



Сборник съдебна практика

ЗАКЛЮЧЕНИЕ НА ГЕНЕРАЛНИЯ АДВОКАТ
М. WATHELET
представено на 19 септември 2017 година¹

Дело C-284/16

**Словашка република
срещу
Achmea BV**

(Преюдициално запитване, отправено от Bundesgerichtshof
(Федерален върховен съд, Германия))

„Преюдициално запитване — Принципи на правото на Съюза — Двустранен договор за инвестициите, сключен през 1991 г. между Кралство Нидерландия и Чешка и Словашка федерална република и все още приложим между Кралство Нидерландия и Словашката република — Съвместимост на механизма за уреждане на споровете между инвеститори и държави, въведен с вътрешен за Съюза двустранен договор за инвестициите, с член 18, параграф 1 ДФЕС и членове 267 ДФЕС и 344 ДФЕС“

Съдържание

I. Въведение	3
II. Правна уредба	4
А. Договорът за функционирането на ЕС	4
В. ВІТ Нидерландия/Чехословакия	5
С. Германското право	8
III. Спорът в главното производство и преюдициалните въпроси	8
IV. Производството пред Съда	11
V. Анализ	11
А. Предварителни бележки	11
В. По третия преюдициален въпрос	15

¹ Език на оригинала: френски.

1. По допустимостта	15
2. По същество	15
C. По втория преюдициален въпрос	20
1. Законоустановеността на учредените в съответствие с член 8 от тази ВІТ арбитражни съдилища	21
2. Постоянният характер на арбитражните съдилища, учредени в съответствие с член 8 от тази ВІТ	23
3. По задължителния характер на юрисдикцията на арбитражните съдилища, учредени в съответствие с член 8 от тази ВІТ	24
4. По състезателния характер на производството пред учредените в съответствие с член 8 от тази ВІТ арбитражни съдилища, прилагането от тяхна страна на правни норми при решаването на отнесените пред тях спорове и независимостта и безпристрастността на арбитражите	26
D. По първия преюдициален въпрос	27
1. Предвиден ли е в член 344 ДФЕС спор между инвеститор и държава членка, какъвто е посоченият в член 8 от тази ВІТ?	29
2. Разглежданият спор „отнасящ[се] до тълкуването или прилагането на Договорите ли е“?	32
a) Компетентността на арбитражния съд се ограничава до това да се произнася по нарушения на ВІТ	34
b) Приложното поле на посочената ВІТ и на въведените от нея правни норми не са идентични с тези на Договора за ЕС и Договора за функционирането на ЕС	35
1) Приложното поле на посочената ВІТ е по-широко от това на Договора за ЕС и Договора за функционирането на ЕС	37
2) Правните норми на посочената ВІТ, които нямат еквивалент в правото на Съюза и които не са несъвместими с него	40
i) Клаузата за НОН	40
ii) Клаузата за спазване на договорните задължения, наречена „umbrella clause“	41
iii) Клауза „sunset“	41
iv) Използването на международния арбитраж като механизъм за УСИД	41
3) Припокриването между останалите разпоредби на въпросната ВІТ с някои разпоредби на Договора за ЕС и Договора за функционирането на ЕС е само частично	42
i) Пълна и цялостна защита и сигурност на инвестициите	43
ii) Лоялно и справедливо третиране на инвестициите	44
iii) Забрана на незаконните експроприации	45

3. Действието на ВІТ Нидерландия/Чехословакия, от гледна точка на нейната цел, накърнява ли уредбата на правомощията, определена с Договора за ЕС и Договора за функционирането на ЕС, и следователно, самостоятелността на правната система на Съюза?	46
VI. Заключение	53

I. Въведение

1. Настоящото преюдициално запитване е отправено в рамките на жалба, подадена пред германските юрисдикции, с искане за отмяна на окончателно решение от 7 декември 2012 г., постановено от арбитражния съд, състоящ се от Vaughan Lowe QC (председател), Albert Jan van den Berg и V.V. Veeder QC (арбитри) и учреден в съответствие със Спогодбата за насърчаване и взаимна защита на инвестициите между Кралство Нидерландия и Чешка и Словашка федерална република (наричана по-нататък „ВІТ Нидерландия/Чехословакия“)² и с Правилника за арбитраж на Комисията на ООН по международно търговско право (UNCITRAL), като Постоянният арбитражен съд (РСА) изпълнява функциите на секретариат³.

2. Запитването дава възможност на Съда за първи път да се произнесе по нелесния въпрос за съвместимостта на ВІТ⁴, сключени между държавите членки⁵, и по-специално за механизмите за уреждане на споровете между инвеститори и държави (наричано по-нататък „УСИД“), въведени от тях, с членове 18 ДФЕС, 267 ДФЕС и 344 ДФЕС.

2 С акронима ВІТ се обозначава „двустранна спогодба за инвестициите“.

3 Вж. Achmea BV (предишно Eureko BV) с/у Словашка република (UNCITRAL) (дело РСА № 2008-13), окончателно решение от 7 декември 2012 г., на разположение на интернет сайта на Investment Policy Hub на Конференцията на ООН за търговията и развитието (UNCTAD) <http://investmentpolicyhub.unctad.org/ISDS/Details/323>.

4 Този вид ВІТ е известен като „ВІТ в рамките на Европейския съюз“ (*intra-EU ВІТ*).

5 Делата, довели до постановяване на решения от 3 март 2009 г., Комисия/Австрия (С-205/06, ЕУ:С:2009:118), от 3 март 2009 г., Комисия/Швеция (С-249/06, ЕУ:С:2009:119) и от 19 ноември 2009 г., Комисия/Финландия (С-118/07, ЕУ:С:2009:715), се отнасят до ВІТ, сключени между държавите членки и трети страни. Решение от 15 септември 2011 г., Комисия/Словакия (С-264/09, ЕУ:С:2011:580), засяга спор между инвеститор с произход от трета страна, а именно от Конфедерация Швейцария и Словашката република въз основа на Договора за Енергийната харта, подписан на 17 декември 1994 г. в Лисабон. Докато по първите три жалби Съдът установява наличието на неизпълнение на задължения, то той отхвърля последната по същество.

3. Този въпрос е от първостепенно значение с оглед на 196-те ВІТ в рамките на Съюза, които понастоящем са в сила⁶, и на множеството арбитражни производства между инвеститори и държави членки, в които Европейската комисия встъпва като *amicus curiae* в подкрепа на тезата си, съгласно която ВІТ в рамките на Съюза са несъвместими с Договора за функционирането на Европейския съюз, теза, която арбитражните съдилища системно отхвърлят като неоснователна⁷.

II. Правна уредба

A. Договорът за функционирането на ЕС

4. Член 18, първа алинея ДФЕС гласи, че „[в] обхвата на приложение на Договорите и без да се засягат специалните разпоредби, съдържащи се в него, се забранява всякаква дискриминация на основание гражданство“.

5. Член 267, първа—трета алинея ДФЕС гласи:

„Съдът на Европейския съюз е компетентен да се произнася преюдициално относно:

- a) тълкуването на настоящия договор;
- b) валидността и тълкуването на актовете на институциите, органите, службите или агенциите на Съюза.

Когато такъв въпрос бъде повдигнат пред юрисдикция в държава членка, тази юрисдикция би могла, ако счита, че по този въпрос е необходимо решение, за да бъде постановено нейното решение, да поиска от Съда на Европейския съюз да се произнесе.

Когато такъв въпрос е повдигнат по всящо дело пред национална юрисдикция на дадена държава, чиито решения не подлежат на обжалване съгласно националното право, тази юрисдикция е длъжна да сезира Съда на Европейския съюз“.

6 Най-ранната е ВІТ Германия/Гърция (1961 г.), а най-новата — ВІТ Литва/Хърватия (2008 г.).

7 Тук цитирам най-значимите арбитражни производства между инвеститори и държави членки, в които на арбитражните съдилища се налага да се произнесат по въпроса за съвместимостта с Договора за функционирането на ЕС на ВІТ в рамките на Съюза или на многостранен договор за инвестиции (като Договора за Енергийната харта), по който Съюзът и неговите държави членки са страни: Eastern Sugar BV c/y Чешка република (UNCITRAL) (дело в Търговската камара на Стокхолм (SCC) № 088/2004), частично решение от 27 март 2007 г.; Rupert Joseph Binder c/y Чешка република (UNCITRAL), решение от 6 юни 2007 г. относно компетентността; Jan Oostergetel & Theodora Laurentius c/y Словашка република (UNCITRAL), решение от 30 април 2010 г. относно компетентността; AES Summit Generation Limited & AES-Tisza Erdmü Kft c/y Унгария (дело в Международния център за решаване на спорове относно инвестициите (ICSID) № ARB/07/22), решение от 23 септември 2010 г.; Achmea BV (предишно Eureko BV) c/y Словашка република (UNCITRAL) (дело PCA № 2008-13), решение от 26 октомври 2010 г. относно компетентността, арбитража и спирането и окончателно решение от 7 декември 2012 г.; European American Investment Bank AG c/y Словашка република (UNCITRAL) (дело PCA № 2010-17), решение от 22 октомври 2012 г. относно компетентността; Electrabel SA c/y Унгария (дело ICSID № ARB/07/19), решение от 30 ноември 2012 г. относно компетентността, приложимото право и отговорността и решение от 25 ноември 2015 г.; Charanne BV и Construction Investments Sàrl c/y Кралство Испания (дело SCC № 062/2012), окончателно решение от 21 януари 2016 г.; RREEF Infrastructure (G.P.) Limited and RREEF Pan-European Infrastructure Two Lux Sàrl c/y Кралство Испания (дело ICSID № ARB/13/30), решение от 6 юни 2016 г. относно компетентността; Isolux Infrastructure Netherlands BV c/y Кралство Испания (дело CCS V 2013/153), решение от 12 юли 2016 г.; WNC Factoring Ltd c/y Чешка република (UNCITRAL) (дело PCA № 2014-34), решение от 22 февруари 2017 г.; Anglia Auto Accessories Limited c/y Чешка република (дело SCC V 2014/181), окончателно решение от 10 март 2017 г.; I.P. Busta и J.P. Busta c/y Чешка република (дело SCC V 2015/014), окончателно решение от 10 март 2017 г., и Eiser Infrastructure Limited и Energia Solar Luxembourg Sàrl c/y Кралство Испания (дело ICSID № ARB/13/36), решение от 4 май 2017 г. Всички арбитражни решения, на които се позовавам в настоящото заключение, се намират на интернет сайта на UNCTAD <http://investmentpolicyhub.unctad.org/ISDS>. Ще се позовавам и на арбитражни решения, постановени по ВІТ между държави членки и трети страни или дори между трети страни, доколкото принципите на международното право се прилагат в еднаква степен по отношение на всички тези случаи.

6. Член 344 ДФЕС предвижда, че „[д]ържавите членки се задължават да не уреждат споровете, отнасящи се до тълкуването или прилагането на Договорите, по начини различни от тези, предвидени в тях“.

В. ВІТ Нидерландия/Чехословакия

7. ВІТ Нидерландия/Чехословакия е сключена на 29 април 1991 г. и влиза в сила на 1 октомври 1992 г.⁸. В качеството си на правоприменик на Чешка и Словашка федерална република на 1 януари 1993 г. Република Словакия встъпва в правата и задълженията на тази държава, а на 1 май 2004 г. става член на Съюза.

8. Тази ВІТ е сключена на чешки, английски и нидерландски език, като в случай на различия в тълкуването автентичен е текстът на английски.

9. Съгласно предвиденото в член 2 от тази ВІТ „[в]сяка договаряща се страна насърчава на своята територия инвестициите на инвеститорите от другата договаряща се страна и допуска подобни инвестиции в съответствие с разпоредбите на своето право“⁹.

10. Член 3 от тази ВІТ гласи следното:

„1) Всяка от договарящите страни гарантира лоялно и справедливо третиране на инвестициите на инвеститорите от другата договаряща се страна и не възпрепятства посредством неоправдани и дискриминационни мерки, експлоатацията, управлението, запазването, използването на тези инвестиции, получаването на доходи от тях или тяхната продажба^[10].“

2) По-конкретно, всяка от договарящите страни предоставя на подобни инвестиции пълна защита и сигурност, които, при всички положения, няма да бъдат по-малки от предоставените било на инвестициите на нейните собствени инвеститори, било на тези на която и да било трета държава, в зависимост от това, което е по-благоприятно за съответния инвеститор^[11].

3) Разпоредбите на този член не следва да бъдат тълкувани като задължаващи всяка от договарящите се страни да осигурява на инвестициите на инвеститорите от другата договаряща се страна преференции и предимства, подобни на осигуряваните на инвеститори от трета страна.

(а) по силата на участието ѝ в митнически или икономически съюзи или в подобни съществуващи или бъдещи институции, [...]^[12]

4) Всяка от договарящите се страни осигурява спазването на всеки поет от нея ангажимент по отношение на инвеститорите от другата договаряща се страна^[13].

8 Текстът е на разположение на английски език на интернет сайта на UNCTAD <http://investmentpolicyhub.unctad.org/IIA/mostRecent/treaty/2650>.

9 „Each Contracting Party shall in its territory promote investments by investors of the other Contracting Party and shall admit such investments in accordance with its provisions of law“.

10 „Each Contracting Party shall ensure fair and equitable treatment to the investments of investors of the other Contracting Party and shall not impair, by unreasonable or discriminatory measures, the operation, management, maintenance, use, enjoyment or disposal thereof by those investors“.

11 „More particularly, each Contracting Party shall accord to such investments full security and protection which in any case shall not be less than that accorded either to investments of its own investors or to investments of investors of any third State, whichever is more favourable to the investor concerned“.

12 „The provisions of this Article shall not be construed so as to oblige either Contracting Party to accord preferences and advantages to investors of the other Contracting Party similar to those accorded to investors of a third State (a) by virtue of membership of the former of any existing or future customs union or economic union, or similar institutions; [...].“

13 „Each Contracting Party shall observe any obligation it may have entered into with regard to investment of investors of the other Contracting Party“.

5) Ако разпоредбите на правото на всяка от договарящите се страни или техните задължения съгласно международното право, които съществуват понастоящем или предстои да бъдат установени в бъдеще между договарящите се страни, различни от настоящата спогодба, съдържат правила, били те общи или конкретни, осигуряващи на инвеститорите от другата договаряща се страна по-благоприятно третиране от предвиденото в настоящата спогодба, тези правила са с предимство пред настоящата спогодба, доколкото са по-благоприятни^[14].

11. Член 4 гласи, че „[в]сяка от договарящите се страни гарантира, че свързаните с инвестиция плащания могат да бъдат трансферирани. Трансферите се извършват в свободно конвертируема валута без ограничения или необосновано забавяне [...]“¹⁵. Свободният трансфер на плащанията обхваща, но не само, печалбите, лихвите и дивидентите.

12. Съгласно член 5 „[н]икоя от договарящите се страни не предприема мерки, лишавачи пряко или косвено инвеститори от другата договаряща се страна от техните инвестиции“¹⁶, освен ако не са изпълнени три условия, а именно мерките да са взети в общ интерес и в съответствие с изискваната законова процедура, да не са дискриминационни и да са съпътствани от осигуряване на плащането на справедлива компенсация. Съгласно тази разпоредба обезщетението да трябва да представлява реалната стойност (genuine value) на инвестицията.

13. Член 8 гласи:

„1) Всеки спор между една от договарящите се страни и инвеститор от другата договаряща се страна относно негова инвестиция се урежда по възможност с извънсъдебно споразумение^[17].

2) Всяка от договарящите се страни дава съгласие с настоящата спогодба, че ако при спор по смисъла на параграф 1 от настоящия член той не бъде уреден с извънсъдебно споразумение в шестмесечен срок от датата, на която една от страните е поискала разрешаването му по този начин, спорът се отнася за решаване до арбитражен съд^[18].

3) Предвиденият в параграф 2 от настоящия член арбитражен съд се учредява за всеки отделен случай по следния начин: всяка страна по спора посочва арбитър и така посочените двама арбитри заедно избират трети арбитър, гражданин на трета държава, който ще бъде председател на съда. Всяка страна по спора посочва свой арбитър в срок от два месеца, считано от датата, на която инвеститорът е уведомил другата договаряща се страна за решението си да отнесе спора до арбитражен съд, а председателят се посочва в срок от три месеца, считано от същата дата^[19].

14 „If the provisions of law of either Contracting Party or obligations under international law existing at present or established hereafter between the Contracting Parties in addition to the present Agreement contain rules, whether general or specific, entitling investments by investors of the other Contracting Party to a treatment more favourable than is provided for by the present Agreement, such rules shall to the extent that they are more favourable prevail over the present Agreement“.

15 „Each Contracting Party shall guarantee that payments related to an investment may be transferred. The transfers shall be made in a freely convertible currency, without undue restriction or delay“.

16 „Neither Contracting Party shall take any measures depriving, directly or indirectly, investors of the other Contracting Party of their investments [...]“.

17 „All disputes between one Contracting Party and an investor of the other Contracting Party concerning an investment of the latter shall if possible, be settled amicably“.

18 „Each Contracting Party hereby consents to submit a dispute referred to in paragraph (1) of this Article, to an arbitral tribunal, if the dispute has not been settled amicably within a period of six months from the date either party to the dispute requested amicable settlement“.

19 „The arbitral tribunal referred to in paragraph (2) of this Article will be constituted for each individual case in the following way: each party to the dispute appoints one member of the tribunal and the two members thus appointed shall select a national of a third State as Chairman of the tribunal. Each party to the dispute shall appoint its member of the tribunal within two months, and the Chairman shall be appointed within three months from the date on which the investor has notified the other Contracting Party of his decision to submit the dispute to the arbitral tribunal“.

4) Ако посочването не се е състояло в гореупоменатите срокове, всяка страна по спора може да покани председателя на Арбитражния институт към Търговската камара на Стокхолм да извърши необходимите посочвания на арбитри. Ако председателят е гражданин на една от договарящите се страни или ако е в невъзможност да изпълни тази функция по каквато и да е друга причина, заместник председателят се приканва да извърши необходимите посочвания на арбитри. Ако заместник председателят е гражданин на една от договарящите се страни или ако и той е в невъзможност да изпълни тази функция, най-възрастният член на Арбитражния институт, който не е гражданин на една от договарящите се страни, се приканва да извърши необходимите посочвания на арбитри^[20].

5) Арбитражният съд определя своите процедурни правила в съответствие с Правилника за арбитраж на [UNCITRAL] ^[21].

6) Арбитражният съд се произнася от правната страна, като взема предвид, но не изключително:

- действащото право на съответната договаряща се страна,
- разпоредбите на настоящата спогодба и на която и да е друга релевантна спогодба между договарящите се страни,
- разпоредбите на специални спогодби относно инвестициите,
- общите принципи на международното право^[22].

7) Съдът се произнася с мнозинство от гласовете; решението му е окончателно и задължително за страните в спора^[23].

14. Член 13 гласи следното:

„1) Настоящата спогодба [...] остава в сила за период от десет години^[24].

2) Освен ако не е подадено предизвестие за оттегляне от някоя от договарящите се страни поне шест месеца преди датата на изтичане на срока ѝ на валидност, настоящата спогодба ще бъде мълчаливо подновена за срок от десет години, като всяка от договарящите се страни си запазва правото да се оттегли от спогодбата чрез предизвестие поне шест месеца преди изтичането на настоящия срок на валидност^[25].

20 „If the appointments have not been made in the above mentioned periods, either party to the dispute may invite the President of the Arbitration Institute of the Chamber of Commerce of Stockholm to make the necessary appointments. If the President is a national of either Contracting Party or if he is otherwise prevented from discharging the said function, the Vice-President shall be invited to make the necessary appointments. If the Vice-President is a national of either Contracting Party or if he too is prevented from discharging the said function, the most senior member of the Arbitration Institute who is not a national of either Contracting Party shall be invited to make the necessary appointments“.

21 „The arbitration tribunal shall determine its own procedure applying the arbitration rules of the United Nations Commission for International Trade Law (UNCITRAL)“.

22 „The arbitral tribunal shall decide on the basis of the law, taking into account in particular though not exclusively: the law in force of the Contracting Party concerned; the provisions of this Agreement, and other relevant Agreements between the Contracting Parties; the provisions of special agreements relating to the investment; the general principles of international law“.

23 „The tribunal takes its decision by majority of votes; such decision shall be final and binding upon the parties to the dispute“.

24 „The present Agreement [...] shall remain in force for a period of ten years“.

25 „Unless notice of termination has been given by either Contracting Party at least six months before the date of the expiry of its validity, the present Agreement shall be extended tacitly for periods of ten years, each Contracting Party reserving the right to terminate the Agreement upon notice of at least six months before the date of expiry of the current period of validity“.

3) По отношение на инвестициите, направени преди датата, на която ще изтече срокът на настоящата спогодба, предходните членове остават действащи за допълнителен период от петнадесет години, считано от тази дата^[26].

[...]“.

С. Германското право

15. Член 1040 от Zivilprozessordnung (Граждански процесуален кодекс), озаглавен „Компетентност на арбитражния съд да се произнася по собствената си компетентност“, гласи:

„(1) Съдът може да се произнася по собствената си компетентност, включително по всяко възражение относно наличието или валидността на арбитражно споразумение. [...]

(2) Възражението за липсата на компетентност на арбитражния съд може да бъде повдигнато най-късно с подаването на исковата молба. [...]

(3) Ако арбитражният съд прецени, че е компетентен, той се произнася по предвиденото в параграф 2 възражение като общо правило с временно решение. [...]“.

16. Член 1059 от Гражданския процесуален кодекс, озаглавен „Искане за отмяна“, гласи:

„(1) Подадената пред държавен съд жалба срещу арбитражно решение може да бъде единствено под формата на искане за отмяна съгласно параграфи 2 и 3.

(2) Арбитражното решение може да бъде отменено единствено ако

1. подалата искането страна има основание да изтъкне

a) [...] че [арбитражното споразумение] не е валидно по силата на закона, на който страните са го подчинили, или при липсата на упоменаване в това отношение, по силата на германския закон, или

[...]

2. ако компетентният национален съд установи

[...]

b) че признаването или изпълнението на решението би довело до резултат, противоречащ на обществения ред.[...]“.

III. Спорът в главното производство и преюдициалните въпроси

17. Achmea BV, предишно Eureko BV, е предприятие от нидерландска застрахователна група.

²⁶ „In respect of investments made before the date of the termination of the present Agreement the foregoing Articles thereof shall continue to be effective for a further period of fifteen years from that date“.

18. През 2004 г. в рамките на реформа на своята система на здравеопазване Словашката република отваря пазара си за местни и чуждестранни дружества, предлагащи частно здравно осигуряване. След като получава лиценз за здравноосигурително дружество, Achmea учредява в Словакия дъщерно дружество (Union Healthcare), в което внася капитали (около 72 милиона евро) и посредством което предлага частно здравно осигуряване.

19. След смяна на правителството през 2006 г. Словашката република частично преразглежда либерализацията на пазара на здравноосигурителни услуги. Най-напред, тя забранява намесата на осигурителни брокери, след това, разпределянето на генерираните печалби от здравноосигурителните дейности, и накрая, продажбата на осигурителни портфейли. С решение от 26 януари 2011 г. Ústavný súd Slovenskej republiky (Конституционен съд на Словашката република) приема, че законовата забрана за разпределяне на печалбите противоречи на конституцията. Със закон за реформа на здравното осигуряване, влязъл в сила на 1 август 2011 г., Словашката република отново разрешава разпределянето на печалбите.

20. Като счита, че законодателните мерки на Словашката република представляват нарушения на член 3, параграфи 1 и 2 и членове 4 и 5 от ВІТ Нидерландия/Чехословакия, през октомври 2008 г. Achmea започва срещу тази държава арбитражно производство съгласно член 8 от ВІТ Нидерландия/Чехословакия и иска обезщетение за вреди в размер на 65 милиона евро.

21. Арбитражният съд и страните се споразумяват РСА да изпълнява функцията на секретариат и езикът на производството да бъде английски. Със свое процедурно определение № 1 арбитражният съд избира Франкфурт на Майн (Германия) за място на провеждане на арбитражното производство.

22. В арбитражното производство Словашката република повдига възражение за липса на компетентност на арбитражния съд. Тя изтъква, че Договорът за функционирането на ЕС урежда същата материя като ВІТ Нидерландия/Чехословакия и че следователно спогодбата трябва да се счита за неприложима или за прекратена съгласно членове 30 и 59 от Виенската конвенция за правото на договорите от 23 май 1969 г. (наричана по-нататък „Виенската конвенция“)²⁷. Словашката република поддържа също, че вследствие на това предвиденото в член 8, параграф 2 от тази ВІТ арбитражно споразумение не може да се приложи, тъй като е несъвместимо с Договора за функционирането на ЕС, като се има предвид, че Съдът, който има изключителна компетентност по отношение на исканията на Achmea, е обявил някои от разпоредбите на посочената ВІТ, като член 4 от нея относно свободния трансфер на плащания, за несъвместими с Договора за функционирането на ЕС²⁸.

23. Със свое решение от 26 октомври 2010 г. относно компетентността, арбитражируемостта и спирането на производството арбитражният съд отхвърля това възражение за липса на компетентност и се обявява за компетентен²⁹. Жалбата за отмяна на въпросното решение, подадена от Словашката република пред германските юрисдикции, не е уважена.

27 *Recueil des traités des Nations unies*, том 1155, стр. 331.

28 Вж. цитираната съдебна практика в бележка под линия 5.

29 Вж. Achmea BV (предишно Eureko BV) с/у Словашка република (UNCITRAL) (дело РСА № 2008-13), решение от 26 октомври 2010 г. относно компетентността, арбитража и спирането на производството.

24. С окончателно решение от 7 декември 2012 г. арбитражният съд приема, че част от предприятиите от Словашката република мерки, а именно забраната за разпределение на печалбите³⁰ и забраната на трансферите³¹, нарушават член 3 (лоялно и справедливо третиране) и член 4 (свободен трансфер на плащанията) от ВІТ и осъжда Словашката република да заплати на Achmea обезщетения за вреди в размер на 22,1 милиона евро заедно с лихвите, както и разносните по арбитража и направените от Achmea разноси и адвокатски възнаграждения³².

25. Тъй като мястото на провеждане на арбитража е Франкфурт на Майн, Словашката република подава жалба за отмяна на окончателното решение пред Oberlandesgericht Frankfurt am Main (Върховен областен съд на Франкфурт на Майн, Германия). След като той решава да отхвърли жалбата, Словашката република подава жалба срещу това решение пред Bundesgerichtshof (Федерален върховен съд, Германия).

26. В този контекст Словашката република поддържа, че окончателното решение трябва да бъде отменено, тъй като противоречи на обществения ред, и че довелото до това решение арбитражно споразумение също е нищожно и противоречащо на обществения ред³³.

27. Колкото до противоречието на окончателното решение с обществения ред, Словашката република поддържа, че тъй като арбитражният съд няма възможност да сезира Съда с преюдициално запитване съгласно член 267 ДФЕС, не е взел предвид разпоредби от по-висока степен на правото на Съюза в областта на свободното движение на капитали и е нарушил правото ѝ на защита при определянето на размера на вредите.

28. Що се отнася до нищожността на установеното с член 8 от ВІТ Нидерландия/Чехословакия арбитражно споразумение, Словашката република поддържа, че то противоречи на членове 267 ДФЕС и 344 ДФЕС, както и на принципа на недопускане на дискриминация, формулиран в член 18 ДФЕС.

29. Макар Bundesgerichtshof (Федерален върховен съд) да не споделя изложените от Словашката република съмнения относно съвместимостта на член 8 от ВІТ Нидерландия/Чехословакия с членове 18 ДФЕС, 267 ДФЕС и 344 ДФЕС, той приема, че Съдът все още не се е произнасял по тези въпроси и че не би било възможно отговорът да се изведе от съществуващата съдебна практика с достатъчна сигурност, най-вече предвид позицията на Комисията, встъпила в подкрепа на Словашката република както по време на посочения арбитраж, така и в производството за отмяна пред германските юрисдикции.

30. Поради тези причини Bundesgerichtshof (Федерален върховен съд) решава да спре производството и да постави на Съда следните преюдициални въпроси:

„1) Допуска ли член 344 ДФЕС да се приложи разпоредба от двустранна спогодба за защита на инвестициите между държави — членки на Съюза (така наречената „ВІТ в рамките на Съюза“), съгласно която при спор във връзка с инвестиции в едната договаряща се държава

30 Съгласно Закон № 530/2007 от 25 октомври 2007 г. печалбите, получени от здравното осигуряване, трябва да бъдат използвани за нуждите на здравната система на страната. Ústavný súd Slovenskej republiky (Конституционен съд на Словашката република) приема този закон за противоречащ на Конституцията, причина, поради която арбитражният съд постановява, че за разлика от изтъкнатото от Achmea забраната за разпределение на печалбите не представлява експроприиране на неговите инвестиции. Вж. Achmea BV (предишно Eureko BV) с/у Словашка република (UNCITRAL) (дело PCA № 2008-13), окончателно решение от 7 декември 2012 г., т. 288.

31 Закон № 192/2009 от 30 април 2009 г. слага край на възможността здравноосигурително дружество да продаде осигурителния си портфейл на друго осигурително дружество. Освен това съгласно този закон в случай на несъстоятелност на такова дружество осигурителният му портфейл трябва да бъде прехвърлен на едно от двете принадлежащи на държавата осигурителни дружества, и то без никаква компенсация.

32 Арбитражният съд отхвърля довода на Achmea, съгласно който взетите от Словашката република мерки представляват експроприиране, противоречащо на член 5 от тази ВІТ.

33 Вж. член 1059, параграф 2, точка 1, буква а) и член 1059, параграф 2, точка 2, буква б) от Гражданския процесуален кодекс.

инвеститорът от другата договаряща се държава може да иска образуване на производство срещу първата държава пред арбитражен съд, когато спогодбата за защита на инвестициите е била сключена преди присъединяването на една от договарящите се държави към Съюза, а искането за образуване на арбитражното производство е подадено след датата на присъединяването?

При отрицателен отговор на първия въпрос:

- 2) Допуска ли член 267 ДФЕС прилагане на подобна уредба?

При отрицателен отговор на първия и втория въпрос:

- 3) При описаните в първия въпрос обстоятелства, допуска ли член 18, първа алинея ДФЕС прилагане на подобна уредба?“.

IV. Производството пред Съда

31. Настоящото преюдициално запитване е постъпило в Съда на 23 май 2016 г. Писмени становища представят Словашката република, Асимеа, чешкото, естонското, гръцкото, испанското, кипърското, унгарското, нидерландското, австрийското, полското, румънското и финландското правителство, както и Комисията.

32. На 19 юни 2016 г. е проведено съдебно заседание, в което устни становища представят Словашката република, Асимеа, чешкото, германското, естонското, гръцкото, испанското, френското, италианското, кипърското, латвийското, унгарското, нидерландското, австрийското, полското, румънското и финландското правителство, както и Комисията.

V. Анализ

A. Предварителни бележки

33. Преди да разгледам трите поставени от запитващата юрисдикция въпроса, бих искал да направя няколко предварителни бележки.

34. Встъпилите по настоящото дело държави членки се разделят на две групи. Първата се състои от Федерална република Германия, Френската република, Кралство Нидерландия, Република Австрия и Република Финландия, които основно са страни на произход на инвеститорите и следователно никога не са или рядко са посочвани като ответници в започнати от инвеститори арбитражни производства, като ответници никога не са били Кралство Нидерландия и Република Финландия³⁴, Федерална република Германия е била в три случая³⁵, а Френската република³⁶, както и Република Австрия са били само в един случай³⁷.

34 Вж. статистически данни на разположение на интернет сайта на Investment Policy Hub на UNCTAD <http://investmentpolicyhub.unctad.org/ISDS>.

35 Става въпрос за висящото арбитражно производство Vattenfall AB и др. с/у Федерална република Германия (II) (дело ICSID № ARB/12/12), започнато от шведски инвеститор на основание на Договора за Енергийната харта, и за арбитражни производства, които са били предмет на сделка, а именно Ashok Sancheti с/у Федерална република Германия, започнато от индийски инвеститор на основание на ВІТ Германия/Индия, и Vattenfall AB и др. с/у Федерална република Германия (I) (дело ICSID № ARB/09/6), започнато от шведски инвеститор на основание на Договора за Енергийната харта.

36 Става въпрос за висящото арбитражно производство Erbil Serter с/у Френска република (дело ICSID № ARB/13/22), започнато от турски инвеститор на основание на ВІТ Франция/Турция.

37 Коакото до Република Австрия, става въпрос за висящото арбитражно производство BV Belegging-Maatschappij Far East с/у Република Австрия (дело ICSID № ARB/15/32), започнато на основание на ВІТ Австрия/Малта.

35. Втората група се състои от Чешката република, Република Естония, Република Гърция, Кралство Испания, Италианската република, Република Кипър, Република Латвия, Унгария, Република Полша, Румъния и Словашката република. Тези държави са цитирани като ответници в множество арбитражни производства за инвестиции в рамките на Съюза — Чешката република 26 пъти, Република Естония 3 пъти, Република Гърция 3 пъти, Кралство Испания 33 пъти, Италианската република 9 пъти, Република Кипър 3 пъти, Република Латвия 2 пъти, Унгария 11 пъти, Република Полша 11 пъти, Румъния 4 пъти и Словашката република 9 пъти³⁸.

36. При тези икономически реалности не е никак изненадващо, че държавите членки от втората група встъпват в подкрепа на тезата на Словашката република — самата тя ответник в разглежданото в настоящото дело арбитражно производство за инвестиции.

37. За сметка на това е изненадващо, че във втората група, защитаваща несъвместимостта на ВІТ в рамките на Съюза с Договора за ЕС и Договора за функционирането на ЕС, само Италианската република е прекратила своите ВІТ в рамките на Съюза с изключение на ВІТ Италия/Малта, докато останалите държави членки от тази група, всички или по-голямата част от тях, ги запазват в сила, като така позволяват на своите инвеститори да се ползват от тях. Всъщност арбитражите за инвестиции, започнати от инвеститори от тези държави членки, са многобройни и често са насочени срещу друга държава членка от същата група³⁹.

38. На въпроса, поставен в съдебното заседание, за причината, поради която не критикува най-малкото ВІТ, подписани с държавите членки, които по настоящото дело пледират като нея, че тези ВІТ са несъвместими с правото на Съюза⁴⁰, Словашката република изтъква целта собствените ѝ инвеститори да не бъдат жертви на дискриминация спрямо инвеститорите от останалите държави членки в държавите членки, с които тя вече няма ВІТ. Тази загриженост обаче не ѝ е попречила да прекрати своята ВІТ с Италианската република. Същевременно собствените ѝ инвеститори продължават да се ползват от ВІТ, сключени с държавите членки от същата група, както е видно например от арбитражното производство *Roštová banka, a.s. и Istrokapital SE c/у Република Гърция* (дело ICSID № ARB/13/8).

39. Тезата на Комисията също ми се струва интересна.

38 Вж. статистически данни на интернет сайта на Investment Policy Hub на UNCTAD <http://investmentpolicyhub.unctad.org/ISDS>.

39 Вж. по-специално *Indrek Kuivallik c/у Република Латвия* (UNCITRAL) на основание на ВІТ Естония/Латвия; *UAB E energija c/у Република Латвия* (дело ICSID № ARB/12/33) на основание на ВІТ Литва/Латвия; *Spółdzielnia Pracy Muszynianka c/у Словашка република* (UNCITRAL) на основание на ВІТ Полша/Словакия; *ČEZ a.s. c/у Република България* (дело ICSID № ARB/16/24) и *ENERGO-PRO a.s. c/у Република България* (дело ICSID № ARB/15/19) на основание на ВІТ Чешка република/България; *Roštová banka, a.s. и Istrokapital SE c/у Република Гърция* (дело ICSID № ARB/13/8) на основание на ВІТ Гърция/Словакия и Гърция/Кипър; *MOL Hungarian Oil and Gas Company plc c/у Република Хърватия* (дело ICSID № ARB/13/32) на основание на ВІТ Унгария/Хърватия; *Theodoros Adamakopoulos и др. c/у Република Кипър* (дело ICSID № ARB/15/49), *Cyprus Popular Bank Public Co. Ltd. c/у Република Гърция* (дело ICSID № ARB/14/16) и *Marfin Investment Group Holdings S.A. и др. c/у Република Кипър* (дело ICSID № ARB/13/27) на основание на ВІТ Гърция/Кипър; *WCV Capital Ventures Cyprus Limited и Channel Crossings Limited c/у Чешка република* (UNCITRAL), *Forminster Enterprises Limited c/у Чешка република* (UNCITRAL) и *WA Investments-Europa Nova Limited c/у Чешка република* (UNCITRAL) на основание на ВІТ Чешка република/Кипър; *Juvel Ltd and Bithell Holdings Ltd. c/у Република Полша* (ICC) и *Seventhsun Holding Ltd и др. c/у Република Полша* (SCC) на основание на ВІТ Кипър/Полша; *Natland Investment Group NV и др. c/у Чешка република* (UNCITRAL) на основание, но не само, на ВІТ Кипър/Чешка република; *Mercuria Energy Group c/у Република Полша* (SCC) на основание на Договора за Енергийната харта, обвързващ Република Кипър и Република Полша; *Vigotop Limited c/у Унгария* (дело ICSID № ARB/11/22) на основание на ВІТ Кипър/Унгария; *Impresa Grassetto SpA в ликвидация c/у Република Словения* (дело ICSID № ARB/13/10) на основание на ВІТ Италия/Словения; *Marco Gavazzi и Stefano Gavazzi c/у Румъния* (дело ICSID № ARB/12/25) на основание на ВІТ Италия/Румъния, и *Luigiterzo Bosca c/у Република Литва* (дело PCA № 2011-05) на основание на ВІТ Италия/Литва.

40 Става въпрос за Република Гърция, Кралство Испания, Република Латвия, Унгария, Република Полша и Румъния.

40. Всъщност през един много дълъг период тезата на институциите на Съюза, в това число и на Комисията, се състои в това, че без далеч да са несъвместими с правото на Съюза, ВІТ са били инструменти, необходими при подготовката за присъединяване към Съюза на страните от Централна и Източна Европа. Споразуменията за асоцииране, подписани между Съюза и страните кандидатки, впрочем включват разпоредби, предвиждащи сключването на ВІТ между държавите членки и страните кандидатки⁴¹.

41. В съдебното заседание Комисията се опитва да обясни тази промяна в позицията си по несъвместимостта на ВІТ с Договора за ЕС и Договора за функционирането на ЕС, като поддържа, че става въпрос за спогодби, необходими при подготовката за присъединяване на страните кандидатки. Все пак, ако тези ВІТ са били оправдани единствено за периода на асоцииране и ако всяка страна е знаела, че те ще бъдат несъвместими с Договора за ЕС и с Договора за функционирането на ЕС, след като съответната трета държава стане член на Съюза, защо в договорите за присъединяване не е било предвидено прекратяването на тези спогодби, като по този начин са ги оставили в правна несигурност, продължаваща за някои държави членки повече от 30 години, а за много други от 13 години?

42. Освен това, в Съюза, договори за инвестиции са сключвани не само между държави с пазарна икономика и държави, които преди са имали планова икономика⁴² или между държави членки и страни — кандидатки за присъединяване⁴³, каквото внушение прави Комисията.

43. Също така всички държави членки и Съюзът са ратифицирали Договора за Енергийната харта, подписан в Лисабон на 19 декември 1994 г.⁴⁴. Този многостранен договор в областта на инвестициите в енергетиката действа дори между държавите членки, тъй като не е бил сключен като спогодба между, от една страна, Съюза и неговите държавите членки⁴⁵, и от друга, трети страни, а като обикновена многостранна спогодба, в която всички договарящи се страни участват равнопоставено. В този смисъл предвидените във въпросния договор материални разпоредби за защита на инвестициите, както и механизмът за УСИД, действат и между държавите членки. Ще отбележа, че обстоятелството, че нито една институция на Съюза или нито една държава членка не е поискала становище от Съда относно съвместимостта на този договор с Договора за ЕС и с Договора за функционирането на ЕС, се дължи на това, че никоя от тях не е имала и най-малкото съмнение за твърдяна несъвместимост.

41 Вж. по-специално член 72, параграф 2, първо тире от Европейското споразумение за асоцииране между Европейските общности и техните държави членки, от една страна, и Република Унгария, от друга страна [неофициален превод], подписано в Брюксел на 16 декември 1991 г. (ОВ L 347, 1993 г., стр. 2); член 73, параграф 2, първо тире от Европейското споразумение за асоцииране между Европейските общности и техните държави членки, от една страна, и Република Полша, от друга страна [неофициален превод], подписано в Брюксел на 16 декември 1991 г. (ОВ L 348, 1993 г., стр. 2); член 74, параграф 2, второ тире от Европейското споразумение за асоцииране между Европейските общности и техните държави членки, от една страна, и Румъния, от друга страна [неофициален превод], подписано в Брюксел на 1 февруари 1993 г. (ОВ L 357, 1994 г., стр. 2); член 74, параграф 2, второ тире от Европейското споразумение за асоцииране между Европейските общности и техните държави членки, от една страна, и Словашката република, от друга страна, подписано в Люксембург на 4 октомври 1993 г. (ОВ L 359, 1994 г., стр. 2), и член 85, параграф 2, второ тире от Европейското споразумение за асоцииране между Европейските общности и техните държави членки, от една страна, и Република Хърватия, от друга страна, подписано в Люксембург на 29 октомври 2001 г. (ОВ L 26, 2005 г., стр. 3).

42 Вж. по-специално ВІТ Белгия и Люксембург/Кипър, Белгия и Люксембург/Малта и Кипър/Малта.

43 Вж. по-специално ВІТ Кипър/Малта, Естония/Латвия, Естония/Литва, Естония/Полша, Полша/България, Полша/Словакия, Унгария/Словения, Унгария/Словакия, Унгария/Полша, Чешка република/България и Чешка република/Латвия.

44 Вж. Решение 98/181/ЕО, ЕОВС, Евратом на Съвета и на Комисията от 23 септември 1997 година за сключването от Европейските общности на Договора за Енергийната харта и на Протокола за Енергийната харта относно енергийната ефективност и свързаните екологични аспекти (ОВ L 69, 1998 г., стр. 1; Специално издание на български език, 2007 г., глава 12, том 1, стр. 253).

45 Италианската република наскоро денонсира този договор, като се позовава на цялостен преглед на разходите, произтичащи от финансовите вноски за участието ѝ в няколко международни организации, в това число в Секретариата на Енергийната харта със седалище в Брюксел. Вж.

https://www.senato.it/application/xmanager/projects/leg17/attachments/documento_evento_procedura_commissione/files/000/002/788/2015_06_03_-_audizione_risposte_senatori_-_VICARI.pdf, на стр. 7.

44. Ще добавя, че системният риск, който според Комисията ВІТ в рамките на Съюза поражда за единния характер и за ефективността на правото на Съюза, също е в голяма степен преувеличен. Статистическите данни на UNCTAD⁴⁶ показват, че от 62 арбитражни производства в рамките на Съюза, които са приключили за период от няколко десетилетия, инвеститорите са спечелили в спора само по 10 дела⁴⁷, което представлява 16,1 % от тези 62 дела, т.е. процент, чувствително по-нисък от 26,9 % на „победите“ за инвеститорите на световно равнище⁴⁸.

45. Арбитражните съдилища в много широка степен дават възможност на Комисията да встъпва в арбитражните производства и доколкото ми е известно, в нито едно от тези десет дела на арбитражните съдилища не се е налагало да извършват проверка на валидността на актовете на Съюза или на съвместимостта на актове на държавите членки с правото на Съюза. В писмените си становища няколко държави членки, както и Комисията, посочват само един пример, а именно арбитража Ioan Micula и др. с/у Румъния (дело ICSID № ARB/05/20), довел до арбитражно решение, за което се твърди, че е несъвместимо с правото на Съюза. Макар според мен този пример в случая да не е релевантен⁴⁹, фактът, че съществува един пример, подкрепя схващането ми, че опасението на някои държави членки и на Комисията за системен риск, породен от ВІТ в рамките на Съюза, е в голяма степен преувеличено.

46. Накрая, следва да се подчертае, че след присъединяването на Словашката република към Съюза ВІТ Нидерландия/Чехословакия вече не попада в приложното поле на член 351 ДФЕС⁵⁰.

47. Това обаче не предполага, че посочената ВІТ автоматично става невалидна или несъвместима с Договора за ЕС и Договора за функционирането на ЕС. Както Съдът приема, „разпоредбите на обвързващо две държави членки споразумение не могат да се прилагат в отношенията между тях, ако се окажат в противоречие с правилата на Договора за [функционирането на ЕС]“⁵¹. С други думи, разпоредбите на подобни споразумения са приложими между държави членки дотогава, доколкото са съвместими с Договора за ЕС и Договора за функционирането на ЕС.

48. Ето защо следва да се разгледа дали член 8 от ВІТ Нидерландия/Чехословакия е съвместим с Договора за функционирането на ЕС и по-специално с членове 18, 267 и 344 от него.

46 Вж. интернет сайта ѝ <http://investmentpolicyhub.unctad.org/ISDS>.

47 Вж. Eastern Sugar BV с/у Чешка република (UNCITRAL) (дело в Търговската камара на Стокхолм SCC № 088/2004), частично решение от 27 март 2007 г.; Achmea BV (предишно Eureko BV) с/у Словашка република (UNCITRAL) (дело PCA № 2008-13), окончателно решение от 7 декември 2012 г.; Les Laboratoires Servier, SAS и др. с/у Република Полша (PCA), решение от 14 февруари 2012 г.; EDF International SA с/у Унгария (дело PCA), решение от 3 декември 2014 г.; EDF International SA с/у Унгария (UNCITRAL), решение от 3 декември 2014 г.; Dan Cake (Португалия) SA с/у Унгария (дело ICSID № ARB/12/9), решение от 24 август 2015 г. относно компетентността и отговорността, Edenred SA с/у Унгария (дело ICSID № ARB/13/21), решение от 13 декември 2016 г., Eiser Infrastructure Limited et Energía Solar Luxembourg Sàrl с/у Кралство Испания (дело ICSID № ARB/13/36), решение от 4 май 2017 г., Northel Systems BV и др с/у Република Полша (дело PCA № 2014-31), решение, постановено 2017 г., и Marco Gavazzi & Stefano Gavazzi с/у Румъния (дело ICSID № ARB/12/25), решение от 13 юли 2017 г.

48 Вж. статистически данни на UNCTAD на разположение на интернет сайта ѝ <http://investmentpolicyhub.unctad.org/ISDS>.

49 Не става въпрос за спор, произтичащ от ВІТ в рамките на Съюза, тъй като през 2005 г. — момент, когато започва арбитражното производство и спорът се очертава, Румъния все още не се е присъединила към Съюза. Поради това правото на Съюза не е било приложимо по отношение на разглежданите в това арбитражно производство факти.

50 Вж. решение от 8 септември 2009 г., Budějovický Budvar (C-478/07, EU:C:2009:521, т. 97—99), отнасящо се до двустранни договори, сключени на 11 юни 1976 г. и 7 юни 1979 г. между Република Австрия и Чехословашката социалистическа република. Към момента на настъпване на фактите по делото, довело до постановяване на това решение, Република Австрия вече е държава членка, а Чешката република не е, но присъединяването ѝ към Съюза става в хода на делото.

51 Решение от 20 май 2003 г., Ravil (C-469/00, EU:C:2003:295, т. 37). В този смисъл вж. също решение от 10 ноември 1992 г., Exportur (C-3/91, EU:C:1992:420, т. 8). Тази позиция е съвместима с член 30, параграф 3 от Виенската конвенция, съгласно който „[к]огато всички страни в предишния договор са също страни в последващия договор[, но] предишният договор не е прекратен и неговото действие не е спряно в съответствие с чл[ен] 59, предишният договор се прилага само дотогава, доколкото неговите разпоредби са съвместими с разпоредбите на последващия договор“. В този смисъл вж. Electrabel SA с/у Унгария (дело ICSID № ARB/07/19), решение от 30 ноември 2012 г. относно компетентността, приложимото право и отговорността, т. 4.182—4.191.

В. По третия преюдициален въпрос

49. Предлагам трите въпроса да бъдат разгледани в ред, обратен на приетия от запитващата юрисдикция, тъй като ще бъде безполезно да се даде отговор на първия и втория въпрос, ако член 8 от ВІТ Нидерландия/Чехословакия представлява забранена от член 18 ДФЕС дискриминация на основание на гражданство.

50. С третия си преюдициален въпрос запитващата юрисдикция по същество иска да се установи дали член 18 ДФЕС трябва да бъде тълкуван в смисъл, че не допуска механизъм за УСИД като въведения с член 8 от ВІТ Нидерландия/Чехословакия, предоставящ на нидерландските инвеститори правото да се отнесат до международен арбитраж срещу Словашката република, право, от което не се ползват инвеститорите от други държави членки.

1. По допустимостта

51. Achmea, както и нидерландското, австрийското и финландското правителство оспорват допустимостта на този въпрос с мотива, че той не бил релевантен за решаването на спора в главното производство, доколкото Achmea по никакъв начин не се оплаква, че е обект на дискриминация. Напротив, ако член 8 от ВІТ Нидерландия/Чехословакия представлявал дискриминация, Achmea би се възползвало от това.

52. Според мен това възражение за недопустимост трябва да бъде отхвърлено, тъй като отговорът на третия въпрос е необходим, за да се прецени съвместимостта на член 8 от тази ВІТ с Договора за ЕС и Договора за функционирането на ЕС.

53. Запитващата юрисдикция е сезирана с жалба за отмяна на окончателно решение от 7 декември 2012 г., постановено в арбитражно производство Achmea BV (предишно Eureko BV) с/у Словашка република (UNCITRAL) (дело PCA № 2008-13) с мотива, наред с други мотиви, за невалидност на арбитражната клауза, на която арбитражният съд основал своята компетентност. В този смисъл не е от значение дали Achmea е жертва на дискриминация или не.

2. По същество

54. В самото начало ще отбележа, че няколко встъпили страни, както и Комисията, изтъкват, че с третия си въпрос запитващата юрисдикция не следва да насочва вниманието си към член 18 ДФЕС, а към членове 49 ДФЕС и 63 ДФЕС, които представляват специални правила спрямо член 18 ДФЕС.

55. Всъщност е трайно установено, че „член 18 ДФЕС е предназначен да се прилага самостоятелно само за положения, уредени от правото на Съюза, за които Договорът не предвижда специфични правила за недопускане на дискриминация“⁵².

56. Въведеният с член 8 от тази ВІТ механизъм за УСИД обаче не попада в приложното поле *ratione materiae* нито на свободата на установяване, нито на свободното движение на капитали или на друга разпоредба на Договора за функционирането на ЕС, тъй като правото на Съюза не създава правни средства за защита, позволяващи на правните субекти да предявяват иск срещу държавите членки пред Съда⁵³.

52 Решение от 5 февруари 2014 г., *Hervis Sport- és Divatkereskedelmi* (C-385/12, EU:C:2014:47, т. 25). В този смисъл вж. също решение от 11 март 2010 г., *Attanasio Group* (C-384/08, EU:C:2010:133, т. 37 и цитираната съдебна практика).

53 Вж. точка 205 от настоящото заключение.

57. Освен това, както ще обясня в точки 183—198 и 210—228 от настоящото заключение, материалното приложно поле на тази ВІТ в голяма степен превишава границите на свободата на установяване по член 49 ДФЕС и на свободното движение на капитали по член 63 ДФЕС.

58. Това се илюстрира с настоящия случай, в който арбитражният съд е постановил в окончателното си решение, че с приемането на забраните за трансфер и разпределение на печалбите⁵⁴ Словашката република е нарушила член 3 (лоялно и справедливо третиране) и член 4 (свободен трансфер на плащанията) от тази ВІТ. Докато член 4 от тази ВІТ по същество съответства на член 63 ДФЕС, член 3 от нея няма еквивалентна разпоредба в правото на Съюза въпреки частичното му припокриване с няколко негови разпоредби⁵⁵.

59. Ето защо трябва да се разгледа съвместимостта на член 8 от тази ВІТ с общия принцип на правото на Съюза, изразен в член 18 ДФЕС, забраняващ дискриминацията, основана на гражданство.

60. В това отношение Словашката република, естонското, гръцкото, испанското, италианското, кипърското, унгарското, полското и румънското правителство, както и Комисията, поддържат, че материалните разпоредби на въпросната ВІТ, в това число член 8, са дискриминационни, тъй като предоставят в случая преференциално третиране на инвеститорите от Кралство Нидерландия, които инвестират в Словашката република, докато инвеститорите от държавите членки, които не са сключили подобна ВІТ със Словашката република⁵⁶ не се ползват от такова третиране⁵⁷.

61. Налага се една предварителна бележка относно обхвата, който има твърдяната дискриминация. Словашката република е сключила ВІТ с по-голямата част от държавите членки, а именно с Кралство Белгия, Република България, Кралство Дания, Федерална република Германия, Република Гърция, Кралство Испания, Френската република, Република Хърватия, Република Латвия, Великото херцогство Люксембург, Унгария, Република Малта, Кралство Нидерландия, Република Австрия, Република Полша, Португалската република, Румъния, Република Словения, Република Финландия, Кралство Швеция и Обединено кралство Великобритания и Северна Ирландия. Тези ВІТ понастоящем са в сила.

62. Действително инвеститорите от тези държави членки не попадат в обхвата на член 8 от ВІТ Нидерландия/Чехословакия. При все това всички ВІТ, които техните държави членки на произход са сключили със Словашката република, предвиждат международния арбитраж като начин за УСИД. Следователно не съществува разлика в третирането по отношение на тях.

54 Вж. точка 24 от настоящото заключение.

55 Вж. точки 213—216 от настоящото заключение.

56 Този довод укрепва тезата за липса на противоречие между Договора за ЕС и Договора за функционирането на ЕС и въпросната ВІТ, която ще представя в точки 174—228 от настоящото заключение, тъй като от него се подразбира, че по принцип предоставената от последната правна защита на нидерландските инвеститори в Словакия е по-голяма и следователно допълваща защитата, предоставяна на тези инвестиции с Договора за ЕС и Договора за функционирането на ЕС. Правото на Съюза забранява дискриминация от държава членка на гражданин на друга държава членка единствено по отношение на третирането каквото първата държава членка осигурява на собствените си граждани. За сметка на това както видовете обратна дискриминация, така и предимствата, предоставени на гражданите на друга държава членка, не са предвидени в правото на Съюза, нито са несъвместими с него.

57 Никой от участниците в настоящото производство не твърди, че има дискриминация между чуждестранните и националните инвеститори. Според мен тази разлика не представлява дискриминация, тъй като съответства на двойното основание на общия интерес, като, от една страна, се стреми да създаде по реципрочен начин защитна рамка за нидерландските инвеститори в Словакия и за словашките инвеститори в Нидерландия, а от друга страна, да насърчава и подпомага инвестициите между двете държави. Вж. в този смисъл т. 37—4 от решение № 2017-749-DC на Conseil constitutionnel (Конституционен съвет, Франция) от 31 юли 2017 г. по Всеобхватното икономическо и търговско споразумение между Канада, от една страна, и Европейския съюз и неговите държави членки, от друга страна (JORF от 18 август 2017 г., текст 1).

63. Словашката република е сключила също ВІТ с Чешката република и друга с Италианската република, но страните са ги прекратили⁵⁸. Следователно, ако има разлика в третирането по отношение на чешките и италианските инвеститори, това е защото техните държави членки са решили да им отнемат това предимство, предоставяно им именно от ВІТ.

64. При това положение естонските, ирландските, кипърските и литовските инвеститори не се ползват от еквивалентна на член 8 от тази ВІТ разпоредба по отношение на Словашката република, освен по отношение на инвеститорите в областта на енергетиката, случай, в който Договорът за Енергийната харта им предлага подобна възможност.

65. Според мен дори по отношение на тези инвеститори не е налице забранена от правото на Съюза дискриминация.

66. Всъщност Съдът вече е разглеждал въпроса дали може да съществува дискриминация по отношение на гражданин на държава членка, участващ в трансгранична инвестиция, когато приемащата инвестицията държава членка не му предоставя (данъчно) предимство, каквото предоставя на гражданите на друга държава членка на основание на сключена с нея двустранна спогодба.

67. Делото, довело до постановяване на решение от 5 юли 2005 г., D. (C-376/03, EU:C:2005:424)⁵⁹, се отнася до отказа на нидерландските органи да предоставят ползването на необлагаема част в областта на данъка върху имуществото на германски гражданин, инвестирал в намиращи се в Нидерландия недвижими имоти. Г-н D. е твърдял наличието на дискриминация, поради това че въпросното предимство е било предоставяно на белгийските граждани, направили подобни инвестиции в Нидерландия, и то по силата на членове 24 и 25 от спогодбата, подписана на 19 октомври 1970 г. между правителството на Кралство Белгия и правителството на Кралство Нидерландия, целяща избягване на двойното облагане в областта на данъка върху дохода и върху имуществото и уреждането на някои други въпроси в данъчната област (наричана по-нататък „СИДДО Нидерландия/Белгия“).

68. Съдът първо припомня, че „[...] поставеният от запитващата юрисдикция въпрос се основава на схващането, че чуждестранно лице като г-н D. не се намира в положение, сравнимо с това на пребиваващо в Нидерландия лице. Въпросът има за цел да се установи дали положението на г-н D. може да бъде сравнено с това на друго чуждестранно лице, което се ползва от особено третиране по силата на спогодба за избягване на двойното данъчно облагане“⁶⁰.

69. В това отношение съгласно приетото от Съда „[ф]актът, че реципрочните права и задължения [създадени посредством СИДДО Нидерландия/Белгия] се прилагат само спрямо лицата, пребиваващи в една от двете договарящи държави членки, е последица, присъща на двустранните спогодби за избягване на двойното данъчно облагане. От това следва, че пребиваващо в Белгия данъчнозадължено лице не се намира в същото положение като пребиваващо извън Белгия такова лице, що се отнася до данъка върху имуществото за намиращи се в Нидерландия недвижими имоти“⁶¹.

58 Продължава да стои въпросът дали благодарение на клауза „sunset“ тези ВІТ продължават да произвеждат действие за инвестициите, извършени в периода, през който са били в сила.

59 В този смисъл вж. също решения от 12 декември 2006 г., *Test Claimants in Class IV of the ACT Group Litigation* (C-374/04, EU:C:2006:773, т. 84 и 88—93), от 20 май 2008 г., *Orange European Smallcap Fund* (C-194/06, EU:C:2008:289, т. 50 и 51) и от 30 юни 2016 г., *Riskin и Timmermans* (C-176/15, EU:C:2016:488, т. 31).

60 Точка 58 от това решение.

61 Точка 61 от това решение.

70. По-нататък Съдът добавя, че „[п]одобно правило като предвиденото в член 25, параграф 3 от белгийско-нидерландската спогодба не може да се счита за предимство, обособимо от останалата част от спогодбата, а е неразделна част от нея и допринася за цялостния ѝ баланс“⁶².

71. Както ясно е видно от това решение, не само че в Договора за функционирането на ЕС не се съдържа клауза за най-облагодетелстваната нация (НОН) като съдържащата се в член 3, параграф 2 от посочената ВІТ⁶³, но и не е налице дискриминация, когато държава членка не осигурява на гражданите на друга държава членка третирането, което предоставя чрез спогодба на гражданите на трета държава членка.

72. Това, че в Договора за функционирането на ЕС не се съдържа клауза за НОН, се потвърждава от практиката на Съда относно член 18 ДФЕС, съгласно която „[член 18 ДФЕС] изисква свършено равно третиране на лица, които са в положение, уреждано от правото [на Съюза], с гражданите на държавата членка“⁶⁴, т.е. с нейните граждани.

73. Според мен аналогията между настоящото дело и делото, довело до постановяване на решение от 5 юли 2005 г., D. (C-376/03, EU:C:2005:424), е пълна, тъй като направеното от Словашката република и Комисията сравнение се отнася и до двама инвеститори, които не са словашки, единият (в случая нидерландски), ползващ се от предоставяната от въпросната ВІТ материална защита, а другият — не.

74. Всъщност, както СИДДО Нидерландия/Белгия, въпросната ВІТ е международен договор, чието „приложно поле [...] се ограничава до посочените в [нея] физически или юридически лица“⁶⁵, а именно до физическите лица, граждани на една от договарящите се страни, и юридическите лица, учредени по нейното право⁶⁶.

75. В този смисъл фактът, че създадените с тази ВІТ реципрочни права и задължения се прилагат единствено по отношение на инвеститори от едната от двете договарящи се държави членки, е последица, присъща за двустранното естество на ВІТ. От това следва, че инвеститор, който не е нидерландски, не се намира в същото положение като нидерландски инвеститор, що се отнася до извършена в Словакия инвестиция.

76. Освен това, също както член 25, параграф 3 от СИДДО Нидерландия/Белгия, на което се позовава Съдът в точка 62 от своето решение от 5 юли 2005 г., D. (C-376/03, EU:C:2005:424), член 8 от тази ВІТ не представлява предимство, обособимо от останалата част от тази ВІТ, а е съставна част от нея до такава степен, че ВІТ без механизъм за УСИД не би имала никакъв смисъл, тъй като не би постигнала целта си да насърчава и да привлича чуждестранните инвестиции.

77. Всъщност, както Съдът приема в точка 292 от становище 2/15 (Споразумение за свободна търговия със Сингапур) от 16 май 2017 г. (EU:C:2017:376), разпоредбата на Споразумението за свободна търговия със Сингапур, въвеждащо международния арбитраж като механизъм за УСИД, „не би могла да се отличава с чисто [спомагателен] характер“. Съгласно постоянната арбитражна съдебна практика правото на инвеститорите да се отнесат до международния арбитраж е най-съществената разпоредба на ВІТ, тъй като въпреки процесуалното си

62 Точка 62 от това решение.

63 Вж. точки 200 и 201 от настоящото заключение.

64 Решение от 2 февруари 1989 г., Cowan (186/87, EU:C:1989:47, т. 10). Курсивът е мой. В този смисъл вж. също решение от 6 септември 2016 г., Petruhhin (C-182/15, EU:C:2016:630, т. 29–33), в което положението на г-н Petruhhin е сравнено с това на гражданин на приемащата го държава членка.

65 Решение от 5 юли 2005 г., D. (C-376/03, EU:C:2005:424, т. 54).

66 Вж. член 1, буква b) от тази ВІТ.

съдържание сама по себе си тя е съществена гаранция, насърчаваща и защитаваща инвестициите⁶⁷. Затова никак не е учудващо, че „предходните“ ВІТ⁶⁸, които не съдържат механизъм за УСИД, еквивалентен на член 8 от тази ВІТ, не са били от особена полза за инвеститорите.

78. Комисията все пак претендира да се направи разграничение между настоящото дело и делото, довело до постановяване на решение от 5 юли 2005 г., D. (C-376/03, EU:C:2005:424)q поради данъчната област на последното⁶⁹.

79. Според мен това разграничение не е никак убедително. Най-напред ще посоча, че ВІТ се доближават до спогодбите за избягване на двойното данъчно облагане, тъй като предвиждат същите икономически дейности, едновременно навлизането и излизането на капитали. Всъщност дадена държава може да привлече навлизането на чуждестранен капитал на своята територия, като предостави високо равнище на правна защита на инвестицията в рамките на ВІТ, както и като даде данъчни предимства⁷⁰. Както при спогодбите за избягване на двойното данъчно облагане, които по принцип никога не са били обявявани за несъвместими с Договора за ЕС и с Договора за функционирането на ЕС, реципрочният характер на задълженията на държавите е съществена съставна част от ВІТ⁷¹.

80. Освен това за разлика от поддържаното от Комисията спогодбите за избягване на двойното данъчно облагане между държавите членки нямат за правно основание член 293, второ тире ЕО. Ако случаят беше такъв, на кой член те трябваше да основават понастоящем договаряните от тях, при положение че член 293 ЕО не се съдържа в Договора от Лисабон?

67 В този смисъл вж. Emilio Agustín Maffezini c/y Кралство Испания (дело ICSID № ARB/97/7), решение на съда от 25 януари 2000 г. относно възражението за липса на компетентност, т. 54 и 55; Gas Natural SDG SA c/y Република Аржентина (дело ICSID № ARB/03/10), решение на съда от 17 юни 2005 г. относно възражението за липса на компетентност, т. 31; Suez, Sociedad General de Aguas de Barcelona SA и InterAguas Servicios Integrales del Agua SA c/y Република Аржентина (дело ICSID № ARB/03/17), решение от 16 май 2006 г. относно компетентността, т. 59; Eastern Sugar BV c/y Чешка република (UNCITRAL) (дело SCC № 088/2004), частично решение от 27 март 2007 г., т. 165 и 166; Rupert Joseph Binder c/y Чешка република (UNCITRAL), решение от 6 юни 2007 г. относно компетентността, т. 65; Jan Oostergetel & Theodora Laurentius c/y Словашка република (UNCITRAL), решение от 30 април 2010 г. относно компетентността, т. 77 и 78; Achmea BV (предишно Eureko BV) c/y Словашка република (UNCITRAL) (дело PCA № 2008-13), решение от 26 октомври 2010 г. относно компетентността, арбитража и спирането, т. 264; WNC Factoring Ltd c/y Чешка република (UNCITRAL) (дело PCA № 2014-34), решение от 22 февруари 2017 г., т. 300; Anglia Auto Accessories Limited c/y Чешка република (дело SCC V 2014/181), окончателно решение от 10 март 2017 г., т. 116 и I.P. Busta и J.P. Busta c/y Чешка република (дело SCC V 2015/014), окончателно решение от 10 март 2017 г., т. 116.

68 Вж. например ВІТ Германия/Гърция (1961 г.), Италия/Малта (1967 г.), Германия/Малта (1974 г.), Франция/Малта (1976 г.) и Германия/Португалия (1980 г.).

69 Комисията се опитва да докаже, че за разлика от защитата на инвестициите областта на данъчното облагане остава изключително в рамките на националната компетентност, като цитира по-специално решение от 16 юли 2009 г., Damseaux (C-128/08, EU:C:2009:471), което, заедно с други, не забранява правноустановеното двойно данъчно облагане. Отбелязвам, че предметът на спогодбите за избягване на двойното данъчно облагане е именно да предостави тази защита, която не е предоставена от Договора за ЕС и Договора за функционирането на ЕС. Същото се отнася и до ВІТ, тъй като за защитата на инвестициите, както и за прякото данъчно облагане, правото на Съюза се намесва основно само чрез разпоредбите относно основните свободи на движение.

70 Спогодбата между Кралство Нидерландия и Чехословашката социалистическа република за избягване на двойното данъчно облагане и за предотвратяването на избягването на данъци в областта на данъка върху доходите и върху имуществото, подписан в Прага на 4 март 1974 г., предвижда 10 % удържане при източника от дивидентите, 0 % от лихвите и 5 % от роялтите.

71 В тях държавите договарят множество аспекти като понятието за инвестиции, прилагането или неприлагането на клаузата за НОН спрямо механизма УСИД, наличието или липсата на клауза *carve-out* за данъчните мерки и продължителността на клаузата *sunset*.

81. Предвид това нищо не изключва възможността ВІТ в рамките на Съюза да бъдат заменени с една-единствена многостранна ВІТ или с акт на Съюза, в зависимост от разпределянето на компетентността между Съюза и неговите държави членки, който би бил приложим за инвеститорите от всички държави членки, както предлагат това със своя документ „*non-paper*“ от 7 април 2016 г. Федерална република Германия, Френската република, Кралство Нидерландия, Република Австрия и Република Финландия⁷².

82. Поради тези причини предлагам на Съда да отговори на третия въпрос, че механизъм за УСИД като въведения с член 8 от тази ВІТ, предоставящ на нидерландските инвеститори правото да се отнесат до международния арбитраж срещу Словашката република, не представлява забранена от член 18 ДФЕС дискриминация на основание на гражданство.

83. Само в случай че приеме това предложение за отговор, Съдът ще трябва да разгледа първия и втория преюдициален въпрос.

С. По втория преюдициален въпрос

84. С втория си преюдициален въпрос запитващата юрисдикция иска да се установи дали член 267 ДФЕС, като ключов елемент от правораздавателната система на Съюза, гарантиращ разпределянето на правомощията, установено с Договора за ЕС и Договора за функционирането на ЕС, и самостоятелността на правната система на Съюза, допуска прилагането на разпоредба като член 8 от ВІТ Нидерландия/Чехословакия.

85. Ще разгледам този въпрос преди първия, тъй като считам, че арбитражен съд, учреден в съответствие с член 8 от тази ВІТ, представлява юрисдикция по смисъла на член 267 ДФЕС, обща за две държавите членки, а именно Кралство Нидерландия и Словашката република, и следователно има правомощията да постави преюдициален въпрос на Съда. Това автоматично би довело до липсата на каквато и да е несъвместимост с член 344 ДФЕС — нещо, което е предмет на първия преюдициален въпрос.

86. Съгласно постоянната съдебна практика, за да има съдебният орган характер на „юрисдикция“ по смисъла на член 267 ДФЕС, трябва да се вземе предвид съвкупност от признаци, а именно „органът да е създаден със закон, да е постоянно действащ, неговата юрисдикция да е задължителна, производството пред него да е състезателно, да прилага правни норми и да е независим“⁷³. Освен това трябва „пред [него да] има висящ спор и [той да] се произнася[...] в производство, което приключва с правораздавателен акт“⁷⁴.

72 На интернет сайта на Transnational Institute https://www.tni.org/files/article-downloads/intra-eu-bits2-18-05_0.pdf. Именно това е направено в областта на данъчното облагане посредством няколко директиви като Директива 2003/49/ЕО на Съвета от 3 юни 2003 година относно общата система на данъчно облагане на плащания на лихви и роялти между свързани дружества от различни държави членки (ОВ L 157, 2003 г., стр. 49; Специално издание на български език, 2007 г., глава 9, том 2, стр. 75), Директива 2009/133/ЕО на Съвета от 19 октомври 2009 година относно общата система за данъчно облагане, приложима спрямо сливанията, разделянията, отделянията, прехвърлянията на активи и замените на акции по отношение на дружества от различни държави членки, както и при прехвърлянето на седалище на SE или SCE в друга държава членка (ОВ L 310, 2009 г., стр. 34), и Директива 2011/96/ЕС на Съвета от 30 ноември 2011 година относно общата система за данъчно облагане на дружества майки и дъщерни дружества от различни държави членки (ОВ L 345, 2011 г., стр. 8), които всъщност представляват по-скоро многостранни спогодби за избягване на двойното данъчно облагане отколкото мерки за хармонизиране.

73 Решение от 31 януари 2013 г., Белов (C-394/11, EU:C:2013:48, т. 38 и цитираната съдебна практика). В този смисъл вж. също решения от 12 юни 2014 г., Ascendi Beiras Litoral e Alta, Auto Estradas das Beiras Litoral e Alta (C-377/13, EU:C:2014:1754, т. 23) и от 6 октомври 2015 г., Consorci Sanitari del Maresme (C-203/14, EU:C:2015:664, т. 17).

74 Решение от 31 януари 2013 г., Белов (C-394/11, EU:C:2013:48, т. 39 и цитираната съдебна практика). В този смисъл вж. също решение от 12 юни 2014 г., Ascendi Beiras Litoral e Alta, Auto Estradas das Beiras Litoral e Alta (C-377/13, EU:C:2014:1754, т. 23).

87. Въз основа на тези критерии арбитражните съдилища не са изключени автоматично от понятието „юрисдикция в държава членка“ по смисъла на член 267 ДФЕС. Всъщност, макар много пъти да е отказвал да отговаря на поставян от арбитри преюдициален въпрос⁷⁵, Съдът също така, въз основа на анализ във всеки отделен случай, е обявил за допустими преюдициални въпроси, поставени от арбитражни съдилища по делата, довели до постановяване на решения от 17 октомври 1989 г., *Handels- og Kontorfunktionærernes Forbund i Danmark* (109/88, EU:C:1989:383) и от 12 юни 2014 г., *Ascendi Beiras Litoral e Alta, Auto Estradas das Beiras Litoral e Alta* (C-377/13, EU:C:2014:1754), както и на определение от 13 февруари 2014 г., *Merck Canada* (C-555/13, EU:C:2014:92).

88. Последните два случая позволяват да се съзре отваряне на критериите за допустимост в посока на арбитража „частноправен субект — държава“ (решение от 12 юни 2014 г., *Ascendi Beiras Litoral e Alta, Auto Estradas das Beiras Litoral e Alta*, C-377/13, EU:C:2014:1754)⁷⁶ и в посока на международния арбитраж (определение от 13 февруари 2014 г., *Merck Canada*, C-555/13, EU:C:2014:92)⁷⁷.

89. Затова ще анализирам характеристиките на учредените в съответствие с член 8 от тази ВІТ арбитражни съдилища с оглед на изложените в точка 86 от настоящото заключение критерии. Според мен всички тези критерии са изпълнени в настоящия случай⁷⁸.

1. Законоустановеността на учредените в съответствие с член 8 от тази ВІТ арбитражни съдилища

90. По-голямата част от произтичащите от арбитраж дела, отнесени пред Съда за разглеждане, засягат само един конкретен вид арбитраж, а именно търговския, наречен в практиката на Съда „доброволен“, тъй като правното му основание е арбитражна клауза, включена в частноправен договор⁷⁹.

91. Съществуват и други видове арбитраж. Освен предвидените в член 272 ДФЕС, има арбитраж между държави на основание на международна конвенция⁸⁰, както и арбитраж между частноправни субекти и държави, като последните два вида са много различни от арбитражите между частноправни субекти с оглед на законоустановения характер.

92. В последния случай компетентността на арбитражния съд произтича не от закон, а от съдържаща се в договор арбитражна клауза.

75 Вж. по-специално решения от 23 март 1982 г., *Nordsee* (102/81, EU:C:1982:107) и от 27 януари 2005 г., *Denuit и Cordenier* (C-125/04, EU:C:2005:69).

76 Става въпрос за арбитраж между данъчнозадължено лице и Португалската република в областта на данъчното облагане.

77 Става въпрос за арбитраж в областта на фармацевтичните патенти, международен, в смисъл че в него спорят едно канадско дружество срещу две португалски, едно английско, едно гръцко и едно нидерландско дружество.

78 В този смисъл вж. *Basedow*, J. *EU Law in International Arbitration: Referrals to the European Court of Justice*. — *Journal of International Arbitration*, 2015, vol. 32(4), p. 367; *Paschalidis*, P. *Arbitral tribunals and preliminary references to the EU Court of Justice*. — *Arbitration International*, 2016, p. 1; *Szpunar*, M. *Referrals of Preliminary Questions by Arbitral Tribunals to the CJEU*. — In: Ferrari, F. (ed.), *The Impact of EU Law on International Commercial Arbitration*, *JurisNet*, 2017, p. 85—123.

79 Вж. по-специално делата, довели до постановяване на решения от 23 март 1982 г., *Nordsee* (102/81, EU:C:1982:107), от 25 юли 1991 г., *Rich* (C-190/89, EU:C:1991:319), от 1 юни 1999 г., *Eco Swiss* (C-126/97, EU:C:1999:269), от 27 януари 2005 г., *Denuit и Cordenier* (C-125/04, EU:C:2005:69), от 26 октомври 2006 г., *Mostaza Claro* (C-168/05, EU:C:2006:675), от 10 февруари 2009 г., *Allianz и Generali Assicurazioni Generali* (C-185/07, EU:C:2009:69), от 13 май 2015 г., *Gazprom* (C-536/13, EU:C:2015:316) и от 7 юли 2016 г., *Genentech* (C-567/14, EU:C:2016:526).

80 Следва да се отбележи, че съгласно предвиденото в няколко сключени между държавите членки международни спогодби председателят на Съда действа като орган по назначаването на арбитрите при спорове между държави членки или между публично образувание и тези държави членки. В този смисъл вж. член 27 от Спогодбата между правителството на Френската република и правителството на Италианската република за изграждане и експлоатация на нова железопътна линия между Лион и Торино, подписана в Рим на 30 януари 2012 г. Според мен тези арбитражни съдилища са и юрисдикции в държава членка по смисъла на член 267 ДФЕС.

93. Такъв е по-специално случаят с арбитража, довел до постановяване на решение от 23 март 1982 г., Nordsee (102/81, EU:C:1982:107), отнасящ се до договор „pool“, сключен между няколко частни предприятия и имащ за предмет, в рамките на обща програма за изграждането на тринадесет риболовни кораба-фабрики, разпределянето помежду им на всички финансови помощи, които са щели да получават от страна на Европейския фонд за ориентирани и гарантиране на земеделието (ЕФОГЗ). Сезираният съгласно този договор арбитражен съд изразява съмнения относно съвместимостта на договора с правото на Съюза и отправя запитване до Съда по този въпрос.

94. Съдът приема, че „не е компетентен“⁸¹, като преценява, че този арбитражен съд не е юрисдикция на една от държавите членки по смисъла на член 267 ДФЕС поради две причини. На първо място, „страните по договора не са имали правно или фактическо задължение да отнесат спора си до арбитраж“⁸², тъй като са направили този избор посредством договор. На второ място, „германските публични органи нямат участие в избора за арбитраж, нито [...] задължение служебно да се намесват в развитието на арбитражното производство“⁸³.

95. Фактът, че компетентността на арбитражния състав произтича от арбитражна клауза, включена в договор между потребител и туристическа агенция, е бил достатъчен по делото, довело до постановяване на решение от 27 януари 2005 г., Denuit и Cordenier (C-125/04, EU:C:2005:69), този състав да бъде изключен от понятието за юрисдикция по смисъла на член 267 ДФЕС, въпреки че арбитражната клауза е била част от наложените от туристическата агенция общи условия и потребителят не е могъл да договаря този аспект.

96. За сметка на това законоустановеният характер на арбитражния съд, учреден и сезиран в съответствие с член 8 от тази ВІТ, не може да бъде оспорен. Той се съдържа не само в международен договор, но и в нидерландския и чехословашкия закон за одобряването на въпросната ВІТ, с които тя става част от правния им ред. За разлика от делото, довело до постановяване на решение от 23 март 1982 г., Nordsee (102/81, EU:C:1982:107), участието на публичните органи в избора на арбитража като способ, както и в самото арбитражно производство (тъй като в случая Словашката република се явява ответник), е очевидно.

97. В подкрепа на тази преценка е решение от 12 юни 2014 г., Ascendi Beiras Litoral e Alta, Auto Estradas das Beiras Litoral e Alta (C-377/13, EU:C:2014:1754), и определение от 13 февруари 2014 г., Merck Canada (C-555/13, EU:C:2014:92).

98. Арбитражният съд, отправил до Съда преюдициално запитване в делото, довело до постановяване на решение от 12 юни 2014 г., Ascendi Beiras Litoral e Alta, Auto Estradas das Beiras Litoral e Alta (C-377/13, EU:C:2014:1754), е отговарял на критерия за законоустановения характер, тъй като португалски закон е предвиждал арбитража като средство за съдебно решаване на споровете в областта на данъчното облагане и е предоставял обща компетентност на арбитражните съдилища във въпросната област да се произнасят по законосъобразното събиране на всички данъци⁸⁴.

81 Според мен това не е въпрос относно компетентността, а относно допустимостта.

82 Вж. решение от 23 март 1982 г., Nordsee (102/81, EU:C:1982:107, т. 11). В този смисъл вж. също решение от 27 януари 2005 г., Denuit и Cordenier (C-125/04, EU:C:2005:69, т. 13).

83 Вж. решение от 23 март 1982 г., Nordsee (102/81, EU:C:1982:107, т. 12). В този смисъл вж. също решение от 27 януари 2005 г., Denuit и Cordenier (C-125/04, EU:C:2005:69, т. 13).

84 Вж. точка 24 от това решение.

99. По същия начин Съдът е приел, че арбитражният съд в делото, довело до постановяване на определение от 13 февруари 2014 г., Merck Canada (C-555/13, EU:C:2014:92), отговаря на критерия за законоустановен характер, тъй като „подсъдността [му] не произтича от волята на страните, а от [португалския] Закон № 62/2011“⁸⁵, въвеждащ арбитража като механизъм за решаване на спорове в областта на правата на индустриалната собственост, свързани с генеричните и референтните лекарствени продукти.

2. Постоянният характер на арбитражните съдилища, учредени в съответствие с член 8 от тази ВП

100. Международният арбитраж може да бъде институционален арбитраж, в който производството се поема и ръководи от арбитражна институция⁸⁶ съгласно нейния правилник и срещу заплащане, или арбитраж ad hoc, в който страните сами ръководят производството, без да се ползват от подкрепата на арбитражна институция.

101. От точки 25 и 26 от решение от 12 юни 2014 г., Ascendi Beiras Litoral e Alta, Auto Estradas das Beiras Litoral e Alta (C-377/13, EU:C:2014:1754), и от точка 24 от определение от 13 февруари 2014 г., Merck Canada (C-555/13, EU:C:2014:92), е видно, че критерият за постоянния характер не предвижда състава на арбитражния съд като такъв, а институционализирането на арбитража като средство за решаване на споровете. С други думи, критерият за постоянния характер трябва да се преценява с оглед на арбитражната институция, ръководеща арбитражното производство, а не с оглед на арбитражния съд, чийто състав е краткотраен.

102. В този смисъл съгласно приетото от Съда в точка 26 от решение от 12 юни 2014 г., Ascendi Beiras Litoral e Alta, Auto Estradas das Beiras Litoral e Alta (C-377/13, EU:C:2014:1754), „макар решаващите състави на Tribunal Arbitral Tributário [Арбитражен съд по данъчни дела, Португалия] да се сформират за кратко и тяхното съществуване да приключва с края на делото, това не променя факта, че като част от посочената система Tribunal Arbitral Tributário [Арбитражен съд по данъчни дела] като цяло е постоянно действащ“. Посочената от Съда система е арбитражната институция „Centro de Arbitragem Administrativa“ (CAAD) (Административен арбитражен център, Португалия).

103. Освен това в точка 24 от определение от 13 февруари 2014 г., Merck Canada (C-555/13, EU:C:2014:92), Съдът приема, че критерият за постоянния характер е изпълнен, тъй като арбитражният съд „е създаден въз основа на закона, [...] притежава задължителна компетентност на постоянна основа и [...] при това националното законодателство определя и контролира прилаганите от него процесуални правила“, макар и той да може да има различни форми, състави и процесуални правила в зависимост от избора на страните и дори да е бил разпуснат след постановяване на неговото решение.

104. По това дело е било ясно, че арбитражният съд е съд ad hoc и че няма арбитражна институция, осигуряваща постоянния му характер, но Съдът прави извод за този характер от член 2 от португалския Закон № 62/2011, въвеждащ арбитража като единствено средство за решаване на спорове в областта на правата на индустриалната собственост, свързани с генерични и референтни лекарствени продукти.

⁸⁵ Вж. точка 19 от това определение.

⁸⁶ Вж. например PCA в Хага (Нидерландия), ICSID във Вашингтон, окръг Колумбия (САЩ), SCC в Швеция, Международната търговска камара (ICC) в Париж (Франция) и Лондонския международен арбитражен съд (LCIA) (Обединено кралство).

105. Същият извод може да бъде направен за арбитражните съдилища, учредени и сезирани в съответствие с член 8 от тази ВІТ, тъй като, както в делата, довели до постановяване на решение от 12 юни 2014 г., *Ascendi Beiras Litoral e Alta, Auto Estradas das Beiras Litoral e Alta* (C-377/13, EU:C:2014:1754), и в определение от 13 февруари 2014 г., *Merck Canada* (C-555/13, EU:C:2014:92), Кралство Нидерландия и Словашката република са въвели арбитража като средство за решаване на спорове между една от тях и инвеститор от другата държава.

106. Във въпросната ВІТ са налице и други елементи за институционализиране на арбитража.

107. Всъщност член 8, параграф 4 от тази ВІТ предоставя правомощието за назначаване на арбитражите на Търговската камара на Стокхолм (SCC), която е постоянна арбитражна институция, а в параграф 5 от същия член е предвидено, че по отношение на арбитражното производство се прилага Правилникът за арбитража на UNCITRAL.

108. Също така производството пред арбитражния съд, разглеждано в настоящото дело, е проведено под егидата на постоянна арбитражна институция. За институцията, изпълняваща функцията на секретариат, с възлагателно писмо, подписано от посочения съд и от страните по делото в главното производство, е определен РСА, установен в Хага и създаден с Конвенциите за мирно уреждане на международните спорове, сключени в Хага през 1899 г. и 1907 г.⁸⁷.

109. Затова критерият за постоянния характер също ми се струва изпълнен.

3. По задължителния характер на юрисдикцията на арбитражните съдилища, учредени в съответствие с член 8 от тази ВІТ

110. Съгласно постоянната съдебна практика „[задължителният характер на юрисдикцията] липсва при доброволния арбитраж, доколкото страните по договора нямат правно или фактическо задължение да отнесат спора си до арбитраж, а публичните органи на съответната държава членка нямат участие в избора на арбитраж и задължение служебно да се намесват в развитието на арбитражното производство“⁸⁸.

111. Очевидно не е изненадващо, че съгласно приетото от Съда арбитражните съдилища по делата, довели до постановяване на решение от 17 октомври 1989 г., *Handels- og Kontorfunktionærernes Forbund i Danmark* (109/88, EU:C:1989:383), и определение от 13 февруари 2014 г., *Merck Canada* (C-555/13, EU:C:2014:92), са отговаряли на условието за задължителна юрисдикция, тъй като съгласно датското и португалското право спорът задължително е бил отнасян до арбитраж.

112. При все това в делото, довело до постановяване на решение от 12 юни 2014 г., *Ascendi Beiras Litoral e Alta, Auto Estradas das Beiras Litoral e Alta* (C-377/13, EU:C:2014:1754), фактът, че отнасянето до арбитража не е задължително и че данъчнозадълженото лице е избрало да се отнесе до него срещу Португалската република, при все че е можело да сезира пряко общите юрисдикции, не е изключил арбитражния съд от понятието за юрисдикция на държава членка по смисъла на член 267 ДФЕС.

⁸⁷ Всички държави — членки на Съюза, са страни по тези конвенции. Що се отнася до настоящото дело, Кралство Нидерландия е държава — членка на РСА, от учредяването му, а Словашката република става държава — членка на РСА през 1993 г.

⁸⁸ Решение от 12 юни 2014 г., *Ascendi Beiras Litoral e Alta, Auto Estradas das Beiras Litoral e Alta* (C-377/13, EU:C:2014:1754, т. 27). В този смисъл вж. също решения от 23 март 1982 г., *Nordsee* (102/81, EU:C:1982:107) и от 27 януари 2005 г., *Denuit и Cordenier* (C-125/04, EU:C:2005:69, т. 13), както и определение от 13 февруари 2014 г., *Merck Canada* (C-555/13, EU:C:2014:92, т. 17).

113. Всъщност според Съда „решения[та му] са задължителни за страните по силата на член 24, параграф 1 от Декрет-закон № 10/2011, [а] компетентността му произтича пряко от разпоредбите на Декрет-закон № 10/2011 и следователно не зависи от наличието на предварително волеизявление на страните за отнасяне на евентуалните им спорове до арбитраж [...]. Следователно, ако данъчнозадълженото лице жалбоподател отнесе спора си до данъчен арбитраж, подсъдността на [арбитражния съд] [...] е задължителна за данъчния и митническият орган“⁸⁹.

114. Същото се отнася и за арбитражните съдилища, учредени в съответствие с член 8 от тази ВІТ.

115. Параграф 7 от посочения член 8 гласи, че решението на учреден в съответствие с този член арбитражен съд е „окончателно и задължително за страните по спора“⁹⁰. Следователно няма никакво съмнение, че постановеното от подобен арбитражен съд решение е задължително за страните по смисъла на практиката на Съда.

116. Освен това параграф 2 от тази разпоредба гласи, че „[в]сяка от договарящите се страни дава съгласие с настоящата спогодба, че ако при възникването на спор [между инвеститор и държава] той не бъде уреден с извънсъдебно споразумение в шестмесечен срок от датата, на която една от страните е поискала разрешаването му по този начин, спорът се отнася за решаване до арбитражен съд“⁹¹.

117. Фактът, че инвеститорът има избор да бъде страна в съдебно производство или пред юрисдикциите на съответната държава членка, или пред арбитражния съд⁹², не засяга задължителния характер на юрисдикцията на арбитражния съд, тъй като този избор е бил и на данъчнозадълженото лице в делото, довело до постановяване на решение от 12 юни 2014 г., *Ascendi Beiras Litoral e Alta, Auto Estradas das Beiras Litoral e Alta* (C-377/13, EU:C:2014:1754).

118. Тъй като Словашката република предварително е дала съгласието си за арбитража, както е направила и Португалската република в делото, довело до постановяване на решение от 12 юни 2014 г., *Ascendi Beiras Litoral e Alta, Auto Estradas das Beiras Litoral e Alta* (C-377/13, EU:C:2014:1754), юрисдикцията на учредения арбитражен съд има, в съответствие с член 8, параграф 2 от тази ВІТ, задължителен характер за тази държава членка и за инвеститора.

119. Затова учредените в съответствие с член 8 от тази ВІТ арбитражни съдилища също изпълняват критерия за задължителна юрисдикция.

89 Точка 29 от това решение. В този смисъл вж. също решение от 6 октомври 2015 г., *Consorti Sanitari del Maresme* (C-203/14, EU:C:2015:664, т. 23).

90 Курсивът е мой.

91 Курсивът е мой.

92 Във въпросната ВІТ не се съдържа клауза за неотменима възможност (*fork-in-the-road*), която да предвижда, че когато инвеститор направи избор на съд (между вътрешните юрисдикции на съответната държава и международен арбитражен съд), избраната от него възможност е неотменима.

4. По състезателния характер на производството пред учредените в съответствие с член 8 от тази ВІТ арбитражни съдилища, прилагането от тяхна страна на правни норми при решаването на отнесените пред тях спорове и независимостта и безпристрастността на арбитражите

120. Що се отнася до състезателното естество на производството пред учредените в съответствие с член 8 от тази ВІТ арбитражни съдилища, следва да се отбележи, че съгласно параграф 5 от него „[а]рбитражният съд определя своите процедурни правила в съответствие с Правилника за арбитражна [UNCITRAL]“⁹³.

121. Съгласно член 15, параграф 1 от този правилник, в неговата редакция от 1976 г., приложима към момента на сключване на посочената ВІТ, „[к]ато спазва разпоредбите на този правилник арбитражният съд провежда арбитражното производство по начин, който счита за правилен, при условие че страните са равнопоставени и че *на всеки етап от производството на всяка страна е дадена пълна възможност да излага позициите си*“⁹⁴. Тази гаранция е възпроизведена в член 17, параграф 1 от посочения правилник в неговите редакции от 2010 г. и от 2013 г.

122. Спазването на принципа на състезателност също е гарантирано от няколко разпоредби на този правилник, предвиждащи обмяната на писмени становища, насрочването на заседание и участието на страните в него, както и приключването на устната фаза, а именно членове 18—20, 22, 24, 25 и 29 от правилника от 1976 г. и членове 20—22, 24, 28 и 31 от изменения през 2010 г. и през 2013 г. правилник.

123. Колкото до критерия за прилагане на правни норми от страна на арбитражните съдилища, член 8, параграф 6 от тази ВІТ гласи, че „[а]рбитражният съд се произнася от правна страна“, и предвижда поредица от правни норми, които съдят трябва да вземе предвид. Възможността за произнасяне *ex aequo et bono* следователно е изключена.

124. Накрая, що се отнася до критерия за независимост и безпристрастност, съгласно постоянната съдебна практика „[г]аранции[те] за независимост и безпристрастност изискват наличието на правила, по-конкретно що се отнася до състава на органа, назначаването, срока на упражняване на функциите, както и основанията за въздържане, отвод и освобождаване от длъжност на членовете му, които правила да дават възможност да се отстрани всяко оправдано съмнение в съзнанието на страните в производството относно неподатливостта на органа към външни фактори и неутралността му по отношение на противопоставящите се интереси [...]. За да се счита, че условието относно независимостта на запитващия орган е изпълнено, съдебната практика изисква по-специално случаите на освобождаване от длъжност на членовете на този орган да бъдат определени с изрични законови разпоредби“⁹⁵.

93 Правилникът за арбитраж е публикуван на интернет сайта на UNCITRAL http://www.uncitral.org/uncitral/fr/uncitral_texts/arbitration/2010Arbitration_rules.html.

94 Курсивът е мой.

95 Решение от 9 октомври 2014 г., TDC (C-222/13, EU:C:2014:2265, т. 32 и цитираната съдебна практика). Следва да се уточни, че за разлика от съдиите арбитражите не заемат постоянни длъжности. Следователно в международното арбитражно право няма правила за освобождаване от длъжност на арбитражите.

125. Най-напред, ще отбележа, че Съдът не е опровергал независимостта и безпристрастността на арбитрите в нито едно от разгледаните от него дела, и по-нататък, че Правилникът за арбитраж на UNCITRAL гарантира независимостта и безпристрастността на арбитрите, като им налага ясно задължение да посочат всички обстоятелства, които по своето естество могат да породят основателни съмнения относно тяхната безпристрастност или независимост⁹⁶, както и като предвижда процедура за отвод на арбитрите при наличието на подобни обстоятелства⁹⁷.

126. С оглед на гореизложеното учредените по член 8 от тази ВІТ арбитражни съдилища представляват юрисдикции по смисъла на член 267 ДФЕС, но представляват ли те и юрисдикции „в държава членка“ по смисъла на тази разпоредба?

127. Според мен да.

128. Въпросът за качеството на международна юрисдикция, учредена в рамките на международна организация, създадена посредством сключен между държави членки международен договор, е разгледан във връзка с Cour Benelux (Съд на Бенелюкс) по делото, довело до постановяване на решение от 4 ноември 1997 г., Parfums Christian Dior (C-337/95, EU:C:1997:517).

129. В това решение Съдът приема, че „няма разумно основание, поради което юрисдикция, обща за няколко държави членки, да не може да отправя преюдициални въпроси до Съда подобно на юрисдикциите във всяка от тези държави членки“⁹⁸.

130. Същият е и случаят с учредяваните в съответствие с член 8 от тази ВІТ арбитражни съдилища, тъй като те са въведени като механизъм за решаването на спорове от Кралство Нидерландия и Словашката република.

131. Поради тези причини предлагам на Съда да отговори на втория въпрос, че член 267 ДФЕС трябва да се тълкува в смисъл, че допуска разпоредба като член 8 от тази ВІТ, позволяваща уреждането на споровете между инвеститори и държави посредством арбитражен съд, който трябва да се счита за „юрисдикция в държава членка“ по смисъла на член 267 ДФЕС.

D. По първия преюдициален въпрос

132. С първия си преюдициален въпрос запитващата юрисдикция иска да се установи дали член 344 ДФЕС трябва да бъде тълкуван в смисъл, че не допуска прилагането на разпоредби на ВІТ в рамките на Съюза, каквато е член 8 от ВІТ Нидерландия/Чехословакия, позволяващи уреждането на споровете между инвеститори и държави от арбитражен съд.

133. В самото начало следва да се отбележи, че ако Съдът постанови, както предлагам, че учредяваните в съответствие с член 8 от тази ВІТ арбитражни съдилища са юрисдикции в държава членка по смисъла на член 267 ДФЕС, тогава те се вписват в диалога между съдии, посочен в точка 176 от становище 2/13 (Присъединяване на Съюза към ЕКПЧ) от 18 декември 2014 г. (EU:C:2014:2454) и са длъжни да прилагат правото на Съюза. Следователно отнасянето

⁹⁶ Вж. член 9 от Правилника за арбитраж на UNCITRAL от 1976 г. и член 11 от изменения през 2010 г. и през 2013 г. правилник за арбитраж на UNCITRAL.

⁹⁷ Вж. членове 10—12 от Правилника за арбитраж на UNCITRAL от 1976 г., както и членове 12 и 13 от Правилника за арбитраж на UNCITRAL, изменен през 2010 г. и през 2013 г. Вж. също Насоките на Международното сдружение на адвокатските колегии (IBA) относно конфликтите на интереси в международния арбитраж (на разположение на интернет сайта на IBA http://www.ibanet.org/Publications/publications_IBA_guides_and_free_materials.aspx), в които се уточняват мотивите за конфликтите на интереси, които могат да доведат до отвод на арбитрите.

⁹⁸ Точка 21. В този смисъл вж. също решение от 14 юни 2011 г., Miles и др. (C-196/09, EU:C:2011:388, т. 40).

до международния арбитраж при предписаните от член 8 от ВІТ Нидерландия/Чехословакия условия не може да накърни нито член 344 ДФЕС, нито уредбата на правомощията, установена с Договора за ЕС и с Договора за функционирането на ЕС, и следователно, самостоятелността на правната система на Съюза.

134. В този случай всъщност арбитражните съдилища са задължени, под страх от недействителност поради противоречие с обществения ред, да спазват принципите, изложени от Съда в точки 65—70 от становище 1/09 (Споразумение за създаване на унифицирана система за патентно съдопроизводство) от 8 март 2011 г. (EU:C:2011:123) и в точки 157—176 от становище 2/13 (Присъединяване на Съда към ЕКПЧ) от 18 декември 2014 г. (EU:C:2014:2454), сред които са по-специално предимството на правото на Съюза⁹⁹ пред правните системи на държавите членки и всеки поет помежду им международен ангажимент, непосредственото действие на цяла поредица от разпоредби, приложими спрямо техните граждани и самите тях, взаимното доверие между тях при признаването на общи ценности, на които се основава Съюзът, и пълното и цялостно прилагане и зачитане на правото на Съюза.

135. Освен това неприлагането или неправилното прилагане на правото на Съюза от създадените от държавите членки арбитражни съдилища не само би ангажирало отговорността на съответните държави членки, при това в съответствие с решение от 30 септември 2003 г., Köbler (C-224/01, EU:C:2003:513), тъй като именно те са ги създали, но също така би могло да доведе до констатацията за неизпълнение на задължение от страна на засегнатите държави в съответствие с членове 258 ДФЕС и 259 ДФЕС¹⁰⁰.

136. Ако все пак Съдът прецени, че учредяваните в съответствие с член 8 от тази ВІТ арбитражни съдилища не представляват юрисдикции в държава членка по смисъла на член 267 ДФЕС, налага се да бъде разгледано и това дали член 344 ДФЕС забранява прилагането на член 8 от нея и евентуално, дали той не е несъвместим с разпределението на правомощията, определени с Договора за ЕС и Договора за функционирането на ЕС, и със самостоятелността на правната система на Съюза.

137. В този контекст се налагат три анализа, като вторият се налага само ако първият приключи с положителен отговор, а третият — само ако първият или вторият въпрос получат отрицателен отговор:

- Предвиден ли е в член 344 ДФЕС спор между инвеститор и държава членка, какъвто е посоченият в член 8 от тази ВІТ?
- Позволява ли предметът на подобен спор той да бъде характеризирани като „отнасящ[...] се до тълкуването или прилагането на Договорите“ по смисъла на член 344 ДФЕС?
- Накърнява ли действието на посочената ВІТ, с оглед на нейната цел, уредбата на правомощията, определена с Договора за ЕС и Договора за функционирането на ЕС, и следователно, самостоятелността на правната система на Съюза?

99 Множество арбитражни съдилища, произнасящи се по спорове между инвеститори — граждани на Съюза, и държави членки, сред които е разглежданият в настоящото дело арбитражен съд, вече са признали предимството на правото на Съюза. Вж. Achmea BV (предишно Eureka BV) c/y Словашка република (UNCITRAL) (дело PCA № 2008-13), решение от 26 октомври 2010 г. относно компетентността, допустимостта и спирането, т. 289; Electrabel SA c/y Унгария (дело ICSID № ARB/07/19), решение от 30 ноември 2012 г. относно компетентността, приложимото право и отговорността, т. 4.189—4.191; Charanne BV и Construction Investments Sàrl c/y Кралство Испания (дело SCC № 062/2012), окончателно решение от 21 януари 2016 г., т. 439 и 443, и RREEF Infrastructure (G.P.) Limited and RREEF Pan-European Infrastructure Two Lux Sàrl c/y Кралство Испания (дело ICSID № ARB/13/30), решение от 6 юни 2016 г. относно компетентността, т. 72 (положението щеше да е различно, ако инвеститорите бяха с произход от трета държава, вж. т. 74—76).

100 В този смисъл вж. Electrabel SA c/y Унгария (дело ICSID № ARB/07/19), решение от 30 ноември 2012 г. относно компетентността, приложимото право и отговорността, т. 4.160—4.162.

1. Предвиден ли е в член 344 ДФЕС спор между инвеститор и държава членка, какъвто е посоченият в член 8 от тази ВІТ?

138. Според мен отговорът трябва да е отрицателен поради следните причини.

139. Съгласно член 344 ДФЕС „[д]ържавите членки се задължават да не уреждат споровете, отнасящи се до тълкуването или прилагането на Договорите, по начини, различни от тези, предвидени в тях“.

140. Съдът често е имал повод да тълкува член 344 ДФЕС и да се произнася по съвместимостта на международните споразумения с него, макар и да е ставало въпрос за международни споразумения, сключени от Съюза и неговите държави членки с трети държави¹⁰¹.

141. Съгласно постоянната съдебна практика „международно споразумение не би могло да засегне установената с договорите уредба на правомощията, и следователно — самостоятелността на правната система на Съюза, чието зачитане се осигурява от Съда. Този принцип е изрично вписан в член 344 ДФЕС, съгласно който държавите членки се задължават да не уреждат споровете, отнасящи се до тълкуването или прилагането на Договорите, по начини, различни от тези, предвидени в него“¹⁰².

142. Според Съда член 344 ДФЕС предвижда задължение на държавите членки „да се отнасят до правораздавателната система [на Съюза] и да зачитат изключителната компетентност на Съда — основополагаща характеристика на тази система — [задължение, което] трябва да се разглежда като специфично проявление на по-общото им задължение за лоялност, произтичащо от член [4, параграф 3 ДЕС]“¹⁰³.

143. В самото начало следва да се отбележи, че арбитражният съд, постановил разглежданото по делото в главното производство решение, е разгледал подробно доводите на Словашката република и Комисията, изведени от член 344 ДФЕС. В това отношение той приема на основание на решение от 30 май 2006 г., Комисия/Ирландия (C-459/03, EU:C:2006:345), че споровете между инвеститори и договарящи се държави по ВІТ не попадат в обхвата на член 344 ДФЕС¹⁰⁴.

144. Словашката република, подкрепяна от няколко държави членки и Комисията, оспорва тази преценка на арбитражния съд. Според нея член 344 ДФЕС трябва да получи разширително тълкуване, което го прави приложим по отношение на спорове между частноправен субект и държава членка, по-специално с оглед на текста му, който за разлика от член 273 ДФЕС не ограничавал изрично приложното си поле до споровете „между държавите членки“.

101 Вж. становища 1/91 (Споразумение ЕИП — I) от 14 декември 1991 г. (EU:C:1991:490), 1/92 (Споразумение ЕИП — II) от 10 април 1992 г. (EU:C:1992:189), 2/94 (Присъединяване на Общността към ЕКПЧ) от 28 март 1996 г. (EU:C:1996:140), 1/09 (Споразумение за създаване на унифицирана система за патентно съдопроизводство) от 8 март 2011 г. (EU:C:2011:123), и становище 2/13 (Присъединяване на Съюза към ЕКПЧ) от 18 декември 2014 г. (EU:C:2014:2454). Вж. също решение от 30 май 2006 г., Комисия/Ирландия (C-459/03, EU:C:2006:345).

102 Становище 2/13 (Присъединяване на Съюза към ЕКПЧ) от 18 декември 2014 г. (EU:C:2014:2454, т. 201). В този смисъл вж. също становище 1/91 (Споразумение ЕИП — I) от 14 декември 1991 г. (EU:C:1991:490, т. 35), както и решения от 30 май 2006 г., Комисия/Ирландия (C-459/03, EU:C:2006:345, т. 123) и от 3 септември 2008 г., Kadi и Al Barakaat International Foundation/Съвет и Комисия (C-402/05 P и C-415/05 P, EU:C:2008:461, т. 282).

103 Решение от 30 май 2006 г., Комисия/Ирландия (C-459/03, EU:C:2006:345, т. 169).

104 Вж. Achmea BV (предишно Eureko BV) c/y Словашка република (UNCITRAL) (дело PCA № 2008-13), решение от 26 октомври 2010 г. относно компетентността, допустимостта и спирането, т. 276. В този смисъл вж. също European American Investment Bank AG c/y Словашка република (UNCITRAL) (дело PCA № 2010-17), решение от 22 октомври 2012 г. относно компетентността, т. 248—267; Electrabel SA c/y Унгария (дело ICSID № ARB/07/19), решение от 30 ноември 2012 г. относно компетентността, приложимото право и отговорността, т. 4.150—4.152; Charanne BV и Construction Investments Sàrl c/y Кралство Испания (дело SCC № 062/2012), окончателно решение от 21 януари 2016 г., т. 441—445; RREEF Infrastructure (G.P.) Limited and RREEF Pan-European Infrastructure Two Lux Sàrl c/y Кралство Испания (дело ICSID № ARB/13/30), решение от 6 юни 2016 г. относно компетентността, т. 80, и Eisner Infrastructure Limited и Energía Solar Luxembourg Sàrl c/y Кралство Испания (дело ICSID № ARB/13/36), решение от 4 май 2017 г., т. 204.

145. Не споделям тази теза.

146. От практиката на Съда ясно е видно, че споровете между държавите членки¹⁰⁵, както и между държавите членки и Съюза¹⁰⁶, са предвидени в член 344 ДФЕС. За сметка на това споровете между частноправни субекти не са предвидени, макар и сезираната с тяхното решаване юрисдикция да трябва да вземе предвид или да приложи правото на Съюза.

147. Всъщност, както Съдът е приел във връзка с проекта за споразумение относно съд за европейски и общностни патенти, „[с]ъздаването на [съд за европейски и общностни патенти] не може да противоречи и на член 344 ДФЕС, като се има предвид, че с този член *на държавите членки* само се забранява да уреждат споровете относно тълкуването или прилагането на Договорите по начини, различни от предвидените в тях. Правомощията, които съгласно проекта за споразумение се предоставят на [съд за европейски и общностни патенти], обаче ще се отнасят само за споровете между частноправни субекти в областта на патентите“¹⁰⁷.

148. Колкото до споровете между частноправни субекти и държави членки, Комисията изтъква, че правораздавателната система, посочена в становище 1/91 (Споразумение ЕИП — I) от 14 декември 1991 г. (EU:C:1991:490), включва и подадените от частни лица жалби срещу надзорния орган на Европейската асоциация за свободна търговия (ЕАСТ) в областта на конкуренцията¹⁰⁸.

149. Тези жалби обаче не са били насочени срещу държава членка и при всички положения няма никакъв текст в становището на Съда, от който би могло да се счете, че според приетото от него този особен аспект на проекта за Споразумението за Европейското икономическо пространство (ЕИП) е бил проблематичен.

150. Следва да се подчертае още, че Съюзът е следвало да стане страна по посоченото в това становище споразумение и че следователно споразумението е трябвало да се превърне в част от правото на Съюза, какъвто очевидно не е случаят с въпросната ВІТ. Освен това, както ясно личи от точки 13—29 от това становище, Съдът е изразил опасения от наличието на системен риск, породен от член 6 от проекта за споразумение във връзка с еднородното тълкуване и прилагане на правото в ЕИП¹⁰⁹, а не от факта, че подадените жалби в областта на конкуренцията от частноправни субекти срещу надзорния орган на ЕАСТ са щели да бъдат от компетентността на юрисдикция, намираща се извън структурата на правораздавателна система на Съюза.

151. Становище 2/13 (Присъединяване на Съюза към ЕКПЧ) от 18 декември 2014 г. (EU:C:2014:2454) е с особена значимост в това отношение, тъй като макар член 6, параграф 2 ДЕС да предвижда присъединяването на Съюза към Европейската конвенция за защита на правата на човека и основните свободи, подписана в Рим на 4 ноември 1950 г. (наричана по-нататък „ЕКПЧ“), той би бил несъвместим с член 344 ДФЕС, ако споровете между частноправни субекти и държави членки, които са най-обичайните спорове пред Европейския съд по правата на човека попадаха в обхвата на тази разпоредба.

¹⁰⁵ Вж. решение от 30 май 2006 г., Комисия/Ирландия (C-459/03, EU:C:2006:345, т. 128).

¹⁰⁶ Вж. Становище 2/13 (Присъединяване на Съюза към ЕКПЧ) от 18 декември 2014 г. (EU:C:2014:2454, т. 202 и 205).

¹⁰⁷ Становище 1/09 (Споразумение за създаване на унифицирана система за патентно съдопроизводство) от 8 март 2011 г. (EU:C:2011:123). Курсивът е мой.

¹⁰⁸ Вж. точка 6 от това становище.

¹⁰⁹ Член 6 от проекта за споразумение гласи, че за въвеждането и прилагането им разпоредбите на споразумението трябва да бъдат тълкувани съгласно практиката на Съда, *предхождаща* датата на подписване на споразумението и отнасяща се до съответните разпоредби на Договора за ЕИО, Договора за ЕОВС и вторичните актове, което, разбира се, е създавало риск от различия между практиката на Съда и тази на съда на ЕИП. Вж. Становище 1/91 (Споразумение ЕИП — I) от 14 декември 1991 г. (EU:C:1991:490, т. 6 и 25—29).

152. Поради тази причина в точки 201—214 от становището Съдът е разгледал в светлината на член 344 ДФЕС единствено споровете между държави членки и между държави членки и Съюза¹¹⁰, като е бил наясно с факта, че с присъединяването си към ЕКПЧ Съюзът ще бъде обвързан с член 34, първо изречение от нея, предвиждащ, че Европейският съд по правата на човека „може да приема жалби от всяко лице, неправителствена организация или група лица, които твърдят, че са жертва на нарушение от страна на някоя от [договарящите страни] на правата, провъзгласени в конвенцията или протоколите към нея“¹¹¹.

153. Поради тези причини считам, че спор между инвеститор и държава членка като предвидения в член 8 от тази ВІТ не попада в обхвата на член 344 ДФЕС.

154. Този извод не може да бъде повлиян от довода на Комисията, съгласно който споровете между инвеститори и държави членки в действителност са спорове между държави членки, тъй като със започването на арбитражно производство срещу държава членка на основание на разпоредба като член 8 от ВІТ Нидерландия/Чехословакия инвеститорът упражнява не свое право, а право, което тази ВІТ предоставя на страната му на произход.

155. В това отношение Комисията се основава на две арбитражни решения, цитирани в точка 81 от писменото ѝ становище¹¹². Тезата ѝ обаче противоречи на същата тази арбитражна практика¹¹³ и при всички положения далеч не получава общо одобрение¹¹⁴.

156. Всъщност в международното право е трайно установено, че разпоредбите на международен договор могат, при някои условия, да предоставят права на частноправните субекти¹¹⁵. В този смисъл няколко арбитражни¹¹⁶, както и държавни¹¹⁷ юрисдикции са приели, че ВІТ пряко предоставят права на инвеститорите¹¹⁸.

110 Вж. по-специално точки 204, 205, 207 и 212.

111 Вж. становище 2/13 (Присъединяване на Съюза към ЕКПЧ) от 18 декември 2014 г. (EU:C:2014:2454, т. 17 и 18).

112 Вж. Loewen Group & Raymond L. Loewen c/y Съединени американски щати (дело ICSID № ARB(AF)/98/3), решение от 26 юни 2003 г., т. 233, и Archer Daniels Midland Company и Tate & Lyle Ingredients Americas Inc. c/y Съединени мексикански щати (дело ICSID № ARB(AF)/04/05), решение от 21 ноември 2007 г., т. 178.

113 Вж. Loewen Group & Raymond L. Loewen c/y Съединени американски щати (дело ICSID № ARB(AF)/98/3), решение от 26 юни 2003 г., т. 223, в което арбитражният съд приема, че глава 11 от Северноамериканското споразумение за свободна търговия (НАФТА) представлява по-нататъшно развитие на международното право, тъй като позволява на инвеститора да предяви *свои права* и да подаде *своя жалба* пред арбитражния съд („Chapter Eleven of NAFTA represents a progressive development in international law whereby the individual investor may make a claim on its own behalf and submit the claim to international arbitration“).

114 Вж. Douglas, Z. The International Law of Investment Claims. Cambridge University Press, 2009, p. 17—38.

115 Освен примера с Договора за функционирането на ЕС и ЕКПЧ ще цитирам Виенската конвенция за консулските отношения от 24 април 1963 г. В този смисъл вж. решение от 27 юни 2001 г., дело LaGrand (Германия c/y Съединени американски щати), СІ, Recueil 2001 г., стр. 466, т. 78.

116 В този смисъл вж. American Manufacturing & Trading Inc. c/y Република Заир (дело ICSID № ARB/93/1), решение от 21 февруари 1997 г., т. 6.06; CMS Gas Transmission Company c/y Република Аржентина (дело ICSID № ARB/01/8), решение на съда от 17 юли 2003 г. относно възраженията за неговата компетентност, т. 45; Corn Products International, Inc. c/y Съединени мексикански щати (дело ICSID № ARB(AF)/04/01), решение от 15 януари 2008 г., т. 174—176; Cargill Inc. c/y Съединени мексикански щати (дело ICSID № ARB(AF)/05/2), решение от 18 септември 2009 г., т. 424—426, и European American Investment Bank AG c/y Словашка република (UNCITRAL) (дело PCA № 2010-17), решение от 22 октомври 2012 г. относно компетентността, т. 445. В този смисъл вж. също Burdeau, G. Nouvelles perspectives pour l'arbitrage dans le contentieux économique intéressant l'Etat. — Revue de l'arbitrage, 1995, p. 3—12; Paulsson, J. Arbitration Without Privity. — ICSID Review — Foreign Investment Law Journal, 1995, vol. 10, p. 232—256; Wälde, T. Investment Arbitration under the Energy Charter Treaty. — Arbitration International, 1996, p. 429 et 435—437, и Douglas, Z. The International Law of Investment Claims. Cambridge University Press, 2009, p. 32—38.

117 Вж. Occidental Exploration & Production Company c/y Република Еквадор [2005] EWCA Civ 1116, [2006] QB 432, т. 22, в което Court of Appeal (England & Wales) (Апелативен съд (Англия и Уелс), Обединеното кралство) квалифицира точка 233 от решение от 26 юни 2003 г. по арбитража Loewen Group & Raymond L. Loewen c/y Съединени американски щати (дело ICSID № ARB(AF)/98/3) като „спорна“, като добавя, че не споделя тълкуване на това решение, съгласно което ВІТ предоставят права не на инвеститорите, а на тяхната държава на произход.

118 Действително ВІТ систематично съдържат арбитражни клаузи за споровете между договарящите се държави (в случая вж. член 10 от ВІТ Нидерландия/Чехословакия). Доколкото ми е известно обаче, подобен арбитраж между държави никога не се е състоял след подписването на първата ВІТ през 1959 г. Такъв несъмнено е случаят с ВІТ между държавите членки.

157. Такъв несъмнено е случаят с член 3 от въпросната ВІТ, чието нарушение е установено от арбитражния съд в разглежданото в главното производство арбитражно решение, тъй като в него изрично са упоменати инвеститорите от договарящите се страни като имащи право на лоялно и справедливо третиране, както и на третиране като най-облагодетелстваната нация.

158. Освен това правото, приложимо за предвидените в член 8, параграф 6 от тази ВІТ спорове¹¹⁹, е различно от правото, приложимо за споровете между двете държави — страни по въпросната ВІТ, в съответствие с член 10, параграф 7 от нея¹²⁰.

159. От гореизложеното ще заключа, че спор между инвеститор и държава членка като посочения в член 8 от тази ВІТ не е предвиден в член 344 ДФЕС, което прави излишно разглеждането на въпроса дали подобен спор се „отнася до“ тълкуването или прилагането на Договор[ите за ЕС и за функционирането на ЕС]“. В случай че Съдът не сподели моя извод по първия аспект, анализирам и този въпрос.

2. Разглежданият спор „отнасящ[се] до тълкуването или прилагането на Договорите ли е“?

160. Като цитира точки 140, 149 и 151—153 от решение от 30 май 2006 г., Комисия/Ирландия (C-459/03, EU:C:2006:345), запитващата юрисдикция счита, че нарушение на член 344 ДФЕС може да бъде установено само ако разглежданото арбитражно решение има за предмет тълкуването и прилагането на самите разпоредби на правото на Съюза, какъвто според нея не е случаят с разглежданото в делото в главното производство такова решение.

161. Словашката република, подкрепяна от няколко държави членки и Комисията, оспорва тази преценка на запитващата юрисдикция. Според нея член 344 ДФЕС е приложим по отношение на спор като този между Achmea и Словашката република, тъй като се отнася именно до тълкуването и прилагането на Договора за ЕС и Договора за функционирането на ЕС, включително и по смисъла на решение от 30 май 2006 г., Комисия/Ирландия (C-459/03, EU:C:2006:345).

162. Не съм на това мнение.

163. Действително в своето решение от 30 май 2006 г., Комисия/Ирландия (C-459/03, EU:C:2006:345), и в своето становище 2/13 (Присъединяване на Съюза към ЕКПЧ) от 18 декември 2014 г. (EU:C:2014:2454), Съдът е приел, че споровете се отнасят до тълкуването и прилагането на Договора за ЕС и Договора за функционирането на ЕС, макар и те да произтичат от международни спогодби (съответно от Конвенцията на Организацията на обединените нации по морско право, сключена в Монтего Бей на 10 декември 1982 г., и ЕКПЧ).

119 Съгласно тази разпоредба, „[a]рбитражният съд се произнася от правната страна, като взема предвид по-специално, но не изключително: действащото право на съответната договаряща се страна; разпоредбите на настоящата спогодба и на която и да е друга релевантна спогодба между договарящите се страни; разпоредбите на специални спогодби относно инвестициите и общите принципи на международното право“.

120 „Съдът се произнася на основание на настоящата спогодба, както и на останалите релевантни спогодби между двете договарящи се страни, общите принципи на международното право и общите норми на правото, които съдът приеме за приложими. Предходните разпоредби не засягат правомощието на съда да се произнася ex aequo et bono, ако страните са съгласни за това“ (The tribunal shall decide on the basis of the present Agreement and other relevant Agreements between the two Contracting Parties, the general principles of international law, as well as such general rules of law as the tribunal deems applicable. The foregoing provisions shall not prejudice the power of the tribunal to decide the dispute ex aequo et bono if the Parties so agree).

164. Случаят е бил такъв обаче единство защото или Съюзът е бил страна по разглежданата спогодба (Конвенцията на Организацията на обединените нации по морско право), която следователно е била част от правото на Съюза, или защото е било предвидено присъединяването на Съюза към разглежданата спогодба (ЕКПЧ), която следователно е трябвало да стане част от правото на Съюза.

165. Всъщност, както Съдът приема в точки 126 и 127 от решение от 30 май 2006 г., Комисия/Ирландия (C-459/03, EU:C:2006:345):

„Приема се за установено, че разпоредбите на Конвенцията [на Организацията на обединените нации по морско право], релевантни по отношение на спора за завода MOX, са от компетентност на [Съюза], която той е упражнил с присъединяването си към Конвенцията, така че тези разпоредби са неразделна част от правния ред [на Съюза].

Следователно в случая става въпрос именно за спор, отнасящ се до тълкуването или прилагането на [ДФЕС] по смисъла на член [344 ДФЕС]“.

166. По същия начин в становище 2/13 (Присъединяване на Съюза към ЕКПЧ) от 18 декември 2014 г. (EU:C:2014:2454) Съдът приема, че „ЕКПЧ би станала неразделна част от правото на Съюза. Следователно, когато то е предмет на разглеждане, Съдът притежава изключителна компетентност да се произнася по всички спорове между държавите членки, както и между тях и Съюза, по повод зачитането на Конвенцията“. Въз основа на това Съдът приема, че присъединяването на Съюза към ЕКПЧ може да засегне член 344 ДФЕС¹²¹.

167. Все пак за разлика от споразуменията, разглеждани в делата, довели до постановяване на решение от 30 май 2006 г., Комисия/Ирландия (C-459/03, EU:C:2006:345), и становище 2/13 (Присъединяване на Съюза към ЕКПЧ) от 18 декември 2014 г. (EU:C:2014:2454), Съюзът не е страна по посочената ВІТ, която следователно не е част от правото на Съюза, какъвто е критерият, определен в тези две решения на Съда.

168. Ето защо изключителната компетентност на Съда, гарантирана от член 344 ДФЕС, не се поставя под въпрос.

169. Тази констатация не се засяга от довода на Комисията, че правото на Съюза е част от правото, приложимо по отношение на споровете между инвеститори и държави — страни по въпросната ВІТ, и че в случая Achmea се позовава в арбитражното производство на нарушение на правото на Съюза.

170. В това отношение разглежданият по настоящото дело арбитражен съд приема, че „без [д]алеч да е бил възпрепятстван да вземе предвид и да приложи правото на Съюза, той е [бил] задължен да го приложи, доколкото то е [било] част от приложимото право, било то в съответствие с член 8 от ВІТ, с германското право, или по друг начин“¹²². Той добавя, че Съдът притежава „монопола на окончателното и автентично тълкуване на правото на Съюза“¹²³.

¹²¹ Вж. точки 205—214 от становището.

¹²² Achmea BV (предишно Eureko BV) с/у Словашка република (UNCITRAL) (дело PCA № 2008-13), решение относно компетентността, арбитража и спирането от 26 октомври 2010 г., т. 281 („Far from being precluded from considering and applying EU law the Tribunal is bound to apply it to the extent that it is part of the applicable law(s), whether under BIT Article 8, German law or otherwise“). Вж. в този смисъл и Isolux Infrastructure Netherlands BV с/у Кралство Испания (дело CCS V 2013/153), решение от 12 юли 2016 г., т. 654.

¹²³ Achmea BV (предишно Eureko BV) с/у Словашка република (UNCITRAL) (дело PCA № 2008-13), решение относно компетентността, арбитража и спирането от 26 октомври 2010 г., т. 282 („What the ECJ has is a monopoly on the final and authoritative interpretation of EU law“).

171. Ще добавя, че е възможно да се наложи учреден в съответствие с член 8 от тази ВІТ арбитражен съд да приложи правото на Съюза в съответствие с член 3, параграф 5 от тази ВІТ, който предвижда, наред с другото, че ако договор, който бъде сключен в бъдеще между страните¹²⁴, съдържа правила, общи или специални, осигуряващи на инвестиции на инвеститори от другата договаряща се страна по-благоприятно третиране от предвиденото във въпросната ВІТ, тези правила ще имат предимство пред нея, ако те са по-благоприятни¹²⁵.

172. Също така Договорът за ЕС и Договорът за функционирането на ЕС при всички положения биха били част от правните разпоредби, които арбитражните съдилища би следвало да вземат предвид, дори и при липсата на разпоредба като член 8, параграф 6 от тази ВІТ, тъй като това задължение по подразбиране произтича от член 31, параграф 3, букви а) и с) от Виенската конвенция¹²⁶.

173. Все пак от факта, че правото на Съюза е част от правото, приложимо по отношение на споровете между инвеститори и държави в съответствие с член 8, параграф 6 от ВІТ, не произтича, че тези спорове се отнасят до тълкуването и прилагането на Договора за ЕС и Договора за функционирането на ЕС, при това по две причини: на първо място, компетентността на арбитражния съд се ограничава до това да се произнася по нарушения на съответната ВІТ и на второ място, приложното поле на тази ВІТ и на въведените с нея правни норми не са идентични с тези на Договора за ЕС и Договора за функционирането на ЕС.

а) Компетентността на арбитражния съд се ограничава до това да се произнася по нарушения на ВІТ

174. Както приема разглежданият в настоящото дело арбитражен съд, „компетентността му се ограничава до това да се произнесе по твърдените нарушения на ВІТ. Този съд не е компетентен да се произнася по твърдени нарушения на правото на Съюза като такива“¹²⁷.

175. Всъщност задачата на съда не е да установява дали с поведението си, оспорвано от инвеститора, държавата членка е нарушила задълженията си, произтичащи от Договора за ЕС и Договора за функционирането на ЕС или по-общо от правото на Съюза. Напротив, задачата му е да установи нарушения на съответната ВІТ от приемащата инвестицията държава, като правото на Съюза е един от релевантните елементи, който следва да се вземе предвид, за да се прецени поведението на държавата от гледна точка на съответната ВІТ¹²⁸.

124 Като например Договора за ЕС и Договора за функционирането на ЕС.

125 В този смисъл във връзка с подобна разпоредба (член 16, параграф 2 от Договора за Енергийната харта) вж. Eiser Infrastructure Limited и Energía Solar Luxembourg Sàrl c/у Кралство Испания (дело ICSID № ARB/13/36), решение от 4 май 2017 г., т. 202.

126 Съгласно тази разпоредба за целите на тълкуването на договор се вземат под внимание всяко последващо споразумение между страните относно тълкуването на договора или прилагането на неговите разпоредби (в случая Договора за ЕС и Договора за функционирането на ЕС), както и всички съответни норми на международното право, прилагани в отношенията между страните (в случая правото на Съюза).

127 Achmea BV (предишно Eureko BV) c/у Словашка република (UNCITRAL) (дело PCA № 2008-13), решение относно компетентността, арбитража и спирането от 26 октомври 2010 г., т. 290 („the Tribunal notes that its jurisdiction is confined to ruling upon alleged breaches of the BIT. The Tribunal does not have jurisdiction to rule on alleged breaches of EU law as such“). В този смисъл вж. и Isolux Infrastructure Netherlands BV c/у Кралство Испания (дело CCS V 2013/153), решение от 12 юли 2016 г., т. 651.

128 Вж. по-специално Emilio Agustín Maffezini c/у Кралство Испания (дело ICSID № ARB/97/7), решение от 13 ноември 2000 г., т. 65—71, в което инвеститор изтъква наличието на нарушение от Кралство Испания на задължението да осигури на инвестицията му лоялно и справедливо третиране. Според него инвестицията му е натрупала допълнителни разходи под формата на проучване за въздействието върху околната среда. Арбитражният съд припомня, че задължението за извършване на подобно проучване произтича от правото на Съюза и че Кралство Испания не е направило нищо друго, освен да гарантира, че това задължение е изпълнено. Затова той отхвърля искането му в това отношение.

176. Именно в този смисъл „[п]равото на Съюза може да окаже въздействие върху обхвата на правата и задълженията, произтичащи от ВІТ в настоящото дело, по силата на неговата роля като част от приложимото право в съответствие с член 8, параграф 6 от ВІТ и от германското право, което е *lex loci arbitri*“¹²⁹.

177. С оглед на това правото на Съюза не е оказало никакво въздействие върху съществуването на спора между Achmea и Словашката република. Всъщност от двете постановени в делото в главното производство арбитражни решения не е видно, че Achmea се позовава пред арбитражния съд на актове на правото на Съюза с оглед на тяхното тълкуване и прилагане в рамките на производство, чиято цел е да се установи нарушение на разпоредбите на съответните актове от страна на Словашката република¹³⁰. Напротив, Achmea твърди, че предприятиите от Словашката република законодателни мерки в сектора на здравното осигуряване¹³¹, които по никакъв начин не произтичат или нямат основание в правото на Съюза, нарушават членове 3, 4 и 5 от въпросната ВІТ.

178. Освен това, както посочва арбитражният съд, нито Achmea, нито Словашката република са се позовавали на разпоредби на правото на Съюза, които можело да окажат въздействие върху преценката или решението на арбитражния съд по съществуването на техния спор. Затова неговото решение не можело да окаже каквото и да било въздействие по въпроси от правото на Съюза¹³².

b) Приложното поле на посочената ВІТ и на въведените от нея правни норми не са идентични с тези на Договора за ЕС и Договора за функционирането на ЕС

179. Тезата на Комисията, както е изразена в нейното писмено становище¹³³ и в съдебното заседание, се основава на схващането, че правото на Съюза предлага на инвеститорите, по-специално посредством основните свободи и Хартата на основните права на Европейския съюз (наричана по-нататък „Хартата“), пълна закрила в областта на инвестициите.

180. Не съм наясно какво Комисията разбира под думите „пълна закрила“, но сравнението на посочената ВІТ с Договора за ЕС и Договора за функционирането на ЕС доказва, че закрилата, предоставена с тях на инвеститорите, все още далеч не е пълна. Според мен ВІТ в рамките на Съюза, и по-конкретно разглежданата в делото в главното производство ВІТ, въвеждат права и задължения, които нито възпроизвеждат, нито противоречат на предлаганите от правото на Съюза гаранции за защита на трансграничните инвестиции¹³⁴.

129 Achmea BV (предишно Eureko BV) *с/у* Словашка република (UNCITRAL) (дело PCA № 2008-13), решение от 26 октомври 2010 г. относно компетентността, арбитража и спирането, т. 279 („EU law may have a bearing upon the scope of rights and obligations under the ВІТ in the present case, by virtue of its role as part of the applicable law under ВІТ Article 8(6) and German law as the *lex loci arbitri*“). При всяко положение не виждам защо трябва да се забрани на арбитражните съдилища да вземат предвид правото на Съюза, тъй като подобна забрана би им отнела възможността, при необходимост, да тълкуват ВІТ в съответствие с правото на Съюза, за да избегнат противоречия с него.

130 Напротив, както е видно от точка 151 от решение от 30 май 2006 г., Комисия/Ирландия (C-459/03, EU:C:2006:345), „Ирландия е представила документи от правото на Общността пред арбитражния съд с оглед на тяхното тълкуване и прилагане в рамките на производство, чиято цел е да се установи нарушение на разпоредбите на посочените документи от Обединеното кралство“.

131 Вж. точка 24 от настоящото заключение.

132 Вж. Achmea BV (по-рано Eureko BV) *с/у* Словашка република (UNCITRAL) (дело PCA № 2008-13), окончателно решение от 7 декември 2012 г., т. 275 и 276.

133 Вж. точки 13, 18, 57, 101 и 130 от писменото ѝ становище.

134 В този смисъл вж. също Eastern Sugar BV *с/у* Чешка република (UNCITRAL) (дело SCC № 088/2004), частично решение от 27 март 2007 г., т. 159—172; Rupert Joseph Binder *с/у* Чешка република (UNCITRAL), решение от 6 юни 2007 г. относно компетентността, т. 63; Jan Oostergetel & Theodora Laurentius *с/у* Словашка република (UNCITRAL), решение от 30 април 2010 г. относно компетентността, т. 74—79; Achmea BV (предишно Eureko BV) *с/у* Словашка република (UNCITRAL) (дело PCA № 2008-13), решение от 26 октомври 2010 г. относно компетентността, арбитража и спирането, т. 245—267; European American Investment Bank AG *с/у* Словашка република (UNCITRAL) (дело PCA № 2010-17), решение от 22 октомври 2012 г. относно компетентността, т. 178—185; WNC Factoring Ltd *с/у* Чешка република (UNCITRAL) (дело PCA № 2014-34), решение от 22 февруари 2017 г., т. 298—308; Anglia Auto Accessories Limited *с/у* Чешка република (дело SCC V 2014/181), окончателно решение от 10 март 2017 г., т. 115 и 116; I.P. Busta и J.P. Busta *с/у* Чешка република (дело SCC V 2015/014), окончателно решение от 10 март 2017 г., т. 115 и 116.

181. Разглежданата в делото в главното производство ВІТ може да се анализира в светлината на три перспективи. На първо място, приложното ѝ поле е по-широко от това на Договора за ЕС и на Договора за функционирането на ЕС (1). На второ място, някои от въведените с посочената ВІТ правни норми нямат еквивалент в правото на Съюза (2). На трето място, някои от нейните норми се припокриват частично с правото на Съюза, без обаче да водят до резултати, несъвместими с Договора за ЕС и с Договора за функционирането на ЕС (3).

182. Преди да пристъпя към този анализ, ще открия основните правни норми, съдържащи се във въпросната ВІТ:

- принципа на законосъобразност на инвестицията¹³⁵ (член 2),
- лоялното и справедливо третиране (член 3, параграф 1),
- пълната и цялостна защита и сигурност (член 3, параграф 2),
- клаузата за най-облагодетелстваната нация (НОН) (член 3, параграфи 2 и 3),
- клаузата за спазване на договорните задължения, наречена „umbrella clause“¹³⁶ (член 3, параграф 4),
- свободния трансфер на плащанията (член 4),
 - забраната на незаконното експроприиране (член 5),
 - обезщетяването в случай на война, въоръжен конфликт, случаи на спешност или други извънредни обстоятелства (член 6),
 - встъпването на осигурителя в правата на инвеститора при осигуряване срещу нетърговски рискове (член 7),
 - механизма за УСИД (член 8),
 - механизма за уреждане на споровете между държави (член 10) и
 - клаузата за продължаващ ефект, наречена „sunset“¹³⁷ (член 13, параграф 3).

135 Съгласно този принцип инвеститор може да се ползва от защитата на ВІТ само за инвестиция, зачитаща правото на приемащата държава към момента на извършването ѝ. Вж. по-специално *Salini Costruttori SpA и Italstrade SpA c/y Кралство Мароко* (дело ICSID № ARB/00/4), решение от 31 юли 2001 г. относно компетентността, т. 46, и *Tokios Tokelés c/y Украйна* (дело ICSID № ARB/02/18), решение от 29 юни 2004 г. относно компетентността, т. 84.

136 Нарушението на договор, сключен между държава и чуждестранен инвеститор, само по себе си не представлява нарушение на международното право. Поради това клауза за спазване на договорните задължения, която приемащата инвестициите държава е подписала по отношение на инвеститорите от другата държава — страна по ВІТ, има като ефект да включи в ВІТ задължението за спазване на тези задължения. Следователно, когато считат, че има нарушение на тези задължения, инвеститорите могат да се ползват от предоставените от ВІТ видове защита, сред които е по-специално правото на разглеждане от международния арбитраж, което щеше да е невъзможно без клаузата за спазване на задълженията, доколкото международното право не я налага.

137 Съгласно тази клауза инвестициите, извършени по време на срока на ВІТ, продължават да се ползват от предоставената от нея материална защита, дори и ВІТ вече да не е в сила, при това за определен в нея допълнителен период. Този период започва на датата, на която изтича ВІТ.

1) Приложното поле на посочената ВІТ е по-широко от това на Договора за ЕС и Договора за функционирането на ЕС

183. Освен ако не са изрично ограничени, ВІТ обхващат всяко действие или бездействие на държавата, което оказва въздействие върху чуждестранния инвеститор и неговата инвестиция. В този смисъл те се прилагат по отношение на положения, които не попадат в обхвата на Договора за ЕС и Договора за функционирането на ЕС.

184. Най-ярките примери са тези за механизма, гарантиращ стабилността на еврозоната, на наказателното право и на прякото данъчно облагане.

185. В този смисъл ще посоча арбитражните производства, образувани на основание на ВІТ в рамките на Съюза, на които се позовават в съдебното заседание Република Гърция и Република Кипър, във връзка с мерки, предприети от тях в съответствие с условията за обвързване на техния инструмент за финансова помощ, определени в меморандумите за разбирателство и други инструменти, договорени или в рамките на Договора за създаване на Европейския механизъм за стабилност (ЕМС), или в рамките на предхождащия ЕМС механизъм (а именно Европейския инструмент за финансова стабилност (ЕИФС)). Тези мерки произтичат или от ЕМС, или от компетентността на държавите членки, но не и от Договора за ЕС и Договора за функционирането на ЕС¹³⁸, в рамките на които не могат да бъдат оспорвани от частноправните субекти на основание тяхната несъвместимост с правото на Съюза.

186. В този смисъл предприетите от гръцкото правителство мерки, известни под наименованието на английски език „Private Sector Involvement“ (наричани по-нататък „PSI“) и по същество състоящи се в едностранно източване с обратно действие на облигациите, емитирани от това правителство, против волята на някои от техните притежатели, водят до арбитражното производство между, от една страна, словашки и кипърски инвеститор и от друга страна, Република Гърция¹³⁹. Според тези инвеститори „принудителното“ им участие в предвиденото от PSI източване на облигациите представлява непряко експроприиране, както и нелоялно и несправедливо третиране в противоречие на ВІТ Гърция/Чехословакия и Гърция/Кипър.

187. PSI се договаря между гръцкото правителство и „тройката“ (Комисията, ЕЦБ и Международния валутен фонд (МВФ) и впоследствие се одобрява от Еврогрупата¹⁴⁰. Както Съдът приема, участието на Комисията и ЕЦБ в „тройката“ се извършва извън Договора за ЕС и Договора за функционирането на ЕС и Еврогрупата не е орган на Съюза¹⁴¹. При ВІТ няма подобно ограничение. Те се прилагат по отношение на всяко действие на държавата.

138 Съгласно практиката на Съда дори и конкретните мерки, наложени на държавите членки и обуславящи поисканата от тях финансова помощ в рамките на ЕМС, да трябва да са в съответствие с правото на Съюза, те не произтичат от него. В този смисъл вж. решения от 27 ноември 2012 г., Pringle (C-370/12, EU:C:2012:756, т. 151, 164, 179 и 180) и от 20 септември 2016 г., Mallis и др./Комисия и ЕЦБ (C-105/15 P—C-109/15 P, EU:C:2016:702, по-специално точки 59 и 61). Всъщност меморандумът за разбирателство, подписан от името на Европейския механизъм за стабилност (ЕМС) от страна на Комисията и Европейската централна банка (ЕЦБ) е акт на ЕМС и като такъв не подлежи на проверка на законосъобразността от юрисдикциите на Съюза. На констатацията, че тези мерки не произтичат от правото на Съюза, все пак не оказва влияние възможността да се предяви обезщетение срещу Съюза, доколкото Комисията и ЕЦБ са подписали този меморандум за разбирателство, което би могло да представлява съществено нарушение от тяхна страна на правото на Съюза, довело до вреди. В този смисъл вж. решение от 20 септември 2016 г., Ledra Advertising и др./Комисия и ЕЦБ (C-8/15 P—C-10/15 P, EU:C:2016:701, т. 52—55).

139 Вж. Poštová banka, a.s. и Istrokapital SE с/у Република Гърция (дело ICSID № ARB/13/8), решение от 9 април 2015 г., т. 60—76.

140 Вж. изявление до медиите на Еврогрупата от 21 февруари 2012 г.

141 Вж. решения от 20 септември 2016 г., Ledra Advertising и др./Комисия и ЕЦБ (C-8/15 P—C-10/15 P, EU:C:2016:701, т. 52) и от 20 септември 2016 г., Mallis и др./Комисия и ЕЦБ (C-105/15 P—C-109/15 P, EU:C:2016:702, т. 52—61).

188. Същото се отнася и до мерките за контрол на капитала, наложени от Република Кипър по време на банковата криза, които са предмет на арбитражното производство Theodoros Adamakouroulos и др. с/у Република Кипър (дело ICSID № ARB/15/49). В съдебното заседание кипърското правителство признава, че самото то е приело тези мерки на основание член 65, параграф 1 ДФЕС, който позволява, и следователно не налага, на държавите членки да въвеждат ограничения в свободното движение на капитали.

189. Както отбелязва председателят на ЕЦБ, макар предприемането на тези мерки да може да бъде толерирано като ограничение на свободното движение на капитали от член 65, параграф 1 ДФЕС, също така е вярно, че става въпрос за „*едностранни и суверенни* [...] национални мерки [...] предприети от кипърския парламент, кипърското правителство и/или централната банка на Кипър“¹⁴². При все че държавите членки трябва да упражняват правомощията по начин, който не нарушава правото на Съюза, ВТГ може да предложи полезна защита на инвеститорите там, където мерките, произтичащи от изключителната компетентност на държавите членки, им нанасят вреди, без обаче същевременно да накърняват правото на Съюза.

190. По подобен начин мерките за оздравяване на кипърския банков сектор, договорени в рамките на ЕМС и одобрени от Еврогрупата, включват закриването на банка Laiki, разделянето ѝ на „лоша“ и на „добра“ банка, както и включването на последната в банка Trapeza Kyprou¹⁴³. Laiki също така е била обект на мерките, предприети от кипърското правителство, които, според нейния акционер Marfin Investment Group, са довели до увеличение на дяловото участие на Република Кипър в капитала на Laiki в негов ущърб. Били са образувани наказателни производства срещу назначените от Marfin Investment Group ръководители на Laiki, и е било извършено временно изземване на имущество, принадлежащо на Marfin Investment Group и на нейните ръководители. Като приема, че въпросните мерки представляват непряко експроприране на инвестицията ѝ в банка Laiki, както и произволно и дискриминационно третиране, противоречащо на ВТГ Гърция/Кипър, Marfin Investment Group започва арбитражно производство срещу Република Кипър¹⁴⁴.

191. Очевидно е, че разглежданият в този арбитраж спор също не попада в приложното поле на Договора за ЕС и Договора за функционирането на ЕС както от гледна точка на неговия наказателен аспект, така и на оздравителния му аспект. В съдебното заседание кипърското правителство упреква арбитражния съд, че му е разпоредил „да не издава и изпълнява някои европейски заповеди за арест“ срещу определени гръцки граждани, макар и това да е било с цел да им позволи да участват като свидетели в заседанията пред арбитражния съд.

192. Както обаче е видно от съобщението до медиите, публикувано от правната служба на Република Кипър, решението за издаване на подобни заповеди за арест е от изключителната компетентност на държавите членки. Ето защо не виждам как решението на арбитражния съд е могло да възпрепятства Република Кипър да изпълни задълженията си, произтичащи от Рамково решение 2002/584/ПВР на Съвета от 13 юни 2002 година относно европейската заповед за арест и процедурите за предаване между държавите членки¹⁴⁵, което по същество предвижда

142 Вж. писмо от 13 юли 2015 г., изпратено от Марио Драги, председател на ЕЦБ, до члена на Европейския парламент Свен Гиголд, на разположение на интернет сайта на ЕЦБ https://www.ecb.europa.eu/pub/pdf/other/150714letter_giegold.en.pdf?1a6b3fcf462edc2c155fec04e0f9d475. Курсивът е мой.

143 Тези мерки не произтичат от правото на Съюза. Вж. решение от 20 септември 2016 г., Mallis и др./Комисия и ЕЦБ (C-105/15 P—C-109/15 P, EU:C:2016:702).

144 Вж. висящо арбитражно производство Marfin Investment Group Holdings SA, Alexandros Bakatselos и др. с/у Република Кипър (дело ICSID № ARB/13/27). Вж. също съобщение до медиите на правната служба на Република Кипър на разположение на интернет сайта на нейното Медийно и информационно бюро (<http://www.pio.gov.cy/moi/pio/pio2013.nsf/All/4D30C42F4FB53EB7C225802E00436251?OpenDocument&L=G>).

145 ОВ L 190, 2002 г., стр. 1; Специално издание на български език, 2007 г., глава 19, том 6, стр. 3. Рамковото решение определя престъпленията, за които може да се издаде европейска заповед за арест, но не предвижда останалите условия от наказателното право, които трябва да бъдат спазени при подобна процедура и които са изключително от компетентност на издаващата заповедта държава членка.

изпълнението в останалите държави членки на заповедите, издадени от една от тях (в случая Република Кипър), както и процедурите за предаване на въпросните лица. Колкото до спирането на изпълнението на заповедите, в това рамково решение не се съдържат разпоредби, предвиждащи изпълнението на заповедите в страната на издаването им. В този смисъл изложеният въпрос също е от изключителната компетентност на държавите членки. При всички положения изглежда, че въпросният арбитражен съд, след искането на главния прокурор на Кипър, оттегля решението си, което задължава така съответните гръцки граждани да се явят пред кипърските юрисдикции, какъвто е и предметът на въпросните европейски заповеди за арест¹⁴⁶.

193. Що се отнася до областта на прякото данъчно облагане, въпросната ВІТ намира пълно приложение. Не е такъв случаят с Договора за ЕС и Договора за функционирането на ЕС, тъй като прякото данъчно облагане е от компетентността на държавите членки, макар те да са задължени да го изпълняват при спазване на правото на Съюза¹⁴⁷. Защитата, предлагана от основните свободи в областта на прякото данъчно облагане¹⁴⁸, включва единствено забраната за разлика в третирането между данъчнозадължените лица, намиращи се в обективно сравними положения, или за еднакво третиране на такива лица, намиращи се в различни положения¹⁴⁹.

194. В съдебното заседание Комисията се позовава на решение от 5 февруари 2014 г., *Nervis Sport- és Divatkereskedelmi* (C-385/12, EU:C:2014:47), а то доказва, противно на тезата, че правото на Съюза не предоставя „пълна“ защита в областта на инвестициите¹⁵⁰. Всъщност от точки 23 и 30 от това решение ясно е видно, че правото на Съюза предоставя защита единствено срещу дискриминация в засегнатата от същото решение област, а именно прякото данъчно облагане.

195. Освен това съгласно член 51, параграф 1 от Хартата, нейните разпоредби се отнасят за държавите членки единствено когато те прилагат правото на Съюза. Както приема Съдът, доколкото разглежданите мерки за пряко данъчно облагане не произтичат от разпоредбите на Договора за функционирането на ЕС или от директивите относно данъчното облагане, разпоредбите на Хартата не са приложими за тях¹⁵¹.

146 Вж. медийната статия „Булукас и Форос се явиха пред съдилищата“ на интернет сайта на вестник Politis <https://politis.com.cy/article/parousiastikan-sto-dikastirio-mpouloutas-ke-foros>.

147 Вж. решения от 14 февруари 1995 г., *Schumacker* (C-279/93, EU:C:1995:31, т. 21), от 12 декември 2006 г., *Test Claimants in Class IV of the ACT Group Litigation* (C-374/04, EU:C:2006:773, т. 36) и от 10 май 2012 г., *Santander Asset Management SGIC* и др. (C-338/11—C-347/11, EU:C:2012:286, т. 14).

148 С изключение на редките случаи, в които Договорът за функционирането на ЕС предвижда това (членове 110—112 ДФЕС), и в които Съюзът е приел законодателство. Ще цитирам например Директива 2003/49, Директива 2009/133, Директива 2011/16/ЕС на Съвета от 15 февруари 2011 година относно административното сътрудничество в областта на данъчното облагане и за отмяна на Директива 77/799/ЕИО (ОВ L 64, 2011 г., стр. 1), Директива 2011/96 и Директива 2015/2060/ЕС на Съвета от 10 ноември 2015 година за отмяна на Директива 2003/48/ЕО относно данъчното облагане на доходи от спестявания под формата на лихвени плащания (ОВ L 301, 2015 г., стр. 1). В този смисъл вж. също заключението на генералния адвокат Kokott по дело С (C-122/15, EU:C:2016:65, т. 42—50). Нищо не би възпрепятствало институциите на Съюза или държавите членки, в зависимост от разпределението на техните правомощия в съответните области, да въведат единна правна уредба за защита на инвестициите на цялата територия на Съюза, която би заменила ВІТ.

149 В този смисъл вж. решения от 14 ноември 1995 г., *Svensson и Gustavsson* (C-484/93, EU:C:1995:379, т. 12—19), от 1 април 2014 г., *Felixstowe Dock and Railway Company* и др. (C-80/12, EU:C:2014:200, т. 20, 21 и 25), от 17 юли 2014 г., *Nordea Bank Danmark* (C-48/13, EU:C:2014:2087, т. 19 и 24), от 3 февруари 2015 г., *Комисия/Обединено кралство* (C-172/13, EU:C:2015:50, т. 21 и 24) и от 24 ноември 2016 г., *SECIL* (C-464/14, EU:C:2016:896, т. 54).

150 Позовавайки се на това решение, което се отнася до прякото данъчно облагане, за да докаже, че в правото на Съюза съществува пълна защита в областта на инвестициите, Комисията си противоречи, тъй като в същото време защитава тезата, че решението от 5 юли 2005 г., *D.* (C-376/03, EU:C:2005:424), което също се отнася до наличието на забранена от ДФЕС дискриминация в областта на прякото данъчно облагане, не е релевантно за преценката относно съвместимостта на член 8 от посочената ВІТ с член 18 ДФЕС, тъй като прякото данъчно облагане е от компетентността на държавите членки. Вж. точка 78 от настоящото заключение.

151 Вж. решение от 2 юни 2016 г., *С* (C-122/15, EU:C:2016:391, т. 28 и 29) и определение от 15 април 2015 г., *Burzio* (C-497/14, EU:C:2015:251, т. 26—33).

196. И обратно, защитата, предоставена на инвеститорите от ВІТ в областта на прякото данъчно облагане, е по-широка от тази в правото на Съюза, тъй като тя не се отнася само до дискриминационно данъчно облагане, но и до всяко облагане, което би нарушило гаранциите за лоялно и справедливо третиране, за третиране като НОН, за пълна и цялостна защита и сигурност, както и всяко непряко експроприиране, осъществено под прикритието на данъчно облагане¹⁵².

197. Например миноритарен акционер в дружество, което е установено в друга държава членка и е експроприирано в нея¹⁵³ посредством непряко данъчно облагане, не е се ползва със защитата на основните свободи, гарантирани с Договора за функционирането на ЕС, тъй като неговото дялово участие не му дава контрол върху дружеството, което е обект на мерките за експроприиране, поради което то не попада в обхвата на свободата на установяване. Освен това, тъй като данъчните мерки се отнасят единствено до дружеството, те биха се прилагали по отношение на изцяло вътрешно положение, което би направило неприложими разпоредбите на Договора за функционирането на ЕС относно свободното движение на капитали. Тъй като разпоредбите на правото на Съюза не са приложими, Хартата и член 17 от нея също не се прилагат.

198. Напротив, като се има предвид, че миноритарното участие е пряка инвестиция по смисъла на посочената ВІТ, миноритарен акционер би могъл изцяло да се ползва от член 5, забраняващ незаконното експроприиране¹⁵⁴.

2) Правните норми на посочената ВІТ, които нямат еквивалент в правото на Съюза и които не са несъвместими с него

199. Множество правни норми на въпросната ВІТ нямат еквивалент в правото на Съюза. Става въпрос за клаузата за НОН, клаузата за спазване на договорните задължения, клаузата „sunset“, както и за механизма за УСИД.

i) Клаузата за НОН

200. Член 3, параграф 2 от тази ВІТ въвежда принципа, съгласно който всяка договаряща се страна осигурява на инвестициите на инвеститорите от другата страна пълната и цялостна закрила и сигурност, които при всички положения няма да бъдат по-слаби от гарантираните било за инвестициите на собствените ѝ инвеститори, било на инвеститорите от която и да е друга държава, в зависимост от това, което е по-благоприятно за съответния инвеститор.

201. Макар правото на Съюза да признава принципа на национално третиране¹⁵⁵, то не съдържа клауза за НОН, която да позволи на гражданите на държава членка да се ползват в друга държава членка от третирането, което последната осигурява на гражданите на трета държава членка на основание на двустранна спогодба¹⁵⁶.

152 Вж. Achmea BV (предишно Eureko BV) с/у Словашка република (UNCITRAL) (дело PCA № 2008-13), решение от 26 октомври 2010 г. относно компетентността, арбитража и спирането на производството, т. 251. За случаите на експроприиране вж. по-специално Marvin Feldman с/у Мексикански съединени щати (дело ICSID № ARB(AF)/99/1), решение от 16 декември 2002 г., т. 101—107; EnCana Corporation с/у Република Еквадор (UNCITRAL), решение от 3 февруари 2006 г., т. 173 и 177, и Occidental Petroleum Corporation и Occidental Exploration and Production Company с/у Република Еквадор (дело ICSID № ARB/06/11), решение от 5 октомври 2012 г., т. 455.

153 За повече подробности относно сравнението на защитата срещу незаконното експроприиране между въпросната ВІТ и Договора за ЕС и Договора за функционирането на ЕС вж. точки 217—226 от настоящото заключение.

154 В този смисъл вж. Quasar de Valores SICAV SA и др. с/у Руска федерация (дело SCC № 24/2007), решение от 20 юли 2012 г. и RosInvestCo UK Ltd. с/у Руска федерация (дело SCC № V 079/2005), окончателно решение от 12 септември 2010 г., отменени от шведските юрисдикции поради други мотиви.

155 Вж. по-специално решение от 21 септември 1999 г., Saint-Gobain ZN (C-307/97, EU:C:1999:438, т. 59).

156 Вж. точки 66—72 от настоящото заключение.

ii) Клаузата за спазване на договорните задължения, наречена „umbrella clause“

202. Действието на клаузата за спазване на договорните задължения, наречена „umbrella clause“, по член 3, параграф 5 от тази ВІТ, е да преобразува в нарушение на ВІТ нарушение от държава на договорно задължение, което тя е поела по отношение на инвеститор. В правото на Съюза няма никакъв еквивалент, който да преобразува нарушението на договорно задължение в нарушение на Договора за ЕС и Договора за функционирането на ЕС.

iii) Клауза „sunset“

203. За разлика от член 13, параграф 3 от тази ВІТ Договорът за ЕС и Договорът за функционирането на ЕС не съдържат клауза „sunset“. Точно обратното, член 50, параграф 3 ДЕС предвижда, че „Договорите престават да се прилагат спрямо засегнатата държава от датата на влизане в сила на споразумението за оттегляне, или при липса на такова, две години след нотификацията, посочена в параграф 2“, освен ако този срок не бъде продължен. Следователно гражданите на Съюза ще спрат незабавно да се ползват от предоставяната от правото на Съюза защита на икономическите им дейности в държавата членка, която реши да се оттегли от Съюза, дори и инвестициите им да са били извършени в периода, през който Договорите са били в сила в тази държава членка, и обратното.

iv) Използването на международния арбитраж като механизъм за УСИД

204. В член 8 от тази ВІТ се съдържа постоянното предложение („standing offer“) на Кралство Нидерландия и Словашката република към инвеститорите от другата договаряща се страна да отнасят до международен арбитраж всеки спор относно техните инвестиции в съответствие с Правилника за арбитраж на UNCITRAL, като SCC действа като орган с правомощието за назначаване.

205. Съгласно арбитражния съд, сезиран с разглеждания в делото в главното производство арбитраж, правото на отнасяне до международния арбитраж не може чисто и просто да бъде приравнено на жалбите пред общите юрисдикции на държавата¹⁵⁷, като се има предвид, че Договорът за ЕС и Договорът за функционирането на ЕС (както и правните уредби на държавите членки) не предвиждат правно средство за защита, еквивалентно на механизма за УСИД. Макар член 19, параграф 1, втора алинея ДЕС да налага на държавите членки задължението да установят правните средства за защита, необходими за осигуряване на ефективна съдебна защита в обхванатите от правото на Съюза области, Договорът за ЕС и Договорът за функционирането на ЕС не създават такива средства, които да позволяват на правните субекти пряко да търсят отговорност от държавите членки пред Съда¹⁵⁸. Също така приложното поле на въпросната ВІТ е по-широко от това на Договора за ЕС и Договора за функционирането на ЕС, поради което тя се прилага и в случаите, в които произтичащите от член 19, параграф 1, втора алинея ДЕС задължения не намират приложение.

¹⁵⁷ Вж. Achmea BV (предишно Eureko BV) c/y Словашка република (UNCITRAL) (дело PCA № 2008-13), решение от 26 октомври 2010 г. относно компетентността, арбитража и спирането, т. 264. В този смисъл вж. също WNC Factoring Ltd c/y Чешка република (UNCITRAL) (дело PCA № 2014-34), решение от 22 февруари 2017 г., т. 300.

¹⁵⁸ Вж. Eastern Sugar BV c/y Чешка република (UNCITRAL) (дело SCC № 088/2004), частично решение от 27 март 2007 г., т. 180; Rupert Joseph Binder c/y Чешка република (UNCITRAL), решение относно компетентността от 6 юни 2007 г., т. 40; Jan Oostergetel & Theodora Laurentius c/y Словашка република (UNCITRAL), решение относно компетентността от 30 април 2010 г., т. 77; WNC Factoring Ltd c/y Чешка република (UNCITRAL) (дело PCA № 2014-34), решение от 22 февруари 2017 г., т. 299; Anglia Auto Accessories Limited c/y Чешка република (дело SCC V 2014/181), окончателно решение от 10 март 2017 г., т. 116; I.P. Busta, и J.P. Busta c/y Чешка република (дело SCC V 2015/014), окончателно решение от 10 март 2017 г., т. 116.

206. Освен това арбитражните съдилища са най-подходящите за решаване на споровете между инвеститори и държави на основание на ВІТ, тъй като държавните юрисдикции често налагат на инвеститорите условия за позоваване на международното право, които в действителност са невъзможни за изпълнение¹⁵⁹, както и срокове, трудно съвместими с търговската дейност и с оспорваните суми.

207. Следователно, ако не предвижда отнасянето до международен арбитраж като средство за УСИД, цялата ВІТ би била лишена от полезното си действие. В това отношение встъпилите в настоящото производство държави членки, както и Комисията, дават не един пример за инвеститор, подал жалба пред държавните юрисдикции на основание на по-ранни ВІТ, които, както ВІТ Германия/Гърция и Германия/Португалия, не съдържат механизми за УСИД.

208. Затова никак не е учудващо, че правото на инвеститорите да се отнесат до международния арбитраж е признато в международното право в областта на инвестициите като най-съществената разпоредба на ВІТ, тъй като откъд процедурното ѝ съдържание самата тя е и гаранция, насърчаваща и защитаваща инвеститорите¹⁶⁰.

209. Съдът е потвърдил тази преценка, като е приел в точка 292 от становище 2/15 (Споразумение за свободна търговия със Сингапур) от 16 май 2017 г. (EU:C:2017:376), че механизмите за УСИД „не би[ха] мог[ли] да се отличава[т] с чисто [спомагателен] характер“.

3) Припокриването между останалите разпоредби на въпросната ВІТ с някои разпоредби на Договора за ЕС и Договора за функционирането на ЕС е само частично

210. Що се отнася до останалите норми за материална защита на инвестициите, а именно пълната и цялостна защита и сигурност, лоялното и справедливо третиране на инвестициите, както и забраната за незаконно експроприиране, следва да се подчертае, че припокриването им с правото на Съюза е само частично, без обаче да води до несъвместимост с него. Обратно, също както основните свободи тези норми насърчават и движението на капитали между държавите членки. Те а priori са съвместими с вътрешния пазар.

159 Вж. по-специално Conseil d'État (Държавен съвет, Франция), решение от 21 декември 2007 г., № 280264, който приема, че разпоредбите на член 3 от Спогодбата между правителството на Френската република и правителството на Алжирската народнодемократична република относно взаимното насърчаване и защита на инвестициите, подписана в Алжир на 13 февруари 1993 г., поражда задължения единствено между двете договарящи се държави и че поради това частноправните субекти не могат да се позовават на тях. Паралел може да се направи с проверката на валидността на актовете на Съюза от гледна точка на международното право. В този смисъл вж. решение от 21 декември 2011 г., Air Transport Association of America и др. (C-366/10, EU:C:2011:864).

160 Вж. Emilio Agustín Maffezini c/у Кралство Испания (дело ICSID № ARB/97/7), решение на съда от 25 януари 2000 г. относно възраженията за липсата на компетентност, т. 54 и 55; Gas Natural SDG SA c/у Република Аржентина (дело ICSID № ARB/03/10), решение на съда от 17 юни 2005 г. относно възраженията за липсата на компетентност, т. 31; Suez, Sociedad General de Aguas de Barcelona SA и InterAguas Servicios Integrales del Agua SA c/у Република Аржентина (дело ICSID № ARB/03/17), решение от 16 май 2006 г. относно компетентността, т. 60; Eastern Sugar BV c/у Чешка република (UNCITRAL) (дело SCC № 088/2004), частично решение от 27 март 2007 г., т. 165 и 166; Rupert Joseph Binder c/у Чешка република (UNCITRAL), решение от 6 юни 2007 г. относно компетентността, т. 65; Jan Oostergetel & Theodora Laurentius c/у Словашка република (UNCITRAL), решение от 30 април 2010 г. относно компетентността, т. 77 и 78; Achmea BV (предишно Eureko BV) c/у Словашка република (UNCITRAL) (дело PCA № 2008-13), решение от 26 октомври 2010 г. относно компетентността, допустимостта и спирането, т. 264; WNC Factoring Ltd c/у Чешка република (UNCITRAL) (дело PCA № 2014-34), решение от 22 февруари 2017 г., т. 300; Anglia Auto Accessories Limited c/у Чешка република (дело SCC V 2014/181), окончателно решение от 10 март 2017 г., т. 116; I.P. Busta и J.P. Busta c/у Чешка република (дело SCC V 2015/014), окончателно решение от 10 март 2017 г., т. 116.

i) Пълна и цялостна защита и сигурност на инвестициите

211. Тази норма налага на държавата позитивното задължение да предприеме мерки с цел защита на инвестициите, което включва физическата защита на инвеститора и на неговата инвестиция срещу принудителни действия от страна на частноправни субекти¹⁶¹ или на държавни органи¹⁶², както и правната защита¹⁶³ на инвеститора и на неговата инвестиция¹⁶⁴.

212. В правото на Съюза няма пряко еквивалентна норма¹⁶⁵. Действително основните свободи могат да са приложими по отношение на същата фактическа обстановка като гаранцията за пълна и цялостна защита и сигурност, тъй като имат вертикално и хоризонтално пряко действие¹⁶⁶. Все пак съдържанието е различно, независимо дали става въпрос за физическата защита на инвеститора, или за правната защита, включваща задължението на държавата да гарантира, че равнището на защита и сигурност на инвестициите, договорени с чуждестранен инвеститор, не е премахнато или намалено, било то чрез изменение на нейното законодателство, или чрез действия на нейната администрация¹⁶⁷. В правото на Съюза не се открива нищо толкова специфично.

161 Вж. по-специално *Wena Hotels Ltd. c/y Арабска република Египет* (дело ICSID № ARB/98/4), решение от 8 декември 2000 г., т. 84, и *Técnicas Medioambientales TECMED SA c/y Мексикански съединени щати* (дело ICSID № ARB(AF)/00/2), решение от 29 май 2003 г., т. 175—177.

162 Вж. по-специално *Biwater Gauff (Tanzania) Ltd c/y Обединена република Танзания* (дело ICSID № ARB/05/22), решение от 24 юли 2008 г., т. 730, и *Eureko BV c/y Република Полша* (Арбитраж ad hoc), частично решение от 19 август 2005 г., т. 236 и 237.

163 Вж. *CME Czech Republic BV c/y Чешка република* (UNCITRAL), частично решение от 13 септември 2001 г., т. 613, и *Compañía de Aguas del Aconquija S.A. и Vivendi Universal SA c/y Република Аржентина* (дело ICSID № ARB/97/3), решение от 20 август 2007 г., т. 7.4.15 и 7.4.16.

164 За по-пълнен анализ вж. *Schreuer, C. Full Protection and Security*. — *Journal of International Dispute Settlement*, 2010, p. 1.

165 Вж. *Achmea BV* (предишно *Eureko BV*) *c/y Словашка република* (UNCITRAL) (дело PCA № 2008-13), решение от 26 октомври 2010 г. относно компетентността, арбитража и спирането, т. 260.

166 Вж. по-специално решение от 11 декември 2007 г., *International Transport Workers' Federation и Finnish Seamen's Union* (C-438/05, EU:C:2007:772, т. 56—59, 62 и 66). Същото се отнася за регламентите, но не и за директивите.

167 Вж. *Saluka Investments B.V. c/y Чешка република* (UNCITRAL) (дело PCA № 2001-04), частично решение от 17 март 2006 г., т. 484.

ii) Лоялно и справедливо третиране на инвестициите

213. Лоялното и справедливо третиране на инвестициите е широко понятие, включващо правото на справедлив съдебен процес и основните свободи на добросъвестност, недопускане на дискриминация¹⁶⁸ и пропорционалност¹⁶⁹, както и понятията за прозрачност, недвусмисленост и произволно третиране, оправдани правни очаквания и защита срещу принуда и тормоз¹⁷⁰. Накрая, понятието за лоялно и справедливо третиране защитава инвеститора срещу отказ от правосъдие¹⁷¹ от страна на държавните юрисдикции¹⁷².

214. Общите аспекти с няколко принципа на правото на Съюза, като принципите за недискриминация, пропорционалност и защита на оправданите правни очаквания, както и правото на добро правораздаване, на ефективна правна защита и безпристрастен съд, са очевидни.

215. Тези норми на правото на Съюза обаче, дори и разглеждани в тяхната съвкупност, не предполагат съществуването в правото на Съюза на принципа на лоялно и справедливо третиране като такъв. Както е постановено от множество арбитражни съдилища например, едно третиране може да е нелоялно и несправедливо, дори и то да е насочено по отношение на всички икономически оператори, независимо от тяхното гражданство или от други отличителни характеристики¹⁷³, като фиксиран корпоративен данък. Следва да се подчертае, че в арбитражното производство, разглеждано в делото в главното производство, Словашката република приема, че подобен данък би могъл да е в противоречие с лоялното и справедливо третиране, изисквано от ВІТ, докато той не би бил несъвместим с правото на Съюза¹⁷⁴.

216. Друг пример е защитата срещу отказ от правосъдие, в която се включва и случаят на очевидно и със зла умисъл неправилно прилагане на националното право. Правото на Съюза не предлага подобна защита, тъй като юрисдикциите на Съюза не са компетентни да тълкуват националното право.

168 Понятието за дискриминация в международното право в областта на инвестициите е подобно на това в правото на Съюза, тъй като предвижда неблагоприятно третиране за инвеститора, което не може да бъде разумно обосновано. В този смисъл вж. *Elettronica Sicula SPA (ELSI)*, решение, CИJ Recueil 1989 г., стр. 15, т. 122; *Saluka Investments B.V. c/y Чешка република (UNCITRAL)* (дело PCA № 2001-04), частично решение от 17 март 2006 г., т. 460 и *Biwater Gauff (Tanzania) Ltd. c/y Обединена република Танзания* (дело ICSID № ARB/05/22), решение от 24 юли 2008 г., т. 695.

169 Вж. *MTD Equity Sdn. Bhd. и MTD Chile SA c/y Република Чили* (дело ICSID № ARB/01/7), решение от 25 май 2004 г., т. 109; *Saluka Investments BV c/y Чешка република (UNCITRAL)* (дело PCA № 2001-04), частично решение от 17 март 2006 г., т. 303 и 460; *Plama Consortium Limited c/y Република България* (дело ICSID № ARB/03/24), решение от 27 август 2008 г., т. 184, и *EDF (Services) Limited c/y Румъния* (дело ICSID № ARB/05/13), решение от 8 октомври 2009 г., т. 303.

170 Вж. *Técnicas Medioambientales TECMED SA c/y Мексикански обединени щати* (дело ICSID № ARB(AF)/00/2), решение от 29 май 2003 г., т. 154, *Waguih Elie George Siag и Clorinda Vecchi c/y Арабска република Египет* (дело ICSID № ARB/05/15), решение от 1 юни 2009 г., т. 450, и *Rumeli Telekom A.S. и Telsim Mobil Telekomunikasyon Hizmetleri AS c/y Република Казахстан* (дело ICSID № ARB/05/16), решение от 29 юли 2008 г., т. 609. В този смисъл вж. също *Dolzer, M. et Schreuer, C. Principles of International Investment Law*, Oxford University Press, 2008, р. 133—149; *Yannaca-Small, K. Fair and equitable Treatment Standard*. — In: *Yannaca-Small, K. (ed.), Arbitration under International Investment Agreements — A Guide to the Key Issues*, Oxford University Press, 2010, р. 385 et 393—410. Вж. също становище 2/15 (Споразумение за свободна търговия със Сингапур) от 16 май 2017 г. (EU:C:2017:376, т. 89).

171 Понятието „отказ от правосъдие“ в международното право включва задължението на държавата да не правораздава по доказано несправедлив начин. В този смисъл вж. *Paulsson, J. Denial of Justice in International Law*. Cambridge University Press, 2005, р. 67. Това задължение бива нарушено, ако например държавните юрисдикции откажат да разгледат дело, ако го забавят неразумно, ако правораздаването се осъществява определено неадекватно или дори ако е налице очевидно и със зла умисъл неправилно прилагане на националното право прилагане на правото. Вж. *Robert Azinian и др. c/y Мексикански обединени щати* (дело ICSID № ARB(AF)/97/2), решение от 1 ноември 1999 г., т. 102 и 103.

172 Вж. *Rumeli Telekom AS и Telsim Mobil Telekomunikasyon Hizmetleri AS c/y Република Казахстан* (дело ICSID № ARB/05/16), решение от 29 юли 2008 г., т. 651, и *Victor Pey Casado и President Allende Foundation c/y Република Чили* (дело ICSID № ARB/98/2), решение от 8 май 2008 г., т. 653—657. В този смисъл вж. също *McLachlan, C., Shore, L. et Weiniger, M. International Investment Arbitration — Substantive Principles*. Oxford University Press, 2007, р. 227.

173 Вж. *S.D. Myers Inc. c/y Канада (UNCITRAL)*, частично решение от 13 ноември 2000 г., т. 259; *LG&E Energy Corp., LG&E Capital Corp., и LG&E International, Inc c/y Република Аржентина* (дело ICSID № ARB/02/1), решение относно отговорността от 3 октомври 2006 г., т. 162, и *Achmea BV (предишно Eureko BV) c/y Словашка република (UNCITRAL)* (дело PCA № 2008-13), решение относно компетентността, арбитража и спирането от 26 октомври 2010 г., т. 250 и 251.

174 Вж. *Achmea BV (предишно Eureko BV) c/y Словашка република (UNCITRAL)* (дело PCA № 2008-13), решение от 26 октомври 2010 г. относно компетентността, арбитража и спирането, т. 119 и 251.

iii) Забрана на незаконните експроприации

217. В съответствие с член 5 от въпросната ВІТ експроприиране е законно само ако е обосновано от обществения интерес, спазва изискваната законова процедура, не е дискриминационно и е съпътствано от осигуряване на плащането на справедлива компенсация.

218. Припокриването с правото на собственост, гарантирано с член 17, параграф 1 от Хартата на основните права на Европейския съюз, е очевидно¹⁷⁵. Съгласно тази разпоредба „[н]икой не може да бъде лишен от своята собственост, освен в обществена полза, в предвидените със закон случаи и условия и срещу справедливо и своевременно обезщетение за понесената загуба“.

219. Това припокриване обаче е само частично, тъй като предоставяната от ВІТ защита срещу експроприиране е по-широка от тази в правото на Съюза поне в две отношения.

220. На първо място, в съответствие с член 51, параграф 1 от Хартата член 17 от нея се отнася за държавите членки единствено когато те прилагат правото на Съюза. Следователно прилагането му е изключено в останалите случаи. Затова, макар и в съдебното заседание Комисията да се позовава на висящите пред Съда съединени дела SEGRO и Horváth (C-52/16 и C-113/16) като примери за дела, в които правото на Съюза предлага защита срещу експроприиране, тази защита далеч не е пълна, тъй като тя никога не се прилага самостоятелно¹⁷⁶. За сметка на това забраната на незаконното експроприиране от член 5 от посочената ВІТ е самостоятелна и обвързва държавата без ограничение.

221. На второ място, ВІТ не закрилят единствено прякото експроприиране¹⁷⁷, но и непрякото, а именно извършваното с подзаконови актове и т.нар. „скрито“ експроприиране (steering expropriations)¹⁷⁸.

222. Понятието „непряко експроприиране“ е по-неясно и предвижда мерки за намеса, без отчуждаване, в правото на собственост и на ползване на инвестицията. Арбитражните съдилища са установили множество критерии за разграничаване на непрякото експроприиране от обичайното използване на компетентността на държавата да издава подзаконови актове, а именно: степента на намеса в правото на собственост, целта и контекста на разглежданите държавни мерки и нарушението чрез тези мерки на разумните очаквания по отношение на икономическата ефективност на инвестицията¹⁷⁹.

175 Вж. Achmea BV (предишно Eureko BV) с/у Словашка република (UNCITRAL) (дело PCA № 2008-13), решение от 26 октомври 2010 г. относно компетентността, арбитража и спирането, т. 261.

176 Вж. заключението на генералния адвокат Saugmandsgaard Øe по съединени дела SEGRO и Horváth (C-52/16 и C-113/16, EU:C:2017:410, т. 121), където той предлага да не се дава отговор на преюдициалните въпроси относно член 17 от Хартата, защото „твърдяното нарушение на [този член] не може да се разглежда отделно от въпроса за нарушение на свободите на движение“. В този смисъл вж. също решение от 21 декември 2016 г., AGET Iraklis (C-201/15, EU:C:2016:972, т. 65).

177 Под „пряко експроприиране“ се разбират мерките за национализация или отчуждаване посредством формално прехвърляне на документа за собственост или физическа конфискация.

178 Вж. Achmea BV (предишно Eureko BV) с/у Словашка република (UNCITRAL) (дело PCA № 2008-13), решение от 26 октомври 2010 г. относно компетентността, арбитража и спирането, т. 261. В този смисъл вж. също решение от 15 септември 2011 г., Комисия/Словакия (C-264/09, EU:C:2011:580, т. 47—50), в което Съдът приема, че прекратяването от Словашката република на сключен от нея договор с швейцарски инвеститор, който е бил необходим, за да изпълни тя задълженията си, произтичащи от Директива 2003/54/ЕО на Европейския парламент и на Съвета от 26 юни 2003 година относно общите правила за вътрешния пазар на електроенергия и отменяща Директива 96/92/ЕО (ОВ L 176, 2003 г., стр. 37; Специално издание на български език, 2007 г., глава 12, том 2, стр. 61), би могло да представлява експроприиране по смисъла на член 6 от ВІТ Швейцария/Словакия.

179 В този смисъл вж. резюме на релевантната международна съдебна практика в *Yannaca-Small*, К. „Indirect expropriation“ and the „Right to Regulate“ in International Investment Law. — OECD Working Papers on International Investment, 4/2004, p. 10—20.

223. Същото се отнася и за т.нар „скрито“ експроприране, т.е. непряко експроприране, което протича постепенно и се извършва посредством редица мерки, никоя от които сама по себе си не представлява експроприране, но чието кумулативно действие е да обезцени стойността на инвестицията¹⁸⁰.

224. Практиката на Съда относно член 17 от Хартата не е толкова развита. Затова изобщо не е сигурно, че тя би закриляла инвеститорите срещу непрякото експроприране по сходен на ВІТ начин.

225. На трето място, член 17 от Хартата предвижда само справедливо обезщетение, докато член 5, буква с) от тази ВІТ — обезщетението да трябва да представлява *реалната* стойност на инвестицията.

226. Накрая, Комисията не привежда нито един пример за водено пред Съда дело, било то по жалба за отмяна, или по преюдициално запитване, в което инвеститор да е предявил правото си на собственост срещу незаконно експроприране на инвестицията му¹⁸¹.

227. Също така Комисията не дава никакво обяснение с какво забраната за незаконно експроприране би била несъвместима с Договора за ЕС и Договора за функционирането на ЕС.

228. От гореизложеното е видно, че приложното поле на посочената ВІТ е по-широко от това на Договора за ЕС и Договора за функционирането на ЕС и че въведените с нея гаранции за защита на инвестициите са различни от предоставяните в правото на Съюза, без да са несъвместими с него. По тази причина спор между нидерландски инвеститор и Словашката република, попадащ в обхвата на въпросната ВІТ, не е спор относно тълкуването или прилагането на Договора за ЕС и Договора за функционирането на ЕС.

3. Действието на ВІТ Нидерландия/Чехословакия, от гледна точка на нейната цел, накърнява ли уредбата на правомощията, определена с Договора за ЕС и Договора за функционирането на ЕС, и следователно, самостоятелността на правната система на Съюза?

229. Ако Съдът приеме, че спор като този между Achmea и Словашката република по делото в главното производство не е спор относно тълкуването или прилагането на Договорите по член 344 ДФЕС, би следвало да се разгледа също дали член 8 от ВІТ Нидерландия/Чехословакия като действие накърнява уредбата на правомощията, определена с Договорите, и самостоятелността на правната система на Съюза¹⁸².

230. Най-напред ще припомня съществените принципи, изложени по този въпрос от Съда в точки 65—70 от становище 1/09 (Споразумение за създаване на унифицирана система за патентно съдопроизводство) от 8 март 2011 г. (EU:C:2011:123) и в точки 157—176 от становище 2/13 (Присъединяване на Съюза към ЕКПЧ) от 18 декември 2014 г. (EU:C:2014:2454).

180 Вж. например Técnicas Medioambientales TECMED SA c/у Мексикански обединени щати (дело ICSID № ARB(AF)/00/2), решение от 29 май 2003 г., т. 114, и Generation Ukraine Inc. c/у Украйна (дело ICSID № ARB/00/9), решение от 16 септември 2003 г., т. 20.22.

181 В съдебното заседание кипърското правителство се позовава на точки 62—76 от решение от 20 септември 2016 г., Ledra Advertising и др./Комисия и ЕЦБ (C-8/15 P—C-10/15 P, EU:C:2016:701), в което Съдът не се произнася по въпроса дали, като е подписала меморандум за разбирателство от името на ЕМС, Комисията е допринесла за нарушаването на правото на собственост на жалбоподателите, гарантирано от член 17, параграф 1 от Хартата. Няма произнасяне по въпроса дали е налице нарушение на това право от Република Кипър, тъй като при всички случаи Хартата не се прилага спрямо държавите членки, когато те не прилагат правото на Съюза (вж. т. 67 от решението).

182 Вж. становища 1/09 (Споразумение за създаване на унифицирана система за патентно съдопроизводство) от 8 март 2011 г. (EU:C:2011:123, т. 63—89), 2/13 (Присъединяване на Съюза към ЕКПЧ) от 18 декември 2014 г. (EU:C:2014:2454, т. 183) и 2/15 (Споразумение за свободна търговия със Сингапур) от 16 май 2017 г. (EU:C:2017:376, т. 301).

231. Безспорно е, че учредителните договори на Съюза са създали нов правен ред, който има свои собствени институции, в чиято полза държавите са ограничили във все по-широки области своите суверенни права и на които субекти са не само държавите членки, но и техните граждани, като правото на Съюза се характеризира със своето предимство по отношение на правните системи на държавите членки, както и непосредственото действие на редица разпоредби, приложими спрямо техните граждани и самите тях¹⁸³.

232. Правният ред и правораздавателната система на Съюза почиват на основополагащото схващане, че всяка държава членка споделя с всички останали държави членки и признава, че те споделят с нея редица общи ценности, на които се основава Съюзът, което предполага и обосновава съществуването на взаимно доверие между държавите членки относно признаването на тези ценности и следователно относно зачитането на правото на Съюза, което ги прилага¹⁸⁴.

233. Съгласно принципа на лоялно сътрудничество, закрепен в член 4, параграф 3, първа алинея ДЕС, държавите членки осигуряват на своята територия прилагането и спазването на правото на Съюза. Освен това съгласно втората алинея от същия параграф държавите членки вземат всички общи или специални мерки, необходими за гарантиране на изпълнението на задълженията, произтичащи от Договорите или от актовете на институциите на Съюза¹⁸⁵.

234. За да гарантират запазването на специфичните особености и на автономията на правната система на Съюза, Договорите създават система за правораздаване, предназначена да осигури последователност и единство при тълкуването на правото на Съюза, което предоставя на националните юрисдикции и на Съда задачата да гарантират пълното прилагане на правото на Съюза във всички държави членки, както и защитата по съдебен ред на правата, които правните субекти черпят от посоченото право¹⁸⁶.

235. В този контекст „[к]лючов елемент в така създадената правораздавателна система е производството за преюдициално запитване, предвидено в член 267 ДФЕС, което с установяването именно между Съда и юрисдикциите на държавите членки на диалог между съдии има за цел да осигури еднообразното тълкуване на правото на Съюза [...], което дава възможност да се осигури неговата безпротиворечивост, пълното му действие и автономията му, както и, в последна сметка, присъщия на това право характер, установен по силата на Договорите [...]“¹⁸⁷.

183 В този смисъл вж. решения от 5 февруари 1963 г., Van Gend & Loos (26/62, EU:C:1963:1, стр. 12), от 15 юли 1964 г., Costa (6/64, EU:C:1964:66, стр. 593), от 17 декември 1970 г., Internationale Handelsgesellschaft (11/70, EU:C:1970:114, т. 3), становища 1/91 (Споразумение ЕИП — I) от 14 декември 1991 г. (EU:C:1991:490, т. 21) и 1/09 (Споразумение за създаване на унифицирана система за патентно съдопроизводство) от 8 март 2011 г. (EU:C:2011:123, т. 65); решение от 26 февруари 2013 г., Melloni (C-399/11, EU:C:2013:107, т. 59), както и становище 2/13 (Присъединяване на Съюза към ЕКПЧ) от 18 декември 2014 г. (EU:C:2014:2454, т. 166).

184 Вж. становище 2/13 (Присъединяване на Съюза към ЕКПЧ) от 18 декември 2014 г. (EU:C:2014:2454, т. 168).

185 Вж. решение от 16 юли 1998 г., Oelmühle и Schmidt Söhne (C-298/96, EU:C:1998:372, т. 23), както и становища 1/09 (Споразумение за създаване на унифицирана система за патентно съдопроизводство) от 8 март 2011 г. (EU:C:2011:123, т. 68) и 2/13 (Присъединяване на Съюза към ЕКПЧ) от 18 декември 2014 г. (EU:C:2014:2454, т. 173).

186 Вж. член 19, параграф 1 ДЕС. Вж. също становище 1/91 (Споразумение ЕИП — I) от 14 декември 1991 г. (EU:C:1991:490, т. 35); решение от 13 март 2007 г., Unibet (C-432/05, EU:C:2007:163, т. 38), и становища 1/09 (Споразумение за създаване на унифицирана система за патентно съдопроизводство) от 8 март 2011 г. (EU:C:2011:123, т. 66 и 68), и 2/13 (Присъединяване на Съюза към ЕКПЧ) от 18 декември 2014 г. (EU:C:2014:2454, т. 173).

187 Становище 2/13 (Присъединяване на Съюза към ЕКПЧ) от 18 декември 2014 г. (EU:C:2014:2454, т. 176). В този смисъл вж. също решения от 16 януари 1974 г., Rheinmühlen-Düsseldorf (166/73, EU:C:1974:3, т. 2 и 3) и от 12 юни 2008 г., Gourmet Classic (C-458/06, EU:C:2008:338, т. 20), както и становище 1/09 (Споразумение за създаване на унифицирана система за патентно съдопроизводство) от 8 март 2011 г. (EU:C:2011:123, т. 83).

236. Накрая, при изпълнението на ролята им на пазители на правото на Съюза юрисдикциите на държавите членки следят за спазването на нормите и принципите, които са част от самите основи на правния ред на Съюза, като например предимството на правото на Съюза, четирите основни свободи, гражданството на Съюза, пространството на свобода, сигурност и правосъдие, правото на конкуренция и на държавни помощи, както и основните права¹⁸⁸.

237. Според мен възможността, предлагана от член 8 от тази ВІТ на нидерландските и словашките инвеститори да се отнасят до международен арбитраж, не нарушава нито уредбата на правомощията, определена с Договора за ЕС и Договора за функционирането на ЕС, нито самостоятелността на правната система на Съюза, дори и в случай че Съдът приеме, че учредяваните в съответствие с този член арбитражни съдилища не представляват юрисдикции в държава членка по смисъла на член 267 ДФЕС.

238. Най-напред, следва да се отбележи, че въпреки задължителния му характер нито едно арбитражно решение не може да бъде изпълнено без съдействието на държавата, която в случая с арбитража в областта на инвестициите предоставя своите механизми за изпълнение на разположение на инвеститорите.

239. В случая с член 8 от тази ВІТ постановените от арбитражните съдилища решения не могат да избегнат контрола на държавните юрисдикции. Този контрол може да се извърши в рамките на жалба за отмяна срещу арбитражното решение пред юрисдикциите по седалището на арбитража или в рамките на възражение срещу искане за неговото признаване и изпълнение пред юрисдикциите на страните, в които се иска признаването и изпълнението на решението в съответствие с Конвенцията за признаване и изпълнение на чуждестранни арбитражни решения, подписана в Ню Йорк на 10 юни 1958 г.¹⁸⁹ (наричана по-нататък „Нюйоркската конвенция“).

240. Както Съдът приема многократно, „ако учреден по силата на споразумение арбитраж повдигне въпроси относно правото [на Съюза], на общите юрисдикции би могло да се наложи да разгледат тези въпроси, по-специално в рамките на контрола на арбитражното решение, контрол, който е с по-голям или по-малък обхват в зависимост от случая, по който те трябва да упражнят контрол във въззивно производство, по възражение, при допускане на изпълнението или в рамките на какъвто и да е друг способ за защита или форма на контрол, предвидени от приложимото национално законодателство“¹⁹⁰.

241. На тази констатация се основава постоянната съдебна практика, съгласно която „тези национални юрисдикции следва да проверят дали трябва да сезират Съда в приложение на член [267 ДФЕС], за да получат тълкуване или преценка на валидността на разпоредбите на правото [на Съюза], които може да се наложи да приложат в рамките на съдебния контрол на арбитражно решение“¹⁹¹, тъй като тези юрисдикции в крайна сметка са задължени да гарантират еднаквото прилагане на правото на Съюза и спазването на нормите на европейския обществен ред¹⁹².

188 В този смисъл вж. решения от 1 юни 1999 г., Eco Swiss (C-126/97, EU:C:1999:269, т. 36—39), от 28 март 2000 г., Krombach (C-7/98, EU:C:2000:164, т. 21), от 3 септември 2008 г., Kadi и Al Barakat International Foundation/Съвет и Комисия (C-402/05 P и C-415/05 P, EU:C:2008:461, т. 304), и становище 2/13 (Присъединяване на Съюза към ЕКПЧ) от 18 декември 2014 г. (EU:C:2014:2454, т. 172). За по-подробен анализ на понятието за европейски обществен ред правя препратка към своите заключения по делата, също отнасящи се до арбитражни решения Gazprom (C-536/13, EU:C:2014:2414, т. 166—177) и Genentech (C-567/14, EU:C:2016:177, т. 55—72).

189 *Recueil des traités des Nations unies*, том 330, стр. 3.

190 Решение от 23 март 1982 г., Nordsee (102/81, EU:C:1982:107, т. 14). В този смисъл вж. също решения от 27 април 1994 г., Almelo (C-393/92, EU:C:1994:171, т. 22 и 23) и от 1 юни 1999 г., Eco Swiss (C-126/97, EU:C:1999:269, т. 32).

191 Решение от 1 юни 1999 г., Eco Swiss (C-126/97, EU:C:1999:269, т. 33). В този смисъл вж. също решение от 23 март 1982 г., Nordsee (102/81, EU:C:1982:107, т. 15).

192 В този смисъл вж. точки 59—62 от моето заключение по дело Genentech (C-567/14, EU:C:2016:177).

242. Съдът дори не е преценил за необходимо изрично да припомни този аспект в текста на своите решения от 13 май 2015 г., *Gazprom* (C-536/13, EU:C:2015:316) и от 7 юли 2016 г., *Genentech* (C-567/14, EU:C:2016:526), в които той направо се произнася по съществуващото на въпроса, който и по двете дела се отнася до това дали разглежданото арбитражно решение е несъвместимо с правото на Съюза в областта на конкуренцията.

243. По тези дела нито държавите членки, нито Комисията считат, че въпросите в областта на правото на конкуренцията, повдигнати пред арбитражите, не са арбитражни или че има и най-малка несъвместимост между правото на Съюза и арбитражните клаузи, включени от частноправните страни в договорите им¹⁹³.

244. Също така делата, довели до постановяване на решения от 1 юни 1999 г., *Eco Swiss* (C-126/97, EU:C:1999:269) и от 7 юли 2016 г., *Genentech* (C-567/14, EU:C:2016:526), се вписват в рамките на жалби за отмяна на арбитражно решение, докато делото, довело до постановяване на решение от 13 май 2015 г., *Gazprom* (C-536/13, EU:C:2015:316), е по възражение срещу искане за признаване и изпълнение на арбитражно решение. Това показва, че независимо от вида на производствата юрисдикциите на държавите членки и на Съюза имат възможността да осигурят еднакво тълкуване на правото на Съюза и спазването на нормите на европейския обществен ред както в областта на конкуренцията¹⁹⁴, така и в останалите области на правото на Съюза.

245. Характеристиките на учредените в съответствие с член 8 от тази ВІТ арбитражни съдилища, и по-специално на разглеждания в настоящото дело арбитражен съд, са такива, че позволяват на редовните съдилища на държавите членки да гарантират спазването на тези принципи, както те правят това в рамките на международния търговски арбитраж.

246. Член 8 от посочената ВІТ предоставя на председателя на Арбитражния институт към SCC, установена в държава членка, задачата да назначава арбитражите, ако тяхното назначаване не е извършено в определените в член 8, параграф 3 от тази ВІТ срокове. Той предвижда също, че Правилникът за арбитраж на UNCITRAL е приложим за арбитражните производства, които ще се провеждат в съответствие с този член. Съгласно член 16 от Правилника за арбитраж от 1976 г. самият арбитражен съд следва да определи седалището на арбитража и да избере институцията, която ще изпълнява функцията на секретариат след изслушване на страните¹⁹⁵.

247. С процедурно определение от 19 март 2009 г. арбитражният съд определя седалището на арбитража на територията на държава членка, а именно във Франкфурт на Майн. Решението му следователно е в съответствие с член 1059 от германския Гражданскопроцесуален кодекс, което подлежи на жалба за отмяна пред германските юрисдикции, поради което те ще могат да следят в тази рамка дали е гарантирано еднаквото тълкуване на правото на Съюза и спазването на нормите на европейския обществен ред. Именно в рамките на този вид жалби са сезирани запитващата юрисдикция и Съдът.

193 В този смисъл вж. също решение от 21 май 2015 г., *CDC Hydrogen Peroxide* (C-352/13, EU:C:2015:335, т. 57–72), в което Съдът не е следвал становището на генералния адвокат Jääskinen, изложено в точка 124 от неговото заключение по дело *CDC Hydrogen Peroxide* (C-352/13, EU:C:2014:2443), съгласно което използването на арбитраж като такъв би могло да засегне член 101 ДФЕС.

194 Вж. решение от 1 юни 1999 г., *Eco Swiss* (C-126/97, EU:C:1999:269, т. 37).

195 Вж. *Achmea BV* (предишно *Eureko BV*) *c/y* Словашка република (*UNCITRAL*) (дело PCA № 2008-13), решение от 26 октомври 2010 г. относно компетентността, арбитража и спирането на производството, т. 16.

248. Също така признаването и изпълнението на арбитражните решения, постановени от учредяваните в съответствие с член 8 от тази ВІТ арбитражни съдилища, попадат в обхвата на Нюйоркската конвенция, към която са се присъединили всички държави членки. Съгласно конвенцията държавните юрисдикции могат да откажат признаването и изпълнението на съответните решения на всички предвидени в член V от нея основания, в това число на факта, че арбитражното производство не е било в съответствие със съгласието на страните¹⁹⁶, и на противоречие с обществения ред¹⁹⁷, включително с европейския обществен ред.

249. Следователно, ако се предположи, че Achmea е искало да получи признаване и изпълнение на разглежданото по настоящото дело арбитражно решение в друга държава членка, юрисдикциите на замолената държава също биха имали задачата да гарантират, че решението не е несъвместимо с правото на Съюза.

250. Същото важи и в рамките на жалба за отмяна като тази по настоящото дело. Еднаквото прилагане на правото на Съюза може да бъде осигурено на основание на множество мотиви, най-релевантните от които са несъответствието на арбитражното производство със споразумението между страните и противоречието с обществения ред¹⁹⁸, включително с европейския обществен ред.

251. Комисията изтъква и риска седалището на арбитража потенциално да бъде определено в трета страна и/или признаването и изпълнението на несъвместимо с правото на Съюза арбитражно решение да бъде поискано в трета страна — случай, в който юрисдикциите на Съюза не биха участвали, поради което Съдът никога не би бил сезиран с преюдициален въпрос.

252. Според Комисията същото се отнася и за ВІТ в рамките на Съюза, в които Международният център за решаване на спорове относно инвестициите (ICSID), установен във Вашингтон, окръг Колумбия, е посочен като институцията, изпълняваща функцията на секретариат на арбитража. В този случай арбитражното решение ще бъде задължително за страните и няма да може да подлежи на никакво обжалване или друго средство за защита, различно от предвидените в спогодбата за ICSID¹⁹⁹. От това следва, че няма никакво правно средство, което да позволи на юрисдикциите на държавите членки да извършат проверка на съвместимостта на арбитражно решение на ICSID с правото на Съюза.

253. Макар да считам, че държавите членки следва да избягват избора на ICSID в техните ВІТ, рисковете, на които се позовава Комисията, са изцяло хипотетични, тъй като в разглежданата ВІТ не се посочва ICSID като институция, изпълняваща функцията на секретариат на арбитража, страните са избрали PCA в Хага за институция, изпълняваща тази функция, арбитражният съд е определил седалището на арбитража на територията на държава членка и няма искане за признаване и изпълнение на арбитражното решение в трети страни²⁰⁰, а жалба за отмяна срещу арбитражното решение пред юрисдикциите на държава членка, една от които е сезирала Съда с преюдициално запитване.

196 Вж. член V, параграф 1, буква d) от Нюйоркската конвенция, какъвто може да бъде случаят, ако арбитражен съд, в противоречие на член 8, параграф 6 от тази ВІТ, не вземе предвид правото на Съюза.

197 Вж. член V, параграф 2, буква b) от Нюйоркската конвенция и решение от 1 юни 1999 г., Eco Swiss (C-126/97, EU:C:1999:269, т. 38).

198 Вж. член 1059, параграф 2, точка 1, буква d) и точка 2, буква b) от германския Гражданскопроцесуален кодекс.

199 Вж. член 53, параграф 1 от тази спогодба. Все пак ще изтъкна, че тези опасения не са попречили на институциите на Съюза да изберат ICSID като арбитражна институция в член 9.16 от Споразумението за свободна търговия между ЕС и Сингапур.

200 Дори и в тази хипотеза в действителност би могъл да съществува риск само ако държавата членка — ответник в арбитража, е притежавала активи, намиращи се на територията на трета страна, и която не би се ползвала от имунитетите, признати в международното право на чуждестранните държави. Всъщност, дори и седалището на арбитража да е определено в трета страна или признаването и изпълнението на решението да е поискано в трета страна, инвеститорът не би могъл да избегне да поиска признаването и изпълнението на арбитражното решение пред юрисдикциите в държавата членка ответник.

254. Освен това изобщо не се поставя въпросът за несъвместимостта на арбитражното решение с правото на Съюза по същество, тъй като доводите на Словашката република пред запитващата юрисдикция са насочени единствено към съвместимостта на механизма за уреждане на споровете, установен с член 8 от тази ВІТ с Договора за ЕС и Договора за функционирането на ЕС.

255. С оглед на това, ефективността на правораздавателната система на Съюза би останала непокътната дори и в хипотезата, при която държава членка няма възможност да оспори несъвместимостта на арбитражно решение с Договора за ЕС и Договора за функционирането на ЕС посредством жалба за отмяна или възражение срещу искане за признаване и изпълнение. Възможност при такава хипотеза членове 258 ДФЕС и 260 ДФЕС биха позволили на Комисията да преследва тази държава членка, която би приела несъвместимо с правото на Съюза арбитражно решение²⁰¹.

256. Поради тези причини считам, че член 8 от тази ВІТ не накърнява уредбата на правомощията, определена с Договора за ЕС и Договора за функционирането на ЕС, и следователно, самостоятелността на правната система на Съюза.

257. На тази констатация не могат да повлияят доводите на няколко правителства и на Комисията, изведени от риска някои постановени от арбитражни съдилища решения да бъдат несъвместими с правото на Съюза, както и от принципа на взаимно доверие.

258. Тези доводи важат не само за международния арбитраж в областта на инвестициите, но и за международния търговски арбитраж, тъй като последният също може да доведе до решения, несъвместими с правото на Съюза, и да бъде основан на твърдяна липса на доверие спрямо юрисдикциите на държавите членки. Въпреки тези рискове Съдът никога не е опровергавал неговата валидност, тъй като арбитражът по въпросите на правото на Съюза в областта на конкуренцията между частноправни субекти не е непознат²⁰².

259. Затова, щом като международният арбитраж между частноправни субекти не накърнява уредбата на правомощията, определена от Договора за ЕС и Договора за функционирането на ЕС, и следователно, самостоятелността на правната система на Съюза, дори когато страна в арбитражното производство е държавата²⁰³, считам, че това трябва да важи и за международния арбитраж между инвеститори и държава, още повече че неизбежното присъствие на държавата налага по-голяма прозрачност²⁰⁴ и че освен това съществува възможността да ѝ бъде наложено да спазва задълженията, произтичащи от правото на Съюза, по реда на производството за установяване на неизпълнение на задължения на основание на членове 258 ДФЕС и 259 ДФЕС.

260. Ако се следва логиката на Комисията, всеки арбитраж би могъл да накърни уредбата на правомощията, определена от Договора за ЕС и Договора за функционирането на ЕС, и следователно, самостоятелността на правната система на Съюза.

201 Вж. *Electrabel SA c/у Унгария* (дело ICSID № ARB/07/19), решение относно компетентността, приложимото право и отговорността от 30 ноември 2012 г., т. 4.160—4.162.

202 Вж. в този смисъл решения от 1 юни 1999 г., *Eco Swiss (C-126/97, EU:C:1999:269)*, от 7 юли 2016 г., *Genentech (C-567/14, EU:C:2016:526)*, и на Швейцарския федерален съд от 8 март 2006 г., 4P.278/2005, относно жалбата за отмяна на арбитражно решение, постановено в Швейцария между две италиански дружества за нарушение на правото на конкуренция на Съюза.

203 Вж. арбитражно производство между *Gazprom* и литовския министър на енергетиката, чийто предмет е делото, довело до постановяване на решение от 13 май 2015 г., *Gazprom (C-536/13, EU:C:2015:316)*.

204 По-голямата част от решенията са публични, докато случаят не е такъв при международния търговски арбитраж. Затова е още по-трудно да се провери дали при него има нарушение на правото на Съюза.

261. Освен това не виждам с какво арбитражното производство, разглеждано в главното производство, засяга принципа на взаимно доверие, при положение че то е образувано единствено благодарение на съгласието на засегнатите държави членки и по свободно изразения избор на Асимеа да използва възможността, предложена му от тези държави членки.

262. Всъщност принципът на взаимно доверие „изисква, що се отнася по-специално до пространството на свобода, сигурност и правосъдие, от всяка от тези държави да приеме, освен при изключителни обстоятелства, че всички други държави членки зачитат правото на Съюза, и по-специално признатите от него основни права“²⁰⁵.

263. Не виждам връзката между този принцип и член 8 от тази ВІТ. Както изтъква нидерландското правителство в съдебното заседание, международният арбитраж като средство за УСИД по никакъв начин не води до това Кралство Нидерландия и Словашката република да имат съмнения относно спазването от другата страна на правото на Съюза и признатите от него основни права.

264. Както всички съдържащи се в ВІТ механизми за УСИД член 8 от тази ВІТ учредява съд, пред който инвеститорът може да привлече държавата, за да предяви предоставените му права в международното публично право от ВІТ — възможност, с която без този член той не би разполагал²⁰⁶.

265. Също така не е сигурно, че частноправен субект може да се позове на разпоредбите на международен договор пред държавните юрисдикции, тъй като те или изключват служебно тази възможност, като приемат, че Договорите създават права и задължения само между държави, или налагат повече или по-малко строги условия за възможност за позоваване в зависимост от случая, които не гарантират на частноправните субекти възможност за позоваване на разпоредбите на Договорите²⁰⁷.

266. Вследствие на това, без далеч да изразява недоверие към правната система на другата държава членка, отнасянето до международен арбитраж е единственото средство, с което се придава пълно и полезно действие на ВІТ чрез създаването на специализиран съд, пред който инвеститорите могат да предявят предоставените им с ВІТ права.

267. Затова не считам, че член 8 от тази ВІТ нарушава принципа на взаимно доверие.

268. Накрая, не съм убеден от доводите на Комисията, съгласно които липсата на ВІТ между държавите членки, учредителки на Съюза или присъединили се към него преди 2004 г., доказват, че тези договори се основават на липсата на взаимно доверие.

269. На първо място, не е вярно, че държавите членки учредителки, и държавите членки, присъединили се към Съюза преди 2004 г., не са обвързани с подобни на ВІТ спогодби, различни от Договора за ЕС и Договора за функционирането на ЕС²⁰⁸.

205 Становище 2/13 (Присъединяване на Съюза към ЕКПЧ) от 18 декември 2014 г. (EU:C:2014:2454, т. 191 и цитираната съдебна практика).

206 В този смисъл вж. Bundesverfassungsgericht (Федерален конституционен съд, Германия), определение от 8 май 2007 г. на втори състав, 2 BvM 1/03, ECLI:DE:BVerfG:2007:ms20070508.2bvm000103, т. 54.

207 Вж. точка 206 от настоящото заключение.

208 Вж. дадените от мен примери в точки 42 и 43 от настоящото заключение.

270. На второ място, ВІТ са много по-малко полезни между държави — износителки на капитали. Така например се установява, че съгласно последните статистически данни Франция не е нито сред първите десет страни — получателки на германски капиталови потоци, нито сред първите десет — износителки на такива потоци към Германия, докато Полша заема десето място по капитали с произход от Германия²⁰⁹.

271. Затова си задавам въпроса дали липсата на ВІТ между старите държави членки не се обяснява по-скоро с факта, че повечето от тази категория държави членки са преди всичко значими износителки на капитали, отколкото страни на приемане на инвестиции, и в този смисъл не са имали истинска нужда от сключването на ВІТ помежду им.

272. Поради тези причини считам, че установеният с член 8 от тази ВІТ механизъм за решаване на споровете е съвместим с член 344 ДФЕС, както и с уредбата на правомощията, определена от Договора за ЕС и Договора за функционирането на ЕС, и самостоятелността на правната система на Съюза.

VI. Заключение

273. Затова предлагам на Съда да отговори на поставените от Bundesgerichtshof (Федерален върховен съд, Германия) преюдициални въпроси по следния начин:

„Членове 18 ДФЕС, 267 ДФЕС и 344 ДФЕС трябва да се тълкуват в смисъл, че допускат прилагането на механизъм за решаване на споровете между инвеститор и държава чрез двустранна спогодба за защита на инвестициите, сключена преди присъединяването на някоя от договарящите се държави към Европейския съюз и предвиждаща възможността за инвеститор в договаряща се държава в случай на спор във връзка с инвестиции в другата договаряща се държава да започне производство срещу последната пред арбитражен съд“.

209 Вж. бележка от 1 март 2017 г. на посолството на Франция в Германия относно чуждестранните преки инвестиции в Германия през 2014—2015 г., съставена въз основа на сборни статистически данни от UNCTAD и Deutsche Bundesbank (Германска федерална банка) на разположение на интернет сайта <http://www.tresor.economie.gouv.fr/File/434035>. Вж. по-специално таблица 5.