

MYKOLO ROMERIO UNIVERSITETO
TEISĖS FAKULTETO
TARPTAUTINĖS TEISĖS KATEDRA

RENATA REKEŠIŪTĖ
TARPTAUTINĖS TEISĖS PROGRAMA

**INVESTUOTOJO SAŲOKA IR TEISIŲ APSAUGOS MECHANIZMAS
ŠIUOLAIKINĖJE TARPTAUTINĖJE TEISĖJE**

Magistro baigiamasis darbas

Darbo vadovas-
lekt. A. Mamontovas
.....
(parašas)

Vilnius, 2007

TURINYS

ĮVADAS	3
DARBE NAUDOJAMI SUTRUMPINIMAI	6
1. INVESTAVIMO SUBJEKTAI	8
1.1. Investuotojo sąvoka dvišalėse ir daugiašalėse investicijų skatinimo sutartyse	11
1.1.1 Fiziniai asmenys, kaip užsienio investuotojai.....	11
1.1.2. Juridiniai asmenys kaip užsienio investuotojai.....	14
1.2. Investuotojo sąvoka Tarptautinio investicinių ginčų sprendimo centro jurisprudencijoje	20
1.3. Kiti investuotojo definicijos aspektai.....	25
2. INVESTUOTOJŲ TEISIŲ APSAUGOS MECHANIZMAI	28
2.1. Diplomatinė užsienio investuotojų gynyba.....	29
2.1.1. Diplomatinės gynybos samprata	29
2.1.2. Diplomatinės gynybos normų kodifikavimas ir vystymas Tarptautinės Teisės Komisijos rėmuose.....	32
2.2. Investuotojų teisių gynyba Europos žmogaus teisių teisme	36
2.3. Investuotojų teisių gynyba tarptautiniuose arbitražuose.....	39
2.4. Investuotojų teisių gynyba ICSID.....	41
2.4.1. ICSID sukūrimo prielaidos	41
2.4.2 Ginčų sprendimo ICSID procedūros.....	43
2.4.3. Dvišalių investicijų skatinimo ir abipusės jų apsaugos sutarčių svarba sprendžiant ginčus ICSID	48
3. SKIRTINGŲ INVESTUOTOJŲ TEISIŲ APSAUGOS MECHANIZMŲ PALYGINIMAS	51
IŠVADOS	55
LITERATŪROS SĄRAŠAS:	56
SANTRAUKA	66
SUMMARY	68

IVADAS

Temos problematika ir aktualumas. Fiziniai asmenys ir korporacijos tarptautinėje viešojoje teisėje nėra laikomi subjektais, taigi ir savo pažeistų teisių tarptautinėse institucijose ginti negali (dalinį subjektiškumą asmenys įgyja tik žmogaus teisių srityje). Jei valstybė pažeidžia užsienio piliečių/įmonių teises, vienintelis būdas pagal paprotinę tarptautinę teisę jas apginti yra pilietybės valstybės diplomatinė gynyba. Tačiau sparčiai besivystanti tarptautinė investicijų teisė, laikoma tarptautinės viešosios ir tarptautinės privatinės teisės hibridu, investuotojams (tiek fiziniams asmenims, tiek korporacijoms) sudaro galimybes apginti savo pažeistas teises, patiems paduodant skundus prieš valstybes. Tokiu būdu spartaus tarptautinės investicijų teisės vystymosi dėka, ir ypač dvišalių investicijų skatinimo ir abipusės jų apsaugos sutarčių, *angl. Bilateral Investment Treaties* (toliau –BIT) dėka yra sukuriami nauji investuotojų teisių gynimo mechanizmai. Šio magistrinio darbo tikslas ir bus išanalizuoti šiuolaikinės tarptautinės teisės sukurtus investuotojų teisių apsaugos mechanizmus.

Temos aktualumas išryškėja atsižvelgiant į šias aplinkybes: Lietuvos piliečiai kasmet vis daugiau investuoja į kitas valstybes. Palyginus Statistikos departamento tyrimų “Tiesioginės užsienio investicijos Lietuvoje” kelių pastarųjų metų duomenis, matyti, kad nuo 2002-ųjų metų iki šiol Lietuvos tiesioginės investicijos užsienyje padidėjo dvigubai ir pernai siekė apie 344 milijonus litų¹; ypač daug investuojama į tokias valstybes, kuriose investicijų rizika yra gana didelė (Ukraina, Rusija, Baltarusija); Lietuva per pastaruosius 16 metų pasirašė 44 BIT ir numatyta jų pasirašyti dar daugiau²; todėl investuotojui yra nepaprastai svarbu suprasti naudą tų teisių, kurias garantuoja BIT bei kiti tarptautiniai susitarimai, žinoti institucijas ir mechanizmus, kurie yra sukurti toms teisėms apginti.

Tarptautinė investicijų teisė sparčiai vystosi tik BIT ir tarptautinių tribunolų, kuriuose investuotojai patys gali apginti savo teises, paduodami skundą prieš kitą valstybę, dėka. Straipsnių ir monografijų šia tema užsienio kalbomis netrūksta, tačiau Lietuvoje teisiniai užsienio investicijų apsaugos klausimai yra mažai nagrinėti. Kai kurie aspektai paminėti Kazimiero Valančiaus vadovėlyje “Investicijų teisė”³, Romualdo Ginevičiaus “Eksporto ir

¹ Tiesioginės užsienio investicijos Lietuvoje 2006 01 01// Statistikos departamento biuletenis. -Vilnius, 2006 http://www.stat.gov.lt/lt/catalog/list/?cat_y=1&cat_id=2,18,22 prisijungimo laikas 2007.03.15.

² Vyksta dvišalės derybos su Adžerbaidžanu ir Tadžikistanu dėl dvišalės investicijų skatinimo ir abipusės jų apsaugos pasirašymo, pagal LR modelį (URM informacija)

³ Valančius K., Investicijų teisė. Užsienio investicijų teisinio reguliavimo raida Lietuvos Respublikoje (1990 – 2004). - Vilnius: Eugrimas, 2005. P. 632.

investicijų plėtra”⁴, Gitano Kancerevyčiaus „Finansai ir investicijos“⁵. Užsienio investicijos į Lietuvos ekonomiką kasmet auga, Lietuvos piliečiai patys vis daugiau investuoja savo kapitalą į užsienio valstybes, tačiau žinių investicijų apsaugos klausimu, nėra pakankamai. Mūsų manymu, tokios žinios yra būtinos, kad tiek valstybė žinotų kokius įsipareigojimus ji prisiima pasirašydama BIT, tiek investuotojai žinotų kokias galimybes jiems suteikia tarptautinė investicijų teisė jų investicijoms apsaugoti ir pažeistoms teisėms ginti.

Problemos formulavimas, tyrimo objekto ir dalyko nustatymas. Problema

Tarptautinė investicijų teisė yra “neseniai susiformavusi nauja teisės šaka”⁶, jai postūmį davė XX amžiuje atsikūrusios ar naujai susiformavusios valstybės. Dalis šių valstybių perėjo iš planinės ekonomikos į rinkos ekonomiką. Tam, kad pagreintų savo ekonomikos augimą, šios valstybės, ėmėsi pertvarkyti savo politiką užsienio investicijų klausimu, vyriausybės ėmėsi visų teisinių priemonių, kad sukurtų palankų teisinį klimatą užsienio investuotojams.

Skverbimosi į užsienio rinkas būdai yra skirstomi į tris grupes: “tai būdai susiję su tarptautine prekyba (eksportu arba importu), su veikla pagal sutartis (licencijavimo, frančizės, valdymo, etc.) ir vadinamieji investiciniai būdai.”⁷ Šiame darbe bus analizuojami bei palyginami teisiniai investicijų apsaugos būdai/mechanizmai, kuriuos šiuolaikinė tarptautinė teisė suteikia užsienio investuotojams.

Tam, kad išsivysčiusių valstybių verslininkai sutiktų savo kapitalą investuoti į naujai susikūrusias valstybes, kuriose politinė ir ekonominė situacija dažnai esti nestabili, jiems reikia sukurti palankias investavimo sąlygas. Investuotojai ateidami į naujas rinkas, nori būti užtikrinti, kad jų investicijos bus saugios. Tokiam saugumo jausmui užtikrinti, valstybės XX a. pabaigoje ypač dažnai naudojos tarptautinėmis, dažniausiai dvišalėmis, investicijų skatinimo ir abipusės jų apsaugos sutartimis.

Daugelio autorių nuomone, šios sutartys buvo tarsi atsakas į bendrosios tarptautinės teisės spragą – tarptautinė paprotinė teisė, kaip minėta, yra sukūrusi tik vieną mechanizmą investuotojo teisėms ginti, t.y. diplomatinę gynybą ir šis mechanizmas nesuteikia teisės pačiam investuotojui ginti savo pažeistų teisių tarptautiniuose tribunoluose. Taigi investuotojas lieka priklausomas nuo savo pilietybės valstybės valios. Kaip rašo J. Collier ir V. Lowe, “Vis

⁴Ginevičius R. Eksporto ir investicijų plėtra Lietuvoje : [monografija] Vilniaus Gedimino technikos universitetas. Vilnius : Technika, 2005. P. 363.

⁵ Kancerevyčius G. Finansai ir investicijos. -Kaunas:“Smaltijos“ 1-kl, 2006.P 864.

⁶ И.З. Фархутдинов Международное инвестиционное право.- Москва: Волтерс Клувер, 2005 с.4

⁷ Žukauskas P. Kompanijų veiklos internacionalizacija: teorija ir praktika: monografija// Kaunas : Vytauto Didžiojo universiteto leidykla, 2006 P. 214.

daugiau lieka nuošalyje klasikinės diplomatinės gynybos procedūros, nes korporacijos ir fiziniai asmenys kaip savarankiškos šalys bylinėjasi su valstybėmis tarptautiniuose tribunoluose.”⁸

Lietuva per nepriklausomybės laikotarpį jau sudarė 44 BIT, tačiau mokslinėje literatūroje daugiausiai dėmesio skiriama investicijų skatinimo politikai ir strategijai, o investuotojų teisių apsaugos klausimai paliekami nuošalyje. K. Valančius, VGTU docentas, savo straipsniuose ir vadovėlyje “Investicijų teisė” yra aptaręs užsienio investicijų teisinį reguliavimą Lietuvoje, tačiau dėmesio investuotojų teisių apsaugai taip pat nėra pakankamai išskirta. Visai neseniai (2005 metais) pasirodė ir vienas pirmųjų vadovėlių rusų kalba, skirtas investicijų teisei, И.З. Фархутдинов „Международное инвестиционное право“⁹. Tuo tarpu, kitose pasaulio valstybėse tarptautinei investicijų teisei yra skiriama pakankamai daug dėmesio, ypač Amerikoje, Didžiojoje Britanijoje, Kanadoje, Singapūre.

Pagrindinė problema, kurią galima išskirti literatūroje šia tema - tai **universalios investuotojo definicijos nebuvimas** – tiek dvišalės, tiek daugiašalės tarptautinės sutartys ne visuomet laikosi tokio paties „investuotojo” apibrėžimo. Kada nėra aišku, kokiais kriterijais vadovaujantis yra apibrėžiama užsienio investuotojo sąvoka, tampa sunku nustatyti, ar konkretus asmuo (įmonė ar fizinis asmuo) laikomas investuotoju ir ar jam taikomos BIT garantijos.

Pagrindinę problemine situacija, papildo ir kita problema - tai valstybių **nesugebėjimas susitarti dėl daugiašalės sutarties** (angl.- *multilateral treaty system*) šioje srityje. Kaip bus matyti iš atlikto tyrimo, skirtingų valstybių nesutarimai dėl pagrindinių sąvokų yra viena pagrindinių priežasčių, kodėl iki šiol investicijų apsauga ir skatinimas tarp valstybių yra reglamentuojamas dvišalių susitarimų forma.

Tyrimo objektas - tarptautinė investicijų apsauga. Tam, kad išsamiai būtų atskleisti tarptautinės investicijų apsaugos mechanizmai, pirmiausia reikia apibrėžti subjektus, kuriems ta apsauga taikoma, todėl šis darbas susideda iš investavimo subjektų definicijos tyrimo ir jų teisių apsaugos mechanizmų analizės.

Tyrimo dalykas: Materialinė investicijų teisės dalis - investuotojo sąvoka: siaurasis ir platusis investuotojo sąvokos apibrėžimas dvišalėje ir daugiašalėje investicijų skatinimo sutartyse. Procesinė investicijų teisės dalis – galimi investuotojų teisių apsaugos mechanizmai: diplomatinė gynyba, Europos žmogaus teisių teismas, *ad hoc* arbitražas pagal UNCITRAL taisykles, Tarptautinis investicinių ginčų sprendimo centras (ICSID).

⁸ Collier J., Lowe V. Ginčų sprendimas tarptautinėje teisėje: institucijos ir procedūros.- Vilnius: Eugrimas, 2002 P.453.

⁹ И.З. Фархутдинов Международное инвестиционное право. Москва: Волтерс Клувер, 2005. С. 404.

Tyrimo tikslas: atskleisti kas yra laikoma investuotojais bei kokie investuotojų teisių apsaugos mechanizmai yra sukurti šiuolaikinėje tarptautinėje teisėje.

Tyrimo uždaviniai:

1. Išanalizuoti teisinę literatūrą ir įvertinti pagrindines teises rizikas, kurios kyla investuojant į užsienio valstybes.
2. Išanalizuoti dvišales bei daugiašales investicijų apsaugos sutartis ir nustatyti, kas yra laikoma investuotoju.
3. Išanalizuoti tarptautinius daugiašalius ir dvišalius valstybių susitarimus užsienio investicijų apsaugos klausimu ir nustatyti, kokius investuotojų teisių gynbos mechanizmus juose numato valstybės bei juos palyginti.

Tyrimo hipotezių iškelimas

Atsižvelgiant į darbo tikslą ir iškeltus uždavinius, formuluojama tokia hipotezė:

Pasaulio Banko sukurtas mechanizmas – tiesioginis investuotojo ir valstybės ginčo sprendimas ICSID, besiremiantis dvišalėmis investicijų skatinimo sutartimis, yra palankiausias būdas investuotojo teisių apsaugai.

Tyrimo metodai

Kad būtų pasiektas tyrimo tikslas, naudoti įvairūs moksliniai tyrimo metodai, kurių pagrindiniai buvo dokumentų analizės bei lyginimo. Pagalbiniai – lingvistinis, istorinis, dedukcinis. Tarptautiniai ir dvišaliai tarpvalstybiniai susitarimai tiriami dokumentų analizės būdu, siekiant nustatyti juose užfiksuotus investicijų apsaugos mechanizmus; norint išaiškinti efektyviausią būdą investuotojų teisių apsaugai, bus naudojamas lyginimo metodas; dokumentų analizės bei dedukcijos metodų pagalba bus tiriamos bylos, kuriose sprendžiami investiciniai ginčai.

Darbo etapai

Šis darbas susideda iš įvado, dviejų skyrių ir išvadų. Pirmasis skyrius “Investavimo subjektai” skirtas investuotojo definicijos analizei. Antrasis - investuotojų apsaugos priemonių/mechanizmų šiuolaikinėje tarptautinėje teisėje analizei, bei palyginimui. Galiausiai pateikiamos išvados.

DARBE NAUDOJAMI SUTRUMPINIMAI

BIT – dvišalė investicijų skatinimo ir jų abipusės apsaugos sutartis

EŽTT- Europos žmogaus teisių teismas

EŽTK- 1950 m. Europos žmogaus teisių ir pagrindinių laisvių apsaugos konvencija
ICSID arba *Centras*– Tarptautinis investicinių ginčų sprendimo centras Vašingtone
Niujorko konvencija- 1958 m. Niujorko konvencija dėl užsienio arbitražų sprendimų
pripažinimo ir vykdymo.
Vašingtono konvencija arba *Konvencija* - 1965 m. Vašingtono konvencija dėl valstybių ir kitų
valstybių fizinių bei juridinių asmenų investicinių ginčų sprendimo

1. INVESTAVIMO SUBJEKTAI

Pradedant analizuoti, kokie šiuolaikinėje tarptautinėje teisėje yra galimi investuotojų apsaugos mechanizmai, svarbu išsiaiškinti, kas yra laikoma investavimo subjektais.

Šioje magistro darbo dalyje bus aptariama sąvoka „investuotojas“ - viena iš esminių definicijų, be kurios neapseina nei viena dvišalė ar daugiašalė¹⁰ investicijų skatinimo ir apsaugos sutartis.

Vienintelė universalus pobūdžio sutartis investicijų apsaugos klausimu yra 1965 metų Vašingtono konvencija dėl valstybių ir kitų valstybių fizinių bei juridinių asmenų investicinių ginčų¹¹ sprendimo. Šioje konvencijoje investuotojo definicija pateikiama 25 straipsnyje, apibrėžiant susitariančiųjų valstybių fizinio ir juridinio asmens sąvokas:

1. *“Centras turi teisę spręsti bet kokią tiesiogiai su investicijomis susijusį teisinį ginčą, kylantį tarp vienos Susitariančiosios valstybės (...) ir kitos Susitariančiosios valstybės fizinio ar juridinio asmens, jeigu šalys raštu sutinka perduoti jį spręsti Centrai.*
2. *Kitos Susitariančiosios Valstybės fizinis ar juridinis asmuo yra:*
 - a) *kiekvienas fizinis asmuo, (...) turėjęs Susitariančiosios Valstybės, nesančios to ginčo šalimi, pilietybę, (...); ir*
 - b) *kiekvienas juridinis asmuo, (...) buvęs Susitariančiosios Valstybės, nesančios ginčo šalimi, nacionaliniu subjektu, (...).*

Nors 1965 m. Vašingtono konvencijoje dėl valstybių ir kitų valstybių fizinių bei juridinių asmenų investicinių ginčų sprendimo “investuotojo” sąvoka yra apibrėžta, tačiau nėra “investicijų”¹² definicijos. Investuotojo ir investicijų sąvokos yra glaudžiai susijusios, kadangi,

¹⁰ Šioje srityje nėra pasirašyta universalių daugiašalių sutarčių, yra tik kelios regioninės sutartys tokios kaip Energetikos Chartijos sutartis, Šiaurės Amerikos laisvos prekybos (NAFTA) sutartis, Centrinės Amerikos laisvos prekybos sutartis, 1997 m. Europos konvencija dėl investuotojo teisių apsaugos. Regioninės organizacijos tokios kaip Europos Sąjunga, BIMSTEC- Bangladešo, Indijos, Mainmario, Šri Lankos ir Tailando ekonomikos susivienijimas, Pietų Azijos regioninio bendradarbiavimo asociacija, taip pat rūpinasi investavimo sąlygų gerinimu bei investicijų šiuose regionuose apsauga.

¹¹ Šiame darbe sąvoka „investiciniai ginčai“ naudojama siekiant apibrėžti privataus investuotojo ir investicijas priimančios valstybės ginčus.

¹² **Investicija** (angl. *investment*) – pagal tarptautinių žodžių žodyną, turi dvi reikšmes: 1- išlaidos, patirtos perkant finansinius vertybinius popierius; 2- kapitaliniai įdėjimai, perkant materialųjį turtą. Pagal Lietuvos Respublikos galiojančių investicijų įstatymą, investicijos - tai piniginės lėšos ir įstatymais bei kitais teisės aktais nustatyta tvarka įvertintas materialusis, nematerialusis ir finansinis turtas, kuris investuojamas siekiant iš investavimo objekto gauti pelno (pajamų), socialinį rezultatą (švietimo, kultūros, mokslo, sveikatos ir socialinės apsaugos bei kitose panašiose srityse) arba užtikrinti valstybės funkcijų įgyvendinimą. K. Valančius, analizavo investicijų teisės raidą Lietuvoje. Apibendrinęs įvairių šalių investicijų apibrėžimus teigia, kad įvairiose tarptautinėse sutartyse, taip pat ir įvairių šalių įstatymuose užsienio investicijų sąvoka apibrėžiama nevienodai, nors pagrindiniai šios sąvokos

paprastai žiūrint, investuotojas yra asmuo, kuriam tos investicijos priklauso. Todėl Konvencijos rengėjų pasirinkimas neįtraukti į jos tekstą vieno iš esminių apibrėžimų apunkina ir kito apibrėžimo taikymą. Pasaulio Banko vykdančiųjų direktorių (angl.- *Executive Directors*) ataskaitoje dėl 1965 metų Konvencijos¹³ rašoma, kad “nebuvo mėginama apibrėžti termino “investicija” tam, kad valstybės galėtų pačios tarpusavyje susitarti kokio tipo ginčus jos norėtų arba nenorėtų perduoti Centro (aut. past. Tarptautinio investicinių ginčų sprendimo centro) jurisdikcijai”.¹⁴

Tai, kad Vašingtono konvencijoje investicijų apibrėžimo nėra, nereiškia, kad nebuvo bandoma to padaryti. Vašingtono konvencijos rengėjai siekė kuo tiksliau apibrėžti Investicinių ginčų sprendimo centro jurisdikciją pateikdami investicijų ir investuotojo sąvokų definicijas. „Pirmajame Vašingtono konvencijos projekte buvo suformuluotas labai apibendrintas investicijų apibrėžimas: “bet koks pinigų ar kitokio turto, turinčio ekonominę vertę, investavimas neapibrėžtam laikotarpiui, (...) ne mažiau kaip penkiems metams.“¹⁵ Vadinasi investuotojas būtų tas asmuo, kuriam tokia investicija priklauso. Tačiau šis apibrėžimas vieniems pasirodė nepriimtinas todėl, kad laiko išryškinimas pasirodė siaurinantį visą apibrėžimą, kitiems atrodė, kad apibrėžime trūksta tokių kriterijų kaip „rizika“ arba „pelnas“, ir tokiu būdu paliekama spraga, jog kai kurie sandoriai, kurie beveik neprisideda prie tarptautinės ekonominės plėtros, taip pat patektų į Investicinių ginčų sprendimo centro jurisdikciją. „Tačiau bet koks tikslesnis apibrėžimas, nebūtų tinkamas dėl to, kad greičiausiai neapimtų naujų ekonominės veiklos formų (pavyzdžiui technologijų perkėlimo arba bendradarbiavimo intelektinės nuosavybės srityje). Taigi, buvo priimta ta Vašingtono konvencijos versija, kurioje nebuvo apibrėžtas terminas investicija. Kaip daugelis autorių pabrėžia, investuotojo sąvoka Vašingtono konvencijoje yra skirta daugiau nustatyti Tarptautinių investicinių ginčų sprendimo centro jurisdikcijos ribas (angl.- *set outer limits*), o ne pateikti universalų investuotojo apibrėžimą, todėl valstybėms paliekama teisė pačioms apibrėžti, ką jos sutinka laikyti užsienio investuotojais.

Taigi sąvoka “investuotojas” yra apibrėžta ne tik Vašingtono konvencijoje, ją pateikia ir visi dvišaliai valstybių susitarimai dėl investicijų skatinimo ir abipusės jų apsaugos.

elementai sutampa. Užsienio investicijos – tai, visų pirma, užsienio kilmės kapitalas –įvairių formų ir rūšių nuosavybė. Antra, jis išvežtas iš šalies. Trečia, jis investuotas į įmonę arba veiklą kitoje šalyje.

¹³ Report of the Executive Directors on the Convention, 1965. P.40. <http://icsid.worldbank.org/ICSID/FrontServlet> prisijungimo laikas 2006.12.14.

¹⁴ Yala F. The Notion of „Investment“ in ICSID Case Law: A Drifting Jurisdictional Requirement?// Journal of International Arbitration. 2005, volume 22, issue 2, P.105-126.

¹⁵ Horn N. Arbitrating Foreign Investment Disputes.-The Hague: Kluwer Law International, 2004. P.287.

Valstybės sudarydamos dvišales ir daugiašales investicijų apsaugos sutartis, prisiima tarptautinius įsipareigojimus: suteikti užsienio investuotojams tam tikras garantijas ir laikytis minimalių elgesio su užsienio investuotojais standartų. Pagrindinės garantijos, kurias suteikia investicijų apsaugos ir skatinimo sutartys yra: teisingas ir lygiavertis kitos susitariančios šalies investuotojų ir atliktų investicijų traktavimas (angl. - *fair and equitable treatment*), apsauga nuo ekspropriacijos¹⁶ ir palankiausio (angl.- *most favoured nation*) arba nacionalinio statuso taikymas. Garantijų užsienio investuotojams suteikimas yra glaudžiai susijęs su investicijų ir investuotojo sąvokomis.

Kuo yra svarbi investuotojo sąvoka? „Nereikia nei minėti, kad „investuotojo“ sąvoka yra fundamentali investicinių ginčų sprendimo arbitrams, todėl tinkamos sąvokos sukūrimas neduoda ramybės tiek arbitrams, tiek komentatoriams pastaruoju metu.“¹⁷ Neesant vieningo apibrėžimo, sunku yra tikėtis ir vienodo investuotojo sąvokos aiškinimo bei taikymo. Tai apsunkina siekį sukurti universalų investicijų apsaugos ir skatinimo susitarimą.

Investicijų apsaugos sutartys, įskaitant Vašingtono konvenciją ir dvišales investicijų apsaugos ir skatinimo sutartis, yra „sąmoningas ir potencialiai politiškai brangus atsisakymas valstybės imuniteto.“¹⁸ Didžiausia motyvacija tiek išsivysčiusių, tiek besivystančių valstybių, sudaryti tokias sutartis, atsispindi Vašingtono konvencijos preambulėje – „privatinių tarptautinių investicijų vaidmuo yra tarptautinis bendradarbiavimas vardan ekonominio vystymosi.“¹⁹ Valstybės, sudarydamos tarptautines sutartis dėl investicijų skatinimo ir apsaugos, prisiima tarptautinius įsipareigojimus, pagal kuriuos užsienio valstybės subjektai, t.y. investuotojai, įgyja teisę pateikti pretenzijas tarptautiniams tribunolams dėl jų teisių pažeidimo. Kadangi šiomis sutartimis valstybės apriboja savo teises, todėl jos yra suinteresuotos, kad terminas investuotojas būtų aiškiai apibrėžtas jų sudaromose sutartyse. Čia kyla problema, kadangi paprastai kapitalą eksportuojančios valstybės siekia sutartyse įtvirtinti platų investuotojo apibrėžimą, kad kuo didesnis ratas investuotojų patektų į tokių sutarčių taikymo sritį. Kapitalą importuojančios valstybės, iš kitos pusės, siekia riboti investavimo subjektų ratą, dėl jau minėtos priežasties – tai susiję su dalies valstybės imuniteto tam tikroje srityje atsisakymu. Visa tai lemia valstybių nesugebėjimą susitarti dėl universalios sutarties investicijų apsaugos klausimais.

¹⁶ Ekspropriacija (pranc. *expropriation*) – pagal tarptautinių žodžių žodyną - tai priverstinis nuosavybės nusavinimas.

¹⁷ Horn N. *Arbitrating Foreign Investment Disputes*. -The Hague: Kluwer Law International, 2004. P.283.

¹⁸ *Ibid*, P.287.

¹⁹ *Ibid*, P.286.

Analizuojant įvairių valstybių dvišales investicijų skatinimo ir apsaugos sutartis, matyti, kad definicija „investuotojas“ yra apibrėžiama gana skirtingai.

1.1 Investuotojo sąvoka dvišalėse ir daugiašalėse investicijų skatinimo sutartyse

Visose sutartyse siekiama apibrėžti svarbiausių sąvokų vartojimą. Dvišalėse investicijų skatinimo ir apsaugos sutartyse dažniausiai apibrėžiamos investicijų, investuotojo, teritorijos, pajamų, laisvai konvertuojamos valiutos sąvokos. Sąvokų išaiškinimas yra svarbus siekiant suvokti kaip valstybė traktuos vieną ar kitą dalyką, pvz., kaip joje bus suprantama nacionalinė juridinių asmenų priklausomybė.

1.1.1 Fiziniai asmenys, kaip užsienio investuotojai

Sprendžiant ginčus Investicinių ginčų sprendimo centre, reikalaujama, kad toks ginčas būtų kilęs tarp vienos valstybės ir nacionalinių kitos valstybės subjektų. “ICSID konvencijos 25 straipsnio 2 dalis nacionaliniams subjektams pirmiausia priskiria fizinius asmenis. Nacionaliniu subjektu laikomi tokie fiziniai asmenys, kurie turi kitos nei ginčo šalimi esančios Susitariančios Valstybės pilietybę tiek tą dieną, kurią šalys davė sutikimą perduoti ginčą ICSID taikinimui ar arbitražui, tiek tą dieną, kurią ieškovo prašymas pradėti ICSID procedūras ar procesą buvo užregistruotas ICSID Sekretariate: tai yra besitęsiančios pilietybės principo taikymas.”²⁰

Analizuojant dvišales investicijų apsaugos ir skatinimo sutartis matyti, kad didžiojoje daugumoje sutarčių investuotojais paprastai yra laikomi tik tie fiziniai asmenys, kurie turi kitos susitariančios valstybės pilietybę. Problemų nustatant fizinių asmenų nacionalinę priklausomybę kyla tuomet, kai susiduriama su turinčiais dvigubą pilietybę. Deja, tenka konstatuoti, kad daugumoje sutarčių nekalbama apie dvigubą pilietybę turinčius asmenis, todėl kilus ginčui, tribunolams tenka pasitelkti tarptautinės ir nacionalinės teisės normas. Taip buvo padaryta *Eudoro Armando Olguin v. Republic of Paraguay* byloje. Eudoro Armando Olguin turėjo Peru ir JAV pilietybes. ICSID tribunolas vadovaudamasis nacionaline Peru ir JAV teise, bei tarptautinės teisės efektyvios pilietybės principu, nustatė, kad abi p. Armando pilietybės yra efektyvios (angl.- *both are effective*). Šioje byloje teismas pabrėžė, kad tarptautinėje viešojoje teisėje dvigubą pilietybę turinčio asmens diplomatinę gynybą gali vykdyti bet kuri jo pilietybės valstybė. Trečioji valstybė gali nuneigti tos valstybės diplomatinės gynybos teisėtumą, kuri neturi nustatyto efektyvaus ryšio su piliečiu. “Tačiau tarptautinės teisės normos susijusios su diplomatinės gynybos suteikimu, negali būti analogiškai taikomos sprendžiant klausimą dėl

²⁰ Collier J., Lowe V. Ginčų sprendimas tarptautinėje teisėje: institucijos ir procedūros.- Vilnius: Eugrimas, 2002 P.104.

dvigubą pilietybę turinčio asmens teisės kreiptis į ICSID tribunolą, nes pagrindinis jo tikslas yra suteikti asmeniui teisę tiesiogiai kreiptis į teismą. Iš investuotojo pilietybės valstybės reikalaujama tik būti Vašingtono konvencijos ir atitinkamos dvišalės investicijų apsaugos ir skatinimo sutarties dalyve.”²¹

Kalbant apie dvigubą pilietybę turinčius asmenis, gali susiklostyti tokia situacija, kad investuotojas turės abiejų susitarinačiųjų valstybių pilietybę. Tokios situacijos spendimą randame Kanados ir Libano investicijų apsaugos sutartyje, kur rašoma, jog “tuo atveju, kai asmuo turi tiek Kanados tiek Libano pilietybę, bus laikoma, kad toks asmuo yra Kanados pilietis Kanadoje ir Libano pilietis Libane.”²² ICSID konvencijoje taip pat randame nuostatą dėl dvigubą pilietybę turinčių asmenų, joje sakoma, kad nacionaliniais subjektais nėra laikomi asmenys, kurie turi abiejų susitariančių šalių pilietybę.

Išskyrus Lietuvos ir Izraelio dvišalę sutartį, kurioje pasakyta, kad “Sąvoka “investitorius” reiškia: investicijų, atliktų Lietuvos Respublikoje, atžvilgiu: (a) fizinius asmenis, kurie yra Izraelio Valstybės piliečiai ir kartu nėra Lietuvos Respublikos piliečiai (...)”²³, kitos Lietuvos dvišalės investicijų apsaugos ir skatinimo sutartys, sudarytos iki šiol, neturi nuostatų dėl dvigubą pilietybę turinčių asmenų, nes pagal Lietuvos Konstitucijos 12 straipsnį “Išskyrus įstatymo numatytus atskirus atvejus, niekas negali būti kartu Lietuvos Respublikos ir kitos valstybės pilietis.”²⁴ Ateityje, įteisinus galimybę turėti dvigubą pilietybę, atitinkamai turėtų būti sureguliuotos ir tarptautinių investicijų skatinimo ir apsaugos sutarčių nuostatos.

Reikėtų išskirti tokias dvišales investicijų skatinimo ir apsaugos sutartis, kuriose apskritai neįvertinama investuotojo sąvoka. Pvz. Didžiosios Britanijos ir Ekvadoro sutarties autoriai vietoj “investuotojas”, pasirinko naudoti dvi sąvokas “tautiečiai” (angl.- *nationals*) ir “įmonės”. Sąvokų išaiškinime, “tautiečiai” apibrėžiami kaip “fiziniai asmenys turintys Didžiosios Britanijos gyventojų statusą pagal galiojančius Didžiosios Britanijos įstatymus.(...) Ekvadoro atžvilgiu, kaip ekvadoriečiai, pagal politinę Ekvadoro santvarką.”²⁵ Turint galvoje, kad “tautietis” yra platesnė sąvoka nei “pilietis” (angl.- *citizen*), galima teigti, kad Didžioji Britanija, kaip kapitalą eksportuojanti valstybė, į užsienio investuoto sąvoką siekia įtraukti kuo

²¹ *Eudoro Armando Olguin v. Republic of Paraguay* (ICSID Case No. ARB/98/5) para. 62

²² Agreement between The Government of Canada and The Government of the Lebanese Republic for the Promotion and Protection of Investments http://www.unctad.org/sections/dite/ia/docs/bits/canada_lebanon.pdf prisijungimo laikas 2007.05.15

²³ Lietuvos Respublikos Vyriausybės ir Izraelio Valstybės Vyriausybės sutartis dėl investicijų skatinimo ir abipusės apsaugos//Valstybės žinios. 1997, Nr. 39.

²⁴ Lietuvos Respublikos Konstitucija //Valstybės žinios.1992, Nr.33-1014.

²⁵ Agreement between the Government of the United Kingdom of Great Britain and Northern Ireland and The Government of the Republic of Ecuador for the Promotion and Protection of Investments http://www.unctad.org/sections/dite/ia/docs/bits/ecuador_uk.pdf

didesnį ratą fizinių asmenų, kurie galėtų pasinaudoti investicijų apsaugos sutarčių teikiamomis garantijomis. Tai nesunku patvirtinti, peržvelgus Jungtinės Karalystės 1981 metų Tautybės įstatymą (angl.- *British Nationality Act*), kur yra nurodytos šios Didžiosios Britanijos tautybės klasės: Britanijos pilietis, Britanijos užjūrio teritorijų pilietis, Britanijos užjūrio tautietis, Britanijos subjektas ir Britanijos saugomas asmuo.²⁶

JAV ir Albanijos sutartyje taip pat sakoma, kad terminas “tautietis” turi platesnę reikšmę negu “pilietis”. Pavyzdžiui, Amerikos Samoa gentainis yra JAV “tautietis”, tačiau nėra “pilietis”.

Kalbant apie Lietuvos Respubliką, reikia paminėti, kad nėra vieningos praktikos dėl sąvokos „investuotojas“ vartojimo. Pavyzdžiui, Lietuvos Respublikos bei Vokietijos, Lietuvos Respublikos ir Didžiosios Britanijos, Lietuvos Respublikos ir Prancūzijos investicijų apsaugos sutartyse sąvoka investuotojas nėra vartojama, čia atskirai apibrėžiamos “piliečio” ir “įmonės” definicijos. Lietuvos Respublikos – Suomijos, Lietuvos Respublikos – Turkijos ir daugelyje kitų investicijų apsaugos sutarčių vartojama investuotojo sąvoka. Nors esminės reikšmės šių sutarčių taikymui tai neturi, vis tik, tai yra įrodymas, kad valstybės nėra pajėgios susitarti dėl aiškios vieningos investuotojo sampratos.

Reikia paminėti, kad asmenys be pilietybės itin retai minimi dvišalėse investicijų apsaugos sutartyse. Iš 44 iki šiol Lietuvos Respublikos sudarytų investicijų apsaugos sutarčių tik dvejose minimi apatridai. Lietuvos Respublikos ir Graikijos sutartyje sakoma, kad Graikija investuotojais be Lietuvos Respublikos piliečių laikys ir asmenis be pilietybės, kurie nuolatos gyvena Lietuvos Respublikoje. Lietuvos Respublikos ir Rumunijos dvišalėje sutartyje sakoma, kad Lietuvos atžvilgiu sąvoka investitorius reiškia “fizinius asmenis, kurie pagal Lietuvos Respublikos įstatymus laikomi Lietuvos Respublikos piliečiais, bei asmenis be pilietybės, nuolat gyvenančius Lietuvos Respublikos teritorijoje”²⁷

Apibendrinant įvairių valstybių praktiką, galima teigti, kad nors dvišalėse investicijų apsaugos ir skatinimo sutartyse vartojamos formuluotės ir yra pakankamai skirtingos, tačiau iš esmės visos valstybės užsienio investuotojais pripažįsta kitos Susitariančiosios Šalies piliečius, daugelis valstybių investuotojais laiko ir nuolatos šalyje gyvenančius asmenis, ir reta kuri valstybė investuotojais sutinka laikyti asmenis be pilietybės.

²⁶ Pagrindinis įstatymas Didžiojoje Britanijoje nustatantis britų tautybės principus yra [British Nationality Act 1981](#). Šiame įstatyme yra nustatyta daugialypė tautybių sistema, kurioje ir nurodytos šios Britanijos tautybės kategorijos: (angl.- British citizens, British Overseas Territories citizens, British Overseas citizens, British Nationals (Overseas), British subjects and British protected persons).

²⁷ Lietuvos Respublikos vyriausybės ir Rumunijos vyriausybės sutartis dėl investicijų skatinimo ir abipusės apsaugos// Valstybės žinios. 1995, Nr. 11.

Nors beveik visose be išimties sutartyse nenurodoma kaip turi būti įrodoma pilietybė, ir šis klausimas paliekamas kiekvienos valstybės vidaus teisei (“Fizinis asmuo turintis Susitariančiosios Šalies pilietybę pagal joje galiojančius įstatymus”²⁸), kai kurios sutarys vis tik turi nuostatas, aiškiai apibrėžiančias, kad pilietybės įrodymas gali būti tik pasas, ar kitas pilietybę įrodantis dokumentas. Protokolas prie Lietuvos ir Vokietijos sutarties: “Kiekvienos iš Susitariančių Šalių piliečiu laikomas asmuo, turintis atitinkamų Susitariančios Šalies žinybų išduotą nacionalinį pasą, arba asmuo, kurio pilietybė gali būti nustatyta kitokiu būdu.”²⁹, dar kitos sutarys dėl investicijų apsaugos nurodo, kad kilus ginčams dėl fizinio asmens pilietybės, Susitariančios Šalys konsultuosis ir priims abi puses tenkinantį sprendimą (pvz., Kanados ir Vengrijos sutartis).

Taigi, fizinių asmenų atžvilgiu, išskyrus dvigubą pilietybę turinčius asmenis, didesnių problemų nekyla. Kaip teigia prof. Sornarajah, “tai multinacionalinių įmonių statusas, kurį nustatyti yra svarbiausia, mat būtent jos daugiausiai investuoja į užsienio valstybes (...).”³⁰

1.1.2. Juridiniai asmenys kaip užsienio investuotojai

Kalbant apie juridinius asmenis kaip užsienio investuotojus, situacija yra labiau komplikauta. Išanalizavus įvairių valstybių dvišales ir daugiašales investicijų skatinimo ir apsaugos sutartis, matyti, kad čia valstybių praktika skiriasi daugiau.

Apibendrinant dvišalėse investicijų skatinimo ir apsaugos sutartyse vartojamas investuotojo, kaip juridinio asmens, sąvokas, galima išskirti siaurą ir platų investuotojo sąvokos aiškinimą.

Siauras “investuotojo” sąvokos aiškinimas reiškia, kad užsienio investuotojais yra laikomi (t.y. pripažįstami užsienio nacionaliniais subjektais) tik tos šalies juridiniai asmenys, su kuria yra sudaryta dvišalė investicijų skatinimo ir apsaugos sutartis. Tokio aiškinimo pavyzdys galėtų būti Kanados ir Panamos dvišalė sutartis dėl investicijų apsaugos ir skatinimo, kurios 1 straipsnyje taip yra apibrėžiamas investuotojas: “(...) bet kokia įmonė tinkamai įsteigta ir įregistruota pagal galiojančius Kanados įstatymus, kuri investuoja Panamos teritorijoje”³¹

²⁸ Agreement between the Government of the Hashemite Kingdom of Jordan and the Government of the Republic of Lebanon for the Encouragement and Protection of Investments

<http://www.unctadxi.org/templates/DocSearch.aspx?id=779> prisijungimo laikas 2007.09.15

²⁹ Lietuvos Respublikos ir Vokietijos Federacinės Respublikos sutartis dėl kapitalo investicijų skatinimo ir jų abipusės apsaugos// Valstybės žinios, 1997, Nr.60.

³⁰ Sornarajah M. The International Law on Foreign Investment.- Cambridge: Cambridge University Press, 2004. P.306.

³¹ Treaty between the Government of Canada and the Government of the Republic of Panama for the Promotion and Protection of Investments http://www.unctad.org/sections/dite/ia/docs/bits/canada_panama.pdf prisijungimo laikas 2007.09.14

Panašų investuotojo apibrėžimą randame ir Kanados bei Lenkijos dvišalėje sutartyje, Bulgarijos ir Danijos, Didžiosios Britanijos ir Ekvadoro, Austrijos ir Cape Verde, Bulgarijos ir Albanijos, Lietuvos ir Turkijos ir kt.

Taikant dvišales investicijų apsaugos sutartis, kuriose yra vartojamas siauras investuotojo sąvokos apibrėžimas, tereikia įrodyti, kad juridinis asmuo turi vienos iš susitariančių šalių nacionalinę priklausomybę. Čia kyla kita problema, nes skirtingose teisinėse sistemose yra naudojami skirtingi testai tokiai priklausomybei nustatyti. “Bendrosios teisės šalyse naudojamas inkorporacijos testas, o civilinės teisės jurisdikcijose *siege social* teorija.”³² Pagal šią teoriją, nacionalinė juridinio asmens priklausomybė yra nustatoma pagal juridinio asmens buveinės vietą.

Tipinis Lietuvos Respublikos Vyriausybės susitarimas dėl investicijų skatinimo ir apsaugos nurodo, kad turėtų būti taikomas inkorporacijos testas, sakoma “investuotojas abiem susitariančiosioms šalims reiškia: (...) juridinius asmenis, įsteigtus vadovaujantis tos Susitariančios šalies įstatymais ir kitais teisės aktais.”³³ Tačiau peržvelgus faktiškai Lietuvos Respublikos sudarytas dvišales investicijų sutartis, matome, kad nustatant nacionalinę juridinių asmenų priklausomybę, žiūrima ne vien tik į įmonės įsteigimo valstybę, bet ir į jos buveinės vietą, t.y., taikoma inkorporacijos ir *siege social* testų kombinacija. Prof. Sornarajah tvirtina, kad netgi pavykus valstybėms susitarti dėl daugiašalės investicijų skatinimo ir apsaugos sutarties, šis skirtingų testų taikymas, įmonių nacionalinei priklausomybei nustatyti, greičiausiai išliks.

Platus “investuotojo” sąvokos aiškinimas reiškia, kad investuotojo statusas suteikiamas ir tiems juridiniams asmenims, kurie nėra įsteigti pagal susitariančių šalių įstatymus (t.y. yra trečiųjų šalių įmonės), tačiau yra kontroliuojami susitariančių šalių fizinių ar juridinių asmenų ir investuoja vienos iš jų teritorijoje. Esminis dalykas kurį reikia tokiose situacijose nustatyti yra kontrolės pobūdis, t.y. kokią dalį trečiosios valstybės įmonės turi valdyti susitariančių šalių fiziniai ar juridiniai asmenys, kad ji patektų į platų investuotojo sąvokos apibrėžimą ir įgytų teisę pasinaudoti dvišalės investicijų apsaugos ir skatinimo sutarties suteikiamomis garantijomis. Atsakymas į šį klausimą paprastai pateikiamas tose investicijų apsaugos sutartyse, kuriose plati investuotojo sąvoka yra naudojama. Lietuvos Respublikos ir Argentinos dvišalėje sutartyje “sąvoka “investitorius” reiškia (...) bet kurį ūkio subjektą, įsteigtą pagal bet kurios valstybės įstatymus, kontroliuojamą Susitariančios Šalies fizinių asmenų ar ūkio subjektų,

³² Sornarajah M. The International Law on Foreign Investment.- Cambridge: Cambridge University Press, 2004. P.306.

³³ Dėl tipinio Lietuvos Respublikos Vyriausybės susitarimo dėl investicijų skatinimo ir apsaugos projekto patvirtinimo// Valstybės žinios, 2005,Nr.57-1953.

turinčių savo buveinę Susitariančios Šalies teritorijoje ir vykdančių savo pagrindinę ekonominę veiklą tos Susitariančios šalies teritorijoje.”³⁴ Papildomame protokole prie šios sutarties paaiškinama, kad šalis, kurios teritorijoje yra atliekama investicija, gali reikalauti įrodymų dėl kitos susitariančios šalies investitoriaus turimos kontrolės. Kontrolės įrodymu, *inter alia*, yra laikomi tokie faktai, kaip buvimas kitos susitariančios šalies juridinio asmens dukterine įmone, bei tiesioginis ar netiesioginis dalyvavimas bendrovės kapitale, turint daugiau kaip 49% akcijų, arba tiesioginis ar netiesioginis turėjimas balsų, reikalingų įgauti dominuojančią poziciją akcininkų susirinkime ar bendrovės valdymo organuose. Austrijos ir Lietuvos Respublikos dvišalėje sutartyje, kurioje taip pat vartojama plati investuotojo definicija, nurodoma, kad trečiųjų valstybių juridiniai asmenys laikomi investuotojais, jei juos tiesiogiai ar netiesiogiai kontroliuoja susitariančių šalių fiziniai ar juridiniai asmenys; “laikoma, kad kontrolė reiškia dominuojančią įtaką.”³⁵ Lietuvos ir Kuveito investicijų apsaugos sutartis nurodo, kad sąvokos “turėti nuosavybės teise” arba “kontroliuoti” apima nuosavybę arba kontrolę per dukterines bendroves ar filialus.

Tačiau ne visos sutartys, kuriose vartojamas platus investuotojo apibrėžimas nurodo, pagal kokius kriterijus turėtų būti nustatomas susitariančių valstybių asmenų kontrolės lygis.

Lietuvos Respublikos ir Nyderlandų sutartyje “investuotojais” laikomi “(...) juridiniai asmenys, kurie neįsteigti pagal tos Susitariančios šalies įstatymus, bet kuriuos tiesiogiai arba netiesiogiai kontroliuoja (i) punkte apibūdinti fiziniai asmenys (*aut. pastaba* fiziniai asmenys, turintys Susitariančios Šalies pilietybę), kurie investuoja bet kurios Susitariančios Šalies teritorijoje” ir nenurodoma, ką reiškia “kontroliuoti” juridinį asmenį.

Dvišalėse sutartyse, kalbant apie užsienio kontrolės dalį, vartojamos tokios sąvokos, kaip turi “valdančiąją”, “kontroliuojamą” arba “dominuojančią” dalį. Kadangi daugeliu atveju šios sąvokos nėra išaiškinamos, vadinasi tai yra paliekama sutartis taikysiančiam tribunolui. Tribunolui sprendžiant kilusį ginčą reikėtų „kreiptis“ į nacionalinės teisės normas ir ten ieškoti atsakymo.

Naudingas pavyzdys šiuo aspektu taip pat galėtų būti Ekonominio bendradarbiavimo ir plėtros organizacijos bei Tarptautinio valiutos fondo metodiniai nurodymai, kur apibrėžta, kad 10% balsų pripažįstama kaip žemutinė riba, nuo kurios užsienio investuotojas turi galimybę dalyvauti valdant tiesioginio investavimo įmonę. Nors šie metodiniai nurodymai nėra privalomi, daugelis valstybių jais vadovaujasi. Lietuvos Respublikos Statistikos departamento

³⁴ Lietuvos Respublikos vyriausybės ir Argentinos Respublikos vyriausybės sutartis dėl investicijų skatinimo ir abipusės apsaugos// Valstybės žinios. 1998, Nr. 79.

³⁵ Lietuvos Respublikos ir Austrijos Respublikos sutartis dėl investicijų skatinimo ir apsaugos// Valstybės žinios. 1997, Nr. 21.

biuletenyje “Tiesioginės užsienio investicijos Lietuvoje” nurodoma, kad “Tiesiogine užsienio investicija pagal Tarptautinio valiutos fondo metodiką, Europos Sąjungos statistikos tarnybos bei EBPO metodinius nurodymus yra laikoma tokia investicija, kurios pagrindu susiformuoja ilgalaikiai ekonominiai finansiniai santykiai ir interesai tarp tiesioginio užsienio investuotojo ir tiesioginio investavimo įmonės. EBPO rekomendacijose 10 procentų balsų pripažįstama kaip žemutinė riba, nuo kurios tiesioginis užsienio investuotojas turi galimybę dalyvauti valdant tiesioginio investavimo įmonę. Užsienio investicija, mažesnė kaip 10 procentų balsų, priskiriama ne tiesioginėms investicijoms, o investicijų portfeliui.

Tiesioginėms užsienio investicijoms priskiriamas ne tik pirminis kapitalo investavimas, bet ir visos vėlesnės ekonominės operacijos tarp investuotojo ir tiesioginio investavimo įmonės.³⁶

Netiesioginės investicijos – tai investicijos, jei investuojant įsigyta kapitalo dalis nesuteikia investuotojui galimybės daryti nemažą įtaką ūkio subjektui. Kitaip tariant, tai užsienio investicijos, turinčios mažiau kaip 10 proc. balsavimo teisių.

Didžiosios Britanijos statistikos departamento *Tiesioginių užsienio investicijų ataskaitose*³⁷ atskiriant tiesiogines ir netiesiogines investicijas taip pat nustatyta 10% riba tiesioginio investavimo įmonėje, nuo kurios laikoma, kad investuotojas turi veiksmingą balsą (angl. – *effective voice*). Anksčiau toks užsienio investicijų skirstymas į tiesiogines ir netiesiogines buvo labai svarbus, nes dvišalėmis investicijų apsaugos sutartimis tik tiesioginėms užsienio investicijoms būdavo suteikiamos garantijos. Tačiau pastarųjų metų ICSID sprendimai rodo, kad toks investicijų skirstymas netenka prasmės, nes vis daugiau BIT į investicijų sąvoką įtraukia ir netiesiogines (portfelines) investicijas.

Tanzania Electric Supply Company Limited v. Independent Power Tanzania Limited (IPTL) byloje arbitražas taikė “užsienio kontrolės” testą ir pažymėjo, kad šalys susitarė IPTL laikyti užsienio kontroliuojama įmone, nebent užsienio investuotojai turėtų mažiau nei 50% balsų teisę suteikiančių akcijų. IPTL buvo įsteigta Tanzanijoje, tačiau apie 70% akcijų priklausė Malaizijos piliečiams. Šis pavyzdys rodo, kad šalių susitarimu, žemutinė turimų akcijų riba, nuo kurios investuotojas įgyja kontroliuojamą arba dominuojančią dalį, gali būti padidinta net iki 50%.

³⁶ Tiesioginės užsienio investicijos Lietuvoje 2006 01 01 Statistikos departamento biuletenis.- Vilnius 2006, p. 5. http://www.stat.gov.lt/lt/catalog/list/?cat_y=1&cat_id=2,18,22 prisijungimo laikas 2007.03.15

³⁷ Foreign Direct Investment <http://www.statistics.gov.uk/pdfdir/fd1206.pdf> prisijungimo laikas 2007.09.10.

„Užsienio kontrolės“ sąlyga yra taikoma ir tais atvejais, kai įmonė turi nacionalinę priklausomybę tos valstybės, kuri ir sukėlė jai žalą, tačiau inkorporacija buvo išankstinė sąlyga tai įmonei pradėti verslą minėtoje valstybėje.

“Gana įprasta, kad investicijas reglamentuojantys valstybių įstatymai reikalauja, kad užsienio investicija valstybėje būtų atlikta pasinaudojant įmone, įsteigta tokioje valstybėje.”³⁸ Tačiau tokia įmonė tampa vietiniu nacionaliniu subjektu. Valstybei tai yra patogu, nes išvengiama problemų įgyvendinant jurisdikciją mokesčių ir kitais klausimais. “Tačiau tokiais atvejais “užsienio” investicija paverčiama *vidaus* investicija: jei investicija ekspropriuojama, tai paimama *vidaus* įmonės nuosavybė, ir vadovaujantis tradicinėmis tarptautinės teisės normomis, galima teigti, kad taip nepažeidžiamos jokios valstybei nustatytos pareigos užsieniečių atžvilgiu.”³⁹

Vašingtono konvencijoje tokia priverstinio užsienio investicijų įsteigimo šalyje problema sprendžiama per minėtą “užsienio kontrolės” sąlygą. Konvencijos 25 str. 2 dalis sako, kad investuotoju laikomas “kiekvienas juridinis asmuo, kuris tuo metu buvo Susitariančiosios Valstybės – ginčo šalies nacionaliniu subjektu ir kurį dėl to, kad jo kontrolė priklauso užsienio asmenims, ginčo šalys susitarė laikyti šioje Konvencijoje nurodytu kitos Susitariančiosios valstybės nacionaliniu subjektu.”⁴⁰ Taigi, ši problema sprendžiama, pripažįstant užsienio interesą, kuris pasireiškia per įmonės akcijas (angl.- *primary shareholdings*). Tokiais atvejais įmonės kapitalo kilmė, o ne jos inkorporacija lemia nacionalinės priklausomybės nustatymą. Investicijas priimanči valstybė, turi pripažinti, kad, tam tikroms aplinkybėms esant, vietinės kilmės (angl.- *locally incorporated*) įmonė, iš tiesų yra užsienio įmonė.

Kalbant apie „užsienio kontrolės“ sąlygą, reikia pastebėti, kad ji ne visuomet gelbėja. Priklausomai nuo investicijas priimančios valstybės įstatymų, investuoti galima tiesiogiai, (įsteigiant kitoje valstybėje dukterinę įmonę, įsigyjant užsienio įmonę ir t.t.) arba steigiant jungtines bendroves (angl.- *joint ventures*). Dukterinės įmonės lengvai yra identifikuojamos kaip užsienio investuotojų valdomos įmonės, tačiau bendrosios arba jungtinės įmonės atveju reikia tinkamo sprendimo, nes investuojantis asmuo gali būti mažumos akcininkas, kuris neturės tokios įmonės kontrolės, taigi neveiks “užsienio kontrolės” sąlyga ir jo investicijas apsaugoti gali būti problematiška. “*AAPL v. Šri Lanka* byloje ICSID tribunolas pabrėžė, kad tinkamai suformuluota dvišalė investicijų apsaugos ir skatinimo sutartis gali užtikrinti bendros

³⁸ Collier J., Lowe V. Ginčų sprendimas tarptautinėje teisėje: institucijos ir procedūros.- Vilnius: Eugrimas, 2002 P.104.

³⁹ Ten pat,

⁴⁰ Konvencija dėl valstybių ir kitų valstybių fizinių asmenų bei juridinių asmenų investicinių ginčų sprendimo// Valstybės žinios. 2002, Nr.115-5137.

įmonės mažumos akcininkų apsaugą. Tokia sutartis gins akcijas ir kitokius interesus bendrojoje įmonėje, bet greičiausiai ne visą įmonės turtą.”⁴¹ Mažumos akcininkų interesai gali būti ginami ir taikant „korporatyvinio šydo“ (angl.- *piercing the corporate veil*) doktriną. „Korporatyvinis šydas“- tai teisinis terminas apibūdinantis veiksmus, kuriais, dažniausiai proceso metu, siekiama „atmesti“ pačios įmonės subjektiškumą ir taip „pasiiekti“ įmonės akcininkus.

2007 metų UNCTAD atliktoje dvišalių investicinių sutarčių studijoje⁴² rašoma, kad kalbant apie investuotojo sąvoką „naujausiuose BIT atsiranda tendencija inkorporacijos kriterijų derinti kartu su reikalavimu turėti kontrolinį akcijų paketą. Investuotojo „kontrolė“ gali būti suprantama kaip galia paskirti įmonės valdybą arba kaip teisė vadovauti investavimo operacijoms.“⁴³

Reikia pasakyti, kad „užsienio kontrolės“ sąlygos taikymo klausimu, ICSID tribunolas taip pat pastaruoju metu švelnina savo poziciją. Prieš keletą metų sprendžiant bylą *CMS v. Argentina*⁴⁴, kur ieškovas turėjo 29.42 proc. akcijų, ICSID „galutinai uždarė duris, visiems prieštaravimams dėl jurisdikcijos tuo pagrindu, kad akcininkai neturintys įmonėje kontroliuojančios dalies, nėra investuotojai Vašingtono konvencijos ir daugumos BIT prasme.“⁴⁵

Apibendrintai galima pasakyti, kad „užsienio kontrolės“ sąlyga leidžia šalims susitarti, jog įmonė, kurią investuotojas steigia investicijas priimančioje valstybėje kaip priemonę/instrumentą investuoti ir kurią jis kontroliuoja, būtų laikoma kitos susitariančios šalies nacionaliniu subjektu, nepaisant to, kad tokia įmonė turės investicijas priimančios ar trečiosios valstybės nacionalinį priklausomumą.

Kalbant apie juridinio asmens pobūdį, tai vieningos praktikos dvišalių susitarimų dėl investicijų apsaugos definicijose taip pat nerasime, dažnai nėra užsimenama apie tai, kokio tipo juridinis asmuo turi būti, paliekant tai susitariančių valstybių vidaus teisei. Tačiau sprendžiant iš to, kad tribunolai investuotojo ir investicijų sąvokas traktuoja plačiai, galima teigti, kad investuotojais laikomi juridiniai asmenys nepriklausomai nuo to, ar jie siekia pelno, ar ne, ar tai yra ribotos atsakomybės įmonės, ar ne. Lietuvos Respublikos ir Kuveito dvišalėje sutartyje išvardijama visa eilė juridinių asmenų, laikomų investavimo subjektais: „plėtros fondai,

⁴¹ Sornarajah M. *The International Law on Foreign Investment*.- Cambridge: Cambridge University Press, 2004. P. 231.

⁴² *Bilateral Investment treaties 1995-2006: Trends in Investment Rulemaking*// UN Conference on Trade and Development Geneva, 2007. http://www.unctad.org/en/docs/iteiia20065_en.pdf prisijungimo laikas 2007.09.05

⁴³ *Ibid*,

⁴⁴ *CMS Gas Transmission Company v. Republic of Argentina*, ICSID Case No. ARB/01/08, 2003.

<http://icsid.worldbank.org/ICSID/FrontServlet> prisijungimo laikas 2007.09.12

⁴⁵ Horn N. *Arbitrating Foreign Investment Disputes*.-The Hague: Kluwer Law International, 2004.P. 318.

įmonės, agentūros, kooperatyvai, korporacijos, fondai, bendrovės, firmos, įstaigos, organizacijos, verslo asociacijos arba panašūs subjektai (...)”⁴⁶ ir šis sąrašas nėra baigtinis.

Daugiašalių susitarimų investicijų apsaugos klausimu nėra daug. Investicijų apsaugą energetikos sektoriuje Europoje reglamentuoja Energetikos chartijos sutartis⁴⁷, Šiaurės Amerikos laisvos prekybos sutartis reglamentuoja investicijų skatinimo ir apsaugos klausimus tarp JAV, Kanados ir Meksikos.

Energetikos chartijos sutartis, skirta tiek prekybos tiek investicijų reguliavimui energetikos srityje, turi platų investuotojo apibrėžimą. Pagal Chartijos sutarties 1 straipsnį, investuotojais laikomi tiek fiziniai asmenys (susitariančios valstybės piliečiai arba nuolatiniai gyventojai), tiek juridiniai susitariančios valstybės asmenys, tiek trečiųjų valstybių fiziniai ar juridiniai asmenys, kurie atitinka susitariančių valstybių fiziniams ar juridiniams asmenims keliamus reikalavimus.

Šiaurės Amerikos laisvosios prekybos sutartyje investuotojo sąvoka apibrėžta siaurai: “įmonė” reiškia bet kokią organizaciją, įkurtą pagal susitariančios valstybės įstatymus, nesvarbu pelno siekianti ar ne, privati ar valstybės valdoma, įskaitant bet kokias korporacijas, koncernus, partnerystes, individualias ir bendras įmones; “tautietis” reiškia fizinį asmenį, kuris yra susitariančios valstybės pilietis arba nuolatinis gyventojas”⁴⁸

1.2. Investuotojo sąvoka Tarptautinio investicinių ginčų sprendimo centro jurisprudencijoje

Tribunolų sprendimai geriausiai atspindi investuotojo sampratą. Būtent jiems sprendžiant klausimą dėl savo jurisdikcijos *inter alia* tenka aiškintis, ar ieškovas atitinka investuotojui keliamus reikalavimus. Taip pat tribunolų jurisprudencijoje atsispindi ne tik pačios investuotojo sąvokos interpretacija, bet ir sudėtingos investavimo schemos (struktūros), kurios maksimaliai leidžia pasinaudoti dvišalių investicijų apsaugos bei skatinimo sutarčių suteikiamomis garantijomis.

ICSID tribunolo atlikta “investuotojo” sąvokos interpretacija pateikiama *Cekoslovenska Obchodni Banka, A.S. v. Slovakijos Respublika*. Slovakija nenorėjo pripažinti, kad ICSID arbitražas turi jurisdikciją spręsti kilusį ginčą, nes *Cekoslovenska Obchodni Bankas*

⁴⁶ Lietuvos Respublikos ir Kuveito valstybės sutartis dėl investicijų skatinimo ir abipusės apsaugos// Valstybės žinios. 2002, Nr. 115.

⁴⁷ Šios sutarties dalyvės 2006 metų duomenimis yra visos Europos Sąjungos valstybės taip pat Rusijos Federacija, Norvegija, Islandija, Šveicarija, Australija, Japonija. // <http://www.encharter.org/index.php?id=61> prisijungimo laikas 2007.12.10.

⁴⁸ North American Free Trade Agreement art. 201// <http://www.sice.oas.org/Trade/NAFTA/chap-02.asp> prisijungimo laikas 2007.10.09

buvo valdomas valstybės (Čekijos Respublika, turėdama 65% procentus akcijų minėtame banke, turėjo ir absoliučią jo kontrolę), Slovakija siekė, jog būtų pripažinta, kad ginčas yra kilęs tarp dviejų suverenių valstybių, o ne tarp Slovakijos ir Čekijos investuotojo. Kaip žinoma, Vašingtono konvencija ir pagal ją įsteigtas Tarptautinis investicinių ginčų sprendimo centras yra skirtas ginčams tarp investuotojų ir investicijas priimančių valstybių spręsti. Čia ginčo šalys visada yra valstybė ir privatus asmuo (užsienio investuotojas). Tačiau šioje byloje arbitražas konstatavo, kad nepaisant to, jog Vašingtono Konvencijoje nėra nei fizinių nei juridinių asmenų apibrėžimo, Konvencijos priėmimo istorija, leidžia daryti išvadą, kad juridiniai asmenys nebūtinai turi būti privačios kompanijos, ši sąvoka apima ir visiškai arba iš dalies valstybės valdomas įmones. “Ši interpretacija yra visuotinai pripažinta.”⁴⁹

Taigi, Vašingtono konvencijos taikymui neturi reikšmės ar įmonė yra privati ar valstybės valdoma. Išskyrus atvejus, kai valstybės valdoma įmonė veikia kaip valdžios atstovas ir atlieka išskirtinai valdymo funkcijas. Šioje byloje, buvo pripažinta, kad minėto banko veikla yra tik komercinio pobūdžio, todėl jis yra laikomas investuotoju.

LG&E Energy Corp., LG&E Capital Corp., and LG&E International, INC. v. Argentinos Respublika sprendime dėl jurisdikcijos atsakovas rėmėsi Tarptautinio Teisingumo Teismo *Barcelona Traction* byloje priimtu sprendimu, kur vadovautasi akcininkų ir įmonės juridinio atskirumo koncepcija, todėl Argentinos atstovai teigė, kad akcininkai negali paduoti ieškinių dėl žalos, kurią patyrė įmonė, o ne jie patys. Tribunolas atmetė tokį Argentinos argumentą, sakydamas, kad šis ginčas yra susijęs su nauja šiuolaikinės teisės koncepcija, t.y. galimybe investuotojams pasinaudoti teise į tiesioginį jų ir valstybių investicinių ginčų sprendimą. Šis sprendimas akivaizdžiai nukrypsta nuo bendrosios tarptautinės viešosios teisės diplomatinės gynybos normų, kur akcininkų valstybės tik keliais išskirtiniais atvejais (apie juos bus kalbama vėliau), įgyja teisę pareikšti ieškinį dėl žalos padarytos ne jiems tiesiogiai, o pačiai įmonei.

*Tokios Tokelės v. Ukraine*⁵⁰ byla spręsta Tarptautiniame investicinių ginčų sprendimo centre sukėlė itin daug diskusijų. Į Centrą kreipėsi pagal Lietuvos Respublikos įstatymus įsteigta Uždaroji akcinė bendrovė *Tokios Tokelės*, teigdama, kad Ukraina pažeidė Lietuvos Respublikos ir Ukrainos dvišalę investicijų skatinimo ir apsaugos sutartį, nes Ukrainos valdžia ėmėsi neteisėtų veiksmų prieš įmonę *Taki spravy*. (*Taki spravy* buvo Ukrainoje įsteigta *Tokios Tokelės* dukterinė įmonė.) Sprendžiant klausimą dėl jurisdikcijos Ukraina teigė, kad *Tokios*

⁴⁹ *Ceskoslovenska Obchodni banka, A.S. v. The Slovak Republic* (ICSID case No. ARB/97/4) <http://icsid.worldbank.org/ICSID/FrontServlet> prisijungimo laikas 2007.06.15

⁵⁰ *Tokios Tokelės v. Ukraine* (ICSID Case No. ARB/02/18) <http://icsid.worldbank.org/ICSID/FrontServlet> prisijungimo laikas 2007.09.15

Tokelės neatitinka tikrojo užsienio investuotojo sąvokos, nes 99 procentai įmonės akcijų yra valdomi Ukrainos piliečių, ir nors įmonė įsteigta Lietuvoje, tačiau visa įmonės administracija yra įsikūrusi Ukrainoje. Vadinasi, teigė Ukrainos atstovai, pripažinimas, kad Centras turi jurisdikciją spręsti šį ginčą, reikštų, jog Ukrainos piliečiai įgyja teisę įtraukti savo pilietybės valstybę į tarptautinį investicinių ginčų sprendimo mechanizmą. Tai reikštų prieštaravimą Vašingtono konvencijos objektui ir tikslui – sukurti mechanizmą tarptautiniams investiciniams ginčams tarp valstybių ir užsienio investuotojų spręsti. Ukrainos atstovai prašė taikyti *kontrolės testą*, atsižvelgiant į pagrindinių akcininkų pilietybę.

Tačiau arbitražas pripažino *UAB Tokios Tokelės* užsienio investuotoju. Pagrindiniai argumentai buvo šie: Vašingtono konvencija nenurodo, koks metodas turėtų būti taikomas investuotojo nacionalinei priklausomybei nustatyti ir palieka tai susitariančiųjų valstybių diskrecijai. Tuo tarpu, Lietuvos ir Ukrainos dvišalėje investicijų skatinimo ir apsaugos sutartyje įtvirtintas platus investuotojo apibrėžimas, ir nurodoma, kad nacionalinei juridinio asmens priklausomybei nustatyti bus naudojamas inkorporacijos testas, (todėl buvo atmestas Ukrainos prašymas, taikyti „korporatyvinio šydo“ (angl.- *piercing the corporate veil*) doktriną ir nustatyti įmonės nacionalinę priklausomybę remiantis pagrindinių akcininkų pilietybe). Tribunolas taip pat citavo *Amco* bylą, kurioje yra išaiškinta, jog „Vašingtono konvencijoje esanti nacionalinės priklausomybės koncepcija yra klasikinė, besiremianti inkorporacijos vietos arba *siege social* testais. Šios koncepcijos išimtis gali būti taikoma tik tiems juridiniams asmenims, kurie turi ginčo šalies nacionalinę priklausomybę, nors yra kontroliuojami užsieniečių.“⁵¹ Kitaip tariant, atsižvelgti į pagrindinių akcininkų nacionalinę priklausomybę, t.y. taikyti kontrolės testą, pagal Vašingtono konvenciją galima tik tuo atveju, kai valstybė priimdama užsienio investicijas reikalauja, kad tai būtų padaryta per joje įsteigtą įmonę. Kadangi *Tokios Tokelės* nebuvo Ukrainoje įsteigta įmonė, nebuvo ir pagrindo taikyti šį testą.

Atskirojoje šioje byloje arbitru paskirto Prosper Weil nuomonėje buvo išreikštas susirūpinimas dėl to, kad toks platus investuotojo sąvokos aiškinimas, neatsižvelgiant į kapitalo kilmę, yra pernelyg platus ir pažeidžia Vašingtono konvencijos objektą bei tikslą.

Iš tiesų arbitro samprotavimai išreikšti atskirojoje nuomonėje yra labai įtikinantys, tačiau reikia pripažinti, kad Vašingtono konvencijoje nustatytas investuotojo apibrėžimas yra reikšmingas tik nustatant Centro jurisdikcijos klausimą. Dvišaliuose susitarimuose valstybės atskirai susitaria dėl to, ką jos laikys investuotojais. Todėl, konkrečiu atveju norint nustatyti, ar ieškovas atitinka investuotojo apibrėžimą, remtis reikia ne vien Vašingtono konvencija bet ir

⁵¹ *Ibid*, para. 40.

dvišale investicijų apsaugos sutartimi. Komentuodamas šį ICSID arbitražo sprendimą prof. Ch. Schreurer pasakė, kad „ICSID turėtų priimti bet kokią protingą juridinių asmenų nacionalinės priklausomybės nustatymą, įtvirtintą nacionaliniuose teisės aktuose arba dvišalėse sutartyse.“⁵²

Mūsų nuomone, kalbant apie kapitalo kilmę, arbitras Weil yra teisus teigdamas, kad kapitalo kilmė yra reikšmingas kriterijus, nustatant faktinį teisinio intereso turėtoją, tačiau, reikia pripažinti ir tai, kad nei Lietuvos ir Ukrainos dvišalė sutartis, nei Vašingtono konvencija, nenumato kapitalo kilmės testo taikymo, nustatant nacionalinę investuotojų priklausomybę. Kaip pasakyta ir pačiame *Tokios Tokelės* bylos sprendime, Vašingtono konvencijoje įtvirtinta nacionalinės priklausomybės koncepcija yra klasikinė, apimanti du testus – inkorporacijos ir *siege social*. Todėl kapitalo kilmės arba kontrolės testas be pagrindo neturėtų būti taikomas. Nustatyti faktinį intereso turėtoją yra svarbu įmonių grupės atveju, tada kai yra akivaizdu, kad dukterinės įmonės tėra investavimo instrumentai. Įmonių grupės atveju nei inkorporacijos, nei *siege social* testai nėra pakankami, todėl naudojamas „užsienio kontrolės“ testas. Tuo tarpu, *Tokios Tokelės* buvo patronuojanti įmonė, todėl ji ir turi būti laikoma faktiniu intereso turėtoju. Todėl, kad ir kokie teisingi atrodo prieštaraujancio arbitro P. Weil argumentai dėl Vašingtono konvencijos objekto ir tikslo, faktinės aplinkybės neleidžia nesutikti su arbitražo narių daugumos sprendimu.

Banro American Resources, Inc and Societe Aurifere du Kivu et du maniema S.A.R.L. v. Democratic Republic of the Congo byla taip pat yra svarbi investuotojo sąvokos aiškinimo prasme, nes joje ICSID arbitražas susidūrė su situacija, kada įmonių grupei priklausančios kompanijos, įsteigtos skirtingose valstybėse (Banro Resource Corporation, Inc (Kanadoje), šios įmonės dukterinė įmonė Banro American Resources, Inc. (JAV), pastaroji įsteigė dukterinę įmonę Societe Auririfere et Industrielle du Kivu et du Maniema S.A.R.L. (Demokratinėje Kongo Respublikoje)) pasinaudojo skirtingais pažeistų investuotojų teisių gynybos būdais. Banro Resource korporacija pasinaudojo Kanados diplomatiniais kanalais, o Banro American kartu su savo dukterine įmone Societe Auririfere et Industrielle du Kivu et du Maniema S.A.R.L. padavė prašymą ICSID arbitražui išspręsti ginčą.

Šis arbitražo sprendimas yra svarbus todėl, kad buvo aiškiai suformuluota taisyklė, jog pasinaudojus ICSID paslaugomis ir ginčą perdavus spręsti arbitražui, investuotojo valstybė praranda teisę į diplomatinę gynybą. Tribunolas nurodė, kad nepaisant to, jog viena įmonių grupei priklausanti įmonė (šiuo atveju Banro Resources Kanadoje korporacija) yra šalies neesančios Vašingtono konvencijos dalyve, nacionalinis subjektas, taigi gali tikėtis

⁵² Lyons K. Piercing the corporate veil in the international arena// Syracuse Journal of International Law and Commerce. 2006, vol. 33; No 2, P. 523-548.

diplomatinės gynybos, tačiau kita įmonė, Banro American (JAV nacionalinis subjektas) turi galimybę pasinaudoti tiesiogine galimybe paduoti ieškinį investicijas priimančiai valstybei. Vadinasi Banro įmonių grupė ėmėsi dviejų skirtingų investuotojo gynimo būdų prieš Kongo Demokratinę Respubliką - padavė ieškinį ICSID arbitražui ir panaudojo diplomatinį spaudimą. Tai griežtai draudžia Vašingtono konvencija. Šioje byloje tribunolas Vašingtono konvencijos aiškinimui pasitelkė *travaux preparatoires*, kas padėjo išsiaiškinti tikrąją Konvencijos šalių valią. Tribunolas konstatavo, kad prisijungimas prie Konvencijos valstybei reiškia du svarbius dalykus: visų pirma, ji negali naudotis savo imunitetu kaip priedanga nuo užsienio investuotojų pareikštų ieškinių, ir, antra, tokia valstybė yra užtikrinta, kad prieš ją nebus vykdomas diplomatinis investuotojo kilmės valstybės spaudimas (išskyrus atvejus, kai valstybė nevykdo ICSID sprendimo).

Kitas svarbus dalykas, ką šioje byloje sprendė arbitrai, buvo susijęs su tuo, kad reikėjo nustatyti, kas yra faktinis intereso turėtojas – Banro American (dukterinė įmonė, faktinis ieškovas) ar Banro Resources (motininė įmonė). Procedūriškai žiūrint, Banro American kartu su savo Kongo dukterine įmone perdavė ginčą tribunolui, taigi jie turėjo būti laikomi ieškovais, tačiau faktinis intereso turėtojas buvo Banro Resource, kuris turėjo 100% Banro American akcijų. Tribunolas savo sprendime nurodė, kad galimas dvejetainis sprendimas, t.y. galima situaciją spręsti vadovaujantis grynai formalumais ir tikraisiais ieškovais laikyti Banro American, tačiau galima išeiti už procedūriškumo ribų ir faktiniu intereso turėtoju, taigi ir tikruoju ieškovu, laikyti patronuojančią kompaniją - Banro Resource. Tribunolo nuomone toks požiūris, būtų teisingesnis, nes “leistų finansinei realybei nugalėti teisingas struktūras (formalumus).”⁵³ Sprendžiant šį klausimą, buvo pasitelkta ICSID jurisprudencija. Tribunolams kyla dvejetainis problemos nustatant jurisdikciją kai investuotojas priklauso įmonių grupei: 1- kai prašymą spręsti ginčą paduoda viena iš įmonių grupei priklausančių įmonių, tačiau, valstybė sutikimą spręsti ginčą ICSID arbitraže buvo suteikusi kitai tos grupės įmonei, ir 2- kai perleidžiant įmonės akcijas, prašymą spręsti ginčą paduoda akcijų perėmėjas, nors arbitražinę išlygą valstybė buvo pasirašiusi su pirmine įmone. Šioje byloje tribunolas konstatavo, kad sprendžiant tokias ir panašias situacijas ICSID tribunolai laikosi požiūrio, kad ne formalūs reikalavimai, o kiekvienos situacijos aplinkybės, t.y. faktiniai ryšiai tarp įmonių, yra lemiami nustatant ICSID jurisdikciją. “ICSID jurisprudencija atskleidžia tribunolų siekį susilaikyti nuo sprendimų priėmimo remiantis vien formaliomis aplinkybėmis, geriau savo sprendimus grįsti

⁵³ *Banro American Resources, Int. and Societe Aurifere du Kivu et du maniema S.A.R.L. v. Democratic Republic of the Congo* (ICSID Case No. ARB/98/7) <http://icsid.worldbank.org/ICSID/FrontServlet> prisijungimo laikas: 2007.07.12

realiai egzistuojančių santykių tarp įmonių įvertinimu.”⁵⁴ ICSID tribunolai yra linkę traktuoti dukterinės įmonės susitarimus, kaip patronuojančios įmonės, tikrojo investuotojo ir faktinio intereso turėtojo, susitarimus, nes dukterinė įmonė tėra tik instrumentas investicijai įvykdyti.

1.3. Kiti investuotojo definicijos aspektai

Svarbi investuotojo apibrėžimo sąlyga yra ta, kad investuotoju laikomas toks fizinis ar juridinis asmuo, kuris investuoja į užsienio šalį. Remiantis tarptautinių tribunolų praktika ir dvišalėmis sutartimis, matyti, kad investavimas laikomas prasidėjusiu, kai asmuo imasi konkrečių veiksmų, investicijai atlikti, pvz. kreipiasi į atitinkamas institucijas su prašymu išduoti reikiamą licenciją ar leidimą (Kanados ir Peru sutartis). Problemiška situacija yra su iki-investicinėmis išlaidomis. *Mihaly*⁵⁵ byloje, Amerikos kompanija dalyvavo konkurse dėl elektrinės statybos Šri Lankoje. Kai iš 25 kandidatų buvo pasirinkta būtent *Mihaly* kompanija, ji su Šri Lankos vyriausybe pasirašė ketinimų protokolą (angl.- *letter of intent*). Kai Šri Lanka atsisakė pasirašyti galutinę projekto sutartį, *Mihaly* jau buvo išleidusi keletą milijonų dolerių įvairiems tyrimams, susijusiems su investicija, atlikti. Tačiau ICSID arbitražas nepripažino *Mihaly* kompanijos investuotoju ir argumentavo tokį sprendimą sakydamas, kad ketinimų protokolas nesukūrė pareigos Šri Lankos vyriausybei ateityje pasirašyti galutinę sutartį, be to verslo plėtimo išlaidos neprilygsta investicijoms. Kitaip tariant, tai yra investuotojo rizika. Tačiau ši tribunolo pozicija vis tik nesulaukė didelio pripažinimo ir tai įrodo vėlesni investicijų apsaugos susitarimai tarp valstybių, nes juose įtraukiamos ir iki-investicinės išlaidos. “Tokias BIT daugiausiai pasirašė Kanada, JAV ir Japonija.”⁵⁶

Investuotoju gali būti laikoma ir valstybė, pvz. Kanados ir Peru investicijų apsaugos sutartyje nurodoma, kad investuotoju bus laikoma: (a) Kanada arba Kanados valstybinė įmonė, arba (b) Kanados piliečiai ar įmonės, kurie siekia investuoti arba jau yra investavę Peru. Lietuvos ir Kuveito sutartyje kaip investuotojos apibrėžiamos ir šalių vyriausybės.

Investuotojo sąvokos analizė nebūtų išbaigta, jeigu nepaminėtume dar kelių svarbių kriterijų, kuriuos investuotojas turi atitikti. ICSID bylas apibendrinę autoriai teigia, kad investuotoju bus laikomas asmuo, kurio investicijos atitiks keturis kriterijus: rizikos, indėlio (angl.-*contribution*), tam tikro tęstinumo ir prisidėjimo prie investicijas priimančios valstybės

⁵⁴ *Ibid*, para.11.

⁵⁵ *Mihaly International Corporation v. Democratic Socialist Republic of Sri Lanka* (ICSID Case No. ARB/00/2) <http://icsid.worldbank.org/ICSID/FrontServlet> prisijungimo laikas 2007.09.26

⁵⁶ Bilateral Investment treaties 1995-2006: Trends in Investment Rulemaking// UN Conference on Trade and Development Geneva, 2007. http://www.unctad.org/en/docs/iteija20065_en.pdf prisijungimo laikas 2007.09.05

ekonominio vystymosi. Šie kriterijai nėra nauji, jau parengiamuosiuose Vašingtono konvencijos darbuose atsispindėjo debatai dėl šių papildomų reikalavimų.

*Salini*⁵⁷ byloje išaiškinti rizikos ir indėlio faktoriai. Rizika yra beveik kiekvieno investavimo į užsienio valstybę projekto neatsiejama dalis. Ji gali būti susijusi su investicijas priimančios valstybės įstatymų pasikeitimais, su potencialiu darbo jėgos pabrangimu ir pan. Investuotojui, skirtingai nei pardavėjui, rizika kyla todėl, kad pagrindinis investuotojo pelnas yra gaunamas ne iš konkrečios prekės pardavimo, ar paslaugos suteikimo užsienio valstybėje, o iš dividendų, kurie priklauso nuo investavimo rezultato. Taigi, jeigu pagrindinė užsienio kompanijos prisidėjimo prie kokio nors objekto statybos priežastis yra parduoti dalį savo resursų, pvz., įrenginius ar technologijas, jeigu jo pelnas yra gaunamas todėl, kad jis pastatė greitkelių (kaip tai buvo *Salini* byloje), hidroelektrinę ar kitą objektą, jis nėra laikomas investuotoju, bet jeigu toks subjektas gauna pelną iš tokio objekto eksploatavimo ir tas pelnas nėra vienkartinis užmokestis, laikoma, kad jis patiria riziką ir todėl yra investuotojas, kuriam taikomos visos dvišalių investicinių susitarimų garantijos. Šis kriterijus yra glaudžiai susijęs su reikalavimu, kad investuotojo daroma investicija turi būti išsitiesusi laike. Tačiau, dėl konkretaus laiko tarpo autoriai nesutaria. “Aišku, kad vienkartiniai pirkimo-pardavimo ar kreditų suteikimo sandoriai nebus laikomi investicija.”⁵⁸ Laikoma, kad keletą metų trunkantis investavimas atitinka šį reikalavimą.

Indėlis yra vienas svarbiausių kriterijų, kuris reiškia, kad užsienio investuotojas savo investicija privalo prisidėti prie investicijas priimančios valstybės specialistų tobulėjimo. Tai susiję su technologijų, pažangios patirties (angl.- *know-how*), intelektinės nuosavybės perdavimu, apmokymų, seminarų ar kursų vietiniams gyventojams suteikimu, nuolatinėmis konsultacijomis susijusiomis su investavimo objekto eksploatavimu. Taigi neužtenka, vien panaudoti pažangias technologijas ar atsivežti geriausių specialistų komandą, reikia pasidalinti savo patirtimi. Tam valstybės su investuotojais pasirašo įvairius technologijų ar gamybos procesų įsigijimo kontraktus. Šis kriterijus yra glaudžiai susijęs su paskutiniu - jog investuotojas savo investicija turi prisidėti prie tam tikros ūkio šakos investicijas priimančioje valstybėje vystymosi. Šis kriterijus skiriasi nuo kitų todėl, kad priklauso nuo investicijas priimančios valstybės vertinimo. Čia yra svarbi valstybės motyvacija: ar priimti tokią investiciją ir jai suteikti apsaugą, ar tai prisidės prie valstybės vystymosi ir kaip? Šis kriterijus taip pat yra

⁵⁷ *Salini Costruttori S.p.A. & Italstrade S. p. A. v. Hashemite Kingdom of Jordan* (ICSID Case No. ARB/02/13) 2004 <http://icsid.worldbank.org/ICSID/FrontServlet> prisijungimo laikas 2007.09.15

⁵⁸ Horn N. *Arbitrating Foreign Investment Disputes*. -The Hague: Kluwer Law International, 2004.P. 297.

įtvirtintas ir Vašingtono konvencijos preambulėje, kur rašoma, kad užsienio investicijų pagrindinis tikslas yra prisidėti prie investicijas priimančių valstybių ekonomikos vystymosi.

Prof. Shreuer, prie šių kriterijų prideda dar vieną. Jo manymu, investuota pinigų suma turi būti pakankamai didelė (*substantial*- angl.). Tačiau šis kriterijus neatrodo itin įtikinamas todėl, kad viena ir ta pati suma JAV gali būti nedidelė, tačiau pavyzdžiui Trinidade ir Tobage ar Vietname tai gali būti gana didelės įplaukos į konkrečią ekonomikos šaką. Dėl to ir Vašingtono konvencijos kūrėjai, apsvarstę klausimą dėl minimalios investicijos sumos, atsisakė ją nustatyti ir įtraukti į Konvenciją.

Kadangi šie kriterijai yra gana griežti, ir daugelis investicijų jų netenkina, pvz. portfelinės investicijos, todėl iki šiol netyla diskusijos, dėl to, ar būtinas visų kriterijų taikymas *in corpore*. Atsakymą į šį klausimą randame analizuodami naujausias dvišales investicijų apsaugos ir skatinimo sutartis, kuriose naudojamas ne tik platus investuotojo, bet ir investicijų apibrėžimas, apimantis iki-investicijas, portfelines investicijas ir t.t. Galima drąsiai teigti, kad šiuolaikinė tarptautinė teisė siekia skatinti kuo didesnę investavimą, ypač į besivystančias valstybes, todėl suteikia vis platesnes garantijas investuotojams ir švelnina griežtus kriterijus.

Apibendrinant tai, kas pasakyta apie investicijų apsaugos subjektus – investuotojus, galima pateikti A. Lowenfeld nuomonę “nepaisant didelio dvišalių investicijų skatinimo ir apsaugos sutarčių skaičiaus, jų panašumas yra stulbinantis.”⁵⁹ Iš tiesų, apžvelgus BIT iš įvairių pasaulio regionų ir įvairaus ekonominio išsivystymo valstybių, galima pagrįstai teigti, kad investuotojo samprata yra panaši. Ryškios dvi tendencijos: vienos valstybės (ypač Lotynų Amerikos) yra linkusios savo imunitetą labai “tausoti”, todėl pasirenka gana siaurą, galima sakyti, klasikinį investuotojo apibrėžimą, kitos – žengia žingsnį į priekį ir pripažįsta, jog spartus investicijų teisės vystymasis nepaprastai prisideda prie globalios ekonominės plėtros ir todėl BIT garantijos turi būti užtikrintos kuo didesniai investuotojų ratui. Tokios valstybės į savo BIT modelius įtraukia plačią investuotojo definiciją. Kalbant apie investavimą į užsienio valstybes apskritai, reikia pabrėžti, kad šioje vietoje susiduriama su skirtingais kapitalą eksportuojančių ir investicijas priimančių valstybių interesais. Jei investicijas priimančios valstybės yra suinteresuotos BIT pagrindu atsisakyti kuo mažesnės valstybės suvereniteto dalies ir riboti investuotojams suteikiamas garantijas, tai kapitalą eksportuojančios valstybės siekia tas garantijas išplėsti, įtraukdamos į BIT kuo platesnį investicijų ir investuotojų apibrėžimą. Kapitalą eksportuojančioms valstybėms BIT yra tarsi garantija/apsidraudimas nuo ekspropriacijos ir kitų savavališkų investicijas priimančios valstybės veiksmų, o besivystančios

⁵⁹ Lowenfeld Andreas F. *International Economic Law*.- Oxford: Oxford University Press P. 474.

valstybės BIT pagalba “siunčia svarbų signalą tarptautinei verslo bendruomenei, kad jos ne tik priims užsienio investicijas bet ir palengvins joms tam tikras sąlygas bei saugos užsienio įmones.”⁶⁰

2. INVESTUOTOJŲ TEISIŲ APSAUGOS MECHANIZMAI

Išsiaiškinus subjektus, kuriems taikomos investicijų apsaugos sutarčių garantijos ir prieš pradėdant investuotojų teisių apsaugos mechanizmų analizę, verta trumpai apžvelgti pagrindines grėsmes ir riziką, kuri kyla kapitalui investuotam užsienio valstybėse.

“Pagrindinė investuotojo teisė tai teisė valdyti, naudoti ir disponuoti investavimo objektu. (...) Be to investuotojas turi teisę jam nuosavybės teise priklausantį pelną (pajamas) (...) konvertuoti į užsienio valiutą ir (ar) pervesti į užsienį be apribojimų.”⁶¹ Valstybei tiesiogiai ar netiesiogiai pažeidus šias investuotojų teises, kyla tarptautinė atsakomybė. Investuotojų nuosavybės teisių pažeidimas gali pasireikšti įvairiomis formomis. Dažniausiai įvairių autorių yra minimos šios rizikos. Tai yra ekspropriacija, valiutos svyravimai, politinės prievartos rizika (revoliucijos, pilietiniai karo pasekmės) ir sutarčių nesilaikymas. Daugiausiai investicinių ginčų kyla dėl tiesioginės ar netiesioginės ekspropriacijos, todėl apsauga nuo šios grėsmės yra įtvirtinta praktiškai visose BIT. Paprastai įtraukiama tokia standartinė nuostata: *„nė viena susitariančioji šalis tiesiogiai ar netiesiogiai neeksproprijuoja, nenacionalizuoja ir netaiko kitokių panašaus pobūdžio priemonių kitos susitariančios šalies investuotojų investicijoms, išskyrus atvejus, kai tos priemonės taikomos visuomenės interesais nediskriminaciniu pagrindu, įstatymų nustatyta tvarka ir su sąlyga, kad bus susitarta dėl efektyvios ir atitinkamos kompensacijos.“*⁶²

Kadangi investavimo į užsienio rinkas grėsmės nėra pagrindinis šio darbo tikslas, daugiau nesiplečiant galima pereiti prie galimų investicinių ginčų sprendimo mechanizmų analizės.

⁶⁰ Sloane R., Reisman W. Indirect expropriation and its valuation in the BIT generation //The British Yearbook of International law 2003 // Oxford: Oxford at the Clarendon press P. 116.

⁶¹ Valančius K. Investicijų teisė. Užsienio investicijų teisinio reguliavimo raida Lietuvos respublikoje (1990 - 2004), -Vilnius: Eugrimas, 2005. P.56.

⁶² Lietuvos Respublikos Vyriausybės ir Rumunijos Vyriausybės sutartis dėl investicijų skatinimo ir abipusės apsaugos// Valstybės žinios. 1995, Nr. 11.

2.1 Diplomatinė užsienio investuotojų gynyba

2.1.1. Diplomatinės gynybos samprata

Kalbant apie valstybių elgesį su užsienio investuotojais ir jų interesų apsaugą diplomatinės gynybos keliu, būtina yra prisiminti istorinius įvykius, paskatinusius atkreipti dėmesį į šių teisinių santykių reglamentavimą. Bene ilgiausias diplomatinės gynybos procesas užsienio investicijų klausimu prasidėjo dar gerokai prieš 1917 metus (kai Meksikoje buvo eksproprijauta dalis dirbamosios žemės) ir tęsėsi iki Antrojo pasaulio karo pradžios. Kadangi tarp nukentėjusių nuo Meksikos valdžios vykdomos ekspropriacijos buvo dalis amerikiečių, JAV vyriausybė pradėjo susirašinėjamą diplomatiniais kanalais su Meksikos vyriausybe. “Šiuose susirašinėjimuose, kurie yra žinomi *Hull* formulės pavadinimu, atsispindėjo Amerikos ir, greičiausiai, viso vakarietiško pasaulio požiūris į investicijas priimančios valstybės teises ir pareigas investuotojams.”⁶³ Šios formulės esmė ta, kad valstybė, nacionalizavusi užsienio fiziniam ar juridiniam asmeniui priklausantį turtą, turi jam išmokėti kompensaciją, kuri privalo būti greitai, adekvati ir veiksminga (angl. – *prompt, adequate, effective*).

Po Antrojo pasaulinio karo nuvilnijo ekspropriacijų banga per visą pasaulį. Labiausiai ji palietė Rytų Europos valstybes, Lotynų Ameriką, Kiniją, Kubą. Žinomiausi užsienio kapitalo ekspropriacijos atvejai: Anglijos-Irano naftos kompanijos nacionalizacija (1951), Sueco kanalo nacionalizacija (1956), didžiųjų naftos kompanijų, priklausiusių vakarietiškomis valstybėms, nacionalizacija Alžyre, Saudo Arabijoje, Irake (XIX a. septinto dešimtmečio pradžioje). Dažniausiai šios situacijos buvo sprendžiamos derybomis vyriausybinio lygmeniu – diplomatiniais kanalais, tiesiogiai tarp nacionalizavusios valstybės ir nukentėjusių investuotojų arba tarpininkaujant Pasaulio bankui.

Tačiau sparčiai besivystant tarptautinei prekybai bei privataus kapitalo investavimui į užsienio valstybes, neišvengimai kilo ir ginčų šioje srityje sprendimo poreikis. Valstybė ilgą laiką buvo vienintelis visateisis tarptautinės teisės subjektas, todėl visus ginčus, susijusius su tarptautiniais santykiais, galėjo spręsti tik valstybė. Iš tiesų, kol nebuvo dvišalių ir daugiašalių susitarimų dėl užsienio investicijų apsaugos ir skatinimo, nebuvo kito būdo patiems investuotojams ginti savo teisių tarptautiniuose tribunoluose, kaip tik kreipiantis į savo pilietybės ar nacionalinės priklausomybės valstybę dėl diplomatinės gynybos. Tokiu būdu, investuotojas atsidurdavo visiškoje valstybės valioje ir negalėdavo įtakoti jos veiksmų, ar priešingai, neveikimo. Tai reiškia, kad, pavyzdžiui, norėdama išlaikyti gerus santykius su

⁶³ Lowenfeld Andreas F. *International Economic Law.*- Oxford: Oxford University Press P. 397.

kitomis šalimis, valstybė gali ir iš viso nesiimti jokių veiksmų pažeistiems investuotojo interesams apsaugoti.

Po Antrojo pasaulinio karo bent penkios situacijos susijusios su diplomatine užsienio investicijų gynyba pasiekė Tarptautinį Teisingumo Teismą: *Anglo-Iranian Oil Co.* (United Kingdom v. Iran), *Interhandel* (Switzerland v. United States of America), *Barcelona Traction Light and Power Company Limited* (Belgium v. Spain), *Electronica Sicula S.p.A.* (United States v. Italy), bei šiuo metu sprendžiama *Ahmadou Sadio Diallo* (Republic of Guinea v. Democratic Republic of the Congo). Šiuose sprendimuose geriausiai atsispindi diplomatinės gynybos, kaip investuotojų teisių gynybos mechanizmo, galimybės.

Viena pirmųjų bylų susijusių su užsienio investicijų gynimu diplomatiniu keliu, kurią sprendė Tarptautinis teisingumo teismas buvo *Anglo-Iranian*⁶⁴ byla. 1951 metais Iranas nacionalizavo visas naftos kompanijas, tame tarpe ir Didžiosios Britanijos piliečių įmonę *Anglo-Iranian Oil Company Limited*. Todėl Didžioji Britanija, kaip šios įmonės inkorporacijos valstybė, kreipėsi į Tarptautinį Teisingumo Teismą, kad Iranas kompensuotų patirtą žalą dėl to, kad buvo nutraukta *Anglo-Iranian Oil Company Limited* koncesijos sutartis. Tarptautinis Teisingumo Teismas “atmetė požiūrį, jog koncesijos sutartis tarp valstybės ir privačios užsienio kompanijos gali būti laikoma tarptautine sutartimi. Tai reiškia, kad koncesijos sutarties nutraukimas, prieš terminą, kaip nacionalizacijos pasekmė, negali būti laikomas tarptautinės sutarties pažeidimu.”⁶⁵ Šis Teismo išaiškinimas nesulaukė plataus pripažinimo, kadangi šiuo metu koncesijos sutartis yra vienas pagrindinių užsienio investicijų patekimo į valstybę būdų. Todėl daugelis dvišalių susitarimų nurodo, kad koncesijos sutartims taikomos užsienio investicijų apsaugos garantijos.

“Pagrindines taisykles, nustatančias įmonių investuojančių į užsienio valstybes gynybos ypatumus, nustatė Tarptautinis Teisingumo Teismas *Barcelona Traction* byloje. Pasak Teismo įmonė turi tos valstybės nacionalinį priklausomumą, kurioje ji yra įsteigta, ir tik pastaroji valstybė turi teisę diplomatiškai ginti tokios įmonės interesus. Tai yra logika paremta taisyklė, kadangi įmonė negali egzistuoti už teisinės sistemos, kuri ją sukūrė, ribų.”⁶⁶ Tačiau ši taisyklė neužtikrina įmonės akcininkų interesų gynimo. *Barcelona Traction* byloje Teismas nusprendė, kad Belgija neturi *locus standi* pateikti pretenzijų Ispanijai ir ginti savo piliečių, Kanados įmonės, kurią paveikė Ispanijos administracinės ir teisinės priemonės, akcininkų. “Priimdamas šią daug kritikuotą išvadą, Teismas akcentavo multinacionalinių kompanijų

⁶⁴ I.C.J. Case *Anglo-Iranian Oil Co. (United Kingdom v. Iran)*1962.

⁶⁵ Provost R. *State Responsibility in International Law*. – Aldershot: Ashgate Dartmouth, 2002.P. 393.

⁶⁶ Sornarajah M. *The International Law on Foreign Investment*.- Cambridge: Cambridge University Press, 2004. P.228.

skaičiaus augimą ir išreiškė nuostabą, kad didesnė investuotojų apsauga yra neišvystyta.”⁶⁷ Savo išvadoje Teismas taip pat nurodė, kad akcininkų apsaugos mechanizmų reikėtų ieškoti ne per diplomatinis kanalus, o dvišalėse ir daugiašalėse investicijų apsaugos sutartyse. “Valstybės yra vis dažniau linkusios specialių susitarimų pagalba arba platesnio ekonominio bendradarbiavimo rėmuose, suteikti apsaugą investuotojams tiek dvišaliuose, tiek daugiašaliuose santykiuose. Iš tiesų, nuo II Pasaulinio karo tiek dvišalių tiek daugiašalių susitarimų forma arba tiesioginėmis investuotojų ir valstybių sutartimis investuotojų apsaugos klausimai smarkiai vystėsi. Kartais, tarptautinėse sutartyse nustatytomis procedūromis, įmonėms yra suteikiama teisė tiesiogiai ginti savo interesus prieš valstybes.”⁶⁸

Kitai tariant, Tarptautinis Teisingumo Teismas, nustatęs, kad akcininkai tarptautinėje teisėje neturi savarankiškų teisių, šioje byloje pirmą kartą išsakė savo susirūpinimą dėl to, kad investavimas į užsienio valstybes tapo plačiai paplitusiu reiškiniu, o teisiniai investavimo į užsienio valstybes klausimai liko nereguliuoti. Jis nurodė, kad geriausias būdas sunorminti tokius santykius yra sudaryti dvišalius, daugiašalius arba netgi tiesioginius investuotojų ir valstybių susitarimus.

*ELSI*⁶⁹ byla, prof. Andreas F. Lowenfeld nuomone, nedaug prisidėjo prie tarptautinės investicijų teisės vystymosi. Tačiau kiti autoriai pabrėžia, kad Tarptautinio Teisingumo Teismo noras nagrinėti šią bylą, parodė, kad jis švelnina savo poziciją įtvirtintą *Barlecona Traction* byloje dėl to, kad juridinių asmenų diplomatinės gynybos gali imtis tik inkorporacijos valstybė. Šioje byloje, JAV kreipėsi į Tarptautinį Teisingumo Teismą gindamos savo kompanijas, kurios buvo pagrindiniai *ELSI* akcininkai. „Formaliu požiūriu, tai buvo ginčas tarp Italijos įmonės ir Italijos vyriausybės“⁷⁰, nes buvo pažeisti įmonės (*ELSI*) interesai, tačiau faktiškai ginčą padavė įmonės akcininkų nacionalinės priklausomybės valstybė, taigi nebuvo laikomasi ankstesniu sprendimu įtvirtinto inkorporacijos testo taikymo, nustatant valstybę, kuriai priklauso diplomatinės gynybos teisė. Nors šioje byloje buvo leista akcininkų valstybei imtis diplomatinės gynybos, tačiau Teismas pabrėžė, kad šį savo sprendimą jis priėmė vadovaudamasis ne paprotinėmis tarptautinės teisės normomis, o Draugystės, prekybos ir laivybos sutartimi tarp Italijos ir JAV, kuria šių valstybių piliečiams buvo suteiktos plačios galimybės ginti savo interesus.

⁶⁷ *Ibid*, P. 228.

⁶⁸ *Case concerning the Barcelona Traction, Light and Power Company, Limited Belgium v. Spain* Judgement I.C.J. Reports, 1962 <http://www.icj-cij.org/docket/files/50/5341.pdf> prisijungimo laikas 2007.09.15

⁶⁹ *Case Concerning Electronica Sicula S.p.A. (Unites States v. Italy)*, Judgement I.C.J. Reports 1989 <http://www.icj-cij.org/docket/files/76/6707.pdf> prisijungimo laikas 2007.10.14

⁷⁰ Lowenfeld Andreas F. *International Economic Law*.- Oxford: Oxford University Press. P.437.

Naujausia su investicijų apsaugos klausimais susijusi byla *Ahmadou Sadio Diallo* (Republic of Guinea v. Democratic Republic of the Congo)⁷¹ šiuo metu yra sprendžiama Tarptautiniame Teisingumo Teisme. Galutinio sprendimo byloje dar nėra priimta, tačiau jau yra išspręstas klausimas dėl jurisdikcijos, kuriame atsispindi Tarptautinio Teisingumo Teismo požiūris į diplomatinę gynybą kaip investuotojų teisių gynimo būdą. *Ahmadou* byloje Gvinėja, p. Ahmadou Diallo pilietybės valstybė, siekia apginti 1.- asmenines p. Ahmadou teises (dėl neteisėto jo sulaikymo Demokratinėje Kongo Respublikoje (buvusiam Zaire) ir deportavimo), 2.- dviejų įmonių: *Africom-Zaire* ir *Africontainers-Zaire*, (įsteigtų p. Ahmadou Zaire) pažeistas teises bei 3.- tiesiogines jo, kaip akcininko, teises minėtose dviejose įmonėse. Kongas išreiškė prieštaravimus dėl Gvinėjos teisės ginti pačias įmones, kadangi Kongas yra šių įmonių inkorporacijos valstybė. Pagal principą nustatytą, *Barcelona Traction* byloje, tik inkorporacijos valstybė turi teisę į įmonės diplomatinę gynybą. Gvinėja teigė, kad p. Ahmadou buvo priverstas įsteigti įmones Kongoje, jei norėjo ten vystyti savo verslą. Gvinėja rėmėsi Tarptautinės teisės komisijos parengtu Diplomatinės gynybos straipsnių projektu⁷² (apie jį bus kalbama vėliau), kur 11 straipsnyje nurodoma, kad jei įmonė patyrė žalą inkorporacijos valstybėje, tačiau įmonės įsteigimas buvo išankstinė sąlyga ten vykdyti verslą, diplomatinės gynybos teisė pereina pagrindinių akcininkų valstybėms. Gvinėja tai pavadino diplomatine gynyba „sukeičiant“ (angl.- *protection by substitution*). Visgi Tarptautinis Teisingumo Teismas palaikė Kongo poziciją ir nurodė, kad „Teismas išanalizavęs valstybių praktiką ir tarptautinių tribunolų sprendimus nemano, kad jie atskleidžia paprotinės normos dėl juridinių asmenų gynybos išimtį, jog diplomatinė gynyba „sukeičiant“ yra galima.“⁷³ Teismas taip pat pažymėjo, kad Tarptautinės teisės komisijos parengtuose Diplomatinės gynybos straipsniuose įtvirtinta gynybos „sukeičiant“ taisyklė šioje situacijoje netaikoma, nes p. Ahmadou Zaire gyveno 10 metų iki *Africom-Zaire* ir 15 metų iki *Africontainers-Zaire* įsteigimo, todėl negalima teigti, kad įmonės buvo įsteigtos taip, kad patektų į 11 straipsnyje įtvirtintos taisyklės taikymo apimtį.

2.1.2. Diplomatinės gynybos normų kodifikavimas ir vystymas Tarptautinės teisės komisijos rėmuose

Diplomatinės gynybos normos yra paprotinės teisės normos, kurias buvo nuspręsta įtvirtinti tarptautiniame dokumente. Tarptautinės teisės komisija 2006 metais priėmė

⁷¹ *Ahmadou Sadio Diallo* (Republic of Guinea v. Democratic Republic of the Congo) Judgement on preliminary objections I.C.J. Reports, 1998 <http://www.icj-cij.org/docket/files/103/13856.pdf> prisijungimo laikas 2007.12.12

⁷² Draft Articles of the Diplomatic Protection// http://untreaty.org/ilc/summaries/9_8.htm prisijungimo laikas 2007.04.20

⁷³ *Ahmadou Sadio Diallo* (Republic of Guinea v. Democratic Republic of the Congo) Judgement on preliminary objections I.C.J. Reports, 1998 <http://www.icj-cij.org/docket/files/103/13856.pdf> prisijungimo laikas 2007.12.12

rezoliuciją, kuria perdavė Generalinės asamblėjos svarstymui parengtą diplomatinės gynybos straipsnių projektą. Šiame projekte atspindėtos visos šiuolaikinės diplomatinės gynybos priemonės ir taisyklės. Investuotojų diplomatinei gynybai yra skirti 9-13 ir 17 straipsniai. Juose aptarti nacionalinės priklausomybės nustatymo principai (pirmenybė teikiama juridinio asmens inkorporacijos valstybei), situacijos, kuriose diplomatinę gynybą gali vykdyti ne tik juridinio asmens, bet ir akcininkų valstybės bei įtvirtinta speciali išlyga dėl dvišalių investicijų sutarčių. Šio projekto komentare nurodoma: „Diplomatinė gynyba tradiciškai yra mechanizmas sukurtas užtikrinti valstybės nacionaliniams subjektams padarytos žalos atlyginimą ir remiasi prielaida, kad žala padaryta valstybės nacionaliniams subjektams yra žala padaryta pačiai valstybei.“⁷⁴ Klasikinėje tarptautinėje teisėje individai ir tarptautinės korporacijos neturėjo nei savo vietos, nei savo teisių. Dėl to, jei reikėdavo ginti asmenį užsienyje patyrusį žalą, tai galima buvo padaryti tik remiantis minėta fikcija – kad žala padaryta asmeniui yra žala padaryta jo valstybei. „Šiandien situacija yra stipriai pasikeitusi. Individai yra kai kurių tarptautinių normų tiek paprotinių, tiek sutartinių, pagrindiniai subjektai, kurios juos gina ir nuo jų pačių valstybių ir nuo užsienio.(...) Ši apsauga neapsiriboja vien asmeninėmis teisėmis. Dvišalės investicijų apsaugos sutartys suteikia tiek fiziniams, tiek juridiniams asmenims teises bei apsaugą ir turtinių interesų atžvilgiu.“⁷⁵

Diplomatinės gynybos mechanizmas pažeistoms investuotojų teisėms ginti gali pasireikšti tokiais konkrečiomis teisėtomis priemonėmis: protesto pareiškimas, prašymas padaryti tyrimą, derybos, mediacija, taikinimas, arbitražas ar teisminis ginčo sprendimas.

Diplomatinės gynybos straipsnių projekto 9 straipsnis reglamentuoja juridinių asmenų gynybą. Jis remiasi *Barcelona Traction* byloje nustatytais pagrindinėmis juridinių asmenų gynybos gairėmis, kad diplomatinės gynybos teisė priklauso įmonės inkorporacijos valstybei. Tačiau jame nustatoma ir viena išimtis iš šios taisyklės: jei be juridinio asmens įregistravimo, jokie kito reikšmingo ryšio su ta valstybe nėra nustatyta, tokiu atveju diplomatinės gynybos teisė pereina tai valstybei, kurioje yra įsikūrę tokio asmens valdymo organai. Kaip teigiama šio straipsnio komentare, protingumas ir teisingumas lemia tokį sprendimą. Neteisinga būtų išskirtinę diplomatinės gynybos teisę suteikti inkorporacijos valstybei su kuria nėra jokių reikšmingų ryšių, nes praktikoje tokia valstybė nebus linkusi suteikti savo apsaugos.

Įmonių akcininkų diplomatinės gynybos taisyklės yra nustatytos projekto 11 str. Jame teigiama, kad, jei buvo pažeistos pačios įmonės teisės, tai akcininkų valstybės neturi teisės į

⁷⁴ Commentaries of the Draft Articles of the Diplomatic Protection P.25 http://untreaty.org/ilc/summaries/9_8.htm prisijungimo laikas 2007.04.20

⁷⁵ Commentaries of the Draft Articles of the Diplomatic Protection P. 25, 26 http://untreaty.org/ilc/summaries/9_8.htm prisijungimo laikas 2007.04.20

diplomatinę jų gynybą išskyrus du atvejus: - kai tokia įmonė nustojo egzistuoti ir – kai įmonė turėjo jai žalą sukėlusios valstybės nacionalinę priklausomybę, tačiau inkorporacija buvo išankstinis tos valstybės reikalavimas užsienio investuotojams joje pradėti savo veiklą.

Pagrindinis juridinių asmenų diplomatinės gynybos principas yra tas, kad būtent jų nacionalinės priklausomybės valstybė, o ne akcininkų nacionalinės priklausomybės valstybės turi teisę imtis gynybos priemonių. Šis principas buvo pabrėžtas ir *Barcelona Traction* byloje, kur Teismas įspėjo, jog, suteikus akcininkų valstybėms teisę pradėti diplomatinę gynybą, daug sumaišties ir nesaugumo jausmo bus įnešta į tarptautinius ekonominius bei teisinius santykius. Tačiau praktikoje, valstybės vis tiek koordinuotų savo veiksmus, todėl šis argumentas neatrodo įtikinantis. Pirmoji išimtis leidžia įsikišti akcininkų valstybėms, kai juridinis asmuo teisiškai nustoja egzistuoti. Kas liečia juridinio asmens egzistavimo faktą, komentare pabrėžiama, kad nepakanka, jog juridinis asmuo faktiškai nevykdo veiklos ar yra pavojingos (angl.- *precarious*) finansinės būklės, todėl įmonės teisinė, o ne faktinė būklė yra svarbi šiuo klausimu.

Antrasis atvejis, kai valstybė gali ginti pačius akcininkus yra praktiškai identiškas Vašingtono konvencijos 25 str. 2 d. (b) nuostatai. Ja siekiama apsaugoti tuos asmenis, kurie investuodami į užsienio valstybę, gali tai padaryti tik per vietoje įsteigtą juridinį asmenį. Kaip minėta anksčiau, jei šios nuostatos nebūtų, vietos valstybė galėtų išvengti tarptautinės atsakomybės už neteisėtus veiksmus prieš tokią įmonę, nes tai būtų traktuojama kaip jos vidaus įmonės teisėtų interesų pažeidimas ir investuotojas neturėtų jokių kitų gynybos priemonių, išskyrus nacionalines. Teisėjai Fitzmaurice, Tanaka ir Jessup atskirosoje *Barcelona Traction* bylos nuomonėse išreiškė visišką tokios nuostatos palaikymą.

12 projekto straipsnis įtvirtina įmonės ir akcininkų juridinio atskirumo koncepciją ir nurodo, kad, jei pažeidžiamos ne įmonės, o tiesioginės investuotojų teisės, jų nacionalinės priklausomybės valstybės gali pradėti diplomatinę gynybą. Tiesioginės ir pagrindinės investuotojų teisės į kurias gali kėsintis valstybė yra teisė į priskaičiuotus dividendus, teisė dalyvauti akcininkų susirinkimuose ir balsavimo teisė juose, teisė į likusią turto dalį, įmonės likvidavimo atveju, teisė dalyvauti įmonės valdyje, pirmumo teisė įsigyti naujai išleistas akcijas, teisė į priverstinį akcijų išpirkimą (angl. *squeeze-out right*). Šis sąrašas nėra baigtinis, todėl teismų diskrecijai yra paliekama įvertinus konkrečias aplinkybes nuspręsti tokių teisių ribas. Pvz., *ELSI* byloje Tarptautiniam Teisingumo Teismui teko spręsti akcininkų teisės kurti, kontroliuoti ir valdyti įmonę pažeidimo klausimą.

Kaip minėta, šis diplomatinės gynybos straipsnių projektas turi ir specialią išlygą dėl diplomatinė priemonių netaikymo tam tikrais atvejais. 17 projekto straipsnyje nustatyta, kad „Šie diplomatinės gynybos straipsniai netaikomi tada, kai jie nesutampa su specialiomis

tarptautinės teisės normomis, tokiomis kaip sutarčių dėl investicijų apsaugos.⁷⁶ Projekto komentare pabrėžiama, kad kai kurios tarptautinės sutartys, tarp jų ir investicijų apsaugos sutartys, nustato specialius ginčų sprendimo mechanizmus, kurie visiškai arba iš dalies nukrypsta nuo diplomatinių priemonių taikymo. Komentare pripažįstama, kad ginčų sprendimo mechanizmai nustatyti dvišalėse sutartyse su ICSID priešakyje suteikia didesnę naudą užsienio investuotojams negu paprotinės teisės sistema ir diplomatinė gynyba, nes suteikia investuotojams tiesioginę teisę kreiptis į tarptautinį arbitražą, leidžia išvengti neapibrėžtumo, kuris būdingas diplomatinės gynybos prigimčiai, ir apskritai apsieina be diplomatinės gynybos mechanizmo įtraukimo.

Apie diplomatinės gynybos, kaip investuotojų teisių gynimo mechanizmo skirtumus nuo ICSID sistemos bus kalbama vėliau, tačiau šioje vietoje galima būtų paminėti, kad bene didžiausias diplomatinės gynybos kaip investuotojų teisių gynimo mechanizmo trūkumas yra tas, kad tik pati valstybė gali inicijuoti ir vykdyti diplomatinę gynybą, kitaip tariant, valstybė yra subjektas turintis teisę imtis visų anksčiau išvardintų veiksmų. Tokia pozicija buvo išreikšta ir Tarptautinio Teisingumo Teismo *Barcelona Traction* byloje: „(...) valstybė gali vykdyti diplomatinę gynybą tokiomis priemonėmis ir tokia apimtimi, kokia jos manymu yra tinkama, kadangi tai jos pačios teisėtų interesų gynimas. Jei fizinis ar juridinis asmuo, kurio labai veikia valstybė, mano, kad jo teisės nėra pakankamai ginamos, tarptautinė teisė jam nesuteikia jokios priemonės. (...) Valstybė turi išimtinę teisę spręsti ar jos apsauga bus suteikiama, kokios apimties ji bus ir kada pasibaigs.“⁷⁷

Vidaus gynybos priemonių išnaudojimas prieš kreipiantis dėl diplomatinės gynybos yra dar vienas šio mechanizmo trūkumas kadangi jis padaro visą procesą itin ilgą. Projekto komentaras taip pat vidaus gynybos priemonių išnaudojimą įvardija kaip būtina sąlygą. *ELSI* byloje JAV investuotojas šešis metus siekė atgauti savo investiciją Italijos teismuose, ir kai tai nedavė jokių rezultatų kreipėsi pagalbos į savo vyriausybę. Deja, diplomatinis susirašinėjimas, trukęs dešimtmetį, nedavė jokių rezultatų ir ginčas pasiekė Tarptautinį Teisingumo Teismą. Nuo įvykių nulėmusių ginčą iki galutinio teismo sprendimo praėjo 21 metai.

Apibendrinant tai, kas pasakyta apie diplomatinę investuotojų teisių gynybą reikia pasakyti, kad nors šiuolaikinė tarptautinė teisė suteikia palyginus daug teisių asmenims, tačiau efektyvių šių teisių gynybos priemonių nėra daug, todėl, nepaisant jos trūkumų, diplomatinė gynyba lieka svarbiu pažeistų interesų gynybos mechanizmu.

⁷⁶ Commentaries of the Draft Articles of the Diplomatic Protection p. 89 http://untreaty.org/ilc/summaries/9_8.htm prisijungimo laikas 2007.04.20

⁷⁷ *Case concerning the Barcelona Traction light and Power Company Limited (Belgium v. Spain)* Judgement I.C.J. Reports 1962 <http://www.icj-cij.org/docket/files/50/5341.pdf> prisijungimo laikas 2007.09.15

2.2. Investuotojų teisių gynība Europos žmogaus teisių teisme

Plačiai pripažįstama, kad Europos žmogaus teisių ir pagrindinių laisvių apsaugos konvencija iš visų regioninių žmogaus teisių apsaugos sistemų turi patį veiksmingiausią priežiūros mechanizmą. Jis remiasi žmogaus teisių gynimo mechanizmu, kuris susideda iš dviejų galimybių: 1) valstybės gali kreiptis į EŽTT dėl, to, kad jos manymu kita šalis pažeidė EŽTK nuostatas, 2) fizinių asmenų, jų grupių ir tarptautinių organizacijų galimybės paduoti individualią peticiją. „Kalbant apie juridinių asmenų teisę teikti peticijas dėl jų galimai pažeistų teisių į nuosavybę, reikėtų paminėti, kad tai daryti turi teisę tik juridinio asmens teisėti atstovai (pvz., įmonės įstatų pagrindu atstovaujantis įmonės vadovas ir pan.) Kompanijos akcininkai teikti peticijas pagal šios konvencijos I Papildomo protokolo 1 straipsnį dėl nuosavybės teisių pažeidimo, pagal EŽTT praktiką, gali tik tuo atveju, jei jie sugeba įrodyti, jog nebuvo galimybės kompanijai arba jos likvidatoriui pradėti teisminį bylos nagrinėjimą.“⁷⁸

Kaip minėta pradžioje, žmogaus teisių srityje, individai reiškiasi kaip savarankiški tarptautinės teisės subjektai, ir nors visiško subjektiškumo neįgyja, tačiau, gindami pažeistas žmogaus teises, patys, betarpiškai gali paduoti peticijas prieš valstybes EŽTK šalis Europos žmogaus teisių teismui. Svarbiausios peticijos priimtumo sąlygos yra įtvirtintos EŽTK 35 straipsnyje – vidaus teisinės gynybos priemonių išnaudojimo taisyklė ir 6 mėnesių terminas.

Analizuojant investuotojų pažeistų teisių gynimo galimybes EŽTK rėmuose, svarbus yra I Papildomas protokolai, jo 1 str. formuluojamas taip:

„Kiekvienas fizinis ar juridinis asmuo turi teisę netrukdomas naudotis savo nuosavybe. Iš nieko negali būti atimta jo nuosavybė, išskyrus tuos atvejus, kai tai yra būtina visuomenės interesams ir tik įstatymo nustatytais sąlygomis bei vadovaujantis bendraisiais tarptautinės teisės principais.

Tačiau ankstesnės nuostatos jokių būdu neriboja valstybės teisės taikyti tokius įstatymus, kokie, jos manymu, jai reikalingi, kad ji galėtų kontroliuoti nuosavybės naudojimą, atsižvelgdama bendrąjį interesą, arba kad garantuotų mokesčių, kitų rinkliavų ar baudų mokėjimą.“⁷⁹

Po šio protokolo priėmimo, situacijos, kada valstybė nusavina asmenų turtą ar kitaip paveikia teises į nuosavybę, patenka į EŽTT jurisdikciją ir kadangi EŽTK įvardintos teisės garantuojamos ne tik savo piliečiams, bet visiems valstybės jurisdikcijoje esantiems asmenims,

⁷⁸ Budrys A. Europos žmogaus teisių ir pagrindinių laisvių apsaugos konvencijos pirmojo protokolo 1 straipsnis: DE FACTO nusavinimo problema : magistro baigiamasis darbas: Mykolo Romerio universitetas. Tarptautinės teisės ir Europos Sąjungos teisės katedra. Vilnius, 2004.P.12.

⁷⁹ Žmogaus teisių ir pagrindinių laisvių apsaugos konvencijos protokolas Nr. 1, iš dalies pakeistas protokolu Nr.11// Valstybės žinios, 2000, Nr. 96-3016.

užsienio investuotojai, taip pat patenka į subjektų, kurie gali tokiu būdu ginti savo teises, ratą, nors „kai kurios šalys nuosavybės teisės apsaugą visapusiškai garantuoja tik valstybės piliečiams pvz. pagal Islandijos Respublikos Konstitucijos 72 straipsnį užsieniečiams gali būti apribota nuosavybės teisė į nekilnojamą turtą ar akcijas.“⁸⁰

Plačiau neanalizuojant I Papildomo protokolo 1 straipsnio turinio⁸¹, reikia pasakyti, kad esminio skirtumo, dėl to kokie interesai yra ginami I Papildomo protokolo 1 str. ir investicijų apsaugos sutartyse nėra. Vyrauja bendra tendencija, kad nuosavybė turi būti suprantama kuo plačiau, atsižvelgiant į šiuolaikinių privatinių santykių suintensyvėjimą. “XX a. išsiskyrė civilinės apyvartos suintensyvėjimu nematerialių objektų – reikalavimo teisių, nematerialių vertybinių popierių, intelektinės nuosavybės, licencijų ir kitų dalykų atžvilgiu. Dėl šios priežasties (...) nuosavybės teisės objektams beveik sutartinai buvo pradėti priskirti ir kai kurie nematerialaus pasaulio dalykai (...).”⁸² Todėl nuosavybė pagal I Papildomo protokolo 1 str. apima ir nematerialųjį turtą, pvz., akcijas, licencijas, *know-how*, pensijas ir kitas socialines išmokas, patentus, vertybinius popierius, reikalavimo teises ir t.t. EŽTT nuosavybei tam tikrą daiktą priskiria “vadovaudamasis ekonominės vertės ir realaus bei efektyvaus teisės įgyvendinimo kriterijais (...).”⁸³

Investicijų sąvoka tarptautinėje teisėje taip pat nėra aiškiai apibrėžta. Kadangi į šio darbo objektą neįeina investicijų sąvokos analizė, daug nesiplečiant, galima pasakyti, kad į investicijų sąvoką dvišalėse investicijų apsaugos sutartyse dažniausiai įtraukiamos tokios vertybės kaip kilnojamojo ir nekilnojamojo turto nuosavybė, turtinės teisės, tokios kaip hipoteka, teisės į intelektinę nuosavybę, teisinės koncesijos. Todėl galima teigti, kad pagal dvišales investicijų apsaugos sutartis ginamos turtinės teisės yra šiek tiek siauresnės apimties nei pagal I Papildomo protokolo 1 str.

Nepaisant to, kad I Papildomas protokolai apima didesnę ratą saugomų vertybių, negalima teigti, kad EŽTK mechanizmas yra palankesnis investuotojui ginant savo pažeistas teises. Ir tai išryškėja iš EŽTT jurisprudencijos. Dr. E. Švilpaitė apibendrinusi EŽTT jurisprudenciją teisės į nuosavybę klausimu, priėjo tokios išvados, kad “nuosavybės teisės

⁸⁰ Švilpaitė E. Nuosavybės teisės apribojimai pagal 1950 m. Žmogaus teisių ir pagrindinių laisvių apsaugos konvencijos Pirmojo protokolo 1 straipsnį: daktaro dis. soc. mokslai, teisė (01 S) / Eglė Švilpaitė; Mykolo Romerio universitetas.- V., 2005. P. 99.

⁸¹ Plačiau apie nuosavybės teisės gynimą EŽTK kontekste žiūrėti E. Švilpaitės monografiją Nuosavybės teisės apribojimai pagal 1950 m. Žmogaus teisių ir pagrindinių laisvių apsaugos konvencijos Pirmojo protokolo 1 straipsnį.

⁸² Švilpaitė E. Nuosavybės teisės apribojimai pagal 1950 m. Žmogaus teisių ir pagrindinių laisvių apsaugos konvencijos Pirmojo protokolo 1 straipsnį: daktaro dis. soc. mokslai, teisė (01 S) / Eglė Švilpaitė; Mykolo Romerio universitetas.- V., 2005.P. 42.

⁸³ Ten pat, P. 86.

apribojimų srityje per visą savo veiklos laikotarpį Europos Teismas (EŽTT – aut. pastaba), panaudodamas valstybių veiklos laisvės doktriną, buvo linkęs suteikti galimybę valstybėms pateisinti savo elgesį (...) valstybėms suteikta veiksmų laisvė leido pateisinti pagal Pirmojo protokolo 1 straipsnio normas didžiąją dalį pareiškėjų nuosavybės teisėms nustatytų apribojimų. Tai sąlygojo gana nenuoseklų ir neefektyvų nuosavybės teisių gynimą pagal Konvenciją.⁸⁴

Kitas svarbus dalykas, kuris ryškėja iš EŽTT jurisprudencijos yra tas, kad I Papildomame protokole nėra numatyta jokių kompensavimo garantijų už nusavintą nuosavybę. „EŽTT požiūriu, tam tikrų teisėtų visuomenės interesų patenkinimas yra toks svarbus, kad nėra būtina kompensuoti pilnos nusavinto turto rinkos vertės.“⁸⁵ *Former King of Greece and Others v. Greece*⁸⁶ byloje EŽTT interpretuodamas nuosavybės konfiskavimo klausimą, nurodė, kad esant tam tikroms aplinkybėms kompensacijos gali ir išvis nebūti, kai tuo tarpu pagal tarptautinės teisės normas- *Hull* formulę, kompensacija yra būtina ir ji turi būti greita, adekvati bei efektyvi. Nuolatinis Tarptautinis Teisingumo Teismas yra konstatavęs *Chorzow*⁸⁷ byloje, kad „kompensacijos suma turi būti kuo artimesnė tai ekonominei naudai, kurią užsienio investuotojas gautų restitucijos atveju (...).“⁸⁸ Tai leidžia daryti išvadą, kad EŽTK I Papildomo protokolo garantijos asmenims, tame tarpe ir užsienio investuotojams, yra mažesnės negu tos, kurias suteikia valstybės viena kitos investuotojams dvišalių investicinių susitarimų pagalba.

Dar viena aplinkybė, kurią būtina įvertinti investuotojui ginant savo teises pagal EŽTK, yra „ribotos EŽTT galimybės vertinti fakto ir nacionalinės teisės klausimus. (...) Europos Teismas (EŽTT – aut. pastaba) turi galimybę daugiau formaliai nustatyti, ar valstybės priemonė, kuria ribojamas naudojimasis nuosavybe, yra teisėta, ar jos imtasi siekiant bendrojo intereso (...).“⁸⁹

Šio mechanizmo trūkumas, palyginus su arbitražu, yra ir tas, kad dėl didelio peticijų skaičiaus EŽTT skundai yra nagrinėjami gana ilgai, čia ginčo šalys neturi tiek laisvės, kiek arbitraže, pvz. negali įtakoti ginčą spęšančių arbitrų pasirinkimo. Turint omenyje EŽTT

⁸⁴ Ten pat, P.172.

⁸⁵ Budrys A. Europos žmogaus teisių ir pagrindinių laisvių apsaugos konvencijos pirmojo protokolo 1 straipsnis: DE FACTO nusavinimo problema : magistro baigiamasis darbas: Mykolo Romerio universitetas. Tarptautinės teisės ir Europos Sąjungos teisės katedra. Vilnius, 2004. P.52.

⁸⁶ *Former King of Greece and Others v. Greece*// Judgement ECHR, Appl. 25701/94 <http://cmiskp.echr.coe.int/tkp197/view.asp?item=2&portal=hbkm&action=html&highlight=Former%20%7C%20King%20of%20%7C%20of%20%7C%20Greece%20%7C%20Others%20%7C%20v.&sessionId=3953284&skin=hudoc-en> prisijungimo laikas 2007.12.06

⁸⁷ *Case Concerning the Factory at Chorzów (Germany v. Poland)* //Publications of the Permanent Court of International Justice. 1927, Series A - No. 9 http://www.worldcourts.com/pcij/eng/decisions/1927.07.26_chorzow prisijungimo laikas 2007.12.06

⁸⁸ Provost R. *State Responsibility in International Law*. – Aldershot: Ashgate Dartmouth, 2002. P.383.

⁸⁹ Švilpaitė E. Nuosavybės teisės apribojimai pagal 1950 m. Žmogaus teisių ir pagrindinių laisvių apsaugos konvencijos Pirmojo protokolo 1 straipsnį: daktaro dis. soc. mokslai, teisė (01 S) / Eglė Švilpaitė; Mykolo Romerio universitetas.- V., 2005.P.239.

nenuoseklią I Papildomo protokolo aiškinimo praktiką, kompensacijų apskaičiavimo metodo trūkumus bei plačią valstybių diskreciją viešo intereso pagrindu riboti nuosavybės teises, atsižvelgiant į 6 mėnesių taisyklę peticijai paduoti bei reikalavimą išnaudoti teisinės vidaus gynybos priemones, galima teigti, kad šis mechanizmas nėra efektyviausias investicijų apsaugos būdas. Apie EŽTK sukurtą mechanizmą nuosavybės teisėms apsaugoti, turbūt reikėtų galvoti tuomet, kai nėra dvišalio ar daugiašalio susitarimo dėl investicijų apsaugos ir skatinimo.

2.3. Investuotojų teisių gynyba tarptautiniuose arbitražuose

„Visame pasaulyje arbitražas jau seniai pripažintas kaip efektyvus komercinių ir investicinių ginčų sprendimo būdas.“⁹⁰

Investicijų apsaugos sutartyse yra nurodoma, kad vienas iš galimų investicinių ginčų sprendimo būdų yra arbitražas. „Universalios, įgavusios pasaulinį pripažinimą dabar yra tokios nuolatinės arbitražinės institucijos kaip Tarptautinių prekybos rūmų tarptautinis arbitražo teismas (Paryžiuje), Amerikos arbitražo asociacija (Niujorke), Londono tarptautinio arbitražo teismas (Londone), Stokholmo prekybos rūmų arbitražinis institutas (Stokholme) ir kt.“⁹¹

Pagrindinis reikalavimas šiose nuolatinėse arbitražinėse institucijose spręsti ginčą yra šalių susitarimo buvimas. Kai valstybės sutikimas kilsiančius investicinius ginčus perduoti konkrečiam arbitražui spręsti yra išreikštas dvišalėje investicijų apsaugos bei skatinimo sutartyje ar tiesioginiame investuotojo ir investicijas priimančios valstybės susitarime, pavyzdžiui, koncesijų, tuomet investuotojui tereikia pasirinkti konkrečią arbitražo vietą. Daugelis investicijų apsaugos sutarčių nurodo, kad būtent investuotojo valioje yra konkrečios ginčo sprendimo vietos pasirinkimas iš nurodytų BIT. Kadangi arbitražinės institucijos turi procedūrinės arbitražo ir bylų administravimo taisykles, bei gali šalims pasiūlyti įvairių paslaugų, pavyzdžiui, atlikti techninę ekspertizę, vertėjus, administracinio-techninio personalo aprūpinimą, patalpas, kelionių ir arbitražinio nagrinėjimo kitose vietose organizavimą, naudojimąsi telefoninio ir kito susisiekimo priemonėmis, susirašinėjimą bei dokumentų persiuntimą ir kitas“⁹², todėl investiciniai ginčai jose sprendžiami operatyviai, efektyviai ir kokybiškai.

Dvišalės sutartys dėl investicijų apsaugos taip pat dažnai nurodo, kad investiciniai ginčai gali būti perduodami *ad hoc* arbitražui spręsti pagal UNCITRAL arbitražo taisykles. Pvz., Lietuvos Respublikos ir Kazachstano, Lietuvos Respublikos ir Ispanijos sutartyse dėl

⁹⁰ Valančius K., Investicijų teisė. Užsienio investicijų teisinio reguliavimo raida Lietuvos Respublikoje (1990 – 2004). - Vilnius: Eugrimas, 2005. P. 71.

⁹¹ Dominas G., Mikelėnas V. Tarptautinis komercinis arbitražas, Vilnius: Justicija, 1995. P.48.

⁹² Ten pat, P. 48.

investicijų apsaugos nurodoma, kad *“pagal investitoriaus pasirinkimą ginčas gali būti perduotas spręsti: - ad hoc arbitražiniam teismui, sudaromam pagal Jungtinių Tautų Tarptautinės prekybos teisės komisijos (UNCITRAL) arbitražo taisykles, priimtas 1976 m. Jungtinių Tautų Generalinėje Asamblėjoje”*⁹³

Investicinių ginčų sprendimas arbitraže yra populiarus būdas, kadangi lyginant jį su teisminėmis institucijomis arbitražo procedūra yra privataus pobūdžio, nešališkas, neformalus ir lankstus ginčo sprendimo būdas. Arbitražo proceso metu *“išvengiama teismų sistemai būdingos apeliacijos, kasacijos ir pan.”*⁹⁴ materialios teisės klausimais. Ir nors dažniausiai arbitražinio teismo procesas yra daug brangesnis, tačiau šalys yra linkusios jį pasirinkti dėl jo greitumo bei efektyvumo. *“Pvz., ICC arbitražiniame teisme apie 20 proc. sprendimų priimama per 3 mėnesius, 10 proc. – per 5 mėnesius, 25 proc.- per 10 mėnesių, likusieji 15 proc. – ilgiau kaip per 10 mėnesių.”*⁹⁵

Kaip minėta, pagrindinė sąlyga spręsti ginčą arbitražo teisme yra šalių susitarimas. Toks susitarimas gali būti išreiškiamas investuotojo valstybės ir investicijas priimančios valstybės dvišalėje investicijų apsaugos sutartyje arba paties investuotojo susitarime su valstybe. Tačiau jei tokių susitarimų nėra, tampa problematiška į procesą įtraukti valstybę.

Kalbant apie investicinius ginčus, kuriuose viena iš šalių yra valstybė, reikia pasakyti, kad tarptautiniai komerciniai arbitražai susiduria su problema, jog „valstybė dažnai pati dalyvauja sudarydama sutartis su užsienio investuotojais, tačiau siekdama riboti savo atsakomybę ar dėl nacionalinės teisės reikalavimų, ji ne pati pasirašo sutartis, o tam naudoja valstybines įmones ar kvazi-valstybinius darinius (agentūras, ministerijas ir pan.). Todėl šalys dažnai kreipiasi į arbitražo teismą, siekdamos įtraukti ir valstybę (...).“⁹⁶ Jeigu pati valstybė nebūna pasirašiusi arbitražinės išlygos, investuotojas gali reikalauti įtraukti į procesą valstybę, „tačiau kuomet *Pyramids*⁹⁷ ir *Westland Helicopters*⁹⁸ bylose Prancūzijos ir Šveicarijos teismai panaikino ICC arbitražo teismų sprendimus dėl valstybių įtraukimo į arbitražo procesą, tai

⁹³ Lietuvos Respublikos vyriausybės ir Kazachstano Respublikos vyriausybės sutartis dėl investicijų skatinimo ir abipusės apsaugos // Valstybės žinios. 1996, Nr.20

⁹⁴ Dominas G., Mikelėnas V. Tarptautinis komercinis arbitražas, Vilnius: Justicija, 1995. P.42.

⁹⁵ Ten pat,

⁹⁶ Bambalas A. Trečiojo asmens, neesančio arbitražinio susitarimo pasirašančiaja šalimi, problematika tarptautiniame komerciniame arbitraže: magistro baigiamasis darbas: Mykolo Romerio universitetas. Verslo teisės katedra. Vilnius, 2007. P.47.

⁹⁷ Award in ICC case No. 3493, *S.P.P. (Middle East) Ltd., Southern Pacific Properties Ltd., and the Arab Republic of Egypt, The Egyptian General Company for Tourism and Hotels*. I.C.C.A. Yearbok. Vol. IX, 1984, P. 111.

⁹⁸ Interim award in ICC case No. 3879 *Westland Helicopters Ltd. And The Organization for Industrialization, United Arab Emirates, Saudi Arabia, Qatar, Egypt, Arab British Helicopter Company*, I.C.C.A. Yearbk. Vol. XII, 1987, P. 1071.

atvėsinio ICC arbitražo teismų norą leisti į arbitražo procesą įtraukti valstybes, jeigu jos nebuvo pasirašančiomis arbitražinį susitarimą šalimis.“⁹⁹

Taigi, iki Vašingtono konvencijos, investiciniai ginčai buvo sprendžiami tarptautiniuose komerciniuose arbitražuose. Dažniausiai šie arbitražai būdavo organizuojami remiantis valstybės ir investuotojų atskirais susitarimais ir vykdavo pagal tarptautinio arbitražo taisykles. Tačiau Pasaulio Bankas siekė sukurti nuolatos veikiančią sistemą, kurią valstybės ir investuotojai galėtų įtraukti į savo susitarimus paprasčiausiai pateikdami nuorodą į ją ir taip išvengti būtinybės kiekvienu atveju derėtis dėl ginčų sprendimo mechanizmo.

2.4. Investuotojų teisių gynyba ICSID

2.4.1. ICSID sukūrimo prielaidos

„Vienu žymiausių įvykių tarptautinių ginčų sprendimo procedūrų srityje laikytina sparti mišriojo arbitražo, kitaip tariant arbitražo tarp valstybių ir nevalstybinių subjektų, kuriais paprastai būna korporacijos ir retkarčiais fiziniai asmenys, institucijos plėtra.“¹⁰⁰ Vienu puikiausių tribunolų, vykdyusių mišrųjį arbitražą, pavyzdžių galėtų būti arbitražo teismai, steigiami Tarptautinio investicinių ginčų sprendimo centro rėmuose.

Daug nesiplečiant, reikia paminėti keletą reikšmingų XX amžiaus pabaigos įvykių, kurie iš esmės pakeitė tarptautinės investicijų teisės supratimą. Visų pirma, tai ką pastebėjo ir Tarptautinis Teisingumo Teismas *Barcelona Traction* byloje, didžiosios korporacijos sparčiai plėtėsi į užsienio rinkas, o klasikinė tarptautinė teisė tik diplomatinės gynybos priemonėmis galėjo ginti pažeistus užsienio investuotojų interesus, kas nebuvo nei greita, nei efektyvu. Todėl Pasaulio Bankas ėmėsi iniciatyvos sukurti naują mechanizmą, kurio pagrindu patys investuotojai, tiesiogiai galėtų kreiptis į arbitražą – taip 1965 metais buvo priimta Vašingtono konvencija dėl valstybių ir kitų valstybių fizinių bei juridinių asmenų investicinių ginčų sprendimo. „Antra, po revoliucijos Irane ir pasikeitusios valstybės politikos investuotojų atžvilgiu, JAV ambasados įkaitų dramos Teherane, bei Irano turto iššaldymo JAV, santykių suregulavimas tarp valstybių buvo pasiektas įsteigiant Irano ir JAV pretenzijų Tribunolą, kuris per 15 metų išsprendė šimtus investuotojų-valstybių ginčų, tuo padarydamas reikšmingą indėlį tarptautinės teisės normų rinkinyje.“¹⁰¹ Trečia, pačioje XX a. pabaigoje tarp išsivysčiusių ir

⁹⁹ Cituota pagal Bambalas A. Trečiojo asmens, neesančio arbitražinio susitarimo pasirašančiąja šalimi, problematika tarptautiniame komerciniame arbitraže: magistro baigiamasis darbas: Mykolo Romerio universitetas. Verslo teisės katedra. Vilnius, 2007. P.47.

¹⁰⁰ Collier J., Lowe V. Ginčų sprendimas tarptautinėje teisėje: institucijos ir procedūros.- Vilnius: Eugrimas, 2002. P. 97.

¹⁰¹ Lowenfeld Andreas F. International Economic Law.- Oxford: Oxford University Press. P. 456.

besivystančių valstybių buvo pasirašyta keli tūkstančiai dvišalių investicijų apsaugos ir skatinimo susitarimų, panašių savo turiniu ir nustatančių, kad ginčai tarp investuotojų ir valstybių bus sprendžiami tarptautiniame arbitraže. Ketvirta, dar vienos Pasaulio Banko iniciatyvos dėka Daugiašalė investicijų draudimo agentūra (MIGA), buvo įsteigta 1985 metais paskatinti privačių investicijų tėkmę į besivystančius regionus.

Svarbus dalykas, ką taip pat reikėjo padaryti, kad būtų pasiektas didesnis užsienio investicijų apsaugos lygis, tai perkelti investicinius ginčus iš diplomatinių, tarpvalstybinių santykių lygmens į teisinį lygmenį. Kaip sakoma “ICSID konvencijos istorijoje, reikėjo depolitizuoti santykius tarp investuotojo ir investicijas priimančios valstybės.”¹⁰² Vienas iš pagrindinių Vašingtono konvencijos tikslų buvo sukurti mechanizmą, kuris išspręstų įtampą tarp valstybių, kuri atsiranda kai viena valstybė imasi savo nacionalinių subjektų investavusių kitos valstybės teritorijoje diplomatinės gynybos. Vašingtono konvencijos kūrėjai taip pat turėjo tikslą suteikti investuotojui galimybę pačiam tiesiogiai kreiptis į kompetetingas institucijas ir ginti savo interesus, o ne tikėtis, kad jo pilietybės valstybė pasinaudos savo prerogatyva, tokiu būdu išvengiant politinės konfrontacijos. Kada valstybė prisijungia prie Vašingtono konvencijos, investiciniai ginčai negali būti sprendžiami diplomatinio keliu. Išskyrus atvejus, kai investicijas priimanči valstybė nevykdo tribunolo sprendimo. Šis tikslas išimti investicinius ginčus tarp valstybių ir kitos valstybės nacionalinių subjektų iš politinės ir diplomatinės srities buvo ne kartą pabrėžtas Vašingtono konvencijos *travaux preparatoires*: “Kai investuotojui yra suteikiama teisė tiesiogiai ginti savo interesus prieš užsienio valstybę, jis neturi turėti teisės siekti savo pilietybės valstybės gynybos ir jo valstybė neturėtų kištis jo vardu. Tikslas (...) paimti tokius ginčus iš diplomatijos srities ir sugrąžinti juos į teisės sritį.”¹⁰³ Valstybės, Vašingtono konvencijos šalys, sutinka, kad prieš jas tiesiogiai būtų paduodami užsienio investuotojų ieškiniai, tačiau iš kitos pusės, tokios valstybės yra tikros, kad jos bus apsaugotos nuo kitų valstybių diplomatinės intervencijos.

Kaip minėta, Pasaulio Banko sugalvota sistema buvo labai patogus būdas investuotojams ir valstybėms susitarti dėl galimos ginčų sprendimo procedūros, paprasčiausiai į tarpusavio sutartį įtraukiant nuorodą, jog kilę ginčai bus sprendžiami Tarptautiniame investicinių ginčų sprendimo centre. Panašu, jog šio mechanizmo privalumai, apie kuriuos bus kalbama vėliau, ir lėmė Vašingtono konvencijos platų pripažinimą. Iki 2007 m. lapkričio 4

¹⁰² ICSID 2001 Annual Report

<http://icsid.worldbank.org/ICSID/FrontServlet?requestType=ICSIDPublicationsRH&actionVal=ViewAnnualReports> prisijungimo laikas 2007.12.10

¹⁰³ *Banro American Resources, Inc. and Societe Aurifere du Kivu et du Maniema S.A.R.L. v. democratic Republic of the Congo* (ICSID Case No. ARB/98/7) <http://icsid.worldbank.org/ICSID/FrontServlet> prisijungimo laikas 2007.06.24

dienos 155 valstybės¹⁰⁴ iš įvairių pasaulio regionų ir skirtingų politinių blokų buvo prisijungusios prie šios Konvencijos.

Pagrindinis Vašingtono konvencijos tikslas buvo sustiprinti valstybių partnerystę siekiant ekonominės plėtros ir tuo pačiu įveikti savavališkų ir dažnai nekompensuojamų ekspropriacijų baimę. Tai turėjo paskatinti privataus kapitalo judėjimą į besivystančias šalis. Vašingtono konvencijoje nustatytais procedūromis buvo „stengtasi sukurti tokį ginčų sprendimo mechanizmą, dėl kurio tiek investuotojas, tiek valstybė galėtų neatšaukiamai priimti išpareigojimus ir kuriuo bet kuris iš jų galėtų pasinaudoti; tokį mechanizmą, kuris būtų atskiras tiek nuo investuotojo valstybės, tiek nuo investicijas priimančios valstybės municipalinės teisės.“¹⁰⁵

Nors prisijungimas prie Vašingtono konvencijos pats savaime nereiškia sutikimo visus kilusius investicinius ginčus perduoti arbitražui, ilgą laiką Lotynų Amerikos valstybės ją laikė kišimusi į valstybės suverenitetą. Tačiau laikui bėgant vis daugiau valstybių, tarp jų ir dauguma Lotynų Amerikos šalių, prisijungdamos prie Vašingtono konvencijos, taip išreiškė savo pritarimą Konvencijos tikslams. ICSID arbitražai iki 2007 metų gruodžio 4 dienos yra išsprendę 136 bylas¹⁰⁶, dar 119¹⁰⁷ laukia savo sprendimo ir tas skaičius kasmet auga.

2.4.2 Ginčų sprendimo ICSID procedūros

ICSID yra institucija, kurioje gali vykti taikinimo ir arbitražo procedūros. Centro jurisdikcija yra nustatyta Vašingtono konvencijos 25 straipsnyje: „*Centras turi teisę spręsti bet kokią tiesiogiai su investicijomis susijusį teisinį ginčą, kylantį tarp vienos Susitariančiosios valstybės (...) ir kitos Susitariančios Valstybės fizinio ar juridinio asmens, jeigu ginčo šalys raštu sutinka perduoti jį spręsti Centrai. Kai ginčo šalių sutikimas duotas, nė viena iš jų negali jo vienašališkai atšaukti.*“¹⁰⁸ 1978 metais ICSID jurisdikcija buvo išplėsta priėmus papildomų galimybių taisykles (angl.- *additional facility rules*), pagal kurias ginčus galima perduoti Centrai ir tuomet, kai tik viena iš susitariančiųjų valstybių yra Vašingtono konvencijos šalis.

Reikėtų aptarti Vašingtono konvencijos 25 straipsnyje paminėtą sąlygą investicinio ginčo sprendimui ICSID – atskiro rašytinio susitarimo tarp ginčo šalių reikalavimą. Kaip

¹⁰⁴ Pasaulio Banko duomenys <http://www.worldbank.org/icsid/constate/c-states-en.htm> prisijungimo laikas 2007.12.04

¹⁰⁵ Collier J., Lowe V. Ginčų sprendimas tarptautinėje teisėje: institucijos ir procedūros.- Vilnius: Eugrimas, 2002. P. 98.

¹⁰⁶ Pasaulio banko informacija <http://www.worldbank.org/icsid/cases/conclude.htm> prisijungimo laikas 2007.10.04

¹⁰⁷ Pasaulio banko informacija <http://www.worldbank.org/icsid/cases/pending.htm> prisijungimo laikas 2007.12.04

¹⁰⁸ Konvencija dėl valstybių ir kitų valstybių fizinių asmenų bei juridinių asmenų investicinių ginčų sprendimo// Valstybės žinios. 2002, Nr.115-5137.

minėta anksčiau, pats prisijungimas prie Konvencijos nereiškia sutikimo visus investicinius ginčus spręsti Centre, reikia atskiro investuotojo ir valstybės susitarimo. Toks susitarimas gali būti išreiškiamas, pavyzdžiui, koncesijos sutartyje, nacionaliniuose teisės aktuose, kaip tai padaryta Togo valstybėje. “Togo investicijų kodeksas turi tokią nuostatą: kiekvienas ginčas, kuris gali kilti tarp Togo vyriausybės ir investuotojo dėl šio įstatymo vienos ar kitos nuostatos, sprendžiamas draugiškai. Jei ginčo nepavyksta išspręsti, jis perduodamas ICSID.”¹⁰⁹ Tačiau dažniausiai toks susitarimas laikyti užsienio įmones ar užsieniečių valdomas įmones užsienio investicijomis yra užfiksuojamas dvišalėse investicijų skatinimo sutartyse. ICSID arbitrų praktika rodo, kad susitarimas gali būti ir numanomas. “Gali būti įrodymų, kad yra numanomas susitarimas tarp investicijas priimančios valstybės ir investuotojo taikyti “užsienio kontrolės” sąlygą.(...) Ilgai vykusį *Amco Asia Corporation, Pan American Development Limited ir P.T. Amco Indonesia v. Indonezijos Respublika* byla rodo, kaip ICSID jurisdikcija gali būti pagrįsta numanomu investicijas priimančios valstybės ir investuotojo susitarimu.”¹¹⁰ JAV bendrovė Amco siekė investuoti Indonezijoje, įsteigė ten įmonę P.T. Amco, kuriai perleido visus savo interesus vykdomame projekte. Amco susirašinėjimuose su Indonezijos vyriausybe dėl investavimo, pastarosios buvo pasiūlyta kilus ginčams, juos spręsti ICSID ir nors vėliau oficialus susitarimas buvo pasirašytas su P.T. Amco, tribunolas nusprendė, kad tarpusavio reikalų tvarkymo pobūdis rodė, kad Indonezija sutiko P.T. Amco laikyti Amco kontroliuojama užsienio korporacija.

Vašingtono konvencijoje nustatyta investicinių ginčų sprendimo schema yra gan paprasta. Investicijas priimanti valstybė ir investuotojo nacionalinės priklausomybės valstybė turi būti Konvencijos šalys. Be to, kad Konvencija būtų taikoma konkrečiam investiciniam ginčui spręsti, turi būti atskiras valstybės ir investuotojo susitarimas perduoti jį ICSID. Jis gali būti išreiškiamas tiek atskirame susitarime, pvz., koncesijos, tiek nacionaliniuose teisės aktuose, tiek dvišaliuose valstybių susitarimuose arba jau kilus ginčui *ad hoc* susitarime. Nors pagal Vašingtono konvenciją valstybės gali nustatyti reikalavimą išnaudoti vidaus gynybos priemones, praktikoje jos to nedaro. Dažnai būna įtrauktas tik kelių mėnesių terminas, suteikiantis šalims galimybę abipusiu sutarimu išspręsti ginčą. Konvencijos 27 str. nustato, kad investuotojo valstybė neturi teisės imtis diplomatinės gynybos, jei ginčas yra perduodamas arbitražui.

¹⁰⁹ Collier J., Lowe V. Ginčų sprendimas tarptautinėje teisėje: institucijos ir procedūros.- Vilnius: Eugrimas, 2002.P.102.

¹¹⁰ Ten pat,

Ginčų sprendimo procedūra ICSID yra labai panaši į kitų tarptautinių arbitražų, tačiau verta paminėti keletą svarbesnių jos aspektų. Centras turi arbitrų sąrašą, kurį sudaro visos valstybės Vašingtono konvencijos šalys, paskirdamos į jį po keturis teisės ir kitų sričių ekspertus (Lietuvos Respublika šiuo metu nėra paskyrusi nei vieno). Sprendžiant ginčą šalys gali rinktis arbitrus iš pateikto sąrašo, arba paskirti savo arbitrus, vienintelis skirtumas, nuo kitų institucinių arbitražų – tai, kad arbitrai negali būti tos pačios pilietybės, kaip ir šalys. Dažniausiai sudaromi trijų arbitrų tribunolai, kurie sprendžia ginčą pagal šalių pasirinktas materialinės teisės normas, o jei tokio sutarimo nėra, pagal investicijas priimančios valstybės teisę. Svarbiausia, sprendimai gali būti apskundžiami pačiam ICSID tribunolui tik dėl keturių priežasčių, nustatytų pačioje Vašingtono konvencijoje: 1- jei tribunolas neišsprendė kurio nors klausimo arba yra padaryta nežymių klaidų tekste, 2- jei reikia išaiškinti sprendimą, nes šalys dėl jo nesutaria, 3- jeigu paaiškėja naujos reikšmingos aplinkybės ir 4- jei nustatytas vienas iš penkių sprendimo panaikinimo pagrindų. Visi sprendimo panaikinimo pagrindai yra procesinės kilmės, t.y. jei arbitražas nebuvo tinkamai sudarytas, jei jis viršijo savo įgaliojimus, jei buvo korumpuotų arbitrų, jei buvo nesilaikyta esminių procesinių taisyklių ar buvo nenurodyti sprendimo motyvai). Būtent ši sprendimo panaikinimo procedūra mokslininkų yra vertinama neigiamai, nes „kompromituoja ICSID arbitražo proceso greitumą ir galutinumą.“¹¹¹

ICSID sistemos efektyvumą rodo keletas faktorių. Visų pirma, „nors šalys nėra įpareigosos savo ginčus perduoti Centrai, Vašingtono konvencijos nuostatos užtikrina, kad, jei šalys susitarė dėl jų ginčo sprendimo ICSID arbitraže arba pagal taikinimo procedūrą, nei viena iš jų vienašališkai negali atšaukti tokio susitarimo.

Antra, ICSID sistemos išimtinumas (angl.- *exclusivity*), taip pat prisideda prie jos efektyvumo.“¹¹² 26 Vašingtono konvencijos straipsnis nurodo, kad šalių sutikimas, perduoti ginčą ICSID arbitražui spręsti, pašalina galimybę kitomis priemonėmis siekti ginčo sprendimo, nebent būtų atskiras šalių susitarimas. Vadinasi, šalys sutinka, kad tai bus galutinė jų ginčo sprendimo instancija.

Trečia, ICSID yra vienintelė institucija, iš visų nurodytų BIT, kuri pateikia sprendimus viešai. To reikalauja ICSID arbitražo taisyklės. Pavyzdžiui Tarptautinių prekybos rūmų, tarptautinio Stokholmo arbitražo ar UNICITRAL taisyklės neturi tokio reikalavimo. „Šis

¹¹¹ Ten pat, P. 111.

¹¹² Shihata I. The Settlement of Disputes Regarding Foreign Investment: the Role of The World Bank, with Particular Reference to ICSID and MIGA [http://links.jstor.org/sici?sici=0268-0556\(198605\)1%3A3%3C265%3ATSODRF%3E2.0.CO%3B2-B](http://links.jstor.org/sici?sici=0268-0556(198605)1%3A3%3C265%3ATSODRF%3E2.0.CO%3B2-B) prisijungimo laikas 2006.11.23.

paslapties šydas paverčia tokius ginčus tikrais košmarais analitikams.“¹¹³ Kadangi per savo egzistavimo laikotarpį Centras išsprendė virš 100 bylų, todėl informacija, kurią galima gauti iš viešai publikuojamų sprendimų yra neparastai naudinga tiems, kurie siekia savo ginčą spręsti arbitražu. Dar daugiau, kadangi ICSID tribunolai vadovaujasi savo ankstesniais sprendimais ir formuoja vieningą praktiką, investuotojams yra suteikiama galimybė iš anksto numatyti galimą sprendimą vienu ar kitu klausimu. Aišku, viešumas turi ir kitą pusę, kai kurios kompanijos gali būti suinteresuotos neatskleisti nei savo tapatybės, nei ginčo aplinkybių viešai, kad tai nepakenktų jų reputacijai.

Ketvirta, ICSID tribunolai „fundamentaliai skiriasi nuo tradicinio tarptautinio arbitražo tuo, kad jie sudaromi tarptautinių sutarčių, o ne privačių susitarimų pagrindu.“¹¹⁴ Dažniausiai, kaip minėta, susitarimas spręsti ginčą arbitražu (pvz., ICSID) yra išreiškiamas dvišaliuose susitarimuose

Penkta, ICSID privalumas yra tas, kad procedūra čia yra greita ir nuspėjama, nes „priimti sprendimai yra privalomi ir nėra skundžiami ar peržiūrimi jokia kita tvarka, išskyrus tą, kurią numato pati ICSID sistema – tai dar vienas sistemos savarankiškumo aspektas.“¹¹⁵ Vašingtono konvencijos 54 str. nustato, kad ICSID tribunole išspręstos bylos turi būti tiesiogiai vykdomos valstybėse taip, tarsi tai būtų jų pačių nacionalinių teismų sprendimai. Kitų institucinių ar *ad hoc* arbitražų sprendimai, tuo tarpu, turi būti vykdomi remiantis Niujorko konvencijoje dėl užsienio arbitražų sprendimų pripažinimo nustatytais procedūromis. Tai yra vienas reikšmingesnių ICSID mechanizmo privalumų, kadangi sprendimo nepripažinimo kriterijai pagal Niujorko konvenciją yra griežtesni negu minėtieji kriterijai, nustatyti Vašingtono konvencijos.

Šešta, skirtingai nei pagal EŽTK mechanizmą, kompensacija, kuri priteisiama investuotojui dėl jo nusavintos investicijos pagal ICSID jurisprudenciją yra visiškas žalos atlyginimas. Kompensacija apskaičiuojama pagal prarasto turto rinkos vertę. Kaip konstatavo arbitrai *Compania del Desarrollo de Santa Elena, S.A. v. Republic of Costa Rica* byloje

¹¹³ Hamilton C. Trade and Investment: Foreign Direct Investment through Bilateral and Multilateral Treaties// New York International Law Review. Winter, 2005.

http://international.westlaw.com/result/default.wl?rp=%2fWelcome%2fWorldJournals%2fdefault.wl&effdate=1%2f1%2f0001+12%3a00%3a00+AM&cfid=1&fn=_top&vr=2.0&fcl=True&rti=1&tc=6&rs=WLIN6.11&cxt=RL&docsample=False&eq=Welcome%2fWorldJournals&db=WORLD-JLR%2cLAWREV-PRO%2cCLMLR%2cHVLRL%2cYLJ%2cCUSLJ%2cCANJLJUR%2cSYBIL%2cUK-JLR%2cLJI&sv=Split&nstartlistitem=16&scxt=WL&spa=intbaltic-1000&tf=507&ss=CXT&rlt=CLID_QRYRLT83691212&rldb=CLID_DB53691212&blinkedcitelist=False&mt=WorldJournals&service=Search&query=icsid&method=WIN prisijungimo laikas 2006.11.25

¹¹⁴ *Ibid.*

¹¹⁵ Collier J., Lowe V. Ginčų sprendimas tarptautinėje teisėje: institucijos ir procedūros.- Vilnius: Eugrimas, 2002.P.111.

„išmokama kompensacija turi būti pagrįsta teisinga rinkos kaina apskaičiuota tuomet, kai tas turtas buvo vertingiausias ir naudingiausias (angl. – *highest and best use*).“¹¹⁶ Neanalizuojant šio klausimo išsamiau, reikia pasakyti, kad skirtingai nei pagal EŽTK, investuotojui pagal dvišalius susitarimus ir Vašingtono konvenciją nėra nustatomas 6 mėnesių terminas, kreiptis su ieškiniu į arbitražą.

„Be naujovės, kad ICSID tribunolų sprendimai yra tiesiogiai vykdomi visose susitariančiose valstybėse, ICSID yra ir pirmoji viešosios tarptautinės teisės arbitražo sistema, kuri leido užsienio kompanijoms ir fiziniams asmenims tiesiogiai pareikšti ieškinius valstybėms.“¹¹⁷ Šio mechanizmo privalumai yra tokie dideli, kad pastaruoju metu sulaukia netgi griežtos kritikos. Kritikos esmę sudaro tai, kad šis mechanizmas yra sukurtas išimtinai užsienio investicijoms apsaugoti, ir suteikia užsienio investuotojams tokias plačias galimybes ginti savo interesus, kokių nesuteikia vietiniams investuotojams. Argentinos Teisingumo ministras Dr. Horacio Rosatti „viešai pareiškė, kad Argentina gali atsisakyti vykdyti ICSID sprendimus, nes ICSID sistema užsienio investuotojams neteisėtai suteikia privilegiją ir diskriminuoja vietinius Argentinos investuotojus.“¹¹⁸

„Ginčų perdavimo ICSID nuostata taip pat pastebima ir daugiašalių sutarčių praktikoje todėl galima tikėtis, kad tokia raida padidins ICSID arbitražams tenkantį krūvį. Pavyzdžiui, tiek NAFTA (Šiaurės Amerikos Laisvosios Prekybos Susitarimas), tiek Europos energetikos chartija numato ginčų, kuriuose dalyvauja šias tarptautines sutartis sudariusios valstybės, perdavimą ICSID, kuriuo investuotojas gali pasinaudoti paprasčiausiai inicijuodamas procedūrą.“¹¹⁹

Apibendrinant ICSID procedūrą galima pasakyti, kad „nors dauguma investicinių ginčų yra išsprendžiami nacionalinėmis administracinėmis arba teisinėmis priemonėmis, patirtis rodo, kad kyla ir tokių ginčų, kuriuos abi šalys nori spręsti kitais metodais; pastarųjų metų

¹¹⁶ *Compania del Desarrollo de Santa Elena, S.A. v. Republic of Costa Rica* ICSID Case No ARB/96/1 para.70

¹¹⁷ Sabater A. The Weaknesses of the „Rosatti Doctrine“: Ten Reasons why ICSID’s Standing Provisions do not Discriminate Against Local Investors//American Review of International Arbitration. 2004
http://international.westlaw.com/result/default.wl?rp=%2fWelcome%2fWorldJournals%2fdefault.wl&effdate=1%2f1%2f0001+12%3a00%3a00+AM&cfid=1&fn=_top&vr=2.0&fcl=True&rti=1&tc=6&rs=WLIN6.11&cxt=RL&docsample=False&eq=Welcome%2fWorldJournals&db=WORLD-JLR%2cLAWREV-PRO%2cCLMLR%2cHVLJR%2cYLJ%2cCUSLJ%2cCANJLJUR%2cSYBIL%2cUK-JLR%2cLJI&sv=Split&nstartlistitem=16&scxt=WL&spa=intbaltic-1000&tf=507&ss=CXT&rlt=CLID_QRYRLT83691212&rltdb=CLID_DB53691212&blinkedcitelist=False&mt=WorldJournals&service=Search&query=icsid&method=WIN prisijungimo laikas 2006.11.25

¹¹⁸ *Ibid.*

¹¹⁹ Collier J., Lowe V. Ginčų sprendimas tarptautinėje teisėje: institucijos ir procedūros.- Vilnius: Eugrimas, 2002. P.103.

investicijų sutartys rodo, kad tiek valstybės, tiek investuotojai sutinka, kad tarpusavio ginčams spręsti abiem šalim priimtinausias yra tarptautinis forumas.“¹²⁰

2.4.3. Dvišalių investicijų skatinimo ir abipusės jų apsaugos sutarčių svarba sprendžiant ginčus ICSID

“Nesant universalios investicijų apsaugos sutarties, tarpusavio šalių santykiai šioje srityje daugiausiai buvo išplėtoti dvišalių sutarčių pagrindu. (...) XX amžiaus pabaigoje dvišalės investicijų apsaugos sutartys pasirodė, kaip pirmieji tarptautinio pobūdžio susitarimai skirti išskirtinai užsienio investicijų apsaugai.”¹²¹

„Žvelgiant į tarptautinių nuosavybės apsaugos sutarčių istoriją, matyti, kad jose nebuvo daroma jokie skirtumo tarp investicijų ir kitų nuosavybės ar ekonominės veiklos formų. Šiuolaikinių investicijų skatinimo ir apsaugos sutarčių pirmtakės Draugystės, prekybos ir laivininkystės sutartys turėdavo apibrėžtus tokius ginčų sprendimo mechanizmus, kurie liesdavo tiek prekybos, tiek investicinius santykius. Tačiau sukūrus GATT sistemą (Visuotinį susitarimą dėl tarifų ir prekybos), visiems laikams buvo atskirtos šios dvi ekonominės veiklos sritys. GATT ginčų sprendimo procedūros buvo skirtos išskirtinai prekybiniam nesutarimams spręsti, tuo tarpu investicinių ginčų sprendimo mechanizmas buvo paliktas vėlesniam dvišalių investicijų apsaugos sutarčių vystymuisi 1960-iais.“¹²²

Analizuojant ICSID mechanizmą, neišvengiamai susiduriama su dvišalėmis investicijų apsaugos ir skatinimo sutartimis. Jos ženkliai prisideda prie ICSID mechanizmo sėkmės, nes investuotojams nereikia papildomai sudaryti susitarimo su investicijas priimančia valstybe dėl ginčų sprendimo vietos, o valstybei suteikia šansą pačiai apibrėžti, koku mastu ji apribos savo teises. BIT ne tik apibrėžia pagrindines sąvokas, tokias kaip investuotojas, investicija, teritorija, nustato kokios garantijos bus taikomos investuotojams, bet ir nurodo galimas kilusių investicinių ginčų sprendimo vietas. Pvz., Lietuvos ir Kuveito sutartyje nurodoma, kad:

“Investuotojas gali pasirinkti perduoti ginčą spręsti: Susitariančios valstybės, kuri yra ginčo šalis, teismams arba administraciniams teismams; arba (...) Tarptautiniam ginčų dėl investicijų sprendimo centrui (...); arba arbitražo teismui, sudarytam pagal JTO Tarptautinės prekybos teisės komisijos (UNCITRAL) arbitražo taisykles (...); arba arbitražo teismui,

¹²⁰ Report of the Executive Directors on the Convention, 1965. P.40.

<http://icsid.worldbank.org/ICSID/FrontServlet> prisijungimo laikas 2007.09.25

¹²¹ Bilateral Investment treaties 1995-2006: Trends in Investment Rulemaking// UN Conference on Trade and Development Geneva, 2007. http://www.unctad.org/en/docs/iteiia20065_en.pdf prisijungimo laikas 2007.09.05

¹²² Horn N. Arbitrating Foreign Investment Disputes.-The Hague: Kluwer Law International, 2004. P.284-285.

sudarytam pagal bet kurios arbitražo institucijos, dėl kurios sutaria abi ginčo šalys, arbitražo taisykles.”¹²³

Jei Vašingtono konvencija reikalauja, kad šalys (investuotojas ir valstybė) papildomu susitarimu išreikštų savo sutikimą perduoti ginčą arbitražui, tai dvišalės investicijų apsaugos sutartys žengia dar vienu žingsniu toliau - beveik visose be išimties sutartyse nustatyta, kad valstybė išreiškia savo sutikimą perduoti investicinius ginčus pasirašydama tokią sutartį. *“Jei ginčo negalima išspręsti taikiai per šešis mėnesius (...) ginčas bet kurios šalies prašymu ir investuotojo pasirinkimu perduodamas Tarptautiniam investicinių ginčų sprendimo centrui (ICSID), (...) arba ad hoc arbitražui (...).”*¹²⁴

“Dvišalių investicijų apsaugos ir skatinimo sutarčių iniciatorė buvo Vokietija, kuri, dėl pralaimėjimo II Pasauliniame kare, prarado visas savo užsienio investicijas.”¹²⁵ Pirmoji tokia sutartis buvo pasirašyta 1959 metais tarp Vokietijos ir Pakistano. Neilgai trukus, daugelis kapitalą eksportuojančių valstybių padarė šias sutartis savo ekonominės politikos dalimi, o besivystančios valstybės prioritetu. 2005 metų pabaigoje tarp valstybių buvo sudaryta beveik 2500 sutarčių¹²⁶.

Kadangi dvišaliai susitarimai dėl investicijų apsaugos yra plačiai paplitę, laikoma, kad jos yra tarptautinių paprotinių teisės normų įrodymas. Nepaisant to, kad tokie susitarimai saisto tik pasirašiusias šalis, manoma, kad tiek nacionaliniai, tiek tarptautiniai tribunolai turi vadovautis bendraisiais šių sutarčių principais. Yra nuomonių, kad šie dvišaliai investicijų apsaugos susitarimai yra valstybių supratimo apie tarptautinę investicijų teisę įrodymai. Tokiu atveju, jei kyla ginčas su investuotoju, su kurio valstybe nėra sudaryta investicijų apsaugos ir skatinimo sutarties, tribunolas turėtų atsižvelgti į investicijas priimančios valstybės sutartis su kitomis valstybėmis ir nors tiesiogiai jų taikyti negali, tačiau turėtų išsiaiškinti, kodėl tokia sutartis su konkrečia valstybe nebuvo pasirašyta.

Kaip minėta, dvišalių susitarimų dėl investicijų apsaugos ir skatinimo nuostatos, reglamentuojančios investuotojų ir valstybių ginčų sprendimo būdus, dažniausiai nurodo, kad ginčai kilę tarp investuotojo ir valstybės ir susiję su investicijomis, bus sprendžiami tokiais būdais: kreipiantis į ICSID, sudarant *ad hoc* arbitražą, kreipiantis į kitą tarptautinį arbitražą

¹²³ Lietuvos Respublikos ir Kuveito Valstybės sutartis dėl investicijų skatinimo ir abipusės apsaugos// Valstybės žinios. 2002, Nr. 115 .

¹²⁴ Lietuvos Respublikos Vyriausybės ir Uzbekistano Respublikos Vyriausybės sutartis dėl investicijų skatinimo ir apsaugos //Valstybės žinios. 2002, Nr.115.

¹²⁵ И.З. Фархутдинов Международное инвестиционное право Москва: Волтерс Клувер, 2005. С,159.

¹²⁶ Bilateral Investment treaties 1995-2006: Trends in Investment Rulemaking// UN Conference on Trade and Development Geneva, 2007 http://www.unctad.org/en/docs/iteija20065_en.pdf prisijungimo laikas 2007.09.05

(Paryžiaus, Londono, Stokholmo ir kt.), kreipiantis į nacionalinius investicijas priimančios valstybės teismus. BIT nemini tokių ginčų sprendimo būdų kaip galimybės kreiptis į EŽTT, pasinaudojant Europos žmogaus teisių ir pagrindinių laisvių apsaugos konvencijos I Papildomu protokolu, ar kreiptis į savo valstybę dėl diplomatinių priemonių taikymo ir/ar ginčo perdavimo Tarptautiniam Teisingumo Teismui.

Reikia paminėti, kad dvišalės investicijų apsaugos sutartys nemini ir kitų alternatyvių ginčų sprendimo mechanizmų, tokių kaip derybos arba tarpininkavimas. Tai greičiausiai susiję su tuo, kad valstybė paprastai yra laikoma stipresne ginčo šalimi, taigi ir galimybės derėtis tampa nelygios, bei su tuo, kad derybomis ar tarpininkavimu pasiekto susitarimo įgyvendinimas visuomet priklauso nuo šalių geros valios. Kitaip tariant, derybomis arba tarpininkavimo būdu pasiekto rezultato negalima priverstinai įvykdyti. Tuo tarpu, arbitražo būdu priimtas sprendimas turi būti šalių gera valia įvykdytas, o jei tai nėra padaryta, teismo sprendimu jis yra įvykdomas priverstinai. Kai valstybė yra viena iš ginčo šalių, kyla problemų, su tuo, kaip priversti valstybę vykdyti arbitražo sprendimą. Čia kyla daugybė problemų, nes mano minėtų arbitražų sprendimus, norint įvykdyti užsienio valstybėje, tam reikia gauti kompetentingo teismo vykdomąjį raštą. Tuo tarpu, jei valstybė užginčija tokį sprendimą vienu iš Niujorko konvencijoje dėl užsienio arbitražų sprendimų pripažinimo minimų pagrindų (5 straipsnis), tai toks sprendimas gali būti ir neįvykdytas.

Prof. Sornarajah nuomone, žymus dvišalių investicijų apsaugos ir skatinimo sutarčių padaugėjimas septyniasdešimtaisiais XX a. metais, yra *Balcelona Traction* bylos rezultatas, kuris sukėlė abejones, ar galima kaip nors kitaip apsaugoti investuotojus (akcininkus), ne kaip pasinaudojus specialiomis dvišalėmis ir daugiašalėmis tarptautinėmis sutartimis. Dvišalių investicijų apsaugos sutarčių daugėjimą paspartino ir tai, kad valstybėse galiojo investiciniai kodeksai, pagal kuriuos, užsienio investuotojas galėjo investuoti savo kapitalą į valstybę tik suformavęs bendrą įmonę (angl.- *joint venture*) su vietine privačia ar valstybine įmone. Tai vėl gi reiškė, kad diplomatinės gynybos būdu nebūtų galima ginti užsienio investuotojo interesų, nes tai reikštų kišimąsi į valstybės vidaus reikalus. Susidariusi situacija turėjo būti taisoma. Jos sprendimu tapo dvišalės investicijų skatinimo ir apsaugos sutartys, kurios ne tik įtraukė nematerialų (angl.- *intangible*) turta, tokį kaip akcijas į investicijų sąvoką, bet ir naujus testus įmonių nacionalinei priklausomybei nustatyti (iki tol buvo naudojamas tik inkorporacijos testas, kurio esmė ta, kad įmonės nacionalinė priklausomybė nustatoma pagal jos įsteigimo vietą). Visa tai prisidėjo ne tik prie sparčios tarptautinės investicijų teisės raidos, bet ir užsienio kapitalo tėkmės į valstybes, kurioms investicijos buvo būtinos.

Apibendrinant įvairių valstybių dvišales investicijų apsaugos ir skatinimo sutartis, galima daryti išvadą, kad „tam tikros BIT nuostatos skiriasi priklausomai nuo valstybių. Bet konkretūs bendri bruožai, kaip atsakas į didėjančią globalizaciją (...), charakterizuoja iš esmės visus BIT. BIT siekia sukurti stabilią ir organizuotą investavimo sistemą, suteikiančią kuo palankesnes investavimo sąlygas vienos valstybės asmenims kitoje valstybėje.“¹²⁷

3. SKIRTINGŲ INVESTUOTOJŲ TEISIŲ APSAUGOS MECHANIZMŲ PALYGINIMAS

Apibendrinant galimus šiuolaikinės tarptautinės teisės investuotojų teisių gynimo mechanizmus, galima tik diskutuoti, kodėl šalys pasirenka vieną ar kitą ginčo sprendimo būdą. Vieniems patinka „institucinių arbitražų disciplina ir fiksuoti mokesčiai.“¹²⁸ Kitiems labiau priimtina laisvesnė *ad hoc* arbitražų procedūra be jokios institucijos kruopščios priežiūros. Daugelis autorių sutinka, kad įvairių arbitražinių mechanizmų skirtumai yra dideli tik pradinėse procedūrose, (t.y. mokant įmokas, skiriant arbitrus, nustatant ginčų sprendimo tvarką) ir galutinėse stadijose. Tuo tarpu faktų nustatymo, taikytinos teisės parinkimo, įrodymų patikrinimo procesai yra labai panašūs.

Vienas iš iškeltų šiam darbui uždavinių yra diplomatinės gynybos mechanizmo ir Vašingtono konvencijos pagrindu sukurto investuotojų gynimo mechanizmo palyginimas.¹²⁹ Atskirai aptarus juos ir kitas egzistuojančias teisių gynimo priemones, verta trumpai išskirti pagrindinius skirtumus.

Kalbant apie skirtumus tarp dviejų mechanizmų, t.y. diplomatinės gynybos ir investicinių sutarčių sukurto tiesioginio investuotojo teisių gynimo mechanizmo, galima pateikti Zachary Douglas padaryto šių dviejų mechanizmų tyrimo rezultatus. Jis išskyrė 7 šių dviejų teisių gynimo sistemų bruožų skirtumus:

- funkcinė ieškinio kontrolė;
- nacionalinės priklausomybės taisyklė;
- ginčo sprendimo vietos pasirinkimas;
- procesinės teisės pasirinkimas;

¹²⁷ Sloane R., Reisman W. Indirect expropriation and its valuation in the BIT generation //The British Yearbook of International Law 2003 // Oxford: Oxford at the Clarendon Press P. 115.

¹²⁸ Lowenfeld Andreas F. International Economic Law. Oxford: Oxford University Press. P.485.

¹²⁹ Palyginimui pasirinkti būtent šie du investuotojų teisių gynimo būdai, kadangi kiti (tokie kaip pažeistų teisių gynimas EŽTK) yra retais atvejais naudojami investuotojų, o investuotojų teisių gynimas nacionaliniuose investicijas priimančiose valstybės teismuose nepatenka į šio magistro baigiamojo darbo apimtį, kadangi tokie ginčai nėra sprendžiami tarptautiniame lygmenyje.

- nacionalinių teisėtų priemonių išnaudojimo taisyklė;
- padarytos žalos apskaičiavimo kriterijai;
- sprendimo įvykdymas.

Funkcinė ieškinio kontrolė reiškia, kad diplomatinės gynybos proceso metu, asmens nacionalinės priklausomybės valstybė išlaiko visišką kontrolę. Nepriklausomai nuo asmens pageidavimų, valstybė gali pareikšti arba nepareikšti ieškinį, gali nutraukti gynybą, jei nuspręs, kad tai kenkia valstybių tarpusavio santykiams, gali susitarti dėl tokios kompensacijos, kuri valstybei atrodys priimtina ir t.t. Be to, jei yra priteisiama kompensacija, ji yra paskiriama valstybei „ir nėra jokios tarptautinės normos, kuri priverstų bet kokia forma tą pinigine kompensaciją išmokėti *de cuius*.“¹³⁰ Kai jau anksčiau minėta, diplomatinės gynybos kontekste, valstybė turi visišką diskreciją. Tuo tarpu pagal investicijų apsaugos sutartis, investuotojas išlaiko savo ieškininio reikalavimo kontrolę, jis neprivalo netgi informuoti savo valstybės dėl to, kad pareiškė ieškinį kitai valstybei. Kadangi visą finansinę tokio tiesioginio ginčo sprendimo našta prisiima investuotojas, tai priteisus žalos atlyginimą, į ją pretenduoja tik investuotojas.

Antra, diplomatinės gynybos atveju, nacionalinės priklausomybės nustatymas yra viena iš esminių sąlygų, kadangi, tik viena valstybė turi teisę į diplomatinę gynybą konkrečiu atveju. Fizinių asmenų nacionalinė priklausomybė nustatoma pagal jų pilietybę, dvigubos pilietybės atveju, pagal efektyvios pilietybės principą, nustatytą Tarptautinio Teisingumo Teismo *Nottebohm*¹³¹ byloje. Juridinių asmenų – taikant inkorporacijos arba *siege social* testus. Tuo tarpu investicijų sutartys nereikalauja tokių stiprių saitų su savo valstybe įrodymo. ICISD arbitražas *CMS*¹³² byloje nurodė, kad tą patį ieškinį gali paduoti ir kelių skirtingų valstybių piliečiai ar įmonės.

Trečias skirtumas susijęs su ginčo sprendimo vietos pasirinkimu. Investicijų apsaugos sutartyse esančios nuostatos dėl ginčo sprendimo vietos pasirinkimo dažniausiai įpareigoja investuotoją rinktis iš dviejų galimybių (angl.- *fork in the road provisions*): ar kreiptis į nacionalinius investicijas priimančios valstybės teismus, ar į tarptautinį tribunolą. Nacionalinio teismo pasirinkimas užkerta kelią dėl to paties ginčo kreiptis į tarptautinę instituciją. Tuo tarpu, „teisė į diplomatinę gynybą yra išimtinė valstybės teisė, todėl netgi atskiras investuotojo ir užsienio valstybės susitarimas dėl ginčų sprendimo nacionaliniuose investicijas priimančios

¹³⁰ Douglas Z. *The Hybrid Foundations of Investment Treaty Arbitration*// *The British Year Book of International Law* 2003. Oxford: Oxford at the Clarendon Press. 2004 P. 169.

¹³¹ *Nottebohm (Liechtenstein v. Guatemala)* Judgement I.C.J. Reports. 1955 <http://www.icj-cij.org/docket/files/18/2674.pdf> prisijungimo laikas 2006.12.10

¹³² ICISD Arbitral Tribunal *CMS gas Transmission Company and The Republic of Argentina* Case No. ARB/01/8

valstybės teismuose, negali suvaržyti šios teisės.¹³³ Šis Douglas Z. išryškintas skirtumas yra abejotinas, todėl kad prisijungimas prie Vašingtono konvencijos valstybei *inter alia* reiškia 2 dalykus: pirma, kad ji sutinka investicinius ginčus perduoti spręsti ICSID tribunolui ir, antra, kartu tai reiškia, kad investuotojo nacionalinė valstybė praranda teisę imtis diplomatinių gynybos priemonių. Vašingtono konvencijos 27 straipsnis: „*Nė viena Susitariančioji Valstybė neteikia diplomatinės gynybos ir nesikreipia su ieškiniu į tarptautines teismų institucijas dėl ginčo, kurį vienas iš jos fizinių ar juridinių asmenų sutiko perduoti ar perdavė arbitražui pagal šią Konvenciją, išskyrus atvejus, kai ta kita Susitariančioji Valstybė nesilaikė ir nevykdė dėl to ginčo priimto sprendimo.*“¹³⁴ Ši svarbi nuostata buvo patvirtinta ir jau aptartoje *Banro* byloje. Taigi šis skirtumas išlieka tik tuomet, kai investuotojas savo teises gina *ad hoc* arba kituose tarptautiniuose arbitražuose.

Ketvirtas palyginamų mechanizmų skirtumas yra susijęs su procesinių normų taikymu. Diplomatines gynybos atveju visi klausimai susiję su ginčo sprendimo procedūra būtų sprendžiami pagal viešąją tarptautinę teisę. Mišrūs arbitražai (privatus asmuo/ valstybė) procedūrinius klausimus kaip taisyklė sprendžia pagal *lex loci arbitri*. Išskyrus tuos atvejus, kai ginčas sprendžiamas instituciniame arbitraže, tokia kaip ICSID, kur proceso taisyklės yra išdėstytos Vašingtono konvencijoje.

Penkta, Tarptautinis Teisingumo Teismas ne kartą yra pabrėžęs, kad tarptautinę teisę pažeidusi valstybė turi turėti galimybę atitaisyti padarytą žalą (suteikti reparaciją). Todėl vidaus gynybos priemonių išnaudojimo taisyklė yra taikoma pakankamai griežtai. Investicinius ginčus sprendžiantys arbitražai, tuo tarpu, vidaus gynybos priemonių išnaudojimą laiko kliūtimi ir, jei BIT nėra specifiškai nurodyta, kad turi būti išnaudotos vidaus gynybos priemonės, laikoma, kad tai nėra būtina. Kaip minėta, vienas iš Vašingtono konvencijos kūrėjų tikslų buvo sukurti greitą ir efektyvą mechanizmą, todėl vidaus gynybos priemonių išnaudojimo taisyklė būtų nesuderinama su šiuo tikslu. Didžiojoje daugumoje BIT reikalavimas išnaudoti vidaus gynybos priemones taip pat nėra įtrauktas.

Nors kompensacija paprastai yra apskaičiuojama pagal patirtą žalą, diplomatinės gynybos atveju, niekas nedraudžia Tarptautiniam Teisingumo Teismui įvertinti ir kitų „sunkinančių“ aplinkybių ir priteisti didesnę sumą, „tokios aplinkybės kaip tarptautinio

¹³³ Douglas Z. *The Hybrid Foundations of Investment Treaty Arbitration*// *The British Year Book of International Law* 2003. Oxford: Oxford at the Clarendon Press 2004 P. 176

¹³⁴ Konvencija dėl valstybių ir kitų valstybių fizinių bei juridinių asmenų investicinių ginčų sprendimo //Valstybės žinios Nr. 115-5137.

įsipareigojimo, kuriį pažeidė valstybė, pobūdis¹³⁵ gali nulemti griežtesnį teismo sprendimą. Kalbant apie investicinius ginčus, investuotojui priteista žala, neturi nieko bendro su valstybės įsipareigojimais arba investuotojo nacionalinės valstybės nepriklausomais interesais. Kaip pabrėžia Z. Douglas, sunku būtų įsivaizduoti, jog investuotojui būtų priteista didesnė suma negu jo prarasto turto ekonominė vertė, vien todėl, kad ta pati valstybė jau kelintą kartą pažeidžia tą pačią investicijų apsaugos sutartį. Tai yra šeštas šių dviejų mechanizmų skirtumas.

Paskutinis skirtumas, kuriį išvelgia Z. Douglas yra susijęs su sprendimų vykdymu. Tarptautinių tribunolų sprendimai, tokių kaip Tarptautinio Teisingumo Teismo, yra įpareigojantys valstybėms ir jų teisingumas ar teisėtumas negali būti kvestionuojami nacionaliniuose teismuose. Tuo tarpu daugelio (bet ne ICSID) tarptautinių arbitražų sprendimai yra įgyvendinami pagal Niujorko konvencijos nuostatas. Kaip minėta anksčiau, ICSID sistemos privalumas yra tas, kad pagal ją išspręsti ginčai valstybėse, konvencijos narėse, turi būti vykdomi tiesiogiai. Galimybė apskusti arba panaikinti sprendimą yra, tačiau tik dėl priežasčių, nurodytų pačioje Vašingtono konvencijoje ir tos priežastys yra procesinio pobūdžio.

Apibendrinant, tai kas pasakyta šiame skyriuje, galima pacituoti Z. Douglas: „šiuolaikinio tarptautinio ekonominio gyvenimo kontekste, diplomatinė gynyba pasirodė netinkamas/ nepraktiškas būdas verslo interesų gynimui. (...) Tiesioginio ieškinio padavimo galimybė, leidžia tikrajam ieškovui susidurti su tikroju atsakovu.“¹³⁶

Darbo pradžioje iškelta hipotezė (Pasaulio Banko sukurtas mechanizmas – tiesioginis investuotojo ir valstybės ginčo sprendimas ICSID, besiremiantis dvišalėmis investicijų skatinimo sutartimis, yra palankiausias būdas investuotojo teisių apsaugai) pasitvirtino, kadangi aptarus galimus investicijų apsaugos mechanizmus, paaiškėjo, kad Centras, kaip specializuota vieta, būtent investiciniams ginčams spręsti, yra investuotojui palankiausias jo teisių gynimo mechanizmas, kuriuo šiuo metu gali pasinaudoti užsienio investuotojai.

¹³⁵ Douglas Z. *The Hybrid Foundations of Investment Treaty Arbitration*// *The British Year Book of International Law* 2003. Oxford: Oxford at the Clarendon Press 2004 P. 179

¹³⁶ *Ibid*, P. 181.

IŠVADOS

1. Investuojant privatų kapitalą į užsienio valstybes, jam kyla šios rizikos: turto ekspropriacija, valiutos svyravimai, politinės prievartos rizika (dėl revoliucijų, pilietinio karo pasekmių ir pan.) ir sutarčių nesilaikymas (pvz., koncesijos sutarties nutraukimas prieš laiką).
2. Nėra universalios investuotojo sąvokos tarptautinėje investicijų teisėje. Vašingtono konvencijos ir dvišalių investicijų skatinimo bei jų abipusės apsaugos sutartys pateikia šią definiciją, tačiau dėl skirtingų kapitalą eksportuojančių ir besivystančių valstybių interesų, šios sąvokos skiriasi. Išsivysčiusios valstybės siekdamos, kad kuo didesnis ratas investuotojų galėtų pasinaudoti BIT suteikiamomis garantijomis, įtraukia platų investuotojo apibrėžimą, besivystančios, ypač Lotynų Amerikos valstybės, nenorėdamos priimti plačių įsipareigojimų ir saugodamos savo imunitetą –siaurą.
3. Iki pat XX a. pabaigos, investuotojai savo pažeistas teises galėjo ginti nacionaliniuose investicijas priimančios valstybės teismuose arba kreiptis į savo valstybes dėl diplomatinės gynybos. Tačiau šiuo metu diplomatinė gynyba, kaip investuotojų teisių apsaugos mechanizmas, nėra efektyvus būdas. Be diplomatinės gynybos, kiti mechanizmai, tokie kaip EŽTT, *ad hoc* arba tarptautiniai arbitražai, taip pat buvo naudojami investuotojų interesams ginti. Tačiau įvairūs procedūriniai reikalavimai ar kitos priežastys netenkino sparataus šiuolaikinės ekonomikos globalizacijos reikalavimų ir nesuteikdavo investuotojams tinkamiausių ginčų sprendimo procedūrų. Tarptautinio investicinių ginčų sprendimo centro sukūrimas 1965 metais buvo tarsi atsakas į kitų mechanizmų trūkumus. Jo didžiausias privalumas tas, kad investuotojas įgijo teisę pats paduoti užsienio valstybę į teismą. Be to, tai efektyvus, greitas ir nuspėjamas būdas spręsti investicinius ginčus. Sprendimai valstybėse vykdomi tiesiogiai. Prie ICSID mechanizmo sėkmės itin prisidėjo didžiulis dvišalių investicijų apsaugos sutarčių skaičius. Jose užfiksuotas valstybės sutikimas perduoti investicinį ginčą spręsti ICSID yra neatšaukiamas ir galutinis. Papildomai investuotojui ir investicijas priimančiai valstybei nereikia susitarti dėl ginčo perdavimo ICSID. Be to, šiose sutartyse naudojamos investuotojo ir investicijų sąvokos turinčios įtakos ir ICSID jurisdikcijos nustatymui, turi tendenciją plėstis. Daugelis autorių, itin palankiai vertina šio Centro veiklą investicinių ginčų sprendimo srityje, todėl palaiko tokią jo jurisdikcijos išplėtimo tendenciją.

LITERATŪROS SĄRAŠAS:

Nacionaliniai teisės aktai:

1. Lietuvos Respublikos Konstitucija //Valstybės žinios.1992, Nr.1014.
2. Užsienio investicijų Lietuvos Respublikoje įstatymas// Valstybės žinios. 1991, Nr. 2-38.
3. Užsienio kapitalo investicijų Lietuvos Respublikoje įstatymas, Valstybės žinios, 1995, Nr. 55-1351.
4. Lietuvos Respublikos investicijų įstatymas// Valstybės žinios. 1999, Nr. 66-2127.

Tarptautinės sutartys:

1. Konvencija dėl valstybių ir kitų valstybių fizinių bei juridinių asmenų investicinių ginčų sprendimo// Valstybės žinios. 2002, Nr. 115-5137.
2. Lietuvos Respublikos Vyriausybės ir Argentinos Respublikos Vyriausybės sutartis dėl investicijų skatinimo ir abipusės apsaugos// Valstybės žinios.1998, Nr. 79.
3. Lietuvos Respublikos Vyriausybės ir Armėnijos Respublikos Vyriausybės susitarimas dėl investicijų skatinimo ir abipusės apsaugos// Valstybės žinios.2007, Nr.34-1215.
5. Lietuvos Respublikos Vyriausybės ir Australijos Vyriausybės sutartis dėl investicijų skatinimo ir apsaugos// Valstybės žinios. 2002, Nr. 45.
6. Lietuvos Respublikos ir Austrijos Respublikos sutartis dėl investicijų skatinimo ir apsaugos// Valstybės žinios.1997, Nr. 21.
7. Lietuvos Respublikos Vyriausybės ir Baltarusijos Respublikos Vyriausybės sutartis dėl investicijų skatinimo ir apsaugos// Valstybės žinios. 2002, Nr.45.
8. Sutartis tarp Lietuvos Respublikos ir Belgijos-Liuksemburgo Ekonominės Sąjungos dėl investicijų abipusio skatinimo ir apsaugos// Valstybės žinios. 1999, Nr. 35.
9. Lietuvos Respublikos Vyriausybės ir Bulgarijos Respublikos Vyriausybės susitarimas dėl investicijų skatinimo ir apsaugos// Valstybės žinios. 2006, Nr.45-1630.
10. Lietuvos Respublikos Vyriausybės ir Čekijos Respublikos Vyriausybės Sutartis dėl investicijų skatinimo ir abipusės apsaugos// Valstybės žinios. 1995, Nr.69.
11. Lietuvos Respublikos Vyriausybės ir Danijos Karalystės Vyriausybės sutartis dėl investicijų skatinimo ir jų abipusės apsaugos // Valstybės žinios. 1993, Nr.4.
12. Lietuvos Respublikos Vyriausybės ir Estijos Respublikos Vyriausybės sutartis dėl investicijų skatinimo ir abipusės apsaugos// Valstybės žinios. 1996, Nr. 69.

13. Lietuvos Respublikos Vyriausybės ir Graikijos Respublikos Vyriausybės sutartis dėl investicijų skatinimo ir abipusės apsaugos// Valstybės žinios. 1997, Nr.21.
14. Lietuvos Respublikos Vyriausybės ir Gruzijos Vyriausybės susitarimas dėl investicijų skatinimo ir apsaugos// Valstybės žinios. 2006, Nr.123-4637.
15. Lietuvos Respublikos ir Islandijos Respublikos susitarimas dėl investicijų skatinimo ir abipusės apsaugos // Valstybės žinios. 2003, Nr.36 .
16. Lietuvos Respublikos ir Ispanijos Karalystės sutartis dėl abipusio investicijų skatinimo ir apsaugos // Valstybės žinios. 1996, Nr.7.
17. Lietuvos Respublikos Vyriausybės ir Italijos Respublikos Vyriausybės Sutartis dėl investicijų skatinimo ir apsaugos// Valstybės žinios.1997, Nr.39.
18. Sutartis tarp Lietuvos Respublikos Vyriausybės ir Izraelio Valstybės Vyriausybės dėl investicijų skatinimo ir abipusės apsaugos// Valstybės žinios.1996, Nr.76.
19. Sutartis tarp Lietuvos Respublikos Vyriausybės ir Didžiosios Britanijos ir Šiaurės Airijos Jungtinės Karalystės Vyriausybės dėl kapitalo investicijų skatinimo ir jų apsaugos// Valstybės žinios. 1994, Nr.17.
20. Lietuvos Respublikos Vyriausybės ir Jungtinių Amerikos Valstijų Vyriausybės sutartis dėl investicijų skatinimo ir abipusės apsaugos// Valstybės žinios. 2000, Nr.59.
21. Lietuvos Respublikos Vyriausybės ir Kazachstano Respublikos Vyriausybės sutartis dėl investicijų skatinimo ir abipusės apsaugos// Valstybės žinios. 1996, Nr.20.
22. Lietuvos Respublikos Vyriausybės ir Kinijos Liaudies Respublikos Vyriausybės sutartis dėl investicijų skatinimo ir jų abipusės apsaugos// Valstybės žinios. 1994, Nr.43.
23. Lietuvos Respublikos Vyriausybės ir Korėjos Respublikos Vyriausybės sutartis dėl abipusio investicijų skatinimo ir apsaugos// Valstybės žinios. 1994, Nr. 19.
24. Lietuvos Respublikos ir Kuveito Valstybės sutartis dėl investicijų skatinimo ir abipusės apsaugos// Valstybės žinios. 2002, Nr. 115.
25. Lietuvos Respublikos Vyriausybės ir Latvijos Respublikos Vyriausybės sutartis dėl investicijų skatinimo ir apsaugos// Valstybės žinios.1996, Nr.76.
26. Lietuvos Respublikos Vyriausybės ir Moldovos Respublikos Vyriausybės sutartis dėl investicijų skatinimo ir abipusės apsaugos// Valstybės žinios. 2003, Nr. 36.
27. Lietuvos Respublikos Vyriausybės ir Mongolijos Vyriausybės susitarimas dėl investicijų skatinimo ir abipusės apsaugos// Valstybės žinios. 2004, Nr. 77.
28. Lietuvos Respublikos Vyriausybės ir Nyderlandų Karalystės Vyriausybės sutartis dėl investicijų skatinimo ir jų abipusės apsaugos// Valstybės žinios. 1995, Nr. 22.

29. Lietuvos Respublikos Vyriausybės ir Norvegijos Karalystės Vyriausybės sutartis dėl investicijų skatinimo ir jų abipusės apsaugos// Valstybės žinios. 1993, Nr. 5.
30. Lietuvos Respublikos ir Portugalijos Respublikos sutartis dėl abipusio investicijų skatinimo ir apsaugos// Valstybės žinios. 2002, Nr. 45.
31. Lietuvos Respublikos Vyriausybės ir Prancūzijos Respublikos Vyriausybės sutartis dėl investicijų skatinimo ir abipusės apsaugos// Valstybės žinios. 1995, Nr.11.
32. Lietuvos Respublikos Vyriausybės ir Rumunijos Vyriausybės sutartis dėl investicijų skatinimo ir abipusės apsaugos// Valstybės žinios. 1995, Nr. 11.
33. Lietuvos Respublikos Vyriausybės ir Rusijos Federacijos Vyriausybės sutartis dėl investicijų skatinimo ir abipusės apsaugos// Valstybės žinios. 2000, Nr. 59.
34. Lietuvos Respublikos Vyriausybės ir Serbijos ir Juodkalnijos Ministrų Tarybos susitarimas dėl abipusio investicijų skatinimo ir apsaugos// Valstybės žinios. 2005, Nr. 118.
35. Lietuvos Respublikos Vyriausybės ir Slovėnijos Respublikos Vyriausybės sutartis dėl investicijų skatinimo ir apsaugos// Valstybės žinios. 2002, Nr. 45.
36. Lietuvos Respublikos Vyriausybės ir Suomijos Respublikos Vyriausybės sutartis dėl investicijų skatinimo ir apsaugos// Valstybės žinios. 1994, Nr. 25.
37. Sutartis tarp Lietuvos Respublikos Vyriausybės ir Švedijos Karalystės Vyriausybės dėl investicijų skatinimo ir jų abipusės apsaugos // Valstybės žinios. 1992, Nr. 2.
38. Lietuvos Respublikos ir Šveicarijos Konfederacijos sutartis dėl investicijų skatinimo ir jų abipusės apsaugos// Valstybės žinios. 1994, Nr. 25.
39. Lietuvos Respublikos ir Turkijos Respublikos sutartis dėl abipusio investicijų skatinimo ir apsaugos //Valstybės žinios. 1997, Nr.70.
40. Lietuvos Respublikos Vyriausybės ir Ukrainos Vyriausybės sutartis dėl investicijų skatinimo ir abipusės apsaugos// Valstybės žinios. 1995., Nr. 90.
41. Lietuvos Respublikos Vyriausybės ir Uzbekistano Respublikos Vyriausybės sutartis dėl investicijų skatinimo ir apsaugos// Valstybės žinios. 2002, Nr.115.
42. Lietuvos Respublikos Vyriausybės ir Venesuelos Respublikos Vyriausybės sutartis dėl investicijų skatinimo ir apsaugos// Valstybės žinios. 1996, Nr. 83.
43. Lietuvos Respublikos Vyriausybės ir Vietnamo Socialistinės Respublikos Vyriausybės sutartis dėl investicijų skatinimo ir apsaugos// Valstybės žinios. 2003, Nr.36.
44. Lietuvos Respublikos ir Vokietijos FR sutartis dėl kapitalo investicijų skatinimo ir jų abipusės apsaugos// Valstybės žinios.1997, Nr.60.

45. Washington Convention on the Settlement of Investment Disputes between States and Nationals of other States adopted in 1965//
<http://www.worldbank.org/icsid/basicdoc/partA-chap01.htm#s01>
46. Convention on the Recognition and Enforcement of Foreign Arbitral Awards adopted in 1958// http://www.uncitral.org/pdf/english/texts/arbitration/NY-conv/XXII_1_e.pdf
47. North American Free Trade Agreement // <http://www.sice.oas.org/Trade/NAFTA/chap-02.asp>
48. European Energy Charter Treaty adopted in 1994
http://www.encharter.org/fileadmin/user_upload/document/EN.pdf
49. Agreement between the Government of the Republic of Austria and the Government of the Arab Republic of Egypt for the promotion and protection of Investments. Cairo, 2001.
50. Agreement between Austria and Cape Verde on the encouragement and protection of investments. Vienna, 1993.
51. Agreement between the government of the Republic of Albania and the Government of the Republic of Croatia for the Encouragement and Reciprocal Protection of Investments. Zagreb, 1993.
52. Agreement between the Government of the Republic of Bulgaria and The Government of the Kingdom of Denmark concerning the Encouragement and Reciprocal Protection of Investments. Copenhagen, 1993.
53. Agreement between the Government of the Republic of Bulgaria and The Government of the Republic of Albania on Mutual Promotion and Protection of Investments. Soeza, 1994.
54. Agreement between the Czech Republic and the Republic of Albania for the promotion and Reciprocal protection of Investments. Prague, 1994.
55. Agreement between the Government of Canada and the Government of The Republic of Hungary for the Promotion and Reciprocal Protection of Investments. Ottawa, 1991.
56. Agreement between the Government of Canada and the Government of The Republic of Poland for the Promotion and Reciprocal Protection of Investments. Warsaw, 1990.
57. Agreement between Canada and The Republic of Peru for the Promotion and Protection of Investments. Ottawa, 2000.
58. Treaty between the Government of Canada and the Government of the republic of Panama for the Promotion and Protection of Investments. Guatemala, 1996.

59. Agreement between the Government of Canada and the Government of the Lebanese Republic for the promotion and protection of Investments. Ottawa, 1997.
60. Agreement between the Government of Canada and the Government of the Republic of Latvia for the promotion and protection of Investments. Ottawa, 1995.
61. Agreement between The People's Republic of China and the Government of The Republic of Albania Concerning The Encouragement and Reciprocal Protection of Investments. Baijing, 1993.
62. Agreement between the the Government of the Hellenic Republic of Greece and The Government of the Russian Federation for the promotion and Reciprocal protection of Investments. Athens, 1993.
63. Agreement between the Government of the Republic of Mauritius and the Government of Romania on the Promotion and Reciprical protection of Investments. Bucharest, 2000.
64. Agreement between the Government of the Republic of India and the Government of the Republic of Ghana for the Reciprocal Promotion and Protection of Investments. Japan, 2000.
65. Agreement between the Government of the Republic of Korea and the Government of the Republic of Kazakhstan for the Reciprocal Promotion and Protection of Investments.
66. Agreement between the Government of the Hashemite Kingdom of Jordan and The Government of the Republic of Lebanon for the Encouragement and Protection of Investments. Beirut, 2002.
67. Treaty between the Government of the United States of America and The Government of the Republic of Albania concerning the Encouragement and Reciprocal Protection of Investments, Washington, 1995.
68. Agreement between the Government of the United Kingdom of Great Britain and Northern Ireland and the Government of the Republic of Ecuador for the Promotion and Protection of Investments. Quito, 1994.

Specialioji literatūra:

1. Davulis G. Ekonomikos teorija, - Vilnius: Lietuvos teisės universitetas, 2003.
2. Dominas G., Mikelėnas V. Tarptautinis komercinis arbitražas, Vilnius: Justicija, 1995.
3. Kancerevyčius G. Finansai ir investicijos. -Kaunas: "Smaltijos" 1-kla, 2006.
4. Valančius K., Investicijų teisė. Užsienio investicijų teisinio reguliavimo raida Lietuvos Respublikoje (1990 – 2004). - Vilnius: Eugrimas, 2005.

5. Žukauskas P. Kompanijų veiklos internacionalizacija: teorija ir praktika: monografija// Kaunas : Vytauto Didžiojo universiteto leidykla, 2006.
6. Collier John, Voughan Lowe. Ginčų sprendimas tarptautinėje teisėje. Institucijos ir procedūros. – Vilnius: Eugrimas, 2002.
7. Horn N. Arbitrating Foreign Investment Disputes.-The Hague: Kluwer Law International, 2004.
8. Provost R. State Responsibility in International Law. – Aldershot: Ashgate Dartmouth, 2002.
9. Sornarajah M. The international law on foreign investment.-Cambridge:Cambridge university press, 2004.
10. Sloane R., Reisman W. Indirect expropriation and its valuation in the BIT generation //The British Yearbook of International law 2003 // Oxford: Oxford at the Clarendon press.
11. Lowenfeld Andreas F. International Economic Law.- Oxford: Oxford University Press.
12. Douglas Z. The Hybrid Foundations of Investment Treaty Arbitration// The British Year Book of International Law 2003. Oxford: Oxford at the Clarendon Press. 2004.
13. Tiesioginės užsienio investicijos Lietuvoje 2006 01 01// Statistikos departamento biuletenis. -Vilnius, 2006 http://www.stat.gov.lt/lt/catalog/list/?cat_y=1&cat_id=2,18,22
14. Hamilton C. Trade and Investment: Foreign Direct Investment trough Bilateral and Multilateral Treaties// New York International Law Review. Winter, 2005.
http://international.westlaw.com/result/default.wl?rp=%2fWelcome%2fWorldJournals%2fdefault.wl&effdate=1%2f1%2f0001+12%3a00%3a00+AM&cfid=1&fn=_top&vr=2.0&fcl=True&rli=1&tc=6&rs=WLIN6.11&cxt=RL&docsample=False&eq=Welcome%2fWorldJournals&db=WORLD-JLR%2cLAWREV-PRO%2cCLMLR%2cHVLR%2cYLJ%2cCUSLJ%2cCANJLJUR%2cSYBIL%2cUK-JLR%2cLJI&sv=Split&nstartlistitem=16&scxt=WL&spa=intbaltic-1000&tf=507&ss=CXT&rli=CLID_QRYRLT83691212&rldb=CLID_DB53691212&blinkedcitelist=False&mt=WorldJournals&service=Search&query=icsid&method=WIN
15. Yala F. The Notion of „Investment“ in ICSID Case Law: A Drifting Jurisdictional Requirement?//Journal of International Arbitration 22(2): 105-126, 2005.
16. Lyons K. Piercing the corporate veil in the international arena// Syracuse Journal of International Law and Commerce. 2006, vol. 33; No 2.
17. Sabater A. The Weaknesses of the „Rosatti Doctrine“: Ten Reasons why ICSID’s Standing Provisions do not Discriminate Against Local Investors//American Review of

International Arbitration. 2004

http://international.westlaw.com/result/default.wl?rp=%2fWelcome%2fWorldJournals%2fdefault.wl&effdate=1%2f1%2f0001+12%3a00%3a00+AM&cfid=1&fn=_top&vr=2.0&fcl=True&rlti=1&tc=6&rs=WLIN6.11&cxt=RL&docsample=False&eq=Welcome%2fWorldJournals&db=WORLD-JLR%2cLAWREV-PRO%2cCLMLR%2cHVLR%2cYLJ%2cCUSLJ%2cCANJLJUR%2cSYBIL%2cUK-JLR%2cLJI&sv=Split&nstartlistitem=16&scxt=WL&spa=intbaltic-1000&tf=507&ss=CXT&rlt=CLID_QRYRLT83691212&rltdb=CLID_DB53691212&linkedcitelist=False&mt=WorldJournals&service=Search&query=icsid&method=WIN

18. Shihata I. The Settlement of Disputes Regarding Foreign Investment: the Role of The World Bank, with Particular Reference to ICSID and MIGA

[http://links.jstor.org/sici?sici=0268-0556\(198605\)1%3A3%3C265%3ATSODRF%3E2.0.CO%3B2-B](http://links.jstor.org/sici?sici=0268-0556(198605)1%3A3%3C265%3ATSODRF%3E2.0.CO%3B2-B)

19. Bilateral Investment treaties 1995-2006: Trends in Investment Rulemaking// UN Conference on Trade and Development Geneva, 2007.

http://www.unctad.org/en/docs/iteiia20065_en.pdf prisijungimo laikas 2007.09.05

20. Commentaries of the Draft Articles of the Diplomatic Protection P.25

http://untreaty.org/ilc/summaries/9_8.htm

21. International Law Commission: Draft articles of Diplomatic protection

(http://untreaty.org/ilc/summaries/9_8.htm)

21. Foreign Direct Investment <http://www.statistics.gov.uk/pdfdir/fd1206.pdf>

23. Report of the Executive Directors on the Convention, 1965.

<http://icsid.worldbank.org/ICSID/FrontServlet>

24. ICSID 2001 Annual Report

<http://icsid.worldbank.org/ICSID/FrontServlet?requestType=ICSIDPublicationsRH&actionVal=ViewAnnualReports>

25. И.З. Фархутдинов Международное инвестиционное право.- Москва: Волтерс Клувер, 2005.

Teismų praktika:

1. P.C.I.J. *Case Concerning the Factory at Chorzów (Germany v. Poland)* //Publications of the Permanent Court of International Justice. 1927, Series A - No. 9 //

http://www.worldcourts.com/pcij/eng/decisions/1927.07.26_chorzow

2. I.C.J. Case *Ahmadou Sadio Diallo (Republic of Guinea v. Democratic Republic of the Congo)* Judgement on preliminary objections: I.C.J. Reports, 1998. // <http://www.icj-cij.org/docket/files/103/13856.pdf>
3. I.C.J. Case *Anglo Iranian Oil Co.* (jurisdiction), Judgement of July 22nd, 1952: I.C.J. Reports, 1952 // <http://www.icj-cij.org/docket/index.php?p1=3&p2=3&k=ba&case=16&code=uki&p3=4>
4. I.C.J. Case *Concerning the Barcelona Traction, Light and Power Company, Limited (Belgium v. Spain)* Judgement :I.C.J. Reports, 1962 // <http://www.icj-cij.org/docket/files/50/5341.pdf>
5. I.C.J. Case *Concerning Electronica Sicula S.p.A. (ELSI)* (United States of America v. Italy), Judgement I.C.J. Reports,1989. // <http://www.icj-cij.org/docket/files/76/6707.pdf>
6. I.C.J. Case *Interhandel* (Switzerland v. USA), Judgement of March 21st, 1959: I.C.J. Reports 1959. // <http://www.icj-cij.org/docket/files/34/2297.pdf>
7. I.C. J. Case *Nottebohm (Liechtenstein v. Guatemala)* Judgement I.C.J. Reports,1955. // <http://www.icj-cij.org/docket/files/18/2674.pdf>
8. European Court of Human Rights *Former King of Greece and Others v. Greece*// Judgement ECHR, Appl. 25701/94. // <http://cmiskp.echr.coe.int/tkp197/view.asp?item=2&portal=hbkm&action=html&highlight=Former%20%7C%20King%20%7C%20of%20%7C%20Greece%20%7C%20Other%20%7C%20v.&sessionid=3953284&skin=hudoc-en>
9. ICSID Arbitral Tribunal *Antoine Goets and others v. Republic of Burundi* Case No. ARB/95/3
10. ICSID Arbitral Tribunal *Alex Genin, Eastern Credit Limited, Inc., and A.S. Baltoil v. The Republic of Estonia* Case No. ARB /99/2
11. ICSID Arbitral Tribunal *Banro American Resources, Inc. and Societe Aurifere du Kivu et u Maniema S.A.R.L. v. Democratic Republic of the Congo* Case No. ARB/98/7
12. ICSID Arbitral Tribunal *Compania del Desarrollo de Santa Elena, S.A. v. Republic of Costa Rica* Case No. ARB/96/1
13. ICSID Arbitral Tribunal *Ceskoslovenska Obchodni Banka, A.S. v. The Slovak Republic* Case No. ARB/97/4
14. ICSID Arbitral Tribunal *CMS Gas Transmission Company and The Republic of Argentina* Case No. ARB/01/8
15. ICSID Arbitral Tribunal *Compania de Aguas del Aconquija S.A. & Compagnie Generale des Eaux v. Argentine Republic* Case No. ARB/97/3

16. ICSID Arbitral Tribunal Eudoro Armando Olguin v. Republik of Paraguay Case No. ARB/98/5
17. ICSID Arbitral Tribunal Emilio Agustin Maffezini v. Kingdom of Spain Case No. ARB/97/7
18. ICSID Arbitral Tribunal Mifaly International Corporation v. Democratic Socialist Republic of Sri Lanka Case No. ARB/00/2
19. ICSID Arbitral Tribunal Metalclad Corporation v. The United Mexican States Case No. ARB (AF)/97/1
20. ICSID Arbitral Tribunal Middle east Cement Shipping and Handling Co. S.A. v. Arab Republic of Egypt Case No ARB/99/6
21. ICSID Arbitral Tribunal Robert Azinian and others v. United Mexican states Case No. ARB (AF)/97/2
22. ICSID Arbitral Tribunal Joseph Charles Lemire v. Ukraine Case No. ARB(AF)/98/1
23. ICSID Arbitral Tribunal Victor Pey Casado and President Allende Foundation v. Republic of Chile Case No. ARB/98/2
24. ICSID Arbitral Tribunal Tanzania Electric Supply Company Limited v. Independent Power Tanzania Limited Case No. ARB/98/8
25. ICSID Arbitral Tribunal Tokios Tokelès v. Ukraine Case No. ARB/02/18
26. ICSID Arbitral Tribunal Waste Management, Inc V. United Mexican States Case No. ARB(AF)/98/2

Nepublikuoti dokumentai:

1. Bambalas A. Trečiojo asmens, neesančio arbitražinio susitarimo pasirašančiaja šalimi, problematika tarptautiniame komerciniame arbitraže: magistro baigiamasis darbas: Mykolo Romerio universitetas. Verslo teisės katedra. Vilnius, 2007. P.63
2. Budrys A. Europos žmogaus teisių ir pagrindinių laisvių apsaugos konvencijos pirmojo protokolo 1 straipsnis: DE FACTO nusavinimo problema : magistro baigiamasis darbas: Mykolo Romerio universitetas. Tarptautinės teisės ir Europos Sąjungos teisės katedra. Vilnius, 2004.P.12.
3. Švilpaitė E. Nuosavybės teisės apribojimai pagal 1950 m. Žmogaus teisių ir pagrindinių laisvių apsaugos konvencijos Pirmojo protokolo 1 straipsnį: daktaro dis. soc. mokslai, teisė (01 S) / Eglė Švilpaitė; Mykolo Romerio universitetas.- V., 2005. P. 99.

Žodynai:

1. Kinderys A. Tarptautinių žodžių žodynas. –Vilnius:Alma Litera, 2005,- 4 leid.

Internetiniai šaltiniai:

www.wordbank.org/icsid (Pasaulio Bankas)

www.miga.org (Daugiašalė investicijų draudimo agentūra)

www.finasta.lt (Nebankinė finansų maklerio įmonė)

http://www.unctadxi.org/templates/DocSearch_779.aspx (JTO prekybos ir vystymosi konferencija)¹³⁷

¹³⁷ Šioje interneto svetainėje taplinamos visų valstybių dvišalių investicijų apsaugos ir skatinimo sutarčių kopijos

SANTRAUKA

Šis magistro baigiamasis darbas skirtas investicijų apsaugos užsienio valstybėse analizei.

Klasikinėje tarptautinėje teisėje visiškai subjektiškumas buvo suprantamas kaip būdingas tik valstybėms, todėl visi tarptautiniai santykiai, tarp jų ir ginčų sprendimas buvo valstybių tarpusavio reikalas. Dėl to, jei reikėdavo ginti asmenį užsienyje patyrusį žalą, tai galima buvo padaryti tik remiantis fikcija – kad žala padaryta asmeniui yra žala padaryta jo valstybei. Jei asmuo investavęs į užsienio valstybę patirdavo žalą dėl neteisėtų investicijas priimančios valstybės veiksmų, jis pats galėdavo kreiptis dėl kompensacijos į vietinius valstybės teismus arba į savo pilietybės ar nacionalinės priklausomybės valstybę, kad ši imtųsi diplomatinių priemonių.

Šiuolaikinė tarptautinė teisė subjektų klausimu, galima sakyti, žengia toliau. Šiuo metu fiziniai asmenys yra įgiję dalinį tarptautinį teisinį subjektiškumą žmogaus teisių srityje. Nuosavybės apsauga (tame tarpe ir investicijų apsauga) yra viena iš svarbiausių žmogaus teisių, deklaruojamų tiek valstybių konstitucijose, tiek tarptautiniuose dokumentuose, todėl investuotojai gali patys, be savo valstybės įtraukimo ar įsikišimo, išspręsti investicinį ginčą su investicijas priimančia valstybe. Įvairių instrumentų pagalba šiuolaikinėje tarptautinėje teisėje yra sukurta nemažai pažeistų teisių gynimo mechanizmų, kuriais gali pasinaudoti investuotojai tiek fiziniai, tiek juridiniai asmenys. Jei investuotojas siekia investicinį ginčą perkelti į tarptautinį lygmenį, jis gali kreiptis į tarptautinius institucinius arbitražus, tokius kaip Stokholmo prekybos rūmų arbitražas, Londono tarptautinį arbitražą, Tarptautinių prekybos rūmų arbitražo teismą Paryžiuje, *ad hoc* arbitražą, Europos žmogaus teisių teismą, Tarptautinį investicinių ginčų sprendimo centrą, žinoma, visada išlieka galimybė kreiptis į savo valstybę prašant diplomatinės gynybos.

Investuotojų apsaugos mechanizmų analizė nebūtų tikslinga, jei liktų neaparta paties investuotojo sąvoka. Nėra universalios investuotojo sąvokos tarptautinėje investicijų teisėje. Vašingtono konvencijos ir dvišalių investicijų skatinimo bei jų abipusės apsaugos sutartys pateikia šią definiciją, tačiau dėl skirtingų kapitalą eksportuojančių ir besivystančių valstybių interesų, šios sąvokos skiriasi. Šiame magistro baigiamajame darbe buvo atlikta išsami investuotojo definicijos analizė, kuri atskleidžia investuotojo sąvokos išplėtimo tendencijas Lietuvos Respublikos bei kitų valstybių dvišalėse sutartyse.

Darbo pradžioje iškelta hipotezė (Pasaulio Banko sukurtas mechanizmas – tiesioginis investuotojo ir valstybės ginčo sprendimas ICSID, besiremiantis dvišalėmis investicijų

skatinimo sutartimis, yra palankiausias būdas investuotojo teisių apsaugai) pasitvirtino, kadangi aptarus galimus investicijų apsaugos mechanizmus, paaiškėjo, kad Centras, kaip specializuota vieta, būtent investiciniams ginčams spręsti, yra palankiausias teisių gynimo mechanizmas, kuriuo šiuo metu gali pasinaudoti užsienio investuotojai. Šio mechanizmo privalumai ypač išryškėja palyginus jį su diplomatine asmenų gynyba.

Prie ICSID „populiarumo“ ženkliai prisideda ir plačiai paplitusios dvišalės investicijų apsaugos bei skatinimo sutartys, kuriose paprastai būna išreiškiamas ir valstybės sutikimas kilusius ginčus perduoti spręsti nepriklausomam tarptautiniam forumui, pvz., Tarptautiniam investicinių ginčų sprendimo centrui.

Daugelis šios srities specialistų pripažįsta, kad šiuolaikinio tarptautinio ekonominio gyvenimo kontekste, diplomatinė gynyba pasirodė ne pats tinkamiausias būdas verslo interesų gynimui. Tuo tarpu tiesioginio ieškinio padavimo galimybė, remiantis dvišalėmis sutartimis bei Vašingtono konvencija, leidžia tikrajam ieškovui susidurti su tikroju atsakovu.

SUMMARY

The analysis of the protection of foreign investment is the key object of this master thesis.

States were recognized as the only subjects in the classical international law. Therefore all international relationships and disputes were settled between the states themselves. In case of a breach of the rights of a foreign investor it was the state of his nationality to bring any kind of claims in regards to another state.

Contemporary international law goes way further in regard to international legal personality of natural persons or legal entities. Partial personality, in particular in the field of human rights, is recognized for the natural/legal persons. Protection of property, as well as investment, is considered to be one of the most fundamental human rights embedded in constitutions and international treaties. Therefore, investors have a right to protect their injured rights by bringing claims in international tribunals.

There are quite a few mechanisms for the protection of investors' rights in the domain of international law. Such as international institutional arbitration, *ad hoc* arbitration, ECHR, ICSID and diplomatic protection by investor's state of nationality.

The analysis of the investment protection mechanisms wouldn't be completed without the analysis of the notion of investor itself. There is no universal definition of the notion of investor. In most BIT this notion differs because of the different interests of capital exporting and capital importing countries. Therefore, this master thesis includes an analysis of the concept of investor. The analysis shows a trend of expansion of the mentioned definition in the recent BIT of Lithuania and other states.

The hypothesis of this master thesis (mechanism created by the World Bank (i.e. direct settlement of the investor-state disputes) is the most effective way for the protection of investor's rights) has been proved. The comparative analysis of the diplomatic protection and the ICSID mechanism shows that investment dispute settlement in the Center is the most favourable for the investor.

Widely spread BIT add much to the "popularity" of the ICSID system, because these bilateral treaties include the consent of the state to decide all investment disputes in an independent international tribunal.

Many commentators agree that in the context of today's economy, diplomatic protection seems to be not the very best way for the protection of business interests. While the

possibility of the direct dispute settlement between the investor and the host state allows the true claimant face the true defendant.