

Проблемы дефиниции «иностранные инвестиции» в международном праве

В. А. Серeda

кандидат юридических наук, доцент, доцент кафедры гражданско-правовых дисциплин
РЭУ им. Г. В. Плеханова.
Адрес: ФГБОУ ВО «Российский экономический университет имени Г. В. Плеханова»,
117997, Москва, Стремянный пер., д. 36.
E-mail: loreals007@gmail.com

Problems of the Definition of "Foreign Investment" in International Law

V. A. Sereda

PhD of Law, Associate Professor, Associate Professor
of the Department of Civil Legal Disciplines of the PRUE.
Address: Plekhanov Russian University of Economics, 36 Stremyanny Lane,
Moscow, 117997, Russian Federation.
E-mail: loreals007@gmail.com

Аннотация

В статье рассматриваются некоторые аспекты дефиниции «иностранные инвестиции» и ее роль в международном инвестиционном праве. Анализируются теоретические научные разработки и положения универсальных международных конвенций, договоров и национальных законодательных актов об иностранных инвестициях. В качестве основы рассматривается арбитражная практика разрешения международных инвестиционных споров. Акцент делается на создании принимающим государством благоприятного климата для иностранных инвесторов. Подчеркивается значение существенного вклада в развитие экономики государства для признания проекта зарубежным капиталовложением. Делается вывод о том, что решения арбитража МЦУИС заложили надежный правовой фундамент для разработки общепринятых критериев (стандартов) оценки инвестиционных отношений на основе дефиниции «иностранные инвестиции», а наличие существенного вклада в экономику государства следует считать ключевым критерием. Отмечается, что дальнейшее совершенствование правового обеспечения иностранных инвестиций должно осуществляться с учетом стандартов оценки инвестиционных проектов.

Ключевые слова: иностранные инвестиции, инвестиционная деятельность, иностранный инвестор, инвестиционный арбитраж, инвестиционный климат, международное инвестиционное право.

Abstract

The article examines some aspects of the definition of "foreign investment" and its role in international investment law. The theoretical scientific developments and provisions of universal international conventions, treaties and national legislative acts on foreign investments are analyzed. The arbitration practice of resolving international investment disputes is considered as a basis. The emphasis is on creating a favorable climate for foreign investors by the host country. The importance of a significant contribution to the development of the state economy for recognizing the project as a foreign investment is underlined. It is concluded that ICSID arbitration decisions have laid a reliable legal foundation for the development of generally accepted criteria (standards) for assessing investment relations based on the definition of "foreign investment" and the existence of a significant contribution to the economy of the state, should be considered a key criterion. It is noted that further improvement of the legal support for foreign investments should be carried out taking into account the standards for the evaluation of investment projects.

Keywords: investment activity, international investor, investment arbitration, investment climate, international investment law.

Эффективность развития экономики любого государства в значительной степени зависит от объема инвестиций, вложенных в ее приоритетные отрасли. Необходимость привлечения дополнительных ресурсов для решения экономических задач побуждает

законодательные органы искать оптимальные пути для улучшения инвестиционного климата в государстве, потому что иностранные инвесторы не желают вкладывать капиталы в экономику страны, где не гарантирована их надлежащая защита. Исходя из этого, главной целью современной инвестиционной политики любого государства выступает построение эффективной системы правовой регламентации иностранных инвестиций и постоянная ее оптимизация. Только на такой основе государство может «усилить приход иностранных инвестиций и нацелить их в нужное русло» [11. – С. 5]. При этом реальное повышение эффективности притока иностранных инвестиций возможно лишь через оптимизацию правовой базы с учетом практики рассмотрения международных инвестиционных споров. Таким образом, приоритетным направлением реформирования в инвестиционной сфере выступает создание благоприятного климата для иностранных инвестиций.

Вложение капиталов в иностранную экономику связано не только с рисками неполучения прибыли. Могут иметь место и другие неблагоприятные последствия для инвесторов, исходящие из особенностей национального закона и правопорядка. Залог успеха инвестирования нередко зависит от правильного понимания и толкования дефиниции «иностранные инвестиции». В то же время, несмотря на наличие обширной международной и национально-правовой регламентации и множества научных работ и проведенных исследований в данной сфере, единое ее понимание не выработано. Как полагают, обусловлено это «многообразием форм и видов осуществления иностранных инвестиций, а также их целей» [7. – С. 13].

Проблемы дефиниции «иностранные инвестиции» исследовались во многих научных трудах, статьях и монографиях зарубежных и российских ученых. Первые научные труды Н. Н. Вознесенской, Н. Г. Дорониной, А. Г. Богатырева, М. М. Богуславского и других авторов по вопросам теории и практики международно-правового регулирования иностранных инвестиций в развивающихся государствах вышли в середине 70-х гг. прошлого века, а последующие исследования послужили неопределимой доктринальной базой. В последний период вопросам развития междуна-

родно-правового регулирования иностранных инвестиций в целом посвятили свои труды А. А. Данельян, Е. Р. Кибенко, Р. А. Курбанов, В. Н. Лисица, М. М. Мальский, И. З. Фархутдинов, А. Г. Хримли и др. Научные разработки этой проблематики посвящались преимущественно общетеоретическим и методологическим вопросам, однако теоретический и практический опыт последних десятилетий, а также имеющийся юридический материал объективно требуют комплексного исследования проблем международно-правового механизма поощрения и защиты иностранных инвестиций, а также выработки единого понимания дефиниции «иностранные инвестиции». С позиции юридической науки наличие дефиниции «иностранные инвестиции», отображающей их характерные признаки, позволит более полно определить предмет соответствующих правоотношений, а также будет способствовать их более эффективному правовому регулированию.

Само слово «инвестиция» (от англ. investment) означает «капиталовложение». Как правильно подчеркивается в научной литературе, в терминологическом инструментарии юриспруденции можно обнаружить категории, генетически зарождающиеся в других сферах знания, но в силу практических исследовательских задач вовлеченные в область правоведения, почерпнувшие собственными юридическими атрибуты и «получившие статус правовых в силу их внедрения в понятийном строе юридической науки» [14. – С. 40]. Отмеченное в полной мере относится и к категории инвестиций, в том числе иностранных, которые берут свое начало в экономической науке. Учеными-экономистами инвестиции детально исследовались в 50–60-х гг. XX столетия. Предисловием этого явились наработки М. Марковица, который создал теорию инвестиционного портфеля. Основываясь на его идеях, У. Шарп заложил модель оценки капитальных активов и определил, что в широком понимании понятие «инвестировать» подразумевает «распрощаться с деньгами сегодня, чтобы получить большую их сумму в будущем» [16]. Среди основных авторов в первую очередь следует упомянуть известного британского экономиста Джона Кейнса, определившего инвестиции как «всякое увеличение ценности капитальной

собственности в независимости от того, состоит ли последнее из основного или ликвидного капитала» [8. – С. 56]. Традиционно ученые-экономисты под инвестициями понимают «долгосрочное вложение частного или государственного капитала в различные отрасли национальной или зарубежной экономики с целью получения прибыли» [10. – С. 7]. Очевидно, что и среди юристов не сложилось единого понимания капиталовложений. Особая сложность этой задачи состоит в том, что при ее решении необходимо учитывать комплекс проблем, связанных с взаимодействием и взаимным влиянием международно-правовых и национальных норм права. Уместно подчеркнуть, что научным разработкам дефиниции инвестиций, в том числе иностранных, в советский период почти не уделялось надлежащего внимания, поскольку существующая тогда доктрина административно-командной системы единственным инвестором рассматривала государство. Именно государство осуществляло финансирование во всех сферах хозяйственной деятельности, а investments вообще признавались таковыми, что противоречит сущности плановой экономики. Тем не менее исследуемая в данной статье категория не осталась в стороне от научных разработок. Как ни странно, свое начало она берет именно от более широкой категории – «иностранная инвестиция». Пальма первенства в понимании рассматриваемой дефиниции в советской правовой науке принадлежит Н. Н. Вознесенской. По ее мнению, иностранные инвестиции есть вкладывание финансовых ресурсов иностранным инвестором в производство, предусматривающее обязательным условием этого процесса экономическую активность субъекта хозяйственной деятельности. При этом хозяйственная активность иностранного элемента, нацеленная на скоординированное использование финансовых вложений (с привлечением или же без привлечения местного капитала), должна быть predetermined необходимостью формирования хозяйствующего субъекта, что в конечном итоге служило подспорьем развитию экономики развивающейся страны и повышению эффективности его хозяйственного потенциала [3. – С. 29]. Однако названное толкование капиталовложений некоторым образом уже утратило свою

актуальность, так как отождествление инвестиций с одними лишь денежными ресурсами на данном этапе развития общества в период глобализации существенно ограничивает более широкие возможности современного инвестирования. Речь идет о таких видах инвестиций, как услуги, исключительные права и т. п. Переходя к анализу научных разработок данной тематики последнего периода, следует отметить их обширность, хотя единое понимание иностранных инвестиций до сих пор не достигнуто. Некоторые исследователи применительно к категории иностранных капиталовложения считают целесообразным в ее конструкцию закладывать две равнозначные по сути составляющие – предмет капиталовложений и инвестиционный титул (инвестиционные права). При этом к предмету относятся те ценности, которые вложены иностранным вкладчиком для реализации возможностей в хозяйственной активности в государстве вклада [9]. Другие авторы, предлагающие свои определения данной дефиниции, слишком их детализируют, затрудняя тем самым ее практическое использование в инвестировании. Так, например, А. А. Данельян, излагая свое понимание иностранных инвестиций, перечисляет множество различных составляющих их признаков, включая «вложение средств, принадлежащих инвестору..., объект предпринимательской деятельности, в который осуществляется вложение..., в том числе... имущество, ...право требования по денежным средствам, ... исключительные права на объекты и т. п.» [6. – С. 3–5]. Более лаконичное, но содержательное определение исследуемой категории прозвучало на Конгрессе Международной ассоциации международного права в 1966 г. в Хельсинки. Инвестициями назван «поток вложений из государства инвестора в страну получателя инвестиций с отсрочкой расчета» [19. – Р. 157–159]. Аналогичный подход в плане исследуемой дефиниции отражают и некоторые зарубежные ученые. Г. Шварценбергер под иностранными капиталовложениями называет ограниченные временными рамками кредитные ресурсы для финансирования ввоза орудий производства. Сюда же включаются «любые права и интересы инвестора за границей». При этом автор отождествляет категории «собственность» и

«инвестиции», поскольку именно такая либеральная трактовка собственности соответствует общепринятой практике международного права [21. – Р. 17]. С теоретической точки зрения все вышеизложенные подходы к толкованию иностранных инвестиций имеют полное право на существование. Тем не менее применительно к целям и задачам данной публикации для практического применения инвесторам необходима такая трактовка исковой дефиниции, которая в наибольшей степени будет соответствовать общепринятым международным стандартам, чтобы обеспечивать максимальную защиту капиталовложений. Особенно важно учитывать это положение для практики рассмотрения международных инвестиционных споров. Отсутствие целостной теоретической модели дефиниции инвестиции определенным образом затрудняет разработку надлежащей системы гарантий инвесторам и не способствует мобилизации иностранных ресурсов в развивающуюся экономику страны. Наиболее практичным в этом плане можно назвать понимание исследуемой дефиниции, наблюдаемое в работах В. Н. Лисицы [12], И. З. Фархутдинова [15. – С. 325] и некоторых других авторов. Следует отметить, что они правомерно выделяют в определении три основные составляющие: вклад, длительный период вложений, наличие предпринимательского риска. Однако о существенности вклада в экономику речь в них не идет, что снижает их функциональность. Легитимное определение инвестиций содержится во внутригосударственном законодательстве. Как отмечалось выше, иностранные инвестиции, имея в своей основе частноправовую сущность, нуждаются в одновременном регулировании национальным и международным правом [1]. Глобализация экономики обуславливает адекватность международно-правового регулирования, включая инвестиционные институты. Тем не менее современное международное право имеет существенные пробелы в обеспечении защиты зарубежных капиталовложений. Как правило, их заполняют национальные нормы права. Однако оно не застраховано от неблагоприятных для инвестора изменений по усмотрению государства, которые могут возникнуть в любой момент. В целом эта тенденция имеет двуединый характер. С одной сто-

роны, инвесторы нацелены застраховать капиталы от рисков их потери, связанные с экспроприацией, политической нестабильностью и т. д. С другой стороны, страны-реципиенты, особенно с развивающейся экономикой, получая вливание капиталов, не застрахованы от риска экономического, политического и идеологического «порабощения». Поэтому международно-правовая регламентация инвестиций в целом изменялась в зависимости от становления политических и экономических позиций этих сторон [2. – С. 25]. Современные отношения международного инвестирования урегулированы тремя международными конвенциями: Вашингтонской [5], Сеульской конвенцией¹ и Договором к Энергетической хартии 1994 г. [22. – Р. 136]. На наш взгляд, для выработки правильного уяснения мировых стандартов применительно к определению «иностранных инвестиций» следует обратить внимание на три основных положения, которые содержатся в этих интернациональных источниках: процедура решения инвестиционных споров; страхование капитальных инземных вложений; защита и преференции для инвестиций в энергетику. Краткий анализ указанных конвенций позволяет заключить, что не каждый проект с иностранным элементом следует признавать инвестиционным. Вашингтонская конвенция не содержит специального определения инвестиций. Вместе с тем она излагает определенные требования (критерии), которым они должны соответствовать. На ее основе проект признается иностранным капиталовложением, если: 1) носит долговременный характер; 2) предполагает внесение существенного капитала и риски; 3) предусматривает постоянный доход; 4) способствует экономическому потенциалу державы – реципиента капитала [4. – С. 94]. Указанные критерии с учетом внутригосударственных особенностей закона выступают так называемым алгоритмом решения международных инвестиционных споров. В решении по делу № ARB/00/4 [23] МЦУИС, сделав акцент на отсутствии в Конвенции об урегулировании инвестиционных споров единообразного определения дефиниции investments, выделил и назвал ее основные составляющие (критерии): 1) вложе-

¹ См.: URL: <http://www.miga.org/documents/07arrussian.pdf>

ние капитала; 2) установленный период исполнения контракта; 3) рисковый характер сделки; 4) вклад в экономику принимающего государства (так называемый Salini Test). В последующем названные элементы investments использовались в ходе решения других инвестиционных споров в МЦУИС, в частности, в делах: № ARB/05/07 [23]; № ARB/07/12 [23]. В последнем случае, а также в деле № ARB/05/22 [23] арбитраж МЦУИС отметил, что тест Salini не имеет законодательной привязки, не предусмотрен в Конвенции об урегулировании инвестиционных споров и не является общеобязательным. В то же время тест Salini нашел свою конкретизацию и развитие в других решениях МЦУИС. Проект следует квалифицировать как инвестиционный лишь в том случае, если он представляет существенный вклад в развитие государства, в котором осуществляется инвестиционная деятельность [17; 18]. Напротив, в другом решении, рассматривая наличие существенного вклада в экономическое развитие государства, МЦУИС пришел к выводу, что Контракт не несет выгоды публичному интересу государства в материальном аспекте, поскольку не служит для выгоды экономики в понимании, выработанном практикой МЦУИС, а именно в части значительного вклада в экономику [20. – Р. 131]. Таким обра-

зом, на основе проведенного исследования названных решений арбитража можно сделать вывод о том, что наличие существенного вклада в экономическое развитие государства следует считать ключевой составляющей (критерием оценки) дефиниции «иностранные инвестиции». Автор не ставил целью данной статьи выведение окончательной дефиниции исследуемой категории. Это является задачей дальнейших научных исследований на основе обобщения практики арбитража МЦУИС. Выводом проведенного исследования может стать ряд тезисов, отвечающих на поставленные ранее цели и задачи. В первую очередь следует отметить, что вышеупомянутые решения арбитража МЦУИС заложили надежный правовой фундамент под разработку общепринятых критериев (стандартов) оценки инвестиционных отношений на основе дефиниции «иностранные инвестиции». Во-вторых, наличие существенного вклада в экономику государства, по нашему мнению, следует считать ключевым критерием оценки иностранных инвестиционных проектов. В-третьих, дальнейшее совершенствование правового обеспечения иностранных инвестиций должно осуществляться с учетом вышеуказанных стандартов оценки инвестиционных проектов.

Список литературы

1. Богатырев А. Г. О международном инвестиционном праве // Советский журнал международного права. – 1991. – № 2. – С. 17–27.
2. Вознесенская Н. Н. Иностранные инвестиции и смешанные предприятия в странах Африки. – М., 1975.
3. Вознесенская Н. Н. Правовое положение смешанных предприятий и режим иностранных инвестиций : автореф. дис. ... д-ра юрид. наук. – М., 1978.
4. Вознесенская Н. Н. Правовое регулирование и защита иностранных инвестиций в России : монография. – М., 2011.
5. Данельян А. А. Компенсация за национализацию и экспроприацию иностранной собственности в практике инвестиционного арбитража // Евразийский юридический журнал. – 2014. – № 4 (71). – С. 32–34.
6. Данельян А. А. Международно-правовой режим иностранных инвестиций : автореф. дис. ... д-ра юрид. наук. – М., 2016.
7. Данельян А. А., Фархутдинов И. З. Международный инвестиционный арбитраж : учебное пособие. – М.; СПб. : Центр гуманитарных инициатив, 2013.
8. Кейнс Дж. Общая теория занятости, процента и денег. – М., 2002.

9. *Кибенко Е. Р.* Особенности правового регулирования иностранных инвестиций в Украине (международно-частно-правовой аспект) : дис. ... канд. юрид. наук. – Харьков : Национальная юридическая академия Украины им. Ярослава Мудрого, 1998.
10. *Колмыкова Т. С.* Инвестиционный анализ : учебное пособие. – М., 2009.
11. *Курбанов Р. А.* Правовое регулирование иностранных инвестиций в нефтяной и газовой промышленности : автореф. дис. ... д-ра юрид. наук. – М., 2005.
12. *Лисица В. Н.* Правовое регулирование инвестиционных отношений: теория, законодательство и практика применения : монография. – Новосибирск, 2011.
13. *Сулейменов М. К.* Правовое регулирование иностранных инвестиций и недропользования в Казахстане (Избранные труды). – Алматы, 2006.
14. *Тарасов Н. Н.* Метод и методический подход в правоведении (попытка проблемного анализа) // Известия высших учебных заведений. – Правоведение. – 2001. – № 1. – С. 31–50.
15. *Фархутдинов И. З.* Международное инвестиционное право: теория и практика применения. – М. : Волтерс Клувер, 2005.
16. *Шарп У., Александр Г., Бэйли Дж.* Инвестиции : пер. с англ. – М. : Инфра-М, 2003.
17. *Bayindir Insaat Ticaret Ve Sanyı AS v Islamic Republic of Pakistan* (Решение по вопросу юрисдикции) (14.11.2005).
18. *Joy Mining Machinery Ltd v Arab Republic of Egypt* (Решение по вопросу юрисдикции) (6.08.2004, 44 ILM 73).
19. *Les Investments et le Developement Economique des Paus du Tiers-Monde* (Colloque Juridique). – Paris, 1968.
20. *Malaysian Historical Salvors Sdn, Bhd v The Government of Malaysia* (Решение по вопросу юрисдикции) (17.05.2007).
21. *Schwarzenberger J.* Foreign Investments and International Law. – London, 1959.
22. *Sella P.* Dealing with Investment Problems: the World Bank and the International Centre for Settlement of Investment Disputes // International Control of Investment : The Dusseldorf Conference on Multinational Corporations. – N.Y.; Washington; London, 1973.
23. URL: <http://italaw.com>