

ЗАОБИКАЛЯНЕ НА ЗАКОНА В МЕЖДУНАРОДНИЯ ИНВЕСТИЦИОНЕН АРБИ-
ТРАЖ – ВЪПРОС НА КОМПЕТЕНТНОСТ НА АРБИТРАЖА
ИЛИ ДОПУСТИМОСТ НА ИСКА Е?

Стелияна Златева

TREATY SHOPPING IN INTERNATIONAL INVESTMENT ARBITRATION:
A MATTER OF JURISDICTION OR AN ADMISSIBILITY ISSUE?

Steliyana Zlateva

Abstract: *The subject of this article is treaty shopping in international investment law. The paper outlines the concept of whether treaty shopping in international investment law is a matter of jurisdiction or an admissibility issue.*

Keywords: *International Investment Agreement; investment; investor; international investment law; treaty shopping; jurisdiction; admissibility.*

1. Увод

Целта на тази статия е да разгледа института заобикаляне на закона в международното инвестиционно право като юрисдикционен въпрос въз основа международната правна доктрина и арбитражната практика по инвестиционни спорове. Разработката не претендира за изчерпателност и се фокусира върху планирането на националността на инвеститора *юридическо лице* за легитимация по инвестиционен иск като форма на заобикаляне на закона. При изследването ѝ от първостепенно значение е липсата на общоприета дефиниция за въпросния институт в системата на уреждане на спорове между инвеститори и държави

(УСИД) и изцяло в международното инвестиционно право¹. За получаване на най-благоприятния режим на защита на инвестициите от широкия кръг на действащи двустранни/многостранни инвестиционни споразумения все по-голям брой инвеститори прибегват до структуриране/преструктуриране/преобразуване на своя бизнес или инвестиция в чуждестранна юрисдикция, която има по-благоприятни ДИД разпоредби и способи за уреждане на спорове. Този вид практика в доктрината се среща под различни наименования като “планиране на приложимия договор”², “планиране на националност”, “корпоративно планира-

¹ Baumgartner, J. *Treaty Shopping in International Investment Law*. Oxford: Oxford University Press, 2017, p. 1.

² Dolzer, R., and Ch. Schreuer. *Principles of International Investment Law* (2nd edition). Oxford: Oxford University Press, 2012, p. 52; Addison-Agyei, S. *Nationality Planning und Treaty Shopping im Internationalen Investitionsrecht*. Frankfurt am Main: Peter Lang, 2012.

не³ или „злоупотреба с право“⁴/ злоупотреба с процесуални права“⁵.

Според първия по рода си доклад за имперично изследване на корпоративното реструктуриране и договорна инвестиционна защита от 2020г.⁶ последователността на арбитражните решения по отношение на различното тълкуване на компетентността на арбитража и допустимостта на исковете е от съществено значение за държавата ответник по международни инвестиционни спорове. Съгласно доклада:

✓ **Повечето арбитражни състави установяват, че имат юрисдикция, въпреки възразенията на държавите-ответници за нелегитимно реструктуриране на ищеца инвеститор.** Преобладаващо арбитражните състави разглеждат валидността на корпоративното реструктуриране като част от проверката на тяхната компетентност. Възразенията на държавите-ответници се основават на традиционни юрисдикционни елементи, като дефиницията за „инвеститор“ или „инвестиция“, за оспорване легитимността на реструктурирането на ищите инвеститори.

✓ **Моментът на реструктурирането е от ключово значение за решението за легитимността на реструктурирането.**

Арбитражните състави разграничават първоначалното структуриране на инвестициите и последващото реструктуриране. Обръщат особено внимание дали реструктурирането е извършено *преди или след* възникването на спора и дали такъв спор е бил предвидим за инвеститора по време на реструктурирането. Ако искът е предявен от първоначалния инвеститор, арбитражните състави са склонни да се придържат стриктно към формулировка на инвестиционния договор. В противен случай, арбитражните състави прилагат допълнителни критерии, напр. *теста на Салини*⁷ за критерии за инвестиция.

✓ **Предметният обхват на инвестиционния договор е водещ за при преценката относно легитимността на реструктурирането на инвестицията**

Арбитражните състави постановяват голяма част от арбитражните решения с оглед двустранни или многостранни инвестиционни договори като почти 2/3 са съгласно арбитражните правила на Вашингтонската

³ Voon, T., et al. “Legal Responses to Corporate Manoeuvring in International Investment Arbitration.” // *Journal of International Dispute Settlement*, vol. 5, no. 1, 2014, p. 41.

⁴ Borman, Y. R. “Treaty Shopping Through Corporate Restructuring of Investments: Legitimate Corporate Planning or Abuse of Rights?” – In: Lavranos, N., and R. A. Kok (eds.). *Hague Yearbook of International Law / Annuaire de La Haye de Droit International*. Leiden: Martinus Nijhoff Publishers, 2011, vol. 24, pp. 368–371.

⁵ Gaillard, E. “Abuse of Process in International Arbitration.” // *ICSID Review*, vol. 32, no. 1, 2017, p. 18: Доктрината злоупотреба с право е особено сложна в контекста на заобикаляне на закона, тъй като предполага поведение, което на пръв поглед не е незаконно (не нарушава нито едно установено процедурно правило). Инвеститорите все повече възприемат креативни стратегии при възникване на спорове и идентифицирането на истинските случаи на злоупотреба с процеса представлява значително предизвикателство за арбитражите; Вж също: Kolb, R. “General Principles of Procedural Law.” – In: Zimmermann, A., et al. (eds.). *The Statute of the International Court of Justice: A Commentary*. Oxford: Oxford University Press, 2006. 831, para. 65. Проблемът за злоупотребата с процесуални права е свързан с приложението на принципа за злоупотреба с права и се „изразява в упражняване на процесуални права от една или повече страни за цели, различни от тези за които процесуалните права са установени“. Тези принципи са признати и от Международния съд по делата: Fisheries Case (United Kingdom v. Norway) [1951] ICJ 3; Case of Certain Norwegian Loans (France v. Norway) [1957] ICJ Rep. 9; Nottebohm Case (Liechtenstein v. Guatemala) [1955] ICJ 1; 12 Gabčíkovo-Nagymaros Project (Hungary v. Slovakia) [1997] ICJ Rep. 7; Вж също De Brabandere, E. “Good Faith, Abuse of Process and the Initiation of Investment Treaty Claims.” // *Journal of International Dispute Settlement*, vol. 3, no. 3, 2012, pp. 609–636.

⁶ Poulton, E., et al. *Corporate Restructuring and Investment Treaty Protections*. London: BIICL/Baker McKenzie, 2020, <https://www.bakermckenzie.com/-/media/files/insight/publications/2020/03/biicl--bakermckenzie--corporate-restructuring-and-investment-treaty-protections--2020.pdf?la=en>.

⁷ Salini Costruttori S.p.A. v. Morocco, ICSID Case No. ARB/00/4; Salini Costruttori S.p.A. and Italstrade S.p.A. v. Kingdom of Morocco [I], ICSID Case No. ARB/00/4, <https://www.italaw.com/cases/958>.

конвенция. В този смисъл, международното право или международното и вътрешното законодателство уреждат въпросите за пресструктурирането. Преобладаващо исковите се предявяват въз основа на инвестиционен договор с широко формулирани разпоредби и в 83,5% от изследваните арбитражни решения ищците успяват да преодолеят възражения срещу пресструктурирането.

✓ **Инвеститори с действителна стопанска дейност в приемащата инвестицията държава и основателна причина за пресструктурирането имат по-голям успех за уважаване на иска**

При установяване на действителна стопанска дейност на инвеститора в държавата ответник, инвеститорите успяват да преодолеят възраженията за липса на юрисдикция в почти всички изследвани арбитражни решения. И обратно, при липса на действителна стопанска дейност в приемащата инвестицията държава, арбитражните състави почти винаги потвърждават възраженията на държавата-ответник (92,5 %).

2. Изложение

Въпреки че заобикалянето на закона в международното инвестиционно право и арбитраж не е незаконно⁸, то си има своите юрисдикционни предели.

Упражняването на иск при заобикаляне на закона се установява в рамките на инвестиционния арбитражен процес. Законовите механизми за противодействие на заобикалянето на закона или т.нар. корпоративно маневриране за достъп до инвестиционна защита

на ДИД се отнасят до (1) компетентността на арбитражния състав, (2) допустимостта или (3) основателността на иска на инвеститора. При възражения от страна на ответника по инвестиционния спор, а именно Държавата, арбитражът ще приеме, че не е компетентен по иска, че искът е недопустим или неоснователен.

2.1. Общи постановки относно заобикалянето на закона като въпрос на компетентност на арбитража и допустимост на иска

Компетентността при уреждането на международни инвестиционни спорове се отнася до властта на арбитражния състав да разгледа и реши отнесен до него иск⁹. Съгласието на държавата е основанието за упражняване на компетентността на международни съдилища и трибунали¹⁰. По делото *Corfu Channel* Международният съд е утвърдил този основополагащ принцип. Международно признато е, че съгласието на страните е основание за компетентността на арбитража, независимо дали става въпрос за международен търговски спор¹¹ или международен инвестиционен спор¹².

За разлика от международния търговския арбитраж, в рамките на международния инвестиционен арбитраж по своето естество арбитражното споразумение за уреждане на инвестиционен спор се основава на предварително дадено съгласие под формата на предложение или *обещание за арбитраж* от страна на държавата и неговото приемане от страна на инвеститора при започването на

⁸ Schreuer, Ch. Nationality Planning. London: Fordham Conference, 27 April 2012 (Revised 12 October 2012), pp. 4, 18.

⁹ Paulsson, J. "Jurisdiction and Admissibility." – In: Aksen, G., et al. (eds.). *Global Reflections on International Law, Commerce and Dispute Resolution: Liber Amicorum in Honour of Robert Briner* (International Chamber of Commerce, 2005), pp. 601, 604; за сравнение вж. Драгиев, А. Проверка на юрисдикцията на международния съд на ООН – същност и процедура, стр. 27 от списание Юридически свят 1/2007

¹⁰ *Corfu Channel Case* (United Kingdom of Great Britain and Northern Ireland v. Albania), Preliminary Objections, ICJ Rep. 194815, вж. Waibel, M. "Corfu Channel Case." – In: Rüdiger, W. (ed.). *Max Planck Encyclopedia of Public International Law*. Oxford: Oxford University Press, 2010, vol. 2, pp. 792–797. <http://www.mpepil.com/ViewPdf/epil/entries/law-9780199231690-e118.pdf?stylesheet=EPIL-displayfull.xsl>.

За свободата на избор на държавите за уреждане на спорове вж също *Armed Activities on the Territory of the Congo (Congo v. Rwanda)*, Jurisdiction of the Court and Admissibility; of the Application, 3 February 2006, ICJ Rep. 2006, 6, para. 65–68; *Fisheries Jurisdiction (Spain v. Canada)*, Preliminary Objection, ICJ Rep. 1998, 432, para. 55.

¹¹ Born, G. *International Commercial Arbitration* (2nd edition). Kluwer Law International, 2014, p. 250.

¹² Schreuer, Ch. *The ICSID Convention: A Commentary*, 2001.

инвестиционния арбитражен процес. Възможността за инициране на арбитраж срещу държава предоставя ефективно изпълнение на материалноправните гаранции за закрила, предвидени в двустранните инвестиционни договори и многостранните споразумения. Предложението за инвестиционен арбитраж следва да се разгледа през призмата на два договорни инструмента: (1) държавата да е ратифицирала Конвенцията за уреждане на инвестиционни спорове между държави и инвеститори - граждани на други държави от 1965 г.¹³ (Вашингтонската конвенция, Конвенцията ICSID), която установява процесуалния механизъм за разрешаване на инвестиционни спорове¹⁴, между инвеститор и държавата, в която са направени инвестициите и (2) този механизъм да е предвиден в разпоредбите на инвестиционните договори. Най-важна особеност на Вашингтонската конвенция е, че допринася за нарастващото признаване на индивида като субект на международното право като предоставя възможност за физически или юридически лица да съдят директно държава пред международен форум¹⁵. По силата на Вашингтонската конвенция е учреден Международен център за разрешаване на инвестиционни спорове (ICSID) със седалище Международната банка за възстановяване и развитие, който предвижда воденето на два вида производства – помирителни и арбитражни. По своето

естество разпоредбите относно този процесуалноправен механизъм във Вашингтонската конвенция са ключът към упражняването на правото на инвестиционна защита на инвеститорите¹⁶. Посредством присъединяването на държавата към Конвенцията държавата се съгласява да използва режима на Конвенцията за разрешаване на инвестиционни спорове и това е първото условие за приложимостта на производството.

На следващо място, според доктрината съгласието на държавата за уреждане на инвестиционни спорове посредством арбитраж може да е обективизирано в (1) двустранен инвестиционен договор или многостранно инвестиционно споразумение (напр. Договора за Енергийната Харта), (2) в националното законодателство или (3) в конкретни договори, свързани с инвестицията, между инвеститор и държава¹⁷. Повечето ДИД съдържат клаузи, които предвиждат, че всички спорове във връзка с инвестициите, предмет на договора, ще бъдат решавани чрез арбитраж между граждани на едната договаряща държава и другата договаряща държава по ДИД. Ян Полсън посочва, че това е т.нар. арбитраж без относително действие,¹⁸ т.е. това предложение за арбитраж няма конкретни адресати, а се ползват трети лица. В действителност, самото инициране на арбитражно производство с предявяването на искане да се разреши инвес-

¹³ Ратифицирана със закон, приет от 38-о Народно събрание на 4.10.2000 г. – ДВ, бр. 85 от 17.10.2000 г. Издадена от Министерството на външните работи, обн., ДВ, бр. 110 от 21.12.2001 г., в сила от 13.05.2001 г. Десет години преди ратифицирането на конвенцията от Република България нейните разпоредби са анализирани в монографията на Каменова, Цв., Международноправна закрила на инвестициите, С., изд. Просвета, 1991 г.

¹⁴ За целите на настоящето изследване терминът “инвестиционен спор” представлява **спор между чуждестранен инвеститор и приемащата инвестицията държава, който възниква поради намеса от страна на държавата в инвестицията, при която е нарушена гаранция за защита, предоставена от Двустранен инвестиционен договор.**

¹⁵ Каменова, Ц. Решаване на споровете за инвестициите в СЕТА между Канада и ЕС, стр. 638 от сборник с доклади от международна научна конференция на тема РОЛЯТА И ЗНАЧЕНИЕТО НА МЕЖДУНАРОДНОТО И НАДНАЦИОНАЛНОТО ПРАВО В СЪВРЕМЕННИЯ СВЯТ, организирана по повод 90-годишнината на проф. Д-р Иван Владимиров под патронажа на ректора на УНСС проф. д.ик.н. Стати Статев, 27 октомври 2017 г, достъпен на: https://faculties.unwe.bg/uploads/law/tiraj_Sbornik_Vladimirov.scal.kor.oce.canon.pdf

¹⁶ Чл. 25, ал. 1 от Вашингтонската конвенция

¹⁷ Wang, G. “Consent in Investor-State Arbitration: A Critical Analysis.” // *Chinese Journal of International Law*, vol. 13, no. 2, June 2014, pp. 335–361, <https://doi.org/10.1093/chinesejil/jmu017>.

¹⁸ Paulsson, J. “Arbitration Without Privity.” // *ICSID Review – Foreign Investment Law Journal*, vol. 10, no. 2, 1995, p. 232.

тиционен спор пред арбитраж от инвеститора е равнозначно на приемане на компетентността на арбитража. По този ред се сключва арбитражното споразумение основание за компетентност на арбитража по инвестиционни спорове.

Юрисдикцията при инвестиционния арбитраж обхваща юрисдикция *ratione voluntatis*, *ratione materiae* (материална компетентност), юрисдикция *ratione personae* (компетентност по отношение на лицата) и юрисдикция *ratione temporis* (времева компетентност)¹⁹. Планирането на националността на инвеститора е свързано с компетентност *ratione personae*. Инвестиционният договор определя изискванията, които трябва да бъдат удовлетворени от инвеститора, за да е налице юрисдикция *ratione personae*. Тези изисквания се различават в зависимост от приложимия ДИД. Възражение срещу компетентността поддържа, че един или повече от тези елементи липсва и следователно арбитражът не е компетентен да се произнесе по спора. В сравнение, възражението за допустимост на иск е, че искът не е допустим, въпреки че арбитражният състав е компетентен²⁰. С други думи, въпросите за юрисдикцията се отнасят до правомощията на

арбитражния състав да разглежда определени категории спорове; допустимостта се отнася до естеството на иска (дали е процесуално валиден²¹) и е следващият етап, след като арбитражът установи, че е компетентен²².

Допустимостта на иска обхваща преценка досежно широк кръг от въпроси: въпроси, свързани с легитимацията (дали ищецът има право да заведе конкретен иск или да търси конкретно обезщетение)²³; дали искът е „нов“ по отношение на възникналия спор²⁴; въпроси, свързани с правомощията на решаващия орган (напр. дали може да даде само „консултативно“ становище); неизчерпване на местните средства за защита²⁵; преценката на арбитражния състав да не разглежда спор въз основа на идентичен предмет на иска (или подобен), разпределен или висящ пред друг решаващ орган – *lis alibi pendens* или *forum non conveniens*²⁶; *res judicata* и др.

Макар в арбитражната практика голяма част от арбитражните състави да се въздържат от разграничение между компетентността на арбитража и допустимостта на иска (те категоризират тази първа фаза от арбитражното производство като юрисдикционна – общо и за двете категории въпроси – компетентност и

¹⁹ Fitzmaurice, G. *The Law and Procedure of the International Court of Justice*. Cambridge: Grotius Publications, 1986, vol. 2, p. 435; Rubins, N. "The Notion of 'Investment' in International Investment Arbitration." – In: Horn, N., and S. Kröll (eds.). *Arbitrating Foreign Investment Disputes*. Kluwer Law International, 2004, pp. 283–324; Sornarajah, M. *The Settlement of Foreign Investment Disputes*. Kluwer Law International, 2000, pp. 325–351.

²⁰ Fitzmaurice, G. *The Law and Procedure of the International Court of Justice*. Cambridge: Grotius Publications Limited, 1986, pp. 438–439.

²¹ За сравнение с българския граждански процес вж Българско гражданско процесуално право – БГПП – Живко Сталев – девето преработено и допълнено издание, с. 171, Сиела Норма АД, София, 2012.

²² *Waste Management, Inc. v. United Mexican States*, ICSID Case No. ARB(AF)/00/3, Decision on Jurisdiction, Dissenting Opinion of Keith Highet, 8 May 2000, para. 58 ("Компетентността е правомощието на арбитражния състав да разглежда делото; допустимостта е дали арбитражният състав следва да разглежда иска."); ICSID Case No. ARB(AF)/98/2, Dissenting Opinion to Award, 8 May 2000, paras. 57–58; 15 ICSID Rev. 241, 265 (2000). Разграничението е подчертано и от проф. Abi-Saab: „В общи линии, условията за допустимост се отнасят до иска и дали той може да бъде разгледан по съдебен ред, както и до ищеца, и дали той или тя е законно упълномощен да предяви иска пред съда“. *Abaclat v. Argentine Rep.*, ICSID Case No. ARB/07/5, Dissenting Opinion to Decision on Jurisdiction and Admissibility, para. 18 (4 August 2011).

²³ *Elettronica Sicula S.p.A. (ELSI) (USA v. Italy)*, ICJ Rep. 1989, 15; McLachlan, C., et al. *International Investment Arbitration: Substantive Principles*. Oxford: Oxford University Press, 2007, para. 6.93.

²⁴ *Certain Phosphate Lands in Nauru (Nauru v. Australia)*, Judgment, ICJ Rep. 1992, 240.

²⁵ *Interhandel (Switzerland v. USA)*, Judgment, ICJ Rep. 1959, 6, 28; see Articles 14–15 of the ILC Articles on Diplomatic Protection 2006.

²⁶ *MOX Plant Case (Ireland v. United Kingdom)*, Order No. 3, (2003) 126 ILR 310.

допустимост, а основателността на иска като втора фаза по същество на инвестиционния арбитражен процес) това не означава, че разлика не съществува. Разграничението между компетентност и допустимост е разгледано с известна степен на неяснота и безразличие в международното инвестиционно право²⁷. Въпросите за компетентността обичайно са обвързани с условията на съответния договор или приложими арбитражни правила. Възраженията за допустимост на иска могат да включват неоснователно забавяне, пазаруване на съд (forum shopping) и безотговорност²⁸. Въпреки че някои арбитражни състави поставят под въпрос наличието на разлика между компетентност и допустимост²⁹, други приемат, че има разграничение³⁰.

Що се касае до разграничението между компетентност и допустимост в международното публично право, Крофорд приема, че:

*Възраженията за компетентност се отнасят до условия, влияещи върху съгласието на страните изцяло арбитраж да решава спора. ... Възражението срещу допустимостта на иск приканва арбитражния състав да отхвърли (или да отложи) иска на основание, което, по принцип не изключва неговата компетентност, засяга възможността или правилността на решението му по конкретния случай в конкретния момент*³¹.

а. Примери от арбитражната практика по инвестиционни спорове

В контекста на инвестиционния арбитраж арбитражните състави поставят въпроса за допустимост, за да отхвърлят искове поради предполагаеми неправомерни действия от страна на инвеститора. Например, в делото *Плама срещу България*³² арбитражният състав установява, че резултатът от измамата и незаконното поведение на ищеца е да „препятства прилагането на защитата съгласно Договора за Енергийната Харта“³³. Ответникът твърди, че ищецът е получил инвестицията по незаконен начин, което прави искът недопустим³⁴. Дружеството е излъгало Агенцията за приватизация, която дава разрешение за прехвърлянето на акциите, че чрез него те ще бъдат придобити от консорциум от швейцарското дружество „Андре и Сие“ и норвежкото дружество „Норуиджън Ойл Трейдинг“, а в действителност собственик на „Плама Консорциум Лимитид“ е френският гражданин Жан-Кристоф Вотрен. Арбитражният състав разделя производството на юрисдикционна фаза и фаза по същество. В решението относно компетентността, арбитражният състав приема, че твърденията на ответника относно измама не го лишават от компетентност и решава да разгледа тези твърдения в рамките на фазата по същество³⁵.

²⁷ Pac Rim Cayman LLC v. The Republic of El Salvador (Decision of the Respondent's Jurisdictional Objections), ICSID Arbitral Tribunal Case No ARB/09/12, 1 June 2012 (2.10); RomPetro v. Romania (Decision on Respondent's Preliminary Objections on Jurisdiction and Admissibility), ICSID Arbitral Tribunal Case No. ARB/06/03, 18 April 2008 (111–114); Chevron Corporation and Texaco Petroleum Corporation v. Republic of Ecuador (Interim Award) (Ad Hoc Arbitral Tribunal, UNCITRAL Arbitration Rules, 1 December 2008) [137]. Вж. също: Williams, D. "Jurisdiction and Admissibility." – In: Muchlinski, P., et al. (eds.). *The Oxford Handbook of International Investment Law*. Oxford: Oxford University Press, 2008, pp. 868, 919.

²⁸ Sornarajah, M. *The International Law on Foreign Investment*. Cambridge: Cambridge University Press, 2010, paras. 7.79, 4.107, 6.93, 3.94, 4.28.

²⁹ Enron Corp and Ponderosa Assets LP v. Argentine Republic (Decision on Jurisdiction), ICSID Case No. ARB/01/3) [33], <https://www.italaw.com/cases/401>.

³⁰ SGS Société Générale de Surveillance S.A. v. Philippines (Decision on Jurisdiction), ICSID Case No. ARB/02/6) (154).

³¹ Crawford, J. *Brownlie's Principles of Public International Law* (8th edition). Oxford: Oxford University Press, 2012, p. 693; Rosenne, S. "International Courts and Tribunals, Jurisdiction and Admissibility of Inter-State Applications." – In: Rüdiger, W. (ed.). *The Max Planck Encyclopedia of Public International Law*. Oxford: Oxford University Press, 2008, http://unctad.org/en/Docs/diaeia20102_en.pdf

³² Plama Consortium Ltd v. Republic of Bulgaria, ICSID Case No. ARB/03/24, Award (27 August 2008).

³³ id., пара. 135.

³⁴ id. c. 96.

³⁵ id., пара. 97.

Анализът в решението *Plama* не използва терминът „допустимост“. Относно основателността на иска обаче арбитражният състав приема аргументите на България, като установява, че „**материалните стандарти на закрила, предвидени в Договора за Енергийната Харта, не могат да се прилагат за инвестиции, които са направени в противоречие със закона**“³⁶. Инвестиционната защита не може да се предостави в противоречие с принципа *nemo auditur propriam turpitudinem allegans* – никой не може да черпи права от собственото си противоправно поведение³⁷. Освен това, арбитражният състав постановява, че дори и ако приеме, че „Плама Консорциум Лимитид“ има правомерно придобита и защитена от международното право инвестиция, исквете на дружеството срещу Република България са напълно неоснователни и поради това ги отхвърля изцяло. В случая **арбитражът отхвърля иска поради поведението на инвеститора**, а не поради липса на юрисдикция.

Освен възраженията на приемащата инвестицията държава срещу компетентността на арбитража или допустимостта на иска във връзка с корпоративното преобразуване на инвеститора, релевантно би било и възражението за основателността на иска на инвеститора. Например, **моментът на възникване на правния спор и неговата предвидимост могат да имат значение за компетентността на арбитражния състав и допустимостта на иска на инвеститора**, от една страна, а от друга, да са определящи за преценката на арбитражния състав относно „легитимните очаквания“ на инвеститора. Последните представляват ключова част от иска във връзка със справедливото и равнопоставено третиране и

непряко отчуждаване. В тази връзка, дори ако арбитражният състав отхвърли възраженията на приемащата държава относно компетентността или допустимостта, може да адресира факторите, които пораждат тези възражения при преценката по съществуването на иска.

Тези въпроси усложняват и делото *Phillip Morris Asia срещу Австралия*, в рамките на което са възникнали първоначални дискусии дали възражението на Австралия относно по-ранното съществуване на спор (и възможността за злоупотреба с права) се отнася към компетентността на арбитражния състав или допустимостта на иска³⁸.

Един от останалите съществени въпроси пред арбитражния състав е дали първоначалните възражения на Австралия трябва да бъдат изслушани на предварителна юрисдикционна фаза или заедно с фазата по същество. Това потенциално поражда въпроса относно степента на припокриване между тези възражения и евентуалния отговор на Австралия по същество.

Тогава, когато инвеститорът предвижда неблагоприятни промени в законодателството на приемащата инвестицията държава и избира реструктуриране в рамките на групата или създава фиктивно дружество, за да има присъствие в определена държава и да се възползва от инвестиционна защита по силата на инвестиционните договори на въпросната държава – как подобно поведение трябва да бъде оценено от арбитражния състав?

Според различни виждания при тези проявления на заобикаляне на закона арбитражният състав няма да има юрисдикция, когато:

– Инвестициите няма да отговарят на изискването за „**принос към развитието на**

³⁶ *id.*, пара. 139.

³⁷ *id.*, пара. 141.

³⁸ *Philip Morris Asia Ltd v. Australia* (Procedural Order No. 4), para 34 et seq., 55; *Pac Rim Cayman*, para. 2.106; *Tidewater v. Bolivarian Republic of Venezuela* (Decision on Jurisdiction), ICSID Arbitral Tribunal Case No. ARB/10/5, 8 February 2013, para. 143; *Société Générale v. Dominican Republic* (Preliminary Objections to Jurisdiction), LCIA Case No. UN 7927, UNCITRAL Arbitration Rules, 19 September 2008, paras. 106–107; *Europe Cement Investment & Trade v. Turkey* (Award), ICSID Arbitral Tribunal Case No. ARB(AF)/07/2 (13 August 2009), para. 120; *Phoenix Action Ltd v. Czech Republic* (Award), ICSID Arbitral Tribunal Case No. ARB/06/5, 15 April 2009, para. et seq. 92; *RomPetrol* para. 79; *Banro American Resources Inc. and Société Aurifère du Kivu et du Maniema SARL v. Democratic Republic of the Congo* (Award), ICSID Arbitral Tribunal Case No. ARB/98/7, 1 September 2000, para. 10; *Československá obchodní banka v. Slovak Republic* (Decision on Objections to Jurisdiction), ICSID Case No. ARB/97/4, 24 May 1999, para. 31.

приемащата инвестицията държава“. Този аргумент може да се приведе при ICSID арбитраж. Тъй като в случай на арбитраж, който не е по ICSID Конвенцията, както е прието по делото *White Industries Australia Limited v India*, така нар. **тест Salini** (който включва изискването за „принос към развитието на приемащата държава“) не е приложим³⁹.

– Инвестициите се считат за такива, които са направени в нарушение на законите на приемащата инвестицията държава и следователно не са в обхвата на защитата на инвестиционния договор. Независимо дали договорът съдържа разпоредбата за „съответствие със законите на приемащата държава“, инвестициите, направени незаконно, трябва да бъдат оставени извън обхвата и ползите на ДИД⁴⁰.

Заслужава внимание особеността, че критичният период от време за определяне на законността на инвестициите е времето, когато е направена инвестицията⁴¹. Споменатото кореспондира с доктрината *estoppel*⁴² (*отхвърляне на възражение, противоречащо на предишно изявление*), приложена напр. по дело *Railroad Development Corporation срещу Република Гватемала*⁴³. Приложението на доктрината *estoppel* към компетентността на арбитража е свързано с добросъвестното поведение както на инвеститора, така и на държавата. Засяга учредяването на инвестицията в съответствие с местните закони на приемащата инвестицията държава. В контекста на инвестиционния арбитраж, доктрината и

арбитражната юриспруденция подчертават връзката между *estoppel* с други принципи на международното право и стандартите за третиране⁴⁴:

„Оправданото легитимното очакване може да намери израз в принципа на добросъвестност в системите на гражданското право и е тясно свързано с *estoppel* в международното право.“ [...] С други думи, доктрината *estoppel* може да бъде неподходяща за защита на легитимните очаквания; легитимното очакване трябва да бъде защитено директно, отделно от *estoppel* (...), а не чрез него. Подобен е подходът в арбитража между инвеститорите и държавата. Например, в особеното мнение по международното арбитражно дело *Thunderbird Gaming*⁴⁵, Томас Велде приема, че арбитражните състави намират принципа на оправданите легитимни очаквания за предпочитан за предоставяне на защита на инвеститорите, когато критериите за нарушение изглеждат „твърде трудни и сложни за изпълнение.“

Въпреки това доктрината *estoppel* е често прилагана за предотвратяване на противоречивото поведение от страна на държавата. Например, когато държавата се позовава на нарушение на местното законодателство от страна на инвеститора, обаче самата държава е нарушила законодателството си или е знаела, че инвеститорът е действал отвъд закона при учредяване на инвестицията си и се е съгласила като е приела инвестицията като такава, която е учредена по нейните закони и е

³⁹ *White Industries Australia Limited v. The Republic of India*, UNCITRAL, Award, 30 November 2011, paras. 7.4.8, 7.4.9.

⁴⁰ Smutny, A. C., and P. Polašek. “Unlawful or Bad Faith Conduct as a Bar to Claims in Investment Arbitration.” – In: Werner, J., and A. H. Ali (eds.). *A Liber Amicorum: Thomas Wälde – Law Beyond Conventional Thought*. London: CMP Publishing Ltd, May 2009, pp. 277–296.

⁴¹ *Teinver, S. A. Transportes de Cercanías S.A. and Autobuses Urbanos del Sur S.A. v. The Argentine Republic*, ICSID Case No. ARB/09/1, Decision on Jurisdiction, 21 December 2012, paras. 318–323.

⁴² Crawford, J. *Brownlie's Principles of International Law* (8th edition), 2012, p. 422: „*Estoppel* не е едностранен акт; това е представяне на истина, която субектът не може да отрече, след като веднъж я е заявил при определени обстоятелства.“

⁴³ *Railroad Development Corporation v. The Republic of Guatemala*, ICSID Case No. ARB/07/23, Second Decision on Objections to Jurisdiction, 18 May 2010, para. 146.

⁴⁴ Laryea, E. T. “Legitimate Expectations in Investment Treaty Law: Concept and Scope of Application.” – In: Chaisse, J., et al. (eds.). *Handbook of International Investment Law and Policy*, 2020, pp. 9–10.

⁴⁵ *International Thunderbird Gaming Corporation v. The United Mexican States*, UNCITRAL.

продължила да сътрудничи с инвеститора въпреки нелегалността на инвестицията⁴⁶.

В този контекст, интерес представлява делото *Ioannis Kardassopoulos v. Georgia*. Предвид предмета и целта на ДИД Гърция-Грузия съгласно чл. 31(2) от Виенската Конвенция за правото на договорите, арбитражният състав приема, че приемащите инвестиции държави запазват известна степен на контрол върху чуждестранните инвестиции, като отказват инвестиционна защита на тези, които нарушават техните закони. Въпреки това се подчертава, че този контрол се отнася до действията на инвеститора, а не на държавата. Следователно, приемащата държава не може да избегне юрисдикцията по ДИД, като се позовава на собственото си неспазване на вътрешното право⁴⁷.

С оглед на гореизложеното, могат да се приемат различните аргументи относно заобикалянето на закона като юрисдикционен въпрос. По отношение на компетентността следва да се разгледат внимателно разпоредбите на инвестиционните договори за легитимацията на инвеститора при реструктуриране. От гледна точка на допустимостта на иска от съществено значение е поведението на инвеститора с оглед времето на реструктуриране и неговите цели. Настоящата статия споделя виждането, че заобикалянето на закона е юрисдикционен въпрос – както на компетентност, така и допустимост. Същевременно, проблемът за тяхното разграничаване в арбитражната юриспруденция все още е на лице.

Вместо заключение

На плоскостта на изследването дали заобикалянето на закона е относимо към компетентността на арбитражния състав или допустимостта на иска разсъждения относно ограничаването на практиката на заобикаляне на закона в международното инвестиционно право също са необходими. В първия случай тя може да бъде ограничена с по-тесни дефиниции за инвеститор в ДИД или чрез включване на клаузи за отказ от права (*“Denial of benefits clause”*). Това би намалило възможностите на инвеститорите да търсят по-бла-

гоприятна защита, поради по-стриктните критерии за „инвеститор“. Във втория случай относно допустимостта би могло да се помисли в насока създаване на стандарт на поведение за международните дружества въз основа на *принципа за добросъвестно упражняване на правата (good faith)*. Това би послужило като отправна точка за арбитражните състави при произнасяне по допустимостта на иска. При всички случаи, поставянето на критерии от държавите към инвеститорите е потенциално решение и за двете страни – инвеститорите ще могат да претеглят риска при инвестиране в конкретна държава, а държавата ще може да се предпази от недобросъвестни инвеститори.

БИБЛИОГРАФИЯ / REFERENCES

Каменова, Ц. Решаване на споровете за инвестиции в CETA между Канада и ЕС, 2017. // Kamenova, Ts. Reshavane na sporovete za investitsiite v SETA mezhdu Kanada i ES, 2017.

Сталев, Ж. Българско гражданско процесуално право – БГПП (девето преработено и допълнено издание). Сиела Норма АД, София 2012. // Stalev, Zh. Balgarsko grazhdansko protsesualno pravo – BGPP (deveto preraboteno i dopalmeno izdanie). Siela Norma AD, Sofia 2012.

Addison-Agyei, S. *Nationality Planning und Treaty Shopping im Internationalen Investitionsrecht*. Frankfurt am Main: Peter Lang, 2012.

Baumgartner, J. *Treaty Shopping in International Investment Law*. Oxford: Oxford University Press, 2017.

Borman, Y. R. “Treaty Shopping Through Corporate Restructuring of Investments: Legitimate Corporate Planning or Abuse of Rights?” – In: Lavranos, N., and R. A. Kok (eds.). *Hague Yearbook of International Law/Annuaire de La Haye de Droit International*. Leiden: Martinus Nijhoff Publishers, 2011, vol. 24.

Crawford, J. *Brownlie’s Principles of Public International Law* (8th edition). Oxford: Oxford University Press, 2012.

Dolzer, R., and Ch. Schreuer. *Principles of International Investment Law* (2nd edition). Oxford: Oxford University Press, 2012.

⁴⁶ *Ioannis Kardassopoulos and Ron Fuchs v. Georgia*, ICSID Case Nos. ARB/05/18 and ARB/07/15, 12 November 2010 [hereinafter *Kardassopoulos v. Georgia*] Decision on Jurisdiction dated 6 July 2007.

⁴⁷ Пак там, пара. 178–181, пара. 182.

Fitzmaurice, G. *The Law and Procedure of the International Court of Justice*. Cambridge: Grotius Publications, 1986.

Gaillard, E. “Abuse of Process in International Arbitration.” // *ICSID Review*, vol. 32, no. 1, 2017.

Kolb, R. “General Principles of Procedural Law.” – In: Zimmermann, A., et al. (eds.). *The Statute of the International Court of Justice: A Commentary*. Oxford: Oxford University Press, 2006.

Laryea, E. T. “Legitimate Expectations in Investment Treaty Law: Concept and Scope of Application.” – In: Chaisse, J., et al. (eds.). *Handbook of International Investment Law and Policy*, 2020.

Paulsson, J. “Arbitration Without Privity.” // *ICSID Review – Foreign Investment Law Journal*, vol. 10, no. 2, 1995.

Poulton, E., et al. *Corporate Restructuring and Investment Treaty Protections*. London: BIICL/Baker McKenzie, 2020.

Rosenne, S. “International Courts and Tribunals, Jurisdiction and Admissibility of Inter-State Applications.” – In: Rüdiger, W. (ed.). *The Max Planck Encyclopedia of Public International Law*. Oxford: Oxford University Press, 2008

Rubins, N. “The Notion of ‘Investment’ in International Investment Arbitration.” – In: Horn, N., and S. Kröll (eds.). *Arbitrating Foreign Investment Disputes*. Kluwer Law International, 2004.

Smutny, A. C., and P. Polašek. “Unlawful or Bad Faith Conduct as a Bar to Claims in Investment Arbitration.” – In: Werner, J., and A. H. Ali (eds.). *A Liber Amicorum: Thomas Wälde – Law Beyond Conventional Thought*. London: CMP Publishing Ltd, 2009.

Sornarajah, M. *The International Law on Foreign Investment*. Cambridge: Cambridge University Press, 2010.

Sornarajah, M. *The Settlement of Foreign Investment Disputes*. Kluwer Law International, 2000.

Voon, T., et al. “Legal Responses to Corporate Manoeuvring in International Investment Arbitration.” // *Journal of International Dispute Settlement*, vol. 5, no. 1, 2014.

Wang, G. “Consent in Investor-State Arbitration: A Critical Analysis.” // *Chinese Journal of International Law*, vol. 13, no. 2, 2014.

Williams, D. “Jurisdiction and Admissibility.” – In: Muchlinski, P., et al (eds.). *The Oxford Handbook of International Investment Law*. Oxford: Oxford University Press, 2008.