Санкт-Петербургский государственный университет

**ГРЕЧИШНИКОВ Александр Васильевич**

**Выпускная квалификационная работа**

**Условие об отказе в предоставлении выгод**

**в торговых и инвестиционных соглашениях**

Уровень образования:

Направление 40.04.01 «Юриспруденция»

Основная образовательная программа BM.5711.2017

«Право Всемирной торговой организации и Евразийского экономического союза»

Научный руководитель:

Таланов Владимир Владимирович

Рецензент:

Губарев Максим Викторович

Санкт-Петербург

2019 год

Оглавление

[Введение 2](#_Toc8597592)

[Глава 1. Определение национальности компании-инвестора 8](#_Toc8597593)

[Глава 2. Отказ в предоставлении выгод 24](#_Toc8597594)

[§1. Общая характеристика положения об отказе в предоставлении выгод 24](#_Toc8597595)

[§ 2. Проблемные вопросы толкования положений об отказе в предоставлении выгод 29](#_Toc8597596)

[§ 3. Правовая природа отказа в предоставлении выгод 36](#_Toc8597597)

[§ 4. Условия правомерности отказа в предоставлении выгод 39](#_Toc8597598)

[4.1 Отсутствие существенных деловых операций 39](#_Toc8597599)

[4.2. Владение и контроль 41](#_Toc8597600)

[Заключение 44](#_Toc8597601)

[Список использованных источников 46](#_Toc8597602)

# **Введение**

Тенденция на активное развитие международной торговой системы не может не сказаться на вопросах, связанных с трансграничными операциями, а также трансграничными инвестициями. На сегодняшний день международное сообщество обладает разветвленной системой нормативного регулирования и вытекающего из него инструментария, которые позволяют создать благоприятную среду для частных инвесторов практически во всех точках мира. Всемирная торговая организация, региональные торговые и интеграционные соглашения, двусторонние соглашения о поощрении взаимных инвестиций и капиталовложений предоставляют благоприятную среду для развития международных экономических связей, распространения активов одних владельцев на множество разных стран и выбор наиболее удобных юрисдикций для осуществления капиталовложений.

Тем не менее, несмотря на растущее число заключенных торговых и инвестиционных соглашений[[1]](#footnote-1), фрагментация международного права приводит к тому, что юридическая техника каждого конкретного соглашения имеет собственные особенности. Следствием можно обнаружить различное толкование и применение схожих положений в каждом конкретном деле.

Не являются исключением и статьи международных договоров, посвященные определению национальности инвестора, а также отказу в предоставлении выгод. В первую очередь, вышеуказанные положения интересны с точки зрения планирования национальности иностранного инвестора в праве международных инвестиций. Так, компания, учрежденная в одной стране и планирующая осуществление инвестиций в активы на территории другой, может не иметь надлежащей международно-правовой защиты или дополнительных гарантий сохранения своих инвестиций. По этой причине лица, планирующие осуществлять крупные капиталовложения за рубежом, осуществляют инвестиционное планирование или так называемый «шоппинг» с целью подбора наиболее удобной юрисдикции для защиты своих прав[[2]](#footnote-2). Данное явление берет свое начало в Соединенных Штатах Америки и сводится к ситуации, когда лицо, имея право на подачу заявления в два различных суда, выбирает тот суд, который с большей долей вероятности вынесет решение в его пользу[[3]](#footnote-3). Аналогичным образом в международных инвестициях, подбирая наиболее удобное торговое или инвестиционное соглашение, инвестор структурирует свой бизнес таким образом, чтобы получить защиту по соглашению. Соответственно, включение понятия национальности инвестора, равно как и положения об отказе в предоставлении выгод имеют своей целью найти более емкие и исчерпывающие формулировки для исключения возможности планирования национальности со стороны иностранного инвестора[[4]](#footnote-4).

Исходя из информации, аккумулированной в информационной базе Конференции Организации Объединенных Нации (ООН) по торговле и развитию, 15,7 % рассмотренных дел с 2000 по 2012 год, имели проблему, связанную с планированием национальности инвестора, а также разрешением вопроса об отказе в предоставлении выгод[[5]](#footnote-5). Таким образом, правила определения национальности инвестора и соответствующие процедуры отказа в предоставлении выгод имеют общую проблематику и не могут рассматриваться по отдельности, требуя комплексного анализа, а также выработки единого подхода.

Раскрывая термин «отказ в предоставлении выгод» П.Б. Ганн указывал, что «отказ в предоставлении выгод это положение, позволяющее стороне соглашения определить пределы распространения соглашения на каких-либо лиц, когда экономическая связь инвестора с принимающим государством достаточно мала»[[6]](#footnote-6). Кеннет Дж. Вандевельде определяет данные положения как «позволяющие стороне отказать в предоставлении выгод по соглашению определенным инвесторам у которых отсутствует существенная связь с государством-стороной двустороннего инвестиционного соглашения в котором они инкорпорированы»[[7]](#footnote-7). Однако представляется, что вышеописанные понятия описывают лишь одну из целей включения подобных формулировок в международно-правовые акты, а также не отражают условия его применения.

Действительно, с исторической точки зрения подобные положения первоначально стали включаться в двусторонние инвестиционные соглашения для того, чтобы исключить из-под действия регулирования «фирмы-пустышки»[[8]](#footnote-8). Такими фирмами являются юридические лица, обладающие национальностью третьего государства, которые реорганизовали свою корпоративную структуру таким образом, чтобы получить защиту по международному договору[[9]](#footnote-9). Соответственно, государство формально признает национальность инвестора в качестве подпадающей под определение, указанное в соглашении, однако отказывает в защите на основании отсутствия связи с ним[[10]](#footnote-10), что отражает главную задачу каждого двустороннего инвестиционного соглашения – определить является ли инвестор лицом, обладающим связью с государством национальности[[11]](#footnote-11). Второй же целью исследователи указывают выборное предоставление дополнительных гарантий инвесторам из определенных стран[[12]](#footnote-12), поддерживая дифференцированный правовой режим для инвесторов из различных государств[[13]](#footnote-13).

В качестве примера конкретных формулировок, используемых государствами при разработке международных договоров, можно привести положения недавно заключенного соглашения, содержащего положения об отказе в предоставлении выгод с участием Российской Федерации – Соглашения о свободной торговле между государствами-членами Евразийского Экономического Союза (ЕАЭС) и Социалистической Республикой Вьетнам: «Сторона настоящей главы может отказать в предоставлении выгод, предусмотренных настоящим разделом, лицу другой Стороны настоящей главы, если первая Сторона устанавливает, что такое лицо является юридическим лицом, которое не осуществляет существенных деловых операций на территории другой Стороны настоящей главы и принадлежит или контролируется лицами: a) любого третьего государства; или b) первой Стороны»[[14]](#footnote-14).

Указанная формулировка отражает сложившуюся мировую практику включения двух кумулятивных критериев: отсутствие существенных деловых операций и контроль или владение лица национальности принимающего государства или государства, не участвующего в соглашении[[15]](#footnote-15).

Исходя из этого, учитывая критерии, необходимые для инициации отказа в предоставлении выгод, а также цели включения подобных формулировок, предлагается использовать термин «отказ в предоставлении выгод» исходя из смысла, который ему придали Рудольф Дольцер и Кристоф Шерер: «согласно данной оговорке государства резервируют право отказать в предоставлении выгод, которые возникают из договора, компании, которая не имеет экономической связи с государством, на национальность которого она ссылается. Экономическая связь состоит из контроля компании лицами, обладающими национальностью такой же на которую компания ссылается и существенных деловых операций в данном государстве»[[16]](#footnote-16). Данное определение максимально полно отражает цель включения положения об отказе в предоставлении выгод в международные соглашения, а также описывает критерии определения связи государства-участника соглашения с инвестором.

Как уже указывалось выше, отказ в предоставлении выгод, также, как и определение национальности инвестора, является одним из инструментов, позволяющих принимающему государству определять каким инвесторам оно хочет предоставлять защиту, а каким нет[[17]](#footnote-17). Соответственно, включение отказа в предоставлении выгод позволяет противодействовать инвестиционному планированию в части национальности инвестора[[18]](#footnote-18). Однако представляется, что в случае, если лицо подходит под определение инвестора в соответствии с международным соглашением, то наличия положения об отказе в предоставлении выгод не требуется. Ведь если целью отказа в предоставлении выгод является исключение определенного круга инвесторов из-под действия защиты по соглашению, то государство должно исчерпывающе сформулировать требования к национальности инвестора без включения каких-либо дополнительных процедур.

Тем не менее, включение положений о национальности инвестора и отказе в предоставлении выгод в один акт является достаточно распространяем явлением, которое поднимает вышеуказанные вопросы в их взаимосвязи. Целью данной работы будет провести исследование истории, а также современных тенденций развития положений об отказе в предоставлении выгод через призму эволюции и применения положений о национальности инвестора в многосторонних и двусторонних торговых и инвестиционных соглашениях. Будет определена системная взаимосвязь формулировок, включаемых в международные договоры, выявлены спорные моменты, проявляемые в ходе рассмотрения данных положений в рамках международных судебных процедур, а также предложены пути унификации и более эффективного использования отказа в предоставлении выгод в международных правоотношениях.

Необходимость совместного анализ двух положений предопределяет структуру данной работы. В первой главе будет осуществлено исследование возникновения правил об определении национальности иностранного инвестора, сравнительный анализ подходов, используемых в практике государств, а также их слабых мест и современных тенденций, направленных на устранение недостатков описанных подходов. Вторая глава диссертации будет акцентировать внимание на историко-политическом аспекте возникновения условия об отказе в предоставлении выгод, проблематике его применения и толкования, а также определит пути возможной эволюции данного положения.

# **Глава 1. Определение национальности компании-инвестора**

Определение инвестора является одним из ключевых элементов, необходимых для того, чтобы определить действие какого-либо международного соглашения по кругу лиц. С точки зрения принимающего государства, это определяет иностранных лиц, которых оно хочет привлечь для осуществления инвестиций. В свою очередь, с точки зрения инвестора, это является одним из факторов, который он принимает во внимание при желании осуществить капиталовложения на территории какого-либо государства[[19]](#footnote-19). Вопросы определения национальности иностранного инвестора приобретают все большее значение в силу повышения уровня доступа иностранных инвестиций на рынки различных стран[[20]](#footnote-20) и требуют внимательного анализа.

Таким образом, национальность инвестора является ключевым фактом, подлежащим установлению для целей международного инвестиционного спора. Отталкиваясь от формулировок конкретного соглашения, а также устоявшихся практик его применения, арбитражу надлежит определить: обладает ли инвестор правами, предоставляемыми ему торговым или инвестиционным соглашением. Национальное и международное право выделяют две категории инвесторов: физические и юридические лица. Так как условия об отказе в предоставлении выгод имеют одним из критериев контроль, применимый только к юридическим лицам, предлагается провести обособленный анализ применения приемов и способов, которые сформировались в отношении юридического лица.

В силу того, что юридическое лицо по своей правовой природе является фикцией, определить его «национальность» представляется достаточно сложным. Это связано в первую очередь с тем, что корпоративная структура компании может включать несколько уровней участия других юридических лиц, зарегистрированных в различных странах и имеющих собственные организационно-правовые формы и органы управления. Так, сотрудники Организации экономического сотрудничества и развития указывают, что достаточно распространенная ситуация, когда компания учреждена в соответствии с законодательством одной страны, имеет штаб-квартиру в другом государстве, при этом осуществляя свою основную деятельность в третьем государстве[[21]](#footnote-21). Усмотрение договаривающихся государств в части конкретных формулировок также приводит к отсутствию единого подхода к определению национальности юридического лица, которое желает получить защиту согласно международному соглашению.

Исходя из практики международных судебных органов, а также формулировок, используемых в международных соглашениях можно условно выделить четыре подхода к определению национальности инвестора-юридического лица: 1) место учреждения в соответствии с законом; 2) место нахождения зарегистрированного офиса; 3) место нахождения органа управления и 4) место контроля[[22]](#footnote-22).

Первоначально следует проанализировать общий подход международных судов, которые анализировали определение национальности юридического лица с точки зрения международного обычая как нормы международного права, применимой ко всем государствам. В деле *Barcelona Traction*, которое рассматривалось Международным судом ООН, компания Barcelona Traction, Light and Power Company Ltd. была учреждена на территории Канады, однако осуществляла деятельность по продаже электроэнергии на территории через дочерние юридические лица на Испании. Конечными бенефициарами компании выступали юридические и физические лица из Бельгии. После гражданской войны, длившейся с 1936 по 1939 годы, органы валютного контроля Испании наложили запрет на выплату бенефициарам доходов, полученных по ценным бумагам, выпущенным на территории Испании. Полагая, что права конечных бенефициаров были нарушены Бельгия, обратилась в Международный Суд ООН для защиты своих граждан. Суд указал, что, определяя национальность корпорации, необходимо учитывать два аспекта: место учреждения юридического лица и место нахождения его зарегистрированного офиса[[23]](#footnote-23), не предоставив Бельгии права на защиту его граждан посредством использования правила контроля над юридическим лицом.

В дальнейшем, в деле *Elettronica Sicula S.p.A.* завод, а также активы, принадлежащие компании, которая была инкорпорирована на территории Италии были реквизированы местными итальянскими властями. Учитывая что 100 % участия в данной компании принадлежало американским акционерам, США выступили в защиту своих граждан. Отходя от своей предыдущей правовой позиции, Суд ООН применил положения договора о дружбе, торговле и мореплавании между США и Италией, которое прямо предусматривало защиту американских акционеров в Италии[[24]](#footnote-24), заложив основы прав акционеров выступать истцами в спорах, где были нарушены права контролируемых ими юридических лиц[[25]](#footnote-25). Таким образом, практика Международного суда ООН отражает развитие правил определения национальности юридического лица исходя от места учреждения и нахождения его зарегистрированного офиса до места фактического осуществления контроля над компанией.

Тем не менее, данные правила являются общим правилом и будут распространяться на случаи, когда государства не определили соглашением круг лиц, на которых будет распространяться его действие. Как правило, один из четырех указанных выше подходов, по отдельности или в комбинации с другим используются исходя из усмотрения договаривающихся государств[[26]](#footnote-26).

Так, определение национальности исходя из места учреждения в соответствии с законом, где юридическое лицо было учреждено, используется, например, в двустороннем инвестиционном соглашении между Грецией и Кубой. В соответствии с ним «в отношении любой договаривающейся Стороны, юридические лица определяются исходя из законодательства договаривающихся Сторон»[[27]](#footnote-27). В то же время двустороннее инвестиционное соглашение между США и Уругваем устанавливает, что «компания Стороны означает компанию, учрежденную или созданную в соответствии с законодательством Стороны, а также филиал, находящийся на территории Стороны и осуществляющий там деловые операции»[[28]](#footnote-28). Схожие формулировки используются Канадой в модельном соглашении о защите иностранных инвестиций[[29]](#footnote-29), а также содержатся в Договоре к Энергетической хартии[[30]](#footnote-30) и проекте Многостороннего соглашения по инвестициям, подготовленным Организацией экономического сотрудничества и развития[[31]](#footnote-31).

Место нахождения зарегистрированного офиса устанавливает, что национальность должна быть определена на основании места регистрации юридического лица. Данное правило обычно не используется в изоляции от остальных и чаще всего комбинируется с критерием из места учреждения в соответствии с законом[[32]](#footnote-32). Великобритания из немногих стран, которая использует данные положения без комбинирования с другими[[33]](#footnote-33). Например, в двусторонних инвестиционных соглашениях с Сальвадором и Югославией при определении национальности инвестора указывается: «для Соединенного Королевства…корпорации, фирмы и ассоциации, созданные или учрежденные в соответствии с действующим законом в любой части Соединенного Королевства или на любой территории на которую распространяется настоящее Соглашение» [[34]](#footnote-34).

Однако вышеуказанные правила определения национальности дают достаточно широкое усмотрение для планирования национальности инвестора и допускают возникновение ситуации аналогичной делу *Elettronica Sicula S.p.A*, когда несмотря на то, что страной регистрации является государство А, преобладающее количество участников или акционеров является гражданами страны B и они вправе требовать предоставления соответствующей защиты.

Так, в деле *Tokios Tokelés v. Ukraine,* компания *Tokios Tokelés*, учрежденная в соответствии с законодательством Литвы, имела 100 % долю участия в компании Taki spravy, учрежденной на территории Украины. Несмотря на то, что компания-инвестор была формально учреждена в Литве, 99 процентов доли участия в *Tokios Tokelés* принадлежало украинским физическим лицам. После ряда мер административного характера со стороны правоохранительных Украины по отношению к Taki spravy компания *Tokios Tokelés* посчитала действия государства нарушением двустороннего инвестиционного соглашения между Украиной и Литвой и инициировала международное арбитражное разбирательство. Аргументы Украины строились на том, что трибунал должен отказать в защите так как компания-инвестор была учреждена исключительно с целью «прикрыть» коммерческую деятельность украинских граждан на территории Украины и подобная защита не может быть предоставлена, так как инвестор фактически не является иностранным. Тем не менее, трибунал сделал вывод о том, что компания будет считаться инвестором, обладающим национальностью Литвы: «согласно обычному значению положений Соглашения, Заявитель является «инвестором» Литвы так как это вопрос действительного юридического присутствия, которое было основано на территории Литвы в соответствии с ее законами и правилами. Соглашение не содержит каких-либо дополнительных требований для компании для того чтобы пониматься в качестве инвестора из Литвы»[[35]](#footnote-35). Также арбитры указали, что определение конечных контролирующих лиц для целей толкования соглашения возможно исключительно «в некоторых делах, при наличии мошенничества или злоупотребления, для защиты третьих сторон, как например, кредитор или покупатель, или для предотвращения уклонения от требований или обязанностей[[36]](#footnote-36). В данном деле отсутствовали признаки желания инвестора уклониться от каких-либо требований или обязанностей, что не позволило применить подобный подход[[37]](#footnote-37).

Схожие обстоятельства были рассмотрены третейской группой по делу *Saluka v. The Czech Republic*. В результате приватизации банковского сектора компания Saluka Investments B.V*.,* зарегистрированная на территории Нидерландов, стала крупнейшим владельцем одного из банков на территории Чехии. В дальнейшем, власти Чехии, посчитав, что у банка могут появиться проблемы с осуществлением выплат потребителям, ввел внешнюю администрацию, а также ряд других мер, повлиявших на коммерческую деятельность банка. Руководствуясь двусторонним инвестиционных соглашением между Нидерландами и Чешской Республикой, компания обратилась в международный коммерческий арбитраж. Ссылаясь на то, что действительном инвестором в данном деле является английская компания (имеющая конечным бенефициаром японский инвестиционный банк), владеющая Saluka Investments B.V*.*, представители Чехии утверждали, что заявитель не является инвестором по смыслу соглашения. Однако трибунал указал, что несмотря на риск злоупотребления, стороны, заключая данное соглашение, сами вложили в него формулировки инвестора как «юридического лица, созданного в соответствии с законодательством одной из договаривающихся стран»[[38]](#footnote-38). Таким образом, у трибунала отсутствовала возможность выйти за пределы текста соглашения и признать, что лицо, которое было учреждено на территории договаривающегося государства не является инвестором.

Третьим способом определения национальности инвестора является место нахождения органа управления. Одним из способов избежать ситуаций, когда за юридическим лицом-инвестором стоит лицо, находящееся в юрисдикции, не защищаемой конкретным двусторонним инвестиционным соглашением, является выявление места нахождения органа управления компанией. Развитие данного правила определения национальности инвестора обусловлено тем, что планирование национальности транснациональными компаниями требует от государств формулировок, позволяющих исключить подобные злоупотребления[[39]](#footnote-39) и избежать предоставления защиты лицам, находящимся за пределами государств-членов соглашений[[40]](#footnote-40).

Данного правила придерживается Германия при заключении своих двусторонних инвестиционных соглашения. Например, двустороннее инвестиционное соглашение между Германией и Китаем, а также между Германией и Гайаной используют следующую формулировку в отношении инвестора из Германии: «любое юридическое лицо также, как и коммерческая или другая компания или ассоциация, обладающая статусом юридического лица или без него, имеющая орган управления, находящийся на территории Федеративной Республики Германия, независимо от того направлена ли ее деятельность на получение прибыли»[[41]](#footnote-41).

Схожий подход используется в двусторонних инвестиционных соглашениях Швейцарии с Латвией и Литвой, а также Швеции с Марокко, предусматривающих национальность инвестора следующим образом: «юридическое лицо, имеющее орган управления на территории договаривающихся Сторон или на территории другой страны, если инвестор одной из договаривающихся Сторон имеет в нем преобладающее участие»[[42]](#footnote-42).

Можно встретить и комбинации приемов определения национальности инвестора, описанных выше. Например, в приведенном двустороннем инвестиционном соглашении между Германией и Китаем для китайского инвестора формулировка звучит так : «…экономические образования, включая компании, корпорации, ассоциации, партнерства и иные организации, зарегистрированные и созданные в соответствии с законами и правилами Китайской Народной Республики, а также имеющее органы управления, находящиеся на ее территории, независимо от того, направлена ли ее деятельность на получения прибыли, и ограничена ли ее юридическая ответственность»[[43]](#footnote-43).

Также соглашения между Францией и Сингапуром[[44]](#footnote-44), Италией и Ливией[[45]](#footnote-45) требуют применения правил об определении национальности инвестора исходя из места учреждения в соответствии с законом, а также места нахождения органов управления. Комбинированный подход содержится в Соглашении о поощрении и взаимной защите инвестиций, подготовленное в рамках деятельности Ассоциации государств Юго-Восточной Азии, где для признания юридического лица инвестором требуется определить место нахождения зарегистрированного офиса и место нахождения органа управления компанией[[46]](#footnote-46).

Для целей двустороннего инвестиционного соглашения между Соединенным Королевством и Филиппинами инвестор-компания должна быть создана, а также осуществлять «существенные деловые операции в соответствии с законами и на любой части территории договаривающейся стороны, где находится ее действующий орган управления»[[47]](#footnote-47). Трехстороннее инвестиционное соглашение между Бельгией, Люксембургом и Хорватией предусматривает, что сторона должна быть создана в соответствии с законами одной из сторон, а также «осуществлять деловые операции на территории другой страны»[[48]](#footnote-48).

Четвертым способом определения национальности инвестора является определение места осуществления контроля над компанией. На данный момент практика определения фактического контроля является различной. Например, четвертое издание эталонного определения Организации экономического сотрудничества и развития (ОЭСР) для иностранных прямых инвестиций устанавливает количественный критерий в 50 % голосующих акций или долей в компании как констатирующий контроль иностранного инвестора[[49]](#footnote-49). В деле *Klöckner v. Cameroon* 51 % участия также был признан арбитрами достаточным для того, чтобы определить национальность инвестора посредством контролирующих компанию-инвестора лиц[[50]](#footnote-50).

В то же время трибуналом Североамериканской зоны свободной торговли (НАФТА) в деле *Thunderbird v. Mexico* был выработан более общий подход, устанавливающий, что в качестве контроля должна выступать «возможность определять и осуществлять ключевые решения относительно коммерческой деятельности организации, также в некоторых случаях контроль может быть определен через одно или несколько обстоятельств как, например, доступ к технологиям, поставкам, рынкам, доступ к капиталу, ноу хау или деловой репутации»[[51]](#footnote-51). Иными словами, арбитры указали, что владение более чем 50 % уставного капитала компании не единственный критерий, который может выявить контроль со стороны другого лица.

Любопытным для целей исследования понятия «контроль» является вывод трибунала в деле *Vacuum Salt v. Ghana.* В тексте решения содержится ссылка на то, что при заключении договора лизинга между Ганой и компанией-инвестором обе стороны договора прямо указали, что поскольку 20 % акций компании Vacuum Salt Products Ltd принадлежат греческому гражданину, они будут рассматривать компанию в качестве инвестора, обладающего национальностью Греции[[52]](#footnote-52). В свою очередь Конвенция «Об урегулировании инвестиционных споров между государствами и физическими или юридическими лицами других государств» (Заключена в г. Вашингтоне 18.03.1965) указывает, что компетенция Центра по урегулированию инвестиционных споров распространяется на лиц Договаривающегося государства, определяемых как «любое юридическое лицо, которое имело национальность иного Договаривающегося государства, нежели государство, являющееся Стороной в споре, на день, когда Стороны согласились передать такой спор на примирение или арбитраж, и любое юридическое лицо, которое на этот день имело национальность Договаривающегося государства, являющегося Стороной в споре, но которое ввиду иностранного контроля Стороны согласились рассматривать как юридическое лицо другого Договаривающегося государства по смыслу настоящей Конвенции»[[53]](#footnote-53).

В результате, толкуя приведенные положения, трибунал отказал в признании Vacuum Salt Products Ltd в качестве «лица Договаривающегося государства» так как статья об определении национальности инвестора указывает на два условия применения положений о контроле: во-первых, стороны признают, что компания контролируется иным лицом, и, во-вторых, осуществляется фактический контроль над компанией. Таким образом, договорившись о применении правила о контроле 20 % компании, стороны не выполнили объективное условие о контроле[[54]](#footnote-54).

Исходя из вышеизложенного, с одной стороны, можно согласиться с тем, что определять основные решения компании позволяет именно обладание голосующими акциями или долями в уставном капитале в размере более 50 %. Этот подход будет предсказуемым и очевидным как для инвесторов, так и для принимающих государств. Однако, наличие у компании, например, франшизы по условиям которой существенная часть управленческих решений подпадает под действие договора, тоже должно квалифицироваться международными трибуналами в качестве осуществления контроля над компанией-франчайзи. Таким образом, на данный момент нельзя выработать универсальное правило в силу многообразности возможных вариантов осуществления контроля над компанией-инвестором[[55]](#footnote-55) и предлагается использование общего подхода, изложенного в правовой позиции трибунала по делу *Thunderbird v. Mexico*.

Кроме того, следует обратить внимание на то, что определение национальности инвестора посредством выявления фактического контроля также используется в комбинации с другими правилами. Например, в двустороннем инвестиционном соглашении между Нидерландами и Боливией иностранный инвестор определяется следующим образом: «…юридическое лицо, созданное в соответствии с законом одной из договаривающихся Сторон…Юридические лица прямо или косвенно контролируемые лицами, имеющими национальность договаривающейся Стороны, но созданные в соответствии с законами другой договаривающейся Стороны»[[56]](#footnote-56). Данное положение было проанализировано трибуналом в деле *Aguas de Tunari, S.A. v. Republic of Bolivia.* Компания Aguas de Tunari была создана в соответствии с законами Боливии, однако имела двух владельцев в лице голландских компаний, контролируемых компанией из США. Заявляя о том, что ряд правительственных актов Боливии являют собой экспроприацию, Aguas de Tunari инициировала арбитражное разбирательство. Боливия указывала, что заявитель не может предъявлять требования, вытекающие из вышеуказанного двустороннего инвестиционного соглашения, так как во-первых, контроль по смыслу соглашения подразумевает конечных бенефициаров, которым являются не голландские юридические лица, а американская компания[[57]](#footnote-57), во-вторых, контроль подразумевает под собой не формальное владение 100 % уставного капитала, а возможность определять «корпоративную судьбу компании по своему усмотрению» и в данном деле дочерние компании американского юридического лица это делать не могут так как являются полностью зависимыми от американского инвестора[[58]](#footnote-58).

Не согласившись с аргументами ответчика, арбитры пришли к выводу, что Aguas de Tunari подпадает под действие соглашения и является инвестором Нидерландов. В мотивировочной части решения они указали, что размещение компаний в определенных странах является обычной практикой для бизнеса, который ищет более удобную правую регулятивную и правовую среду. Соответственно, данное соглашения своими формулировками «открывает портал» для структурирования и организации инвестиций через более приемлемую для инвестора корпоративную структуру[[59]](#footnote-59).

В деле *Sedelmayer v. Russia* была рассмотрена проблема, когда фактический инвестор хотел осуществить защиту инвестиций, сделанных дочерней компанией, зарегистрированной в третьей юрисдикции. Гражданин Германии являлся единственным участником американской компании, которая инвестировала в совместную с Российской Федерацией компанию, которая осуществляла поставку оборудования и снаряжения, а также последующий инструктаж правоохранительных органов Санкт-Петербурга. После ряда действий государственных органов активы совместной компании были арестованы и распроданы на торгах. После попытки оспаривания решений государственных органов, а также безуспешной попытки получить компенсацию в национальных судах, мистер Садельмайер обратился в инвестиционный арбитраж, ссылаясь на нарушение двустороннего инвестиционного соглашения между Россией и США. Положения данного соглашения предусматривали, что инвестор-физическое лицо «означает физическое лицо, являющееся гражданином Стороны в соответствии с ее действующим законодательством»[[60]](#footnote-60). Заявитель указывал, что хотя инвестиции и были осуществлены американской компанией, следует учесть, что данная компания была под его контролем, а соответственно, инвестиции, по сути, осуществлялись им как немецким инвестором, защищаемым соглашением[[61]](#footnote-61).

Анализируя положения данного соглашения, арбитры обратили внимание на то, что такой способ определения национальности инвестора как определение места фактического контроля приобретает все большую популярность и главным предметом рассмотрения должна быть возможность его использования в данном споре[[62]](#footnote-62). Трибунал принял во внимание, что положения об определении национальности инвестора сами по себе не указывают на возможность определения фактического контроля, однако протокол, прилагаемый к соглашению, прямо предусматривает возможность физического лица требовать компенсацию за вред, причиненный юридическим лицам, в которых оно участвует[[63]](#footnote-63).

Также в деле *Waste Management II*, рассмотренном трибуналом НАФТА, американская компания Waste Management имела 100 % акций компании, учрежденной на Каймановых островах, которая в свою очередь, владела дочерним юридическим лицом, зарегистрированным и осуществлявшим услуги по водоотведению на территории Мексики. Американская компания посчитала, что ряд регулятивных мер, принятых в отношении мексиканской зависимой компании, являются нарушением положений соглашения в части защиты иностранных инвестиций и обратилась в трибунал НАФТА.

Правительство Мексики посчитало, что компания не является иностранным инвестором по смыслу соглашения, в то время как защита должна предоставляться инвесторам из стран-участниц НАФТА. Юридическое лицо, владеющее компанией на территории Мексики, создано по законам Каймановых островов, соответственно оно не может претендовать на защиту по соглашению. Арбитры отклонили данные доводы, указав, что не вызывает сомнения, что конечными бенефициарами являются граждане США и именно их интересы ущемлены, что позволяет им претендовать на защиту[[64]](#footnote-64).

Как можно увидеть из представленного анализа, использование двух и более способов определения национальности инвестора является более эффективным и позволяет государствам ограничить круг лиц, получающих гарантии защиты инвестиций, а также вынуждает не только учреждать компании на территории нужной юрисдикции, но также управлять и осуществлять деловые операции на территории этой страны[[65]](#footnote-65). Также следует обратить внимание на то, что на данный момент имеется тенденция распространения действия гарантий, предусмотренных торговыми и инвестиционными соглашениями, на лиц, которые обладают фактическим контролем, при отсутствии подобных положений в самом соглашении. Вместе с тем, несмотря на использование термина «контроль» при заключении инвестиционных и торговых соглашений, в международном сообществе отсутствует единый подход, позволяющий сформулировать общие критерии контроля над компанией-инвестором объективным образом, избегая разрешения вопроса в каждом конкретном случае.

# **Глава 2. Отказ в предоставлении выгод**

## §1. Общая характеристика положения об отказе в предоставлении выгод

По состоянию на 2015 год из 71 торговых и инвестиционных соглашений 23,9 % включали положение об отказе в предоставлении выгод[[66]](#footnote-66). Таким образом, почти четверть международных актов, регулирующих вопросы защиты иностранных инвестиций, содержат положение, которое имеет серьезнейшее значения для целей предоставления защиты иностранным инвесторам.

В целом, условие об отказе в предоставлении выгод представляет собой предусмотренное соглашением право принимающего государства отказать в реализации защиты инвестора на основании того, что у инвестора отсутствует существенная связь со сторонами соглашения, в которых учреждено юридическое лицо, права которого нарушены[[67]](#footnote-67).

Истоки включения данной оговорки берут свое начало в 1945 году, когда Соединенные Штаты Америки стали включать данные формулировки в свои договоры о дружбе, торговле и мореплавании. Так, например в Договоре о дружбе, торговле и мореплавании между США и Китаем указывалось, что «…каждая из Высоких Договаривающихся Сторон имеет право отказать в предоставлении прав и привилегий, вытекающих из данного Соглашения, любой корпорации или ассоциации, созданной или учрежденной в соответствии с законами и правилами другой Высокой Договаривающейся Стороны, которая прямо или косвенно принадлежит или контролируется через контрольный пакет акций или иным образом гражданам, корпорациям или ассоциациям третьей страны или стран»[[68]](#footnote-68).

Недостатки формулировок, используемых при составлении инвестиционных и торговых соглашений в части определения национальности инвестора, позволявшие осуществлять планирование национальности и, как следствие, получать гарантии капиталовложениям, привели к дополнительному описанию правил, согласно которым иностранный инвестор был вправе претендовать на защиту[[69]](#footnote-69). Американский ученый Кеннет Дж. Вандервелде связывает появление подобных положений с тем, что преобладающей в международном сообществе практикой на тот момент было определение национальности исходя из места регистрации компании-инвестора, которое можно было легко обойти, создав компанию формально подпадающую, однако имеющую 100 % контроль лицами из третьего государства. Таким образом, помимо критериев, позволяющих определить, подпадает ли иностранный инвестор под действие соглашения, требовалось включение дополнительного условия, исключающего злоупотребление[[70]](#footnote-70).

Этот историко-политический аспект включения подобных формулировок в международные договоры не мог не повлиять на дальнейшее развитие аналогичной практики уже в двусторонних инвестиционных соглашениях, заключаемых США с другими странами. На сегодняшний день модельное двустороннее инвестиционное соглашение США содержит два вида обстоятельств, позволяющих государству заявлять об отказе в предоставлении выгод. Первый случай предусматривает, что 1) лица, не имеющие национальности договаривающихся сторон, контролируют или владеют юридическим лицом, заявляющем о нарушении прав по соглашению; 2) государство, заявляющее об отказе в предоставлении выгод по торговому или инвестиционному соглашению, не имеет дипломатических связей с государством происхождения данных лиц или в отношении данного государства применяются какие-либо экономические санкции. Второй случай позволяет отказать в предоставлении выгод, если: 1) компания-инвестор, заявляющая о нарушении своих прав, не осуществляет коммерческую деятельность на территории государства, где она была зарегистрирована; 2) лица, владеющие компанией-инвестором или контролирующие ее, имеют национальность третьего государства или национальность государства, заявляющего такой отказ[[71]](#footnote-71).

Таким образом, первая часть модельного соглашения посвящена отказу в предоставлении выгод по причинам, которые прямо не связаны с проблематикой распространения положений инвестиционного соглашения на третьих лиц. Вторая же часть явно и недвусмысленно пытается исключить случаи неверной интерпретации соглашения арбитрами и исключения элемента планирования иностранным инвестором своей национальности. Исходя из того, что данная работа преследует своей целью исследовать положения отказа в предоставлении выгод с точки зрения противодействия планированию национальности инвестора, а также отсутствия релевантной практики касаемо отказа в предоставлении выгод, связанного с отсутствием дипломатических отношений[[72]](#footnote-72), дальнейшие положения, связанные с отказом в предоставлении выгод, будут анализироваться только в части, исключающей возможность отказа в предоставлении выгод в случае отсутствия дипломатических связей, а также применения государством экономических санкций.

Для того чтобы наглядно проиллюстрировать то, какую цель и эффект преследует включение подобной статьи стоит вновь обратиться к делу *Tokios Tokelés v. Ukraine*. В ходе рассмотрения данного дела ответчик заявлял не только о злоупотреблении инвестором формулировками соглашения со стороны украинских инвесторов, но и заявлял об отказе в предоставлении выгод. Считая отказ в предоставлении является международным обычаем, ответчик указывал, что отсутствие данной статьи в двустороннем инвестиционном соглашении между Литвой и Украиной, не лишает принимающее государство возможности отказать иностранному инвестору в защите.

Арбитры не согласились с возможностью применения отказа в предоставлении выгод в случаях, когда правило не содержится соответствующем соглашении между государствами. Также трибунал указал, что приведенная Украиной распространённая практика включения отказа в предоставлении выгод в инвестиционные и торговые соглашения прямо свидетельствует возможности его включения в соглашение, при наличии такого намерения[[73]](#footnote-73). Однако если представить, что соглашение все же содержало бы формулировку аналогичную, например, имеющейся в модельном двустороннем инвестиционном соглашении США, то с высокой степенью вероятности компании-инвестору было бы отказано в защите так как гражданам Украины принадлежало 99 % литовской компании-инвестора.

Следует обратить внимание, что диспозиция почти всех двусторонних соглашений подразумевает схожие формулировки[[74]](#footnote-74). Например, двустороннее инвестиционное соглашение между Колумбией и Индией предоставляет право на отказ в предоставлении выгод в случае, если компания-инвестор «не имеет существенных деловых операций на территории другой Договаривающейся Стороны, а также если лица, имеющие национальность принимающей Стороны или лица, не обладающие национальностью ни одной из договаривающихся Сторон, владеют или контролируют компанию-инвестора[[75]](#footnote-75).

В ходе развития многосторонних соглашений данный подход также был воспринят международным сообществом. Например, НАФТА содержит следующую формулировку: «При условии предварительного уведомления и консультации в соответствии со статьями 1803 (Уведомления и предоставления информации) и 2006 (Консультации), Сторона может отказать в предоставлении выгод по данной Главе инвестору другой Стороны, который является компанией из данной Стороны и инвестициям таких инвесторов если инвесторы их стран, не являющихся сторонами Соглашения, владеют или контролируют компанию и компания не осуществляет существенной коммерческой деятельности на территории Стороны, где она создана и учреждена»[[76]](#footnote-76). Таким образом, к общим условиям заявления отказа в предоставлении выгод добавляется дополнительное процессуальное требование – данное заявление должно быть направлено должным образом, а также рассмотрено в рамках консультаций между сторонами.

Статья 19 Всеобъемлющего инвестиционного соглашения Ассоциации государств Юго-Восточной Азии имеет немного другую формулировку, частично схожую с положениями, использованными в НАФТА, однако с некоторыми особенностями. Оно предоставляет такой же перечень ситуаций, когда государство может отказать в предоставлении выгод, однако также оно включает в себя необычное положение, подразумевающее оценку поведения инвестора с точки зрения национального законодательства принимающего государства и определение контроля над юридическим лицом: «юридическое лицо: (а) «принадлежит» инвестору по смыслу законов, правил и национального регулирования каждого Государства-участника; (b) «контролируется» инвестором, когда инвестор имеет право назначать больше, чем половину директоров или иным юридическим способом руководить его действиями»[[77]](#footnote-77).

Таким образом, отказ в предоставлении выгод как условие торговых и инвестиционных соглашений имеет общую черту, отражающую его цель как инструмента противодействия планированию национальности инвестора: исключить из под действия соглашения: 1) компании, которые де-юре имеют национальность договаривающейся стороны, но де-факто имеют национальность третьего государства или национальность того же государства, против которого подается иск; 2) компании, не осуществляющие существенных деловых операций на территории договаривающейся стороны.

В параграфе 2 настоящей Главы будут рассмотрены основные проблемы, возникающие в практике международных инвестиционных трибуналов, а именно: требует ли отказ в предоставлении выгод активных действий со стороны государства-ответчика и распределение бремени доказывания при отказе в предоставлении выгод. Параграф 3, в свою очередь, исследует вопрос процессуальной природы отказа в предоставлении выгод. Параграф 4 будет посвящен условиям, позволяющим государству заявить об отказе в предоставлении выгод: толкование международными судебными органами понятия «существенные деловые операции», а также значение владения и контроля для целей инициации отказа в предоставлении выгод.

## § 2. Проблемные вопросы толкования положений об отказе в предоставлении выгод

В силу того, что в соглашениях, как правило, используется формулировка «государство вправе отказать в предоставлении выгод»[[78]](#footnote-78) возникает необходимость определить, является ли данное право «автоматическим», позволяющим международному судебному органу применить данные положения без заявления государства или же ответчик должен не только выразить желание применить положение соглашения, но также и нести бремя доказывания наличия условий отказа в предоставлении выгод для каждого конкретного инвестора.

Огромное число международных трибуналов, анализировавших многосторонние и двусторонние соглашения, содержащие условие об отказе в предоставлении выгод, пришли к общему выводу о необходимости наличия заявления принимающего государства для целей использования данного положения.

Например, статья 17 (1) Договора к Энергетической Хартии гласит: «каждая Договаривающаяся Сторона оставляет за собой право отказать в предоставлении выгод в данной Части: 1. юридическому лицу, если граждане или лица, имеющие национальность третьей страны владеют данным лицом или контролируют его, а также если юридическое лицо не осуществляет существенных деловых операций на территории страны, где оно учреждено…»[[79]](#footnote-79).

В деле *Plama Consortium Limited v. Republic of Bulgaria* Болгария заявляла о том, что приведенная статья Договора к Энергетической Хартии не требует действий и, в случае наличия обстоятельств, предусмотренных пунктом 1, она должна быть применена трибуналом и без ее инициации стороной. Однако арбитры посчитали, что формулировка «оставляет за собой право» вместе с целью и предметом договора – долгосрочное сотрудничество в энергетическом секторе, констатирует необходимость государству публично объявить о реализации своего права или любым иным способом уведомить инвестора об этом[[80]](#footnote-80). Также трибунал указал, что уведомление об отказе в предоставлении выгод не может распространяться на случаи, которые возникли до подобного уведомления. Позиция арбитров сводилась к тому, что, если бы данное положение имело ретроспективный эффект, это нарушило бы законные ожидания иностранного инвестора, отпугнуло новых инвесторов от капиталовложений и нарушило бы идею долгосрочного сотрудничества, заложенную в договор[[81]](#footnote-81).

Эта позиция затем была перенята трибуналами и по другим аналогичным делам, таким как, например, *Yukos Universal Limited (Isle of Man) v. The Russian Federation*[[82]](#footnote-82). В деле *Liman Caspian Oil BV and NCL Dutch Investment BV v. Republic of Kazakhstan* арбитры указали, что эффект от отказа от предоставления выгод возможен только после заявления государства об этом[[83]](#footnote-83). Главной идеей, содержащейся в выводах трибуналов, было то, что до того, как сторона недвусмысленно заявит о применении данной статьи, инвестор вправе извлекать выгоду из соответствующего соглашения, и на него не будут распространяться данные положения.

Арбитры в деле *Khan Resources v. Mongolia* указали, что Договор к Энергетической Хартии направлен на создание предсказуемого режима в сфере энергетики. Эта предсказуемость может быть реализована, только когда инвестор знает наверняка, является ли он защищенным соглашением или нет. Трибунал указал, что «отсутствие у инвестора определённости повлияет на возможность инвестора оценивать условия для осуществления инвестиций в конкретном государстве»[[84]](#footnote-84). Нельзя полностью согласиться с данным выводом, так как инвестор, читая соглашение, к которому обращается, может оценить риски непредоставления ему защиты[[85]](#footnote-85)

Таким образом, в практике применения Договора к Энергетической Хартии и ее положений сложилась позиция, согласно которой государство не вправе заявить об отказе в предоставлении выгод после подачи иностранным инвестором заявления в орган по разрешению споров[[86]](#footnote-86). В качестве решения, снижающего риски принимающего государства, предлагается размещение общего правила об отказе в предоставлении выгод иностранным инвесторам в национальном законодательстве, которое будет являть собой уведомление об отказе в выгодах для каждого инвестора[[87]](#footnote-87).

Можно предположить, что подобные выводы международных трибуналов сложились в силу особенностей структуры Договора к Энергетической Хартии, которая применялась в большинстве описанных споров. Ее структура и юридическая техника подразумевает проведение предварительных консультаций перед инициацией спора и это, безусловно, влияет на особенности процесса и подход арбитров к толкованию[[88]](#footnote-88). Также аргументом в пользу подобного толкования является то, что данные формулировки были заложены договаривающимися государствами. Если бы у сторон были намерения использовать положения об отказе в предоставлении выгод с обратной силой, то они предусмотрели бы другие формулировки[[89]](#footnote-89).

Данный подход трибуналов к возможности ретроспективного применения положений об отказе в предоставлении выгод с одной стороны защищает инвесторов от несправедливого применения данных положений Договора к Энергетической Хартии, а с другой может побудить государства к внедрению бланкетных законов, содержащих данный отказ во внутринациональное регулирование[[90]](#footnote-90).

Иного подхода придерживались судебные органы, толкуя положения об отказе в предоставлении выгод в деле *Pac Rim Cayman LLC v. Republic of El Salvador*. Положения Соглашения о свободной торговле между Доминиканской Республикой и Центральной Америкой указывают: «при условии соблюдения Статьи 18.3 (Уведомления и предоставление информации) и 20.4 (Консультации). Сторона вправе отказать в предоставлении выгод по настоящей Главе инвестору другой Стороны, который является компанией из этой Стороны, и инвестициям этого инвестора, если компания не осуществляет существенных деловых операций на территории какой-либо Стороны, кроме отказывающей в предоставлении выгод, и лицам, не обладающими национальностью Стороны, или отказывающей стороны, которые осуществляют контроль и владение компанией»[[91]](#footnote-91).

Представители США по данному делу в качестве аргумента указывали, что практика уведомления государства о подпадании или непопадании инвестора в случаи, описанные в нормах об отказе в предоставлении выгод, перекладывает значительное бремя по проведению постоянного мониторинга инвесторов и инвестиций на государство-ответчика[[92]](#footnote-92). Трибунал указал, что государство вправе заявить об отказе в предоставлении выгод, действие данного отказа будет иметь обратную силу. Также арбитры указали, что уведомление об отказе в предоставлении выгод может быть подано в пределах процессуального срока, который предоставляется государству для подготовки возражений относительно заявления иностранного инвестора[[93]](#footnote-93). К схожим выводам пришли арбитры в деле *Guaracachi America, Inc. and Rurelec PLC v. The Plurinational State of Bolivia*[[94]](#footnote-94). Идея каждого решения была в том, что перекладывание бремени постоянного мониторинга корпоративной структуры иностранного инвестора, осуществляющего капиталовложения, не должно входить в обязанности принимающего государства, что является вполне справедливым распределением издержек между инвестором и государством.

Представляется, что такой подход международных судов к пониманию возможности применения отказа в предоставлении выгод ретроспективно больше совпадает с целями его внедрения в практику составления международных соглашений. Как указывают некоторые авторы, это будет заставлять инвесторов «обращать особое внимание на структуру владения, контроля и национальности»[[95]](#footnote-95).Также применение перспективного подхода имеет потенциал создать ситуацию, когда государство будет просто не знать о том, что инвестор планирует использовать какое-либо соглашение и соответственно не будет иметь возможность своевременно заявить об отказе в предоставлении выгод[[96]](#footnote-96).

Соответственно, вне зависимости от применяемого соглашения, отказ в предоставлении выгод должен быть заявлен государством-ответчиком. Бремя доказывания соблюдения условий для отказа в предоставлении выгод также лежит на принимающем государстве, против которого был инициирован спор. Относительно времени, когда отказ может быть заявлен и его действия во времени, можно выделить два основных подхода: 1) отказ может быть заявлен исключительно до подачи иностранным инвестором заявления в арбитражный орган и не может иметь обратную силу; 2) уведомление об отказе в предоставлении выгод может быть направлено в адрес рассматривающего дело трибунала в пределах срока, предоставленного ответчику на подготовку и предоставление своей правовой позиции, а также будет иметь ретроактивность[[97]](#footnote-97).

Также имеется практика включения в инвестиционные соглашения положения о том, что перед реализацией права на отказ в предоставлении выгод государство должно «незамедлительно проконсультироваться» с инвестором для «достижения удовлетворяющего интересы обоих сторон решения по этому вопросу»[[98]](#footnote-98). Арбитры, анализируя двустороннее инвестиционное соглашения между США и Египтом, содержащее данные положения, пришли к выводу, что на консультации должны распространяться те же правила, что и на консультации, предусмотренные для иностранного инвестора. Соответственно, только после проведения консультаций с инвестором, государство вправе было заявить об отказе в предоставлении выгод[[99]](#footnote-99), что является еще одни препятствием эффективного применению данного положения [[100]](#footnote-100)

Представляется, что правило об уведомлении инвестора об отказе в предоставлении выгод до инициации инвестиционного спора является нежизнеспособным. Подобный подход создает излишнюю нагрузку на принимающее государство, а также не решает проблему так называемой неопределенности для инвестора. Учитывая баланс интересов инвестора и государства, более предпочтительными являются возможность заявления об отказе в предоставлении выгод до истечения срока для предоставления возражений по существу спора или предусмотреть специальную процедуру консультации, аналогичную представленной в двустороннем инвестиционном соглашении между США и Египтом, позволяющую инвестору заблаговременно узнать о возможных рисках исключения его из сферы лиц, защищенных соглашением.

## § 3. Правовая природа отказа в предоставлении выгод

Интереснейшим вопросом является определение того, является ли отказ в предоставлении выгод отказом в признании компетенции трибунала рассматривать инвестиционный спор или же, проанализировав положения о национальности инвестора, признав свою компетенцию, трибунал будет рассматривать данный вопрос в рамках материального права. Нельзя вывести универсального правила в силу того, что текст и юридическая техника разнятся в зависимости от каждого соглашения. Добавляет сложности к этому и разнообразное толкование международными трибуналами схожих положений в различных делах.

Например, анализируя статью 17(1) Договора к Энергетической Хартии в споре *Plama Consortium Limited v. Republic of Bulgaria* Болгария заявила о неприменении соглашения еще на стадии предварительных слушаний. Аргументируя свою позицию, ответчик указывал, что в случае, если все условия для отказа в предоставлении выгод были соблюдены, то компетенция рассматривать заявление иностранного инвестора у трибунала отсутствует[[101]](#footnote-101). Тем не менее, в своем решении, трибунал не согласился с доводами Болгарии. Формулировка статьи предусматривает, что «каждая Договаривающаяся Сторона оставляет за собой право отказать в предоставлении выгод в данной Части…[[102]](#footnote-102)». Соответственно, отказ в защите права в части соглашения не может толковаться в качестве условия для отказа в компетенции трибунала рассматривать международный договор в целом.[[103]](#footnote-103).

К аналогичному решению пришли арбитры в деле *Yukos Universal Limited (Isle of Man) v. The Russian Federation*, согласившись с выводами, сделанными в отношении толкования статьи 17(1) Договора к Энергетической Хартии в предыдущем деле[[104]](#footnote-104). В дальнейшем решение по делу *Anatolie Stati, Gabriel Stati, Ascom Group SA and Terra Raf Trans Traiding Ltd v. Kazakhstan*[[105]](#footnote-105)также подтвердило сформировавшуюся практику, где при оценке арбитрабельности спора был сделан вывод о том, что отказ в предоставлении выгод должен рассматриваться как один из вопросов юрисдикции. В деле *Khan Resources Inc., Khan Resources B.V., and Cauc Holding Company Ltd. v. The Government of Mongolia*, решая вопрос о компетенции рассматривать спор, арбитры не рассмотрели по существу вопрос о применимости статьи 17(1) Договора к Энергетической Хартии, указав, что он «является вопросом материального права, а не юрисдикции»[[106]](#footnote-106).

Противоположный подход был применен в деле *Pac Rim Cayman LLC v. Republic of El Salvador.* Несмотря на то, что текст Соглашения о свободной торговле между Доминиканской Республикой и Центральной Америкой также предусматривает, что «Сторона вправе отказать в предоставлении выгод по настоящей Главе инвестору другой Стороны…»[[107]](#footnote-107) трибунал занял позицию, что статья 10.12 соглашения применяется ко всему соглашению в целом, а значит применение положения об отказе в предоставлении выгод является юрисдикционным вопросом[[108]](#footnote-108). Аналогичный вывод был сделан в деле *Ulysseas, Inc. v. The Republic of Ecuador* и *Empresa Eléctrica del Ecuador, Inc. v. Republic of Ecuador*. Рассматривая вопрос компетенции, арбитры пришли к выводу, что в случае, если сторона воспользовалась правом на отказ в предоставлении выгод, то трибунал автоматически неправомерен рассматривать дело так как вопрос касается всего соглашения[[109]](#footnote-109).

Некоторые теоретики отмечают, что положения об отказе в предоставлении выгод могут рассматриваться в совокупности с определением национальности инвестора. Несмотря на схожесть двух положений, их правовой эффект отличается в зависимости от того будет ли отказ в предоставлении выгод помещен в качестве уточнения национальности инвестора или же выделен отдельным положением[[110]](#footnote-110). Более того, применение отказа в предоставлении выгод в отношении признания трибуналом своей компетенции является отличным «фильтром» для инвесторов[[111]](#footnote-111).

Также представляется, что вне зависимости от того, является ли данный вопрос относящимся к компетенции трибунала рассматривать спор, инвестор в любом случае не лишен права инициировать разбирательство, где равно будет анализироваться данный вопрос[[112]](#footnote-112).

Принимая во внимание одну из целей использования понятия «инвестор», а также системную взаимосвязь данных положений с отказом в предоставлении выгод с целью исключения определенных лиц из сферы действия международного договора[[113]](#footnote-113), целесообразным представляется использовать отказ в предоставлении выгод в статье, определяющей национальность иностранного инвестора[[114]](#footnote-114). Использование обоих формулировок в рамках одной нормы права позволит эффективно исключать элемент планирования национальности инвестора, а также предоставит возможность отказывать в признании компетенции международного арбитража еще на этапе определения арбитрабельности спора.

## § 4. Условия правомерности отказа в предоставлении выгод

### 4.1 Отсутствие существенных деловых операций

В ходе толкования понятия «существенные деловые операции», при применении положения об отказе в предоставлении выгод, в деле *Limited Liability Company Amto v. Ukraine* трибунал разъяснил, что слово «существенные» по смыслу соглашения, исходят из существа деловых операций, а не внешней формы данного бизнеса. Арбитры пришли к выводу, что осуществление постоянной деятельности на территории принимающего государства, даже с двумя работниками, подпадает под данное понятие[[115]](#footnote-115).

В деле *Pac Rim Cayman LLC v. Republic of El Salvador* истец являлся компанией, зарегистрированной в США, которая до этого принадлежала материнской компании на Каймановых островах. Ответчик указывал, что заявитель не имеет существенных деловых операций на территории США, а также его инвестиции на территории Сальвадора были фактически осуществлены Канадской материнской компанией или другим аффилированным лицом. Рассматривая данное дело, трибунал пришел к выводу, что коммерческая деятельность подразумевается не как деятельность группы компаний, а деятельность конкретного инвестора-юридического лица, заявляющего требования в инвестиционном споре. Таким образом, компания-заявитель не осуществляла реальной коммерческой деятельности и выполняла роль «фирмы-пустышки» для целей инициирования арбитражного разбирательства[[116]](#footnote-116).

Таким образом, исходя из практики анализа данного критерия, осуществление существенных деловых операций подразумевает реальную предпринимательскую деятельность, а также осуществление капиталовложений непосредственно лицом, которое в дальнейшем будет обращаться в инвестиционный арбитраж. Как уже указывалось выше, условиями отказа в предоставлении выгод является не только отсутствие деятельности, но также и наличие владения и контроля над компанией со стороны лиц, имеющих национальность принимающего или третьего государства. Именно поэтому практика инвестиционных арбитражей строится вокруг условия о владении и контроле над компании о котором пойдет речь далее[[117]](#footnote-117).

### 4.2. Владение и контроль

Как правило, понятия «владение» и «контроль», включенные практически во все условия об отказе в предоставлении выгод[[118]](#footnote-118), не имеют конкретного значения, определенного соответствующим соглашением, что оставляет государству-ответчику широкое усмотрение в определении контроля как любой формы юридического контроля[[119]](#footnote-119). Тем не менее, встречаются и достаточно узкие формулировки, как например, в уже приводимом Всеобъемлющем инвестиционное соглашении Ассоциации государств Юго-Восточной Азии: «(b) «контролируется» инвестором, когда инвестор имеет право назначать больше, чем половину директоров или иным юридическим способом руководить его действиями»[[120]](#footnote-120).

В деле *Plama Consortium Limited v. Republic of Bulgaria* компания-заявитель, была зарегистрирована на Кипре. По мнению Болгарии она не вправе получать защиту по Договору к Энергетической Хартии так как она принадлежала и контролировалась компанией, зарегистрированной на Британских Виргинских Островах, юрисдикция которых не защищается договором. Анализируя положения договора, трибунал сделал ряд выводов, имеющих значение для дальнейшего применения другими судебными органами. Во-первых, для целей толкования данных положений достаточно лишь одного из критериев, соответственно компания может быть во владении или под контролем третьего лица. Во-вторых, арбитры отметили, что владение включает в себя прямое и непрямое владение, а контроль включает возможность фактического влияния на менеджмент компании, осуществление деятельности или выбор членов руководящих органов компании. В силу того, что французские физические лица являлись конечными бенефициарами большей части компании-инвестора, а Франция является стороной Договора к Энергетической Хартии, компания-инвестор вправе была рассчитывать на защиту даже при учете того, что она находится не на территории, подпадающей под действия международного договора[[121]](#footnote-121).

В деле *Yukos Universal v. Russian Federation* важным являлось понятие «контроль». Российская Федерация заявляла отказ в предоставлении выгод поскольку конечный контроль осуществлялся российскими гражданами. Тем не менее, при разрешении дела, арбитры указали следующее: в силу того, что каждым из заявителей владел и контролировал английский траст, они не подпадают под случаи отказа в предоставлении выгод по соглашению[[122]](#footnote-122).

Также в деле *Ulysseas v. Ecuador* Эквадор заявлял о применении отказа в предоставлении выгод в связи с тем, что компания-заявитель, будучи учрежденной в соответствии с законодательством Эквадора, фактически контролировалась лицами из третьих стран. В ходе разбирательства было установлено, что компания-заявитель являлась дочерней (99 % участия) компанией багамской и американских компаний. Полагая, что акционерное соглашение между ними по своей сути передает полный контроль Багамской компании, Эквадор указывал, что трибунал не может признать свою компетенцию рассматривать заявление. Тем не менее, арбитры пришли к выводу, что договорный механизм не влияет на понятие контроля в данном споре[[123]](#footnote-123).

Обзор понятий «владение» и «контроль» демонстрирует, что в праве международных инвестиций на данный момент отсутствует единый подход, позволяющий использовать унифицированные понятия. Представляется, что условие контроля должно быть сформулировано максимально широким образом, позволяющим определять его не только через схему владения или назначения органа управления компанией, но и с учетом возможных трастовых, контрактных и иных схем структурирования бизнеса.

# **Заключение**

Практика заключения и применения инвестиционных и торговых соглашений в части определения национальности инвестора, а также отказа в предоставлении выгод позволяют сделать вывод о тесной связи обоих положений. Более того, отказ в предоставлении выгод представляет собой норму, прямо вытекающую из правил об определении национальности. В обоих случаях исключение «нежелательных» инвесторов из сферы действия соглашения, как правило, требует определения фактического контроля на компанией-инвестором. По сути, пресекая планирование национальности иностранного инвестора, двусторонние инвестиционные соглашения, конвенции о поощрении иностранных инвестиций, а также соглашения о свободной торговле вводят дополнительные квалифицирующие требования, посредством включения положения об отказе в предоставлении выгод.

В отличие от правил об определении национальности инвестора, отказ в предоставлении выгод является правом государства-ответчика, которое должно быть реализовано путем надлежащего уведомления компании-инвестора. Достаточным уведомлением, в зависимости от формулировок, используемых в соглашениях, может быть 1) инкорпорация положения во внутринациональное регулирование еще до возникновения какого-либо спора; 2) заявление об отказе в ходе консультаций, предваряющих инвестиционный спор, а также 3) включение уведомления в возражения государства-ответчика в ходе арбитражного разбирательства. Тем не менее, связывая данный аспект применения отказа в предоставлении выгод с правилами определения национальности хотелось бы отметить, что в силу сходства и единой цели, направленной на исключение определенных инвесторов из круга действия соглашения, в дальнейшем целесообразным является включение положения об отказе в предоставлении выгод в положения, регулирующие определение национальности инвестора. Данное решение позволит эффективно ограничивать круг лиц, а также позволит государствам заявлять об отказе в ходе предоставления правовой аргументации в уже возникшем инвестиционном споре.

Определяя условия для применения отказа в предоставлении выгод следует отметить, что осуществление «существенных деловых операции» является критерием, который не может быть определен количественным показателем, как например, количество сотрудников или годовой оборот компании. Компания должна быть реальной, осуществляющей реальную деятельность.

Термин «контроль» как в положениях о национальности инвестора, так и в положениях об отказе в предоставлении выгод имеет «узкое» и «широкое» понимание. Так, толкуя «контроль» ограничительно, трибуналы склоняются к использованию критерия возможности назначения органов управления компании или большинства голосующих акций корпорации. Тем не менее, представляется целесообразным использование более широкого подхода, использованного в делах *Plama Consortium Limited v. Republic of Bulgaria* и *Thunderbird v. Mexico*, где арбитры указали, что под контролем следует понимать не владение компанией-инвестором, а возможность лица определять и осуществлять ключевые решения относительно коммерческой деятельности организации.

# **Список использованных источников**

**Международные договоры:**

1. Agreement between the Belgo-Luxenburg Economic Union and the Republic of Croatia on the Reciprocal Promotion and Protection of Investments (31 of October 2001).
2. Agreement between the Government of Sweden and the Government of Morocco on the Promotion and Reciprocal Protection of Investments (26 of September 1990).
3. Agreement between the Government of the Hellenic Republic and the Government of the Republic of Cuba on the Promotion and Reciprocal Protection of Investments (18 of June 1996).
4. Agreement between the Government of the United Kingdom of Great Britain and Norther Island and the Government of the Republic of El Salvator for the Promotion and Protection of Investments (14 of October 1999).
5. Agreement between the Government of the United Kingdom of Great Britain and Norther Island and the Government of the Socialist Republic of Yugoslavia for the Promotion and Protection of Investments (6 of November 2002).
6. Agreement between the People’s Republic of China and the Federal Republic of Germany on the Encouragement and Reciprocal Protection of Investments (1 of December 2003).
7. Agreement between the People’s Republic of China and the Federal Republic of Germany on the Encouragement and Reciprocal Protection of Investments (1 of December 2003).
8. Agreement between the Republic of Italy and State of Libya on Promotion and Protection of Investments (13 of December 2000).
9. Agreement between the Russian Federation and United States of America on Promotion and Reciprocal Protection of Investments (17 of June 1992).
10. Agreement between the Swiss Confederation and the Republic of Lithuania on the Promotion and Reciprocal Protection of Investments (23 of December 1992).
11. Agreement between the Swiss Federal Council and the Government of the Republic of Latvia on the Promotion and Reciprocal Protection of Investments (22 of December 1992).
12. Agreement for the Promotion and Protection of Investments between the Republic of Colombia and the Republic of India (10 of November 2009).
13. Agreement on Encouragement and Reciprocal Protection of Investments between the Kingdom of Netherlands and the Republic of Bolivia (10 of March 1992).
14. Association of South-East Asian Nations Agreement for the Promotion and Protection of Investments (24 of February 1976).
15. Association of Southeast Asian Nations Comprehensive Investment Agreement (29 of March 2012).
16. Association of Southeast Asian Nations Comprehensive Investment Agreement (29 of March 2012).
17. Convention on the Settlement of Investment Disputes between States and Nationals of Other States (14 of October 19966).
18. Energy Charter Treaty (17 of December 1991).
19. Free trade agreement between the Eurasian Economic Union and its member states and Socialist Republic of Viet Nam (29th of May 2015).
20. Multilateral agreement on investment (Draft consolidated text). Negotiating Group on multilateral agreement on investment. (28th of April 1998).
21. North American Free Trade Agreement (17 of December 1992).
22. The Agreement between the Government of the United Kingdom and Norther Ireland and the Republic of the Philippines for the Promotion and Protection of Investments (3 of December 1980).
23. The Central America – Dominican Republic – United States Free Trade Agreement (5 of August 2005).
24. Treaty between the Federal Republic of Germany and the Co-operative Republic of Guyana concerning the Encouragement and Reciprocal Protection of Investments (6 of December 1989).
25. Treaty between the Government of the France Republic and the Republic of Singapore on the Promotion and Protection of Investments (8 of September 1975).
26. Treaty between the United States of America and Oriental Republic of Uruguay Concerning the Encouragement and Reciprocal Protection of Investment (4 of November 2005).
27. Treaty between the United States of America -Arab Republic of Egypt concerning the Reciprocal Encouragement and Protection of Investments (11 of March 1986).
28. Treaty of Amity and Economic Relations between the United States of America and Ethiopia (7 of September 1951).
29. Treaty of Friendship, Commerce and Navigation United States of America and the Republic of China (4 of November 1946);

**2. Материалы судебной практики**

2.1. Акты Международного суда ООН

1. Case concerning the Barcelona Traction Light & Power Company (Belgium v. Spain) // I.C.J. Reports. 1970.
2. Case concerning Elettronica Sicula S.p. A. (United States of America v. Italy) // I.C.J. Reports. 1989.

2.2. Акты международных коммерческих арбитражей

1. Aguas de Tunari v. Bolivia. International Centre for Settlement of Investment Disputes. Case No. ARB/02/03. Decision on Jurisdiction. 21 October 2005.
2. Ampal-American Israel Corporation v. Arab Republic of Egypt. International Centre for Settlement of Investment Disputes. Case No. ARB/12/11. Decision on jurisdiction. 1 February 2016.
3. Anatolie Stati, Gabriel Stati, Ascom Group SA and Terra Raf Trans Traiding Ltd v. Kazakhstan, Stockholm Chamber of Commerce. Case No. V 116/2010. Award. 19 December 2013.
4. Franz Sedelmayer v. The Russian Federation. Stockholm Chamber of Commerce. Award. 7 July 1998.
5. Guaracachi America, Inc. and Rurelec PLC v. The Plurinational State of Bolivia. Permanent Court of Arbitration. Case No. 2011-17. Award. 31 January 2014.
6. International Thunderbird Gaming Corporation v. United Mexican States. NAFTA Arbitral Tribunal. Award. 26 January 2006.
7. Khan Resources Inc., Khan Resources B.V., and Cauc Holding Company Ltd. v. The Government of Mongolia. Permanent Court of Arbitration. Decision on Jurisdiction. 25 June 2012.
8. Klöckner Industrie – Anlagen GmbH and others v. United Republic of Cameroon and Société Camerounaise des Engrais. International Centre for Settlement of Investment Disputes. Case No. ARB/81/2. Decision on Annulment. 3 May 1985.
9. Liman Caspian Oil BV and NCL Dutch Investment BV v. Republic of Kazakhstan. International Centre for Settlement of Investment Disputes. Case No. ARB/07/14. Award. 11 June 2010.
10. Limited Liability Company Amto v. Ukraine. Stockholm Chamber of Commerce. Case No. 080/2005. Final Award. 26 Mach 2008.
11. Pac Rim Cayman LLC v. Republic of El Salvador. International Centre for Settlement of Investment Disputes. Case No. ARB/09/12. Decision on the Respondent's Jurisdictional Objections. 1 June 2012.
12. Plama Consortium Limited v. Republic of Bulgaria. International Centre for Settlement of Investment Disputes. Case No. ARB/03/24. Decision on Jurisdiction. 8 February 2005.
13. Saluka Investments B.V. v. The Czech Republic. Partial Award. 17 March 2006.
14. Tokios Tokelés v. Ukraine. International Centre for Settlement of Investment Disputes. Case No. ARB/02/18. Decision on Jurisdiction. 29 April 2004.
15. Ulysseas, Inc. v. The Republic of Ecuador. Permanent Court of Arbitration. Case No. ARB/05/9. Interim Award. 28 September 2010.
16. Empresa Eléctrica del Ecuador Inc. v. Republic of Ecuador. International Centre for Settlement of Investment Disputes. Case No. ARB/05/9. Award. 2 June 2009.
17. Vacuum Salt Products Ltd. v. Republic of Ghana. International Centre for Settlement of Investment Disputes. Case No. ARB/92/1. Award. 16 February 1994.
18. Waste Management, Inc. v. United Mexican States. International Centre for Settlement of Investment Disputes. Case No. ARB(AF)/00/3. Final Award. 30 April 2004.
19. Yukos Universal Limited (Isle of Man) v. The Russian Federation. Permanent Court of Arbitration. Case No. AA 22. Interim Award on Jurisdiction and Admissibility. 30 November 2009.

**3. Модельные двусторонние инвестиционные соглашения**

1. Canada model foreign investment protection agreement. 2004.
2. United States of America model bilateral investment treaty. 2004.

**4. Научная литература**

Amerasinghe C. F. Jurisdiction ratione personae under the Convention on the Settlement of Investment Disputes between States and Nationals of Other States //British Yearbook of International Law. – 1976. – Т. 47. – №. 1. 227-267 p.

Badini A. A. Denial of Benefits-Practical Lessons for States and Investors from the Pac Rim Arbitration //Yearbook on International Arbitration. – 2013. – Т. 3. 293-303 p.

Banifatemi Y. Taking into account control under denial of Benefits Clauses// Jurisdiction in Investment Treaty Arbitration. – International Arbitration Institute Series No. 8. 223-267 p.

Becker, H., Wurm. F. Treaty Shopping. An Emerging Tax Issue and its Present Status in Various Countries -Deventer: Kluwer Law and Taxation Publishers, 1988. 342 p.

Behlman J. Out on a Rim: Pacific Rim's Venture Into CAFTA's Denial of Benefits Clause //University of Miami Inter-American Law Review. – 2013. – Т. 45. 397-424.

Chalker J. Making the Energy Charter Treaty Too Investor Friendly: Plama Consortium Limited v. the Republic of Bulgaria //Transnational Dispute Management. – 2006. – Т. 3. – №. 5. 85-103 p.

Dolzer R., Schreuer C. Principles of international investment law. – Oxford University Press, 2012. 456 p.

Dolzer R., Stevens M. Bilateral investment treaties. – Martinus Nijhoff Publishers, 1995. 352 p.

Franklin A. Treaty Shopping and Denial of Benefits Clauses-What Investors Should Know [Электронный ресурс] // SSRN. URL: https://ssrn.com/abstract=3161829 (дата обращения: 01 мая 2019 г.).

Yannaca-Small K. Arbitration under international investment agreements: A guide to the key issues. – Oxford University Press, 2010. 960 p.

Gann P. B. The US bilateral investment treaty program //Stanford Journal of International Law. – 1985. – Т. 21. 373-402 p.

Grabowski A. The definition of investment under the ICSID Convention: A defense of Salini //Chicago Journal of International Law. – 2014. – Т. 15. 287-309 p.

Kirtley, W. The Transfer of Treaty Claims and Treaty-Shopping in Investor-State Disputes. The Journal of World Investment & Trade No. 10(3). 2009. 428-450 p.

Lee E. Treaty Shopping in International Investment Arbitration: How often has it occurred and how has it been perceived by tribunals? Working Paper Series No. 15-167 - Department of International Development-LSE. 2015. 54 p.

Legum B. Defining investment and investor: who is entitled to claim? //Arbitration International. – 2006. – Т. 22. – №. 4. 78-95 p.

Mistelis L. A., Baltag C. M. Denial of Benefits and Article 17 of the Energy Charter Treaty //Penn State Law Review – 2008. – Т. 113. 1301-1321 p.

Muchlinski P. The Diplomatic Protection of Foreign Investors: a Tale of Judicial Caution // International Investment Law for the 21st Century. Essays in Honour of Christoph Schreuer. Oxford: Oxford University Press. 2009. 341-362 p.

Nikièma S. H. Best Practices: Definition of Investor. – International Institute for Sustainable Development, 2012. 24 p.

Pinsolle P. The Dispute Resolution Provisions of the Energy Charter Treaty //International Arbitration Law Review. – 2007. – Т. 10. 74-81 p.

Pinto D. Is the retrospective exercise of the ‘denial of benefits’ clause contrary to the investor’s legitimate expectations under the Energy Charter Treaty? Maastrict University Working Paper. – 2016. 16 p.

Ramachanderan R. Enabling Retrospective Application of the Denial of Benefits Clause: an Analysis of Decisions of Tribunals Under the Energy Charter Treaty //University of Miami International and Comparative Law Review. – 2018. – Т. 26. 212-241 p.

Salacuse J. W. BIT by BIT: The growth of bilateral investment treaties and their impact on foreign investment in developing countries //Globalization and International Investment. – Routledge, 2017. 22-43 p.

Schreuer C. Shareholder protection in international investment law. – 2005 [Электронный ресурс] //URL: www. univie. ac. at/intlaw/pdf/csunpublpaper\_2. Pdf (дата обращения – 01 мая 2019 г.).

Shore L. The Jurisdiction Problem in Energy Charter Treaty Claims [Электронный ресурс] Oil, Gas & Energy Law Journal. – 2008. – Т. 6. – №. 3. //URL: www.ogel.org/article.asp?key=2812 (дата обращения–01 мая 2019 г.).

Sinclair A. C. The substance of nationality requirements in investment treaty arbitration //ICSID Review. – 2005. – Т. 20. – №. 2. 357-388 p.

Sornarajah M. The international law on foreign investment. – Cambridge University Press, 2017. 452 p.

Staker C. Diplomatic protection of private business companies: determining corporate personality for international law purposes //British Yearbook of International Law. – 1991. – Т. 61. – №. 1. 155-174 p.

Vandevelde K. J. US international investment agreements. – Oxford University Press, 2009. 908 p.

Walker H. Provisions on Companies in United States Commercial Treaties //American Journal of International Law. – 1956. – Т. 50. – №. 2. 373-393.

1. Lee E. Treaty Shopping in International Investment Arbitration: How often has it occurred and how has it been perceived by tribunals? Working Paper Series No. 15-167 - Department of International Development-LSE. 2015. – P. 3. [↑](#footnote-ref-1)
2. Kirtley, W. The Transfer of Treaty Claims and Treaty-Shopping in Investor-State Disputes. The Journal of World Investment & Trade No. 10(3). 2009. – P. 427. [↑](#footnote-ref-2)
3. Becker, H., Wurm. F. Treaty Shopping. An Emerging Tax Issue and its Present Status in Various Countries -Deventer: Kluwer Law and Taxation Publishers, 1988. – P. 2. [↑](#footnote-ref-3)
4. Nikièma S. H. Best Practices: Definition of Investor. – International Institute for Sustainable Development, 2012. – P. 13. [↑](#footnote-ref-4)
5. Lee E. Treaty Shopping in International Investment Arbitration: How often has it occurred and how has it been perceived by tribunals? Working Paper Series No. 15-167 - Department of International Development-LSE. 2015. – P. 16. [↑](#footnote-ref-5)
6. Gann P. B. The US bilateral investment treaty program //Stan. J. Int'l L. – 1985. – Т. 21. – P. 373, 379-80. [↑](#footnote-ref-6)
7. Vandevelde K. J. US international investment agreements. – Oxford University Press, 2009. – P. 105. [↑](#footnote-ref-7)
8. Sornarajah M. The international law on foreign investment. – Cambridge University Press, 2017 – P. 88, 143. [↑](#footnote-ref-8)
9. Walker H. Provisions on Companies in United States Commercial Treaties //American Journal of International Law. – 1956. – Т. 50. – №. 2. – P. 373. [↑](#footnote-ref-9)
10. Pinsolle P. The Dispute Resolution Provisions of the Energy Charter Treaty //International Arbitration Law Review. – 2007. – Т. 10. – P. 86. [↑](#footnote-ref-10)
11. Salacuse J. W. BIT by BIT: The growth of bilateral investment treaties and their impact on foreign investment in developing countries //Globalization and International Investment. – Routledge, 2017. – P. 655, 665. [↑](#footnote-ref-11)
12. Dolzer R., Schreuer C. Principles of international investment law. – Oxford University Press, 2012. – P. 54. [↑](#footnote-ref-12)
13. Salacuse J. W. BIT by BIT: The growth of bilateral investment treaties and their impact on foreign investment in developing countries //Globalization and International Investment. – Routledge, 2017. – P. 665. [↑](#footnote-ref-13)
14. Free trade agreement between the Eurasian Economic Union and its member states and Socialist Republic of Viet Nam (29th of May 2015) [Электронный ресурс] // United Nations Conference on Trade and Development. Division on Investment and Enterprise. URL: https://investmentpolicyhubold.unctad.org/Download/TreatyFile/3455 (дата обращения: 01 мая 2019 г.). Art. 8.7. [↑](#footnote-ref-14)
15. Banifatemi Y. Taking into account control under denial of Benefits Clauses// Jurisdiction in Investment Treaty Arbitration. – International Arbitration Institute Series No. 8. P. 234. [↑](#footnote-ref-15)
16. Dolzer R., Schreuer C. Principles of international investment law. – Oxford University Press, 2012. P. 55. [↑](#footnote-ref-16)
17. Grabowski A. The definition of investment under the ICSID Convention: A defense of Salini // Chi. J. Int'l L. – 2014. – Т. 15. – P. 290. [↑](#footnote-ref-17)
18. Dolzer R., Schreuer C. Principles of international investment law. – Oxford University Press, 2012. – P. 1303. [↑](#footnote-ref-18)
19. Legum B. Defining investment and investor: who is entitled to claim? //Arbitration International. – 2006. – Т. 22. – №. 4. – P. 7. [↑](#footnote-ref-19)
20. Yannaca-Small C., Liberti L., International investment law: understanding concepts and tracking innovations //The Organisation for Economic Co-operation and Development. – 2008. – P. 10. [↑](#footnote-ref-20)
21. Yannaca-Small C., Liberti L., International investment law: understanding concepts and tracking innovations //The Organisation for Economic Co-operation and Development. – 2008. – P. 18. [↑](#footnote-ref-21)
22. Yannaca-Small C., Liberti L., International investment law: understanding concepts and tracking innovations //The Organisation for Economic Co-operation and Development. – 2008. – P. 19. [↑](#footnote-ref-22)
23. Case concerning the Barcelona Traction Light & Power Company (Belgium v. Spain) // I.C.J. Reports. 1970. P.3. [↑](#footnote-ref-23)
24. Case concerning Elettronica Sicula S.p. A. (United States of America v. Italy) // I.C.J. Reports. 1989. P. 15. [↑](#footnote-ref-24)
25. Schreuer C. Shareholder protection in international investment law //URL: http://www. univie. ac. at/intlaw/pdf/csunpublpaper\_2. Pdf (дата обращения–01 мая 2019 г.). – 2005.- P. 125. [↑](#footnote-ref-25)
26. Sinclair A. C. The substance of nationality requirements in investment treaty arbitration //ICSID Review. – 2005. – Т. 20. – №. 2. – P. 358. [↑](#footnote-ref-26)
27. Agreement between the Government of the Hellenic Republic and the Government of the Republic of Cuba on the Promotion and Reciprocal Protection of Investments (18 of June 1996) [Электронный ресурс] // United Nations Conference on Trade and Development. Division on Investment and Enterprise. URL: https://investmentpolicyhubold.unctad.org/Download/TreatyFile/903 (Дата обращения: 01 мая 2019 г.). Art. 1 (3). [↑](#footnote-ref-27)
28. Treaty between the United States of America and Oriental Republic of Uruguay Concerning the Encouragement and Reciprocal Protection of Investment (4 of November 2005) [Электронный ресурс] // United Nations Conference on Trade and Development. Division on Investment and Enterprise. URL: https://investmentpolicyhubold.unctad.org/Download/TreatyFile/2380 (дата обращения: 01 мая 2019 г.). Art. 1. [↑](#footnote-ref-28)
29. Canada model foreign investment protection agreement. 2004. [Электронный ресурс] // United Nations Conference on Trade and Development. Division on Investment and Enterprise. URL: https://investmentpolicyhubold.unctad.org/Download/TreatyFile/2820 (дата обращения: 01 мая 2019 г.). Art. 1. [↑](#footnote-ref-29)
30. Energy Charter Treaty (17th of December 1994) [Электронный ресурс] // United Nations Conference on Trade and Development. Division on Investment and Enterprise. URL: https://investmentpolicyhubold.unctad.org/Download/TreatyFile/2427 (дата обращения: 01 мая 2019 г.). Art. 1(7)(a)(ii). [↑](#footnote-ref-30)
31. Multilateral agreement on investment (Draft consolidated text). Negotiating Group on ultilateral agreement on investment. (28th of April 1998) [Электронный ресурс] // Organization for Economic Co-operation and Development. URL: http://www1.oecd.org/daf/mai/pdf/ng/ng987r1e.pdf (дата обращения: 01 мая 2019 г.). Art 2. [↑](#footnote-ref-31)
32. Yannaca-Small C., Liberti L., International investment law: understanding concepts and tracking innovations //The Organisation for Economic Co-operation and Development. – 2008. – p.20 [↑](#footnote-ref-32)
33. Yannaca-Small C., Liberti L., International investment law: understanding concepts and tracking innovations //The Organisation for Economic Co-operation and Development. – 2008. – p.20 [↑](#footnote-ref-33)
34. Agreement between the Government of the United Kingdom of Great Britain and Northern Island and the Government of the Republic of El Salvator for the Promotion and Protection of Investments (14th of October 1999) [Электронный ресурс] // United Nations Conference on Trade and Development. Division on Investment and Enterprise. URL: https://investmentpolicyhubold.unctad.org/Download/TreatyFile/2921 (дата обращения: 01 мая 2019 г.). Art. 1; Agreement between the Government of the United Kingdom of Great Britain and Northern Island and the Government of the Socialist Republic of Yugoslavia for the Promotion and Protection of Investments (6th of November 2002) [Электронный ресурс] // United Nations Conference on Trade and Development. Division on Investment and Enterprise. URL: https://investmentpolicyhubold.unctad.org/Download/TreatyFile/205 (дата обращения: 01 мая 2019 г.). Art 1. [↑](#footnote-ref-34)
35. Tokios Tokelés v. Ukraine. International Centre for Settlement of Investment Disputes. Case No. ARB/02/18. Decision on Jurisdiction. 29 April 2004. Para. 28. [↑](#footnote-ref-35)
36. Case concerning the Barcelona Traction Light & Power Company (Belgium v. Spain) // I.C.J. Reports. 1970. Para. 56. [↑](#footnote-ref-36)
37. Tokios Tokelés v. Ukraine. International Centre for Settlement of Investment Disputes. Case No. ARB/02/18. Decision on Jurisdiction. 29 April 2004. Para. 55. [↑](#footnote-ref-37)
38. Saluka Investments B.V. v. The Czech Republic. Partial Award. 17 March 2006. Para. 240-241. [↑](#footnote-ref-38)
39. Muchlinski P. The Diplomatic Protection of Foreign Investors: a Tale of Judicial Caution // International Investment Law for the 21st Century. Essays in Honour of Christoph Schreuer. Oxford: Oxford University Press. 2009. P. 349. [↑](#footnote-ref-39)
40. Staker C. Diplomatic protection of private business companies: determining corporate personality for international law purposes //British Yearbook of International Law. – 1991. – Т. 61. – №. 1. – P. 161. [↑](#footnote-ref-40)
41. Agreement between the People’s Republic of China and the Federal Republic of Germany on the Encouragement and Reciprocal Protection of Investments (1 of December 2003) [Электронный ресурс] // United Nations Conference on Trade and Development. Division on Investment and Enterprise. URL: https://investmentpolicyhubold.unctad.org/Download/TreatyFile/736 (дата обращения: 01 мая 2019 г.). Art. 1 (2)(a); Treaty between the Federal Republic of Germany and the Co-operative Republic of Guyana concerning the Encouragement and Reciprocal Protection of Investments (6 of December 1989) [Электронный ресурс] // United Nations Conference on Trade and Development. Division on Investment and Enterprise. URL: https://investmentpolicyhubold.unctad.org/Download/TreatyFile/1335 (дата обращения: 01 мая 2019 г.). Art. 1 (4)(a). [↑](#footnote-ref-41)
42. Agreement between the Swiss Federal Council and the Government of the Republic of Latvia on the Promotion and Reciprocal Protection of Investments (22 of December 1992) [Электронный ресурс] // United Nations Conference on Trade and Development. Division on Investment and Enterprise. URL: https://investmentpolicyhubold.unctad.org/Download/TreatyFile/1879 (дата обращения: 01 мая 2019 г.). Art. 1(2)(b);

    Agreement between the Swiss Confederation and the Republic of Lithuania on the Promotion and Reciprocal Protection of Investments (23 of December 1992) [Электронный ресурс] // United Nations Conference on Trade and Development. Division on Investment and Enterprise. URL: https://investmentpolicyhubold.unctad.org/Download/TreatyFile/1925 (дата обращения: 01 мая 2019 г.). Art. 1(2)(b);

    Agreement between the Government of Sweden and the Government of Morocco on the Promotion and Reciprocal Protection of Investments (26 of September 1990) [Электронный ресурс] // United Nations Conference on Trade and Development. Division on Investment and Enterprise. URL: https://investmentpolicyhubold.unctad.org/Download/TreatyFile/195 (дата обращения: 01 мая 2019 г.). 1(3)(a). [↑](#footnote-ref-42)
43. Agreement between the People’s Republic of China and the Federal Republic of Germany on the Encouragement and Reciprocal Protection of Investments (1 of December 2003). Art. 1 (2)(b). [↑](#footnote-ref-43)
44. Treaty between the Government of the France Republic and the Republic of Singapore on the Promotion and Protection of Investments (8 of September 1975) [Электронный ресурс] // United Nations Conference on Trade and Development. Division on Investment and Enterprise. URL: https://investmentpolicyhubold.unctad.org/Download/TreatyFile/1277 (дата обращения: 01 мая 2019 г.). Art. 1 (2). [↑](#footnote-ref-44)
45. Agreement between the Republic of Italy and State of Libya on Promotion and Protection of Investments (13 of December 2000) [Электронный ресурс] // United Nations Conference on Trade and Development. Division on Investment and Enterprise. URL: https://investmentpolicyhubold.unctad.org/Download/TreatyFile/1277 (дата обращения: 01 мая 2019 г.). Art. 1 (3). [↑](#footnote-ref-45)
46. Association of South-East Asian Nations Agreement for the Promotion and Protection of Investments (24 of February 1976) [Электронный ресурс] // United Nations Conference on Trade and Development. Division on Investment and Enterprise. URL: https://investmentpolicyhubold.unctad.org/Download/TreatyFile/5554 (дата обращения: 01 мая 2019 г.). Art. 1 (1). [↑](#footnote-ref-46)
47. The Agreement between the Government of the United Kingdom and Norther Ireland and the Republic of the Philippines for the Promotion and Protection of Investments (3 of December 1980). [Электронный ресурс] // United Nations Conference on Trade and Development. Division on Investment and Enterprise. URL: https://investmentpolicyhubold.unctad.org/Download/TreatyFile/2178 (дата обращения: 01 мая 2019 г.). Art. 1 (4). [↑](#footnote-ref-47)
48. Agreement between the Belgo-Luxenburg Economic Union and the Republic of Croatia on the Reciprocal Promotion and Protection of Investments (31 of October 2001) [Электронный ресурс] // United Nations Conference on Trade and Development. Division on Investment and Enterprise. URL: https://investmentpolicyhubold.unctad.org/Download/TreatyFile/348 (дата обращения: 01 мая 2019 г.). Art. 1(2). [↑](#footnote-ref-48)
49. Benchmark Definition of Foreign Direct Investment. Organization for Economic Cooperation and Development. Benchmark Definition of Foreign Direct Investment, 4th Edition, Paris. 1996. – P. 486. [↑](#footnote-ref-49)
50. Klöckner Industrie – Anlagen GmbH and others v. United Republic of Cameroon and Société Camerounaise des Engrais. International Centre for Settlement of Investment Disputes. Case No. ARB/81/2. Decision on Annulment. 3 May 1985. p. 145. [↑](#footnote-ref-50)
51. International Thunderbird Gaming Corporation v. United Mexican States. NAFTA Arbitral Tribunal. Award. 26 January 2006. Para. 180. [↑](#footnote-ref-51)
52. Vacuum Salt Products Ltd. v. Republic of Ghana. International Centre for Settlement of Investment Disputes. Case No. ARB/92/1. Award. 16 February 1994. Para. 2. [↑](#footnote-ref-52)
53. Convention on the Settlement of Investment Disputes between States and Nationals of Other States (14 of October 19966) [Электронный ресурс] // United Nations Conference on Trade and Development. Division on Investment and Enterprise. URL: [Электронный ресурс] // United Nations Conference on Trade and Development. Division on Investment and Enterprise. URL: https://investmentpolicyhubold.unctad.org/Download/TreatyFile/3434 (дата обращения: 01 мая 2019 г.). Art. 25 (2)(b). [↑](#footnote-ref-53)
54. Vacuum Salt Products Ltd. v. Republic of Ghana. International Centre for Settlement of Investment Disputes. Case No. ARB/92/1. Award. 16 February 1994. Para. 36 [↑](#footnote-ref-54)
55. Amerasinghe C. F. Jurisdiction ratione personae under the Convention on the Settlement of Investment Disputes between States and Nationals of Other States //British Yearbook of International Law. – 1976. – Т. 47. – №. 1. – P. 227, 264-65 [↑](#footnote-ref-55)
56. Agreement on Encouragement and Reciprocal Protection of Investments between the Kingdom of Netherlands and the Republic of Bolivia (10 of March 1992) [Электронный ресурс] // United Nations Conference on Trade and Development. Division on Investment and Enterprise. URL: https://investmentpolicyhubold.unctad.org/Download/TreatyFile/457 (дата обращения: 01 мая 2019 г.). Art. 1(b) (iii). [↑](#footnote-ref-56)
57. 32. Aguas de Tunari v. Bolivia. International Centre for Settlement of Investment Disputes. Case No. ARB/02/03. Decision on Jurisdiction. 21 October 2005. P. 207. [↑](#footnote-ref-57)
58. Aguas de Tunari v. Bolivia. International Centre for Settlement of Investment Disputes. Case No. ARB/02/03. Decision on Jurisdiction. 21 October 2005. P. 209. [↑](#footnote-ref-58)
59. Aguas de Tunari v. Bolivia. International Centre for Settlement of Investment Disputes. Case No. ARB/02/03. Decision on Jurisdiction. 21 October 2005. P. 332. [↑](#footnote-ref-59)
60. Agreement between the Russian Federation and United States of America on Promotion and Reciprocal Protection of Investments (17 of June 1992) [Электронный ресурс] // United Nations Conference on Trade and Development. Division on Investment and Enterprise. URL: https://investmentpolicyhubold.unctad.org/Download/TreatyFile/2236 (дата обращения: 01 мая 2019 г.). Art. 1.1(c). [↑](#footnote-ref-60)
61. Franz Sedelmayer v. The Russian Federation. Stockholm Chamber of Commerce. Award. 7 July 1998. Para. 2.1.1. [↑](#footnote-ref-61)
62. Franz Sedelmayer v. The Russian Federation. Stockholm Chamber of Commerce. Award. 7 July 1998 Para. 2.1.5. [↑](#footnote-ref-62)
63. Franz Sedelmayer v. The Russian Federation. Stockholm Chamber of Commerce. Award. 7 July 1998 Para. 2.1.6. [↑](#footnote-ref-63)
64. Waste Management, Inc. v. United Mexican States. International Centre for Settlement of Investment Disputes. Case No. ARB(AF)/00/3. Final Award. 30 April 2004. Para. 80. [↑](#footnote-ref-64)
65. Dolzer R., Stevens M. Bilateral investment treaties. – Martinus Nijhoff Publishers, 1995. – P. 41. [↑](#footnote-ref-65)
66. Lee E. Treaty Shopping in International Investment Arbitration: How often has it occurred and how has it been perceived by tribunals? Working Paper Series No. 15-167 - Department of International Development-LSE. 2015. – P. 23. [↑](#footnote-ref-66)
67. Vandevelde K. J. US international investment agreements. – Oxford University Press, 2009. – P. 105. [↑](#footnote-ref-67)
68. См. напр.: Treaty of Friendship, Commerce and Navigation United States of America and the Republic of China (4 of November 1946) [Электронный ресурс] // United Nations Conference on Trade and Development. Division on Investment and Enterprise: https://investmentpolicyhubold.unctad.org/Download/TreatyFile/450 (дата обращения: 01 мая 2019 г.).; Treaty of Amity and Economic Relations between the United States of America and Ethiopia (7 of September 1951) [Электронный ресурс] // United Nations Conference on Trade and Development. Division on Investment and Enterprise. URL: https://investmentpolicyhubold.unctad.org/Download/TreatyFile/356 (дата обращения: 01 мая 2019 г.). [↑](#footnote-ref-68)
69. Mistelis L. A., Baltag C. M. Denial of Benefits and Article 17 of the Energy Charter Treaty // Penn St. L. Rev. – 2008. – Т. 113. – P. 1302. [↑](#footnote-ref-69)
70. Vandevelde K. J. US international investment agreements. – Oxford University Press, 2009. – P. 148. [↑](#footnote-ref-70)
71. United States of America model bilateral investment treaty. 2004. [Электронный ресурс] // United Nations Conference on Trade and Development. Division on Investment and Enterprise: [Электронный ресурс] // United Nations Conference on Trade and Development. Division on Investment and Enterprise. URL: https://investmentpolicyhubold.unctad.org/Download/TreatyFile/457 (дата обращения: 01 мая 2019 г.). Art. 17(1). [↑](#footnote-ref-71)
72. Babifatemi Y. Taking into account control under denial of Benefits Clauses// Jurisdiction in Investment Treaty Arbitration. – International Arbitration Institute Series No. 8. P. 223. [↑](#footnote-ref-72)
73. Tokios Tokelés v. Ukraine. International Centre for Settlement of Investment Disputes. Case No. ARB/02/18. Decision on Jurisdiction. 29 April 2004. Para. 36. [↑](#footnote-ref-73)
74. Mistelis L. A., Baltag C. M. Denial of Benefits and Article 17 of the Energy Charter Treaty //Penn St. L. Rev. – 2008. – Т. 113. – Pp. 1306-1307. [↑](#footnote-ref-74)
75. Agreement for the Promotion and Protection of Investments between the Republic of Colombia and the Republic of India (10 of November 2009) [Электронный ресурс] // United Nations Conference on Trade and Development. Division on Investment and Enterprise. URL: https://investmentpolicyhubold.unctad.org/Download/TreatyFile/796 (дата обращения: 01 мая 2019 г.). Art. 1.1 (b). [↑](#footnote-ref-75)
76. North American Free Trade Agreement (17 of December 1992) [Электронный ресурс] // United Nations Conference on Trade and Development. Division on Investment and Enterprise. URL: https://investmentpolicyhubold.unctad.org/Download/TreatyFile/1012 (дата обращения: 01 мая 2019 г.). Art. 1113. [↑](#footnote-ref-76)
77. Association of Southeast Asian Nations Comprehensive Investment Agreement (29 of March 2012) [Электронный ресурс] // United Nations Conference on Trade and Development. Division on Investment and Enterprise. URL: https://investmentpolicyhubold.unctad.org/Download/TreatyFile/3095 (дата обращения: 01 мая 2019 г.). Art. 19. [↑](#footnote-ref-77)
78. Ramachanderan R. Enabling Retrospective Application of the Denial of Benefits Clause: an Analysis of Decisions of Tribunals Under the Energy Charter Treaty //U. Miami Int'l & Comp. L. Rev. – 2018. – Т. 26. – P. 214. [↑](#footnote-ref-78)
79. Energy Charter Treaty (17 of December 1991). Art.17 (1). [↑](#footnote-ref-79)
80. Plama Consortium Limited v. Republic of Bulgaria. International Centre for Settlement of Investment Disputes. Case No. ARB/03/24. Decision on Jurisdiction. 8 February 2005. Para. 157. [↑](#footnote-ref-80)
81. Plama Consortium Limited v. Republic of Bulgaria. International Centre for Settlement of Investment Disputes. Case No. ARB/03/24. Decision on Jurisdiction. 8 February 2005. Para. 162. [↑](#footnote-ref-81)
82. Yukos Universal Limited (Isle of Man) v. The Russian Federation. Permanent Court of Arbitration. Case No. AA 22. Interim Award on Jurisdiction and Admissibility. 30 November 2009. Para. 456. [↑](#footnote-ref-82)
83. Liman Caspian Oil BV and NCL Dutch Investment BV v. Republic of Kazakhstan. International Centre for Settlement of Investment Disputes. Case No. ARB/07/14. Award. 11 June 2010. Para. 226. [↑](#footnote-ref-83)
84. Khan Resources Inc., Khan Resources B.V., and Cauc Holding Company Ltd. v. The Government of Mongolia. Permanent Court of Arbitration. Decision on Jurisdiction. 25 June 2012. Para. 426. [↑](#footnote-ref-84)
85. Ramachanderan R. Enabling Retrospective Application of the Denial of Benefits Clause: an Analysis of Decisions of Tribunals Under the Energy Charter Treaty //U. Miami Int'l & Comp. L. Rev. – 2018. – Т. 26. – P. 224. [↑](#footnote-ref-85)
86. Banifatemi Y. Taking into account control under denial of Benefits Clauses// Jurisdiction in Investment Treaty Arbitration. – International Arbitration Institute Series No. 8. P. 250. [↑](#footnote-ref-86)
87. Shore L. The Jurisdiction Problem in Energy Charter Treaty Claims //Oil, Gas & Energy Law Journal (OGEL). – 2008. – Т. 6. – №. 3. – P. 63. [↑](#footnote-ref-87)
88. Banifatemi Y. Taking into account control under denial of Benefits Clauses// Jurisdiction in Investment Treaty Arbitration. – International Arbitration Institute Series No. 8. 254 p.; Badini A. A. Denial of Benefits-Practical Lessons for States and Investors from the Pac Rim Arbitration //YB on Int'l Arb. – 2013. – Т. 3. – 296 p.; Pinto D. Is the retrospective exercise of the ‘denial of benefits’ clause contrary to the investor’s legitimate expectations under the Energy Charter Treaty? Maastrict University Working Paper. – 2016. – P. 12. [↑](#footnote-ref-88)
89. Sornarajah M. The international law on foreign investment. – Cambridge University Press, 2017. – P. 88. [↑](#footnote-ref-89)
90. Mistelis L. A., Baltag C. M. Denial of Benefits and Article 17 of the Energy Charter Treaty //Penn St. L. Rev. – 2008. – Т. 113. – P. 91. [↑](#footnote-ref-90)
91. The Central America – Dominican Republic – United States Free Trade Agreement (5 of August 2005). Art. 10.12 (2). [↑](#footnote-ref-91)
92. Pac Rim Cayman LLC v. Republic of El Salvador. International Centre for Settlement of Investment Disputes. Case No. ARB/09/12. Decision on the Respondent's Jurisdictional Objections. 1 June 2012. Para. 4.41. [↑](#footnote-ref-92)
93. Pac Rim Cayman LLC v. Republic of El Salvador. International Centre for Settlement of Investment Disputes. Case No. ARB/09/12. Decision on the Respondent's Jurisdictional Objections. 1 June 2012. Para. 4. P. 85. [↑](#footnote-ref-93)
94. Guaracachi America, Inc. and Rurelec PLC v. The Plurinational State of Bolivia. Permanent Court of Arbitration. Case No. 2011-17. Award. 31 January 2014. Para. 381. [↑](#footnote-ref-94)
95. Chalker J. Making the Energy Charter Treaty Too Investor Friendly: Plama Consortium Limited v. the Republic of Bulgaria //Transnational Dispute Management (TDM). – 2006. – Т. 3. – №. 5. – P. 17. [↑](#footnote-ref-95)
96. Franklin A. Treaty Shopping and Denial of Benefits Clauses-What Investors Should Know [Электронный ресурс] // SSRN. URL: https://ssrn.com/abstract=3161829 (дата обращения: 01 мая 2019 г.). [↑](#footnote-ref-96)
97. Behlman J. Out on a Rim: Pacific Rim's Venture Into CAFTA's Denial of Benefits Clause //U. Miami Inter-Am. L. Rev. – 2013. – Т. 45. – P. 406. [↑](#footnote-ref-97)
98. Protocol to the Treaty between the United States of America -Arab Republic of Egypt concerning the Reciprocal Encouragement and Protection of Investments (11 of March 1986) [Электронный ресурс] // United Nations Conference on Trade and Development. Division on Investment and Enterprise. URL: https://investmentpolicyhubold.unctad.org/Download/TreatyFile/1123 (дата обращения: 01 мая 2019 г.). Para. 1. [↑](#footnote-ref-98)
99. Ampal-American Israel Corporation v. Arab Republic of Egypt. International Centre for Settlement of Investment Disputes. Case No. ARB/12/11. Decision on jurisdiction. 1 February 2016. P. 162. [↑](#footnote-ref-99)
100. Yannaca-Small K. (ed.). Arbitration under international investment agreements: A guide to the key issues. – Oxford University Press on Demand, 2010. – P. 46. [↑](#footnote-ref-100)
101. Plama Consortium Limited v. Republic of Bulgaria. International Centre for Settlement of Investment Disputes. Case No. ARB/03/24. Decision on Jurisdiction. 8 February 2005. Paras. 32-33. [↑](#footnote-ref-101)
102. Energy Charter Treaty (17 of December 1991). Art.17 (1). [↑](#footnote-ref-102)
103. Plama Consortium Limited v. Republic of Bulgaria. International Centre for Settlement of Investment Disputes. Case No. ARB/03/24. Decision on Jurisdiction. 8 February 2005. Para. 149. [↑](#footnote-ref-103)
104. Yukos Universal Limited (Isle of Man) v. The Russian Federation. Permanent Court of Arbitration. Case No. AA 22. Interim Award on Jurisdiction and Admissibility. 30 November 2009. Para. 456. [↑](#footnote-ref-104)
105. Anatolie Stati, Gabriel Stati, Ascom Group SA and Terra Raf Trans Traiding Ltd v. Kazakhstan, Stockholm Chamber of Commerce. Case No. V 116/2010. Award. 19 December 2013. P. 745. [↑](#footnote-ref-105)
106. Khan Resources Inc., Khan Resources B.V., and Cauc Holding Company Ltd. v. The Government of Mongolia. Permanent Court of Arbitration. Decision on Jurisdiction. 25 June 2012. Para. 411. [↑](#footnote-ref-106)
107. The Central America – Dominican Republic – United States Free Trade Agreement (5 of August 2005) [Электронный ресурс] // United Nations Conference on Trade and Development. Division on Investment and Enterprise URL: https://investmentpolicyhubold.unctad.org/Download/TreatyFile/2693 (дата обращения: 01 мая 2019 г.). Art. 10.12 (2). [↑](#footnote-ref-107)
108. Pac Rim Cayman LLC v. Republic of El Salvador. International Centre for Settlement of Investment Disputes. Case No. ARB/09/12. Decision on the Respondent's Jurisdictional Objections. 1 June 2012. Para. 4.60. [↑](#footnote-ref-108)
109. Ulysseas, Inc. v. The Republic of Ecuador. Permanent Court of Arbitration. Case No. ARB/05/9. Interim Award. 28 September 2010. Para. 74. [↑](#footnote-ref-109)
110. Mistelis L. A., Baltag C. M. Denial of Benefits and Article 17 of the Energy Charter Treaty //Penn St. L. Rev. – 2008. – Т. 113. – 1318 p. [↑](#footnote-ref-110)
111. Gaillard, Emmanuel, McNeill, Mark: The Energy Charter Treaty, in: Arbitration Under International Agreements, A Guide to the Key Issues, 2010, Oxford University Press. – 51 p. [↑](#footnote-ref-111)
112. Shore L. The Jurisdiction Problem in Energy Charter Treaty Claims //Oil, Gas & Energy Law Journal (OGEL). – 2008. – Т. 6. – №. 3. – 63; Chalker J. Making the Energy Charter Treaty Too Investor Friendly: Plama Consortium Limited v. the Republic of Bulgaria //Transnational Dispute Management (TDM). – 2006. – Т. 3. – №. 5. – P. 15. [↑](#footnote-ref-112)
113. Grabowski A. The definition of investment under the icsid Convention: A defense of Salini //Chi. J. Int'l L. – 2014. – Т. 15. – P. 290. [↑](#footnote-ref-113)
114. Ramachanderan R. Enabling Retrospective Application of the Denial of Benefits Clause: an Analysis of Decisions of Tribunals Under the Energy Charter Treaty //U. Miami Int'l & Comp. L. Rev. – 2018. – Т. 26. – P. 211. [↑](#footnote-ref-114)
115. Limited Liability Company Amto v. Ukraine. Stockholm Chamber of Commerce. Case No. 080/2005. Final Award. 26 Mach 2008. Para. 70. [↑](#footnote-ref-115)
116. Pac Rim Cayman LLC v. Republic of El Salvador, ICSID Case No. ARB/09/12 Decision on the Respondent's Jurisdictional Objections. Para. 4.75. [↑](#footnote-ref-116)
117. Banifatemi Y. Taking into account control under denial of Benefits Clauses// Jurisdiction in Investment Treaty Arbitration. – International Arbitration Institute Series No. 8. P. 237. [↑](#footnote-ref-117)
118. Banifatemi Y. Taking into account control under denial of Benefits Clauses// Jurisdiction in Investment Treaty Arbitration. – International Arbitration Institute Series No. 8. P. 237. [↑](#footnote-ref-118)
119. Vandevelde K. J. US international investment agreements. – Oxford University Press, 2009. – P. 395. [↑](#footnote-ref-119)
120. Association of Southeast Asian Nations Comprehensive Investment Agreement (29 of March 2012). Art. 19. [↑](#footnote-ref-120)
121. Plama Consortium Limited v. Republic of Bulgaria. International Centre for Settlement of Investment Disputes. Case No. ARB/03/24. Decision on Jurisdiction. 8 February 2005. Para 445. [↑](#footnote-ref-121)
122. Yukos Universal Limited (Isle of Man) v. The Russian Federation. Permanent Court of Arbitration. Case No. AA 22. Interim Award on Jurisdiction and Admissibility. 30 November 2009. Para. 555. [↑](#footnote-ref-122)
123. Ulysseas, Inc. v. The Republic of Ecuador. Permanent Court of Arbitration. Case No. ARB/05/9. Interim Award. 28 September 2010. Para. 184-188. [↑](#footnote-ref-123)