

2.4. Pandemijos poveikis investiciniam arbitražui

Šioje mokslo studijos dalyje siekiama išanalizuoti, kokį poveikį pandemija turėjo užsienio investuotojų teisių apsaugai bei kokios galimybės ir mechanizmai investuotojams ginti savo interesus galėtų būti taikomi pagal egzistuojančius investuotojų apsaugos standartus investicijų apsaugos sutartyse. Taip pat šioje studijoje aptariamos galimos pačių valstybių gynybos priemonės ir diskrecijos ribos pagal investicijų ir tarptautinę teisę, taikant pandemijai suvaldyti reikalingas priemones. Kartu svarstomas ir pandemijos poveikis pačiai materialinei tarptautinei investicijų teisei bei investicinio arbitražo bylų nagrinėjimo procesui, nes akivaizdu, kad, įvedus ilgalaikius judėjimo apribojimus, investicinių ginčų nagrinėjimo tvarka šiandien yra gerokai pasikeitusi ir panašu, jog tai turės ilgalaikes pasekmes net ir pasibaigus epidemijai.⁴⁷⁰

2.4.1. COVID-19 pandemijos valdymo priemonės ir jų įtaka verslo subjektams

COVID-19 pandemijos protrūkis paveikė daugiau nei 150 pasaulio šalių.⁴⁷¹ Pandemijos banga buvo nenuspėjama, todėl valstybėms sukėlė itin sunkių ekonominių iššūkių.⁴⁷² Reaguodamos į COVID-19 pandemiją, valstybės buvo priverstos imtis tiek priemonių savo piliečiams ir verslui remti, tiek apribojimų, kad būtų sumažintas ligos plitimas: apribotos kelionės, įvestas karantinas, uždarytos smulkiojo verslo įmonės ir sienos, nustatytas namų režimas, laikinai sustabdytas paskolų ir komu-

⁴⁷⁰ Mohamed S. Abdel Wahab, „Dispute Prevention, Management and Resolution in Times of Crisis Between Tradition and Innovation: The COVID-19 Catalytic Crisis“, iš Maxi Scherer, Niuscha Bassiri ir kt. (eds.), *International Arbitration and the COVID-19 Revolution* (Kluwer Law International, 2020), 19.

⁴⁷¹ Pasaulio sveikatos organizacija paskelbė, kad esama situacija prilygsta pasaulinio lygio krizei dėl viruso keliamo pavojaus visuomenės sveikatai. Tarptautinis valiutos fondas (TVF) įspėjo, kad ekonominiai pokyčiai, jų nuosmukis 2020 m., bus didžiausias nuo Didžiosios depresijos laikų; žr. World Health Organization, „Statement on the second meeting of the International Health Regulations. Emergency Committee regarding the outbreak of novel coronavirus“, 2020; International Monetary Fund, „The Great Lockdown. World Economic Outlook Reports“, 2020.

⁴⁷² Nathalie Bernasconi-Osterwalder, Lise Johnson, *International investment law and sustainable development: key cases from 2000–2010* 18, 2011, http://www.iisd.org/pd/f/2011/int_investment_law_and_sd_key_cases_2010.pdf.

nalinių mokesčių mokėjimas, kelių rinkliavų rinkimas⁴⁷³, įskaitant ekstremaliosios situacijos deklaracijas, įgaliojančias vyriausybes kontroliuoti privatų verslą, atsinaujinančios ir tvarios energijos gamybos apribojimus⁴⁷⁴ ir kitas susijusias priemones⁴⁷⁵.

Pavyzdžiui, kai kurios šalys laikinai buvo sustabdžiusios ar apribojusios įvairias komercinės veiklos sritis: Ukraina sustabdė dalį neesminės prekybos⁴⁷⁶; Italija iš karto sustabdė visus verslus, ir ši „vieno dydžio visiems“ priemonė itin paveikė ekonomiką⁴⁷⁷. Pietų Afrika uždarė mokyklas, naktinius klubus, uždraudė kitus socialinius susibūrimus ir prekybą alkoholiu.⁴⁷⁸ Australija ilgą laiką buvo visiškai uždraudusi neesminio verslo veiklą ir tarptautines keliones⁴⁷⁹, Vokietijoje Užsienio prekybos ir mokėjimų potvarkio pakeitimais buvo apribotos užsienio investicijos į vakcinų, vaistų, apsauginės medicinos įrangos ir kitų medicinos prekių plėtrą, kūrimą bei gamybą⁴⁸⁰. Lietuva buvo viena iš anksčiausiai bei griežčiausiai į COVID-19 pandemiją sureagavusių Europos Sąjungos šalių, taikiusi itin griežtą karantiną, kurio metu buvo apribota daugelio verslo sričių veikla.⁴⁸¹

Kai kuriose šalyse pandemijos sukelta suirutė buvo kaip pretekstas panaudoti ypač drastiškas valstybės priemones. Pavyzdžiui, Meksika priėmė dvi energetikos politikos priemones, skirtas elektros energijos tiekimui kontroliuoti. Pagrindinis šių priemonių tikslas buvo pažaboti atsinaujinančios energijos gamybą, pvz., saulės ir vėjo jėgainių parkus, stiprinant Federalinės elektros komisijos vaidmenį, tiekiant elektros energiją šalyje. Šie netikėtai priimti diskriminacinio pobūdžio pakeitimai

⁴⁷³ Global Arbitration Review, „Peru warned of potential ICSID claims over COVID-19 measures“, 2020 m. balandžio 9 d.

⁴⁷⁴ Global Arbitration Review, „Mexico faces potential claims over pandemic“, 2020 m. gegužės 22 d.

⁴⁷⁵ „As COVID-19 Continues, Governments Must Shield Emergency Measures from Investor-State Arbitration“, *IISD Blog*, 2020 m. gegužės 21 d.

⁴⁷⁶ „Ukraine: Authorities to tighten domestic COVID-19 restrictions in Kyiv Oblast and several other areas from Oct. 30 /update 39“, *garda.com*.

⁴⁷⁷ „Closed for business: The mortality impact of business closures during the Covid-19 pandemic“, *plos.org*.

⁴⁷⁸ „South Africa Bans Alcohol, Shuts Schools to Curb Virus Surge“, *Bloomberg*.

⁴⁷⁹ „Policy Responses to COVID-19“, *imf.org*.

⁴⁸⁰ Global Competition Review, „Foreign Direct Investment Regulation Guide“, <<https://globalcompetitionreview.com/guide/foreign-direct-investment-regulation-guide/first-edition/article/the-impact-of-the-covid-19-pandemic-foreign-direct-investment-regimes>>.

⁴⁸¹ Rasa Bortkevičiūtė, Patricija Kalkytė, Vytautas Kuokštis, Vitalis Nakrošis, Inga Patkauskaitė-Tiuchtienė, Ramūnas Vilpišauskas, *Nuo greitų pergalių prie skaudžių pralaimėjimų: Lietuvos viešosios politikos atsakas į COVID-19 pandemiją ir šios krizės valdymas 2020 m. Viešosios politikos trumpaštis su rekomendacijomis sprendimų priėmėjams* (Vilnius: Vilniaus universiteto Tarptautinių santykių ir politikos mokslų institutas, 2020).

užsienio investuotojams potencialiai galėjo sukelti didžiulių nuostolių.⁴⁸²

Daugelis išsivysčiusių šalių, suvokdamos taikomų apribojimo priemonių pandemijai suvaldyti neigiamas ekonomines pasekmes, paraleliai ėmėsi ieškoti įvairių kompensavimo mechanizmų. Kita vertus, ne visi jie buvo ir yra pakankami, todėl dėl kai kurių adekvatumo, kaip ir dėl pačių suvaržymo priemonių proporcingumo, buvo ir yra keliama nemažai klausimų. Dėl šių priežasčių tarptautinio investicinio arbitražo teisė, kuri dėl pandemijos taip pat patyrė tam tikrų pokyčių, tapo kaip niekad aktuali. Nors tiksliai nuspėti ateities neįmanoma, manytina, kad kai kurios priemonės, ypač reguliacinės, kurių ėmėsi valstybės, reaguodamos į COVID-19 pandemiją, galėjo turėti neigiamą poveikį investuotojų teisėms ir teisėtiems lūkesčiams, saugomiems užsienio investuotojų apsaugos standartais, įtvirtintais dvišalėse ar daugiašalėse investicijų apsaugos sutartyse⁴⁸³, bei sudaryti pagrindą investuotojų potencialiems ieškiniams, nukreiptiems į valstybes ir jų taikytas valdymo priemones karantino metu.

Nors precedentų, kaip į taikomus suvaržymus reaguoja nacionaliniai teismai, yra nedaug, o tarptautinių investicinių arbitražo sprendimų nėra iš viso (2021 m. gruodžio 31 d.), klausimas aktualus ir vertas nuodugnesnės analizės, nes akivaizdu, kad tokių ieškinių tikrai bus, t. y. pandemijos pasekmės nebus vien tik trumpalaikės šioje srityje.

2.4.2. Tarptautinės investicijų teisės veikimas pandemijos kontekste

Atsižvelgiant į čia apibūdintą problematiką, toliau analizuojama, kaip valstybių taikytos pandemijos valdymo priemonės galėjo paveikti užsienio investuotojų teisių apsaugos standartus ir kokią veikimo laisvę tarptautinė investicijų teisė tokiomis aplinkybėmis suteikia valstybėms. Atitinkamai ši analizė atliekama iš investuotojų ir valstybių perspektyvų.

⁴⁸² „Oil rally falters on pandemic surge, renewed Mexico supply“, *Reuters*. .

⁴⁸³ UNCTAD, „Investment Policy Responses to the COVID-19 Pandemic“, *Investment Policy Monitor* 4 (2020).

2.4.2.1. Investuotojų perspektyva

Kaip minėta, COVID-19 pandemijos kontekste valstybės ėmėsi įvairių reguliavimo priemonių viruso plitimui pažaboti. Šios priemonės apėmė laikiną sveikatos verslo įmonių perėmimą ir įsikišimą į jų veiklą, ypač ligoninių, sveikatos klinikų ir farmacijos pramonės nusavinimą⁴⁸⁴; selektyvius verslo apribojimus, tokius kaip asmenų skaičiaus ir paslaugų apimties ribojimas aptarnavimo versluose – restoranuose, apgyvendinimo įstaigose ir kt.⁴⁸⁵; karantino priemones fiziniams asmenims, tokias kaip draudimas palikti namus; kelionių bei renginių apribojimas ir lankytinų turistinių vietų uždarymas, siekiant apriboti masinius susibūrimus⁴⁸⁶ ir pan.

Šios valstybių priemonės buvo taikytos siekiant apsaugoti visuomenės sveikatą. Tačiau vienokio ar kitokio pobūdžio neigiamus jų padarinius pajuto ir privatūs asmenys, ir vietinio kapitalo verslai, ir užsienio investuotojai. Jungtinių Tautų prekybos ir plėtros konferencija (angl. *United Nations Conference on Trade and Development (UNCTAD)*) nurodė, kad „valstybinės priemonės, skirtos neigiamam pandemijos ekonominiam poveikiui apriboti, yra įvairios ir įvairiose valstybėse skiriasi. Nors šių priemonių imamasi siekiant apsaugoti viešąjį interesą ir sušvelninti neigiamą pandemijos poveikį ekonomikai, kai kurios iš jų, priklausomai nuo jų įgyvendinimo būdo, gali padidinti riziką, kad valstybės bus įtrauktos į arbitražo procesus, kuriuos inicijuoja užsienio investuotojai pagal tarptautines investicijų sutartis ir / arba investuotojų ir valstybių sutartis“⁴⁸⁷.

Tarptautinio investicinio arbitražo procesai dažniausiai inicijuojami tarp valstybių sudarytų dvišalių investicijų skatinimo ir apsaugos sutarčių pagrindu. Toliau pateikiama analizė, kaip pandemijos metu taikytos valstybių priemonės paveikė ar galėjo paveikti šiose tarptautinėse sutartyse įtvirtintus vienos valstybės investuotojų teisių apsaugos standartus, kuriuos įsipareigoja užtikrinti kita, investicijas priimanti, valstybė. Nors konkrečios dvišalės investicijų sutartys gali šiek tiek skirtis vienos nuo

⁴⁸⁴ Pvz., Julien Mercille, Brian Turner, Donnacha Lucey, „Ireland’s takeover of private hospitals during the COVID-19 pandemic“, <<https://www.ncbi.nlm.nih.gov/pmc/articles/PMC8167255/>>.

⁴⁸⁵ Žr., pvz., „Covid-19 impact on the Tourism and Hospitality Sector, an insight from the latest Economic Commentary“, <<https://fraserofallander.org/covid-19-impact-on-the-tourism-and-hospitality-sector-an-insight-from-the-latest-economic-commentary/>>.

⁴⁸⁶ Žr. Nanno Mulder, *The impact of COVID-19 pandemic on the tourism sector in Latin America and the Caribbean, and options for a sustainable and resilient recovery*, <https://repositorio.cepal.org/bitstream/handle/11362/46502/3/S2000751_en.pdf>.

⁴⁸⁷ UNCTAD, „Investment Policy monitor“, <https://unctad.org/system/files/official-document/diaepc-bin2020d3_en.pdf>.

kitų, tarptautinės investicijų teisės praktika yra pakankamai nusistovėjusi ir toliau analizuojami užsienio investuotojų teisių apsaugos standartai įtvirtinti daugumoje šių sutarčių.

Taigi toliau aptariami šie užsienio investuotojų materialieji teisių apsaugos standartai ir poveikis jiems valstybinėmis pandemijos valdymo priemonėmis: apsauga nuo neatlygintinės tiesioginės ir netiesioginės ekspropriacijos, teisingas ir nešališkas traktavimas (angl. *fair and equitable treatment*), didžiausio palankumo ir nacionalinis režimai (angl. *most-favoured nation treatment* ir *national treatment*), visiškos apsaugos ir saugumo užtikrinimas (angl. *full protection and security*).

a) Apsauga nuo neatlygintinės tiesioginės ir netiesioginės ekspropriacijos

Ekspropriacija gali būti tiesioginė ir netiesioginė. Tiesioginės ekspropriacijos apibrėžimas didesnių neaiškumų nekelia. Tai – valstybės veiksmai, kuriais įgyvendinamas jos suverenitetas ir kuriais valstybė tiesiogiai perima užsienio investuotojo nuosavybės teisę į jo investicijas.⁴⁸⁸ Atsižvelgiant į tai, kad tiesioginė ekspropriacija gali itin pakenkti valstybės įvaizdžiui potencialių užsienio investuotojų akyse, tiesioginės ekspropriacijos atvejų mažėja, tačiau vis dažniau pastaruoju metu pasitaiko netiesioginės ekspropriacijos atvejų.⁴⁸⁹ Jos samprata nėra tokia apibrėžta, tačiau jos esmė susijusi su tuo, kad valstybės pritaikytomis priemonėmis nėra tiesiogiai paimama nuosavybė, tačiau galimybė naudotis investicija ar jos vertė taip apribojami bei sumažinami, kad tai prilygsta faktiniam investicijos nuosavybės netekimui.⁴⁹⁰

Tam, kad ekspropriacija būtų teisėta, ji turi atitikti šiuos reikalavimus: a) valstybės taikoma priemonė turi būti skirta viešajam tikslui; b) priemonė neturi būti savavališka ir diskriminacinė; c) turi būti išmokama greita, adekvati ir efektyvi kompensacija. Kaip kriterijus kartais papildomai išskiriama tai, kad ekspropriacija turi būti atliekama laikantis tinkamo proceso principų.⁴⁹¹

Atsižvelgiant į tai, kad „viešasis tikslas“ yra labai plataus pobūdžio sąvoka, užsienio investuotojai gana retai ginčija, kad tam tikras valstybių deklaruotas viešasis

⁴⁸⁸ Jeswald W. Salacuse, *Principles of international investment law* (Oxford University Press; 2015). *The law of investment treaties*, OUP Oxford: 101.

⁴⁸⁹ Jeswald W. Salacuse, *Principles of international investment law* (Oxford University Press; 2015). *The law of investment treaties*, OUP Oxford: 101.

⁴⁹⁰ Nigel Blackaby, Constantine Partasides, Alan Redfern, Martin Hunter, *Redfern and Hunter on International Arbitration Law* (Oxford University Press, 2015), 471.

⁴⁹¹ *Expropriation*, UNCTAD Series on Issues in International Investment Agreements II (New York and Geneva, 2012, 27, <https://unctad.org/system/files/official-document/unctaddiaeia2011d7_en.pdf>).

tikslas privalėjo būti užtikrintas.⁴⁹² COVID-19 pandemijos kontekste investuotojams taip pat greičiausiai būtų pakankamai sudėtinga pagrįsti, kad tikslas apsaugoti visuomenės sveikatą nuo itin sparčiai plintančio viruso buvo nepakankamai svarbus, numatyti ir realizuoti ekonominę veiklą varžančias priemones.

Savavališkumo (angl. *arbitrariness*) atžvilgiu arbitražo teismas byloje *Lauder prieš Čekijos Respubliką*, remdamasis žodyne pateiktu apibrėžimu, nurodė, kad „savavališkas – tai priklausantis nuo asmeninės diskrecijos <...> paremtas išankstiniu nusistatymu bei kažkam teikiama pirmenybe, o ne racionalumu bei faktais“. Tam tikra valstybės priemonė laikytina diskriminacine, jei dėl jos užsienio investuotojas atsiduria prastesnėje padėtyje nei kiti panašiose aplinkybėse esantys subjektai ir tokiam skirtingam traktavimui nėra jokio pagrįsto (racionalaus) pateisinimo.⁴⁹³

Reaguodamos į COVID-19 pandemiją, kai kurios valstybės ėmėsi tokių kraštutinių priemonių kaip privačių sveikatos įstaigų nacionalizavimas.⁴⁹⁴ Jei, pavyzdžiui, tokio pobūdžio valstybės priemonės paveiktų tik užsienio kilmės privataus kapitalo įstaigas, jų netaikant vietinio kapitalo įstaigoms, jos neabejotinai pažeistų savavališkumo ir diskriminacijos draudimą.

Užsienio investuotojo investicijos ekspropriacija laikytina teisėta tik tuomet, kai ją lydi tinkama valstybės kompensacija už nusavinamą turtą. Tai daugiausia diskusijų kelianti ekspropriacijos teisėtumo sąlyga.⁴⁹⁵ Kompensacijos adekvatumo reikalavimas iš esmės reiškia, kad kompensacija turi atitikti nusavinamo turto rinkos vertę, kuri egzistavo ekspropriacijos atlikimo metu. Nors teisiniu požiūriu šio kriterijaus turinys gana aiškus, pats rinkos vertės nustatymas dažnai būna ypač sudėtingas procesas.⁴⁹⁶ Kai kurios dvišalės investicijų sutartys numato ekspropriacijos galimybę, jei investuotojams išmokamos kompensacijos, apskaičiuotos pagal šiose sutartyse įtvirtintas sąlygas.⁴⁹⁷ Tačiau tokios teisėtoms ekspropriacijos sąlygos neturėtų būti

⁴⁹² Jeswald W. Salacuse, *Principles of international investment law* (Oxford University Press, 2015). *The law of investment treaties*, OUP Oxford: 99.

⁴⁹³ Kamyar Assari, Andrew Willcocks, „Non-Discrimination (Expropriation)“. <<https://jsumundi.com/en/document/wiki/en-non-discrimination-expropriation>>..

⁴⁹⁴ „Coronavirus: Spain Nationalizes All Private Hospitals, Enters Lockdown“ <Coronavirus: Spain Nationalizes All Private Hospitals, Enters Lockdown (businessinsider.com)>.

⁴⁹⁵ Rudolf Dolzer, Christoph Schreuer, *Principles of international investment law* (Oxford: Oxford University Press, 2012), 100.

⁴⁹⁶ Rudolf Dolzer, Christoph Schreuer, *Principles of international investment law* (Oxford: Oxford University Press, 2012), 100.

⁴⁹⁷ Pvz., „Agreement between the United States of America, the United Mexica States and Canada“, <<https://jsumundi.com/en/document/treaty/en-agreement-between-the-united-states-of-america-the-united-mexican-states-and-canada-usmca-2018-Friday-30th-november-2018>>.

supainiojamos su žalos atlyginimo kriterijais, taikytiniais neteisėtos ekspropriacijos atvejais.⁴⁹⁸

Greita kompensacija suprantama kaip tokia, kuri išmokama be nepagrįsto uždelsimo.⁴⁹⁹ Tačiau tam tikrose investicijų sutartyse gali būti numatytas tikslus laikotarpis, per kurį turi būti išmokėta kompensacija.⁵⁰⁰ Tarptautinės teisės komisija pastebėjo, kad „sutartos kompensacijos mokėjimas būtinai priklauso nuo kiekvienos bylos aplinkybių, ypač nuo eksproprijuojančios valstybės išteklių ir faktinio mokėjimo pajėgumo. Net ir dalinės kompensacijos atveju labai nedaug valstybių buvo pakankamai stiprios ekonomiškai ir finansiškai, kad galėtų nedelsdamos ir visa apimtimi sumokėti sutartą kompensaciją“⁵⁰¹. O kompensacijos efektyvumo reikalavimas reiškia, kad kompensacija turi būti sumokama laisvai konvertuojama valiuta.⁵⁰²

Kai kurios dvišalės investicijų sutartys tiesiogiai numato, kad ekspropriacija privalo būti atliekama laikantis tinkamo proceso (angl. *due process*) reikalavimų.⁵⁰³ Tinkamo proceso kriterijus vertinamas pagal eksproprijuojančios valstybės vidaus teisę.⁵⁰⁴ Byloje *SA Silver prieš Boliviją* arbitražo teismas šio kriterijaus atžvilgiu nurodė, kad „užsienio investuotojai, suabejoję nusavinimo teisėtumu ir kompensacijos dydžiu, turi turėti galimybę laiku pradėti teisminį procesą priimančiosios valstybės teritorijoje, tačiau svarbu suprasti, kad tai nesuteikia jam teisės dalyvauti valstybės suvereniuose sprendimuose nusavinti ar ne“⁵⁰⁵. Be to, investuotojams dėl sprendimo nusavinti ir nusavinimo sąlygų turi būti pranešta vadovaujantis visiško skaidrumo

⁴⁹⁸ Rimantas Daujotas, Andrew Willcocks, „Prompt, Adequate and Effective Compensation“, < <https://jsumundi.com/en/document/treaty/en-agreement-between-the-united-states-of-america-the-united-mexican-states-and-canada-usmca-2018-Friday-30th-november-2018>>.

⁴⁹⁹ Rudolf Dolzer, Christoph Schreuer, *Principles of international investment law* (Oxford: Oxford University Press, 2012), 101.

⁵⁰⁰ Rimantas Daujotas, Andrew Willcocks, „Prompt, Adequate and Effective Compensation“, < <https://jsumundi.com/en/document/wiki/en-prompt-adequate-and-effective-compensation>>. .

⁵⁰¹ Francisco V. Garcia-Amador, *Fourth Report on International Responsibility*, U. N. Doc. No. A/CN.4/119, (1959), 56.

⁵⁰² Rimantas Daujotas, Andrew Willcocks, „Prompt, Adequate and Effective Compensation“, < <https://jsumundi.com/en/document/wiki/en-prompt-adequate-and-effective-compensation>>.

⁵⁰³ Rudolf Dolzer, Christoph Schreuer, *Principles of international investment law* (Oxford: Oxford University Press, 2012), 101.

⁵⁰⁴ Pvz., Australia-Thailand FTA, Article 912.2 adopted on 5th July 2004, < <https://jsumundi.com/en/document/treaty/en-free-trade-agreement-between-australia-and-thailand-australia-thailand-fta-monday-5th-july-2004>>.

⁵⁰⁵ *South American Silver Limited (Bermuda) v The Plurinational State of Bolivia*, PCA Case No. 2013-15 (Sprendimas) (2018 m. lapkričio 22 d.), 582 punktas.

principu.⁵⁰⁶ Byloje *Valentine Petroleum and Chemical Corporation prieš Agency for International* atveju tribunolas nusprendė, kad koncesijos atšaukimas neįspėjus ar nenurodžius priežasčių buvo savavališkas.⁵⁰⁷

COVID-19 pandemijos metu kelių valstybių vyriausybės, reaguodamos į sveikatos krizę, įpareigojo privačias įmones gaminti sveikatos apsaugos priemones, medicininę įrangą, pvz., ventiliatorius. Kai kurios valstybės priėmė teisės aktus, leidžiančius laikinai nusavinti privačius viešbučius ir ligonines virusu užsikrėtusiems pacientams apgyvendinti. Tokio pobūdžio priemonės potencialiai galėtų būti kvalifikuojamos kaip neteisėta tiesioginė ar netiesioginė ekspropriacija, jei valstybės nesilaikė čia aptartų tarptautinėje teisėje nusistovėjusių ekspropriacijos teisėtumo sąlygų, pavyzdžiui, be pagrįstos priežasties nusavino tik užsienio investuotojams priklausančius viešbučius ar už tai nesumokėjo tinkamos kompensacijos. Be to, pandemijos metu daugelyje valstybių buvo apriboti ar visiškai sustabdyti teisminiai procesai, o tai potencialiai galėjo apriboti užsienio investuotojų teisę teismine tvarka kvestionuoti valstybinių ekspropriacijos priemonių teisėtumą.⁵⁰⁸ Taip galėjo būti pažeista jų teisė į tinkamą procesą kaip viena iš ekspropriacijos teisėtumo sąlygų.

b) Teisingas ir nešališkas traktavimas

Dauguma dvišalių investicijų sutarčių įtvirtina vadinamąjį teisingo ir nešališko užsienio investuotojų traktavimo (angl. *fair and equitable treatment*) apsaugos standartą. Tai dažniausiai užsienio investuotojų pasitelkiamas pagrindas, investiciniame arbitraže reiškiant reikalavimus investicijas priimančiosioms valstybėms.⁵⁰⁹ Tačiau teisingo ir nešališko traktavimo standartas neturi vienodo apibrėžimo. Galima teigti, kad pagrindinė šios nuostatos paskirtis dvišalėse investicijų sutartyse yra „užkamšyti skyles“, kurias galbūt palieka kiti investuotojų apsaugos standartai, kad atitinkama sutartimi būtų pasiektas norimas užsienio investuotojų teisinės apsaugos lygis (pavyzdžiui, suteikti užsienio investuotojui apsaugą ir tuo atveju, kai tam tikra valstybės

⁵⁰⁶ *Krederi v. Ukraine*, ICSID, Sprendimas, 2018 m. liepos 2 d., 705 pnk.

⁵⁰⁷ Michael D. Nolan, Karl P. Sauvant (eds.), *Reports of Overseas Private Investment Corporation Determinations* (Oxford University Press, 2011), 27–28.

⁵⁰⁸ „U. K. Courts Carry on While Virus Halts EU Cases, Lawsuits“, *Bloomberg.com*, 2020 m. kovo 16 d., <<https://www.bloomberg.com/news/articles/2020-03-16/virus-closes-european-courts-but-can-t-stop-u-k-Tradition>>.

⁵⁰⁹ Rudolf Dolzer, Christoph Schreuer, *Principles of international investment law* (Oxford: Oxford University Press, 2012), 131.

priemonė neatitinka ekspropriacijos kvalifikacinių reikalavimų).⁵¹⁰

Investicinio arbitražo praktikoje teisingo ir nešališko traktavimo standartas aiškinamas kaip apimantis stabilumo reikalavimą ir investuotojo teisėtų lūkesčių apsaugą⁵¹¹; skaidrumo reikalavimą, kuris glaudžiai susijęs su teisėtų lūkesčių apsauga ir pagal kurį investuotojo veiklą reglamentuojantys teisės aktai turi būti aiškūs ir visi valstybės sprendimai aiškiai pagrįsti šiais teisės aktais; reikalavimą laikytis sutartinių įsipareigojimų, valstybės prisiimamų konkretaus investuotojo atžvilgiu⁵¹²; teisę į teisingą teismą⁵¹³; sąžiningumo principą, kuris, be kita ko, reiškia reikalavimą užsienio investuotojui nesukelti žalos tyčia⁵¹⁴; ir apsaugą nuo spaudimo bei bauginimo⁵¹⁵.

Taigi teisingo ir nešališko traktavimo standartas užsienio investuotojams suteikia gerokai platesnę apsaugą nei neatlygintinės ekspropriacijos draudimas (ar, tiksliau tariant, apsaugą išplečia gerokai už neatlygintinio ekspropriacijos draudimo ribų). COVID-19 pandemijos kontekste potencialaus teisingo ir nešališko traktavimo standarto pažeidimo klausimas galėtų kilti, pavyzdžiui, jei valstybės tam tikras pandemijos valdymo priemonės pritaikė tam tikriems verslo subjektams, bet ne kitiems, veikiantiems tame pačiame verslo sektoriuje, jei priemonės buvo pritaikytos ar keičiamos itin skubiai, nesuteikiant galimybes iš anksto pasiruošti tam tikriems pokyčiams, jei taikomos priemonės nebuvo pagrįstos galiojančiais teisės aktais ar šie teisės aktai buvo priimti nekompetentingų institucijų.

c) Didžiausio palankumo ir nacionalinis režimai

Didžiausio palankumo režimo sąlygos (angl. *most-favoured-nation treatment clause*) yra standartinės tarptautinių investicijų sutarčių sąlygos. Jų esminė funkcija yra užtikrinti, kad tam tikros investicijų sutarties šalys viena su kita elgtųsi taip pat palankiai kaip su bet kuria trečiaja šalimi. Todėl savarankiško turinio, įtvirtinančio

⁵¹⁰ Rudolf Dolzer, Christoph Schreuer, *Principles of international investment law* (Oxford: Oxford University Press, 2012), 132.

⁵¹¹ Rudolf Dolzer, Christoph Schreuer, *Principles of international investment law* (Oxford: Oxford University Press, 2012), 145.

⁵¹² Rudolf Dolzer, Christoph Schreuer, *Principles of international investment law* (Oxford: Oxford University Press, 2012), 152.

⁵¹³ Rudolf Dolzer, Christoph Schreuer, *Principles of international investment law* (Oxford: Oxford University Press, 2012), 154.

⁵¹⁴ Rudolf Dolzer, Christoph Schreuer, *Principles of international investment law* (Oxford: Oxford University Press, 2012), 156.

⁵¹⁵ Rudolf Dolzer, Christoph Schreuer, *Principles of international investment law* (Oxford: Oxford University Press, 2012), 59.

tam tikrus materialius teisių apsaugos standartus, didžiausio palankumo režimo sąlygos neturi. Jos nukreipia į teisinį režimą, taikytiną trečiajam šaliai (tokios trečiosios šalies užsienio investuotojui), ir suteikia teisę konkrečiam užsienio investuotojui remtis šiuo teisiniu režimu, jei jis yra palankesnis nei numatytasis jo valstybės ir investiciją priimančiosios valstybės dvišalėje investicijų sutartyje.⁵¹⁶ Dvišalių investicijų sutarčių šalys gali numatyti, kad didžiausio palankumo režimo sąlyga bus taikoma visų kitose investicijų sutartyse bei kituose susitarimuose įtvirtintų standartų atžvilgiu ar tik tam tikrų konkrečių, pavyzdžiui, teisingo bei nešališko traktavimo.⁵¹⁷

Nacionalinio režimo (angl. *national treatment*) sąlyga, kuri taip pat įtvirtinama iš esmės visose tarptautinėse dvišalėse investicijų apsaugos sutartyse, įpareigoja investicijas priimančiąją valstybę užsienio investuotoją vertinti ne mažiau palankiai nei vietinį subjektą, veikiantį tame pačiame sektoriuje.

COVID-19 pandemijos kontekste didžiausio palankumo ir nacionalinio režimų sąlygos galėtų tapti aktualios, jei valstybės tam tikras pandemijos valdymo priemonės taikytų tik tam tikros valstybės investuotojams, o ne vietiniams subjektams arba kitos valstybės investuotojams, nes šių teisės užtikrinamos griežtesniais teisių apsaugos standartais, įtvirtintais jų valstybės ir atitinkamas priemones pritaikiusios valstybės dvišalėje investicijų sutartyje.

d) *Visiška apsauga ir saugumas*

Visiškos apsaugos ir saugumo (angl. *full protection and security*) užsienio investuotojų apsaugos standartas visų pirma suprantamas kaip užtikrinantis užsienio investicijų fizinių saugumą. Šios sąlygos pagrindu investicijas priimančios valstybės įpareigojamos nedaryti tiesioginės žalos investuotojams / investicijoms valstybei priskirtiniais veiksmais ir apsaugoti investuotojus bei investicijas nuo privačių šalių veiksmų, pvz., pilietinių neramumų.⁵¹⁸ Tačiau šis investuotojų apsaugos standartas

⁵¹⁶ Rudolf Dolzer, Christoph Schreuer, *Principles of international investment law* (Oxford: Oxford University Press, 2012), 206.

⁵¹⁷ China-Peru BIT (1994), Art. 3 adopted on 9th June 1994, Agreement Between the Government of the People's Republic of China and the Government of the Republic of Peru Concerning the Encouragement and Reciprocal Protection of Investments, < <https://jsumundi.com/en/document/treaty/en-agreement-between-the-government-of-the-peoples-republic-of-china-and-the-government-of-the-republic-of-peru-concerning-the-encouragement-and-reciprocal-protection-of-investments-china-peru-bit-1994-thursday-9th-june-1994> >.

⁵¹⁸ Arne Fuchs, Pika, Maximilian, Daniel Müller, „Full Protection and Security (FPS)“, <<https://jsumundi.com/en/document/wiki/en-full-protection-and-security-fps?su=%2Fen%2Fsearch%3Fque->

apima ne tik fizinės, bet ir teisinės apsaugos elementą, kuris reiškia apsaugą nuo užsienio investuotojų teisių pažeidimų.⁵¹⁹

COVID-19 pandemijos kontekste visiškos apsaugos ir saugumo standartas ta apimtimi, kuria užtikrina užsienio investuotojų turto fizinę apsaugą, greičiausiai nėra itin aktualus, nes valstybių taikytos viruso plitimo valdymo priemonės dažniausiai lėmė neigiamus ekonominius padarinius. O teisinės apsaugos elemento atžvilgiu, atsižvelgiant į tai, kad visiškos apsaugos ir saugumo standartas dažnai sutapatinamas su teisingo ir nešališko traktavimo standartu⁵²⁰, taikyti tie patys pastebėjimai, kurie buvo pateikti anksčiau, analizuojant teisingo ir nešališko traktavimo standarto reikšmę pandemijos kontekste.

2.4.2.2. Valstybių perspektyva

COVID-19 pandemijos metu valstybės visame pasaulyje ėmėsi įvairiausių priemonių, siekdamos pažaboti viruso plitimą. Valstybės prioritetą teikė sveikatos priežiūros sistemoms, kad būtų apsaugota žmonių sveikata, viešąsias lėšas skyrė ekonomikos sritims, susijusioms su būtiniausių prekių gamyba. Šių priemonių buvo imtasi, siekiant apsaugoti neabejotinai svarbias vertybes, tačiau dėl itin varžančio pobūdžio jos sukėlė ir neigiamų padarinių, pvz., nuo visuomenės psichinės sveikatos suprastėjimo iki didžiulių įvairių verslo sektorių finansinių praradimų. Čia pateikta analizė, kaip valstybių reakcija į pandemiją galėjo (ar gali) paveikti dvišalėse investicijų sutartyse nustatytus užsienio investuotojų teisių apsaugos standartus. Toliau analizuojama, kokias specialias priemones tarptautinė investicijų teisė (bei viešoji tarptautinė teisė bendrai) suteikia valstybėms, siekiančioms apsiginti nuo užsienio investuotojų reikalavimų, susijusių su COVID-19 pandemija.

Potencialios valstybių gynybos priemonės investiciniuose arbitražuose, susijusiuose su COVID-19 pandemija

Valstybių gynybos nuo užsienio investuotojų reikalavimų priemonės, susijusios su nepaprastaisiais įvykiais bei ekonomine ar socialine suirutė, gali kilti tiek

ry%3DFull%2520Protection%2520and%2520Security%26page%3D1%26lang%3Den&contents%5b0%5d=en>.

⁵¹⁹ Rudolf Dolzer, Christoph Schreuer, *Principles of international investment law* (Oxford: Oxford University Press, 2012), 163.

⁵²⁰ Rudolf Dolzer, Christoph Schreuer, *Principles of international investment law* (Oxford: Oxford University Press, 2012), 161.

iš tarptautinės paprotinės teisės, tiek iš tarptautinių investicijų sutarčių.⁵²¹ Tokios priemonės yra nenugalima jėga (*force majeure*), nelaimės (angl. *distress*), būtinojo reikalingumo (angl. *necessity*) bei reguliavimo galių (angl. *police powers*) doktrinos ir nedraudžiamų priemonių (angl. *non-precluded measures*) išlyga. Toliau trumpai pateikiama jų esmė ir analizuojama reikšmė COVID-19 pandemijos kontekste.

a) Nenugalima jėga

2001 m. Jungtinių Tautų Tarptautinės teisės komisijos Valstybių atsakomybės už tarptautinės teisės pažeidimus straipsnių projekto (toliau – Valstybių atsakomybės straipsnių projektas), kodifikuojančio tarptautinės paprotinės teisės normas⁵²², 23 straipsnio 1 dalyje numatyta, kad valstybės veiksmas, pažeidžiantis jos tarptautinį įsipareigojimą, nelaikomas neteisėtu, jei šis veiksmas buvo atliktas dėl nenugalimos jėgos, tai yra dėl jėgos, kuriai neįmanoma pasipriešinti, ar įvykio, kurio neįmanoma numatyti, ir kurių valstybė negali kontroliuoti, dėl to įvykdyti pareigą tampa iš esmės neįmanoma. Šio straipsnio 2 dalyje nurodyta, kad 1 dalis netaikoma, jei nenugalimos jėgos situacija kilo visiškai ar iš dalies dėl valstybės, kuri ja remiasi, veiksmų arba jei valstybė prisiėmė tokios situacijos atsiradimo riziką.⁵²³

Iš pradžių gali atrodyti, kad valstybės galėtų gana lengvai apsiginti nuo užsienio investuotojų reikalavimų, pasiremdamos argumentu, kad pandemija yra išorinis veiksnys, atitinkantis nenugalimos jėgos kriterijus. Tačiau nenugalima jėga valstybių atsakomybės atžvilgiu įprastai yra aiškinama siaurai ir nepakanka pagrįsti, kad dėl jos tam tikros pareigos vykdymas paprasčiausiai pasidarė sudėtingesnis.⁵²⁴ Pavyzdžiui, kai kuriose investicinio arbitražo bylose buvo konstatuota, kad kai kurias pandemijas ar politinius įvykius buvo galima numatyti, todėl reikėjo imtis atsargumo priemonių, siekiant pažaboti jų padarinius. Nenugalimos jėgos aplinkybe nesėkmingai mėgino pasinaudoti Venesuela byloje *Autopista prieš Venesuelą*⁵²⁵, inicijuotoje dėl

⁵²¹ Rudolf Dolzer, Christoph Schreuer, *Principles of international investment law* (Oxford: Oxford University Press, 2012), 182–183, 188.

⁵²² Rudolf Dolzer, Christoph Schreuer, *Principles of international investment law* (Oxford: Oxford University Press, 2012), 184.

⁵²³ 2001 m. Jungtinių Tautų Tarptautinės teisės komisijos Valstybių atsakomybės už tarptautinės teisės pažeidimus straipsnių projektas, Jungtinės Tautos, 2005, <https://legal.un.org/ilc/texts/instruments/english/draft_articles/9_6_2001.pdf>.

⁵²⁴ Rudolf Dolzer, Christoph Schreuer, *Principles of international investment law* (Oxford: Oxford University Press, 2012), 187.

⁵²⁵ *Autopista v. Venezuela*, ICSID, Sprendimas, 2003 m. rugsėjo 23 d., 119 paragrafas.

1997 m. civilinių neramumų, kurioje arbitražo teismas nusprendė, kad Venesuelai toks įvykis nebuvo nenumatytas.

COVID-19 pandemija kai kurių valstybių nacionaliniuose teismuose komercinių santykių kontekste jau yra pripažinta kaip nenugalimos jėgos aplinkybė. Pavyzdžiui, Paryžiaus apeliacinio teismo 2020 m. gegužės 20 d. nutartyje dėl laikinųjų apsaugos priemonių buvo pažymėta, kad „viruso plitimas akivaizdžiai nepriklauso nuo šalių, jis yra nevaldomas ir buvo nespėjamas, kaip rodo jo atsiradimo staigumas ir mastas“⁵²⁶.

Ar tokia nacionaliniame teisme išreikšta pozicija gali būti perimta ir užsienio investuotojų ir valstybių investicinius ginčus nagrinėjančių arbitražo teismų, parodys artimiausia ateitis. Investicinio ginčo atveju pandemijos aplinkybės galbūt atitiktų nenumatomumo ir negalėjimo kontroliuoti kriterijus. Valstybei nenugalimos jėgos aplinkybe pasiremti gali būti sudėtingiau, jei tam tikros investuotojų teisių apsaugos standartus pažeidusios priemonės buvo priimtos pandemijai jau gerokai pasistūmėjus į priekį, pavyzdžiui, vadinamosios antrosios ar trečiosios pandemijos bangos metu. Tokiu atveju galėtų būti sunkiau teigti, kad pandemijos nulemtos aplinkybės buvo nenumatytos. Žinoma, kiekviena situacija turėtų būti vertinama individualiai, t. y. kaip pandemija užkirto kelią konkrečių valstybės įsipareigojimų tam tikram investuotojui vykdymui, ar toje situacijoje pandemijos nebuvo įmanoma numatyti.

Pandemiją tiesiog deklaratyviai paskelbus nenugalimos jėgos aplinkybe, valstybėms būtų uždegama žalia šviesa imtis investuotojų (bei kitų asmenų) teises ir neproporcingai varžančių priemonių (ar sudaromos sąlygos tokias priemones pateisinti).

b) Nelaimės doktrina

Nelaimės (angl. *distress*) doktriną numato Valstybių atsakomybės straipsnių projekto 24 straipsnis. Šio straipsnio 1 dalyje nurodyta, kad valstybės veiksmas, pažeidžiantis jos tarptautinį įsipareigojimą, nelaikomas neteisėtu, jei šį veiksma atlikęs subjektas neturėjo jokio kito protingo būdo nelaimės aplinkybėmis išsaugoti savo ar asmenų, už kuriuos jis atsakingas, gyvybę. Šio straipsnio 2 dalyje nurodyta, kad 1 dalis netaikoma, jei nelaimės situacija kilo visiškai ar iš dalies dėl valstybės, kuri ja remiasi, veiksma ar jei valstybės veiksmis buvo sukeltas panašus ar dar didesnis

⁵²⁶ Žr. Anaëlle Idjeri, „The Paris Court of Appeals confirms that COVID-19 is to be considered as a force majeure event“, <<https://www.soulier-avocats.com/en/the-paris-court-of-appeals-confirms-that-covid-19-is-to-be-considered-as-a-force-majeure-event/>>.

pavojus.⁵²⁷

Tam, kad valstybės, gindamosi nuo investuotojų reikalavimų, galėtų sėkmingai pasiremti nelaimės doktrina, jos turėtų įrodyti šias sąlygas: a) egzistavo pavojus gyvybei, b) ypatingas santykis tarp valstybės organo ir asmenų, kurių gyvybei grėsė pavojus, c) nebuvo jokio kito protingo būdo reaguoti į šį pavojų, d) valstybė neprisidėjo prie šio pavojaus ir e) jos pritaikytos priemonės buvo proporcingos.⁵²⁸

Greičiausiai nekelia abejonių tai, kad COVID-19 pandemija kėlė grėsmę ne tik žmonių sveikatai, bet ir jų gyvybei. Taip pat manytina, kad gana nesunkiai būtų galima pripažinti egzistuojant ir antrąjį kriterijų – valstybė rūpinasi visuomenės sveikatos apsauga ir yra atsakinga už tinkamą sveikatos apsaugos sistemos funkcionavimą, todėl šiuo požiūriu tarp valstybės ir asmenų (visuomenės bendrąja prasme), kurių sveikatos apsauga ji turi pasirūpinti, egzistuoja ypatingas ryšys. Likę trys kriterijai potencialiai keltų daugiau klausimų ir priklausytų nuo konkrečios bylos aplinkybių. Greičiausiai neišvengiamai kiltų klausimas, ar tam tikros valstybės pritaikytos priemonės pandemijos plitimui suvaldyti buvo vienintelės protingos priemonės tomis aplinkybėmis. Šios problemos sudėtingumą parodo jau vien itin skirtingi valstybių požiūriai reikalingų suvaržymų atžvilgiu, prasidėjus pandemijai (galima palyginti, pavyzdžiui, Švedijos ir kitų valstybių požiūrį į pandemijos valdymą). Valstybės prisiėmimo prie pandemijos sukulto pavojaus atžvilgiu taip pat potencialiai būtų galima kvestionuoti, ar valstybės laiku ėmėsi tam tikrų priemonių, jei, pavyzdžiui, pandemijos pradžioje jos reagavo itin švelniai, dėl to viruso plitimas galėjo išibėgėti, o tuomet jau buvo reikalingos itin griežtos ir ekonomiką apsunkiančios pandemijos valdymo priemonės. Diskusijų neabejotinai sukeltų ir paskutinis kriterijus, susijęs su valstybės pritaikytų priemonių proporcingumu.

Taigi nelaimės doktrina potencialiai galėtų pasitarnauti valstybėms, siekiančioms apsiginti nuo užsienio investuotojų pareikštų reikalavimų, nes ji tiesiogiai susijusi su poreikiu apsaugoti žmonių gyvybę. Tačiau jos taikymas toli gražu nebūtų vienareikšmis ir kiekviena situacija reikalautų itin atidžios ir gana sudėtingos faktinių aplinkybių analizės.

c) Būtinojo reikalingumo doktrina

⁵²⁷ 2001 m. Jungtinių Tautų Tarptautinės teisės komisijos Valstybių atsakomybės už tarptautinės teisės pažeidimus straipsnių projektas, Jungtinės Tautos, 2005, <https://legal.un.org/ilc/texts/instruments/english/draft_articles/9_6_2001.pdf>.

⁵²⁸ „COVID-19 and Defences in the Law of State Responsibility“, Part II, *EJIL: Talk!* (ejiltalk.org).

Būtiną reikalingumą (angl. *necessity*) doktriną įtvirtina Valstybių atsakomybės straipsnių projekto 25 straipsnis. Šio straipsnio 1 dalyje nurodyta, kad valstybė negali remtis būtinuoju reikalingumu kaip aplinkybe, pašalinančia jos tarptautinį įsipareigojimą pažeidžiančio veiksmo neteisėtumą, nebent šis veiksmas: (a) yra vienintelė priemonė valstybei apsaugoti esminį interesą nuo didelio ir neišvengiamo pavojaus; ir (b) sunkiai nepažeidžia valstybės, kurios atžvilgiu turimas tarptautinis įsipareigojimas, ar viso tarptautinės bendruomenės esminio intereso. Šio straipsnio 2 dalyje nurodyta, kad valstybė negali remtis būtinuoju reikalingumu kaip jos veiksmų neteisėtumą šalinančia aplinkybe, jei valstybės turima tarptautinė pareiga jai neleidžia remtis šia aplinkybe arba jei pati valstybė prisidėjo prie aplinkybių, nulėmusių būtinąjį reikalingumą, susiklostymo.⁵²⁹

Būtinasis reikalingumas, kaip atleidimo nuo tarptautinių pareigų vykdymo pagrindas, įprastai aiškinamas siaurai. Be to, situacijos vertinamos objektyviai, išimtinės reikšmės nesuteikiant pačių valstybių paaiškinimams, kad tam tikros aplinkybės lėmė būtiną reikalingumo situaciją.⁵³⁰

Remiantis Valstybių atsakomybės straipsnių projekto 25 straipsniu, galima išskirti keturis būtiną reikalingumo doktrinos taikymo kriterijus: a) valstybė siekia apsaugoti esminį interesą, b) pavojus šiam interesui turi būti rimtas ir neišvengiamas, c) valstybės taikytos priemonės turi būti vienintelės tuo atveju adekvačios priemonės ir d) joks kitas esminis interesas negali būti pažeistas dėl šių priemonių taikymo.⁵³¹

Kaip buvo aptarta ir nelaimės doktrinos atžvilgiu, greičiausiai nekiltų didelių abejonų, kad visuomenės sveikatos bei žmonių gyvybių apsauga nuo COVID-19 viruso keliamo pavojaus yra esminis interesas, kuriam reikalinga valstybės apsauga. Didelės ir neišvengiamos grėsmės atžvilgiu arbitražo teismas byloje *LG & E Energy prieš Argentiną* pažymėjo, kad būtiną reikalingumo doktrina pagal tarptautinę paprotinę teisę gali būti taikoma tik tais atvejais, kai valstybei gresia rimtas pavojus dėl jos egzistavimo, jos politinio ar ekonominio išlikimo, galimybės toliau teikti savo esmines paslaugas, išsaugoti taiką valstybės viduje arba jos teritorijos dalies išlikimui.⁵³² Manytina, kad COVID-19 pandemija taip pat potencialiai atitiktų rimtos ir

⁵²⁹ 2001 m. Jungtinių Tautų Tarptautinės teisės komisijos Valstybių atsakomybės už tarptautinės teisės pažeidimus straipsnių projektas, Jungtinės Tautos, 2005, <https://legal.un.org/ilc/texts/instruments/english/draft_articles/9_6_2001.pdf>.

⁵³⁰ Rudolf Dolzer, Christoph Schreuer, *Principles of international investment law* (Oxford: Oxford University Press, 2012), 184.

⁵³¹ Leonardo Carpentieri, Antolin F. Antuna, „Necessity as a Defence“ <<https://jsumundi.com/en/document/wiki/en-necessity-as-a-defence>>.

⁵³² *LG & E Energy Corp, LG & E Capital Corp and LG & E International, Inc v Argentine Republic*,

neišvengiamos grėsmės kriterijus. Dėl neigiamų pandemijos padarinių neišvengiamumo daugiau klausimų galėtų kilti tuo atveju, jei būtų sprendžiamas klausimas dėl valstybės priemonių, kurios buvo taikytos pandemijai jau gerokai išibėgėjus. Tokiu atveju būtų galima svarstyti, ar pandemijos keliamo pavojaus būtų buvę galima išvengti (bent tam tikra apimtimi), jei atitinkamų priemonių būtų imtasi anksčiau. Pavyzdžiui, Italija pusantro mėnesio nesiėmė jokių priemonių net po to, kai Pasaulio sveikatos organizacija COVID-19 paskelbė pandemija.⁵³³ Tai teoriškai galėtų kelti klausimą, ar pačios valstybės neprisidėjo prie krizinės situacijos, o tai eliminuotų galimybę remtis būtinojo reikalingumo išimtimi.

Dėl trečiojo būtinojo reikalingumo doktrinos taikymo elemento – valstybei keliamo reikalavimo pagrįsti, kad jos taikytos priemonės buvo vienintelės adekvačios priemonės esminiam interesui apsaugoti, kaip ir nelaimės doktrinos taikymo atveju, greičiausiai kiltų daugiau klausimų. Valstybės privalėtų pagrįsti, kad pandemijos plitimui užkirsti nebuvo jokio kito būdo, kaip tik neigiamus ekonominius padarinius sukėlę suvaržymai. Atsižvelgiant į tai, kad pačiose valstybių vyriausybėse ir visuomenėse vyko (bei tebevyksta) itin intensyvios diskusijos dėl pandemijos suvaldymo priemonių tinkamumo, jų pobūdžio bei masto, gali būti gana sunku užtikrintai pagrįsti, kad tam tikra konkreti priemonė buvo vienintelė įmanoma tuo atveju.

Manytina, kad paskutinis būtinojo reikalingumo doktrinos taikymo kriterijus – valstybės priemonėmis negali būti pažeidžiamas kitos valstybės, kurios atžvilgiu turima tarptautinė pareiga, ar tarptautinės bendruomenės esminis interesas, dauguma atvejų būtų nelengvai tenkinamas, nes valstybių taikytos pandemijos valdymo priemonės buvo nukreiptos į situacijos suvaldymą jų pačių viduje.

Pasibaigus aplinkybėms, kurios lėmė būtinojo reikalingumo padėtį, valstybės turi toliau vykdyti savo tarptautinius įsipareigojimus užsienio investuotojams.⁵³⁴ Kai kurie investicinius ginčus nagrinėję arbitražo teismai net laikėsi pozicijos, kad nepaisant to, jog egzistavo būtinojo reikalingumo aplinkybės, valstybė užsienio investuotojui privalo kompensuoti nuostolius, patirtus valstybės tarptautinių pareigų vykdymo suspendavimo metu.⁵³⁵ Tačiau kitose bylose, pavyzdžiui, *LG&E v. Armen-*

ICSID Case No ARB/02/1, Sprendimas dėl atsakomybės (2006 m. spalio 3 d.) 246 pnk.

⁵³³ „Response to COVID-19: was Italy (un)prepared?“, < <https://www.ncbi.nlm.nih.gov/pmc/articles/PMC7985656/> >.

⁵³⁴ Rudolf Dolzer, Christoph Schreuer, *Principles of international investment law* (Oxford: Oxford University Press, 2012), 186.

⁵³⁵ *CMS v. Argentina*; Rudolf Dolzer, Christoph Schreuer, *Principles of international investment law* (Oxford: Oxford University Press, 2012, 186–187.

*tina*⁵³⁶, arbitražo teismai laikėsi priešingos pozicijos ir nurodė, kad būtinojo reikalingumo situacijos metu patirtų nuostolių riziką turi prisiimti pats investuotojas, o valstybė gali būti atsakinga tik už žalą, sukeltą prieš šios situacijos atsiradimą ir po jos pasibaigimo. Manytina, jog tokia pozicija yra labiau pagrįsta, nes, priešingu atveju, būtinojo reikalingumo doktrina galbūt apskritai prastų prasmę.

d) Reguliavimo galių doktrina

Reguliavimo galių (angl. *police powers*) doktrina buvo pripažinta tarptautinės paprotinės teisės principu ir įtraukta į 1961 m. Harvardo konvencijos dėl tarptautinės valstybių atsakomybės už žalą užsieniečiams projektą⁵³⁷ ir 1987 m. Jungtinių Valstijų trečiąją užsienio santykių įstatymo redakciją⁵³⁸. Reguliavimo galių doktrinos esmę sudaro tai, kad valstybei neturėtų kilti atsakomybė investuotojams už nediskriminacines priemones, kurios buvo priimtos, siekiant įgyvendinti viešuosius tikslus.⁵³⁹

Byloje *Magyar Farming Company Ltd prieš Vengriją*⁵⁴⁰ arbitražo teismas nurodė, kad atleisti atsakovą nuo pareigos atlyginti žalą galima tik tais atvejais, kai valstybės taikytos priemonės patenka į vieną iš šių dviejų kategorijų: a) tai visuotinai priimtos reguliavimo priemonės, kuriomis siekiama taikyti esamas taisyklės, nukreiptas į paties investuotojo teisės pažeidimus, pvz., baudžiamąsias, mokestines ir administracines sankcijas bei licencijų ir nuolaidų panaikinimą; ir b) tai reguliavimo priemonės, kuriomis siekiama sumažinti grėsmes, kurias investuotojo veikla gali kelti visuomenės sveikatai, aplinkai ar viešajai tvarkai, pavyzdžiui, kenksmingų medžiagų draudimas, reikalavimas naudoti paprastas tabako pakuotes arba neatidėliotinių priemonių taikymas politinės ar ekonominės krizės metu. Arbitražo teismas šioje byloje nurodė, kad valstybės priemonės, susijusios su agrokultūros politika, galbūt buvo naudingos visai Vengrijos visuomenei, tačiau nepateko į jokią iš čia minėtų

⁵³⁶ *LG & E v. Armentina*; Rudolf Dolzer, Christoph Schreuer, *Principles of international investment law* (Oxford: Oxford University Press, 2012), 187.

⁵³⁷ Louis Sohn, B. Baxter, „Draft Convention on the International Responsibility of States for Injuries to Aliens“, *American Journal of International Law* 55 (1961): 548–584.

⁵³⁸ The American Law Institute, „Restatement (Third) Foreign Relations of the United States“ (1987), t. 1, pas. 712, komentaras (g).

⁵³⁹ Claire Sheridan, „Police Powers as a Defence to COVID-19 Liability: Does it Protect Host States?“ <http://blogs2.law.columbia.edu/aria/police-powers-as-a-defence-to-covid-19-liability-does-it-protect-host-states/>.

⁵⁴⁰ ICSID byla Nr. ARB/17/27, sprendimas, 2019 m. lapkričio 13 d., 366 pnk.

kategorijų, kad pagal reguliavimo galių doktriną sudarytų pagrindą atleisti valstybę nuo pareigos mokėti kompensaciją.

Reguliavimo galių doktrinos taikymo galimybę COVID-19 pandemijos kontekste vertinant čia nurodytų kategorijų požiūriu, manytina, kad valstybėms būtų sudėtinga apsiginti nuo užsienio investuotojų reikalavimų šios doktrinos pagrindu, nes viruso plitimui suvaldyti skirtos priemonės buvo nulemtos išorinių aplinkybių, o ne paties investuotojo atitinkamos veiklos.

e) Nedraudžiamų priemonių išlyga

Naujos kartos dvišalėse investicijų apsaugos ir laisvosios prekybos sutartyse galima rasti vadinamąją nedraudžiamų priemonių išlygą (angl. *non-precluded measures clause*), kuri valstybėms suteikia plačią diskreciją, siekiant viešojo intereso apsaugos išskirtinėmis aplinkybėmis.⁵⁴¹ Nedraudžiamų priemonių išlygos yra įtrauktos į tokių valstybių kaip JAV, Vokietija, Prancūzija, Belgija-Liuksemburgas ir Indija dvišales investicijų sutartis.⁵⁴²

Nedraudžiamų priemonių išlyga panaikina atotrūkį tarp nacionalinių teisinių režimų ir tarptautinės investicijų teisės.⁵⁴³ Pavyzdžiui, konkreti nedraudžiamų priemonių išlyga gali būti susijusi su valstybės „esminiais saugumo interesais“, tačiau tam, kad valstybė šia išlyga galėtų pasiremti, pati „esminių saugumo interesų“ sąvoka turi būti apibrėžta nacionaliniuose įstatymuose. Tačiau siekiant užkirsti kelią valstybei pateisinti nepagrįstas priemones nacionalinėje teisėje įtvirtintu pernelyg plačiu „esminių saugumo interesų“ apibrėžimu, tam tikrą investicinių ginčą nagrinėjančiam arbitražo teismų būtų paliekama teisė tokią sąvoką aiškinti siauriau.⁵⁴⁴

Dauguma valstybių į išlygas įtraukia tokias sritis kaip visuomenės sveikata, visuomenės saugumas, aplinkosaugos klausimai ir pan.⁵⁴⁵ Pavyzdžiui, Kinijos ir Indi-

⁵⁴¹ Wolfgang Alschner, Kun Hui, „Missing in Action: General Public Policy Exceptions in Investment Treaties“, iš Lisa Sachs, Jesse Coleman, Lise Johnson (eds.), *Yearbook on International Investment Law and Policy*(Oxford University Press, 2018), 4.

⁵⁴² William W. Burke-White, Andreas von Staden, „Investment Protection in Extraordinary Times: The Interpretation and Application of Non-Precluded Measures Provisions in Bilateral Investment Treaties“, *Virginia Journal of International Law* 48 (2008).

⁵⁴³ Wei Wang, „The Non-Precluded Measure Type Clause in International Investment Agreements: Significances, Challenges, and Reactions“, *ICSID Review* 32, 2 (2017): 452.

⁵⁴⁴ Wei Wang, „The Non-Precluded Measure Type Clause in International Investment Agreements: Significances, Challenges, and Reactions“, *ICSID Review* 32, 2 (2017): 452.

⁵⁴⁵ Wei Wang, „The Non-Precluded Measure Type Clause in International Investment Agreements: Significances, Challenges, and Reactions“, *ICSID Review* 32, 2 (2017): 452.

jos dvišalė investicijų sutartis numato tokią išlygą: „Nė viena šio Susitarimo nuostata nedraudžia priimančiajai Susitariančiajai Šaliai imtis veiksmų savo esminiams saugumo interesams apsaugoti arba esant ekstremalioms situacijoms pagal jos įstatymus, kurie paprastai ir pagrįstai taikomi nediskriminuojant.“⁵⁴⁶ Svarbu tai, kad nedraudžiamų priemonių išlygos netiesiogiai neribotų investicijų ir prekybos.⁵⁴⁷

Vertinant, ar valstybė galėtų pasiremti nedraudžiamų priemonių išlyga, ginamasi nuo užsienio investuotojo reikalavimo, susijusio su COVID-19 pandemijos valdymo priemonėmis, reikėtų analizuoti konkrečios išlygos, įtvirtintos šios valstybės ir investuotojo kilmės valstybės dvišalėje investicijų sutartyje, turinį. Neatmesdama, kad konkretaus ginčo, susijusio su COVID-19 pandemija, atveju taikant tokią išlygą, būtų susiduriama su iš esmės panašiomis problemomis bei klausimais, kurie buvo analizuojami čia kitų išimtinių valstybės gynybos priemonių kontekste, t. y. būtų sprendžiama, ar tam tikros valstybės priemonės buvo būtinos ir proporcingos, siekiant apsaugoti visuomenės sveikatą, ir pan.

2.4.3. Pandemijos poveikis materialinei tarptautinei investicijų teisei

Čia buvo siekiama atsakyti į klausimą, kaip tarptautinė investicijų teisė veikia (ar gali potencialiai veikti) COVID-19 pandemijos kontekste. Ne mažiau svarbus klausimas – ar ir kaip tarptautinė investicijų teisė buvo pandemijos *paveikta*.

Galima teigti, jog pandemija teisinio reguliavimo turinio, apimties keitimo prasme neturėjo (ar neturėtų turėti) reikšmingesnio poveikio materialinei tarptautinei investicijų teisei. Tai paaiškina bent pora priežasčių. Visų pirma, pagrindinis šiuolaikinės tarptautinės investicijų teisės šaltinis yra tarptautinės dvišalės investicijų sutartys.⁵⁴⁸ Materialieji užsienio investuotojų teisių apsaugos standartai įtvirtinami šiose tarptautinėse sutartyse. Šių apsaugos standartų keitimas reikštų atitinkamų tarptautinių sutarčių keitimą, o tai ilgas ir gana sudėtingas procesas (tiek teisiniu techniniu požiūriu, pavyzdžiui, siekiant suformuluoti tinkamą naujų teisės normų tekstą,

⁵⁴⁶ Indijos Respublikos Vyriausybės ir Kinijos Liaudies Respublikos Vyriausybės susitarimo dėl investicijų skatinimo ir apsaugos 14 straipsnis, pasirašyta 2006 m. lapkričio 21 d.

⁵⁴⁷ Kanados Vyriausybės ir Tanzanijos Jungtinės Respublikos Vyriausybės susitarimo dėl investicijų skatinimo ir abipusės apsaugos 17 straipsnis, pasirašyta 2013 m. gegužės 17 d. (įsigaliojo 2013 m. gruodžio 9 d.).

⁵⁴⁸ Rudolf Dolzer, Christoph Schreuer, *Principles of international investment law* (Oxford: Oxford University Press, 2012), 13.

ties politiniu atžvilgiu). Taigi vien dėl tokių praktinio pobūdžio sunkumų materialinė tarptautinė investicijų teisė būtų sunkiai paveikiama susiklosčiusių pandemijos aplinkybių. Antra, čia pateikta užsienio investuotojų materialiuųjų teisių apsaugos standartų ir galimų valstybių gynybos priemonių analizė atskleidžia, kad tarptautinės dvišalės investicijų sutartys užsienio investuotojams suteikia gana plačią teisinę apsaugą. Materialieji jų teisių apsaugos standartai formuluojami pakankamai plačiai, taip sudarant sąlygas juos interpretuojantiems investicinio arbitražo teismams ieškoti teisingo sprendimo, geriausiai atitinkančio kiekvienos faktinės situacijos aplinkybes. Manytina, kad tokie investuotojų teisių apsaugos standartai, kaip apsauga nuo neatlygintinės ekspropriacijos (tiek tiesioginės, tiek netiesioginės) bei teisingas ir nešališkas traktavimas, kaip jie šiuo metu suprantami investicinio arbitražo praktikoje, investicinio arbitražo teismams leistų tinkamai įvertinti ir valstybių pritaikytų COVID-19 pandemijos valdymo priemonių teisėtumą. Tas pats pasakytina ir apie anksčiau aptartas tarptautinėje teisėje nusistovėjusias valstybių tarptautinės atsakomybės išimtis. Pandemija yra būtent tokia situacija, kuri gali būti vertinama per nenugalimos jėgos, nelaimės ar būtinojo reikalingumo prizmę.

Apibendrinant manytina, kad COVID-19 pandemija nepaveikė ir neturėtų paveikti materialinės tarptautinės investicijų teisės jos nustatytų teisių bei pareigų turinio ir apimties prasme. Galima teigti, kad tarptautinė investicijų teisė apskritai yra skirta reaguoti į tokias aplinkybes, kurias nulėmė koronaviruso pandemija.

Tačiau to paties negalima pasakyti apie investicinio arbitražo procesą, kuris dėl COVID-19 pandemijos patyrė tam tikrą transformaciją. Toliau analizuojami šie pokyčiai.

2.4.4. Pandemijos poveikis investicinio arbitražo procesui

COVID-19 pandemija turėjo poveikį ne tik valstybėms, joms imantis įvairių valdymo priemonių, bei užsienio investuotojams, galbūt nukentėjusiems nuo šių veiksmų, bet ir pačiam investicinio arbitražo procesui. Valstybėse įvedus karantiną ir kitus judėjimo apribojimus bei nežinant, kiek laiko truks pandemija, buvo ieškoma priemonių, kaip užtikrinti ekonominio gyvenimo tęstinumą. Viena iš tokių priemonių tapo nuotolinis darbas ir susitikimų su kolegomis, klientais ir verslo partneriais perkėlimas į virtualią erdvę. Greitai buvo suprasta, kad virtualios susitikimų erdvės panaudojimas gali ne tik leisti biurų darbuotojus „grąžinti“ į darbą, bet ir sudaryti sąlygas tolimesniam arbitražo procesų organizavimui.

Nors investicinių ginčų tarp užsienio investuotojų ir valstybių nagrinėjimas dažniausiai siejamas su Tarptautinio investicinių ginčų sprendimo centro (angl. *International Centre for Settlement of Investment Dispute*, ICSID) sistema, ICSID nėra vienintelė institucija, administruojanti šiuos ginčus. Ne visos pasaulio valstybės yra tapusios ICSID konvencijos šalimis, bet to, dvišalės investicijų sutartys tam tikrais atvejais suteikia šalims galimybę pasirinkti tarp ICSID ir kurios nors kitos institucijos administruojamo arbitražo. Taigi tarptautinio investicinio arbitražo procesai gali būti organizuojami ne tik pagal ICSID, bet ir pagal kitų arbitražo institucijų arbitražo taisykles.⁵⁴⁹ Atsižvelgiant į tai, toliau pateikiama tiek ICSID, tiek kitų arbitražo institucijų arbitražo taisyklių pokyčių, susijusių su COVID-19 pandemija, analizė.

2.4.4.1. Virtualūs posėdžiai institucinėse arbitražo taisyklėse

Tarptautiniai prekybos rūmai (angl. *International Chamber of Commerce*, ICC), kaip viena pagrindinių arbitražo institucijų pasaulyje, reaguodama į pandemiją, ėmėsi pakankamai reikšmingų pokyčių. Į 2021 m. sausio 1 d. redakcijos ICC Arbitražo taisyklių 26 straipsnio 1 dalį buvo įtraukta nuostata, pagal kurią arbitražo teismas, pasikonsultavęs su šalimis ir atsižvelgdamas į visus reikšmingus bylos faktus bei aplinkybes, gali nuspręsti, kad bet koks posėdis bus surengtas dalyvaujant fiziškai arba nuotoliniu būdu, naudojant vaizdo konferenciją, telefoną ar kitas tinkamas ryšio priemones.⁵⁵⁰ Be to, ICC 2020 m. balandžio 9 d. išleido Gaires dėl potencialių priemonių, skirtų COVID-19 pandemijos poveikiui sumažinti, jų tikslas yra atkreipti šalių, jų atstovų bei arbitražo teismų dėmesį į jiems suteiktus procedūrinius įrankius, kuriuos pasitelkus gali būti sumažintas arbitražo procesų užvilkinimas ir padidintas jų efektyvumas, bei suteikti gaires nuotoliniams posėdžiams organizuoti.⁵⁵¹

Londono tarptautinio arbitražo teismo (angl. *London Court for International Arbitration*, LCIA) Arbitražo taisyklių 2020 m. spalio 1 d. redakcijoje į 19.2 straipsnį įtraukta nuostata, kad posėdis gali vykti asmenims dalyvaujant fiziškai arba virtualiai konferencinio skambučio, vaizdo konferencijos forma arba naudojant kitas ryšių technologijas, kai dalyviai yra vienoje ar keliose geografinėse vietose (arba mišria

⁵⁴⁹ Rudolf Dolzer, Christoph Schreuer, *Principles of international investment law* (Oxford: Oxford University Press, 2012), 241.

⁵⁵⁰ ICC Arbitražo taisyklių (2021 m. sausio 1 d. redakcija) 26 straipsnio 1 dalis.

⁵⁵¹ ICC Guidance Note, <https://cms.iccwbo.org/content/uploads/sites/3/2020/04/guidance-note-possible-measures-mitigating-effects-covid-19-english.pdf>.

forma).⁵⁵² Be to, priėmus 2020 m. spalio 1 d. LCIA Arbitražo taisyklių redakciją, dokumentų pateikimas elektronine forma tapo standartine procedūra.⁵⁵³

ICSID Arbitražo taisyklėse specialių pakeitimų, susijusių su galimybe organizuoti virtualius arbitražo posėdžius, nebuvo atlikta. Tokių pokyčių nereikėjo greičiausiai todėl, kad ICSID Arbitražo taisyklių 32 taisyklėje, reglamentuojančioje posėdžių organizavimą, vartojama sąvoka „žodinė procedūra“, kuri šio straipsnio 1 dalyje apibrėžiama kaip posėdis, kurio metu arbitražo teismas išklauso šalis, jų atstovus, teisininkus, advokatus, liudytojus ir ekspertus. Šioje taisyklėje tiesiogiai nenumatoma, kad tokie posėdžiai turi būti organizuojami visiems proceso dalyviams juose dalyvaujant fiziškai, todėl ji gali būti aiškinama kaip leidžianti ir virtualius posėdžius.

Nors ICSID Arbitražo taisyklės tiesiogiai nemini nuotolinių posėdžių, ICSID, reaguodamas į pandemijos sukeltas problemas, priminė investicinių ginčų šalims, kad visi procesiniai dokumentai gali būti pateikiami elektronine forma.⁵⁵⁴ Be to, ICSID pasirūpino reikiama technine infrastruktūra bei aptarnaujančiu personalu, kad jo administruojamuose arbitražo procesuose posėdžiai galėtų būti organizuojami virtualiu būdu.⁵⁵⁵ Įdomu tai, kad nuo 2019 m. kovo 15 d. iki 2019 m. gruodžio 15 d. nuotoliniu būdu buvo surengti 95 ICSID posėdžiai, kurie sudarė 61 proc. visų tuo metu organizuotų posėdžių ICSID administruojamose arbitražo bylose. O laikotarpiu nuo 2020 m. kovo 15 d. iki 2020 m. gruodžio 15 d. jau visi ICSID posėdžiai buvo nuotoliniai. 22 proc. jų buvo vykdomi telefonu, o 78 proc. organizuojami vaizdo priemonėmis.

Jungtinių Tautų Tarptautinės prekybos teisės komisijos (angl. *the United Nations Commission on International Trade Law, UNCITRAL*) arbitražo taisyklėse, kurios taip pat kartais pasirenkamos kaip investicinio arbitražo procesą reglamentuojančios taisyklės, specialių pakeitimų, susijusių su COVID-19 pandemija bei galimybe organizuoti virtualius posėdžius, taip pat nebuvo atlikta. UNCITRAL Arbitražo taisyklių 28 straipsnis taip pat vartoja sąvoką „žodiniai posėdžiai“, tačiau jų nesusieja išimtinai su posėdžiais, kuriuose proceso dalyviai privalo dalyvauti fiziškai. Be to, galimybė posėdžius vykdyti nuotoliniu būdu buvo numatyta jau UNCITRAL 2016 m. Gairėse dėl arbitražo proceso organizavimo.⁵⁵⁶

⁵⁵² LCIA Arbitražo taisyklių (2020 m. spalio 1 d. redakcija) 19.2 straipsnis.

⁵⁵³ Žr., pvz., LCIA Arbitražo taisyklių (2020 m. spalio 1 d. redakcija) 1.3, 2.3 straipsnius.

⁵⁵⁴ Pranešimas dėl COVID-19, ICSID, Pranešimas dėl COVID-19 (atnaujinimas), *ICSID*, [worldbank.org](https://www.worldbank.org).

⁵⁵⁵ Žr. ICSID interneto svetainėje pateikiamą informaciją: <https://icsid.worldbank.org/services/hearing-facilities/virtual-hearings>.

⁵⁵⁶ UNCITRAL Notes on Organizing Arbitral Proceedings, Jungtinės Tautos, Niujorkas, 2016, < <https://www.uncitral.org>

Virtualūs arbitražo posėdžiai tapo efektyvia priemone, leidusia toliau gana sklandžiai nagrinėti investicinius ginčus, nepaisant pandemijos įvestų suvaržymų. Tačiau neišvengiamai kilo klausimų, ar ši priemonė užtikrina šalių teisę į tinkamą procesą. Šiuo atžvilgiu galimybę pasisakyti turėjo kai kurių valstybių nacionaliniai teismai, kurių požiūris į virtualius posėdžius analizuojamas toliau.

2.4.4.2. Virtualių arbitražo posėdžių legitimumas nacionalinių teismų požiūriu

Vienas pirmųjų nacionalinių teismų sprendimų, susijusių su nuotolinių arbitražo posėdžių teisėtumu, buvo priimtas Austrijos Aukščiausiojo Teismo dar 2020 m. liepą.⁵⁵⁷ Šioje byloje buvo sprendžiamas klausimas dėl arbitro nušalinimo, inicijuoto vienos iš arbitražo proceso šalių, nes šis arbitras suorganizavo nuotolinį arbitražo posėdį, neatsižvelgdamas į pastarosios šalies prieštaravimus. Austrijos Aukščiausiasis Teismas pirmiausia nurodė, kad arbitražo teismas turi plačią diskreciją nuspręsti, ar posėdžius vykdyti šalims juose dalyvaujant fiziškai, ar nuotoliniu būdu. Taigi virtualūs posėdžiai galimi ne tik tuo atveju, kai abi šalys dėl to susitaria, bet ir tuomet, kai viena iš šalių dėl to prieštarauja. Šio teismo teigimu, laukimas, kol pasibaigs pandemija ir atsiras galimybė arbitražo bylos posėdį organizuoti gyvai, arbitražo procesą galėtų sustabdyti neapibrėžtam laikotarpiui. Tai, pasak teismo, nėra priimtina, kai vaizdo konferencijos leidžia patikimai užtikrinti visų šalių lygias galimybes dalyvauti posėdžiuose ir šią priemonę jau naudoja nacionaliniai teismai. Be to, teismas atmetė visus šalies argumentus, susijusius su nelygiomis galimybėmis dalyvauti byloje dėl laiko zonų skirtumų. Pasak teismo, šalys, pasirinkdamos Vieną, kaip arbitražo posėdžio vietą, pačios prisiėmė tokių praktinių nepatogumų riziką. Austrijos Aukščiausiasis Teismas atmetė ir šalies argumentą, kad virtualus posėdis sudaro galimybę paveikti liudytojus. Teismo teigimu, neteisėtą poveikį liudytojams galima daryti ir įprastų posėdžių metu, o nuotoliniuose posėdžiuose yra net daugiau techninių priemonių, leidžiančių užtikrinti liudytojų nepriklausomumą. Taigi Austrijos Aukščiausiasis Teismas konstatavo, kad virtualūs posėdžiai savaime nepažeidžia arbitražo proceso šalių teisės į tinkamą procesą ir kartu pažymėjo, kad šis klausimas arbitražo teismo bei šalių turėtų būti aptartas pirminėse proceso stadijose, kad vėliau būtų

[uncitral.un.org/sites/uncitral.un.org/files/media-documents/uncitral/en/arb-notes-2016-e.pdf](https://www.uncitral.org/sites/uncitral.un.org/files/media-documents/uncitral/en/arb-notes-2016-e.pdf) >.

⁵⁵⁷ Bylos Nr. 18, < https://www.ris.bka.gv.at/Dokumente/Justiz/JJT_20200723_OGH0002_018ONC00003_20S0000_000/JJT_20200723_OGH0002_018ONC00003_20S0000_000.pdf >.

išvengta nesusipratimų.

Iš esmės tokios pačios pozicijos laikėsi dauguma nacionalinių teismų, kurie turėjo spręsti klausimą, ar virtualūs posėdžiai nepažeidžia arbitražo proceso šalių teisės į teisingą teismą.⁵⁵⁸ Tačiau tai nebuvo visiškai universali nacionalinių teismų pozicija. Pavyzdžiui, Šveicarijos Aukščiausiasis Federalinis Teismas 2020 m. liepos 6 d. sprendime konstatavo, kad įstatymai numato galimybę arbitražo procese naudoti elektroninėmis priemonėmis, tačiau Šveicarijos civilinio proceso kodeksas nesuteikia teisės nuotolinį posėdį rengti prieš šalies valią. Be to, teismas nurodė, kad virtualioje platformoje negalėtų būti užtikrinamas proceso viešumas, ko reikalauja Civilinio proceso kodekso 54 straipsnis.⁵⁵⁹

Reikėtų pasakyti, kad virtualių posėdžių, organizuotų ICSID investicinio arbitražo procesuose, atžvilgiu nacionaliniai teismai neturėjo galimybės pasisakyti, nes ICSID konvencijos pagrindu sukurta sistema yra uždara, joje ICSID konvencijos valstybių narių teismai neatlieka jokio vaidmens⁵⁶⁰ (išskyrus arbitražinių sprendimų vykdymo stadijoje).⁵⁶¹ Tačiau vien minėtas ICSID virtualių posėdžių skaičius leidžia spręsti, kad ši priemonė su didesniais iššūkiais teisėtumo prasme ICSID sistemoje nesudūrė.

Toliau analizuojami virtualių arbitražo posėdžių privalumai ir trūkumai.

2.4.4.3. Virtualių arbitražo posėdžių privalumai ir trūkumai

Virtualūs posėdžiai pandemijos metu tapo nepamainomu įrankiu tiek investiciniame, tiek komerciniame arbitraže. Buvo greitai suvokti jų privalumai, tačiau išryškėjo ir tam tikrų trūkumų.

Šios abi virtualių arbitražo posėdžių pusės buvo analizuotos 2021 m. Karalienės Marijos Londono universiteto paskelbtoje apžvalgoje „Pritaikant arbitražą prie besikeičiančio pasaulio“ (angl. *Adapting Arbitration to a Changing World*)⁵⁶², kurioje

⁵⁵⁸ http://arbitrationblog.kluwerarbitration.com/2020/05/26/remote-hearings-in-international-arbitration-and-what-voltaire-has-to-do-with-it/?doing_wp_cron=1593801572.3863639831542968750000.

⁵⁵⁹ DFT sprendimas 146 III 194, Šveicarijos Aukščiausiasis federalinis teismas, 2020 m. liepos 6 d., 1, p. 4–5.

⁵⁶⁰ Principles of International Investment law, p. 239.

⁵⁶¹ ICSID Konvencijos 53–55 straipsniai.

⁵⁶² QMUL Survey, 2021 International Arbitration Survey: Adapting Arbitration to a Changing World - School of International Arbitration, qmul.ac.uk, < https://arbitration.qmul.ac.uk/media/arbitration/docs/LON0320037-QMUL-International-Arbitration-Survey-2021_19_WEB.pdf >.

dalyvavo apie 1200 respondentų. Tarp privalumų apžvalgoje buvo paminėti prieinamumas ir efektyvumas laiko ir finansinių sąnaudų atžvilgiu. Arbitražo procese atsirado daugiau „procedūrinio ir logistinio lankstumo“, kuris proceso dalyviams leido dalyvauti posėdžiuose niekur nevykstant iš savo valstybių⁵⁶³. Kaip vienas iš pagrindinių trūkumų buvo įvardytas iššūkis atrasti tinkamą posėdžių laiką, kai šalys yra skirtingose laiko zonose. Ši praktinė problema tam tikrais atvejais gali apriboti net šalių galimybę pasirinkti norimus teisinius atstovus, jei tarp jų ir atstovų egzistuoja didelis laiko skirtumas. Kiti nurodyti trūkumai buvo technologijų nepatikimumas ir vadinamasis ekrano nuovargis, kuris kyla bendraujant netiesiogiai ir esant ribotai fizinio judėjimo galimybei.⁵⁶⁴

Kaip dar vienas virtualių arbitražo posėdžių privalumas galėtų būti paminėtas didesnis arbitrų ir ekspertų prieinamumas. Kelionės į vietas, kuriose organizuojami arbitražo posėdžiai, gali trukti pakankamai ilgai ir arbitrams ar ekspertams dėl jų įtemptų tvarkaraščių gali paprasčiausiai nebepakakti laiko. Galimybė iš bet kur prisijungti prie virtualaus posėdžio jiems neabejotinai sudarė sąlygas dalyvauti procesuose, o to padaryti kitomis aplinkybėmis jie galbūt nebūtų galėję. Prie virtualių posėdžių trūkumų taip pat paminėtina galbūt ne tokia veiksminga liudytojų apklausa. Tai susiję su neverbalinės kalbos aspektais, liudytojų patikimumo nustatymu bei paties arbitražo proceso rimtumo suvokimu.⁵⁶⁵ Kaip nuotolinių posėdžių trūkumus taip pat būtų galima paminėti sunkumus pristatant poziciją, nes neverbalinės kalbos galimybės vaizdo konferencijos metu labiau suvaržytos, su tuo susijusius galimus arbitrų sunkumus visapusiškai suvokiant bylos faktinę situaciją ir teisineis problemas, kibernetinių atakų ir duomenų nutekėjimo riziką.

2.4.4.4. Virtualūs posėdžiai – „naujoji realybė“?

Pandemijos kontekste dažnai buvo ir tebėra vartojama sąvoka „naujoji realybė“ (angl. *new normal*), diskutuojant apie pandemijos nulemtus žmonių elgesio poky-

⁵⁶³ QMUL Survey, 2021 International Arbitration Survey: Adapting Arbitration to a Changing World – School of International Arbitration, *qmul.ac.uk*, < https://arbitration.qmul.ac.uk/media/arbitration/docs/LON0320037-QMUL-International-Arbitration-Survey-2021_19_WEB.pdf >.

⁵⁶⁴ QMUL Survey, 2021 International Arbitration Survey: Adapting Arbitration to a Changing World – School of International Arbitration, *qmul.ac.uk*, < https://arbitration.qmul.ac.uk/media/arbitration/docs/LON0320037-QMUL-International-Arbitration-Survey-2021_19_WEB.pdf >.

⁵⁶⁵ Toby Fisher, „Report warns of hidden psychological impact of virtual hearings“, <https://globalarbitrationreview.com/virtual-hearings/report-warns-of-hidden-psychological-impact-of-virtual-hearings>.

čius, kurie galbūt liks ir po pandemijos. Šis klausimas neišvengiamai kyla ir virtualių arbitražo posėdžių kontekste – ar tokios formos posėdžiai yra naujoji arbitražo realybė?

Virtualių susitikimų programų gausa, žmonių įpratimas jomis naudotis ir praktiniai jų siūlomi patogumai tarsi leistų manyti, kad fiziniai pokyčiai liko viso labo tam tikra praeities atgyvena, o nuotoliniai posėdžiai taps naujuoju visiems priimtinu standartu. Tačiau tokia išvada būtų kiek skubota. Apklausos rodo, kad arbitražo proceso šalys ir jų atstovai nelinkę taip greitai išsižadėti fizinių posėdžių ir labiausiai būtų linkę rinktis hibridinę procedūrą. Šios procedūros metu posėdžiai, kuriuose būtų sprendžiami procesinio pobūdžio klausimai, būtų organizuojami nuotoliniu būdu, o posėdžiai, kuriuose byla būtų nagrinėjama iš esmės ar būtų apklausiami liudytojai, būtų rengiami gyvai.⁵⁶⁶ Manytina, kad tarptautinių investicinių ginčų šalys turėtų būti ypač suinteresuotos grįžti į arbitražo posėdžių sales, nes investiciniai ginčai dažnai yra itin sudėtingi ir susiję su labai didelėmis sumomis, todėl šalių pozicijų pristatymas, tiesiogiai bendraujant su arbitrais, galbūt padėtų juos lengviau įtikinti ar bent geriau suprasti byloje kilusių problemų esmę.

Technologijos arbitražo procese gali suteikti daug apčiuopiamų praktinių privalumų, o spartus jų tobulėjimas neišvengiamai skatina mąstyti, kaip arbitražo posėdžiai galėtų atrodyti „Metavisatoje“ (angl. *Metaverse*). Tačiau panašu, kad arbitražo proceso dalyviai pačius svarbiausius klausimus vis dar yra linkę spręsti akis į akį. Taigi kokios bus nuotolinių posėdžių naudojimo arbitraže (įskaitant ir investicinių) tendencijos po pandemijos, parodys galbūt ir ne tokia tolima ateitis.

⁵⁶⁶ QMUL Survey, 2021 International Arbitration Survey: Adapting Arbitration to a Changing World – School of International Arbitration, *qmul.ac.uk*, < https://arbitration.qmul.ac.uk/media/arbitration/docs/LON0320037-QMUL-International-Arbitration-Survey-2021_19_WEB.pdf >.