Значение двусторонних соглашений о защите капиталовложений и перспективы их совершенствования

ДОРОНИНА Наталия Георгиевна, главный научный сотрудник отдела экономико-правовых проблем государственного и муниципального управления Института законодательства и сравнительного правоведения при Правительстве Российской Федерации, доктор юридических наук
117218, Россия, г. Москва, ул. Большая Черемушkinsкая, 34
E-mail: gis.doronina@yandex.ru

СЕМИЛЮТИНА Наталья Геннадьевна, заведующая отделом гражданского законодательства иностранных государств Института законодательства и сравнительного правоведения при Правительстве Российской Федерации, доктор юридических наук
117218, Россия, г. Москва, ул. Большая Черемушkinsкая, 34
E-mail: foreign3@izak.ru

Дан анализ роли двусторонних соглашений как в улучшении инвестиционного климата, так и в защите национальных интересов государства. Актуальность исследования связана с тем, что в настоящий момент происходит переосмысление и переоценка роли таких соглашений.

Международная система защиты инвестиций возникла по инициативе государств — экспортеров капитала и для целей защиты иностранного инвестора. Сегодня двусторонние соглашения становятся эффективным инструментом социального развития в государствах — реципиентах инвестиций. Новые модели инвестиционных соглашений отражают изменения как в регулировании рынков капиталов, так и в направлениях движения капиталов. Государства, прежде являвшиеся реципиентами инвестиций, становятся донорами. Такие изменения влияют на определение и понимание категории инвестиции как в национальном законодательстве, так и в международных договорах.

Исследование основано на анализе международных стандартов, что позволяет выявить направления совершенствования в рассматриваемой сфере. Авторы обращают внимание, что модели соглашений, заключаемых с целью защиты прав частного инвестора, вытесняются соглашениями с иными условиями, соответствующими принципу материальной взаимности. Представляет интерес анализ практики заключения соглашений зарубежными государствами, в частности модель соглашения, предложенная Индией.

На основании анализа изменений в российском законодательстве, а также соглашения об учреждении ЕАЭС авторы формулируют предложения по совершенствованию российского законодательства.

Ключевые слова: двусторонние соглашения по защите инвестиций, Международный центр по разрешению инвестиционных споров, разрешение инвестиционных споров.

Sense of the Bilateral Treaties on Protection of Investments and its Perspectives

N. G. DORONINA, chief research fellow of the Institute of Legislation and Comparative Law under the Government of the Russian Federation, doctor of legal sciences
34, Bolshaya Cheremushkinskaya st., Moscow, Russia, 117218
E-mail: gis.doronina@yandex.ru

N. G. SEMILYUTINA, head of the Department of civil law of foreign countries of the Institute of Legislation and Comparative Law under the Government of the Russian Federation, doctor of legal sciences
34, Bolshaya Cheremushkinskaya st., Moscow, Russia, 117218
E-mail: foreign3@izak.ru

The article is devoted to analysis of the role of bilateral agreements in the improvement of the investment climate and the protection of national interests of the state. Reconsideration and reassessment of the role of such agreements in present time determine the relevance of the article.

The international system of investment protection was founded by the States which are the exporters of capital for protection of the foreign investors. Currently these agreements are really important as an effective tool for solving social problems in the countries — recipients of capital. The activity of the large transnational companies (TNCs) determines the appearance of the new trends of such treaties by taking into account the social needs of the contracting states in new models of the bilateral treaties.

The basis of the authors' analysis is the international standards. This way of the analysis allows identify areas for improvement. The authors rightly pay attention to the fact that the models of agreements on protecting of the private investor rights are replacing by the agreements with different terms, corresponding to the principle of material reciprocity. Also the analysis of concluding of the agreement with foreign States is of great interest, in particular Indian model.

On the basis of the analysis of changes in Russian legislation and the agreement establishing the Eurasian Economic Union, the authors formulate their proposals on improving the Russian legislation. It is very important to follow a unified concept of investment protection and investor rights in the Eurasian Economic Union in the process of improving the Russian legislation. There are three protocols to the Treaty establishing the Eurasian Economic Union, which are regulating the investment system, and each of these protocols relates to the regulation of direct and portfolio investment, currency regulation. In accordance with the current international experience, it would be useful to develop a model agreement on investment protection for EEU Member-States, reflecting the unified investment policy of them. The article also offers to base the investment policy on the principle of material reciprocity.

Keywords: bilateral agreements on protection of investments, International Centre for the Settlement of Investment disputes (ICSID), settlement of investment disputes.

DOI: 10.12737/article_599d74427a3661.81423193

Характеристика современного этапа развития двусторонних соглашений о защите капиталовложений. По информации ЮНКТАД¹

¹ Материалы Конференции ООН по торговле и развитию (United Nations Conference on Trade and Development — UNCTAD; далее — ЮНКТАД). ЮНКТАД была учреждена в 1964 г. в качестве постоянного межправительственного органа по вопросам в области торговли и развития. Ей поручено ускорение торгового и экономического развития, особенно развивающихся стран. ЮНКТАД традиционно позиционировала себя как орган в системе ООН, выполняющий функции координационного центра по проблемам развития и смежным вопросам торговли, финансов, технологий, инвестиций. Ее главная цель состоит в содействии интегрированию развивающихся стран и стран с переходной экономикой в мировую экономику и развитию посредством торговли и инвестиций. Добиваясь достижения своих целей, ЮНКТАД проводит исследования и анализ политики, межправительственные совещания, осуществляет техническое сотрудничество и взаимодействие с гражданским обществом и предпринимательским сектором. Информацию относительно современного состояния политики и регулирования в области

на сегодняшний день заключено 2958 двусторонних соглашений о защите капиталовложений, из которых действующими являются 2366, и 368 соглашений, содержащих положения, касающиеся режима, предоставляемого иностранным инвесторам², из которых действующими яв-

привлечения капиталовложений, а также состояния дел относительно соглашений о защите капиталовложений см.: URL: <http://investmentpolicyhub.unctad.org/PIA> (дата обращения: 10.06.2017).

² К числу такого рода соглашений могут быть отнесены так называемые торговые соглашения, соглашения о торговле и мореплавании и т. п. Подобного рода соглашения активно заключались в СССР, однако они сохраняют свое значение и продолжают действовать в отношении Российской Федерации до настоящего времени. «Важную роль в качестве источника международного частного права играют двусторонние договоры, заключенные и заключаемые СССР с иностранными государствами и направленные на оформление деловых связей СССР с этими государствами (в сфере внешней торговли, международных расчетов и т. п.)» (Луц Л. А. Международное частное право. М., 1949. С. 45). Применительно к практике

ляются 302³. При этом в настоящее время происходит реформа сложившейся системы двусторонних соглашений о защите капиталовложений⁴. В 2017 г. реформа перешла ко второй стадии — модернизации действующих, но уже устаревших соглашений. Большинство таких соглашений было заключено до 2010 г.

Формирование сложившейся к настоящему времени системы регулирования отношений, связанных с иностранными капиталовложениями, приходится на период 1960—1970-х гг.⁵ Освободившиеся от коло-

зарубежных государств, в частности США, подобные соглашения «хотя и представляют собой исчезающий реликт», тем не менее содержат «важнейшие положения, касающиеся права учреждения, наследования, защиты инвестиций, международного коммерческого арбитража, торговли, защиты интеллектуальной собственности консульского удостоверения, навигации, признания иммунитета государства», продолжают играть важную роль как соглашения, отражающие концептуальное развитие регулирования торговых отношений. Подробнее см.: *Coyle J. F. The Treaty of Friendship, Commerce and Navigation in the Modern Era* // *Columbia Journal of Transnational Law*. 2013. Vol. 51. P. 359.

³ URL: <http://investmentpolicyhub.unctad.org/IIA> (дата обращения: 10.06.2017).

⁴ Анализ хода реформирования системы двусторонних соглашений о защите капиталовложений содержится в ежегодных докладах ЮНКТАД «Мировые инвестиции в 2016 г.» (*World Investment Report 2016*; далее — WIR16), «Национальность инвестора — вызов политике» (*Investor Nationality — Policy Challenge*) и «Мировые инвестиции в 2017 г.» (далее — WIR17), «Инвестиции и цифровая экономика» (*Investment and the Digital Economy*). URL: http://unctad.org/en/PublicationsLibrary/wir2016_en.pdf; http://unctad.org/en/PublicationsLibrary/wir2017_en.pdf (дата обращения: 16.06.2017).

⁵ Двусторонние международные соглашения о защите иностранных инвестиций в практике международных отношений стали заключаться после Второй мировой войны между промышленно развитыми и раз-

вивающимся гнета, новые развивающиеся государства заявили о необходимости формирования нового международного экономического порядка (*New International Economic Order* (NIEO); далее — НМЭП), имея в виду восстановление международной справедливости. Установление НМЭП связывалось в то время с реализацией следующих трех принципов: признание права государства на свободный выбор национальной экономической системы; осуществление постоянного суверенитета над богатствами и природными ресурсами; участие развивающихся государств в международных экономических отношениях на основании принципа равноправия⁶. Попытка установить справедливый экономический порядок и обеспечить развитие национально-освободительного движения в 1960-е гг. привела к массовой национализации иностранной собственности⁷. Реакцией на это стало принятие в 1965 г. Вашингтон-

скими государствами. Первое такое соглашение было подписано ФРГ и Пакистаном в 1959 г. Сейчас уже насчитывается более 3500 таких соглашений. При этом любая попытка придать им какую-либо стандартную форму вызывает много вопросов, в частности: как выровнять уровень защиты иностранных инвестиций (см.: *Herbert Smith FreeHills LLP. EU Launches Consultation on Multilateral Reform of Investor-State Dispute Resolution System* (URL: <http://www.lexology.com/library>).

⁶ См. Резолюцию Генеральной Ассамблеи ООН 1974 г. о принятии Декларации об установлении нового международного экономического порядка, в которой провозглашались принципы справедливости, суверенного равенства государств, взаимозависимости общности интересов и сотрудничества. О развитии НМЭП см. также: *Salomon M. E. From NIEO to Now and the Unfinishable Story of Economic Justice* // *International and Comparative Law Quarterly* (ICLQ). 2013. Vol. 62. P. 31—54.

⁷ См.: *Patrick M. Norton. A Law of the Future or a Law of the Past? Modern Tribunals and the International Law of Expropriation* //

ской конвенции, предусматривающей учреждение Международного центра по разрешению инвестиционных споров (далее — МЦУИС)⁸. По своей природе МЦУИС обладает признаками механизма разрешения споров посредством международного коммерческого арбитража (далее — МКА). Прежде всего это касается собственно процедуры разрешения споров⁹. Особенностью МЦУИС по

American Journal of International Law (AJIL). 1991. Vol. 85. P. 476.

⁸ С развитием новых международных экономических отношений возникла необходимость в принятии специальных норм регулирования иностранных инвестиций. В международных отношениях, соответственно, стали уделять повышенное внимание разработке в международном праве специальных мер по защите прав и интересов иностранных частных лиц, занимающихся предпринимательской деятельностью в чужом государстве. Принятие в развивающихся государствах первых законов об иностранных инвестициях привело к тому, что со стороны промышленно развитых стран были предприняты усилия по разработке многосторонней международной конвенции по защите иностранной собственности. Разработанный проект конвенции не увенчался успехом, и практика пошла по пути решения конкретных проблем, связанных с разрешением имущественных споров между государством и лицом другого государства — инвестором. См. об этом: *Schwarzenberg G. International Law and Foreign Investment*. L., 1972; *Lord Shawcross. The Problems of Foreign Investments in International Law* // *Recueil des cours*. Hague, 1961. Vol. 102. P. 334.

⁹ Благодаря этой особенности при разрешении инвестиционных споров применяются не только правила, относящиеся к процедуре разбирательства, предусмотренные в Вашингтонской конвенции, но и Арбитражный регламент ЮНСИТРАЛ. URL: http://www.uncitral.org/uncitral/ru/uncitral_texts/arbitration/2010Arbitration_rules.html (дата обращения: 10.06.2017). В 2014 г. была открыта для подписания разработанная под эгидой ЮНСИТРАЛ Конвенция ООН о прозрачности в контексте

сравнению с МКА является то, что решения подлежат принудительному исполнению в государстве — участнике Вашингтонской конвенции в том же порядке, что и решение национального суда высшей инстанции в данном государстве¹⁰.

Сложившаяся практика МЦУИС способствовала тому, что некоторые из государств Латинской Америки отказались о участия в Вашингтонской Конвенции¹¹. Россия, подписав Конвенцию в начале 1990-х гг., до сих пор «думает» над ее ратификацией. По мнению некоторых зарубежных экспертов, многие из которых выступают или выступали в качестве арбитров МЦУИС, предвзятое «проинвесторское» толкование, сложившееся в практике разреше-

арбитражных разбирательств между инвесторами и государствами на основе международных договоров (Маврикийская конвенция о прозрачности) (URL: http://www.uncitral.org/uncitral/ru/uncitral_texts/arbitration/2014Transparency_Convention.html), а также Правила ЮНСИТРАЛ о прозрачности в контексте арбитражных разбирательств между инвесторами и государствами на основе международных договоров (дата вступления в силу: 1 апреля 2014 г.) (URL: http://www.uncitral.org/uncitral/ru/uncitral_texts/arbitration/2014Transparency.html). Россия пока не подписала Маврикийскую конвенцию о прозрачности, однако следует обратить внимание, что Соглашение о зоне свободной торговли между Евразийским экономическим союзом и Социалистической Республикой Вьетнам 2015 г. содержит ссылку на Правила ЮНСИТРАЛ о прозрачности (URL: http://www.uncitral.org/uncitral/ru/uncitral_texts/arbitration/2014Transparency_Rules_status.html).

¹⁰ Напомним, что решения, принятые в рамках МКА, подлежат принудительному исполнению на территории иностранного государства в соответствии с положениями Нью-Йоркской Конвенции о признании и приведении в исполнение иностранных арбитражных решений 1958 г.

¹¹ Заявление о прекращении участия в Вашингтонской конвенции сделали Боливия в 2007 г., Эквадор в 2009 г. и Венесуэла в 2012 г.

ния инвестиционных споров в предыдущие годы, игнорировало интересы государства, принимающего инвестиции. Это в итоге создало серьезную угрозу демократическому выбору и возможности государства действовать в общественном (публичном) интересе, так как нередко убытки, присуждаемые инвестору в порядке компенсации, не соизмеряются с решаемыми государством — реципиентом инвестиций социальными задачами¹².

Принятие государством обязательства относительно порядка рассмотрения споров по искам, заявленным к нему иностранным инвестором, стало основанием для утверждения, что двусторонние соглашения о защите инвестиций являются соглашениями между экономически неравными сторонами, так как заключаются между промышленно развитыми и развивающимися странами¹³. В качестве доказательства неравноправности сторон приводится то, что ни одно соглашение не содержит твердого обязательства со стороны промышленно развитого государства обеспечить вложение капитала в определенном объеме, хотя подписание такого соглашения для развивающегося государства имеет целью привлечение иностранного капитала. Таким образом, «в своем стремлении привлечь иностранный капитал развивающиеся государства ограничивают свой суверенитет, соглашаясь с тем, что разрешение споров, связанных с иностранными инвестициями, будет проводиться международно-

правовыми средствами и на основе норм международного права»¹⁴.

Отсутствие правильного соотношения между обязательствами промышленно развитых и развивающихся стран в международном соглашении о защите иностранных инвестиций дает повод говорить о неравноправности положения сторон в международном соглашении. «Если предположить, что в международном праве существует доктрина о неравноправности международных договоров, то она может быть применена к международным соглашениям о защите иностранных инвестиций»¹⁵.

Двусторонние соглашения о защите иностранных инвестиций появились в результате развития норм международных договоров о торговле, дружбе и мореплавании, касающихся правового статуса иностранных лиц и предоставляемого им национального режима при осуществлении операций в международной торговле. Впоследствии вопросы международной торговли товарами стали предметом регулирования Генерального соглашения по торговле и тарифам (ГАТТ), а после создания Всемирной торговой организации в 1995 г. — предметом ряда соглашений по торговле товарами и услугами. Вопросы правового регулирования иностранных инвестиций, которые содержались в двусторонних торговых соглашениях, стали предметом регулирования соглашений о защите иностранных инвестиций.

Переориентация с договоров о дружбе, торговле и мореплавании на ГАТТ привела к своеобразной переориентации договоров, применяемых в практике США, на договоры о защите иностранных инвестиций, регулирующие двусторонние экономические отношения с развивающимися государствами, и на договоры о торговле, регулирующие двусторонние экономические отношения США

¹² См.: Public Statement on the International Investment Regime of August 31st, 2010. URL: http://www.osgoode.yorku.ca/public_statement (дата обращения: 31.03.2016).

¹³ См.: *Akinsanya A.* International Protection of Foreign Direct Investments in the Third World // *International & Comparative Law Quarterly*. 1987. Vol. 36. P. 58; *Asante S. K. B.* International Law and Investments // *International Law: Achievements & Prospects* / ed. by *M. Bedjaoui*. N. Y., 1991. P. 667.

¹⁴ *Sornarajah M.* International Law on Foreign Investments. L., 1994. P. 225.

¹⁵ Ibid. P. 228.

с промышленно развитыми государствами.

В 1980-е гг. в США был разработан первый вариант модельного договора о защите иностранных инвестиций, которому придавался директивный характер¹⁶. Обращение к модели двусторонних соглашений о защите инвестиций превратило международное соглашение по защите инвестиций в инструмент манипулирования поведением иностранного государства на международных рынках, способ получения благоприятных условий предпринимательской деятельности для своих инвесторов — экспортеров капитала из США.

В условиях неолиберальной политики, проводившейся со второй половины 1980-х гг., баланс интересов был нарушен в пользу богатого инвестора. Инвестиционное же право служило интересам частных лиц и не способствовало решению социальных проблем. В период неолиберальной политики рыночного фундаментализма роль МЦУИС и иных юрисдикционных органов, разрешавших инвестиционные споры, по существу была сведена к «услугам», управляемым «Вашингтонским консенсусом»¹⁷. Представляется законо-

мерным, что данный период завершился кризисом 2008 г. и пониманием необходимости внесения изменений в практику заключения соглашений о защите капиталовложений, а также нецелесообразности присутствия государства на финансовых рынках.

Содержательные изменения в двусторонних соглашениях о защите капиталовложений (зарубежный и международный опыт). Изменение экономической обстановки делало необходимым внесение коррекции в соглашения о защите капиталовложений. К числу такого рода изменений следует, в частности, отнести изменение географии движения капиталов. Для периода, когда в качестве доноров инвестиций выступали развитые страны, прежде всего США, было характерно влияние их законодательства на национальное законодательство принимающих государств. Для доноров инвестиций было выгодно иметь определенную свободу выбора в части квалификации правоотношения в качестве инвестиционного, а действия предпринимателя из страны донора в качестве акта инвестирования капитала, подпадающего под защиту, в том числе положений соглашений о защите капиталовложений. Такой подход выражался в том, чтобы в качестве инвестиций рассматривался максимально возможный круг объектов. В частности, не без влияния государств — экспортеров капитала в международной практике утвердилось определение инвестиций через конкретизацию круга активов, которые могут быть признаны инвестициями (так называемая *asset-based model*), что позволяло инвестору претендовать на защиту в различных обстоятельствах вне зависимости от внесенного вклада и положительного экономического эффекта для принимающего госу-

¹⁶ См.: *Vandervelde K. J. The Bilateral Investment Treaty Program of the United States // Cornell International Law Journal. 1988. Vol. 21. No. 2. P. 201—276.*

¹⁷ Под понятием «Вашингтонский консенсус» принято называть политику, направленную на минимизацию роли государства в управлении экономикой. После так называемого Мексиканского кризиса, который возник в результате неспособности мексиканского государства выплачивать проценты по государственным облигациям, номинированных в долларах США, кредиторы, профессиональные участники финансового рынка предприняли ряд мер, направленных на то, чтобы минимизировать присутствие государства на глобальных финансовых рынках. Формально «Вашингтонский консенсус» связывают с 10 принципами, сформулированными в 1989 г. экономистом Дж. Уильямсоном (подробнее см.: *Ивантер А.*

Механик А., Рогожников М., Фадеев В. Консенсус не достигнут // Эксперт. 2014. № 25. С. 13—24.

дарства. Такой «проинвесторский» подход нашел отражение в российском законодательстве, в том числе в законах об иностранных инвестициях, а также в тексте соглашения, утвержденного постановлением от 9 июня 2001 г. № 456¹⁸, и, как следствие, в международных договорах с участием России.

То обстоятельство, что государства, прежде выступавшие в качестве реципиентов инвестиций (например, Китай, Индия), стали выступать в качестве доноров для США и развитых стран Европы, способствовало формированию более сбалансированного подхода. Так, Правительство Индии в 2015 г. утвердило новый Модельный договор о защите капиталовложений¹⁹. Китай ведет длительные переговоры с США относительно условий торгового соглашения²⁰. По сути, речь идет о поисках нового баланса интересов государства — экспортера капиталов и государства — реципиента инвестиций.

Одним из проявлений «смены парадигм» в рассматриваемой области является изменение подходов к определению категории «инвестиции». При наличии традиционного определения категории «капиталовложение», основанного на перечислении всех видов активов, которые могут считаться инвестициями, в модельном договоре о защите капиталовложений, разработанном и утвержденном Правительством Индии в 2015 г., предусматриваются и

дополнительные критерии, превращающие «инвестиции» в «защищаемые инвестиции», т. е. в имущество, которое должно:

1) иметь продолжительный срок использования в качестве капитала на территории государства-реципиента;

2) способствовать созданию определенного количества рабочих мест на территории принимающего государства;

3) позволять учитывать предпринимательский риск, связанный с его использованием, за который государство не отвечает;

4) вносить позитивный вклад в экономическое развитие принимающего государства, например путем предоставления передовых технологий, ноу-хау;

5) соответствовать требованиям законов государства-реципиента.

Если бы в российском национальном законодательстве и в двусторонних соглашениях были предусмотрены подобные дополнительные критерии, требующие подтверждения, например реального вложения капитала и получения позитивного эффекта от такого вложения для экономики государства, то вряд ли иски, подобные заявленным бывшими владельцами ЮКОСА²¹, имели какие-либо даже чисто формальные юридические основания. Подход же, применяемый в нашем законодательстве об иностранных инвестициях, равно как и в двусторонних соглашениях о защите капиталовложений, способствовал тому, чтобы группа так называемых иностранных инвесторов (на самом деле российских граждан, учредивших дочерние компании в офшорных зонах) предъявила иск к России и даже выиграла 50 млрд долл. в Гаагском международном трибунале (по сути, третейском суде). Решение впоследствии было оспорено в государ-

¹⁸ Утратило силу. В настоящее время действует постановление Правительства РФ от 30 сентября 2016 г. № 992.

¹⁹ URL: <http://lawcommissionofindia.nic.in/reports/Report260.pdf>; https://www.mygov.in/sites/default/files/master_image/Model%20Text%20for%20the%20Indian%20Bilateral%20Investment%20Treaty.pdf (дата обращения: 01.09.2016).

²⁰ URL: <http://www.state.gov/e/eb/ifa/bit/>; <https://www.uschina.org/advocacy/bilateral-investment-treaty> (дата обращения 01.09.2016).

²¹ О деле ЮКОСа см., в частности: *Гавриленко Д., Скоробогатов С.* Как победить ЮКОС // Эксперт. 2015. № 28. 6—12 июня.

ственном суде в Гааге²² и «оставлено без исполнения».

Содержательные изменения в двусторонних соглашениях о защите капиталовложений (опыт России). Отечественное законодательство изначально следовало общим тенденциям правового регулирования инвестиций. Будучи сформированным в начале и претерпев изменения в конце 1990-х гг., оно продолжает корректироваться с учетом происходящих в мире процессов — интенсификации торговли, развития экономических и культурных связей. В этих условиях национальная нормативно-правовая база испытывает влияние зарубежных правовых идей, норм и моделей. В целом российское внутреннее законодательство остается весьма чувствительным к международному регулированию. Так, в России оговаривается предоставление иностранным инвесторам национального режима и не допускается появление норм, которые могут быть истолкованы как ограничительные меры, противоречащие условиям ГАТТ, что, в свою очередь, закреплено в Соглашении по связанным с торговлей инвестиционным мерам, известном как ТРИМС (Trade Investment Measures — TRIMS).

Интернационализация правового регулирования инвестиционных отношений оказала влияние на формирование российского инвестиционного законодательства. Постановление правительства о заключении двусторонних соглашений о защите капиталовложений, которое периодически обновлялось с 1992 г., преследовало основную цель — обеспечить прозрачность внешнеэкономической политики российского правительства в части привлечения иностран-

ных инвестиций. Особенностью российского инвестиционного законодательства в то же время являлось то, что обязательство государства обеспечить защиту иностранному инвестору путем обращения к международно-правовому механизму разрешения инвестиционных споров было сформулировано в национальном законодательстве. В Положении о заключении соглашений между Правительством РФ и правительством иностранного государства о поощрении и взаимной защите капиталовложений предусматривалось, что защита прав инвестора осуществляется путем применения международно-правовой процедуры разрешения споров, предусмотренной в Вашингтонской конвенции 1965 г., если это допускается самой Конвенцией²³.

Сформулированное в российском законодательстве обязательство в части обращения к международно-правовому механизму защиты прав инвестора имело свой положительный эффект в начале реформы, так как позволило привлечь иностранный капитал в экономику страны. Однако в настоящее время в связи с обострением конкурентной борьбы на мировых рынках потребовался более гибкий механизм регулирования международного экономического сотрудничества. Принятие нового постановления Правительства РФ, утвердившего Регламент ведения переговоров по заключению международных переговоров Российской Федерацией по вопросам поощрения и защиты инвестиций²⁴ (далее — Регламент), позволяет дифференцировать режим деятельности инвесторов — государств, предоставляющих аналогичные преимущества на взаимной основе, и государств, чей инвестиционный климат для российских инвесторов остается неблагоприятным. Указанным Регламентом определены особенно-

²² Окружной суд Гааги признал решения постоянной палаты третейского суда недействительными, а также снял с России обязательства по выплате 50 млрд долл. См.: Суд Гааги отменил решение о взыскании с России \$50 млрд по делу ЮКОСа // Российская газета. 2016. 20 апр.

²³ См. постановление Правительства РФ от 9 июня 2001 г. № 456.

²⁴ Речь идет о постановлении Правительства РФ от 30 сентября 2016 г. № 992.

сти проведения переговоров по заключению таких договоров, в котором участвуют Минэкономразвития, Минюст и Минфин России, а также иные заинтересованные федеральные органы исполнительной власти. Партнерами по таким переговорам могут быть не только иностранное государство, но и объединение государств, международная организация, а также иные организации, имеющие право заключать международные договоры (п. 1, 2 Регламента). В соответствии с Приложением к Регламенту установлены критерии определения целесообразности проведения переговоров и заключения международного договора, в частности критерии, основанные на принципе материальной взаимности.

Значение развития регулирования посредством соглашений о защите капиталовложений (опыт ЕАЭС). Возвращаясь к регулированию капиталовложений, следует отметить, что наибольшее количество новшеств связано с развитием рынка портфельных инвестиций. Активная и неконтролируемая государством деятельность спекулятивных инвесторов на рынке портфельных инвестиций послужила причиной кризиса на финансовом рынке 2008 г. Это заставило государства внимательнее отнестись к проблеме разграничения прямых и портфельных инвестиций. Так, после 2008 г. рассматривались предложения о введении специального налога на операции, совершаемые на финансовых рынках. Причиной тому отчасти послужил опыт предшествующих кризисов, спровоцированных действиями спекулятивного характера. Массовые приток и отток иностранных портфельных инвесторов повлекли потрясения на фондовых рынках некоторых развивающихся стран, вызвав, в частности, «азиатский кризис» конца 1990-х гг. Это в конечном счете способствовало продвижению идеи о введении разграничений в регулировании между прямыми и портфельными инвестициями.

Решение данной проблемы лежит за пределами судебной практики и, безусловно, требует изменения законодательства и корректирования норм международных договоров (соглашений) о защите капиталовложений.

В связи с этим возникает вопрос о целесообразности сохранения в отечественном законодательстве двух законодательных актов, один из которых предназначен для национальных инвесторов (Федеральный закон от 25 февраля 1999 г. № 39-ФЗ «Об инвестиционной деятельности в Российской Федерации, осуществляемой в форме капитальных вложений»), а другой — для иностранных (Федеральный закон от 9 июля 1999 г. № 160-ФЗ «Об иностранных инвестициях»). В результате образуется своего рода двойственность регулирования.

Наличие двух законов, регламентирующих однотипные по существу отношения, препятствует формированию единообразной правоприменительной практики и единому пониманию категории «инвестиции» в рамках российского правопорядка. Однако в ряде случаев специальная норма, касающаяся иностранного инвестора, может оказаться оправданной, например, для предоставления ему дополнительных гарантий либо для обеспечения защиты интересов принимающего государства, когда ограничение доступа иностранных инвесторов на национальный рынок устанавливается в целях национальной безопасности (такая мера применяется в США).

В процессе совершенствования отечественного правопорядка не следует забывать о единой концепции защиты капиталовложений и прав инвестора в Евразийском экономическом союзе (ЕАЭС). Договор о Евразийском экономическом союзе (Астана, 29 мая 2014 г.) имеет три протокола, регулирующих систему капиталовложений:

о мерах, направленных на проведение согласованной валютной поли-

тики (приложение № 15 к Договору о ЕАЭС, далее — Протокол 15);

о торговле услугами, учреждении, деятельности и осуществлении инвестиций (приложение № 16 к Договору о ЕАЭС, далее — Протокол 16);

по финансовым услугам (приложение № 17 к Договору о ЕАЭС, далее — Протокол 17).

Каждый из названных протоколов касается соответствующего вопроса регулирования капиталовложений: Протокол 16 — прямых инвестиций; Протокол 17 — портфельных. Протокол 16 воспроизводит традиционный подход к определению инвестиций — посредством перечисления видов активов. Возможно, развивая договорную базу ЕАЭС, можно было бы учесть и опыт индийского модельного соглашения в части определения термина «инвестиции».

Протокол 17 определяет категории, важные для организации интегрированного финансового рынка. Однако выделение портфельных инвестиций в особую категорию нередко обуславливается созданием механизмов защиты внутреннего рынка принимающего государства. Так, в модельном соглашении о защите капиталовложений США 2012 г. допускается введение ограничений, продиктованное опасениями по поводу действий Китая на рынке США, в целях сохранения стабильности на локальном финансовом рынке. Указанные ограничения могут распространяться на совершение валютных операций, установление принудительных курсов обмена валюты. Применительно к ЕАЭС функционирование валютного рынка регламентируется Протоколом 15, действующим автономно от Протокола 17.

Три протокола связаны между собой существом предмета — формированием рынка капиталов и регулированием рынка капиталовложений. Представляется, что следующим этапом укрепления сотрудничества могла бы стать выработка модельного соглашения, отражающего единую инвестиционную политику государств, участвующих в ЕАЭС. Это могло бы не только усилить эффективность национального законодательства, но и обеспечить защиту интересов государств — членов ЕАЭС. В рамках ЮНКТАД развивающиеся страны приняли Программу постоянных встреч и консультаций по проблемам международных инвестиционных соглашений, которая может быть полезна для взаимодействия не только участников ЕАЭС, но и государств, выразивших желание сотрудничать с этим региональным интеграционным объединением.

Необходимо подчеркнуть, что вопрос разрешения споров является ключевым для режима, предоставляемого иностранным инвесторам. При этом допустимо использовать регламентацию соответствующих процедур, которая будет основана на уже сформировавшихся международных институтах (например, в рамках Вашингтонской конвенции 1965 г.) либо иных способах урегулирования разногласий. Главное, чтобы новые механизмы были конкурентоспособны по отношению к действующим, тогда выработка инструментария для проведения скоординированной политики ЕАЭС в области регулирования капиталовложений сможет обеспечить создание системы коллективной экономической безопасности государств — членов ЕАЭС.

Библиографический список

- Akinsanya A. International Protection of Foreign Direct Investments in the Third World // *International & Comparative Law Quarterly*. 1987. Vol. 36.
- Asante S. K. B. International Law and Investments // *International Law: Achievements & Prospects* / ed. by M. Bedjaoui. N. Y., 1991. P. 667.
- Coyle J. F. The Treaty of Friendship, Commerce and Navigation in the Modern Era // *Columbia Journal of Transnational Law*. 2013. Vol. 51.

Herbert Smith FreeHills LLP. EU Launches Consultation on Multilateral Reform of Investor-State Dispute Resolution System (URL: <http://www.lexology.com/library>).

Lord Shawcross. The Problems of Foreign Investments in International Law // *Recueil des cours*. Hague, 1961. Vol. 102.

Patrick M. Norton. A Law of the Future or a Law of the Past? Modern Tribunals and the International Law of Expropriation // *American Journal of International Law (AJIL)*. 1991. Vol. 85.

Public Statement on the International Investment Regime of August 31st, 2010. URL: http://www.osgoode.yorku.ca/public_statement (дата обращения: 31.03.2016).

Salomon M. E. From NIEO to Now and the Unfinishable Story of Economic Justice // *International and Comparative Law Quarterly (ICLQ)*. 2013. Vol. 62.

Schwarzenberg G. *International Law and Foreign Investment*. L., 1972.

Sornarajah M. *International Law on Foreign Investments*. L., 1994.

Vandervelde K. J. The Bilateral Investment Treaty Program of the United States // *Cornell International Law Journal*. 1988. Vol. 21. No. 2.

Гавриленко Д., Скоробогатов С. Как победить ЮКОС // *Эксперт*. 2015. № 28. 6—12 июня.

Ивантер А. Механик А., Рогожников М., Фадеев В. Консенсус не достигнут // *Эксперт*. 2014. № 25.

Лунц Л. А. *Международное частное право*, М., 1949.

Суд Гааги отменил решение о взыскании с России \$50 млрд по делу ЮКОСа // *Российская газета*. 2016. 20 апр.