

ПРЕДИЗВИЦИ ПРИ ПРИЗНАВАЊЕ И ИЗВРШУВАЊЕ НА ИНТРА- ЕУ АРБИТРАЖНИ ОДЛУКИ

Михаела МОСТРОВА

докторантка на NOVA School of Law, Лисабон

e-mail: mostrova@icloud.com

Апстракт

Во рамките на Европската Унија, признавањето и извршувањето на арбитражни одлуки донесени врз основа на интра-ЕУ инвестициски договори се предмет на значителни ограничувања. Државите членки сè почесто се повикуваат на правото на Унијата за да го оспорат признавањето и извршувањето на одлуките донесени во интра-ЕУ инвестициски спорови, особено по пресудата *Achmea*. Преку анализа на релевантна судска пракса, трудот ги разгледува практичните последици што ваквиот развој ги има врз признавањето и извршувањето на арбитражните одлуки донесени во рамките на интра-ЕУ инвестициските спорови. Воедно, трудот укажува и на разликите во пристапот кон извршувањето на арбитражните одлуки помеѓу судовите во рамките на ЕУ и судовите во трети држави. Трудот нема за цел да ја оценува оправданоста на ваквата практика. Наместо тоа, трудот придонесува кон пошироката дебата за тоа дали европските инвеститори кои инвестираат во ЕУ имаат можности за ефективни механизми за заштита во рамки на ЕУ.

Клучни зборови: *Инвестициска арбитража, интра-ЕУ инвестициски спорови; Договор за енергетска повелба; Признавање и извршување на арбитражни одлуки; право на ЕУ*

CHALLENGES IN THE RECOGNITION AND ENFORCEMENT OF INTRA-EU ARBITRAL AWARDS

Mihaela MOSTROVA

PhD Candidate at NOVA School of Law in Lisbon

e-mail: mostrova@icloud.com

Abstract

Within the European Union, the recognition and enforcement of arbitral awards rendered on the basis of intra-EU investment agreements are facing significant limitations. Member States increasingly rely on EU law in order to challenge the recognition and enforcement of awards rendered in intra-EU investment disputes, particularly following the judgment in *Achmea B.V. v. The Slovak Republic*. Through an analysis of relevant case law, this paper examines the practical consequences that this development has on the recognition and enforcement of arbitral awards rendered in intra-EU investment disputes. In doing so, the paper also highlights the differences in the approach to the enforcement of arbitral awards between courts within the European Union and courts in third States. The paper does not aim to assess the legitimacy of this practice. Instead, it contributes to the broader debate on whether European investors investing within the EU continue to have access to effective mechanisms of investment protection within the EU legal framework.

Keywords: *Investment Arbitration; Intra-EU Investment Disputes; Energy Charter Treaty; Recognition and Enforcement of Arbitral Awards; EU law*

1. Вовед

Во изминативе години инвестицискиот режим се соочува со значителни предизвици во делот на признавањето и извршувањето на арбитражните одлуки донесени врз основа на интра-ЕУ инвестициски договори. Странските инвеститори кои во конкретни случаи добиле арбитражна одлука во своја корист, се наоѓаат во ситуација во која во

рамките на Европската Унија формално располагаат со одлука, но нејзината практична реализација станува значително отежната, а во одредени случаи и невозможна. Како последица на тоа, инвеститорите, по неуспешните обиди за извршување во рамките на ЕУ или поттикнати од веќе воспоставената практика, сè почесто се обидуваат да обезбедат признавање и извршување на истите одлуки надвор од ЕУ, каде што во одредени случаи тие и успешно се признаваат и извршуваат.

Клучна пресвртница во овој контекст претставува пресудата на Судот на правдата на ЕУ во предметот *Achmea B.V. v. Slovak Republic* (Case C-284/16, 2018). Иако пресудата значи значајна промена во односот помеѓу правото на ЕУ и инвестициската арбитража, во литературата се укажува дека таа претставува логично продолжение на претходната пракса на Судот на правдата на ЕУ во однос на автономијата на правниот поредок на ЕУ (Eckes, 2019). Практично со *Achmea*, Судот утврди дека арбитражните клаузули содржани во интра-ЕУ билатералните договори се неспоииви со правото на ЕУ, бидејќи можат да ја нарушат автономијата на правниот поредок на Унијата (*Slowakische Republik v Achmea BV*, 2018, paras. 32–60).⁷⁴

Како последица на *Achmea*, државите членки се определија да ги прекинат меѓусебните билатерални инвестициски договори, имајќи ја предвид нивната неусогласеност со правото на ЕУ (Basedow, 2020). Воедно, државите членки се повикуваат на правото на ЕУ со цел да го оспорат признавањето и извршувањето на арбитражните одлуки донесени во интра-ЕУ инвестициски спорови, додека инвеститорите бараат признавање и извршување на овие одлуки пред судови надвор од ЕУ.⁷⁵ Причината за ваквиот пристап лежи во фактот што судовите во трети држави најчесто не ја применуваат логиката воспоставена со пресудите *Achmea* и *Komstroy*, туку прашањето на извршувањето го разгледуваат првенствено низ призмата на релевантните меѓународни конвенции. Поради тоа, можностите за одбивање на признавањето и извршувањето во ваквите постапки се значително поограничени, што на инвеститорите им овозможува поповолна позиција при обидот за реализација на одлуките.

Особено значајни во овој контекст се арбитражните спорови поврзани со обновливата енергија во Шпанија. По измените во шпанскиот режим на субвенции за обновлива енергија, голем број странски инвеститори поведоа арбитражни постапки против Шпанија врз основа на Договорот за енергетска повелба (Azaria, 2022). Значителен дел од овие

⁷⁴ Судот го темели својот заклучок врз членовите 267 и 344 TFEU, оценувајќи дека арбитражните трибунали основани врз основа на интра-ЕУ билатерални инвестициски договори не се дел од системот на судска соработка воспоставен со правото на ЕУ.

⁷⁵ Овие тенденции се разгледуваат во продолжение преку анализа на случаи

постапки завршија со арбитражни одлуки во корист на инвеститорите, но Шпанија и Европската комисија се спротивставија на нивното признавање и извршување повикувајќи се на правото на ЕУ и на пресудата *Achmea*.

Сепак, дел од овие арбитражни одлуки беа предмет на постапки за признавање и извршување и пред судови надвор од ЕУ,⁷⁶ особено во Соединетите Американски Држави, што дополнително го отвори прашањето за различниот пристап кон извршувањето на интра-ЕУ инвестициските арбитражни одлуки во рамките и надвор од правниот поредок на ЕУ.

Како последица на ваквиот развој и позицијата што ја зазедоа институциите на ЕУ, државите членки на ЕУ во 2020 година го потпишаа Договорот за престанок на интра-ЕУ билатералните инвестициски договори, со кој се согласија да ги укинат постојните интра-ЕУ билатерални инвестициски договори и да спречат поведување нови арбитражни постапки врз нивна основа (Agreement for the Termination of Bilateral Investment Treaties between the Member States of the European Union, 2020, 2-5).

Целта на овој труд е да анализира како судирот помеѓу правото на ЕУ и меѓународното инвестициско право влијае врз признавањето и извршувањето на арбитражните одлуки донесени врз основа на интра-ЕУ инвестициски договори.

Во продолжение трудот ќе се осврне на анализа на релевантните случаи кои го покажуваат влијанието на правото на ЕУ врз инвестицискиот арбитражен режим, почнувајќи од случајот *Achmea*, па сè до арбитражните спорови против Шпанија поврзани со реформите на режимот за поддршка на обновливите извори на енергија, поведени врз основа на Договорот за енергетска повелба, како и на ситуациите во кои истите арбитражни одлуки биле предмет на признавање и извршување надвор од ЕУ.

2. *Achmea* и нејзиното влијание врз интра-ЕУ арбитражата

2.1. Фактичка состојба и позадина на спорот

Предметот *Achmea B.V. v. Slovak Republic* се однесува на спор помеѓу холандската компанија *Achmea B.V.* и Словачка, поведен врз основа на билатерален инвестициски договор. Врз основа на арбитражната клаузула содржана во член 8 од Договорот, *Achmea* во 2008 година повела арбитражна постапка против Словачка во согласност со Арбитражните правила на UNCITRAL (*Achmea B.V. v. Slovak Republic*, 2018, paras. 3,7,9). Спорот се однесува на реформите во словачкиот систем за приватно

⁷⁶ Постапки за признавање и извршување покренати пред судови во САД, меѓу кои *9REN Holdings S.à r.l. v. Kingdom of Spain*, *NextEra Energy Global Holdings B.V. v. Kingdom of Spain* и *Blasket Renewable Investments LLC v. Kingdom of Spain*

здравствено осигурување, со кои Словачка вовела ограничувања во однос на распределбата на профитот остварен од приватните здравствени осигурителни компании (*Achmea B.V. v. Slovak Republic*, 2018, paras. 7-8). Achmea сметала дека ваквите мерки негативно влијаеле врз нејзината инвестиција (*Achmea B.V. v. Slovak Republic*, 2018, para. 9). Седиштето на арбитражата било определено во Франкфурт, Германија (*Achmea B.V. v. Slovak Republic*, 2018, para. 10).⁷⁷ Во текот на арбитражната постапка, Словачка истакнала приговор дека арбитражната клаузула содржана во Договорот е „неспоива со правото на ЕУ“, особено по пристапувањето на Словачка во ЕУ во 2004 година, но арбитражниот трибунал го одбил ваквиот приговор (*Achmea B.V. v. Slovak Republic*, 2018, para. 11). Последователно, трибуналот донел одлука во корист на Achmea и ѝ наложил на Словачка исплата на надомест на штета во износ од приближно 22,1 милиони евра (*Achmea B.V. v. Slovak Republic*, 2018, para.12).

По донесувањето на арбитражната одлука, Словачка повела постапка за нејзино поништување пред германските судови, со оглед на тоа што седиштето на арбитражата било во Германија. Сојузниот Врховен суд на Германија, одлучувајќи по жалбата во постапката за поништување, оценил дека прашањата се од „големо значење“, па затоа упатил претходни прашања до Судот на правдата на ЕУ согласно член 267 од Договорот за функционирање на ЕУ (*Achmea B.V. v. Slovak Republic*, 2018, para. 14).

Во рамките на оваа постапка пред Судот на правда на ЕУ, свое мислење дал генералниот адвокат Wathelet. Неговото мислење е особено интересно за анализата во овој труд бидејќи претставува еден од првите јасни примери во кои генералниот адвокат и Судот, поаѓајќи од истата фактичка основа дошле до различни заклучоци. Ваквото несогласување јасно покажува дека прашањата што ги отвора интра-ЕУ инвестициската арбитража не биле едноставни особено во периодот кога нејзиниот однос со системот на ЕУ сè уште не бил втемелен во практиката на Судот. Но дури и фактот што во овој случај Судот зазел јасен став, сепак истиот не бил прифатен и применет на ист начин од сите арбитражни трибунали и национални судови. Во секој случај, пресудата им обезбедила на државите членки правен аргумент за оспорување на надлежноста на арбитражните трибунали, како и за признавањето и извршувањето на арбитражните одлуки донесени врз основа на интра-ЕУ инвестициски договори.

⁷⁷ Изборот на седиште овозможил германските судови да бидат надлежни за евентуална постапка за поништување на арбитражната одлука.

2.2. Пресудата на Судот на правда на ЕУ

2.2.1. Мислење на Генералниот адвокат во *Achmea*

Во своето мислење во предметот *Achmea*, генералниот адвокат Wathelet ја структурирал анализата околу опфатот на член 344 ДФЕУ, природата на спорот и влијанието на билатералниот инвестициски договор врз автономијата на правниот поредок на ЕУ (Opinion of Advocate General Wathelet, 2017, para. 137).

Во однос на првото прашање, генералниот адвокат Wathelet заклучил дека член 344 ДФЕУ не е применлив бидејќи не станува збор за спор помеѓу држави членки на ЕУ, туку за спор помеѓу приватен инвеститор и држава членка. Дополнително, го отфрлил аргументот дека инвеститорот, поведувајќи арбитражна постапка врз основа на билатералниот инвестициски договор, всушност ги остварува правата на својата матична држава, нагласувајќи дека „билатералните инвестициски договори непосредно им признаваат права на инвеститорите“ (Opinion of Advocate General Wathelet, 2017, para. 156).

Во однос на второто прашање, генералниот адвокат Wathelet сметал дека спорот не потпаѓа под член 344 ДФЕУ (Opinion of Advocate General Wathelet, 2017, para 159). Во таа насока, тој истакнал дека, за разлика од предметите *Commission v. Ireland* и Opinion 2/13, „[...] ЕУ не е страна на билатералниот инвестициски договор, па поради тоа тој договор не претставува дел од правото на ЕУ“ (Opinion of Advocate General Wathelet, 2017, para. 167).

Во однос на третото прашање, генералниот адвокат оценил дека арбитражната клаузула содржана во член 8 од билатералниот инвестициски договор не претставува проблем и закана за автономијата на правниот поредок на ЕУ. Во конкретниот предмет, тој образложил дека контролата која германските судови ја имале и упатувањето претходни прашања до Судот на правдата покажуваат дека и во однос на ваквите арбитражни одлуки постои можност прашањата поврзани со правото на ЕУ да бидат предмет на претходно одлучување, како и на униформно толкување (Opinion of Advocate General Wathelet, 2017, paras. 237–256).

Врз основа на ваквото резонирање, генералниот адвокат зазел став во прилог на усогласеноста на механизмот за решавање спорови помеѓу инвеститор и држава и му предложил на Судот соодветно да одговори на поставените прашања (Opinion of Advocate General Wathelet, 2017, para. 273).

Меѓутоа, Судот на правдата не го следел пристапот на генералниот адвокат, туку зазел спротивен став и утврдил дека арбитражната клаузула

содржана во член 8 од билатералниот инвестициски договор е неспоива со членовите 267 и 344 ДФЕУ (*Achmea B.V. v. Slovak Republic*, 2018, para. 60).

2.2.2. Финалната пресуда *Achmea* на Судот на правдата на ЕУ

Во својата анализа Судот на правдата на ЕУ најпрво се осврнал на автономијата на правниот поредок на ЕУ и значењето на механизмот на претходни прашања согласно со член 267 ДФЕУ (*Achmea B.V. v. Slovak Republic*, 2018, paras. 32–37). Уште од почетната поставеност на анализата може да се забележи разликата помеѓу пристапот на генералниот адвокат и пристапот на Судот.

Судот се осврнал на контролата што националните судови можат да ја вршат врз арбитражните одлуки. Притоа, Судот резонирал дека иако во одредени случаи ваквата контрола постои во рамки на националното право, сепак истата не претставува доволна гаранција за зачувување на автономијата и униформната примена на правото на ЕУ (*Achmea B.V. v. Slovak Republic*, 2018, paras. 50–56).

Врз основа на ваквото резонирање, Судот заклучил дека членовите 267 и 344 ДФЕУ се спротивставуваат на вакви арбитражни клаузули во интра-ЕУ билатерални инвестициски договори (*Achmea B.V. v. Slovak Republic*, 2018, para. 60).

Несогласувањето помеѓу пристапот на генералниот адвокат и конечниот став на Судот е исклучително значаен пример за пошироката напнатост помеѓу интра-ЕУ билатералните инвестициски договори и правниот поредок на ЕУ. Додека генералниот адвокат сметал дека арбитражната клаузула може да функционира без да ја загрози автономијата на правото на ЕУ, Судот зазел порестриктивен пристап кон арбитражните клаузули, заснован на потребата од доследно зачувување на автономијата и униформната примена на правото на Унијата. Пристапот ја одразува недовербата на Судот кон можноста арбитражните клаузули да обезбедат доволно гаранции дека прашањата од правото на ЕУ ќе останат под ефективна контрола на судскиот систем на Унијата.

3. Vattenfall v. Germany

Пресудата *Achmea* претставува пресвртна точка во односот помеѓу правото на ЕУ и инвестициската арбитража. Сепак, за целосно согледување на нејзиното значење потребно е да се анализира и пристапот на арбитражните трибунали во постапките водени во рамките на ICSID. Ваквата анализа е особено значајна бидејќи станува збор за поинаква институционална рамка, преку која би се овозможил увид во различните пристапи кон односот помеѓу правото на ЕУ и инвестициската арбитража.

Во таа насока, особено значаен е предметот *Vattenfall AB and others v. Federal Republic of Germany*, во кој трибуналот, по донесување на пресудата *Achmea*, одлучувал за нејзиното влијание врз својата сопствена надлежност. Одлуката покажува дека логиката од *Achmea* не била автоматски пренесена врз интра-ЕУ инвестициската арбитража поведена врз основа на Договорот за енергетска повелба (*Vattenfall AB and others v. Federal Republic of Germany*, ICSID Case No. ARB/12/12, 2018, paras. 230-232).

Имајќи го предвид истражувачкото прашање и предметот на трудот, анализата не навлегува подетално во материјалноправните аспекти на спорот и во сите претходни процесни дејствија. Таа се насочува кон приговорот поднесен по пресудата *Achmea* и одлуката за надлежност на трибуналот.

3.1. Позадина на спорот

Арбитражната постапка била поведена од Vattenfall AB и други инвеститори против Сојузна Република Германија пред Меѓународниот центар за решавање на инвестициони спорови (ICSID), врз основа на Договорот за енергетска повелба. (Recommendation on Disqualification Proposal, 2019, paras. 1–2).

Предметот произлегол од одлуката на Германија постепено да ја прекине употребата на нуклеарна енергија. Оваа одлука на Германија всушност била и причината поради која тужителите ја почнале постапката, тврдејќи дека преземените мерки не се во согласност со обврските на Германија според Договорот (Decision on the Achmea Issue, 2018, paras. 5–8).

Сите страни во предметот биле поврзани со ЕУ, поради што предметот претставувал интра-ЕУ спор. Неговата правна сложеност произлегувала и од тоа што постапката била поведена врз основа на мултилатералниот Договор за енергетска повелба, а не врз основа на класичен интра-ЕУ билатерален инвестициски договор (Decision on the Achmea Issue, 2018, para. 6-8).

По донесувањето на пресудата *Achmea*, Германија поднела посебен приговор за надлежноста на трибуналот барајќи „сите барања во постапката да бидат отфрлени, тврдејќи дека трибуналот нема надлежност во светло на пресудата *Achmea*“ (Decision on the Achmea Issue, 2018, para. 1).

3.2. Приговорот на Германија

Германија тврдела дека случајот *Achmea* и пристапот заземен при истиот од страна на арбитражниот трибунал е релевантен и за мултилатералните договори, вклучувајќи го во конкретниот случај Договорот за енергетска повелба. (Decision on the Achmea Issue, 2018, paras. 49–50).

Во аргументацијата на Германија, клучно било тоа што арбитражните трибунали во спорови поведени врз основа на Договорот можат да бидат повикани да толкуваат или применуваат право на ЕУ, а истовремено не се дел од судскиот систем на Унијата и не можат да поставуваат претходни прашања до Судот на правдата согласно со член 267 ДФЕУ. Поради тоа, Германија сметала дека и во овие постапки постојат истите ризици што Судот ги идентификувал во *Achmea* (Decision on the Achmea Issue, 2018, paras. 51–53).

3.3. Резонирањето на ICSID трибуналот

Трибуналот ја засновал оцената за својата надлежност врз член 26 од Договорот за енергетска повелба и член 25 од Конвенцијата ICSID, толкувани согласно правилата на меѓународното право. Тој не прифатил дека правото на ЕУ и пресудата *Achmea* овозможуваат ограничување на опфатот на член 26. Ваквиот заклучок го поврзал со значењето на поимот „Contracting Party“ и со отсуството на изречна клаузула со која примената на Договорот би била исклучена во односите помеѓу државите членки (Decision on the Achmea Issue, 2018, paras. 166-172, 215-229).

Овој пристап може да се оцени како оправдан од гледна точка на меѓународното договорно право, бидејќи Трибуналот одбил за членот 26 да внесе ограничување што не произлегува од неговиот текст. Истовремено, таквото резонирање покажало дека исходот не зависи само од толкувањето на Договорот за енергетска повелба, туку и од посебните карактеристики на ICSID-режимот.

3.4. Посебното значење на ICSID режимот

Посебното значење на *Vattenfall* произлегува од фактот што постапката се водела согласно ICSID-Конвенцијата. Ова е значајно затоа што ICSID системот има сопствен режим за признавање и извршување на арбитражните одлуки, различен од режимот на Њујоршката конвенција (Schreuer et al., 2009). Согласно со член 54 (1) од Конвенцијата, државите договорнички ја признаваат одлуката како обврзувачка, додека нејзините парични обврски ги извршуваат на ист начин како оние утврдени со конечните пресуди на домашните судови. Во постапката за признавање и извршување, националните судови немаат овластување повторно да ја преиспитуваат надлежноста на трибуналот или основаноста на одлуката. Правните средства против одлуката се уредени со самата Конвенција, која во член 52 ја предвидува и постапката за поништување.

Сепак, ваквата автономност не значи дека секоја одлука може непречено да биде извршена. Согласно со член 54 (3) од Конвенцијата, начинот на спроведување на извршувањето зависи од правилата што важат во државата во која тоа се бара (ICSID Convention, 54(3))

Во самиот предмет *Vattenfall*, постапката се водеа согласно ICSID Конвенцијата (Decision on the Achmea Issue, 2018, para. 7). Трибуналот направил јасно разграничување помеѓу својата надлежност и идната извршливост на одлуката. Според неговото резонирање, евентуалните пречки при извршувањето не го менувале заклучокот за постоење на надлежноста врз основа на Договорот за енергетска повелба (Decision on the Achmea Issue, 2018, para. 230).

Овој дел е особено важен за темата на признавање и извршување, затоа што покажува дека арбитражниот трибунал во *Vattenfall* не го решавал прашањето дали идна арбитражна одлука ќе биде признаена или извршена во рамките на ЕУ. Напротив, трибуналот го ограничил своето резонирање на прашањето дали пресудата *Achmea* влијае врз неговата надлежност. Притоа, надвор од неговиот опфат останало прашањето дали евентуално барање за извршување би било согласно со правилата. (Decision on the Achmea Issue, 2018, para. 231).

На крајот, трибуналот го одбил барањето на Германија која настојувала постапката да заврши поради правните последици од пресудата *Achmea* (Decision on the Achmea Issue, 2018, para. 232(ii)–(iv)).

3.5. Значење на *Vattenfall* и подоцнежниот развој на судската практика во *Komstroy*

Предметот *Vattenfall* е особено значаен за овој труд, бидејќи покажува дека, непосредно по *Achmea*, не постоел единствен пристап кон примената на *Achmea* логиката врз арбитражите поведени врз основа на Договорот за енергетска повелба. Од една страна, Судот на правдата во *Achmea* утврдил дека арбитражните клаузули како во спорот се неспоивни со правото на ЕУ, затоа што можат да го нарушат системот на претходно одлучување и автономијата на правото на Унијата (*Achmea*, paras. 58–60). Од друга страна, ICSID трибуналот во *Vattenfall* одбил да го прошири тој заклучок врз арбитража поведена според Договорот за енергетска повелба и оценил дека неговата надлежност произлегува од Договорот, толкуван според меѓународното право (*Vattenfall*, paras. 166–168, 230–232). Меѓутоа, ваквиот пристап на трибуналот во *Vattenfall* подоцна беше доведен во прашање со пресудата *Komstroy*. Во *Komstroy*, Судот на правдата веќе директно се произнесе за член 26 од Договорот за енергетска повелба во интра-ЕУ контекст и утврди дека „оваа одредба не може да се применува на спорови помеѓу држава членка и инвеститор од друга држава членка [...]“ (Judgment of the Court (Grand Chamber), 2021, *République de Moldavie v Komstroy LLC*, para. 66).

Така, *Vattenfall* може да се постави како преоден случај помеѓу *Achmea* и *Komstroy*. Овој развој е значаен за трудот бидејќи ја објаснува ситуацијата во која арбитражните трибунали можат да ја задржат

надлежноста, но судовите во рамките на ЕУ подоцна можат да го третираат истото прашање поинаку.

4. Republic of Moldova v. Komstroy

4.1. Фактичка состојба и позадина на спорот

Пресудата на Судот на правдата на ЕУ во предметот *Republic of Moldova v. Komstroy* е значајна за понатамошниот развој на судската практика поврзана со интра-ЕУ инвестициската арбитража. Уште по донесување на пресудата *Achmea*, во литературата беше поставено прашањето дали истото правно резонирање на Судот на правдата ќе се примени и во однос на член 26 од Договорот за енергетска повелба, со оглед на тоа што ова прашање не беше директно разгледано во *Achmea* (Lacson, 2019). Иако конкретниот спор формално не се однесувал на спор помеѓу инвеститор од една држава членка и друга држава членка на ЕУ, Судот ја искористил можноста да се произнесе за применливоста на член 26 од Договорот за енергетска повелба во интра-ЕУ контекст (*Republic of Moldova v. Komstroy*, 2021, paras. 40-42).

Случајот произлегол од спор помеѓу Република Молдавија и Komstroy LLC, правен следбеник на компанијата Energoalians, во врска со арбитражна постапка поведена врз основа на член 26 од Договорот за енергетска повелба. Спорот бил поврзан со договори за продажба и препродажба на електрична енергија склучени помеѓу повеќе компании (*Republic of Moldova v. Komstroy*, 2021, paras. 8-11).

Откако дел од обврските за плаќање не биле исполнети, Energoalians повела ad hoc арбитражна постапка против Република Молдавија согласно член 26(4)(b) од Договорот за енергетска повелба. Арбитражниот трибунал со седиште во Париз во 2013 година утврдил дека има надлежност и донел одлука во корист на инвеститорот (*Republic of Moldova v. Komstroy*, 2021, paras. 12–13).

Република Молдавија потоа повела постапка за поништување на арбитражната одлука пред француските судови, тврдејќи дека конкретното побарување не претставува „инвестиција“ во смисла на Договорот за енергетска повелба и дека арбитражниот трибунал неправилно се прогласил за надлежен (*Republic of Moldova v. Komstroy*, 2021, paras. 14–15). Апелациониот суд најпрво ја поништил арбитражната одлука, но неговата пресуда била укината и бил вратен на повторно одлучување (*Republic of Moldova v. Komstroy*, 2021, paras. 16-18). Во текот на постапката, Апелациониот суд во Париз (Cour d'appel de Paris) поставил претходни прашања до Судот на правдата на ЕУ кои се однесувале на толкувањето на член 1(6) и член 26(1) од Договорот за енергетска повелба, особено во однос

на поимот „инвестиција“ (*Republic of Moldova v. Komstroy*, 2021, paras. 19–20). Во таа насока, она што претходело на пресудата на Судот на правда, било мислењето на генералниот адвокат.

4.2. Мислење на генералниот адвокат во *Komstroy*

Во своето мислење во предметот *Komstroy*, генералниот адвокат Szpunar тргнал од прашањето дали логиката воспоставена во пресудата *Achmea* треба да се примени и на арбитражните постапки поведени врз основа на член 26 од Договорот за енергетска повелба. Во таа насока, најнапред оценил дека Судот на правда има надлежност да ги толкува одредбите од Договорот. Причината како што наведува тој е фактот дека иако конкретниот спор бил поведен помеѓу Република Молдавија и украинска компанија, сепак ЕУ е договорна страна на Договорот за енергетска повелба (*Opinion of Advocate General Szpunar*, 2021, paras. 28-45).

Според генералниот адвокат, околностите во случајот создаваат ист ризик за автономијата на правниот поредок на ЕУ како и оние што Судот ги идентификувал во *Achmea*. Дополнително, генералниот адвокат оценил дека учеството на ЕУ како договорна страна не води кон поинаков заклучок. Врз основа на ваквото резонирање, генералниот адвокат предложил Судот да утврди дека член 26 од Договорот за енергетска повелба не е применлив на спорови помеѓу инвеститор од една држава членка и друга држава членка, бидејќи таквата арбитража е неспоива со автономијата на правниот поредок на ЕУ (*Opinion of Advocate General Szpunar*, 2021, paras. 81-83).

4.3. Резонирање на Судот

Во своето образложение, Судот се осврнал на сопствената надлежност да го толкува Договорот за енергетска повелба (*Republic of Moldova v. Komstroy*, 2021, paras. 23, 27).

Понатаму, Судот ја повторил логиката воспоставена во пресудата *Achmea*, поврзувајќи го зачувувањето на автономијата на правото на ЕУ со судскиот систем на Унијата и механизмот на претходно одлучување согласно член 267 ДФЕУ (*Republic of Moldova v. Komstroy*, 2021, paras. 42–46).

Во таа насока, Судот утврдил дека арбитражниот трибунал, предвиден во член 26 од Договорот, не потпаѓа под член 267 ДФЕУ и поради тоа не може да поставува претходни прашања до Судот на правдата на ЕУ (*Republic of Moldova v. Komstroy*, 2021, paras. 48-53).

Врз основа на ваквото резонирање, Судот заклучил дека член 26(2)(с) од Договорот за енергетска повелба не е соодветно да се применува во конкретниот случај (*Republic of Moldova v. Komstroy*, 2021, paras. 64-66). Со тоа, Судот практично ја проширил логиката воспоставена во *Achmea* и врз арбитражните постапки поведени врз основа на Договорот за енергетска повелба.

5. Шпанските спорови за обновлива енергија

Шпанските спорови поврзани со обновливата енергија претставуваат еден од најзначајните примери за практичните последици од судирот помеѓу правото на ЕУ и меѓународното инвестициско право. Во согласност со тогашната политика на ЕУ, Шпанија во 2005 година усвоила национален план за развој на обновлива енергија кој предвидувал поттикнување на инвестиции во овој сектор (Behn & Fauchald, 2015). Сепак, подоцнежните измени на претходно воспоставениот регулаторен режим, особено намалувањето на финансиските поттикнувања за инвеститорите довеле до појава на бројни инвестициски спорови (Otero, 2016). Во таа насока, повеќе странски инвеститори поведоа арбитражни постапки против Шпанија врз основа на член 26 од Договорот за енергетска повелба, тврдејќи дека Шпанија ги повредила обврските за заштита на инвестициите предвидени со овој договор, конкретно во однос на заштита на нивните легитимни очекувања (Azaria, 2020; Zannoni, 2020).⁷⁸

Особено значаен пример во европски контекст е предметот *Foresight Luxembourg Solar 1 S.à.r.l. and others v. Kingdom of Spain*. Во овој случај, инвеститорите повеле арбитражна постапка против Шпанија врз основа на Договорот за енергетска повелба, а арбитражниот трибунал донел одлука во корист на инвеститорите. Меѓутоа, Шпанија потоа повела постапка за поништување пред Апелациониот суд во Шведска (Svea Court of Appeal). Шпанскиот аргумент бил дека член 26 од Договорот за енергетска повелба не обезбедува основа за арбитража во конкретниот случај бидејќи таквата арбитража е неспоива со правото на ЕУ. Апелациониот суд ја поништил арбитражната одлука поради непостоење валиден договор (Svea Court of Appeal, *Foresight Luxembourg Solar 1 S.à.r.l. and others v. Kingdom of Spain*, Judgment, 2024).

Наспроти ваквиот пристап во рамките на ЕУ, постапките за признавање и извршување пред судовите во Соединетите Американски Држави покажуваат поинаков развој. Во предметите *NextEra Energy Global Holdings B.V. v. Kingdom of Spain*, *9REN Holding S.à.r.l. v. Kingdom of Spain* и *Blasket Renewable Investments LLC v. Kingdom of Spain*, инвеститорите побарале признавање и извршување на арбитражни одлуки донесени против Шпанија. Овие постапки се воделе пред американските судови во контекст

⁷⁸ Energy Charter Treaty, Article 26; *Foresight Luxembourg Solar 1 S.à.r.l. and others v. Kingdom of Spain*, SCC Case No. 2015/150; *NextEra Energy Global Holdings B.V. and NextEra Energy Spain Holdings B.V. v. Kingdom of Spain*, ICSID Case No. ARB/14/11; *9REN Holding S.à.r.l. v. Kingdom of Spain*, ICSID Case No. ARB/15/15; *Blasket Renewable Investments LLC v. Kingdom of Spain*, D.C. Cir., 16 August 2024.

на FSIA (Foreign Sovereign Immunities Act), особено преку „arbitration exception”.

Во *NextEra u 9REN*, Окружниот суд на САД (U.S District Court) засновал надлежност врз основа на исклучокот предвиден во FSIA. Судот оценил дека аргументите на Шпанија не претставуваат пречка за воспоставувањето на надлежноста, туку се однесувале на тоа дали конкретниот спор може да биде опфатен со арбитража (*NextEra Energy Global Holdings B.V. v. Kingdom of Spain*, 2023; *9REN Holding S.à.r.l. v. Kingdom of Spain*, 2023).

Ваквото разграничување покажува поинаков пристап од оној присутен во европската практика, бидејќи постоењето на арбитражната клаузула е доволен основ за воспоставување на надлежност, додека суштината на предметот се остава за понатамошно разгледување.

Во *Blasket*, првостепениот суд зазел поинаков пристап и го третира прашањето за валидноста на арбитражниот договор како прашање за надлежност. Поради тоа, судот заклучил дека доколку според правото на ЕУ не постои валидна согласност на Шпанија за интра-ЕУ арбитража, тогаш не постои ниту основ за воспоставување надлежност врз основа на исклучокот предвиден во FSIA. Ова довело до различен резултат во споредба со *NextEra* и *9REN* (*Blasket Renewable Investments LLC v. Kingdom of Spain*, 2023).

Меѓутоа, Апелациониот суд на Округот Колумбија (D.C. Circuit) во 2024 година ги разгледал жалбите во *NextEra*, *9REN* и *Blasket* во едно мислење и зазел поунифициран пристап кон прашањето за надлежност. Апелациониот суд утврдил дека американските судови имаат надлежност, врз основа на FSIA, да постапуваат по барањата против Шпанија. Судот оценил дека постоењето на арбитражна клаузула во Договорот за енергетска повелба е доволна за целите на утврдување на надлежноста, додека аргументите на Шпанија засновани на правото на ЕУ се однесуваат на „опфатот [...], а не на неговото постоење“ (*NextEra Energy Global Holdings B.V. v. Kingdom of Spain*, 2024; *9REN Holding S.à.r.l. v. Kingdom of Spain*, 2024; *Blasket Renewable Investments LLC v. Kingdom of Spain*, 2024).

Овие случаи покажуваат дека шпанските спорови за обновлива енергија не се значајни само поради бројот на арбитражни одлуки донесени против Шпанија, туку и поради различниот начин на кој судовите пристапуваат кон нивното признавање и извршување. Во рамките на ЕУ, судовите сè почесто ја применуваат логиката на *Achmea* и *Komstroy* за да ја ограничат примената на интра-ЕУ инвестициската арбитража. Наспроти тоа, американските судови прашањето го разгледуваат првенствено преку правилата од FSIA, и меѓународните обврски за признавање и извршување на арбитражни одлуки. Ова создава ситуација во која истата категорија арбитражни одлуки може да биде третирана различно во зависност од јурисдикцијата во која се бара нивно признавање и извршување.

Заклучок

Анализата на арбитражната и судската практика, разгледана во овој труд, покажува дека судирот помеѓу правото на ЕУ и меѓународното инвестициско право има директно влијание врз признавањето и извршувањето на арбитражните одлуки донесени во интра-ЕУ инвестициски спорови. Ова особено се согледува преку анализата на предметите *Achmea*, *Vattenfall*, *Komstroy*, *Foresight*, *NextEra*, *9REN* и *Blasket*, кои покажуваат дека истите правни прашања можат да добијат различен третман во зависност од тоа дали за нив одлучува арбитражен трибунал, национален суд во рамките на ЕУ, Судот на правдата на ЕУ или суд во трета држава.

Оттука, трудот покажува дека последиците од пресудите *Achmea* и *Komstroy* не се ограничуваат само на надлежноста на арбитражните трибунали, туку се пренесуваат и во фазата на признавање и извршување на арбитражните одлуки. Ова создава состојба во која истата категорија арбитражни одлуки може да биде третирана различно во зависност од јурисдикцијата во која се бара нивното признавање и извршување.

Трудот не настојува да оцени дали ваквиот развој е оправдан, туку да покаже како тој влијае врз функционирањето на инвестициската арбитража во рамките на ЕУ. Сепак, анализираната практика укажува дека е потребно да се прави јасна разлика помеѓу арбитражните одлуки донесени во рамките на ICSID системот и оние донесени според други арбитражни правила. Имено, за разлика од арбитражите надвор од ICSID системот, ICSID Конвенцијата воспоставува самостоен и затворен механизам за контрола на арбитражните одлуки, при што нивната законитост се преиспитува исклучиво преку механизмите предвидени во самата Конвенција. Во таа смисла, дополнителното преиспитување на надлежноста на арбитражниот трибунал или на валидноста на арбитражниот договор од страна на националните судови во фазата на признавање и извршување не би било во согласност со системот воспоставен со ICSID Конвенцијата и со обврските што произлегуваат од неа.

Од друга страна, анализираната практика во однос на арбитражите, водени по други арбитражни правила (а не на ICSID), покажува дека судската практика на Судот на правдата на ЕУ и националните судови сè повеќе се насочува во насока на исклучување на интра-ЕУ инвестициската арбитража како механизам за решавање на споровите врз основа на интра-ЕУ билатералните инвестициски договори, како и врз основа на член 26 од Договорот за енергетска повелба.

Во такви околности, не е исклучено инвеститорите сè почесто да ги структурираат своите инвестиции на начин што ќе овозможи евентуалните

спорови да се решаваат во рамките на ICSID-системот, како и почесто да бараат признавање и извршување на арбитражните одлуки пред судови надвор од ЕУ.

Оттука, анализираната практика не нуди конечен одговор на прашањето како ќе изгледа заштитата на инвестициите во рамките на ЕУ во иднина, но јасно покажува дека правната рамка во која се развиваа интра-ЕУ инвестициските спорови е и сè повеќе ќе биде суштински изменета во иднина.

Библиографија:

- 9REN Holding S.a.r.l v. Kingdom of Spain (ICSID Case No. ARB/15/15). <https://www.italaw.com/cases/7374>
- Achmea B.V. v. The Slovak Republic (Formerly Eureko B.V. v. Slovak Republic) (UNCITRAL, PCA Case No. 2008-13).
- Agreement for the Termination of Bilateral Investment Treaties between the Member States of the European Union.* (2020).
- Azaria, D. (2022). The Renewable Energy Arbitrations under the Energy Charter Treaty in Fabri, H. R., & Stoppioni, E. (Eds.). (2022). *International Investment Law: An Analysis of the Major Decisions*. Hart Publishing. <https://doi.org/10.5040/9781509929078>
- Basedow, J. R. (2020). The Achmea Judgment and the Applicability of the Energy Charter Treaty in Intra-EU Investment Arbitration. *Journal of International Economic Law*, 23(1), 271–292. <https://doi.org/10.1093/jiel/jgz025>
- BayWa r.e. Renewable Energy GmbH and BayWa r.e. Asset Holding GmbH v. Spain (ICSID Case No. ARB/15/16).
- Behn, D., & Fauchald, O. K. (2015). *Governments under Cross-fire? Renewable Energy and International Economic Tribunals*.
- Convention on the Settlement of Investment Disputes between States and Nationals of Other States.* (1965). International Centre for Settlement of Investment Disputes (ICSID). <https://icsid.worldbank.org/resources/rules-and-regulations/convention/overview>
- Eckes, C. (2019). Some Reflections on Achmea's Broader Consequences for Investment Arbitration. *European Papers - A Journal on Law and Integration*, 4(1), 79-97. <https://doi.org/10.15166/2499-8249/286>

- Energy Charter Treaty*. (1994). <https://www.energycharter.org/process/energy-charter-treaty-1994/energy-charter-treaty/>
- European Union. (2012a). *Consolidated version of the Treaty on European Union*. <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=CELEX:12012M/TXT>
- European Union. (2012b). *Consolidated version of the Treaty on the Functioning of the European Union*. <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=CELEX:12012E/TXT>
- Foresight Luxembourg Solar 1 S.à.r.l. and Others v. Kingdom of Spain, SCC Case No. 2015/150 (Svea Court of Appeal June 28, 2024). <https://www.italaw.com/cases/7001>
- Lacson, A. (2019). *WHAT HAPPENS NOW? THE FUTURE OF INTRA- E.U. INVESTOR-STATE DISPUTE SETTLEMENT UNDER THE ENERGY CHARTER TREATY*. 51.
- NextEra Energy Global Holdings B.V. and NextEra Energy Spain Holdings B.V. v. Kingdom of Spain, ICSID Case No. ARB/14/11 (International Centre for Settlement of Investment Disputes (ICSID) May 31, 2019). <https://www.italaw.com/cases/2585>
- Opinion of Advocate General Szpunar in Republic of Moldova v. Komstroy LLC, C-741/19 (Court of Justice of the European Union March 3, 2021). <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/ALL/?uri=CELEX:62019CJ0741>
- Opinion of Advocate General Wathelet in Slowakische Republik v. Achmea BV, Case C-284/16 (Court of Justice of the European Union September 19, 2017). <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=celex:62016CC0284>
- Otero García-Castrillón, C. (2016). *Spain and Investment Arbitration: The Renewable Energy Explosion* (Paper NO.17). Centre for International Governance Innovation.
- Republic of Moldova v. Komstroy LLC, Case C-741/19 (Court of Justice of the European Union (Grand Chamber) September 2, 2021). https://infocuria.curia.europa.eu/tabs/affair?sort=AFF_NUM-DESC&searchTerm=%22C-741%2F19%22&publishedId=C-741%2F19
- Schreuer, C. H., Malintoppi, L., Reinisch, A., & Sinclair, A. (2009). *The ICSID Convention A Commentary* (2nd ed.). Cambridge University Press. <https://doi.org/10.1017/CBO9780511596896>
- Slowakische Republik v Achmea BV, C-284/16 (Court of Justice of the European Union March 6, 2018).
- Vattenfall AB and Others v. Federal Republic of Germany, ICSID Case No. ARB/12/12 (International Centre for Settlement of Investment Disputes (ICSID) August 31, 2018). <https://www.italaw.com/cases/1654>

Zannoni, D. (2020). The legitimate expectation of regulatory stability under the Energy Charter Treaty. *Leiden Journal of International Law*, 33(2), 451–466. <https://doi.org/10.1017/S0922156520000047>