

## JURISDIKCIJA RATIONE PERSONAE TARPTAUTINIAME INVESTICIJŲ ARBITRAŽE – TEISĖTAS VEIKLOS PLANAVIMAS AR PIKTNAUDŽIAVIMAS TEISE?

**Rimantas Daujotas LLM, ACI Arb**

Asocijuotasis teisininkas  
 Advokatų kontora Motieka ir Audzevičius  
 Gynėjų g. 4, Vilnius  
 Tel. +370 5 2 000 777  
 El. paštas: Rimantas.Daujotas@ma-law.lt

*Straipsnyje analizuojama juridinio asmens pilietybė tarptautiniame investicijų arbitraže ir su ja susijusi problematika. Juridinio asmens pilietybė tarptautiniame investicijų arbitraže yra vienas iš svarbiausių aspektų nustatant arbitražo tribunolo jurisdikciją. Tačiau straipsnyje nurodoma, kad susiduriama su piktnaudžiavimo juridinio asmens pilietybės problema.*

*Corporate nationality in investment arbitration was and still is an area of much debate. The vast net of international investment agreements (IIAs) had enabled investors to structure and take advantage of the specific IIAs, which secure their objectives in the host country, by using shell or so-called “mailbox companies.” This process can also be defined as “treaty shopping.” However, such practice had brought a lot of controversy and conflicting views in academic and business society.*

### Ivadas

Juridinio asmens pilietybė tarptautiniame investicijų arbitraže buvo ir vis dar yra didelių diskusijų objektas<sup>1</sup>. Per pastaruosius

30 metų gerokai padaugėjo dvišalių investicinių sutarčių [angl. *Bilateral investment agreements*], pasirašyta ir kitų tarptautinių investicinių sutarčių, pvz.: Šiaurės Amerikos laisvosios prekybos sutartis (toliau – NAFTA) [1] bei Energetikos chartijos sutartis (toliau – ECT) [2], kurių tikslas – skatinti tarptautines investicijas. Daugelis tarptautinių investicinių sutarčių leido investuotojams pasinaudoti konkrečiomis tarptautinių investicinių sutarčių normomis, kurios apsaugo investuotojų tikslus ne tik priimančiojoje šalyje, bet ir kitose valstybėse naudojant ofšorines arba vadinamąsias pašto dėžučių bendroves

<sup>1</sup> Užsienio ir ypač Vakarų teisės sistemoje šio darbo tyrimo nagrinėjimo klausimas jau buvo gana išsamiai analizuojamas, tačiau Lietuvos akademinėje doktrinoje iki šiol nesulaukė daug dėmesio, nors Lietuvos Respublikai, kaip suinteresuotai pritraukti užsienio investicijų šaliai, tyrime analizuojami klausimai turi ypatingą svarbą. Nepaisant to, galima išskirti kelis šiam tyrimui aktualius Lietuvos doktrinos darbus, pvz., L. ŠALTINYTĖS socialinių mokslų teisės krypties daktaro disertaciją tema „Teisinė užsienio investicijų apsauga energetikos sektoriuje: teisės aiškinimo ir taikymo problemos“; VALANČIUS, K. *Investicijų teisė. Užsienio investicijų teisinio reguliavimo raida Lietuvos Respublikoje (1990–2004)*. Vilnius; GINEVIČIUS, R.; RAKAUSKIENĖ, O. G.; PATALAVIČIUS, R. ir kt. *Eksperto ir investicijų plėtra Lietuvoje*. Vilnius, 2005; ŽUKAUS-

KAS, P. *Kompanijų veiklos internacionalizacija: teorija ir praktika*: monografija. Kaunas, 2006.

[angl. *Mail box company*]. Šis procesas apibrėžiamas kaip „treaty shopping“ praktika (analogija su tarptautinės teisės teminu – *forum shopping*) – tai pasirinkimas iš kelių lygia greta egzistuojančių skirtingų valstybių jurisdikcijų, atsižvelgiant į šių valstybių pasirašytas tarptautines investicines sutartis. Tačiau tokia praktika mokslo ir verslo visuomenėje sukėlė daug ginčų ir prieštarų nuomonių. Priimančiosios šalys dažnai prieštarauja tribunolo jurisdikcijai tais atvejais, kai bendrovės, valdomos užsienio piliečių arba bendrovių, įsteigtų kitose nei atitinkamos investicinės sutarties šalyse, pareiškia ieškinius reikalaujantis investicine sutartimi. Tokiu atveju juridinio asmens pilietybė naudojama kaip įrankis ieškiniai priimančiajai valstybei pagal investicinę sutartį pareikšti. Pvz., *Tokios Tokelės prieš Ukrainą* [36] investiciniame ginče, neatsižvelgiant į tai, kad 99 procentai Lietuvoje įsteigtos bendrovės akcijų buvo valdoma Ukrainos piliečių, arbitrai balsų dauguma patvirtino Tarptautinio investicinių ginčų sprendimo centro (angl. *International Centre for Settlement of Investment Disputes*, toliau – ICSID) tribunolo jurisdikciją, nurodę, kad įmonės buveinės registracijos reikalavimas, esantis Lietuvos–Ukrainos dvišalėje investicinėje sutartyje [5], buvo visiškai įgyvendintas. Tačiau pirmininkaujantis arbitras pareiškė atskirąją nuomonę, kurioje teigė, jog „tribunolas neatsižvelgė į ICSID konvencijos [4] objektą ir tikslą“ [37, para 25]. Be to, priimančioji šalis (Ukraina) teigė, kad tribunolas turėjo „pakelti korporacijos šydą“ (angl. *pierced the corporate veil*<sup>2</sup>),

nes juridinio asmens pilietybė buvo naudojama kaip priemonė piktnaudžiauti teise, o Lietuvos–Ukrainos dvišale investicine sutartimi pasinaudota siekiant išvengti vietos teismų jurisdikcijos. Taigi pagrindinis šiame straipsnyje atliekamo **tyrimo tikslas** – atsakyti į klausimą, ar naudojimasis juridinių asmenų pilietybe investiciniuose ginčiuose iš tikrųjų yra piktnaudžiavimas teise, ar, atvirkščiai, – teisėtas būdas tarptautiniams investuotojams formuoti savo investicijas tokiu būdu, kuris labiausiai atitinka jų tikslus ir interesus. Šio **tyrimo objektas** – dvišalės investicinės sutartys ir šias sutartis interpretuojantys tarptautinių arbitražo tribunolų sprendimai. Kadangi daugelis atsakymų į iškeltą tyrimo klausimą priklauso nuo investicinės sutarties aiškinimo, interpretavimo metodų, būtent šie metodai bus analizuojami atsižvelgiant į bendrą tarptautinės teisės padėtį investicinių ginčų kontekste. Atliekant tyrimą naudoti lingvistinis, loginis, sisteminis, lyginamasis, teologinis ir kiti **tyrimo metodai**. Tyrime pirmiausia identifikuojami tarptautinėje praktikoje susiformavę požiūriai dėl ICSID konvencijos bei dvišalių investicinių sutarčių aiškinimo ir interpretavimo, analizuojamas tarptautinės teisės ir tarptautinės investicijų teisės santykis, ICSID konvencijos ir dvišalių investicinių sutarčių santykis bei būdai, skirti apsisaugoti nuo juridinio asmens pilietybe piktnaudžiaujančių investuotojų.

<sup>2</sup> „Piercing the corporate veil“ – JAV teisinėje sistemoje vartojamas terminas juridinio asmens dalyvio

atsakomybės pagal juridinio asmens prievoles institutui nusakyti. Didžiosios Britanijos teisės sistemos terminologijoje – „įmonės „šydo“ pakėlimas“. Šis terminas taip pat vartojamas ir V. PAPIJANC darbe „Piercing the corporate veil institutas ir patronuojančios įmonės atsakomybė pagal dukterinės įmonės prievoles Lietuvos teisėje“. *Jurisprudencija*, 2008 10(112), p. 95–102.

## 1. Investicinės sutarties aiškinimas pagal ICSID konvenciją

### 1.1. Formalus ar teleologinis aiškinimas?

#### 1.1.1. Požiūrių identifikavimas

Juridinio asmens pilietybė moderniaame tarptautiniame versle tapo vienu iš svarbiausių ir ilgai svarstomų aspektų, susijusių su tarptautinių projektų plėtote užsienio rinkose. Ilgą laiką juridinio asmens arba „korporacinė“ pilietybė buvo naudojama dėl užsienio šalyse esančio mažesnių mokesčių režimo ar siūlomų subsidijų. Tokia pati situacija pastebima ir tarptautinių investicijų srityje. Juridinio asmens pilietybė pasitelkiama siekiant išnaudoti visus konkrečios investicinės sutarties teikiamus pranašumus ir apsaugą. Užsienio investuotojai siekia investuoti į šalis, kurios ginčo arba turto nacionalizavimo atveju yra išpareigojusios ginčus spręsti arbitraže. Tačiau minėta atskiroji arbitro nuomonė „*Tokios Tokelės*“ prieš Ukrainą ginče, kiti šiai nuomonei pritariantys autoriai ir, žinoma, priimančiosios valstybės teigia, kad naudojimasis juridinio asmens pilietybe – tai piktnaudžiavimas teise ir sąžiningumo principo pažeidimas. Atskirąją nuomonę pareiškęs arbitras „*Tokios Tokelės*“ prieš Ukrainą ginče teigė, kad arbitrų daugumos sprendimas, kuris suteikė jurisdikciją tribunolui, ignoravo ICSID konvenciją, kurios tikslas – skatinti ne vietas, o užsienio investicijas:

„Sprendžiant jurisdikcijos klausimą, sprendimą reikia priimti pirmiausia patikrinus, ar Tribunolui pagal Konvencijos 25 straipsnį suteikta jurisdikcija – atsižvelgiant į objektą ir tikslą – ir tada, antrame etape, nuspręsti, ar Tribunolui suteikta jurisdikcija ir pagal dvišalę investicinę sutartį“ [37, para 14].

ICSID konvencijos 25 straipsnyje nustatytos jurisdikcijos *ratione personae* ribos. Taigi šioje dalyje kyla klausimas, koku būdu tribunolas turi aiškinti ir interpretuoti investuotojo apibrėžimą. Arbitražo procese, sprendimo dėl jurisdikcijos *ratione personae* fazėje, investuotojo apibrėžimas yra svarbiausias aspektas, nes tribunolas turi nuspręsti, ar investuotojas gali pasinaudoti investicine sutartimi ir pareikšti ieškinį priimančiajai šaliai. Taigi investuotojo apibrėžimo aiškinimas yra nepaprastai svarbus abiem ginčo šalims ir pačiam arbitražo tribunolui.

Pirma, reikia paminėti, kad ginčų sprendimas pagal ICSID konvenciją yra galimas tik tada, jei šalys į savo dvišalį investicijų apsaugos susitarimą įtraukė sąlygą, pagal kurią kylantys ginčai bus sprendžiami ICSID arbitraže, pagal ICSID konvencijos nustatytas sąlygas. Reikalavimas įtraukti tokią arbitražinę išlygą į sutartį yra tapatus reikalavimams, išdėstytiems ir ICC [9] ar UNCITRAL arbitražo taisyklėse [10] bei kitose tarptautinio arbitražo ginčų sprendimų taisyklėse. Bendra taisyklė yra ta, kad, norint nustatyti, ar investuotojas gali naudotis investicinės sutarties apsauga ir atitinkamai tribunolas turi jurisdikciją spręsti ginčą – pirmiausia identifikuojama sutartis tarp valstybės, kurioje buvo investuota, ir valstybės, kurioje investuotojas turi savo buveinę ar tos valstybės pilietybę [13, p. 8–13]. Antras žingsnis – atliekama atitinkamoje investicinėje sutartyje numatytos investuotojo sąvokos analizė ir aiškinimas. ICSID konvencijoje taip pat nustatytas investuotojo apibrėžimas, tačiau jis pateiktas plačiai, siekiant palikti investuotojo sąvokos klausimą šalių susitarimui

[23, p. 64]. Pavyzdžiui, ICSID konvencijos 25 (b) straipsnyje numatyta, kad: „Kitos susitariančiosios valstybės pilietis reiškia: kiekvienas juridinis asmuo, tą dieną, kurią ginčo šalys davė sutikimą perduoti ginčą taikinimo procedūrai ar arbitražui, buvęs susitariančiosios valstybės, nesančios ginčo šalimi, nacionaliniu subjektu [...]“. Taigi, tribunolas atitinkamai turi remtis investicine sutartimi arba kitokios formos susitarimu, kuriame išreikšta valia perduoti ginčą ICSID tribunolui.

Pažymėtina, kad pagal bendrus tarptautinės teisės principus, kiekviena valstybė pati nustato, kas yra jos nacionaliniai subjektai, o kalbant apie juridinius asmenis, investicinės sutartys suteikia apsaugą juridiniams asmenims, kurie turi vienos iš sutariančiųjų šalių pilietybę. Pavyzdžiui, Danijos ir Indonezijos dvišalė investicijų sutartis [6] suteikia apsaugą „korporacijoms, kurių nuolatinė arba registracijos vieta yra kitoje susitariančios šalies teritorijoje, korporacijoms, kuriose tos susitariančios šalies piliečiai turi esminį interesą“. Kitos dvišalės investicinės sutartys įtraukia ir kontrolės reikalavimą, pavyzdžiui, Argentinos ir Prancūzijos dvišalės investicinės sutarties [7] 1(2)(c) straipsnyje nustatyta: „juridiniai asmenys, tiesiogiai ar netiesiogiai veiksmingai valdomi vienos iš susitariančiųjų šalių piliečių, arba juridiniai asmenys, turintys registruotą buveinę vienoje iš susitariančiųjų šalių teritorijoje ir įsteigti pagal pastarosios šalies teisės aktus.“ Tokių pavyzdžių, kuriuose yra ir kontrolės reikalavimas, galima rasti daugelyje dvišalių investicinių sutarčių, tačiau registracijos arba nuolatinės gyvenamosios vietos reikalavimas aptinkamas visose dvišalėse investicinėse sutartyse. Bū-

tina atsižvelgti ir Tarptautinio Teisingumo Teismo bylą *Barcelona Traction* [35]. Nors ši byla buvo susijusi su valstybės teisėmis įgyvendinant diplomatinę gynybą ir nebuvo susijusi su investuotojų pretenzijomis, joje buvo konstatuota, kad registracijos vieta arba centrinis biuras (*siège social*) nustatant juridinio asmens pilietybę yra pripažintini pagrindiniais kriterijais.

Galima identifikuoti du skirtingus požiūrius: pirmasis – teleologinis požiūris (kuris atitinka minėtą atskirąją nuomonę ginče „*Tokios Tokelės*“ prieš Ukrainą [37]), t. y. ICSID konvencijos objektas ir tikslas turi būti pagrindinis investuotojo sąvokos interpretavimo šaltinis. Antrasis – formalusis požiūris, pagal kurį, ne ICSID konvencija, o investicinės sutarties sąlygos turi turėti esminę reikšmę aiškinant investuotojo apibrėžimą.

Šiame straipsnyje teigiama, kad būtent formalusis požiūris turėtų būti pripažintamas kaip tiksliausias interpretavimo metodas investicinio arbitražo kontekste. Toliau pateikiami pagrindžiantys šį teiginį argumentai.

### *1.1.2. Tarptautinės teisės ir tarptautinės investicijų teisės santykis*

Pirmiau teigta, kad dvišalių investicinių sutarčių sąlygų aiškinimas ir interpretavimas ir tokio aiškinimo metodai yra labai svarbūs arbitražo proceso rezultatams. Visuotinai pripažįstama, kad dvišalės investicinės sutartys ir kitos tarptautinės investicijų sutartys yra tarptautinės teisės šaltiniai, todėl šių sutarčių aiškinimas turi būti analizuojamas pagal tarptautinėje teisėje numatytas taisykles. Pati ICSID konvencija taip pat yra tarptautinė sutartis, taigi ir tarptauti-

nės teisės šaltinis. Vienas iš pagrindinių tarptautinės teisės aiškinimo įrankių yra 1969 m. Vienos konvencija dėl tarptautinių sutarčių teisės (VKTST) [1]. VKTST 31 (1) straipsnyje teigiama: „Sutartis aiškinama laikantis geros valios principų, atsižvelgiant į joje vartojamų sąvokų įprastinę reikšmę sutarties kontekste ir į sutarties objektą bei jos tikslą.“

Visų pirma galima teigti, kad tarptautinių investicijų teisė yra tarptautinės teisės po-  
systemis. Šis argumentas gali būti pagrįstas tuo, jog pagal daugelio investicinių sutarčių nuostatas valstybės sutinka būti atsakovais arbitražo byloje, išskeltose užsienio valstybių juridinių asmenų, pastariesiems neišnaudojus vidaus teisės apsaugos priemonių – priešingai, nei nustatyta bendrosios tarptautinės teisės taisyklėse [34, p. 40–41]. Dėl to galima prielaida, kad pagrindiniai tarptautinės teisės ir tarptautinės investicijų teisės principai, nors ne esmingai, bet skiriasi. Be kita ko, tarptautinė investicijų teisė turi savo sistemą, principus, teisės normas ir unikalią praktiką, kuri skiriasi nuo kitų tarptautinių tribunolų ar tarptautinių teismų, pvz., Europos Žmogaus Teisių Teismo jurisprudencija nėra taikoma investiciniuose ginčiuose. Yra autorių, teigiančių, kad tarptautinė investicijų teisė vystosi į vieną užsienio investicijas reglamentuojančią struktūrą, pagrįstą vieno-  
dais principais, ir kurioje yra mažai vietos nuokrypiams į kitas teisės šakas [24, p. 61]. Todėl tarptautinėje teisėje aptinkamos aiškinimo taisyklės ne visada gali tikti investicinių sutarčių arbitražui, nes pastarojo praktika formuoja *lex specialis* sistemą, palyginti su bendrosios tarptautinės teisės visuma.

Kaip žinoma, specialiosios normos turi viršenybę bendrosioms normoms, tačiau

remiantis teleologiniu požiūriu siūloma laikyti ICISD konvenciją pagrindiniu investuotojo apibrėžimo standartu, o pačias investicines sutartis antriniais šaltiniais investuotojo apibrėžimo kontekste. Todėl VKTST 31 (1) straipsnio taikymas (taigi ir ICSID konvencijos taikymo pirmenybė) reikštų išorinių reikalavimų taikymą vietoje jau esančių investiciniėje sutartyje. Tai būtų nesuderinama su investicinių sutarčių *lex specialis* pobūdžiu. Panašią argumentaciją galima rasti ir *Waste Management prieš Jungtines Meksikos Valstijas* ginče [38], kur konstatuota: „Kai sutartyje detalčiai ir tiksliai išdėstomi reikalavimai, palaikantys pretenziją, kitų sąlygų ar papildomų reikalavimų įtraukimas, nors ir remiantis tariamais bendrosios tarptautinės teisės reikalavimais ... yra negalimas“ [38. Para 85].

Galima teigti, kad turėtų būti laikomasi VKTST 31(4) straipsnio, kuriame teigiama, kad: „sąlygai turi būti suteikta speciali reikšmė, jei yra nustatyta, kad to pageidavo sutarties šalys.“ Kaip šalių ketinimų pavyzdį galima atsižvelgti ir į ICSID konvencijos *travaux preparatoires*. Konvencijos rengėjai siekė suteikti kuo daugiau laisvės investicinių sutarčių šalims susitariant dėl pilietybės sąvokos, todėl paliko galimybę pačioms šalims nusistatyti pilietybės ribas, pabrėžė, kad „bet kokia nuostata, susijusi su pilietybės reikalavimo taikymu ar arbitražo išlyga, kuri pagrįsta objektyviais kriterijais, turi būti priimama [*accepted*]“ [14, p. 360–361]. Galima pagrįstai teigti, kad, aiškinant investuotojo apibrėžimą, VKTST 31 (1) straipsnis investicinės sutarties sąlygoms interpretuoti per ICSID konvencijos objektą ir tikslą (tai reikštų papildomų reikalavimų įtraukimą) neturėtų būti taikomas.

Panašiai pažymėta ir *Saluka Investments prieš Čekijos Respubliką* ginče [39]: „šis tribunolas neturi teisės į „investuotojo“ apibrėžimą įtraukti kitus reikalavimus, dėl kurių taikymo bendrovei būtų panaikinta sutarties apsauga, nors remiantis tik sutarties normomis tokia apsauga yra taikoma.“ [39, para 229].

Kitas argumentas, pagrindžiantis tikslo – objekto (teleologinio) metodo netaikymą, gali būti pateiktas remiantis VKTST 31 (3) (c) straipsniu, kuriame teigiama, kad: „be sutarties konteksto, atsižvelgiama į: visas šalių tarpusavio santykiams taikytinas atitinkamas tarptautinės teisės taisykles.“ Minėta, kad juridinių asmenų pilietybės aiškinimas jau buvo svarstytas daugelyje bylų, tačiau autoritetingiausias sprendimas šiuo klausimu buvo priimtas Tarptautiniame Teisingumo Teisme *Barselona Traction* byloje. Kadangi visuotinai pripažįstama, jog Tarptautinis Teisingumo Teismas formuoja tarptautinės teisės praktiką, galima teigti, kad bylose, aiškinant investuotojo apibrėžimą, remiantis VKTST 31 (3) (c) straipsniu, taip pat reikia atsižvelgti ir į šios bylos išaiškinimą.

Minėta, kad ši byla buvo susijusi su diplomatinės gynybos klausimais. Vis dėlto diskusijoje dėl juridinio asmens pilietybės svarbu tai, kad *Barselona Traction* byla patvirtino, jog juridinio asmens pilietybę iš esmės lemia įregistravimo vieta arba *siègesocial*. Nors yra autorių, teigiančių, kad *Barselona Traction* byla dėl naujos jurisprudencijos formavimosi šiuo klausimu nebėra taikoma [32, p. 94], galima paprieštarauti, jog buveinės registravimo vieta vis dar yra vienas iš pagrindinių argumentų, kuriuo grindžiama pilietybė ir šiuolaikinėje

teismų praktikoje. Be kita ko, yra autorių, kurie teigia, kad korporacinės pilietybės aiškinimas turėtų būti grindžiamas korporacijos ir ieškovo valstybės ryšio nustatymu [22]. Interpretuojant investuotojo sąvoką pirmiausia turėtų būti atsižvelgiama į minėtą teismų ir arbitražo tribunolų suformuotą praktiką, taip siekiant nuoseklumo ir užtikrinti teisėtą lūkesčių principą. Minėta, objekto-tikslo (teleologinis) požiūris, pagal kurį pirmiausia siūloma atsižvelgti į ICSID Konvencijoje nustatytą investuotojo apibrėžimą, gali pateikti nenuspėjamą interpretaciją ir turi didelę nenuoseklumo galimybę, nes šiuo požiūriu ignoruojamos konkrečios investicinės sutarties sąlygos. Be to, pastaruoju požiūriu ignoruojama ne tik teismų ar tribunolų suformuota praktika, bet ir pažeidžiamas šalių autonomiškumo principas ir pats šalių susitarimas. Toliau šis argumentas ir bus analizuojamas.

## **1.2. Susitarimo svarba tarptautiniame arbitraže**

Minėta, kad tarptautinė investicijų teisė gali būti apibrėžta kaip tarptautinės teisės posistemis. Be to, jos aiškinimo metodai ir principai skiriasi nuo tų, kurie naudojami tarptautinėje teisėje bendruoju požiūriu ir būtent todėl pastarieji ne visada gali būti taikomi tarptautiniuose investiciniuose ginčiuose. Kitas argumentas, pagrindžiantis formalaus metodo taikymą, susijęs su investicinės sutarties privalomumu ir paties susitarimo svarba tarptautiniame arbitraže.

Nors yra autorių, teigiančių, kad juridinių asmenų pilietybė nėra diskrecijos klausimas [12, p. 470], galima teigti priešingai – šalių apsisprendimo laisvė ir paties susitarimo esmė yra vienas iš pagrindinių arbitražo

principų, o investicinių sutarčių arbitražas neturi būti išimtis. Minėta, kad, vadovaujantis objekto – tikslo (teleologiniu) požiūriu teigiama, jog sprendžiant ginčą tribunolas turi „matyti toliau už šalių susitarimo ar dvišalės investicinės sutarties nuostatų ribų“. Taip buvo teigiama ir „*Vacum Salt*“ prieš *Gana* [40]: „šalys negali laisvai susitarti laikyti bet kurią priimančiosios valstybės bendrovę užsienio valstybės subjektu.“ [40, para 38]. Tačiau pabrėžtina, kad šalių laisvė ir ypač susitarimo laisvė yra pagrindinė jėga, skatinanti šalis perduoti ginčą arbitražui. Šį argumentą galima grįsti tuo, kad tarptautinio investicijų arbitražo proceso taisyklės ir metodai dažnai yra tapatūs taikomiems kituose tarptautiniuose komerciniuose arbitražuose.

Pagrindinis investicinio arbitražo ir komercinio arbitražo skirtumas yra ginčo šalys – investiciniame arbitraže atsakovas yra valstybė. Nors valstybė iš esmės kontroliuoja ginčo perdavimo arbitražui sąlygas (nes būtent ji teikia siūlymą investuotojui spręsti ginčus arbitraže pasirašydama dvišalę investicinę sutartį, o investuotojas sutinka su pateiktomis sąlygomis pareikšdamas reikalavimą arbitražo institucijai remdamasis dvišalės sutarties arbitražine išlyga), galima teigti, jog kartą investuotojui sutikus (pareiškus reikalavimą) su dvišalės investicinės sutarties sąlygomis, jų niekas negali pakeisti, išskyrus pačias šalis. Taigi, nors paties arbitražinio susitarimo sudarymas investicijų arbitraže skiriasi nuo komercinio arbitražinio susitarimo sudarymo, ši aplinkybė neturi įtakos pagrindiniams tarptautinio arbitražo principams. Todėl šalių autonomijos, kaip vieno iš pagrindinių tarptautinio arbitražo principų, turi

būti laikomasi ir investiciniame arbitraže. Šalių autonomija – esminis arbitražo principas, kuris suteikia šalims galimybę pačioms susitarti, kokiomis sąlygomis bus sprendžiamas jų ginčas atsižvelgiant į šalių poreikius ir bylos ypatumus. Be to, vienas iš pagrindinių šio principo pamatų teigia, jog tribunolo mandatą nustato šalių sudarytas arbitražinis susitarimas.

Grįžtant prie investuotojo sąvokos, šalių autonomijos principo ignoravimo pavyzdys gali būti *Amco Asia prieš Indoneziją* [41] arbitražas, kuriame tribunolas nurodė, jog nors investuotojo pilietybė ir buvo nustatyta šalių susitarime, „tačiau pačioje arbitražinėje išlygoje nebuvo poreikio konstatuoti numatytą pilietybę“ [41, para 341]. Kitaip tariant, šis tribunolas vadovavusi nuostata, kad ICSID konvencijos sąlygos, o ne konkrečios investicinės sutarties nuostatos, turi turėti viršenybę, todėl šalių susitarimo ir autonomijos principo svarba yra paneigiama. Kaip priešingą nuomonę pareiškėtai „*Amco Asia*“ prieš *Indoneziją* byloje nuomonei, galima remtis „*Saluka Investments*“ prieš *Čekijos Respubliką* išaiškinimu: „Tribunolas negali šalims primesti „investuotojo“ apibrėžimo, išskyrus atvejus, kai jos pačios sutinka. Sutartimi buvo susitarta, kad reikalinga tik tai, kad ieškovas-investuotojas būtų įsteigtas pagal teisės aktus (šioje byloje) Nyderlanduose ir tribunolas negali papildyti šio susitarimo jokiais kitais reikalavimais, kuriuos galėjo įtraukti pačios šalys, tačiau to nepadarė“ [39, para 240–241].

Galima teigti, kad „*Saluka Investments*“ prieš *Čekijos Respubliką* sprendimas rėmėsi šalių autonomijos principu, o investuotojo apibrėžimas buvo aiškinamas atsižvelgiant

į pagrindinius tarptautinio arbitražo principus ir pačią sutartį. Be to, susitarimo svarbą pabrėžia ir kiti autoriai, pavyzdžiui, prof. Sornarajah teigia, jog tuo atveju, kai nėra aiškaus susitarimo, iš kurio būtų galima spręsti, kad korporacija traktuojama kaip kitos valstybės subjektas, ICSID tribunolui nėra suteikiamas mandatas traktuoti korporaciją kaip nors kitaip, nei tai daro nacionalinė valstybė, kurioje šis subjektas įregistruotas [25, p. 173–222]. Šiai išvadai pritaria ir EBPO (Ekonominio bendradarbiavimo ir plėtros organizacija), kuri teigia, kad tribunolas privalo gerbti šalių autonomiją [33, p. 38].

Todėl, vėlgi galima teigti, kad teleologinis požiūris nėra tinkamas investuotojo apibrėžimui aiškinti, nes pagrindinis „svoris“ turi būti suteikiamas ne ICSID konvencijoje pateiktam abstrakčiam investuotojo apibrėžimui, o šalių susitarimui, kuriuo jos apibrėžia investuotoją. Būtent todėl formalus požiūris ir atsižvelgimas į dvišalės investicinės sutarties sąlygas turėtų būti pripažįstamas kaip tinkamiausias investuotojo sąvokos aiškinimo ir interpretavimo metodas.

### **1.3. ICSID konvencija siekiama išplėsti arbitražo jurisdikciją ar ją apriboti?**

Analizuojant nurodytus interpretavimo metodus, turi būti sprendžiamas ir ICSID konvencijos taikymo klausimas. Minėta, kad tribunolai, kurie remiasi teleologiniu aiškinimo požiūriu, pritaria „platesniam interpretavimui“ ir taip išplečia savo jurisdikciją už teisinio pagrindo ribų [19, p. 23]. Tačiau investicinio arbitražo praktika šiuo klausimu yra gana prieštaringa. Vienas iš pagrindinių tribunolų argumentų yra tas,

kad pagal ICSID konvencijos 25(2)(b) straipsnyje nurodytą platų investuotojo apibrėžimą reikalaujama, jog tribunolas iš esmės pats išplėstų savo jurisdikciją. Tribunolas „*Wena Hotels*“ [42] arbitraže nusprendė:

„ICSID konvencijos 25(2)(b) straipsnis skirtas ICSID tribunolo jurisdikcijai išplėsti, leidžiant ginčo šalims nuspręsti, kad kitos susitariančios valstybės subjekto dukterinė įmonė, kuri įregistruota priimančiojoje valstybėje (ir todėl, be abejo, yra „vietos subjektas“), bus savaime traktuojama kaip kitos susitariančiosios valstybės subjektas“ [42, para 888].

Byloje *Autopista prieš Venesuelą* [43, para 109] tribunolas priėjo prie tos pačios išvados, kad ICSID 25(2)(b) straipsnio objektas ir tikslas nėra apriboti tribunolo jurisdikciją, bet nustatyti jos „išorines ribas“. Tačiau galima teigti, kad šie išaiškinimai prieštaringi. Minėti tribunolai teigia, kad ICSID 25(2)(b) straipsnis išplečia tribunolo jurisdikciją, tačiau šiuose sprendimuose taip pat teigiama, jog ICSID 25(2)(b) straipsnis „leidžia šalims nustatyti“ savybes, kurias turi turėti investuotojas. Akivaizdu, jog nusistačiusios tokius reikalavimus / savybes, kurias turi atitikti investuotojas, šalys apriboja savo pasirinkimą ir nusibrėžia investuotojo sąvokos ribas. Rezultatas – šalys apriboja ir tribunolo jurisdikciją.

Jeigu šalys nenustatė reikalavimų ir savybių, kurias turi įgyti investuotojas, norintis pareikšti ieškinį pagal dvišalę investicinę sutartį, ICSID 25(2)(b) straipsnis turi būti pagrindinis tribunolo jurisdikcijos nustatymo šaltinis. Tačiau galima pastebėti, kad teleologinis požiūris laikosi atvirkštinio kelio. Pavyzdžiui, „*Klockner*“ prieš *Kamerūną*



[44] byloje buvo nagrinėjamas klausimas dėl Vokietijos bendrovės, kuri įsipareigojo (pagal 1973 m. susitarimą tarp „Klockner“ ir Kamerūno, kuriame taip pat įtraukta ir ICSID arbitražo išlyga, pastatyti ir valdyti gamyklą Kamerūne per vietoje įregistruotą bendrą įmonę „SOCAME“. Kilus ginčui, Kamerūnas prieštaravo ICSID tribunolo jurisdikcijai teigdamas, kad „SOCAME“ yra Kamerūno pilietybės bendrovė, o ne „kitos susitariančiosios valstybės subjektas“ pagal ICSID konvenciją [44, para 37]. Tačiau tribunolas nusprendė, kad ICSID arbitražinės išlygos įtraukimas yra savaime pakankamas pagrindas, kuris iš anksto numato ir reiškia, kad šalys sutiko laikyti „SOCAME“ užsienio šalyje įregistruota bendrovė, ir to savaime pakako nuspręsti, kad ši bendrovė „kitos susitariančiosios valstybės subjektas“, kaip tai apibrėžiama ICSID 25(2)(b) straipsnyje [44, para 38]. Taip pat reikia pažymėti, kad ginčo metu vyriausybė perėmė „SOCAME“ valdymą, tapdama pagrindine akcininke. Nepaisant to, kad pats arbitražo sprendimas vėliau buvo panaikintas *ad hoc* komiteto, galima teigti, kad tribunolas šiuo klausimu nepagrįstai plačiai aiškino minėtą straipsnį. ICSID 25(2)(b) straipsnyje teigiama, kad: „Kitos susitariančiosios valstybės fizinis ar juridinis asmuo yra: kiekvienas juridinis asmuo, buvęs susitariančiosios valstybės, nesančios to ginčo šalimi, nacionaliniu subjektu, ir kiekvienas juridinis asmuo, kuris tuo metu buvo susitariančiosios valstybės – ginčo šalies nacionaliniu subjektu“. Taigi šiuo atveju tribunolas išplėtė savo jurisdikciją, naudodamasis plačia ICSID 25(2)(b) straipsnio formulute.

Tačiau galima teigti priešingai – ICSID 25(2)(b) straipsnis turi riboti tribunolo

jurisdikciją neperžengiant šalių susitarimo ribų. Kaip teigia kai kurie autoriai, jei į susitarimą įtraukta arbitražo išlyga reiškia, kad priimančioji valstybė taip pat sutinka traktuoti savo nacionalinę korporaciją kaip užsienio korporaciją, tada visos nuostatos, susijusios su šalių susitarimu traktuoti susitariančios valstybės piliečius kaip kitos susitariančios valstybės piliečius, ICSID 25(2)(b) straipsnyje atrodo nebereikalingos [11, p. 355]. Šiame kontekste tribunolo argumentacija „*Vacum Salt*“ prieš *Gana* byloje atrodo logiškesnė: „ICSID 25(2)(b) straipsnis reikalauja, kad tarp šalių būtų toks susitarimas, kuriuo remiantis, šalis, nors ir nacionalinis vienos susitariančiosios valstybės subjektas, ginče būtų traktuojamas kaip kitos susitariančiosios valstybės nacionalinis subjektas.“ [40].

Ši tribunolo argumentacija pabrėžia, kad visų pirma turi būti šalių susitarimas. Todėl galima pagrįstai teigti, kad ICSID Konvencijos 25(2)(b) straipsnis atitinkamai riboja tribunolo jurisdikciją ir jos neišplečia, nes pagrindinis kriterijus, į kurį pirmiausia reikia atsižvelgti vertinant jurisdikcijos ribas, yra investicinių sutarčių nuostatos ir tik paskui ICSID konvencijos nuostatos.

Apibendrinant minėtus teiginius reikia pabrėžti, kad tarptautinė investicijų teisė turi specifinių savybių ir gali būti vertinama kaip tarptautinės teisės sistemis. Pastarasis teiginys reiškia, kad dėl specifinių tarptautinės investicijų teisės savybių, išvados arba rezultatai, gauti naudojantis tarptautinėje teisėje taikomais principais, neturėtų viršyti ribų, nustatytų pačioje investicinėje sutartyje. Analogiškai tribunolas neturi aiškinti investicinės sutarties tokiu būdu, kuris be pagrindo išplėstų jo

jurisdikciją. Be to, objekto-tikslo aiškinimo metodu (ICSID konvencijos priešpriešiniu investiciniam susitarimui) nepaisoma vieno iš pagrindinių tarptautinio arbitražo elementų – šalių susitarimo. Todėl tribunolai neturėtų be pagrindo plėsti savo jurisdikciją. Šiuo požiūriu taip pat svarbus ir tarptautinės investicinės sutarties tikslas, jį taip pat reikėtų paanalizuoti.

#### ***1.4. Treaty shopping ir tarptautinio investavimo tikslas***

Pirmiau pateiktose išvadose minėta, kad formalus investuotojo apibrėžimo aiškinimo požiūris pagrįstas nei teleologinis požiūris, tačiau reikia pažymėti, jog formalus aiškinimas plačiai atveria ir skatina *treaty shopping* praktiką. Pagal formalų investuotojo sąvokos apibrėžimo aiškinimą reikalaujama, kad tribunolas nesikištų daugiau, nei numato investicinės sutarties sąlygos ir nuostatos, dėl kurių šalys susitarė. Verta prisiminti, kad investicinės sutarties objektas ir tikslas yra skatinti tarptautines investicijas. Todėl galima teigti, kad *treaty shopping* praktikos įsigalėjimas rodo didėjančius tarptautinių investicijų srautus iš vienos šalies į kitą. Taigi, nepaisant ekonominio požiūrio taško, plačiai aptartas investicinių sutarčių tikslas yra pasiektas – kapitalas perduotas iš vienos šalies į kitą, privatūs investuotojai kuria pridėtinę vertę priimančiosiose šalyse. Vis dėlto, remiantis teisiniu požiūriu, priimančiosios šalys nurodo, kad juridinio asmens pilietybės naudojimas formuojant investicijas ir taip vengiant atsakomybės pasinaudojant ofšorinėmis bendrovėmis yra nepriimtinas ir apibrėžiamas kaip piktnaudžiavimas teise arba sąžiningumo principo pažeidimas.

Taigi, turi būti atsižvelgta ir į tai, kaip tribunolai yra linkę argumentuoti korporacijų pilietybės naudojimą savo tikslams, t. y. *treaty shopping* praktika.

Daugelis tribunolų, kurie savo sprendimuose taikė objekto-tikslo požiūrį, rėmėsi loginiu pagrindu, pagal kurį „grindė savo sprendimus, realiai įvertindami situaciją prieš juos“ [45, para 11]. Be to, kai kurie autoriai teigia, kad ICSID sistema negali leisti piktnaudžiavimo praktikos, kai yra pasinaudojama vien investicijomis neatsižvelgiant į ekonominę realybę [17, p. 167]. Kaip tokios nuomonės kontrargumentas būtų „*Mobil*“ prieš *Venesuelą* [46], kurioje pateikiama priešinga nuomonė. Šioje byloje ginčas kilo Venesuelos vyriausybei padidinus pajamų mokesčių ir kitus mokesčius naftos perdirbėjams. Be to, vyriausybė nacionalizavo įvairius naftos ir dujų pramonės objektus. Pastaruosius projektus valdė ir „*Mobil Corporation*“. Todėl „*Mobil*“ (*Venezuela Holdings*) kreipėsi į investicijų arbitražą pagal Nyderlandų–Venesuelos investicijų sutartį į ICSID tribunolą. *Treaty shopping* kontekste yra svarbu tai, kad Venesuela prieštaravo tribunolo jurisdikcijai, nurodama, kad „*Venezuela Holdings*“ yra „naudos korporacija“, įsteigta numatytam bylinėjimuisi prieš Venesuelos Respubliką ir kurios vienintelis tikslas buvo pasinaudoti ICSID konvencijos jurisdikcija, todėl šalis priėjo prie išvados, kad „tai yra akivaizdus piktnaudžiavimas juridinio asmens forma ir tokios *treaty shopping* praktikos negalima toleruoti“ [46, para 27]. Atsakydama į šiuos kaltinimus „*Mobil*“ neslėpė fakto, kad 2004–2006 m. per holdingo bendrovę Nyderlanduose jų investicijos buvo restruktūrizuotos. Kaip nurodė „*Mobil*“, procesas

prasadėjo 2004 m. pabaigoje, iš karto po to, kai atsakovas padidino naftos išgavimo mokesčius. Be to, vienas iš „Mobil“ projektų buvo baigtas 2006 m., t. y. gerokai prieš Venesuelos Respublikos pareiškimą, kad ji ketinanti nacionalizuoti šį „Mobil“ projektą. Taip pat korporacija teigė, kad „Venezuela Holdings“ nebuvo „naudos korporacija“, kurios vienintelis tikslas – patekti į ICSID jurisdikciją, o pareiškė, jog Venesuelos prieštaravimas šiuo pagrindu netinkamas tiek faktiniu, tiek teisiniu pagrindu. Ieškovai teigė, kad nėra teisinio pagrindo taikyti pilietybės reikalavimus, nesusiejus jų su sutartimi arba neatsižvelgiant į holdingų pilietybę [46, para 50].

Visų pirma, aptardamas argumentus dėl *treaty shopping* praktikos, tribunolas išnagrino piktnaudžiavimo teise tarptautinėje teisėje sąvoką ir teigė, kad piktnaudžiavimas teise kiekvienu atveju turi būti nustatomas atsižvelgiant į visas bylos aplinkybes. Tribunolas nurodė, kad pagrindinis, jei nevienintelis restruktūrizavimo tikslas buvo apsaugoti „Mobil“ investicijas nuo nepalankių Venesuelos taikomų priemonių ir patekti į ICSID arbitražą per Olandijos–Venesuelos dvišalę investicijų sutartį, ir svarbiausia, priėjo prie išvados, jog investicijų apsauga nuo Venesuelos valdžios padarytų investuotojo teisių pažeidimų, siekiant patekti į ICSID arbitražą per dvišalę investicijų sutartį, yra visiškai teisėtas tikslas [46, para 204]. Tačiau tribunolas taip pat pabrėžė, jog būtina atsižvelgti ir į tokio restruktūrizavimo laiką, ir pareiškė, kad tribunolas turi jurisdikciją tik kiliantiems ginčams, t. y. tiems, kurių kyla po restruktūrizacijos. Pastarasis argumentas, kaip teigia kai kurie autoriai, galėtų sukelti problemų,

nes būtų sunku rasti atsakymą „sudėtinio pažeidimo“ bylose, tokiose kaip antai netiesioginė ekspropriacija, kuri atsiranda prieš pradedant restruktūrizavimą, tačiau pasiekia kulminaciją tik tada, kai įvyksta reorganizacija [15, p. 36]. Nepaisant to, svarbus *treaty shopping* analizės aspektas yra tas, kad tokia praktika buvo priimta ir pripažinta teisėta ir racionalia. Be to, galima tvirtinti, kad tribunolas pripažino, jog *treaty shopping* praktika yra įprastas tarptautinio verslo metodas ir tribunolo teisiųjų priemonių rinkinyje nėra realių poveikio priemonių prieš tokią investuotojų praktiką. Minėta, kad pačios šalys savo tarptautinių investicijų susitarimuose turi numatyti investuotojo apibrėžimo aiškinimo ribas.

Kita byla, kurioje priimančioji šalis apkaltino ieškovą naudojant *treaty shopping* praktiką, yra „Yukos“ prieš Rusiją [47] arbitražas pagal UNCITRAL 1967 taisyklės dėl Energetikos chartijos sutarties (ECS) sąlygų pažeidimo. Nors iki šios dienos (2013-01) yra paskelbtas tik preliminarus sprendimas dėl jurisdikcijos, prieštaravimai dėl tribunolo jurisdikcijos *treaty shopping* kontekste yra labai svarbūs, nes reikalaujamas 100 milijardų JAV dolerių žalos atlyginimas daro šį ginčą vienu iš didžiausių investicinių ginčų arbitražo istorijoje.

Pagrindinis Rusijos Federacijos argumentas – tribunolas neturi jurisdikcijos *ratione personae*, nes ieškovai yra ofšorinės bendrovės (angl. *shell companies*) [47, para 42]. Be to, atsakovas teigė, kad nominalios ieškovų („Yukos Universal Limited“) investicijos į „Yukos“ yra efektyviai valdomos Rusijos oligarchų. Taip pat Rusijos Federacija teigė, kad „Yukos Universal Limited“ dominuoja Rusijos oligarchai, veikiantys

per multiofšorines įmones, ir vienas iš pagrindinių šios sudėtingos teisinės struktūros tikslų – vykdyti Rusijos oligarchų pavedimus veikti neskaidriai, tačiau *de facto* išsaugoti oligarchams tęstinę „Yukos“ akcijų nuosavybę ir kontrolę. Todėl atsakovas nurodė, kad bendrovė, dominuojanti ir valdoma priimančiosios valstybės piliečių, neturi teisės pareikšti ieškinio priimančiajai valstybei. Taigi pagrindinis išdėstytų faktų argumentas – ne „Yukos Universal Limited“, registruota Jungtinėje Karalystėje, o privatūs Rusijos piliečiai buvo tikrieji investicijų savininkai ir tikrieji valdytojai.

Ieškovas, „Yukos Universal Limited“, pareiškė, kad veikia pagal įstatymus, taikomus Jungtinėje Karalystėje, todėl atitinka Energetikos chartijos sutarties 1(7)(a)(ii) straipsnį, kuriame investuotojas apibrėžiamas kaip „(ii) bendrovė ar kita organizacija, organizuota pagal įstatymus, taikomus susitariančiojoje šalyje“. Be to, „Yukos Universal Limited“ teigė, kad tiksliai sutarties formuluotė negali būti nusverta tariamų bendrų teisės principų ir tribunolas negali ignoruoti aiškios sutarties kalbos. Ieškovas teigė, kad bet koku atveju įmonės pilietybė nustatoma pagal įmonės registravimo valstybę ir tai yra labiausiai paplitęs korporacinės pilietybės nustatymo būdas šiuaolaikinėse dvišalėse investicinėse sutartyse ir tarptautinėje teisėje [47, para 22].

Nors Rusijos Federacija pasitelkė 13 teisės profesorių ekspertų išvadų (lyginant su dviem „Yukos“ profesoriais), tribunolas palaikė „Yukos“ poziciją. Pirmiausia tribunolas nurodė, kad ECS nėra kitų reikalavimų, susijusių su investuotojo pilietybe, išskyrus tą, kad ieškovo bendrovė turi veikti pagal teisę, taikomą susitariančiojoje šalyje. Taip

pat tribunolas nurodė, jog ieškovas veikė „pagal taikomą teisę“ susitariančiojoje šalyje ir todėl tribunolas neturi teisės kitaip traktuoti ECS sąlygų.

Abi bylos, „Mobil“ prieš *Venesuelą* ir „Yukos“ prieš *Rusiją*, yra svarbios sprendžiant priimančiųjų šalių argumentus dėl *treaty shopping* praktikos. Pirmiausia reikia pabrėžti, kad šalys ratifikuoja arba pasirašo investicines sutartis tik nuodugniai apsvarsčiusios susitarimo sąlygas ir prisiimamus išpareigojimus. Todėl šalys žino apie įmanomą ar tikėtiną potencialių investuotojų įsisteigimo „tinkamoje“ šalyje praktiką. Be kita ko, vis daugiau tarptautinių korporacijų įtraukia geriausios dvišalės investicinės sutarties analizę į savo darbų sąrašą svarstydamos galimybę investuoti už išsivysčiusio pasaulio ribų, taigi „*treaty shopping*“ praktika neturėtų stebinti [30].

Kaip teigė Rusijos Federacija byloje „Yukos“ prieš *Rusiją*, tribunolas neturi apsiriboti korporacine struktūra arba juridinio asmens pilietybe, tačiau turi išaiškinti tikruosius investicijos naudos gavėjus. Todėl tokiose bylose nuolat iškyla tikrųjų savininkų klausimas. Minėtoje „*Tokios Tokelės*“ prieš *Ukrainą* 99 proc. akcininkų buvo Ukrainos piliečiai. Problema atrodo panaši abiejose bylose, „Yukos“ prieš *Rusiją* ir „*Tokios Tokelės*“ prieš *Ukrainą*, buvo teigiama, kad tikrieji naudos gavėjai yra priimančiosios šalies piliečiai. Vis dėlto galima teigti, kad tikrosios naudos gavėjai ir korporacinė struktūra arba juridinio asmens pilietybė neturėtų būti gretinamos arba lyginamos. Pirma, naudos gavėjų prilyginimas korporacijai reikštų fizinių asmenų prilyginimą juridiniams asmenims. Antra, pagrindinis verslo subjektų tikslas – kurti

verslą saugiai, be grėsmės asmeninei gerovei. Todėl tokios struktūros, pavyzdžiui, ribotos atsakomybės bendrovės ar akcijų valdytojo teisės, naudojamos kaip įrankiai apsaugoti asmeninį turtą. Trečia, tarptautinės investicijos pritraukia įvairių pilietybių investuotojus, investuotojus, turinčius dvigubą pilietybę, investuotojus, kurie pakeičia pilietybę, ir pan. Taip pat pilietis gali perduoti savo akcijas bendrovei su kita pilietybe, tačiau bendrovė ir jos investicija nenustoja egzistuoti, o įmonės teisės ir įsipareigojimai lieka nepasikeitę. Todėl naudos gavėjo pilietybė neturi būti viršesnė už korporacinę pilietybę. Kaip pavyzdį galima pateikti tarptautinius investicijų fondus, kurie įregistruoti tam tikrose šalyse, tačiau tikrieji naudos gavėjai gali būti šimtai ir net tūkstančiai skirtingų pilietybių asmenų. Taigi, korporacinė pilietybė turėtų būti atskirta nuo tikrųjų naudos gavėjų pilietybės.

Be kita ko, galima teigti, kad investicinės sutartys ir *treaty shopping* praktika yra vienas kito rezultatas, o tiksliau – tarptautinių investicijų skatinimas paskatino *treaty shopping* praktiką. Todėl platus investuotojo apibrėžimas pagal tarptautines investicines sutartis paskatino korporacijas nukreipti jų investicijas į tam tikras valstybes. Kita vertus, valstybės yra laisvos apibrėžti investuotoją investicinėje sutartyje ir valdyti tribunolo jurisdikciją *ratione personae* įtraukiant daugiau savybių ir reikalavimų, kuriuos turi turėti investuotojas, norėdamas pareikšti ieškinį dėl investicinės sutarties pažeidimo. Yra pavyzdžių, kada valstybės apskritai nusprendė pasitraukti iš investicinių sutarčių, pavyzdžiui, Bolivijos ir Ekvadoro pasitraukimas iš ICSID konvencijos. Tačiau galima teigti, kad sutarties

denonsavimas yra kraštutinis žingsnis, kurį šalis turėtų žengti tik nesant jokių kitų priemonių, kurių būtų galima imtis norint valdyti užsienio investuotojų pateikiamų ieškinių mastą ir kartu pritraukti užsienio investicijų. Šis klausimas aptariamas toliau.

## 2. Sutarties apsaugos atsisakymas

### 2.1. Atsisakymas taikyti apsaugą

Reikia pažymėti, kad paprastai priimančiosios šalys preliminariniame ginčo etape arba arbitražo jurisdikcijos nustatymo etape yra linkusios aiškinti investuotojo apibrėžimą labiau joms naudingą būdu. Valstybės, siekdamos pašalinti tam tikrų investuotojų galimybę pareikšti ieškinį, yra linkusios naudoti teleologinį aiškinimo metodą (t. y. vartoti išskirtinai ICSID konvencijos apibrėžimą) arba apkaltinti investuotoją naudojant *treaty shopping* praktiką. Tačiau minėta, kad šie metodai negali būti visada veiksmingi ir pagrįsti.

Kita vertus, yra būdų, kuriais naudodamosi valstybės gali iš anksto užkirsti kelią *treaty shopping* praktikai ir tam tikriems investuotojams netaikyti sutarties apsaugos. Vienas iš būdų – įtraukti į susitarimą atsisakymo taikyti apsaugą / privilegijas sąlygą (angl. *denial of benefits clause*). Tokios sąlygos įtraukimas į investicinę sutartį yra pagrįstas būdas prieštarauti *ratione personae* jurisdikcijai, nes kai tokia sąlyga įtraukta į šalių susitarimą, yra laikomasi sutarties sąlygų ir šalių autonomijos principo [29, p. 481]. Apsaugos atsisakymo sąlygų galima rasti įvairiose investicinėse sutartyse, pavyzdžiui, ECS 17(1) straipsnyje numatyta, kad: „Kiekviena susitariančioji šalis pasilieka teisę paneigti šios dalies apsaugą: (1) teisėtam ūkio subjektui, jeigu

trečiosios valstybės piliečiai ar gyventojai tokį subjektą turi savo nuosavybėje ar kontroliuoja, ir jeigu nevykdo pagrindinės verslo veiklos susitariančiosios šalies teritorijoje, kurioje jis buvo organizuotas ...“ Atsisakymo taikyti apsaugą sąlygų pavyzdžių galima rasti ir daugelyje dvišalių investicinių sutarčių, pavyzdžiui, Švedijos ir Bulgarijos dvišalės investicijų sutarties I(c) straipsnyje teigiama, kad, atsižvelgiant į investuotojo apibrėžimą „Kiekviena susitariančioji šalis pasilieka teisę paneigti bet kokią juridinio asmens susitarimu garantuotą naudą, jeigu bet kokios trečiosios valstybės piliečiai valdo tokį juridinį asmenį ir minėtas juridinis asmuo yra registruotas vienos iš susitariančiųjų šalių teritorijoje, bei turi vienintelį arba dominuojantį tikslą investuoti į susitariančiosios šalies teritoriją“ [8, 18, p. 71]. Galima teigti, jei tokia sąlyga būtų buvusi Lietuvos ir Ukrainos dvišalėje investicijų sutartyje, jurisdikcijos problemos „*Tokios Tokelės*“ prieš Ukrainą arbitraže būtų išvengta.

Vis dėlto ši sąlyga turi ir trūkumų. Visų pirma ir svarbiausia yra tai, kad tokios sąlygos naudojimas, prieštaraujant tribunolo jurisdikcijai, retai kada buvo sėkmingas. Nors ir buvo nemažai arbitražų, kuriuose priimančiosios valstybės rėmėsi tokia sąlyga, tribunolai į tai žiūrėjo labai griežtai ir įtraukė papildomus reikalavimus priimančiosioms valstybėms, norinčioms naudotis šia sąlyga. Kaip teigia autoriai, nuolaidų atsisakymo sąlyga praktiškai yra neveiksminga, nes paprastai reikalaujama, kad valstybės išpėtų investuotojus apie apsaugos atsisakymą dar prieš investuojant [20, p. 35]. *Plama prieš Bulgariją* [48] arbitražas gali būti apsaugos atsisakymo

sąlygos taikymo pavyzdys, kuriame buvo atsisakyta taikyti šią sąlygą dėl išpėjimo reikalavimo nesilaikymo. Šioje byloje Bulgarijos vyriausybė, gavusi ieškovo prašymą dėl arbitražo, laiškė ICSID pasinaudojo teise, numatyta 17(1) ECS, paneigti ECS apsaugą ieškovui, teigdama, kad trūksta įrodymų dėl nuosavybės ir valdymo, bei nurodė, kad ieškovas yra „pašto dėžutės“ bendrovė registruota Kipro Respublikoje, kuri neužiima jokia esmine verslo veikla; nebuvo nustatyta, kad ji priklauso arba yra valdoma ECS susitariančiųjų valstybių piliečių [48, para 31]. Vis dėlto tribunolas nurodė, kad „teisės“ egzistavimas skiriasi nuo naudojimosi šia teise, todėl, remiantis 17(1) ECS straipsniu, susitariančioji šalis turi teisę paneigti investuotojo apsaugą, tačiau neprivalo pasinaudoti šia teise ir gali ja niekada nesinaudoti [48, para 155]. Be to, tribunolas nurodė, kad tokios sąlygos taikymas turėtų būti susietas su viešu ar kitokiu išpėjimu, kuris taptų pakankamai prieinamas investuotojui ir jo patarėjams, todėl susitariančioji valstybė privalo pasinaudoti šia teise, prieš taikydama tokia sąlygą investuotojui. Be to, turi būti įrodyta, kad tai buvo padaryta. Paprasčiau tariant, tribunolas nurodė, jog priimančioji valstybė, prieš kylant bet kokiam ginčui, turi pranešti tam tikram investuotojui, kad šalis pasinaudos apsaugos paneigimo sąlyga.

Kita vertus, galima teigti, kad tribunolas šiame arbitraže anuliuo apsaugos paneigimo sąlygą, remdamasis abejotinais argumentais. Pirma, nurodydamas, kad priimančioji valstybė turi teisę, bet gali niekada ja nepasinaudoti, tribunolas turėjo atsižvelgti į faktą, kad investuotojas taip pat turi teisę pradėti arbitražą prieš priimančiąją

valstybę ir taip pat gali niekada nepasinaudoti šia teise. Todėl abiejų šalių pareigos ir teisės turi turėti vienodus svetus, t. y. jei valstybė iš anksto privalo įspėti tam tikrus investuotojus, kad gali pasinaudoti apsaugos paneigimo sąlyga, tada ir priimančioji valstybė turi teisę iš anksto žinoti, ar kai kurie investuotojai gali pradėti arbitražo procesą. Antra, galima teigti, kad viešo paskelbimo reikalavimas jau buvo įvykdytas, kai šalis pasirašė susitarimą, nes apsaugos paneigimo sąlyga yra ECS dalis, kuri yra viešai prieinama nuo pat jos sukūrimo, taigi šalis ir investuotojai žino tokią sąlygą dar iki investicijai atsirandant.

Dar vienas argumentas *Plama prieš Bulgariją* byloje buvo tas, kad apsaugos paneigimo sąlyga yra susijusi su ginčo esme (*merits*). Vis dėlto, kaip teigia autoriai, toks samprotavimas yra klaidingas, nes apsaugos paneigimo sąlyga turi būti taikoma proceso pradžioje, siekiant nustatyti, ar ieškinys iš tikrųjų priimtinas (*jurisdiction*) [16, p. 469–470].

Kitas svarbus aspektas analizuojant apsaugos paneigimo sąlygą buvo iškeltas ir „*Yukos*“ prieš *Rusiją* arbitraže, kur tribunolas sutiko su ieškovo argumentu, jog paneigimo teisė veikia tik perspektyviai. Tiksliau tariant, apsaugos paneigimo sąlyga gali veikti tik perspektyviai ir negali daryti įtakos atgaline data, t. y. ji gali turėti įtaką tik naujiems neteisėtiems veiksams, vykstantiems po tos dienos, kada pasilikta teise buvo veiksmingai pasinaudota [47, para 458].

Galima teigti, kad apsaugos paneigimo sąlyga galėtų būti vienas iš pagrindinių būdų priimančiosioms valstybėms gintis nuo „pašto dėžučių“ bendrovių reikalavimų.

Vis dėlto, norint, kad tokia sąlyga veiktų, ji turi veikti kaip pretenzijų priėmimo kliūtis ir būti panaudota dar iki arbitražo bylos iškėlimo. Be to, galima teigti, kad įspėjimo reikalavimas prideda papildomą reikalavimą priimančiajai šaliai ir apsunkina apsaugos paneigimo sąlygos taikymą.

## 2.2. „Korporacijos šydo pakėlimas“

Kitas priimančiųjų šalių įrankis, naudojamas apsaugoti nuo *treaty shopping* praktikos, yra „korporacijos šydo pakėlimas“ (angl. *piercing the corporate veil*). Sprendimą „pakelti korporacijos šyda“ galima apibūdinti kaip teisinį sprendimą traktuoti korporacijos teises ir pareigas kaip jos akcininkų ar vadovų teises ir pareigas. Todėl investicijų arbitražo kontekste „korporacijos šydo pakėlimas“ reikštų investuotojo ne kaip bendrovės, bet kaip tam tikro bendrovės akcininko, vadovo ar direktoriaus apibrėžimą. Vadinasi, tai taip pat reikštų, kad bendrovės negali užsiimti *treaty shopping* praktika, nes korporacinė pilietybė nebūtų pagrindinis investuotojo apibrėžimo aspektas. Vis dėlto, kaip ir buvo minėta, verslui ir kapitalo plėtrai yra svarbu atskirti juridinį asmenį ir tikruosius verslo naudos gavėjus, todėl „korporacijos šydo pakėlimo“ pagrindas ir esmė turi būti aiškiai pagrįsti. Be to, toks instrumentas gali būti naudingas priimančiosioms šalims, tačiau gali lemti ir didelę žalą daugianacionalinėms korporacijoms.

„Korporacijos šydo pakėlimo“ doktrinos naudojimo pavyzdys gali būti „*Loewen*“ [49] byla. Po to, kai ieškovas JAV paskelbė bankrotą, visos jo verslo operacijos buvo reorganizuotos į naują JAV bendrovę „*Canadian Loewen Group*“, kuri prieš pat

jai pasitraukiant iš verslo perleido ir visas NAFTA ieškinio teises, nuosavybės teises ir palūkanas naujai įkurtai bendrovei, pavadintai „Nafcanco“ [21]. Nors tribunolas pareiškė, kad „Nafcanco“ buvo lengvai įsimenantis pavadinimas, tribunolo nuomone, ne „Nafcanco“, o naujoji JAV korporacija turi būti laikoma „tikruoju“ ieškovu [49, para 237].

Tačiau kaip teigia kai kurie autoriai, tribunolai, sprendami ar „pakelti korporacijos šyda“, yra pasidaliję į dvi grupes [26, p. 177]. „*Tokios Tokelės*“ prieš Ukrainą byloje priimančioji šalis taip pat teigė, kad tribunolas turi „pakelti korporacijos šyda“, nes tikrieji investicijų savininkai buvo Ukrainos piliečiai. Tačiau reikėtų atkreipti dėmesį ir į „*Traction*“ prieš *Barselona* bylą [35], kurioje Tarptautinis Teisingumo Teismas nurodė, jog „korporacijos šydo pakėlimo“ doktrina turi būti taikoma tik tam tikromis aplinkybėmis: „gausybė jau sukauptos praktikos rodo, kad „šydas yra pakeliamas“, pavyzdžiui, siekiant išvengti piktnaudžiavimo juridinio asmens teisėmis, kaip ir tam tikro sukčiavimo arba tarnybinio nusižengimo, siekiant apsaugoti trečiuosius asmenis, tokius kaip kreditoriai arba pirkėjai, arba siekiant išvengti teisinių reikalavimų arba įsipareigojimų.“ [35, para 58]

Todėl, kaip galima matyti iš Tarptautinio Teisingumo Teismo sprendimo išaiškinimo, „korporacijos šydo pakėlimas“ turėtų būti taikomas tik siekiant išvengti sukčiavimo arba piktnaudžiavimo. Be to, svarbu apibrėžti, kas iš tikrųjų yra sukčiavimas ir piktnaudžiavimas tarptautinių investicijų kontekste. Pavyzdžiui, *Phoenix Action prieš Čekijos Respubliką* [50] byloje tribunolas nustatė, kad ieškovas „investavo“ ne

turėdamas tikslą verstis ekonomine veikla, bet siekdamas vienintelio tikslo – iškelti tarptautinę bylą Čekijos Respublikai, todėl tribunolas konstatavo, jog toks sandoris nėra *bona fide* sandoris ir ši investicija negali būti ginama pagal ICSID sistemą [50, para 152]. Tačiau taip pat galima teigti, kad investicijos struktūrizavimas ir korporacinės pilietybės naudojimas siekiant įgyti tam tikrą investicijų sutarties apsaugą neturėtų būti apibrėžiamas kaip sukčiavimas ar piktnaudžiavimas teise, nes tai prieštarautų pagrindiniam investicijų sutarčių tikslui – skatinti „tarptautines“ investicijas. Be to, kaip teigia autoriai, yra svarbu, ar priimančioji valstybė žino tikrąjį juridinio asmens statusą / investuotojo pilietybę, nes mažai tikėtina, kad investuotojai, kurie nebandys nuo valstybės slėpti savo nacionalinio identiteto, bus apkaltinti sukčiavimu ar piktnaudžiavimu sutartimi [31, p. 19]. Taip pat galima teigti, jei investuotojams bus trukdoma pasinaudoti investicinės sutarties apsauga dėl jų korporacinės pilietybės, tada *treaty shopping* praktikos nebūtų galima išvengti, atvirkščiai, – ji būtų skatinama. Todėl būtina pažymėti, kad „korporacijos šydo pakėlimo“ doktrina turėtų būti naudojama tik išskirtinėmis aplinkybėmis ir tik tais atvejais, kai galima aiškiai nustatyti akivaizdų piktnaudžiavimą teise.

Kitas daugelio autorių keliamas klausimas – ar arbitrų jurisdikcija apima „korporacijos šydo pakėlimą“, kai nėra aiškaus įgaliojimo tai daryti [28, p. 1]. Atsakymas turėtų priklausyti nuo investicijų sutarties nuostatų aiškinimo būdo, nes galima identifikuoti du variantus. Pirmuoju būtų teigiama, kad investicijų sutarties nuostatos yra bendrosios tarptautinės teisės dalis, o



„korporacijos šydo pakėlimo“ doktrina yra kildinama iš bendrosios tarptautinės teisės pamatų ir principų (*lex mercatoria*). Kita vertus, antruoju požiūriu būtų galima teigti, kad tarptautinė investicijų teisė yra tarptautinės teisės posistemis ir bendrosios tarptautinės teisės principai čia turėtų būti taikomi tik atsižvelgiant į susitarimo, kurio sąlygos turi dominuoti, esmę. Todėl laikantis antrojo požiūrio tribunolas neturėtų teisės „pakelti korporacijos šydo“ neturėdamas šalių leidimo tai padaryti – kaip buvo teigiama, tarptautiniame arbitraže būtina atsižvelgti ir į šalių autonomijos principą.

Taip pat galima pažymėti, kad kai kurie autoriai nurodo ir trečiąjį požiūrį – universali bendrosios tarptautinės teisės ir tarptautinės investicijų teisės santykį, pagal šį požiūrį, „bendrieji civilizuoatų tautų bendrosios teisės principai“ gali būti nulemti ne tik bendrųjų vidaus teisės principų, bet ir bendrųjų tarptautinės teisės principų, taigi pasirinkimas turi įtakos sutarties teisės turiniui; valstybės praktika investicinių sutarčių atžvilgiu prisideda prie bendrosios tarptautinės teisės plėtos [27].

Kaip „korporacijos šydo pakėlimo“ doktrinos alternatyvą kai kurie autoriai siūlo valstybėms įtraukti reikalavimą, kuriuo investuotojas būtų įpareigotas atskleisti investicijos nuosavybės struktūrą bei siektų išankstinės korporacinės struktūros arba pilietybės pakeitimų patvirtinimo [31, p. 27]. Patvirtinimo siekimas galėtų būti labiau pagrįstas nei „korporacijos šydo pakėlimas“ ir būtų naudingesnis priimančiajai šaliai. Priimančioji valstybė galėtų kontroliuoti investuotojo korporacijos struktūrinius pokyčius ir uždrausti praktiką, kuri neatitiktų investicinės sutarties tikslo. Be to,

tokia praktika nereikalautų, kad tribunolas viršytų jam investicine sutartimi suteiktas teises, todėl tai nekeltų pavojaus arbitražo sprendimui pripažinti ir vykdyti. Arbitražo sprendimo pripažinimo ir vykdymo problemos aptariamoms toliau.

### 2.3. Pripažinimas ir leidimas vykdyti

Galima teigti, kad teleologinis aiškinimo metodas ir platus investuotojo apibrėžimo aiškinimas gali sukelti arbitražo sprendimo vykdymo problemų. Problema gali kilti tada, kai tribunolas papildomai nurodo, kokias savybes ir reikalavimus turi atitikti investuotojas, norintis pareikšti ieškinį priimančiai šaliai. Tačiau tokie papildomi reikalavimai paprastai nėra nurodomi investicinėje sutartyje, todėl plataus investuotojo apibrėžimo aiškinimo naudojimas reikalauja, kad tribunolas viršytų savo galias, o tai yra vienas iš arbitražo sprendimo panaikinimo pagrindų<sup>3</sup>. Tiksliau tariant, galių viršijimas sukelia susitarimo sąlygų išplėtimą.

Kita vertus, remiantis galių viršijimo (*ultra vires*) prielaida, tribunolas viršija savo įgaliojimus, kai netinkamai taiko teisės normas. Todėl apibrėžimo aiškinimas ir teisės taikymas turi būti atskirti. Taip pat galima teigti, kad tribunolas visų pirma turi aiškinti sutarties sąlygas ir tik paskui taikyti konkrečias teisės normas. Taigi, neteisingas investuotojo apibrėžimo aiškinimas aktyviai nulemtų netinkamų teisės aktų taikymą ir atitinkamai – galių viršijimą.

Tribunolo galių viršijimo klausimas buvo nagrinėjamas *Industria Nacionalde Alimentos SA prieš Peru* byloje [51], kur *ad hoc* komitetas teigė, jog ICSID Konvencijos

<sup>3</sup> ICSID konvencija, 50(1)(c)(iii) straipsnis;

52(1)(b) straipsnio reikalavimas reiškia ne tik tai, kad tribunolas viršijo savo įgaliojimus, bet tai padarė „akivaizdžiai“ [51, para 100]. Komitetas taip pat nustatė, kad sutarties aiškinimas nėra tikslusis mokslas ir dažnai būna atvejų, kai yra daugiau nei vienas ginčytinos nuostatos aiškinimas, kartais net keletas. Nors komitetas nusprendė, kad tribunolas sutarties nuostatas turi aiškinti pagal Vienos konvenciją, jis taip pat pripažino, kad, norint prieiti prie išvados, jog tribunolas viršijo savo įgaliojimus, privalo būti pagrindas, įrodantis, jog tribunolas nepaisė labai gerai žinomų ir plačiai pripažintų tarptautinių sutarties aiškinimo taisyklių [51, para 116].

Minėta, kad yra skirtingi požiūriai, priklausantys nuo to, koks aiškinimo metodas yra naudojamas. Taigi yra svarbu kiekviena arbitražo procese apsvarstyti galimą tribunolo galių viršijimą. Taip pat paminėtina, kad galimas tribunolo galių viršijimas yra dar vienas formalus aiškinimo požiūrio taikymo argumentas.

Galiausiai reikia pabrėžti, kad arbitražo sprendimų įvykdymo galimybė yra pagrindinė investicinių sutarčių skatinamoji jėga, ji yra pagrindinė garantija investuotojams. Kiekviena abejonė, kad sprendimas galėtų būti neįvykdomas pagal tam tikrą sutartį, galėtų būti kapitalo srauto judėjimo iš vienos šalies į kitą sumažėjimo ar net žlugimo priežastimi, papildomai prie dvišalių santykių atšalimo.

## Išvados

Minėti argumentai leidžia teigti, kad investicinių sutarties nuostatų aiškinimas yra nepaprastai svarbus investicinio arbitražo rezultatui ir sėkmei, ypač atsižvelgiant į

reikalavimus, kuriuos turi atitikti investuotojai, ir jų apibrėžimus, pateiktus dvišalėse investicijų sutartyse. Galima išskirti du pagrindinius investuotojo apibrėžimo aiškinimo būdus: tai teleologinis ir formalus aiškinimo metodai.

Dėl specifinio tarptautinės investicijų teisės, kurią galima apibrėžti kaip tarptautinės teisės posistemę, pobūdžio formalus požiūris šiuo atveju būtų pranašesnis nei teleologinis požiūris. Specifinis tarptautinės investicijų teisės pobūdis reiškia, kad dėl bendros paties susitarimo svarbos, kuri valdo investicinių sutarčių arbitražą, bendrosios tarptautinės teisės principai neturi būti taikomi aklaui. Tiksliau tariant, ne bendra investuotojo definicija randama ICSID Konvencijoje, o susitarimo sąlygos ir šalių valia turėtų turėti pirmenybę aiškinant investuotojo apibrėžimą ir sprendžiant tribunolo jurisdikcijos klausimą. Kadangi šalių pasirinktas ginčo sprendimo būdas yra arbitražas, o ne bylinėjimasis teisme – turi būti laikomasi pagrindinių tarptautinio arbitražo principų ir šalių autonomijos principo. Pastarasis reiškia, kad tribunolas privalo gerbti šalių susitarimą ir neišplėsti investicinės sutarties sąlygų, kurias numatė šalys.

Be to, galima teigti, kad *treaty shopping* praktika yra teisėta, jei priimančiosios šalys tam pritaria savo veiksmais. Tai reiškia, kad jei priimančioji valstybė nusprendžia apibrėžti investuotoją ir savybes, kurias jis turi turėti norėdamas pareikšti pretenziją pagal konkrečią investicinę sutartį plačiai – tada šalis neturėtų stebėtis didėjančia *treaty shopping* praktika pagal konkrečią investicijų sutartį. Reikia pabrėžti, kad šalys gali laisvai derėtis ir apibrėžti investuotojo apibrėžimą ir taip kontroliuoti *treaty shopping* praktikos mastą.

## LITERATŪRA

### Norminiai teisės aktai

1. Vienos konvencija dėl tarptautinių sutarčių teisės, 1969 (įsigaliojo 1992 02 14). 2002 02 06. *Valstybės žinios*, 2002, nr. 13 -480.
2. Energetikos chartijos sutartis, 1-as priedas prie Europos energetikos chartijos konferencijos Baigiamojo akto (1994 m. gruodžio 17 d.). 1998 07 24. *Valstybės žinios*, 1998, nr. 66-1912.
3. 1994 metų Šiaurės Amerikos laisvosios prekybos sutartis – North American Free Trade Agreement (NAFTA).
4. 1965 metų Vašingtono konvencija dėl investicinių ginčų tarp valstybių ir kitų valstybių piliečių sprendimo (įsigaliojo 1992 08 05). (neskelbta).
5. Lietuvos Respublikos Vyriausybės ir Ukrainos Vyriausybės sutartis dėl investicijų skatinimo ir abipusės apsaugos (1994 02 08, įsigaliojo 1995 03 06). 1995 11 04. *Valstybės žinios*, 1995, nr. 90-2015.
6. Danijos Vyriausybės ir Indonezijos Respublikos Vyriausybės sutartis dėl investicijų skatinimo ir abipusės apsaugos (sudaryta 1968 m. sausio 30 d.).
7. Prancūzijos Respublikos Vyriausybės ir Argentinos Respublikos Vyriausybės sutartis dėl investicijų skatinimo ir abipusės apsaugos (sudaryta 1991 m. liepos 3 d).
8. Švedijos Karalystės ir Bulgarijos Respublikos Vyriausybės sutartis dėl investicijų skatinimo ir abipusės apsaugos (1994).
9. Tarptautinių prekybos rėmų Arbitražo taisyklės (ICC Arbitrationrules) 1998.
10. Jungtinių Tautų Tarptautinės prekybos teisės komisijos Arbitražo taisyklės UNCITRAL 1976.

### Specialioji literatūra

11. A. Sule AKYÜZ, The Jurisdiction of ICSID: The Application of the Article 25 of Convention on the Settlement of Investment Disputes Between States and Nationals of Other States, Yıl 2003.
12. ASTORGA, Ricardo Letelier. The Nationality of Juridical Persons in the ICSID Convention in Light of its Jurisprudence. *Max Planuok Yearbook of United Nations Law*, vol. 11, 2007.
13. BLACKABY, Nigel; PARTASIDES, Konsantine; *et al. Redfern and Hunter on International Arbitration*. Oxford University Press, 2009.
14. BROCHES, A. The Convention on the Settlement of Investment Disputes between States and Nationals of Other States, 136. *Recueildes Cours* 331, (1972).
15. BLYSCHAK, Paul Michael. Access and advantage expanded: Mobil Corporation v Venezuela and other recent arbitration awards on treaty shopping. *Journal of World Energy Law and Business*, 2011, vol. 4, no. 1.
16. DOUGLAS, Zachary. The International Law of Investment Claims. Cambridge Univ. Press, 2009, p. 469–470.
17. GARCÍA-BOLÍVAR, Omar E. Protected Investments and Protected Investors: The Outer Limits of ICSID's Reach. *Trade, Law and Development*, 2101, vol. 2, no. 1.
18. GAILLARD, Emmanuel. *Investments and Investors Covered by the Energy Arbitration Treaty*. Clarissa RIBERO, ed., 2006.
19. HANSEN, Robin F. The Systemic Challenge of Corporate Investor Nationality in an Era of Multinational Business (May 5, 2011). *Reved' arbitrage et de Médiation / Journal of Arbitration and Mediation*, vol. 1, no. 1.
20. HANSEN, Robin F. The International Legal Personality of Multinational Enterprises: Treaty, Custom and the Governance Gap. *Global Jurist. Advances*, 10 t., 1 ed., 2010.
21. HOFMANN, Rainerand; TAMS, Christian J.; *et al.* (2007) The International Convention on the Settlement of Investment Disputes (ICSID): Taking Stock after 40 Years. *Schriften zur Europäischen Integrationund Internationalen Wirtschaftsordnung*, 7. Nomos, Baden-Baden [interaktyvus]. Prieiga per internetą: <<http://eprints.gla.ac.uk/49592/1/tamshofmannomos-2.pdf>>
22. JAHON, Lee Lawrence. Barcelona Traction in the 21st century: revisiting its customary and policy under pinnings 35 years later. *Stanford Journal of International Law*, 2006.
23. SASSON, Monique. *Substantive Law in Investment Treaty Arbitration*. Kluwer Law International, 2010.
24. SCHILL, Stephan W. The Multilateralization of International Investment Law – Emergence of a Multilateral System of Investment Protection on Bilateral Grounds, *Trade, Law and Development*, 2010, vol. 2, no. 1.
25. SORNARAJAH, M. *The Settlement of Foreign Investment Disputes*. Kluwer Law International, 2000.
26. SHEN, Wei. Beyond the Scope of 'Investor' and 'Investment': Who can Make an Arbitration Claim under a Chinese BIT? – Some Implications from a

Recent ICSID Case (2010-12-29). *Asian International Arbitration Journal*, 2010, 6 part, no. 2, p. 164–185.

27. McLACHLAN, A. Investment Treaties and General International Law, (2008) *57 Intl & Comparative LQ361*.

28. MARTIN, Antoine. International Investment Disputes, Nationality and Corporate Veil: Some Insights from Tokios Tokelésand TSA Spectrum De Argentina (2011-03-24). *Transnational Dispute Management*, 2011, part 8, nr. 1.

29. NEWCOMBE, Andrew; PARADELL, Lluís. *Law and Practice of Investment Treaties: Standards of Treatment*. Kluwer Law International, 2009.

30. LEGUM, B. “Defining Investment and Investor: Who is Entitled to Claim?” presentation at the Symposium Co-Organised by ICSID, OECD and UNCTAD. 12 12 2005.

31. WAIBEL, Michael; KAUSHAL, Asha, et al. *The Backlash against Investment Arbitration*. Kluwer Law International, 2010.

32. WEILER, Todd. International investment law and arbitration: leading cases from the ICSID, NAFTA, bilateral treaties and customary international law. Cameron May, 2005.

33. Definition of Investor and Investment in International Investment Agreements. International Investment Law: Understanding Concepts and Tracking Innovations. OECD 2008. [interaktyvus]. Prieiga per internetą: <<http://www.oecd.org/dataoecd/3/7/40471468.pdf>>

34. The Determination of the Nationality of Investors under Investment Treaties. ILA Vokietijos skyrius/darbo grupė. Investicijų teisės pakomitetas. 2011 kovas [interaktyvus]. Prieiga per internetą: <<http://telc.jura.uni-halle.de/sites/default/files/BeitraegeTWR/Heft%20106.pdf>>

#### Praktinė medžiaga

35. *Barcelona Traction, Light and Power Company, Limited* (Belgija prieš Ispaniją) Second Phase, Judgment of 5 February 1970, Tarptautinio Teisingumo Teismo sprendimas 1970.

36. „Tokios Tokelės“ prieš Ukrainą, ICSID bylos nr. ARB/02/18.

37. „Tokios Tokelės“ prieš Ukrainą, prof. Prosper

Weil atskiroji nuomonė (sprendimas dėl jurisdikcijos, 2004 m. balandžio 24 d.).

38. *Waste Management, Inc. prieš Jungtines Meksikos Valstijas*, bylos nr. ARB(AF)/00/3.

39. *Saluka Investments BV* (Nyderlandai) prieš Čekijos Respubliką, dalinis sprendimas (2006 m. kovo 17 d.).

40. *Vacuum Salt Products Ltd. prieš Ganos Respubliką* (ICSID bylos nr. ARB/92/1).

41. *Amco Asia Corporation ir kiti prieš Indonezijos Respubliką* (ICSID bylos nr. ARB/81/1).

42. *Wena Hotels Limited prieš Egipto Arabų Respubliką* (ICSID bylos nr. ARB/98/4).

43. *Autopista Concesionada de Venezuela, C.A. prieš Bolivaro Venesuelos Respubliką* (ICSID bylos nr. ARB/00/5).

44. *Klöckner Industrie-Anlagen GmbH ir kiti prieš Jungtinę Kamerūno Respubliką ir Société Camerounaises des Engrais* (ICSID bylos nr. ARB/81/2).

45. *Banro American Resources, Inc. And Société Aurifère du Kivu et du Maniema S. A. R. L. prieš Demokratinę Kongo Respubliką* – ICSID bylos nr. ARB/98/7.

46. *Mobil Corporation, Venezuela Holdings BV, Mobil Cerro Negro Holding, Ltd, Mobil Venezuela nade Petroleos Holdings, Inc, Mobil Cerro Negro, Ltd, ir Mobil Venezuelan ade Petroleos, Inc Prieš Venesuelos Bolivaro Respubliką*, ICSID bylos nr. ARB/07/27 (sprendimas dėl jurisdikcijos, 2010 m. birželio 10 d.).

47. *Yukos Universal Limited prieš Rusijos Federaciją*, PCA bylos nr. AA227, arbitražas pagal Energetikos chartijos sutarties 26 straipsnį ir UNCITRAL arbitražo taisykles, 1976 m. (preliminarus sprendimas dėl jurisdikcijos ir priimtumo, 2009 m. lapkričio 30 d.).

48. *Plama Consortium Limited prieš Bulgarijos Respubliką*, ICSID bylos nr. ARB/03/24, sprendimas dėl jurisdikcijos, 2005 m. vasario 8 d.

49. *Loewen Group, Inc. ir Raymond R. Loewen prieš Jungtines Amerikos Valstijas*, bylos nr. ARB / AF/98/3, 2003 m. birželio 23 d. sprendimas.

50. *Phoenix Action Ltd prieš Čekijos Respubliką* (ICSID bylos nr. ARB/06/5).

51. *Industria Nacional de Alimentos SA prieš Peru, ad hoc komiteto sprendimas* 2007 m. rugsėjo 5d. ICSID bylos nr. ARB/03/4.

## **JURISDICTION *RATIONE PERSONAE* IN INTERNATIONAL INVESTMENT ARBITRATION – LEGITIMATE CORPORATE PLANNING OR ABUSE OF RIGHT?**

**Rimantas Daujotas**

S u m m a r y

Corporate nationality in investment arbitration was and still is an area of much debate. The vast net of international investment agreements (IIA's) had enabled investors to structure and take advantage of the specific IIA's, which secure their objectives in the host country, by using shell or so called "mail box companies". This process can also be defined as "treaty shopping." However, such practice had brought a lot of controversy and conflicting views in academic and business society. Therefore, the main question that must be analyzed is whether the use of corporate nationality is actually an abuse of right, or, conversely, it is legitimate for international investors

to structure their investments in the way that is most suitable for their goals.

Much of the answer for the latter question rests on the way of interpretation of the investment agreement. Accordingly, the interpretation methods of the IIA's should be analyzed, taking into account the standing and context of general international law in foreign investment disputes.

In addition, the ways for the host countries to defend from the increasing number of arbitration requests and "treaty shopping" practice must be identified in order to shift investment arbitration back to its original tracks and purpose – encouragement of the international investment.

*Įteikta 2012 m. rugsėjo 20 d.*

*Priimta publikuoti 2013 m. sausio 17 d.*