

## حقوق اتحادیه اروپا و معاهدات سرمایه‌گذاری اعضا؛ با تأکید بر پیمان لیسبون

سید جمال سیفی \*

علی حسنخانی \*\*

شناسه دیجیتال اسناد (DOI) : 10.22066/CILAMAG.2018.31883

تاریخ پذیرش: ۱۳۹۶/۱۱/۲۹

تاریخ دریافت: ۱۳۹۶/۲/۲۰

### چکیده

پس از به‌اجراء آمدن پیمان لیسبون و گسترش صلاحیت اتحادیه به حوزه سرمایه‌گذاری خارجی، به دلیل تعارض موافقت‌نامه‌های سرمایه‌گذاری با مقررات اتحادیه، اتحادیه اروپا با مشکلات عدیده‌ای در برابر دولت‌های ثالث و حتی میان اعضا روبه‌رو شد. اتحادیه تلاش کرد مشکلات خود را با دول ثالث از طریق تصویب‌نامه‌ای رفع کند و زمینه تداوم اعتبار آن را فراهم آورد. اما در مورد موافقت‌نامه‌های میان اعضا، تأکید اتحادیه عمدتاً بر اختتام این موافقت‌نامه‌هاست. در مقابل، با ارجاع اختلافات به دیوان‌های داور و صدور رأی این دیوان‌ها بر مبنای حقوق بین‌الملل و نه مقررات اتحادیه، این امر موجب اعتراض اتحادیه شد. اوج این واکنش را می‌توان در قضیه میکولا<sup>۱</sup> مشاهده کرد، به‌گونه‌ای که کمیسیون اروپا معتقد است اجرای رأی داور به‌خودی‌خود، نقض مقررات اتحادیه در قالب کمک دولتی است. اما علی‌رغم مقاومت کمیسیون اروپا، این رأی در چارچوب نظام/یکسید قابلیت اجرا دارد. در مجموع، در این حوزه، مقررات اتحادیه با نوعی خلأ مواجه است که نوعی بلاتکلیفی را در مورد سرانجام برخی از موافقت‌نامه‌های دوجانبه سرمایه‌گذاری ایجاد کرده است.

### واژگان کلیدی

پیمان لیسبون، موافقت‌نامه‌های دوجانبه سرمایه‌گذاری، کمیسیون اروپا، قضیه میکولا

\* sj-seifi@sbu.ac.ir

7vad113@gmail.com

1. Micula

\* استاد دانشکده حقوق دانشگاه شهید بهشتی

\*\* نویسنده مسئول، دانشجوی دکتری حقوق بین‌الملل دانشگاه شهید بهشتی

## مقدمه

اتحادیه اروپا بر اساس سازمان‌های منطقه‌ای بنا شده است که در دهه پنجاه قرن بیستم تحت عنوان «جوامع اروپایی»<sup>۲</sup> ایجاد شدند. اولین جامعه در سال ۱۹۵۱ تحت عنوان «جامعه اروپایی زغال سنگ و فولاد»<sup>۳</sup> ایجاد شد. سپس «جامعه اروپایی انرژی اتمی»<sup>۴</sup> و سرانجام، «بازار مشترک اروپایی یا جامعه اقتصادی اروپا» (EEC)<sup>۵</sup> در سال ۱۹۵۷ شکل گرفتند. این سه جامعه در سال ۱۹۹۲ با انعقاد معاهده ماستریخت در یکدیگر ادغام شدند و اتحادیه اروپا را ایجاد کردند. البته این معاهده نیز چندین بار از طریق معاهدات/مستردم/م ۱۹۹۷ و نیس ۲۰۰۰ اصلاح شد.<sup>۶</sup>

سپس با عدم تصویب «معاهده قانون اساسی اتحادیه اروپا»<sup>۷</sup>، اعضا تلاش کردند از طریق تصویب معاهده‌ای جایگزین، موسوم به پیمان لیسبون<sup>۸</sup>، در جهت اصلاح ساختار اتحادیه، کارآمدی بیشتر و پاسخگویی به چالش‌های آتی و نیاز شهروندان گام بردارند. یکی از حوزه‌های مهمی که پس از پیمان لیسبون تحت صلاحیت اتحادیه درآمد، سرمایه‌گذاری خارجی است. این تغییر صلاحیت در حوزه سرمایه‌گذاری از اعضا به اتحادیه، خود موجب مشکلات بسیاری برای اتحادیه شد. تعهدات اعضا در قبال دول ثالث و یکدیگر در قالب موافقت‌نامه‌های دوجانبه سرمایه‌گذاری، و تعارض آن‌ها با مقررات اتحادیه، از مهم‌ترین مشکلات پیش روی اتحادیه است. کمیسیون اروپا که از طرف اتحادیه، صلاحیت فعالیت در این حوزه را دارد، با توسل به اصول اساسی پذیرفته‌شده، از جمله اجرای واحد مقررات، وفاداری و مؤثر بودن، تلاش دارد اولویت را به مقررات اتحادیه دهد. اما از سوی دیگر، دیوان‌های داوری بین‌المللی و کشورهای ثالث با رویکردی متفاوت، مقررات حقوق بین‌الملل را ارجح می‌دانند. گرچه صلاحیت کمیسیون در کلیه حوزه‌های سرمایه‌گذاری، خود محل مناقشه است.

در پژوهش حاضر هدف آن است که پیامدهای این تغییر صلاحیت در حوزه سرمایه‌گذاری بیان شود. به عبارت دیگر، پرسش اصلی، سرانجام موافقت‌نامه‌های دوجانبه سرمایه‌گذاری میان اعضای اتحادیه و با کشورهای ثالث، و وضعیت این موافقت‌نامه‌هاست. ضرورت این پژوهش، ضمن اهمیت شناخت مقررات اتحادیه، از آن جهت است که ممکن است این تعارض تعهدات، در موافقت‌نامه‌های ایران با اعضای اتحادیه نیز وجود داشته باشد. از این رو آگاهی از نحوه برخورد اتحادیه در این زمینه مفید می‌نماید. برای پاسخ به پرسش مطرح، ابتدا دامنه صلاحیت اتحادیه

2. European Community

3. European Coal and Steel Community

4. European Atomic Energy Community

5. European Economic Community

۶. بیگزاده، ابراهیم؛ حقوق سازمان‌های بین‌المللی، مجد، ۱۳۹۰، صص ۸۲۶-۸۲۵.

7. Constitutional Treaty

8. Treaty of Lisbon

که از طریق کمیسیون اروپا اعمال می‌شود، سپس پیامدهای پیمان لیسبون بر موافقت‌نامه‌های دوجانبه اعضا با ثالث و نهایتاً میان اعضا بررسی خواهد شد.

### ۱. دامنه صلاحیت اتحادیه اروپا در حوزه سرمایه‌گذاری پس از پیمان لیسبون

محدوده صلاحیت اتحادیه اروپا، تابعی از «اصل (صلاحیت) اعطایی»<sup>۱۰</sup> است. این امر به معنای آن است که اتحادیه باید طبق صلاحیت‌های اعطایی از سوی اعضای اتحادیه که در معاهدات مربوطه به اتحادیه داده شده، اقدام کند.<sup>۱۱</sup> باید توجه داشت اعطای صلاحیت در حوزه مسائل تجاری به اتحادیه، یکباره رخ نداد و باید ریشه‌های این اعطای صلاحیت را در گذشته جستجو کرد. برای اولین بار در سال ۱۹۷۵ دیوان اروپایی بر اساس بند ۱ ماده ۱۱۳ «جامعه اقتصادی اروپایی»<sup>۱۲</sup> (EEC) مقرر داشت که سیاست تجاری مشترک<sup>۱۴</sup> در صلاحیت انحصاری است.<sup>۱۵</sup> در این رأی، دیوان معتقد بود که این امر برای دفاع از منافع مشترک جامعه است و اجرای هم‌زمان این صلاحیت از سوی اعضای اتحادیه و جامعه، غیرممکن می‌نماید. دیوان در این زمینه می‌افزاید: «باید پذیرفت که این (دوگانگی صلاحیت)، در رابطه با دولت‌های ثالث، می‌تواند منجر به اتخاذ تصمیماتی از سوی اعضا شود که با تصمیمات جامعه مغایر است و این امر باعث انحراف در چارچوب نهاد خواهد شد. اعتماد متقابل به جامعه و خودداری (اعضا) از تصمیم‌گیری در این حوزه، باعث دفاع از منافع جامعه خواهد شد».<sup>۱۶</sup>

سپس تلاش‌هایی در قالب معاهده آمستردام ۱۹۹۷ و سپس ۲۰۰۳ انجام شد، اما هیچ‌کدام منجر به نتیجه قطعی در مورد توافق بر سر صلاحیت‌های اعطایی جامع به اتحادیه در زمینه مسائل تجاری نشد تا اینکه در پیمان لیسبون این توافق حاصل شد.<sup>۱۷</sup> در نتیجه اجرایی شدن پیمان لیسبون در سال ۲۰۰۹ تغییرات گسترده‌ای در حوزه موضوعات مرتبط با سرمایه‌گذاری در اتحادیه اروپا ایجاد شد. یکی از دلایل این تغییرات را می‌توان ناشی از ماده ۲۰۷ معاهده کارکرد

9. Principle of Conferral

10. TEU, art. 5(1).

11. ECJ, Opinion 2/00, 2001 E.C.R. I-9713, para. 5.

12. European Economic Community

۱۳. بند ۱ از ماده ۱۱۳ این معاهده بیان می‌دارد سیاست تجاری مشترک باید بر اصول مشترکی، به‌ویژه در زمینه‌های تغییر نرخ تعرفه، انعقاد موافقت‌نامه‌های تجاری و تعرفه، دستیابی به اقدامات آزادسازی یک‌دست، سیاست‌های صادراتی و اقدامات حمایت از تجارت در مقابل مواردی چون دامپینگ یا یارانه بنا شود.

14. Common Commercial Policy

15. ECJ, Opinion 1/75, 1975 E.C.R. 1355, 1365.

16. *Ibid.*, p. 1364.

۱۷. لازم به ذکر است هرچند پیش از این دیوان اروپایی از صلاحیت اتحادیه در حوزه مسائل تجاری سخن گفته بود، اختلاف اصلی بر سر مصادیق و دامنه این صلاحیت همچنان باقی بود.

اتحادیه اروپا (TFEU)<sup>۱۸</sup> دانست. در بند ۱ این ماده آمده است که «سیاست تجاری مشترک باید بر اساس اصول واحدی (از جمله)، ... ، سرمایه‌گذاری مستقیم خارجی و ... باشد». پیش از این، طبق ماده ۳ TFEU سیاست تجاری مشترک جزو حوزه‌های صلاحیتی اتحادیه تلقی می‌شد، ولی با تغییر ماده ۲۰۷ سرمایه‌گذاری مستقیم خارجی<sup>۱۹</sup> نیز جزو حوزه‌های سیاست تجاری مشترک و در نتیجه، صلاحیت‌های اتحادیه درآمد. در حقیقت، معنای این صلاحیت انحصاری آن خواهد بود که اختیار مذاکره و انعقاد معاهدات سرمایه‌گذاری با کشورهای ثالث از اعضای اتحادیه اروپا، به اتحادیه اروپا به‌ویژه کمیسیون اروپا منتقل خواهد شد<sup>۲۰</sup> و اگر یکی از اعضای اتحادیه خواهان انعقاد موافقت‌نامه دوجانبه سرمایه‌گذاری با کشوری ثالث باشد، نیازمند مجوز کمیسیون است.<sup>۲۱</sup>

با وجود استفاده از عبارت سرمایه‌گذاری مستقیم خارجی در ماده ۲۰۷ TFEU، تعریفی از سرمایه‌گذاری مستقیم خارجی و وجوه تمایز آن از سایر فعالیت‌های اقتصادی یا حتی سرمایه‌گذاری غیرمستقیم ارائه نشده است. در نتیجه باید در سایر اسناد به دنبال تعریفی از این مفهوم بود.<sup>۲۲</sup> در مکاتبات میان جامعه اروپا و اعضا با کارگروه سرمایه‌گذاری و تجارت سازمان تجارت جهانی، سرمایه‌گذاری مستقیم خارجی به‌عنوان «شاخه‌ای از (حوزه) سرمایه‌گذاری بین‌المللی، بیانگر یک نهاد و موجودیت (عینی) مستقر در اقتصاد یک کشور است که موجب کسب منافع طولانی‌مدت از سرمایه‌گذاری مستقر در کشور دیگر می‌شود. دو معیار موجود در مفهوم منافع طولانی‌مدت عبارت‌اند از وجود رابطه طولانی‌مدت میان سرمایه‌گذار و مورد سرمایه‌گذاری، و وجود درجه بالایی از تأثیرگذاری سرمایه‌گذار که توانایی مدیریت مؤثر بر مورد سرمایه‌گذاری را دارد».<sup>۲۳، ۲۴</sup>

18. Treaty on the Functioning of the European Union

19. Foreign Direct Investment

20. Dr. Ahmad Ghouri, *Interaction and Conflict of Treaties in Investment Arbitration*, International Arbitration Library, Kluwer Law International, 2015, p. 149.

21. Sahibi T., "The Relation of EU Law and Bilateral Investment Treaties", *UMEA University*, Master Thesis, 2015, p. 14.

22. لازم به ذکر است بسیاری از موافقت‌نامه‌های دوجانبه سرمایه‌گذاری، گاه از مفهوم موسع "Investment" یا مفاهیم مضیق‌تر تحت عنوان "Establishment" یا "Enterprise" برای مفهوم سرمایه‌گذاری استفاده می‌کنند.

23. Communication from the EC and its Member States to the WTO Working Group on Trade and Investment, WT/WGTI/W/115, point 8.

24. تعاریف دیگر را می‌توان در دستورالعمل آزادی سرمایه، تعریف معیار OECD و دستورالعمل تراز پرداخت‌های IMF مشاهده کرد.

Cf: Schicho L., "Member States BITs after the Treaty of Lisbon: Solid Foundation or First Victims of EU Investment Policy?", Research Paper in Law, *College of Europe*, 2012, pp. 5-6.

همچنین در این زمینه می‌توان به تعریف دیوان اروپایی در مورد سرمایه‌گذاری مستقیم اشاره داشت:

ECJ, C-446/04, Test Claimants in the FII Group Litigation, ECR I, 11753, 2006, paras. 181, 182.

لازم به ذکر است که به دلیل گستردگی و پیچیدگی مفهوم سرمایه‌گذاری، در مورد ابعاد و دامنه صلاحیت اتحادیه، که کمیسیون اروپا از طرف اتحادیه اروپا این صلاحیت را اعمال می‌کند، ابهاماتی وجود دارد. یکی از این موارد، مربوط به صلاحیت کمیسیون بر «سرمایه‌گذاری غیرمستقیم»<sup>۲۵</sup> است. علی‌رغم آنکه توافقی عمومی میان صاحب‌نظران در مورد تمایز میان سرمایه‌گذاری مستقیم و غیرمستقیم وجود دارد،<sup>۲۷</sup> اتحادیه مدعی است به‌منظور افزایش قدرت چانه‌زنی خود در انعقاد موافقت‌نامه‌های سرمایه‌گذاری دوجانبه با سایر کشورها و همچنین جلوگیری از بروز مشکلات بعدی ناشی از عدم صلاحیت در حوزه سرمایه‌گذاری غیرمستقیم، در زمینه سرمایه‌گذاری غیرمستقیم نیز دارای صلاحیت است<sup>۲۸</sup> و در نتیجه دارای صلاحیت انحصاری برای انعقاد هرگونه موافقت‌نامه متضمن کلیه موضوعات مربوط به سرمایه‌گذاری خارجی است و این امر شامل سرمایه‌گذاری مستقیم و غیرمستقیم خارجی می‌شود.<sup>۲۹</sup> در مجموع باید گفت با توجه به نص صریح بند ۱ ماده ۲۰۷ و تمایز میان سرمایه‌گذاری

## 25. Portfolio Investment

۲۶. همان‌طور که در مورد تعریف سرمایه‌گذاری تعریف واحدی وجود ندارد، وجوه تمایز میان سرمایه‌گذاری مستقیم و غیرمستقیم نیز به‌روشنی تفکیک نشده و باید از لابه‌لای اسناد و آرای بین‌المللی به درکی صحیح از این مفاهیم رسید. در این زمینه، دیوان اروپایی به این موضوع توجه داشته و ویژگی‌های سرمایه‌گذاری غیرمستقیم را اعلام کرده است: سرمایه‌گذاری غیرمستقیم، تحصیل سهام در بازار سرمایه، تنها با هدف انجام سرمایه‌گذاری مالی و بدون قصد اداره و کنترل (Joined Cases ) مستقیم و غیرمستقیم قائل به تمایز شده است ( , 2007, ECR I-08995, Commission v. Germany, Case C-112/05, Directive 88/361/EEC, for implementation of article 67 of the treaty, 1988. Council )EEC ۸۸/۳۶۱ و طبق دستورالعمل TFEU ۶۴ ماده ۲ بند ۲ یا TEC ۵۷ ماده ۲ بند ۲ ماده ۲۰۷ (C-281/4, C-283/04, Commission v. Netherland, ECR I-9141, Judgment of 2008, para. 19. دیگر اروپایی نیز با توجه به بند ۲ ماده ۵۷ TEC یا بند ۲ ماده ۶۴ TFEU و طبق دستورالعمل ۸۸/۳۶۱/EEC دیوان اروپایی میان سرمایه‌گذاری مستقیم و غیرمستقیم قائل به تمایز شده است ( , 2005, ECR I-04933, Commission v. Italy, ECR I-04933, 2005, para. 28. بر این اساس می‌توان یک‌سری از تفاوت‌ها را میان سرمایه‌گذاری مستقیم و غیرمستقیم برشمرد. در سرمایه‌گذاری مستقیم، این امر متضمن میزان بالایی از مالکیت، کنترل و اداره است، درحالی‌که در سرمایه‌گذاری غیرمستقیم، این کنترل و مدیریت وجود ندارد ( Maffry A., "Direct Versus Portfolio Investment in the Balance of Payment", *The American Economic Review*, vol. 44, No. 2, 1954, p. 614. مورد دیگر تمایز، در انگیزه‌های این دو است. در سرمایه‌گذاری غیرمستقیم، تنها ارزیابی میزان سود در مقابل میزان خطر موجود در نظر گرفته می‌شود، درحالی‌که سرمایه‌گذاری مستقیم، کسب سود، انگیزه جدا و تنها به حساب نمی‌آید بلکه نتیجه و بخشی از مجموعه اقداماتی است که سرمایه‌گذاری در کشور میزبان تلقی می‌شود ( *Ibid.*, p. 621). در نتیجه می‌توان گفت در سرمایه‌گذاری مستقیم، رابطه اقتصادی و کسب سود به‌صورت درازمدت است درحالی‌که در سرمایه‌گذاری غیرمستقیم، این رابطه عمدتاً کوتاه‌مدت و بیشتر به‌صورت خرید و فروش سهام است.

Fina S. & M. Lenter G., "The Scope of the EU's Investment Competence after Lisbon", *Santa Clara Journal of International Law*, 419, 2016, p. 428.

27. Dolzer & Schreuer, *Principles of International Investment Law*, Oxford Public International Law, 2008, p. 64.

28. European Commission, Draft Articles Concerning External Action, CONV 685/03, 2003, Chapter 2, comment on art. 24.

29. Commission Proposal for a Regulation of the European Parliament and the Council Establishment: A Framework for Managing Financial Responsibility Linked to Investor-State Dispute Settlement Tribunals Established by International Agreements to Which the European Union is Party, 21 July, 2012, p. 3.

مستقیم و غیرمستقیم، نمی‌توان قائل به صلاحیت اتحادیه در مورد سرمایه‌گذاری مستقیم بود و برای انعقاد موافقت‌نامه‌های متضمن سرمایه‌گذاری مستقیم و غیرمستقیم به مشارکت توأمان کمیسیون اروپا (که از طرف اتحادیه اقدام می‌کند) و دولت‌های عضو نیاز است. در نتیجه، چنین توافقاتی باید به صورت «موافقت‌نامه‌های مرکب»<sup>۳۰</sup> منعقد شود که نیازمند مشارکت اعضا در فرآیند مذاکرات، امضا و تصویب چنین موافقت‌نامه‌هایی است.<sup>۳۱</sup> موضع عملی اعضا و به‌ویژه شورا به‌گونه‌ای است که قائل به مشارکت هم‌زمان کمیسیون و اعضا در انعقاد چنین معاهداتی است. در این چارچوب است که شورا از کمیسیون می‌خواهد که در مذاکرات اتحادیه اروپا با کانادا، هند و سنگاپور در زمینه موافقت‌نامه‌های سرمایه‌گذاری، سرمایه‌گذاری‌های غیرمستقیم را در زمره صلاحیت مرکب قرار دهد.<sup>۳۲</sup> در نتیجه، اتحادیه نیازمند انعقاد موافقت‌نامه‌های مرکب خواهد بود که در آن‌ها مذاکره و انعقاد معاهدات توسط اتحادیه و اعضای اتحادیه به صورت مشترک انجام شود. البته بر اساس بند ۴ ماده ۲۰۷ TFEU در صورت تصویب موضوعی در شورای اروپا به اتفاق آراء، نیازی به انجام فرآیند تصویب در نظام‌های داخلی اعضا نخواهد بود، اما با توجه به گسترش روزافزون اعضای اتحادیه و امکان وجود اختلاف میان اعضا، همیشه امکان تصویب به صورت اتفاق آراء وجود ندارد. در چنین شرایطی تنها راه باقی مانده، انعقاد موافقت‌نامه‌های مرکب با مشارکت اعضا و اتحادیه است.<sup>۳۳</sup>

## ۲. موافقت‌نامه‌های دوجانبه سرمایه‌گذاری میان اعضای اتحادیه و دولت‌های

### ثالث

ماده ۳۵۱ TFEU (۲۳۴ TEEC یا ۳۰۷ معاهده جامعه اروپا TEC<sup>۳۴</sup>) اعلام می‌دارد که اجرای معاهده (حاضر) بر وظایفی که اعضا نسبت به کشورهای ثالث بر اساس موافقت‌نامه‌هایی که پیش از به‌اجراء آمدن معاهده یا الحاق، تعهد شده‌اند، تأثیری ندارد و نهادهای جامعه موظف‌اند که مانع از اجرای این تعهدات نشوند. از این ماده که به‌عنوان «اصل وفاداری»<sup>۳۵</sup> یا «اصل تعهد به حقوق بین‌الملل»<sup>۳۶</sup> نیز یاد می‌شود، چنین برمی‌آید که اتحادیه اروپا به تعهداتی که پیش از

30. Mixed Agreement

31. Burgstaller, M., "The EU's FDI Competence under the Treaty of Lisbon in International Investment Law and EU Law", *European Yearbook of International Economic Law*, Springer Publication, Edited by Bungeburg, Griebel, Hindelang, 2011, p. 66.

32. EU Negotiating Mandates on Investment, 2011, EU- Canada, India, Singapore FTA's.

33. Reinisch, A., "The EU on the Investment Path-Quo Vadis Europe? The Future of EU BITs and Other Investment Agreements", *Santa Clara Journal of International Law*, vol. 12, 2014, p. 137.

34. Treaty of European Community

35. Loyalty Principle

36. Principle of Commitment to International Law

به‌اجراء آمدن معاهده حاضر منعقد شده‌اند، پایبند است. دیوان اروپایی نیز از این اصل به‌عنوان «قلمرو عمومی»<sup>۳۷</sup> که قابلیت اعمال بر کلیه موافقت‌نامه‌های بین‌المللی دارد، یاد می‌کند.<sup>۳۸</sup> علی‌رغم مفاد ماده ۳۵۱ TFEU، پس از به‌اجراء آمدن پیمان لیسبون و افزایش صلاحیت‌های اتحادیه در زمینه مسائل مربوط به سرمایه‌گذاری خارجی و همچنین محدودیت‌های ایجادشده، باعث شد کمیسیون اروپا به‌صورت گزینشی، مفاد برخی از موافقت‌نامه‌های دوجانبه را مغایر با مقررات اتحادیه تشخیص دهد و از کشورهای سوئد، اتریش، دانمارک و فنلاند خواست که به موافقت‌نامه‌های دوجانبه خود با کشورهای ثالث پایان دهند. به دلیل مخالفت کشورهای سوئد، اتریش و فنلاند با این درخواست، کمیسیون اروپا فرآیند تخطی را علیه این سه کشور در دیوان اروپایی آغاز کرد.<sup>۳۹</sup>

به‌واقع در موافقت‌نامه‌های این سه کشور، همچون بسیاری از موافقت‌نامه‌های سرمایه‌گذاری دوجانبه دیگر، جریان آزاد سرمایه، بدون محدودیت تضمین شده بود. اما طبق مواد ۶۴، ۶۶ و ۷۵ TFEU یا (۲) ۵۷، ۵۹ و (۱) ۶۰ EC، شورای اروپا این اختیار را دارد تا در شرایط خاص، جریان آزاد سرمایه را میان اعضا و سایر کشورها محدود کند.<sup>۴۰، ۴۱</sup> با ارجاع این اختلاف به دیوان اروپایی، دیوان اعلام داشت به دلیل نبود مقرره‌ای در موافقت‌نامه‌های پیش رو برای تضمین و امکان اجرای مقررات اتحادیه، در مورد اعمال محدودیت بر جریان سرمایه، این موافقت‌نامه‌ها با مقررات اتحادیه ناسازگارند.<sup>۴۲</sup> جالب آنکه باوجود اعلام دیوان مبنی بر عدم اجرای تعهدات از سوی کشورهای سوئد و اتریش، دیوان در رأی خود به آثار و پیامدهای این نقض تعهد اشاره‌ای نکرده است درحالی‌که طبق ماده ۳۰۷ EC اعضای اتحادیه موظف‌اند نسبت به پایان دادن به نقض تعهدات خود در قبال اتحادیه که در موافقت‌نامه‌های بین‌المللی آمده، اقدام کنند؛<sup>۴۳</sup> ضمن آنکه مقررات تضمین جریان آزاد سرمایه در موافقت‌نامه‌های موجود، تنها خطری بالقوه برای

37. General Scope

38. Case 812/79 *Burgoa*, 1980 ECR, para. 5.

۳۹. لازم به ذکر است که دولت دانمارک پس از درخواست کمیسیون اروپا، به موافقت‌نامه دوجانبه سرمایه‌گذاری خود با اندونزی که در سال ۲۰۰۷ به امضای دو کشور رسیده بود، پایان داد.

۴۰. در واقع باید دلیل و منشأ چنین رویکردی را حوادث تروریستی ۱۱ سپتامبر و ملاحظات امنیتی پس از آن و به بهانه مبارزه با تروریسم دانست.

۴۱. ماده ۶۴ در بخش‌های قبلی بیان شد. ماده ۶۶ در مورد امکان وضع اقدامات مراقبتی در مورد جریان سرمایه علیه کشورهای ثالث در موارد ضروری توسط شورا و به پیشنهاد کمیسیون صحبت می‌کند. ماده ۷۵ نیز نحوه مسدودکردن اموال و سرمایه‌ها را در مبارزه با تروریسم و موارد مشابه توسط شورا و به پیشنهاد کمیسیون شرح می‌دهد.

42. ECJ, C-205/06, *Commission v. Austria*, 2009 ECR I-01301, para. 37. ECJ, C-249/06, *Commission v. Sweden*, 2009 ECR I-01335, para. 38.

۴۳. البته دیوان اروپایی در این رأی اشاره می‌کند که در موافقت‌نامه‌های دوجانبه کلیه اعضا چنین شروط و تخطیاتی وجود دارد ولی این موضوع که چرا تنها علیه این سه کشور طرح دعوا شده است مشخص نیست.

مقررات اتحادیه محسوب می‌شد و هیچ‌گاه جنبه عینی نیافت. با وجود این، دیوان اروپایی معتقد بود صرف وجود مقرره‌ای در موافقت‌نامه‌های موجود، اجرای مؤثر مقررات اتحادیه را تضعیف می‌کند و به خودی خود نقض به شمار می‌آید.<sup>۴۴</sup> از سوی دیگر، اعضای اتحادیه، ضمن مخالفت با نظر دیوان اعلام داشتند در موارد تعارض واقعی و عملی موافقت‌نامه‌ها با مقررات اتحادیه، به منظور اصلاح موافقت‌نامه‌های دوجانبه سرمایه‌گذاری خود در زمینه انتقال سرمایه و پرداخت‌ها مذاکره خواهند کرد. اما دیوان ضمن رد این نظر و درخواست، بر این باور بود که مذاکرات مورد ادعا به میزان کافی سریع و قابل اعتماد نیستند تا اجرای مؤثر مقررات اتحادیه را تضمین کنند.<sup>۴۵</sup> ذکر این نکته لازم است که بسیاری از موافقت‌نامه‌های دوجانبه متضمن شرطی هستند<sup>۴۶</sup> که در صورت فسخ یک‌جانبه یا حتی دوجانبه، همچنان برخی از مفاد موافقت‌نامه، همچون برخی از مقررات ماهوی و شیوه حل و فصل اختلاف، در یک بازه زمانی عمدتاً ده ساله، پس از پایان موافقت‌نامه مجری باشد<sup>۴۷</sup> و این امر، یکی از موانع جدی برای پایان دادن به موافقت‌نامه‌های اعضای اتحادیه با کشورهای ثالث است. سرانجام به دلیل نارضایتی گسترده اعضا و اینکه در عمل، فرآیند تخطی باید علیه اکثر اعضا آغاز شود (نه فقط علیه برخی از اعضا) و همچنین پیامدهای احتمالی پس از اختتام موافقت‌نامه‌ها، کمیسیون تلاش کرد از طریق وضع تصویب‌نامه‌ای در سال ۲۰۱۲ این مشکل را تا حدودی برطرف کند. این مصوبه که به «مقرره پدربرگی»<sup>۴۸،۴۹</sup> مشهور شده است در اصل تلاش دارد این اجازه را به اعضا بدهد که تا زمانی که موافقت‌نامه‌های مذکور با موافقت‌نامه‌های جدید جایگزین نشده‌اند، حفظ شوند<sup>۵۰</sup> و زمینه را برای ضمانت سرمایه‌گذاری‌ها و شفافیت حقوقی ایجاد کند.<sup>۵۱</sup> اما این مجوز بقای موافقت‌نامه‌های موجود، به شرطی است که در عمل، لطمه‌ای به تعهدات اعضا در قبال مقررات اتحادیه وارد نکند و همچنان اعضا ملزم به رفع ناسازگاری‌ها با مقررات اتحادیه هستند؛<sup>۵۲</sup> ضمن آنکه حق کمیسیون برای توسل و اجرای رویه تخطی باقی است. بنابراین می‌توان اظهار داشت این

44. Case C-205/06 *Commission v. Austria*, para. 37. Case C-249/06 *Commission v. Sweden*, para. 38. Case C-118/07 *Commission v. Finland*, 2009 ECR I-10889, para. 49.

45. Case C-205/06 *Commission v. Austria*, *Ibid.*, para. 40. Case C-249/06 *Commission v. Sweden*, *Ibid.*, para. 41.

46. Survival Clause

47. Dahlquist & Lenk & Ronnelid, "The Infringement Proceeding over Inter-EU Investment Treaties, An Analysis of the Case against Sweden", *Swedish Institute for European Policy Studies*, 2016, p. 9.

48. Grandfathering Regulation

49. Regulation (EU) No. 1219/2012 of European Parliament and Council Establishing Transitional Arrangement for Bilateral Investment Agreement between Member States and Third Countries, 2012, OJ L251/40.

50. Kokott J. & Sobotta Ch., "Investment Arbitration and EU Law", *Cambridge Yearbook of European Legal Studies*, vol. 18, 2016, p. 16.

51. Regulation, *Ibid.*, pp. 2-3.

52. Art. 3, Regulation & Rec. 11.



تصویب‌نامه تلاش دارد به پیامدهای صلاحیت‌های مضاعفی که اتحادیه پس از پیمان لیسبون کسب کرده پردازد، اما در عمل نتوانسته است راهکاری عملی و جامع برای حل این تعارضات ارائه کند.<sup>۵۳</sup> به بیان دیگر، اتحادیه تلاش دارد ضمن تأکید بر حقوق خود و تعهدات اعضا نسبت به مقررات اتحادیه، با حفظ وضع موجود، مانع از بروز مشکلات ناشی از لغو موافقت‌نامه‌های دوجانبه با دولت‌های ثالث شود.<sup>۵۴</sup>

در پایان این بخش ذکر این نکته ضروری است که به دلیل تغییر در صلاحیت‌های مربوط به سیاست تجاری مشترک و به تبع آن، صلاحیت‌های انحصاری اتحادیه در زمینه سرمایه‌گذاری مستقیم خارجی، طبق مقررات اتحادیه، تنها اتحادیه می‌تواند موافقت‌نامه‌های جدید منعقد کند و شریک دولت‌های ثالث به شمار آید<sup>۵۵</sup> (در عمل تا کنون چنین امری محقق نشده است)، اما در

53. Kokott J. & Sobotta Ch., *op. cit.*, p. 16.

54. ابتدا باید متذکر شد که تصویب‌نامه مذکور، تنها در ارتباط با موافقت‌نامه‌های اعضای اتحادیه اروپا و کشورهای ثالث است نه میان اعضا، زیرا سیاست تجاری مشترک (CCP) که ماده ۲۰۷ TFEU به‌عنوان جزئی از آن محسوب می‌شود، تنها مربوط به مسائل خارجی اتحادیه است و نه مسائل داخلی. طبق مواد ۲ و ۳ این تصویب‌نامه، اعضا باید ظرف مدت ۳۰ روز از زمان به‌اجراء آمدن تصویب‌نامه، کلیه موافقت‌نامه‌های دوجانبه سرمایه‌گذاری خود را با کشورهای ثالث، که تمایل به حفظ آن‌ها را دارند، به کمیسیون اعلام کنند و کلیه موافقت‌نامه‌های اعلامی به‌صورت خودکار اجازه خواهند داشت که به حیات خود ادامه دهند. البته بر اساس ماده ۵ تصویب‌نامه، کمیسیون این حق را برای خود محفوظ داشته است که طبق معیارهایی چون عدم تعارض با مقررات مربوط به تخصیص صلاحیت میان اتحادیه و اعضا در حوزه سرمایه‌گذاری مستقیم خارجی و عدم ممانعت جدی در راه انعقاد موافقت‌نامه‌های آینده اتحادیه با ثالث در حوزه سرمایه‌گذاری، موافقت‌نامه‌های اعلامی را بررسی کند. همچنین ماده ۵ مقرر می‌دارد که کمیسیون باید در مدت ۵ سال نسبت به ارائه گزارش به شورا و پارلمان اروپا در مورد نحوه اعمال، ضرورت تداوم و سایر مسائل مرتبط با تصویب‌نامه گزارش دهد. مواد ۷ تا ۱۲ تصویب‌نامه به بیان شرایط اصلاح و انعقاد موافقت‌نامه‌های جدید می‌پردازد. برای موافقت‌نامه جدید، اعضا موظف‌اند حداقل پنج ماه پیش از شروع مذاکرات رسمی به کمیسیون اطلاع دهند و این اطلاع‌رسانی باید شامل اطلاعاتی از قبیل اسناد، اهداف مذاکره و سایر مسائل مرتبط باشد. در مورد اصلاح نیز مقرراتی که قصد اصلاح آن‌ها وجود دارد باید گزارش داده شوند و در صورتی که کمیسیون احساس کند اطلاعات ارسالی کافی نیست، می‌تواند ارسال موارد مورد نیاز را درخواست کند. کمیسیون نیز موظف است این اطلاع‌رسانی را به سایر اعضا، با در نظر گرفتن موضوعاتی که باید محرمانه باشند، انجام دهد. طبق ماده ۹ پس از دریافت گزارش‌ها، کمیسیون می‌تواند با در نظر گرفتن سه معیار، مجوز شروع مذاکرات رسمی را صادر کند. این معیارها عبارت‌اند از عدم تعارض با مقررات اتحادیه در زمینه تخصیص صلاحیت میان اعضا و اتحادیه، عدم تضعیف اهداف مذاکرات میان اتحادیه و کشور ثالث مربوطه، عدم ممانعت بر سر راه توسعه و اجرای سیاست‌های اتحادیه در خصوص سرمایه‌گذاری به‌ویژه سیاست تجاری مشترک. کمیسیون باید در جریان کلیه مراحل مذاکره باشد و حتی می‌تواند ورود و شرکت در مذاکرات را درخواست دهد. البته تلاش شده است این مشارکت کمیسیون به‌صورت ناظر باشد تا زمینه شفافیت و هماهنگی مذاکرات با سیاست‌های سرمایه‌گذاری اتحادیه فراهم شود. البته این مشارکت تا حد زیادی به رضایت کشور ثالث نیز بستگی دارد. باید توجه داشت که از یک سو این مشارکت کمیسیون می‌تواند به پیچیده‌تر شدن موضوعات دامن زند، اما از طرف دیگر می‌تواند از بروز مشکلات بعدی در برخورد موافقت‌نامه‌ها با مقررات اتحادیه جلوگیری کند، به‌ویژه آنکه این مذاکرات باید به تأیید نهایی کمیسیون برسد و کمیسیون در این راه از اختیارات نسبتاً گسترده‌ای برخوردار است. برای مطالعه بیشتر در این زمینه، ن.ک:

Schicho, L., *op. cit.*, pp. 17-34.

55. Reinisch, A., *op. cit.*, p. 119.

نهایت به دلیل نارضایتی اعضای اتحادیه، در متن نهایی تصویب‌نامه به‌جای استفاده از عبارت کسب مجوز از کمیسیون برای تداوم اعتبار موافقت‌نامه‌های موجود، تنها به اختیار کمیسیون برای ارزیابی موافقت‌نامه‌ها برای بررسی نبود مانع جدی بر سر اجرای مقررات اتحادیه بسنده شد.<sup>۵۶</sup>

### ۳. موافقت‌نامه‌های دوجانبه سرمایه‌گذاری میان اعضای اتحادیه اروپا

پیش از گسترش اعضای اتحادیه اروپا در سال ۲۰۰۴ تنها دو موافقت‌نامه دوجانبه سرمایه‌گذاری میان اعضای اتحادیه وجود داشت. اما پس از الحاق ده کشور جدید به اتحادیه، تعداد این موافقت‌نامه‌ها به حدود ۱۵۰ رسید.<sup>۵۷</sup> لازم به ذکر است عمده این موافقت‌نامه‌ها پیش از سال ۲۰۰۴ وجود داشته‌اند و در دهه ۱۹۹۰ به امضا رسیده بودند و پس از الحاق اعضای جدید به‌صورت موافقت‌نامه‌های میان اعضای اتحادیه جلوه نمود. این روند صعودی با الحاق کشورهای چوین رومانی و بلغارستان در سال ۲۰۰۹ به ۱۹۱ هم رسید.<sup>۵۸</sup> در واقع دلیل انعقاد این حجم گسترده از موافقت‌نامه را می‌توان تلاش کشورهای جدید (عمدتاً کشورهای شرق اروپا) برای گذار از اقتصاد دولتی به سمت اقتصاد آزاد از طریق جذب سرمایه‌های کشورهای قدیمی اتحادیه دانست.<sup>۵۹</sup> جالب آنکه انعقاد این موافقت‌نامه‌ها با تشویق صریح اتحادیه صورت می‌گرفته تا زمینه برای الحاق آینده آن‌ها فراهم شود. اما نهایتاً این موافقت‌نامه‌ها پس از الحاق اعضای جدید، معضلی برای یکپارچگی بازار داخلی اتحادیه محسوب شده و اتحادیه در چندین پرونده، درگیر این موافقت‌نامه‌ها شده است.<sup>۶۰</sup> در ادامه برای درک بهتر موضوعات، اختلافات مطروحه در قالب ملاحظات کمیسیون در مورد صلاحیت دیوان‌های داوری و رسیدگی ماهوی پی گرفته می‌شود.

در مورد صلاحیت دیوان داوری سرمایه‌گذاری در قضیه *الکترا بیل*<sup>۶۱</sup> که دعوی توسط سرمایه‌گذار بلژیکی علیه دولت مجارستان در چارچوب مقررات/یکسید مطرح شده بود، کمیسیون اروپا در قالب ایراد صلاحیتی معتقد بود «دیوان داوری صلاحیت رسیدگی به موضوعاتی را که تحت صلاحیت اتحادیه قرار می‌گیرند و موجد مسئولیت مغایر با منشور انرژی است، ندارد».<sup>۶۲</sup> اما برخلاف نظر کمیسیون، دیوان داوری با تأکید بر ماهیت بین‌المللی اختلاف اظهار داشت

56. *Ibid.*, p. 120.

57. Wehland, H., "Intra-EU Investment Agreements and Arbitration: Is European Community Law an Obstacle?", 58 *ICLQ*, 2009, p. 297.

58. *Ibid.*

59. Lenk, H., "Challenging Notion of Coherence in EU Foreign Investment Policy", *European Journal of Legal Studies*, vol. 8, No. 2, 2015, p. 10.

60. *Ibid.*

61. *Electrabel S.A. v. The Republic of Hungary*, ICSID Case No. ARB/07/19, Decision on Jurisdiction, Applicable Law and Liability, 30 November 2012.

62. *Ibid.*, paras. 5-10.

«داوری‌های/یکسید، شیوه‌ای برای حل و فصل اختلافات است که منحصراً تحت حاکمیت حقوق بین‌الملل است و با توجه به وضعیت بین‌المللی دیوان داوری طبق منشور انرژی و کنوانسیون/یکسید، اظهارات کمیسیون در این باره نمی‌تواند مورد توجه قرار گیرد زیرا این اظهارات، مبتنی بر سلسله‌مراتب نظام حقوقی است که تنها در نظام حقوقی اروپا وجود دارد و اجرا می‌شود. این در حالی است که دیوان حاضر باید در چارچوب نظام حقوق بین‌الملل، کنوانسیون/یکسید و منشور انرژی، که خارج از محدوده اتحادیه اروپا هستند، عمل کند.<sup>۶۳</sup> ... همچنین با توجه به رضایت طرفین در قبال داوری حاضر، طبق کنوانسیون/یکسید و اعمال ماده ۲۶/یکسید، که طرفین را از توسل به سایر شیوه‌ها (حل و فصل) منع می‌کند، باید گفت برای کمیسیون اروپا در مورد این ادعا که مسیر درست برای خواهان، تنها در دادگاه‌های جامعه است، هیچ پاسخی باقی نمی‌گذارد».<sup>۶۴</sup>

در خصوص رسیدگی ماهوی، یکی از پرونده‌های مطرح در این رابطه دعوی *Eastern Sugar* علیه جمهوری چک است.<sup>۶۵</sup> پس از بروز اختلاف، طبق مفاد موافقت‌نامه موجود میان دولت‌های هلند و چک، دیوان داوری تشکیل و ادعای جمهوری چک مبنی بر عدم قابلیت اجرای موافقت‌نامه به دلیل الحاق این دولت به اتحادیه رد شد.<sup>۶۶</sup> دولت چک ضمن استناد به بند ۱ از ماده ۵۹ معاهده وین<sup>۶۷</sup> مدعی بود پس از الحاق این کشور به اتحادیه، موافقت‌نامه بین دو کشور باید خاتمه یافته تلقی شود و سرمایه‌گذاری‌های صورت گرفته در کشورش باید تحت قانون اتحادیه باشد نه مقررات موافقت‌نامه.<sup>۶۸</sup> چک مدعی بود در صورت مجری بودن موافقت‌نامه پس از الحاق به اتحادیه، مقررات موافقت‌نامه، ناقض اصل رفتار برابر در جامعه است و خواهان باید به جای رجوع به داوری، دعوی خود را در دادگاه صالح چک مطرح کند.<sup>۶۹</sup>

کمیسیون اروپا نیز با ورود به پرونده معتقد بود زمانی که مقررات جامعه و موافقت‌نامه با یکدیگر تعارض داشته باشند، مقررات جامعه به صورت خودکار بر مقررات متعارض اولویت خواهند داشت و به دلیل آنکه مسائل مطروحه تحت صلاحیت جامعه قرار می‌گیرند، چنین موافقت‌نامه‌هایی باید خاتمه یابند.<sup>۷۰</sup> همچنین کمیسیون در مورد شیوه حل و فصل اختلاف مقرر در

63. *Ibid.*, paras. 4-112.

64. *Ibid.*, paras. 5-37.

65. *Eastern Sugar B.V. (Netherland) v. The Czech Republic*, Partial Awards in March 2007.

66. *Ibid.*, para. 172.

67. بند ۱ از ماده ۵۹ بیان می‌دارد که زمانی معاهده مقدم توسط معاهده مؤخر فسخ شده به شمار می‌آید که:

الف. طرفین قصد چنین چیزی را داشته باشند

ب. به دلیل عدم انطباق دو معاهده، اجرای هم‌زمان هر دو ممکن نباشد.

68. *Eastern Sugar B.V. (Netherland) v. The Czech Republic*, paras. 101-104.

69. *Ibid.*, paras. 106-108.

70. *Ibid.*, para. 119.

موافقت‌نامه بر این باور بود که با توجه به ماده ۲۹۲ جامعه اروپا (EC)<sup>۷۱</sup> چنین اختلافاتی تحت صلاحیت جامعه قرار می‌گیرد و امکان رجوع به شیوه‌های حل‌وفصل دیگری وجود ندارد. دیوان داوری در مورد ادعاهای مذکور اعلام داشت که قضاوت در مورد اعتبار یا عدم اعتبار موافقت‌نامه حاضر باید بر اساس حقوق بین‌الملل و به‌ویژه ماده ۵۹ معاهده وین انجام پذیرد.<sup>۷۲</sup> دیوان داوری ضمن رد ادعای اختتام موافقت‌نامه بیان داشت: «هیچ‌یک از دو دولت چک و هلند، قصد آن را نداشته‌اند که مقررات اتحادیه بر موافقت‌نامه اولویت داشته باشد»<sup>۷۳</sup> و در کنار ماده ۵۹ می‌توان با استناد به ماده ۳۰ معاهده وین نیز به مجری‌بودن موافقت‌نامه حکم داد.<sup>۷۴</sup> در واقع، پیش‌فرض اولیه برای اختتام یک معاهده توسط معاهده بعدی، آن است که هر دو معاهده دارای یک موضوع مشابه باشند. دیوان داوری ضمن بررسی این موضوع معتقد بود اجرای موافقت‌نامه حاضر و مقررات جامعه (ماده ۵۷ TEC یا ماده ۶۴ TFEU) دقیقاً موضوعات مشابهی را پوشش نمی‌دهند، گرچه هر دوی آن‌ها به سرمایه‌گذاری میان اعضای اتحادیه مربوط می‌شوند.<sup>۷۵</sup> همچنین از مواضع میان هلند و جمهوری چک نمی‌توان قصد مشترک آن‌ها را برای پایان‌دادن به موافقت‌نامه یا اولویت‌دادن مقررات جامعه بر موافقت‌نامه را دریافت.<sup>۷۶</sup> در دعوی مشابهی<sup>۷۷</sup> دیوان داوری ضمن رد ادعای عدم صلاحیت خود، اعلام داشت که مقررات اتحادیه طبق ماده ۵۹ و ماده ۳۰ معاهده وین،<sup>۷۸</sup> جایگزین مقررات موافقت‌نامه حاضر نشده است و نمی‌توان به اختتام موافقت‌نامه رأی داد.

از دیدگاه مقررات اتحادیه اروپا، وجود چنین موافقت‌نامه‌هایی موجب تبعیض‌هایی به نفع برخی از اتباع اتحادیه خواهد شد. برای مثال، امکان رجوع به شیوه‌های حل‌وفصل اختلاف برای برخی از اتباع، به‌جز آنچه در مقررات اتحادیه آمده، موجب تبعیض است.<sup>۷۹</sup> همچنین طبق یکی از اصول پذیرفته‌شده در اتحادیه، در صورت تعارض میان مقررات اتحادیه و قوانین ملی، مقررات

71. European Community

ماده ۲۹۲ (TFEU ۳۴۴) اعلام می‌دارد که اعضا متعهد می‌شوند اختلافات خود را در مورد تفسیر و اجرای معاهده حاضر، جز به شیوه مقرر در معاهده حاضر، ارجاع ندهند.

72. *Eastern Sugar B.V. (Netherland) v. The Czech Republic*, paras. 144-158.

73. *Ibid.*, paras. 167-168.

74. بند ۳ این ماده بیان می‌دارد در مواردی که همه طرف‌های معاهده مقدم، طرف‌های معاهده مؤخر نیز باشند ولی معاهده مقدم فسخ نشده باشد ... معاهده مقدم فقط تا حدودی اجرا می‌شود که مفاد آن با معاهده مؤخر منطبق باشد.

75. *Eastern Sugar B.V. (Netherland) v. The Czech Republic*, para. 160.

76. *Ibid.*, para. 167.

77. *Eureko BV v. The Slovak Republic*, Award on Jurisdiction, Arbitrability and Suspension, Oct. 2010.

78. *Ibid.*, paras. 265, 277.

79. *Ibid.*, para. 183 (European Commission Observation).

اتحادیه اولویت خواهد داشت.<sup>۸۰</sup> از دید اتحادیه، این اولویت مقررات اتحادیه، بر معاهدات میان اعضای اتحادیه نیز جاری است.<sup>۸۱</sup> از سوی دیگر، طبق دیدگاه حقوق بین‌الملل، هرگونه تعارض میان موافقت‌نامه میان اعضای اتحادیه و مقررات اتحادیه باید بر اساس مقررات حقوق معاهدات در خصوص تعهدات ناشی از معاهده جانشین ارزیابی شود و در نتیجه، دیوان‌های داور این موضوع را در پرتو مواد ۳۰ و ۵۹ معاهده وین بررسی می‌کنند. مضاف بر این، از دید حقوق بین‌الملل، امکان رجوع به داور با توجه به مقررات مندرج در موافقت‌نامه یا اعطای یک‌سری از حقوق به سرمایه‌گذاران، متفاوت از مقررات اتحادیه به معنای تعارض میان مقررات اتحادیه و موافقت‌نامه نیست.<sup>۸۲</sup> در این فرآیند، دیوان‌های داور به اعتبار موافقت‌نامه‌ها تأکید دارند و از طرف دیگر، کمیسیون اروپا برای پایان دادن به این موافقت‌نامه‌ها بر اعضا فشار وارد می‌کند.<sup>۸۳</sup>

در حقیقت، اتحادیه اروپا توسل به شیوه‌های حل‌وفصل اختلاف، مانند داور را تهدیدی علیه یکپارچگی و صلاحیت انحصاری خود در این حوزه تلقی می‌کند.<sup>۸۴</sup> ریشه این رویکرد را می‌توان در رویه دیوان دادگستری اروپا که ناشی از ماده ۳۴۴ TFEU است، یافت. در قضیه *مکس پلنت*،<sup>۸۵</sup> ایرلند دعوا را علیه بریتانیا بر مبنای کنوانسیون حقوق دریاهای سازمان ملل به داور ارجاع کرد. با این اقدام، کمیسیون فرآیند تخطی را علیه ایرلند در دیوان اروپایی آغاز کرد. دیوان اروپایی اعلام داشت که اختلاف مطروحه تحت صلاحیت جامعه است. بنابراین دعوا مربوط به تفسیر و اجرای مقررات جامعه است و باید در دیوان حاضر طرح شود.<sup>۸۶، ۸۷</sup> اما نکته مهم آن است که این صلاحیت انحصاری دیوان اروپایی در دعاوی دولت-دولت-دولت جاری است و در دعاوی دولت-سرمایه‌گذار قابل اعمال نیست. این موضوع از دید اتحادیه اروپا زمانی حادثتر به نظر می‌رسد که در موافقت‌نامه‌های دوجانبه، ضمن رجوع به داور، قانون حاکم، مقررات اتحادیه باشد. در اینجاست که تفسیر و اجرای مقررات اتحادیه که در صلاحیت انحصاری دیوان اروپایی است، در دیوان‌های داور نیز بررسی می‌شود.

برخی از صاحب‌نظران ضمن قبول وجود نوعی بلا تکلیفی،<sup>۸۸</sup> راه‌حل را در امکان استفاده از «رویه رجوع اولیه»<sup>۸۹</sup> به دیوان اروپایی برای دیوان‌های داور می‌دانند. طبق ماده ۲۶۷ TFEU

80. *Case Van Gend en Loos v. Nederlandse Administratie der Belastingen*, 26/62, 1963, ECR.1.

81. *Eureka BV v. The Slovak Republic*, (European Commission Observation), para. 180.

82. *Ibid.*, para. 170.

83. Reinisch A., "The EU on the Investment Path ...", p. 151.

84. *Ibid.*, p. 152.

85. The MOX Plant Case (*Ireland v. United Kingdom*)

86. Case C-459/03, *Commission v. Ireland (Mox Plant)*, 2006 ECR. I-4635 125 -184.

87. See also: Opinion 1/90, European and Community Patents Courts, CJEU, 2011 ECR I-01137.

Opinion 1/91, Economic Area Agreement I, 1991 ECR I-6079.

88. Reinisch, A., "The EU on the Investment Path ...", p. 157.

89. Preliminary Reference Procedure

دادگاه‌ها و دیوان‌های دولت‌های عضو می‌توانند درخواست رجوع اولیه به دیوان اروپایی را داشته باشند. اما مشکل آنجاست که طبق نظر دیوان در قضیه نورد سی،<sup>۹۰</sup> دیوان‌های داوری دولت- سرمایه‌گذار، ماهیت خصوصی دارند و شیوه‌ای میان‌دولتی نیستند و نمی‌توانند چنین درخواستی داشته باشند. باوجود این، پیشنهاد شده است که داوری‌های بر مبنای معاهده به‌عنوان داوری بر اساس قانون داخلی اعضا دیده شود تا زمینه ارتقای داوری‌های دولت- سرمایه‌گذار به دیوان‌هایی که امکان رجوع اولیه به دیوان اروپایی را دارند فراهم شود و نهایتاً زمینه هماهنگی میان آرای داوری با نظرات دیوان اروپایی ایجاد شود.<sup>۹۱</sup> باین‌حال در شرایط کنونی برای تحقق این امر باید رویکرد دیوان تغییر کند که تا کنون رخ نداده، اما شاید در آینده با تشکیل دیوان‌های داوری بیشتر و تفسیر و اجرای مقررات اتحادیه توسط آن‌ها، دیوان اروپایی و مقررات اتحادیه، زمینه را برای رجوع اولیه آن‌ها به دیوان اروپایی فراهم کنند تا مانع از پراکندگی و تشتت آرا در تفسیر و اجرای مقررات اتحادیه شوند.

#### ۴. قضیه میکولا

در قضیه میکولا سرمایه‌گذار سوئدی به دلیل وجود یک‌سری مشوق‌های سرمایه‌گذاری از جمله یارانه، معافیت‌های مالیاتی و ... به مدت ۱۰ سال (تا ۱ آوریل ۲۰۰۹) در بخش صنایع غذایی، در منطقه‌ای محروم در شمال غربی رومانی سرمایه‌گذاری کرد. اما در سال ۲۰۰۵ دولت رومانی به بهانه امضای معاهده الحاق به اتحادیه اروپا (که نهایتاً در اول ژانویه ۲۰۰۷ لازم‌الاجرا شد) و اینکه مشوق‌های موجود، مغایر با مقررات اتحادیه است، آن‌ها را لغو کرد. سرمایه‌گذار سوئدی نیز با توجه به موافقت‌نامه دوجانبه سرمایه‌گذاری میان سوئد و رومانی که در ۱ آوریل سال ۲۰۰۳ لازم‌الاجرا شده بود، شکایت خود را به دیوان داوری مقرر در موافقت‌نامه اعلام داشت.<sup>۹۲</sup> در این اختلاف، خواهان مدعی بود «هیچ‌گونه تعارض معاهداتی در اختلاف مطروحه وجود ندارد زیرا در زمان الحاق رومانی به موافقت‌نامه دوجانبه سرمایه‌گذاری، مقررات اتحادیه بر رومانی لازم‌الاجرا نبوده است و نقض تعهدات پیش از الحاق صورت گرفته است ...».<sup>۹۳</sup> از سوی دیگر، خواننده دعوا اظهار داشت «طبق بخش سوم از بند ۳ ماده ۳۱ کنوانسیون وین، در زمان تفسیر معاهده باید قواعد حقوق بین‌الملل حاکم بر روابط میان طرفین را نیز در نظر گرفت ... و در این چارچوب باید در زمان بررسی موافقت‌نامه دوجانبه، موافقت‌نامه اروپا و معاهده اروپایی را

90. Case 102/81, Nordsee Deutsche Hochseefischerei, 1982 ECR. 1095.

91. Reinisch, A., "The EU on the Investment Path ...", p. 156.

92. Lavranos, N., "Interference of European Commission in the Enforcement of Arbitration Awards: The Micula v. Romania Case", *Global Investment Protection AG*, 2014, p. 1.

93. Micula Case, *Micula v. Romania*, ICSID Case No. ARB/05/20, Final Award, 2013, para. 292.

به‌عنوان قواعد مرتبط با حقوق بین‌الملل به شمار آورد؛ به‌ویژه آنکه موافقت‌نامه دوجانبه باید به‌عنوان بخشی از مجموعه تعهدات قراردادی هماهنگ که دو کشور به آن‌ها ملحق شده‌اند، نگریسته شود و در این صورت، هیچ‌گونه تعارضی میان آن‌ها وجود نخواهد داشت. خواهان بر این عقیده است که این تفسیر سیستمیک از موافقت‌نامه دوجانبه، در اختلاف حاضر، از اهمیت ویژه‌ای برخوردار است و رفتار با سرمایه‌گذار خارجی که دو کشور سوئد و رومانی از طریق انعقاد موافقت‌نامه دوجانبه، سعی در تنظیم آن داشته‌اند، نمی‌تواند جدای از تعهدات رومانی در قبال موافقت‌نامه اروپا و معاهده اروپایی در نظر گرفته شود.<sup>۹۴</sup> رومانی در ادامه نظرات خود می‌افزاید «حتی در صورتی که دیوان دآوری به این نتیجه برسد که میان تعهدات ناشی از مقررات اتحادیه و موافقت‌نامه دوجانبه تعارض وجود دارد، هرگونه تعارضی باید به نفع مقررات اتحادیه حل‌وفصل شود. در این رابطه، در جایی که تعارض میان قواعد حقوق بین‌الملل از طریق تفسیر سیستمیک قابل حل نباشد، قاعده ارجح قصد طرفین را تعیین می‌کند. بر این اساس، قصد مشترک رومانی و سوئد کاملاً روشن است. قصدشان این است که موافقت‌نامه دوجانبه تابع مقررات اتحادیه باشد. از آنجاکه مقررات اتحادیه، قواعد خاص‌تری را دربرمی‌گیرد، قاعده خاص، مخصوص قاعده عام است»<sup>۹۵</sup> و مقررات اتحادیه مجری خواهد بود.<sup>۹۶</sup>

در این قضیه کمیسیون اروپا نیز به‌عنوان «دوست دادگاه»<sup>۹۷</sup> در رسیدگی شرکت کرد و در حمایت از موضع خواننده مدعی بود «تفسیر موافقت‌نامه‌های دوجانبه سرمایه‌گذاری میان اعضای اتحادیه باید در پرتو مقررات اتحادیه انجام گیرد»<sup>۹۸</sup> و در این بین، مقررات مربوط به کمک دولتی نیز باید لحاظ شود. همچنین بند سوم ماده ۳۰ معاهده وین از دیوان دآوری می‌خواهد که به‌جای مفاد موافقت‌نامه دوجانبه، مقررات مربوط به کمک دولتی را اعمال کند.<sup>۹۹</sup> کمیسیون در مورد غیرقابل‌اجرابودن رأی احتمالی اظهار می‌دارد «در صورت صدور رأیی مغایر با تعهدات الزام‌آور رومانی، به‌عنوان عضوی از اتحادیه، به دلیل اولویت مقررات اتحادیه، چنین رأیی قابلیت اجرایی نخواهد داشت».<sup>۱۰۰</sup> کمیسیون در مورد اجرای آرای /یکسید اضافه می‌کند: «کمیسیون ضمن اعتقاد به لازم‌الاجرابودن آرای /یکسید، اعلام می‌دارد در صورتی که از یکی از دادگاه‌های کشورهای عضو، اجرای رأیی که مخالف با مقررات اتحادیه و قاعده کمک دولتی است، خواسته شود طبق ماده ۲۳۴ EC اجرای آن منوط به تصمیم دیوان اروپایی خواهد بود. طبق بند ۷ ماده

94. *Ibid.*, paras. 305-307.

95. *Lex specialis derogate generali*

96. *Micula case*, paras. 309, 310.

97. *Amicus Curiae*

98. ECJ Case 26/62, *Van en Loos*, 1963, ECR 3.

99. *Micula Case*, para. 317.

100. *Ibid.*, para. 334.

۳۰۰ از EC، کنوانسیون/یکسید برای جامعه اروپا الزامی نیست و جامعه نمی‌تواند به عضویت/یکسید درآید و در نتیجه، کنوانسیون/یکسید نمی‌تواند بخشی از نظام حقوقی اتحادیه قلمداد شود.<sup>۱۰۱</sup> در نتیجه اقدام دولت رومانی مبنی بر لغو مشوق‌های سرمایه‌گذاری به دلیل مغایرت با مقررات اتحادیه، صحیح بوده و در صورت محکوم‌شدن، هرگونه پرداخت غرامت، کمک دولتی محسوب می‌شود و غیرقانونی است.<sup>۱۰۲</sup>

دیوان داوری با در نظر گرفتن این تقدم و تأخر بیان داشت «در حقیقت هیچ‌گونه تعارض واقعی میان دو توافق وجود ندارد. در بازه زمانی مرتبط با اختلاف حاضر، قواعد حقوق بین‌الملل قابل اعمال بر رومانی و سوئد عبارت‌اند از موافقت‌نامه اروپا که در ۱ فوریه ۱۹۹۵ و موافقت‌نامه دوجانبه سرمایه‌گذاری که در ۱ آوریل ۲۰۰۳ لازم‌الاجرا شدند. معاهده متأخر (معاهده الحاق به اتحادیه اروپا) در سال ۲۰۰۵ امضا و در سال ۲۰۰۷ لازم‌الاجرا شد. بنابراین از سال ۱۹۹۵ تا ۲۰۰۷، رومانی در حال انجام مرحله مذاکرات بوده و اینکه این کشور خود نیز اعلام داشته (در این مدت) شرایط لازم (برای الحاق به اتحادیه) را به دست آورده، اما به‌طور کامل مشمول مقررات اتحادیه نیست ... در نتیجه مقررات اتحادیه (در این مدت) مستقیماً قابلیت اعمال بر رومانی را نداشته است».<sup>۱۰۳</sup>

دیوان داوری در مورد نحوه تفسیر موافقت‌نامه موجود اعلام می‌دارد «در زمان تفسیر موافقت‌نامه دوجانبه، باید سیاق کلی مربوط به الحاق به اتحادیه نیز لحاظ شود؛ به‌ویژه آنکه شرایط کلی الحاق به اتحادیه می‌تواند نقش مهمی در تعیین نقض تعهدات از سوی خواننده داشته باشد».<sup>۱۰۴</sup> همچنین دیوان در مورد موانع احتمالی و ملاحظات مربوط به اجرای رأی، با توجه به مواد ۵۳ و ۵۴/یکسید، می‌افزاید: «در پرونده حاضر، برای دیوان ضروری نمی‌نماید که مبنای تصمیم خود را بر مقررات اتحادیه، که ممکن است پس از صدور رأی اجرا شود، گذارد و توجهی به اظهارات طرفین و کمیسیون در زمینه قابلیت اجرای رأی نخواهد داشت».<sup>۱۰۵</sup> اکنون که مواضع کلی طرفین شرح داده شد، در ادامه مطالب به بررسی ماهوی اختلاف مطروحه پرداخته می‌شود.

#### ۴-۱. قاعده کلی: اجرای رأی به‌خودی‌خود به معنای کمک دولتی نیست

ماده ۱۰۷ TFEU بیان می‌دارد «هر گونه کمک از سوی دولت‌های عضو یا از طریق منابع دولتی، به هر شکل که باشد، که به سود متعهدی معین یا تولید کالای خاصی باشد و باعث

101. *Ibid.*, para. 336.

102. *Ibid.*, para. 330.

103. *Ibid.*, para. 319.

104. *Ibid.*, para. 327.

105. *Ibid.*, para. 340.



انحراف یا تهدیدی علیه انحراف رقابت (میان اعضا) شود و تجارت میان دولت‌های عضو را تحت تأثیر قرار دهد، در قبال بازار داخلی به‌عنوان امری ناسازگار تلقی می‌شود.<sup>۱۰۶</sup> در مورد این ماده، دیوان اروپایی و کمیسیون اروپا بر این باورند که برای تحقق کمک دولتی، این کمک باید به‌صورت اختیاری داده شود. در صورتی که این پرداخت به‌صورت الزامی باشد، کمک دولتی تلقی نمی‌شود.<sup>۱۰۷</sup> در قضیه *Denkavit*، دیوان اروپایی اعلام داشت «بازپرداخت مالیاتی که به اشتباه اخذ شده است، با توجه به ماده ۹۲ EEC (ماده ۱۰۷ TFEU) کمک دولتی تلقی نمی‌شود».<sup>۱۰۸</sup> در قضیه *Asteris*، دیوان اروپایی در مورد جبران خسارات وارده و تلقی آن به‌عنوان کمک دولتی اعلام کرد «ممنوعیت کمک دولتی مقرر در ماده ۹۲ EEC دربرگیرنده کلیه کمک‌هایی است که توسط دولت‌های عضو یا منابع دولتی به متعهد داده می‌شود و با دخالت این‌چنینی دولت مربوطه، شرایط عادی تجارت میان اعضای اتحادیه مختل می‌شود. با توجه به ادامه ماده، یعنی اقدامات مقامات دولتی باید به نفع متعهد خاصی و با تولید کالای معینی باشد، از نظر حقوقی دارای ماهیتی متفاوت با دستور مقامات صالح برای جبران خسارات وارده به افراد متضرر دارد. در نتیجه پرداخت خسارت به افراد زیان‌دیده جزو قلمرو ماده ۹۲ EEC قرار نمی‌گیرد و کمک دولتی به شمار نمی‌آید».<sup>۱۰۹</sup> در قضیه *Thyssen Krupp* نیز کمیسیون اروپا بیان داشت غرامت پرداختی بابت مصادره اموال مزبور، کمک دولتی محسوب نمی‌شود.<sup>۱۱۰</sup>

اجرای آرای صادره توسط دیوان‌های داوری سرمایه‌گذاری میان اعضای اتحادیه را می‌توان

۱۰۶. بر اساس ماده ۱۰۷ می‌توان چند معیار را برای تحقق کمک دولتی عنوان کرد:

الف. *گزینشی بودن*؛ که تحقق این شرط نیز دارای شرایطی است. به‌عنوان مثال، مسئولین تصمیم‌گیری خود باید دارای قدرت انتخاب بوده و انتخاب آن‌ها جنبه الزام‌آور نداشته باشد. در مجموع، انتخاب گزینشی باید در تقابل با اصل رفتار برابر و عادلانه در نظر گرفته شود (Case C-241/94, *France v. Commission*, 1996, ECR).

ب. *کسب منفعت*؛ این مفهوم به مرور زمان دچار تحول شده و تنها شامل کسب و تزریق سرمایه نمی‌شود، بلکه همچون قضیه *SFEI* ممکن است نقل و انتقال پول میان شرکت مادر و شرکت تابعه نیز مشمول کسب منفعت و نهایتاً کمک دولتی شود (Case C-3994, *SFEI v. La Poste*, ECR 1996).

ج. *منشأ و منبع سرمایه*؛ در ابتدا تنها سرمایه‌های با منشأ دولتی، کمک دولتی تلقی می‌شدند اما به مرور زمان این مفهوم دامنه گسترده‌تری پیدا کرد و محدود به منشأ دولتی نیست (Case 57/86, *Greece v. Commission*, ECR, 1988, at 12, 13).

د. *اثرگذاری بر رقابت و تجارت*؛ برای تحقق این شرط، معیار و آستانه مشخصی وجود ندارد که بتوان آن را اندازه‌گیری کرد و بر این اساس گاه ممکن است یک تأثیرگذاری کوچک نیز محل تجارت و رقابت تلقی شود.

(Case c-280/00 *Altmark*, 2003, ECR at 81).

See: Lopez, J., "Understanding the Notion of State Aid Through Policy", *European University Institute*, 2012.

107. Tietje, Ch., Wackernagel, C., "Outlawing Compliance? The Enforcement of Intra-EU Investment Awards and EU State Aid Law", *Policy Papers on Transnational Economic Law*, No. 41, 2014, p. 3.

108. Case 61/79, ECR 1980, paras. 29, 31, 32.

109. Joint Case 106 to 120/87, ECR 1988, paras. 21-24.

110. OJ EC No. L 144/37, para. 70.

به‌خوبی با سه رأی ذکرشده مقایسه کرد. در هر سه رأی یادشده، دولت‌های عضو، در اثر اقدام غیرقانونی طبق قوانین داخلی خود، ملزم به پرداخت خسارت شده‌اند. تنها تفاوت را می‌توان در این دانست که آرای دیوان‌های داوری بر مبنای موافقت‌نامه دوجانبه و مقررات بین‌المللی است اما سه رأی مذکور بر اساس مقررات داخلی تصمیم‌گیری شده‌اند. باید توجه داشت که این تفاوت در مبنای رأی (جنبه داخلی و بین‌المللی آرا) تأثیری در ماهیت آن و عدم تلقی آن‌ها به‌عنوان کمک دولتی ندارد و اجرای آرای داوری سرمایه‌گذاری، عملی غیرقانونی و کمک دولتی طبق ماده ۱۰۷ TFEU تلقی نمی‌شود زیرا چنین پرداخت‌هایی الزامی است.<sup>۱۱۱</sup> چنین وضعیت الزام‌آور در پرداخت خسارت را می‌توان در آرای/یکسید نیز مشاهده کرد که بر اساس مواد ۵۳ و ۵۴ کنوانسیون/یکسید، هیچ‌یک از اعضای کنوانسیون، استقلال در شناسایی و اجرای آرای صادره ندارند و باید عیناً آرای صادره را اجرا کنند. پس می‌توان چنین نتیجه گرفت اجرای آرای صادره در چارچوب کنوانسیون/یکسید به دلیل ماهیت الزام‌آور آن‌ها، در قلمرو اعضای اتحادیه، کمک دولتی و عملی غیرقانونی تلقی نخواهد شد.<sup>۱۱۲</sup>

#### ۴-۲. استثنای وارد بر قاعده کلی

همان‌طور که بیان شد، اجرای آرای داوری در قالب نظام حقوقی اتحادیه اروپا به‌خودی‌خود عملی غیرقانونی و کمک دولتی به‌شمار نمی‌آید. اما در شرایطی ممکن است این اجرای رأی در قالب ماده ۱۰۷ TFEU کمک دولتی تلقی شود. این امر زمانی رخ می‌دهد که مبنای رأی دیوان‌های داوری برای پرداخت غرامت، منافی باشد که پرداخت آن متضمن مفهوم کمک دولتی بر اساس ماده ۱۰۷ است. بنابراین در صورت اجرای رأی داوری به‌واقع عملی غیرقانونی (کمک دولتی)، قانونی تلقی شده و باید جبران شود.

در حقیقت، چنین امری در قضیه میکولا رخ داد. کمیسیون اروپا اعلام داشت هرگونه پرداخت غرامت در این قضیه متضمن کمک دولتی است و به دلیل مغایرت با قانون اتحادیه نباید پرداخت صورت پذیرد.<sup>۱۱۳</sup> به‌واقع در صورت اجرای رأی داوری توسط دولت رومانی، خواهان از یک‌سری مزایای خاص که برای سایر بازیگران این عرصه اقتصادی در دسترس نیست، بهره‌مند می‌شود.<sup>۱۱۴</sup> بنابراین می‌توان گفت، برای تحقق کمک دولتی در چارچوب نظام اتحادیه، وجود حکم به پرداخت و ماهیت کمکی پرداخت خسارت نیاز است.<sup>۱۱۵</sup> در قضیه *Thyssen Krupp* نیز

111. Tietje, Ch., Wackernagel C., *op. cit.*, pp. 5, 6.

112. *Ibid.*, p. 6.

113. *Micula Case*, *op. cit.*, para. 335.

114. Commission Decision (EU) 2015/1470 of 30 March 2015, para. 96.

115. Makrygianni, Ch., "EU State Aid Law and the Enforcement of Intra-EU Investment Arbitral Awards", *Master Thesis at International Hellenic University*, 2016, p. 24.

می‌توان ماهیت کمکی پرداخت خسارت را مشاهده کرد که دولت ایتالیا قصد داشت تحت پوشش پرداخت غرامت ناشی از مصادره، اقدام به کمک کند.<sup>۱۱۶</sup>

به هر رو، علی‌رغم تلاش‌های گسترده رومانی و کمیسیون اروپا، دیوان داوری ضمن محکومیت اقدامات دولت رومانی، این کشور را به پرداخت غرامت محکوم کرد. خواهان‌های پرونده برای دریافت خسارت با توجه به ماده ۵۴/یکسید با رجوع به دادگاه‌های داخلی رومانی موفق شدند بخشی از طلب خود را در سال ۲۰۱۴ دریافت کنند.<sup>۱۱۷</sup> به دلیل این پرداخت، کمیسیون اروپا در سال ۲۰۱۵ ضمن شناسایی این پرداخت به‌عنوان کمک دولتی از سوی دولت رومانی و به‌عنوان عملی غیرقانونی، دستور عدم پرداخت مابقی خسارت و دریافت وجه پرداختی را صادر کرد.<sup>۱۱۸</sup> البته خواهان در دادگاه اروپایی به این حکم کمیسیون اعتراض کرد و پرونده در حال رسیدگی است.<sup>۱۱۹</sup> در این بین، درخواست ابطال رأی داوری بر اساس ماده ۵۲/یکسید توسط رومانی نیز رد شد و اعتبار رأی داوری به قوت خود باقی ماند. همچنین خواهان توانست با رجوع به دادگاه‌های امریکا، زمینه شناسایی رأی داوری را در مرحله بدوی فراهم آورد، هرچند در مرحله تجدیدنظر این رأی در حال رسیدگی است.<sup>۱۲۰</sup>

همچنین، خواهان به‌منظور اجرای رأی به دادگاه‌های بریتانیا نیز رجوع کرد.<sup>۱۲۱</sup> بدین منظور و طبق مقررات بریتانیا، به‌منظور شناسایی و اجرای آرای خارجی این آرا ابتدا باید در دادگاه عالی این کشور ثبت شود.<sup>۱۲۲</sup> در مقابل، دولت رومانی و کمیسیون اروپا در قبال ثبت رأی دیوان داوری از دادگاه خواستند که یا از ثبت رأی خودداری کند<sup>۱۲۳</sup> یا اینکه تا زمان تعیین تکلیف درخواست لغو تصمیم نهایی کمیسیون در دادگاه اروپا (که از سوی خواهان طرح شده بود)، از اجرای رأی خودداری کند.<sup>۱۲۴</sup> دادگاه بریتانیا درخواست اول خوانده را با این استدلال که ثبت رأی به‌خودی‌خود موجب تعارض با رأی آینده دادگاه اروپایی نخواهد شد، رد کرد.<sup>۱۲۵</sup> اما در مورد درخواست دوم خوانده اعلام داشت که اقدام به ثبت رأی خواهد کرد، اما از اجرای آن تا زمان تعیین تکلیف شکایت از تصمیم کمیسیون در دادگاه اروپا خودداری می‌کند. دادگاه در این زمینه

116. *Ibid.*, p. 23.

117. Wehland, H., "The Enforcement of Intra-EU BIT Awards: *Micula v. Romania and Beyond*", *The Journal of World Investment & Trade*, vol. 17, Issue 6, 2016, p. 4.

118. European Commission Decision 2015/1470, Article 2(1).

119. Case T-624/15, *European Food and Others v. Commission*.

120. Wehland, H., "The Enforcement of Intra-EU BIT Awards: *Micula v. Romania and Beyond*", p. 5.

121. *Micula v. Romania*, In the High Court of Justice Queen's Bench Division Commercial Court, Case No: CL- 2014-000251, 2017.

122. Section 1(2) of the 1966 Arbitration Act.

123. *Micula v. Romania*, In the High Court of Justice Queen's Bench Division Commercial Court, para. 118.

124. *Ibid.*, para. 127.

125. *Ibid.*, para. 126.

بیان می‌دارد «در واقع دادگاه نمی‌تواند نسبت به اجرای رأیی اقدام کند که کمیسیون اروپا دولت رومانی را از اجرای آن به دلیل ماهیت غیرقانونی آن منع کرده است. (از دید دادگاه) این اقدام، مغایرتی با تعهدات بین‌المللی بریتانیا طبق قانون ۱۹۶۶ در زمینه اجرای آرای/یکسید ندارد زیرا رأی صرفاً داخلی دارای محدودیت‌هایی است».<sup>۱۲۶</sup> البته دادگاه در این زمینه می‌افزاید «این امر به معنای بررسی مجدد رأی دیوان داوری نیست، بلکه صرفاً مربوط به وجود یکسری محدودیت‌ها در زمینه اجرای رأی است»<sup>۱۲۷</sup> و در پایان بیان می‌دارد «تا زمان تصمیم‌گیری دادگاه اروپایی در مورد لغو تصمیم کمیسیون، لازم است که اجرای رأی متوقف شود زیرا امکان وقوع تعارض ماهوی با تصمیم دادگاه اروپایی وجود دارد...».<sup>۱۲۸</sup> در حقیقت دادگاه بریتانیا با این موضع‌گیری خود میان ثبت رأی و اجرای آن قائل به تفکیک شد و هرچند که ثبت رأی را برای اجرای آن ضروری می‌داند، معتقد است که ثبت ضرورتاً منجر به اجرای آن نخواهد شد.

نکته پایانی در این بخش که اشاره به آن مفید می‌نماید آنکه به نظر می‌رسد در صورتی که داوری انجام‌شده در رأی میکولا در چارچوب/یکسید شکل نمی‌گرفت، امکان عدم اجرای رأی به راحتی وجود داشت؛ بدان معنا که نظام اجرایی عمده آرای داوری‌های خارج از/یکسید در چارچوب کنوانسیون نیویورک صورت می‌پذیرد و با توسل به ماده ۵ کنوانسیون نیویورک (در مورد رد شناسایی و اجرای آرای داوری) بخصوص قسمت (ب) از بند دوم این ماده و مغایرت شناسایی و اجرا با نظم عمومی اتحادیه، امکان عدم شناسایی و اجرا وجود داشت، به‌ویژه در پرتو رأی دیوان اروپایی در قضیه *Eco Swiss*<sup>۱۲۹</sup> که در آن دیوان اروپایی حکم به حفظ نظم عمومی در قبال کمک دولتی کرد.<sup>۱۳۰</sup> اما در قضیه حاضر به دلیل ماهیت خاص و خودبسنده<sup>۱۳۱</sup> آرای صادره/یکسید و در پرتو مواد ۵۴ و ۵۵، امکان عدم اجرا عملاً وجود ندارد.

### نتیجه

با به‌اجرا درآمدن پیمان لیسبون به نظر می‌رسد که سرمایه‌گذاری خارجی به‌عنوان یکی از زیرمجموعه‌های سیاست تجاری مشترک، در قالب یک موضوع شفاف و یک‌دست در چارچوب مقررات اتحادیه به اجرا درآید. اما به‌مرور، مشکلات این حوزه نمایان شد. موضوع مهم اولیه، صلاحیت اتحادیه است که کمیسیون اروپا از طرف اتحادیه آن را اعمال می‌کند. ماده ۲۰۷

126. *Ibid.*, para. 132.

127. *Ibid.*, para. 133.

128. *Ibid.*, para. 135.

129. Case C 126/97, ECR I-3055.

130. Tietje, Ch., Wackernagel, C., *op. cit.*, p. 9.

131. Self-contained

TFEU تنها از سرمایه‌گذاری مستقیم سخن به میان آورده و از سرمایه‌گذاری غیرمستقیم نامی نبرده است. علی‌رغم تلاش کمیسیون برای گسترش صلاحیت خود حتی به سرمایه‌گذاری غیرمستقیم، به‌ویژه از طریق توسل به اختیار ضمنی خارجی، در عمل اعضا مخالف این گسترش صلاحیت هستند و راه‌حل مناسب را می‌توان در انعقاد موافقت‌نامه‌های مرکب با مشارکت کمیسیون و اعضا دانست که دربرگیرنده هر دو نوع سرمایه‌گذاری است.

لازم به ذکر است این مشکلات پیش رو تنها به حوزه صلاحیتی محدود نمی‌شود. موافقت‌نامه‌های دوجانبه میان اعضای اتحادیه و کشورهای ثالث نیز مشکلاتی را به دلیل تعارض مفاد موافقت‌نامه‌ها با مقررات اتحادیه به وجود آورد که نهایتاً اتحادیه تلاش کرد این مشکل را از طریق اجازه تداوم اعتبار موافقت‌نامه‌های موجود در قالب وضع مصوبه‌ای موسوم به «مقررہ پدربزرگی»، رفع کند.

همچنین، موافقت‌نامه‌های دوجانبه سرمایه‌گذاری میان اعضا بر پیچیدگی این موضوع افزوده است. به دلیل تعارض میان موافقت‌نامه‌ها و مقررات اتحادیه، کمیسیون در تلاش است اولویت را به مقررات اتحادیه دهد و از دولت‌ها می‌خواهد به این موافقت‌نامه‌های معارض پایان دهند. اما با ارجاع اختلافات مطروحه به دیوان‌های داوری بین‌المللی، دیوان‌های داوری ضمن اعلام اعتبار موافقت‌نامه‌های حاضر و اولویت مقررات حقوق بین‌الملل، دولت‌های عضو را ملزم به جبران خسارات کردند. اوج این موضوع را می‌توان در قضیه میکولا مشاهده کرد که کمیسیون اروپا به دلیل ماهیت غیرقانونی جبران خسارت، تحت عنوان کمک دولتی، در تلاش بود مانع از اجرای رأی شود، ولی به دلیل لازم‌الاجرا بودن حکم در چارچوب نظام/یکسید این رأی به تدریج در حال اجراست.

در پایان باید عنوان داشت که با توجه به مقررات و رویکرد اتحادیه، این نهاد به اهداف خود در زمینه یک‌دستی، انسجام و شفافیت در حوزه سرمایه‌گذاری دست نیافته و تنها نیمی از راه را طی کرده است و به نظر نمی‌رسد با توجه به شرایط کنونی، نیمه باقی‌مانده راه به‌آسانی هموار و طی شود و نیل به مقصود، بازنگری در مقررات و انعطاف بیشتر کمیسیون و اعضای اتحادیه را می‌طلبد.

## منابع:

## الف. فارسی

- بیگزاده، ابراهیم؛ حقوق سازمان‌های بین‌المللی، مجد، ۱۳۹۰.
- لوفلد، آندریاس؛ حقوق بین‌الملل اقتصادی، ترجمه: حبیبی مجنده، جنگل، ۱۳۹۵.

## ب. انگلیسی

**- Books & Articles**

- Burgstaller M., "European Law and Investment Treaty", *JIA* 181, 2009.
- Denza L., "Bilateral Investment Treaties and EU Rules on Free Transfer: Comment on Commission v. Austria, Commission v. Sweden, Commission v. Finland", *35 EL REW*, 2010.
- Ghouri A., *Interaction and Conflict of Treaties in Investment Arbitration*, International Arbitration Library, Kluwer Law International, 2015.
- Kokott J. & Sobotta Ch., "Investment Arbitration and EU Law", *Cambridge Yearbook of European Legal Studies*, vol. 18, 2016.
- Lavranos N., "Interference of European Commission in the Enforcement of Arbitration Awards: The Micula Case", *Global Investment Protection AG*.
- Lenk H., "Challenging Notion of Coherence in EU Foreign Investment Policy", *European Journal of Legal Studies*, vol. 8, No. 2, 2015.
- Lopez J., "Understanding the Notion of State Aid through Policy", *European University Institute*, 2012.
- Makrygianni Ch., "EU State Aid Law and the Enforcement of Intra-EU Investment Arbitral Awards", Master Thesis at International Hellenic University, 2016.
- Radu A., "Foreign Investors in the EU- Which Treatment? Interaction between Bilateral Investment Treaties and EU Law", *14 ELJ* 237, 2008.
- Reinisch A., "The EU on the Investment Path- Quo Vadis Europe? The Future of EU BITs and Other Investment Agreements", *Santa Clara Journal of International Law*, vol. 12, 2014.
- Sahibi T., "The Relation of EU Law and Bilateral Investment Treaties", *UMEA University, Master Thesis*, 2015.
- Schicho L., "Member States BITs after the Treaty of Lisbon: Solid Foundation or First Victims of EU Investment Policy?", Research Paper in Law, College of Europe, 2012.
- Tietje Ch., Wackernagel C., "Outlawing Compliance? The Enforcement of Intra-EU Investment Awards and EU State Aid Law", *Policy Papers on Transnational Economic Law*, No. 41, 2014.
- Wehland H., "Intra-EU Investment Agreements and Arbitration: Is European Community Law an Obstacle?", *58 ICLQ*, 2009.

- Wehland H., “The Enforcement of Intra-EU BIT Awards: Misula v. Romania and Beyond”, *The Journal of World Investment & Trade*, vol. 17, Issue 6, 2016.

**- Cases & Documents**

- Commission Communication “Towards a Comprehensive European International Investment Policy”, COM 2010, 343 Final.
- *Eastern Sugar B.V. (Netherland) v. The Czech Republic*, Partial Awards in March 2007.
- *Misula Case, Misula v. Romania*, ICSID Case No. ARB/05/20, Final Award, 2013.
- German Constitutional Court, Lisbon Treaty, Judgment of 30 June 2009.
- *Eureka BV v. The Slovak Republic*, Award on Jurisdiction, Arbitrability and Suspension, Oct. 2010.
- International Labor Organization, Opinion 2/91, Convention No. 170, 1993 E.C.R. I-1061.
- ERTA Case, Case 22/70 *Commission of the European Communities v. Council of the European Communities*, 1971 E.C.R. 263.
- Case *Van Gend en Loos v. Netherlandse Administratie der Belastingen*, 26/62, 1963, ECR.1.
- Case C-205/06 *Commission v. Austria*, 2009 ECR I-01301.
- Case C-249/06 *Commission v. Sweden*, 2009 ECR I-01335.
- Case C-118/07 *Commission v. Finland*, 2009 ECR I-10889
- Case C-459/03, *Commission v. Ireland (Mox Plant)*, 2006 ECR. I-4635 125 -184.
- Case 812/79 *Burgoa*, 1980 ECR, para 11. Case C-84/98 *Commission v. Portugal*, 2000 ECR I-5215,
- Case C-84/98 *Commission v. Portugal*, 2000 ECR I-5215
- Case 102/81, *Nordsee Deutsche Hochseefischrei*, 1982 ECR. 1095.
- ECJ Case 26/62, *Van en Loos*, 1963, ECR 3.
- *Micula v. Romania*, IN the High Court of Justice Queen’s Bench Division Commercial Court, Case No: CL- 2014-000251, 2017.