

СОФИЙСКИ УНИВЕРСИТЕТ "СВ. КЛИМЕНТ ОХРИДСКИ"

ЮРИДИЧЕСКИ ФАКУЛТЕТ

Катедра „Международно право и международни отношения“



Цветелина Димитрова Димитрова

СПОСОБИ ЗА УРЕЖДАНЕ НА ИНВЕСТИЦИОННИ СПОРОВЕ

**А В Т О Р Е Ф Е Р А Т
НА
ДИСЕРТАЦИОНЕН ТРУД**

ЗА ПРИСЪЖДАНЕ НА ОБРАЗОВАТЕЛНА И НАУЧНА СТЕПЕН „ДОКТОР“

ПРОФЕСИОНАЛНО НАПРАВЛЕНИЕ: 3.6. ПРАВО

ДОКТОРСКА ПРОГРАМА: МЕЖДУНАРОДНО ЧАСТНО ПРАВО

НАУЧНИ РЪКОВОДИТЕЛИ:

Проф. д-р Николай Натов

Доц. д-р Боряна Мусева

София
2018

I. ОБЩА ХАРАКТЕРИСТИКА НА ПРОЕКТА НА ДИСЕРТАЦИОНЕН ТРУД

Проектът на дисертационен труд разглежда международната проблематика на способите за уреждане на инвестиционни спорове. Въпросите, които са изследвани в труда, не се ограничават до традиционните въпроси на стълкновението на закони, а се отнасят до по-широк комплекс от нормативна уредба в двустранни и многостранни договори, в които са налице както преки, така и отпращащи норми.

1.1. Актуалност, значимост, обект и предмет на изследването

Актуалността на този дисертационен труд се обуславя от три самостоятелно протичащи процеса в правото на чуждестранните инвестиции, свързани с:

- **нарастване броя на инвестиционните спорове** в резултат на повишаване на ръста на преките чуждестранни инвестиции и нарастване броя на инвестиционните спогодби;
- **острата критика срещу системата** за уреждане на спорове между инвеститори и държави („УСИД“) поради оспорвана легитимност на арбитражните производства; претендирана и в някои случаи доказана обвързаност на решаващи инвестиционен спор арбитри с инвеститорите; недостатъчност или липса на прозрачност в процедурите по разглеждане и решаване на спорове; наличие на противоречащи решения по идентични казуси и пр.;
- **несъвместимостта** на съществуващите способности за уреждане на инвестиционни спорове с оглед правото на Европейския съюз („ЕС“) предвид изводите на Съда на Европейския съюз в решение по дело C-284/16 г., Словашка република срещу Achmea BV („решението по делото Achmea“).

Всички тези проблеми обуславят **необходимостта от реформа** в системата за уреждане на инвестиционни спорове и към момента ЕС поддържа идеята за създаването на Постоянен инвестиционен съд.

Актуалността на дисертационния труд се обуславя и от ниската степен на разработеност на проблема в науката на българското международно частно право. Въпреки съществуването на Закон за насърчаване на инвестициите и обстоятелството, че Република България е страна по 63 двустранните инвестиционни договори („ДИД“, наричани още BITs - от английското Bilateral investment treaties) и още 67

споразумения, в които се съдържат разпоредби за закрила на инвестициите, България е била ответник по 8 инвестиционни дела, 5 от които висящи към момента, въпросите на решаване на инвестиционните спорове не са изследвани в детайли в българската международночастноправна теория.

Изследването на проблематиката относно способите за уреждане на инвестиционни спорове от гледна точка на международното частно право е от **съществено значение**, тъй самите способности за уреждане на инвестиционни спорове се разглеждат в теорията като механизъм за привличане на чуждестранните инвестиции в държавата. Това е важно за развиващите се държави и в частност за България, тъй като чуждестранни инвестиции повлияват благоприятно на икономиката.

Ето защо способите за уреждане на инвестиционни спорове са **предмет на изследване** в този дисертационен труд. В предмета на изследване са включени:

- характеристиката на съществуващите способности за уреждане на инвестиционни спорове; материалните и процесуални предпоставки за предявяване на инвестиционен иск; надлежните страни по спора и възможностите за участие на трети лица в производствата;
- предимствата и недостатъците на съществуващите способности за уреждане на инвестиционни спорове, включително с оглед изпълнение на постановените решения по инвестиционни спорове и
- предприетите стъпки за реформиране на системата за уреждане на спорове.

Обект на изследване в дисертационния труд са както съществуващите способности за уреждане на инвестиционни спорове с техните предимства и недостатъци, така и започналата реформа в системата на уреждане на инвестиционни спорове.

В обхвата на изследването са включени способите за уреждане на инвестиционни спорове, предвидени в двустранните и многостранни инвестиционни договори:

- инвестиционен арбитраж в системата на Конвенцията за уреждане на инвестиционни спорове между държави и граждани на други държави („Конвенцията ICSID“);
- *ad hoc* арбитраж по арбитражния правилник на Комисията на ООН по международно търговско право ("Правилника на УНСИТРАЛ");
- възможностите за помирение и медиация при разрешаване на инвестиционни спорове;

Особено внимание е отделено на правилата на Конвенцията ICSID. Анализирани са също така и предложенията за създаване на Постоянен инвестиционен съд в рамките на многостранните търговски споразумения на ЕС. Разгледана е и системата на институционален съд, предвидена във всеобхватните споразумения на ЕС – Трансатлантическо търговско и инвестиционно партньорство между ЕС и САЩ („ТТИП“) и Всеобхватното икономическо и търговско споразумение между Канада, от една страна, и Европейския съюз и неговите държави членки, от друга („ВИТС).

Изследването има *следните ограничения*:

- В дисертационния труд проблемите на способите за уреждане на инвестиционни спорове са разгледани само от гледна точка на международното частно право;
- При използването на понятието „инвестиционно правоотношение“ се има предвид само отношение между инвеститори (физическо или юридическо лице) и насрещна страна – държава;
- При използване на понятието „международен инвестиционен процес“ се има предвид само съвкупността от процесуални действия на страните по инвестиционния спор (инвеститор и държава) и решаващия орган, предписани от съответно приложимите към спора процесуални правила, които завършват с постановяване на крайния защитен акт – решение по инвестиционния спор;
- Предвид процесуалния аспект на поставения проблем не са изследвани в детайли материалните предпоставки за предявяване на инвестиционен иск и в частност – гаранциите за закрила и тяхното тълкуване и прилагане;
- Извън обхвата на този дисертационен труд е и въпросът за приложимото право към инвестиционните спорове;
- Компетентността на ЕС и ролята на ЕС в инвестиционните спорове са разгледани само от гледна точка на международното частно право.

1.2. Методология, цели и задачи на дисертационния труд

В хода на изследването, предмет на представения дисертационен труд, е използван следният набор от методи:

Документален метод – свързан с анализ и синтез на документални източници – двустранни и многостранни договори за закрила и насърчаване на инвестициите, систематизация и обобщение на информацията от публично достъпни решения по инвестиционни спорове.

Метод на дедуктивния анализ – този метод е използван за обосноваване на тезата, че след като всички съществуващи способности за уреждане на инвестиционни спорове са критикувани широко както от инвеститорите, така и от държавите, то реформа в способите за уреждане на спорове е необходима.

Метод на индуктивния анализ – този метод в дисертационния труд е използван за обосноваването с негова помощ на тезата, че след като гаранциите за закрила се тълкуват различно от различните решаващи органи, то е необходимо създаването на унифицирани понятия, посредством които да се избегне рискът от противоречащи решения по идентични казуси.

Сравнителноправен метод – изразява се в извършването на анализ и сравнение между клаузите на различните инвестиционни спогодби и по-специално сравнение на клаузите, които съдържат дефиниция на понятията „инвеститор“, „инвестиция“, гаранциите на закрила, както и клаузите за уреждане на инвестиционни спорове.

Метод на моделирането – свързан е с предлагането на нов способ-модел за уреждане на инвестиционни спорове, при който констатираните проблеми са в максимална степен преодолени. Моделът се основава на комбинация от действащите механизми за уреждане на спорове посредством арбитраж и медиация, както и на елементи от предложението за постоянен инвестиционен съд.

Прогностичен метод – основава се на изграждането на прогноза за бъдещото състояние на системата за уреждане на инвестиционни спорове с оглед възможните реформи и тяхното отражение в обществото.

Сравнителен анализ – В дисертационния труд този метод е необходим, за да се формулират предимствата и недостатъците на всеки от съществуващите способности за уреждане на инвестиционни спорове, да се посочат спецификите на инвестиционния арбитраж спрямо решаването на инвестиционен спор от национален съд или посредством помирение или медиация, както и да се съпоставят с предложението за създаване на постоянен инвестиционен съд. Методът е използван и при анализ на съществуващата практика по инвестиционни дела с оглед изводите на инвестиционните арбитражи по идентични правни казуси.

Статистически анализ – този метод е използван в процеса на проучване на съвременното състояние и бъдещите перспективи за развитие на способите за уреждане на инвестиционни спорове с оглед броя инвестиционни спогодби, броя заведени дела, броя приключени дела в полза на инвеститора, държавите, които най-често са ответник по инвестиционни дела и др.

Исторически метод – този метод е използван за анализ на развитието на правната регламентация на уреждане на инвестиционни спорове от подписване на първия договор за закрила на инвестициите през 1959г. до днес като е проследено развитието на способите за уреждане на инвестиционни спорове с оглед конкретната историческа обстановка и преминаването от дипломатия към инвестиционен арбитраж, за да се достигне до предложение за създаване на постоянен инвестиционен съд, заложен като модел в ТТИП и ВИТС.

Теоретичен метод – изразява се в изграждането на необходимия понятиен апарат за осмисляне на инвестиционните спорове с оглед концепцията за инвеститор, инвестиция, инвестиционен спор, гаранции на закрила и тяхното тълкуване от теорията.

1.3. Научно-изследователска теза

Като разработваме проблематиката на способите за уреждане на международните инвестиционни спорове, сме изхождали от следната научно-изследователска теза:

В съвременното инвестиционно право, способите за уреждане на инвестиционни спорове и в частност: арбитража по инвестиционни спорове, са остро критикувани. Аргументите в тази насока са свързани с твърдения за ограничена регулаторна свобода на държавите; съмнения в безпристрастността на арбитражите; липса на механизъм за проверка на правилността на постановените решения и др. Отправената критика е в известна степен основателна и това налага системата за уреждане на инвестиционни спорове да бъде реформирана. Реформа в системата за уреждане на инвестиционни спорове е необходима и предвид изключителната компетентност на ЕС в областта на преките чуждестранни инвестиции, както и прогласената несъвместимост на клаузите за УСИД, съдържащи се в ДИД, сключени между държави членки, с правото на ЕС. Считаме, че най-подходящият начин за реформиране на системата за уреждане на спорове е посредством реформа в арбитражното производство чрез комбинация от следните мерки: (i) промяна в текстовете на ДИД, за да се дефинират прецизно и точно основните понятия на инвестиционното отношение и се добавят клаузи за дерогация, за да се избегне рискът от различно тълкуване и правоприлагане както и (ii) промяна в арбитражните правила, които да допускат участие на трети страни в производството и по-високи стандарти за безпристрастност на назначаваните арбитражи.

Задачата ни е да докажем тезата с научни и научно-практически аргументи. В този аспект си поставяме и следните **конкретни задачи**:

- Да посочим необходимостта от алтернативни на държавния съд способности за уреждане на инвестиционни спорове;
- Да систематизираме практиката по тълкуване на основните понятия на инвестиционното право (инвеститор и инвестиция), както и съдържанието на отделните гаранции на закрила;
- Да направим анализ на производството по решаване на инвестиционни спорове по реда на Конвенцията ICSID и да го сравним с производството по Правилника на УНСИТРАЛ, за да демонстрираме свободата на страните да „моделират“ процеса според конкретните нужди на спора;
- Да систематизираме основните аргументи на критика към инвестиционния арбитраж и да дадем отговор на тази критика с правни аргументи;
- Да разгледаме предложения от ЕС подход за преодоляване на проблемите в системата за уреждане на инвестиционни спорове, а именно: идеята за създаване на постоянен арбитражен съд, като разгледаме модела, предложен в ТТИП и ВИТС;
- Да сравним двата възможни подхода за преодоляване на проблемите в действащата система за уреждане на инвестиционни спорове, а именно: (i) реформа в системата чрез подобряване на текстовете на ДИД и процедурните правила на арбитражните институции, включително правилата за прозрачност и въвеждане на възможност за преразглеждане на арбитражното решение и (ii) създаване на нова система, основаваща се на идеята за постоянен инвестиционен съд с публично назначавани съдии;

Целта ни е да направим логично произтичащите от правния анализ изводи и да ги обобщим в заключението под формата на предложения и препоръки. Ето защо, ще преследваме и следните конкретни цели:

- Систематизация на съществуващите способности за УСИД;
- Изясняване на процедурата за разрешаване на спорове по всеки един от съществуващите способности;
- Идентифициране на конкретните проблеми при всеки от способите за УСИД;
- Формулиране на конкретни предложения за реформа на способите за УСИД.

1.4. Публичност на резултатите

Част от резултатите на изследването са обективирани в изготвени и изнесени научни доклади на следните теми:

- ✓ *„Реформа в системата за разрешаване на инвестиционни спорове: от ad hoc арбитраж към постоянен инвестиционен съд“*, подготвен в рамките на VI-та национална конференция на докторантите в областта на правните науки, проведена от 9 до 12 юни 2016г., организирана от Института за държавата и правото при Българската академия на науките и публикуван в сборник с научни трудове на Института за държавата и правото при БАН.
- ✓ *„Понятието за „инвеститор“ в международния инвестиционен арбитраж“*, подготвен в рамките на научна конференция в памет на 25-годишнината от смъртта на доц. д-р Кръстю Цончев, организирана от юридическия факултет на СУ „Св. Климент Охридски“;
- ✓ *„Регламент (ЕС) № 1219/2012 на Европейския парламент и на Съвета от 12 декември 2012 година за установяване на преходни разпоредби за двустранните инвестиционни споразумения между държавите членки и трети държави, и Регламент (ЕС) № 912/2014 на Европейския парламент и на Съвета от 23 юли 2014 година за създаване на рамка за уредбата на финансовата отговорност, свързана с арбитражните съдилища за уреждане на спорове между инвеститор и държава, учредени по силата на международни споразумения, по които Европейският съюз е страна“*, подготвен в рамките на научна конференция „Регламентите по МЧП на ЕС 2009 – 2016 г., тенденции и новости в правната уредба“, проведена в периода 28.11.2016г. – 29.11.2016 г.
- ✓ *„Понятието „инвестиция“ по смисъла на Конвенцията за уреждане на инвестиционни спорове между държави и граждани на други държави.“*, подготвен и изнесен в рамките на VII Национална конференция на докторантите в областта на правните науки към ИДП.

1.5. Обем и структура на дисертационния труд

Дисертационният труд се състои от общо 319 (триста и деветнадесет) страници плюс заглавна страница, 1 (една) таблица – Приложение № 1, заемаща 15 страници и 8 (осем) фигури. Отделно е обособено съдържанието, което заема 6 (шест) страници. Налице е декларация за оригиналност в обем 1 (една) страница.

Цитираната литература се състои от общо 156 източници, от които 19 на кирилица; 90 на латиница и 46 интернет източници. Цитираната съдебна и арбитражна практика обхваща 165 решения. Бележките под линия са общо 942.

В структурно отношение дисертационният труд е разделен на увод, три глави, заключение и библиография.

II. ОСНОВНИ МОМЕНТИ В ИЗЛОЖЕНИЕТО НА ПРОЕКТА НА ДИСЕРТАЦИОНЕН ТРУД

2.1. Увод

В увода на дисертационния труд е обоснована актуалността и значимостта на изследването. Формулирани са обектът, предметът, целите и задачите на дисертационния труд. Описана е методологията, която ще бъде използвана в хода на изследването. Декларирана е научноизследвателската теза. Представена е информация къде са апробирани част от резултатите от изследването.

2.2. Глава първа – Инвестиционен спор

В началото на първа глава е посочено, че способите за уреждане на инвестиционни спорове са средство за защита срещу незаконосъобразното развитие на отношенията между чуждестранния инвеститор и приемащата инвестицията държава, които целят да възстановят тяхното законосъобразно състояние. Ето защо, първа глава от проекта на дисертационен труд е посветена на: *(i)* същността на инвестиционния спор; *(ii)* източниците на уредба на правото на инвестиционен иск и *(iii)* гаранциите на закрила, чието нарушение става причина за инвестиционен спор; *(iv)* особеностите на страните по спора и *(v)* предмета на спора, произтичащ от или свързан с инвестиция.

2.2.1. Резюме на глава първа

За целите на дисертационния труд е дадена дефиниция на понятието „**инвестиционен спор**“ като правен спор, регулиран от нормите на правото на чуждестранните инвестиции, при който инвеститорът твърди, че *(i)* държавата е нарушила гаранция на закрила или че *(ii)* държавата неоснователно отрича право на закрила на инвеститора.

2.2.1.1.Източници, регламентиращи уреждането на инвестиционни спорове

Посочено е, че за да бъде ефективна закрилата на чуждестранните инвестиции, тя трябва да бъде установена в системата от нормативно предоставени гаранции на чуждестранните инвестиции.

Ето защо в глава първа са разгледани **международноправните източници**: многостранни и двустранни международни договори, които съдържат клауза за уреждане на инвестиционен спор. Посочено е, че тези източници са междуправителствени или междуведомствени договори със смесен характер, тъй като уреждат както отношения, регулирани от международното публично право, така и частноправни отношения с международен елемент. Обосновано е, че последните десетилетия се наблюдава ръст както на сключваните ДИД, така и на броя на инвестиционните спорове. Тази тенденция е илюстрирана с две фигури в дисертационния труд – *Фигура 1*, която показва броя сключвани ДИД по години и *Фигура 2*, която показва броя образувани инвестиционни дела по години.

Направен е извод, че с увеличаване броя на ДИД се увеличава и броят на инвестиционните спорове. Посочено е, че тази тенденция се дължи на обстоятелството, че: **(i)** посредством клаузата за УСИД, която се съдържа в ДИД, се избягва политическото напрежение и инвестиционният спор се решава между инвеститора и държавата, без да се замесва и правителството на националната държава на инвеститора и **(ii)** ДИД улесняват достъпа на инвеститорите до правосъдие. По този начин се създава благоприятна среда за извършване на чуждестранни инвестиции, а с нарастване броя на инвестициите, закономерно нараства и броят на споровете, свързани с тях.

На следващо място, доколкото инвестиционен спор възниква, когато е налице несъвпадение в становищата на инвеститора и приемащата инвестицията държава относно нарушение на гаранция на закрила, в проекта на дисертационен труд са разгледани и гаранциите на закрила.

2.2.1.2.Гаранции на закрила

Направен е кратък исторически преглед на възникването на гаранциите на закрила в правото на чуждестранните инвестиции. Разгледани са „**формулата на Хъл**“ и „**доктрината на Калво**“. По-нататък са анализирани гаранциите на закрила, които са нормативно установени в почти всички двустранни и многостранни договори.

На първо място, посочен е **принципът за честно и справедливо третиране**. Разгледани са проявленията на този принцип в практиката по арбитражни дела. Посочено е, че съществуват две разбирания за същността на този принцип. Едното е застъпено в Тълкуване от 31 юли 2001 г. на Комисията по свободна търговия на НАФТА, която дава заключение, че за целите на НАФТА, гаранцията за „честно и справедливо третиране“ следва да се тълкува като отговаряща на минималния стандарт на закрила. Това тълкуване е приложено на практика и в решението по делото Methanex. Обратно, за целите на ДЕХ, арбитражният трибунал по делото СМЕ v The Czech Republic приема, че гаранцията за честно и справедливо третиране поставя повече изисквания от минималния стандарт на закрила. В дисертационния труд е подкрепено второто становище, а именно, че гаранцията за честно и справедливо третиране предоставя на инвеститора повече права в сравнение с минималния стандарт на закрила на международното публично право и съдържа изискване за третиране от страна на държавата, което да е добросъвестно, недискриминационно, предвидимо, безпристрастно и законно.

На следващо място в глава първа е разгледано правото на инвеститорите на „**пълна закрила и сигурност**“. Застъпено е разбирането, дадено в решение по делото Saluka Investments BV v Czech Republic, че гаранцията за пълна закрила и сигурност следва да се тълкува като задължение за държавата да поддържа в националното си законодателство такъв набор от правила и процедури, които да гарантират ефективна закрила и сигурност на чуждестранните инвеститори и инвестиции от посегателства.

Специално внимание е отделено на **принципа на недискриминация**, който е основополагащ принцип в международното инвестиционно право. Посочено е, че целта на този принцип е да гарантира, че всички чуждестранни инвеститори ще бъдат поставени в равнопоставени и конкурентни условия, както с другите чуждестранни инвеститори, така и с местните инвеститори при сходни ситуации. Ето защо, от съществено значение в случая е да се определи кога едно третиране е дискриминационно и кога не. Посочени са двата критерия, използвани в теорията, а именно субективен (според който мярката е дискриминационна, ако единствен мотив за налагането ѝ е различната националност на субекта) и обективен (според който дискриминацията се преценява с оглед тежестта на наложените ограничения). Споделено е разбирането, изразено в теорията от проф. Натов, че в правото на чуждестранните инвестиции определящ е субективният критерий.

Посочено е, че тази гаранция на закрила е тясно свързана с други два принципа за закрила на чуждестранните инвеститори и инвестиции, а именно: 1) **принцип за най-облагодетелствана нация**, който гарантира, че инвеститорите и инвестициите от една държава ще бъдат третирани не по-малко благоприятно от или по същия начин като инвеститори от други държави и 2) **национален стандарт на закрила**, който гарантира, че инвеститорите от други държави ще бъдат третирани по същия начин или по не по-малко благоприятен начин като инвеститорите в приемащата държава, които също са разгледани в глава първа.

В глава първа е изследвана и **защитата на инвеститорите в случай на отчуждаване**. Посочено е, че държавите по принцип имат право да отчуждават имущество на чужденците, но на това право кореспондира задължението да извършват отчуждаване само, когато са налице важни причини за това и когато се заплати бързо, адекватно и равностойно парично обезщетение. В допълнение, отчуждаването трябва да се предприема само на законово основание и да е недискриминационно. Отбелязано е, че има два вида експроприация: пряка и непряка и са посочени разликите между тях. Изтъкнато е, че в практиката основният критерий за преценка на факта дали е налице експроприация от страна на държавата или не, е обективен, а не субективен. С други думи, преценява се цялостният ефект, който се постига от мерките на държавата по отношение на инвестицията, а не субективното намерение, което мотивира тези мерки. Направен е извод, че експроприация може да е налице и без държавата да има намерение да отчуждава собственост. С оглед критерия дали отнемането е в обществен интерес или не, експроприацията се дели на „законна“ и „незаконна“. Посочено е, че практическото значение на това деление е с оглед размера на дължимото обезщетение.

Обобщено е, че УСИД предоставят на инвеститора **само правото на парично обезщетение** за нарушение на гаранциите на закрила, но не и промяна на правното положение. Това е и най-съществената разлика между търговските и инвестиционните спорове. Тя се дължи на особеностите на инвестиционното правоотношение и най-вече на обстоятелството, че нарушенията на гаранциите на закрила са свързани с регулаторни или политически мерки на една суверенна държава. В тази насока правото на чуждестранните инвестиции не предоставя на решаващите спора органи властта да постановяват решения, с които да отменят или изменят такива държавни мерки или актове. Застъпена е тезата, че този подход е правилен и постига баланс в интересите и на двете страни по спора.

2.2.1.3. Страни по инвестиционния спор

Страни по инвестиционния спор са приемащата инвестицията държава и чуждестранният инвеститор. Посочено е, че в международния инвестиционен процес инвеститорът е винаги ищец, а държавата - ответник. Направено е уточнението, че при определени предпоставки държавата може да бъде титуляр единствено на правото да предяви насрещен иск.

Аргументирано е, че качеството „инвеститор“ е от значение, тъй като **(i)** гаранциите на закрила, предвидени в съответната спогодба за насърчаване на инвестициите, са предоставени само на „инвеститорите“; **(ii)** от националността на инвеститора зависи компетентността на международния правораздавателен орган - „*Forum actoris*“, която се определя, *inter alia*, от националността на ищеца и **(iii)** съгласието за УСИД в конкретна спогодба се прилага само за инвеститори на държавата, която е страна по тази спогодба.

В тази насока е разгледан въпросът за **националността на инвеститора**. Последователно са изследвани критериите за определяне на националността на физическите лица инвеститори и на юридическите лица с оглед квалифицирането им като чуждестранни инвеститори.

Посочено е, че националността на физическите лица инвеститори се определя от правото на държавата, чието гражданство се твърди да имат. Дадени са примери с инвестиционни дела, в които въпросът за националността на физическите лица – инвеститори от гледна точка на правото на иск е бил ключов: делата *Soufraki v UAE* и *Olguin v Paraguay*. Изследван е въпросът за двойното гражданство на лицата като е прието, че ако едно лице има двойно гражданство и е извършило инвестиция в една от държавите, чието гражданство има, то това лице не се счита за чуждестранен инвеститор на тази държава. В подкрепа на това е посочена арбитражна практика по делото *Champion Trading v Egypt*.

Относно националността на юридическите лица е посочено решението по делото *Autopista v Venezuela*, в което арбитражният трибунал е формулирал основните критерии за определяне националността на юридическите лица-инвеститори, а именно: в зависимост от място на учредяване; седалището или мястото на действително управление на юридическото лице. Изследвано е, че повечето спогодби акцентират върху учредяването на юридическото лице в определена държава. Иначе казано, националността на юридическите лица – инвеститори се определя по формулата *Lex*

incorporationis на международното частно право. Изяснено е, че в случаите, в които съответната спогодба предвижда мястото на учредяването като единствен релевантен критерий, трибуналите по правило отказват да премахнат „корпоративния воал“, тоест да изследват националността на действителните собствениците на дружеството – този подход е следван в делата *Tokios Tokles v Ukraine* и *Saluka v Czech Republic*.

Други спогодби използват като критерии за определяне на националността на юридическите лица тяхното седалище, тоест формулата *lex situs* (например Договора между Република България Кралство Мароко за взаимно насърчаване и защита на инвестициите).

Изследвани са и други възможности за определяне на националността на юридическите лице, а именно: комбиниране на мястото на учредяване на дружеството и мястото на дейност, както и поставяне на условието за наличие на икономическа връзка между дружеството-инвеститор и държавата, чиято националност се твърди да има. Такава икономическа връзка може да се състои в ефективен контрол над дружеството от граждани на държавата. В тази връзка, в глава първа е разгледана и **„теорията на контрола“**, която приема, че контролираното юридическо лице има националността на субектите, които го контролират.

Самостоятелно внимание е отделено на квалификацията на инвеститор по смисъла на чл.25, ал.2, б. „б“ от Конвенцията ICSID. Посочено е, че дори местното дружество да не се ползва със статут на инвеститор, участието в дружеството може да се разглежда като инвестиция, както е прието по делото – *Alex Genin v Estonia*. По този начин отделният акционер или съдружник може да предяви инвестиционен иск срещу приемащата държава за нарушена гаранция на закрила в резултат на която търпи вреди от намалената печалба на дружеството или неговия капитал.

В светлината на изложеното по-горе е разгледан и въпросът за планиране на националността на инвеститора и при какви предпоставки такова планиране не представлява злоупотреба с права. Обсъдени са делата *Philip Morris v Australia*; *Plama v Bulgaria* и *Banro v Congo*.

В глава първа е разгледана и ролята на държавата като ответник по инвестиционния спор и предпоставките, при които държавата може да бъде ищец по насрещен иск срещу инвеститора.

2.2.1.4. Предмет на инвестиционния спор

В глава първа е посочено, че инвестиционният спор възниква при или по повод осъществяването на чуждестранна инвестиция. По тази причина в глава първа е изяснено **понятието „чуждестранна инвестиция“**. Изтъкнато е, че многостранните и двустранни спогодби не съдържат единна дефиниция на понятието „инвестиция“, а като подход използват неизчерпателно изброяване, което включва традиционно „*всякакъв вид вложение*“, инвестирано от инвеститор на едната договаряща страна на територията на другата договаряща страна в съответствие със законите и разпоредбите на тази договаряща страна.

Изследвано е понятието за „инвестиция“ по смисъла на чл. 25 от Конвенцията ICSID, тъй като компетентността на Центъра е ограничена само до спорове, пряко произтичащи от инвестиция. Преценката обаче дали е налице спор, произтичащ пряко от инвестиция, се прави за всеки конкретен случай като трибуналите прилагат т.нар. **двоен тест**, а именно: проверка дали съответната дейност попада в обхвата на съгласието, дадено от страните по спора и дали вложението попада в приложното поле на Конвенцията. Посочени са примери от практиката за няколко типа дейности, които са преминали „двойния тест“ за инвестиция – вложенията в движимо и недвижимо имущество; заемите (установени по дело CSOB v Slovakia; Sempra v Argentina); покупката на ценни книжа (установена по дело Fedax v. Venezuela).

Специално внимание е обърнато на т.нар. „**тест на Салини**“, който трибуналите използват в практиката си за определяне дали дадена дейност представлява инвестиция. Това са три критерия, които са приложени от арбитражния орган в решение по делото **Salini v Marocco**, в което ответникът оспорвал, че договор за строеж на пътища не представлява инвестиция. Трибуналят изследвал **(i) наличието на вложения** от страна на инвеститорите (с оглед тяхната продължителност и очакване за печалба), **(ii) рискът**, поет от тях, и **(iii) приноса към икономиката** и развитието на Мароко и заключил, че конкретният договор представлява инвестиция.

С оглед изложеното е направен извод, че инвестицията представлява съществено вложение на чуждестранен инвеститор с определена продължителност, направено при наличие на риск, което допринася за развитието на приемащата държава.

2.2.2. Изводи от глава първа

В обобщение на глава първа са направени следните изводи:

Първо, способите за УСИД представляват гаранция за правата на инвеститорите и създават благоприятен инвестиционен климат в държавите. В този смисъл, те са стимул за привличането на чуждестранни инвестиции.

Второ, с ДИД държавите поемат определени гаранции на закрила спрямо инвеститорите и инвестициите (за честно и справедливо третиране, за пълна закрила и сигурност, за недискриминация, за прилагане на режим на най-облагодетелствана нация или национален режим, за защита в случай на отчуждаване на собственост) и нарушението на всяка от тези гаранции дава право на инвеститорите да потърсят закрила на правата си чрез способите за УСИД.

Трето, за успешното провеждане на защита правата на инвеститорите със способите на международното частно право е необходимо детайлно познаване на ключовите понятия на правото на чуждестранните инвестиции. Това е така, защото инвестиционният иск е допустим и основателен, когато е предявен от надлежен ищец-чуждестранен инвеститор срещу надлежен ответник-държава, която е нарушила конкретна гаранция на закрила и от това е възникнал спор, пряко произтичащ от инвестиция.

2.3. Глава втора – Способи за уреждане на инвестиционни спорове

Глава втора съдържа структурно въвеждащи бележки относно избора в проекта на дисертационен труд начин на систематизация на способите за уреждане на инвестиционни спорове.

2.3.1. Резюме на глава втора

Във втора глава е разгледан въпросът за **международната компетентност** по инвестиционни спорове от гледна точка на международното частно право, разбираана като властта на един правораздавателен орган да издаде определен акт по международно инвестиционно дело.

Направен е кратък исторически преглед на дипломатическата закрила като способ за уреждане на инвестиционни спорове, както и предявяването на иск от страна на държавата, чиято националност има инвеститора (междудържавен арбитраж). Аргументирано е, че тези способности са се оказали неефективни, тъй като са изисквали намеса на правителствата, поради което е бил необходим друг по-бърз, евтин и деполитизиран начин за решаване на спорове. По този начин се е стигнало до

признаване на физическите и юридическите лица за субекти на международното право по отношение на инвестициите и споровете, свързани с тях.

2.3.1.1. Клаузи за уреждане на инвестиционни спорове

Правните последици на клаузата за уреждане на спорове се изразяват в създаване на международна компетентност на посочения в нея орган да разрешава споровете, попадащи в приложното ѝ поле. Посочено е, че клаузите за уреждане на инвестиционни спорове са многостепенни – състоят се от **условия и алтернативи**.

Условието в клаузите за уреждане на спорове може да бъде изискването за водене на преговори. По същество, това условие изисква изтичането на определен срок (най-често 6 месеца), в който страните да положат усилия за разрешаване на спора доброволно и в дух на приятелство. Обсъдено е значението на това условие като абсолютна процесуална предпоставка за предявяване на инвестиционен иск.

Алтернативите на инвеститора са форумите, пред които инвеститорът може да предяви инвестиционен иск. Това са:

- 1) компетентния съд на договаряща държава; или
- 2) помирителна комисия; или
- 3) арбитражен съд, който от своя страна може да бъде:
 - a) *ad hoc* конституиран (например съставен по Правилника на УНСИТРАЛ или по изрично предвиден в ДИД ред);
 - b) или пред Международния център за уреждане на инвестиционни спорове по реда на Конвенцията ICSID.

В тази връзка, в Приложение №1 към проекта на дисертационен труд са разгледани клаузите за УСИД, съдържащи се във всички ДИД, които са в сила и се прилагат от Република България. В табличен вид е включена информацията относно **(i)** наличието на условие за водене на преговори и в какъв срок следва да се провеждат те; **(ii)** наличието на съгласие от страна на държавата за разглеждане на спора по реда на Конвенцията ICSID; **(iii)** наличието на съгласие за решаване на спора от *ad hoc* арбитражен трибунал; **(iv)** наличието на ограничения в съгласието за арбитраж, а именно: отнася ли се само до определен вид дела.

Анализът на резултатите показва, че от 63 действащи ДИД, сключени с Република България:

- ✓ **Само в 1** от тях не е предвидена клауза за алтернативно уреждане на спорове с инвеститора;

- ✓ **В 60** от тях е налице условие за водене на преговори;
- ✓ **В 43** от тях е налице съгласие за разрешаване на спора по реда на Конвенцията ICSID;
- ✓ **В 61** от тях е предвидена възможност за уреждане на спора посредством ad hoc арбитраж (като 59 от тях изрично предвиждат да се прилагат Правилника на УНСИТРАЛ);
- ✓ **В 15** от тях се съдържа ограничение в предмета на споровете, които могат да се решават от арбитраж.

Направен е извод, че най-значим способ за уреждане на инвестиционни спорове е арбитражът по реда на Конвенцията ICSID.

Особено внимание е обърнато на **клаузата за неотменим избор**. По същество тази клауза изисква инвеститорът да направи избор дали ще търси защита на правата си пред национален съд на приемащата държава или ще избере да предяви иск пред международен арбитраж. Веднъж направен, този избор е окончателен и неотменим. В резултат на това, ако инвеститор предяви иск пред националния съд и в последствие предяви същия иск пред арбитражен трибунал, трибуналят ще трябва да констатира, че няма компетентност по спора. Изследвани са предпоставките, при които практиката приема, че изборът е упражнен и инвеститорът не може да търси закрила на правата си пред арбитраж.

2.3.1.2. Разглеждане на инвестиционни спорове от държавен съд

Посочено е, че правеният спор между чуждестранен инвеститор и приемаща инвестицията държава попада в компетентността на съдилищата на приемащата инвестицията държава, тъй като **(i)** спорът е такъв с международен елемент, породен от националността на една от страните, а именно на чуждестранния инвеститор; **(ii)** инвестицията е реализирана на територията на приемащата държава и **(iii)** твърдяното нарушение/засягане на правата на инвеститора е станало на територията на приемащата държава. Ето защо, всички критерии на привързване са свързани с приемащата държава и обуславят компетентност на нейните съдилища. Посочено е, че решаването на спора от съд на държавата обаче не винаги е приемливо, тъй като има редица **недостатъци** и за двете страни. Това е така по следните причини:

Първо, за съдилищата на държавата, решаването на спор с чуждестранен инвеститор може да доведе до ситуация, при която национален съд да трябва да признае и/или обяви законодателна мярка или акт на съответната държава/ държавен

орган за неправилен, незаконосъобразен или противоречащ на норми на международното право. Същевременно, националният съд може да не разполага с механизъм, по който да установи въпросното противоречие.

Второ, за самия инвеститор, решаването на спора от национален съд, го поставя в ситуация, в която национален съд прилага вътрешното си право, част от което може да бъде законодателна или друга мярка, която уврежда интересите на инвеститора. Не са редки случаите, в които именно промяна в законодателството, води до засягане правата на инвеститора. В други случаи, самите национални съдилища (техни действия или бездействия или неправилни съдебни актове), могат да бъдат причина за нарушаване правата на чуждестранния инвеститор и да дадат основание на инвестиционен спор. От това следва, че защитата на правата на инвеститора би била затруднена.

Трето, дори националният съд да отсъди в полза на чуждестранния инвеститор, изпълнението на това решение би било проблемно, тъй като ще зависи от органите на осъдената държава.

Ето защо, застъпена е тезата, че в тези ситуации националните съдилища не могат да предложат на чуждестранния инвеститор достатъчно ефективно средство за разрешаване на спор.

Посочено е обаче, че държавното правораздаване, независимо дали е най-подходящият способ за разрешаване на инвестиционни спорове, може да се окаже **единствената възможност** за уреждане на спора с държавата от страна на инвеститора. Това е така, защото в много от ДИД клаузите за уреждане на инвестиционен спор от арбитраж, се отнасят само до някои разпоредби на ДИД. Традиционно, спорове относно експроприация и трансфери на средства се възлагат (с арбитражно споразумение) за решаване от арбитражни трибунали, но нарушаване на други права по ДИД като например клаузата за най-облагодетелствана нация, за честно и справедливо третиране и т.н. остават извън компетентността на арбитража. Това означава, че ако инвеститорът твърди засягане на правата си именно на това основание, той трябва да предяви иска си пред националния съд. Това е така, защото спорове относно неимуществени права, поначало не са арбитражуеми.

За изчерпателност е разгледан и въпросът за решаване на инвестиционния спор **от съд на друга държава**. И за този способ са посочени основните проблеми, свързани с **(i)** допустимостта на възлагане на спора на друг национален съд, тъй като

инвестиционният спор няма само имуществен характер; **(ii)** признаването и изпълнението на такова решение и **(iii)** доктрината за „*act of state*“.

В светлината на изложеното по-горе е обосновано, че алтернативните способи за уреждане на спорове са най-подходящият способ за разрешаване на конфликта между инвеститора и държавата по повод извършената чуждестранна инвестиция и нейното засягане.

2.3.1.3. Алтернативни способи за уреждане на инвестиционни спорове

На първо място са разгледани **медиацията и помирението** в инвестиционния арбитраж. Изтъкнато е, че тези два способа са сравнително рядко използвани, но те имат редица предимства, които следва да бъдат взети предвид от страните преди започване на производство по решаване на спора. Това е така, защото медиацията и помирението представляват гъвкав способ за уреждане на спорове, който може да бъде адаптиран към конкретните нужди на страните и да им позволи да запазят и развият и напред отношенията си. Посочено е, че медиацията и помирението в голяма степен зависят от волята и желанието на страните да уредят отношенията си и в този смисъл те не гарантират в крайна сметка уреждането на спора. Изяснени са особеностите на производствата по медиация и помирение; ролята на помирителя и медиатора; възможните начини за приключване на спора; направено е разграничение между „помирение“ и „посредничество“.

Посочено е, че за разлика от медиацията и помирението, арбитражът гарантира на страните постигане на решение по спора дори при липса на желание на страните да си сътрудничат. Аргументирано е, че арбитражът е най-ефективният способ за алтернативно уреждане на инвестиционни спорове, тъй като страните възлагат спора на решаващ орган, който по безпристрастен начин да реши спора, като в същото време това решение е скрепено със сила на пресъдено нещо (*res judicata*) и ефективен начин за изпълнение на постановеното по спора решение. С други думи, както посочва проф. Сталев, **арбитражното решение е приравнено на съдебно решение** и притежава сила на пресъдено нещо и изпълнителна сила.

В детайли са изследвани **особеностите на споразумението за арбитраж** по инвестиционни спорове. Посочено е, че арбитражното споразумение за уреждане на инвестиционен спор се основава на предварително дадено съгласие, определяно като предложение или обещание за арбитраж от страна на държавата. Систематизирани са начините за даване на такова „съгласие“ за арбитраж от страна на държавата, а именно:

то може да се съдържа *(i)* в националното законодателство на държавата; *(ii)* в конкретна инвестиционна спогодба или *(iii)* в отделен договор с инвеститора. Изяснено е, че в първите два случая, предложението се приема от страна на инвеститора с предявяване на инвестиционни иск и в този момент се „сключва“ споразумението за алтернативно уреждане на спора и това представлява валидно съгласие за арбитраж.

За изчерпателност е посочено, че присъединяването към Конвенцията ICSID не представлява само по себе си съгласие за арбитраж. За разлика от Конвенцията ICSID, ратификацията на НАФТА и ДЕХ представлява именно такова съгласие за арбитраж, дадено от страна на държавите.

Разгледани са двата вида арбитраж по инвестиционни спорове: институционален и ad hoc арбитраж. Разгледани са основните разлики между двата вида арбитраж от гледна точка на правото на чуждестранните инвестиции. Посочени са отделните институции, които администрират инвестиционни спорове и тяхната практика по инвестиционни спорове. Направен е извод, илюстриран и с *Фигура 5* в дисертационния труд, че въпреки наличието на много арбитражни институции с богат опит в разглеждането на арбитражни дела, разрешаването на спорове по реда на Конвенцията ICSID е предпочитан способ за УСИД.

2.3.1.4. Арбитражното производство по реда на Конвенцията ICSID

В тази част от проекта на дисертационен труд специално внимание е отделено на компетентността на Центъра. Това е така, защото не всеки инвестиционен спор може да бъде отнесен за разглеждане пред арбитражен съд по реда на Конвенцията ICSID, а само този, който отговаря на условията на чл.25 от Конвенцията. Иначе казано, чл.25 от Конвенцията представлява едностранна императивна пряка процесуална норма, която **урежда международната компетентност на Центъра** по инвестиционни спорове. Хипотезата на нормата съдържа следните фактически обстоятелства, а именно:

- да е налице правен спор, което от своя страна изисква не просто несъгласие в мненията на двете страни, а решение на една от страните да защити правото, което е накърнено или е отречено от страна на ответника; този спор трябва да е правен, тоест да засяга правно защитими блага; както и да е реален, а не теоретичен или хипотетичен; спорът трябва да е свързан или да произтича пряко от инвестиция;
- спорът да е между договаряща страна и
- гражданин на друга договаряща държава;

- страните да са дали писмено съгласие за разглеждане на спора по реда на Конвенцията;

С други думи, хипотезата на нормата обхваща следните групи факти: относно предмета на спора (*ratio materiae*), относно страните по спора (*ratio personae*); относно съгласието на страните (*jurisdictio voluntatis*); относно времето на предявяване на спора (*jurisdictio temporis*). Изследвана квалификацията „*ex conventionae*“, която прави арбитражният трибунал, за да прецени дали тези условия са налице.

Разгледани са и **Правила за допълнителния механизъм на Центъра на ICSID**, които съдържат процесуални норми за провеждане на арбитражно производство по инвестиционни спорове, при които липсват една или повече от фактическите предпоставки от хипотезата на нормата на чл.25 от Конвенцията. Изтъкнато е, че за разлика от решенията, постановени по реда на Конвенцията, решенията, постановени по реда на Правилата за допълнителния механизъм, не са изключени от обхвата на проверка от националните съдилища, което е оценено като сериозен недостатък.

В детайли е разгледано самото **арбитражно производство** по реда на Конвенцията ICSID: проверката и регистрацията на молбата за арбитраж; конституирането на арбитражен трибунал, провеждането на заседания. Обсъден е въпросът за допускане на обезпечение на инвестиционния иск. Посочено е, че арбитражният трибунал разполага с правомощието да „препоръча“ на страните обезпечителни мерки, ако прецени, че обстоятелствата го изискват. Направен е извод, че обезпечителните мерки не се налагат с решение или друг обвързващ страните акт, от което следва, че те не подлежат на отмяна, признаване или изпълнение. Разгледано е постановяването на решение по спора. Акцентирано е върху уникалната особеност на системата на арбитраж по реда на Конвенцията, а именно нейният „**вътрешен**“ **механизъм за контрол** върху постановени решения. Разгледани са трите възможности на страните в тази насока: да поискат тълкуване на арбитражното решение; да поискат преразглеждане на арбитражното решение и трето: да поискат отмяна на арбитражното решение. Посочени са основанията за отмяна по реда на чл.52 от Конвенцията и тяхното приложение в практиката.

Изяснена е **ролята на националния съд** в производствата по реда на Конвенцията. Изтъкнато е, че Конвенцията, поради статута си на международен договор, предвижда система за арбитраж, която съществува извън рамките на националното право и функционира в пълна независимост от националните правни системи. Арбитражът по реда на Конвенция **няма „място“** на арбитража (*locus arbitri*).

Тъй като няма „място“ на арбитража и в този смисъл няма правна система, която да допълва правилата на Конвенцията, всички неуредени в нея въпроси, са от компетентността на трибунала. С други думи, *lex arbitri* на производството по реда на Конвенцията, е самата Конвенция. Направен е извод, че по тази причина и уредбата на Конвенцията, Арбитражните правила и Правилника е предимно с преки процесуални норми на международното частно право.

На последно място, разгледано е **признаването и изпълнението** на решенията, постановени по реда на Конвенцията. Посочено е, че изпълнението на решенията по реда на Конвенцията е пряко и че това е едно от най-големите предимства на решаването на инвестиционни спорове по реда на Конвенцията. Изтъкнато е, че допълнителен стимул за изпълнение на решенията, постановени по реда на Конвенцията ICSID, е обстоятелството, че неизпълнението на такова решение всъщност представлява неизпълнение на задължение на държавата по международен договор и следователно може да доведе и до ангажиране на отговорност по международното публично право.

2.3.1.5. Арбитражното производство по Правилника на УНСИТРАЛ

Посочено е, че Правилникът на УНСИТРАЛ представлява набор от административни и технически правила, които, веднъж приети (утвърдени със споразумение) от страните по спора, стават задължителни за тях. Тези правила обаче **имат недоговорен характер** и не могат да бъдат разглеждани на една плоскост с правилата на Конвенцията ICSID, която е международен договор. Нарушаване на нормите на Конвенцията ICSID може да доведе до отговорност на държавите съдоговорителки по нея.

Изтъкнато е, че Правилникът на УНСИТРАЛ не съдържа, а и няма как да съдържа всеобхватна уредба на арбитражното производство по инвестиционни дела, каквато се съдържа в Конвенцията ICSID. Това е така, защото Правилникът на УНСИТРАЛ е адресиран към страните по международния арбитраж и арбитражните институции и цели хармонизиране на частната, недържавна и затова договорна уредба на арбитража. Допълнено е, че Правилникът на УНСИТРАЛ е създаден за разрешаване на търговски спорове, но е подходящ и се прилага и в производства по решаване на инвестиционни спорове. Това се потвърждава от факта, че чл. III от Алжирската декларация за създаване на Ирано-Американския трибунал за искове изрично препраща към Правилника на УНСИТРАЛ.

По-нататък са посочени **разликите между производството** по Правилника на УНСИТРАЛ и производството по реда на Конвенцията ICSID. На първо място е изтъкнато, че производството по Правилника на УНСИТРАЛ започва със съобщение за арбитраж, а не с молба за арбитраж. Второ и с оглед горното, арбитражното производство по Правилника на УНСИТРАЛ се счита за образувано на датата на получаване на съобщението за арбитраж от страна на ответника. Трето, за разлика от Конвенцията ICSID, която съдържа в чл.25 изрични предпоставки за компетентността на трибунала, Правилникът на УНСИТРАЛ не поставя специални изисквания към страните или предмета на спора извън тези, които самият ДИД предвижда.

В производството по конституиране на арбитражния трибунал е изяснена ролята на Органа по назначаване, който решава всички въпроси по конституирането на трибунала, по които страните не успеят да постигнат съгласие – брой арбитри и начин на избирането им; разглеждане на искане за отвод и други подобни. Като сериозен недостатък в арбитражното производство по Правилника на УНСИТРАЛ е изтъкнато, че липсват изисквания за квалификацията или националността на арбитрите.

Посочено е, че за преодоляване на този проблем, страните най-често се съгласяват да използват **Насоките на Международната асоциация на юристите за конфликтите на интереси в международния арбитраж** (*IBA Guidelines on Conflicts of Interest in International Arbitration*). Обяснено е значението на тези Насоки в практиката, тъй като те предвиждат ясни правила и критерии за наличието на конфликт на интереси, каквито липсват и в Конвенцията ICSID, и в Правилника на УНСИТРАЛ с оглед задължението за „независимост“ на арбитрите. Насоките обаче нямат задължителен характер, а са „*меко право*“ – т.нар. *soft law*. С други думи, те стават приложими и задължителни за страните само ако е налице изрично споразумение в този смисъл. Най-голямото предимство на Насоките е, че те категоризират всички възможни ситуации, които могат да възникнат по отношение на арбитрите в списъци, което **утвърждава легитимността в процеса** и гарантира неговата прозрачност.

В тази насока е разгледан въпросът дали арбитражното производство, което е едноинстанционно и конфиденциално отговаря на **критериите за справедлив процес** на чл.6 от Конвенция за защита на правата на човека и основните свободи. Застъпено е становището, изразено и в практиката, че арбитражното споразумение следва да се разглежда като отказ от правото на съдебен процес по смисъла на чл.6 от Конвенцията за защита на правата на човека и основните свободи. Това обаче не означава, че арбитражното производство не е справедливо. Свободата на страните да се договорят

за процедура, по която техният спор да бъде разгледан и решен не е неограничена и арбитражното решение е обект на контрол на етапа на признаване и изпълнение.

По-нататък е посочено, че като основен принцип в арбитражния процес, Правилникът на УНСИТРАЛ изрично предвижда принципа за *kompetenz-kompetenz*, тоест, че трибуналет сам решава дали има компетентност по спора.

Изтъкнато е, че Правилникът на УНСИТРАЛ, за разлика от Конвенцията ICSID, допуска налагането на обезпечителни мерки с решение, което може да бъде признато и изпълнено принудително от страната, в полза на която е допуснато обезпечението. Правилникът на УНСИТРАЛ изрично допуска и обезпечение на разноските в производството като възможна обезпечителна мярка. Отново за разлика от правилата на Конвенцията обаче, чл.26, ал.3 от Правилника на УНСИТРАЛ допуска възможността страните да поискат обезпечителни мерки от национален съд, което не се счита за нарушение на арбитражното споразумение между страните. В този ред на мисли е посочено, че Правилникът на УНСИТРАЛ съдържат **по-ефективен** механизъм за допускане на обезпечение в арбитражното производство в сравнение с производството по реда на Конвенцията ICSID.

По-нататък е посочено, че основополагаща разлика с арбитража по реда на Конвенцията ICSID, е обстоятелството, че арбитражът по Правилника на УНСИТРАЛ **има място на арбитража**. Това означава, че производството по необходимост е подчинено и на законите по място арбитража (lex arbitri). На следващо място, националните съдилища играят и особено важна роля в **производството по отмяна на арбитражното решение**, което е допустимо съгласно *lex arbitri*. С други думи, макар решението на трибунала да е „окончателно“, тоест то да има сила на пресъдено нещо и същият спор между същите страни за същото искане да не може да бъде решен от друг орган, арбитражното решение подлежи на контрол от националния съд по място на арбитража. За изчерпателност, с примери от практиката по инвестиционни дела, са разгледани основанията за отмяна на арбитражни решения, предвидени в чл.19 от Модела-закон на УНСИТРАЛ за международен търговски арбитраж.

Изтъкнато е, че решение, постановено по инвестиционен спор по Правилника на УНСИТРАЛ, е окончателно и обвързващо страните. Въпреки това, за разлика от Конвенцията ICSID, решението, постановено по Правилника на УНСИТРАЛ не е автоматично изпълняемо, макар да е „окончателно“. Това е така, защото решенията, постановени по Правилника на УНСИТРАЛ **подлежат на признаване и изпълнение** по установения ред в държавата, където се търси това изпълнение. В тази насока, в

дисертационния труд, относно с примери от практиката, са разгледани и предпоставките за отказ от изпълнение на арбитражно решение, постановено по инвестиционен спор в светлината на чл.V от Конвенция за признаване и изпълнение на чуждестранни арбитражни решения („**Нюйоркската конвенция**“), чийто предмет на уредба съвпада с Европейската конвенция за външнотърговски арбитраж от 1961г.

На последно място, направено е **обобщение на предимствата на арбитража** пред останалите способности за уреждане на инвестиционни спорове.

2.3.2. Изводи от глава втора

Уреждането на инвестиционни спорове посредством арбитраж е ефективен способ за уреждане на спорове между инвеститора и държавата. В същото време, изборът на правила за провеждане на арбитражното производство е важен за страните, защото от избора на правила в голяма степен зависи:

- ✓ Бързото решаване на спора;
- ✓ Допускането на обезпечителни мерки;
- ✓ Възможността за отмяна на арбитражното решение;
- ✓ Изпълнението на арбитражното решение;

Конвенцията ICSID и Правилникът на УНСИТРАЛ предвиждат най-добрия набор от правила за разрешаване на инвестиционни спорове. Двете системи са идентични в много отношения, но имат и много различия. Безспорно е **предимството на арбитража по реда на Конвенцията ICSID**, тъй като производството по реда на Конвенцията е в максимална степен откъснато от националния съд:

- ✓ Производството по отмяна на арбитражни решения е в рамките на Конвенцията, а решенията не подлежат на преразглеждане от национален съд.
- ✓ За разлика от това, решенията по Правилника на УНСИТРАЛ и на други арбитражни институции могат да бъдат обект на отмяна от съда по мястото на арбитража.
- ✓ Арбитражните решения по Конвенцията са пряко изпълними. Арбитражните решения по Правилника УНСИТРАЛ са обект на контрол и на етапа на изпълнение на решение. Освен това те не се изпълняват пряко, а страната трябва да поиска от националния съд да издаде съответния изпълнителен титул. Подобно на решенията по търговски спорове, тези решения най-често се изпълняват по реда на Нюйоркската конвенция.

В същото време, изборът на Конвенцията ICSID не следва да е автоматичен, а да се съобразят редица обстоятелства от страните, за да се гарантира ефективното решаване на спора, а именно:

Първо, производството по реда на Конвенцията ICSID е възможен избор, само ако и двете страни са договарящи държави по Конвенцията. Ако само една от страните е договаряща страна, тогава следва да се прилагат Правилата за допълнителния механизъм, които по същество не осигуряват предимствата на Конвенцията за изпълнение на арбитражни решения.

Второ, Конвенцията ICSID в чл.25 поставя допълнителни предпоставки за учредяване на компетентност на трибунала, които трябва да са налице, за да е допустимо производството по реда на Конвенцията. Ако страните имат съмнения относно една или повече от тези предпоставки (условия), добре е страните да потърсят друга институция за решаване на спора като SCC, ICC, LCIA, които не поставят такива изисквания пред международната компетентност на арбитражния трибунал.

Трето, производството по реда на Конвенцията ICSID се образува в момента на регистриране на молбата за арбитраж, а по Правилника на УНСИТРАЛ производството е висящо още с получаване от ответника на съобщението за арбитраж, което е доста по-ранен момент.

Четвърто, счита се, че арбитражът по Конвенцията ICSID е по-евтин от този по Правилника на УНСИТРАЛ, тъй като има фиксирани прагове на разноските. Не следва да се пренебрегват обаче и другите арбитражни институции, които предоставят възможности за разрешаване на инвестиционни спорове. Така при арбитраж по правилата на SCC, разноските се определят от Съвета на директорите на Институцията и то въз основа на цената на иска съгласно приложение към правилата, което внася предвидимост за страните на един начален етап от производството.

Следва да изтъкнем обаче, че инвеститорите разполагат и с възможността за решаване на спора чрез медиация и преговори и те са добра алтернатива за бързо и евтино решаване на спора. При определени обстоятелства, провеждането на производство по медиация или помирение може да позволи на страните да постигнат ефективно уреждане на спора като едновременно с това запазят и отношенията си.

Направено е обобщение, че инвеститорите разполагат с различни варианти за уреждане на инвестиционен спор и само внимателен и задълбочен анализ на предимствата и недостатъците на всеки способ и неговото съотнасяне с конкретния

предмет на инвестиционния иск, може да гарантира успешно приключване на производството.

2.4. Глава трета

Встъпителната част на глава трета идентифицира и систематизира проблемите в системата на способите за уреждане на инвестиционни спорове.

2.4.1. Резюме на глава трета

В трета глава са изяснени проблемите, които се проявяват при решаването на инвестиционни спорове от арбитражен орган и са предложени възможни решения.

2.4.1.1. Въпросът за легитимността на инвестиционния арбитражен процес

На първо място е изследван проблемът за **легитимността** на арбитражния процес. Посочено е, че в рамките на своята регулаторна политика, държавите приемат законодателни и други мерки, които се отразяват върху чуждестранните инвестиции и могат да доведат до нарушение на гаранция на закрила по дадена спогодба. Тази проблематика е илюстрирана в дисертационния труд с няколко знакови инвестиционни дела - Philip Morris Asia Limited v The Commonwealth of Australia; Eli Lilly v Canada; Yukos Universal Limited (Isle of Man) v The Russian Federation и William Ralph Clayton, William Richard Clayton, Douglas Clayton, Daniel Clayton and Bilcon of Delaware Inc. v Government of Canada.

Направен е извод, че критиката към инвестиционния арбитраж не следва да се приема безрезервно. Изтъкнато е, че инвестиционните арбитражни трибунали всъщност **не отричат правото на държавата** да предприеме мерки, които да защитят важен държавен или обществен интерес. Напротив, правото на държавата да регулира обществените си отношения е признато изрично в редица решения и е безспорно. Посочено е, че единственият проблем с оглед регулаторната свобода на държавите е как държавата да предприема въпросните действия по начин, който да не съставлява нарушение на гаранция на закрила, предоставена на чуждестранните инвеститори. Посочени са и възможностите за защита на държавите в такива ситуации, а именно:

- Държавата може да се позове на обективни, непреодолими пречки, които са довели до нарушаване на международните ѝ ангажменти (т. нар. доктрина за „state of necessity”). Това конкретно основание е разгледано в проекта на

дисертационен труд с оглед поредицата дела срещу Аржентина в резултат на финансовата криза в страната от 2001-2002г. или

- Държавата може да се позове на чл.53 или чл.64 от Виенската конвенция за правото на договорите, а именно: противоречие на ДИС с императивна норма на общото международно право (*jus cogens*), когато са налице предпоставките за това.

В дисертационния труд са обсъдени и възможни решения на проблема с легитимността на процеса, а именно:

- Подкрепена е идеята клаузите за закрила в ДИД да бъдат ограничени като се предвиди, че закрилата, предоставена от страна на приемащата държава, изрично не се разпростира върху въпроси на общественото здраве, национална сигурност и други подобни (тоест своеобразен **негативен списък**).
- Възможен подход е и да се формулира **позитивен списък с действия**, които не представляват нарушение на гаранциите на закрила, респективно: не ангажират отговорността на държавата за нарушение на правата на инвеститора;
- Възможно е да се предвиди ограничение в самите клаузите за уреждане на спорове, а именно: те да предвиждат право на инвеститора да съди държавата пред арбитражен трибунал само относно размера на заплатеното обезщетение за експроприация, но не и относно нарушението на гаранция на закрила като честно и справедливо третиране.

Обоснова е тезата, че най-доброто решение на проблема с легитимността би било да се включи в източниците на правото на чуждестранните инвестиции изрична клауза в смисъл, че предоставената закрила не се разпростира върху ситуации, които засягат изключително важни държавни интереси като например: общественото здраве, национална сигурност, защита на околната среда и др., които са обективно наложителни, предвидими и извършени по подходящ начин при минимално засягане на интересите на инвеститорите – тоест клауза за дерогация.

2.4.1.2. Въпросът за постановяването на противоречиви решения по сходни арбитражни дела

Този проблем също е илюстриран с конкретното му проявление в арбитражната практика в делата:

- *Ronald S. Lauder v. The Czech Republic* и *CME v. Czech Republic*;

- SGS Société Générale de Surveillance S.A v Philippines и SGS Société Générale de Surveillance S.A. v Islamic Republic of Pakistan;
- LG&E Energy Corp., LG&E Capital Corp. and LG&E International Inc. v. Argentine Republic и делото CMS v Argentina по повод финансовата криза в Аржентина;

В рамките на тази част от дисертационния труд са разгледани и причините за постановяване на тези противоречащи си решения. Изтъкнато е, че непоследователността в арбитражната практика донякъде може да се обясни с различния „език“ на самите източници на правото на международните инвестиции, които дават основанието на иска, тоест: различното тълкуване на гаранциите на закрила. На второ място, посочено е, че в инвестиционния арбитраж няма правила за висящ процес (lis pendens) или за разглеждането на свързани иски. Поради това не е изключена възможността да се водят паралелни (конкуриращи се) производства, които в краен резултат да приключат с различно установяване на едни и същи факти или различно решение по съществуващото на спора.

Обсъдени са различните **подходи за справяне с проблема**, предложени в рамките на 30-та годишна конференция на ИТА, а именно:

- използване на института на „*злоупотреба с права*“, за да реши проблема с конкуриращите се производства;
- концепцията за „подходящ ищец“;
- промяна в текстовете на инвестиционните спогодби.

Изтъкнато е, че един от възможните способи за преодоляване на проблема с противоречивите решения по инвестиционни дела би било **въвеждането на апелативен орган**, който да уеднакви практиката по делата. Обсъдени са предимствата и недостатъците на този подход. Разгледан е моделът на апелативен орган в рамките на СТО.

2.4.1.3. Други проблеми

Освен посочените три големи групи проблеми в инвестиционния арбитраж, последният е критикуван и поради конфиденциалността в процеса; твърде голямата продължителност на производството и твърде високата цена на арбитража. Направени са препоръки, свързани преди всичко с оптимално използване на Правилниците за арбитраж на съответните институции.

На самостоятелно основание, помирието и медиацията са разгледани като възможни решения на идентифицираните проблеми. Изтъкнато е, че Помирението изрично е предвидено в Конвенцията ICSID, а медиацията е заложена и в предложението на ЕС за реформа.

2.4.1.4. Проблеми, свързани с правото на ЕС

Специално внимание е отделено на проблемите на инвестиционния арбитраж, свързани с правото на ЕС.

На първо място, разгледан е въпросът за съвместимостта на договорите за насърчаване на инвестициите, сключени между две държави членки с правото на ЕС (т.нар. Intra-EU BITs). Подробно са обсъдени аргументите на ЕК в подкрепа на становището, че Intra-EU BITs са несъвместими с правото на ЕС и следва да бъдат прекратени от държавите членки. Обсъдени са и аргументите на Генералния адвокат Wathelet в становище по делото *Achmea*, който отхвърля тезата на ЕК и приема, че инвестиционните арбитражни трибунали са юрисдикция по смисъла на чл.267 ДФЕС, поради което те могат да отправят преюдициални запитвания към СЕС и да осигурят точното прилагане на правото на ЕС.

Изтъкнато е обаче, че мнението на Генералния адвокат не е споделено в решението по делото. Напротив, СЕС приема, че постановяваните от инвестиционен арбитражен трибунал арбитражни решения не подлежат задължително на контрол от страна на юрисдикция на държава членка, която да гарантира, че въпросите от правото на Съюза, по които би могло да се наложи да се произнесе този арбитражен съд, ще могат евентуално да бъдат отнесени до Съда чрез преюдициално запитване. С този решаващ мотив СЕС приема, че чл.267 и чл.344 ДФЕС не допускат разпоредба, съгласно която всеки инвеститор от една от тези държави членки може в случай на спор във връзка с инвестиции в другата държава членка да заведе дело срещу последната пред арбитражен съд, чиято компетентност тази държава членка се е задължила да приеме. С други думи, с решението по делото *Achmea*, **СЕС приема, че клаузите за УСИД са несъвместими с правото на ЕС**. Обърнато е внимание, че това принципно решение се отнася и до споразуменията, сключени от ЕС и държавите членки, които съдържат клаузи за УСИД, а именно: **ДЕХ и ВИТС**.

Разгледани са и **последниците от решението *Achmea***. Посочено е, че мерките, които държавите следва да предприемат в тази насока, са неясни. Коментирани са висящите инвестиционни арбитражни дела, образувани въз основа на вътрешносъюзни

ДИД. Обърнато е внимание, че ако държавите членки не изпълнят решение, постановено по реда на Конвенцията ICSID, това само по себе си представлява нарушение на задължение на държавата по международен договор, какъвто е Конвенцията. Обсъдени са последиците на решението Achmea с оглед постановените решения по инвестиционни дела образувани въз основа на такива вътрешносъюзни ДИД. Конкретно е коментирано решението на Немският върховен съд, отправил преюдициалното запитване по делото Achmea, а именно: за отмяна на арбитражното решение, постановено по инвестиционен спор поради липса на валидно арбитражно споразумение по спора. На следващо място, анализирана е съдбата на действащите ДИД, които са международни договори и като такива, са подчинени на режима на прекратяване на договорите по реда на чл.53 и сл. от Виенската конвенция за правото на договорите, т.е. необходимо е договарящите страни да постигнат съгласие за прекратяване на договора, включително по отношение на т.нар. „*заязващи*“ клаузи – от английски „sunset clauses“.

Коментирана е и Декларацията за правните последици от решението по делото Achmea, подписана на 15 януари 2019 г., държавите членки и поетите с нея задължения. Обърнато е внимание, че мерките, които държавите членки следва да предприемат с оглед решението по делото Achmea при всички случаи следва да държат сметка за възможността за реторсионни мерки, както и за отговорността на държавите по реда на ЕКПЧ. В тази насока е разгледана и презумпцията за еквивалентна защита, установена още с решението по делото Bosphorus Hava Yolları Turizm ve Ticaret Anonim Şirketi срещу Ирландия. Не на последно място, анализиран е въпросът кой орган ще е компетентен да решава инвестиционните спорове между инвеститор на държава членка и друга държава членка. Обсъдена е възможността за търсене на закрила по реда на ЕКПЧ и са посочени конкретните недостатъци при този подход.

Посочено е, че като резултат от решението Achmea е възможно инвеститорите на държавите членки да извършват инвестициите си през дружества в трети държави с цел или иначе казано - да се възползват от възможността за планиране на националността и в крайна сметка да се ползват от закрилата на арбитража по реда на ДИД.

На следващо място, изтъкнато е, че с влизане в сила на Договора от Лисабон на 1 декември 2009 г., преките чуждестранни инвестиции са включени в списъка с тематични области в обхвата на общата търговска политика. В съответствие с член 3, параграф 1, буква д) от ДФЕС, ЕС разполага с изключителна компетентност в областта

на общата търговска политика. Това означава, че след 1 декември 2009 г. само ЕС може да законодателства и да приема правно обвързващи актове в тази област. Посочено е, че това от своя страна предполага два основни проблема: какъв е режимът на съществуващите ДИД, сключени между държави членки и трети страни, както и как ще се сключват такива ДИД занапред. По отношение на първия проблем е посочено, че ДФЕС не съдържа изрични преходни разпоредби за ДИД, които след Договора от Лисабон вече попадат в изключителната компетентност на ЕС. Изтъкнато е, че за тази цел е приет Регламент (ЕС) № 1219/2012 на Европейския парламент и на Съвета за установяване на преходни разпоредби за двустранните инвестиционни споразумения между държавите членки и трети държави (**Регламент № 1219/2012 г.**), който урежда две групи въпроси:

- 1) правния статут на двустранните инвестиционни споразумения на държавите членки съгласно правото на Съюза и
- 2) реда, условията и процедурите, при които на държавите членки се разрешава да изменят или сключват двустранни инвестиционни споразумения.

На следващо място, посочено е, че когато Съюзът, в качеството си на образувание, което има правосубектност, носи международна отговорност за третиране, в рамките на международното право от него се очаква да плати всички суми, които е осъден да плати по силата на арбитражно решение и да поеме разноските по спора. Сумите, които е осъден да плати по силата на арбитражно решение обаче могат потенциално да произтичат, както от третиране от страна на Съюза, така и от третиране от страна на държава членка. Поради това не би било справедливо присъдените с арбитражно решение суми и разноските за арбитража да се поемат от бюджета на Съюза, когато третирането е от страна на държава членка, освен ако въпросното третиране не се изисква от правото на Съюза. Това поражда необходимостта от създаването на **ясни критерии за разпределяне** на финансовата отговорност между ЕС и държавата членка, отговорна за третирането. Този въпрос е уреден в Регламент (ЕС) № 912/2014 на Европейския парламент и на Съвета от 23 юли 2014 година за създаване на рамка за уредбата на финансовата отговорност, свързана с арбитражните съдилища за уреждане на спорове между инвеститор и държава, учредени по силата на международни споразумения, по които Европейският съюз е страна (**Регламент № 912/2014**) Посочено е, че основният принцип, около който е съставен Регламент № 912/2014, е, че разходите следват произхода на третирането, тоест: финансовата

отговорност, произтичаща от производства за уреждане на спорове между инвеститор и държава, следва да се поеме от този, от страна на когото е третирането – предмет на спора.

Обобщено е, че ЕС се намира в положение, в което **разполага с компетентност** в областта на преките чуждестранни инвестиции, **но не разполага с ефективен способ за уреждане на спорове**. Изтъкнато е, че това се дължи и на обстоятелството, че към момента ЕС не може да се ползва от механизма за уреждане на спорове по реда на Конвенцията ICSID. ЕС не е страна по Конвенцията ICSID тъй като не е държава. От това следва, че евентуално присъединяване на ЕС към Конвенцията ICSID изисква промяна в самата конвенция, респективно: одобрение от всички държави съдоговорителки по нея, което е сложен и дълъг процес (макар и не невъзможен). Същевременно, Съюзът води преговори, а вече е и страна по всеобхватни споразумения, в които се съдържа уредба на инвестициите, както и на уреждането на спорове (ВИТС). Съюзът може да бъде ответник по поне някои от споровете, възникнали в рамките на тези споразумения.

Ето защо в дисертационния труд е обсъден и предложението от ЕК **двустепенен подход към реформа** на традиционната система на УСИД, а именно:

- 1) включването в бъдещите споразумения на ЕС за търговия и инвестиции на система на институционализиран съд, в която да се разрешават инвестиционни спорове (т.е. СИС);
- 2) създаване на многостранен инвестиционен съд.

В тази връзка е разгледано предложението на за реформа на ЕС в светлината на ТТИП – като първото споразумение, което предвижда СИС вместо *ad hoc* арбитраж, както и ВИТС, което пък е първото подписано споразумение, което предвижда такава система.

Изтъкнати са **специалните правила на ТТИП** които предлагат решение на констатираните в първата част на глава трета проблеми в системата на арбитража по инвестиционни спорове. Така ТТИП насърчава доброволното уреждане на спорове; съдържа клаузи за прозрачност; предвижда изисквания за квалификация и непристрастност на решаващия орган; съдържа правила за преодоляване на проблема с противоречивите решения – апелативен орган; правила за ограничаване на търговията с националност; правила за възлагане на разноските в инвестиционния спор на загубилата спора страна; ясни правила за определяне размера на дължимото обезщетение и други.

Разгледана е и **системата за уреждане на спорове по ВИС**, състояща се от първоинстанционен и апелативен съд с публично назначавани съдии с призната квалификация. Обсъдено е **Становище 2/15** относно Споразумението за свободна търговия между ЕС и Сингапур, както и **Становище 1/17**, направено от Кралство Белгия на основание член 218, параграф 11 ДФЕС относно съвместимостта на системата за УСИД по реда на СЕТА и правото на ЕС. Направен е анализ и съпоставка между аргументите на Генералния адвокат Wathelet, изложени в заключение по делото Achmea и аргументите на Генералния адвокат Bot, поддържани в Заключение, представено по Становище 1/17.

Изтъкнато е, че системата за институционализирано решаване на инвестиционни спорове не представлява универсално решение на проблемите в системата на УСИД и **разкрива проблеми**, свързани с твърде общо формулираните основания за обжалване на решенията; удължаването и оскъпяването на процеса предвид възможността за обжалване; практическото превръщане на системата в двуинстанционна; нереалистично кратките срокове за решаване на дела предвид обема и сложността на фактите и други. Направена е съпоставка на предвидената институционализирана система със системата за решаване на спорове по реда на СТО и с компетентността на Ирано-Американския трибунал за иски.

Направено е предложение за реформа в действаща система, основаващо се на балансиран и комплексен подход за справяне с проблемите като държи сметка за интересите на всички участници в процеса, а именно:

- 1) Да се реформира действащата система като се изменят самите спогодби за закрила на инвестициите и арбитражните правила за провеждане на производства по инвестиционни спорове;
- 2) Да се насърчат алтернативните механизми за решаване на спорове – медиация и помирение;

Конкретното предложение по отношение на изменение в текстовете на ДИД е следното:

A. Реформиране на клаузите в ДИД като се формулират:

- ✓ Ясни клаузи за закрила на инвеститорите: относно най-облагодетелствана нация; честно и справедливо третиране и др., за да се избегне възможността за противоречиво тълкуване на тези гаранции на закрила;

- ✓ Ясни дефиниции за инвеститор и инвестиция, за да се ограничи възможността за търговия с националност и спогодби („nationality shopping“ и „treaty shopping“);
- ✓ Клаузи за дерогация, а именно: че държавата не носи отговорност за третиране в нарушение на гаранциите, ако са налице извънредни обстоятелства: финансови кризи, бедствия, причини от социален и др. характер; Такива са предвидени в чл. 24 ДЕХ, както и в ГАТС и могат да послужат за пример.
- ✓ Клаузи, които дават изрично право на държавите да регулират въпроси на общественото здраве, екологията и др.
- ✓ Критерии за определяне размера на дължимото обезщетение, каквито са заложиени в ТПТИ;

В. Реформиране на правилата за провеждане на арбитражно производство като се предвиди изрично:

- ✓ Прилагане на Правилата за прозрачност на УНСИТРАЛ по всички арбитражни производства (или еквивалентни на тях);
- ✓ Включване на изискване за квалификация на арбитраге;
- ✓ Въвеждане на изрични правила за разпределяне на отговорността за разноси при спазване на принципа, че загубилата страна понася разноските по спора;
- ✓ Въвеждане на процесуално правило за бързо разглеждане и отхвърляне на явно неоснователни икове;
- ✓ Въвеждане на давностни срокове за предявяване на инвестиционен иск: например 3 години от настъпване на увреждането по примера на НАФТА.

Обобщено е, че предложените промени се основават изцяло на съществуващи механизми, които функционират добре и са доказали своята приложимост в инвестиционния арбитражен процес

2.4.2. Изводи от глава трета

Всеки от способите за уреждане на инвестиционни спорове, включително и всяко от предложенията за преодоляване на кризата в инвестиционния процес, има предимства и недостатъци. Ето защо най-важното правило при уреждане на инвестиционни спорове е страните внимателно да преценят конкретния спор, за да изберат най-подходящия способ за уреждане на възникналия конфликт.

2.5. Заключение

В заключението са систематизирани изводите от всяка от трите глави. Посочено е, че способите за разрешаване на инвестиционни спорове са важен елемент от системата на международното инвестиционно право. Това е така, защото наличието на ефективен механизъм за уреждане на инвестиционни спорове е **гаранция за добър инвестиционен климат** в държавата, което води до привличането на чуждестранни инвестиции в нея.

Обобщено е, че в системата за уреждане на спорове между инвеститори и държави, **най-голяма роля има арбитражът**, тъй като той предоставя независим форум за решаване на спора от професионални арбитри с призната квалификация в съответната сфера на правото.

Същевременно, не може да се пренебрегне фактът, че арбитражът е и много критикуван, тъй като създава условия за шиканиране на процеса посредством търговия с националност (treaty shopping); самият процес е скъп, а легитимността му е под въпрос поради наличието на противоречиви решения по сходни казуси и липса на ефективни средства за контрол върху постановените решения.

От друга страна, всяка критика към арбитражния процес трябва да бъде съобразена с обстоятелството, че инвестиционният процес е особен процес: ответник по него е държава, а често предметът на спора е свързан с въпроси от обществено значение. Държавата е носител на суверенитет и без наличието на ДИД, нейното осъждане, респективно: реализиране на правата на чуждестранните инвеститори, би било изключително трудно. Естеството на спора пък е такова, че националните съдилища трудно биха могли да разгледат и решат отнесен пред тях инвестиционен спор, тъй като често именно националното законодателство или съдебно решение може да бъде основание на инвестиционен иск. Следва да се съобрази и обстоятелството, че ДИД, които дават основанието на инвестиционния иск, са подписвани в определен исторически и политически контекст. Развитието на правото на чуждестранните инвестиции и на правото в широк смисъл, предопределя и необходимостта от реформа в действащата система за уреждане на инвестиционни спорове. Първият ДИД, който предвижда клауза за УСИД, е подписан през 1959 г., а оттогава правото на чуждестранните инвестиции е претърпяло развитие, когато предопределя и необходимостта от реформа в системата за уреждане на спорове. Това е така, защото с

времето се развиват обществените отношения, развива се и правната закрила, развива се и правната рамка на тези отношения.

Ето защо, реформа в действащата система е необходима и тя **не следва да се разглежда единствено като ответна реакция на критиката** към системата, а като естествено развитие на правната уредба на отношенията в международното инвестиционно право, която допринася за добър инвестиционен климат и адекватно ниво на правна закрила, съответстващо на съвременните изисквания на обществото. В този смисъл, промяна в способите за уреждане на инвестиционни спорове следва да бъде подкрепена и насърчена.

Действащата система за уреждане на спорове и в частност, уреждането на инвестиционни спорове посредством арбитраж, не следва да се отхвърля като ефективен способ за уреждане на спорове между инвеститори и държави. Действително, **налице са проблеми в тази система, но те могат да бъдат разрешени** с подходящо изменение в текстовете на ДИД и на съответните арбитражни правила, които да гарантират оптимално протичане на процеса и решаването му по безпристрастен начин от професионалисти в съответната област.

Не следва да се забравя, че инвестиционните спорове са породени от несъвпадение в позициите на двете страни и в този смисъл: **решението на спора винаги ще бъде неблагоприятно за една от страните**, респективно: ще бъде критикувано. Именно по тази причина е особено важно да съществува механизъм, който да гарантира решаване на спора от едно трето, безпристрастно лице, което да постанови решение, обвързващо страните. В противен случай правната сигурност би била застрашена, а от това страда и цялото право на международните инвестиции.

Именно наличието на ефективен механизъм, който гарантира и принудително изпълнение на решението по спора, стимулира страните към търсенето на справедлив баланс и компромис в интересите. При наличие на способ за принудително изпълнение на постановено арбитражно решение, държавите в много по-голяма степен са склонни да водят изобщо преговори с инвеститорите.

В този смисъл, обосновано е, че арбитражът продължава да бъде най-ефективният способ за уреждане на инвестиционни спорове и посредством предложената реформа в ДИД и в самите арбитражни правила, тази система може да продължи ефективно да изпълнява функцията си на гарант в развитието на правото на чуждестранните инвестиции.

III. НАУЧНИ И ПРИЛОЖНИ ПРИНОСИ

3.1. Приноси с научно значение

От доктриналния анализ на проблемите в приложимите в момента способности за уреждане на инвестиционни спорове, могат да се формулират следните приноси на изследването, които имат научно значение:

- ✓ Систематизирани са възможните способности за уреждане на инвестиционни спорове като са посочени техните предимства и недостатъци;
- ✓ Посочени са условията (включително в исторически контекст) и причините (включително политически), които правят арбитража най-използвания способ за уреждане на инвестиционни спорове;
- ✓ Сравнени са правилата за провеждане на арбитражно производство по реда на Конвенцията ICSID и Правилника на УНСИТРАЛ, които са най-използваните правила за провеждане на арбитраж по инвестиционни спорове;
- ✓ Систематизирана е практиката на арбитражни трибунали относно тълкуването на основните понятия на правото на чуждестранните инвестиции: чуждестранна инвестиция, инвеститор, гаранциите на закрила в ДИД;
- ✓ Разгледани са и са систематизирани основанията за предявяване на инвестиционен иск, а именно: нарушение на гаранциите на закрила, които се съдържат в ДИД.
- ✓ Систематизирани са основните критики към инвестиционния арбитраж с оглед тяхното правно основание; разгледани са конкретните инвестиционни дела, дали повод за критика срещу инвестиционния арбитраж;
- ✓ Дефинирани са проблемите в способите за уреждане на инвестиционни спорове с оглед на правото на ЕС, а именно: двустранните спогодби за насърчаване на инвестициите, сключени между държави членки и несъвместимостта на клаузите за УСИД с правото на ЕС; уреждането на спорове, по които ЕС е ответник; въпросът за разпределяне на финансовата отговорност по инвестиционни дела, когато ЕС и/или държава членка е отговорна за третирането;
- ✓ Разгледани са предложените варианти за реформа в действащата система с техните предимства и недостатъци;

3.2. Приноси с приложно значение

В дисертационния труд могат да се обособят следните приноси с приложно значение:

- ✓ Посочени са предпоставките за допустимост на инвестиционните искиове като специално внимание е обърнато на надлежните страни по спора: чуждестранния инвеститор и държавата;
- ✓ Описани са практическите стъпки за започване и провеждане на арбитражно производство по инвестиционен спор: подаване на искане за арбитраж, конституиране на трибунала, провеждане и приключване на производството;
- ✓ Посочени са практическите стъпки за признаване и изпълнение на решения, постановени по инвестиционни дела по реда на Конвенцията ICSID и Правилника на УНСИТРАЛ;
- ✓ Разгледани са причините, които обуславят необходимостта от реформа в действащата система за уреждане на инвестиционни спорове;
- ✓ Обсъдени са практическите последици от прогласената с решение по делото Achmea несъвместимост на клаузите за УСИД, съдържащи се в ДИД между държави членки с правото на ЕС;
- ✓ Анализирани са предложените в теорията и практиката начини за реформа в действащата система и е обоснована необходимостта от прилагане на балансиран подход при реформиране на системата за уреждане на спорове в правото на чуждестранните инвестиции.
- ✓ Предложен е модел за реформа в действащата система, който се основава на съществуващите механизми за уреждане на спорове, но ги надгражда и доразвива;

IV. ПУБЛИКАЦИИ, СВЪРЗАНИ С ТЕМАТА НА ДИСЕРТАЦИОННИЯ ТРУД

- ✓ *Ц. Димитрова*, „Реформа в системата за разрешаване на инвестиционни спорове: от ad hoc арбитраж към постоянен инвестиционен съд“, в Научни трудове на Института за държавата и правото, том XIV, БАН, 2016г., с. 328-339;
- ✓ *Ц. Димитрова*, „Понятието за „инвестиция“ по смисъла на Конвенцията за уреждане на инвестиционни спорове между държави и граждани на други държави“ в Сборник с доклади от VII национална конференция на докторантите в областта на правните науки, БАН, 2017г., с.288-295;
- ✓ *Ц. Димитрова*, „Установяването на преходни разпоредби в двустранните инвестиционни споразумения между държавите членки и трети държави и новата рамка за уредба на финансовата отговорност, свързана с арбитражните съдилища за уреждане на спорове между инвеститор и държава, учредени по силата на международни споразумения, по които Европейският съюз е страна“ в „Регламентите по международно частно право на Европейския съюз 2009-2016г. Тенденции и новости в правната уредба“, Сиела, 2017г., с. 181-210;