

EUROPOS BENDRIJOS KOMPETENCIJA REGLAMENTUOJANT UŽSIENIO INVESTICIJAS: LINK DAUGIAŠALIO SUSITARIMO DĖL UŽSIENIO INVESTICIJŲ APSAUGOS?

Loreta Šaltinytė *

*Mykolo Romerio universiteto Teisės fakulteto Europos Sąjungos teisės katedra
Ateities g. 20, LT-08303 Vilnius
Telefonas 271 4512
Elektroninis paštas losal@mruni.lt*

Pateikta 2007 m. lapkričio 9 d., parengta spausdinti 2008 m. sausio 30 d.

Nors Europos Bendrijų sutartis neįtvirtina sąvokos „užsienio investicijos“, jų ekonominė įtaka ir ryšys su prekyba leidžia ginčyti, kad užsienio investicijos turėtų patekti į EB bendrosios prekybos politikos (BPP) sritį. Deja, ankstyvosios savo praktikos metu propagavęs plečiamą, teleologinį BPP aiškinimą, nuo 1994 m. Europos Teisingumo Teismas (Teismas) linkęs ją aiškinti siaurai, itin kreipdamas dėmesį į Sutarties sistemą bei tekstą. Net du kartus – Nuomonėje 1/94 ir 2/92 – Teismas pareiškė, kad steigimosi laisvė ir paslaugų teikimo laisvė, t.y. kartinės užsienio investicijų teisės sritys, nėra BPP turinio dalis. Teismas taip pat nesutiko, kad gali būti numanoma EB išimtinė kompetencija veikti šiose srityse. Tačiau po 2004 m. Europos Sąjungos plėtros etapo atsirado galimybė nustatyti kitas sritis, kuriose galėtų atsirasti prieštaravimas tarp valstybių narių sudarytų užsienio investicijų sutarčių ir EB sutarties, o tai liudytų, kad EB kompetencija užsienio investicijų srityje gali būti didesnė nei manyta iki šiol. Procesas gali būti įvardytas kaip prekybos teisės ir investicijų teisės konvergencija. Ji skatintų valstybes nares sinchronizuoti savo sutartis dėl užsienio investicijų apsaugos. Šis veiksnys taip pat galėtų paskatinti valstybes nares pagaliau pasirašyti daugiašalį susitarimą dėl užsienio investicijų apsaugos.

Pagrindinės sąvokos: EB išorinė kompetencija, dvišalės užsienio investicijų apsaugos sutartys, EB bendroji prekybos politika, Naujoji ekonominė santvarka.

IVADAS

Europos Bendrijos sutartis neįtvirtina užsienio investicijų sąvokos. Be to, užsienio investicijų teisė plėtojasi visiškai nepriklausomai nuo EB teisės. Iki šiol vyrauja požiūris, kad neįmanomas prieštaravimas tarp įsipareigojimų dėl užsienio investicijų apsaugos ir valstybių susitarimų dėl prekybos. Vis dėlto jau derybose dėl Maastrichto sutarties Komisija siūlė, tiesa, nesėkmingai, praplėsti BPP kompetenciją įtraukiant į ją tiesiogines užsienio investicijas. Vėliau EB bendrosios prekybos politikos kompetencijos ribas mėginta plėsti tiek Amsterdamo, tiek ir Nicos sutartimis. Konventas dėl Europos ateities parengė Sutarties dėl Konstitucijos Europai projektą, kuriame bendrosios prekybos politika buvo pagaliau papildyta nuoroda į tiesiogines užsienio investicijas. Straipsnio tekstas liko nepakeistas ir pasirašyta-

me bei daugelio valstybių ratifikuotame Sutarties dėl Konstitucijos Europai tekste, taip pat ir Reformų (Lisabonos) sutartyje. Toks reglamentavimas kelia klausimą, ar EB sutartis koku nors būdu riboja valstybių narių galimybes plėtoti savarankišką užsienio investicijų apsaugos politiką. Straipsnio tikslas – atsakant į šį klausimą išanalizuoti priežastis, paskatinusias papildyti BPP turinį aptartuoju būdu. Pirmojoje straipsnio dalyje aptariamas dabar galiojančio BPP reglamentuojančio straipsnio turinys, kiek jį atskleidęs ETT. Antrojoje dalyje įvardijami galimi prieštaravimai tarp EB sutarties ir valstybių narių įsipareigojimų pagal dvišales investicijų apsaugos sutartis, kai tokios sutartys yra sudarytos: a) su trečiosiomis šalimis; b) su kitomis ES valstybėmis narėmis. Straipsnio išvada – prekybos ir investicijų teisės konvergencija, vis labiau pastebima ir Europoje, gali tapti veiksmu, paskatinančiu pereiti prie daugiašalio užsienio investicijų apsaugos režimo.

* Mykolo Romerio Universiteto Teisės Fakulteto Europos Sąjungos teisės katedros doktorantė.

A. EB POREIKIS ĮTRAUKTI INVESTICIJAS Į BPP SRITĮ

Straipsnio dėl EB kompetencijos BPP srityje įtraukimo į EB Sutartį aplinkybės

EB Sutarties sudarymo metu šeštajame dešimtmetyje didžiausią įtaką ekonomikai turėjo prekybos santykiai tarp valstybių. Sutartis numatė keturias vidaus rinkos laisves, tačiau svarbiausias tikslas – laisvas prekių judėjimas tarp valstybių narių. Jau EB steigėjams buvo aišku, kad Sutartimi įsteigta muitų sąjunga buvo tik vienas iš sudėtinių bendrosios išorinės prekybos politikos elementų. Ji buvo būtina tam, kad muitų sąjunga ir bendroji rinka veiktų efektyviai [1, p. 10]. To meto 116 str. (panaikintas Amsterdamo sutartimi) numatė, kad pasibaigus pereinamajam laikotarpiui valstybės narės privalėjo visais klausimais, svarbiais bendrajai rinkai, ekonominio pobūdžio tarptautinėse organizacijose veikti tik bendrai [1, p. 10–11]. Jau septintajame dešimtmetyje pavyko panaikinti vidaus maito mokesčius, tačiau valstybės narės ir toliau taikė nemažai importo apribojimų, kuriuos pavyko panaikinti tik 1994 m. [1, p. 190–225]. Sumažėjus interesui integruoti prekybą kilo ginčai dėl išimtinės EB kompetencijos BPP srityje ribų. Sutarties tekstas nebuvo keičiamas, todėl didžiausią įtaką nustatant EB kompetenciją šiuo klausimu turėjo ETT. Teismo praktikoje galima skirti du etapus: ankstyvąjį, kurį, atsižvelgiant į aiškinimo būdą, dar galima įvardinti liberaliuoju, ir konservatyvųjį, arba sisteminių, kurio metu Teismas nustatė EB kompetencijos išorinės BPP ribas.

Ankstyvoji (liberalioji) Teismo praktika aiškinant BPP turinį

Ankstyvoji Teismo praktika pasižymi sprendimais ir bendrojo pobūdžio teiginiais, kurie leistų susidaryti nuomonę, kad EB BPP turinys tiesiogiai priklauso nuo valstybių tarptautinių prekybinių santykių turinio. Šio etapo praktika pasižymi siekiu užtikrinti, kad Sutartis efektyviai veiktų. Vyrauja teleologinis Sutarties aiškinimo būdas.

Teismo praktika septintajame dešimtmetyje

Pirmą kartą tai, kad BPP galima aiškinti plačiai, Teismas leido suprasti jau aštuntojo dešimtmečio pradžioje, iškilus klausimui dėl to, ar buvo tinkamai pasiremta 308 str. siekiant nustatyti bendrąją apmuitinamų prekių vertinimo tvarką [2]. Šioje byloje Teismas pareiškė, kad plačiai Sutarties nuostatas dėl Muitų sąjungos ir BPP buvo aiškinama siekiant užtikrinti tinkamą Muitų sąjungos veikimą [2, paragr. 4].

Kiek vėliau ši požiūrį Teismas išplėtojo Nuomonėje 1/75 dėl EB kompetencijos prisijungti prie Ekonominio vystymosi ir bendradarbiavimo organizacijos (EVBO) parengto dokumento dėl Vietinių kaštų standarto [3]. Susitarimas įvirtino dalyvių įsipareigojimą nefinansuoti ir nekompensuoti eksporto kreditų, jei jie viršytų 100 proc. eksportuojamų prekių ar paslaugų kainos. Nors atsakydamas Teismas galėjo apsiriboti tik EB

132 str., kuriame buvo aptarti eksporto kreditų klausimai, jis nusprendė pasiremti ir 133 str.: šiame straipsnyje buvo minima eksporto politika, todėl aiškinant paramos eksportui klausimus buvo būtina atsižvelgti į jį. Nuomonėje Teismas pabrėžė, kad paramos eksportui priemonės buvo reikšminga BPP dalis [3]. Be to, BPP sąvokos turinys turi atitikti valstybių narių prekybos politikos turinį, ir priklauso išimtinai EB kompetencijai [3]. BPP Teismas apibūdino kaip bendrosios rinkos įgyvendinimo priemonę, skirtą užtikrinti bendriesiems EB interesams. Valstybių narių interesus būtina derinti taip, kad jie neprieštarautų vieni kitiems. Jei sprendimus dėl BPP priimtų valstybės narės, jos galėtų siekti savo interesų neatsižvelgdamos į kitų valstybių narių poreikius. Todėl, siekiant, kad būtų užtikrinti bendrieji EB narių interesai, BPP turi priklausyti išimtinai EB kompetencijai [3]. Teismo vertinimu faktas, kad finansinę naštą vykdyti įsipareigojimus dėl susitarimo turėtų ne EB, o valstybės narės, nebuvo itin reikšmingas.

BPP turinio aiškinimas atsižvelgiant į naujosios ekonominės santvarkos įsigalėjimą

Septintojo dešimtmečio pabaigoje prekybos liberalizavimas kaip vystymosi skatinimo priemonė ėmė prarasti savo populiarumą, ypač besivystančiose šalyse. 1964 m. įsteigta Jungtinių Tautų konferencija dėl prekybos ir vystymosi (JTKPV) propagavo ne laisvos prekybos, o palankiausios (arba preferencinės) prekybos modelį. Šis požiūris iš esmės skyrėsi nuo EB Sutarties koncepcijos. Klausimą, ar EB turi kompetenciją prisijungti prie JTKPV parengto susitarimo dėl natūraliu būdu išgaunamos gumos, Teismas nagrinėjo Nuomonėje 1/78 [4]. Teismas pripažino EB kompetenciją prisijungti prie šio susitarimo, nesureikšmindamas Sutartyje įtvirtintos laisvosios prekybos koncepcijos. Jis pabrėžė, kad apribojus EB galimybę dalyvauti naujai atsiradusiose tarptautinių prekybinių santykių formose EB netektų galimybės plėtoti nuoseklią prekybos politiką [4, paragr. 43] ir BPP prarastų prasmę [4, paragr. 44]. Be to, Teismo nuomone, išorinė prekyba turėjo būti plėtojama neapsiribojant tik muitų ar kiekybinių apribojimų administravimu, nes, viena, EB 133 str. kalbėta apie vienodais principais grindžiamą BPP, ir, antra, BPP sričių sąrašas nebuvo baigtinis [4, paragr. 45]. Tačiau šioje Nuomonėje, skirtingai nei Nuomonėje 1/75, Teismas nusprendė, kad finansinės naštos pasidalijimo klausimas dėl susitarimo įgyvendinimo turėtų įtakos sprendžiant dėl EB kompetencijos prie jo prisijungti [4, paragr. 60].

EB 133 str. turinį Teismas dar kartą pabrėžė 1986 m., kilus ginčui tarp Komisijos ir Tarybos dėl tinkamo teisinio pagrindo nustatyti bendrą preferencijų sistemą (BPS) [5]. BPS – tai vienašališka importo iš besivystančių šalių tarifų mažinimo sistema. Ją atsižvelgdama į JTKPV rekomendacijas EB išplėtojo jau aštuntajame dešimtmetyje, tačiau reglamentuose nebuvo įvardytas teisinis pagrindas, kuriuo remiantis jie buvo priimti. Komisijos vertinimu, tinkamas pagrindas buvo EB sutarties 133 str., todėl reglamentas turėjo būti priimtas kvalifikuota balsų dauguma. Palaikydamas Komisiją,

Teismas atkreipė dėmesį į JTKPV ir Bendrojo susitarimo dėl prekybos bei tarifų (BSPT) raidą ir į tai, kad ryšys tarp prekybos ir vystymosi, esant moderniems tarptautiniams santykiams, tapo progresyviai stipresnis. EB BPS sistema taip buvo išplėta, todėl vystymosi tikslai tapo reikšmingi besiplėtojantiems naujiems prekybiniams santykiams, jų sąvokai. Juolab kad į galimus prekybinių santykių sąvokos pokyčius apibrėžiant BPP priemonės ir turinį reikalauja atsižvelgti ir pats Sutarties tekstas [5, paragr. 19].

Siauro BPP aiškinimo etapas: EB kompetencija prisijungti prie PPO susitarimų

Devintojo dešimtmečio pabaiga ir dešimtojo pradžia pasižymėjo tuo, kad žlugo socialistinė sistema ir triumfavo laisvoji prekybos sistema. Susidarė palanki situacija tarptautiniu mastu suintensyvinti prekybinius santykius tarp valstybių. Šią tendenciją atspindėjo ketinimai pradėti Urugvajaus derybų etapą, kurio metu ir buvo susitarta dėl Pasaulio prekybos organizacijos steigimo bei dėl keleto susitarimų, kuriais buvo praplėstos valstybių bendradarbiavimo prekybinių santykių srityse ribos: buvo sudarytas bendrasis susitarimas dėl prekybos paslaugų, taip pat susitarimai dėl su prekyba susijusių investicinių priemonių bei su ja susijusių intelektinės nuosavybės priemonių. EVBO, o vėliau ir PPO pradėta kalbėti apie poreikį sudaryti daugiašalį susitarimą dėl investicijų apsaugos.

Besibaigiant deryboms natūraliai iškilo klausimas, ar teisę pasirašyti PPO susitarimus turėjo tik EB, ar ją išlaikė ir kiekviena valstybė narė. Pasieltas politinis kompromisas, kad susitarimus pasirašys tiek EB, tiek ir kiekviena valstybė narė. Situaciją kiek apsunkino Komisijos nesėkmingas mėginimas Maastrichto sutarties sudarymo metu praplėsti BPP minėtų sričių turinį [6, p. 157–95]. Vis dėlto jau aptarta Teismo praktika dėl BPP turinio aiškinimo buvo pagrindas argumentams, kad tik EB kompetentinga sudaryti šiuos susitarimus: Urugvajaus susitarimai aiškiai rodė, kad tarptautinė prekybos santykių samprata plėtėsi, taigi tam, kad EB išlaikytų galimybę veikti efektyviai šioje srityje, EB BPP samprata taip pat turėjo būti praplėsta. Skatinama tokių samprotavimų, Komisija kreipėsi į ETT prašydama pareikšti nuomonę šiuo klausimu [7]. Atsakydamas, Teismas aptarė savo ankstesnę praktiką, tačiau motyvuodamas faktinių aplinkybių skirtumu konstatavo, kad 133 str. suteikia kompetenciją EB prisijungti tik prie susitarimų, kuriais reglamentuoti prekybos prekėmis aspektai. Į 133 str. turinį nepateko nei prekyba paslaugomis, nei su prekyba susiję intelektinės nuosavybės aspektai.

Reikėtų atkreipti dėmesį į tai, kad trečioji iš BSPP susitarime numatytų paslaugų teikimo rūšių – paslaugų teikimas įsisteigus – realiai reiškė investicijas. Atitinkamai, jei prekyba paslaugomis būtų pripažinta BPP kompetencijos dalimi, valstybės būtų netekusios teisės sudarinėti tarptautinius susitarimus dėl užsienio investicijų apsaugos.

Nors šioje byloje Teismas vėl pabrėžė, kad aiškinant BPP reikia atsižvelgti į tarptautines tendencijas dėl

prekybinių santykių turinio, šįkart jis nusprendė aiškinti Sutartį sisteminiu būdu. Jo vertinimu, tai, kad Sutartyje įtvirtinti atskiri skyriai dėl laisvo fizinių ir juridinių asmenų judėjimo, rodė, jog šios sritys nepateko į BPP turinį [7, paragr. 42–46]. Atitinkamai, EB neturėjo išorinės kompetencijos sudaryti BSPP susitarimo.

Šios išvados buvo patvirtintos beveik tuo pačiu metu nagrinėtoje Nuomonėje 2/92 [8, paragr. 24–28], dėl kurios kreipėsi Belgija pusantrų metų prieš Komisijos klausimas dėl EB kompetencijos prisijungti prie EVBO susitarimo dėl užsienio įmonėms taikytino nacionalinio režimo. Susitarimu siekta reglamentuoti užsieniečių kontroliuojamų įmonių dalyvavimo valstybių narių ekonominiame gyvenime sąlygas. Panašiai kaip ir Nuomonėje 1/94 Teismas atkreipė dėmesį į tai, kad užsieniečių kontroliuojamų įmonių dalyvavimas vidaus rinkoje buvo reglamentuojamas Sutarties skyriuose dėl steigimosi ir paslaugų teikimo laisvių. Todėl susitarimas nepateko į BPP turinį.

Kad į 133 str. turinį užsienio investicijos nepatenka Teismas dar kartą patvirtino Byloje *Parlamentas v. Taryba* [9]. Byloje buvo iškilęs klausimas dėl Tarybos sprendimo plačiau taikyti viešojo pirkimo sąlygas JAV įmonėms, jį grindžiant tik EB sutarties 133 str. Teismas priminė, kad šis straipsnis apėmė tik paslaugų teikimą nekertant sienų, o ginčijamas sprendimas turėjo įtakos ir paslaugas teikiant įsisteigus bei per fizinius asmenis. Tačiau Tarybos sprendimai negalėjo būti grindžiami remiantis vien EB sutarties 133 str.

Apibendrinimas

Iš pradžių linkęs aiškinti BPP teleologiniu būdu ir raginęs daugiausia dėmesio skirti galimybėms ją įgyvendinti efektyviai, pastaruoju metu Teismas aiškina Sutartį sisteminiu būdu ir siaurai. Iš aptartų bylų matyti, kad Teismas nelinkęs BPP turiniui priskirti su užsienio investicijomis susijusių aspektų, t. y. susitarimų, kurie būtų turėję įtakos įmonių steigimosi sąlygoms, Teismas atsisakė juos pripažinti patenkančiais į BPP turinį. Tai reiškia, kad EB išorinė kompetencija dėl jų buvo neaiški. Teismo nuomone, vienintelė galimybė suprasti BPP plačiau – pakeisti atitinkamų Sutarties straipsnių tekstą. Atitinkamai, jei Reformų sutarties tekstas dėl BPP turinio ateityje įgytų galią, tai reikštų, kad EB turėtų išimtinę išorinę kompetenciją sudarinėti tarptautinius susitarimus dėl tiesioginių užsienio investicijų. Savo ruožtu tai kelia klausimą, koks likimas lauktų valstybių narių su trečiosiomis šalimis sudarytų sutarčių dėl užsienio investicijų apsaugos, ir ar atitinkamai EB išimtinėi kompetencijai priklausytų visas užsienio investicijų apsaugos sutarčių turinys: įsipareigojimas suteikti nacionalinį režimą, palankiausia trečiosios šalies režimą, ginčų sprendimo mechanizmai, įsipareigojimas užtikrinti sąžiningą ir teisingą elgesį, galimybės eksproprijuoti užsienio investicijas apribojimai ir kt.

B. EB NESUTEIKTA NUMANOMA IŠIMTINĖ KOMPETENCIJA SUDARYTI SUSITARIMUS DĖL STEIGIMOSI IR PASLAUGŲ TEIKIMO LAISVĖS

Kontekstas: paralelizmo principas

Aptarta Teismo praktika rodo, kad užsienio investicijos šiuo metu nesusijusios su aiškiai išreikšta išorine BPP. Tačiau Teismo praktikoje yra pripažinta, kad išorinė kompetencija gali būti ne tik aiškiai išreikšta – ji taip pat gali būti numanoma iš kitų EB Sutarties nuostatų bei antrinių teisės aktų, kurie galėtų būti priimami jomis remiantis [10, paragr. 13–16]. Todėl kai EB priima teisės aktą, reglamentuojantį bendrąją politiką, valstybės narės nebetenka galimybės savarankiškai priimti tiek vidaus teisės aktų, tiek ir sudarinėti tarptautinių sutarčių atitinkamu klausimu, jei toks teisinis reglamentavimas galėtų konkuruoti su EB teisiniu reglamentavimu. [11, paragr. 17, 22]. EB turėtų numanomą kompetenciją dalyvauti sudarant atitinkamą tarptautinį susitarimą, netgi jei Bendrijos teisės aktas atitinkamu klausimu dar nėra priimtas [12, paragr. 16–20; 11.] Vienas iš galimų EB išorinės kompetencijos pagrindų būtų atvejis, kai konkretų kompetencijos tikslą numato antrinis teisės aktas, o jam įgyvendinti būtina sudaryti tarptautinį susitarimą. Pavyzdžiui, Nuomonėje 1/76 Teismas sutiko, kad EB turi įgaliojimus įgyvendinti numanomą išorinę kompetenciją netgi tada, kai antrinis teisės aktas, detalizuojantis numanomą vidinę kompetenciją, yra tik rengiamas [11, paragr. 4]. Pagrindinis tokios išvados argumentas – EB išorinė kompetencija kyla ne iš antrinio teisės akto, o iš pačios Sutarties, įtvirtinančios kompetenciją veikti reglamentuojant valstybių narių tarpusavio santykius, tuo pačiu ir numanomą išorinę kompetenciją, jei ji būtina EB tikslams pasiekti [11]. Ši taisyklė dar žinoma kaip paralelizmo principas.

Paralelizmo principo ribos steigimosi ir paslaugų teikimo srityse

Šia doktrina dėl išimtinės EB kompetencijos sudaryti susitarimus dėl investicijų buvo remtasi du kartus: Nuomonėje 1/94 ir Nuomonėje 2/92. Abiem atvejais ja buvo remiamasi alternatyviai pagrindiniam argumentui dėl BPP turinio. Šio argumento esmė – BSPP susitarimo turinys atitinka EB vidaus kompetenciją, suteiktą straipsniuose dėl steigimosi bei paslaugų teikimo laisvių [7, paragr. 74], tad kompetencija sudaryti šį susitarimą kyla iš kompetencijos priimti vidaus teisės aktus. Atmesdamas šį argumentą, Teismas nurodė, kad netgi transporto srityje teisė priimti EB vidaus teisės aktus nesuteikia išimtinės išorinės kompetencijos. Ji tokia tampa tik tada, kai antrinis teisės aktas yra priimamas [7, paragr. 77]. Teismas taip pat pabrėžė transporto politiką reglamentuojančių Sutarties straipsnių, kuriais remiantis ir buvo suformuluota numanomų galių doktrina, ir straipsnių, reglamentuojančių steigimosi bei paslaugų teikimo laisves, teksto skirtumą: pastarieji neįtvirtina nuostatos „santykiai, kylantys iš tarptautinės teisės“. Todėl, Teismo vertinimu, Sutarties tikslas yra užtikrinti

steigimosi ir paslaugų teikimo laisves valstybių narių, ne trečiųjų šalių, piliečiams, o šias laisves reglamentuojantys straipsniai negali suteikti išimtinės kompetencijos EB sudaryti susitarimus šiais klausimais su trečiosiomis šalimis [7, paragr. 81].

Nuomone 1/76 pagrįstą argumentą, kad išimtinė kompetencijai konstatuoti nebūtina, jog EB jau būtų priėmusi antrinius teisės aktus, Teismas atmetė remdamasis šių bylų faktinių aplinkybių skirtumais. Pirmuoju atveju buvo siekiama reaguoti į ekonominę situaciją Reino ir Moselės baseinuose, ir užsibrėžtas tikslas nebūtų buvęs pasiektas be Šveicarijos dalyvavimo. Panašiai, siekiant išsaugoti žuvų išteklius, būtų neįmanoma pasiekti tikslo be trečiųjų šalių, su kuriomis ribojasi EB valstybių narių vandenys, dalyvavimo. Skirtingai nuo aptartųjų situacijų, valstybių narių piliečiams užtikrinamos paslaugų teikimo ir steigimosi laisvės susijusios su teisėmis, suteikiamomis trečiųjų šalių piliečiams ar EB šalių piliečiams trečiojoje šalyje [7, paragr. 86].

Pusmečiu vėliau priimtoje Nuomonėje 2/92 Teismas laikėsi tokios pačios pozicijos, nusprendęs, kad EB turi kompetenciją prisijungti prie EVBO susitarimo dėl nacionalinio režimo trečiųjų šalių piliečiams, tačiau tokia kompetencija nėra išimtinė [8, paragr. 6].

Apibendrinimas

Teismo praktika byloja, kad dauguma valstybių narių išlaiko kompetenciją reglamentuoti su investicijomis susijusias sritis, t. y. trečiųjų šalių piliečiams taikomas sąlygas dėl steigimosi ir paslaugų teikimo. EB galimybės pretenduoti į numanomą išimtinę išorinę kompetenciją šiais klausimais yra tiesiogiai sąlygotos šias sritis reglamentuojančių EB antrinių teisės aktų. Kol toks reglamentavimas nėra priimtas, EB turi teisę dalyvauti tarptautiniuose susitarimuose dėl kai kurių su užsienio investicijomis susijusių aspektų tik kartu su valstybėmis narėmis.

C. PREKYBOS IR INVESTICIJŲ TEISĖS KONVERGENCIJA – POREIKIS PRAPLĖSTI BPP TURINĮ

Esama padėtis dėl EB BPP kompetencijos didžiąja dalimi susiformavo dėl valstybių narių nenoro prarasti galimybę turėti įtakos savo ekonominei politikai, lemiančiai šiuolaikinius valstybių tarptautinius santykius. Tačiau galima spėti, kad dėl šiuo metu vis intensyvėjančios prekybos ir investicijų teisės konvergencijos ES valstybės privalės vienodai reglamentuoti užsienio investicijų apsaugą, ir suteikti kompetenciją dėl šios srities EB. Savo ruožtu tai galėtų tapti papildomu veiksmu atnaujinti derybas dėl daugiašalio susitarimo dėl investicijų.

Prekybos ir investicijų teisės konvergencijos tendenciją identifikavo prof. T. Wälde ir prof. T. Weiler [12] komentuodami arbitražo tribunolų sprendimus pagal Šiaurės Amerikos laisvosios prekybos susitarimą (NAFTA) dėl priimančių valstybių išpareigojimų investuotojams pažeidimo. Arbitražuose ginčytos priemonės buvo skirtos reguliuoti prekybai, ne užsienio inves-

ticijoms. Arbitražo tribunolai sutiko, kad jos turėjo įtakos investicijoms, ir todėl jas buvo galima vertinti dėl atitikimo valstybių išpareigojimams užtikrinti investicijų apsaugą. Autorių nuomone, šie NAFTA arbitražo sprendimai vertintini ne tik kaip autoritetingos nuomonės dėl ekspropriacijos sąvokos turinio, bet ir kaip naujas požiūris į situacijas, kurias paprastai galima būtų vertinti kaip laisvojo prekių judėjimo pažeidimus [12]. Paaškindami savo pastebėjimą, autoriai atkreipė dėmesį į tai, kad asmenys paprastai negali reikšti ieškinių valstybėms dėl laisvo prekių judėjimo, remdamiesi ES teise, tik nacionaliniai teismai gali teikti asmenų ieškinius valstybėms; dėl valstybės veiksmų, pažeidžiančių PPO teisę, į PPO ginčų sprendimo instituciją kreiptis gali tik kita valstybė. Investicijų reguliavimas šiuo aspektu gerokai skiriasi, nes daugybė dvišalių sutarčių, o energetikos sektoriuje netgi daugiašalė (Energos chartijos) sutartis investuotojams numato teisę pareikšti ieškinį valstybei, kuris būtų nagrinėjamas arbitraže. Prekybos ir investicijų teisės konvergencijos esmė – prekybą reguliuojančios priemonės gali turėti tiesioginę įtaką išpareigojimams pagal užsienio investicijų sutartis. Tačiau galimybė, kad pagal užsienio investicijų sutartis būtų suteikta efektyvesnė teisių apsauga (t. y. teise kreiptis ne į nacionalinius teismus, o į arbitražą) yra tiesioginė paskata investuotojams rinktis būtent užsienio investicijų apsaugos mechanizmą. Atitinkamai valstybių narių priemonės, kurių jos imasi, siekdamos įgyvendinti EB sutartimi prisiimtus išpareigojimus, gali pažeisti jų išpareigojimus pagal jų savarankiškai sudarytas dvišales sutartis dėl užsienio investicijų apsaugos. Ši tendencija pamažu ryškėja EB senųjų ir nuo 2004 m. priimtų valstybių narių santykiuose.

Dvišalių užsienio investicijų, sudarytų tarp ES valstybių narių, prieštaravimas jų išpareigojimams pagal EB sutartį

Europoje problema dėl tradicinės užsienio investicijų apsaugos sutarčių paskirties sampratos iki šiol nebuvo iškilusi. Vyrauja požiūris, kad šios sutartys yra sudarinėjamos, siekiant apsaugoti kapitalo judėjimą iš išsivysčiusių į mažiau išsivysčiusias valstybes. Iki 2004 m. plėtos etapo dvišalių investicijų apsaugos sutarčių, sudarytų tarp ES valstybių narių, praktiškai nebuvo. Nedidelė išimtis buvo Vokietijos sudarytos sutartys su Portugalija (1980 m. rugsėjo 16 d.) ir su Graikija (1961 m. kovo 27 d.), kuriomis investuotojai niekad taip ir nepasinaudojo. Situacija iš esmės pasikeitė po 2004 m., nes naujai įstojusios šalys turi nemažai tiek tarpusavyje, tiek su senosiomis valstybėmis narėmis sudarytų sutarčių. Pavyzdžiui, iš 26 ES kaimynių Lietuva šiuo metu nėra sudariusi sutarties dėl investicijų apsaugos tik su Lenkija, Airija ir Slovakija. Visos Lietuvos dvišalės investicijų apsaugos sutartys buvo sudarytos dar iki ES narystės. Išimtis šiuo atveju yra sutartis su Bulgarija, sudaryta 2005 m. pabaigoje. Taigi kyla klausimas, kaip ES valstybių narių tarpusavio išpareigojimai pagal šias sutartis atitinka jų išpareigojimus pagal EB sutartį.

Klausimas pirmą kartą iškilo investuotojui (cukraus kompanijai Eastern Sugar) pareiškus ieškinį Čekijai dėl

išpareigojimų pagal Čekijos ir Olandijos dvišalę investicijų apsaugos sutartį pažeidimo [14]. Investuotojas skundėsi dėl Čekijos sprendimų persikirstyti cukraus kvotas, priimtas Čekijai besirengiant narystei ES. Arbitražo tribunolas sutiko dėl to, kad investuotojo teisės buvo pažeistos ir nurodė Čekijai sumokėti 25,4 mln. Euro kompensaciją. Čekija mėgino ginčyti tribunolo jurisdikciją nagrinėti šį ginčą, teigdama, kad jai įstojus į ES didžiąją dalį išpareigojimų pagal dvišales investicijų sutartis su kitomis ES valstybėmis narėmis pakeitė išpareigojimai pagal EB sutartį. Tribunolas šį argumentą atmetė [14].

Panašaus pobūdžio ieškinių yra ir daugiau: toks ieškinys pareikštas Lenkijai (Cargill v. Lenkija); tokio ieškinio tikimybė buvo iškilusi ir Slovakijai [15]. Detaliau analizuoti jau esamus ieškinius praktiškai neįmanoma, nes didžioji dalis arbitražo sprendimų viešai neskelbiama: su tuo nelinkusios sutikti pačios valstybės.

Gausėjantys ieškiniai dėl tarp valstybių narių sudarytų dvišalių investicijų apsaugos sutarčių rodo, kad klausimas yra aktualus. Akivaizdu, kad naujosios ES valstybės narės tokio pobūdžio ieškinių nesitikėjo. Bent teoriškai galima spėti, kad valstybių narių veiksmai, kuriais būtų pažeidžiamos dvišalės investicijų sutartys, galėtų būti sąlygoti išpareigojimų, pagal EB sutartį. EB atsakomybė už investicijų teisės pažeidimus nekiltų, nepriklausomai nuo to, kad investuotojo teises pažeidžiantis sprendimas būtų priimtas pagal EB normas. Susidariusi situacija būtų panaši į komplikuoją ES atsakomybės už Žmogaus teisių ir pagrindinių laisvių konvencijos pažeidimus problemą, kurios praktinis sprendimas iki šiol yra kvestionuotinas [16].

Komisija rekomenduoja dvišales valstybių narių investicijų sutartis apskritai nutraukti. Teisinis argumentas tokiam veiksmui būtų išpareigojimas pagal EB sutarties 307 str. užtikrinti, kad sutartys, sudarytos prieš įstojant į ES, neprieštarautų išpareigojimams pagal EB sutartį. Tačiau, kad į šį klausimą būtų deramai atsakyta, būtina detalesnė išpareigojimų pagal EB Sutartį ir dvišales investicijų apsaugos sutartis analizė, kuri iki šiol nebuvo atlikta.

Valstybių narių dvišalių investicijų apsaugos sutarčių su trečiosiomis šalimis prieštaravimas šių šalių išpareigojimams pagal EB sutartį

Tai, kad prieštaravimo problema gali kilti ir dėl valstybių narių dvišalių investicijų apsaugos sutarčių su trečiosiomis šalimis, Komisija pastebėjo prieš 2004 m. plėtos etapą. Ji iškart pareiškė, kad, remiantis EB Sutarties 307 str. ir Stojimo sutarties 6.10 str., valstybės narės privalo užtikrinti, kad jų tarptautiniai išpareigojimai neprieštarautų išpareigojimams pagal EB sutartį. Todėl kiekviena šalis kandidatė turėjo imtis reikiamų priemonių pakeisti prieštaraujančius susitarimus ar jų galiojimą apskritai nutraukti [17]. Šalių kandidačių ir JAV susitarimų dėl investicijų apsaugos derybų atnaujinimą organizavo pati Komisija. Teisiškai neprivalomo pobūdžio visų šalių susitarimas buvo pasirašytas 2003 m. rugsėjo 22 d. [18]. Jame buvo numatytos investicijų apsaugos sritys, susijusios su ES teise, kurias buvo keti-

nama keisti: numatyta, kad šalys gali taikyti elgesio reikalavimus audiovizualiniame ir žemės ūkio sektoriuose; įvardyti jautrūs sektoriai, kuriuose buvo taikomos nacionalinio režimo išimtis; taip pat palankiausio trečiosios šalies režimo išimtis, kai privilegijos teikiamos dėl trečiosios šalies dalyvavimo muitų ar laisvosios prekybos susitarimuose. Galiausiai, į susitarimą buvo įtraukta nuostata dėl derybų atnaujinimo tuo atveju, jei to pareikalautų ES teisės pokyčiai [18]. Remiantis susitarimu buvo parengti JAV ir kiekvienos valstybės kandidatės dvišalių sutarčių protokolai. Buvo sudarytas ir JAV bei Lietuvos Respublikos šį susitarimą atitinkantis dvišalės investicijų apsaugos sutarties protokolai [19]. Tokio pat pobūdžio derybos vyko ir su kitomis valstybėmis.

Dėmesį į tai, kad ir senųjų valstybių narių sudarytos dvišalės užsienio investicijų apsaugos sutartys įtvirtino nuostatas, kurios galėjo prieštarauti jų įsipareigojimams pagal EB sutartį, minėtų derybų metu atkreipė JAV. Į tai reaguodama, 2004 m. Komisija pradėjo EB sutarties 226 str. procedūrą prieš Daniją, Austriją, Suomiją ir Švediją dėl EB sutarties 307 str. pažeidimo [20]. Byla vis dar nagrinėjama. Komisija ginčija, kad kai kurios šių valstybių investicijų apsaugos sutarčių, sudarytų su trečiosiomis šalimis, nuostatos prieštarauja jų įsipareigojimams pagal EB sutartį. Teigiama, kad įsipareigojimas pagal dvišalės investicijų apsaugos sutartį užtikrinti laisvą pelno ir investicijų repatriaciją į investicijų kilmės šalis nesuderinamas su EB sutartyje numatytais sąlygomis, nes investicijų apsaugos sutartyse dažniausiai nenumatytos išimtis iš laisvo kapitalo judėjimo reglamentavimo, o EB sutarties 59 str. išimtinėmis aplinkybėmis numato teisę Tarybai imtis kapitalą ribojančių priemonių. Be to, 57 str. 2 d. suteikia galimybės Tarybai nustatyti susijusias su tiesioginėmis užsienio investicijomis priemones dėl kapitalo judėjimo į trečiąsias šalis ir iš jų. Sutarties 301 str. numato galimybę Tarybai imtis skubių būtinų priemonių visiškai nutraukti arba apriboti ekonominius santykius su trečiosiomis šalimis. Ieškinio reikšmė yra ta, kad EB sutartis įpareigoja valstybes nars susidarius tokio pobūdžio situacijai vykdyti Tarybos sprendimą. Ši pareiga turėtų viršenybę prieš kitus tarptautinius įsipareigojimus, įskaitant ir dvišalės investicijų apsaugos sutartį. Tačiau EB sutartis nekuria pareigų trečiosioms šalims. Todėl valstybės narės mėginimas pateisinti dvišalės investicijų sutarties nesilaikymą EB sutartimi būtų atmetas remiantis taisykle, kad negalima remtis vidaus teisės norma, siekiant pateisinti tarptautinio įsipareigojimo nesilaikymą. Tuo remdamasi Komisija ginčija, kad dvišalėse užsienio investicijų apsaugos sutartyse nenumačius galimybės taikyti išimtis dėl laisvo kapitalo judėjimo, valstybės narės pažeidė savo įsipareigojimą pagal EB sutarties 307 str.

Šiame ieškinyje net keturios valstybės narės (Vengrija, Vokietija ir Suomija bei Lietuva) stoji atsakovo (Švedijos) pusėje. Lietuvos Respublika ginčija, kad ginčas nepriimtinas nagrinėti, nes yra hipotetinis. Tačiau net jei ginčas būtų priimtinas nagrinėti, Lietuvos vertinimu, Komisijos ieškynys netenkintinas, nes reikalavimas pašalinti potencialius nesuderinamumus yra neproporcingas: sudarydamos dvišalės investicijų apsau-

gos sutartis su trečiosiomis šalimis, valstybės narės veikia pagal savo kompetenciją ir prisideda prie EB sutarties 56 str. tikslų [21]. Kita vertus, Čekija nepareiškė noro dalyvauti procese, nors yra seniai paskelbusi apie savo ketinimą pakeisti apie keturiasdešimt šiuo metu galiojančių dvišalių investicijų apsaugos sutarčių su trečiosiomis valstybėmis [22].

Aptartas Komisijos ieškynys kelia nemažai naujų klausimų. Pavyzdžiui, jei Teismas pripažintų pažeidimą šiose bylose, minėtos nuostatos dėl laisvo kapitalo judėjimo turėtų būti aiškinamos kaip suteikiančios EB kompetenciją sudarinėti susitarimus su trečiosiomis valstybėmis; tad valstybei narei sudarinėjant dvišalę sutartį su trečiąja šalimi, teisę pasirašyti tokį susitarimą turėtų ir EB. Neįmanoma nesutikti su prieštaraujančiomis valstybėmis, kad atnaujinti derybas dėl visų investicijų sutarčių būtų labai sunku. Tačiau vien šis argumentas vargu ar yra pakankamas įrodyti Komisijos ieškinio nepagrįstumą. Geriausiu atveju jis galėtų įtikinti Teismą apriboti savo sprendimo grįžtamąją galią.

Kita vertus, sudėtingumo argumentas galėtų paskatinti valstybes pasukti nuo dvišalio užsienio investicijų apsaugos reguliavimo link daugiašalio susitarimo dėl investicijų apsaugos, dėl kurio susitarti iki šiol nepavyko. Daugiašaliu susitarimu, kuriame dalyvautų ne EB valstybės, o Komisija EB vardu, būtų išvengta teisinės painiavos. Tokio susitarimo efektyvumas, atsižvelgiant į Europos rinkos mastą, būtų nepalyginti didesnis nei dvišalių susitarimų, be to, tikėtina, tai sutaupyti Europos valstybių deryboms skiriamų lėšų. Reformų sutartimi tiesioginės užsienio investicijos yra įtrauktos į EB sutarties 133 str., todėl jai įsigaliojus EB neabejotinai taptų kompetentinga sudaryti susitarimus dėl užsienio investicijų apsaugos (žinoma, su sąlyga, kad daugiašalis susitarimas neapimtų „portfelinių“ investicijų). Daugiašalis susitarimas dėl užsienio investicijų apsaugos, be abejonės, atitiktų naujųjų valstybių narių interesus, nes visos EB valstybių galimybė turėti įtakos deryboms yra nepalyginamai didesnė nei bet kurios iš jų atskirai. Taigi EB sudaryti prekybos ir investicijų susitarimai galėtų paskatinti tiek užsienio investicijas į EB nars, tiek ir EB valstybių narių užsienio investicijas į trečiąsias šalis. Tačiau kol toks susitarimas nesudarytas, naujosios ES valstybės narės neturėtų skubėti denonsuoti savo sudarytas dvišalės užsienio investicijų apsaugos sutartis: tai galėtų turėti neigiamos įtakos užsienio investicijų srautams į jas.

IŠVADOS

Iki šiol ETT praktika rodė, kad EB neturi išimtinės išorinės kompetencijos steigimosi ir paslaugų teikimo bei užsienio investicijų apsaugos srityse. Pastaruoju metu imama suprasti, kad tikėtinas prieštaravimas tarp valstybių narių sudarytų dvišalių užsienio investicijų apsaugos sutarčių ir EB sutarties. Šiai tendencijai, dar vadinamai prekybos ir investicijų teisės konvergencija, plintant ir Europoje, vis didėja Europos valstybių poreikis derinti prekybos ir investicijų reguliavimą. Jau Sutartimi dėl Konstitucijos Europai susitarta praplėsti BPP

turinį, įtraukiant tiesioginių užsienio investicijų politiką. Ši nuostata išliko ir Reformų sutartyje. Kol kas neatsakyta į klausimą, kokias pasekmes šis pakeitimas turės valstybių narių tarpusavio ir su trečiosiomis valstybėmis sudarytoms dvišalėms investicijų apsaugos sutartims. Tam būtini detalesni tyrimai. Tačiau jau dabar galima teigti, kad Europoje ir Šiaurės Amerikoje, t.y. tradicinėse kapitalą eksportuojančiose valstybėse, ryškėjanti prekybos ir užsienio investicijų apsaugos teisės konvergencija gali tapti papildomu veiksnium, paskatinsiančiu valstybes dvišalį užsienio investicijų apsaugos reglamentavimą pakeisti daugiašaliu susitarimu dėl investicijų.

ŠALTINIŲ SĄRAŠAS

- Eeckhout P., *External Relations of the European Union. Legal and Constitutional Foundations* (Oxford University Press: 2004).
- ETT nuomonė 8/73 *Hauptzollamt Bremerhaven v. Massey-Ferguson* [1973] ECR 897.
- ETT nuomonė 1/75 *re Understanding on a Local Cost Standard* [1975] ECR 1355.
- ETT nuomonė 1/78 *re International Agreement on Natural Rubber* [1979] ECR 2871.
- ETT byla 45/86, *Commission v. Council* [1987] ECR 1493.
- Maresceau M., 'The Concept "Common Commercial Policy" and the Difficult Road to Maastricht', in M.Maresceau (ed.), *The European Community's Commercial Policy after 1992: The Legal Dimension* (Martinus Nijhoff, 1993).
- ETT nuomonė 1/94 *re WTO Agreement* [1994] ECR I-5267, 5283.
- ETT nuomonė 2/92 *re Third Revised Decision of the OECD on national treatment* [1995] ECR I-521.
- ETT Byla C-360/93 *Parliament v. Council* [1996] ECR I-1195.
- ETT Byla 22/70, *Commission v. Council (ERTA)*, [1971] ECR 263.
- ETT nuomonė 1/76, 'Draft Agreement establishing a European laying-up fund for inland waterway vessels' [1977] ECR 741.
- Jungtinės bylos 3, 4 ir 6/76, *Kramer* [1976] ECR 1279.
- Waelde, T.; Weiler T. *Investment Arbitration under the Energy Charter Treaty in the light of new NAFTA Precedents: Towards a Global Code of Conduct for Economic Regulation* /In: *Investment treaties and arbitration ASA Swiss Arbitration Association Conference in Zurich of January 25, 2002* : presentations / ed. by Gabrielle Kaufmann-Kohler and Blaise Stucki (2002).
- Byla *Eastern Sugar v. Czech Republic*, 2007 m. kovo 27 d. sprendimas, paskelbtas <<http://ita.law.uvic.ca>> [žiūrėta 2007-11-09]. Aptartas Peterson L., Vis-Dunbar D., *Czech Republic loses BIT arbitration to sugar firm challenging quota allocation*, *Investment Treaty News*, April 13, 2007.
- Vis-Dunbar D., *Austrian investors eye arbitration with Slovakia over failed airport deal*, *Investment Treaty News*, November 24, 2006.
- Peers S., *Bosphorus. Limited Responsibility of European Union member states for actions within the scope of Community law. Judgment of 30 June 2005, Bosphorus Airways v. Ireland, Application No. 45036/98*, *European Constitutional Law Review*, 2: 443-455, 2006.
- Mrs. Françoise Le Bail, *Director DG Trade, Trade and investment with an enlarged EU Speech delivered on 2 July 2003*, paskelbta <<http://ec.europa.eu/trade/>> [žiūrėta 2007-11-09].
- Understanding Concerning Certain U.S. Bilateral Investment Treaties, signed by the U.S., the European Commission, and acceding and candidate countries for accession to the European Union, concluded on September 22, 2003.
- 1998 m. sausio 14 d. Lietuvos Respublikos Vyriausybės ir Jungtinių Amerikos Valstijų Vyriausybės sutarties dėl investicijų skatinimo ir abipusės apsaugos papildomas protokolas. *Valstybės žinios*. 2004, Nr. 77-2669.
- Byla 205/06, *Komisija prieš Austriją*, Byla 249/06 *Komisija prieš Švediją*, Byla 118/07, *Komisija v. Suomiją* (sprendimai dar nėra priimti).
- Europos Teisės Departamentas. „Komisijos keliamas Austrijos sutarčių nesuderinamumas su EB sutarties nuostatomis dėl laisvo kapitalo judėjimo yra hipotetinis“. Byla C-205/06 [žiūrėta 2007-08-28].
- Peterson, L. *Czech Republic pursues shake-up of its bilateral investment treaties*, *Investment Treaty News (ITN)*, Nov. 21, 2005.

EC COMPETENCE GOVERNING FOREIGN INVESTMENT: TOWARDS A MULTILATERAL AGREEMENT ON INVESTMENT?

Loreta Šaltinytė *
Mykolas Romeris University

Summary

Although the Treaty of European Communities does not provide for a concept of "foreign investment", their economic impact on trade is sufficient to argue that foreign investment should fall under the scope of common commercial policy of the European Communities. Unfortunately, although the ECJ supported the wide interpretation of the common commercial policy in its early practice, since 1994 it tends to interpret the concept narrowly. While doing so, it tends to emphasize the importance of the structure and text of the EC treaty. On two occasions – in opinion 1/94 and 2/92 the Court has declared that the right of establishment and free movement of services do not fall under the scope of common commercial policy. The Court also declined that the exclusive EC competence to act in these areas could be implied. During the process of accession of 2004 new aspects of bilateral investment treaties concluded by member states were identified which could run counter to the member states' obligations under the EC treaty. This could provide further support to an idea that the EC external competence in the area of foreign investment might be wider than viewed so far. The trend might be identified as a convergence of trade law and investment law. It encourages member states to ensure that their foreign investment protection treaties are in line with their trade law obligations. This trend might be a factor encouraging the member states to agree on a multinational agreement on foreign investment.

Keywords: EC external competence, bilateral investment treaties, EC common commercial policy, new international economic order.

* Ph.D. candidate at Mykolas Romeris University, Faculty of Law, Department of European Union Law.