

С.О. Шемшученко

ДВУСТОРОННИЕ ИНВЕСТИЦИОННЫЕ СОГЛАШЕНИЯ: ТИПИЧНАЯ СТРУКТУРА, ПОНЯТИЯ И ФОРМУЛИРОВКИ ПОЛОЖЕНИЙ

Аннотация: В статье проводится обзор типичных элементов структуры двусторонних соглашений о поощрении и защите инвестиций, известных также как двусторонние инвестиционные соглашения. Анализируются основные понятия и формулировки положений таких соглашений. В частности, в статье рассматриваются понятия «инвестиции», «инвестор», «доходы» и «территория» в контексте их толкования и применения для целей инвестиционных соглашений. Сделан вывод, что инвестициями могут быть какие-либо контрактные или другие транзакции, имеющие экономическую ценность. Также рассматриваются вопросы содействия и поощрения иностранных инвестиций, в том числе относительно допуска персонала и учреждения офисов. Внимание также уделено вопросам защиты инвестиций, которая реализуется путем внесения в соглашения обязательств относительно обращения с иностранными инвестициями – так называемых стандартов обращения. Определено, что механизмом реализации данных обязательств является международный инвестиционный арбитраж. Положения, касающиеся арбитража и других способов урегулирования споров, также рассматриваются в статье.

Ключевые слова: Юриспруденция, двусторонние инвестиционные соглашения, иностранные инвестиции, международный инвестиционный арбитраж, арбитраж, защита инвестиций, стандарты обращения, разрешение споров, инвестиции, инвестор

История заключения двусторонних инвестиционных соглашений (двусторонних соглашений о поощрении и защите инвестиций) насчитывает около 50-ти лет. За это время было заключено почти 3000 подобных соглашений¹. Сегодня двусторонние инвестиционные соглашения являются общепринятыми международно-правовыми инструментами, используемыми государствами с целью налаживания экономических отношений и защиты капитала за рубежом. В этих соглашениях на международном уровне закрепляются обязательства государств относительно обращения с иностранными инвесторами и их инвестициями, а также механизмы урегулирования споров, возникающих на их основании.

Принимая во внимание большое количество заключенных двусторонних инвестиционных соглашений и разнообразные политические и экономические обстоятельства, в которых был заключен каждый из них, можно предположить, что они являются далеко не стандарти-

зированными. Действительно, даже краткий обзор дает возможность увидеть, что двусторонние инвестиционные соглашения обычно отличаются по своему наполнению, структуре, формулировкам положений и объему обязательств. Вместе с тем, практика заключения таких соглашений демонстрирует наличие довольно типичных элементов, содержащихся в большинстве соглашений. В данной статье сделана попытка обобщения структуры двусторонних инвестиционных соглашений, а также анализа их понятий и формулировок положений.

Двусторонние инвестиционные соглашения имеют похожие названия, отображающие их предназначение и обычно выглядящие следующим образом: «Соглашение между [одним государством] и [другим государством] (или между Правительством [одного государства] и Правительством [другого государства]) о поощрении и (взаимной) защите инвестиций». Преамбулы таких соглашений также довольно похожи. Они содержат положения о намерениях сторон, среди которых типичными являются следующие:

1. желание способствовать экономическому сотрудничеству между государствами;
2. намерение создавать и поддерживать благоприятные условия для инвестиций;

¹ UNCTAD, World Investment Report 2012. Towards a New Generation of Investment Policies (New York and Geneva: United Nations, 2012) [Электронный ресурс]. – Режим доступа: <http://www.unctad-docs.org/UNCTAD-WIR2012-Full-en.pdf>. – P. 84.

3. признание потребности в поощрении и защите иностранных инвестиций с целью содействия экономическому благосостоянию государств.

Следует отметить, что эти намерения не носят обязательный характер и не создают позитивных обязательств для государств относительно увеличения количества инвестиций, ведь понятно, что государства не могут обязать своих граждан и компании осуществлять инвестиции в другие государства. Однако, в некоторых случаях преамбулы соглашений могут использоваться в процессе их толкования арбитражными трибуналами, рассматривающими инвестиционные споры².

Основной текст двусторонних инвестиционных соглашений начинается с определения понятий. В большинстве случаев единственными определяемыми понятиями являются «инвестиции» («капиталовложения»), «инвестор», «доходы» и «территория». Определение инвестиций, как правило, довольно объемное и охватывает «все виды активов» или «все виды инвестиций на территории одной из сторон». Также, в определении содержится неисчерпаемый список возможных инвестиций, в который, обычно, включены следующие:

1. движимое и недвижимое имущество, а также такие права как ипотека, право удержания, залог;
2. акции, паи или какие-либо другие виды участия в компаниях;
3. требования относительно денежных средств или каких-либо других обязательств, имеющих экономическую ценность;
4. права интеллектуальной собственности, включая авторские права и права на фирменные знаки, патенты, промышленные разработки, технологические процессы, ноу-хау, коммерческие тайны, фирменные наименования и «гудвилл», связанные с инвестицией;
5. концессии, предоставленные в соответствии с законодательством или контрактом, включая концессии для разведки, добычи или эксплуатации природных ресурсов.

Как видно, под определение попадают какие-либо инвестиции – прямые и непрямые, состоящие из материальных активов и нематериальных, и, в общем, какие-либо контрактные или другие транзакции, имеющие экономическую ценность. Объемность понятия инвестиций для целей двусторонних инвестиционных соглашений была неоднократно подтверждена практикой арбитражных трибуналов, первоочередным заданием которых во время процесса рассмотрения спора является определение наличия должной инвестиции и инвестора. Для примера, в деле *Fedax N.V. v. The Republic of Venezuela* трибунал пришел к заключению, что простые векселя, выпущенные

Венесуэлой и приобретенные истцом у первоначального держателя на вторичном рынке путем индоссамента, являлись собой инвестиции в соответствии с двусторонним инвестиционным соглашением между Нидерландами и Венесуэлой³, определения понятий которого были аналогичными приведенным выше.

Что касается понятия «инвестора», то оно относится к:

1. физическим лицам, являющимися гражданами одной из сторон инвестиционного соглашения, и
2. юридическим лицам, включая компании, корпорации, деловые ассоциации и другие организации, созданные или другим должным образом организованные в соответствии с законодательством одной из сторон соглашения, имеющие свое месторасположение и ведущие реальную экономическую деятельность на территории этой стороны.

Хотелось бы обратить внимание на то, что в некоторых двусторонних инвестиционных соглашениях определения инвестора распространяется и на юридических лиц, которые не созданы в соответствии с законом одной из сторон, но эффективно контролируются её физическими или юридическими лицами. В таких случаях при применении соглашений могут возникнуть некоторые проблемы, ведь концепция контроля в международном праве является довольно широкой и гибкой. Она может базироваться не только на лице мажоритарного собственника, но и на других критериях, таких как управленческая ответственность, право голоса, национальность членов совета директоров и т.п.

Для определения национальности инвестора разные соглашения используют разные подходы. Так, соглашение между Сингапуром и Соединенным Королевством Великобритании и Северной Ирландии определяет компанию последнего, как *созданную* в Соединенном Королевстве. В то же время, соглашение между Сингапуром и Германией определяет немецкой компанией такую, которая *имеет свое месторасположение* на территории последней. В соглашении между Соединенным Королевством и Филиппинами указано, что компания должна *«фактически осуществлять свою деятельность в соответствии с действующим законодательством и на территории стороны, в которой находится менеджмент, осуществляющий эффективный контроль»*⁴.

Практика свидетельствует о том, что арбитражные трибуналы в инвестиционных делах занимают довольно мягкую позицию и готовы поддерживать любого легитимного инвестора, даже если им является холдинговая

² *Newcomb, A, Paradell, L* Law and Practice of Investment Treaties: Standards of Treatment (Kluwer Law International, 2009), P. 124

³ *Fedax N.V. v. The Republic of Venezuela* (Award on Jurisdiction, 11 July 1997) [Электронный ресурс]. – Режим доступа: <http://italaw.com/documents/Fedax-1997-Last.pdf>. – para. 19

⁴ *Sornarajah, M*, The International Law on Foreign Investment. Third Edition. – Cambridge University Press, 2010. – P. 200

компания. Такая практика иногда приводит к злоупотреблений со стороны инвесторов, так как при наличии нескольких фиктивных компаний, зарегистрированных в разных государствах, в структуре инвестора у него появляется возможность выбора инвестиционного соглашения, наиболее подходящего ему для разрешения спора (так называемый *treaty shopping*).

Понятие «доходы», как правило, охватывает любые суммы, полученные от инвестиций, в том числе прибыль, проценты, прирост капитала, дивиденды, роялти, гонорары, лицензионные и другие платежи.

«Территория» определяется как территория каждого из договаривающихся государств, находящаяся под его суверенитетом, и морские и подводные районы, над которыми государство осуществляет в соответствии с международным правом суверенитет, суверенные права или юрисдикцию.

Вслед за определениями понятий в большинстве двусторонних инвестиционных соглашений идут положения о поощрении (содействии) и допуске инвестиций. В этих положениях в кратких и общих выражениях указывается о намерениях сторон поощрять и допускать инвестиции друг друга в соответствии с законами принимающего государства. Следует привести несколько примеров таких положений. Довольно типичным является положение Соглашения между СССР и Швейцарией: «Каждая из Договаривающихся Сторон будет создавать и сохранять на своей территории благоприятные условия осуществления капиталовложений инвесторами другой Договаривающейся Стороны и допускать такие капиталовложения в соответствии со своим законодательством»⁵. Немного отличной по форме, но похожей по содержанию, является формулировка Соглашения между Украиной и Египтом: «Каждая из Сторон будет допускать инвестиции инвесторов другой Стороны в соответствии с её законодательством и административной практикой и будет содействовать таким инвестициям насколько это возможно»⁶.

В Соглашении между СССР и Великобританией опять-таки содержится положение о создании «благоприятных условий» для осуществления капиталовложений⁷.

Наличие подобных положений может навести на мысль об их обязывающем характере. Действительно, некоторые ученые считают, что «благоприятные условия» предполагают, что принимающее государство должно не просто открыть дверь иностранным инвесторам, но и создать и поддерживать достаточную для них правовую, административную и регулятивную систему⁸. С другой стороны, принимая во внимание отсутствие в соглашениях четких указаний на необходимость создания такой системы и на возможные пути создания благоприятных условий, можно сделать вывод, что подобные положения являются скорее декларативными и содержат только намерения сторон соглашений. Тем не менее, несмотря на декларативность положений о поощрении (содействии) инвестиций, теоретически они могут быть нарушены, например, в случае, когда государство систематически и целенаправленно препятствует иностранным инвестициям и создает неблагоприятный инвестиционный климат. Вместе с тем, такие действия государства, скорее всего, приведут к нарушению обязательства относительно предоставления справедливого и равноправного обращения, что, вероятно, и станет основанием для арбитражного иска со стороны инвестора. На данный момент не существует ни одного иска на основании двустороннего инвестиционного соглашения, в котором бы инвестор ссылался на нарушение положения о поощрении (содействии).

В некоторых двусторонних инвестиционных соглашениях в положениях относительно поощрения и допуска инвестиций содержатся указания относительно допуска персонала и учреждения офисов. Под допуском персонала имеется в виду предоставление разрешений для работы граждан государства инвестора или третьих государств в принимающем инвестиции государстве в связи с такими инвестициями. Для примера можно привести положение Соглашения между СССР и Китаем: «Каждая из Договаривающихся Сторон в соответствии со своим законодательством будет оказывать содействие в получении гражданами другой Договаривающейся Стороны виз и разрешений на работу в связи с капиталовложениями, осуществленными на ее территории»⁹. Как видно, в

⁵ Соглашения между Правительством Союза Советских Социалистических Республик и Швейцарским Федеральным Советом о поощрении и взаимной защите капиталовложений [Электронный ресурс]. – Режим доступа: <http://www.alppp.ru/law/pravosudie/47/soglashenie-mezhdu-pravitelstvom-sssr-i-shvejcarskim-federalnym-sovetom-o-pooshrenii-i-vz.html>

⁶ Agreement between the Government of the Arab Republic of Egypt and the Government of Ukraine Concerning the Promotion and Reciprocal Protection of Investments [Электронный ресурс]. – Режим доступа: http://unctad.org/sections/dite/ia/docs/bits/egypt_ukraine.pdf

⁷ Соглашение между Правительством Союза Советских Социалистических Республик и Правительством Соединенного Королевства Великобритании и Северной Ирландии о поощрении и взаимной защите

капиталовложений [Электронный ресурс]. – Режим доступа: <http://www.alppp.ru/law/pravosudie/47/soglashenie-mezhdu-pravitelstvom-sssr-i-pravitelstvom-soedinennogo-korolevstva-velikobrita.html>

⁸ *Reisman, W.M., Sloane, R.* Indirect Expropriation and Its Valuation in the BIT Generation, Faculty Scholarship Series (2004) [Электронный ресурс]. – Режим доступа: http://digitalcommons.law.yale.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=2043&context=fss_papers. – P. 4

⁹ Соглашение между Правительством Союза Советских Социалистических Республик и Правительством Китайской Народной Республики о поощрении и взаимной защите капиталовложений [Электронный ресурс]. – Режим доступа: <http://www.alppp.ru/law/pravosudie/47/soglashenie-mezhdu-pravitelstvom-sssr-i-pravitelstvom-kitajskoj-narodnoj-respubliki-o-poos.html>

данном случае речь идет лишь о допуске *граждан договаривающихся сторон*. С другой стороны, в Соглашении между Россией и Литвой указано, что Договаривающаяся Сторона может «нанимать любого сотрудника категории ключевого персонала по своему выбору, вне зависимости от гражданства»¹⁰.

Некоторые двусторонние инвестиционные соглашения требуют от сторон поощрять и любым образом содействовать созданию представительских офисов инвесторов на своей территории. Так, в Соглашении между Украиной и Египтом указано, что каждая из сторон будет содействовать инвестициям другой стороны насколько это возможно, «включая содействие в создании представительских офисов».

Вслед за положениям о поощрении (содействии) и допуске инвестиций идут положения, касающиеся обращения с инвестициями. Эти положения являются ключевыми в любом двустороннем инвестиционном соглашении. Они содержат так званые стандарты обращения с инвестициями, которые определяют обязательства государств относительно уровня обращения, который должен предоставляться иностранным инвесторам и их инвестициям. Нарушения этих стандартов может стать основанием для иска со стороны иностранного инвестора в случае, когда принимающее государство своими действиями нанесло вред инвестору или его инвестициям. К таким стандартам в разных формулировках относятся:

- стандарт справедливого и равноправного обращения или минимальный международный стандарт обращения;
- стандарт полной защиты и безопасности;
- стандарт защиты от неоправданных или дискриминационных действий;
- национальный режим;
- режим наиболее благоприятствуемой нации;
- стандарт запрета незаконной экспроприации.

За стандартами обращения с инвестициями в двусторонних инвестиционных соглашениях следуют положения, касающиеся перевода платежей и разрешения споров. В положениях относительно перевода платежей предусматривается, что каждая из сторон соглашения предоставляет возможность инвесторам другой стороны неограниченно переводить за границу платежи, связанные с инвестициями. Такие платежи могут касаться, например, прибыли от инвестиций; дополнительных вложений в капитал, необходимых для развития инвестиций; сумм, связанных с ссудами или другими контрактными обяза-

тельствами; выручки от полной или частичной ликвидации инвестиций и др.

Положение относительно разрешения споров между одним договаривающимся государством и инвестором другого договаривающегося государства определяет способы разрешения таких споров, которые, как было указано выше, возникают в результате нарушения договорных обязательств государства. Следует отметить, что если стандарты обращения с иностранными инвестициями служат для закрепления обязательств, то возможность разрешения споров непосредственно между инвестором и принимающим государством является способом защиты инвестора от их неисполнения государством. В соответствии с общепринятой практикой первым способом, который должны использовать стороны при возникновении спора, являются консультации или переговоры. Если же они не приводят к урегулированию спора в течение 3-6 месяцев, как правило, предусматривается, что инвестор может передать спор в международный арбитраж. Обычно в двустороннем инвестиционном соглашении определяют учреждения, в которые может обратиться инвестор. Наиболее часто указываются Международный центр по урегулированию инвестиционных споров, созданный в соответствии с Вашингтонской Конвенцией 1965 г. или его Дополнительный орган (в случае, если одна из сторон соглашения не является участницей Конвенции), ad hoc арбитраж в соответствии с арбитражными правилами ЮНСИТРАЛ, а также, иногда Арбитражный институт торговой палаты Стокгольма или Международный арбитражный суд Международной торговой палаты.

Также, в двусторонних инвестиционных соглашениях содержатся положения относительно разрешения споров между сторонами, то есть, непосредственно между договаривающимися государствами, относительно толкования или применения соглашения. Такие споры, как правило, разрешаются ad hoc арбитражем в составе трёх арбитров. Каждая сторона, при этом, назначает одного арбитра. Главу арбитража выбирают назначенные арбитры, а в случае отсутствия согласия между ними, Президент Международного суда ООН. Процедура проведения арбитража определяется самим трибуналом. Решение является обязательным для сторон.

В конце двусторонних инвестиционных соглашений размещаются положения о соблюдении обязательств, заключительные положения, а также приложения, протоколы и изъятия, при их наличии.

Подводя итоги, следует отметить, что хотя структура двусторонних инвестиционных соглашений является довольно типичной, но смысловое наполнение этих соглашений, как и формулировки их положений, могут существенно отличаться. Особенно это касается положений об обращении с инвестициями, в которых включение определенного стандарта обращения или его характерная

¹⁰ Соглашение между Правительством Российской Федерации и Правительством Литовской Республики о поощрении и взаимной защите капиталовложений [Электронный ресурс]. – Режим доступа: <http://www.alppp.ru/law/pravosudie/47/soglashenie-mezhdu-pravitelstvom-rossijskoj-federacii-i-pravitelstvom-litovskoj-respubliki.html>

формулировка может иметь прямое воздействие на определение объема прав инвестора, а в результате и на его возможность защитить свои права в случае возникновения спора на основании соглашения.

Библиография:

1. UNCTAD, World Investment Report 2012. Towards a New Generation of Investment Policies (New York and Geneva: United Nations, 2012) [Электронный ресурс]. – Режим доступа: <http://www.unctad-docs.org/UNCTAD-WIR2012-Full-en.pdf>. – P. 84.
2. Newcomb, A, Paradell, L Law and Practice of Investment Treaties: Standards of Treatment (Kluwer Law International, 2009), P. 124
3. Fedax N.V. v. The Republic of Venezuela (Award on Jurisdiction, 11 July 1997) [Электронный ресурс]. – Режим доступа: <http://italaw.com/documents/Fedax-1997-Last.pdf>. – para. 19
4. Sornarajah, M, The International Law on Foreign Investment. Third Edition. – Cambridge University Press, 2010. – P. 200

5. Reisman, W.M, Sloane, R, Indirect Expropriation and Its Valuation in the BIT Generation, Faculty Scholarship Series (2004) [Электронный ресурс]. – Режим доступа: http://digitalcommons.law.yale.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=2043&context=fss_papers. – P. 4

References (transliteration):

1. Newcomb, A, Paradell, L Law and Practice of Investment Treaties: Standards of Treatment (Kluwer Law International, 2009), P. 124
2. Fedax N.V. v. The Republic of Venezuela (Award on Jurisdiction, 11 July 1997) [Elektronnyj resurs]. – Rezhim dostupa: <http://italaw.com/documents/Fedax-1997-Last.pdf>. – para. 19
3. Sornarajah, M, The International Law on Foreign Investment. Third Edition. – Cambridge University Press, 2010. – P. 200
4. Reisman, W.M, Sloane, R, Indirect Expropriation and Its Valuation in the BIT Generation, Faculty Scholarship Series (2004) [Elektronnyj resurs]. – Rezhim dostupa: http://digitalcommons.law.yale.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=2043&context=fss_papers. – P. 4