

НЕКОТОРЫЕ ПОЛОЖЕНИЯ ОБ ИНВЕСТИЦИЯХ СОГЛАШЕНИЯ О ТРАНСТИХООКЕАНСКОМ ПАРТНЕРСТВЕ

© 2016 Шулятьев Игорь Александрович

кандидат юридических наук

Институт законодательства и сравнительного правоведения

при Правительстве Российской Федерации

117218, г. Москва, ул. Б. Черемушкинская, д. 34

E-mail: iash7@mail.ru

Рассматриваются положения об инвестициях Соглашения о Транстихоокеанском партнерстве (ТТП). Проводится краткий сравнительный анализ международно-правового регулирования инвестиций в Соглашении о ТТП и в Договоре о Евразийском экономическом союзе. Делается акцент на процедуре урегулирования споров между иностранным инвестором и государством.

Ключевые слова: инвестиция, Транстихоокеанское партнерство (ТТП), ЕАЭС, порядок урегулирования инвестиционных споров.

В соответствии с Соглашением о Транстихоокеанском партнерстве (ТТП) инвестиции означают, что каждый актив, которым инвестор владеет и который контролирует прямым или косвенным образом, имеет такие характеристики, как: приверженность капитала или других ресурсов, ожидаемая или настоящая прибыль, возможность рисков. Формы, которые инвестиции могут принимать, включают в себя:

- предприятие;
- акции, паи и другие формы участия в акционерном капитале предприятия;
- облигации, долговые обязательства, другие долговые инструменты и кредиты;
- фьючерсы, опционы и другие производные;
- под ключ, строительство, управление, производство, концессии, распределение доходов и другие аналогичные договоры;
- права интеллектуальной собственности;
- лицензии, разрешения и аналогичные права;
- другие материальные или нематериальные ценности, движимое или недвижимое имущество, смежные права собственности, такие как аренда, ипотека, залог и объявленные взносы.

В разд. 2 Приложения 16 к Договору о Евразийском экономическом союзе (ЕАЭС) “Протокол о торговле услугами, учреждении, деятельности и осуществлении инвестиций” дается определение инвестициям. В соответствии с ним инвестиции - материальные и нематериальные ценности, вкладываемые инвестором одного государства-члена в объекты предприниматель-

ской деятельности на территории другого государства-члена в соответствии с законодательством последнего, в том числе:

- денежные средства (деньги), ценные бумаги, иное имущество;
- права на осуществление предпринимательской деятельности, предоставляемые на основе законодательства государств-членов или по договору, включая, в частности, права на разведку, разработку, добычу и эксплуатацию природных ресурсов;
- имущественные и иные права, имеющие денежную оценку.

В Соглашении о ТТП дано более четкое определение, чем в Договоре о ЕАЭС. В нем перечисляется, что конкретно отнесено к инвестициям, в то время как в Договоре о ЕАЭС больше ориентируется на регулирование национальным законодательством.

Также в ТТП вводится минимальный стандарт режима, предписываемый общим международным правом, в то время в ЕАЭС большая часть защиты отдается на уровень национального законодательства.

Минимальный стандарт режима (Minimum Standard of Treatment) в ТТП является развитием “международного минимального стандарта цивилизованности”, который часто встречался в первых торговых и финансовых соглашениях между государствами в конце XIX - начале XX в. Он предполагал равную защиту иностранной собственности, экономических прав человека, пол-

ноценную защиту в рамках местных судов, основанную на нормах национального права в контексте общих принципов международного права. В ТТП минимальный стандарт режима означает основанную на общих принципах международного экономического права, общепринятого поведения государств в международных отношениях, на принципах и нормах ТТП защиту инвесторов от неправомерных требований, защиту частной собственности иностранных инвесторов, но в то же время и защиту государства от неправомерных действий иностранных инвесторов, а также наделяет определенными правами государство в рамках публичных и общественных экономических потребностей. Таким образом, устанавливается определенный баланс между государством и частным иностранным инвестором, с одной стороны, гарантирующий защиту инвестору через международные арбитражные процедуры, а с другой - наделяющий государство правами на жесткие экономические действия в случае экономической необходимости в защиту общественных интересов.

В соответствии со ст. 9.3 Соглашения о ТТП другие главы имеют преимущество над 9-й главой. По общему правилу 9-я глава не применяется к отношениям, регулируемым 11-й главой (Финансовые услуги), если иное не сказано в 11-й главе.

В Договоре о ЕАЭС для инвестиций отведены смежный с торговлей услугами разд. 15, включающий в себя 5 статей, и приложение 16 (разд. 6 и 7), что несколько отличается от определения инвестиций, данного в Соглашении о ТТП, более узким значением и защитой, частично отданной на уровень национального законодательства.

Однако к отношениям, регулируемым Договором о ЕАЭС, относятся все инвестиции с 16 декабря 1993 г., в отличие от Соглашения о ТТП, которое начинает действовать только по отношению к “новым” инвестициям, произведенным уже после вступления соглашения в силу.

Также положения ЕАЭС гораздо меньше раскрывают связь инвестиций с другими сферами предмета соглашения, хотя само приложение 16 часто объединяет различные финансовые услуги, переводы денег и иные финансовые операции и инвестиции, чем размывает предмет инвестиционного регулирования, но в то же время не создает должной связи между сферами регулирования настоящего соглашения.

В ТТП в главах соглашения часто применяются бланкетные и иные отсылочные нормы. Это позволяет четко проследить связь между сферами регулирования настоящего соглашения, что служит проявлением принципа “Inclusive trade” в соглашении.

Важным элементом в инвестиционном секторе ТТП является ISDS (англ.: Investor-State Dispute Settlement; рус.: Разрешение споров между государством и инвестором), ему посвящен отдельный раздел в 9-й главе Соглашения о ТТП “Инвестиции”. Именно ISDS обеспечивает защиту инвестора в рамках минимального стандарта режима. Однако ISDS встречается путем ссылок в Договоре о ЕАЭС (см. ст. 85, разд. 7, приложение 16).

Механизмами ISDS в данном случае являются п. 3 и 4. Возможно отнесение к ISDS и п. 2. Однако Россия и большинство стран - членов ЕАЭС не ратифицировали Вашингтонскую конвенцию, упоминаемую в п. 4, что создает правовые проблемы для реализации данного пункта.

В Соглашении о ТТП механизм ISDS прописан полностью, хотя также содержатся ссылки на Арбитражный Регламент ЮНСИТРАЛ и Вашингтонскую конвенцию. Однако установлены дополнительные условия отклонения требований инвестора о формировании арбитража или отклонения арбитражного иска, чтобы инвестор не злоупотреблял своими правами. Положения в ТТП уточняют, что заявитель-инвестор при возбуждении дел против государств несет бремя доказывания всех элементов претензии, включая претензии о нарушении условий минимального стандарта режима, который гарантирует инвесторам надлежащие правовые процедуры и некоторые другие средства защиты в соответствии с обычным международным правом. ТТП также уточняет, что инвестор не может выиграть дело за нарушение обязательств по минимальному стандарту лишь на основании того, что меры регулирования правительства привели к тому, что его ожидания по прибыли не оправдались. Также в соответствии с Соглашением о ТТП на первом собрании Комиссии Транстихоокеанского партнерства должен быть утвержден Кодекс поведения арбитра, который содержит в себе дополнительные процессуальные нормы.

Механизм урегулирования инвестиционного спора между государством и инвестором вызывает очень противоречивые мнения: от одобре-

ния и утверждения, что данный механизм имеет богатую историю¹, до полного отрицания как механизма ущемления государственного суверенитета и прав человека². Ключевая проблема, которая видится сторонами диаметрально противоположным образом, - это вопрос о балансе юридических прав частного инвестора, государств и общества. Например, по мнению независимых экспертов ООН, положения глав об инвестиционном арбитраже (ISDS) являются ненормальными, поскольку обеспечивают защиту для инвесторов, но не государств и общества и дают право инвесторам привлекать к судебным разбирательствам государства, но не наоборот³. При этом зачастую в дискуссиях по вопросу о возможности привлечения государства к ответственности частным инвестором не принимается во внимание такой документ, как Резолюция Генеральной Ассамблеи ООН от 2 декабря 2004 г. 59/38, которая содержит Конвенцию Организации Объединенных Наций о юрисдикционных иммунитетах государств и их собственности⁴. Среди задач регулирования Конвенция отмечает, что Международная конвенция о юрисдикционных иммунитетах государств и их собственности усилит верховенство права и повысит степень правовой определенности, особенно в отношениях государств с физическими и юридическими лицами, и будет способствовать кодификации и развитию международного права и согласованию практики в этой области. Несмотря на ограниченную сферу применения (Конвенция применяется к иммунитету государства и его собственности от юрисдикции судов другого государства), сам подход Конвенции к урегулированию споров между государством и частным инвестором говорит об особом порядке, поскольку государство не просто субъект правоотношений, но суверенный субъект права. В Российской Федерации был принят Федеральный закон от 3 ноября 2015 г. № 297-ФЗ "О юрисдикционных иммунитетах иностранного государства и имущества иностранного государства в Российской Федерации", который закрепил в ст. 4 то, что юрисдикционные иммунитеты иностранного государства и его имущества в объеме, предоставляемом в соответствии с настоящим Федеральным законом, могут быть ограничены на основе принципа взаимности, если будет установлено наличие ограничений, касающихся предоставления Российской Федерации и ее имуществу юрисдикционных им-

мунитетов в иностранном государстве, в отношении которого и имущества которого возник вопрос о юрисдикционных иммунитетах⁵.

В настоящее время правовая система Российской Федерации, таким образом, не содержит в себе положений, которые дают право иностранному инвестору воспользоваться во взаимоотношениях с ней механизмом ISDS. Например, в деле ЮКОСа против России окружной суд Гааги пришел к выводу, что российская правовая система не предусматривала свободной передачи споров, в которых превалировала публично-правовая составляющая в виде оценки законности действий государственных органов Российской Федерации (в противоположность частноправовым отношениям горизонтального характера), в международный инвестиционный арбитраж⁶.

На наш взгляд, трудно согласиться с тем, что отсутствует концептуальное препятствие для применения международными арбитражными трибуналами норм международно-правового обычая и межгосударственного договора (или таких рекомендательных актов, как, например, проект КМП о международной ответственности 2001 г.) в спорах между частным инвестором и принимающим государством, возникающих на основании межгосударственного договора⁷. Стоит обратить пристальное внимание на позицию профессора Г.М. Вельяминова: "Доктринальные "диверсии" против устоев классического международного права - это еще полбеды. Во второй половине XX в. появляются на свет многочисленные международные договоры, в которых на передний план выдвигаются приоритеты крупного капитала, ориентированного на инвестирование в страны, в основном развивающиеся, заинтересованные в притоке зарубежных средств. Это прежде всего получившие огромное распространение двусторонние соглашения о поощрении и защите инвестиций (СПЗИ), иначе - двусторонние инвестиционные договоры (далее - ДИД или BIT от англ. bilateral investment treaty)... Невооруженным глазом видна неравноправная, невзаимовыгодная суть ДИД. По существу, эти соглашения, если подходить к ним с цивилистических позиций, могут квалифицироваться даже как кабальные сделки. Не отвечают ДИД в этом смысле и общепризнанным международно-правовым принципам равноправия, взаимной выгоды и сотрудничества. И это, полагаем, создает основания требовать признания недействительными многих ДИД ab

initio”⁸. Позиция профессора Г.М. Вельяминова нашла частично отражение в Постановлении Правительства Российской Федерации от 30 сентября 2016 г. № 992 “О заключении международных договоров Российской Федерации по вопросам поощрения и защиты инвестиций” (вместе с “Регламентом заключения международных договоров Российской Федерации по вопросам защиты и поощрения инвестиций”)⁹. В разделе разрешения споров между инвестором с одной стороны договора и другой стороной договора (приложение № 2 “Общие подходы к заключению международных договоров Российской Федерации по вопросам поощрения и защиты инвестиций”) установлено: договором должно предусматриваться, что споры, возникающие между инвестором одной стороны договора и другой стороной договора и связанные с инвестициями указанного инвестора на территории такой другой стороны договора, разрешаются в порядке, предусмотренном договором, законодательством такой другой стороны договора или письменной договоренностью между указанным инвестором и такой другой стороной договора. Споры, возникающие между инвестором одной стороны договора и другой стороной договора и связанные с инвестициями этого инвестора на территории такой другой стороны договора, могут быть переданы инвестором на рассмотрение государственного суда стороны договора, которая является стороной спора. В случае, если договор содержит положение о рассмотрении спора в порядке арбитражного разбирательства, споры относительно инвестиций инвестора одной стороны договора на территории другой стороны договора, возникающие между этим инвестором и такой другой стороной договора в связи с тем, что мера такой другой стороны договора не соответствует, по мнению этого инвестора, положениям договора, могут быть переданы инвестором на рассмотрение одного из арбитражных органов, согласованных сторонами договора, в объеме, предусмотренном договором. Для этого инвестор направляет стороне договора, которая является стороной спора, запрос о передаче спора на рассмотрение арбитражного органа. К таким арбитражным органам могут относиться арбитраж *ad hoc* или постоянно действующий арбитражный институт. Любые арбитражные органы, прямо не указанные в договоре, не имеют компетенции рассматривать споры, связанные с договором. Любые арбитражные органы, *ad hoc*

или постоянно действующие, не имеют полномочий использовать арбитражные правила, не предусмотренные договором. Споры, вытекающие из письменных договоренностей между инвестором одной стороны договора и другой стороной договора и не связанные с нарушением положений договора, о котором заявляет инвестор, передаются на рассмотрение арбитражных органов в порядке, предусмотренном такими договоренностями, и не могут передаваться на рассмотрение арбитражного органа, указанного в договоре.

Международно-правовой подход также содержит несколько альтернативных возможностей, благодаря которым государства могут не нести юридическую ответственность перед частным инвестором:

- не включать положения об инвестиционном арбитраже в положения двусторонних инвестиционных договоров (например, соглашения Австралии и США в силе с 2005 г., Австралии и Японии в силе с 2015 г.). В таком случае инвестор обязан обращаться во внутригосударственные суды;

- денонсация международного двустороннего инвестиционного договора;

- изменение действующего национального инвестиционного законодательства;

- страхование иностранных инвестиций инвестором. Для этого действует Конвенция об учреждении многостороннего агентства по гарантиям инвестиций 1985 г.¹⁰;

- обращение к многосторонним механизмам, например, международным межправительственным организациям. В ООН действует Глобальный договор. Глобальный договор ООН (ГД ООН) - крупнейшая инициатива Организации Объединенных Наций в сфере корпоративной социальной ответственности и устойчивого развития - в 2015 г. отметил свое 15-летие под девизом “Бизнес как сила добра”. Руководство ООН разделило признанный успех с представителями 88 национальных сетей Глобального договора, которые сегодня объединяют уже более 13 000 участников из 170 стран мира. Главная миссия Глобального договора - единственной программы Организации Объединенных Наций для коммерческого сектора - интеграция в его деятельность во всем мире десяти принципов в сфере прав человека, трудовых взаимоотношений, окружающей среды и противодействия коррупции в целях устойчивого и справедливого социально-экономического развития.

¹ FACT SHEET: Investor-State Dispute Settlement (ISDS). Available from: <https://ustr.gov/about-us/policy-offices/press-office/fact-sheets/2015/march/investor-state-dispute-settlement-isds>.

² The zombie ISDS - rebranded as ICS, rights for corporations to sue states refuse to die. Available from: <https://corporateeurope.org/international-trade/2016/02/zombie-isds>.

³ OHCHR, UN experts voice concern over adverse impact of free trade and investment agreements on human rights. Available from: <http://www.ohchr.org/RU/NewsEvents/Pages/DisplayNews.aspx?NewsID=16031&LangID=E>.

⁴ Конвенция о юрисдикционных иммунитетах государств и их собственности. URL: http://www.un.org/ru/documents/decl_conv/conventions/state_immunities.shtml.

⁵ О юрисдикционных иммунитетах иностранного государства и имущества иностранного государства в

Российской Федерации : федер. закон от 3 нояб. 2015 г. № 297-ФЗ. Доступ из справ.-правовой системы “КонсультантПлюс”.

⁶ *Старженецкий В.В.* Дело ЮКОСа: инвестиционный арбитраж слишком широко трактует свою компетенцию. Обзор решения Окружного суда Гааги // Международное правосудие. 2016. № 2. Доступ из справ.-правовой системы “КонсультантПлюс”.

⁷ *Войтович С.А.* Разграничение некоторых международно-правовых и гражданско-правовых аспектов в международном инвестиционном арбитраже // Закон и право. 2014. № 4. Доступ из справ.-правовой системы “КонсультантПлюс”.

⁸ *Вельяминов Г.М.* Международно-правовая и частноправовая ответственность государств // Закон. 2012. № 6. Доступ из справ.-правовой системы “КонсультантПлюс”.

⁹ Доступ из справ.-правовой системы “КонсультантПлюс”.

¹⁰ Там же.

Поступила в редакцию 30.09.2016 г.