

Міністерство освіти і науки України
Національний університет «Києво-Могилянська академія»
Факультет правничих наук
Кафедра приватного права

Магістерська робота

освітній ступінь – магістр

на тему: **«ЮРИСДИКЦІЙНА ПРИНАЛЕЖНІСТЬ ЮРИДИЧНОЇ ОСОБИ-ІНВЕСТОРА ТА НАСЛІДКИ ЇЇ ЗМІНИ ДЛЯ ЗАХИСТУ ІНВЕСТИЦІЇ»**

“NATIONALITY OF INVESTOR (JURIDICAL PERSON) AND THE CONSEQUENCES OF ITS CHANGE FOR INVESTMENT PROTECTION”

Виконала: студентка 2-го року
навчання
Спеціальності
081 Право

Мацюк Ольга Несторівна

Керівник
Ханик-Посполітак Роксолана Юріївна
кандидат юридичних наук, доцент

Рецензент: _____
(прізвище та ініціали)

Магістерська робота захищена з
оцінкою _____

Секретар ЕК _____
« ____ » _____ 2021 р.

**Декларація
академічної доброчесності
студента/ студентки НаУКМА**

Я Мацюк Ольга Хестерівна,
студент(ка) 2 року навчання факультету правничих наук,
спеціальність Право,
адреса електронної пошти o.matsiak@ukma.edu.ua

- підтверджую, що написана мною кваліфікаційна/магістерська робота на тему «Юрисдикційна приналежність фінансової особи - інвестора та наслідки її зміни для захисту інвестицій» відповідає вимогам академічної доброчесності та не містить порушень, передбачених пунктами 3.1.1-3.1.6 Положення про академічну доброчесність здобувачів НаУКМА від 07.03.2018 року, зі змістом якого ознайомлений/ознайомлена;
- підтверджую, що надана мною електронна версія роботи є остаточною і готовою до перевірки;
- згоден/ згодна на перевірку моєї роботи на відповідність критеріям академічної доброчесності, у будь-який спосіб, у тому числі порівняння змісту роботи та формування звіту подібності за допомогою електронної системи Unichек.
- даю згоду на архівування моєї роботи в репозитаріях та базах даних університету для порівняння цієї та майбутніх робіт.

11.05.2021р.
Дата


Підпис

Мацюк О. Х.
Прізвище, ініціали

ЗМІСТ

ПЕРЕЛІК УМОВНИК СКОРОЧЕНЬ	4
ВСТУП	5
РОЗДІЛ 1. ЗАГАЛЬНА ХАРАКТЕРИСТИКА ЮРИСДИКЦІЙНОЇ ПРИНАЛЕЖНОСТІ ЮРИДИЧНОЇ ОСОБИ-ІНВЕСТОРА	9
1.1. Поняття юрисдикційної приналежності («національності») юридичної особи	9
1.2. Визначення національності інвестора для цілей захисту інвестицій	14
1.3. Критерії визначення національності юридичної особи-інвестора	21
РОЗДІЛ 2. ВИКОРИСТАННЯ ЮРИСДИКЦІЙНОЇ ПРИНАЛЕЖНОСТІ ЮРИДИЧНОЇ ОСОБИ-ІНВЕСТОРА ДЛЯ ДОСТУПУ ДО МІЖНАРОДНИХ ДОГОВОРІВ ПРО ЗАХИСТ ІНВЕСТИЦІЙ	32
2.1. Поняття та характеристика концепції «treaty shopping» в контексті захисту інвестицій	32
2.2. Підходи інвестиційний арбітражів до визначення національності юридичної особи-інвестора	41
2.2.1. Застосування критерію контролю при визначенні національності юридичної особи-інвестора	43
2.2.2. Застосування положення про відмову у перевагах	52
РОЗДІЛ 3. НАСЛІДКИ ЗМІНИ ЮРИСДИКЦІЙНОЇ ПРИНАЛЕЖНОСТІ ЮРИДИЧНОЇ ОСОБИ-ІНВЕСТОРА ДЛЯ ЗАХИСТУ ІНВЕСТИЦІЙ ЗА МІЖНАРОДНИМИ ДОГОВОРАМИ ПРО ЗАХИСТ ІНВЕСТИЦІЙ	58
3.1. Наслідки зміни національності юридичної особи-інвестора до початку виникнення інвестиційного спору	59

3.1.1. Зміна національності, коли підстави для інвестиційного спору уже існують.....	59
3.1.2. Зміна національності, коли інвестиційний спір з державою є передбачуваним	62
3.2. Наслідки зміни національності юридичної особи-інвестора після виникнення інвестиційного спору	69
ВИСНОВКИ.....	76
СПИСОК ВИКОРИСТАНИХ ДЖЕРЕЛ	80

ПЕРЕЛІК УМОВНИК СКОРОЧЕНЬ

Вашингтонська конвенція	Конвенція про порядок вирішення інвестиційних спорів між державами та іноземними особами, прийнята у Вашингтоні 18 травня 1965 року
МЦВІС	Міжнародний центр по врегулюванню інвестиційних спорів
Пар.	Параграф
Ст.	Стаття
США	Сполучені Штати Америки

ВСТУП

Актуальність дослідження. Іноземні інвестиції відіграють важливу роль в розвитку національної економіки. З метою їх залучення та заохочення, держави намагаються створити для іноземного інвестора сприятливий інвестиційний клімат. Для цього укладаються міжнародні договори про захист інвестицій, в яких закріплені гарантії захисту прав іноземного інвестора. Україна не є винятком – вона є стороною 65 чинних двосторонніх договорів про сприяння та взаємний захист інвестицій та низки міжнародних конвенцій, що містять положення про захист інвестицій [1].

Гарантії захисту, передбачені міжнародними договорами, поширюються лише на інвесторів, які походять із держави-учасниці певного договору. Якщо для фізичних-осіб інвесторів зв'язок із державою встановлюється на підставі їхнього громадянства, питання визначення юрисдикційної приналежності юридичних осіб-інвесторів є дещо складнішим. Компанія може бути зареєстрована в одній державі, здійснювати діяльність в іншій, а її бенефіціарами можуть бути громадяни із третьої держави. Визначення юрисдикційної приналежності юридичної особи-інвестора відбувається за допомогою критеріїв, що передбачені положеннями конкретного міжнародного договору. На практиці арбітражні трибунали можуть стикатися із труднощами в цьому питанні, постаючи перед необхідністю обирати між чітким слідуванням визначенню іноземного інвестора в певному договорі та загальною метою і цілям укладення таких договорів, що й буде проаналізовано в цій роботі.

Частими є ситуації, коли інвестори змінюють свою юрисдикційну приналежність в процесі корпоративної реструктуризації з метою захисту інвестицій за міжнародними договорами. Така поведінка отримала назву «*treaty shopping*», або «шопінг договорів», і є актуальною проблемою в практиці інвестиційного арбітражу. Ставлення до цього явища є неоднозначним: з одного боку, така практика є цілком законною і нормальною для інвестора, який прагне

отримати найкращий захист своїх інвестицій. З іншого боку, це може мати негативні наслідки для держави, що приймає інвестиції, і для системи інвестиційного арбітражу загалом.

Тому важливим є розмежування «treaty shopping» як прояву зловживання правами та добросовісного корпоративного планування, яке не несе загроз для інвестора. У цій роботі досліджується відокремлення цих понять та наслідки, які може мати зміна юрисдикційної приналежності для захисту інвестицій залежно від часу її здійснення. Чи буде спір розглянуто по суті, чи інвестор отримає відмову ще на етапі визначення юрисдикції буде залежати від того, до якої із цих двох категорій будуть віднесені його дії.

Станом на кінець 2019 року, Україна займала 11 місце у світі серед держав, які виступали відповідачами в інвестиційних спорах [2, с. 2]. В кількох із цих справ держава піднімала питання недобросовісного використання компаніями-інвесторами своєї юрисдикційної приналежності з метою доступу до міжнародних договорів про захист інвестицій. Це показує, що проблема «treaty shopping» є важливою і для України, тому дослідження підходів арбітражних трибуналів до цього явища має важливе практичне значення. Окрім цього, таке дослідження може бути корисним і для інвесторів для розуміння того, в яких ситуаціях зміна юрисдикційної приналежності не допоможе їх захистити свої інвестиції.

В англomовній науковій літературі категорія національності є загальновживаною щодо юридичних осіб. Так, терміни «nationality of corporation» та «corporate nationality» можна знайти у працях Р. Дольцера, К. Шроєра, Ж. Шайссе, Р. Хансена тощо. З огляду на це, у цій роботі для зручності надалі буде використовуватись термін «національність юридичної особи».

Метою цієї роботи є дослідження підходів до визначення національності юридичної особи-інвестора в межах інвестиційних спорів та виявлення наслідків її зміни для захисту інвестицій за міжнародними договорами про захист інвестицій.

Відповідно до мети *завданнями* дослідження є:

- визначити поняття національності юридичної особи-інвестора;
- виокремити критерії, які застосовуються для визначення національності юридичної особи-інвестора;
- визначити поняття «treaty shopping» в контексті захисту інвестицій, виокремити його передумови та наслідки;
- узагальнити підходи арбітражних трибуналів до визначення національності юридичної особи-інвестора у ситуаціях можливого «treaty shopping»;
- встановити наслідки зміни національності юридичної особи-інвестора, здійсненої до початку та після виникнення інвестиційного спору; та
- провести розмежування «treaty shopping» і добросовісного корпоративного планування відповідно до практики вирішення інвестиційних спорів.

Об'єктом дослідження є суспільні відносини щодо визначення юрисдикційної приналежності (національності) юридичної особи-інвестора. *Предметом дослідження* є нормативно-правові акти, теоретичні напрацювання, практика арбітражних трибуналів щодо національності юридичної особи-інвестора та наслідків її зміни для захисту інвестицій за міжнародними договорами про захист інвестицій.

Теоретичну основу дослідження складають праці вітчизняних та іноземних науковців, зокрема О. С. Янкової, Н.В. Погорецької, Г. С. Фединяк, Ю. І. Єрьоміної, Р. Т. Юсифової, А. В. Асоскова, Дж. Лі, Дж. Шайссе, Р. Дольцера, К. Шроєра, Л. Поулсен, Е. Асбетт, Р. Хансена, М. Скіннера, С. Майлза, С. Латрелла та інших.

Методи дослідження. Для досягнення поставленої мети та виконання завдань, визначених у магістерській роботі, були застосовані методи аналізу, синтезу, порівняльний, статистичний, формально-логічний. Метод аналізу та порівняльний метод використовувалися при дослідженні підходів арбітражних

трибуналів до визначення національності юридичної особи-інвестора та розмежуванні «treaty shopping» та добросовісного корпоративного планування. За допомогою методу синтезу та формально-логічного методу було здійснено визначення понять національності юридичної особи-інвестора та «treaty shopping». Статистичний метод використовувався при дослідженні використання критеріїв для визначення національності юридичної особи-інвестора у двосторонніх договорах про захист інвестицій, укладених Україною.

РОЗДІЛ 1. ЗАГАЛЬНА ХАРАКТЕРИСТИКА ЮРИСДИКЦІЙНОЇ ПРИНАЛЕЖНОСТІ ЮРИДИЧНОЇ ОСОБИ-ІНВЕСТОРА

1.1. Поняття юрисдикційної приналежності («національності») юридичної особи

Для позначення правового зв'язку між юридичною особою та державою в доктрині прийнято використовувати термін «юрисдикційна приналежність», яку також називають державною приналежністю юридичної особи. Окремі автори для позначення цього поняття вживають термін «національність» за аналогією із фізичними особами. Наприклад, І. В. Гетьман-Павлова визначає національність юридичної особи як «приналежність юридичної особи до певної держави» [3, с. 306],¹ використовуючи ці терміни як синоніми. Така позиція, однак, не є загальноприйнятою. Так, на думку Ю. І. Єршоміної, термін національність є «чисто доктринальним» і «свого роду метафорою для визначення правового зв'язку юридичної особи з державою» [4, с. 90].

Разом з тим, термін «національність» щодо юридичних осіб широко використовується у міжнародних договорах, зокрема, у сфері захисту інвестицій. Так, у ст. 25 Конвенції про порядок вирішення інвестиційних спорів між державами та юридичними особами 1966 року (далі – «Вашингтонська конвенція») [5] вживається словосполучення «national of the Contracting State» як щодо фізичних, так і щодо юридичних осіб для визначення кола учасників інвестиційного спору, який підпадає під юрисдикцію Міжнародного центру по врегулюванню інвестиційних спорів (далі – «МЦВІС»). Проте, в офіційному перекладі цієї конвенції українською мовою слово «національність» не вживається, натомість, йдеться про «юридичну особу, що є юридичною особою Договірної Держави» [6]. Варто зазначити, що Вашингтонська конвенція не

¹ Переклад з російської тут і надалі здійснено авторкою.

встановлює критеріїв для визначення національності, залишаючи це питання на розсуд держав-учасниць.

Окрім цього, термін «national of the Contracting State» вживається у міжнародних договорах про уникнення подвійного оподаткування. У тексті договорів українською мовою він перекладається як «національна особа» (наприклад, в договорах України із Вірменією [7] та Ізраїлем [8]) або як «громадянин» (в договорах із США [9] та Великобританією [10]), хоча значення в обох випадках є однаковим. Так, це поняття включає фізичних осіб, що мають громадянство Договірної Держави, а також юридичних осіб, що одержують свій статус як такий за чинним законодавством Договірної Держави. Таким чином, «національність» чи «громадянство» юридичної особи для цілей цих договорів означають певний правовий зв'язок із державою, який визначається відповідно до національного законодавства.

Термін «національність» щодо юридичних осіб також використовується у сфері дипломатичного захисту. Так, держави можуть надавати дипломатичний захист особам, які мають їхню національність. Як зазначає Е. Денза, «право на дипломатичний захист було найважливішою перевагою національності, і суверенна держава могла визначати своїм національним законодавством, які фізичні та юридичні особи мали її національність» [11, с. 464].² Це питання було предметом розгляду у відомому рішенні Міжнародного суду у «Справі Ноттебома», яка стосувалась питання визнання пана Ноттебома громадянином Ліхтенштейну за відсутності істотних зв'язків із цією державою для цілей дипломатичного захисту. Незважаючи на те, що ця справа стосувалась питання національності фізичних осіб, висновки Міжнародного суду є цікавими щодо концепції національності загалом. Так, Міжнародний суд визначив, що держави самі вирішують, на кого поширюється їх національність, це є питанням їх внутрішньої юрисдикції. Проте, для цілей дипломатичного захисту визнання

² Переклад з англійської тут і надалі здійснено авторкою.

такої національності повинно вирішуватися відповідно до норм міжнародного права. У цьому рішенні було сформульовано так званий «тест Ноттебома», відповідно до якого особа повинна мати реальні зв'язки з державою, щоб користуватися дипломатичним захистом з її боку [12, с. 22-23].

Питання національності юридичної особи для цілей дипломатичного захисту пізніше розглядалося Міжнародним судом у справі *«Барселона Трекшн»*. У цій справі Міжнародний суд вирішував питання того, чи може держава, чию національність мають акціонери компанії, здійснювати дипломатичний захист щодо дій, вчинених проти компанії, яка заснована в іншій державі. Суд прийшов до висновку, що право на дипломатичний захист у цій ситуації має держава національності компанії, а не держава національності її акціонерів, оскільки пряма шкода була заподіяна саме компанії. Важливими є висновки Міжнародного суду щодо визначення національності юридичної особи. Так, він вирішив, що «тест Ноттебома» не застосовується щодо юридичних осіб: «у сфері дипломатичного захисту юридичних осіб, тест «реальних зв'язків» не знайшов загального визнання» [13, с. 42]. Натомість, національність компанії повинна визначатися за тим, за правом якої держави вона створена і де вона має зареєстрований офіс.

Це правило згодом було дещо змінено в Проекті статей про дипломатичний захист, розроблених Комісією з міжнародного права [14]. Так, в ст. 3 закріплено, що державою, яка може здійснювати дипломатичний захист, є держава національності. Ст. 9 Проекту статей встановлює критерії для визначення національності юридичних осіб для цілей дипломатичного захисту – заснування юридичної особи за законодавством певної держави або контроль з боку громадян іншої держави, за умови відсутності істотної ділової активності в державі заснування.

При визначенні правового статусу юридичних осіб поряд із терміном «національність» вживається також «особистий закон». В українському законодавстві він використовується в ст. 25 Закону України «Про міжнародне

приватне право» для встановлення того, право якої держави буде застосовуватись для визначення обсягу цивільної правоздатності та дієздатності юридичної особи у приватноправових відносинах із іноземним елементом [15].

Окремі вчені ототожнюють ці поняття. Так, О. С. Янкова вважає, що «національність організації дозволяє визначитися з питаннями щодо її правового положення (статусу), тобто є вона юридичною особою чи ні, які в неї порядок заснування та організаційна структура, вид (об'єм) правоздатності, підстави та порядок реорганізації й ліквідації» [16, с. 46-47]. В. Л. Чубарєв робить висновок, що «національність юридичної особи визначає як факт утворення саме юридичної особи, так і межі її правоздатності і дієздатності, що якраз і позначається терміном «правосуб'єктність» юридичної особи, або, інакше кажучи, дозволяє встановити її особистий статут» [17, с. 105]. Н. В. Погорецька вказує на зв'язок між цими поняттями, зазначаючи, що «національність юридичної особи – це термін, який широко вживається у міжнародному приватному праві та пов'язаний з визначенням особистого закону юридичної особи» [18, с. 100].

Ще одна позиція полягає в тому, що національність розглядають як категорію, що включає в себе особистий закон. Так, Д. А. Лунц вважав, що «під «національністю» стосовно юридичних осіб розуміють як особистий закон (особистий статут) організації, так і її державну приналежність» [19, с. 364]. Аналогічну позицію висловлює Г. С. Фединяк, зазначаючи, що «(д)ля визначення статуту юридичної особи необхідно встановити її «національність», тобто державну належність та її особистий закон» [20, с. 108].

З такими підходами важко погодитися, адже категорії національності та особистого закону юридичної особи слугують різним цілям і визначаються по-різному.

Так, на думку А. В. Асоскова, «в більшості країн світу спостерігається тенденція, відповідно до якої в національному законодавстві використовуються різні підходи для визначення особистого закону для цілей колізійного права, з

одного боку, та національності для цілей публічного права – з іншого» [21, с. 94]. Схожу думку висловлює й І. В. Гетьман-Павлова, яка вважає, що «особистий закон (статут) юридичної особи – категорія колізійного права, право конкретної держави, яка може відповісти на питання, пов'язані із правосуб'єктністю юридичної особи. Державна приналежність (національність) – матеріально-правова категорія, «прив'язаність» юридичної особи до певної держави та її правопорядку» [3, с. 306].

Питанню співвідношення національності та особистого закону присвячена дисертація Р. Т. Юсифової. Вона притримується позиції, що категорії національності і особистого закону потрібно розмежовувати з огляду на кілька відмінностей. Серед цих відмінностей можна виокремити, по-перше, різні сфери застосування: особистий закон використовується в сфері міжнародного приватного права, коли в приватноправових відносинах із іноземним елементом необхідно визначити, право якої держави буде застосовуватися для визначення правосуб'єктності юридичної особи. У той же час національність юридичної особи, яка вказує на її правовий зв'язок із певною державою, – поняття із сфери публічного права, яке зазвичай використовується саме для розмежування національних та іноземних юридичних осіб, зокрема, у сферах податкових, інвестиційних правовідносин, у сфері дипломатичного захисту. Ще однією відмінністю, яку виділяє Р. Т. Юсифова, є те, що, особистий закон юридичної особи – це колізійна прив'язка, яка лише відсилає до права певної держави, але самостійно не визначає обсяг правосуб'єктності. Визначення ж національності є питанням матеріального права, яке самостійно регулює правовідносини, визначаючи державну приналежність юридичної особи відповідно до певних критеріїв [22, с. 117-129].

Із такою позицією щодо співвідношення національності та особистого закону юридичної особи можна погодитися. Незважаючи на те, що критерії, за якими встановлюється національність та особистий закон юридичної особи, є однаковими, внаслідок різних сфер застосування цих понять юридична особа

може мати національність однієї держави для цілей регулювання певних правовідносин, в той час як її особистим законом буде вважатися право іншої держави.

Для прикладу, уявімо юридичну особу, яка зареєстрована в Україні і власниками якої є громадяни США. Її особистим законом, відповідно до ст. 25 Закону України «Про міжнародне приватне право», буде вважатися право держави, в якій вона зареєстрована, тобто право України. В той же час, якщо така юридична особа ініціює інвестиційний спір проти України в МЦВІС, її національність буде визначатися відповідно до Вашингтонської конвенції. Так, у ст. 25 Вашингтонської конвенції міститься положення про те, що особою іншої Договірної Держави (тобто, іноземним інвестором, який може ініціювати інвестиційний спір) слід вважати юридичну особу Договірної Держави, яка є учасником спору, якщо в силу контролю, який здійснюється іноземними особами по відношенню до такої юридичної особи, сторони домовились про те, щоб розглядати таку юридичну особу в якості особи іншої Договірної Держави для цілей конвенції. Таким чином, юридична особа, зареєстрована в Україні, буде мати національність США в силу того, що їх громадяни здійснюють над нею контроль.

Отже, можна зробити висновок, що національність юридичної особи – категорія, яка позначає правовий зв'язок між юридичною особою та державою, приналежність юридичної особи до держави. Національність юридичної особи використовується як для розмежування національних та іноземних юридичних осіб, так і для встановлення приналежності юридичної особи до конкретної держави для цілей певних правовідносин. На відміну від особистого закону, який визначає обсяг правосуб'єктності, національність юридичної особи виступає характеристикою, необхідною для поширення на неї певних норм правового регулювання.

1.2. Визначення національності інвестора для цілей захисту інвестицій

Іноземні інвестиції мають позитивний вплив на економічний розвиток багатьох держав. З метою їх залучення, держави намагаються створити якомога більш сприятливий режим правового регулювання для іноземних інвесторів, надаючи їм різноманітні пільги і гарантії захисту їх прав. З огляду на це, важливим є визначення національності інвестора для віднесення його до категорії іноземних інвесторів та поширення на нього гарантій, які держава, що приймає інвестиції, надає інвесторам з певної іноземної держави.

Говорячи про захист інвестицій, можна виділити два рівні правового регулювання. По-перше, це загальні гарантії, які держава може надавати всім іноземним інвесторам за національним законодавством. По-друге, це гарантії, передбачені міжнародними договорами про захист інвестицій, які передбачають гарантії захисту для іноземних інвесторів з конкретної держави, з якою такий договір укладений.

Наприклад, українське законодавство виокремлює категорію іноземних інвесторів, для яких передбачені особливі умови правового регулювання. В контексті визначення національності на цьому рівні важливим є саме віднесення інвестора до категорії іноземних, без встановлення приналежності до конкретної держави. Перелік осіб, які вважаються іноземними інвесторами в Україні, міститься в ст. 390 Господарського кодексу України [23], а також в ст. 1 Закону України «Про режим іноземного інвестування» [24]. Так, іноземними інвесторами є суб'єкти, що провадять інвестиційну діяльність на території України, зокрема, до них відносяться юридичні особи, створені за законодавством іншим, ніж законодавство України; іноземці та особи без громадянства, які не мають постійного місця проживання на території України; міжнародні урядові та неурядові організації; інші держави; та інші іноземні суб'єкти інвестиційної діяльності, визначені законом.

Щодо особливостей регулювання діяльності іноземних інвесторів, в Господарському кодексі України цьому питанню присвячена окрема глава 38.

Ст. 394 передбачено, що до іноземних інвестицій на території України встановлюється національний режим інвестиційної діяльності. Визначення національного режиму міститься в ст. 7 Закону України «Про інвестиційну діяльність»: він означає, що іноземні суб'єкти господарської діяльності мають обсяг прав та обов'язків не менший, ніж суб'єкти господарської діяльності України [25]. Більше того, для іноземних інвесторів ст. 397-399 Господарського кодексу України передбачені додаткові гарантії, порівняно із національними. До них відносяться гарантії захисту при зміні законодавства про іноземні інвестиції; заборона націоналізації, реквізиції; право вимагати відшкодування збитків, завданих незаконними діями чи бездіяльністю органів державної влади чи місцевого самоврядування; гарантії безперешкодного переказу коштів, отриманих внаслідок здійснення інвестиційної діяльності, за кордон; право на повернення інвестицій у разі припинення інвестиційної діяльності.

У Законі України «Про інвестиційну діяльність» визначається коло суб'єктів інвестиційної діяльності, до яких відносяться, зокрема, і громадяни та юридичні особи іноземних держав. Ст. 19 встановлено гарантії захисту інвестицій, в тому числі іноземних, забезпечення рівноправного режиму, заборона застосування заходів дискримінаційного характеру, безоплатної націоналізації та реквізиції. Хоча в ст. 19 і міститься уточнення, що такі гарантії поширюються на іноземних інвесторів, по суті, вони є однаковими і для національного інвестора.

Особливості ж регулювання діяльності власне іноземного інвестора визначаються Законом України «Про режим іноземного інвестування». Розділ II цього закону визначає перелік державних гарантій захисту іноземних інвестицій, які збігаються із гарантіями, передбаченими Господарським кодексом України. Закон дещо деталізує ці гарантії, наприклад, ст. 8 передбачено, що у разі зміни законодавства України про іноземні інвестиції на вимогу іноземного інвестора протягом 10 років будуть застосовуватися гарантії, передбачені цим або іншими законами України. Ст. 10 визначається, що збитки іноземного інвестора, які

підлягають відшкодуванню, включають упущену вигоду та моральну шкоду, а у випадку несвоєчасної виплати компенсації на її суму нараховуються відсотки.

Окрім цього, статус іноземного інвестора передбачає не лише додаткові гарантії з боку держави, але й певні обмеження щодо його діяльності. Зокрема, Господарським кодексом України передбачено можливість обмеження щодо діяльності підприємств з іноземними інвестиціями та іноземних підприємств. Відповідно до частини 5 ст. 116 Господарського кодексу України, законом можуть бути визначені галузі господарювання та/або території, в яких встановлюється загальний розмір участі іноземного інвестора, а також території, на яких діяльність підприємств з іноземними інвестиціями обмежується або забороняється, виходячи з вимог забезпечення національної безпеки. Частиною 2 ст. 117 передбачено, що іноземні підприємства не можуть створюватися в галузях, визначених законом, що мають стратегічне значення для безпеки держави. Аналогічні обмеження містяться і в частині 3 ст. 7 Закону України «Про режим іноземного інвестування», якою встановлено, що законами України можуть визначатися території, на яких діяльність іноземних інвесторів та підприємств з іноземними інвестиціями обмежується або забороняється, виходячи з вимог забезпечення національної безпеки.

Таким чином, обмеження діяльності іноземного інвестора допускається лише з метою забезпечення національної безпеки. Законом України «Про основи національної безпеки України» [26], який наразі втратив чинність, зростання частки іноземного капіталу у стратегічних галузях економіки розглядалося як одна із загроз національній безпеці України в економічній сфері, проте чітке регулювання того, що вважається стратегічними галузями економіки і які обмеження існують для іноземних інвесторів, було відсутнє. Зараз окремого закону, який би встановлював перелік таких галузей, не існує, натомість окремі обмеження діяльності іноземців можна знайти в законодавстві, що регулює певні галузі господарювання.

Наприклад, ст. 9 Законі України «Про інформаційні агентства» заборонено створення і діяльність інформаційних агентств, у статутному фонді яких сукупна частка, що належить іноземцям та/або іноземним юридичним особам, становить більш як 35 відсотків [27]. Ще однією сферою, яка містить обмеження для іноземців, є земельні відносини, в яких існує заборона передачі у власність іноземців та іноземних юридичних осіб земельних ділянок сільськогосподарського призначення (частина 5 ст. 22 Земельного кодексу України), а також встановлено обмеження для набуття у власність земельних ділянок несільськогосподарського призначення (частина 2 ст. 82 Земельного кодексу України) [28].

Таким чином, визначення національності інвестора, зокрема, віднесення його до категорії іноземного інвестора відповідно до українського законодавства матиме наслідком наявність у нього як певних обмежень, встановлених для іноземців, так і додаткових гарантій здійснення інвестиційної діяльності на території України. Почасти такі гарантії застосовуються і до національного інвестора в силу дії загальних норм цивільного законодавства, наприклад, право на відшкодування шкоди, завданої незаконними рішеннями, діями чи бездіяльністю органів державної влади та органів місцевого самоврядування, передбачене ст. 1173 Цивільного кодексу України, чи наявність певних надзвичайних обставин та компенсація як обов'язкові умови для здійснення реквізиції (ст. 353 Цивільного кодексу України) [29].

Хоча гарантії, встановлені українським законодавством, є досить суттєвими, вони не завжди забезпечують реальний захист прав іноземного інвестора при порушенні з боку держави. Реалізація цих гарантій на практиці прямо залежить від ефективності національної судової системи, яка залишає бажати кращого. Так, саме недовіра до судової системи очолила анти-рейтинг перешкод для іноземних інвестицій, відповідно до П'ятого щорічного опитування іноземних інвесторів, проведеного Європейською Бізнес

Асоціацією, Dragon Capital та Центром економічної стратегії в жовтні 2020 року [30].

Саме тому для захисту прав іноземних інвесторів набагато більше значення мають гарантії, закріплені в міжнародних договорах про захист інвестицій. Наразі не існує одного багатостороннього міжнародного договору, який би регулював питання захисту інвестицій, натомість, як зазначає Ж. Шайссе, «міжнародні правила щодо інвестицій є фрагментованими, і існує велика кількість зобов'язань» [31, с. 233]. Такі зобов'язання можуть закріплюватись у двосторонніх договорах, які укладаються між двома державами для заохочення та взаємного захисту інвестицій. Такі двосторонні договори встановлюють гарантії захисту інвестицій для інвесторів із договірних держав на основі принципу взаємності. За даними Конференції ООН з торгівлі та розвитку, наразі у світі діють майже 2300 двосторонніх договорів про заохочення та взаємний захист інвестицій [32].

Міжнародні договори в сфері захисту інвестицій можуть також бути багатосторонніми. Вони укладаються за регіональним принципом або стосуються певної сфери діяльності і містять положення щодо захисту інвестицій. До таких відносяться, зокрема, Договір до Енергетичної хартії, членом якого є Україна і який стосується співробітництва в галузі енергетики; Північноамериканська угода про вільну торгівлю між Канадою, США та Мексикою, Угода про заохочення, захист та гарантування інвестицій між державами-членами Організації ісламського співробітництва тощо.

Міжнародні договори в сфері захисту інвестицій, укладені Україною, є частиною національного законодавства відповідно до ст. 9 Конституції України [33] і мають пріоритет над законодавством України відповідно до ст. 19 Закону України «Про міжнародні договори» [34].

Варто зазначити, що гарантії, які надаються іноземному інвестору за українським законодавством багато в чому збігаються із гарантіями за міжнародними договорами про захист інвестицій. Ймовірно, останні і слугували

джерелом для визначення гарантій в національному законодавстві. Проте, гарантії за міжнародними договорами є ширшими. Вони включають, зокрема, такі стандарти захисту прав інвестора як справедливий та неупереджений режим інвестицій, повний захист та безпека, захист від експропріації, в тому числі непрямої тощо. Зміст цих стандартів захисту розкривається в практиці арбітражних трибуналів та в доктрині.

Чи не найважливішим для іноземного інвестора є положення про те, що у випадку порушення його прав, забезпечених міжнародним договором, передбачена можливість вирішення спору із державою не тільки в національних судах, але й в процедурі міжнародного інвестиційного арбітражу. Це є суттєвою гарантією прав іноземного інвестора, які не завжди можуть бути захищені у національних судах з огляду на різні чинники – неефективність судової системи, небажання судів приймати рішення не на користь держави. Тому для іноземного інвестора важливою є можливість вирішення спору незалежною установою, яка діє за чітким регламентом.

Практика показує, що звернення інвестора до інвестиційного арбітражу є досить популярним способом вирішення інвестиційного спору. Так, починаючи з 1987 року, коли був ініційований перший інвестиційний спір в рамках двостороннього договору між Шрі-Ланкою та Сполученим Королівством, на вирішення інвестиційних арбітражів було передано понад тисячу справ, заданими Конференції ООН з торгівлі та розвитку [35].

Кожний міжнародний договір у сфері захисту інвестицій закріплює визначення того, хто може вважатися інвестором для цілей цього договору. Для того, щоб положення договору поширювалися на особу, вона повинна, по-перше, мати національність однієї із держав-сторін договору, по-друге, здійснювати інвестиційну діяльність на території іншої держави-сторони договору. На відміну від національного законодавства у сфері інвестиційної діяльності, інвестор повинен мати національність конкретної іноземної держави для поширення на нього положень відповідного міжнародного договору. При цьому,

критерії визначення національності містяться в тексті самого міжнародного договору.

Окрім цього, визначення національності інвестора є необхідним на етапі виникнення інвестиційного спору. Так, Вашингтонська конвенція в ст. 25 визначає, що юрисдикція МЦВІС поширюється на розгляд спорів між Договірними Державами та інвесторами, які мають національність іншої Договірної Держави. Відсутність у інвестора потрібної національності є підставою для відмови арбітражем в розгляді інвестиційного спору з огляду на відсутність юрисдикції *ratione personae*, тобто юрисдикції за колом суб'єктів [36, с. 1].

Отже, визначення національності інвестора відіграє важливу роль для захисту його прав. Віднесення інвестора до категорії іноземних за українським законодавством матиме наслідком поширення на нього особливих гарантій, запроваджених для заохочення іноземних інвестицій. Ще більше значення має визначення національності інвестора в контексті дії міжнародних договорів про захист інвестицій. Приналежність інвестора до держави, яка є стороною такого договору, означає, що на нього будуть поширюватись гарантії захисту, закріплені в договорі, а у випадку порушення своїх прав державою він зможе звернутися до міжнародного інвестиційного арбітражу для вирішення спору і отримання компенсації.

При цьому, національність інвестора матиме різне значення для різних рівнів: на рівні національного законодавства важливим буде віднесення інвестора до категорії іноземних загалом, в той час як для поширення на нього умов міжнародного договору необхідною умовою буде наявність в нього національності конкретної держави-учасниці такого договору.

1.3. Критерії визначення національності юридичної особи-інвестора

Як уже було зазначено вище, національність вказує на певний зв'язок між юридичною особою та державою. Кожна юридична особа створюється за законодавством певної держави, але чи є цього зв'язку достатньо для того, щоб вважати, що вона має національність цієї держави? Юридична особа, зареєстрована в одній державі, може здійснювати свою діяльність в іншій, а її власниками можуть бути громадяни третьої держави – такі ситуації є надзвичайно поширеними в сучасному глобалізованому світі. Виникає питання, за яким критерієм повинна визначатися національність юридичної особи? Однозначної відповіді тут не існує.

У міжнародному приватному праві існують різні критерії, за якими може визначатися національність юридичної особи. Вони склалися історично і відповідали різним потребам держав, яким потрібно було врегулювати це питання. До основних зазвичай відносять критерії інкорпорації, місцезнаходження, місця здійснення діяльності (центру експлуатації), а також критерій контролю [16, с. 47; 3, с. 308-309; 21, с.78-84].

Згідно із *критерієм інкорпорації*, юридична особа має національність тієї держави, де вона зареєстрована. А. В. Асосков зазначає, що цей критерій почав застосовуватись у Великобританії у 18 столітті для того, щоб юридичні особи, які були створені в Великобританії і здійснювали свою діяльність в колоніях, підпадали під регулювання англійського права. До його переваг він відносить легкість застосування та передбачуваність правового регулювання, адже зміна місцезнаходження чи місця здійснення діяльності юридичної особи не впливатимуть на визначення її національної приналежності, в той час як недоліками є можливість засновників юридичної особи вибрати зручну для них в плані правового регулювання державу навіть без здійснення в ній реальної діяльності [21, с. 79]. Цей критерій застосовується і в Україні, відповідно до ст. 25 Закону України про міжнародне приватне право.

За *критерієм місцезнаходження*, який іще називають *критерієм осілості*, юридична особа пов'язується із тією державою, де знаходиться її орган

управління. Цей критерій виник в середині 19 століття у французькій судовій практиці як реакція на те, що засновники зловживали можливостями, які надавав критерій інкорпорації, а в 20 столітті він став основним у більшості європейських держав [21, с. 81]. Критикуючи застосування цього критерію, Ю. І. Єр'оміна зазначає, що він може викликати складності в застосуванні, оскільки «часто буває складно встановити фактичне місце перебування адміністративного центру або вибрати один орган управління з усіх» [4, с. 91]. На цю проблему вказує і А. В. Асосков, зазначаючи, що в більшості країн континентальної Європи, де використовується цей критерій, місцезнаходження визначається за місцезнаходженням виконавчого органу [21, с. 82].

При цьому, розрізняють осілість формальну, тобто ту, яка зазначена в установчих документах компанії, та реальну, яка відповідає реальному місцезнаходженню органу управління. Можна погодитися із думкою Ю. І. Єр'оміної, яка вважає, що формальна осілість призводить до тих же результатів, що й критерій інкорпорації, тобто набуття національності держави без реального здійснення діяльності в ній [4, с. 91].

Якщо ж під місцезнаходженням мається на увазі реальне розташування органу управління, це певною мірою долає проблему відсутності будь-якого зв'язку між юридичною особою та державою, яка існує при застосуванні критерію інкорпорації і створює перешкоди для зловживань з боку засновників компанії. Він використовується в ст. 25 Закону України «Про міжнародне приватне право» як альтернатива критерію інкорпорації, якщо останній неможливо застосувати.

За *критерієм місця здійснення діяльності* національність юридичної особи визначається за місцем, де вона здійснює свою основну діяльність. Метою цього критерію є поглиблення зв'язку між державою та юридичною особою для цілей встановлення національності. А. В. Асосков зазначає, що, як і критерій місцезнаходження, він виник у 19 столітті у практиці французьких судів, а зараз широко використовується в країнах, що розвиваються для того, щоб компанії,

які зареєстровані за кордоном, але здійснюють діяльність в цих державах, підпадали під національне правове регулювання. Разом з тим, цей підхід доволі складно застосувати на практиці з огляду на те, що компанія може здійснювати діяльність одночасно в кількох країнах або змінювати місце здійснення діяльності, і в такому випадку її національність буде визначити складно [21, с. 82-83].

За критерієм контролю береться до уваги, суб'єкти якої держави здійснюють контроль над юридичною особою. За цим критерієм компанія, яка зареєстрована і здійснює свою діяльність в одній державі, але контролюється особами з іншої держави, буде вважатися такою, що має національність іншої держави.

Потреба у визначенні того, хто здійснює контроль над юридичною особою, виникла під час Першої світової війни. Це питання розглядалося англійським судом у справі «*Daimler Co Ltd v Continental Tyre and Rubber Co (GB) Ltd*» в 1916 році. Компанія «*Continental Tyre and Rubber Co (GB) Ltd*» була зареєстрована і діяла в Великобританії, але майже всі її акції належали громадянам Німеччини, якими також були і менеджери компанії. Компанія-контрагент, *Daimler Co Ltd*, відмовилась платити за контрактом, бо вважала, що це буде порушенням Акту про торгівлю з ворогом 1914 року. Суд визнав, що компанія, зареєстрована у Великобританії, була ворожою в силу того, що її акціонерами були громадяни Німеччини, які здійснювали контроль над компанією і отримували вигоду від її діяльності. Хоча судом не ставилося під сумнів, що компанія мала національність Великобританії, адже була зареєстрована за її законами, саме національність акціонерів дозволила визнати компанію ворожою:

Дії органів компанії, її директорів, менеджерів, секретарів тощо, які діють в межах своїх повноважень, є діями компанії і можуть наділяти її ворожим статусом. Мені здається, що, схожим чином, статус тих, хто може призначати та звільняти цих посадових осіб, диктувати їхні дії опосередковано чи прямо, визначати їхні обов'язки і притягати до відповідальності, може бути важливим у визначенні ворожого статусу компанії. [37]

Критикуючи критерій контролю, А. В. Асосков зазначає, що «очевидною є його непридатність для визначення особистого закону юридичних осіб з багатонаціональним складом учасників або юридичних осіб, чиї акції котируються на біржі і можуть міняти власників декілька разів в день» [21, с. 84]. І справді, складність застосування цього критерію спричинила те, що він використовується досить рідко і є найменш поширеним. Як і у випадку справи «Даймлер», критерій контролю і зараз використовується з метою захисту національної безпеки. Прикладом такого застосування є Закон України «Про санкції», який встановлює, що Україна може застосовувати санкції як по відношенню до іноземних юридичних осіб, так і щодо юридичних осіб, які знаходяться *під контролем* іноземної юридичної особи чи фізичної особи-нерезидента [38].

При визначенні національності юридичної особи-інвестора використовуються ті ж критерії, що описані вище, але їх застосування має певні особливості.

Говорячи про визначення національності юридичної особи для віднесення її до категорії іноземних інвесторів для цілей національного правового регулювання, варто звернутися до уже згаданих ст. 390 Господарського кодексу України та ст. 1 Закону України «Про режим іноземного інвестування». Так, до іноземних інвесторів відносяться юридичні особи, утворені за законодавством іншим, ніж законодавство України. Тобто національне законодавство використовує один критерій – інкорпорації – для визначення національності юридичної особи-інвестора. Окрім цього, виділяється також окрема категорія – підприємство з іноземними інвестиціями, яке створене відповідно до законодавства України, але має в статутному капіталі щонайменше 10 відсотків іноземних інвестицій. Таким чином, можна говорити про застосування критерію контролю – хоча така юридична особа сама по собі не вважається іноземним інвестором і має національність України, але в силу походження капіталу підпадає під сферу регулювання законодавства в сфері інвестицій.

Національність юридичної особи-інвестора за міжнародними договорами про захист інвестицій зазвичай визначається за двома основними критеріями: інкорпорації та місцезнаходження [39, с. 8]. Найбільш поширеним є критерій інкорпорації – так, у більшості двосторонніх договорів про захист інвестицій, укладених Україною, він є єдиним критерієм для визначення національності юридичної особи-інвестора. При цьому використовуються формулювання «установа, заснована на території Литовської Республіки згідно з її законами та правилами» [40], «організація, заснована або належним чином створена згідно з діючим законодавством Канади» [41], «будь-яка організація, заснована у відповідності до, і визнана як юридична особа правом цієї Договірної Сторони» [42] тощо.

Враховуючи, що критерій інкорпорації є досить формальним і не вимагає реальної присутності юридичної особи у державі реєстрації, він є найбільш зручним для засновників, які можуть обирати державу, національність якої матиме компанія, з огляду на різні переваги, в тому числі на доступ до захисту за міжнародними договорами про захист інвестицій, укладеними цією державою.

Другим за поширеністю при визначенні національності юридичної особи-інвестора за міжнародними договорами є критерій місцезнаходження. Серед усіх двосторонніх договорів України про захист інвестицій він застосовується як єдиний критерій лише в Угоді між Україною і Федеративною Республікою Німеччина про сприяння здійсненню і взаємний захист інвестицій, яка визначає товариства по відношенню до Німеччини як «кожну юридичну особу ... з місцем розташування на території Федеративної Республіки Німеччина» [43]. Варто зазначити, що Німеччина використовує цей критерій як головний при визначенні німецького інвестора у більшості своїх двосторонніх договорів [44, с. 14]. В основному ж в міжнародних договорах про захист інвестицій він використовується в сукупності з критерієм інкорпорації.

На практиці, використання цього критерію може бути дещо проблематичним. Застосування його разом із критерієм інкорпорації встановлює

жорсткіші вимоги до компанії для кваліфікації її іноземним інвестором. Проте, виникає питання: чи встановлює цей критерій вимогу до того, щоб реальне управління компанією здійснювалося на території певної держави, чи достатньою є лише наявність зареєстрованого офісу? В останньому випадку, проблеми, які виникають внаслідок застосування критерію інкорпорації для визначення національності, жодним чином не вирішуються, адже компанія може мати офіс в державі для виконання цієї формальної умови, тоді як реальна діяльність і реальне управління буде здійснюватися деінде.

Це питання розглядав арбітражний трибунал у справі «*Tenaris S.A. ma Talta-Trading e Marketing Sociedade Unipessoal LDA проти Венесуели*», заявниками в якій виступали компанії з Люксембургу та Португалії. Обидва двосторонні договори з Венесуелою для визначення національності юридичної особи-інвестора містили критерій інкорпорації, а також вимогу того, щоб юридична особа мала на території держави «*siège social*» або «*seat*», тобто місце розташування. Венесуела стверджувала, що для цього компанії повинні здійснювати у відповідних державах «ефективний менеджмент», адже включення цього критерію вказує на бажання обмежити доступ до договору, включивши вимогу до наявності реального зв'язку компанії з державою [45, пар. 116]. Заявники ж вважали, що ці терміни означають всього лише зареєстрований офіс на території держави [45, пар. 129].

Арбітражний трибунал проаналізував вимогу до місця розташування в контексті мети і цілей двосторонніх договорів. Для того, щоб задовольнити перший критерій – інкорпорації – компанії повинні були мати зареєстровані офіси на території Люксембургу та Португалії, інакше вони б не могли вважатися такими, що «створені відповідно до законодавства». У такому випадку, використання термінів «*siège social*» та «*seat*» в значенні «зареєстрований офіс» не мало б жодного сенсу, адже ця вимога уже була частиною критерію інкорпорації. Тому трибунал зайняв позицію Венесуели і вирішив, що ці терміни

слід розуміти як вимогу до здійснення «ефективного менеджменту» на території держави [45, пар. 148-154].

Ще більші вимоги наявності зв'язку юридичної особи-інвестора та держави встановлює критерій місця здійснення діяльності. Він використовується досить рідко в міжнародних договорах про захист інвестицій і, як правило, не як самостійний критерій, а в сукупності з інкорпорацією та місцезнаходженням. Так, він зустрічається лише в шести двосторонніх договорах про захист інвестицій, укладених Україною – з Туреччиною [46], Йорданією [47], Іраном [48], Чилі [49], Швейцарією [50] та Польщею [51]. На додачу до інкорпорації і місцезнаходження, ці договори вимагають, щоб компанія мала «реальну економічну діяльність» або «значну економічну діяльність» на території держави, інвестором якої вона вважається.

Що стосується критерію контролю, як і місце здійснення діяльності, він використовується досить рідко і не як самостійний критерій для визначення національності юридичної особи-інвестора. Так, наприклад, в двосторонніх договорах про захист інвестицій, укладених Україною, він зустрічається всього п'ять разів – в договорах із Ізраїлем [52], Швецією [53], Швейцарією [50], Нідерландами [54] та Францією [55]. У всіх зазначених випадках він застосовується як альтернатива інкорпорації та місцезнаходженню для того, щоб компанія, яка зареєстрована в одній державі, але контролюється фізичними чи юридичними особами іншої держави, могла вважатися інвестором тієї держави, національність якої мають її засновники.

Такий підхід застосований у Вашингтонській конвенції, яка визначає юрисдикцію МЦВІС. Так, ст. 25 визначає, що МЦВІС має юрисдикцію на розгляд спорів між Договірними Державами та інвесторами, які мають національність іншої Договірної Держави. Конвенція не встановлює критеріїв для визначення національності юридичних осіб, залишаючи це на розсуд держав-учасниць. Проте вона містить положення про те, що особою, яка має національність іншої Договірної Держави слід вважати також юридичну особу

цієї ж Договірної Держави, якщо в силу контролю, який здійснюється іноземними особами по відношенню до такої юридичної особи, сторони домовились про те, щоб розглядати таку юридичну особу в якості особи іншої Договірної Держави для цілей конвенції. У цьому випадку критерій контролю використовується для розширення кола юридичних осіб-інвесторів і віднесення до них юридичних осіб, які не можуть вважатися іноземним інвестором за критеріями інкорпорації та місцезнаходження, бо зареєстровані в державі, яка приймає інвестиції, але фактично контролюються іноземними фізичними або юридичними особами.

Критерій контролю при визначенні національності юридичної особи-інвестора в міжнародних договорах про захист інвестицій може використовуватися і з протилежною метою – для обмеження доступу до договору юридичних осіб-інвесторів, які контролюються особами із національністю третьої держави, яка не є учасником договору, або держави, яка приймає інвестиції. У такому випадку, він міститься не у визначенні інвестора, а в окремому положенні договору, яке має назву «denial of benefits clause», тобто положення про відмову у перевагах. Наприклад, таке положення міститься в Договорі до Енергетичної Хартії [56]. Відповідно до ст. 17 Договору, Договірна Сторона залишає за собою право відмовляти у заохоченні та захисті інвестицій юридичній особі, якщо вона належить або контролюється громадянами чи підданими третьої держави і не здійснює реальну економічну діяльність на території тієї Договірної Сторони, де вона організована. Аналогічне положення можна знайти в Угоді між Україною та Японією про сприяння і захист інвестицій [57]. Так, відповідно до ст. 26, Договірна Сторона може відмовити у перевагах цієї Угоди інвестору іншої Договірної Сторони, який є підприємством іншої Договірної Сторони і його інвестиціям, якщо підприємство належить або контролюється інвестором не Договірної Сторони і підприємство не має значної комерційної діяльності на території іншої Договірної Сторони. С. Нікієма зазначає, що це положення «допомагає підняти корпоративну вуаль, щоб звузити

сферу застосування міжнародного договору». Воно має на меті обмежити доступ до міжнародних договорів так званих «компаній-оболонок», які хочуть користуватися захистом як іноземні інвестори виключно в силу реєстрації в певній країні без реального здійснення там діяльності [39, с. 13].

Отже, можна зробити такі висновки:

1. Під категорією національності юридичної особи-інвестора розуміють правовий зв'язок між юридичною особою-інвестором та державою, приналежність юридичної особи-інвестора до держави для цілей правового регулювання.

2. Для цілей внутрішнього правового регулювання держава може здійснювати поділ інвесторів на національних та іноземних, в такому випадку, національність юридичної особи-інвестора буде визначатися відповідно до національного законодавства. Для поширення на юридичну особу-інвестора дії міжнародних договорів про захист інвестицій необхідною умовою є наявність у неї національності однієї із держав-учасниць договору.

3. Критерії для визначення національності юридичної особи-інвестора для цілей міжнародних договорів про захист інвестицій встановлюються безпосередньо у самих договорах. Такими критеріями є: критерії інкорпорації, місцезнаходження, місця здійснення діяльності та контролю. На підставі аналізу двосторонніх договорів про захист інвестицій, укладених Україною, можна зробити висновок, що найчастіше національність юридичної особи-інвестора визначається за допомогою критерію інкорпорації або сукупності критеріїв інкорпорації та місцезнаходження. Критерії місця здійснення діяльності та контролю використовуються досить рідко, в сукупності з іншими або в якості альтернативних.

4. Визначення національності юридичної особи-інвестора на підставі критерію інкорпорації дозволяє користуватися захистом за договором компаніям, які не мають реальних зв'язків із державою-учасницею договору. Цю

проблему допомагає вирішити застосування критерію місця здійснення діяльності або положення про відмову у перевагах, які встановлюють вимоги до наявності реального зв'язку з державою для визначення національності юридичної особи-інвестора.

РОЗДІЛ 2. ВИКОРИСТАННЯ ЮРИСДИКЦІЙНОЇ ПРИНАЛЕЖНОСТІ ЮРИДИЧНОЇ ОСОБИ-ІНВЕСТОРА ДЛЯ ДОСТУПУ ДО МІЖНАРОДНИХ ДОГОВОРІВ ПРО ЗАХИСТ ІНВЕСТИЦІЙ

2.1. Поняття та характеристика концепції «treaty shopping» в контексті захисту інвестицій

Як уже зазначалося в попередньому розділі, національність інвестора відіграє важливу роль при захисті інвестицій. Саме вона визначає, дія яких міжнародних договорів буде поширюватися на нього. Тому не дивно, що із розвитком системи міжнародних договорів про захист інвестицій та збільшенням кількості інвестиційних спорів між інвесторами та державами все більш поширеною стає ситуація, коли інвестор набуває національність певної держави для того, щоб отримати доступ до певних міжнародних договорів про захист інвестицій.

Таке явище отримало назву «treaty shopping», що зазвичай перекладають як «шопінг договорів». Іноді його також називають більш схвальним терміном «nationality planning», тобто планування національності. Р. Т. Юсифова пропонує об'єднати їх терміном «зловживання міжнародними договорами» [58, с. 163]. Хоча такий погляд на явище «treaty shopping» є досить поширеним, на практиці такі дії інвестора не завжди розглядаються як зловживання. Варто зазначити, що поняття «treaty shopping» є дещо ширшим, і стосується доступу не лише до міжнародних договорів про захист інвестицій, а й, наприклад, до міжнародних договорів у сфері оподаткування. Проте, як зазначає Дж. Лі, унікальність цього явища саме при захисті інвестицій полягає в тому, що питання юрисдикції вирішуються арбітражними трибуналами [59, с. 355].

Ж. Шайссе зазначає, що офіційне визначення «treaty shopping» відсутнє і пропонує описувати його як «процес направлення інвестиції таким чином, щоб отримати доступ до міжнародних договорів про захист інвестицій, коли такого

доступу раніше не було, або щоб отримати доступ до більш сприятливого захисту за міжнародними договорами» [31, с. 228]. Дж. Лі наводить схоже визначення «treaty shopping» як «практику ... коли мультинаціональні корпоративні інвестори змінюють свою корпоративну структуру для того, щоб отримати більш сприятливий захист інвестицій, як в плані юрисдикції, так і в плані матеріальних положень, ніж той, що доступний їм в їхній власній державі» [59, с. 355]. С. Нікієма визначає цей термін як «практику інвесторів, які прагнуть отримати переваги від найбільш сприятливого двостороннього договору про захист інвестицій, який був підписаний між державою, в якій вони здійснили інвестицію, та іншою державою, національності якої вони не мають» [39, с. 3]. «Treaty shopping» також називають пошуком «country of convenience», тобто «держави, яка має договори із державою, в якій мають бути здійснені інвестиції» [60, с. 21].

Із цього можна зробити висновок, що ознаки «шопінгу договорів» при захисті інвестицій є наступними. По-перше, справжня, первісна національність інвестора не дозволяє йому отримати той захист за міжнародними договорами, якого він прагне. Причини цього можуть бути різними. Між його державою і державою, в якій здійснюється інвестиція може не бути двостороннього договору. Або ж, якщо такий договір є, його положення можуть бути не такими сприятливими, як інвестору хотілося б [61, с. 267]. Так, визначення інвестиції може бути занадто вузьким і обмежувати інвестора; може бути відсутній певний стандарт захисту, який зазвичай міститься в таких договорах; механізм вирішення інвестиційного спору може бути не таким, як інвестору хотілося б, наприклад, передбачено вирішення спору лише в одній арбітражній установі тощо. Окрім цього, інвестор може взагалі не мати права на доступ до міжнародних договорів про захист інвестицій, якщо він має національність держави, де здійснюється інвестиція, тобто є національним інвестором [39, с. 4]. У такому випадку, його відносини із державою підпорядковуються регулюванню

виключно національним законодавством, а спори із державою він може вирішувати лише у національних судах.

Другою складовою «treaty shopping» є те, що для отримання доступу до потрібного міжнародного договору із державою, в якій здійснюється інвестиція, інвестор набуває потрібну йому національність. Способи цього можуть бути різними: наприклад, шляхом створення юридичної особи в певній державі, яка буде безпосередньо здійснювати інвестицію, або через компанії в інших юрисдикціях, якими володіє материнська компанія із потрібною національністю, що може створити суттєві податкові переваги [62, с. 9]. Окрім цього, в деяких випадках зміна національності може відбуватися шляхом перереєстрації юридичної-особи інвестора в потрібній юрисдикції. Наприклад, в країнах Європейського Союзу така можливість існує для Європейських товариств (*societas Europaea*), діяльність яких регулюється Регламентом Ради ЄС № 2157/2001 про Статут Європейського товариства [63]. Так, відповідно до статті 3 Регламенту, вважається, що така компанія регулюється правом тієї держави-члена Європейського Союзу, в якій вона має зареєстрований офіс. При цьому, відповідно до статті 8, вважається, що компанія може перемістити свій зареєстрований офіс до іншої держави-члена Європейського Союзу, що не матиме наслідком ліквідацію чи створення нової юридичної особи.

Явище «treaty shopping» також розрізняють за темпоральним критерієм. Так, М. Скіннер, К. Майлз та С. Латрелл виділяють «treaty shopping», який трапляється після того, як виникає спір, і інвестор передає інвестицію дочірній компанії, яка має потрібну національність для того, щоб отримати доступ за певним міжнародним договором, а також «планування національності» заздалегідь [61, с. 260-261]. У свою чергу, Дж. Шайссе звужує визначення «treaty shopping», обмежуючись лише тими ситуаціями, коли реструктуризація відбулася після виникнення загрози для інвестиції [31, с. 228]. Як видно із практики інвестиційних арбітражів, яка буде предметом подальшого аналізу в цій роботі, час набуття інвестором потрібної національності відіграє важливе

значення при визначенні того, чи є такі дії зловживанням і які наслідки вони матимуть для інвестора.

Як уже зазначалося вище, причинами такого «шопінгу договорів» є бажання інвесторів отримати захист своїх інвестицій за міжнародними договорами, якого у них по-іншому не було б в силу своєї національності. Якщо ж говорити про ширші передумови цього явища, Дж. Шайссе виділяє розширення системи міжнародних договорів про захист інвестицій. Він зазначає, що раніше проблеми «*treaty shopping*» не існувало тому, що іноземні інвестиції регулювалися виключно національним законодавством, і тільки в 1980-х роках почали створюватися міжнародно-правові інструменти їх регулювання. Зараз кількість міжнародних договорів про захист інвестицій є досить значною, крім цього, зростає кількість інвестиційних спорів, більшість яких була ініційована вже в 2000-х роках [31, с. 230-239].

Отже, немає нічого дивного в тому, що розвиток міжнародної системи захисту інвестицій сприяє практиці «*treaty shopping*»: чим більше інвестиційних спорів виникає внаслідок порушення державами своїх зобов'язань за міжнародними договорами про захист інвестицій, тим більше інвесторів розуміють важливість і значення цих інструментів і можливості, які вони відкривають. Тому інвестори вдаються до планування своєї національності з метою отримання доступу до тих міжнародних договорів, які є найбільш сприятливими для них.

Умовою, яка робить можливою практику «*treaty shopping*» є те, що набуття потрібної національності для інвестора не є чимось особливо складним: для цього достатньо створити юридичну особу в потрібній юрисдикції і структурувати через неї інвестицію. Як уже зазначалося, критерій інкорпорації є надзвичайно поширеним в міжнародних договорах про захист інвестицій, а іноді і єдиним критерієм, за яким визначається національність юридичної особи-інвестора. За таких умов, юридична особа, зареєстрована в певній державі, буде вважатися інвестором для цілей міжнародних договорів про захист інвестицій,

навіть якщо вона не здійснює діяльності в цій державі і не має реального зв'язку з нею, будучи створеною з єдиною метою – доступу до міжнародних договорів.

Прикладом можуть слугувати Нідерланди, які включили інкорпорацію як єдиний критерій визначення національності юридичної особи у багато своїх міжнародних договорів про захист інвестицій. Це приваблює інвесторів, які створюють в Нідерландах так звані «mailbox companies» (компанії поштової скриньки), або «shell companies» (компанії-оболонки), тобто компанії, які формально зареєстровані в певній державі, але здійснюють свою діяльність деінде. Створюючи компанії в Нідерландах без реального ведення бізнесу, засновники тим не менш можуть користуватися захистом за міжнародними договорами як нідерландські інвестори. Дослідження 2011 року показало, що близько 10% усіх інвестиційних спорів було ініційовано саме інвесторами із Нідерландів. При цьому у більшості випадків такі інвестори насправді були компаніями, заснованими і контрольованими іноземцями [62, с.29].

Очевидно, що практика структурування інвестиції для набуття потрібної національності є надзвичайно вигідною для інвестора, так як він може отримати захист за міжнародним договором, який відповідає його потребам. Що ж стосується держави, яка приймає інвестиції, для неї така ситуація є несприятливою, адже вона розширює коло осіб, які потенційно можуть ініціювати проти неї інвестиційний спір і змусити платити компенсацію за порушення положень міжнародних договорів про захист інвестицій.

М. Скіннер, А. Майлз та С. Латрелл зазначають, що і планування національності заздалегідь, і реструктуризація уже після виникнення спору «не схвалюються державами. Проте, жодна з цих практик не є забороненою» [61, с. 261]. Схожу позицію висловлюють і Р. Дольцер та К. Шроєр, вказуючи, що «планування національності або «treaty shopping» не є чимось незаконним чи неетичним. Але держави можуть вважати такі практики небажаними і вживати проти них відповідних заходів» [64, с. 54]. І справді, законодавство не обмежує можливості створити корпоративну структуру, яка була б найбільш вигідною для

інвестора. Але відносно неетичності можна посперечатися з огляду на те, що така практика призводить до наслідків, які не були метою укладення державами міжнародних договорів про захист інвестицій.

Говорячи про те, чому практика «treaty shopping» є неетичною, можна навести кілька аргументів. По-перше, вона є порушенням принципу взаємності, який лежить в основі двосторонніх договорів про захист інвестицій. Укладаючи такі договори, держава А зобов'язується надавати захист інвесторам із держави Б, очікуючи, в свою чергу, що держава Б надаватиме такий же захист інвесторам із держави А. У випадку ж із «treaty shopping», як зазначають Ос та Кноттернус, «компанія, яка не має істотних зв'язків із державою-учасницею договору, набуває захисту, який її власна держава може не надавати інвесторам із держави, що приймає інвестиції» [62, с.11].

Якщо ж внаслідок «treaty shopping» захист отримують не інвестори з третьої держави, а національні інвестори, це не відповідає фундаментальній меті міжнародних договорів про захист інвестицій – залучення іноземного капіталу [59, с. 359]. Як зазначають Р. Дольцер та К. Шроєр, «держава умисно відмовляється від елементу своєї суверенності в обмін на нову можливість: шанс залучити іноземні інвестиції, яких би не було за відсутності [міжнародного] договору» [64, с. 23]. Такий висновок можна зробити і з преамбули Вашингтонської конвенції, в якій чітко вказано про значення саме іноземних інвестицій.

Наступним аргументом проти «шопінгу договорів» є те, що це явище негативно впливає на сталий розвиток держав, що приймають інвестиції, який є метою укладення багатьох міжнародних договорів про захист інвестицій. Так, «те, що вигідно для компаній (доступ до захисту інвестицій), не завжди вигідно для держави, що приймає інвестиції ... «Treaty shopping» може наражати державу, що приймає інвестиції, на спори із компаніями, яким в іншому випадку вона б не дозволила здійснити інвестицію» [62, с.12].

Ще одним питанням, яке може бути аргументом проти «шопінгу договорів» є відсутність згоди держави [59, с. 360]. Р. Хансен зазначає, що «ратифікуючи договір, який містить механізм врегулювання спорів з інвестором, держава висловлює згоду на арбітраж», проте «держава дає згоду на арбітраж з інвестором іншої держави, а не з інвестором будь-якої національності» [65, с. 96]. Таким чином, спори з інвестором з національністю третьої держави, яка не є учасницею договору, не кажучи вже про національного інвестора, явно не є наміром держави, яка укладає міжнародний договір з конкретною іноземною державою.

Контраргументом щодо цього може бути те, що укладаючи міжнародні договори про захист інвестицій, держави погоджуються на всі умови, визначені в них. Якщо вони погодилися на широке визначення інвестора, яке відкриває доступ до захисту за договором будь-якій компанії, зареєстрованій в іноземній державі, вони повинні бути готовими до наслідків. Саме такого підходу часто дотримуються арбітражні трибунали, розглядаючи справи, в яких держави заперечують проти юрисдикції на підставі того, що заявники набули потрібну національність лише для доступу до міжнародних договорів про захист інвестицій. З одного боку, з таким підходом можна погодитися, адже умови міжнародних договорів про захист інвестицій є результатом переговорів між державами, і вони можуть узгоджувати ті положення, які відповідають їхнім цілям.

Проте, як показують дослідження, укладаючи міжнародні договори про захист інвестицій, держави не завжди розуміють, до яких наслідків це може призвести. Особливо це стосується договорів, укладених декілька десятиліть тому. Досліджуючи досвід укладення міжнародних договорів про захист інвестицій країнами, що розвиваються, Л. Поулсен та Е. Айсбетт помітили тенденцію, що із збільшенням кількості інвестиційних спорів кількість двосторонніх договорів, які укладаються між державами, почала зменшуватись [66, с. 276]. Проводячи опитування серед посадовців, які безпосередньо брали

участь в процесі укладення договорів в 1990-х роках, дослідники виявили, що на той час держави не усвідомлювали, які наслідки в довгостроковій перспективі це буде мати з огляду на те, що кількість інвестиційних спорів в той час була незначною. Такі договори розглядалися як «один із ... дипломатичних жестів без жодних практичних наслідків, окрім як допомога в заохоченні іноземних інвестицій» [66, с.282]. Багато держав зрозуміли ризики, які несуть для них такі договори, тільки після того, як інвестиційні спори були ініційовані проти них самих [66, с.292].

Тому недивно, що держави не звертали великої уваги на визначення інвестора в міжнародних договорах і на те, хто буде мати доступ до захисту за такими договорами. Варто зазначити, що наслідки укладення міжнародних договорів про захист інвестицій є різними для країн з різним рівнем економічного розвитку. М. Скіннер, К. Майлз та С. Латрелл зазначають, що причини укладення державами двосторонніх договорів про захист інвестицій відрізняються: держави, які експортують капітал, прагнуть отримати найкращий захист для своїх інвесторів, в той час як держави, що розвиваються, намагаються таким чином залучити іноземні інвестиції [61, с.263]. Відповідно, різними будуть і наслідки. Статистика показує, що відповідачами у інвестиційних спорах в основному виступають саме держави, що розвиваються, які уклали міжнародні договори з метою залучення іноземних інвестицій. Так, 90 % інвестиційних спорів було порушено саме інвесторами з розвинутих держав проти держав, що розвиваються [31, с. 239]. Можна говорити про те, що причиною цього є стан правової системи та реальні порушення такими державами прав іноземних інвесторів. Проте у випадках, коли держави відповідають не лише за зобов'язаннями перед інвесторами із держав, з якими вони уклали двосторонні договори, а й перед інвесторами з будь-якої третьої держави, чи навіть національними інвесторами, що явно не було метою укладення таких договорів, це може мати негативні наслідки для всієї міжнародній системі захисту інвестицій.

Загалом, зараз спостерігається тенденція до зменшення кількості міжнародних договорів у сфері захисту інвестицій. Стрімке збільшення кількості інвестиційних спорів призводить до ситуації, коли держави, що розвиваються, вимушені відмовлятися від уже укладених договорів. Переваги – залучення іноземних інвестицій – нівелюються перспективою арбітражу і виплати багатомільйонних компенсацій.

За даними Конференції ООН з торгівлі та розвитку, в 2017 році вперше кількість міжнародних договорів, дію яких припиняють держави, стала більшою за кількість нових договорів [67]. Ця тенденція продовжилась і в 2019 році [68]. Це стосується перш за все держав, які виступали відповідачами у значній кількості інвестиційних спорів. Так, Венесуела, Болівія та Еквадор денонсували Вашингтонську конвенцію [69]. Більше того, Болівія та Еквадор припинили дію усіх укладених двосторонніх договорів про захист інвестицій, так само як і Південно-Африканська Республіка, Індія та Індонезія [70]. Сесілія Олівет, яка була президентом комісії, що здійснювала перегляд інвестиційного регулювання Еквадору, зазначає, що причиною такого рішення було те, що укладення двосторонніх договорів про захист інвестицій мало наслідком не залучення прямих іноземних інвестицій, а лише ризики і витрати від виплати компенсацій інвесторам, які сягнули 1.5 мільярда доларів. Як і Л. Поулсен та Е. Айсбетт, вона зауважила, що при підписанні цих договорів посадовці зовсім не врахували ризики, які вони можуть нести для держави [71].

І практика «treaty shopping» лише погіршує цю ситуацію. Прикладом може слугувати ситуація із Нідерландами. Як уже зазначалося, в Нідерландах створена велика кількість «компаній поштової скриньки», які насправді не здійснюють там діяльності і контролюються іноземними громадянами. Але такі компанії кваліфікуються як нідерландські інвестори внаслідок того, що Нідерланди включають у свої двосторонні договори критерій інкорпорації для визначення національності. Після того, як Венесуела виступала відповідачем у значній кількості інвестиційних спорів, ініційованих інвесторами з США та Італії через

інкорпоровані в Нідерландах компанії, вона вирішила припинити дію двостороннього договору із Нідерландами [61, с. 276-277]. Така ситуація має негативні наслідки для реальних інвесторів із Нідерландів, які через це не можуть розраховувати на захист своїх інвестицій у Венесуелі за міжнародними стандартами, що й було метою укладення цього договору.

Цікавим є те, що Нідерланди вирішили відмовитися від попереднього підходу до визначення інвестора, який дозволяв компаніям здійснювати «treaty shopping», розуміючи негативні наслідки цього явища. Так, у 2018 році було прийнято Модельний двосторонній договір про захист інвестицій, одним із нововведень якого є застосування вимоги до здійснення «істотної економічної діяльності» на території Нідерландів, для того щоб компанія могла вважатися нідерландським інвестором [72]. Більше того, в ньому міститься положення про те, що зміна корпоративної структури інвестора тоді, коли спір уже був передбачуваний, з метою отримання захисту за цим договором є підставою для відмови в юрисдикції, особливо тоді, коли це стосується спору інвестора з його власною державою [73].

2.2. Підходи інвестиційний арбітражів до визначення національності юридичної особи-інвестора

Як було описано вище, можливість здійснення компаніями «treaty shopping» для отримання захисту своїх інвестицій тісно пов'язана із дефініцією інвестора та критеріями визначення його національності, які містяться в міжнародних договорах про захист інвестицій. Юридична особа може бути створена в певній державі, але не здійснювати там діяльності і контролюватися особами, що мають національність іншої держави, яка не є учасником договору, або навіть національність держави, що приймає інвестиції. Тим не менш, в силу того, що в міжнародному договорі про захист інвестицій для визначення національності юридичної особи-інвестора використовується критерій

інкорпорації, такі юридичні особи заявляють, що мають потрібну національність для ініціювання інвестиційного спору.

У таких ситуаціях, держави висувають юрисдикційні заперечення, заявляючи, що арбітражні трибунали не мають юрисдикції для розгляду спору з такою компанією-інвестором. При цьому, держави зазвичай вдаються до двох аргументів. Більшість інвестиційних спорів розглядається трибуналами МЦВІС, які застосовують так званий «двоступеневий тест» для визначення національності компанії-інвестора. Його суть полягає в тому, що при визначенні національності слід керуватися не лише положеннями конкретного двостороннього договору про захист інвестицій, але й ст. 25 Вашингтонської конвенції, яка визначає юрисдикцію МЦВІС [74, с. 78-79]. Відповідно до положення ст. 25(2) конвенції, юридична особа, яка має національність однієї Договірної Держави, за домовленістю сторін може вважатися такою, що має національність іншої Договірної Держави (тобто кваліфікуватися як іноземний інвестор), якщо вона контролюється особами із національністю іншої Договірної Держави. Держави просять застосувати критерій контролю, який міститься в ст. 25(2) Вашингтонській конвенції, і підняти корпоративну вуаль юридичної особи-заявника, щоб з'ясувати, хто насправді «стоїть» за нею, і чи можна вважати, що вона має національність іншої держави-учасниці міжнародного договору.

Іншим аргументом, який висувають держави, може бути наявність у міжнародному договорі про захист інвестицій положення про відмову у перевагах, яке прямо використовує критерій контролю із метою обмежити доступ до договору юридичних осіб, які не здійснюють діяльність у державі, в якій вони зареєстровані і фактично контролюються особами із національністю третьої держави.

У цьому підрозділі досліджується практика арбітражних трибуналів щодо визначення національності юридичної особи-інвестора у ситуаціях, коли компанії вдаються до «treaty shopping» для отримання доступу до певного міжнародного договору.

2.2.1. Застосування критерію контролю при визначенні національності юридичної особи-інвестора

Прикладом справи, в якій питання національності юридичної особи-інвестора було предметом розгляду і дискусії, є справа *«Токіос Токелес проти України»*, яка розглядалась МЦВІС. Заявником у цій справі виступала литовська компанія «Токіос Токелес», яка створила дочірню компанію «Такі Справи» в Україні і інвестувала в неї 6.5 мільйонів доларів. Посилаючись на порушення Україною положень Угоди про сприяння та взаємний захист інвестицій між Україною та Литвою, «Токіос Токелес» ініціювала інвестиційний спір. Україна ж висунула заперечення про те, що МЦВІС не має юрисдикції для розгляду цього спору, так як заявник насправді не може вважатись литовським інвестором: 99% його акцій володіли громадяни України, до того ж компанія здійснювала діяльність не в Литві, а в Україні. Україна заявляла, що розгляд спору «буде дорівнювати тому, щоб дозволити громадянами України здійснювати міжнародний арбітраж проти своєї власної країни, що ... не відповідає меті та завданню Вашингтонської конвенції» [75, пар. 21-23]. Держава просила трибунал підняти корпоративну вуаль компанії-заявника, посилаючись на те, що розгляд цього спору буде суперечити меті Вашингтонської конвенції, яка регламентує розгляд *міжнародних* спорів між державами та іноземними інвесторами. Ще одним аргументом було те, що практика МЦВІС підтримує використання тесту контролю замість тесту інкорпорації в певних випадках.

Трибунал спершу звернувся до ст. 25 Вашингтонської конвенції і зазначив, що вона не визначає метод встановлення національності інвестора, залишаючи це на розсуд держав. Після цього трибунал звернувся до визначення інвестора, яке міститься в Угоді між Україною і Литвою і містить лише критерій інкорпорації. Посилаючись на ст. 31 Віденської конвенції про право міжнародних договорів, він зазначив, що договір має тлумачитись «відповідно

до звичайного значення, яке слід надавати термінам договору в їхньому контексті», а тому інкорпорації компанії-заявника в Литві достатньо, щоб відповідати визначенню інвестора. Окрім цього, трибунал звернув увагу на те, що Україна могла включити в Угоду положення про відмову у перевагах, яке б дозволило запобігти виникненню подібних ситуацій, але не зробила цього. Що стосується застосування ст. 25 Вашингтонської конвенції, трибунал дійшов висновку, що вона використовується для розширення кола потенційних заявників, і її застосування для обмеження юрисдикції МЦВІС не відповідатиме меті і завданню цього положення.

Тому трибунал прийшов до висновку, що він не може тлумачити положення Угоди ширше, ніж визначено сторонами і «накладати обмеження на сферу застосування угоди, яких немає в її тексті» [75, пар. 36]. При цьому трибунал зазначив, що встановлення критеріїв для визначення національності є дискрецією держав, які «можуть застосовувати критерій контролю або зберігати право відмовити в захисті заявникам, які інакше мали б доступ до угоди. Але як тільки така згода [держави щодо визначення національності] визначена, трибунали мають дотримуватись її» [75, пар. 39].

Ця справа є яскравим прикладом того, чому застосування одного лише критерію інкорпорації в міжнародних договорах про захист інвестицій є небезпечним для держави: вона буде відповідати в міжнародному інвестиційному арбітражі не лише перед іноземним інвестором, але й перед власними громадянами, які можуть створити компанію в іноземній державі і здійснювати інвестицію в свою державу через неї, отримавши таким чином захист, передбачений для іноземного інвестора.

Варто зазначити, що рішення арбітражу у цій справі не було одноголосним. Один із членів трибуналу, професор Проспер Вейль, написав Окрему думку, в якій піддав критиці такий підхід. Він зазначив, що метою існування МЦВІС є розгляд міжнародних спорів між державами та іноземними інвесторами, але аж ніяк не між державами та їх власними громадянами [76, пар. 5]. Тому трибуналу

слід було, перш за все, звернутися до ст. 25 Вашингтонської конвенції і тлумачити її в світлі мети та завдання Конвенції – розгляду міжнародних спорів, і тільки потім – до положень конкретної угоди, які повинні тлумачитися в рамках Конвенції [76, пар. 14].

Рішення у справі *Токіос Токелес* і Окрема думка професора Вейля і зараз залишаються дискусійними. З одного боку, як справедливо визначив трибунал у справі «Токіос Токелес», держави вільні в тому, щоб визначати конкретні положення міжнародних договорів, включаючи коло осіб, які підпадатимуть під захист за такими договорами та встановлювати положення для виключення окремих категорій осіб з числа іноземних інвесторів. Якщо для держави достатньо формального критерію реєстрації компанії в іноземній юрисдикції для визнання її іноземним інвестором, вона повинна бути готовою до наслідків. З іншого ж боку, цим рішенням трибунал, по суті, санкціонував розгляд спору міжнародною установою між державою і компанією, яка контролюється її ж громадянами. Проте, у випадку з «Токіос Токелес», мабуть, доцільніше говорити не про «шопінг договорів», а радше про «планування національності». Компанія була створена в Литві задовго до виникнення спору, більше того, за шість років до того, як була укладена Угода між Україною та Литвою. Тому в цій ситуації навряд чи можна стверджувати, що метою створення компанії був доступ до інвестиційного арбітражу – радше, при виникненні проблем в Україні, компанія просто скористалася інструментом, який був для неї доступний в силу національності.

Аналогічно питання юрисдикції було вирішено у справі «*Ромпетрол Груп Н. В. проти Румунії*». Заявником у цій справі була компанія із Нідерландів, яка ініціювала спір із Румунією як нідерландський інвестор. Румунія заперечувала, що «Ромпетрол» контролюється румунськими громадянами і здійснює свою діяльність в Румунії, тому не може вважатися інвестором із Нідерландів [77, пар. 50]. Держава посилалась на окрему думку Проспера Вейля у справі «*Токіос Токелес проти України*», заявляючи, що міжнародні спори не можуть

розглядатися між державою і її власними громадянами. Окрім цього, Румунія намагалась застосувати тест Ноттебома, стверджуючи, що «Ромпетрол» має «ефективний зв'язок» із Румунією, а не з Нідерландами. Трибунал, проте, не погодився із цими аргументами. Він зазначив, що тест «реальної та ефективної національності» застосовується лише до фізичних, а не до юридичних осіб [77, пар. 92]. Як уже зазначалося вище, до аналогічного висновку в контексті дипломатичного захисту прийшов Міжнародний суд в справі *«Барселона Трекшн»*, і трибунал у цьому спорі посилався на це рішення. Оскільки положення Угоди між Нідерландами та Румунією використовують лише критерій інкорпорації для визначення національності інвестора, трибунал вирішив, що не має підстав виходити за ці межі.

Цікавим у цьому рішенні є висновок про те, що Вашингтонська конвенція не має пріоритету в застосуванні перед положеннями конкретної двосторонньої угоди, адже Конвенція визначає юрисдикцію МЦВІС, тоді як інвестиційний спір може розглядатися іншою арбітражною інституцією, про що прямо зазначено в двосторонньому договорі між Нідерландами та Румунією [77, пар. 107]. І справді, Вашингтонська конвенція регулює діяльність МЦВІС, який є найбільш популярною інституцією для розгляду інвестиційних спорів, але далеко не єдиною. З огляду на це, позиція щодо пріоритетності положень Вашингтонської конвенції над положеннями конкретного двостороннього договору між державами, який встановлює визначення інвестора, не є виправданою.

Варто зазначити, що більшість інвестиційних трибуналів притримувалися вищезазначеного підходу і застосовували визначення інвестора, яке міститься в конкретному двосторонньому договорі про захист інвестицій, навіть якщо це дозволяло компаніям, які не мали реального зв'язку із державою, кваліфікуватись як інвесторам.

Так, у справі *«Салука Інвестментс БВ проти Чеської Республіки»* японська група компаній «Номура» приватизувала один із чеських банків і передала акції в ньому своїй дочірній компанії із Нідерландів. Згодом

нідерландська компанія ініціювала спір проти Чехії за положеннями двостороннього договору між Нідерландами та Чехією. Чехія заперечувала проти юрисдикції з огляду на те, що компанія не мала «реального та тривалого зв'язку» із Нідерландами і контролювалась компанією із Японії [78, пар. 239]. Разом з тим, Договір між Нідерландами та Чехією визначав національність інвестора лише через критерій інкорпорації. Трибунал зазначив про

певне співчуття до аргументу, що компанія без будь-якого реального зв'язку із державою ... і яка є лише компанією-оболонкою під контролем іншої компанії, яка не створена за законодавством цієї держави, не повинна мати право користуватися положеннями цього договору. Така можливість відкриває шлях для ... практики «treaty shopping» [78, пар. 240].

Разом з тим, трибунал застосував той же підхід, що й в описаних вище справах, і визнав, що заявник є інвестором з Нідерландів, вказуючи на те, що він не може «накладати на сторони визначення «інвестора» інше, ніж вони самі погодили» [78, пар. 241].

Схожу ситуацію, коли спір за двостороннім договором ініціювали компанії, які контролювалися громадянами третьої держави, розглядав трибунал у справі *«АДС проти Республіки Угорщина»*. Так, заявниками виступали дві компанії, зареєстровані на Кіпрі, які ініціювали інвестиційний спір проти Угорщини відповідно до положень Договору про захист інвестицій між Кіпром та Угорщиною. При цьому, акціонерами компаній були громадяни Канади [79, пар. 80-84]. Угорщина заперечувала проти юрисдикції на тій підставі, що заявники були компаніями-оболонками, створеними канадськими інвесторами. Так як Канада не є Договірною Стороною Вашингтонської конвенції, МЦВІС не повинен розглядати цей спір [79, пар. 334-335]. Угорщина також заявляла, що «заявники не можуть довести кіпрську національність, адже самого факту того, що вони зареєстровані на Кіпрі відповідно до його законодавства, недостатньо для дотримання «фундаментальних вимог міжнародного права» про те, що «між корпорацією та Державою, національність якої заявляється» має бути реальний зв'язок» [79, пар. 336]. Аналогічно до попередніх справ, трибунал вирішив

притримуватися визначення національності за двостороннім договором, яке не містить ані критерію контролю, ані вимоги щодо «реального зв'язку» між інвестором та державою.

Угорщина також заявляла про необхідність підняття корпоративної вуалі для з'ясування дійсної національності інвестора. Трибунал, проте, дійшов до висновку, що цей принцип застосовується лише у виняткових ситуаціях – «коли реальний бенефіціар бізнесу зловживав корпоративними формальностями для приховання своєї особи і для уникнення відповідальності» [79, пар. 358]. Враховуючи, що у цій справі Угорщині було відомо, хто є власником компаній-заявників, і з боку громадян Канади не було ніяких зловживань щодо приховування цього факту, трибунал відмовився піднімати корпоративну вуаль для визначення національності компаній через національність їх бенефіціарів.

Можна зробити висновок, що при визначенні національності юридичної особи-інвестора трибунали притримуються тих критеріїв, які встановлені міжнародним договором про захист інвестицій. Держави, які висувують заперечення проти юрисдикції з огляду на відсутність у заявника потрібної національності, часто просять трибунали застосувати критерій контролю і підняти корпоративну вуаль компанії-заявника. Проте, якщо положення міжнародного договору про захист інвестицій обмежуються критеріями інкорпорації та місця здійснення компанії для визначення національності інвестора, такі аргументи держав-відповідачів приречені на поразку.

Окремої уваги заслуговують випадки, коли компанії, зареєстровані у державі, що приймає інвестиції, самі посилялися на тест контролю, який міститься у ст. 25(2) Вашингтонської конвенції, щоб довести, що вони мають необхідну національність. У таких ситуаціях, трибуналам потрібно було з'ясовувати, хто насправді контролює такі компанії і чи можуть вони вважатися особами, що перебувають під іноземним контролем. Практика із цього питання не є однозначною, тому що трибунали застосовували різні підходи до розуміння контролю.

Так, це питання розглядав трибунал у справі *«Агуас дель Тунарі проти Республіки Болівія»*. Концесійний договір з Болівією, права за яким були інвестицією у цій справі, був укладений болівійською компанією, більшістю акцій якої володіла компанія із США «Бехтель» через холдингову компанію з Кайманових островів [80, пар. 60]. Згодом американська компанія створила компанію в Нідерландах і передала їй акції болівійської компанії, отримавши для цього дозвіл з боку Болівії [80, пар. 68]. У спорі, який виник згодом через розірвання Болівією договору, заявником виступала болівійська компанія, яка перебувала під контролем компанії із Нідерландів. Болівія висунула заперечення на підставі того, що поняття контроль стосується «ultimate controller», тобто особи, яка здійснює остаточний контроль. Такою особою у цій ситуації була американська компанія «Бехтель», а її дочірня компанія в Нідерландах була лише «компанією-оболонкою» і не здійснювала реального контролю. Тому, на думку Болівії, не можна вважати, що заявник має національність Нідерландів [80, пар. 207-209].

Досліджуючи критерій контролю, який містився у двосторонньому договорі для визначення національності інвестора, арбітражний трибунал зауважив, що положення двостороннього договору не потребують визначення того, хто здійснює «поточний або остаточний контроль», а радше «юридичну здатність контролювати іншу компанію» шляхом володіння її акціями [80, пар. 264]. При цьому, трибунал зазначив, що «не є чимось незвичайним і ... незаконним здійснювати діяльність у юрисдикції, яка забезпечує вигідне регуляторне та юридичне середовище в контексті, наприклад, оподаткування чи матеріального права, включаючи доступність двостороннього договору про захист інвестицій» [80, пар. 330]. Такий висновок, по суті, є визнанням практики планування національності як звичайною і нормальною для інвестора.

Видається, що такий підхід не зовсім відповідає меті встановлення критерію контролю у визначенні інвестора. Іноземний контроль не обов'язково здійснюється тим, хто безпосередньо володіє юридичною особою. У випадку,

якщо це буде холдингова компанія, яка, в свою чергу, має бенефіціара іншої національності, саме він здійснюватиме остаточний контроль, тому саме його національність повинна братися до уваги при визначенні національності дочірньої компанії для цілей Вашингтонської конвенції. Такої позиції дотримувалися арбітражні трибунали у інших справах.

Так, у справі *«ТСА Спектрум Аргентина С. А. проти Аргентини»* заявником була аргентинська компанія «ТСА Спектрум», яка була дочірньою компанією нідерландської «ТСІ Спектрум». Ініціюючи спір проти Аргентини, аргентинська компанія посилалася на положення ст. 25(2) Вашингтонської конвенції, стверджуючи, що вона контролюється компанією із Нідерландів, а тому може вважатися такою, що має національність Нідерландів. Заперечення Аргентини стосувалися того, що нідерландська компанія насправді контролювалась громадянином Аргентини, який володів більшістю акцій нідерландської компанії [81, пар. 159].

У цій справі трибунал вирішив, що доцільно підняти корпоративну вуаль і з'ясувати, чи дійсно аргентинська компанія перебувала під іноземним контролем. При цьому трибунал не зупинився на визначенні того, що аргентинська компанія контролюється компанією із Нідерландів, а розкрив ланцюг власності до кінця і з'ясував, що кінцевим бенефіціаром нідерландської компанії дійсно був громадянин Аргентини. Так, «це не відповідало б тексту [Вашингтонської конвенції]³, якби трибунал .. підняв корпоративну вуаль ... і зупинився на другому рівні корпоративної структури, замість того, щоб дослідити об'єктивне визначення іноземного контролю аж до його реального джерела» [81, пар. 147].

Як бачимо, у цій справі арбітражний трибунал застосував протилежний підхід, аніж у *«Токіос Токелес проти України»*, піднявши корпоративну вуаль компанії для з'ясування того, чи дійсно вона є іноземним інвестором. Як зазначає

³ Пояснення в квадратних дужках тут і далі надані мною.

Дж. Лі, така відмінність пов'язана з тим, що в справі *«Токіос Токелес проти України»* держава намагалася обмежити юрисдикцію за допомогою критерію контролю, при тому що компанія підходила під визначення інвестора, встановлене двостороннім договором, тоді як у *«ТСА Спектрум Аргентина С. А. проти Аргентини»* інвестор сам вдався до критерію контролю, щоб розширити юрисдикцію і отримати доступ до договору, якого у нього не було б, якщо брати до уваги виключно визначення інвестора [59, с. 365].

Схожий підхід застосував і трибунал у справі *«СОАБІ проти Сенегалу»*. Компанія «СОАБІ» була зареєстрована в Сенегалі, її материнська компанія була панамською, а вона, в свою чергу, контролювалась громадянами Бельгії. Компанія посилалася на ст. 25(2) Вашингтонської конвенції, доводячи, що МЦВІС мав юрисдикцію для розгляду спору в силу того, що над компанією здійснювався іноземний контроль, а тому можна було вважати, що вона має національність іншої Договірної Держави. Сенегал заперечував з огляду на те, що Панама на той час не була стороною Вашингтонської конвенції, а тому контроль з боку панамської компанії не дозволяє МЦВІС розглядати цей спір. Натомість, трибунал вирішив, що в цій ситуації має значення, хто є кінцевими бенефіціарами сенегальської компанії, якими були громадяни Бельгії, що здійснювали інвестицію через панамську компанію, тому «СОАБІ» можна вважати такою, що має національність Бельгії. Враховуючи, що Бельгія є стороною Вашингтонської конвенції, цього було достатньо для відхилення заперечень Сенегалу [82].

Таким чином, іноземний контроль для цілей визначення національності юридичних осіб, зареєстрованих у державі, що приймає інвестиції, може розглядатися як прямий контроль, тобто контроль з боку фізичної чи юридичної особи, яка безпосередньо володіє компанією. Такий підхід є простішим, адже він не потребує розкриття всіх рівнів корпоративної структури. З іншого боку, він не дозволяє встановити, хто насправді здійснює контроль над компанією, чим можуть користуватися інвестори, створюючи холдингові компанії в потрібних

юрисдикціях і структуруючи через них свої інвестиції. Більш прийнятним видається підхід трибуналів, які встановлюють, хто є кінцевим бенефіціаром, який здійснює реальний контроль над компанією-заявником для визначення національності останньої.

2.2.2. Застосування положення про відмову у перевагах

Як уже зазначалося вище, ще одним способом застосування критерію контролю при визначенні національності компанії-інвестора є положення про відмову у перевагах. Воно дозволяє державам обмежити доступ до міжнародних договорів про захист інвестицій інвесторам, які контролюються особами із національністю держави, яка не є стороною договору або мають національність держави, що приймає інвестиції. Навіть якщо визначення юридичної особи-інвестора у міжнародному договорі встановлює мінімальні вимоги для компанії, таке положення дозволяє державі звужити коло осіб, що можуть ініціювати проти неї інвестиційний спір, виключивши із кола потенційних заявників юридичних осіб, які насправді не мають національності іншої держави-учасниці договору в силу іноземного контролю. Для застосування положення про відмову у перевагах, необхідною є наявність двох умов: відсутність істотної економічної діяльності компанії в державі, чию національність вона має, а також контроль з боку осіб з національністю іншої держави, ніж держава її національності.

Держави часто використовують аргумент про те, що заявник в інвестиційному спорі не має потрібної національності, посиляючись на положення про відмову у перевагах. Проте, практика застосування цього положення інвестиційними трибуналами не є однозначною.

Одним із проблемних моментів є питання щодо того, чи застосовується таке положення автоматично. Формулювання в міжнародних договорах про захист інвестицій зазвичай передбачають, що держава «може відмовити» або «залишає за собою право відмовити» у перевагах. Держави, які виступали

відповідачами у інвестиційних спорах, тлумачили це положення таким чином, що відмова може бути здійснена в будь-який момент, в тому числі під час розгляду спору. Проте, інвестиційні арбітражі застосовують інший підхід: якщо положення сформульовано таким чином, держава повинна чітко повідомити про це інвестора із початку здійснення ним інвестиційної діяльності, а не вдаватися до нього уже після виникнення інвестиційного спору. Так, у справі *«Плама проти Республіки Болгарія»* заявником була кіпрська компанія, яка почала інвестиційний спір відповідно до положень Договору до Енергетичної Хартії. Болгарія заявляла, що в даній ситуації має застосовуватися положення ст. 17 Договору про відмову у перевагах, так як заявник є «компанією поштової скриньки», яка не здійснює діяльності на Кіпрі, і не змогла довести, що вона контролюється особами, які мають національність однієї із Договірних Держав» [83, пар. 31]. Трибунал дійшов висновку, що державі потрібно повідомити інвестора про застосування ст. 17 ще до того, як він здійснить інвестицію, адже «інвестор, який збирається здійснити інвестицію, має законні очікування таких переваг до реалізації цього права [права держави відмовити у перевагах]. Таким чином, він потребує розумного повідомлення перед здійсненням інвестиції» [83, пар. 161]. У цій справі Болгарія зробила таке повідомлення через чотири роки після здійснення інвестиції, що, на думку трибуналу, не могло вважатися належною підставою для застосування ст. 17. При цьому, трибунал звернув особливу увагу на формулювання ст. 17, відповідно до якого держава «залишає за собою право відмовляти» у перевагах, порівнявши його з аналогічним положенням в іншому міжнародному договорі, в якому чітко вказано, що за наявності умов інвестору буде відмовлено в перевагах [83, пар. 156]. Тому трибунал прийшов до висновку, що в даній ситуації необхідні додаткові дії з боку держави.

Аналогічних висновків дійшов трибунал у справі *«Юкос Юніверсал Лімітед проти Російської Федерації»*, заявником в якій була компанія, зареєстрована на острові Мен, власниками якої були громадяни Росії. Спір був

ініційований відповідно до положень Договору до Енергетичної Хартії, і Росія намагалась довести, що в даній ситуації має застосовуватися положення ст. 17 Договору і заявнику має бути відмовлено у розгляді через відсутність юрисдикції. Проте, трибунал застосував аналогічний підхід і, посилаючись на рішення у справі *«Плама проти Республіки Болгарія»*, відмовився застосовувати ст. 17 [84, пар. 437-459].

Ще одним питанням при застосуванні цього положення є те, на кому із сторін лежить тягар доведення: держава повинна довести, що відмова у перевагах повинна застосовуватись у конкретному випадку, чи, навпаки, інвестор має доводити, що таке положення є незастосовним до нього? У справі *«Generation Ukraine проти України»* заявником виступала компанія із США, власником якої був громадянин США. Україна заявляла, що компанія насправді контролювалась громадянами Канади, тому у трибуналу не було підстав для розгляду спору за Договором між Україною та США про заохочення та взаємний захист інвестицій. Україна наводила аргументи здійснення контролю з боку Канади, які трибунал визнав недостатніми, і при цьому заявляла, що інвестор не довів відсутність такого контролю. Трибунал відмовився застосовувати положення про відмову у перевагах, зазначивши, що «тягар доведення для встановлення фактичних підстав «контролю з боку третьої держави» ... лягає на державу як на сторону, яка застосовує «право на відмову»» [85, пар. 15.7]. Аналогічних висновків дійшов трибунал у справі *«АМТО проти України»*, зазначивши, що загалом на заявника покладається тягар доведення того, що він відповідає визначенню інвестора, але у випадках, коли держава заявляє про застосування положення про відмову у перевагах, тягар доведення підстав для цього перекладається на неї. Незважаючи на те, що державі важче встановити, хто контролює інвестора, адже в неї може не бути доступу до інформації про його корпоративну структуру, на думку трибуналу, це не є підставою для звільнення держави від обов'язку доведення підстав для застосування відмови у перевагах [86, пар. 64-65].

Нарешті, дискусійним залишається питання відсутності істотної економічної діяльності на території держави-сторони договору, що є необхідною умовою для застосування положення про відмову у перевагах. Спроба визначити, що може вважатися такою діяльністю, була зроблена у нідерландському Модельному двосторонньому договорі про захист інвестицій. Так, її ознаками можуть бути наявність зареєстрованого офісу, розміщення органів управління, кількість співробітників, оборот компанії, наявність виробничих потужностей [73]. Проте, Договір до Енергетичної Хартії та інші міжнародні договори, які використовують положення про відмову у захисті, не містять визначення того, що може вважатися істотною економічною діяльністю, тому кожен трибунал вирішує це питання на власний розсуд на основі фактичних обставин справи. Так, в уже згаданій справі «АМТО проти України» докази того, що компанія платить податки у Латвії, має банківський рахунок у латвійському банку, орендує офіс у Ризі і має там двох співробітників, були достатніми для визнання того, що вона здійснює у Латвії істотну економічну діяльність. При цьому трибунал зазначив, що цей критерій не є кількісним і стосується «сутності, а не форми» [86, пар. 69].

Отже, поняття «treaty shopping» в контексті захисту інвестицій не має уніфікованого визначення. На основі аналізу підходів до розуміння цього терміну науковцями і практики арбітражних трибуналів, можна виділити такі його складові:

- справжня національність інвестора не дозволяє йому отримати доступ до певного міжнародного договору про захист інвестицій із державою, в якій має здійснюватися інвестиція;
- інвестор набуває потрібну національність для отримання доступу до міжнародного договору про захист інвестицій;

- набуття потрібної національності відбувається за допомогою структурування інвестиції через юридичну особу, розміщену в потрібній юрисдикції, яка перебуває під контролем інвестора;
- при виникненні інвестиційного спору, юридична особа, через яку здійснюється інвестиція і яка має потрібну національність, виступає заявником як юридична особа з національністю держави, що є учасницею міжнародного договору про захист інвестицій разом із державою, що приймає інвестиції.

Серед умов, які сприяють поширенню практики «treaty shopping», можна виділити застосування державами формальних критеріїв для визначення національності юридичної особи за міжнародними договорами про захист інвестицій та формальний підхід арбітражних трибуналів до визначення національності юридичної особи-інвестора без врахування мети і цілей міжнародних договорів про захист інвестицій та міжнародного інвестиційного арбітражу.

Наслідками «treaty shopping» слід вказати збільшення недовіри держав до системи міжнародного захисту інвестицій, розірвання існуючих двосторонніх договорів та небажання укладати нові, що спричиняє незахищеність добросовісних іноземних інвесторів.

На основі узагальнення практики арбітражних трибуналів щодо визначення національності компанії-інвестора у ситуаціях «treaty shopping» можна зробити такі висновки:

1. Арбітражні трибунали застосовують формальний підхід до визначення національності юридичної особи-інвестора, беручи до уваги виключно ті критерії, які містяться в конкретному міжнародному договорі.

2. Намагання держав-відповідачів застосувати критерій контролю для з'ясування реальної національності компанії на підставі ст. 25(2) Вашингтонської конвенції не знаходять підтримки, якщо цей критерій не міститься у визначенні інвестора в міжнародному договорі.

3. Критерій контролю в ст. 25(2) Вашингтонської конвенції використовується арбітражними трибуналами виключно для розширення юрисдикції МЦВІС, а не звуження, коли юридична особа створена у державі, що приймає інвестиції і формально не підпадає під визначення іноземного інвестора. У таких випадках, береться до уваги фактичний контроль над компанією, і трибунал може відмовити заявнику у визнанні за ним національності певної держави, якщо фактичний контроль здійснюють особи із національністю іншої держави.

4. Навіть якщо компанія має потрібну національність відповідно до визначення інвестора у міжнародному договорі, держава може скористатися положенням про відмову у перевагах для обмеження практики «treaty shopping». При цьому, слід брати до уваги, що (1) в залежності від формулювання цього положення, воно не завжди застосовується автоматично і може передбачати повідомлення державою інвестора про відмову ще до початку здійснення інвестиції та (2) тягар доведення відсутності істотної економічної діяльності та наявності іноземного контролю в такому випадку покладається на державу.

РОЗДІЛ 3. НАСЛІДКИ ЗМІНИ ЮРИСДИКЦІЙНОЇ ПРИНАЛЕЖНОСТІ ЮРИДИЧНОЇ ОСОБИ-ІНВЕСТОРА ДЛЯ ЗАХИСТУ ІНВЕСТИЦІЙ ЗА МІЖНАРОДНИМИ ДОГОВОРАМИ ПРО ЗАХИСТ ІНВЕСТИЦІЙ

У справах, які були предметом розгляду у Розділі 2 цієї роботи, і в яких арбітражні трибунали визнавали відсутність підстав для відмови в розгляді інвестиційного спору з огляду на те, що юридична особа-інвестор не має потрібної національності, компанії-заявники були засновані в певній юрисдикції задовго до того, як виник спір. Так, у справі *«Токіос Токелес проти України»* литовська компанія була створена у 1989 році, а дії України, які стали підставою для спору, були здійснені в 2002 році [75, пар. 1-3]. У справі *«Ромпетрол Груп Н. В. проти Румунії»* компанія-заявник була створена в Нідерландах у 1999 році, тоді як спір виник через шість років після цього [77, пар. 67]. Аналогічно, у справі *«Салука Інвестментс БВ проти Чеської Республіки»*, нідерландська компанія, якій були передані акції в приватизованому банку, була створена в 1998 році, коли ще не було жодних підстав для спору, який був ініційований в 2001 році [78, пар. 2, 70]. Так само, у справі *«АДС проти Угорщини»* компанії-заявники були зареєстровані на Кіпрі в 1997 році спеціально для здійснення інвестиції, а підстави для спору виникли в 2001 році [79, пар. 81, 219].

У всіх цих справах, аргументи держав про те, що насправді компанії перебувають під іноземним контролем і використовують свою національність для доступу до певного міжнародного договору, не були успішними. Трибунали чітко притримувалися визначення інвестора, яке наводиться в міжнародному договорі, навіть якщо висловлювали розуміння того, що компанія насправді є компанією-оболонкою.

У зв'язку із цим, виникає питання, якими будуть наслідки зміни національності інвестора для захисту за міжнародними договорами про захист інвестицій у зв'язку із виникненням інвестиційного спору. Це питання є предметом дослідження у Розділі 3. При цьому, варто розрізняти зміну

національності, яка відбувається до і після виникнення інвестиційного спору, так як вона буде мати різні наслідки для інвестора.

3.1. Наслідки зміни національності юридичної особи-інвестора до початку виникнення інвестиційного спору

3.1.1. Зміна національності, коли підстави для інвестиційного спору уже існують

Питання національності інвестора має надзвичайно важливе значення для захисту інвестиції за міжнародними договорами про захист інвестицій, адже доступ до певного міжнародного договору надається саме на підставі національності. Разом з тим, в більшості випадків, міжнародні договори про захист інвестицій залишають поза увагою питання часового виміру щодо національності, іншими словами – питання того, *коли* інвестор повинен мати певну національність, щоб захистити свої інвестиції відповідно до положень міжнародного договору. Винятком є Вашингтонська конвенція, яка визначає юрисдикцію МЦВІС. Так, в ст. 25 встановлено правило, що для розгляду інвестиційного спору трибуналом МЦВІС юридична особа повинна мати національність іншої Договірної Держави на дату, коли сторони погодилися передати спір для вирішення шляхом примирення або арбітражу. Це вимога до юрисдикції трибуналу *ratione temporis*, тобто за темпоральним критерієм.

Говорячи про зміну національності юридичної особи-інвестора, мається на увазі ситуація, коли відбувається корпоративна реструктуризація і власником інвестиції стає юридична особа з іншою національністю. Наприклад, коли материнська компанія в державі А передає у власність дочірню компанію в державі Б, де здійснюється інвестиція, іншій дочірній компанії в державі В, яка має потрібний міжнародний договір про захист інвестицій із державою Б. У такому випадку, компанія з держави В, яка набуває у власність дочірню

компанію, стає новим інвестором, а час придбання компанії є часом здійснення інвестиції. Міжнародні договори про захист інвестицій зазвичай не містять прямих положень про те, що захист за договором поширюється лише на порушення, що сталися після здійснення інвестиції. Таке положення може впливати із визначення «інвестиції» в договорі. Так, в Угоді між Урядом України та Урядом Грецької Республіки про сприяння та взаємний захист інвестицій, «термін "інвестиція" охоплюватиме будь-який вид активів, інвестованих інвестором однієї Договірної Сторони на території іншої Договірної Сторони» [87]. Тобто інвестиція підпадає під захист за Угодою тільки тоді, коли вона інвестована інвестором – особою, яка має національність відповідної держави. У практиці арбітражних трибуналів склався сталий підхід щодо того, що юрисдикція *ratione temporis* існує тоді, коли порушення прав інвестора сталися після здійснення інвестиції [88]. Як видно із практики, описаної нижче, у випадку, коли відбувається зміна національності компанії-інвестора, юрисдикція *ratione temporis* не поширюється на порушення, що сталися до такої зміни.

Прикладом може слугувати справа «Фенікс Екшн Лтд. проти Чеської Республіки». У цій справі заявник – ізраїльська компанія «Фенікс Екшн Лтд.» придбала дві чеські компанії у грудні 2002 року, а вже через два місяці повідомила Чехію про початок інвестиційного спору. При цьому, бенефіціаром ізраїльської компанії був громадянин Чехії, пан Бено, а чеськими компаніями початково володіли члени його сім'ї [89, пар. 139].

Чехія заявляла, що ця справа є прикладом «treaty shopping», адже компанія в Ізраїлі була спеціально створена для того, щоб вирішити спори, які уже існували у чеських компаній, в міжнародному арбітражі. Чехія стверджувала, що, по-перше, в трибуналі немає юрисдикції *ratione temporis*; по-друге, тут взагалі відсутня інвестиція відповідно до «тесту Саліні», адже ізраїльська компанія не вкладала кошти, не вносила вклад в розвиток чеської економіки, не несла ризику, і не було дотримано критерій тривалості здійснення інвестиції.

Окрім цього, дії заявника є «зловживанням корпоративною структурою», тому трибунал повинен підняти корпоративну вуаль ізраїльської компанії щоб з'ясувати, що насправді її власником є громадянин Чехії [89, пар. 36-40].

Визначаючи наявність юрисдикції *ratione temporis*, трибунал зазначив, що вона не поширюється на будь-які порушення, здійснені до грудня 2002 року, тому що положення двостороннього договору про захист інвестицій не могли діяти тоді, коли заявник ще не був інвестором. В той же час, юрисдикція трибуналу може поширюватися на дії держави, вчинені після зміни національності [89, пар. 67-68].

Визначаючи, чи є в цій ситуації інвестиція, трибунал запропонував додатковий критерій до «тесту Саліні», за допомогою якого визначається наявність інвестиції, - добросовісність інвестора при її здійсненні. А визначаючи, чи були дії компанії у цій справі добросовісними, в першу чергу він звернув увагу на *час здійснення інвестиції*. Враховуючи, що чеські компанії були учасниками спорів задовго до їх придбання ізраїльським «інвестором», трибунал вирішив, що на момент придбання збитки їм уже були завдані, і заявнику було добре про це відомо [89, пар. 136]. На недобросовісність вказувало також те, що передача власності над компаніями відбувалася між членами однієї сім'ї, а тому, на думку трибуналу, була не «економічною інвестицією ... а перебудуванням активів в межах сім'ї, щоб отримати доступ до арбітражу в МЦВІС, якого в початкового інвестора не було» [89, пар. 140]. З огляду на це, трибунал дійшов висновку, що дії заявника є «зловживанням системою міжнародного інвестиційного арбітражу» і прийняття спору до розгляду «було би всупереч завданням Вашингтонської конвенції та двосторонніх договорів» [89, пар. 144].

Таким чином, у цій справі зміна національності інвестора, яка була зроблена виключно з метою доступу до міжнародного арбітражу, і, що важливо, відбулася після виникнення обставин, що стали підставою для інвестиційного спору, мала наслідком відмову в розгляді з огляду на відсутність юрисдикції.

Аналогічно питання юрисдикції *ratione temporis* вирішив трибунал у справі «Еде Есте проти Домініканської Республіки». Заявник придбав інвестицію тоді, коли порушення з боку держави уже виникло і продовжувало тривати. Трибунал зазначив, що

«порушення, які підпадають під юрисдикцію трибуналу, мало статися ... до того, як інвестор став бенефіціаром, маючи національність Договірної Сторони ... Договір не може застосовуватися до будь-яких дій чи бездіяльності, які сталися до цієї дати, оскільки національність інвестора відрізнялася від тої, яка вимагається договором, і не дозволяла йому вважатися захищеним інвестором» [90, пар. 105]

Отже, для того, щоб інвестиційний спір відповідав прийнятності за критерієм *ratione temporis*, компанія-інвестор повинна мати потрібну національність тоді, коли держава вчиняє дії, які можуть бути порушенням умов міжнародного договору про захист інвестицій. Якщо ж зміна національності компанії-інвестора відбудеться тоді, коли порушення уже існувало, це буде мати наслідком відмову в розгляді спору арбітражним трибуналом в частині вимог, які уже існували, оскільки порушення відбулося до того, як компанія-інвестор, що має потрібну національність, здійснила інвестицію. Натомість, юрисдикція трибуналу може поширюватися лише на порушення, які відбулися після зміни національності.

3.1.2. Зміна національності, коли інвестиційний спір з державою є передбачуваним

На практиці часто виникають ситуації, коли конкретних дій з боку держави, які можуть бути порушенням міжнародного договору поки що немає, але інвестор передбачає, що вони можуть виникнути в майбутньому, і з огляду на це змінює національність, щоб захистити інвестицію, коли такі події настануть. У такому випадку, підстави для відсутності юрисдикції *ratione temporis* відсутні, адже можливе порушення з боку держави стається вже після того, як інвестор із потрібною національністю здійснює інвестицію. Але в такому

випадку виникає інше питання – якщо зміна національності відбувається через можливість інвестиційного спору для отримання доступу до міжнародного договору, наскільки така поведінка є добросовісною? Як показує рішення у справі *«Фенікс Екшн Лтд. проти Чеської Республіки»* добросовісність інвестора при зміні національності відіграє важливе значення при вирішенні арбітражними трибуналами питання про прийнятність спору для розгляду, і очевидне зловживання з боку інвестора може бути підставою для відмови.

Ці питання були предметом розгляду у справі *«Мобайл та інші проти Венесуели»*. Компанія із США, яка займалась видобутком нафти у Венесуелі, у 2005-2006 здійснила реструктуризацію: створила дочірню компанію у Нідерландах і передала їй у власність компанії у Венесуелі [91, пар. 20-22]. Приводів для інвестиційного спору було декілька, зокрема те, що в 2004 році Венесуела вжила заходів для регулювання нафтової промисловості і підвищила податки, але основною причиною була націоналізація інвестицій, яка відбулась у 2007 році [91, пар. 203].

Щодо подій 2004 року, до здійснення інвестиції нідерландською компанією, трибунал відмовив у розгляді через відсутність юрисдикції *ratione temporis*. Основна ж суперечка виникла щодо націоналізації, яка відбулася уже після зміни національності. Венесуела стверджувала, що інвестор явно передбачав можливість виникнення інвестиційного спору, і здійснив реструктуризацію, щоб отримати доступ до захисту за договором між Нідерландами та Венесуелою, тому такі дії були зловживанням з його боку. Пояснюючи причини здійснення реструктуризації, інвестор зазначав, що після підвищення Венесуелою податків компанія вирішила краще захистити свої інвестиції. При цьому, він чітко вказав, що метою був захист інвестицій від можливих порушень з боку Венесуели шляхом доступу до арбітражу МЦВІС [91, пар. 189].

Трибунал вказав, що корпоративна реструктуризація з метою доступу до міжнародних договорів про захист інвестицій може бути як «законним

корпоративним плануванням», так і «зловживанням правом» [91, пар. 191]. Відмінність полягає в тому, з якою метою здійснюється реструктуризація: якщо зміна національності здійснюється з метою захисту в *майбутніх* спорах, така мета є «повністю законною», якщо ж це стосується спору, який *уже наявний*, такі дії інвестора є зловживанням [91, пар. 204-205]. Очевидно, що говорячи про наявність спору, мається на увазі не власне ініціювання інвестиційного спору інвестором, а наявність подій, які є підставою для такого спору. Так як інвестор зміг довести, що зміна національності відбулася для захисту інвестицій від порушень, які могли виникнути в майбутньому, і в нього не було конкретних підстав передбачати, що Венесуела націоналізує його інвестиції, трибунал прийняв до розгляду вимоги у цій частині.

Як бачимо, навіть якщо зміна національності відбувається з метою отримання доступу до інвестиційного арбітражу, але цей захист стосується не конкретного порушення з боку держави, а загальної можливості виникнення такого порушення в майбутньому, дії інвестора розглядаються як розумне корпоративне планування, а не як зловживання правами.

Ця ідея була в подальшому розвинута в справі *«Пак Рім Кайман проти Республіки Сальвадор»*. Канадська компанія намагалась отримати дозвіл на видобуток корисних компаній через дочірню компанію в Сальвадорі в 2004 році, але їй було відмовлено. Після цього, в 2007 році, вона створила іншу дочірню компанію в США, і передала їй у власність компанію в Сальвадорі. Таким чином, канадська компанія отримала доступ до Договору про вільну торгівлю між США та державами Центральної Америки, стороною якого не була Канада [92, пар. 2.16 – 2.17]. У березні 2008 року Президент Сальвадору виступив із промовою, в якій заявив, що він був проти видачі нових дозволів [92, пар. 2.27]. Після цього інвестор знову намагався отримати дозволи на видобуток, і знову отримав відмову, що й стало підставою для інвестиційного спору.

У своїх запереченнях держава традиційно вказувала на те, що зміна національності інвестора була зловживанням, здійсненим з єдиною метою

доступу до інвестиційного арбітражу в той час, коли підстави для спору уже існували [92, пар. 2.17]. Інвестор заявляв, що відмови, які відбулися до зміни ним національності, становили «зловживання адміністративною дискрецією» з боку влади, тоді як промова Президента в 2007 році свідчила про «нову політику» Сальвадору [92, пар. 2.28].

Трибунал дотримався того ж підходу, що й в справі *«Мобайл та інші проти Венесуели»*, зазначаючи, що зміна національності, яка здійснюється «добросовісно перед настанням будь-якої події чи заходу, що спричинить спір в майбутньому, не повинна вважатися зловживанням» [92, пар. 2.47]. Проте, у цій справі трибунал пішов іще далі і зробив спробу провести чіткішу межу між плануванням національності і зловживанням, ввівши критерій *передбачуваності* майбутнього спору: «межа проходить там, де сторона бачить наявний спір або може передбачити конкретний спір у майбутньому як велику вірогідність, а не лише як можливу суперечність», при цьому зазначивши, що «ця межа рідко буде тонкою червоною лінією, а швидше включатиме значну сіру зону» [92, пар. 2.99]. Так як інвестору вдалося довести, що перші відмови у видачі дозволів він розглядав як певне зловживання з боку органів влади Сальвадору, але не як дискримінаційну державну політику щодо іноземного інвестора, яку влада розпочала вже після зміни національності, трибунал прийшов до висновку, що реструктуризація була здійснена добросовісно.

Критерій *передбачуваності* в подальшому досліджувався трибуналом у справі *«Тайдвотер та інші проти Венесуели»*. Державна компанія «Петролеос де Венесуела» уклала контракт із приватною компанією для надання останньою допоміжних послуг при видобутку нафти. Ця компанія була зареєстрована у Венесуелі, а володіла нею компанія із США через холдинг на Кайманових островах. У лютому-березні 2009 року відбулася реструктуризація: була створена компанія на Барбадосі, який мав двосторонній договір про захист інвестицій із Венесуелою, і їй були передані частки у венесуельській компанії.

За декілька місяців після цього, у травні 2009 року, Венесуела націоналізувала активи компанії [93, пар. 1-6].

Підставою для інвестиційного спору була націоналізація компанії, яка відбулась уже після реструктуризації. Венесуела, проте, стверджувала, що компанія передбачала спір. Це підтверджувалось тим, що між венесуельською компанією і її державним контрагентом уже існував спір, який виник внаслідок того, що «Петролеос де Венесуела» в 2008 році не оплатила послуги, надані «Тайдвотер», і вимагала зменшити тарифи, внаслідок чого інвестор відмовився продовжувати дію договорів [93, пар. 57]. Окрім цього, держава стверджувала, що барбадоська компанія-інвестор не здійснює на Барбадосі ніякої діяльності, і немає ніякого розумного пояснення для проведення реструктуризації, а тому не можна вважати, що така інвестиція є добросовісною [93, пар. 51].

Заперечення інвестора стосувалися того, що спір із «Петролеос де Венесуела» стосовно оплати послуг не слід ототожнювати із інвестиційним спором, який виник внаслідок націоналізації інвестиції. Заявники не очікували, що відмова продовжити дію договору спричинить націоналізацію, і прийняття відповідного закону Венесуелою було для них «цілковитою несподіванкою, зробленою без будь-якого попередження» [93, пар. 67]. Арбітраж у цій ситуації зайняв сторону інвестора, визначивши, що «дії Відповідача не дали підстав для розумно очікуваних передбачень експропріації бізнесу Заявника» [93, пар. 195].

Протилежним був висновок арбітражного трибуналу у відомій справі *«Філіп Морріс Азія проти Австралії»*, яка стала гучним прикладом ситуації, коли інвестор не зміг довести добросовісність зміни національності. «Філіп Морріс» є транснаціональною корпорацією, що займається виготовленням тютюнової продукції. В рамках внутрішньогрупової реструктуризації в лютому 2011 році було змінено структуру власності «Філіп Морріс Австралія», якою раніше володіла швейцарська «Філіп Морріс Брендс Сарл». Після реструктуризації, 100% компанії стала володіти «Філіп Морріс Азія», зареєстрована в Гонконзі [94, пар. 163]. Згодом, у листопаді 2011 року, Австралія прийняла закон, яким

регулювалась упаковка тютюнових виробів і вимагалось, щоб вона була однотонною, що і стало підставою для інвестиційного спору [94, пар. 176]. Заперечення, які висунула Австралія, стосувалися того, що прийняття такого закону, а отже і підстава для виникнення інвестиційного спору, були явно передбачуваними для компаній «Філіп Морріс», і зміна материнської компанії відбулася, щоб отримати доступ до сприятливого для інвестора двостороннього договору про захист інвестицій між Гонконгом та Австралією [94, пар. 184].

Австралія навела аргумент, що у квітні 2010 року Прем'єр-міністр та Міністр охорони здоров'я Австралії оголосили про наміри прийняти відповідний закон, тому інвестор міг розумно передбачати, що рано чи пізно це станеться [94, пар. 569]. Інвестор намагався довести, що реструктуризація була здійснена з огляду й на інші чинники, наприклад, податкову оптимізацію, і планувалася набагато раніше. Проте, ці аргументи не були достатньо переконливими для трибуналу, так як інвестор не навів достатніх доказів існування інших мотивів для реструктуризації [94, пар. 570-584]. Інвестору було відмовлено в юрисдикції, з огляду на «зловживання правами ... так як реструктуризація ... відбулася тоді, коли існувала розумна можливість того, що спір виникне, і вона була здійснена з головною, якщо не єдиною, метою отримання захисту за [двостороннім] договором» [94, пар. 588].

Отже, можна зробити висновок, що при вирішенні питання прийнятності спору до розгляду у випадку зміни національності інвестора, арбітражні трибунали досліджують, чи були такі дії інвестора добросовісними. Якщо інвестор міг передбачити, що держава в майбутньому вчинить певні конкретні дії, які стануть підставою для інвестиційного спору, і змінив національність для того, щоб отримати захист, коли такі обставини виникнуть, така поведінка розглядається як недобросовісна. Критерій *передбачуваності* майбутнього спору є досить суб'єктивним, адже трибуналу потрібно з'ясувати, базуючись на обставинах конкретної справи, дійсні наміри інвестора при зміні національності.

Визначення *передбачуваності* є надзвичайно складним завданням, і залежить не стільки від об'єктивних обставин, скільки від того, наскільки переконливо сторони зможуть інтерпретувати їх собі на користь. Держава намагатиметься довести, що інвестор давно передбачав інвестиційний спір, він, в свою чергу, буде заперечувати, що дії держави стали для нього несподіванкою, а завданням трибуналу полягає в тому, щоб визначити, яка з цих позицій відповідає дійсності.

Варто зазначити, що при дослідженні добросовісності зміни національності арбітражні трибунали також звертають увагу на наступні моменти.

По-перше, намагаючись довести, що реструктуризація була добросовісною, інвестори іноді вказують на наявність для неї інших причин, окрім доступу до міжнародного договору про захист інвестицій. Найчастіше, такою причиною вказують податкову оптимізацію. Наприклад, про це заявляли інвестори у справі *«Філіп Морріс Азія проти Австралії»* та *«Тайдвотер та інші проти Венесуели»*. Загалом, навіть у тих справах, в яких зміна національності була визнана добросовісною, інвесторам не вдавалося переконати трибунали в тому, що така зміна відбулася лише через інші причини, які не мають відношення до доступу до міжнародного договору про захист інвестицій. Навіть якщо трибунал приймав аргумент про наявність інших причини для реструктуризації, вони не мали вирішального значення при прийнятті рішення. Так, у справі *«Тайдвотер та інші проти Венесуели»* «трибунал вважає недоцільним з'ясовувати, чи дійсно податкові переваги для Тайдвотеру були причиною чи мотивацією для реорганізації» [93, пар. 183]. Оскільки інвестору було відомо про те, що Венесуела здійснювала націоналізації в 2007-2008 роках, захист їхніх інвестицій точно був однією із причин реструктуризації, тому трибунал відмовився розглядати інші причини. Аналогічно позицію зайняв трибунал у справі *«Пак Рім Кайман проти Республіки Сальвадор»* [92, пар. 2.41].

По-друге, у випадках, коли зміна національності вважалася добросовісною, трибунали звертали увагу на те, що після такої зміни інвестор

продовжував інвестувати кошти в державі, що приймала інвестицію, і здійснювати там реальну господарську діяльність. Так, у справі *«КонокоФіліпс проти Венесуели»* той факт, що після зміни національності інвестор інвестував 434 мільйони доларів, був «головним фактором, який свідчить про те, що КонокоФіліпс бажав продовжувати здійснювати [інвестиційні проекти] і інвестиційний спір не входив у плани на той час» [95, пар. 280].

3.2. Наслідки зміни національності юридичної особи-інвестора після виникнення інвестиційного спору

Зміна національності компанії-інвестора може статися і тоді, коли інвестиційний спір уже ініційовано і триває його розгляд. Варто зазначити, що в такому випадку мова йде не про «*treaty shopping*», оскільки інвестор уже мав потрібну національність на момент початку спору, а радше про можливі наслідки втрати ним такої національності.

У праві дипломатичного захисту існує правило «триваючої національності». Це правило, зокрема, закріплено у Проекті статей про дипломатичний захист, розроблених Комісією з міжнародного права. Так, відповідно до ст. 3, держава може здійснювати дипломатичний захист щодо осіб, які мають її національність. Регулюючи питання дипломатичного захисту юридичних осіб, ст. 10 Проекту адресує питання того, коли юридична особа повинна мати національність певної держави, щоб мати право на дипломатичний захист від неї. Відповідь – така національність повинна бути *триваючою*, тобто існувати від дати, коли виникло порушення прав, до дати офіційного повідомлення про це [14].

Це правило було застосовано інвестиційним трибуналом у справі *«Льовен проти Сполучених Штатів Америки»*. Початково, заявником у цій справі виступала канадська компанія «Льовен» та її власник пан Льовен, громадянин Канади. Спір був ініційований відповідно до положень Північноамериканської

угоди про вільну торгівлю між Канадою, США та Мексикою. Під час розгляду справи, компанія розпочала процес банкрутства відповідно до законодавства США і була реорганізована в якості американської. При цьому, право вимоги в інвестиційному спорі було передано іншій новоствореній канадській компанії, «Нафканко», власником якої була компанія із США. Тому уже в процесі розгляду спору США подали заяву про відхилення вимог через відсутність юрисдикції, так як вимоги тепер заявляла компанія, яка хоч і була канадською, але контролювалася бенефіціарами із США [96, пар. 29]. Очевидним було те, що «Нафканко» була створена виключно для того, щоб у цій справі продовжували існувати вимоги інвестора із Канади, так як у неї не було жодних інших активів [96, пар. 220].

Заявник намагався заперечувати, посилаючись на ст. 1116 та 1117 Північноамериканської угоди про вільну торгівлю між Канадою, США та Мексикою. В цих статтях йдеться про те, що «інвестор Договірної Сторони може звернутися до арбітражу ... з заявою про те, що інша Договірна Сторона порушила зобов'язання». З цього положення заявник зробив висновок, що для визначення питання юрисдикції має значення лише національність інвестора на момент початку спору [96, пар. 225-226].

Трибунал, проте, не погодився із такою позицією, зазначаючи, що в цьому положенні йдеться лише про національність інвестора на момент початку спору, але жодні інші положення договору не адресують питання тривалості такої національності, тому необхідно звернутися до положень міжнародного звичаєвого права [96, пар. 226]. Оскільки «говорячи мовою міжнародного права, повинна існувати триваюча національність від дати виникнення подій, які стали підставою спору, яка називається *dies a quo*, до дати його вирішення, *dies ad quet*» [96, пар. 225], заявнику було відмовлено в розгляді. Цікавим є те, що трибунал відзначив, що від правила «триваючої національності», яке походить із права дипломатичного захисту, з часом почали відступати, але в такому випадку про це чітко зазначається в тексті міжнародного договору. Так як в даній ситуації

Північноамериканська угода про вільну торгівлю між Канадою, США та Мексикою взагалі не адресує цього питання, ситуація потребувала застосування загального правила [96, пар. 230].

Рішення у справі *«Льовен проти США»* є доволі суперечливим, адже трибунал, по суті, застосував додаткове обмеження щодо заявника, яке не передбачене текстом договору і використовується в іншій сфері правовідносин. Більше того, принцип «триваючої національності», як він сформульований у Проекті статей про дипломатичний захист, висуває вимогу до національності до дати «офіційного повідомлення». В коментарі до Проекту статей зазначається, що такою вважається дата «першої офіційної чи формальної вимоги, зробленої державою, яка здійснює дипломатичний захист» [14, с. 32]. Застосовуючи цей принцип за аналогією до інвестиційного арбітражу, такою датою доцільніше вважати дату звернення до арбітражу, а не винесення ним рішення. Про це заявила і Комісія з міжнародного права, зазначивши, що «не готова слідувати трибуналу у справі *«Льовен»* у застосуванні загального правила про те, що національність повинна бути збережена до дати розгляду спору» [14, с. 32].

Застосування трибуналом правила триваючої національності, яке походить із сфери дипломатичного захисту, в якості норми міжнародного звичаєвого права за відсутності конкретних положень міжнародного договору, критикувалось багатьма науковцями, в тому числі через те, що такий підхід суперечить принципам тлумачення міжнародних договорів [98, р. 52], а також тому, що при його застосуванні немає підстав вимагати триваючої національності інвестора аж до моменту винесення рішення [99, с. 24]. Це рішення також критикувалось трибуналом у справі *«Токіос Токелес проти України»* в контексті підняття корпоративної вуалі компанії-заявника. Так, трибунал зазначив, що зміну національності інвестора можна було визначити, тільки піднявши корпоративну вуаль компанії, проте в рішенні у справі *«Льовен проти США»* таке втручання не було ніяк аргументовано [75, пар. 28].

У справі *«Ciaг та Веччі проти Єгипту»* арбітражний трибунал МЦВІС дійшов абсолютно протилежного висновку щодо застосування принципу «триваючої національності». Трибунал зазначав, що рішення у справі *«Льовен проти Сполучених Штатів Америки»* було «дуже суперечливим», оскільки цей принцип стосується дипломатичного захисту, а не захисту інвестицій, і навряд чи є настільки універсальним, щоб вважати його нормою міжнародного права [100, пар. 497-498]. Керуючись ст. 25 Вашингтонської конвенції, трибунал дійшов висновку, що національність інвестора повинна бути належною на дату передачі спору, а не на дату його вирішення. Хоча у цій справі предметом дискусії була національність фізичних осіб, висновки трибуналу є цікавими і щодо вирішення питання національності юридичних осіб, адже вимога ст. 25 однаково застосовується до обох категорій інвесторів.

Іншою є ситуація із Вашингтонською конвенцією, яка визначає юрисдикцію МЦВІС. Так, в ст. 25 встановлено правило, що для розгляду інвестиційного спору трибуналом МЦВІС юридична особа повинна мати національність іншої Договірної Держави на дату, коли сторони погодилися передати спір для вирішення шляхом примирення або арбітражу. Як зазначає К. Шроєр у Коментарі до Вашингтонської конвенції, «після згоди [на передачу спору МЦВІС] компанія може втратити національність Договірної Держави і набути національність третьої держави або держави, що приймає інвестиції, без втрати доступу до МЦВІС» [101, с. 295]. Аналогічну позицію можна знайти і в практиці арбітражних трибуналів. Так, у справі *«Вівенді проти Аргентини»*, трибунал зазначив, що «юрисдикція визначається за ситуацією, яка існувала на дату початку провадження. Події, які відбулися до цієї дати, можуть впливати на юрисдикцію; події, які відбуваються пізніше – ні ... Наслідком цього правила є те, що одного разу встановлена, юрисдикція не може бути скасована» [102, пар. 61-63].

Ще одним прикладом того, що вимоги до юрисдикції мають значення лише на момент початку спору, а не пізніше, може бути рішення у справі *«CSOB проти*

Словаччини». Заявником у цій справі виступав чеський банк, який був відчужений у власність держави після початку інвестиційного спору [103, пар. 28]. Словаччина стверджувала, що внаслідок такого відчуження реальним бенефіціаром у випадку присудження компенсації стала Чехія, тому трибуналу слід відхилити спір з огляду на втрату заявником свого статусу як інвестора. Трибунал повністю відхилив цей аргумент, зазначаючи, що юрисдикція визначається «на дату початку провадження. Так як заявник ініціював провадження до відчуження, трибунал має юрисдикцію для розгляду цієї справи» [103, пар. 31].

Отже, можна зробити висновок, що наразі не існує єдиної позиції щодо наслідків зміни національності компанії-інвестора після ініціювання інвестиційного спору. Визначаючи юрисдикцію МЦВІС, Вашингтонська конвенція встановлює вимогу до національності інвестора лише на момент ініціювання спору. Арбітражний трибунал у справі *«Льовен проти США»* відкинув застосування положень Вашингтонської конвенції, оскільки спір розглядався відповідно до положень Північноамериканської угоди про вільну торгівлю між Канадою, США та Мексикою, а Канада і Мексика не є державами-учасниками Вашингтонської конвенції. З огляду на це, а також на численну критику цього рішення і застосування трибуналом принципу триваючої національності, такий підхід не можна назвати універсальним. Виходячи із тексту Вашингтонської конвенції та загального правила встановлення юрисдикції, описаного в рішенні у справі *«Вівенді проти Аргентини»*, можна зробити висновок, що зміна національності юридичної особи-інвестора після початку розгляду інвестиційного спору не матиме наслідком відмову у розгляді з причин відсутності юрисдикції, принаймні, якщо розгляд відбувається за правилами МЦВІС.

На підставі дослідження практики інвестиційних трибуналів щодо питання зміни національності юридичної особи-інвестора можна зробити такі висновки:

1. Важливу роль для визначення наслідків зміни національності компанії-інвестора відіграє час, коли така зміна була здійснена. Якщо інвестор здійснив реструктуризацію для набуття потрібної національності тоді, коли порушення з боку держави уже існувало, це буде підставою для відмови у розгляді інвестиційного спору через відсутність юрисдикції *ratione temporis*.

2. Інвестор може вимагати захисту за міжнародним договором лише щодо тих порушень, які сталися після набуття потрібної національності, але тільки тоді, коли дії інвестора були добросовісними. При визначенні добросовісності зміни національності, арбітражні трибунали беруть до уваги такі критерії:

- мотиви інвестора при зміні національності;
- можливість інвестора передбачити виникнення в майбутньому підстав для конкретного інвестиційного спору з державою, що приймає інвестиції, на час здійснення реструктуризації;
- продовження здійснення інвестиційної діяльності після зміни національності.

3. У ситуаціях, коли інвестор міг передбачити, що держава в майбутньому вчинить певні конкретні дії, які стануть підставою для інвестиційного спору, і змінив національність виключно з метою отримання доступу до міжнародного інвестиційного арбітражу, така поведінка розглядається як недобросовісна і є підставою для відмови у розгляді спору. Критерій передбачуваності спору є суб'єктивним і визначається арбітражами в кожній справі індивідуально, залежно від фактичних обставин.

4. Якщо зміна національності інвестора була здійснена з метою захисту інвестицій за міжнародним договором від будь-яких порушень з боку держави, які загалом можуть виникнути в майбутньому, коли в інвестора немає підстав передбачати виникнення конкретного спору, така поведінка вважається

добросовісним корпоративним плануванням і не спричиняє негативних наслідків для інвестора.

5. Підхід до зміни національності компанії-інвестора після ініціювання інвестиційного спору не є однозначним. Хоча такі дії не можна назвати зловживанням з метою доступу до інвестиційного арбітражу, наслідком може бути відмова в розгляді спору з огляду на відсутність юрисдикції, що було зроблено трибуналом у справі «*Льовен проти США*», виходячи із принципу триваючої національності. Проте, враховуючи, що (1) національність інвестора має значення на момент вчинення державою порушення та на момент ініціювання спору, (2) Вашингтонська конвенція не містить вимоги того, щоб національність компанії-інвестора була триваючою до моменту вирішення справи і (3) за загальним правилом, юрисдикція повинна визначатися на момент початку спору, можна вважати, що зміна національності юридичної особи-інвестора після початку розгляду інвестиційного спору не повинна спричиняти відмову у розгляді інвестиційного спору.

ВИСНОВКИ

На основі проведеного під час написання магістерської роботи дослідження можна зробити наступні висновки.

1. Під поняттям національності юридичної особи-інвестора розуміють її приналежність до певної держави для цілей правового регулювання. Національність юридичної-особи інвестора має значення при виділенні категорії іноземних інвесторів в національному законодавстві для застосування до них різноманітних гарантій та обмежень їхньої діяльності. Особливе значення національність юридичної особи-інвестора відіграє при захисті інвестицій за міжнародними договорами про захист інвестицій, адже наявність національності держави-учасниці є необхідною умовою поширення на інвестора дії конкретного договору.

2. Для визначення національності юридичної особи-інвестора застосовуються такі критерії: інкорпорації, місцезнаходження, місця здійснення діяльності та контролю. Усі міжнародні договори про захист інвестицій визначають юридичну особу-інвестора, яка може користуватися захистом за цим договором, за допомогою одного із цих критеріїв або їх сукупності. У міжнародних договорах про захист інвестицій, укладених Україною, найчастіше застосовується критерій інкорпорації або сукупність критеріїв інкорпорації та місцезнаходження. Інші використовуються досить рідко: критерій місця діяльності застосовується в сукупності із двома вищенаведеними, критерій контролю – в якості альтернативного.

3. Під поняттям «treaty shopping» розуміють ситуації, коли інвестори набувають потрібну національність для отримання захисту за певним міжнародним договором, на який вони інакше не могли б розраховувати, шляхом структурування інвестицій через юридичну особу, розміщену в потрібній юрисдикції. Хоча цей термін вживається для позначення будь-яких випадків використання юридичною особою своєї національності для доступу до

міжнародних договорів, на нашу думку, доцільніше говорити про «treaty shopping» лише тоді, коли інвестор змінює свою національність, передбачаючи конкретний інвестиційний спір з державою.

4. Серед передумов цього явища можна назвати застосування формальних критеріїв для визначення національності юридичної особи-інвестора, які не потребують наявності реального зв'язку між нею та державою для встановлення національності, а також формальний підхід арбітражних трибуналів до визначення національності юридичної особи-інвестора без врахування мети і цілей міжнародних договорів про захист інвестицій та міжнародного інвестиційного арбітражу.

5. Наслідками «treaty shopping» можна назвати збільшення кількості інвестиційних спорів проти певних держав за рахунок зростання числа потенційних заявників, а також протидію окремих держав системі міжнародного захисту інвестицій, небажання укладати нові міжнародні договори про захист інвестицій та розірвання існуючих. Для інвестора практика «treaty shopping» приносить очевидні переваги, проте, можливим наслідком є відмова арбітражним трибуналом у розгляді інвестиційного спору, якщо його дії будуть визнані недобросовісними.

6. Реєстрація компанії-інвестора в певній державі із здійсненням контролю над нею особами із національністю іншої держави є звичайною практикою і не спричиняє відмову в розгляді інвестиційного спору, якщо компанія була початково заснована в певній юрисдикції задовго до його виникнення. В таких випадках, арбітражні трибунали визначають її національність на підставі лише тих критеріїв, що містяться в конкретному міжнародному договорі. Якщо національність в такому договорі визначається через критерій інкорпорації, намагання держав апелювати до іноземного контролю над такою компанією-інвестором і застосувати критерій контролю через посилання на ст. 25(2) Вашингтонської конвенції є безуспішними. Трибунали аргументують це

небажанням виходити за межі тексту договору, укладеного державами добровільно.

7. Можливим аргументом з боку держави у ситуації «treaty shopping» є застосування положення про відмову у перевагах за наявності його в договорі. Проте, така стратегія не завжди є успішною з огляду на те, що на державу покладається тягар доведення відсутності істотної економічної діяльності компанії-інвестора у державі національності та наявність контролю з боку осіб з національністю третьої держави. Окрім цього, формулювання положення про відмову у перевагах часто передбачає необхідність держави повідомляти інвестора про те, що до нього не будуть застосовуватися положення міжнародного договору в силу вищезазначених причин ще до початку здійснення ним інвестиції.

8. Зміна національності компанії-інвестора шляхом корпоративної реструктуризації не завжди є проявом зловживання, що спричиняє відмову в розгляді інвестиційного спору, а може бути визнана добросовісним корпоративним плануванням. Основними критеріями, які беруться до уваги арбітражними трибуналами, є час виникнення підстав для інвестиційного спору та час зміни національності, можливість інвестора передбачити виникнення конкретного спору в майбутньому, мотиви при зміні національності та продовження здійснення інвестиційної діяльності після такої зміни.

9. За часовим критерієм, наслідки зміни національності для захисту інвестицій можна розділити таким чином:

- якщо зміна відбувається тоді, коли порушення з боку держави уже існувало, це буде підставою для відмови у розгляді інвестиційного спору через відсутність юрисдикції *ratione temporis*, тобто за часовим критерієм;

- якщо підстави для інвестиційного спору виникли після зміни національності, але інвестор міг передбачити їх і змінив національність для отримання доступу до інвестиційного арбітражу, така поведінка розглядається як недобросовісна і є підставою для відмови у розгляді спору. Передбачуваність

спору є суб'єктивною категорією і визначається арбітражами в кожній справі індивідуально, залежно від фактичних обставин;

- якщо зміна національності інвестора була здійснена з метою захисту інвестицій за міжнародним договором проти будь-яких порушень, які загалом можуть виникнути в майбутньому, коли в інвестора немає підстав передбачати виникнення конкретного спору з державою, така поведінка вважається добросовісним корпоративним плануванням і не спричиняє негативних наслідків для інвестора;

- зміна національності після ініціювання інвестиційного спору не повинна спричиняти відмову у розгляді, оскільки юрисдикція арбітражу повинна визначатися на момент початку спору і Вашингтонська конвенція не містить вимоги того, щоб національність компанії-інвестора була незмінною до моменту вирішення справи. Проте, практика показує, що трибунал може застосувати принцип триваючої національності і відмовити в розгляді спору у такому випадку.

СПИСОК ВИКОРИСТАНИХ ДЖЕРЕЛ

1. Ukraine. International Investment Agreements Navigator. UNCTAD Investment Policy Hub. URL: <https://investmentpolicy.unctad.org/international-investment-agreements/countries/219/ukraine> (дата звернення: 10.05.2021).
2. Investor–State Dispute Settlement Cases Pass The 1,000 Mark: Cases and Outcomes in 2019. UNCTAD. IIA Issues Note. July 2020, Issue 2. URL: <https://unctad.org/system/files/official-document/diaepcbinf2020d6.pdf> (дата звернення: 10.05.2021).
3. Гетьман-Павлова І. В. Міжнародне частне право: учебник для магістрів. 4-е издание, перераб. и доп. М.: Издательство Юрайт, 2013. 959 с.
4. Еремина Ю. І. Критерії визначення особистого закону і національності юридического лица. *Juvenis Scientia*. 2015. № 1. С. 89–94.
5. ICSID Convention, Regulations and Rules. Chapter 2. URL: <http://icsidfiles.worldbank.org/icsid/icsid/staticfiles/basicdoc/partA-chap02.htm> (дата звернення: 10.05.2021).
6. Конвенція про порядок вирішення інвестиційних спорів між державами та іноземними особами : Конвенція Орг. Об'єдн. Націй від 18.05.1965 р. : станом на 16 берез. 2000 р. URL: https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/995_060#Text (дата звернення: 10.05.2021).
7. Угода між Урядом України і Урядом Республіки Вірменія про уникнення подвійного оподаткування та попередження ухилень стосовно податків на доходи і майно : Угода Каб. Міністрів України від 14.05.1996 р. : станом на 13 верес. 1996 р. URL: https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/051_369 (дата звернення: 10.05.2021).
8. Конвенція між Урядом України і Урядом Держави Ізраїль про уникнення подвійного оподаткування та запобігання податковим ухиленням стосовно

- податків на доходи та капітал : Конвенція Каб. Міністрів України від 26.11.2003 р. : станом на 16 берез. 2006 р. URL: https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/376_023 (дата звернення: 10.05.2021).
9. Конвенція між Урядом України та Урядом Сполучених Штатів Америки про уникнення подвійного оподаткування та попередження податкових ухилень стосовно податків на доходи та капітал : Конвенція Каб. Міністрів України від 04.03.1994 р. : станом на 29 верес. 1999 р. URL: https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/840_576 (дата звернення: 10.05.2021).
 10. Конвенція між Урядом України і Урядом Сполученого Королівства Великобританії і Північної Ірландії про усунення подвійного оподаткування та запобігання податковим ухиленням стосовно податків на дохід і на приріст вартості майна : Конвенція Україна від 10.02.1993 р. : станом на 9 жовт. 2017 р. URL: https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/826_648 (дата звернення: 10.05.2021).
 11. Denza E. Nationality and Diplomatic Protection. Netherlands International Law Review. 2018. Volume 65. Issue 3. P. 463-480.
 12. *Nottebohm Case*. International Court of Justice. Judgement of April 6th, 1955. URL: <https://www.icj-cij.org/public/files/case-related/18/018-19550406-JUD-01-00-EN.pdf> (дата звернення: 10.05.2021).
 13. *Case Concerning the Barcelona Traction, Light and Power Company, Limited*. International Court of Justice. Judgement of February 5th, 1970. URL: <https://www.icj-cij.org/public/files/case-related/50/050-19700205-JUD-01-00-EN.pdf> (дата звернення: 10.05.2021).
 14. Draft Articles on Diplomatic Protection with commentaries. United Nations, 2006. URL: https://legal.un.org/ilc/texts/instruments/english/commentaries/9_8_2006.pdf (дата звернення: 10.05.2021).

15. Про міжнародне приватне право : Закон України від 23.06.2005 р. № 2709-IV : станом на 20 жовт. 2019 р. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/2709-15> (дата звернення: 10.05.2021).
16. Міжнародне приватне право: навч. пос. / за ред. С. Г. Кузьменка. К.: Центр учбової літератури, 2010. 316 с.
17. Чубарєв В. Л. Статус юридичної особи у міжнародному приватному праві. Вісник Академії адвокатури України. 2009. Число 3(16). С. 104-109.
18. Погорецька Н. В. Національність юридичної особи. Науковий вісник Дніпропетровського державного університету внутрішніх справ. 2013. № 3. С. 100-107.
19. Лунц Л. А. Курс международного частного права: в 3 т. М.: Спарк, 2002. 1007 с.
20. Г. С. Фединяк, Л. С. Фединяк. Міжнародне приватне право. Підручник. 3-тє видання. К.: Атіка, 2005. 544 с.
21. Международное частное право: учебник в 2 т. Т. 2: Особенная часть / Отв. ред. С. Н. Лебедев, Е. В. Кабатова. М.: Статут, 2015. 764 с.
22. Юсифова Р. Т. Личный закон и национальность юридического лица: понятие и соотношение в современном международном частном праве: дис. ... канд. юрид. наук. Москва, 2018. 212 с.
23. Господарський кодекс України : Кодекс України від 16.01.2003 р. № 436-IV : станом на 27 лют. 2021 р. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/436-15> (дата звернення: 10.05.2021).
24. Про режим іноземного інвестування : Закон України від 19.03.1996 р. № 93/96-ВР : станом на 13 лют. 2021 р. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/93/96-vp> (дата звернення: 10.05.2021).
25. Про інвестиційну діяльність : Закон України від 18.09.1991 р. № 1560-XII : станом на 13 лют. 2021 р. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/1560-12> (дата звернення: 10.05.2021).

26. Про основи національної безпеки України : Закон України від 19.06.2003 р. № 964-IV : станом на 8 лип. 2018 р. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/964-15> (дата звернення: 10.05.2021).
27. Про інформаційні агентства : Закон України від 28.02.1995 р. № 74/95-ВР : станом на 16 лип. 2019 р. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/74/95-вр> (дата звернення: 10.05.2021).
28. Земельний кодекс України : Кодекс України від 25.10.2001 р. № 2768-III : станом на 17 берез. 2021 р. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/2768-14> (дата звернення: 10.05.2021).
29. Цивільний кодекс України : Кодекс України від 16.01.2003 р. № 435-IV : станом на 28 квіт. 2021 р. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/435-15> (дата звернення: 10.05.2021).
30. Недовіра до судової системи посіла 1 місце серед перешкод для іноземних інвестицій. Центр економічної стратегії. URL: <https://ces.org.ua/distrust-of-the-judiciary-ranked-first-among-obstacles-to-foreign-investment/> (дата звернення: 10.05.2021).
31. Chaisse J. The Treaty Shopping Practice: Corporate Structuring and Restructuring to Gain Access to Investment Treaties and Arbitration. Hastings Business Law Journal. 2015. Vol. 11. Number 2. P. 225-305.
32. International Investment Agreements Navigator. UNCTAD Investment Policy Hub. URL: <https://investmentpolicy.unctad.org/international-investment-agreements> (date of access: 10.05.2021).
33. Конституція України : від 28.06.1996 р. № 254к/96-ВР : станом на 1 січ. 2020 р. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/254к/96-вр> (дата звернення: 10.05.2021).
34. Про міжнародні договори України : Закон України від 29.06.2004 р. № 1906-IV : станом на 11 квіт. 2021 р. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/1906-15> (дата звернення: 10.05.2021).

35. Investment Dispute Settlement Navigator. UNCTAD Investment Policy Hub. URL: <https://investmentpolicy.unctad.org/investment-dispute-settlement> (date of access: 10.05.2021).
36. Requirements Ratione Personae. UNCTAD. Dispute Settlement. International Centre for Settlement of Investment Disputes. URL: https://unctad.org/system/files/official-document/edmmisc232add3_en.pdf (date of access: 10.05.2021).
37. *Daimler Company, Limited v. Continental Tyre and Rubber Company (Great Britain), Limited and Another*. House of Lords. June 30, 1916. URL: <http://www.worldlii.org/uk/cases/UKHL/1916/53SLR0845.html> (date of access: 10.05.2021).
38. Про санкції : Закон України від 14.08.2014 р. № 1644-VII : станом на 15 серп. 2020 р. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/1644-18> (дата звернення: 10.05.2021).
39. Nikiema S. H. Best Practices: Definition of Investor. The International Institute for Sustainable Development, 2012. 20 p.
40. Угода між Урядом України та Урядом Литовської Республіки про сприяння та взаємний захист інвестицій : Угода Каб. Міністрів України від 08.02.1994 р. : станом на 27 лют. 1995 р. URL: https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/440_417 (дата звернення: 10.05.2021).
41. Угода між Урядом України та Урядом Канади про сприяння та захист інвестицій : Угода Каб. Міністрів України від 24.10.1994 р. : станом на 2 черв. 1995 р. URL: https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/124_008 (дата звернення: 10.05.2021).
42. Угода між Урядом України та Урядом Королівства Данія про сприяння та взаємний захист інвестицій : Угода Королівство Данія від 23.10.1992 р. : станом на 29 квіт. 1994 р. URL: https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/208_002 (дата звернення: 10.05.2021).

43. Угода між Україною і Федеративною Республікою Німеччина про сприяння здійсненню і взаємний захист інвестицій : Угода Україна від 15.02.1993 р. : станом на 29 черв. 1996 р. URL: https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/276_415 (дата звернення: 10.05.2021).
44. The Determination of the Nationality of Investor under Investment Protection Treaties. The International Law Assosiation, German Branch. 2011. URL: <https://telc.jura.uni-halle.de/sites/default/files/BeitraegeTWR/Heft%20106.pdf> (дата звернення: 10.05.2021).
45. *Tenaris S.A. and Talta-Trading e Marketing Sociedade Unipessoal LDA v. Bolivarian Republic of Venezuela*. ICSID Case No. ARB/11/26. URL: <https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/italaw7098.pdf> (дата звернення: 10.05.2021).
46. Угода між Урядом України та Урядом Турецької Республіки про взаємне сприяння та захист інвестицій : Угода Каб. Міністрів України від 09.10.2017 р. : станом на 6 верес. 2018 р. URL: https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/792_005-17 (дата звернення: 10.05.2021).
47. Угода між Кабінетом Міністрів України та Урядом Йорданського Хашимітського Королівства про взаємне сприяння та захист інвестицій : Угода Хашиміт. Королівство Йорданія від 30.11.2005 р. : станом на 15 берез. 2007 р. URL: https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/400_010 (дата звернення: 10.05.2021).
48. Угода між Урядом України та Урядом Ісламської Республіки Іран про взаємне сприяння та захист інвестицій. Протокол : Угода Україна від 22.05.1996 р. : станом на 11 квіт. 1997 р. URL: https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/364_719 (дата звернення: 10.05.2021).
49. Угода між Україною та Республікою Чилі про взаємне сприяння та захист інвестицій : Угода Респ. Чилі від 30.10.1995 р. : станом на 26 лип. 1997 р. URL: https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/152_704 (дата звернення: 10.05.2021).

50. Угода між Україною та Швейцарською Конфедерацією про сприяння та взаємний захист інвестицій : Угода Швейц. Конфедерація від 20.04.1995 р. : станом на 21 січ. 1997 р. URL: https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/756_003 (дата звернення: 10.05.2021).
51. Угода між Урядом України та Урядом Республіки Польща про взаємне заохочення та захист інвестицій : Угода Каб. Міністрів України від 12.01.1993 р. : станом на 14 верес. 1993 р. URL: https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/616_169 (дата звернення: 10.05.2021).
52. Угода між Урядом України та Урядом Держави Ізраїль про взаємне сприяння та захист інвестицій : Угода Держава Ізраїль від 24.11.2010 р. : станом на 1 черв. 2011 р. URL: https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/376_045 (дата звернення: 10.05.2021).
53. Угода між Урядом України та Урядом Королівства Швеція про сприяння та взаємний захист інвестицій : Угода Королівство Швеція від 15.08.1995 р. : станом на 1 берез. 1997 р. URL: https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/752_706 (дата звернення: 10.05.2021).
54. Угода про сприяння та взаємний захист інвестицій між Україною та Королівством Нідерландів : Угода Королівство Нідерландів від 14.07.1994 р. : станом на 26 лют. 1997 р. URL: https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/528_716 (дата звернення: 10.05.2021).
55. Угода між Урядом України та Урядом Французької Республіки про взаємне сприяння та взаємний захист інвестицій : Угода Каб. Міністрів України від 03.05.1994 р. : станом на 26 січ. 1996 р. URL: https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/250_414 (дата звернення: 10.05.2021).
56. Договір до Енергетичної Хартії та Заключний акт до неї. Протокол до Енергетичної Хартії з питань енергетичної ефективності і суміжних екологічних аспектів : Договір Орг. Об'єдн. Націй від 17.12.1994 р. : станом на 24 квіт. 1998 р. URL: https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/995_056 (дата звернення: 10.05.2021).

57. Угода між Україною та Японією про сприяння та захист інвестицій : Угода Україна від 05.02.2015 р. : станом на 3 черв. 2015 р. URL: https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/392_037 (дата звернення: 10.05.2021).
58. Юсифова Р. Т. Некоторые проблемные аспекты трансграничной деятельности юридических лиц. Актуальные проблемы российского права. 2016. № 5 (66). С. 162-168.
59. Lee J. Resolving Concerns of Treaty Shopping in International Investment Arbitration. Journal of International Dispute Settlement. 2015. Vol. 6, Issue 2. P. 355–379.
60. Investor-State Disputes Arising from Investment Treaties: a Review. UNCTAD Series on International Investment Policies for Development. United Nations, 2005. 96 p.
61. Skinner M., Miles C. A., Luttrell S. Access and advantage in investor-state arbitration: The law and practice of treaty shopping. Journal of World Energy Law & Business. 2010. Vol. 3, No. 3. P. 260-285.
62. Os van R. and Knottnerus R. Dutch Bilateral Investment Treaties. A gateway to ‘treaty shopping’ for investment protection by multinational companies. Amsterdam, 2011. 49 P.
63. Council Regulation (EC) No 2157/2001 of 8 October 2001 on the Statute for a European company (SE). URL: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=CELEX%3A32001R2157> (дата звернення: 10.05.2021).
64. Dolzer R. and Schreuer C. Principles of International Investment Law. Oxford University Press, 2008. 433 P.
65. Hansen R. F. The Systemic Challenge of Corporate Investor Nationality in an Era of Multinational Business. Journal of Arbitration and Mediation. 2010. Vol. 1, Number 1. P. 83-115.
66. Poulsen L. N. S. and Aisbett E. When the Claim hits. Bilateral investment treaties and Bounded Rational learning. World Politics. 2013. Vol. 65, №. 2. P. 273-313.

67. Recent Developments in the International Investment Regime. UNCTAD. IIA Issues Note. May 2018, Issue 1. URL: https://unctad.org/system/files/official-document/diaepcbinf2018d1_en.pdf (дата звернення: 10.05.2021).
68. The Changing IIA Landscape: New Treaties and Recent Policy Developments . UNCTAD. IIA Issues Note. July 2020, Issue 1. URL: <https://unctad.org/system/files/official-document/diaepcbinf2020d4.pdf> (дата звернення: 10.05.2021).
69. Giraud V. Is Investment Arbitration in Latin America in Crisis? URL: <http://arbitrationblog.kluwerarbitration.com/2014/05/19/is-investment-arbitration-in-latin-america-in-crisis/> (дата звернення: 10.05.2021).
70. Termination of Bilateral Investment Treaties Has Not Negatively Affected Countries' Foreign Direct Investment Inflows. URL: <https://www.citizen.org/article/termination-of-bilateral-investment-treaties-has-not-negatively-affected-countries-foreign-direct-investment-inflows/> (дата звернення: 10.05.2021).
71. Olivet C. Why did Ecuador terminate all its investment treaties? URL: <https://www.tni.org/en/article/why-did-ecuador-terminate-all-its-bilateral-investment-treaties> (дата звернення: 10.05.2021).
72. Sheehan N., Wolfhagen J. Dutch Government Adopts New Model Bilateral Investment Treaty. URL: <https://riskandcompliance.freshfields.com/post/102f5tp/dutch-government-adopts-new-model-bilateral-investment-treaty> (дата звернення: 10.05.2021).
73. Netherlands model Investment Agreement. URL: <https://investmentpolicy.unctad.org/international-investment-agreements/treaty-files/5832/download> (дата звернення: 10.05.2021).
74. Новикова Т. В. Национальность инвестора в практике международного центра по урегулированию инвестиционных споров и трибуналов ЮНСИТРАЛ. Теория и практика общественного развития. Юридические науки. 2015. № 6. С. 77-81.

75. *Tokios Tokeles v. Ukraine*. Case No. ARB/02/18. URL: <https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/ita0863.pdf> (дата звернення: 10.05.2021).
76. Dissenting Opinion by Prosper Weil in *Tokios Tokeles v. Ukraine*. URL: <https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/ita0864.pdf> (дата звернення: 10.05.2021).
77. *The Rompetrol Group N. V. v. Romania*. ICSID Case No. ARB/06/3. URL: <https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/ita0717.pdf> (дата звернення: 10.05.2021).
78. *Saluka Investments BV v. the Czech Republic*. Permanent Court of Arbitration. URL: <https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/ita0740.pdf> (дата звернення: 10.05.2021).
79. *ADC Affiliate Limited and ADC & ADMC Management Limited v. The Republic of Hungary*. ICSID Case No. ARB/03/16. URL: <https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/ita0006.pdf> (дата звернення: 10.05.2021).
80. *Agua del Tunari, S. A. v. Republic of Bolivia*. ICSID Case No. ARB/02/3. URL: https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/italaw10957_0.pdf (дата звернення: 10.05.2021).
81. *TSA Spectrum de Argentina S. A. v. Argentine Republic*. ICSID Case No. ARB/05/5. URL: <https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/ita0874.pdf> (дата звернення: 10.05.2021).
82. Charlotin D. Looking back: SOABI v. Senegal tribunal disagreed over meaning of “foreign control language” in ICSID Convention, and considered implications of contract’s non-compliance with local law. URL: <https://www.iareporter.com/articles/looking-back-soabi-v-senegal-tribunal-disagreed-over-meaning-of-foreign-control-language-in-icsid-convention-and-considered-implications-of-contracts-non-compliance-with-local-l/> (дата звернення: 10.05.2021).

83. *Plama Consortium Limited v. Republic of Bulgaria*. ICSID Case No. ARB/03/24. URL: <https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/ita0669.pdf> (дата звернення: 10.05.2021).
84. *Yukos Universal Limited v. the Russian Federation*. PCA Case No. AA 227. URL: <https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/ita0910.pdf> (дата звернення: 10.05.2021).
85. *Generation Ukraine, Inc v. Ukraine*. ICSID CASE No. ARB/00/9. URL: <https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/ita0358.pdf> (дата звернення: 10.05.2021).
86. *Limited Liability Company AMTO v. Ukraine*. Arbitration Institute of the Stockholm Chamber of Commerce. Arbitration № 080/2005. URL: <https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/ita0030.pdf> (дата звернення: 10.05.2021).
87. Угода між Урядом України та Урядом Грецької Республіки про сприяння та взаємний захист інвестицій : Угода Грецька Респ. від 01.09.1994 р. : станом на 4 груд. 1996 р. URL: https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/300_871 (дата звернення: 11.05.2021).
88. Legum B., Ofoego O. and Gilfedder C. The Investment Treaty Arbitration Review: Ratione Temporis or Temporal Scope. URL: <https://thelawreviews.co.uk/title/the-investment-treaty-arbitration-review/ratione-temporis-or-temporal-scope#:~:text=The%20expression%20ratione%20temporis%20denotes,attention%20in%20decisions%20or%20commentary> (дата звернення: 10.05.2021).
89. *Phoenix Action, Ltd. v. the Czech Republic*. ICSID Case No. ARB/06/5. URL: <https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/ita0668.pdf> (дата звернення: 10.05.2021).
90. *Societe Generale v. the Dominican Republic*. LCIA Case No. UN 7927. URL: <https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/ita0798.pdf> (дата звернення: 10.05.2021).

91. *Mobil Corporation, Venezuela Holdings, B. V. and others v. Bolivarian Republic of Venezuela*. ICSID Case NO. ARB/07/27. URL: <https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/ita0538.pdf> (дата звернення: 10.05.2021).
92. *Pac Rim Cayman LLC v. the Republic of El Salvador*. ICSID Case No. ARB/09/12. URL: <https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/ita0935.pdf> (дата звернення: 10.05.2021).
93. *Tidewater Inc. and others v. the Bolivarian Republic of Venezuela*. ICSID Case No. ARB/10/5. URL: <https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/italaw1277.pdf> (дата звернення: 10.05.2021).
94. *Philip Morris Asia Limited v. the Commonwealth of Australia*. PCA Case No. 2012-12. URL: https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/italaw7303_0.pdf (дата звернення: 10.05.2021).
95. *ConocoPhillips Company v. Bolivarian Republic of Venezuela*. ICSID Case No. ARB/07/30. URL: <https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/italaw1569.pdf> (дата звернення: 10.05.2021).
96. *The Loewen Group, Inc. and Raymond L. Loewen v. United States of America*. Case No. ARB(AF)/98/3. URL: <https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/ita0470.pdf> (дата звернення: 10.05.2021).
97. North American Free Trade Agreement. URL: <http://www.sice.oas.org/trade/nafta/chap-111.asp#A1116> (дата звернення: 10.05.2021).
98. Mendelson M. Chapter 4. Runaway Train: The Continuous Nationality Rule from the Panavezys-Saldutiskis Railway case to Loewen. International Investment Law and Arbitration: Leading Cases from the ICSID, NAFTA, Bilateral Treaties and Customary International Law. / ed. by T. Weiler. 2005. URL: https://www.biicl.org/files/951_the_runaway_train_by_mendelson.pdf. (дата звернення: 10.05.2021).

99. Rubins N. (2005). *Loewen v. United States: The Burial of an Investor-State Arbitration Claim*. *Arbitration International*. 2005. Vol. 21, Issue 1. P. 1–34. URL: <https://sci-hub.se/10.1093/arbitration/21.1.1> (дата звернення: 10.05.2021).
100. *Waguih Elie Siag and Clorinda Vecchi v. the Arab Republic of Egypt*. ICSID Case No. ARB/05/15. URL: <https://sci-hub.se/10.1093/arbitration/21.1.1> (дата звернення: 10.05.2021).
101. Schreuer C. H. *The ICSID Convention: A Commentary*. Second Edition. Cambridge University Press, 2009. 1524 p.
102. *Compania de Aguas del Aconquija S. A. and Vivendi Universal S. A. v. Argentine Republic*. ICSID Case No. ARB/97/3. URL: <https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/ita0214.pdf> (дата звернення: 10.05.2021).
103. *Ceskoslovenska Obchodni Banka, A.S. v. the Slovak Republic*. ICSID CASE No. ARB/97/4. URL: <https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/ita0144.pdf> (дата звернення: 10.05.2021).