УДК 341.9

Новикова Татьяна Васильевна

**кандидат юридических наук,
доцент кафедры международного права
Северо-Кавказского филиала
Российской академии правосудия
dom-hors@mail.ru**

ПЛАНИРОВАНИЕ НАЦИОНАЛЬНОСТИ ЮРИДИЧЕСКОГО ЛИЦА В МЕЖДУНАРОДНОМ ИНВЕСТИЦИОННОМ ПРАВЕ

Аннотация:
В статье анализируется современная практика планирования национальности юридического лица в международном инвестиционном праве. Автор уделяет пристальное внимание наиболее проблемным вопросам в избранной области: феномену движения капитала «по кругу» и проблеме миграции инвесторов. В подкрепление выдвигаемых тезисов автор приводит материалы практики международных арбитражных трибуналов и данные о современных тенденциях в сфере международных инвестиций.

Ключевые слова:
инвестор, иностранный инвестор, иностранный капитал, миграция инвесторов, движение капитала «по кругу», национальность юридического лица, планирование национальности юридического лица, международный договор о взаимной защите и поощрении капиталовложений.

Novikova Tatiana Vasilyevna

**PhD in Law, Assistant Professor of
the International Law Department,
North Caucasus branch of
the Russian Academy of Justice
dom-hors@mail.ru**

PLANNING OF THE LEGAL ENTITY NATIONALITY IN THE INTERNATIONAL INVESTMENT LAW

Summary:
The article deals with current practices of the legal entity nationality planning in the international investment law. The author considers the most problem areas of the topic: "round-tripping" capital and investors' migration. In corroboration of the suggested theses the author cites cases of the international arbitration tribunals and data on the current trends in the international investment sphere.

Keywords:
investor, foreign investor, foreign capital, migration of investors, capital 'round-tripping', nationality of the legal entity, planning of the legal entity nationality, bilateral investment treaty.

В современных условиях ведущей тенденцией международной системы экономических отношений признается расширение межгосударственного инвестиционного сотрудничества [1, с. 35]. Стремясь обеспечить приток иностранных инвестиций, государства активно принимают на себя обязательства предоставлять специальные гарантии инвесторам. Указанные обязательства облекаются в форму международных договоров и по общему правилу носят строго специальный характер.

Так, распространенные в современной практике двусторонние международные договоры о взаимной защите и поощрении иностранных капиталовложений по общему правилу предоставляют особый правовой режим инвесторам одного государства-участника при реализации инвестиционного проекта на территории другого государства-участника [2, с. 212−213]. Таким образом, даже в рамках одного государства инвесторы из различных стран пользуются различным набором прав и преимуществ в зависимости от того, под действие каких международных инструментов они подпадают.

Изложенное в свою очередь приводит к тому, что современные инвесторы активно анализируют международные договоры, заключенные государством реализации инвестиционного проекта, и намеренно создают условия, при которых они подпадают под действие благоприятных международных инструментов. В частности, ключевым условием предоставления инвестиционного режима по двустороннему международному договору о взаимной защите и поощрении иностранных капиталовложений является наличие у инвестора национальности соответствующего иностранного государства.

Международная практика выработала целый ряд критериев определения национальности юридического лица [3, с. 179−180]. При этом одним из наиболее распространенных критериев является критерий инкорпорации, то есть места учреждения юридического лица. Так, Типовое соглашение между Правительством РФ и правительствами иностранных государств о поощрении и взаимной защите капиталовложений определяет в качестве инвестора, на которого распространяется благоприятный режим данного соглашения, любое юридическое лицо, создан-

ное или учрежденное в соответствии с законодательством соответствующей договаривающейся стороны [4, ст. 1].

Подобные положения позволяют инвесторам целенаправленно планировать собственную национальность посредством учреждения компании в государстве, заключившем с государством реализации инвестиционного проекта благоприятный международный договор о защите и поощрении капиталовложений. В большинстве случаев специально учрежденная компания не осуществляет экономическую деятельность в государстве учреждения, но выступает исключительно посредником в процессе инвестирования капиталов. В настоящее время данная практика получает весьма широкое распространение и именуется специальными терминами: «планирование национальности», или “treaty shopping” (перевод данного термина с английского языка может звучать как «покупка международного договора») [5, с. 54].

В литературе отмечается, что планирование национальности как таковое не является ни незаконным, ни неэтичным [6, с. 54]. Однако на практике оно вызывает ряд проблемных вопросов, требующих специального анализа, как-то: феномен движения капитала «по кругу» и проблема миграции инвесторов.

Движение капитала «по кругу» происходит в том случае, когда национальный субъект государства реализации инвестиционного проекта в целях приобретения статуса иностранного инвестора учреждает компанию в иностранном государстве. В результате такой операции национальный капитал инвестируется через искусственно учрежденную компанию обратно в национальное государство, но уже в качестве иностранного капитала, пользующегося защитой международных договоров, заключенных между государством учреждения компании и государством реализации инвестиционного проекта [7, с. 325].

Прецедентным в данной области является дело компании *Tokios Tokelės против Украины*, рассмотренное Международным центром по урегулированию инвестиционных споров (ICSID). В анализируемом деле заявителем выступала компания, которая была учреждена в соответствии с законодательством Литвы, но 99 % уставного капитала которой принадлежало гражданам Украины. На этом основании Украина заявляла, что указанная компания не является подлинно литовским юридическим лицом и, следовательно, не является иностранным инвестором для Украины [8, п. 21].

Однако трибунал построил свою позицию на положении ст. 1(2)(b) международного договора о взаимной защите и поощрении капиталовложений, заключенного между Литвой и Украиной (Lithuania-Ukraine BIT), согласно которому инвестором Литвы считается любое юридическое лицо, учрежденное на территории Литвы в соответствии с законодательством Литвы. Таким образом, Международный центр по урегулированию инвестиционных споров, исходя из буквального толкования применимого международного договора, признал компанию Tokios Tokelės иностранным инвестором и констатировал наличие собственной юрисдикции в данном деле [9, п. 28, 71, 108].

Аналогичная позиция была сформулирована арбитрами в деле компании *Saluka Investments BV против Чешской Республики* (спор был рассмотрен в соответствии с Арбитражным регламентом ЮНСИТРАЛ 1976 г. под эгидой Постоянной палаты третейского суда). В данном деле трибунал применил ст. 1(b)(ii) международного договора, заключенного Чешской Республикой и Нидерландами (Czech-Netherlands BIT), по которой инвестором государства-участника договора считается юридическое лицо, учрежденное согласно законодательству соответствующего государства-участника [10, п. 197]. На этом основании трибунал признал заявителя (компанию, учрежденную согласно законодательству Нидерландов) инвестором Нидерландов, и отклонил возражения Чешской Республики о том, что в действительности заявитель являлся фиктивной компанией, контролируемой владельцами из Японии [11, п. 183, 200].

В обоснование занятой позиции трибунал указал, что он не вправе возлагать на стороны иное определение инвестора, нежели то, которое они сами согласовали. В данном деле согласованное определение требовало только того, чтобы заявитель-инвестор был учрежден в соответствии с законодательством Нидерландов, и трибунал не может быть свободен во включении других требований, которые могли быть включены самими сторонами, но не были включены [12, п. 241].

Анализируя изложенную практику, необходимо осветить как ее положительные, так и отрицательные аспекты. С одной стороны, следует согласиться с тем, что трибунал является правоприменительным органом и обязан определять статус участников спора строго в соответствии с положениями применимых международных договоров. Более того, в таких условиях инвестор получает право изучить правовое поле в интересующем его секторе экономики и заблаговременно разработать инвестиционную стратегию с учетом предлагаемых государствами преференций.

С другой стороны, отдельные авторы критикуют буквальное толкование трибуналами положений международных договоров как не учитывающее объект и цель таких инструментов [13,

с. 327]. Указанная критика является вполне обоснованной в свете того, что основной целью межгосударственного инвестиционного сотрудничества является обеспечение притока иностранного капитала и развитие межгосударственного торгово-экономического оборота. Однако при движении капитала «по кругу» притока иностранных инвестиций не происходит, а фактически при посредничестве фиктивной компании под благоприятный правовой режим подводится национальный капитал. Так, в литературе указывается, что данная практика привела к искажению показателей иностранного инвестирования в Китае, поскольку в рамках аналитических отчетов невозможно отличить подлинно привлеченные иностранные инвестиции от национального капитала, проведенного «по кругу» [14, с. 328].

Однако ситуация приобретает еще более проблемный характер, если речь идет о так называемой миграции инвесторов. Прецедентным в данной области является дело компании *Aguas del Tunari, S.A. против Республики Боливия*, рассмотренное Международным центром по урегулированию инвестиционных споров (ICSID). В анализируемом деле заявитель приобрел благоприятную национальность посредством корпоративной реструктуризации, произведенной в процессе реализации инвестиционного проекта. Так, на дату вступления в силу инвестиционного контракта компания Bechtel (США) владела 100 % долей компании International Water (Каймановы острова), которая в свою очередь владела 55 % долей компании Aguas del Tunari, S.A. [15, п. 61]. Однако на дату окончания действия контракта компания International Water приобрела национальность Люксембурга и на 100 % принадлежала цепочке компаний, учрежденных в Нидерландах, при этом конечным бенефициаром всех компаний по-прежнему значилась компания Bechtel (США) [16, п. 71].

В результате произведенной реструктуризации заявитель потребовал применения международного договора о взаимной защите и поощрении капиталовложений, заключенного Нидерландами и Боливией (Netherlands-Bolivia BIT). Поскольку международный договор определял инвестора Нидерландов как юридическое лицо, контролируемое прямо или косвенно лицами, имеющими национальную принадлежность Нидерландов, заявитель (компания Aguas del Tunari, S.A.) претендовал на национальность Нидерландов и в соответствии с положениями договора – на доступ в Международный центр по урегулированию инвестиционных споров [17, п. 80−82].

Боливия настаивала на том, что цепочка компаний в Нидерландах не осуществляла реального и эффективного контроля проекта [18, п. 85]. Тем не менее Международный центр по урегулированию инвестиционных споров отклонил возражения Боливии, признал за компанией Aguas del Tunari, S.A. национальность Нидерландов и установил наличие собственной юрисдикции в данном деле [19, п. 333].

Решение по анализируемому делу вызвало значительную критику в науке международного права [20, с. 155−160; 21, с. 326]. На практике отдельные государства начали прибегать к внедрению в тексты международных договоров о взаимной защите и поощрении капиталовложений специальных оговорок, препятствующих искусственному приобретению национальности государств-участников [22, с. 329]. В то же время другие государства, наоборот, поощряют регистрацию компаний на своей территории, предоставляют им благоприятное поле заключенных международных договоров о взаимной защите и поощрении капиталовложений и выступают в качестве платформы для инвестирования в другие страны. Например, считается общеизвестным, что Нидерланды служат в качестве платформы для инвестирования в страны Европы, Сингапур – в Китай и страны Юго-Восточной Азии [23, с. 325].

В настоящее время указанное разделение составляет неотъемлемую черту международных инвестиционных отношений. Тем не менее, мы считаем, что не является ни незаконной, ни неэтичной разработка инвестиционной стратегии, учитывающей благоприятные правовые режимы, предоставляемые посредством системы международных инструментов. Государства, не желающие обеспечивать расширенную защиту по заключаемым ими международным договорам, вправе точно очерчивать круг субъектов, уполномоченных использовать предлагаемые преференции. В частности, такой цели может служить установление комплекса критериев национальности инвестора, а именно: не только требование инкорпорации, но и дополнительные требования эффективного контроля, размещения конечных бенефициаров и другие.

В то же время необходимо признать, что международные инструменты, обеспечивающие благоприятный правовой режим и доступ к международным механизмам разрешения споров, становятся одним из ключевых факторов при принятии решения о реализации инвестиционного проекта. Следовательно, в будущем государства, стремящиеся обеспечить приток капитала и активизацию экономических процессов, будут вынуждены предоставлять наиболее полный перечень международных гарантий наиболее широкому кругу инвесторов.

Ссылки:

1. Фархутдинов И.З. Международное инвестиционное право и процесс: учебник. М., 2010.
2. Лабин Д.К. Международное право по защите и поощрению иностранных инвестиций. М., 2008.
3. Фархутдинов И. З. Указ. соч.
4. О заключении соглашений между Правительством Российской Федерации и правительствами иностранных государств о поощрении и взаимной защите капиталовложений: Постановление Правительства РФ от 09 июня 2001 г. № 456 // СЗ РФ. 2001. № 25. Ст. 2578.
5. Dolzer R., Schreuer C. Principles of International Investment Law. New York: Oxford University Press, 2008.
6. Ibid.
7. Sornarajah M. The International Law on Foreign Investment. Cambridge: Cambridge University Press, 2011.
8. Tokios Tokelės v. Ukraine: ICSID Decision on Jurisdiction of April 29, 2004. URL: http://italaw.com/documents/Tokios-Jurisdiction_000.pdf (дата обращения: 01 февраля 2013 г.).
9. Ibid.
10. Saluka Investments BV v. The Czech Republic: PCA Arbitral Tribunal Partial Award of March, 17 2006. URL: http://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/ita0740.pdf (дата обращения: 01 февраля 2013 г.).
11. Ibid.
12. Ibid.
13. Sornarajah M. Op. cit.
14. Ibid.
15. Aguas del Tunari, S.A. v. Republic of Bolivia: ICSID Decision on Respondent's Objections to Jurisdiction of October, 21 2005. URL: http://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/ita0020_0.pdf (дата обращения: 01 февраля 2013 г.).
16. Ibid.
17. Ibid.
18. Ibid.
19. Ibid.
20. McLachlan C., Shore L., Weiniger M. International Investment Arbitration: Substantive Principles. New York: Oxford University Press, 2008.
21. Sornarajah M. Op. cit.
22. Ibid.
23. Ibid.

References (transliterated):

1. Farkhutdinov I.Z. Mezhdunarodnoe investitsionnoe pravo i protsess: textbook. M., 2010.
2. Labin D.K. Mezhdunarodnoe pravo po zashchite i pooshchreniyu inostrannykh investitsiy. M., 2008.
3. Farkhutdinov I. Z. Op. cit.
4. O zaklyuchenii soglasheniy mezhdu Pravitel'stvom Rossiyskoy Federatsii i pravitel'stvami inostrannykh gosudarstv o pooshchrenii i vzaimnoy zashchite kapitalovlozheniy: Postanovlenie Pravitel'stva RF ot 09 iyunya 2001 g. № 456 // SZ RF. 2001. № 25. St. 2578.
5. Dolzer R., Schreuer C. Principles of International Investment Law. New York: Oxford University Press, 2008.
6. Ibid.
7. Sornarajah M. The International Law on Foreign Investment. Cambridge: Cambridge University Press, 2011.
8. Tokios Tokelės v. Ukraine: ICSID Decision on Jurisdiction of April 29, 2004. URL: http://italaw.com/documents/Tokios-Jurisdiction_000.pdf (date of access: 01 fevralya 2013 g.).
9. Ibid.
10. Saluka Investments BV v. The Czech Republic: PCA Arbitral Tribunal Partial Award of March, 17 2006. URL: http://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/ita0740.pdf (date of access: 01 fevralya 2013 g.).
11. Ibid.
12. Ibid.
13. Sornarajah M. Op. cit.
14. Ibid.
15. Aguas del Tunari, S.A. v. Republic of Bolivia: ICSID Decision on Respondent's Objections to Jurisdiction of Octo-ber, 21 2005. URL: http://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/ita0020_0.pdf (date of access: 01 fevralya 2013 g.).
16. Ibid.
17. Ibid.
18. Ibid.
19. Ibid.
20. McLachlan C., Shore L., Weiniger M. International Investment Arbitration: Substantive Principles. New York: Oxford University Press, 2008.
21. Sornarajah M. Op. cit.
22. Ibid.
23. Ibid.