

**Федеральное государственное бюджетное образовательное  
учреждение высшего образования  
«РОССИЙСКАЯ АКАДЕМИЯ НАРОДНОГО ХОЗЯЙСТВА  
И ГОСУДАРСТВЕННОЙ СЛУЖБЫ ПРИ  
ПРЕЗИДЕНТЕ РОССИЙСКОЙ ФЕДЕРАЦИИ»**

**Левашенко А.Д., Ермохин И.С.**

**Анализ инвестиционных соглашений России и  
предложения по их изменению на основе стандартов  
ОЭСР**

**Москва 2018**

**Аннотация** В статье представлен анализ существующих соглашений России о защите капиталовложений, а также сформированы предложения по внесению изменений в Постановление Правительства РФ от 30.09.2016 №992 «О заключении международных договоров РФ по вопросам поощрения и защиты инвестиций».

Ключевые слова: ОЭСР, инвестиции, инвестор, национальный режим, ответственное ведение бизнеса, прозрачность, инвестиционное соглашение, двусторонние соглашения о защите капиталовложений.

Левашенко А.Д. руководитель Центра Россия-ОЭСР Российской академии народного хозяйства и государственной службы при Президенте РФ

Ермохин И.С. младший научный сотрудник Центра Россия-ОЭСР Российской академии народного хозяйства и государственной службы при Президенте РФ

Данная работа подготовлена на основе материалов научно-исследовательской работы, выполненной в соответствии с Государственным заданием РАНХиГС при Президенте Российской Федерации на 2017

## Оглавление

1 Введение.....	4
2 Понятие «инвестор» .....	5
3 Понятие «инвестиция».....	6
4 Национальный режим, РНБ, предоставление минимального стандарта регулирования .....	7
5 Экспроприация.....	11
6 Требования к высшему менеджменту компаний и совету директоров.....	12
7 Требование к прозрачности законодательства.....	14
8 Устойчивое развитие.....	15
9 Возмещение ущерба .....	23
10 Перевод платежей.....	25
11 Суброгация.....	26
12 Разрешение споров между государством и инвестором.....	28
13 Разрешение споров между государством и государством.....	29
14 Заключение.....	30

# 1 Введение

Двусторонние инвестиционные соглашения заключаются странами с целью продвижения и защиты осуществления инвестиций. До конца XX века такие соглашения заключались, как правило, между развитыми и развивающимися странами. Однако быстрое развитие таких стран, как Малайзия, Китай, Индия, их активное участие в качестве экспортирующих капитал стран оказывает влияние на развитие содержания инвестиционных соглашений. Так, например, в развитых странах наблюдается рост изъятий из национального режима, ограничение иностранного инвестора на право отстаивания своих прав в международном арбитраже. В 2006 г. власти США запретили осуществление инвестиций компании из ОАЭ в сеть морских портов США, исходя из соображений национальной безопасности. Также стоит отметить, что Австралия в последние несколько лет в своих инвестиционных соглашениях с другими странами не предоставляет возможности защиты интересов инвестора в международном арбитраже.

Изменение подходов к заключению соглашений о защите инвестиций ставит вопрос о необходимости нахождения баланса между защитой законных прав инвестора и сохранением права государства на регулирование. Кроме того, задачи Правительства РФ по развитию инвестиционного климата и экспортной конкурентоспособности товаров и услуг ставят вопрос о необходимости создания благоприятных условий для российских предпринимателей для осуществления предпринимательской деятельности за рубежом.

Важно отметить, что соглашения о защите капиталовложений позволяют минимизировать риски, связанные с возможностью получения равного доступа на рынок, прозрачностью местного регулирования, защитой от экспроприации, возможностью судебного разбирательства по международным правилам.

Россия сегодня заключила соглашения с 82 странами, многие соглашения заключены еще в конце 80-х, начале 90-х годов прошлого века. Многие из этих соглашений содержат широкие формулировки («broad language»), которые позволяют в арбитражном процессе свободно трактовать сторонам их значение. Кроме того, эти соглашения не предоставляют защиты от косвенной экспроприации,

дают возможность инвесторам реализовывать практики «treaty shopping».

В 2016 г. Правительство России обновило свой подход к заключению соглашений, предоставив большую самостоятельность переговорщикам от России на международных переговорах. Новая модель не устанавливает четких требований к содержанию будущих соглашений, но определяет направления, которым должны соответствовать будущие соглашения о защите инвесторов. Например, устанавливается, что инвестор имеет право на возмещение в случае экспроприации, право на защиту в международном арбитраже.

Представляется, что новый подход будет эффективным в случае, если государственные органы власти четко установят внутреннюю методологию заключения соглашений, которая будет помогать переговорщикам в выборе наиболее эффективной формулировки для соглашения в зависимости от экономических показателей, потребностей бизнеса, потенциальных эффектов от кооперации и др. Ниже приведен анализ отдельных статей соглашений, по которым представлен взгляд автора на то, каким образом в будущих соглашениях должны устанавливаться отдельные положения и что следует делать со старыми соглашениями.

## **2 Понятие «инвестор»**

Как отмечает ОЭСР, определение понятий «инвестор» и «инвестиции» является ключом к определению сферы применения прав и обязанностей в рамках инвестиционных соглашений и установлению юрисдикции судов и (или) международных арбитражей в рамках инвестиционного договора.

Представляется, что понятие «инвестор» в соглашении следует определять, исходя из того, является ли Россия реципиентом или донором инвестиций. Таким образом, соглашение со страной, в которую активно инвестируют российские государственные корпорации и компании с государственным участием (например, развивающиеся страны, страны с переходной экономикой и другие страны, в которых реализуют проекты госкомпании из России: Иран, Индия, Бангладеш, Китай, Турция, Венгрия). должно включать государственные компании в качестве

«инвестора» с целью обеспечения защиты их интересов. В соглашениях со странами с исламским правом (ОАЭ, Катар, Бахрейн и др.) в качестве инвестора могут выступать и сами государства, но требуется четко определить, на какие именно государственные органы распространяется действие соглашения.

### **3 Понятие «инвестиция»**

Эксперты в области международного инвестиционного права отмечают, что в настоящее время не существует единого подхода к тому, что представляет собой понятие «иностранные инвестиции», которое встречается в национальном законодательстве стран, используется в двусторонних инвестиционных соглашениях, применяется в статистических целях. Во многом отсутствие универсального правового определения понятия «инвестиции» связано с тем, что значение термина инвестиций может отличаться в зависимости от объекта и цели тех инвестиционных инструментов, которые предусматривают его использование. Рост числа определений инвестиций, таким образом, является результатом распространения различных источников. Наиболее широко обсуждаются вопросы включения открытого или закрытого перечня объектов в понятие инвестиция, включение в понятие инвестиции портфельных инвестиций или применение узкого подхода, учет рисков, связанных с инвестициями внутри группы транснациональных компаний. При заключении соглашений о защите капиталовложений следует устанавливать следующее.

Определять понятие «инвестиция» за счет максимально полного наполнения ключевых категорий, включаемых в данное понятие, во всех инвестиционных соглашениях (с учетом того, что суды в рамках инвестиционных споров строго руководствуются определениями, заложенными в соглашения). В частности, понятие инвестиции должно включать в себя: движимое и недвижимое имущество, которое покрывает материальные ценности, долевое участие в компаниях, включая вложения в долговые обязательства и инвестиции в акционерный капитал, денежные права требования и требования по контрактам, имеющим финансовую стоимость, которые предполагают, что инвестиции включают не только имущество,

но также определенные договорные права, права на интеллектуальную собственность, которые могут включать товарные знаки, патенты и авторские права, концессия в рамках публичного права. При этом, необходимо указать, что понятие «инвестиция» не включает в себя право требования на денежные средства в соответствии с коммерческими договорами купли-продажи товаров или услуг физическими или юридическими лицами на территории, поскольку такие отношения рассматриваются не как инвестиционные, а как внешнеэкономические сделки.

Включение в охват определения «инвестиция» портфельных инвестиций (долговые ценные бумаги, фьючерсы, опционы и деривативы) представляется возможным только в условиях наличия в рамках двустороннего инвестиционного соглашения специальной статьи «Denial of Benefits», которая отказывает в распространении преимуществ положений главы по инвестиционным соглашениям для компаний, которые не имеют бизнес-активности в месте регистрации. Портфельные инвестиции отличаются от прямых инвестиций высокой мобильностью, создают условия, когда принимающему инвестиции государству сложно идентифицировать владельцев актива. Поэтому важно не допускать злоупотреблений в отношении изменения собственника портфельных инвестиций в целях получения выгод, заложенных в инвестиционных соглашениях.

В целях предоставления механизмов защиты в отношении реинвестирования (т.е. защиты как первичных, так и вторичных инвестиций) в двусторонние инвестиционные соглашения необходимо включать положение, в соответствии с которым изменение формы, в которую инвестируются активы, не влияет на их классификацию в качестве инвестиций, если такое изменение не противоречит требованиям в отношении первоначально вложенных активов.

#### **4 Национальный режим, РНБ, предоставление минимального стандарта регулирования**

Заключение соглашения о защите капиталовложений всегда направлено на предоставление определенного набора гарантий инвестору. К таким гарантиям

относятся право на возмещение ущерба, обращение в суд, в том числе и международный арбитраж, право на свободный перевод средств и др. Однако, одной из важнейших гарантий, которая дается странами для иностранного инвестора, является право на осуществление деятельности в соответствии с режимом.

Все научные труды, например, книга Р.Дользера «Принципы международного инвестиционного права» 2008 г. или Оксфордский справочник по международному инвестиционному праву 2008 г. указывают, что в международной практике принято выделять 3 режима регулирования инвестиций: режим наибольшего благоприятствования (РНБ), национальный режим, равный и справедливый режим. В настоящее время практически все международные инвестиционные соглашения гарантируют инвестору все 3 режима регулирования. Что это значит? Это значит, что инвестор имеет право на режим регулирования своей деятельности, который имеют другие иностранные инвесторы в такой стране (режим РНБ), который имеют местные инвесторы (национальный режим), который не противоречит международному обычному праву (равный и справедливый режим).

Режим наибольшего благоприятствования (РНБ) – режим, предоставляемый всем иностранным инвесторам для осуществления деятельности. Предоставление РНБ означает, что иностранные инвесторы имеют одинаковые права и гарантии защиты при осуществлении деятельности. Авторы Оксфордского справочника по международному инвестиционному праву 2008 г., а также эксперты ЮНКТАД (Конференция ООН по торговле и развитию) в исследовании о предоставлении режима наибольшего благоприятствования отмечают, что основная цель предоставления такого режима – гарантировать инвестору объем прав на осуществление деятельности, который не будет меньше, чем у других иностранных инвесторов. В зависимости от соглашения РНБ может предоставляться для инвестора и/или его инвестиций, распространяться на отношения, предшествующие входу инвестора в страну (pre-establishment phase).

Представляется, что предоставление режима РНБ иностранным инвесторам связано с принципом равенства всех государств. Между тем, предоставление режима РНБ осуществляется только в том случае, если это предусмотрено соглашением, закреплено в ст.7 проекта Конвенции ООН по интерпретации РНБ

положений в соглашениях и подтверждается судебной практикой. Предлагается закрепить в будущих соглашениях, заключаемых ЕАЭС и Россией, следующие положения.

С учетом национального и зарубежного опыта рекомендуется в будущих соглашениях указывать, что РНБ режим не распространяется на соглашения: ЗСТ, соглашения о таможенном, экономическом союзе, любые аналогичные экономические образования, соглашения, связанные с налогообложением, договоренности по облегчению приграничной торговли, соглашения РФ с государствами, ранее входившими в состав Союза Советских Социалистических Республик.

России рекомендуется обновить соглашения с 7 странами: Великобританией, Зимбабве, Йеменом, Канадой, Кореей, Финляндией и Японией. Соглашения с данными странами наиболее рискованные с точки зрения практики «treaty shopping», так как в них нет ни одной оговорки, связанной с заключенными Россией соглашениями.

Положение о предоставлении национального режима является стандартным для международных соглашений о защите и поощрении инвестиций и включается во многие современные соглашения. Национальный режим предоставляет иностранному инвестору условия для ведения деятельности не хуже, чем у местных инвесторов. Ввиду того, что предоставление режима связано с экономическими и социальными интересами государства, предоставление такого режима связано с различными оговорками, которые ограничивают распространение режима. Эксперты ЮНКТАД отмечают, что национальный режим является одним из ключевых режимов в соглашениях о защите капиталовложений, который гарантирует уровень защиты иностранных инвестиций.

При заключении последующих соглашений России и ЕАЭС следует использовать следующие оговорки для определения распространения национального режима.

Распространение национального режима на деятельность, предшествующую (pre-entry) осуществлению инвестиционной деятельности. Сегодня соглашения, заключенные Россией, не содержат такой оговорки. Следует включать такую

оговорку в случае заключения соглашения со страной, где есть риски не допуска российского инвестора на рынок (например, в КНР до 2016 г. необходимо было получить разрешение на открытие компании, регулятор Китая имел полное право на отказ инвестору во входе в страну).

Использовать оговорку «в аналогичных ситуациях» («like circumstances», «like situations»). Рекомендуется определять критерии аналогичности ситуации при использовании такой формулировки. Такую формулировку рекомендуется использовать со странами, имеющими примерно одинаковый с Россией уровень экономического развития и риски экспроприации.

Определять отрасли, на которые распространяется национальный режим. Рекомендуется специально определять отрасли, когда ожидается, что российские инвесторы будут входить именно в такие отрасли или если такая отрасль является преобладающей в экономике государства, с которым подписывается соглашение. Возможно также оставить открытый список отраслей, на которые распространяется национальный режим, что позволит распространить национальный режим на все отрасли и одновременно четко закрепить в соглашении согласие сторон на предоставление национального режима в конкретных отраслях.

Анализ соглашений также показал, что России следует перезаключить соглашения с 9 странами (Австрией, Бельгией, Люксембургом, Нидерландами, Норвегией, Финляндией, Францией, Германией, Швейцарией) с целью предоставления инвесторам стран национального режима регулирования.

Положение о равном и справедливом режиме включено в большинство существующих соглашений о защите и поощрении капиталовложений, которые были заключены в мире. Трактование значения равного и справедливого режима крайне широкое в судебной практике, зависящее от формулировки положения о равном и справедливом режиме в соглашении, связи формулировки с международным правом и другими факторами.

В будущих соглашениях о защите и поощрении капиталовложений, которые будут заключаться Россией и ЕАЭС, следует делать следующее.

Пересмотреть подход к порядку предоставления справедливого и равного режима. В новых соглашениях следует установить, что справедливый режим

подразумевает запрет на отказ в правосудии, запрет произвольных, необоснованных или дискриминационных мер, не может применяться к нарушениям других норм договора или нарушению государством других договоров, должен учитывать уровень развития страны. Рекомендуется также уточнить, что режим справедливого и равного отношения не предоставляет никаких дополнительных гарантий инвестору, чем те гарантии, которые у него есть в соответствии с международным обычным правом (право на минимальный стандарт регулирования деятельности).

В отношении режима наибольшего благоприятствования следует установить, что режим не распространяется на режим справедливого и равного регулирования, предоставленного другими соглашениями, которые были заключены сторонами.

В отношении всех 82 существующих соглашений со странами следует заключить протоколы, которые будут разъяснять порядок предоставления равного и справедливого режима.

## **5 Экспроприация**

Защита от экспроприации является одним из основных положений соглашений о защите капиталовложений. Ключевыми вопросами при рассмотрении случая экспроприации является отнесение объекта к инвестиции и доказывания наличия факта экспроприации в действиях государства. ЮНКТАД в отчете об исследовании теории и практики экспроприации в рамках соглашений о защите капиталовложений 2011 г., отмечает что большинство существующих инвестиционных соглашений допускают факт экспроприации для общественно значимых целей при выплате компенсации инвестору.

При этом выделяется два вида экспроприации: прямая и косвенная экспроприация. Прямая экспроприация предполагает формальный переход права собственности от инвестора к государству или третьим лицам, уполномоченные на это государствами. Косвенная экспроприация не предполагает формального перехода права собственности, но формирует условия, когда ведение инвестиционной деятельности невозможно или невыгодно инвестору.

В будущих соглашениях следует установить, что положения об экспроприации, установленные в соглашении, распространяются и на акты косвенной экспроприации. Следует включать конкретизированное положение о косвенной экспроприации во все соглашения, которые будут заключаться Россией или ЕАЭС вне зависимости от уровня экономического развития партнера. В отношении действующих соглашений следует, в первую очередь, пересмотреть соглашение с Венгрией и Аргентиной так как страны были замечены в осуществлении акта косвенной экспроприации.

В соглашениях со странами, в которые преимущественно осуществляется инвестирование российского капитала, следует установить порядок расчета рыночной стоимости экспроприруемых активов, в том числе принимая в расчет размер упущенной выгоды. В соглашениях со странами, где Россия выступает преимущественно реципиентом инвестиций, следует установить, что актом экспроприации может быть определено только действие или действия, которые отвечают следующим требованиям: действия государства дискриминируют инвестора, не преследуют публичный интерес или предпринятые действия не пропорциональны публичному интересу, не соблюдаются установленные в этой же стране процедуры в отношении экспроприации, действия государства нанесли экономический ущерб инвестиции или инвестору. Для таких соглашений должно быть установлено, что компенсация за факт экспроприации будет справедливой и будет учитывать затронутые публичные интересы.

## **6 Требования к высшему менеджменту компаний и совету директоров**

Требования к высшему менеджменту компаний и совету директоров являются положением, включаемым некоторыми странами в свои инвестиционные соглашения. Они связаны с требованиями, предъявляемыми к национальности или резидентству ключевого персонала. Эта статья, которая работает в интересах инвестора, должна быть сбалансирована с учетом того, что ПИИ должны приводить к модернизации, передаче навыков, то есть необходимо не только учитывать

желания инвестора, который хотел бы видеть в составе высшего менеджмента персонал определенного уровня, но и позволить допустить к управлению граждан принимающей стороны, чтобы передать им все необходимые знания.

Данное положение запрещает государствам требовать, чтобы должности высшего менеджмента в местных компаниях замещались лицами, имеющими конкретное гражданство. Целью положения о требованиях к высшему менеджменту и совету директоров обычно является право инвестора свободно назначать топ-менеджеров для работы своих компаний, чтобы принимать решения по соображениям эффективности. Договаривающиеся стороны могут в некоторых случаях делать оговорки в отношении этого обязательства, с тем, чтобы исключить определенные существующие или будущие меры или экономические сектора из сферы действия обязательства. В соглашениях о защите капиталовложений, которые будут заключаться Россией и ЕАЭС следует закрепить следующее.

Представляется, что следует использовать формулировку о свободе инвестора на выбор членов совета директоров и высшего менеджмента - в соглашениях, где Россия или страны ЕАЭС преимущественно выступают донором инвестиций (например, с Австрией, Голландией, Швейцарией, США, Кипром, Германией, так как в эти страны поступают большие объемы российских прямых инвестиций) или там, где риски ограничения деятельности инвестора наиболее высокие. Риски ограничения деятельности инвестора могут быть определены на основе индикаторов ограничения иностранного доступа индекса STRI.

Со странами, где прогнозируется приход инвесторов в высокотехнологичные сектора в Россию или ЕАЭС, возможно резервировать право государства на регулирование качественного состава совета директоров и высшего менеджмента компаний. Это объясняется тем, что защита секторов высоких технологий от чрезмерного иностранного вмешательства важна для защиты национальных интересов.

## **7 Требование к транспарентности законодательства**

Понятие прозрачности в международном инвестиционном праве развивается в контексте правовых рамок международных инвестиционных соглашений. Традиционная цель положений о прозрачности в таких соглашениях заключалась в устранении информационных издержек и институциональных рисков, с которыми сталкиваются потенциальные и существующие иностранные инвесторы. Это должно было быть достигнуто путем расширения степени раскрытия сторонами соглашения своих законов и положений, а также повышения транспарентности процесса разработки и принятия политических решений. Также цель включения таких положений заключается в том, что они служат ориентиром для проверки сбалансированности и справедливости соглашения.

В международных экономических соглашениях, особенно в международной торговой системе, ключевым аспектом транспарентности является публикация внутренних законов, положений и административной практики, которые имеют отношение к предмету данного соглашения.

Требования к транспарентности применяются в двусторонних инвестиционных соглашениях для того, чтобы обеспечить доступность и открытость законодательства сторон друг другу. Включение данного положения необходимо, так как позволяет инвесторам «из первых рук» получать информацию о ведении бизнеса в стране назначения, о своих правах и обязанностях. Требования прозрачности должны способствовать привлечению большего числа инвесторов. С точки зрения требований транспарентности, применяемых к государствам, России и ЕАЭС рекомендуется следующее.

Во-первых, включать требования транспарентности национального законодательства в свои инвестиционные соглашения с применением ограничения (как в соглашении Россия-Туркменистан), которое позволит защитить конфиденциальную информацию, разглашение которой может навредить интересам одной из сторон или инвестора.

Во-вторых, организовать контактные центры для проведения консультаций по вопросам инвестиционных соглашений. Это является обязательством России в

рамках договора о ЕАЭС. Возможно совмещение контактных центров как для государств-членов ЕАЭС, так и для других государств в целях экономии ресурсов. Механизм может быть создан не в форме контактного центра, а на базе сети Интернет. Он должен обеспечивать предоставление в письменной и электронной форме ответов на запросы любых заинтересованных лиц о принятых и планируемых к принятию нормативно-правовых актах.

## **8 Устойчивое развитие**

Двусторонние инвестиционные договоры (ДИД) в качестве первичной цели преследуют привлечение иностранных инвестиций и для этого закрепляют права и гарантии для инвесторов. Включая механизм разрешения споров. При этом, инвестиционные договоры не являются специальным правовым режимом, обособленным от остального международного права, в результате чего, международные обязательства Сторон и международное право могут оказать воздействие на устанавливаемый инвестиционный режим. В настоящее время цели устойчивого развития активно внедряются развитыми странами во многие аспекты экономической политики, включая инвестиционную.

На основе принципов устойчивой инвестиционной политики, выделяемых международными организациями, и основных подходов к их отражению в ДИД были рассмотрены основные сферы устойчивого развития (экология, труд, права человека, противодействие коррупции, ответственное ведение бизнеса). Рассмотрим их по порядку.

Охрана окружающей среды является распространенным трендом в международных договорных экономических отношениях, включая инвестиционные. Это связано как с общей глобальной экологической повесткой и ее внедрением в экономические и торговые политики, так и со спецификой воздействия природоохранных режимов на инвестиционные правоотношения. Международная практика демонстрирует, что инвестиционная политика и цели защиты окружающей среды могут друг другу противоречить. Это может проявляться в осуществлении инвестором предпринимательской деятельности, которая негативно сказывается на

окружающей среде и априори считается не очень экологичной (транспортировка и захоронение отходов, ресурсодобывающая, химическая, тяжелая промышленность и т.п.). В этом случае возможно притеснение инвесторов путем усиления природоохранного регулирования в отдельных отраслях, но, с другой стороны, инвесторы могут оказаться в «инвестиционном раю» - слабом природоохранном режиме, позволяющем экономить на экологической ответственности. Причем судебная практика демонстрирует, что в отсутствие урегулированных в ДИД природоохранных вопросов инвестиционный трибунал часто становится на сторону инвестора. Например, в деле американской компании *Metalclad v. Mexico* 2000 г. отзыв лицензии на ведение экологически неблагоприятной предпринимательской деятельности (захоронение отходов) был признан косвенной экспроприацией, и Мексика должна была выплатить компенсацию.

Тем не менее, в связи с тем, что положения, касающиеся экологии и охраны окружающей среды, не являются обязательными элементами межгосударственного инвестиционного договора, не сложилось определенных лучших или наиболее эффективных практик изложения текста по этим вопросам. Кроме того, судебная практика демонстрирует, что охрана или ее отсутствие для окружающей среды, как правило, выступает мотивом для признания нарушения или доводом стороны, но не самим по себе предметом спора. Тем не менее, так как инвестиционный трибунал разрешает спор на основании положений ДИД, важно в дополнение к инвестиционному режиму установить и природоохранный, определив его место и порядок применения. В этом случае, суд при вынесении решения сможет опираться непосредственно на положения ДИД, что в большей степени соответствует правоприменению в международном праве, чем если бы трибунал опирался только на национальное законодательство.

Впервые вопросы экологии в международном договоре, регулирующем торговые вопросы, были урегулированы в Римском договоре (ЕС) 1957 г. ОЭСР отмечает, что тренд включать положения об экологической и социальной ответственности в двусторонние инвестиционные договоры (ДИД) набирает популярность в последние десятилетия. По материалам Доклада ОЭСР «Перспективы международных инвестиций» 2006 г., такой раздел содержится в

Модели ДИД Бельгия-Люксембург 2012 г., моделях Канады (2004), США (2012) и инвестиционном соглашении Япония-Корея-Китай 2012 г. Основной целью включения положений по экологии является недопущение ослабления природоохранного режима в пользу инвестиционных режимов (Модели ДИД США, Канады). Согласно исследованию ОЭСР, проведенному в 2011 г., только 6,5 % ДИД из 1,593 касаются вопросов экологии.

Предлагается в ДИД РФ и РТС ЕАЭС включать разделы по устойчивому развитию и, исходя из рассмотренной практики и оцененных эффектов ее использования, специальные статьи по вопросам экологии, где использовать следующие приемы юридической техники.

В преамбуле и разделе по устойчивому развитию Соглашения выражать приверженность международным природоохранным обязательствам РФ (или стран-членов ЕАЭС), а также принципам устойчивого развития, защиты прав человека, охраны экологии и труда, борьбе с коррупцией.

В текст ДИД включать оговорку о возможности ограничения деятельности инвестора в целях охраны общественного здоровья и окружающей среды с использованием формулировки «даже если это ставит инвестора в менее выгодное положение», что позволяет устанавливать правовое природоохранное регулирование, даже если оно ухудшает положение инвестора.

Включать также рекомендуется формулировки «стороны признают неприемлемым поощрение инвестиций, ведущее к ослаблению природоохранного режима» и далее – «стороны обеспечивают, что в своих действиях они не допускают отступление от природоохранного регулирования и его правоприменения в пользу учреждения, приобретения, распространения или удержания инвестиций на их территории» - создает дополнительную гарантию для продвижения целей политики по защите окружающей среды и ее интеграции с экономической политикой, что соответствует современным природоохранным трендам.

Следует также включать положения о возможности проведения консультаций и подачи запросов о разъяснении природоохранного законодательства, что обеспечит транспарентность регулирования и снизит риски споров как с государством, так и с иностранным инвестором.

Трудовое и инвестиционное право являются различными и достаточно независимыми сферами международно-правового регулирования, несмотря на то, что их предмет может совпадать (например, в случае регулирования трудовых прав персонала иностранного инвестора). Исторически, международные стандарты появились раньше инвестиционных – с появлением в 1919 г. Международной организации труда (МОТ). Сейчас в связи с имплементацией целей устойчивого развития вновь актуален вопрос взаимосвязи торговли, инвестиций и труда, особенно в условиях глобализации. Тем не менее, не все вопросы, связанные с трудом, имеют значение в межгосударственных, в том числе, инвестиционных соглашениях. Так, в рабочем документе МОТ «Положения, относящиеся к труду в международных инвестиционных соглашениях» 2012 г. выделено три сферы правового анализа взаимодействия международных правовых и инвестиционных режимов.

Во-первых, необходимо разграничивать вопросы занятости (экономическая категория), трудового права (стандарты МОТ) и трудовых прав (тесно взаимосвязаны с правами человека). Отмечается, что для международного права и его отражения в ДИД интерес представляют именно две последние категории.

Во-вторых, при имплементации целей устойчивого развития необходимо различать правовую природу положений о труде в договоре (являются предметом договора) и оценки регулирующего воздействия на трудовые отношения договора (механизм имплементации договора, который может быть предусмотрен договором, а может – только национальным правом, как это сделано в ЕС).

В-третьих, невозможно выявить четкой закономерности и прогнозы использования и развития тех или иных положений в связи с фрагментацией международного права – то есть, в частности, возможностью толкования положений договора и использования конкурирующих доктрин различными судебными инстанциями, не связанными решениями друг друга.

На практике включение положений о трудовых и социальных вопросах в ДИД часто происходит одновременно с включением вопросов по экологии. Аналогично тому, как образуется «инвестиционный рай» благодаря слабому природоохранному регулированию, он может возникнуть и из-за низких трудовых и социальных

стандартов, причем зачастую в одной стране. Это привлекает «безответственных» инвесторов и крайне негативно сказывается на принимающем государстве, а кроме того – вредит компаниям, использующим модель устойчивого ведения бизнеса.

Следуя задаче продвижения устойчивого развития во всех политиках, развитые страны углубляют и детализируют вопросы труда в торговых и инвестиционных соглашениях. Так, в предложениях по тексту ТТИП и их обосновании ЕС представил предложения, максимально охватывающие вопросы регулирования труда в инвестиционном договоре. Всего было выделено 6 аспектов, регулирование которых уместно применительно к инвестициям:

- выражение приверженности стандартам МОТ (не создает дополнительных обязательств, но облегчает правоприменение в инвестиционном споре);
- сохранение регуляторного пространства (позволяет государству ужесточать национальные трудовые нормы, что не будет считаться нарушением права инвестора);
- сквозные вопросы (указание наряду с положениями о трудовых стандартах положений об ответственном ведении бизнеса и социальной ответственности);
- сотрудничество (указание форм сотрудничества (органы, консультации) для углубленного взаимного продвижения трудовых стандартов);
- механизм имплементации (отсылка к плану действий, выбор площадки для обсуждений (МОТ, консультации экспертов), механизмы мониторинга и оценки воздействия);
- участие гражданского общества (порядок участия общественных групп в оценке и мониторинге, обратная связь).

Предлагается в ДИД РФ и РТС ЕАЭС включать разделы по устойчивому развитию и, исходя из рассмотренной практики и оцененных эффектов ее использования, использовать следующие приемы юридической техники.

В преамбуле и разделе по устойчивому развитию Соглашения выразить приверженность международным обязательствам РФ (или стран-членов ЕАЭС) и международным стандартам труда, продвигаемым МОТ, а также принципам устойчивого развития, защиты прав человека, охраны экологии и труда, борьбы с коррупцией.

Включать формулировки «стороны признают неприемлемым поощрение инвестиций, ведущее к ослаблению стандартов трудовой защиты» и далее – «стороны обеспечивают, что в своих действиях они не допускают отступление от регулирования трудовых прав и его правоприменения в пользу учреждения, приобретения, распространения или удержания инвестиций на их территории», что создает дополнительную гарантию для продвижения целей политики по защите трудовых прав и продвижения международных стандартов труда.

Включать положения о возможности проведения консультаций и подачи запросов о разъяснении трудового законодательства и разработки совместных мер по имплементации передовых международных стандартов труда, что обеспечит прозрачность регулирования и снизит риски споров как с государством, так и с иностранным инвестором.

Борьбе с коррупцией посвящен ряд международно-правовых инструментов: Конвенция ООН по борьбе с коррупцией 2003 г. (1 упоминание, ДИД Австрия – Косово 2010 г.), Конвенция Совета Европы о гражданско-правовой ответственности за коррупцию 1999 г., Межамериканская конвенция по борьбе с коррупцией 1996 г. (1 упоминание в ДИД), Конвенция ОЭСР по борьбе с подкупом иностранных должностных лиц при осуществлении международных сделок 1997 г. (3 упоминания в ДИД) и др.

Приверженность их целям и принципам может сказаться на национальном режиме, предусматривающем определенные составы преступлений, превентивные меры, обязанности для инвесторов. Например, по Конвенции ОЭСР компании обязаны представлять специальную отчетность, а значит – обеспечить определенную систему комплаенса, что представляет собой дополнительное для иностранного инвестора требование. Поэтому иногда в ДИД также регулируются вопросы коррупции. Так, в общей форме, может быть выражена обязанность обеспечивать противодействие коррупции. Например, в ДИД Япония – Лаос 2008 г., закреплено: государства будут принимать меры и шаги для предотвращения и борьбы с коррупцией в вопросах, затрагиваемых в настоящем соглашении, как это предусмотрено в их национальном законодательстве».

Необходимо установление в ДИД конкретных мер, в том числе элементов составов преступлений, которые в этом случае становятся международными обязательствами, позволяет унифицировать подходы стран к противодействию коррупции и гарантирует распространение указанных мер на сферу инвестиционной деятельности.

Предлагается в ДИД РФ и РТС ЕАЭС включать разделы по устойчивому развитию и, исходя из рассмотренной практики и оцененных эффектов ее использования, использовать следующие приемы юридической техники:

В преамбуле и разделе по устойчивому развитию Соглашения выразить приверженность международным обязательствам РФ по борьбе с коррупцией. Включать положения о возможности проведения консультаций и подачи запросов о разъяснении существующего антикоррупционного законодательства и порядка его применения. Закреплять минимальные требования к национальным нормам для борьбы с коррупцией (наличие уголовного наказания, эффективных процедур и санкции, элементов составов, касающихся субъектов и объекта преступления). Устанавливать, что спор может быть исключен из юрисдикции инвестиционного трибунала, если в деле имели место акты коррупции.

Международный режим прав человека (содержание основных прав, борьба с геноцидом и дискриминацией, рабством, защита детей, права малочисленных народов и т.п.) является универсальным и общепризнанным. Более того, хотя в международном праве не принято строгой иерархии сфер, часто отмечается приоритетность и горизонтальный характер этого режима по отношению к остальным (международное торговое, инвестиционное, морское право и т.д.). Включение специальных положений, касающихся прав человека, является нетипичным в инвестиционных договорах. По оценке ОЭСР в Доклад «Экологические положения в международных инвестиционных соглашениях» 2011 г., они составляют около 1% на 2000 договоров. Тем не менее, договоры некоторых стран и арбитражная практика показывают, что такие положения могут не только отражать правовые ценности сторон и их приверженность принципам международного права, но и иметь практическое значение для инвестиционных правоотношений. Так, в работе Патрика Дамберри и Габриэль Дюма Обина «Как

инкорпорировать обязательства по правам человека в ДИД» 2013 г. отмечается, что современное инвестиционное право и договоры между государствами в силу своего публично-правового характера не возлагают прямых обязательств на инвестора, но в то же время, ничто не препятствует сторонам предусматривать возможность существования таких обязательств.

Представляется, что в ДИД РФ и РТС ЕАЭС включать разделы по устойчивому развитию и, исходя из рассмотренной практики и оцененных эффектов ее использования, использовать в следующие приемы юридической техники:

- выражать приверженность международным обязательствам РФ и принципам защиты прав человека;
- в положениях ДИД о применимом праве – закреплять возможность применения инструментов защиты прав человека в инвестиционном споре.

Вопросы ответственного ведения бизнеса являются сквозными для регулирования инвестиций, так как касаются различных сфер (экологическая и социальная ответственность, корпоративное управление, транспарентность, борьба с коррупцией), а также могут быть учтены на различных этапах взаимодействия государства и иностранного инвестора (заключение инвестиционного соглашения между публичной и частной стороной, получение разрешений, предоставление отчетности, разрешение споров). В связи с этим, положения об ОВБ в ДИД рассматриваются отдельно. Их характерной чертой является преимущественно мягко-правовой характер, происходящий из природы международных стандартов ОВБ.

Предлагается в ДИД РФ и РТС ЕАЭС включать разделы по устойчивому развитию и, исходя из рассмотренной практики и оцененных эффектов ее использования, использовать следующие приемы юридической техники:

- закреплять в ДИД положения о продвижении стандартов ответственного ведения бизнеса в виде формулировки о том, что инвестору следует пресекать нарушения прав человека даже с санкции государственной власти.
- добавлять формулировку «стороны соглашаются участвовать в международных механизмах имплементации стандартов ОВБ (Руководствах по ОВБ ОЭСР, Глобальном договоре ООН и др.)».

## 9 Возмещение ущерба

Многие ДИД закрепляют положения о возмещении ущерба государством, в случае, если иностранный инвестор несет убытки в связи с войной, гражданскими беспорядками, чрезвычайными ситуациями. Необходимо отметить, что такой ущерб возникает и регулируется отдельно от правил экспроприации.

В ДИД между странами такие статьи содержат следующие составные части:

- события, в результате которых, возможно возмещение вреда;
- объем возмещения вреда;
- способ возмещения вреда;
- иные характеристики, например, положение о том, что возмещение должно быть адекватное и своевременное.

В публикации ОЭСР «Обзор инвестиционной политики Малайзии» 2013 г. отмечается, что положения ДИД о возмещении ущерба в результате войны или гражданских беспорядков исторически были включены в инвестиционные договоры в целях обеспечения недискриминационного режима для иностранных инвесторов при наступлении таких обстоятельств, поскольку положения о компенсации за экспроприацию не распространяются на перечисленные случаи.

Таким образом, положения о возмещении ущерба не накладывают абсолютной обязанности на государство выплачивать компенсацию в случае наступления определенного события. Положение обеспечивает инвестору недискриминационный режим в отношении компенсации, восстановления имущества, возмещения ущерба или других видов урегулирования, в случае если государство решило обеспечить такую компенсацию инвесторам из третьих стран или национальным инвесторам. Представляется, что требуются следующие изменения.

Представляется, что следует внести изменения в соглашения о поощрении и взаимной защите капиталовложений и инвестиций с Австрией (1990 г.), Албанией (1995 г.), Бельгией (1989 г.), Вьетнамом (1994 г.), Кубой (1993 г.), КНДР (1996 г.), Лаос (1996 г.), Люксембург (1989 г.), Монголией (1995 г.), Финляндией (1989 г.) и включить положения о возмещении ущерба. Установить открытый перечень

обстоятельств, при которых будет происходить возмещение ущерба, применения одновременно национального режима и РНБ к объему возмещения. Предусмотреть любую форму возмещения ущерба.

Рекомендуется также внести изменения в статьи о возмещении ущерба в соглашениях с Германией (1989 г.), Египтом (1997 г.), Италией (1989 г.), Канадой (1989 г.), Молдавией (1998 г.), Норвегией (1995 г.), Португалией (1994 г.), Таджикистаном (1999 г.), Турцией (1997 г.), Украиной (1998 г.), Филиппинами (1997 г.), Швейцарией (1990 г.), Эфиопией (2000 г.), ЮАР (1998 г.) и установить в отношении объема возмещения ущерба, помимо РНБ, национальный режим.

Следует внести изменения и в статьи о возмещении ущерба в соглашениях с Аргентиной (1998 г.), Великобританией (1989 г.), Индонезией (2007 г.), Кореей (1990г.), Польшей (1992 г.), Румынией (1993 г.), Японией (1998 г.) и установить открытые перечни ситуаций, при которых возможно возмещение ущерба. То есть дополнить статьи словами «возмещение ущерба ... и в иных аналогичных (подобных/ схожих) обстоятельствах (ситуациях)».

Рекомендуется внести изменения в Протокол 16, п. 77. п. 78 Договора о ЕАЭС и установить, что инвесторы имеют право на возмещение ущерба, нанесенного их доходам в результате гражданских беспорядков, военных действий, революции, мятежа, введения чрезвычайного положения или иных подобных обстоятельств на территории государства-члена.

Следует внести изменения в Постановление Правительства РФ от 30.09.2016 № 992 «О заключении международных договоров Российской Федерации по вопросам поощрения и защиты инвестиций» и установить положение об абсолютной ответственности договаривающихся сторон в случае, если граждане и учреждения одной Договаривающейся Стороны, которые несут потери на территории другой Договаривающейся стороны, ввиду реквизиции или уничтожения собственности инвесторов государственными силами или властями, в случаях, не связанных с военными действиями, или отсутствия необходимости реквизиции или уничтожения собственности инвестора, государство обязано предоставить реституцию или адекватную компенсацию. По возможности, установить положение об абсолютной

ответственности договаривающихся сторон в существующих и будущих инвестиционных соглашениях России.

Также следует внести изменения в п.33 Постановления Правительства РФ от 30.09.2016 N 992 «О заключении международных договоров Российской Федерации по вопросам поощрения и защиты инвестиций» и установить положение о платежах, которые должны производиться без необоснованной задержки, свободно переводиться, быть практически применимыми, своевременными, адекватными. По возможности, установить требования к платежам в случае возмещения ущерба в существующих и будущих инвестиционных соглашениях России.

## **10 Перевод платежей**

Свободный перевод платежей – фундаментальный аспект защиты инвестиций и является поэтому ключевой составляющей в инструментах защиты инвестиций. В качестве одного из основных положений в ДИД переводы платежей устанавливают обязательство принимающей страны разрешать свободный поток всех сделок, связанных с инвестициями, гарантируя перевод, конвертацию и ликвидацию любых форм капитала, поступлений, платежей, прибыли и т.д. без ограничений. Основной целью положений о переводе платежей является определение обязанности принимающей страны разрешать оплату, конвертацию и репатриацию средств, связанных с инвестициями (капиталовложениями). Хотя, с одной стороны, финансовое регулирование относится к суверенному полю деятельности государств, положения в ДИД предусматривают свободный перевод платежей, чтобы инвесторы могли репатриировать, кроме всего прочего, капитал и прибыль от инвестиций. Возможность свободно осуществлять перевод капитала и прибыли важна для защиты капиталовложений, так как инвестор должен иметь возможность репатриировать собственный капитал и доходы. Инвестор с меньшей вероятностью согласится взять на себя риск капиталовложения, если полученная прибыль не может быть свободно переведена вследствие валютных ограничений, налогов или каких-либо других условий, которые необходимо выполнить. В противовес защите

инвестора ставится интерес принимающей стороны в контроле и защите своих валютных запасов. Для развития соглашений требуются следующие действия.

В этой связи рекомендуется внести изменения в Приложение №2 к Регламенту заключения международных договоров Российской Федерации по вопросам поощрения и защиты инвестиций, утвержденному постановлением Правительства РФ от 30 сентября 2016 г. №992 «О заключении международных договоров Российской Федерации по вопросам поощрения и защиты инвестиций», конкретизировав виды переводов, которые покрываются соглашением о защите инвестиций. Также следует определить виды переводов (кроме возмещения ущерба), которые правительство принимающей страны должно позволять иностранному инвестору в соответствии с другими положениями о защите инвестиций, содержащимися в соглашении (экспроприация, разрешение споров и т.д.).

Министерству экономического развития РФ при формировании директив на переговоры с иностранными государствами, имеющими фиксированный валютный курс и несущими валютные риски для российских инвесторов, следует предусмотреть отсутствие требования о том, что переводы должны осуществляться в соответствии с валютным законодательством государства той Договаривающейся Стороны, на территории которой осуществлены инвестиции. Отсутствие таких положений позволит российским инвесторам избежать проблем, связанных с невозможностью репатриации доходов российскими инвесторами вследствие валютных ограничений в принимающей стране.

## **11 Суброгация**

Во многих странах разработаны программы страхования инвестиций собственных инвесторов за рубежом от некоммерческих рисков, таких как экспроприация, неконвертируемость валюты, убытки, понесенные в результате войны или гражданских беспорядков, политического насилия или терроризма.

В соответствии с Глоссарием ЮНКТАД «Ключевые термины и концепции в международных инвестиционных договорах» 2004 г., суброгация – это термин,

происходящий из страхового права и означающий замену одного лица другим применительно к исковому требованию.

В Справочнике 2012 г. АТЭС/ЮНКТАД отмечается, что принимающее государство признает передачу всех прав и требований в пользу страховщика по выплате страхового контракта или гарантии, таким образом, страховщик становится на место инвестора в отношении законного иска. Страховщик вправе осуществлять права и требования, которые осуществлял инвестор, в объеме, покрытом страховкой. Для развития соглашений требуются следующие действия.

Следует внести изменения в п. 34 Постановления Правительства РФ от 30.09.2016 № 992 "О заключении международных договоров Российской Федерации по вопросам поощрения и защиты инвестиций" и дополнить положением: по договору страхования политических (некоммерческих) рисков между указанным инвестором и уполномоченным органом или организацией, а также частными лицами первой стороны договора...».

Расширение статьи о суброгации и включение возможности для участия частных страховщиков делает статью более гибкой, предоставляя дополнительные гарантии инвесторам. Так, частное страхование может оказаться гораздо дешевле для инвестора, чем государственное. Кроме того, частные страховые компании являются профессиональными участниками рынка и имеют опыт в плане защиты прав инвестора. Таким образом, расширение перечня страховщиков предоставит инвесторам дополнительные гарантии и повысит инвестиционный климат;

Следует внести изменения в ДИД с Албанией 1995 г., Вьетнамом 1994 г., Грецией 1993 г., Данией 1993 г., Кипром 1997 г., Кубой 1993 г., Кувейтом 1994 г., Лаосом 1996 г., Македонией 1996 г., Монголией 1995 г., Норвегией 1995 г., США 1992 г., Турцией 1997 г., КНДР (1996 г.) и включить статью о суброгации.

Рекомендуется внести изменения и в п. 34 Постановления Правительства РФ от 30.09.2016 № 992 и установить, что любой платеж, полученный в неконвертируемой валюте первой стороной в связи с исполнением переданных по суброгации прав и претензий, должен быть в свободном доступе для первой стороны. Внести изменения также следует в п. 34 Постановления Правительства РФ от 30.09.2016 N 992 и установить, что одна сторона договора, ее уполномоченный орган или

организация, которые приобретают в результате суброгации права инвестора, могут уполномочить инвестора осуществлять эти права. Таким образом, государство сможет предоставить право инвестору возможность обращения в орган по разрешению споров, даже если страховое возмещение было выплачено инвестору до завершения разбирательства, что является дополнительной гарантией для инвестора и возможностью выступать инвестору от имени государства в суде.

## **12 Разрешение споров между государством и инвестором**

Международная система разрешения инвестиционных споров в рамках соглашений о защите капиталовложений представляет собой уникальный инструмент в рамках международной системы регулирования. Этот инструмент позволяет частным лицам (физическим и юридическим) оспаривать акты государств стран, резидентами которых они не являются, в международных арбитражах, утверждая, что проводимая политика нарушает их права как инвесторов. Для развития системы разрешения споров рекомендуется следующее:

России следует подписать и ратифицировать Конвенцию ЮНСИТРАЛ о транспарентности в арбитражном разбирательстве с участием инвесторов и государств на основе договоров 2014 г. (United Nations Convention on Transparency in Treaty-based Investor-State Arbitration (New York, 2014) (the "Mauritius Convention on Transparency").

Следует внести изменения в п.53 Постановления Правительства РФ №992 от 14.10.16 г. и установить, что правила транспарентности ЮНСИТРАЛ распространяются на заключаемые соглашения.

Также необходимо пересмотреть соглашения с Австрией, Бельгией, Италией, Люксембургом, Финляндией и установить, что споры могут быть инициированы в отношении вопросов, связанных с капиталовложениями.

Пересмотреть соглашения с Австрией, Великобританией, Венесуэлой, Южной Кореей, Финляндией, Японией и установить, что предварительный порядок разрешения споров осуществляется путем консультации, срок консультации составляет 6 месяцев.

На площадке ОЭСР выступить с поддержкой инициативы по гармонизации практики применения положений соглашений о защите капиталовложений в рамках многостороннего формата.

### **13 Разрешение споров между государством и государством**

Положения об урегулировании споров между государствами в соглашениях о защите капиталовложений являются особенностью международных инвестиционных соглашений. Такие споры относительно редки, потому что основная масса инвестиционных споров, возникших в рамках МИС, - споры между инвестором и государством.

Инвестиционные споры между государствами могут возникнуть в результате различных правительственных мер, влияющих на трансграничную экономическую ситуацию.

Также, помимо осуществления дипломатической защиты со стороны государства инвестора (хотя происходит это редко с учетом существования положений об урегулировании споров между инвестором и государством), государственные споры могут возникнуть:

- в результате спора об интерпретации или применения соглашения о защите капиталовложений;
- в результате исков, направленных на установление фактов.

Странам необходимо уделять внимание вопросу о механизмах урегулирования споров.

России следует устанавливать в своих соглашениях право, подлежащее применению при рассмотрении споров между сторонами. Самым удачным способом будет заблаговременное определение права, подлежащего применению, путём отсылок к более конкретным документам, например, к международным договорам, в которых участвуют стороны инвестиционного соглашения, или регламентам международных организаций.

## **14 Заключение**

Ключевые проблемы российских соглашений о защите капиталовложений можно разделить на две категории: во-первых, проблемы уже существующих соглашений, нормы которых могут оказать негативное воздействие на инвестора или на Россию как потенциального ответчика, а во-вторых, подходы к соглашению, закрепленные в Постановлении Правительства РФ от 30 сентября 2016 г. № 992, которые не всегда отвечают международным стандартам. В этой связи представляется, что использование рекомендаций, которые были даны в данной статье, могут ликвидировать проблемы соглашений и повысить инвестиционную привлекательность России.