

# Denial of Benefits Clause and its Role in Limiting Nationality Planning in Investment Arbitration Precedent

(Type of Paper: Research Article)

Pouria Askary<sup>1</sup>, Niloofer Saeedi<sup>1\*</sup>

## Abstract

Large numbers of investment treaties and variety in their content have encouraged many investors to search for a desirable treaty and access such treaty with strategic change of nationality. This process called nationality planning increases investors protected under the treaty and the possibility of disputes against host state. Including Denial of Benefits clause is one of the solutions of states for limiting third state or host state investors' strategic access to treaty. This clause can potentially deprive third state investors from treaty. Although, using this clause depends on various procedural and substantive requirements. Because of that it is important to assess, by analyzing investment treaties and arbitration judgements, how arbitrations interpret procedural and substantive requirements of DOB and the impact of this interpretation on limiting Nationality Planning? Treaties and judgments analysis indicates that formulation of DOB caluses doesn't include different forms of Nationality Planning and also, arbitration interpretations of this clause, usually, makes it difficult for host states to apply it successfully.

## Keywords

Nationality Planning, Denial of Benefits Clause, Bilateral Investment Treaty, Foreign Investment Arbitration.

---

1. Associate Prof., Department of Public and International Law, Faculty of Law and Political Science, Allameh Tabataba'i University, Tehran, Iran. Email: p.askari@atu.ac.ir

2. Ph.D. Student in Public International Law, Faculty of Law and Political Science, Allameh Tabataba'i University, Tehran, Iran (Corresponding Author). Email: niloofer.saeedi1991@gmail.com

Received: February 5, 2021 - Accepted: November 8, 2021



This is an Open Access article distributed under the terms of the Creative Commons Attribution 4.0 International, which permits others to download this work, share it with others and Adapt the material for any purpose.

## شرط انکار منافع و اثر آن در مقابله با برنامه‌ریزی تابعیت

### در رویه داوری سرمایه‌گذاری

(نوع مقاله: علمی - پژوهشی)

پوریا عسکری<sup>۱</sup>، نیلوفر سعیدی<sup>۲\*</sup>

#### چکیده

تعداد زیاد معاهده‌های سرمایه‌گذاری و تنوع در محتوای آنها، موجب شده است سرمایه‌گذاران خارجی به جست‌وجوی معاهده مطلوب بپردازند و با تغییر راهبردی تابعیت، از حمایت‌های چنین معاهده‌ای بهره‌مند شوند. این فرایند که برنامه‌ریزی تابعیت نام دارد، موجب افزایش سرمایه‌گذاران مشمول معاهده می‌شود و احتمال طرح دعاوی علیه دولت میزبان را افزایش می‌دهد. یکی از راهکارهای دولت‌ها برای مقابله با دسترسی گزینشی سرمایه‌گذاران تبعه دولت‌های ثالث یا دولت میزبان به معاهده، درج شرط انکار منافع است. این شرط به صورت بالقوه از قابلیت محروم ساختن سرمایه‌گذاران دولت‌های ثالث از معاهده برخوردار است. هرچند استفاده از آن منوط به تحقق شرایط شکلی و ماهوی گوناگونی است. از این رو لازم است، با بررسی معاهده‌های سرمایه‌گذاری و رویه مراجع داوری، به این پرسش بپردازیم که مراجع داوری چگونه شرایط شکلی و ماهوی شرط انکار منافع را تفسیر می‌کند و این تفسیر چه اثری در مقابله با اشکال گوناگون برنامه‌ریزی تابعیت خواهد داشت؟ بررسی معاهده‌ها و آرا حاکم از آن است که نحوه نگارش این شرط از یک سو به گونه‌ای است که جامع تمامی اشکال برنامه‌ریزی تابعیت نیست و از سوی دیگر، اغلب تفسیر مراجع داوری از این شرط، امکان توسل به آن را برای دولت میزبان دشوار می‌سازد.

#### کلیدواژگان

برنامه‌ریزی تابعیت، داوری سرمایه‌گذاری خارجی، شرط انکار منافع، معاهده دوجانبه سرمایه‌گذاری.

۱. دانشیار، گروه حقوق عمومی و بین‌الملل، دانشکده حقوق و علوم سیاسی، دانشگاه علامه طباطبائی، تهران، ایران.

Email: pouria.askary@gmail.com

۲. دانشجوی دکتری حقوق بین‌الملل عمومی، دانشکده حقوق و علوم سیاسی، دانشگاه علامه طباطبائی، تهران،

Email: niloofar.saeedi1991@gmail.com

ایران (نویسنده مسئول).

تاریخ دریافت: ۱۳۹۹/۱۱/۱۷ - تاریخ پذیرش: ۱۴۰۰/۰۸/۱۷

## مقدمه

برنامه‌ریزی تابعیت<sup>۱</sup> به تغییر راهبردی تابعیت از سوی سرمایه‌گذار اشاره دارد که با هدف برخورداری از شرط تابعیت مقرر در معاهده سرمایه‌گذاری موردنظر صورت می‌گیرد. با این اقدام، سرمایه‌گذار مشمول حمایت معاهده‌ای می‌شود که در غیر این صورت به آن دسترسی نداشت. اگرچه در بسیاری از موارد برنامه‌ریزی تابعیت اقدامی موجه از سوی سرمایه‌گذار در جریان طراحی سرمایه‌گذاری است، در عمل می‌تواند زمینه را برای دسترسی دامنه وسیعی از سرمایه‌گذاران اعم از اتباع ثالث یا دولت میزبان به معاهده‌های سرمایه‌گذاری فراهم آورد؛ درحالی‌که علی‌الاصول این معاهده‌ها برای حمایت از چنین سرمایه‌گذارانی تهیه نشده‌اند. افزایش دعاوی طرح‌شده از سوی سرمایه‌گذارانی که با برنامه‌ریزی تابعیت از حمایت‌های شکلی و ماهوی معاهده بهره‌مند شده‌اند، دولت‌ها را بر آن داشته است تا راهکارهایی برای محدود ساختن دسترسی این سرمایه‌گذاران به معاهده بیابند. یکی از این راهکارها درج شرط انکار منافع<sup>۲</sup> در معاهده‌های سرمایه‌گذاری است. این شرط که در معاهده‌های جدید رواج یافته، در دعاوی متعددی از سوی دولت‌ها مورد استناد قرار گرفته است. گمان می‌رفت این شرط بتواند با فراهم آوردن امکان محروم ساختن سرمایه‌گذاران ثالث از دسترسی به معاهده، معاهده را تنها برای سرمایه‌گذارانی که طرفین معاهده به‌واقع قصد حمایت از آنها را دارند، محفوظ نگاه دارد، اما تفاسیر گوناگون مراجع داوری از شرایط شکلی و ماهوی متعدد این شرط و از سوی دیگر اشکال متنوع برنامه‌ریزی تابعیت، این پرسش را مطرح می‌سازد که مراجع داوری چگونه شرایط شکلی و ماهوی شرط انکار منافع را تفسیر می‌کند و این تفسیر چه اثری در مقابله با اشکال گوناگون برنامه‌ریزی تابعیت خواهد داشت؟ در پژوهش حاضر تلاش می‌شود با بررسی معاهده‌ها و رویه داوری سرمایه‌گذاری به این پرسش‌ها پاسخ داده شود.

## برنامه‌ریزی تابعیت

Treaty Shopping بر هرگونه عملیات حقوقی به‌منظور استفاده، کسب یا تغییر تابعیت به‌صورت راهبردی با هدف دسترسی به معاهدات سرمایه‌گذاری مطلوب‌تر دلالت دارد (Baumgartner, 2016: 12). از اصطلاحات گوناگونی مانند «برنامه‌ریزی تابعیت»، «برنامه‌ریزی معاهده»<sup>۳</sup>، «سوءاستفاده از معاهده»<sup>۴</sup> و «خرید معاهده»<sup>۵</sup> برای نامیدن چنین عملیاتی استفاده

1. Nationality Planning

2. Denial of Benefits Clause

3. Treaty Planning

4. Abuse of Treaty

۵. علت استفاده از این اصطلاح این است که در این فرایند گویی سرمایه‌گذار از میان انواع متنوع معاهدات

### شرط انکار منافع و اثر آن در مقابله با برنامه‌ریزی تابعیت... ۳

می‌شود. در حالی که که برخی از این اصطلاحات مانند سوءاستفاده از معاهده دارای بار منفی‌اند و این باور را تقویت می‌کنند که چنین اقدامی از سوی سرمایه‌گذار باید علی‌الاصول ممنوع باشد، دیگر اصطلاحات بر فرایند طبیعی تکیه دارند که سرمایه‌گذار حین طراحی برنامه سرمایه‌گذاری خود طی می‌کند. سرمایه‌گذار از جمله به این دلیل به برنامه‌ریزی تابعیت مبادرت می‌ورزد تا ۱. در جایی که سرمایه‌گذاری مشمول هیچ معاهده‌ای نیست، برخورداری از حمایت را تضمین کند؛ ۲. از حمایت‌های ماهوی خاصی در معاهده به‌خصوصی بهره‌مند شود و ۳. از مقررات شکلی یا سازوکارهای حل‌وفصل اختلاف موجود در معاهده به‌خصوصی برخوردار شود (Gaukrodger & Gordon, 2016: 55).

برنامه‌ریزی تابعیت به روش‌های مختلفی تحقق‌پذیر است. یک روش رایج، ایجاد شرکت یا تغییر در ساختار زنجیره شرکت‌های موجود<sup>۱</sup> از سوی سرمایه‌گذار است. این روش Free Riding نام دارد. گاه سرمایه‌گذار، یک شرکت فرعی تابعه در کشور ثالثی که معاهده سرمایه‌گذاری آن با دولت میزبان مطلوب است، ایجاد می‌کند. این شرکت فرعی تحت کنترل سرمایه‌گذار، مسئول سرمایه‌گذاری اتس و در صورت بروز اختلاف علیه دولت میزبان طرح دعوا خواهد کرد (Lee, 2016: 99). در برخی موارد، شرکت سرمایه‌گذار به‌جای سرمایه‌گذاری مستقیم، یک شرکت را در کشور دلخواه-اعم از ثالث یا میزبان- تأسیس و آن را به زنجیره شرکت‌های خود وارد می‌کند. سرمایه‌گذاری از طریق شرکت جدید صورت می‌گیرد. هنگام بروز اختلاف، هم سرمایه‌گذار و هم شرکت تأسیس‌شده از سوی آن می‌توانند طرح دعوا کنند (Lee, 2016: 99-100). در بسیاری از موارد شرکت‌های ایجادشده برای پیشبرد برنامه‌ریزی تابعیت تنها شرکت‌های صوری هستند که صرفاً مالک سهام هستند و فعالیت اقتصادی واقعی انجام نمی‌دهند.

شیوه دیگر، برنامه‌ریزی تابعیت از سوی تبعه دولت میزبان یا Round Tripping است. در این روش سرمایه‌گذاری که تبعه دولت میزبان است و اساساً به معاهدات سرمایه‌گذاری یا مراجع داوری سرمایه‌گذاری دسترسی ندارد، اقدام به ایجاد یا سرمایه‌گذاری در یک شرکت خارجی مشمول معاهده سرمایه‌گذاری با کشور میزبان می‌کند. در نتیجه، در حالی که سرمایه‌گذار یک شرکت خارجی است، کنترل‌کننده نهایی یا مالک واقعی آن تبعه دولت میزبان است (Sornarajah, 2015: 176).

سومین شیوه، انتقال دعوا<sup>۲</sup> نام دارد. در این شیوه، سرمایه‌گذار-که اغلب مشمول حمایت‌های هیچ معاهده سرمایه‌گذاری با دولت میزبان نیست-، تمام یا بخشی از سرمایه‌گذاری

---

سرمایه‌گذاری موجود که سطوح مختلفی از حمایت را ارائه می‌کنند، معاهده‌ای را که حمایت‌های مطلوب‌تری ارائه می‌کند، خریداری می‌نماید.

1. Corporate structuring or Restructuring  
2. Assignment of Claims

خود در سرزمین دولت میزبان را که در خصوص آن اختلافی به وجود آمده است، به سرمایه‌گذار دیگری که تحت حمایت یک معاهده سرمایه‌گذاری با دولت میزبان است، انتقال می‌دهد. سپس دعوا از سوی سرمایه‌گذار اخیر طرح خواهد شد؛ این شیوه اغلب در جایی که دعوا از قبل میان سرمایه‌گذار نخست و میزبان به وجود آمده است، اما سرمایه‌گذار به دلیل تابعیت خود از حمایت حقوقی مطلوب برای طرح دعوا محروم است، استفاده می‌شود (Oke, 2018: 74).

### شرط انکار منافع و شرایط شکلی و ماهوی آن

امروزه به منظور تعدیل تعاریف گسترده از سرمایه‌گذار در معاهده‌های سرمایه‌گذاری، استفاده از شرط انکار منافع رواج یافته است. نمونه‌های اولیه این شرط در معاهده‌های مودت، بازرگانی و دریانوردی ایالات متحده پس از جنگ جهانی دوم درج شد. بر این اساس، طرفین می‌توانستند مزایا یا منافع معاهده را از شرکت‌هایی که تحت مالکیت یا کنترل کشورهای ثالث است، سلب کنند. سپس این شرط در معاهده‌های دو یا چندجانبه سرمایه‌گذاری رواج یافت (Feldman, 2012: 293-294).

شروط انکار منافع مندرج در معاهدات عموماً با عبارات مشابهی نگارش می‌شوند. در بیشتر موارد، شرط انکار منافع مقرر می‌کند که: «۱. یکی از طرفین می‌تواند منافع این معاهده را نسبت به شرکت سرمایه‌گذار طرف دیگر و سرمایه آن انکار کند، اگر آن شرکت تحت مالکیت یا کنترل سرمایه‌گذاران کشوری غیر از اعضای این معاهده (ثالث) باشد و طرف انکارکننده منافع: الف) با آن دولت ثالث روابط دیپلماتیک نداشته باشد یا ب) نسبت به آن دولت ثالث اقداماتی را اتخاذ کرده که معامله با شرکت طبق آن ممنوع است یا در صورت بهره‌مندی شرکت از این معاهده، به این اقدامات خدشه وارد می‌شود؛ ۲. منوط به اخطار قبلی و مشورت، یکی از طرفین می‌تواند منافع این معاهده را نسبت به شرکت سرمایه‌گذار طرف دیگر انکار کند، اگر شرکت تحت مالکیت یا کنترل سرمایه‌گذاران ثالث بوده و هیچ فعالیت اقتصادی واقعی در سرزمین طرف دیگر نداشته باشد» (Morocco-Japan BIT, 2020: 20).

در برخی معاهدات سرمایه‌گذاری شرط انکار منافع به شکلی نگارش یافته است که گویا منحصرأً مقابله با برنامه‌ریزی تابعیت را مدنظر دارد. برای نمونه در معاهده هنگ‌کنگ و امارات مقرر شده است که «یکی از طرفین می‌تواند در هر زمان منافع این معاهده را نسبت به سرمایه‌گذار طرف دیگر و سرمایه آن انکار کند اگر: الف) هدف اصلی از کسب وضعیت سرمایه‌گذار طرف دیگر بهره‌مندی از منافع این معاهده برای یک اختلاف موجود در زمان برنامه‌ریزی تابعیت باشد که در غیر این صورت سرمایه‌گذار از آن (معاهده) بهره‌مند نمی‌شود...» (Hong Kong-UAE BIT, 2019: 11). معاهده میان بلاروس و هند نیز مقرر می‌کند که هریک از طرفین می‌تواند منافع معاهده را نسبت به «سرمایه‌گذاری یا سرمایه‌گذار طرف دیگر که صرفاً به هدف اولیه دسترسی به مکانیزم حل‌وفصل اختلاف این معاهده ایجاد شده» انکار کند (Belarus-India BIT, )

## شرط انکار منافع و اثر آن در مقابله با برنامه‌ریزی تابعیت... ۵

35: 2018). در حالی که برخی شروط انکار منافع تنها امکان سلب حمایت معاهده از سرمایه‌گذاران کشور ثالث را در بردارد، برخی دیگر اتباع میزبان را نیز شامل می‌شوند. در معاهده میان ارمنستان و سنگاپور امکان انکار منافع را نسبت به شرکتی که در سرزمین طرف دیگر معاهده فعالیت اقتصادی واقعی ندارد و تحت مالکیت یا کنترل اتباع کشورهای ثالث یا «کشور انکارکننده» است، مجاز می‌داند (Armenia-Singapore BIT, 2019: 2.13).

اگرچه برنامه‌ریزی تابعیت به‌صراحت در موارد مذکور مورد توجه قرار گرفته است، باید توجه داشت که معاهدات اندکی چنین مقرراتی در بردارند. بنابراین اظهارنظر در خصوص کارایی این موارد نادر که هنوز مستند طرفین در دعوی قرار نگرفته، دشوار است. برخی از این موارد فرصت جدیدی برای مقابله با برنامه‌ریزی تابعیت در اختیار دولت خوانده نمی‌گذارند. محدود ساختن امکان انکار منافع نسبت به برنامه‌ریزی تابعیت بعد از بروز اختلاف یا به هدف دسترسی به داوری، آن هم در جایی که برنامه‌ریزی تابعیت در این فروض از طریق اعتراض به صلاحیت زمانی یا ادعای سوءاستفاده از حق قابل پیگیری است، موجب می‌شود دولت خوانده ادعایی را که از طریق سازوکارهای دیگر قابل طرح است، با استناد به شرط انکار منافع طرح کند.<sup>۱</sup> بنابراین در عمل ابزار جدیدی برای مقابله با برنامه‌ریزی تابعیت در اختیار خوانده قرار نمی‌گیرد. از سوی دیگر برخی از این مواد برای مقابله با اشکال گوناگون برنامه‌ریزی تابعیت از جامعیت لازم برخوردار نیستند، زیرا حسب مورد تنها سرمایه‌گذاران غیرمستقیم، برنامه‌ریزی تابعیت از سوی سرمایه‌گذاران ثالث و نه کشور میزبان یا برنامه‌ریزی تابعیت پس از بروز اختلاف را مدنظر قرار می‌دهند.

در مجموع، شرط انکار منافع در معاهدات درج می‌شود تا به هریک از طرفین اجازه دهد منافع معاهده را از سرمایه‌گذاری که تابعیت طرف دیگر معاهده را داراست، اما پیوند اقتصادی واقعی با آن ندارد، سلب کند. از جمله مواردی که حاکی از فقدان پیوند اقتصادی واقعی است عبارت‌اند از: ۱. نبود فعالیت اقتصادی واقعی در سرزمین دولت متبوع برای نمونه، در خصوص شرکت‌های صوری؛ یا ۲. اعمال کنترل اتباع کشور ثالث یا میزبان بر شرکتی که تابعیت طرف دیگر معاهده را داراست (Nikièma, 2012: 12).

۱. مراجع داوری تنها از صلاحیت رسیدگی به اختلافاتی برخوردارند که پس از لازم‌الاجرا شدن معاهده سرمایه‌گذاری مربوطه برای طرفین به وجود آمده باشد. سرمایه‌گذار نیز باید در زمان بروز اختلاف، یک سرمایه‌گذار مشمول معاهده باشد. چنانچه سرمایه‌گذار پس از دستکاری تابعیت، مشمول حمایت‌های یک معاهده شود، نمی‌تواند دعوی پیشین را ذیل معاهده‌ای که پس از برنامه‌ریزی تابعیت بدان دسترسی یافته است، طرح کند. مراجع داوری پس از تعیین تاریخ بروز اختلاف، چنانچه این تاریخ پیش از برنامه‌ریزی تابعیت باشد، دعوا را به دلیل فقدان صلاحیت زمانی رد می‌کنند. افزون بر این اگر هدف سرمایه‌گذار از برنامه‌ریزی تابعیت صرفاً دسترسی به مراجع داوری باشد، این اقدام سوءاستفاده از حق تلقی خواهد شد که از دلایل رد دعواست. برای مطالعه بیشتر ر.ک: Baumgartner, 2016:166-228.

شرط انکار منافع اغلب در معاهداتی کاربرد دارد که تنها معیار محل تأسیس را برای تابعیت اشخاص حقوقی در نظر می‌گیرند. این مسئله در معاهدات ایالات متحده به‌عنوان نخستین کشوری که از شرط انکار منافع استفاده کرد، مورد توجه قرار گرفت و اعلام شد که هدف از درج شرط انکار منافع جلوگیری از هرگونه سوءاستفاده از معیار محل تأسیس است (Oke, 2018: 119). به اعتقاد دالزر و شروتر انکار منافع از راهکارهای مقابله با استراتژی‌هایی است که با کسب تابعیت مطلوب درصدد بهره‌مندی از حمایت معاهده هستند (Dolzer, Schreuer, 2008: 55-56)؛ هرچند صرف درج این شروط در معاهدات سرمایه‌گذاری به معنای موفقیت آنها در مقابله با برنامه‌ریزی تابعیت نیست. شرایط شکلی و ماهوی متعددی برای اعمال شرط انکار منافع در نظر گرفته شده است که اثبات تحقق همگی آنها بعضاً برای دولت خوانده دشوار است. در ادامه، این شروط و تأثیر آنها بر تحقق هدف شرط انکار منافع (مقابله با برنامه‌ریزی تابعیت) ارزیابی خواهد شد.

## ۱. شرایط شکلی انکار منافع

### ۱.۱. مرحله صلاحیتی یا ماهوی؟

یکی از نخستین پرسش‌ها این است که شرط انکار منافع در کدام‌یک از مراحل رسیدگی، صلاحیتی یا ماهوی، قابل استناد است؟ پاسخ به این پرسش را باید در نحوه نگارش این شرط جست‌وجو کرد. اغلب در معاهدات چندجانبه یا موافقت‌نامه‌های تجارت آزاد، این شرط، امکان انکار منافع را نسبت به یک بخش یا فصل معاهده فراهم می‌آورد. در مقابل، شروط انکار منافع مندرج در معاهدات دوجانبه سرمایه‌گذاری، امکان انکار منافع کل معاهده را مقرر می‌نمایند. یکی از دلایل این تفاوت در نحوه نگارش شرط، تفاوت در ساختار معاهدات دوجانبه سرمایه‌گذاری و دیگر معاهدات است. در حالی که معاهدات دوجانبه منحصراً مقررات مربوط به سرمایه‌گذاری خارجی را در بردارند، معاهدات چندجانبه مانند منشور انرژی مباحث متنوع دیگری را پوشش می‌دهند. از این‌رو در این معاهدات شرط انکار منافع تنها به بخشی که به سرمایه‌گذاری می‌پردازد، محدود می‌شود (Oke, 2018: 113).

علاوه بر این تفاوت کلی، اینکه شرط انکار منافع به کدام بخش از معاهده قابل اعمال باشد نیز حائز اهمیت است. برای نمونه ماده ۱۷ منشور انرژی مقرر می‌دارد: «هریک از طرف‌های متعاقد حق انکار منافع مقرر در این بخش را برای خود محفوظ می‌دارد...». بخش مورد اشاره در ماده ۱۷ در بردارنده حمایت‌های ماهوی مقرر در معاهده است. از این‌رو مرجع داور در قضیه Plama علیه بلغارستان با توجه به معنای متداول این ماده، نتیجه گرفت که رسیدگی به امکان استناد به این شرط باید به مرحله ماهوی موکول شود، زیرا ماده ۲۶ معاهده در خصوص حل‌وفصل اختلافات در

## شرط انکار منافع و اثر آن در مقابله با برنامه‌ریزی تابعیت... ۷

فصل پنجم منشور انرژی قرار دارد، در حالی که ماده ۱۷ انکار منافع مقرر در بخش سوم- حمایت‌های ماهوی- را ممکن می‌داند (ICSID, 2005: paras. 147-149). این رویکرد مورد تأیید برخی دیگر از مراجع که بر مبنای منشور انرژی عمل می‌کردند، قرار گرفت. این مراجع معتقدند از آنجا که ماده ۱۷ به تمام منشور انرژی یا بخش پنجم آن ارتباطی ندارد و تنها بخش سه را شامل می‌شود، تفسیر آن نمی‌تواند تعیین کند که آیا مرجع داوری از صلاحیت رسیدگی به ادعاهای خواهان برخوردار است یا خیر (PCA No.228, 2009: para. 497).

به نظر می‌رسد رویکرد کلی مراجع داوری که بر مبنای منشور انرژی رسیدگی می‌کنند این است که اعتراض دولت خواهان مبنی بر اعمال شرط انکار منافع، از جنس اعتراض صلاحیتی نیست. اگرچه مسئله انکار منافع همواره در مراحل اولیه رسیدگی و بعضاً در قالب یک اعتراض صلاحیتی مطرح می‌شود، مراجع داوری هم اغلب در همان مرحله در خصوص امکان انکار منافع تصمیم‌گیری می‌کنند؛ اما در صورت تحقق شرایط آن، دعوا به دلایلی غیر از فقدان صلاحیت رد خواهد شد. رویکرد این دسته از مراجع طبیعتاً به نگرارش شرط انکار منافع در منشور انرژی متکی است. در قضیه Pac Rim علیه السالوادور که بر مبنای موافقت‌نامه تجارت آزاد آمریکای مرکزی (کفتا)<sup>۱</sup> طرح شد، مرجع داوری در این خصوص اعلام داشت: «همان‌طور که صراحتاً در این معاهده ذکر شده است، واضح است که منافع انکار شده از سرمایه‌گذار در ماده ۲,۱۲,۱۰ تمامی منافع اعطاشده به سرمایه‌گذار هم در بخش سرمایه‌گذاری و هم بخش حل و فصل اختلافات را در برمی‌گیرد». در ادامه، مرجع داوری تأکید می‌کند که مسئله صلاحیت ذیل کفتا شبیه به ماده ۱۷ منشور انرژی که دامنه محدودتری دارد، نیست (ICSID, 2012: para. 4.4). در نهایت مرجع داوری اعتراض صلاحیتی خواهان مبنی بر اعمال شرط انکار منافع را پذیرفت و اعلام کرد که از صلاحیت لازم برای رسیدگی برخوردار نیست.

در مراجعی که بر مبنای معاهدات دوجانبه سرمایه‌گذاری به دعوا رسیدگی کرده‌اند، مسئله شکلی یا ماهوی بودن شرط انکار منافع چندان چالش‌برانگیز نبوده است. در قضیه Guaracachi علیه بولیوی، معاهده میان آمریکا و بولیوی، امکان انکار منافع کل معاهده را پیش‌بینی کرده بود. پس از احراز شرایط ماهوی و شکلی انکار منافع که به‌عنوان یک ایراد صلاحیتی از سوی خواننده طرح شده بود، مرجع داوری اعلام کرد که صلاحیت رسیدگی به ادعای خواهان ذیل این معاهده را ندارد (PCA, 2014: para. 384).

### ۱.۲. لزوم اعمال شرط انکار منافع از سوی دولت میزبان

یکی از نخستین مسائل در خصوص اعمال انکار منافع این است که آیا این شرط به‌صورت

1. Central America Free Trade agreement (CAFTA)



خودکار اجرا می‌شود یا لازم است خواننده با اقدام مثبتی آن را اعمال کند. عموماً شروط انکار منافع با عباراتی نگارش می‌یابند که دربردارنده نوعی حق انتخاب برای دولت مربوط برای اعمال این حق یا صرف‌نظر کردن از آن است (Oke, 2018: 265). برای نمونه منشور انرژی مقرر می‌دارد که هریک از طرفها حق اعمال شرط انکار منافع را «برای خود محفوظ می‌دارد» (ECT, 1998: 17). در نفتا از فعل «می‌تواند» در خصوص استفاده از انکار منافع استفاده شده است که دربردارنده نوعی اختیار عمل برای دولت میزبان است (NAFTA, 1994: 1117).

خواننده در قضیه Plama به این نکته اشاره کرد که انکار منافع نیازمند هیچ اقدام دیگری از سوی میزبان نیست و به‌صورت خودکار اجرا می‌شود (ICSID, 2005: para. 154). مرجع داوری ابتدا میان وجود یک حق و اجرای آن تفکیک قائل شد و استدلال کرد که ماده ۱۷ منشور انرژی حقی برای محروم کردن سرمایه‌گذار از منافع بخش سه ایجاد کرده است، اما دولت میزبان الزامی به اعمال این حق ندارد و ممکن است هیچ‌گاه از آن استفاده نکند (ICSID, 2005: para. 155). سپس مرجع داوری با توجه به متن ماده ۱۷ اشاره کرد که اگر استدلال خواننده صحیح باشد، چرا ماده بدین شکل نگارش یافته و از عباراتی که وافی مقصود خواننده باشد استفاده نکرده است؟ (ICSID, 2005: paras. 156). برای نمونه در موافقت‌نامه چارچوب خدمات آسه.آن طبق شرط انکار منافع «منافع موافقت‌نامه از ارائه‌دهندگان خدماتی که اشخاص حقیقی تبعه دولت‌های غیرعضو یا اشخاص حقوقی تأسیس شده در سرزمین یکی از اعضا که تحت مالکیت یا کنترل اتباع ثالث بوده و در سرزمین محل تأسیس فعالیت اقتصادی واقعی ندارند، سلب می‌شود» (ASEAN Comprehensive Investment Agreement, 2009: 19). این نحوه نگارش به‌وضوح حاکی از اعمال خودکار انکار منافع است.

مراجع داوری حامی این تفسیر از ماده ۱۷ منشور انرژی تأکید داشتند این ماده به‌سادگی منافع بخش سه را از سرمایه‌گذار سلب نمی‌کند، بلکه صرفاً چنین حقی را برای اعضا محفوظ می‌دارد. از این رو برای اثرگذاری، این حق باید از سوی دولت مربوط اعمال شود (PCA No.227, 2009: para. 456). لزوم اخطار قبلی از سوی دولت خواننده از سوی دیگر مراجعی که بر مبنای معاهدات دوجانبه عمل می‌کردند، نیز تأیید شد. مراجع داوری در قضایای Ulysseas علیه اکوادور (UNCITRAL, 2010: para.172 و Guaracachi علیه بولیوی (PCA, 2014: para. 378) که هر دو بر مبنای معاهدات سرمایه‌گذاری میان آمریکا و دولت خواننده طرح شد، بر لزوم «اجرای»<sup>۱</sup> این حق از سوی دولت انکارکننده تأکید کردند.

از جمله استدلال‌های ارائه‌شده در حمایت از این رویکرد این است که شاید دولت میزبان به دلایلی از جمله جذب سرمایه‌گذاران بیشتر، نسبت به تابعیت واقعی آنها سختگیری نکرده و

قصد نداشته باشد منافع معاهده را از سرمایه‌گذاری که از طریق برنامه‌ریزی تابعیت به معاهده دست یافته است، سلب کند. این مسئله به‌ویژه زمانی صحیح است که یکی از طرفین، منافع حاصل از جذب سرمایه را از هزینه‌های ناشی از دعای سرمایه‌گذاری احتمالی بیشتر بداند (Oke, 2018: 269). از این رو باید پذیرفت که این شرط به صرف درج در معاهده اجرا نمی‌شود، بلکه در هر مورد دولت میزبان می‌تواند در خصوص اعمال یا عدم اعمال آن تصمیم بگیرد.

### ۱.۳. صدور اطلاعیه

با پذیرش لزوم اعمال شرط انکار منافع از سوی دولت میزبان، مراجع داوری باید به این پرسش پاسخ دهند که این حق به لحاظ شکلی به چه صورتی و در چه زمانی قابل اعمال است؟ بیشتر معاهدات سرمایه‌گذاری پاسخ این پرسش‌ها را در برنادرند. با این حال، در برخی موارد می‌توان اشاراتی به فرایند شکلی اعمال این حق را در برخی معاهدات مشاهده کرد. برای نمونه در ماده ۱۰۰۵ معاهده نفتا (NAFTA, 1994: 1005) و ماده ۱۰، ۱۲ کفتا (CAFTA-DR, 2004: 10.12)، انکار منافع به صدور اطلاعیه و مشورت با طرف دیگر معاهده، منوط شده است.

لزوم صدور اطلاعیه به طرف دیگر معاهده در خصوص اعمال شرط انکار منافع چالش اصلی مراجع داوری نیست. اختلاف نظر اصلی در خصوص زمان این اطلاع‌رسانی است. شرط انکار منافع از معدود راهکارهای معاهده‌ای موجود برای مقابله با برنامه‌ریزی تابعیت است. به هر اندازه که مراجع در احراز شرایط شکلی آن سختگیری کنند، شانس دولت خواننده در اعمال موفقیت‌آمیز این حق کاهش می‌یابد. مراجع داوری که براساس منشور انرژی عمل می‌کنند، به نتایج یکسانی نرسیده‌اند. در قضیه Plama علیه بلغارستان، مرجع داوری علی‌رغم نبود مقررهای در این خصوص در منشور انرژی اعلام کرد: «سرمایه‌گذار مشمول معاهده از مزایای بخش سه بهره‌مند می‌شود، مگر آنکه میزبان شرط انکار منافع را اعمال کند و انتظار مشروع سرمایه‌گذار این است که تا زمانی که اعمال دولت میزبان منافع را انکار نکرده است، از مزایای معاهده برخوردار شود. بنابراین این سرمایه‌گذار احتمالی باید پیش از انجام هرگونه سرمایه‌گذاری در کشور میزبان از اینکه آیا دولت انکار منافع را اعمال می‌کند یا نه، مطلع شود» (ICSID, 2005: para. 161). طبق این رأی دولت میزبان باید پیش از اینکه سرمایه‌گذار احتمالی تصمیمی مبنی بر ارائه منابع به کشور میزبان اتخاذ کند، اطلاعیه انکار منافع را صادر کند. این رویکرد در قضیه Masdar Solar علیه اسپانیا تأیید شد. به عقیده این مرجع، «معاهده در پی ایجاد چارچوب حقوقی پیش‌بینی‌پذیر برای سرمایه‌گذاری در حوزه انرژی است. این قابلیت پیش‌بینی تنها زمانی تحقق می‌یابد که سرمایه‌گذاران از قبل بدانند آیا مشمول حمایت معاهده می‌شوند یا خیر. اگر سرمایه‌گذاری که شرط تابعیت مقرر در معاهده را داراست، در هر لحظه پس از سرمایه‌گذاری در کشور میزبان در معرض انکار منافع قرار گیرد، در موقعیت پیش‌بینی‌نشده‌ای

قرار خواهد گرفت. این عدم قطعیت، توانایی لازم برای ارزیابی سرمایه‌گذاری یا عدم سرمایه‌گذاری در کشور مربوط را از سرمایه‌گذار سلب می‌کند؛ مسئله‌ای که خلاف هدف و موضوع معاهده است» (ICSID, 2018: para.236).

یکی از انتقادهای وارد به قضیه Plama این است که اعمال این رویکرد وظیفه سنگین نظارت بر ماهیت پیچیده و چالش‌برانگیز فعالیت تجاری تمامی سرمایه‌گذاران طرف دیگر معاهده در سرزمین خود را بر عهده دولت میزبان می‌گذارد. این مسئله، هدف شرط انکار منافع و تأثیر آن را مخدوش می‌سازد (Oke, 2018: 288).

برخی دیگر از مراجع، از تعیین محدوده زمانی که دولت میزبان می‌تواند طی آن انکار منافع را اعمال کند، خودداری ورزیده‌اند؛ هرچند با توسل به این حق پس از طرح دعوا یا طی رسیدگی مخالف کرده‌اند. به گفته داوران در قضیه Yukos Universal علیه روسیه، خوانده نمی‌تواند در مرحله رسیدگی ماهوی به ماده ۱۷ منشور انرژی استناد کند (PCA No.227, 2009: para. 459).

تعیین زمان اعمال شرط انکار منافع در مراجع داوری غیر از منشور انرژی با سهولت بیشتری همراه بوده است. همان‌طور که اشاره شد، این مراجع تحقق شرط انکار منافع را از دلایل رد صلاحیت خود دانسته‌اند. از این رو منطقاً زمان مناسب برای توسل به این حق از نظر این مراجع، مرحله صلاحیتی است. در قضیه Ulysseas علیه اکوادور، ضمن تأیید این نکته، تأکید شد که طبق قوانین آنسیترال ایراد صلاحیتی نباید دیرتر از بیانیه دفاع طرح شود (UNCITRAL, 2010: para.172). در واقع به عقیده این مراجع از آنجا که هدف انکار منافع، اعطای حق سلب امتیازات معاهده از سرمایه‌گذاران است، بهتر است این حق زمانی که منافع مورد ادعا قرار می‌گیرند، فعال شود (PCA, 2014: para. 376).

مرجع داوری در قضیه Nextera علیه اسپانیا، به تأسی از این آراء، از دیگر مراجعی که براساس منشور انرژی رسیدگی می‌کنند، فاصله گرفت و مقرر کرد که دولت میزبان باید به محض آنکه از وجود شرایط اعمال این حق و احتمال توسل سرمایه‌گذار به معاهده مطلع شد، در این خصوص تصمیم‌گیری کند. در این قضیه خوانده مدت‌ها قبل از این واقعیت که سرمایه‌گذار اصلی آمریکایی بوده و از طریق یک شرکت هلندی اقدام کرده است، باخبر بود (ICSID, 2019: para. 364). با این حال، اسپانیا از شرط انکار منافع استفاده نکرد و حتی خواهان را به ادامه فعالیت تشویق کرد (ICSID, 2019: para. 366). به عقیده مرجع داوری، اسپانیا باید در همان زمان اطلاعیه انکار منافع خود را صادر می‌کرد. طرح این مسئله سه سال بعد و در دادخواست ایرادات صلاحیتی را نمی‌توان اقدامی از روی حسن نیت دانست (ICSID, 2019: para. 368).

رویکرد متشتمت مراجع داوری در خصوص زمان اعمال شرط انکار منافع تنها از تفاوت در نگارش معاهدات ناشی نمی‌شود، چراکه حتی مراجعی که بر مبنای معاهده‌ای واحد به اختلافات رسیدگی کرده‌اند، در این خصوص به نتایج متفاوتی رسیده‌اند. به هر اندازه که بازه

زمانی اعمال این حق برای دولت میزبان کاهش یابد، کارکرد آن در مقابله با برنامه‌ریزی تابعیت نیز مخدوش می‌شود. در مقابل، هرگاه دولت میزبان اجازه یابد در زمانی دیرتر از جمله پس از طرح دعوا به این حق استناد کند، هدف از درج این حق در معاهده بهتر محقق خواهد شد. به‌خصوص که دولت میزبان اغلب زمان پذیرش سرمایه‌گذاری و به‌انگیزه جذب سرمایه، نسبت به تابعیت واقعی سرمایه‌گذار و برنامه‌ریزی تابعیت از سوی آن حساسیت کمتری دارد.

#### ۱.۴. بار اثبات

از دیگر مسائلی که مراجع داوری هنگام ارزیابی امکان اعمال شرط انکار منافع بدان پرداخته‌اند، بار اثبات شرایط اعمال این حق است. مراجع اغلب بر این عقیده‌اند که بار اثبات بر عهده دولت میزبان است. دولت میزبان باید ثابت کند که خواهان فعالیت اقتصادی واقعی در کشور محل تأسیس ندارد و تحت کنترل یا مالکیت اتباع ثالث است. این در حالی است که ساختار پیچیده و چندلایه مالکیت و کنترل شرکت‌ها در عمل، تحقق این بار اثبات از سوی خواننده را بسیار دشوار می‌کند. از این رو برخی مراجع داوری اگرچه کماکان بار اثبات را بر عهده خواننده می‌دانند، به‌منظور تعدیل بار اثبات بر لزوم ارائه اطلاعات لازم در خصوص ساختار و مالکیت شرکت از سوی خواهان تأکید کرده‌اند. برای نمونه مرجع داوری در قضیه *Amto* علیه اوکراین مقرر کرد: «اثبات اینکه چه کسی مالکیت یا کنترل سرمایه‌گذار را در دست دارد، در مواردی که چندین نهاد از کشورهای گوناگون در این مسئله دخیل‌اند، برای خواننده دشوار است. در مقابل، خواهان دقیقاً از فعالیت‌های اقتصادی در حوزه به‌خصوصی مطلع است و به‌راحتی می‌تواند ادله لازم برای اثبات این فعالیت‌ها را ارائه کند. درحالی‌که ممکن است این اطلاعات در دسترس خواننده نباشند». در نتیجه، مرجع داوری برای تعدیل این شرایط بر وظیفه خواهان به افشای ادله تأکید کرد تا خواننده بتواند مدارک به‌خصوصی را که در غیر این صورت بدان دسترسی ندارد، از خواهان درخواست کند» (SCC, 2008: para.64). مرجع داوری در قضیه *Pac Rim* علیه السالوادور نیز برای احراز فقدان فعالیت اقتصادی واقعی خواهان در کشور محل تأسیس-آمریکا- از شهادت شهود خواهان بهره گرفت (Feldman, 2012: 297).

در قضیه *Generation Ukraine* علیه اوکراین، خواننده تلاش کرد خواهان را متقاعد سازد ادله مربوط به معیارهای انکار منافع را در اختیار او بگذارد. هرچند مرجع داوری بر این باور بود که بار ارائه ادله در این خصوص منحصراً بر عهده خواننده است و به او اجازه نداد از اطلاعات ارائه‌شده از سوی خواهان به نفع خود استفاده کند. در نتیجه، به‌دلیل عدم کفایت ادله ابرازشده، خواننده نتوانست از عهده بار اثبات برآید (ICSID, 2003: paras.15.7-15.8). در نتیجه، قرار دادن بار اثبات بر عهده خواننده، می‌تواند از احتمال اعمال موفقیت‌آمیز این حق بکاهد. چنانچه

مراجع داوری با استفاده از ادله ارائه شده از سوی خواهان یا الزام خواهان به ارائه مدارک مورد نیاز به خواننده مخالفت کنند، وضعیت به نفع سرمایه گذار تغییر خواهد یافت. بنابراین ضروری است مراجع داوری با در نظر گرفتن پیچیدگی های موجود در اثبات شرایط انکار منافع، میان طرفین تعادل برقرار سازند.

### ۱.۵. اثر قهقرایی یا آتی

زمانی که دولت میزبان منافع معاهده را از سرمایه گذار سلب می کند، آیا این اقدام اثر قهقرایی دارد و به پیش از استناد به این حق تسری می یابد و یا تنها آینده را شامل می شود؟ اینکه مراجع داوری کدام یک از این تفاسیر را بپذیرند تأثیر بسزایی در کارایی این شرط در مقابله با برنامه ریزی تابعیت دارد. طبیعتاً پذیرش اثر قهقرایی امکان برنامه ریزی تابعیت برای سرمایه گذار را کاهش می دهد. رویه مراجع داوری در این خصوص حاکی از آن است که باید میان آرای صادره بر مبنای منشور انرژی و آرای صادره بر مبنای دیگر معاهدات تفکیک قائل شد.

در قضیه Plama علیه بلغارستان، مرجع داوری استدلال کرد که هدف منشور انرژی ایجاد چارچوب حقوقی برای توسعه همکاری بلندمدت در حوزه انرژی است. براساس موضوع و هدف معاهده، نمی توان پذیرفت که انکار منافع اثر قهقرایی دارد. بنابراین انکار منافع از زمان استناد تنها نسبت به آینده اثر دارد (ICSID, 2005: paras. 161-165). به عقیده مرجع داوری «اگر اعمال این حق اثر قهقرایی داشته باشد، عواقب جدی برای سرمایه گذار به همراه خواهد داشت. سرمایه گذار قادر نخواهد بود در بلندمدت برای چنین آثاری برنامه ریزی کند و وجود حقی با اثر قهقرایی که ممکن است هر زمان و ناگهان اعمال شود، موجب می شود انتظارات مشروع سرمایه گذار متعاقباً به انتظارات نادرست بدل شود. درحالی که اثر آتی این حق طبق تفسیر با حسن نیت ماده ۱۷ در پرتو هدف و موضوع آن سازگار است، تفسیر قهقرایی این گونه نیست» (ICSID, 2005: para. 163).

این رویکرد با انتقادهایی مواجه است. طبیعتاً در زمان سرمایه گذاری، دولت میزبان از میزان فعالیت های سرمایه گذار در کشور محل تأسیس و تابعیت مالکان و سهامداران آن مطلع نیست. در بهترین حالت، دولت میزبان زمانی که سرمایه گذار آن را از بروز اختلاف مطلع می کند، از وجود شرایطی که اعمال شرط انکار منافع را توجیه می کند، آگاه می شود (Baumgartner, 2016: 117-118). بنابراین ایجاد تعادل میان طرفین ایجاب می کند، اثر اعمال این حق را محدود به زمان اعمال و پس از آن ندانیم. به خصوص آنکه همان طور که اشاره شد، الزام دولت میزبان به اعمال این حق پیش از سرمایه گذاری از سوی بیشتر مراجع داوری مورد پذیرش قرار گرفته است. همچنین استدلال شده است که تفسیر قهقرایی ماده ۱۷ منشور انرژی به بهبود

## شرط انکار منافع و اثر آن در مقابله با برنامه‌ریزی تابعیت... ۱۳

مشارکت‌های بلندمدت منجر می‌شود، زیرا سرمایه‌گذار را تشویق می‌کند تا در خصوص مالکیت، تابعیت و شهروندی خود با صداقت برخورد کند (غمامی و صدیقی، ۱۳۹۷: ۱۲۴).

در دسته دیگری از قضایا که براساس دیگر معاهدات دو یا چندجانبه سرمایه‌گذاری رسیدگی شده‌اند، رویکرد متفاوتی اتخاذ شده است. برای نمونه در قضیه Ulysseas علیه اکوادور، مرجع دآوری با توجه به معاهده میان آمریکا و اکوادور به این نتیجه رسید که هیچ دلیلی برای نپذیرفتن اثر قهقرایی وجود ندارد. در پاسخ به ادعای خواهان مبنی بر اینکه اثر قهقرایی به ابهاماتی در روابط حقوقی طرفین طبق معاهده منتهی می‌شود، مرجع دآوری اشاره کرد: «از آنجا که سرمایه‌گذار از زمان سرمایه‌گذاری از احتمال اعمال شرط انکار منافع از سوی میزبان اطلاع دارد، در نتیجه حمایت اعطاشده در معاهده در تمام طول عمر سرمایه‌گذاری در معرض توسل احتمالی میزبان به این حق قرار دارد» (UNCITRAL, 2010: para.173).

پذیرش اثر آتی انکار منافع در قضایای مبتنی بر منشور انرژی و پذیرش اثر قهقرایی در دیگر قضایا و حتی نپرداختن به این مسئله در تعدادی آرای دیگر، آن هم در شرایطی که انکار منافع تاکنون در آرای محدودی مورد استناد و رسیدگی قرار گرفته است، تنها کارایی این حق در مقابله با برنامه‌ریزی تابعیت را کاهش می‌دهد. رویه مراجع دسته نخست که احتمالاً بیشتر به منظور حمایت از آزادسازی انرژی و افزایش سرمایه‌گذاری در این حوزه است، تنها فرصت اعمال این حق را برای دولت میزبان محدود و زمینه را برای برنامه‌ریزی تابعیت از سوی سرمایه‌گذار فراهم می‌آورد. طبق رویکرد مراجع دسته دوم، اولاً زمانی که قید انکار منافع در معاهده وجود دارد، از ابتدا تحقق حمایت‌های اعطاشده به سرمایه‌گذار مشروط به عدم تحقق شرایط انکار منافع می‌شود و ثانیاً، این امر مغایرتی با انتظارات مشروع یک سرمایه‌گذار مبنی بر برخورداری از حمایت‌ها ندارد. چنین رویکردی وضعیت را به نفع دولت‌های میزبان بهبود می‌بخشد و برای برقراری تعادل میان طرفین و تحقق هدف شرط انکار منافع مناسب‌تر است.

## ۲. شرایط ماهوی انکار منافع

### ۲.۱. معیار فعالیت اقتصادی واقعی

یکی از شرایط ماهوی شرط انکار منافع این است که سرمایه‌گذار در کشور محل تأسیس، فعالیت اقتصادی واقعی نداشته باشد. این شرط در اصل به هدف ممانعت از دسترسی شرکت‌های صوری به حمایت‌ها استفاده می‌شود. با اینکه این شرط تقریباً در تمامی قیود انکار منافع مندرج است، تعداد معدودی از مراجع «فعالیت اقتصادی واقعی» را تفسیر کرده‌اند. در تعدادی از قضایا خواهان ادعان کرده که در کشور محل تأسیس فعالیت اقتصادی واقعی ندارد (PCA No.228, 2009: para. 517). در برخی موارد، مرجع دآوری با رد امکان توسل به انکار منافع به دلیل عدم تحقق

شرایط شکلی، از رسیدگی به این شرط خودداری کرده است (ICSID, 2010: para. 249). معاهدات سرمایه‌گذاری تعریفی از فعالیت اقتصادی واقعی ارائه نمی‌دهند و این عبارت به‌تنهایی برای پی بردن به مفهوم فعالیت اقتصادی واقعی و آستانه تحقق آن کفایت نمی‌کند. در عین حال رویه داور در این خصوص به قدری اندک است که نمی‌توان به کمک آن ابهامات موجود را برطرف ساخت. هیچ‌یک از مراجع داور تائید کننده معیار و آستانه مشخصی برای احراز اینکه فعالیت اقتصادی چه زمان واقعی محسوب می‌شود، ارائه نکرده‌اند.

در قضیه Amto علیه اوکراین، مرجع داور انجام فعالیت‌های مربوط به سرمایه‌گذاری از سوی شرکت خواهان در لاتویا و همچنین استخدام تعدادی نیروی اندک، اما دائمی را برای تحقق این شرط کافی دانست (SCC, 2008: para.77). در قضیه Petrobart علیه قرقیزستان مرجع داور پذیرفت که وجود دفتر مرکزی و مدیریت مسائل راهبردی و اداری شرکت محلی از سوی شرکت مستقر در انگلستان به معنای وجود فعالیت اقتصادی واقعی است (SCC, 2005: para. 63). در قضیه Pac Rim علیه السالوادور، مرجع داور میان شرکت خواهان و مجموعه‌ای که این شرکت بدان تعلق داشت، تفکیک قائل شد و مقرر کرد وجود فعالیت اقتصادی واقعی فقط براساس فعالیت‌های شرکت خواهان و نه اقدامات مجموعه شرکت‌ها تعیین می‌شود. در نتیجه، اگر فعالیت‌های این شرکت به آستانه مورد نظر قید انکار منافع نرسد، این شرکت نمی‌تواند به منظور افزایش سطح فعالیت‌های خود، فعالیت‌های مستقل دیگر اشخاص حقیقی یا حقوقی را به خود نسبت دهد (ICSID, 2012: para. 4.66). مرجع داور نداشتن کارمند و دفتر کار را نشانه‌ای از فعالیت‌های محدود دانست و نتیجه گرفت که خواهان یک شرکت صوری است که به دلیل فعالیت‌های اندک، محدود و منفعل فعالیت اقتصادی واقعی ندارد (ICSID, 2012: para. 4.75). در قضیه Guaracachi علیه بولیوی، خواهان مدعی بود وجود دفتر، برگزاری جلسات سهامداران و هیأت مدیره به معنای تحقق این شرط است (PCA, 2014: para. 217). داور با فعالیت‌های نام‌برده شده از سوی خواهان مخالفتی نکرد، هر چند براساس ادله موجود به این نتیجه رسید که این فعالیت‌ها از سال ۲۰۰۳ متوقف شده و شرکت در زمان سرمایه‌گذاری فاقد فعالیت اقتصادی واقعی بوده است (PCA, 2014: para. 370).

عدم ارائه تعریف از فعالیت اقتصادی واقعی در معاهداتی که دربردارنده قید انکار منافع هستند، در اجرای منسجم این شرط خلأ ایجاد می‌کند (Oke, 2018: 166-167). فعالیت اقتصادی واقعی به صورت موردی و براساس وقایع هر قضیه قابل تشخیص است. با این حال، مراجع داور برای احراز این شرط آستانه بالایی را در نظر نگرفته‌اند. در نتیجه نیازی نیست سرمایه‌گذار در فعالیت‌های اقتصادی گسترده و عمیق مشارکت کند (Zhang, 2013: 59). این رویکرد، اثبات فقدان فعالیت اقتصادی واقعی را برای دولت خوانده دشوار می‌سازد. اگر هدف قید انکار منافع، ایجاد تعادل میان حقوق سرمایه‌گذار و دولت میزبان و جلوگیری از دسترسی به معاهدات با تأسیس شرکت‌های

صوری است، مراجع داوری باید تلاش کنند در تفاسیر خود از این شرط، خواننده را در موقعیتی که عملاً استفاده از انکار منافع را اگر نه غیرممکن، بلکه بسیار دشوار می‌سازد، قرار ندهد.

## ۲.۲. مالکیت یا کنترل ثالث

دیگر شرط ماهوی انکار منافع، مالکیت و کنترل اتباع ثالث بر خواهان است. معیار کنترل نه فقط در قیود انکار منافع بلکه به‌عنوان یکی از معیارهای تعیین تابعیت اشخاص حقوقی در برخی معاهدات سرمایه‌گذاری درج می‌شود.<sup>۱</sup> مرجع داوری در قضیه Nextera علیه اسپانیا، در تفسیر اصطلاحات مالکیت یا کنترل مندرج در ماده ۱۷ منشور انرژی-قید انکار منافع- بر این عقیده بود که باید همان معیار به کار گرفته شده در ماده (۶) این معاهده<sup>۲</sup> در خصوص ماده ۱۷ اعمال شود. براساس تفسیر ارائه شده از ماده (۶)، به‌منظور تعیین اینکه آیا سرمایه‌گذاری صورت گرفته در سرزمین یکی از طرفین تحت کنترل مستقیم یا غیرمستقیم سرمایه‌گذار طرف دیگر است، کنترل باید واقعی<sup>۳</sup> باشد و با بررسی اوضاع و احوال در هر قضیه احراز شود. منطقی نیست اگر معیار کنترل برای تعیین اینکه سرمایه تحت کنترل اتباع دیگر طرف معاهده است از معیار قابل اعمال بر اینکه آیا سرمایه تحت کنترل اتباع ثالث است، متفاوت باشد (ICSID, 2019: para. 250).

با این حال در قضیه Yukos Universal علیه روسیه، به اکثریت سهام برای احراز کنترل بر خواهان بسنده شد و مرجع داوری به این نتیجه رسید که بیشتر سهام خواهان به دو شرکت تبعه انگلستان تعلق دارد که یکی از اعضای منشور انرژی است، بنابراین خواهان تحت کنترل اتباع ثالث نیست (PCA No.227, 2009: paras. 536-537). در نتیجه، در این قضیه مرجع داوری کنترل قانونی و نه واقعی را ملاک عمل قرار داد. در دیگر قضایایی که براساس معاهدات دوجانبه سرمایه‌گذاری مورد رسیدگی قرار گرفته‌اند و در نبود تعریفی از معیار کنترل در این معاهدات، مراجع داوری معیار کنترل قانونی را برای احراز کنترل ثالث بر خواهان ملاک عمل قرار داده‌اند (ICSID, 2003 para.15.9 & UNCITRAL, 2010: para.168).

۱. برای نمونه طبق موافقت‌نامه میان هلند و جمهوری دومینیکن علاوه بر اشخاص حقوقی تأسیس شده در سرزمین یک طرف، «اشخاص حقوقی که در سرزمین یک طرف تشکیل نشده‌اند، اما تحت کنترل مستقیم یا غیرمستقیم اتباع یا شرکت‌های تأسیس‌یافته در آن طرف هستند نیز سرمایه‌گذار آن طرف محسوب می‌شوند.»

Netherlands-Dominican BIT, 2006: 1(b)(iii).

۲. براساس این ماده «سرمایه‌گذاری شامل هر دارایی است که تحت مالکیت یا کنترل مستقیم یا غیرمستقیم یک سرمایه‌گذار باشد.»

۳. در کنترل قانونی عواملی مانند میزان سهام، حق رأی و مشارکت در تصمیم‌گیری‌ها ملاک قرار می‌گیرد. در مقابل، در کنترل واقعی عواملی مانند توانایی تصمیم‌گیری مؤثر و اجرای تصمیمات کلیدی در خصوص فعالیت‌های تجاری شرکت مدنظرند.



رویه دآوری در خصوص معیار کنترل مندرج در قید انکار منافع محدود بوده و حتی در برخی از این قضایا این معیار مورد بحث قرار نگرفته است. با این حال، برای حصول اطمینان از اینکه این معیار به بهترین شکل مانع دسترسی شرکت‌های صوری تحت کنترل اتباع ثالث به معاهده شود، باید مفهوم کنترل، هم کنترل قانونی و هم واقعی را شامل شود. به بیان دیگر بهترین معیار کنترل برای مقابله با دسترسی شرکت‌های صوری به معاهده، کنترلی است که نه فقط درصد مالکیت منافع در یک شرکت، بلکه همچنین مدیریت روزانه آن را در نظر گیرد. چنین معیاری مانع از آن می‌شود که اتباع ثالث که سهام لازم برای مدیریت شرکت را در اختیار دارند، اما در مدیریت و امور جاری آن مشارکت ندارند، از قید انکار منافع مصون باشند. همچنین اتباع ثالثی که در عمل مدیریت شرکت را بر عهده دارند، اما مجموع سهام کنترل‌کننده را در اختیار ندارند از دسترسی به معاهده منع می‌شوند. با این رویکرد معیار کنترل مندرج در قید انکار منافع می‌تواند به بهترین نحو اثربخشی این قید را تضمین کند (Oke, 2018: 151).

مسئله حائز اهمیت دیگر این است که این مراجع، به‌منظور احراز کنترل اتباع ثالث تا چند لایه از کنترل بر شرکت سرمایه‌گذار، خرق حجاب می‌کنند. این ایده که خرق حجاب باید تا بالاترین مرحله صورت گرفته و لازم است کنترل‌کننده نهایی مشخص شود، در رویه دآوری با اقبال چندانی مواجه نشده است. در مقابل، وقتی مراجع دآوری در اعمال قید انکار منافع، به تعیین کنترل‌کننده خواهان می‌پردازند، تنها نسبت به اعمال کنترل از سوی اتباع کشور ثالثی که خوانده از آن نام برده، بررسی به‌عمل می‌آید و چنانچه این کنترل احراز نشد، توجهی به دیگر لایه‌های کنترل صورت نمی‌گیرد.

### انکار منافع و اشکال گوناگون برنامه‌ریزی تابعیت

شرط انکار منافع با هدف مقابله با برنامه‌ریزی تابعیت در معاهدات سرمایه‌گذاری رواج یافته است. با وجود این، با توجه به اشکال گوناگون برنامه‌ریزی تابعیت، این پرسش مطرح می‌شود که آیا قید انکار منافع از ظرفیت مقابله با اشکال متنوع برنامه‌ریزی تابعیت برخوردار است؟ طبیعتاً نحوه نگارش این قید از یک سو و ممانعت از دسترسی شرکت‌های صوری به عنوان هدف اصلی آن از سوی دیگر، بدین معناست که این قید برای مقابله با Free Riding مناسب است. یکی از این شیوه‌های مرسوم که در بخش پیش بررسی شد، Round Tripping است که طی آن تبعه دولت میزبان، سرمایه‌گذاری را به‌گونه‌ای انجام می‌دهد که از شرط تابعیت لازم برای بهره‌مندی از حمایت یک معاهده سرمایه‌گذاری برخوردار شود. اگرچه استفاده از قید انکار منافع در معاهدات در حال افزایش است، همچنان تعداد معاهدات دربردارنده این قید از معاهداتی که فاقد آن هستند، بسیار کمتر است. حال از بین این معاهدات، تنها تعداد به‌مراتب کمتری امکان

### شرط انکار منافع و اثر آن در مقابله با برنامه‌ریزی تابعیت... ۱۷

انکار منافع نسبت به سرمایه‌گذاری که تحت مالکیت یا کنترل اتباع دولت میزبان است را مقرر کرده‌اند.<sup>۱</sup> بسیاری از این معاهدات اخیراً منعقد شده و حتی برخی از آنها لازم‌الاجرا نشده‌اند. به نظر می‌رسد بی‌توجهی به این شکل از برنامه‌ریزی تابعیت در نسخه‌های اولیه شرط انکار منافع، ناآگاهی دولت‌ها از گستردگی و البته آثار آن بوده است. تنها با رواج این شکل از برنامه‌ریزی تابعیت و عدم موفقیت دولت میزبان در مقابله با آن با تکیه بر تعاریف گسترده از تابعیت در معاهدات، توجه دولت‌ها به گسترش شرط انکار منافع به اتباع دولت میزبان معطوف شد.

در قضیه Yukos Universal علیه روسیه، خواننده از قید انکار منافع منشور انرژی برای مقابله با خواهانی که تحت مالکیت و کنترل اتباع خودش بود، استفاده کرد. طبق این ماده یکی از اعضا می‌تواند منافع معاهده را نسبت به شرکت تحت مالکیت یا کنترل تبعه ثالث، انکار کند. به اعتقاد خواننده، اگرچه کشور ثالث در معاهده تعریف نشده است، غیرممکن نیست که ثالث را شامل دولت‌های متعاهد بدانیم. افزون‌بر این هیچ چیز در معاهده بر عدم شمول کشور ثالث بر میزبان دلالت ندارد (PCA No.227, 2009: para. 542). به عقیده خواهان، روسیه یک دولت ثالث ذیل ماده ۱۷ محسوب نمی‌شود، بلکه منظور از دولت ثالث در این ماده کشورهای غیرعضو معاهده هستند. این برداشت با اصول تفسیر و کارهای مقدماتی ماده همخوانی دارد (PCA No.227, 2009: para. 543). مرجع دآوری اظهارات خواننده را قانع‌کننده ندانست، زیرا معاهده به‌وضوح میان متعاهدین و ثالث که همان غیراعضاست، تفکیک قائل شده است (PCA No.227, 2009: para. 544). حتی اگر اتباع روسیه مالک یا کنترل‌کننده خواهان باشند، روسیه را نمی‌توان از نظر ماده ۱۷ دولت ثالث محسوب و منافع معاهده را نسبت به اتباع آن انکار کرد.

اگرچه تاکنون دعوایی با استناد به معاهداتی که قید انکار منافع مندرج در آنها، برنامه‌ریزی تابعیت از سوی اتباع میزبان را شامل می‌شود، طرح نشده است، می‌توان با توجه به آرای موجود نتیجه احتمالی چنین دعاوی را پیش‌بینی کرد. این دسته از قیود انکار منافع به لحاظ نگارش تفاوتی با دیگر معاهدات ندارند. تنها در کنار اتباع دولت ثالث، اتباع دولت انکارکننده نیز اضافه شده است، بنابراین همان شرایط شکلی و ماهوی در این خصوص باید احراز شود. با توجه به اینکه تفاسیر مراجع دآوری از این قید، در بیشتر موارد مانع اعمال آن از سوی خواننده شده است، به نظر می‌رسد در این موارد نیز نمی‌توان انتظار داشت نتایج متفاوتی از آرا به‌دست آید.

۱. برای نمونه، طبق یک ارزیابی، در سال ۲۰۱۸، از ۴۳ معاهده سرمایه‌گذاری کشور کانادا، تنها ۲۰ معاهده حاوی قید انکار منافع هستند که ۱۰ مورد از آن مقابله با برنامه‌ریزی تابعیت از سوی اتباع میزبان را دربردارد. اگر همه ۲۷ معاهده سرمایه‌گذاری ژاپن حاوی قید انکار منافع هستند تنها یکی از آنها نسبت به Round Tripping قابل اعمال است. برخی از مهم‌ترین معاهدات چندجانبه سرمایه‌گذاری مانند نفتا، منشور انرژی نیز علی‌رغم وجود قید انکار منافع، این شکل از برنامه‌ریزی تابعیت را پوشش نمی‌دهند (Oke, 2018: 203).

در نتیجه، باید پذیرفت که قیود انکار منافع به حد کافی از ظرفیت لازم برای مقابله با برنامه‌ریزی تابعیت از سوی اتباع دولت میزبان برخوردار نیستند.

یکی دیگر از اشکال برنامه‌ریزی تابعیت، انتقال دعواست. البته تاکنون در هیچ‌یک از دعاوی که در آن انتقال دعوا صورت گرفته، به قید انکار منافع استناد نشده است. بنابراین باید امکان استفاده از این قید در چنین شرایطی را بدون وجود رویه‌ای در این زمینه بررسی کرد. قید انکار منافع دو شرط اصلی (مالکیت و کنترل و فعالیت اقتصادی واقعی) را دربردارد. میان برنامه‌ریزی تابعیت از طریق انتقال دعوا و دیگر اشکال برنامه‌ریزی تابعیت یک تفاوت مهم وجود دارد. در دیگر اشکال برنامه‌ریزی تابعیت در صورت خرق حجاب، مشخص خواهد شد که مالک یا کنترل‌کننده اصلی شرکت سرمایه‌گذار تبعه کشور ثالث و یا میزبان است. در حالی که انتقال دعوا مستلزم انتقال مالکیت حقوق یا کنترل بر سرمایه یا موضوع دعواست (Oke, 2018: 252). از این رو دولت خواننده در این موارد با زیر سؤال بردن قصد خواهان از کسب سرمایه، مدعی سوءاستفاده از حق می‌شود، اما توسل به خرق حجاب از راه‌حل‌های مقابله با این نوع از برنامه‌ریزی تابعیت نبوده است، چراکه لازمه انتقال یک دعوا، انتقال حقوق و منافی است که دعوا از آن ناشی می‌شود. بنابراین شرط کنترل و مالکیت ثالث بر سرمایه‌گذار در این روش برنامه‌ریزی تابعیت محقق نخواهد شد.

مشکل دیگر در استفاده از قید انکار منافع در انتقال دعوا، مسئله زمان‌بندی است. انتقال دعوا پس از بروز دعوا یا پیش‌بینی‌پذیر شدن آن صورت می‌گیرد و از آنجا که هدف از آن اغلب تضمین دسترسی به مرجع دآوری است، مدت اندکی پس از برنامه‌ریزی تابعیت، دعوا مطرح خواهد شد. همان‌طور که اشاره شد، بسیاری از مراجع دآوری توسل به قید انکار منافع را در زمانی زودتر، قبل از طرح ادعای نقض از سوی خواهان و توسل خواهان به حمایت‌های معاهده، مناسب دانسته‌اند. البته مسئله زمان‌بندی نزد آن دسته از مراجعی که امکان توسل به انکار منافع را در مرحله صلاحیتی ممکن می‌دانند، مشکل‌ساز نخواهد بود. به نظر می‌رسد نگرش این شرط به‌گونه‌ای نیست که بتوان از آن برای مقابله با انتقال دعوا استفاده کرد. کما اینکه دولت‌های خواننده نیز تاکنون چنین رویکردی را اتخاذ نکرده‌اند.

## نتیجه‌گیری

اگرچه هدف از درج شرط انکار منافع در معاهدات سرمایه‌گذاری، مقابله با برنامه‌ریزی تابعیت است و این قید به‌صورت بالقوه از چنین ظرفیتی برخوردار است، نمی‌توان آن را بهترین راهکار برای مقابله با سوءاستفاده سرمایه‌گذاران از تابعیت دانست، زیرا اولاً، در نگرش قید انکار منافع، از عبارات و فرمول‌های متنوعی استفاده شده است. این تفاوت‌ها می‌تواند به تفاسیر مختلف از

سوی مراجع داوری منجر شود. افزون بر این قیود انکار منافع همه اشکال برنامه‌ریزی تابعیت را در بر نمی‌گیرند؛ ثانیاً، صرف‌نظر از تفاوت‌های موجود در معاهدات سرمایه‌گذاری، مراجع داوری نیز در تفسیر شرط انکار منافع رویکردهای گوناگونی اتخاذ کرده‌اند. تفاوت اصلی میان آرای صادره از مراجع مبتنی بر منشور انرژی و مراجع ذیل دیگر معاهدات است. هرچند گاهی اوقات اختلاف‌نظر میان آرای صادره طبق یک معاهده نیز به چشم می‌خورد؛ ثالثاً، تفسیر مراجع داوری از شرایط شکلی و ماهوی انکار منافع در عمل، به نفع سرمایه‌گذار بوده است. تأکید بر لزوم اعمال این حق و ایراد نسبت به زمان استناد به آن، در نظر گرفتن آستانه پایین در احراز کنترل و فعالیت اقتصادی واقعی و در نهایت سپردن بار اثبات این شرایط بر عهده خواننده، موجب شده است از میان معدود دعاوی که انکار منافع در آن مورد استناد قرار گرفته، تنها تعداد انگشت‌شماری به نفع خواننده تمام شود (Blyschak, 2011: 202). به نظر نمی‌رسد مراجع داوری در آینده تفاسیر خود از این شرط را تغییر دهند. در نتیجه حتی با لازم‌الاجرا شدن معاهده‌های جدیدی که حاوی این قید هستند، نمی‌توان پذیرفت خواننده به ابزار مؤثری برای مقابله با برنامه‌ریزی تابعیت مجهز است.

## منابع

### ۱. فارسی

#### الف) مقالات

۱. غمامی، مجید؛ صدیقی، ریحانه (۱۳۹۷)، «شرط انکار منافع در معاهدات سرمایه‌گذاری»، فصلنامه مطالعات حقوق خصوصی، دوره ۴۸، ش ۱، ص ۱۳۱-۱۱۵.

### ۲. انگلیسی

#### A) Books

1. Baumgartner, Jorun (2016), *Treaty Shopping in International Investment Law*, UK, Oxford University Press.
2. Dolzer, Rudolf & Schreuer, Christoph H. (2008). *Principles of International Investment Law*, New York, Oxford University Press.
3. Nikièma, Suzy H. (2012), *Definition of Investor*, Canada, International Institute for Sustainable Development.
4. Sornarajah, M, (2015), *Resistance and Change in the International Law on Foreign Investment*, UK, Cambridge University Press.

**B) Articles**

5. Blyschak, Paul M. (2011), 'Yukos Universal v. Russia: Shell Companies and Treaty Shopping in International Energy Disputes', *Richmond Journal of Global Law & Business*, Vol.10, No.2, pp.179-210.
6. Feldman, Mark (2012), 'Setting Limits on Corporate Nationality Planning in Investment Treaty arbitration', *ICSID Review*, Vol.27, No.2, pp. 281-302.
7. Gaukrodger, David & Gordon, Kathryn (2016), 'Investor- State Dispute Settlement: A Scoping Paper for the Investment Policy Community', *OECD Working Papers on International Investment*, No 2012.
8. Lee, Chieh (2016), 'Resolving Nationality Planning Issue through the Application of the Doctrine of Piercing the Corporate Veil in International Investment Arbitration', *Contemporary Asia Arbitration Journal*, Vol.9, No.1, pp.87-128.
9. Zhang, Xiao-Jing (2013), 'Proper Interpretation of Corporate Nationality under International Investment Law to Prevent Treaty Shopping', *Contemporary Asia Arbitration Journal*, Vol.6, No.1, pp.49-73.

**C) Teses**

10. Oke, Davis (2018), Towards Limiting Treaty Shopping in International Investment Law and Arbitration: A Critical Analysis of the Effectiveness of the Denial of Benefits Clause', *A thesis submitted to The University of Birmingham for the degree of Ph.D.*

**D) Votes**

11. Amto v. Ukraine, SCC Case No. 080/2005, Final Award, 26 March 2008.
12. Empresa Eléctrica v. Ecuador, ICSID Case No. ARB/05/9, Award, 2 June 2009.
13. Generation Ukraine v Ukraine, ICSID Case No. ARB/00/9, Award, 16 September 2003.
14. Guaracachi America and Rurelec v. Bolivia, PCA Case No. 2011-17, Award, 31 January 2014.
15. Masdar Solar & Wind Cooperatief v. Spain, ICSID Case No. ARB/14/1, Award, 16 May 2018.
16. NextEra Energy v Spain, ICSID Case No ARB/14/11, Decision on Jurisdiction, 12 March 2019.
17. Pac Rim v El Salvador, ICSID Case No ARB/09/12, Decision on Jurisdictional Objections, 1 June 2012.
18. Petrobart v Kyrgyz Republic, SCC Case No 126/2003, Award, 29 March 2005.
19. Plama v Bulgaria, ICSID Case No ARB/03/24, Decision on Jurisdiction, 8 February 2005.
20. Ulysseas v Ecuador, UNCITRAL, Interim Award, 28 September 2010.
21. Veteran Petroleum v Russia, PCA Case No AA228, Interim Award on Jurisdiction and Admissibility, 30 November 2009.
22. Yukos Universal v Russia, PCA Case No AA227, Interim Award on Jurisdiction and Admissibility, 30 November 2009.

**E) Treaties**

23. ASEAN Comprehensive Investment Agreement, 26 February 2009.
24. Armenia–Singapore BIT, 1 October 2019.
25. Belarus-India BIT, 24 September 2018.
26. CAFTA-DR, 5 August 2004.
27. Energy Charter Treaty (ECT), 16 April 1998.
28. Hong Kong-UAE BIT, 16 June 2019.
29. Morocco-Japan BIT, 8 January 2020.
30. Netherlands-Dominican BIT, 3 March 2006.
31. NAFTA, 1 January 1994.

**References In Persian:**

**A) Articles**

1. Ghamami, Majid; Sedighi, Reyhaneh, (2018). 'Denial of Benefits Clause in Investment Treaties', *Private Law Studies Quarterly*, Vol.48, No.1, pp. 115-131. DOI: 10.22059/JLQ.2018.212397.1006788 (In Persian).