



ОСОБЕННОСТИ ИНВЕСТИЦИОННЫХ СПОРОВ, СВЯЗАННЫХ С ДОПУСКОМ ИНВЕСТИЦИЙ И РЕАЛИЗАЦИЕЙ ИНВЕСТИЦИОННОГО ПРОЕКТА

Ирина ГОЛУБЕНКО,

аспирант кафедры гражданского права
Киевского национального университета имени Тараса Шевченко

Summary

The research deals with the issue of investment disputes which arise at the stage of admission of investment in the country and the implementation of the investment project. On the basis of international treaties and International Centre for Settlement of Investment Disputes conventions regulating the conducts research areas of investment and implementation of the investment project. It is proved that the disputes related to the admission investments are inherently pre-contractual. Conducted analysis of arbitration practice that emerged from the debate at the stage of implementation of the investment project. The causes of such disputes: breach of the terms of the investment activity, the unilateral change of the state recipient terms of the investment agreement are analyzed.

Key words: foreign investment, investor, state, dispute, investment project.

Аннотация

В статье проводится анализ инвестиционных споров, возникающих на стадиях допуска инвестиций в страну и реализации инвестиционного проекта. На основе международных договоров и конвенций Международного центра по урегулированию инвестиционных споров проводится исследование регулирования допуска инвестиций и реализации инвестиционного проекта, а также процесса разрешения споров, которые могут возникнуть. Обосновывается, что споры, связанные с допуском инвестиций, по своей сути являются преддоговорными. Проводится анализ арбитражной практики, которая возникла из споров на этапе реализации инвестиционного проекта. Рассматриваются причины возникновения этих споров, такие как нарушение условий осуществления инвестиционной деятельности, односторонние изменения государством-реципиентом условий инвестиционного соглашения.

Ключевые слова: иностранные инвестиции, инвестор, государство, спор, инвестиционный проект.

Постановка проблемы. Государства традиционно имеют абсолютное право, признанное в международном праве, контролировать въезд и режим пребывания иностранцев, в том числе иностранных инвесторов, на их территории. Однако в современной мировой экономике вопросу о более открытой политике в отношении допуска иностранных инвесторов уделяется повышенное внимание. Среди стандартов недискриминации, обычно встречающихся в договорах международной торговли, следует назвать, в частности, стандарт национального режима и режима наибольшего благоприятствования нации.

Актуальность темы исследования подтверждается степенью нераскрытости темы: в настоящее время практически нет ни одной фундаментальной работы, которая раскрывала бы особенности международных инвестиционных споров, возникающих на стадиях допуска инвестиций и, следовательно, реализации инвестиционного проекта.

Состояние исследования. Научный анализ инвестиционных споров, связанных с допуском инвестиций и реализацией инвестиционного проекта, осуществляется многими отечественными и зарубежными учеными,

такими как С.И. Крупко, Д.К. Лабин, Н.Н. Вознесенская, П. Джуиллард, А.Р. Парра, Р.Д. Бишоп, Дж. Кроуфорд и другие. Их работы стали базой для дальнейшего исследования рассматриваемых вопросов.

Целью и задачей статьи является рассмотрение особенностей отдельных категорий инвестиционных споров, связанных с допуском инвестиций и реализацией инвестиционного проекта, на основе анализа арбитражной практики.

Изложение основного материала. Инвестиционный процесс состоит из двух последовательных этапов: «прединвестиционной» фазы (допуск и прием, когда инвестор стремится войти на территорию принимающего государства) и «постинвестиционной» фазы (когда инвестиции были направлены для реализации в инвестиционный проект) [1]. На каждом из этих этапов могут возникнуть споры, связанные с инвестициями.

Международные инвестиционные проекты, как правило, поддаются большим и различным видам рисков по сравнению с внутренним рынком инвестора. Кроме того, может быть труднее управлять этими рисками при работе в другой правовой системе.

1. Допуск инвестиций. По своей сути споры, связанные с допуском инвестиций, являются преддоговорными, поскольку возникают из процедур, предшествующих процессу инвестирования (например, отказ в допуске к участию в аукционе или конкурсе, оспаривание результатов конкурсов, аукционов, проводимых для заключения инвестиционных соглашений, отказ от заключения инвестиционного соглашения).

Положения о допуске инвестиций могут содержаться в двусторонних, региональных и многосторонних инвестиционных договорах, а также в многосторонних соглашениях, касающихся инвестиций.

Для целей определения режима допуска инвестиций актуальным является анализ двусторонних соглашений Украины на предмет гарантий поощрения и допуска инвестиций. В положениях соглашений указывается на намерения сторон способствовать и допускать инвестиции друг друга согласно нормам законов принимающего государства.

Статья 2 «Допуск» Руководства по урегулированию иностранных инвестиций, разработанного и принятого Всемирным банком в 1992 г., предус-



матривает: «Каждое государство сохраняет за собой право регулировать допуск иностранных частных инвестиций. При формулировке норм и при их применении государства принимают во внимание, что открытый доступ возможен в рамках списка отраслей, открытых для иностранных частных инвестиций (при существовании списка ограниченного числа отраслей, видов деятельности, закрытых для иностранных инвестиций или требующих оценки условий допуска, лицензирования), является наиболее эффективным решением проблемы правового регулирования иностранных инвестиций» [2].

Унификация национальных законов об иностранных инвестициях на основе рекомендаций Всемирного банка обеспечивает реализацию государством своих прав по управлению иностранными инвестициями и способствует их притоку в национальную экономику. В указанных положениях рассматривается вопрос о допуске иностранных инвестиций в принимающие страны. Аналогично соответствующие вступительные положения большинства двусторонних и многосторонних инвестиционных договоров и национальных инвестиционных законов предписывают принимающей стране поощрять иностранные инвестиции.

Особое внимание следует уделять необходимости избегать чрезмерного регулирования и возведения неоправданных бюрократических препятствий для допуска инвестиций. В этом отношении руководящие принципы могут быть сравнимыми со многими национальными инвестиционными кодексами, которые стремятся оставить в прошлом процедуры допуска, а в случае необходимости – проводить такие процедуры по системе «единого окна» для инвестиционных согласований [3].

Положения о допуске инвестиций существуют во всех правовых системах, однако государство может вводить также свои правила. В этом отношении руководящие принципы согласуются с большинством двусторонних и многосторонних инвестиционных договоров, признают, что допуск иностранных инвестиций каждое государство определяет и регулирует в своих законах, осуществляя свой суверенитет.

Однако пункт 3 статьи 2 Руководства по регулированию иностранных

инвестиций предостерегает от ограничительного подхода, в частности, от включения в следующие законодательные акты некоторых требований к производительности (например, о минимальном местном владении, вопросы кадров или экспортных целей) как условия допуска иностранных инвестиций. Как показывает опыт, введение таких требований может сдерживать инвестиции либо стимулировать злоупотребления.

Государства могут открыть допуск к инвестициям без необходимости предварительного одобрения, однако исключить из своей территории иностранные инвестиции, которые угрожают национальной безопасности при четко определенных требованиях или принадлежат к секторам, защищенным законом государства для целей экономического развития государства. Кроме того, могут использоваться и другие исключения, которые применяются в равной степени к национальным и иностранным инвестициям. Такие исключения будут относиться к инвестициям, которые противоречат публичному порядку («государственной политике»), например, инвестиции, нарушающие фундаментальные ценности общества в данной стране, как определено в законах и судебной практике, и инвестиции, которые негативно влияют на окружающую среду или здравоохранение.

Тесно связан с допуском инвестиций вопрос о подсудности преддоговорных инвестиционных споров. Конвенция об урегулировании инвестиционных споров между государствами и гражданами других государств (далее – Конвенция) уделяет меньше внимания вопросу о подсудности вступительных споров. А. Парра отметил: «Положения по урегулированию инвестиционных споров некоторых последних ДИД, в том числе ДИД, разработанных в США, покрывают споры относительно допуска инвестиций. В тех случаях, когда спор возникает по отказу в принятии, можно утверждать, поскольку нет на самом деле никаких инвестиций, что спор не может возникнуть, следовательно, он будет выходить за рамки Конвенции Международного центра по урегулированию инвестиционных споров» [4].

Однако в деле «Generation Ukraine, Inc. v. Ukraine» арбитраж окончательно

не исключает защиту в вопросе допуска инвестиций из действия Конвенции Международного центра по урегулированию инвестиционных споров (далее – МЦУИС). Суд отметил: «Пока не было никаких препятствий Generation Ukraine в собственности Heneratsiya (инвестор), не может быть никакого «инвестиционного спора» предусмотренного статьей 6 инвестиционного соглашения, пока не будут сделаны инвестиции от Heneratsiya в Parkview проект. Хотя в данном случае украинские чиновники сделали неприемлемо сложным для Heneratsiya осуществить инвестиции, данный факт не может привести к инвестиционному спору, разве только истец может обратиться к прединвестиционной защите. Такие меры защиты существуют в различных международных договорах (например, право на создание бизнеса или участие в тендере на контракты без дискриминации), но на такое право не было ссылки» [5].

В деле «Aguas del Tunari v. Bolivia» [6] суд не рассматривал возможность арбитража согласно Конвенции МЦУИС, отрицая вступительные споры, однако интерпретировал положения о допуске инвестиций. Статья 2 МИС между Боливией и Нидерландами предусматривает: «Каждая из Договаривающихся Сторон в рамках своих законов и правил развивает экономическое сотрудничество путем защиты на своей территории инвестиций лиц другой Договаривающейся Стороны. С учетом ее права на осуществление полномочий, согласно своим законам или правилам каждая из Договаривающихся Сторон допускает такие капиталовложения» [7].

Боливия в этом случае возражала против юрисдикции трибунала, указывая, что статья 2 будет относиться к боливийскому праву в качестве основы, которой инвестиции истца будут подвергнуты, требуя рассмотрение дела исключительно под юрисдикцией боливийских судов. Aguas del Tunari, с другой стороны, не согласен с интерпретацией Боливии. В качестве аргумента утверждалось, что статья 2 МИУ будет относиться только к допуску инвестиций в Боливию и на рынок Боливии, и такое толкование этого положения выходит за рамки первоначальной цели инвестиционного соглашения.



Арбитраж пришел к выводу, что ссылки на положения внутреннего законодательства Боливии, включенные в статью 2 соглашения между Нидерландами и Боливией, не распространяются на аспекты национального законодательства, утверждая исключительную юрисдикцию национальных судов в спорах, вытекающих из международного соглашения. Суд отметил, что основная цель МИС – это согласие на МЦУИС в качестве независимого и нейтрального форума для решения инвестиционных споров в соответствии с действующим законодательством, что является основной в данном соглашении. В этом свете трибунал отмечает, что государства-участники не могут ссылаться на национальное законодательство в статье 2, превозмогая цель соглашения.

Независимо от того, могут ли споры по принятию инвестиций быть переданы в арбитраж в соответствии с Конвенцией МЦУИС, возможно обращение к другим арбитражным механизмам, таким как UNCITRAL, ICC и Stockholm Chamber of Commerce.

2. Реализация инвестиционного проекта. Инвестиционный проект является конкретной мотивацией некоторых текущих расходов в надежде на будущие выгоды. Жизненный цикл инвестиционных проектов включает в себя несколько этапов (этап разработки проекта, этап его выполнения и этап реализации), которые характеризуются четкими результатами, их анализ, а также принятие решений для следующего этапа. Прогресс инвестиционного проекта требует специфических методов работы и адекватных принципов при условии системного подхода.

Закон Украины «Об инвестиционной деятельности» в статье 2 дает определение инвестиционного проекта: «совокупность целенаправленных организационно-правовых, управленческих, аналитических, финансовых и инженерно-технических мероприятий, осуществляемых субъектами инвестиционной деятельности и оформленных в виде планово-расчетных документов, необходимых и достаточных для обоснования, организации и управления работами по реализации проекта». Разработке инвестиционного проекта может предшествовать разработка проектного (инвестиционного) пред-

ложения. Указанный закон также предусматривает систему гарантий в случае изменения законодательства, определяющие гарантии защиты иностранных инвестиций и гарантии принудительных изъятий, а также незаконные действия государственных органов и их должностных лиц при осуществлении инвестиционной деятельности.

На этапе реализации инвестиционного проекта большинство споров связаны с нарушением условий осуществления инвестиционной деятельности, связанных с изменением законодательства, односторонним изменением государством-реципиентом условий инвестиционного соглашения в связи с существенным изменением обстоятельств, на основании которых было заключено инвестиционное соглашение.

По мнению С.И. Крупко, инвестиционные споры, связанные с изменением условий осуществления инвестиционной деятельности, возникают в результате изменения законодательства принимающего государства, в результате одностороннего изменения принимающим государством условий инвестиционного соглашения либо в связи с существенным изменением обстоятельств, на основании которых было заключено инвестиционное соглашение [8, с. 40].

Инвестиционный проект, который реализуется на основе инвестиционного соглашения, обычно носит долгосрочный характер и связан с большими капиталовложениями, поэтому для инвестора важна гарантия стабильности условий осуществления инвестиционной деятельности. При нестабильности данных условий инвестору будет трудно достичь результата в сроки, предусмотренные в инвестиционном проекте.

Исторически сложилось, что отсутствие надлежащих механизмов, открытых для иностранных инвесторов, необходимых для защиты проектов и связанных с ними рисков, вызвало ограничения в потоке международных инвестиций в некоторые страны. В последние годы наблюдается заметное увеличение числа инвесторов, претендующих на возмещение убытков от государств, принимающих инвесторов. Экспроприация является присвоением проекта со стороны государства для общественных или иных целей. На

базовом уровне экспроприации можно разделить на прямые и косвенные.

При прямой экспроприации государство осуществляет свой суверенитет над проектом на индивидуальной основе либо как часть более широкой программы масштабной национализации. Прямая экспроприация предусматривает действия государства на передачу проекта от инвесторов к государству, давая четкие основания для обездоленных инвесторов на получение компенсации от государства (например, после экспроприации Венесуэлой нефтяных проектов Orinoco Belt в 2007 г.). То есть инвесторы имеют определенный момент времени на действия для измерения ответственности [9].

Косвенная экспроприация описывается в комментариях по-разному: как замаскированная, ползучая и косвенная экспроприация, например отказ в восстановлении или отзыв лицензии (дело «Tecmed v Mexico» [10]), подрыв договорных отношений (дело «СМЕ v Czech Republic» [11]) или прекращение контрактов по неуместным причинам (дело «Azinan v Mexico» [12]).

Важным является также вопрос выдачи лицензий, разрешений и налогообложения в отношении конкретного инвестора. Будучи направленными против конкретного инвестора, такие меры могут значительно ухудшить его положение в процессе реализации инвестиционного проекта в стране. Так, по делу «Wena Hotels Ltd.» против Арабской Республики Египет» [13] министерство туризма Египта осуществило вмешательство в деятельность компаний, которые владели лицензиями на эксплуатацию гостиниц, арендованных компанией «Wena Hotels Ltd.», что не позволило последней осуществлять управление ими. В 1989 г. и 1990 г. британская компания «Wena Hotels Ltd.» (арендатор) заключила два долгосрочных соглашения с египетской компанией «Egyptian Hotels Company» (арендодатель), которая полностью принадлежала египетскому правительству. Предметом договоров было получение и развитие двух гостиниц: «Nile Hotel» в Каире (на 21,5 года) и «Luxor Hotel» в Луксоре (на 25 лет). Согласно этим договорам компания «Egyptian Hotels Company» не должна была вмешиваться в управление отелями или в арендные отношения, а выступать



лишь арендодателем отелей. Однако вскоре после заключения соглашений между сторонами возникли проблемы относительно соответствующих обязательств сторон. «Wena Hotels Ltd.» считала, что получила отели в худшем состоянии, чем было установлено договорами, и удержала часть арендных платежей. Египетская сторона в свою очередь заявила, что «Wena Hotels Ltd.» нарушает свои договорные обязательства. В 1991 г., после того, как стороны не смогли найти выход из ситуации, компания «Egyptian Hotels Company» приняла решение вернуть себе владение отелями силой. В 1992 г. главный прокурор Египта постановил, что захваты гостиниц были незаконными. Отели были возвращены истцу в поврежденном состоянии. Более того, вмешательство министерства туризма Египта в сферу действия лицензий на отели снова помешало компании «Wena Hotels Ltd.» осуществлять свои права относительно гостиниц.

Известны случаи изменения государством нормативно-правовой базы, которые, в отличие от предыдущего случая, нацелены на всю экономику государства. В деле «Sempra Energy International» против Аргентины» государство изменило тарифное законодательство и отменило гарантии, предоставленные инвесторам в период приватизации в стране, согласно которым тарифы в сфере транспортировки газа должны были считаться в американских долларах, а затем конвертироваться в аргентинские песо [14]. Более того, эти тарифы могли корректироваться каждые полгода для учета инфляции в стране. Суд посчитал, что Аргентина нарушила стандарт справедливого и равного отношения с иностранными инвесторами и «umbrella clause».

Таким образом, вмешательство государства в деятельность инвесторов принимает различные формы. Перечень таких категорий дел не является исчерпывающим и может включать другие варианты.

Для инвестора и его кредиторов главная проблема состоит в том, что нет четкого действия государства и как такового момента, с которого должна начисляться компенсация. Поэтому инвестору может быть неясно, должен ли он продолжать работать над неприбыльным проектом или же может отка-

заться от него и пытаться утверждать, что экспроприация произошла через косвенное вмешательство государства. Стоит отметить, что не все изменения в законодательстве или в регулировании со стороны государства, которые привели к убыткам в ходе реализации проекта, могут быть классифицированы как экспроприация. Недискриминационные меры, действующие на законных основаниях и принятые государством, в том числе введение квот, изменения в налогообложении, охрана окружающей среды, трудовое законодательство и другие меры, не могут считаться экспроприацией, несмотря на потери, понесенные инвестором и кредиторами. Поэтому компенсация не будет доступна для инвестора и кредиторов при подобных обстоятельствах. Однако такие недискриминационные меры должны соответствовать нормам международного права и не обуславливать эффект уменьшения прав инвестора.

Выводы. Вмешательство государства в деятельность инвесторов принимает различные формы. Перечень таких категорий дел не является исчерпывающим и может включать другие варианты. Более действенный способ защиты иностранных инвестиций в данном случае – страхование. Сеульская конвенция 1985 г. об учреждении Многостороннего агентства по гарантиям инвестиций предоставляет иностранным инвесторам финансовые гарантии путем страхования инвестиций от некоммерческих рисков. Функция Многостороннего агентства по гарантиям инвестиций (The Multilateral Investment Guarantee Agency) – это заключение договоров страхования и перестрахования иностранных инвесторов от некоммерческих рисков. Это агентство предоставило страхование от политических рисков, что поддерживает поток инвестиций в более чем 700 проектах в развивающихся странах-членах агентства. Каждая из таких инвестиций имеет собственный уникальный набор финансовых соображений и целей в сфере развития.

Список использованной литературы:

1. Juillard P. Freedom of Establishment, Freedom of Capital Movements, and Freedom of Investment /

P. Juillard // ICSID Rev. – 2000. – № 15. – P. 322–339.

2. Guidelines on the Treatment of Foreign Direct Investment / World Bank // “Guidelines on the Treatment of Foreign Direct Investment” in World Bank, Legal Framework for the Treatment of Foreign Investment : Report to the Development Committee and Guidelines on the Treatment of Foreign Direct Investment. – Vol. 2. – Washington : World Bank, 1992. – P. 33.

3. Mahmassani M.S. The Legal Framework for Investment in Poland / M.S. Mahmassani // ICSID Review-Foreign Investment Law Journal. – 1988. – № 3. – P. 286–297.

4. Parra A.R. Provisions on the Settlement of Investment Disputes in Modern Investment Laws, Bilateral Investment Treaties and Multilateral Instruments on Investment / A.R. Parra // ICSID Review. – № 12. – 1997. – P. 325.

5. Generation Ukraine, Inc. v. Ukraine : Award ICSID (Case № ARB/00/9), Final Award (16 September 2003).

6. Aguas del Tunari S.A. v. Republic of Bolivia : ICSID Case № ARB/02/3 (Decision on Jurisdiction, 21 October 2005) ; Knahr C. Investments “in accordance with host state law” / C. Knahr // 4 Transnational Disputes Management (September 2007).

7. Bolivia Netherland BIT [Электронный ресурс]. – Режим доступа : http://www.bilaterals.org/IMG/pdf/NL-BO_BIT.pdf.

8. Крупко С.И. Инвестиционные споры между государством и иностранным инвестором / С.И. Крупко. – М., 2002. 120 с.

9. International centre for settlement of investment disputes [Электронный ресурс]. – Режим доступа : [http://opil.ouplaw.com/view/10.1093/law/iic/605-2013.case.1/IIC605\(2013\)D.pdf](http://opil.ouplaw.com/view/10.1093/law/iic/605-2013.case.1/IIC605(2013)D.pdf).

10. Técnicas Medioambientales Tecmed, S.A. v. The United Mexican States : ICSID Case № ARB(AF)/00/2 [Электронный ресурс]. – Режим доступа : <http://www.italaw.com/cases/1087>.

11. UNCITRAL, Partial Award (13 September 2001) [Электронный ресурс]. – Режим доступа : <http://www.italaw.com/documents/CME-2001PartialAward.pdf>.

12. Robert Azinian and Others v United Mexican States : ICSID Case



№ ARB(AF)/97/2 [Электронный ресурс]. – Режим доступа : <http://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/ita0057.pdf>.

13. Wena Hotels Ltd v. the Arab Republic of Egypt : ICSID case № ARB/98/4, Decision on the Interpretation of the Arbitral Award (October 31, 2005).

14. Sempra Energy International v. Argentina : ICSID Case № ARB/02/16, Decision on Annulment (29 June 2010).

ПРАВОВАЯ КУЛЬТУРА НАРОДНЫХ ДЕПУТАТОВ УКРАИНЫ КАК ФАКТОР ПОВЫШЕНИЯ УРОВНЯ ЗАКОНОТВОРЧЕСТВА

Александр ЕГОРОВ,

аспирант кафедры теории права и международной информации
Открытого международного университета развития человека «Украина»

Summary

The article describes the process of legislative activity as an intellectual activity for development and adoption legislative acts. Reviews problems of the members of Ukrainian parliament legal culture, its influence on the development and adoption of laws. Formulated the view of legal education of parliamentarians as a factor in improving the legislative activity. Specified on necessity of improving the legal and general culture of deputies by introducing special legislative technique courses. Examined the problems of involving the experts of different disciplines, scientists and members of the public for development and adoption of laws.

Key words: legal culture, law, legislative system, legislative activity, legal regulation.

Аннотация

В статье охарактеризован процесс законотворческой деятельности как интеллектуальной деятельности по разработке и принятию законодательных актов. Рассмотрены проблемы правовой культуры народных депутатов Украины, ее влияния на процесс разработки и принятия законов. Сформулирована точка зрения о юридическом образовании парламентариев как факторе повышения уровня законодательной деятельности. Указано на необходимость повышения правовой и общей культуры народных депутатов путем введения специальных курсов законодательной техники. Рассмотрены проблемы необходимости привлечения специалистов разных отраслей знаний, ученых, представителей общественности к разработке и принятию законов.

Ключевые слова: правовая культура, закон, система законодательства, законотворческая деятельность, правовое регулирование.

Постановка проблемы. Стабильность системы законодательства является одним из необходимых условий развития государства. Частые несистемные изменения, которые вносятся в законодательные акты, дестабилизируют систему законодательства и понижают уровень доверия к законодательному органу и государственной власти в целом. Проблема взаимосвязи правовой культуры народных депутатов Украины и качества разрабатываемых ими законодательных актов является малоизученной и требует дальнейшей разработки.

Актуальность темы заключается в том, что законотворческая процедура, включающая ряд этапов разработки и принятия законодательных актов, не приводит к повышению качества принимаемых актов. В законодательные акты вносятся большое количество изменений и дополнений, что увеличивает весь законодательный массив, усложняет как правовое регулирование общественных отношений, так и

понимание правовых предписаний в целом. Низкий уровень правовой культуры народных депутатов Украины, применение принципа политической целесообразности взамен принципов верховенства права, законности, справедливости в процессе разработки и принятия законодательных актов не способствует качественному регулированию отношений в государстве и обществе.

Целью статьи является анализ текущего состояния законодательной деятельности в Украине и поиск возможных путей улучшения качества законопроектной работы народных депутатов Украины.

Изложение основного материала исследования. Важное место в сфере применения правовой культуры занимает деятельность по разработке и принятию нормативно-правовых актов. Данный процесс представляет собой отражение в письменной форме решений компетентных органов государственной власти, в которых содержатся