

**ТРИБУНА МОЛОДОГО ВЧЕНОГО**

УДК 341.9:347.4

DOI <https://doi.org/10.32837/yuv.v0i3.1951>**И. Ашихмин,**аспирант кафедры международного и европейского права
Национального университета «Одесская юридическая академия»**ОПРЕДЕЛЕНИЕ НАЦИОНАЛЬНОСТИ
ИНОСТРАННОГО ИНВЕСТОРА В СПОРАХ
С ГОСУДАРСТВОМ-РЕЦИПИЕНТОМ**

Вопрос национальности иностранного инвестора нередко вызывает сложности, в частности при защите капиталовложений от действий государства-реципиента инвестиций. В эпоху глобализации мировой экономики значительная часть иностранных инвестиций направляется через сложные структуры, состоящие из юридических лиц, зарегистрированных в разных юрисдикциях и принадлежащих гражданам разных стран. В таких случаях зачастую трудно определить ступеньку корпоративной лестницы, которая определяет национальность капиталовкладчика, при том, что даже национальность физического лица бывает трудно определить по наличию у него гражданства двух либо более государств.

Защита иностранного инвестора от принудительного изъятия его собственности в основном базируется на положениях двухсторонних инвестиционных договоров о взаимном поощрении и защите иностранных капиталовложений (далее – ДИД). Эти договоры заключаются между государством, стремящимся защитить своих граждан при осуществлении инвестиционной деятельности в иностранном государстве, и государством-реципиентом иностранных инвестиций. В случае возникновения спора ДИД ограничивают преимуще-

ства государства-реципиента перед инвесторами, которые могут воспользоваться такой защитой и подходить под определенные базовые требования о гражданстве лица-нерезидента.

Следует помнить, что каждое государство может устанавливать разные критерии гражданства, иногда закрепляя правила, которые могут показаться резкими и необычными для представителей других правовых систем. Иностранному инвестору имеет право на обращение в международный арбитраж, если его права при осуществлении им инвестиционной деятельности были нарушены государством-реципиентом.

Основным требованием любого арбитража является то, что инвестор, будь то физическое или юридическое лицо (корпорация), должен быть гражданином определенного иностранного государства. К примеру, Конвенция о порядке разрешения инвестиционных споров между государствами и иностранными лицами от 18 марта 1965 года (далее – Вашингтонская конвенция) определяет и регулирует функционирование Международного центра по урегулированию инвестиционных споров (далее – МЦУИС или Центр) – основного международного институционального органа по разрешению инвестиционных споров.

Статья 25 Вашингтонской конвенции гласит, что в субъектной компетенции Центра находится разрешение правовых споров, возникающих непосредственно из отношений, связанных с инвестициями, между договаривающимся государством и лицом другого договаривающегося государства при условии наличия письменного согласия участников спора о передаче такого спора для разрешения Центру [1].

В ч. 2 ст. 25 Вашингтонской конвенции подробно определяется круг лиц, который имеет право на обращение в МЦУИС:

1) любое физическое лицо, которое является **гражданином договаривающегося государства**, отличного от государства, выступающего в качестве стороны в споре;

2) любое юридическое лицо, являющееся юридическим лицом договаривающегося государства, отличного от государства, выступающего в качестве стороны в споре, ко дню достижения согласия о передаче споров Центру для разрешения путем примирения или арбитража; любое юридическое лицо, которое является юридическим лицом договаривающегося государства, выступающего в качестве стороны в споре, ко дню достижения упомянутого согласия, если в силу контроля, осуществляемого иностранными лицами в отношении такого юридического лица, стороны договорились о том, чтобы рассматривать такое юридическое лицо в качестве лица другого договаривающегося государства для целей этой конвенции [1].

Таким образом, Вашингтонская конвенция четко определяет требование к национальности иностранного инвестора, а именно его принадлежность к договаривающемуся государству (участнику Вашингтонской конвенции).

Однако для определения того факта, имеет ли лицо национальную принадлежность к договаривающемуся государству, необходимо

обращаться к национальному законодательству договаривающегося государства и/или к международному частному праву. При определении национальности (гражданства) иностранного инвестора-физического лица следует исходить из установления правового режима возможностей и пределов правосубъектности такого физического лица, с каким государством у лица наиболее прочная правовая связь (в случае, если лицо имеет несколько паспортов).

Национальность иностранного инвестора-юридического лица определяется согласно такими нормами международного частного права, как принцип инкорпорации, принцип оседлости, принцип центра эксплуатации, а также принцип контроля [2, с. 102]. В то же время необходимо подчеркнуть, что используемое понятие «национальность» не всегда корректно употреблять по отношению к юридическому лицу. Следует разделить мнение Л.П. Ануфриевой о том, что при характеристике юридических лиц понятие «национальность» не уместно, его используют лишь для удобства. Юридически точным будет применение понятия «личного статуса» [3, с. 40]. Однако в нашем случае, поскольку определение государственной принадлежности касается не только иностранного инвестора-юридического лица, будем применять понятие «национальность».

При определении национальности юридического лица согласно *принципу инкорпорации* критерием национальной принадлежности юридического лица будет место учреждения или регистрации главных органов такого лица. Юридическое лицо имеет национальность того государства, в котором оно учреждено и законодательством какого государства определена его гражданская правоспособность [4, с. 178–179].

В то же время существуют и недостатки идентификации национальности лица по такому принципу.



Обратим внимание на внушительное количество оффшорных компаний, которые только зарегистрированы в государстве, а на самом деле местонахождение головного офиса, ведение хозяйственной деятельности относит такое предприятие к совершенно другому государству.

Принцип оседлости предусматривает отнесение юридического лица к тому государству, в котором находится главный орган управления предприятием (правление, совет директоров, иные исполнительные органы компании). Оседлость может быть двух видов:

1) *статутарная (формальная)* – принадлежность к тому или иному государству определена в уставе или иных уставных документах предприятия;

2) *эффективная (реальная)* – национальность определяется согласно фактическому местонахождению главного органа управления.

Ю.И. Еремина отмечает, что «критерий формальной оседлости обычно приводит к тем же результатам, что и критерий инкорпорации, поскольку государства, придерживающиеся доктрины статутарной оседлости, требуют, чтобы место регистрации юридического лица и местонахождение постоянно действующего исполнительного органа (административного центра), указанного в учредительных документах, совпадали» [5, с. 91].

Принцип центра эксплуатации, он же принцип места ведения основной деятельности, заключается в том, что национальность юридического лица определяется в зависимости от того, на территории какого государства лицо ведет производственную либо коммерческую деятельность, являющуюся основной для предприятия. Вопрос только в том, как быть, если юридическое лицо одновременно осуществляет деятельность на территории нескольких государств, ведь в таком случае национальность будет определить довольно проблематично.

Кроме того, место ведения основной деятельности несложно сменить, поэтому такой принцип является весьма неустойчивым для определения национальности.

Принцип контроля (либо же закон домицилия или гражданства учредителей компании) заключается в том, что национальность юридического лица определяется по гражданству (местожительству) лица, фактически его контролирующего (конечного бенефициара). Определение личного статуса юридического лица по такому признаку зачастую применяется при включении предприятия и/или конечного бенефициара в санкционный список государства. Например, попадание предприятия под санкции СНБОУ (Украина), санкции OFAC Министерства финансов США (SDN List), санкции OFAC Министерства финансов США (Non-SDN), финансовые санкции Великобритании, финансовые санкции Австралии, санкции ЕС, санкции Японии, санкции Канады, санкционный список РФ и прочие напрямую связаны с национальностью юридического лица.

Однако не всегда понятно, как именно определять личный статут предприятия при многонациональном составе акционеров и собственников компании. В случае выпуска акций предприятия на предъявителя также не представляется возможным отслеживать перечень всех собственников юридического лица, поэтому не всегда подходит такой критерий при определении национальности юридического лица.

Что касается возможности обращения в МЦУИС, то критерий контроля подходит для определения национальности иностранного инвестора и его принадлежности к договаривающемуся государству только для предприятий, созданных в государстве-реципиенте. В этом случае критерий контроля применяется согласно ч. 2 ст. 25 Вашингтонской конвенции. Такой способ



определения национальности иностранного инвестора-юридического лица предусмотрен для случаев, когда предприятие, которое ведет деятельность на территории государства-реципиента, имеет статус национального, а возможность проводить инвестиционную деятельность согласно национальному законодательству государства-реципиента ограничивается лишь возможностью приобретения акций (доли) такого предприятия иностранным инвестором.

В практике МЦУИС достаточно примеров, когда критерий *ratione personae* имел определяющий фактор для признания юрисдикции. Рассмотрим несколько арбитражных решений МЦУИС между иностранным инвестором и государством-реципиентом, где существовали в той или иной степени проблемы определения национальности иностранного инвестора.

Так, в деле *Champion Trading v. Egypt* [6] возник спор после того, как американские инвесторы инвестировали в торговлю хлопком в Египте через компанию *National Cotton Company (NCC)*, которая имела место регистрации в государстве-реципиенте. Акционеры NCC подали иск против Египта в МЦУИС за нарушение ДИД между Египтом и США. Истцами выступили две американские компании – *Champion Trading Company* и *Ameritrade* и три гражданина США, которые были членами семьи Вахба. Эти три человека родились в Соединенных Штатах от родителей, которые были гражданами США. Отец также имел египетское гражданство, и этот факт повлиял на решение МЦУИС.

Арбитраж постановил, что члены семьи Вахба не имеют оснований быть истцами по этому спору. Было установлено, что помимо того, что американцы были гражданами США, все они также были египетскими гражданами и поэтому не могли быть субъектами обращения в соответствии со ст. 25 (2) Вашингтон-

ской конвенции. Согласно ст. 25 (1) Вашингтонской конвенции МЦУИС подведомственны споры между договаривающимся государством и «гражданином другого договаривающегося государства».

Статья 25 (2) гласит, что «гражданин другого договаривающегося государства» не «включает в себя любое лицо, у которого в ту или иную дату также было гражданство договаривающегося государства-участника спора». Арбитраж обращался к египетскому закону, чтобы определить, были ли члены семьи Вахба гражданами Египта. Согласно египетскому законодательству, сыновья египетских граждан сохраняют это гражданство в течение ста поколений независимо от того, где они родились или где они живут. Хотя они никогда не были в Египте, все дети Вахба (акционеры NCC) были сыновьями египетского гражданина и попали в эту категорию.

Несмотря на вышеустановленный факт наличия гражданства государства-реципиента у членов семьи Вахба, арбитраж постановил, что он обладает юрисдикцией для рассмотрения исковых требований *Champion Trading Company* и *Ameritrade*. Однако эти компании стали акционерами NCC только после того, как значительная часть предполагаемого ущерба уже была нанесена. Потому исковые требования к Египту могут быть только частично удовлетворены из первоначально заявленной компенсации нанесенного ущерба. Решение трибунала о применении египетского законодательства для определения египетского гражданства соответствует определению национальности в большинстве ДИД.

Champion Trading утверждает, что согласно статье I (1) (e) вышеуказанного ДИД между Египтом и США «гражданин» означает «физическое лицо, являющееся гражданином одной из сторон в соответствии с действующим законодательством».



Арбитраж признал, что для *Champion Trading* существуют ограничения правила, согласно которым законы указанного государства применяются для определения гражданства инвестора.

Ссылаясь на ст. 32 (b) Венской конвенции о праве международных договоров арбитраж постановил, что «можно представить себе ситуацию, когда страна продолжает применять *jus sanguinis* (родословную) на протяжении многих поколений. Например, может возникнуть сомнение в том, что третье или четвертое поколение, родившееся за границей, которое не имеет каких-либо связей со страной своих предков, все же может считаться имеющим для целей Конвенции гражданство этого государства».

В деле *Soufraki v. United Arab Emirates* [8] арбитраж отклонил иск, поскольку обнаружил, что согласно итальянскому законодательству в истца не было итальянского гражданства на момент подачи иска. Одним из основных моментов этого дела, представляющего интерес для исследования, является тот факт, что арбитраж пришел к выводу об отсутствии юрисдикции согласно ДИД между Италией и ОАЭ, несмотря на представленные мистером Суфраки доказательства приобретения гражданства Италии и заявление министра иностранных дел Италии, что истец был гражданином Италии и мог претендовать на защиту согласно ДИД между Италией и ОАЭ.

Таким образом, определение национальности иностранного инвестора при разрешении инвестиционных споров имеет большое значение, поскольку от этого фактора зависит правильность выбора способа защиты, возможность обращения в арбитраж, вопрос о юрисдикции у арбитража для рассмотрения спора между сторонами (поскольку именно вопрос о юрисдикции обуславливает необходимость установления национальности иностранного

инвестора), применение заявленной истцом нормы права и так далее.

Необходимо подчеркнуть, что под вопросом национальности стороны в споре имеется ввиду вопрос установления национальности, а именно исследование законодательства государства на предмет допустимости и наличия гражданства у физического лица-иностранного инвестора, а также вопрос определения национальности у юридического лица.

У статті досліджено значення національності іноземного інвестора для захисту іноземних інвестицій під час спорів із державою-реципієнтом інвестицій. Проаналізовано джерела міжнародного публічного і приватного права, арбітражну практику, де виникало питання про національності іноземного інвестора, критерії визначення національності юридичної особи.

Автором надано свій варіант відповіді на питання про те, хто має право претендувати на захист з боку держави-реципієнта з огляду на критерії визначення національності юридичної особи, вироблені міжнародним приватним правом, що закріплюються у двосторонніх інвестиційних угодах.

Національність юридичної особи – це поняття, яке є умовним і не збігається з категорією національності стосовно фізичної особи. По суті, воно вказує на приналежність організації до тієї чи іншої держави. У міжнародному приватному праві національність юридичної особи вказує також на її особистий закон (lex societatis), який визначає правовий статус цього суб'єкта, проте для цілей двосторонніх інвестиційних угод визначення особистого закону юридичної особи не має такого суттєвого значення.

Останнім часом спостерігається тенденція, при якій вимога до національності інвестора трактується особами, які виступають в якості



арбітрів інвестиційних арбітражів, розширено, як щось необхідне арбітражному трибуналу для підтвердження своєї компетенції. Сучасна практика міжнародних інвестиційних відносин свідчить про те, що інвестори активно використовують надані їм міжнародними договорами можливості звернення з позовами до держав в арбітражі. У відповідь держави формують лінії захисту, одним із засобів яких є тлумачення укладених ними міжнародних договорів про захист і заохочення капіталовкладень. При цьому в обмежувальному тлумаченні прав інвестора з міжнародним договором у низці випадків може бути зацікавлена не тільки держава-відповідачка у конкретній справі, але й держава національності інвестора. Остання може обрати зазначену позицію як потенційна держава-відповідачка за аналогічними позовами або навіть у зв'язку із небажанням погіршити політичні відносини з державою-відповідачкою у конкретній спірній справі.

Ключові слова: національність іноземного інвестора, держава-реципієнт, інвестиційний спір, арбітраж, юрисдикція.

Ashykhmin I. The determination of the nationality of a foreign investor in disputes with a recipient state

The article examines the value of nationality of the foreign investor under the foreign investment protection in disputes arose with the state-recipient of investment. Analyzes the sources of international public and private law, arbitration practice, where the question arose about the nationality of the foreign investor and were significant and influenced the outcome in a dispute, the criteria for determining the nationality of a legal person.

The author was given your answer to the question of who is entitled to claim the protection of the recipient

state, bilateral investment agreements have used the criteria developed private international law to determine the nationality of a legal entity. The nationality of a legal entity – a concept, which is conditional and does not coincide with the category of nationality for natural persons. In fact, it indicates the identity of the organization to a particular state. In private international law the nationality of a legal entity also points to his personal law (lex societatis), which determines the legal status of this entity, however, for the purposes of bilateral investment treaties, determining the personal law of a legal entity does not have such a significant value that will be illustrated later.

Recently there has been a tendency for the requirement of nationality of an investor is treated by the persons acting as arbitrators in investment arbitrations, by extension, as something that required the arbitral Tribunal to confirm its jurisdiction. The modern practice of international investment relations suggests that investors actively use provided by international treaties of the possibility of treatment of claims in arbitration to the States. In response, the state formed the line of defense, one means of which is the interpretation of concluded international treaties on the protection and promotion of investments.

Thus, in a restrictive interpretation of the rights of the investor under an international Treaty, in some cases, may be interested not only the state defendant in a particular case, but the state of nationality of the investor. The latter may elect specified position as a potential state defendant in similar lawsuits or even in connection with the unwillingness to worsen political relations with the Respondent state in a particular disputed case.

Key words: nationality of foreign investor, recipient state, investment dispute, arbitration, jurisdiction.



Література

1. Про ратифікацію Конвенції про порядок вирішення інвестиційних спорів між державами та іноземними особами : Закон України. Відомості Верховної Ради України. 2000. № 21.

2. Бабкина Е.В. *Ratione personae* международного центра по урегулированию инвестиционных споров. Белорусский государственный университет. С. 102–104.

3. Ануфриева Л.П. *Международное частное право*. Т. 2: Особенная часть. Москва, 2000. 656 с.

4. Фархутдинов И.З., Дanelьян А.А. Государственная принадлежность иностранного инвестора: проблемы определения. Вестник института законодательства и правовой информации Республики Казахстан. 2011 С. 177–185.

5. Еремина Ю.И. Критерии определения личного закона и национальности юридического лица. *Juvenis scientia*. № 1. 2015. С. 89–94.

6. *Champion Trading Company, Ameritrade International Inc., James T. Wahba, John B. Wahba and Timothy T. Wahba v. Arab Republic of Egypt*, ICSID Case No. ARB/02/9, Decision on Jurisdiction, 21 October 2003. URL: www.worldbank.org/icsid/cases/champion-decision.pdf.

7. Венская конвенция о праве международных договоров. 23 мая 1969 года: офиц. текст. Офиц. сайт ООН. URL: http://www.un.org/ru/documents/decl_conv/conventions/law_treaties.shtml.

8. *Hussein Nuaman Soufraki v. The United Arab Emirates*, ICSID Case No. ARB/02/7. URL: <https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/ita0799.pdf>.

