

І. Голубенко,
аспірант кафедри цивільного права
Київського національного університету імені Тараса Шевченка

ТЕСТИ ЯК КРИТЕРІЇ ВИЗНАЧЕННЯ НАЦІОНАЛЬНОСТІ ЮРИДИЧНИХ ОСІБ ІНВЕСТОРІВ У МІЖНАРОДНОМУ ПРИВАТНОМУ ПРАВІ

Визначення кола осіб, які визнаються іноземними інвесторами, має важливе практичне значення в правовому регулюванні іноземних інвестицій. По-перше, від цього залежить надання відповідних прав і пільг на підставі національного законодавства та міжнародних договорів. По-друге, правовий статус іноземного інвестора має значення під час реєстрації, допуску до заняття підприємницькою діяльністю. Необхідно зауважити, що на сьогодні в міжнародній практиці немає єдиного підходу до визначення державної приналежності юридичної особи, ця обставина ускладнює надання дипломатичного захисту.

Іноземними юридичними особами вважаються підприємства, організації, установи, створені відповідно до законодавства певної держави. З практичної точки зору в багатьох випадках виникає необхідність визначити, якій саме державі належить та чи інша юридична особа, визначити її національність. Під національністю юридичної особи розуміють як особистий закон (особистий статут), так і державну належність юридичної особи (Л.А. Луцц). На практиці виникають випадки, коли визначити національність юридичної особи досить важко, особливо в тих випадках, коли ця особа інкорпорована в одній державі, має своє місцезнаходження в іншій, а основну діяльність виконує в третій країні, а її акціонерами є юридичні та фізичні особи різних країн.

У міжнародному праві під категорією «національність» юридичної особи розуміється приналежність юридичної

особи відповідній державі, до права якої необхідно звертатися для визначення правосуб'єктності юридичної особи. Існує декілька теорій визначення національної належності юридичної особи до тієї чи іншої держави. Теорія інкорпорації передбачає, що юридична особа має найбільший правовий зв'язок із тією державою, де вона створена чи зареєстрована в державному реєстрі юридичних осіб. Теорія місцезнаходження керуючого органу виходить із визначення формально-правового зв'язку між юридичною особою та тією чи іншою державою місцезнаходження керуючого органу юридичної особи. Згідно з теорією центру основної діяльності основним критерієм визначення державної приналежності юридичної особи є місцезнаходження центру її господарської діяльності. Теорія власності та контролю встановлює державну приналежність юридичної особи на основі громадянства її учасників.

Міжнародні інвестиційні угоди використовують так звані «тести» як критерії для визначення національності юридичних осіб: а) місце конституції (створення) відповідно до чинного законодавства в країні; б) місце інкорпорації або місце, де зареєстрований офіс; в) країна місцезнаходження керуючого органу (адміністрації); г) рідше країна контролю.

Більшість інвестиційних угод використовує комбінацію з тестів для визначення громадянства юридичних осіб. Так, компанія повинна задовольняти два або більше з них для того, щоб бути покритою дією інвестиційної



угоди. Найбільш поширеним підходом є комбінація тесту інкорпорації та місцезнаходження, а також поєднання тесту інкорпорації та контролю, випадки застосування всіх трьох тестів також зустрічаються. Розглянемо використання вищезазначених тестів на практиці міжнародних інвестиційних угод.

Місце конституції відповідно до закону. Для того щоб визначити національність юридичної особи, деякі двосторонні інвестиційні договори адаптували випробування місцем конституції відповідно до закону, до права, яке діє в країні, роблячи це для того, щоб договірні сторони просто зробили посилання на положення національного законодавства кожної з договірних сторін із метою створення юридичних осіб, які мають право на захист. Юридична особа, створена відповідно до законодавства договірної сторони, буде розглядатися як інвестор цієї країни. Оскільки держави вільні у виборі критеріїв для надання громадянства для юридичних осіб (інкорпорації, місця знаходження або управління тощо), такі критерії можуть відрізнятися відповідно до конкретних положень чинного законодавства кожної з Договірних Сторін.

Греція часто укладає інвестиційні договори за цією схемою, щоб юридичні особи визначались як інвестори за інвестиційними договорами. Так, ст. 1 міжнародної інвестиційної угоди, укладеної між Грецією та Кубою, визначає інвестора «...щодо будь-якої Договірної Сторони як юридичних осіб, утворених відповідно до законів цієї Договірної Сторони» [1]. Міжнародна інвестиційна угода, укладена між Америкою та Уругваєм, наприклад, передбачає: «Підприємством Договірної Сторони є підприємство, утворене або організоване відповідно до закону Сторони та філії, розташовані на території Сторони, що виконують там підприємницьку діяльність» [2]. Ця угода була укладена на основі модельної МІУ США, у якій під «підприємством» визначається «...будь-яка особа, заснована або

організована відповідно до чинного законодавства, яка може бути створена не для отримання прибутку, знаходиться як в приватній, так і в урядовій власності або підконтрольній, включаючи корпорації, трасти, партнерства, товариства, спільні підприємства, асоціації, або подібні організації; та філія підприємства» [3]. Схоже визначення подає й Багатостороння угода з інвестицій (МАІ).

Договір до Енергетичної Хартії в ст. 1 п. (7)(a)(ii) під поняттям інвестор визначає як Договірну Сторону компанію чи іншу організацію, засновану відповідно до законодавства, застосовного в цій Договірній Стороні. Це широке визначення кваліфіковане п. 1 ст. 17 цього ж договору: кожна Договірна Сторона залишає за собою право відмовляти в перевагах юридичній особі, якщо така юридична особа належить або контролюється громадянами чи підданими третьої держави і якщо ця юридична особа не провадить істотної ділової діяльності на території тієї Договірної Сторони, де вона організована [4].

В інших угодах місце конституції відповідно до закону часто знаходиться в поєднанні з тестом *інкорпорації*. Завдяки потенційній відкритості договори «купівлі» можуть супроводжуватися положенням «відмова в пільгах», яке дозволяє відповідній державі-учасниці відмовляти компанії в захисті за договором, за обставини, якщо вона контролюється громадянами з держави, що не є учасником договору. Великобританія є однією з країн, яка в більшості своїх двосторонніх інвестиційних угод використовує місце інкорпорації та конституції як єдиного тесту. Міжнародний інвестиційний договір між Великобританією та Сальвадором [5], наприклад, визначає інвестора щодо Сполученого Королівства – корпорації, фірми та асоціації, що зареєстровані або утворені відповідно до законодавства, чинного в будь-якій частині Великобританії або на будь-якій території, на яку поширюється ця Угода.



Як аргумент існують дві справи, пов'язані з економічною реальністю, коли трибуналам не вдалося запобігти застосування тесту, який договірні сторони погодили й включили в свої договори.

У справі *Tokios Tokelés v. Ukraine* [6] трибунал визнав, що компанія, зареєстрована в Литві, має право пред'явити претензію проти України під МІУ Литва – Україна, хоча вона підконтрольна на 99% акціонерам, які є громадянами України. *Tokios Tokelés*, компанія позивач, отримала кваліфікацію литовського інвестора під МІУ Литва – Україна, який визначив корпоративне громадянство шляхом інкорпорації: «Відповідно до звичайного значення умов Договору, позивачем є «Інвестор» Литви, якщо це питання реального легального існування, яке було засноване на безпечній основі на території Литви відповідно до її законів і правил. Договір не містить додаткові вимоги до особи, щоб кваліфікувати її як «інвестора» Литви» [7].

Проте Україна стверджувала, що суд має відмовити в юрисдикції на підставі того, що українські власники включені в компанію Литви з єдиною метою, а саме використання права захисту під МІУ Литва – Україна. Хоча Трибунал визнав, що низка інвестиційних угод передбачають відмову пільг підприємствам, контрольованих громадянами приймаючої держави, він зазначив, що МІУ Україна – Литва не зробив цього: це не в повноваженнях трибуналу накладати обмеження на обсяг МІУ. У такому випадку більшість арбітражу вирішило, що межі суб'єктивної (та предметної) юрисдикції Центру з вирішення міжнародних інвестиційних спорів визначається межами (об'ємом та змістом) згоди сторін спору, а саме міжнародної інвестиційної угоди між Україною та Литвою.

У справі *Saluka* проти Чеської Республіки арбітражний суд дійшов аналогічних висновків із приводу дійсності за місцем реєстрації. Арбітраж виник щодо реорганізації та прива-

тизації Чеської банківської системи. *Saluka Investments BV*. Голландська компанія, яка придбала акції Чеського національного банку ІРВ, заявила про порушення ст. 5 (позбавлення інвестицій) і ст. 3 (справедливий і рівноправний режим) за МІУ між Нідерландами та Чехією. Згідно із законодавством Чеської Республіки, справжнім інвестором був не *Saluka*, а зареєстрована англіцями компанія, *Notuga Європа* (філія японського Інвестиційного банку). Вона заявила, що *Saluka* був лише компанією оболонкою без реального економічного інтересу в акціях ІРВ, тому вона не змогла відповідати визначенню інвестора за МІУ і як агент для материнської корпорації *Notuga* не могла отримати вигоду з МІУ. Суд відхилив ці доводи й вирішив на основі мови договору, яка визначила інвестора як «юридичну особу, засновану відповідно до законодавства однієї з Договірних Сторін». Суд розглянув недоліки формального тесту, зокрема ризик «договору купівлі», але поважав вибір договірних сторін щодо визначення інвестора [8].

До переваг використання тесту інкорпорації можна віднести простоту його практичного застосування, яка виявляється в незмінності державної приналежності юридичної особи. Водночас цей критерій може дозволити компанії користуватися правами, передбаченими інвестиційними угодами, відповідно до яких компанія зареєстрована, навіть якщо не один з учасників не є громадянином цієї держави, а компанія не здійснює діяльності на її території. Досліджуючи цю ситуацію, необхідно зауважити, що вона суперечить інтересам держави-інвестора, яка, з однієї сторони, зобов'язана надати захист та привілеї за інвестиційним договором, а з іншої – не отримати економічної вигоди. Держава, яка приймає інвестиції, також може бути не зацікавленою у використанні цього тесту, оскільки його застосування розповсюджує дію привілеїв, передбачених інвестиційною угодою між

між компанією й державою. Відбувається зниження ризику створення компанії «поштової скриньки». Проте існує негативна сторона: процедура перенесення основного офісу компанії в іншу державу доволі складна. Тому цей тест рідко використовується як єдиний критерій.

Тест контролю. Насправді не є легким завданням визначити поняття контролю та його критерії. У 4-му виданні Еталонного визначення ОЕСР (Організації економічної співпраці та розвитку) для іноземних прямих інвестицій використовується відсоток володіння або право голосу в компанії як міри контролю, що становить кількісний підхід [15]. Для класифікації підприємств всередині країни на основі наявності або відсутності ефективного іноземного контролю рекомендується використовувати такий критерій: чи більшість звичайних акцій або голосів (більше 50% від капіталу) належить одному іноземному інвестору або групі пов'язаних іноземних інвесторів, що діють спільно, наприклад, членів однієї сім'ї або підприємств та їх філій. Застосування цього критерію дозволяє уникнути використання суб'єктивних понять.

Арбітраж на основі NAFTA відповідно до арбітражного регламенту ЮНСІТРАЛ між Thunderbird Gaming Corporation та Мексикою в п. 108 свого рішення дав свою інтерпретацію того, що може означати контроль: «Він є досить поширеним у міжнародному корпоративному світі для управління бізнес-діяльністю, не маючи більшості прав голосу в зборах акціонерів. Контроль може бути досягнутий шляхом влади ефективно вирішувати й здійснювати ключові рішення бізнес-діяльності підприємства. За певних обставин контроль може бути досягнутий шляхом існування одного або декількох факторів, таких як технології, доступ до поставок, доступ на ринки, доступ до капіталу, ноу-хау, авторитетна репутація. Власність і юридичний контроль може гарантувати, що власник

або юридично контролююча сторона має кінцеве право визначати ключові рішення. Однак, якщо на практиці людина очікує отримати економічну віддачу від своїх зусиль і в підсумку може бути відповідальна за неналежність рішень, можна собі уявити існування справжньої зв'язки, що дає контроль над підприємством цій людині» [16].

Конвенція про створення Багатостороннього агентства з гарантування інвестицій (БАГІ) 1988 р. (Україна стала членом БАГІ з 1992 р.) поєднує в собі тест місця реєстрації з тестом місцезнаходження компанії, але й дозволяє використовувати місце власності або контролю як альтернативу. Стаття 13 п. «а» передбачає, що інвестори фізичні та юридичні особи можуть мати право на отримання гарантій Агентства за умови, що така юридична особа сформована, її основні установи розташовані на території країни-члена або більша частина її капіталу належить країні-члену, країнам-членам або їх громадянам за умови, що такий член не є приймаючою країною в будь-якому з вищенаведених випадків [17].

Тест контролю часто поєднується з іншими формальними критеріями, такими як інкорпорація та місцезнаходження, щоб виправдати охоплення інвестора за договором. Так, ст. 1 V5(d) міжнародної інвестиційної угоди, укладеної між Швецією та Індією, поєднує комбінацію тестів інкорпорації, власності та контролю: «Компанією є будь-які корпорації, фірми та асоціації, зареєстровані або утворені відповідно до законодавства, чинного на території однієї з Договірних Сторін, або в третій країні, якщо принаймні 51% від частки участі належить інвесторам цієї Договірної Сторони, або як інвестори цієї Договірної Сторони мають контроль не менше 51% голосуючих акцій стосовно належних їм акцій» [18]. Схоже визначення містить МІУ між Бельгією/Люксембургом та Філіппінами в ст. 1 п. «b» дає визначення «інвестору»: «компанією у від-



ношенні до обох Договірних Сторін є юридична особа, утворена на території однієї з договірних сторін відповідно до законодавства цієї Сторони, що має головний офіс на території цієї Сторони, або знаходиться під контролем, прямо або побічно громадян однієї Договірної Сторони, або юридичними особами, що мають основний офіс на території однієї з Договірних Сторін та утворених відповідно до законодавства цієї Сторони» [19].

Під час застосування критерію контролю визначається громадянство осіб, які контролюють компанію, тобто основних акціонерів. Такий підхід відкриває «корпоративну завісу» компанії. Перевагою є розкриття «справжнього» громадянства капіталу компанії. Є кілька негативних аспектів критерію контролю. По-перше, такий контроль нелегко встановити. Іноді досить важко визначити реальних акціонерів товариства, якщо є довгий ланцюжок посередників-інвесторів. По-друге, зміна контролю означає зміну громадянства, особливо для компаній, що котуються на фондових ринках, які можуть проходити через контроль численних акціонерів протягом відносно короткого часу. Тому є більш доцільним використовувати такий тест у поєднанні з іншими критеріями.

Деякі зміни в підготовці положень міжнародних інвестиційних договорів можуть виробити значну дію на певні межі захисту інвестора:

- не посилатись для визначення громадянства компанії до законодавства кожної з договірних сторін, а обирати єдиний критерій, який буде ставитися до обох договірних сторін у договорі;

- використовувати принаймні два комбіновані критерії громадянства для компаній, які будуть застосовуватися в сукупності;

- визначити критерій контролю, наприклад, встановлення рівня участі, необхідного для того, щоб мати контроль або суттєвий вплив у компанії або у випадку, коли громадянство кін-

цевого інвестора в складному інвестиційному ланцюзі має значення.

Проведений аналіз дає підстави для таких висновків:

1. Обґрунтовується, що доцільність визначення національності юридичних осіб за міжнародними інвестиційними угодами щодо положень тестів, які передбачають три критерії: місця конституції (створення), місця реєстрації та місцезнаходження керуючого органу чи місця контролю як самостійних або взаємодоповнюючих.

2. За загальним правилом кожен із зазначених тестів є самостійним, що передбачає вибір одного з них для цілей угоди. Якщо національність юридичної особи не можливо визначити за допомогою одного тесту, застосовується сукупність тестів. Низка угод передбачає застосування поєднання тестів.

3. Тест конституції визначає національність юридичної особи відповідно до права, яке діє в країні. Договірні сторони посилаються на положення національного законодавства кожної з договірних сторін із метою створення юридичних осіб, які мають право на захист. Відповідно до цього юридична особа, створена відповідно до законодавства Договірної Сторони, розглядається як інвестор цієї країни. Такий тест часто знаходиться в поєднанні з тестом інкорпорації.

4. Тест інкорпорації (реєстрації) визначає національність та особистий статус юридичної особи за законом держави, на території якої відбувся акт реєстрації.

5. Тест місцезнаходження передбачає для кваліфікації як інвестора, щоб юридична особа була створена або включена не тільки до приймаючої країни, а й мала своє місце розташування та/чи місце ефективного управління на її території.

6. Тест контролю, відповідно до якого юридична особа має національність тієї держави, з території якої здійснюється контроль та управління її діяльністю, визначаючи національність осіб, які контролюють компанію.



Ключові слова: юридична особа інвестор, національність, тест, міжнародна інвестиційна угода.

Стаття присвячена вивченню тестів як критеріїв, що використовуються в міжнародному приватному праві, для визначення національності юридичних осіб інвесторів. Аналізується застосування критеріїв (місця конституції відповідно до законодавства, місця інкорпорації, місцезнаходження або країни контролю) на прикладі міжнародних інвестиційних угод та наявної судової практики.

Стаття посвячена изучению тестов как критериев, используемых в международном частном праве, для определения национальности юридических лиц инвесторов. Анализируются применение критериев (места конституции в соответствии с законодательством, места инкорпорации, местонахождения или страны контроля) на примере международных инвестиционных соглашений и имеющейся судебной практики.

This article is devoted to the study tests, as criteria that used in private international law to determine the nationality of legal person's investors. The application of criteria (the place of constitution in accordance with the law, place of incorporation, company seat and control) on example by international investment agreements and existing jurisprudence are analyzed.

Література

1. Creece-Cuba Bilateral Investment Treaties, entered into force on 18 October 1997 [Електронний ресурс]. – Режим доступу : <http://investmentpolicyhub.unctad.org/Download/TreatyFile/903>.
 2. US-Uruguay BIT, entered into force on 1 November 2006 [Електронний ресурс]. – Режим доступу : http://www.ustr.gov/sites/default/files/uploads/agreements/bit/asset_upload_file748_9005.pdf.
 3. In the US Model BIT [Електронний ресурс]. – Режим доступу : <http://www.ustr.gov/sites/default/files/BIT%20text%20for%20ACIEP%20Meeting.pdf>.

4. Договір до Енергетичної Хартії та Заключний акт до неї : Протокол до Енергетичної Хартії з питань [...] ООН ; Міжнародний документ від 17.12.1994 р. (редакція від 24.04.1998 р.) [Електронний ресурс]. – Режим доступу : http://zakon4.rada.gov.ua/laws/show/995_056.
 5. UK-El Salvador BIT, 1 December 2001 [Електронний ресурс]. – Режим доступу : http://www.sice.oas.org/Investment/BITSbyCountry/BITS/ELS_UK.pdf.
 6. Tokios Tokelüs v. Ukraine, Case No. ARB\02\18, 29 April 2004 [Електронний ресурс]. – Режим доступу : http://italaw.com/documents/Tokios-Jurisdiction_000.pdf.
 7. Tokios Tokelüs v. Ukraine, para. 23. Case No. ARB\02\18, 29 April 2004 [Електронний ресурс]. – Режим доступу : http://italaw.com/documents/Tokios-Jurisdiction_000.pdf.
 8. Saluka Investments B.V. v. The Czech Republic, UNCITRAL [Електронний ресурс]. – Режим доступу : <http://www.italaw.com/cases/documents/963>.
 9. Germany-China BIT, entered into force on 11 November 2005 [Електронний ресурс]. – Режим доступу : http://arbitrationlaw.com/files/free_pdfs/china-germany_bit_0.pdf.
 10. France-Singapore BIT, entered into force on 18 October 1976 [Електронний ресурс]. – Режим доступу : <http://investmentpolicyhub.unctad.org/Download/TreatyFile/1277>.
 11. Italy-Libya BIT, entered into force on 20 October 2004 [Електронний ресурс]. – Режим доступу : <http://investmentpolicyhub.unctad.org/Download/TreatyFile/1689>.
 12. UK-Philippines BIT, entered into force on 2 January 1931 [Електронний ресурс]. – Режим доступу : <https://treaties.us.org/doc/Publication/...2250/cumindex.alpha.en.pdf>.
 13. The 1987 ASEAN Agreement for the Promotion and Protection of Investments [Електронний ресурс]. – Режим доступу : <http://www.asean.org/communities/asean-economic-community/item/the-1987-asean-agreement-for-the-promotion-and-protection-of-investments>.
 14. BLEU (Belgium-Luxembourg Economic Union) – Croatia BIT (2001), entered into force on 19 December 2003 [Електронний ресурс]. – Режим доступу : <http://investmentpolicyhub.unctad.org/Download/TreatyFile/348>.



15. OECD Benchmark Definition of Foreign Direct Investment – 4th Edition [Електронний ресурс]. – Режим доступу : <http://www.oecd.org/fr/daf/inv/statistiquesetanalysesdelinvestissement/fdibenchmarkdefinition.htm>.
16. Thunderbird Gaming Corporation v Mexico, ARBITRAL AWARD [Електронний ресурс]. – Режим доступу : <http://opil.ouplaw.com/view/10.1093/law:iic/136-2006.case.1/II136%282006%29.pdf>.
17. Конвенція про створення Багатостороннього агентства з гарантування інвестицій (БАГІ) 1988 р. [Електронний ресурс]. – Режим доступу : <http://www.finance.gov.lb/en-US/finance/InvestmentTaxAgreements/Documents/Multilateral%20Investments%20related%20Agreements/MIGA%20convention.PDF>.
18. Bilateral Investment Treaty between India and Sweden Signed on July 4, 2000, entered into force on 1 April 2001 [Електронний ресурс]. – Режим доступу : http://www.aseanbriefing.com/userfiles/resources-pdfs/India/BIT/Asia_BIT_India_Sweden.pdf.
19. Bilateral Investment Treaty between Belgium-Luxemburg and Philippines entered into force on 19 December 2003 [Електронний ресурс]. – Режим доступу : http://www.aseanbriefing.com/userfiles/resources-pdfs/Philippines/BIT/Philippines_Belgium-Luxemburg_BIT.pdf.

