



ПОНЯТИЕ НАЦИОНАЛЬНОСТИ ИНВЕСТОРА В МЕЖДУНАРОДНОМ ИНВЕСТИЦИОННОМ ПРАВЕ

Вадим ШЕСТАКОВ,
аспирант

Института законодательства Верховного Совета Украины

Summary

The article analyses the issue of defining the nationality of investor in international investment law. Specific focus is made on the notion of nationality of a legal person and different theories of its definition, such as incorporation theory, management theory and control theory. Application of the said theories in international investment agreements and their interpretation by the arbitration in the process of settlement of international investment disputes is described. Negative consequences of the wide definition of the notion "investor" in a form of "forum shopping" are analysed.

Key words: notion of investor, nationality of legal person, incorporation theory, management theory, control theory, forum shopping.

Аннотация

В статье анализируется проблематика определения национальности инвестора в международном инвестиционном праве. Особое внимание уделено понятию национальности юридического лица и различным теориям его определения, таким как теория создания, теория управления и теория контроля. Дана характеристика применения указанных теорий в инвестиционных соглашениях, а также их различных трактовок арбитражными трибуналами в процессе разрешения инвестиционных споров. Оценены негативные последствия широкого определения понятия, которые проявляются в так называемом «шопинге юрисдикций».

Ключевые слова: понятие «инвестор», национальность юридического лица, теория создания, теория управления, теория контроля, шопинг юрисдикций.

Постановка проблемы. Защита международных инвестиционных соглашений распространяется на «инвесторов», то есть на лиц, которые осуществляют инвестиции в принимающем государстве. При чем «инвесторы» для того, чтобы в полной мере пользоваться привилегиями того или иного международного соглашения и иметь возможность защитить свои интересы в инвестиционном арбитраже, должны быть «иностранными», то есть происходит из государства, отличного от принимающего государства. Более того, происходит они должны из того государства, с которым у принимающей страны есть особые договоренности о взаимной защите инвестиций.

Выдвинутые тезисы порождают ряд вопросов, ключевым из которых является следующие: каким критериям должен соответствовать инвестор, чтобы считаться таким, который «происходит» из определенного государства? Вопрос этот достаточно интересен, и если в случае с физическим лицом закрепить такой критерий достаточно просто (например,

гражданство), то в случае юридического лица все далеко не так однозначно. Подобная неоднозначность создает благоприятную почву для недобросовестного поведения как со стороны инвестора, так и со стороны принимающего государства, что очень хорошо иллюстрируется арбитражной практикой.

Целью статьи является характеристика понятия «инвестор», которое используется в международном инвестиционном праве и сравнение различных подходов и теорий к определению «национальности» или «принадлежности» инвестора к определенному государству. Кроме того, автор ставит перед собой задачу проанализировать практику разрешения инвестиционных споров в контексте разных трактовок понятия «инвестор» арбитражными трибуналами и возникающие вследствие этого проблемные ситуации как для инвестора, пытающегося защитить свои вложения, так и для принимающего государства, основной задачей которого является недопущение злоупотребления инвесторами механизмами

вычайно важное значение и требует внимательного изучения как на теоретическом, так и практическом уровне. Вопрос поиска решения проблемы эффективности и доступности правосудия в сфере земельных правоотношений будет актуальным всегда, поскольку создание идеальной судебной системы – это скорее утопия, нежели реальность. Безусловно, при реформировании судебной системы необходимо учитывать не только уровень экономического, социального и культурного развития страны, общества, а также мировые тенденции, наработки и требования общества.

Список использованной литературы:

1. Конвенція про захист прав людини і основоположних свобод від 4 листопада 1950 року [Електронний ресурс]. – Режим доступа : http://zakon2.rada.gov.ua/laws/show/995_004.
2. Міжнародні стандарти у сфері судочинства. – К. : Істина, 2010. – 488 с.
3. Угода про Асоціацію між Україною, з однієї сторони, та Європейським Союзом і його державами-членами, з іншої сторони [Електронний ресурс]. – Режим доступа : http://www.kmu.gov.ua/docs/Agreement/AA_Body_text.pdf.
4. Про Концепцію вдосконалення судівництва для утвердження справедливого суду в Україні відповідно до європейських стандартів : Указ Президента від 10 травня 2006 року [Електронний ресурс]. – Режим доступа : <http://zakon.rada.gov.ua>.
5. Про судоустрій і статус суддів. Закон України від 7 липня 2010 року // Відомості Верховної Ради України. – 2010. – № 41–45. – Ст. 529.
6. Москвич Л.М. Критерії оцінювання ефективності судової системи / Л.М. Москвич // Вісник Верховного Суду України. – 2010. – № 10 (122). – С. 30–35.
7. Земельний кодекс України : Закон України від 25 жовтня 2001 року // Відомості Верховної Ради України. – 2002. – № 3–4. – Ст. 27.



правовой защиты, предоставляемыми таким государством.

Вопроса определения понятия «инвестор» в международном инвестиционном праве так или иначе касались все теоретики-исследователи международных инвестиционных отношений. Среди украинских можно выделить Г.В. Галушенко, а среди зарубежных можно назвать таких, как М. Димси, М. Сорнарайх, Н. Блекеби, Э. Галлард. Основу исследования в статье составляют международные многосторонние и двусторонние инвестиционные соглашения, арбитражные прецеденты, а также работы вышеуказанных авторов и не только. При написании статьи использовались такие общенаучные методы и приемы, как анализ и синтез, методы группировки, сравнения и др.

Изложение основного материала. Для наглядной иллюстрации того, как определяется понятие «инвестор» в международных инвестиционных договорах, можно обратиться к Вашингтонской Конвенции 1965 года «О порядке разрешения инвестиционных споров между государствами и иностранными лицами». Такой пример будет достаточно показательным, так как большинство международных инвестиционных соглашений, как двусторонних, так и многосторонних, содержат ссылку на Международный центр по урегулированию инвестиционных споров в качестве места для разрешения спора (далее – Центр).

Статья 25 (1) Вашингтонской конвенции предусматривает, что «в компетенции Центра находится разрешение правовых споров, возникающих непосредственно из отношений, связанных с инвестициями, между Договаривающимся государством ... и лицом другого Договаривающегося государства...»

Часть 2 указанной статьи предусматривает, что под «лицами Договаривающегося государства» понимаются:

«а) любое физическое лицо, которое является гражданином Договаривающегося государства, отличного от Государства, выступающего в качестве стороны в споре, однако не является таковым лицом, которое когда-либо являлось гражданином Договаривающегося государства, высту-

пающего в качестве стороны в таком споре; а также:

б) любое юридическое лицо, являющееся юридическим лицом Договаривающегося государства, отличного от Государства, выступающего в качестве стороны в споре, ко дню достижения согласия о передаче споров Центру для разрешения путем примирения или арбитража, а также любым юридическим лицом, являющимся юридическим лицом Договаривающегося государства, выступающего в качестве стороны в споре, ко дню достижения упомянутого согласия, если в силу контроля, осуществляемого иностранными лицами в отношении такого юридического лица, стороны договорились о том, чтобы рассматривать такое юридическое лицо в качестве лица другого Договаривающегося государства для целей настоящей Конвенции».

Инвестор-физическое лицо

Поскольку определение инвестора-физического лица в большинстве международных инвестиционных соглашений, как и в Вашингтонской конвенции, является довольно однозначным и для того, чтобы физическое лицо могло защитить свои права в инвестиционном арбитраже, ему достаточно иметь гражданство страны, отличной от принимающей, спорные ситуации в отношении определения принадлежности физического лица инвестора к определенному государству возникают не часто. Как правило, такой спор имеет место в случае, когда сам факт гражданства является спорным или лицо-истец имеет двойное гражданство. В случае с двойным гражданством, если физическое лицо-истец имеет второе гражданство принимающей страны, он не сможет обратиться в Центр с иском против принимающего государства.

Во всех остальных случаях дилемма двойного гражданства решается путем применения общепризнанного в международном праве принципа «доминирующего» или «эффективного» гражданства [2, с. 323].

Ситуация со спорным фактом гражданства имела место в деле *Hussein Nuaman Soufraki v. The United Arab Emirates*, (ICSID Case No. ARB/02/7). В указанном споре истец лишился гражданства Италии, так

как вовремя не осуществил определенных действий, необходимых для его сохранения. Что интересно, компетентные органы в Италии упустили этот факт, выдав истцу письмо, подтверждающее его право защищать свои права согласно двустороннему соглашению между Италией и ОАЭ. Однако арбитраж при Центре не принял этот аргумент в процессе принятия решения о своей юрисдикции, руководствуясь принципом компетенции компетенции. Интересным в этом деле был комментарий трибунала, согласно которому истец смог бы ссылаться на указанное двустороннее соглашение, если бы иск был подан от имени итальянской компании (даже созданной исключительно для этой цели) [1, с. 73–74].

Инвестор-юридическое лицо

В ситуациях, когда в качестве инвестора выступает юридическое лицо, вопрос национальности является намного более интересным и неоднозначным. Арбитражные трибуналы при определении национальности юридического лица обращаются к толкованию соответствующих положений международного инвестиционного соглашения, применяемого к конкретному спору, а такие соглашения часто отражают принятые правовые концепции в национальных законодательствах стран-сторон. Соответственно, в разных инвестиционных соглашениях могут быть закреплены разные методы («теории») определения национальности юридического лица. Рассмотрим ключевые из них.

Теория создания (incorporation theory)

Теория создания определяет национальность юридического лица страной, в которой (по праву которой) это лицо было создано (зарегистрировано). Эта теория является предпочтительной для государств с правовой системой общего права. Большое количество двусторонних инвестиционных соглашений, заключенных США, Канадой и Великобританией, часто используют место регистрации в качестве единственного критерия для определения, должна ли компания защищаться договором.

Этот принцип также закреплен в соглашении Североамериканской



зоны о свободной торговле (далее – НАФТА). В то же время защита, согласно соглашению НАФТА, не распространяется на компании, которые не осуществляют активную деятельность в стране регистрации.

Теория создания также отражена в Договоре к Энергетической Хартии, статья 1(7)(a)(ii) которого определяет, что «Инвестором Договаривающейся Стороны является компания или другая организация, учрежденная в соответствии с законодательством, применимым в этой Договаривающейся Стороне».

Теория места управления (seat theory)

Согласно этой теории, ключевым фактором для определения «национальности» компании является страна местонахождения органов управления компаний. Именно этот принцип признан большинством стран континентальной системы права [2, с. 324].

Теория контроля (control theory)

В некоторых странах национальность компании определяется национальностью большинства ее участников, вне зависимости от того, в какой стране компания зарегистрирована или где находятся ее органы управления [1, с. 66].

В различных двусторонних соглашениях о защите инвестиций встречаются различные комбинации вышеуказанных теорий. Иногда в соглашениях одновременно используются несколько критериев, которые могут применять как кумулятивно, так и альтернативно, в зависимости от желания государств распространить защиту соглашения на те или иные компании. В случае, если стороны желают распространить защиту соглашения исключительно на компании, которые действительно имеют реальную (а не номинальную) связь с определенным государством, несколько указанных выше критериев используются кумулятивно (юридическое лицо должно соответствовать им одновременно).

Как уже упоминалось выше, Вашингтонская конвенция, сторонами которой является большинство суверенных государств, априори придерживается теории создания, однако дает сторонам возможность догово-

риться применять теорию контроля (как правило, такие договоренности отражаются в двусторонних инвестиционных соглашениях). Для того чтобы иметь возможность обратиться в Центр для разрешения инвестиционного спора, инвестор должен соответствовать как определению инвестора в Вашингтонской конвенции, так и в соответствующем двустороннем соглашении [2, с. 324].

В современном мире инвестиции в иностранное государство очень часто осуществляются путем создания дочернего местного предприятия, являющегося юридическим лицом принимающего государства. Если придерживаться теории создания, может сложиться впечатление, что на такое дочернее предприятие не будет распространяться защита Вашингтонской конвенции и инвестор, осуществивший инвестицию, таким образом лишает себя возможности обратиться в Центр, если только в двустороннем соглашении между государством инвестора и принимающим государством не содержится четкого положения, отсылающего к теории контроля. Однако это не совсем так. Дело в том, что в таких ситуациях понятие «инвестор» тесно переплетается с понятием «инвестиция». Большинство современных двусторонних соглашений относит к «инвестициям» акции или корпоративные права в предприятиях принимающей стороны. Соответственно, в качестве истца может выступать компания-нерезидент, а на дочернее предприятие будет распространяться защита как на «инвестицию».

Вопрос контроля над юридическим лицом часто становится предметом споров на практике. Очень показательным делом в этом отношении является дело Tokios Tokelés v. Ukraine, ICSID Case No. ARB/02/18. В этом деле арбитражный трибунал рассматривал спор между латвийской компанией Tokios Tokelés и Украиной, проистекающий из Двустороннего соглашения о содействии и взаимной защите инвестиций между правительством Украины и Латвии (ратифицировано Украиной 8 февраля 1995 года). Компания Tokios Tokelés была зарегистрирована на территории Латвии согласно латвийскому праву.

Tokios Tokelés принадлежала дочерняя компания в Украине – издательство «Такі справи», а предметом иска стало презюмируемое нарушение Украиной положений двустороннего соглашения между Украиной и Латвией о защите инвестиций путем осуществления неправомерного давления на издательство через налоговые органы, якобы осуществляемое из-за отдельных публикаций издательства, критикующих власть в стране. При всем этом 99% корпоративных прав компании Tokios Tokelés и 2/3 управленческих позиций принадлежали гражданам Украины. Оставшийся 1% принадлежал резиденту Латвии.

В процессе Украина начала строить свою защиту через оспаривание юрисдикции трибунала, аргументируя это тем, что компания Tokios Tokelés контролируется президентом Украины, а они не могут ссылаться на соглашение между Украиной и Латвией для защиты своих прав. Однако арбитражный трибунал не принял этот аргумент. Двустороннее соглашение между Украиной и Латвией определяет латвийского инвестора как «любое учреждение, основанное на территории Латвийской Республики согласно ее законам и правилам». Ссылаясь на это достаточно широкое определение, трибунал постановил, что поскольку компания Tokios Tokelés надлежащим образом зарегистрирована в Латвии, она имеет право защищать свои интересы, ссылаясь на двустороннее соглашение о защите инвестиций вне зависимости от ее участников [4].

Еще больше вопросов вызывает «непрямой» контроль, то есть ситуация, когда компания в принимающей стране контролируется иностранной дочерней компанией, которая, в свою очередь, контролируется собственниками в третьей стране. Могут ли такие собственники защищать свои интересы, ссылаясь на соглашение между третьей страной и принимающей страной, или они только могут ссылаться на соглашение между принимающей страной и страной, где зарегистрирована их дочерняя компания, контролирующая инвестицию в принимающей стране?

Превалирующая арбитражная практика свидетельствует о том, что



вследствие очень широкого определения понятия «инвестиция» в большинстве двусторонних инвестиционных соглашений их защита распространяется также и на не прямые инвестиции (*Siemens A.G. v. The Argentine Republic, ICSID Case No. ARB/02/8, Ronald S. Lauder v. The Czech Republic, UNCITRAL, 2001, Wena Hotels Ltd. v. Arab Republic of Egypt, ICSID Case No. ARB/98/4*) [1, с. 69–71]

Как видим, национальность юридического лица-инвестора является достаточно противоречивым вопросом в контексте разрешения международных инвестиционных споров и недостаточная четкость его определения в совокупности с широким определением понятия «инвестиция» часто может привести к различным злоупотреблениям со стороны инвесторов.

Такие злоупотребления могут проявляться в так называемом «шоппинге юрисдикций» (*forum shopping*) – ситуациях, когда компании создают юридические лица и корпоративные связи в различных странах исключительно с целью попасть под защиту того или иного двустороннего инвестиционного соглашения для последующих исков.

Хорошим примером такого «шоппинга» является уже описанное выше дело *Tokios Tokelés v. Ukraine*. В Особом мнении Председателя трибунала критикуется решение большинства касательно юрисдикции арбитража: «механизм правовой защиты Вашингтонской конвенции не предназначен и не должен использоваться гражданами страны-участницы Вашингтонской конвенции для создания или использования иностранных компаний исключительно с целью избежать юрисдикции национальных судов или применения национального законодательства» [1, с. 72].

Еще одним показательным примером «шоппинга юрисдикций» является дело *Aguas del Tunari, S.A. v. Republic of Bolivia, ICSID Case No. ARB/02/3*. Истцом в деле была боливийская компания *Aguas del Tunari*, конечным собственником которой через сеть компаний, зарегистрированных в Люксембурге и Нидерландах, была американская компания

Bechtel Enterprise Holding. Иск был подан согласно Инвестиционному соглашению между Боливией и Нидерландами. Боливия, пытаясь оспорить юрисдикцию, ссылалась на положения соглашения, предусматривающие наличие «контроля» со стороны Нидерландских инвесторов и аргументировала отсутствие одного по причине наличия конечного собственника с США. Арбитражный трибунал не принял этот аргумент, постановив, что факт владения корпоративными правами нидерландской компанией в достаточной мере удовлетворяет условие наличия контроля. [2, с. 325]

Выводы. Как очевидно следует из вышеизложенного, вопрос определения понятия «инвестор» и его национальности в контексте применения механизмов защиты международных инвестиционных соглашений является чрезвычайно острым, в особенности, когда речь идет о юридических лицах. Недостаточно четкое определение этого понятия в двусторонних инвестиционных соглашениях приводит к таким нежелательным последствиям, как «шоппинг юрисдикций», что крайне негативно влияет на репутацию инвестиционного арбитража в целом. Следует отметить, что эта проблема в ряде двусторонних инвестиционных соглашений решена путем предоставления сторонам права отказаться в защите компаниям, не ведущим реальный бизнес в стране-участнице (Соглашение между Украиной и США, Соглашение между Уругваем и США, Модельное инвестиционное соглашение США) [9]. К такому решению следует прибегнуть и другим странам.

Список использованной литературы:

1. Dimsey M. *The Resolution of International Investment Disputes: Challenges and Practical Solutions* / M. Dimsey. – Eleven International Publishing, 2008. – 251 p.
2. Sornarajah M. *International Law on Foreign Investment* / M. Sornarajah. – 3rd edition. – Cambridge University Press, 2010. – 524 p.
3. Hussein Nuaman Soufraki v. The United Arab Emirates, (ICSID Case No. ARB/02/7) [Электронный ресурс]. –

Режим доступа : <http://www.italaw.com/cases/documents/1043>.

4. *Tokios Tokelés v. Ukraine*, (ICSID Case No. ARB/02/18) [Электронный ресурс]. – Режим доступа : <http://www.italaw.com/cases/1099>.

5. *Aguas del Tunari, S.A. v. Republic of Bolivia*, (ICSID Case No. ARB/02/3) [Электронный ресурс]. – Режим доступа : <http://www.italaw.com/cases/57>.

6. Договор между Украиной и США о стимулировании и взаимной защите инвестиций (вступил в действие 16.11.1996) [Электронный ресурс]. – Режим доступа: http://zakon2.rada.gov.ua/laws/show/840_419.