Право ЕС

Исполинов А.С., Ануфриева А.А.

ПРАВО ЕС И МЕЖДУНАРОДНОЕ ПРАВО: ПОСЛЕДСТВИЯ НОВОГО ПОДХОДА СУДА ЕС К ДОГОВОРАМ, ЗАКЛЮЧЕННЫМ ГОСУДАРСТВАМИ-ЧЛЕНАМИ С ТРЕТЬИМИ СТРАНАМИ

Статья посвящена рассмотрению обозначившегося в практике институтов Европейского Союза подхода к вопросу соотношения правопорядка ЕС и международного права. Статья основана на анализе текущей и более ранней практики Суда ЕС по вопросу заключения и исполнения государствами – членами ЕС международных договоров, в том числе двусторонних инвестиционных договоров, и новых критериев признания их несоответствующими праву ЕС. В результате такого анализа авторами оценивается влияние и потенциальные последствия принятых в последнее время Судом ЕС решений как для государств – членов ЕС, так и для третьих стран.

Ключевые слова: Европейское право, ключевые основы правопорядка ЕС, международные договоры, фактическое несоответствие, гипотетическое несоответствие, Суд ЕС, двусторонние инвестиционные договоры, передвижение капиталов.

Исполинов А.С.

Ispolinov A.S., Anufrieva A.A.

EU LAW AND INTERNATIONAL LAW: EFFECTS OF THE ECJ NEW APPROACH TO AGREEMENTS ENTERED INTO BY MEMBER STATES WITH THIRD COUNTRIES

This article deals with the new approach of the European Union institutions to the question of interrelation of the EU law and international law. The article is based on the analysis of current and previous jurisprudence of ECJ relating to entering into and performance of international treaties by EU member states as well as to the new criteria of finding them incompatible with EU law. Upon the analysis the authors evaluate the effects of the recent ECJ decisions on EU member states as well as on third countries.

Keywords: European law, very foundations of EU legal order, international treaties, actual incompatibility, hypothetical incompatibility, ECJ, bilateral investment treaties, movement of capitals.

Ануфриева А.А.

Одним из наиболее важных вопросов, возникающих при изучении права Европейского Союза (далее – ЕС), является вопрос о соотношении права ЕС и международного права, в том числе о соответствии праву ЕС международных договоров, заключенных государствами – членами ЕС как до, так и после их присоединения к ЕС. Впервые проблема соответствия праву ЕС международных договоров возникла в практике Суда ЕС применительно к договорам, заключенным странами – членами ЕС уже после вступления в Союз. Так, в частности, дело AETR[1] касалось вопроса о праве государств – членов ЕС заключать международные договоры в сферах, регулируемых правом ЕС. Начиная с решения по этому делу и по настоящее время Суд ЕС в своей практике исходил из того, что государства – члены ЕС могут быть признаны нарушившими свои обязательства по праву ЕС в тех случаях, когда положения международных договоров, заключаемых государствами – членами ЕС с третьими странами, входят в противоречие с уже существующими правовыми нормами ЕС. Так, в п. 17 решения по делу AETR Суд ЕС постановил, что «каждый раз, когда Сообщество принимает положения, устанавливающие общие правила,… государства-члены уже больше не имеют права, действуя индивидуально или даже коллективно, вне рамок институтов Сообщества принимать на себя обязательства, которые могут затрагивать такие правила (правила ЕС. – прим. авт.)».

Несмотря на обтекаемость формулировки «могут затрагивать» и оставленный ею простор для толкования, проистекающее из нее общее правило все же предусматривало, что для признания того или иного международного договора несоответствующим праву ЕС требовалось фактическое несоответствие содержащихся в них норм существующим нормам права ЕС. Этот подход в работах западных исследователей права ЕС[2] получил название «effect-based test», что отражает его сущность как основанного на фактическом противоречии уже существующих норм двух правопорядков, в результате (т. е. являясь эффектом) заключения государством – членом ЕС международного соглашения, полностью или частично противоречащего обязательствам, вытекающим для данного государства в соответствии с правом ЕС.

Несколько по-другому решался вопрос о соответствии праву ЕС международных договоров, заключенных государствами-членами еще до их вступления в ЕС. Применительно к этой группе международных договоров как сами государства, так и Суд ЕС исходили из ст. 307 Договора о ЕС (теперь, после вступления в силу Лиссабонского Договора,

1 Дело C-22/70 Commission v. Council (EART), [1971] ECR 263.

2 См., напр.: Lavranos N. Protecting European Law from International Law // European Foreign Policy Review 2010. – Vol. 5. – Issue 2. – C. 274.

это статья 351 Договора о функционировании ЕС (ДФЕС)),[3] которая устанавливает следующее: «Права и обязанности, возникающие из соглашений, заключенных до 1 января 1958 года или, для присоединяющихся государств, до даты их присоединения (к ЕС. – прим. авт.), между одним или более государством-членом, с одной стороны, и одним или более третьим государством, с другой стороны, не должны затрагиваться положениями Договоров.

В случае если такие соглашения противоречат данному Договору, государство или государства должны предпринять любые приемлемые меры, чтобы устранить установленные противоречия. Государства-члены должны, если это необходимо, сотрудничать друг с другом для достижения данного результата, и должны, когда это будет приемлемо, выработать общий подход».

Как мы видим, авторы договора исходили из того, что применительно к международным договорам, уже существовавшим либо на момент вступления в силу Договора о ЕС, либо на момент присоединения государства к ЕС, должен действовать принцип международного права pacta sunt servanda. То есть в случае противоречия положений договора и права ЕС государство вправе применять нормы международного договора, но в то же время обязано предпринять все разумные и доступные ему меры по устранению такого противоречия. Причем сам Договор о ЕС не устанавливает ни сроков, ни способов и условий для устранения такого несоответствия. На возможность потенциальной коллизии между пунктами 1 и 2 данной статьи обращали внимание многие исследователи права ЕС.[4]

Как и во многих других случаях, трактовка смысла пункта 1 статьи 351 ДФЕС (бывшая статья 307 Договора о ЕС) и порядка исполнения обязательств, накладываемых пунктом 2 данной статьи, были даны в решениях Суда ЕС.

Так, в решении по делу T.Port Суд установил, что целью данной статьи является установление условий в соответствии с принципами международного права, когда государство-член должно выполнять свои обязательства по международному договору, невзирая на существование нормы права ЕС, противоречащей данному договору, что в свою очередь означает неприменение в данном случае нормы права ЕС. В своем решении суд ЕС установил, что «61. Два условия должны быть выполнены для того, чтобы положение права Сообщества не имело силы в результате применения международного договора: данный договор должен быть заключен до вступления в силу Договора (о ЕС. – прим. авт.), и третье государство-участник договора должно приобретать на его основании права, соблюдения которых данное государство может требовать от соответствующего государства-члена».[5]

Исходя из этой логики, Суд ЕС в своем решении по данному делу не согласился с аргументом о том, что Германия может не применять нормы Регламента Совета ЕС о создании единого рынка бананов, противоречащие положениям ГАТТ 1947 г., участником которого Германия являлась с 1947 г. Отказ Суда был основан на том, что Эквадор, интересы которого были затронуты данным регламентом, не являлся стороной ГАТТ–ВТО до 1996 г., то есть до времени возникновения фактических обстоятельств дела (речь в деле шла об ограничениях импорта бананов в 1995 г.).

В решении по делу Burgoa Суд ЕС установил, что «хотя первый параграф статьи 234 (ныне статья 351 ДФЕС) упоминает только обязательства государств-членов, было бы невозможно достичь их целей, если этот параграф не подразумевал бы обязательство со стороны части институтов Сообщества не препятствовать осуществлению обязательств государств-членов, вытекающих из ранее заключенных договоров».[6]

В серии других своих решений Суд ЕС установил, что именно, по его мнению, должно делать государство в случае обнаружения противоречия между нормой права ЕС и международным договором с участием данного государства. Так, например, некоторые ответы были даны в известном решении по делу Commission v Portugal. В данном деле Суд рассматривал иск, с которым Комиссия ЕС обратилась в 1998 г. в Суд ЕС, заявив, что Португалия не выполняет свои обязательства по Договору о ЕС, отказавшись денонсировать или каким-либо способом устранить несоответствие между положениями вторичного права ЕС и договором между Португалией и СФРЮ о торговом мореплавании. Данный договор вступил в силу в 1981 г., а Португалия присоединилась к ЕС только с 1 января 1986 г.

Правительство Португалии, признавая сам факт противоречия данного договора и права ЕС, вместе с тем заявляло, что пункт 2 статьи 307 (ныне статья 351 ДФЕС) не накладывает обязательство на государство любой ценой устранить данное несоответствие и достичь определенного результата, и тем более не говорит о денонсации международного договора, которая является непропорциональным средством для достижения целей, заявленных данным пунктом, к которому можно прибегать только в исключительных случаях и только при чрезвычайных обстоятельствах (пункты 30, 33 и 37 решения).

Суд ЕС в своем решении отметил, что данная статья, представляющая собой баланс между внешнеполитическими интересами государства – члена ЕС и интересами ЕС, позволяет государству-члену не применять норму права ЕС для соблюдения прав третьих государств, вытекающих из более раннего международного соглашения. Данная статья также позволяет государству выбирать наиболее подходящие средства для приведения данного соглашения в соответствие с правом ЕС (п. 59 решения).

Тем не менее, Суд отметил, что «…государства-члены обязаны устранить любое несоответствие такого рода, и если государство-член столкнется с трудностями, которые делают изменение данного соглашения невозможным, то обязательство денонсировать не должно быть исключено» (п. 58 решения), тем более, что сама возможность денонсации уже была предусмотрена договором между Португалией и СФРЮ, и очевидно, что его денонсация не приведет к нарушению норм международного права.

Как видно из приведенной выше практики Суда ЕС, статья 351 ДФЕС (бывшая статья 307 Договора о ЕС) воспринималась как допущение для государства-члена не применять принятую норму права ЕС в случае ее противоречия международному договору, заключенному данным государством с третьей страной еще до вступления данного государства в ЕС. Налицо было желание как авторов договора, так и Суда ЕС предложить пути решения возможной коллизии норм двух правопорядков на основе норм международного права, в первую очередь на основе

3 До принятия Амстердамского договора соответствующие положения содержались в статье 234 Договора о создании ЕС 1957 г. В соответствии с Амстердамским договором данная статья стала статьей 307 Договора о ЕС, а сам тест статьи подвергся незначительной корректировке. Далее в работе авторы будут использовать современную нумерацию данной статьи, указывая в скобках ее прежний номер.

4 См.: Manzini P. The priority of the Pre-existing Treaties of the EC Member States within the Framework of International Law // European Journal of International Law. – 2001. – Vol. 12. – P. 788.

5 Case T-2/99 T. Port [2001] ECR-II-2093.

6 Case 812/79 Attorney- General v. Burgoa [1980] ECR 2787. См.: п. 9.

принципа pacta sunt servanda и положений Венской конвенции о праве международных договоров 1969 г.[7] Более того, именно такое понимание статьи 351 ДФЕС было использовано Судом Первой Инстанции в качестве одного из аргументов в своем решении по известному делу Kadi (позднее отмененному Судом ЕС), когда он обосновывал необходимость для государств-членов выполнять резолюции Совета Безопасности ООН даже в том случае, если они противоречат нормам права ЕС.[8]

Во всех вышеприведенных решениях, рассматривая вопросы применения статьи 351 ДФЕС (бывшей статьи 307 Договора о ЕС), Суд ЕС исходил из указанного выше подхода «effect-based test», при котором речь шла о несоответствии положений международного договора уже принятой норме права ЕС.

Тем не менее, такая устоявшаяся позиция Суда ЕС по вопросу соотношения права ЕС и международных договоров совсем недавно претерпела кардинальные изменения. С одной стороны, эти изменения были связаны с вынесенным им в 2009 г. решением по делу Kadi, получившим большой резонанс в научных кругах. В этом решении Суд ЕС дал свою оценку аргументу, выдвинутому Судом Первой Инстанции и рядом государств-членов о том, что статья 307 Договора о ЕС (взятая в совокупности со ст. 103 Устава ООН) должна рассматриваться как достаточное основание для немедленного выполнения государствами – членами ЕС резолюций Совета Безопасности ООН в отношении антитеррористических санкций против индивидов, подозреваемых в связях с движением Талибан и Аль-Кайеда, даже если эти резолюции противоречат как первичному, так и вторичному праву ЕС. Отвечая на данный аргумент, Суд ЕС заявил, что статья 307 (ныне статья 351 ДФЕС) не «дает право отходить от принципов свободы, демократии и уважения прав человека и основных свобод, зафиксированных в статье 6(1) Договора о Европейском Союзе, как основе Союза»,[9] введя тем самым новую доктрину «ключевых основ правопорядка ЕС», которые имеют абсолютный приоритет даже над обязательствами, накладываемыми на государства – члены ЕС Уставом ООН.

С другой стороны, практически одновременно с решением по делу Kadi Суд ЕС принял решения по трем другим делам – Commission v Republic of Austria,[10] Commission v Kingdom of Sweden,[11] Commission v Republic of Finland,[12] которые также непосредственно касаются порядка применения статьи 307 Договора о ЕС (ныне статьи 351 ДФЕС), а если говорить более обобщенно, то вопроса о субординации права ЕС и международного права (в данном случае международного инвестиционного права). В этих решениях Суд ЕС максимально расширил рамки понятия несоответствия праву ЕС международных договоров государств-членов до любых случаев такого противоречия, в том числе потенциального, еще не существующего в момент рассмотрения дела, перейдя от effects-based test к концепции, называемой рядом исследователей права ЕС концепцией «гипотетического несоответствия».[13]

Все три дела были инициированы Комиссией ЕС, которая посчитала нарушением права ЕС неприведение в соответствие с правом ЕС действующих двусторонних инвестиционных договоров, заключенных указанными государствами с третьими странами еще до их вступления в ЕС (которое состоялось в 1995 г.). Так, для Австрии в силе на момент подачи иска Комиссии ЕС находились инвестиционные договоры с Китаем, Малайзией, Российской Федерацией, Кореей, Турцией и Кабо-Верде; для Швеции – с Аргентиной, Боливией, Кот-д'Ивуаром, Египтом, Гонконгом, Индонезией, Китаем, Мадагаскаром, Малайзией, Пакистаном, Перу, Сенегалом, Шри-Ланкой, Тунисом, Вьетнамом, Йеменом и Бывшей Югославией; для Финляндии – с Российской Федерацией, Беларусью, Китаем, Малайзией, Шри-Ланкой, Узбекистаном.

Фактического противоречия с уже существующими в ЕС правовыми нормами рассматриваемые двусторонние инвестиционные договоры не имели. Тем не менее, Комиссия ЕС пришла к выводу, что праву ЕС не соответствуют определенные положения указанных договоров, касающихся свободы перемещения капиталов, причем такое несоответствие устанавливалось Комиссией в увязке с полномочиями Совета ЕС, которому согласно статьям 57(2), 59 и 60 (1) Договора о ЕС (теперь ст. 64(2), 66 и 75(1) ДФЕС соответственно) предоставлено право вводить ограничения на передвижение капиталов в третьи страны или из них, в том числе и на платежи, связанные с инвестициями.[14]

При этом каждый из указанных выше двусторонних инвестиционных договоров Австрии, Финляндии и Швеции содержал положение о свободе перевода связанных с инвестициями платежей без каких-либо задержек и в свободно конвертируемой валюте.[15]

На момент рассмотрения дела такого рода ограничения Советом ЕС ни по одному из приведенных выше

7 Суд ЕС в своих решениях по данному вопросу неоднократно ссылался на ст. 30 (4) (b) Венской конвенции о праве международных договоров 1969 г., где говорится, что «в отношениях между государством – участником обоих договоров и государством – участником только одного договора договор, участниками которого являются оба государства, регулирует их взаимные права и обязанности».

8 См.: п. 185–187 решения Суда Первой Инстанции по делу T-315/01 Yassin Abdullah Kadi v. Commission of the European Communities.

9 См.: п. 5 решения Суда ЕС - Joint Cases C-402/05 P and C-415/05 P [2008] ECR I-6351.

10 Дело C-205/06.

11 Дело C-249/06.

12 Дело C-118/07.

13 См., напр.: Lavranos N. Op. cit. – C. 274.

14 Статья 57(2) наделяет Совет ЕС полномочиями принимать квалифицированным большинством голосов (или единогласно – в зависимости от существа ограничения и его соотношения с существующим регулированием) на основании предложения Комиссии ЕС меры, ограничивающие передвижение капитала в третьи страны или из них, к числу которых относятся и платежи, связанные с инвестициями.
Статья 59 наделяет Совет ЕС аналогичными полномочиями в тех случаях, когда передвижение капитала из третьих государств или на их территорию может «вызвать серьезные трудности или угрозу возникновения серьезных трудностей для функционирования экономического или валютного союза». Соответствующие меры должны приниматься Советом ЕС по предложению Комиссии ЕС после проведения консультаций с Европейским Центральным Банком, должны отвечать требованиям необходимости, а также устанавливаться на период, не превышающий шести месяцев.
Статья 60 (1) позволяет Совету ЕС принимать по предложению Комиссии ЕС в отношении передвижения капитала и осуществления платежей срочные меры ограничительного характера, также отвечающие требованию необходимости. В соответствии с рассматриваемой статьей такие меры могут приниматься в целях осуществления общих действий или реализации общего подхода в сфере общей внешней политики и политики безопасности.

15 Так, например, инвестиционный договор, заключенный между Австрией и Российской Федерацией, который в числе прочих явился причиной иска Комиссии ЕС к Австрии, в статье 5 предусматривает:
«1. Каждая из Договаривающихся Сторон гарантирует инвесторам другой договаривающейся Стороны без необоснованной задержки перевод в свободно конвертируемой валюте платежей в связи с капиталовложениями, в частности: a) доходов от капиталовложения; b) сумм, выплачиваемых на основании прав требований по денежным средствам, которые важны для создания экономических ценностей; c) сумм, которые инвестор получил в связи с частичной или полной ликвидацией или продажей капиталовложения; d) компенсации, предусмотренной в пункте 1 статьи 4 настоящего Соглашения.
2. Переводы, предусмотренные настоящей статьей, осуществляются в соответствии с обменными курсами, действующими на дату перевода.
3. Обменный курс и размеры банковского сбора устанавливаются соответствующей банковской системой на территории каждой из Договаривающихся Сторон. Банковские сборы должны быть справедливыми и соразмерными».

оснований (ст. 57(2), 59, 60(1)) не вводились в отношении стран, с которыми государства-ответчики заключили еще до вступления их в ЕС двусторонние инвестиционные договоры. Тем не менее, точка зрения Комиссии ЕС, поддержанная впоследствии Судом ЕС, заключалась в том, что соответствующие положения инвестиционных соглашений противоречат обязательствам государств – членов ЕС соблюдать решения Совета ЕС и действовать в соответствии с ними, если таковые будут приняты. Фактически Суд ЕС рассматривал вопрос о том, достаточно ли потенциального противоречия положений международных договоров государств – членов ЕС нормам права ЕС (в данном случае выраженных в форме решений Совета ЕС, которые возможно будут приняты) для признания существования несоответствия между ними, и значит, для признания государств-ответчиков виновными в неисполнении своих обязательств по праву ЕС вследствие того, что эти государства не изменили соответствующие положения своих договоров с третьими странами.

Иск Комиссии основывался на ключевой предпосылке, состоящей в том, что для того, чтобы принятые Советом ЕС решения были эффективными, необходимо наличие реальных механизмов их исполнения. Само существование в двусторонних инвестиционных договорах положений о свободе передвижения капитала без каких-либо ограничений может поставить под вопрос реальную возможность для государств-ответчиков ограничивать передвижение капиталов в соответствии с решениями Совета ЕС, которые могут быть приняты на основании указанных выше статей Договора о ЕС. Поскольку на приведение инвестиционных соглашений в соответствие с принятыми Советом ЕС мерами уйдет какое-то время, в течение этого периода государства-ответчики будут вынуждены применять указанные инвестиционные соглашения, положения которых к тому времени будут уже действительно противоречить нормам права ЕС. В свою очередь, это сделает для соответствующего государства затруднительным, если не невозможным, исполнение обязательств, вытекающих из факта его членства в ЕС, что приведет к отсутствию необходимого единообразия и эффективности в исполнении решений Совета ЕС на всей территории Союза.

Первым и основным аргументом защиты Австрии, Швеции и Финляндии было указание на то, что соответствующие меры, которые могут вызвать несоответствие инвестиционных договоров праву ЕС, еще не были приняты Советом ЕС, то есть речь идет лишь о гипотетическом противоречии данных договоров с правом ЕС. В отсутствие таких решений Совета государства – члены ЕС вправе самостоятельно регулировать вопросы передвижения капитала при условии соблюдения предписаний ст. 56 Договора о ЕС, устанавливающей запрет на ограничение перемещения капиталов как между государствами – членами ЕС, так и между ними и третьими государствами. По мнению ответчиков, до тех пор, пока соответствующие меры не приняты Советом ЕС, вопрос о соответствии двусторонних инвестиционных договоров положениям права ЕС не возникает как таковой. Кроме того, по мнению ответчиков, в случае принятия Советом ЕС ограничительных мер в отношении перемещения капитала государствам-ответчикам будут доступны международно-правовые механизмы приведения рассматриваемых двусторонних соглашений в соответствие с принятыми Советом ЕС решениями. Например, в этом случае по своему выбору государства – члены ЕС смогут провести либо переговоры об изменении текста двустороннего соглашения, либо приостановить его действие или даже его денонсировать.

В поддержку своей позиции государства-ответчики также ссылались на большое количество двусторонних инвестиционных договоров, в которые в случае удовлетворения Судом ЕС иска Комиссии ЕС придется вносить изменения, поскольку положение договоров о свободе перемещения капитала, ставшее причиной спора, включается в подавляющее большинство инвестиционных договоров, заключенных и заключаемых не только государствами-ответчиками по рассматриваемым делам, но и другими странами – членами ЕС. По этой причине в процесс рассмотрения данных исков Комиссии ЕС вступили и другие государства – члены ЕС, поддержавшие позицию стран-ответчиков, – Германия, Литва и Венгрия. Все третьи государства, представившие свои возражения на иск Комиссии, также основывались на фактическом отсутствии решений Совета об ограничении передвижения капитала и, таким образом, на сугубо предположительном характере основания иска. Так, в возражениях, представленных Германией в рамках рассмотрения дела Commission v Austria, указывалось, что «…рассматриваемые инвестиционные соглашения не находятся в противоречии с существующими мерами Сообщества, связанными с передвижением капитала, поскольку такие меры не затрагивают эти соглашения… Неисполнение обязательств, на которое ссылается в своем иске Комиссия, является гипотетическим по своей природе… Целью иска, вытекающего из неисполнения обязательств в соответствии со ст. 226 Договора о ЕС, должно быть не рассмотрение ситуаций, при которых заявленное нарушение является потенциальным, а исправление фактического нарушения обязательства».[16]

Однако такая аргументация не убедила Суд ЕС. По его мнению, сама гипотетическая возможность противоречия существующих международно-правовых обязательств стран – членов ЕС положениям права ЕС является вполне достаточным основанием для признания соответствующих государств ответственными за неисполнение предписаний пункта 2 статьи 307 Договора о ЕС (ныне статьи 351 ДФЕС).[17] В решении Суд ЕС указал, что рассматриваемые двусторонние инвестиционные договоры не содержат положения, позволяющие ЕС налагать ограничения на передвижение капитала, связанного с инвестициями,[18] и, таким образом, не обеспечивают достаточно эффективного исполнения принятых Советом ЕС решений. Суд далее поддержал точку зрения Комиссии ЕС, постановив, что «для обеспечения эффективности этих положений (положений статей 57(2), 59 и 60(1) Договора о ЕС. – прим. авт.) должна существовать возможность незамедлительного применения мер, ограничивающих передвижение капитала, в случае утверждения таковых Советом… Соответственно указанные выше полномочия Совета ЕС выявляют несоответствие указанных международных соглашений, которые не содержат положений, позволяющих государствам-членам осуществлять свои права и исполнять обязанности в соответствии с правом Союза…».[19]

16 См.: п. 19–20 решения по делу Commission v Austria.

17 В этом пункте ст. 307 говорится, что «в случае несоответствия таких соглашений Договорам соответствующее государство-член или государства-члены должны предпринять все необходимые шаги для устранения выявленных несоответствий. Государства-члены должны, в случае необходимости, оказывать друг другу помощь в этой связи, а также должны, в случае необходимости, придерживаться общего подхода».

18 См.: п. 32 решения по делу Commission v Austria, п. 33 решения по делу Commission v Sweden, п. 26 решения по делу Commission v Finland.

19 См., напр.: п. 36–37 решения по делу Commission v Austria.

Развивая свою аргументацию, Суд ЕС далее указал, что:

– для проведения переговоров об изменении инвестиционных договоров потребуется слишком длительное время, чтобы считать такие переговоры эффективным способом исполнения решения Совета ЕС, которое по своему характеру требует быстрого реагирования и исполнения;[20]

– результат применения иных механизмов, предлагаемых международным правом (т. е., в частности, приостановление действия и денонсация международного договора), слишком непредсказуем, чтобы гарантировать эффективное применение мер, принятых Советом ЕС.[21]

Суд ЕС также отметил, что из формулировок второго абзаца ст. 307 (ныне статьи 351 ДФЕС) следует, что государства – члены ЕС в случае необходимости должны содействовать друг другу в целях устранения выявленных несоответствий между правовыми нормами ЕС и нормами международных договоров, заключенных соответствующими государствами до их вступления в ЕС. В связи с этим обязательством и при его рассмотрении в свете статьи обязанностей Комиссии ЕС продвигать общие интересы Союза и предпринимать соответствующие меры для достижения этой цели (ст. 17 ДЕС) Комиссия ЕС в целях обеспечения применения положений Договора должна предпринимать любые шаги для облегчения взаимного содействия государств-членов и выработки ими общего подхода к соответствующему вопросу (то есть, по мнению Суда ЕС, такого рода превентивные меры со стороны Комиссии ЕС, включая иски в Суд ЕС, вполне оправданы, ибо они полностью соответствует логике ожидаемых от Комиссии ЕС действий как хранителя права ЕС).

Таким образом, по мнению Суда, само существование международных договоров, не позволяющих эффективно обеспечить исполнение мер, которые возможно будут приняты Советом ЕС, является выражением несоответствия рассматриваемых инвестиционных договоров праву ЕС. На основании вышеизложенного Австрия, Швеция и Финляндия были признаны нарушившими свои обязательства, предусмотренные пунктом 2 ст. 307 Договора о ЕС (ныне статьи 351 ДФЕС), поскольку они не предприняли никаких мер, направленных на устранение риска, проистекающего из несоответствия рассматриваемых инвестиционных соглашений мерам, которые потенциально могут быть приняты Советом ЕС.

Таким образом, Суд ЕС полностью отошел от ранее существовавшего принципа («effect-based test»), предполагавшего, что для признания норм того или иного международного договора противоречащими праву ЕС требуется фактическое несоответствие рассматриваемых мер существующим правовым установлениям ЕС. Активировав и положив в основу своей аргументации не применявшийся до этого времени пункт 2 статьи 307, Суд выработал качественно иной подход к данной проблеме. В рамках этого нового подхода достаточно лишь потенциальной возможности противоречия международного договора праву ЕС, чтобы признать данный договор несоответствующим праву Союза, а принявшее его государство – нарушающим обязанности, налагаемые правом ЕС. В свою очередь, Комиссия ЕС фактически получила своего рода санкцию Суда ЕС на поиск и превентивное пресечение таких потенциальных противоречий.

Понимая, что цель решений Суда ЕС заключалась в обеспечении целостности и независимости правопорядка ЕС, можно в принципе согласиться с точкой зрения Н.Лавраноса, указывающего, что возложенное в этой связи на государства-члены бремя выглядит непропорциональным.[22] Как вполне обосновано отмечали представители Финляндии и Венгрии в возражениях на иск Комиссии ЕС,[23] последствием принятия Судом ЕС решения в пользу Комиссии станет создание возможности в будущем признавать неисполнением абз. 2 ст. 307 Договора о ЕС (ныне статьи 351 ДФЕС) заключение государством – членом ЕС любого соглашения с третьим государством, даже если правом ЕС соответствующая сфера пока никак не регулируется и фактического противоречия между правовыми нормами еще нет.

Также в известной степени спорным, на наш взгляд, представляется заявление Суда ЕС об отсутствии у государств-ответчиков международно-правовых способов эффективного претворения в жизнь принятых Советом ЕС решений (в том случае, если такие решения об ограничении движения капиталов будут все же приняты). Если аргумент об отсутствии механизмов, позволяющих обеспечить эффективную реализацию принимаемых Советом ЕС ограничительных мер в отношении передвижения капитала, в самих инвестиционных договорах не вызывает критики, то утверждение Суда об отсутствии таких механизмов в международном праве звучит менее убедительно. Так, вполне уместным представляется заявленный Финляндией аргумент о применимости к данной гипотетической ситуации положений ст. 62 Венской Конвенции о праве международных договоров, допускающей приостановление, прекращение или выход государства-участника из международного договора (в данном случае из двустороннего инвестиционного договора) в случае коренного изменения обстоятельств.[24] Тем не менее, Суд ЕС, обращаясь к этому вопросу в своем решении по делу Commission v Finland, выразил сомнение в том, что указываемые международно-правовые способы приведения в соответствие международно-правовых норм и норм права ЕС окажутся приемлемыми с точки зрения эффективности решений Совета ЕС об ограничении движения капиталов, где основную роль играет именно быстрота введения такого рода ограничений во всех странах ЕС одновременно. Именно исходя из необходимости быстрого и эффективного практического исполнения всеми государствами-членами таких решений Совета ЕС, Суд ЕС и посчитал традиционные международно-правовые способы устранения противоречий между конфликтующими нормами, такие как полное или частичное изменение международных договоров, их приостановление и денонсация, «слишком неопределенными, чтобы гарантировать, что меры, принятые Советом, могли бы быть эффективно исполнены в установленный период».[25]

Позиция, занятая Судом ЕС в этих решениях, в первую очередь, его новое толкование статьи 307 Договора о ЕС, позволяет обозначить несколько проблем во взаимодействии права ЕС и международного права.

Одной из этих проблем является наличие многочисленных действующих двусторонних договоров о взаимной защите инвестиций между самими странами ЕС. М.Потеста в своем исследовании говорит о примерно 190 соглашениях такого рода.[26] Почти все они были заключены в период с начала 90-х годов прошлого века между странами

20 См., напр.: п. 39 решения по делу Commission v Austria, п. 40 решения по делу Commission v Sweden.

21 См.: п. 37 решения по делу Commission v Austria, п. 41 решения по делу Commission v Sweden, п.32 решения по делу Commission v Finland.

22 Lavranos N. Op. cit. – C. 280.

23 См.: п. 46 решения по делу Commission v Finland.

24 См.: п. 17 решения по делу Commission v Finland.

25 См.: п. 32 решения по делу Commission v Finland.

26 Potesta M. Bilateral Investment Treaties and the European Union. Recent development in Arbitration and before the ECJ // The Law and practice in International Courts and Tribunals. (2209). – Vol. 8. – C. 231.

Восточной Европы, которые начали проводить у себя рыночные реформы и были крайне заинтересованы в притоке иностранных инвестиций, и странами Западной Европы, которые уже тогда были членами ЕС и хотели создания максимально благоприятного климата для своих инвесторов. После прошедшего в 2004 г. и в 2007 г. расширения ЕС с 15 до 27 государств (самого большого расширения за всю историю ЕС) все эти договоры стали договорами уже между странами ЕС. Сам факт наличия такого рода соглашений порождает немалое напряжение в вопросах их применения, в первую очередь из-за того, что они предоставляют благоприятный режим в государстве-участнике инвесторам из одной страны ЕС, не предоставляя этого же инвесторам из других стран ЕС. Тем самым подрывается сама идея единого внутреннего рынка Европейского Союза. Ситуация еще более обострилась после вынесения ad hoc международным арбитражем UNCITRAL решения по делу Eastern Sugar, где рассматривался спор между компанией из Нидерландов и Чехией. Исковое заявление голландской компании Eastern Sugar было подано, а арбитражный трибунал был создан в рамках двустороннего договора о взаимной защите и поощрении иностранных инвестиций, заключенного между Нидерландами и Чехословакией в 1991 г. С точки зрения данной статьи представляется особо интересным то, что трибунал признал собственную юрисдикцию по данному спору, несмотря на возражения Чехии, утверждавшей, что договор 1991 г. не должен применяться, так как с момента вступления Чехии в ЕС в 2004 г. он был полностью замещен для Чехии правом ЕС и является неприменимым в данном споре. Отвечая на данный аргумент ответчика, Арбитражный трибунал признал инвестиционный Договор 1991 г. и Договор о ЕС «взаимно дополняющими инструментами» и вынес в итоге решение в пользу истца, обязав Чехию выплатить Eastern Sugar 25 миллионов евро. Данное решение интересно и тем, что высветило еще одну линию напряжения между правом ЕС и международным инвестиционным правом, а именно наличие в двусторонних инвестиционных договорах положений об арбитражном разрешении споров, что справедливо провозглашалось одной из льгот, предлагаемых инвесторам в период заключения данных договоров, когда инвесторы из Западной Европы не верили в эффективность судов восточноевропейских стран. Тем не менее, в данной ситуации, после вступления стран Восточной Европы в ЕС, очевидна уже существующая дискриминация для инвесторов из различных стран ЕС, когда одним доступно арбитражное рассмотрение споров, а другим нет, что подрывает саму основу единого внутреннего рынка ЕС. С другой стороны, речь идет о серьезном риске компрометации исключительной компетенции Суда ЕС на толкование права ЕС со стороны международных арбитражей; это чревато вынесением различных конфликтующих решений по вопросу применения одних и тех же норм, что, несомненно, создает угрозу единому правопорядку ЕС. Нам представляется, что, возможно, именно эти соображения и желание заложить своего рода доктринальную базу для минимизации этих рисков и лежали в основе нового подхода, выбранного Судом ЕС в отношении международных соглашений, заключенных странами ЕС, и фактического поощрения Судом Комиссии ЕС на максимально широкий поиск возможных противоречий между правом ЕС и международным правом. Признавая уместность критики такого подхода Суда ЕС как оказывающего серьезное негативное воздействие на инвестиционный климат,[27] тем не менее, нужно сказать, что, на наш взгляд, Суд ЕС, полностью отдавая себе отчет в негативном эффекте своих решений, тем не менее, сознательно пошел на это, отдав предпочтение единству и целостности правопорядка ЕС.

Дополнительным аргументом для Суда ЕС в пользу такого решения могло быть также то обстоятельство, что после вступления в силу Лиссабонского договора вопросы прямых иностранных инвестиций становятся частью общей торговой политики ЕС и относятся к исключительной компетенции ЕС в соответствии со статьей 207 ДФЕС. На практике это будет означать, что государства-члены как минимум лишаются права на самостоятельное заключение новых двусторонних инвестиционных договоров с третьими странами. Отдельным непростым вопросом остается судьба уже существующих двусторонних инвестиционных договоров стран ЕС с третьими странами, в том числе и с Россией. Вполне возможно, что Комиссия ЕС потребует их прекращения ввиду их противоречия статье 207 ДФЕС. Конечно, не исключен и более мягкий вариант, когда действие данных договоров просто не продлевается по истечении их срока.

Отдельным вопросом является ожидаемое воздействие новой практики Суда ЕС на взаимоотношения права ЕС и норм международного воздушного права. Представляется, что следующей ее «жертвой» станут двусторонние соглашения государств – членов ЕС с третьими странами о воздушном сообщении. Предпосылки для этого были созданы еще в 2002 году с вынесением Судом ЕС решения, признавшего нарушающим право ЕС заключение членами Союза таких соглашений, если они допускают назначение перевозчиками только авиакомпании конкретного государства – члена ЕС и не предусматривают распространение выгод по соглашению на прочие страны – члены ЕС.[28] Хотя за этим решением последовал пересмотр большого числа авиационных договоров, часть из них до сих пор действует в прежнем виде – в частности, от такого пересмотра отказывается Россия. Не добившись приведения авиационных соглашений в соответствие с новыми реалиями европейского права, Комиссия ЕС предприняла попытку решить вопрос другим способом: 28 октября 2010 года ею были инициированы расследования против Франции, Германии, Финляндии и Австрии,[29] в ходе которых внимание Комиссии ЕС было направлено на два ключевых вопроса. Во-первых, на то, что вопреки действующим в ЕС нормам об открытом небе такие двусторонние соглашения не признают равного статуса всех авиакомпаний стран – членов ЕС (каждое соглашение назначает конкретных перевозчиков со стороны каждого государства и не предполагает его распространения на всех авиаперевозчиков ЕС).

Пристатейный библиографический список

1. Lavranos N. Protecting European Law from International Law // European Foreign Policy Review. – 2010. – Vol. 5. – Issue 2.
2. Manzini P. The priority of the Pre-existing Treaties of the EC Member States within the Framework of International Law // European Journal of International Law. – 2001. – Vol. 12.
3. Potesta M. Bilateral Investment Treaties and the European Union. Recent development in Arbitration and before the ECJ // The Law and practice in International Courts and Tribunals. (2209). – Vol. 8.

27 См., напр.: Lavranos N. Op. cit.

28 См. решения Суда ЕС по делу C-466/98, за которым последовал пересмотр большинства двусторонних соглашений о воздушном сообщении, заключенных государствами – членами ЕС с третьими странами.

29 Текст пресс-релиза Комиссии ЕС доступен по ссылке: http://europa.eu/rapid/pressReleasesAction.do?reference=IP/10/1425&format=HTML&aged=0&language=en.