leidžiama pateikti preliminarius prieštaravimus, kad ieškinys akivaizdžiai neturi teisinio pagrindo arba kad ieškinys yra ne toks, dėl kurio galėtų būti priimtas ieškovui palankus sprendimas. Išlaidos bus priteisiamos pralaimėjusiai šaliai, išskyrus atvejus, kai teismas nustatys, jog tai nepagrįsta. Nors teismas turės teisę taikyti laikinąsias priemones, jis negalės areštuoti turto ar neleisti kitai šaliai elgtis tokiu būdu, kas galėtų sudaryti pažeidimą. Teismas taip pat turės galią taikyti išlaidų padengimo garantijos priemones.

Apeliacinį teismą sudarys šeši teisėjai – po du iš kiekvienos pilietybių grupės. Šalys galės apskusti investicijų teismo sprendimą per 90 dienų nuo jo priėmimo remdamosi trimis ribotais pagrindais: dėl teisinės klaidos, dėl faktinės klaidos, įskaitant susijusias su atitinkamais nacionaliniais teisės aktais, arba pagrindais, nurodytais ICSID Konvencijos 52 straipsnyje, įskaitant su investicinio teismo nariu susijusią korupciją, teismo įgaliojimų viršijimą arba sprendimo motyvų nepateikimą. Potencialus atgrasymo pateikti apeliaciją veiksnyis bus tai, kad apeliacinį skundą pateikianti šalis turės pateikti garantijas, kad galės padengti apeliacinio proceso išlaidas ir sumokėti priteistą sumą⁷⁷.

Arbitrų skyrimas

Pasiūlyme nurodoma, kad siūlomų teismų teisėjai turės turėti „kvalifikacijas, prilygstančias nacionalinių vidaus teismų arba tarptautinių teismų, pvz., Tarptautinio Teisingumo Teismo arba PPO Apeliacinės institucijos, teisėjų kvalifikacijoms“⁷⁸. Vis dėlto pasiūlyme nebuvo nurodyta, kad investicinius ginčus sprendžiantiems arbitrams apskritai gali trūkti reikiamos kompetencijos. Svarbi aplinkybė ir tai, kad investicinių ginčų sistemos arbitrai ir PPO Apeliacinės institucijos nariai, kurie atitiktų Komisijos pasiūlyme numatytus reikalavimus teisėjams, yra reguliariai paskiriami arbitrauti investiciniuose arbitražuose. Sprendžiant ginčus, reikalaujančius specialių žinių apie konkrečias pramonės šakas ar sektorius, egzistuočių tikimybė, kad nuolatiniai teisėjai bus mažiau kvalifikuoti nei specialiai konkrečiu atveju atrinkti arbitrai. Dar daugiau, šalių pasirinkimo

⁷⁷ Concept Paper. Investment in TTIP and beyond – the path for reform Enhancing the right to regulate and moving from current ad hoc arbitration towards an Investment Court. Prieiga per internetą: <http://trade.ec.europa.eu/doclib/docs/2015/may/tradoc_153408.PDF> [žiūrėta 2016-06-13].

⁷⁸ Ibid.

galimybės pašalinimas sudarant teisėjų kolegiją taip pat ignoruoja faktą, kad šis veiksmas leidžiamas kituose tarptautiniuose nuolatinuose teismuose, pavyzdžiui, TTT ir Tarptautiniame jūrų teisės tribunole (ITLOS).

Komisarė Malmström yra pareiškusi, kad siūloma sistema „užtikrins interesų konflikto nebuvimą“⁷⁹. Tačiau šis teiginys atrodo problemiškas dėl dviejų priežasčių. Pirma, jeigu šaliai suteikta galimybė pasirinkti teisėją iš esmės buvo interesų konfliktų šaltinis, ši aplinkybė kelia abejonių ir dėl komercinio arbitražo. Vis dėlto yra gerai žinoma, kad šalies galimybė paskirti arbitražą yra esminis arbitražo bruožas, numatytas ir nacionalinės teisės tradicijose⁸⁰. Antra, Komisijos pasiūlyme numatyta, kad asmenys, esantys vyriausybės pareigūnais arba gaunantys pajamų iš vyriausybės, tačiau „kitais nepriklausomi nuo vyriausybės“, gali būti paskirti teisėjais. Vis dėlto tokios priklausomybės nuo valstybės sąsajos paprastai panaikina arbitražo tribunolo nario paskyrimo perspektyvumą. Taip pat atkreiptinas dėmesys, kad nors pagal Komisijos pasiūlymą tik pirmininkas arba vienasmenis teisėjas turi būti trečiosios šalies pilietis, investiciniai tribunolai paprastai apima tik trečiųjų šalių piliečius. Galiausiai, galima abejoti teisėjų, kurių funkcijos būtų spręsti tik investicinius ginčus, kurie gali niekada nekilti, pertekliaus veiksmingumu.

Išankstinis susitariančiųjų šalių atliekamas pirmosios instancijos teismo ir apeliacinio teismo teisėjų parinkimas kelia ir būdingą „palankių“ asmenų parinkimo riziką, kadangi, visų pirma, jiems moka valstybės (tiksliau, jų mokesčių mokėtojai). Be šio pavojaus, kyla abejonių, ar galima rasti pakankamai tinkamos kvalifikacijos asmenų, turinčių reikalingas kompetencijas. Tai yra ypač aktualu, kadangi daugelis specialistų, šiuo metu dirbančių arbitraže, gali būti atmesti remiantis jų galimu šališkumu. Pirmosios instancijos teismo ir apeliacinio teismo teisėjų grupė turėtų būti ribojama tik akademikais, (buvusiais) teisėjais ir (buvusiais) valstybiniais pareigūnais. Tai gali būti nepakankamas garantas užtikrinti reikalingą praktinę patirtį ir kompetenciją arba nepriklausomybę nuo valstybės.

Be to, teisėjų nešališkumo ir nepriklausomumo standartas yra labai subjektyvus, o siūlomas pasiūlymo tekstas neužtikrina jų nepriklausomumo praktiniu lygiu. Be to, sistema, abejojanti dėl

⁷⁹ Ibid.

⁸⁰ Žr. CAYTAS, J. D. From Shield to Sword: TTIP's Lessons on Democratic Legitimacy for International Investment Arbitration. *Columbia Journal of Law and Social Problems: Common Law* (Apr. 23) (2015).

pirmosios instancijos teismo teisėjų ir apeliacinio teismo narių, gali būti kritikuojama ir dėl sąlygos, pagal kurią pirmininkaujantis teisėjas gali nušalinti savo kolegą, vietoje to, kad sprendimą priimtų nepriklausoma išorinė institucija.

Apskritai galima daryti išvadą, kad pasiūlymas dėl investicijų teismų sistemos aiškiai kertasi su dabartine nuostata dėl bylos šalių paskiriamu *ad hoc* ISDS mechanizmu, numatytu praktiškai visose DIS ir laisvosios prekybos susitarimuose. Pagrindinis pasiūlymo rezultatas yra tai, kad jis pašalina bet kokią ieškovų įtaką skiriant teisėjus ir tuo pat metu suteikia valstybėms – atsakovėms išimtinę teisę tai daryti. Todėl susitariančiųjų šalių atliekamas teisėjų paskyrimas kelia problemų, kurios pasiūlyme dėl investicinių ginčų sistemos yra nepakankamai išsamiai sprendžiamos.

Atitiktis ICSID Konvencijai

Komisijos pasiūlymas taip pat numato arbitražą pagal ICSID arbitražo taisykles, nustatant, kad sutikimas kelti bylą siūlomuose teismuose „turi būti laikomas ICSID Konvencijos 25 straipsnio reikalavimų atitikimu“ ir kad ICSID sekretoriatas gali aptarnauti šiuos teismus. Vis dėlto neaišku, ar pasiūlymas apskritai yra suderinamas su ICSID Konvencija.

Daugiašalės sutarties modifikavimas tarp tam tikrų jos šalių – valstybių leidžiamas tik tada, kai tai yra aiškiai numatyta atitinkamoje sutartyje arba jei tai iš esmės suderinama su sutarties objektu ir tikslu. ICSID Konvencija nenumato *inter se* modifikavimo susitarimų ir tokie susitarimai nebuvo sudaryti. Todėl Komisijos pasiūlymas kelia tris pagrindines problemas: arbitražas, įskaitant teisę paskirti arbitražą, yra pagrindinis ICSID Konvencijos objektas. Daugelis ICSID funkcijų pagal Konvenciją atrodo nesuderinamos su nuolatiniais teismais⁸¹. Tai pasakytina visų pirma apie ICSID centro atliekamą arbitražą atranką, jo vaidmenį sudarant arbitražų kolegijas ir arbitro nušalinimo klausimų perdavimą arbitrams.

Be to, svarbiausia ICSID sistemoje yra arbitražo sprendimo panaikinimo galimybė, tačiau ICSID *ad hoc* komitetai būtų pakeisti siūlomu apeliaciniu teismu, kuris turėtų žymiai platesnius peržiūros įgaliojimus, įskaitant akivaizdžias faktų vertinimo klaidas ir atitinkamų nacionalinės teisės aktų vertinimą. Nė vieno iš šių klausimų nenagrinėjo ankstesnė ICSID Apeliacinės institucijos idėja,

⁸¹ Taip pat žr. VAN HARTEN, G. Comments on the European Commission's Approach to Investor-State Arbitration in TTIP and CETA. *Osgoode Legal Studies Research Paper* 59 (2014); WEAVER, M. The proposed transatlantic trade and investment partnership (ttip): ISDS provisions, reconciliation, and future trade implications. In *Reconciliation, and Future Trade Implications (October 24)* (2014).

pagal kurią teisėjai būtų parinkti iš 15 ICSID atrinktų arbitrų. Ši idėja buvo 2004 m. ICSID pranešime ir galiausiai jos atsisakyta, nes buvo manoma, kad tam „dar neatėjo laikas“, „ypač atsižvelgiant į sudėtingus techninius ir politinius klausimus“⁸². Taip pat svarbu ir tai, kad, skirtingai nuo visuomenės suvokimo, riboti investicinių arbitražų sprendimų peržiūros mechanizmai jau veikia, pavyzdžiui, ICSID panaikinimo mechanizmas ir nacionalinių teismų teisė anuliuoti ne ICSID sprendimus. Šie mechanizmai, nors kol kas ir nėra tobuli, suteikia naudingų korekcinį priemonių. Be to, kadangi ICSID Konvencija netaikoma ES, investicijų teismų sistemos sprendimų pripažinimas ir vykdymas apsiriboja ES ir JAV teritorija. Pasiūlyme taip pat nesprenžiamos 1958 m. Niujorko konvencijos problemos.

Saveika su kitais teismais

Kaip jau minėta, Liuksemburgo teismai aiškiai laiko save galutiniais ES teisės klausimų sprendėjais. Atsižvelgiant į tai, kad siūlomas investicijų teismas negalės būti kontroliuojamas ESTT per preliminarūs sprendimus ar kitaip, neaišku, kaip naujos sistemos investiciniai teismai spręstų investicijų teisės ir ES teisės konflikto problemą.

Pasiūlymas dėl naujos investicinių ginčų sistemos nesprenžia sudėtingos teisinės padėties, susiklosčiusios tarp ESTT ir kitų tarptautinių teismų. Nėra jokios priežasties manyti, kad ESTT būtų palankesnis investicinių ginčų sistemai, palyginti su griežta Europos Žmogaus Teisių Teismo pozicija, kai kalbama apie galimą ES teisės aiškinimą ar taikymą⁸³. Be to, ESTT nuoseklus bet kokios tiesioginės PPO Apeliacinės institucijos kolegijų ataskaitų (net ir tų, kurias patvirtino PPO Ginčų sprendimo taryba (DSB)) įtakos atmetimas kelia abejonių ir dėl investicinių ginčų sistemos sprendimų teisinių pasekmių Europos teisinėje sistemoje⁸⁴.

Siūlomas dviejų pakopų (pusiau) nuolatinės teismų sistemos sukūrimas suteiktų susitariančioms šalims gerokai svarbesnį vaidmenį visame ginčų sprendimo procese – potencialiai abiejų dalyvių

⁸² Secretariat, I. C. S. I. D. *Possible improvements of the framework for ICSID arbitration*. Discussion Paper, 2004; GANTZ, D. A. Appellate Mechanism for Review of Arbitral Decisions in Investor-State Disputes: Prospects and Challenges, *An. Vand. J. Transnat'l L.*39 (2006): 39.

⁸³ LOCK, T. EU Accession to the ECHR: Implications for the Judicial Review in Strasbourg. *European Law Review* 35 (2010): 777; MARTINICO, G. Is the European Convention going to be 'Supreme'? A comparative-constitutional overview of ECHR and EU law before national courts. *European Journal of International Law* 23.2 (2012): 401–424.

⁸⁴ BARTELS, L. The WTO legality of the application of the EU's emission trading system to aviation. *European Journal of International Law* 23.2 (2012): 429–467.

investuotojo – ieškovo ir investicinių ginčų sistemos sąskaita. Taip pat reikia nepamiršti, kad apeliacijos galimybė gali kelti mažiems ir vidutiniams investuotojams ilgesnės proceso trukmės ir didesnių išlaidų riziką.

Nors JAV pozicija dėl minėto pasiūlymo šiuo metu lieka neaiški, taip pat neaišku, kaip pasiūlymas dėl investicinių ginčų sistemos galėtų tapti daugiašalis. Iš tiesų, pastebėti dabartinės ISDS sistemos trūkumai grindžiami tuo, kad egzistuoja daugiau nei 3 000 DIS, kurias yra sudariusios praktiškai visos pasaulio šalys. Pasiūlymas dėl investicinių ginčų sistemos TTIP ir sulygtas CETA situacijos nekeičia. Išėjimai galėtų tapti UNCITRAL 2014 m. skaidrumo taisyklių⁸⁵ laipsniškas taikymas prisijungimo sistemos būdu, nustatytu atskira tarptautine sutartimi.

IX. Achmea byla ir jos įtaka ES vidaus DIS

2018 m. kovo 6 d. ESTT *Achmea* byloje nusprendė, kad arbitražinė išlyga, sudaryta Nyderlandų ir Slovakijos dvišalėje investicijų skatinimo ir apsaugos sutartyje, yra nesuderinama su ES teise, t. y. prieštarauja ES teisės autonomijai, nes joje nustatytas mechanizmas negali užtikrinti, kad ginčus dėl ES teisės taikymo ar aiškinimo spręstų kompetentingas ES teismas. Taigi, ESTT sprendimas *Achmea* byloje gali lemti tai, kad arbitražiniai susitarimai, sulygti beveik 200 ES valstybių narių sudarytose dvišalėse investicijų skatinimo ir apsaugos sutartyse, pažeidžia ES teisę. Šis sprendimas akivaizdžiai sukelia begalę teisinių pasekmių ES investuotojams, investuojantiems ES teritorijoje.

Bendrovės „Achmea“ ginčas kilo dar 2004-aisiais, kai Slovakija atvėrė savo ligų draudimo rinką privatiems investuotojams. Olandijos bendrovei „Achmea“ investavus didžiules sumas, Slovakija atšaukė savo ankstesnį sprendimą ir uždarė rinką. Tuomet „Achmea“, remdamasi Nyderlandų ir Slovakijos dvišale investicijų skatinimo ir apsaugos sutartimi, pradėjo investicinio arbitražo procesą Vokietijoje. Arbitražo teismas, išnagrinėjęs ginčą, priteisė bendrovei „Achmea“ 22 mln. Eur. Tuomet Slovakija kreipėsi į kompetentingus Vokietijos teismus, kad panaikintų arbitražo sprendimą būtent dėl ES teisės nuostatų pažeidimų. Vokietijos federalinis teisingumo teismas

⁸⁵ 2013 m. liepos 10 d. UNCITRAL priėmė taisyklės dėl skaidrumo sprendžiant investuotojų ir valstybių ginčus (toliau – skaidrumo taisyklės), o 2013 m. gruodžio 16 d. jas patvirtino Jungtinių Tautų Generalinė Asamblėja. Šiose taisyklėse numatyta, kad visi dokumentai (tiek teismo sprendimai, tiek šalių pastabos) skelbiami viešai, kad visuomenė gali dalyvauti posėdžiuose, o suinteresuotosios šalys (pilietinė visuomenė) – teismui teikti pastabas. Šios taisyklės įsigaliojo 2014 m. balandžio 1 d. Jos automatiškai taikomos sprendžiant investuotojų ir valstybių ginčus, kylančius iš sutarčių, sudarytų po 2014 m. balandžio 1 d., jei jose yra nuoroda į UNCITRAL arbitražo procedūros reglamentą.

pateikė ESTT klausimą, ar Nyderlandų ir Slovakijos dvišalėje investicijų skatinimo ir apsaugos sutartyje sudarytas arbitražinis susitarimas buvo suderinamas su ES teisės konstitucinėmis normomis.

ESTT nusprendė, kad toks susitarimas nėra suderinamas su ES teise, o toks ginčų sprendimo būdas prieštarauja ES teisės autonomijai ir negali užtikrinti, kad ginčus dėl ES teisės taikymo ar aiškinimo spręstų kompetentingas ES teismas.

Taigi, pirmiausia, ESTT sprendimas *Achmea* byloje gali lemti tai, kad iš esmės uždraus investicinio arbitražo procesą ES investuotojams, investuojantiems ES šalyse narėse, o tai, žinoma, atims iš ES investuotojų, investuojančių ES, teises į tarptautinės teisės suteikiamas garantijas: diskriminacijos draudimą, teisingą procesą, teisėtus lūkesčius ir kompensacijas, kurias ES investuotojai turėjo pagal dvišales investicijų skatinimo ir apsaugos sutartis. Tačiau užsienio, t. y. ne ES investuotojai, ES išsaugos palankesnę režimą, nes jų teisės kreiptis į neutralų investicinį arbitražą išliks. Taigi užsienio investuotojai, investuojantys ES, bus geriau apsaugoti nuo ES valstybės narės veiksmų nei patys ES investuotojai.

Be to, kaip minėta, ESTT sprendimas *Achmea* byloje sukelia gana chaotišką ir neaiškią situaciją dėl daugelio atvirų klausimų. Pavyzdžiui, neaišku, ar sprendimas *Achmea* byloje palies ir kaip palies Energetikos chartijos sutartį, kurioje taip pat nustatytas investuotojų ir valstybių tarpusavio ginčų sprendimas tarptautiniame arbitraže.

ESTT sprendimas *Achmea* byloje taip pat nenustatė ir jokio pereinamojo laikotarpio savo sprendimui, dėl ko kyla klausimas dėl tebevykstančių ginčų. Šalys respondentės, be abejo, naudoja ESTT sprendimą kaip prieštaravimą dėl bet kokių investicinio arbitražo procedūrų tęsimu. Tačiau iki šiol visi arbitražo tribunolai, priėmę sprendimus po ESTT sprendimo *Achmea* byloje, atmetė šalių respondenčių argumentus dėl arbitražinių išlygų negaliojimo.

Žinoma, daugiausia klausimų kyla dėl jau priimtų arbitražo sprendimų pripažinimo ir vykdymo. Šie klausimai yra reguliuojami skirtingais teisiniais instrumentais ir kiekvienas turi savo probleminių aspektų. Svarbu tai, kad daugelis ICSID arbitražų vyksta už ES ribų, t. y. Vašingtone, JAV. Arbitražo vieta savo ruožtu nustato ir taikytiną teisę, pagal kurią galutinį sprendimą dėl priimto arbitražo sprendimo galiojimo priima arbitražo vietos nacionaliniai teismai, t. y. ICSID

arbitražo atveju – JAV teismai. Manytina, kad JAV teismams ESTT sprendimas neturės privalomosios galios.

Kitas klausimas – arbitražo sprendimo vykdymas, kuris yra svarbus išreikalaujant sumas, priteistas tokiu sprendimu ginčo šaliai. Bet kuri arbitražo byla pralaimėjusi šalis galės priešintis arbitražo sprendimo pripažinimui ir vykdymui ES teritorijoje būtent remdamasi ESTT *Achmea* sprendimu ir teigti, kad arbitražo sprendimas negali būti pripažintas ir vykdytinas, nes prieštarauja ES teisei būtent dėl ESTT sprendimo *Achmea* byloje. Kita vertus, tokių argumentų šalis neturės norėdama pripažinti ir vykdyti arbitražo sprendimą ne ES teritorijoje. Be to, svarbu tai, kad ICSID arbitražo sprendimai yra priimami pagal ICSID Konvenciją, kuri numato, kad ICSID arbitražo sprendimai visose 150 ICSID Konvencijos šalių narių vykdomi automatiškai, netaikant pripažinimo procedūros nacionaliniuose teismuose. Todėl šiuo atveju gali iškilti ir įdomi konfliktinė situacija, kuomet ICSID sprendimas tampa automatiškai vykdytinas, tačiau jo įvykdymas gali užtraukti baudą iš ES dėl tokio sprendimo įvykdymo.

Labiausiai tikėtina situacija bus ta, kad ICSID arbitražo sprendimo įvykdymas bus apribotas ES teritorijoje, tačiau galės būti vykdomas ne ES teritorijoje, pvz., ten, kur ginčo šalis – skolininkė pagal arbitražo sprendimą turės turto.

Kita vertus, nepaisant jau minėtos 22 ES valstybių narių deklaracijos dėl *Achmea* bylos įtakos, ES teismai, kurie sprendžia investicinio arbitražo priimtų sprendimų pripažinimo ir vykdymo bylas, nebūtinai laikosi tokios neigiamos pozicijos. Pavyzdžiui, Švedijos apeliacinis teismas 2019 m. vasario mėn. patvirtino Stokholmo (SCC) investicinio arbitražo sprendimus (176 milijonų Eur suma) prieš Lenkiją nurodydamas, kad Lenkija per vėlai pareiškė prieštaravimus tribunolo jurisdikcijai remdamasi *Achmea* bylos įtakos argumentu⁸⁶. Be kita ko, Švedijos apeliacinis teismas 2019 m. balandžio mėn. investicinio arbitražo panaikinimo byloje taip pat atsisakė kreiptis į ESTT dėl prejudicinio sprendimo dėl *Achmea* bylos įtakos arbitražo sprendimui⁸⁷.

⁸⁶ Žr. JONES, T., PERRY, S. Swedish court upholds intra-EU BIT award. 22 February 2019. Prieiga per internetą: <<https://globalarbitrationreview.com/article/1180652/swedish-court-upholds-intra-eu-bit-award>>.

⁸⁷ Žr. JONES, T. Swedish court won't consult ECJ on ECT. 26 April 2019. Prieiga per internetą: <<https://globalarbitrationreview.com/article/1190620/swedish-court-won%E2%80%99t-consult-ecj-on-ect>>.

X. ES tarptautinių investicijų apsaugos politikos ateities perspektyvos

Komisijos veiksmai *Micula* byloje, jos iškeltos bylos prieš ES valstybes nares bei *Achmea* bylos įtaka kelia įvairių kompleksinių klausimų. Vienas iš jų yra teisinis tikrumas esamiems ir potencialiems investuotojams. Pavyzdžiui, koku mechanizmu, jei toks yra, vadovaudamasis investuotojas gali ir turi pareikšti ieškinį vienai iš minėtų valstybių? Akivaizdu, kad Komisija gali (ir sėkmingai yra tai dariusi praeityje) priversti valstybę, pasirašiusią ES vidaus DIS, nevykdyti jai taikomo sprendimo. Investuotojas, kurio naudai buvo priimtas sprendimas, gali ginčyti Komisijos nutarimą tikėdamasis, kad Bendrasis Teismas – pirmosios instancijos teismas, kuriame gali būti ginčijami Komisijos sprendimai – panaikins Komisijos sprendimą.

Investuotojas, kuris dar neinicijavo arbitražo proceso, vis dėlto yra šiek tiek kitokioje padėtyje, kadangi jis jau žino galimą riziką, galinčią baigtis šimtų tūkstančių eurų išlaidomis už teisinę paslaugą ir pastangomis prisiteisti išmoką, kuri gali būti užginčyta. Todėl dar vienas variantas yra pateikti ieškinį nacionaliniame teisme. Prieš 20 metų, kuomet įsigaliojo kai kurios DIS, potencialūs investuotojai žinojo, kad jie turi galimybę pareikšti ieškinį ir nacionaliniame teisme, tačiau tai tikriausiai yra ne tai, ko norėjo investuotojai. Net gana nekvalifikuotas investuotojas supranta arbitražo privalumus.

Vienas iš pagrindinių arbitražo privalumų – nešališkumas ir praktiškumas. Tradicinių teismų procesuose investuotojas neturi galių skiriant byloje pirmininkaujantį teisėją, o investiciniame arbitraže (kaip ir apskritai bet kuriame kitame tarptautiniame arbitraže) ieškovas turi tam tikrą galią paskiriant arbitražo tribunolo narius. Šis pranašumas gali būti ypač aktualus tais atvejais, kai yra nerimaujama, jog paskirtam teisėjui gali trūkti atitinkamos patirties, arba kai bijoma, jog valstybės institucijos gali norėti paveikti teisėjo sprendimą byloje⁸⁸. Galų gale, ne kiekviena valstybė turi stiprią valdžių padalijimo tradicijų doktriną.

Kitas privalumas yra taikytina teisė. Paprastai arbitražo teismai DIS bylose taiko esmines pačių DIS nuostatas bei kitus tarptautinės teisės principus, o ne nacionalinę teisę, net jeigu DIS numatyta taikytinos teisės sąlyga numato nacionalinės teisės taikymą⁸⁹. Tai gali būti labai svarbu tais atvejais,

⁸⁸ Žr. DIETZ, Th., DOTZAUER, M. *Political Dimensions of Investment Arbitration: ISDS and the TTIP Negotiations* (2015).

⁸⁹ *Emilio Agustin Maffezini prieš Ispanijos Karalystę* (ICSID byla Nr. ARB / 97/7).

kuomet nacionalinė teisė dar nėra išplėtotą arba kuomet investuotojas tikisi pasinaudoti tam tikra DIS nuostata, kuri nėra įtraukta į atitinkamus nacionalinės teisės aktus.

Todėl ES pasiūlymai dėl investicinių ginčų reformos sulaukė įvairios reakcijos, o kai kurie svarbūs arbitražo bendruomenės nariai išreiškė susirūpinimą dėl siūlomų reformų. Pavyzdžiui, neseniai savo paskaitoje garsus arbitras Yves'as Fortier teigė, kad susižavėjus teismų kūrimu pamirštama „esama tarptautinio arbitražo sėkmė ir jo gebėjimas paveikti ir palenkti valstybes laikytis bendrųjų tarptautinių principų sistemos“⁹⁰.

Vis dėlto, nepaisant šios kritikos, neseniai sudarytas laisvosios prekybos susitarimas tarp ES ir Vietnamo bei ta pati CETA apima daug ES numatomo investuotojo ir valstybės ginčų sprendimo mechanizmo elementų, įskaitant dviejų pakopų „investicinių teismų sistemą“, kurią sudaro pirmosios instancijos ir apeliacinis teismai.

Kaip rodo ES laisvosios prekybos susitarimas su Vietnamu, CETA ir nesena ES intervencija į *Micula* bylą, ES yra pasiryžusi palikti savo žymą ir įtvirtinti savo poziciją ISDS pasaulyje – ir ES viduje, ir už jos teritorijos ribų.

Tačiau galima teigti, kad vienintelis būdas ES išspręsti jos investicinei politikai būdingus nenuoseklumus yra grįžti prie pagrindų. Tai apima aukščiausio įmanomo lygmens investicijų apsaugos, kuo didesnio teisinio tikrumo ir nuspėjamumo užtikrinimą bei nevaržomą prieigą prie ISDS. Akivaizdu, būtų geriau, jei ES investicijų politikoje būtų laikomasi valstybių narių naudojamos geriausios DIS praktikos, kuri buvo labai naudinga Europos investuotojams pastaruosius penkiasdešimt metų. Šiuo atžvilgiu šios galimybės jau prarastos CETA susitarime.

Vis dėlto vykstančios derybos su Kinija ir kitomis ASEAN šalimis, t. y. regionais, kurie turi didžiausią augimo potencialą, siūlo unikalią galimybę ES sukurti etaloninį investicijų sutarties tekstą, kuris apimtų geriausią valstybių narių DIS praktiką. Toks etaloninis tekstas turėtų plačiai apibrėžti sąžiningos ir nešališkos sutarties standartą, neribotą skėtinę sąlygą⁹¹, netrukdomą prieigą

⁹⁰ Nov 24, 2015, 5th Annual UCL and Baker & McKenzie LLP International Law and Litigation Lecture. Chaired by Professor Philippe Sands QC and presented by The Honorable Yves Fortier QC. Prieiga per internetą: <<https://www.youtube.com/watch?v=NySG18uLwWE&feature=youtu.be>> [žiūrėta 2016-06-13].

⁹¹ Skėtinė sąlyga – tai DIS norma, kuri išplečia jurisdikciją „bet kokiems ginčams, susijusiems su investicijomis“ arba sukuria tarptautinės teisės įsipareigojimą valstybei, pavyzdžiui, „laikytis įsipareigojimų, kuriuos ji prisiėmė“, „nuolatos garantuoti įsipareigojimų, kuriuos ji prisiėmė, laikymąsi“, „laikytis bet kokio įsipareigojimo, kurį ji prisiėmė“ ir kitus įsipareigojimus, susijusius su investicijomis. Tokios nuostatos paprastai vadinamos skėtinėmis

prie ISDS be sektorinių apribojimų ir filtro mechanizmų, taip pat visišką kompensaciją už tiesioginį ir netiesioginį nusavinimą – visus elementus, kurių neapėmė CETA ir greičiausiai neapims TTIP⁹².

XI. Išvados

Šiame straipsnyje pateikta politinių ir teisinių dokumentų ir pozicijų analizė rodo, kad ES tarptautinių investicijų apsaugos politikos vidaus ir išorės aspektai yra gana nenuoseklūs ir iš dalies nesuderinami. Tai pasireiškia per skirtingas Komisijos ir valstybių narių pozicijas ir per skirtingą ES ir tarptautinės investicijų teisės pobūdį. Galima prieiti ir prie dar bendresnės išvados, kad šis nesuderinamumas pasireiškia per valstybių narių bendros pozicijos trūkumą. Tokios prieštaringos pozicijos priežastis yra „ES vidaus“ ir „ES išorės“ sąvokų kaip koncepcijų su konkludentinėmis politinėmis pasekmėmis priklausomybė.

Darytina išvada, kad svarbiausia šiame kontekste žvelgti toliau šios koncepcinės diferenciacijos ir vertinti DIS ir ISDS kaip tarptautinės teisės kūrinį, kurio bendri bruožai nepriklauso nuo jo kilmės iš ES vidaus ar ES išorės DIS. Suderinamumas šiame kontekste reikalauja, kad tiek Komisija, tiek valstybės narės glaudžiau bendradarbiautų ir koordinuotų savo pozicijas taip pat atsižvelgdamos ir į tarptautinių investuotojų interesus. Tai reiškia, kad ISDS politika ES vidaus ir ES išorės DIS kontekste neturi būti identiška.

Galima teigti, kad painus ES vidaus DIS tinklas negali būti iš naujo persvarstytas pagal vidaus rinkos poreikius, o ISDS suderinamumas ES išorės dvišalėse investicijų sutartyse yra beveik išimtinai projektinis klausimas. ISDS klausimas reikalauja, kad sutampančios problemos būtų sprendžiamos aiškiai ir išsamiai bei tokiu būdu, kuris būtų nuoseklus ir suderinamas su visomis šios ES politikos srities vidinėmis ir išorinėmis dimensijomis.

ES vidaus DIS kontekste nenuoseklumas galėtų būti mažinamas, jei ES valstybės narės suderintų savo pozicijas. Jeigu ES valstybės narės, kurios įprastai yra investuotojų kilmės šalys, imtų veikti

normomis (angl. *umbrella clauses*). Šios rūšies normos padidina apsaugą investuotojams, nes jos apima sutartis, kurias valstybės dažnai sudaro tiesiogiai su užsienio investuotojais.

⁹² Žr. BERNASCONI-OSTERWALDER, N., MANN, H. A Response to the European Commission's December 2013 Document "Investment Provisions in the EU-Canada Free Trade Agreement (CETA)". *IISD Report, February* (2014); VAN HARTEN, G. Comments on the European Commission's Approach to Investor-State Arbitration in TTIP and CETA. *Osgoode Legal Studies Research Paper* 59 (2014).

kaip *amicus curiae* palaikydamos bendrą ES poziciją, tai galėtų įtikinti ir investicinius tribunolus. ES išorės kontekste taip pat būtų naudinga, jei valstybių narių nesutarimai būtų išspręsti demonstruojant bendrą poziciją. Tai galima pasiekti, jei Komisija taptų *prima facie* atsakovu investiciniuose ginčiuose, skirtingai nuo situacijos PPO. Neseniai priimtas reglamentas dėl finansinės atsakomybės pagal ES investicijų susitarimus šiuo atžvilgiu atveria atitinkamas duris.

Galiausiai, nors Lisabonos sutartimi mėginta sustiprinti darną per institucinę reformą, realybė rodo, kad esamas ar egzistuojantis nenuoseklumas yra gerokai giliau įsišaknijęs skirtinguose tarpinstituciniuose ir vidaus politikos interesuose. Suderinamumas atitinkamai pasiekiamas ES teisės principais, iš kurių svarbiausias – lojalus bendradarbiavimo principas, kuris ir gali būti ES tarptautinių investicijų apsaugos politikos problemų sprendimu.

Literatūros sąrašas

Norminiai teisės aktai

1. 1965 m. Konvencija dėl valstybių ir kitų valstybių piliečių ginčų investicijų srityje sprendimo. *Valstybės žinios*, 2002-12-04, Nr. 115-5137.
2. 1958 m. Niujorko konvencija dėl užsienio arbitražų sprendimų pripažinimo ir vykdymo. *Valstybės žinios*, 1995-02-01, Nr. 10-208.
3. 1969 m. Vienos konvencija dėl tarptautinių sutarčių teisės. *Valstybės žinios*, 2002-02-06, Nr. 13-480.
4. Lisabonos sutartis, iš dalies keičianti Europos Sąjungos sutartį ir Europos bendrijos steigimo sutartį, pasirašyta Lisabonoje 2007 m. gruodžio 13 d.
5. Europos Sąjungos sutarties ir sutarties dėl Europos Sąjungos veikimo suvestinės redakcijos, 2007-12-13, Oficialusis leidinys C, 2008-05-09, Nr. 115-1.
6. 2014 m. liepos 23 d. Europos Parlamento ir Tarybos reglamentas (ES) Nr. 912/2014.
7. ES ir Singapūro laisvosios prekybos susitarimas.
8. ES ir Kanados išsamus ekonomikos ir prekybos susitarimas (CETA).
9. ES ir Vietnamo laisvosios prekybos susitarimas.
10. 2013 m. liepos 10 d. UNCITRAL taisyklės dėl skaidrumo sprendžiant investuotojų ir valstybių ginčus.

ES dokumentai

11. 2011-05-10 EP Spaudos pranešimas. Prieiga per internetą: <http://www.europarl.europa.eu/news/en/news-room/content/20110509IPR18971/html/Bilateral-investment-treaties-limiting-the-Commission's-authority> [žiūrėta 2016-06-13].
12. 2016-02-04 „Brief for Amicus Curiae by the Commission of the European Union in Support of Defendant-Appellant before the US Court of Appeals“ Prieiga per internetą: <http://www.italaw.com/cases/697#sthash.p87ib4Mp.dpuf> [žiūrėta 2016-06-13].
13. Annual EFC Report to the Commission and the Council on the Movement of Capital and the Freedom of Payments, Brussels, 21 November 2008

- ECFIN/CEFCPE(2008)REP/55806 Prieiga per internetą:
<<http://register.consilium.europa.eu/doc/srv?l=EN&f=ST%2017363%202008%20INIT>>
[žiūrėta 2016-06-13].
14. Concept Paper. Investment in TTIP and beyond – the path for reform Enhancing the right to regulate and moving from current ad hoc arbitration towards an Investment Court. Prieiga per internetą:
<http://trade.ec.europa.eu/doclib/docs/2015/may/tradoc_153408.PDF> [žiūrėta 2016-06-13].
15. Europos Komisija. Prekyba visiems. Atsakingesnės prekybos ir investicijų politikos kūrimas. ISBN: 978-92-79-50462-4.
16. Europos Komisijos pranešimas spaudai. Komisija deryboms dėl Transatlantinės prekybos ir investicijų partnerystės ir kitų ES prekybos bei investicijų susitarimų siūlo naudoti naują Investicijų teismų sistemą. Briuselis, 2015 m. rugsėjo 16 d. Prieiga per internetą:
<http://europa.eu/rapid/press-release_IP-15-5651_lt.htm> [žiūrėta 2016-06-13].
17. Europos Komisijos pranešimas spaudai. Komisija prašo ES valstybių narių nutraukti dvišales tarpusavio investicijų sutartis. Briuselis, 2015 m. birželio 18 d. Prieiga per internetą:
<http://europa.eu/rapid/press-release_IP-15-5198_lt.htm> [žiūrėta 2016-06-13].
18. Europos Komisijos 2014 m. spalio 1 d. raštas 2014 dėl valstybės paramos SA.38517(2014/C) (anksčiau 2014/NN) - State aid SA.38517(2014/C) (ex 2014/NN) – Romania Implementation of Arbitral award Micula v Romania of 11 December 2013. Bruxelles, 01.10.2014 C(2014) 6848 final. Prieiga per internetą:
<<http://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/italaw4066.pdf>> [žiūrėta 2016-06-13].
19. Komisijos komunikatas „Visapusiškos Europos tarptautinės investicijų politikos kūrimas“ (KOM (2010)343 galutinis). Prieiga per internetą:
<<http://ec.europa.eu/transparency/regdoc/rep/1/2010/LT/1-2010-343-LT-F1-1.Pdf>>
[žiūrėta 2016-06-13].
20. Komisijos tarnybų darbinis dokumentas. Ataskaita. Viešos konsultacijos internetu dėl investicijų apsaugos bei investuotojų ir valstybės ginčų sprendimo (IVGS) nuostatų Transatlantinės prekybos ir investicijų partnerystės susitarime (TPIP). Briuselis, 2015 01

13 SWD(2015) 3 draft. Prieiga per internetą: http://trade.ec.europa.eu/doclib/docs/2015/march/tradoc_153311.pdf [žiūrėta 2016-06-13].

21. Pagal SESV 218 straipsnio 11 dalį Europos Komisijos paduotas prašymas pateikti nuomonę (Nuomonė 2/15), (2015/C 363/22). Europos Sąjungos oficialusis leidinys, C 363/18.

Specialioji literatūra

22. ANTONIETTI, A. The 2006 Amendments to the ICSID Rules and regulations and the Additional Facility Rules. *ICSID Review* 21.2 (2006): 427–448.
23. ARGYROULI, A. The Interrelation Between European Law and Intra-EU Bilateral Investment Treaties: In Quest for the Perfect Equilibrium. (2016).
24. BARTELS, L. The WTO legality of the application of the EU’s emission trading system to aviation. *European Journal of International Law* 23.2 (2012): 429–467.
25. BERNASCONI-OSTERWALDER, N., MANN, H. A Response to the European Commission’s December 2013 Document “Investment Provisions in the EU-Canada Free Trade Agreement (CETA)”. *IISD Report, February* (2014).
26. BISHOP, D. Investor–State Dispute Settlement Under the Transatlantic Trade and Investment Partnership: Have the Negotiations Run Aground? *ICSID Review* (2014): siu023.
27. BUNGENBERG, M. Towards a More Balanced International Investment Law 2.0? In *Trade Policy between Law, Diplomacy and Scholarship*. Springer International Publishing, 2015, p. 15–37.
28. BURGSTALLER, M. European law and investment treaties. *Journal of International Arbitration* 26.2 (2009): 181–216.
29. CAYTAS, J. D. From Shield to Sword: TTIP’s Lessons on Democratic Legitimacy for International Investment Arbitration. *Columbia Journal of Law and Social Problems: Common Law* (Apr. 23) (2015).
30. DAUJOTAS, R. *Tarptautinė investicijų teisė ir arbitražas*. Vilnius: Eugrimas, 2015.
31. DIETZ, Th., DOTZAUER, M. *Political Dimensions of Investment Arbitration: ISDS and the TTIP Negotiations*. (2015).

32. DIMOPOULOS, A. The validity and applicability of international investment agreements between EU Member States under EU and international law. *Common Market Law Review* 48.1 (2011): 63–93.
33. EILMANSBERGER, Th. Bilateral investment treaties and EU law. *Common Market Law Review* 46.2 (2009): 383–429.
34. FACH GÓMEZ, K. Latin America and ICSID: David versus Goliath? *Available at SSRN 1708325* (2010).
35. GANTZ, D. A. Appellate Mechanism for Review of Arbitral Decisions in Investor-State Disputes: Prospects and Challenges, *An. Vand. J. Transnat'l L.* 39 (2006): 39.
36. GHOURI, A. A. Resolving incompatibilities of bilateral investment treaties of the EU Member States with the EC treaty: individual and collective options. *European Law Journal* 16.6 (2010): 806–830.
37. HINDELANG, S. Circumventing Primacy of EU Law and the CJEU's Judicial Monopoly by Resorting to Dispute Resolution Mechanisms Provided for in Inter-se Treaties? The Case of Intra-EU Investment Arbitration. *Legal Issues of Economic Integration* 39.2 (2012): 179–206.
38. JARMAN, H. Public health and the Transatlantic trade and investment partnership. *The European Journal of Public Health* 24.2 (2014): 181.
39. KLEINHEISTERKAMP, J. Investment protection and EU law: the intra-and extra-EU dimension of the Energy Charter Treaty. *Journal of International Economic Law* (2012): jgs004.
40. LAVRANOS, N. Is an International Investor-to-State Arbitration System Under the Auspices of the ECJ Possible? *Available at SSRN 1973491* (2011).
41. LOCK, T. EU Accession to the ECHR: Implications for the Judicial Review in Strasbourg. *European Law Review* 35 (2010): 777.
42. MARTINICO, G. Is the European Convention going to be 'Supreme'? A comparative-constitutional overview of ECHR and EU law before national courts. *European Journal of International Law* 23.2 (2012): 401–424.
43. Nov 24, 2015, 5th Annual UCL and Baker & McKenzie LLP International Law and Litigation Lecture. Chaired by Professor Philippe Sands QC and presented by The Honorable Yves Fortier QC. Prieiga per internetą:

<<https://www.youtube.com/watch?v=NySG18uLwWE&feature=youtu.be>> [žiūrėta 2016-06-13].

44. PELLET, A. The Case Law of the ICJ in Investment Arbitration. *ICSID review* 28.2 (2013): 223–240.
45. QUICK, R. Why TTIP Should Have an Investment Chapter Including ISDS. *Journal of World Trade* 49.2 (2015): 199–209.
46. RADU, A. Foreign Investors in the EU—Which ‘Best Treatment’? Interactions Between Bilateral Investment Treaties and EU Law. *European Law Journal* 14.2 (2008): 237–260.
47. SAUVANT, K. P., SACHS, L. E., eds. *The effect of treaties on foreign direct investment: Bilateral investment treaties, double taxation treaties, and investment flows*. Oxford, UK: Oxford University Press, 2009.
48. Secretariat, I. C. S. I. D. *Possible improvements of the framework for ICSID arbitration*. Discussion Paper, 2004.
49. TIETJE, Ch., ECORYS, R. The Impact of Investor-State-Dispute Settlement (ISDS) in the Transatlantic Trade and Investment Partnership. In *Study commissioned by the Ministry for Foreign Trade and Development Cooperation, Ministry of Foreign Affairs, The Netherlands* (2014).
50. VAN HARTEN, G. Comments on the European Commission’s Approach to Investor-State Arbitration in TTIP and CETA. *Osgoode Legal Studies Research Paper* 59 (2014).
51. VINCENTELLI, I. A. Uncertain Future of ICSID in Latin America, The. *Law & Bus. Rev. Am.* 16 (2010): 409.
52. WEAVER, M. The proposed transatlantic trade and investment partnership (ttip): ISDS provisions, reconciliation, and future trade implications. *Reconciliation, and Future Trade Implications (October 24)* (2014).
53. WEHLAND, H. Intra-EU Investment Agreements and Arbitration: Is European Community Law an Obstacle? *International and Comparative Law Quarterly* 58.02 (2009): 297–320.

Jurisprudencija

54. *Achmea* byla C-284/16.
55. *AES v. Hungary*, ICSID byla Nr. ARB/07/22.

56. *Antin Infrastructure Services Luxembourg S.à.r.l. and Antin Energia Termosolar B.V. v. Kingdom of Spain*, ICSID byla Nr. ARB/13/31.
57. *Eastern Sugar v. Czech Republic* (SCC byla Nr. 088/2004).
58. *Electrabel S.A. v. Republic of Hungary*, ICSID byla Nr. ARB/07/19.
59. *Emilio Agustin Maffezini prieš Ispanijos Karalystę* (ICSID byla Nr. ARB / 97/7).
60. *EURAM v. Slovakia* (PCA byla Nr. 2010-17).
61. *Eureko v. Slovak Republic* (PCA byla Nr. 2008-13).
62. *Ioan Micula, Viorel Micula, S.C. European Food S.A, S.C. Starmill S.R.L. and S.C. Multipack S.R.L. v. Romania*, ICSID byla Nr. ARB/05/20.
63. *Micula ir kt. / Komisija*, 2014 m. rugsėjo 2 d. pareikštas ieškinys byloje. (Byla T-646/14).
64. *RENERGY S.à r.l. v. Kingdom of Spain*, ICSID byla Nr. ARB/14/18.
65. *U.S. Steel v. Slovakia* (PCA byla Nr. 2013-6).
66. *Van Gend & Loos* byla 26/62 (1963).

INVESTOR-STATE ARBITRATION REFORM IN THE EUROPEAN UNION

Summary

Bilateral investment treaty-based investment protection system has long been the backbone of successful proliferation of the foreign direct investment. By providing adequate guarantees to investors, inter alia, an opportunity to have investor's claim heard by an impartial and independent from host state tribunal, a favourable investment environment had been created and maintained.

Nevertheless, the European Union is reconsidering its choices as regards the intra-EU investment dispute resolution model. Over the last few years, the EU Commission has been placing the systemic efforts to phase-out international investment arbitration and pass the baton to the domestic courts. As part of its phase-out plan, the European Commission had initiated proceedings against five Member States requesting them to terminate intra-EU bilateral investment treaties between them.

In this Article, the Author analyses the investor-state reform introduced by the European Commission towards intra-EU investment dispute resolution model. The Article analyses the overall stance of the EU Member states towards investor-state arbitration in the European Union, actions on the part of the Commission, such as the Micula and Achmea controversies. The author also addresses the conflict in legal relationship of EU law and the intra-EU bilateral investment treaties.

The Article also addresses the multilateral investment court initiative and the new generation of investment agreements with third countries as well as the reform of investment dispute settlement mechanisms.