

Арбитражът по инвестиционни спорове



Адв. Гергана Илиева

Конвенцията за уреждане на инвестиционни спорове между държави и граждани на други държави от 1965 г. (Вашингтонската конвенция) установява механизъм за разрешаване на инвестиционни спорове, които могат да възникнат между инвеститор и държавата, в която са направени инвестициите. По силата на Вашингтонската конвенция се учредява Международен център за разрешаване на инвестиционни спорове, със седалище в централния офис на Международната банка за възстановяване и развитие и който осигурява воденето на два вида производства - помирителни и арбитражни.

Вашингтонската конвенция е ратифицирана със закон от Народното събрание и е в сила за България от 13 май 2001 г. Ратификацията, приемането или утвърждаването на конвенцията не създава непосредствено задължение за договарящата държава да внася за разглеждане даден спор за помирение или арбитраж. Сключването на двустранни и многостранни споразумения за закрила и насърчаване на инвестициите измества традиционния дипломатически механизъм за защита от държавата на нейните граждани и юридически лица, направили инвестиции на територията на друга държава, поради това и съгласието за арбитраж най-често се съдържа в двустранен договор за насърчаване и закрила на инвестициите между държави, страни по конвенцията.

Изричното съгласие за разрешаване на конкретния инвестиционен спор по реда на Вашингтонската конвенция е първото условие за приложимостта на производството. Съгласието за арбитраж трябва да е ясно и недвусмислено, а възможността за едностранно му оттегляне е изрично изключена от конвенцията.

Наличието или липсата на съгласие за арбитраж се изследва от арбитражния съд на плоскостта на всички съществуващи международни договори или споразумения между държавата, чийто гражданин е ищецът и държавата – ответник. При един двустранен договор за закрила на инвестициите съгласието за арбитраж най-често се обективира в отделна клауза, предвиждаща, че всички спорове, породени във връзка с инвестициите, предмет на договора, ще бъдат решавани чрез арбитраж. Съмнение за това дали съгласието е ясно и недвусмислено може да възникне в случаите, когато до арбитражното споразумение се стига по пътя на препращането - двустранният договор не съдържа арбитражна клауза, за разлика от международен договор, по който са страни държавата ответник и държавата на инвеститора. В своята практика по юрисдикцията арбитражният съд последователно поддържа позиция, че съгласие за арбитраж въз основа на препращане към документ, съдържащ арбитражна клауза, има само тогава, когато документът е писмен и препращането е такова, че да направи този документ част от договора. От препратката следва да се установява ясната и еднозначна воля на страните да включат арбитражната клауза в договора.

Арбитражът се е произнасял и по въпроса дали режимът “най-облагодетелстваната нация” може да служи за препращане към действащи договори, по които са страни са държавата – ответник по спора и държавата на инвеститора. В основата на режима на “най-облагодетелстваната нация” стои принципът на еднаквото третиране на чуждестранните инвеститори във вътрешното законодателство (изрични клаузи се съдържат в Северноамериканско споразумение за свободна търговия (НАФТА) и Общото споразумение по търговията с услуги (ГАТС).

В зависимост от начина, по който е формулирана клаузата за “най-облагодетелствана нация”, може да се преценява доколко от съдържанието ѝ ще е възможно да се изведе изрично съгласие за арбитраж. Така например, клауза, предвиждаща равно третиране “във всички отношения” не може да аргументира съгласието за арбитраж. От друга страна, дори и ясна и конкретна, клаузата за

“най-облагодетелстваната нация” от един двустранен договор не винаги може да бъде въведена в друг поради спецификата на отношенията, предмет на различните договори. Арбитражният съд се придържа към разбирането, че при договарянето на клаузите за разрешаване на спорове по един двустранен договор, страните не са дали съгласието си обхватът на тези клаузи да бъде разширяван чрез въвеждане на договорености от други споразумения. По повод инкорпорирането на една клауза за “най-облагодетелствана нация” от един в друг договор арбитражът е поставял и въпроса за липсата на обективен критерий за преценка кое е по-благоприятно. Ако в един договор се предвижда арбитраж при всички инвестиционни спорове, а в друг, само по изрично изброени (относно размера на обезщетението при отчуждаване, например), отговорът е лесен. Различно ще бъде, ако в двата договора са предвидени различни видове арбитраж (например, Вашингтонски арбитраж и арбитраж ad hoc), а няма установен правен механизъм една държава да бъде задължена да замени изцяло или частично арбитражна клауза на основание клаузата на принципа за “най-облагодетелстваната нация”, освен ако не даде изричното си съгласие за това. Често обсъждано от арбитражния съд решение по повод юрисдикцията е решението по делото *Emilio Agustín Maffezini v. The Kingdom of Spain*, ICSID Case No. ARB/97/7. Тук съдът е приел, че има съгласие за арбитраж на основание двустранния договор за закрила на инвестициите между Испания и Чили на база клаузата на “най-облагодетелстваната нация”, въпреки, че в двустранния договор между Аржентина и Испания е предвидено, че спорът може да бъде отнесен към арбитраж след като са изтекли 18 месеца от образуването на производството пред местните съдилища и същото не е приключило.

Пълната липса на съгласие за арбитраж обаче не може да бъде заменена според съда в решението по делото *Menzies Middle East and Africa S.A. and Aviation Handling Services International Ltd. v. Republic of Senegal* (ICSID Case No. ARB/15/21). В разглежданата хипотеза, Република Синегал е сключила договор за закрила на инвестициите с Дания и Обединеното Кралство и е предложила арбитраж на гражданите на тези държави. Синегал обаче не е сключил договор за закрила на инвестициите с Люксембург и поради това не е предложил арбитраж на гражданите на тази държава. Дори и Синегал да е в нарушение на задължението си за спазване на принципа за третиране на “най-облагодетелстваната нация” съгласно ГАТС, арбитражът приема, че липсата на изрично съгласие на Синегал изключва спора от компетентността на трибунала.

По делото *Capital Financial Holdings Luxembourg S.A. v. Republic of Cameroon* (ICSID Case No. ARB/15/18) отново по повод съгласието за арбитраж съдът е тълкувал клаузата на двустранния договор за насърчаване на инвестициите. След като е установил, че страните са се договорили предстоящите инвестиции да бъдат извършени в съответствие със законодателството на Камерун и същевременно са уговорили всички спорове, свързани с инвестициите да бъдат решавани от Вашингтонския арбитраж, арбитражният съд е приел, че съгласието за арбитраж касае само инвестициите, извършени съгласно правото на Камерун, не и тези, които му противоречат (каквато е бил и случаят). Съдът се е позовал на общото правило за тълкуване на договорите от Виенската конвенция за правото на договорите, съгласно което арбитражът няма право да добавя допълнителни критерии към тези, които страните са предвидили в договора и е приел, че в случай че бъде установено, че ищецът е нарушил правото на Камерун, то това би довело до липса на материална компетентност за разрешаване на спора, поради което и е отклонил заявлението за арбитраж.

Второто условие за приложимостта на Вашингтонския арбитраж е спорът да е инвестиционен. Двустранните договори за насърчаване и закрила на инвестициите съдържат почти винаги дефиниция на понятието, но тя може да бъде изведена и от обхвата на юрисдикцията на Международния център за разрешаване на инвестиционни спорове (ICSID, Центъра), определен във Вашингтонската конвенция. Центърът е компетентен да разгледа всеки пряко произтичащ от осъществяване на инвестиция правен спор между договаряща държава и гражданин на друга договаряща държава, който страните по спора писмено са се съгласили да внесат за разглеждане от Центъра.

Практиката на съда показва, че въпросът за това дали една от страните (физическо или юридическо лице) има качеството на „гражданин на друга договаряща държава“ е основен преди разглеждане на спора по същество.

В решението по делото *Hussein Nuaman Soufraki v. United Arab Emirates* (ICSID Case No. ARB/02/7) съдът не е приел, че ищецът Суфраки отговаря на изискването за гражданство, тъй като не е представил убедителни доказателства, че е италиански гражданин. Съдът обсъжда фактите - в миналото ищецът е бил

италиански гражданин, после е загубил гражданството, кандидатствайки за канадско гражданство, след това отново е пребивавал в Италия, но не е успял да докаже, че е покрил изискването за пребиваване на територията на Италия една година преди релевантния за спора момент, поради което и арбитражът е достигнал до извод, че спорът е извън компетентността му.

По критерия гражданство арбитражният съд обсъжда в детайли фактите, за да отговори на въпроса дали гражданството е ефективно. Делото *Eudoro A. Olguín v. Republic of Paraguay* (ICSID Case No. ARB/98/5), е образувано по иск г-н Олгин, който е с двойно гражданство – на Перу и на САЩ, с твърдение, че Парагвай е нарушил свое задължение по договора за закрила на инвестициите между Перу и Парагвай. В решението относно юрисдикцията съдът мотивира заключение, че ищецът има двойно гражданство и че двете гражданства са ефективни. Ефективността на гражданството е изведена на база на значението, вложено от държавите, на които е гражданин ищецът, а именно – упражняването на политически и граждански права, ползването на дипломатическа защита от държавата, наличието на регистриран адрес и значението му за упражняване на посочените права. Според арбитражния съд ефективността на перуанското гражданство на ищеца е достатъчно основание да обоснове качеството му на инвеститор, ползващ се с правата по двустранния договор между Перу и Парагвай.

По отношение националността на дружествата, различните договори съдържат различни критерии за определяне на едно дружество като инвеститор. В някои договори е въведено ограничение с оглед собствеността или контрола на дружеството. Така в решението по делото *Société Ouest Africaine des Bétons Industriels v. Republic of Senegal* (ICSID Case No. ARB/82/1), арбитражът обсъжда дяловото участие и контрола върху дружеството-ищец, за да се произнесе по юрисдикцията. Панамско дружество притежава дялове от капитала на дружеството ищец, а Панама не е страна по Вашингтонската конвенция. Мажоритарният дял е притежаван от белгийско дружество, Белгия е подписала конвенцията, поради което арбитражът приема, че е компетентен да разгледа спора по същество.

Във всеки един случай арбитражът преценява своята компетентност въз основа на изброените критерии – съгласие за арбитраж, националност и характер на спора.

Решението, с което се произнася арбитражният съд по спора между инвеститора и държавата, е окончателно и подлежи на изпълнение.

До момента срещу Република България са образувани общо седем дела пред Вашингтонския арбитраж, три от които са приключени - Plama Consortium Limited v. Republic of Bulgaria (ICSID Case No. ARB/03/24) – приключило с решение, с което са отхвърлени исковете; Accession Eastern Europe Capital AB and Mezzanine Management Sweden AB v. Republic of Bulgaria (ICSID Case No. ARB/11/3) – приключило с решение за прекратяване на производството и Novera AD, Novera Properties B.V. and Novera Properties N.V. v. Republic of Bulgaria (ICSID Case No. ARB/12/16) приключило с решение за прекратяване на производството. Предстои развитие по останалите четири дела.