

ISDS: Ухажване на чуждестранните инвеститори

Защо предложението на Комисията за “Система от Инвестиционни Съдилища” продължава да не разрешава ключовите проблеми, свързани с привилегиите на чуждестранните инвеститори

На 16 септември Европейският Комисар по Търговия Малстрьом представи проект на текст за главата, касаеща защитата на инвестиции и разрешаването на спорове между инвеститор и държава, който да бъде включен в Трансатлантическото търговско и инвестиционно партньорство (ТТИП/TTIP) със САЩ. Проектът на текста е на масата за *консултации* с държавите-членки на ЕС, както и за *дискусии* с Европейския Парламент преди официално да бъде представен на САЩⁱ.

Европейската Комисия представи проекта като предложение за „нова и прозрачна система за разрешаване на спорове между инвеститори и държава – „Система за Инвестиционни Съдилища“. Тази нова система ще замени съществуващия механизъм за разрешаване на спорове между инвеститори и държава (УСИД/ISDS) по отношение на всички настоящи и бъдещи преговори за инвестиции в ЕС, включително и преговорите между ЕС и САЩ за ТТИП“

Проектът превежда на правен език редица предложения за „по-нататъшно усъвършенстване“ на стандартите за защита на инвестиции и разрешаването на спорове между инвеститори и държава, представени в концептуален доклад на 5 май 2015ⁱⁱ, както и в реч на Комисар Малстрьом пред Комисията по международна търговия на Европейския Парламент (INTA) на 18 мартⁱⁱⁱ.

Мрежата Сиатъл-Брюксел (Seattle to Brussels Network)^{iv} направи коментар на тези предложения в доклад, излязъл на 6 май^v. Анализът, който следва се базира на този доклад.

Мрежата Сиатъл-Брюксел и За Земята остават на мнение, че предложенията на Комисията към днешна дата:

- 1) игнорират резултатите от собствените консултации на Комисията по въпроса;
- 2) значително ще разширят обхвата на ISDS, което ще увеличи вероятността от завеждане на искове срещу ЕС и страните-членки;
- 3) потвърждават, че системата ISDS не е била смислено реформирана в търговското споразумение между ЕС и Канада (Всеобхватно икономическо и търговско споразумение, CETA) и че CETA следва да не бъде подписвано;
- 4) игнорират слона в стаята: а именно, че не съществува нужда от Механизъм за уреждане на спорове между инвеститор и държава;
- 5) почти не спомагат за разрешаването на фундаменталните проблеми на системата на ISDS.

1. Комисията отхвърля общественото мнение за ISDS

През 2014 Комисията взе решение да организира обществена консултация по програмата си за ISDS – в голяма степен основаваща се на предполагаемите “реформи” в инвестиционната глава на ISDS. Отзвукът сред обществото беше изключително мащабен, като във въпросите се включиха повече от 150 000 граждани и организации – вторият най-висок рекорд по отношение на обществено участие в консултации на ЕС^{vi}. Но и отговорът беше съвсем ясен: 97% от всички участвали в допитването отхвърлиха ISDS^{vii} и предложенията на Комисията за реформиране на системата, като сред тях имаше бизнес организации, а друга част бяха държавни организации^{viii}. Междувременно, 3 милиона души подписаха петиция срещу ТТИП като цяло, като една от основните тревоги беше по отношение на ISDS^{ix}.

Комисаря Малстрьом декларира, че е чула притесненията на обществото, и че новото предложение е изготвено като отговор на това. Но на практика новото предложение е шамар в лицето на общественото мнение [и рационалното мислене]. Целта на Комисията е повторно да легитимира системата, без да разреши много от основните проблеми^x. Независимо от силното послание „не на ISDS“ и безапелационното отхвърляне на предполагаемите реформи, описани в консултацията, Комисията показва неуважение към общественото мнение и реши да продължи с погрешната си програма за реформа.

2. Включването на ISDS в ТТИП значително разширява неговия обхват

Включването на ISDS в ТТИП значително ще разшири инвестиционните потоци, които се покриват от ISDS и следователно ще увеличи вероятността да бъдат завеждани искове срещу Европейските правителства и ЕС в рамките на този механизъм. Понастоящем само 8% от компаниите с американска собственост, които осъществяват дейност в ЕС са включени в обхвата на ISDS посредством съществуващи двустранни спогодби, най-вече между държави-членки от Централна и Източна Европа и САЩ. Ако ISDS бъде включен в ТТИП всички инвестиционни потоци ще бъдат покрити и повече от 47 000 компании с американска собственост допълнително ще бъдат оправомощени да започнат

атаки срещу европейските политики и действия на страните-членки^{xi}. Това неминуемо ще доведе до много повече заведени дела срещу държавите-членки на ЕС. Към днешна дата инвеститорите вече са завели искове най-малко за 30 милиарда евро като компенсации от държавите-членки посредством ISDS механизми в други търговски сделки и държавите от ЕС към момента са принудени да изплатят над 3.5 милиарда евро^{xii}. А включването на ISDS в ТТИП ще увеличи тази сума драстично, като данъкоплатците в Европа ще трябва да платят сметката.

3. Системата на ISDS не беше реформирана по смислен начин в СЕТА – затова то не трябва да бъде подписано

Както мрежата Сиатъл-Брюксел е отбелязвала редица пъти^{xiii}, в текстовете на СЕТА не са заложени смислени реформи, независимо че Комисията твърди обратното. Проектотекстът на Европейската Комисия за преговорите по ТТИП до голяма степен се основава на разпоредбите в СЕТА, като същевременно въвежда нови процедурни реформи и по този начин косвено отчита, че разпоредбите на СЕТА не са достатъчно реформирани.

Фактът, че Комисаря Малстрьом категорично заяви, че предложените реформи в ТТИП няма да важат за споразумението за свободна търговия между Канада и ЕС и че текстовете на СЕТА няма да се разглеждат е още една индикация за нежеланието на Комисията сериозно да обмисли смислена реформа на системата за защита на инвестициите.

Настоящите текстове на СЕТА поставят европейските държави под риск да бъдат съдени, включително посредством инвеститори от САЩ чрез канадските им дъщерни дружества, ако те структурират инвестициите си по съответния начин, което ще им позволи да заобикалят потенциално по-всеобхватните промени в ТТИП. Това може да е случаят за 4 от 5 инвеститори, базирани в САЩ, които осъществяват дейност в ЕС^{xiv}.

Мрежата Сиатъл-Брюксел и За Земята призовават държавите-членки на ЕС и Съвета да не подписват СЕТА.

4. На първо място няма убедителни причини за въвеждане на ISDS

Предложенията на Комисията игнорират слона в стаята: фактът, че инвестициите на САЩ в ЕС се случват десетилетия наред и са достигнали над 3,000 милиарда евро без да има ISDS, и че очевидно няма нужда от ISDS.

В съобщенията си Комисар Малстрьом ясно заяви, че е на мнение, че „*следва да договорим правила за защита на инвестициите и ISDS в ТТИП*“^{xv}. Това противоречи на икономическите реалности – огромният обем трансатлантически инвестиции сочи, че няма „нужда“ от допълнителна защита на чуждестранните инвеститори. Също така противоречи на глобалните тенденции, където все повече държави отказват да подписват споразумения, които включват ISDS или започват да прекратяват инвестиционни

споразумения, които съдържат ISDS^{xvi}. Най-скорошният пример за това е Италия, която обяви оттеглянето си от Договора за енергийната харта, който включва ISDS клаузи, на базата на които са заведени искове срещу държавата заради проекти в сектора на възобновяемите източници на енергия.

Нито един от първоначалните аргументи на Европейската Комисия за включване на ISDS в ТТИП не могат да се противопоставят на доказателствата:

- Комисията изтъква, че *„САЩ не приемат търговски сделки без ISDS“*. Обаче споразумението между САЩ и Австралия (FTA) от 2004, например, не включва ISDS.
- Комисията твърди, че *„ако няма ISDS в ТТПИ, другите държави също няма да го приемат“*. Все пак понастоящем ЕС преговаря по двустранни инвестиционни споразумения и Споразумения за свободна търговия (ССТ), които включват ISDS с други държави като Китай, Виетнам, Малайзия и нито една от тях не е изисквала включването на ISDS като условие, ако то също присъства в ТТИП. Също така, фактът че споразумението между САЩ и Австралия (ССТ) от 2004 не съдържа ISDS, докато наскоро подписаното Споразумение за свободна търговия между Австралия и Китай от 2014 съдържа ISDS показва, че държави като Китай приемат за нормално партньорите им да договарят споразумения, които да отговарят на различни стандарти.
- Комисията твърди, че *„Нито един щатски закон не забранява дискриминацията“*. Обаче двете дела, които Комисията представя като доказателство за дискриминация на чуждестранни инвеститори в щатските съдилища са противоречиви и са отхвърлени като основание за включване на ISDS в ТТИП^{xvii}. При всички положения, сами по себе си само два примера за дискриминация на чуждестранни инвеститори в съдилищата на дадена държава не могат да бъдат основание за установяването на цялостна паралелна система за решаване на спорове. Също така, ако САЩ могат да приемат ISDS, то това означава че също така могат – и то с доста по-малко сериозни последици - да забранят дискриминацията на чуждестранни инвеститори посредством други методи.

5. Предложенията за реформа не решават фундаменталните проблеми на системата

Представените предложения, които се предполага, че ще заместят ISDS в ТТИП с нова „система на инвестиционни съдилища“ включват създаването на механизъм за обжалване, фиксиран списък с арбитри, които сега са наречени „съдии“, повече прозрачност и нови формулировки за правото на регулиране. Мрежата Сиатъл-Брюксел и За Земята отхвърлят идеята, че новите предложения на Комисията представляват реална алтернатива на ISDS системата.

5.1. Според новото предложение на ЕС фундаменталните проблеми на системата за защита на инвестициите продължават да съществуват:

- На чуждестранните инвеститори ще продължат да се дават специални права – права, които никой друг в обществото няма. Единствено чуждестранните инвеститори ще могат да заобикалят съществуващите съдилища и да съдят (или да заплашват със съд) държавите направо в международни трибунали.
- Не само че чуждестранните инвеститори ще имат достъп до ексклузивни съдебни процеси тип „инвеститор-държава“ (като се възползват от по-големи процесуални права в сравнение с местните инвеститори), но и исковете им срещу държавите ще продължават да се разглеждат въз основа на различен набор от материални права. Това няма да са законите и конституциите на държавите, а стандартите за защита на инвестициите, заложи в инвестиционните споразумения, които предоставят на чуждестранните инвеститори по-големи, и би могло да се каже, прекомерни права върху частната собственост в сравнение с тези, които се защитават от националните конституции или европейското законодателство.
- Така че, докато предприемането на мерки срещу дискриминацията на чуждестранните инвеститори е едно от главните основания за предоставянето на ексклузивни права на инвеститорите, системата ще продължи да се основава на разпоредби, които представляват двойна дискриминация (процесуална и по същество) срещу националните инвеститори и обикновените граждани.
- С новата система, чуждестранните инвеститори ще продължат да се радват на широки права, без съответните задължения да допринасят за реализирането на целите на обществените политики или да се съобразяват със стандартите за опазване на околната среда, стандартите в здравеопазването или социалната политика. Следователно новата система продължава да е дискриминационна спрямо обикновените граждани, както и спрямо местните общности, които са неблагоприятно засегнати от действията на тези инвеститори, тъй като те не могат да ги съдят в международни съдилища. Държавите-членки на ЕС и Комисията понастоящем дори подкопават предложението на ниво ООН за установяване на механизми, които биха могли да дадат на гражданите достъп до международни съдилища, когато правата им биват нарушавани от чуждестранни инвеститори^{xviii}.
- Инвестиционната съдебна система поддържа: отказа да бъдат тълкувани правата на инвеститорите; отказа от преценка за това дали законни и конституционни политики за обществения ред са правилни или грешни и присъждането на огромни суми като хонорари да бъдат изплащани от държавните бюджети на платени арбитри - които понастоящем са преименувани на съдии – имащи пряк интерес да поддържат системата функционираща. Към днешна дата съдиите-арбитри до голяма степен са разширили правата на чуждестранните инвеститори посредством широки

тълкувания на неясно формулирани стандарти за защита на инвестициите и освен това, ефективно са предотвратили опитите на държавите да ограничат възможностите им за тълкуване на законодателството. В новото предложение не са заложени каквито и да е механизми за предотвратяване на тези практики.

- Освен това в предложението не е предвидена мярка, която да решава проблема, че ISDS дава на чуждестранните инвеститори инструмент за оказване на натиск върху независими държави. Те ще продължат да го използват като заплаха, за да разубеждават държавите да вземат и осъществяват решения в областта на общественения ред. Държавите и ЕС може също така да се въздържат от предприемане на мерки, тъй като няма да имат сигурност по отношение на тълкуванията, които могат да извършат трибуналите. В този смисъл ISDS би могъл да има отрицателен ефект или да подкопае вземането на демократични решения.

5.2. Предложението на ЕС за защита на инвестициите в ТТИП поддържа прекомерните права на инвеститорите:

- **Дефиницията на това какво представлява инвестицията е по-широка от всякога**

Дефинициите на „защитена инвестиция“ и „инвестиция“ запазват широките формулировки на предходни инвестиционни споразумения и на СЕТА, което дава възможност на инвеститорите, които не са направили реални „инвестиции“ да повдигат възражения. Обезпокоителните примери за отрицателни последици в резултат на широкото дефиниране на термина „инвестиции“ включват: чуждестранна фирма предявява претенция (и арбитражите се съгласяват), че „пазарният дял“ на фирмата в друга държава може да се счита за защитена инвестиция в контекста на споразумението NAFTA (S.D. Myers срещу Канада)^{xix} или фактът, че в момента Аржентина е съдена за над 1 милиард щатски долара от над 60 000 независими инвеститори в облигации, без каквито и да е реални инвестиции в държавата, след като Аржентина е в неизпълнение на дълга си след финансовата криза през 2001г. (Abaclat и други срещу Аржентина).

- **„Правото на регулация“ не е защитено**

ЕК твърди, че възможността на държавите да регулират в интерес на обществото е изцяло запазена с включването на разпоредба (раздел 2, чл.2), в която се казва, че независимите държави имат правото да регулират в рамките на техните територии. На пръв поглед човек може да се изкуши и да повярва на това твърдение. Когато обаче разгледаме внимателно формулировката откриваме следното:

- На практика формулировката, използвана от Комисията^{xx} редуцира правата на държавите да регулират, тъй като тя ги ограничава до „нужните мерки“ за постигане на „легитимни“ цели. Критериите за дефиниране на това какви мерки са нужни и какво представляват легитимните цели са отворени за

тълкуване. В крайна сметка, решенията се взимат от арбитрите (които понастоящем се наричат съдии), които ще продължат да печелят повече пари от завеждането на дела от инвеститори срещу държави, т.е. когато системата продължава да е привлекателна за инвеститорите за оспорване на мерки, които не са по техния вкус.

- Правото да се регулират политики допълнително се редуцира, когато се тълкува в съчетание с широките права на инвеститорите в споразумението (виж по-долу, например, справедливо и безпристрастно отношение). На фона на тези доста обширни права, арбитражните съдилища могат да продължат да отсъждат, че държавите са нарушили правата на инвеститорите с въвеждането на промени в политиките по отношение на въпроси от обществен интерес, като например по отношение на околна среда, здравеопазване и социални права. И независимо от това, че в предложението на ЕС става ясно, че трибуналет не може да задължи държавата да промени политиките си, то той е в правото си да задължи държавата да компенсират инвеститора. Този страх от скъпи обезщетения за инвеститорите може да охладни желанието за въвеждане на политики в интерес за обществото.

Единственият ефективен начин да се защити правото на държавите да регулират в инвестиционните споразумения е то да не се подкопава посредством стандарти за защита или като това право бъде ясно изключено от стандартите за защита. Комисията можеше да включи формулировка, в която се казва, че мерките предприети в интерес на обществото не представляват нарушение на правата на инвеститорите (както в чл. 2.3 и чл. 2.4), но тя не го направи.

- **Опасният стандарт за „справедливо и безпристрастно отношение“ остава**

Така нареченият стандарт „справедливо и безпристрастно отношение“ (СБО) е най-широко използваният и обширно тълкуван стандарт за защита на инвестициите. ЕС запазва това право на инвеститорите в предложението си за ТТИП (чл. 3), но твърди че е ограничила обхвата му. За разлика от двустранните инвестиционни споразумения между държавите-членки на ЕС, където стандартът за справедливо и безпристрастно отношение не е „дефиниран“, Европейската Комисия е въвела доста по-детайлно дефиниране на стандарта. Това обаче няма да е достатъчно да се предотвратят широки тълкувания на този стандарт от страна на арбитрите (или „съдиите“), тъй като списъкът с нарушения не е изчерпателен. Освен това, изглежда че този член „е кодифицирал съществено разширяване на този термин в сравнение с широко възприетото му обичайно значение преди на сцената да се появят арбитрите някъде преди около 15 години“^{xxi} Инвеститори като Филип Морис (в претенциите си срещу въведеното законодателство срещу тютюнопушенето в Австралия) или Лоун Пайн (в делото си срещу Канада във връзка с мораториум върху добива на шистов газ) базират аргументите си именно на тези елементи от стандарта за „справедливо и безпристрастно отношение“, който Комисията изрично включва в предложението си.

- **„Легитимните“ очаквания на инвеститорите остават защитени**

Комисията е запазила силно проблематичната разпоредба, която разширява обхвата на стандарта за справедливо и безпристрастно отношение, като изрично е защитила „легитимните“ очаквания на инвеститорите (чл. 3.4, копиран от СЕТА). С включването на този член чуждите инвеститори могат да претендират, че държавните служители са направили „конкретни постъпки“, които са създали „легитимни очаквания“ от тяхна страна, например – чрез предоставянето на специални стимули, чрез липсата на планове за въвеждане на по-стриктни правила в областта на трудовите взаимоотношения и опазването на околната среда, чрез допускането на някои изключения. „Легитимните очаквания“ могат да се използват от арбитрите/„съдиите“ в бъдещи ISDS дела ISDS, базирани на ТТИП и СЕТА, заведени срещу ЕС и неговите държави-членки за присъждане на компенсации. Това дава на компаниите ефективно оръжие в борбата със строгите правила. Не е изненадващо, че инвестиционните адвокати, които постоянно подтикват инвеститорите да съдят държави в ISDS трибунали, възхваляват факта, че СЕТА изрично включва нови права на инвеститорите под понятия от типа на честно и справедливо отношение^{xxi}.

В случаят *Wilson* срещу Канада^{xxii}, инвеститорът използва понятието „легитимни очаквания“, за да оспори демократичното решение, да не се позволи продължаването на морски и миннодобивен проект в резултат на проучване на въздействието върху околната среда (извършвано задължително според канадското законодателство преди започването на проекта), което е установило, че той не отговаря на „основните общностни ценности“ на Канада. Независимо че арбитражният панел подкрепи инвеститора, интересно е да се отбележи, че един от арбитрите с различно мнение е изразил притесненията си относно потенциалния отрицателен ефект на прецедента относно защитата на околната среда. При всички случаи, примерът *Wilson* илюстрира проблемните аспекти на предложението на Комисията, свързано с „легитимните очаквания“ на инвеститорите.

- **Инвеститорите пак ще могат да завеждат дела, претендирайки за косвена експроприация**

Защитните клаузи срещу косвена експроприация позволяват на инвеститорите да съдят държавите, претендирайки че новите регулации в полза на обществото представляват косвена експроприация на техните инвестиции. Комисията е запазила тази разпоредба, но се е опитала да ограничи формулировката (точка 3 от Анекс 1) и от там възможностите инвеститорите да завеждат дела.

Текстът приема, че недискриминационните мерки, разработени и прилагани да защитават легитимни обществени цели могат да бъдат тълкувани като косвена експроприация, но САМО *„в редките случаи, когато последствията от дадена мярка или серия от мерки са толкова сериозни в светлината на техните цели, че те изглеждат явно прекомерни“*. Тежестта на доказване, че

мерките не са били прекомерни е върху държавата и текстът дава възможност „съдиите“ да тълкуват разпоредбата. Предложението на Комисията дава на (платените) арбитри правото да решават какво е „недискриминационни“, „легитимни“ и „изглеждат явно прекомерни“.

В случая с Филип Морис Интернешънъл срещу Уругвай компанията изтъква, че „Прекаленото изискване за надпис с предупреждение за здравето на 80 процента от площта и графичните пиктограми, които на практика унижават и унищожават търговските марки на Филип Морис и Абал, също така нямат каквото и да е рационална връзка с легитимна държавна политика“ ^{xxiv}.

- **Правата на инвеститорите се разширяват посредством „клаузата чадър“**

В предложението си за ТТИП Комисията въвежда една доста проблематична клауза, която в миналото е била отхвърляна от Канада в контекста на СЕТА. Това е „клаузата чадър“ (чл. 7). Макар че формулировката е по-обширна от други такива, ефектът на практика е същия – тя издига „договорния писмен ангажимент“ на международно ниво, като по този начин прави държавата отговорна по международни търговски закони за промени в местни закони, за които се счита, че не отговарят на задълженията по частни договори, сключени от нея. Това означава, че чуждестранните инвеститори могат да прилагат всички права, които им се гарантират с договори, подписани с държави от ЕС посредством разпоредбите на ISDS в ТТИП. Това също така се отнася и за случаите, когато договорите не предвиждат подобен процес, а например изискват от инвеститора да предяви претенциите си в съдилищата на съответната държава.

5.3. „Инвестиционната Съдебна Система“, предложена от Комисията остава пристрастна в полза на инвеститорите и не успява за запази независимостта на арбитрите, които сега са наречени „съдии“.

Системата остава на две равнища в полза на инвеститорите:

- „Инвестиционната съдебна система“ на Комисията **остава пристрастна в полза на чуждестранните инвеститори**, тъй като тя им позволява да продължават да решават кой форум да изберат за разшаване на техните спорове (докато местните инвеститори разполагат единствено с възможността да се обръщат към местните съдилища). Предложението не включва никакво задължение за изчерпване на всички възможности за разрешаване на споровете вътре в страната преди започване на арбитражно дело. Независимо че предложението ограничава възможността инвеститорите да предявяват претенции в местните съдилища и същевременно в международни частни трибунали, то не ограничава възможността двете да следват едно след друго. Дела като Ватенфал срещу Германия - където шведската енергийна компания оспорва конституционалността на излизането на Германия от ядрената енергетика в германския конституционен съд и изисква 4.7 милиарда евро компенсация от Германия за същата мярка в паралелен ISDS спор – ще бъдат също така

възможни и при новите правила. Защото онова, което новите текстове правят, е да ограничават инвеститорите от повдигане на паралелни претенции за *компенсации* в два различни форума, докато разглеждането на конституционалността на дадена мярка в един съд и използването на друг за искане на компенсации все още ще бъде възможно.

Независимостта на така наречените съдии не е напълно гарантирана

- В предложението на Комисията „съдиите“, които решават споровете инвеститор-държава имат силни финансови стимули да тълкуват закона в полза на инвеститорите – подобно на настоящата система. Освен че „съдиите“ ще получават предварителен хонорар в размера на 2,000 евро, те също така ще получават заплащане за делото от страните в спора. Според таблица на ICSID за таксите, към която реферира предложението на Комисията, те ще печелят по 3,000 щатски долара на ден и няма да има таван колко общо могат да спечелят от всяко едно дело. Когато в една правна система единствено инвеститорите могат да завеждат съдебни дела, това представлява силен стимул тя да бъде настроена приятелски спрямо тях, тъй като докато системата се отплаща на инвеститорите, все повече искове и все повече пари ще идват към „съдиите“.
- Едно от основните нововъведения в предложението на ЕС е да се разчита на „*публично назначавани съдии с висока квалификация*“ на база на предварително договорен списък от страните.
 - На първо място, системата със списъци до някаква степен вече съществува и при списъка с арбитри на ICSID. Но това не попречи ЕС и САЩ да номинират арбитри, които са известни с широките си тълкувания на инвестиционното право – ситуация, която работи в полза на ищеца-инвеститор^{xxv}. Така че това предложение дава път на стара идея, която в миналото се е доказала като несполучлива.
 - На второ място, изискването т.нар. съдии да са квалифицирани за „назначаване на съдебни длъжности или да бъдат юристи с доказана компетентност“ (Раздел III, член 9) не дава никакви гаранции, че инвестиционните адвокати, които работят за печалба ще бъдат изключени от номинирането за „съдии“ в бъдеще. Те само ще трябва да бъдат квалифицирани за съдии, но според текста те не трябва да са функциониращи съдии. Това е важно, като се имат предвид огромните възможности за тълкувания, които се дават на „съдиите“ и липсата на предпазни мерки срещу широки тълкувания в този текст. Формулировката също така следва да се разгледа внимателно в светлината на предишни коментари от страна на Комисар Малстрьом: „Разбира се, това предложение не стига до края в създаването на постоянен инвестиционен съд, с постоянни съдии, които да не са изкушени да мислят за бъдещи бизнес възможности.“^{xxvi} Това показва, че Комисията на практика не желае да се справи с проблема с предубедеността на арбитрите в ТТИП.

- На трето място, съществуват сериозни притеснения относно предложените етични изисквания към така наречените съдии (виж кодекса за поведение в Анекс II)
- Няма изискване за период на неангажираност, нито преди, нито след включване в списъка с арбитри, така че инвестиционните адвокати и платените арбитри, които са разширили арбитражния си бизнес, включително посредством широки тълкувания на инвестиционното право, могат без проблем да бъдат включвани в списъка и да се връщат в частната практика, веднага след като са били в списъка на съдиите;
 - Независимо че член 11 споменава, че съдиите „няма да взимат участие в разглеждането на спорове, които биха създали пряк или косвен конфликт на интереси“, какво точно представлява конфликт на интереси не се казва в детайли (освен споменаването на очевидната несъвместимост на позицията им със службата на защитник). И по-конкретно, не съществува конкретен списък с позиции и интереси, които има вероятност да влязат в конфликт с независимостта на „съдиите“ при изпълнение на служебните им задължения, като например това да са частни арбитри в други процеси инвеститор-държава, включително и такива, които не се налага да бъдат обявявани.
 - Макар текстът да включва изисквания да се направи опит за регулиране на конфликтите на интереси, които възникват сред панелите от арбитри/„съдии“ при управлението на конфликти на интереси, той не изключва възможността за получаване на други странични средства докато са на служба в списъка, а това би била важна стъпка напред за прекратяването на конфликтите на интереси. Понастоящем описаните рестрикции са изключително ограничени (финансови и лични взаимоотношения със страните по делото). Като минимум би следвало да се възприеме за задължителен пълния списък с конфликти, споменати в Насоките за Конфликти на интереси в международния арбитраж на IBA ^{xxvii}.
 - От текста не става ясно как ще бъдат преценявани конфликтите на интереси, а опитът показва, че ефективното управление на етичните стандарти в голяма степен зависи от прилагането на писмените правила. Това е особено проблематично, като се има предвид че Президента на Трибунала (равен по статус) следва да реши, дали да оспори независимостта на други членове на трибунала и това преповтаря проблеми, които вече са изниквали в контекста на ICSID ^{xxviii}.
- Предложението за инвестиционна съдебна система въвежда апелационен трибунал в допълнение към трибунала на първа инстанция, за който се твърди, че е базиран на модела на Апелативния Орган на СТО с постоянни

членове. Това може и да подобри функционирането на ISDS, но не решава фундаменталните проблеми, описани по-горе (привилегиите за чуждестранните инвеститори, прехвърлянето на права от независими съдилища към не изцяло независими трибунали, едностранчивостта на системата). Не става ясно от предложението, дали онзи, който ще заседава в апелативния трибунал ще е обвързан с дела-прецеденти (на какво ще се позовават съдиите, когато вземат решения по дела за обжалване?). В текста няма и нищо, което да обвързва „съдиите“ от първоинстанционния Трибунал с каквито и да било предишни решения на „Трибунала по обжалването“.

Обобщение:

- Предложенията на Европейската Комисия за реформа не разрешават фундаменталните дефекти на ISDS. Вместо това, предложението за въвеждане на Система от Инвестиционни Съдилища е в общи линии козметично и служи като лубрикант за превръщане на привилегиите на чуждестранните инвеститори в по-приемливи, като същевременно увеличава обхвата на ISDS три пъти.
- Все още не съществува нито един солиден аргумент, който да обосновава включването на специални права за чуждестранните инвеститори в спогодба между ЕС и САЩ (или Канада).

Мрежата S2B и За Земята ще продължат с кампаниите си за слагане на край на ISDS и за ограничаване на инвеститорските конфликти с помощта на правителствени мерки в съдилищата на страната.

Анализът е подготвен и издаден на английски език от Seattle to Brussels Network <http://www.s2bnetwork.org/>

Анализът е преведен, редактиран и издаден на български език от За Земята <http://www.zazemiata.org/>

Допринесли за настоящия доклад:

Cecilia Olivet (Transnational Institute), Marc Maes (11.11.11), Pia Eberhardt (Corporate Europe Observatory), Natacha Cingotti (Friends of the Earth Europe), Ante Wessels (Foundation for a Free Information Infrastructure), Burghard Ilge (Both Ends), and Peter Fuchs (Powershift).



Бележки:

- i <http://trade.ec.europa.eu/doclib/press/index.cfm?id=1364>
- ii http://trade.ec.europa.eu/doclib/docs/2015/may/tradoc_153408.PDF
- iii http://trade.ec.europa.eu/doclib/docs/2015/march/tradoc_153258.pdf
- iv The S2B network was formed in the aftermath of the World Trade Organisation's (WTO) 1999 Seattle Ministerial to challenge the corporate-driven agenda of the European Union and other European governments for continued global trade and investment liberalisation. It has also developed as a response to the increasing need for European coordination among civil society organisations. The network includes development, environment, human rights, women and farmers organisations, trade unions, social movements as well as research institutes. <http://www.s2bnetwork.org/>
- v S2B NETWORK, *ISDS: Spreading the disease instead of looking for a cure. Why the Commission's alleged ISDS 'reforms' fail to address the key problems*, 6 May 2015. <http://www.s2bnetwork.org/isds-statement/>
- vi http://trade.ec.europa.eu/doclib/docs/2015/january/tradoc_153044.pdf
- vii Including over 110 scholars https://www.kent.ac.uk/law/isds_treaty_consultation.html
- viii <http://corporateeurope.org/international-trade/2015/02/ttip-investor-rights-many-voices-ignored-commission>
- ix <https://stop-ttip.org/>
- x http://ec.europa.eu/commission/2014-2019/malmstrom/blog/proposing-investment-court-system_en
- xi <https://www.citizen.org/documents/EU-ISDS-liability.pdf>
- xii <http://foeeurope.org/hidden-cost-eu-trade-deals>
- xiii http://eu-secretdeals.info/upload/2014/03/S2B-Marc-Maes-CETA-Investment_Response-to-DG-Trade-claims-March-7-2014_v2.pdf; <http://www.s2bnetwork.org/isds-statement/>; see also the annex here: <http://corporateeurope.org/sites/default/files/trading-away-democracy.pdf>
- xiv <http://citizen.org/documents/EU-ISDS-liability.pdf>
- xv http://europa.eu/rapid/press-release_SPEECH-15-4624_en.htm
- xvi <http://www.tni.org/pressrelease/after-south-africa-indonesia-takes-brave-decision-terminate-its-bilateral-investment>
- xvii http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2410188

[xviii](#) The UN Human Rights Council is discussing a proposal for a Treaty on business and human rights. EU member states have voted against this proposal and are boycotting the negotiations.

[xix](http://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/ita0747.pdf) <http://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/ita0747.pdf>

[xx](#) Article 2.1: “The provisions of this section shall not affect the right of the Parties to regulate within their territories through measures **necessary** to achieve legitimate policy objectives, such as the protection of public health, safety, environment or public morals, social or consumer protection or promotion and protection of cultural diversity.” (emphasis added)

[xxi](http://eu-secretdeals.info/upload/2014/07/Van-Harten_Comments-id2466688.pdf) http://eu-secretdeals.info/upload/2014/07/Van-Harten_Comments-id2466688.pdf

[xxii](#) In his comments at “The Investor-State Dispute Settlement Mechanism: An Examination of Benefits and Costs,” CATO Institute, May 20, 2014, investment lawyer Todd Weiler said: “I love it, the new Canadian-EU treaty...we used to have to argue about all of those [foreign investor rights]...And now we have this great list. I just love it when they try to explain things.” Available at: <http://www.cato.org/events/investor-state-dispute-settlement-mechanism-examination-benefits-costs>.

[xxiii](https://www.iareporter.com/articles/in-nafta-dissent-donald-mcrae-sees-chilling-effect-and-remarkable-step-backwards-in-environmental-protection-due-to-majority-ruling/) <https://www.iareporter.com/articles/in-nafta-dissent-donald-mcrae-sees-chilling-effect-and-remarkable-step-backwards-in-environmental-protection-due-to-majority-ruling/>

[xxiv](http://www.italaw.com/documents/PMI-UruguayNoA.pdf) <http://www.italaw.com/documents/PMI-UruguayNoA.pdf>, p 27

[xxv](#) For example, Germany nominated Karl-Heinz Böckstiegel; France nominated Emmanuel Gaillard; the UK nominated Sir Franklin Berman; The Netherlands nominated Albert Jan Van Den Berg; Spain nominated Juan Fernández-Armesto, Prof. Bernardo M. Cremades and Dr. Andrés Rigo Sureda; Belgium nominated Bernard Hanotiau and Sweden nominated Kaj Hobér. On its part, the US has nominated William W. Park and Daniel M. Price.

[xxvi](http://trade.ec.europa.eu/doclib/docs/2015/march/tradoc_153258.pdf) http://trade.ec.europa.eu/doclib/docs/2015/march/tradoc_153258.pdf

[xxvii](#) IBA Guidelines on Conflicts of Interest in International Arbitration (2004) http://www.ibanet.org/Publications/publications_IBA_guides_and_free_materials.aspx#conflicts_ofinte

[xxviii](#) Daele, Karel (2011) Challenge and Disqualification of Arbitrators in International Arbitration, Kluwer.