

ДВУСТОРОННИЕ ИНВЕСТИЦИОННЫЕ СОГЛАШЕНИЯ. ПРОБЛЕМЫ МЕЖДУНАРОДНОГО ЧАСТНОГО ПРАВА

М. В. КАУРАКОВА

Московская государственная юридическая академия им. О. Е. Кутафина

Ключевые слова: *двустороннее инвестиционное соглашение, международное частное право, инвестиции*
Адрес для корреспонденции: maria.kaurakova@mail.ru

В настоящей статье исследуются нормы международных договоров, заключаемых в целях стимулирования трансграничного движения капитала. В отсутствие унифицированного понятия под последним мы понимаем имущество и имущественные права, реализация которых предполагает извлечение дохода либо прибыли при условии ненаступления неблагоприятных условий.

Риск – это неотъемлемое объективное свойство инвестиционной деятельности, обусловленное ее природой, либо определяющее квалификацию условия реализации правоотношений, характеризующееся потенциальной угрозой возникновения потерь вне зависимости от источника их возникновения. При этом политический риск – это вызванный несовершенством системы публичного управления риск имущественных потерь физических, юридических лиц, иных субъектов трансграничной инвестиционной деятельности.

Последние являются носителями частного международного капитала, движение которого при условии дальнейшего эффективного использования способно обеспечить модернизацию экономики, решение встающих перед ней комплексных социально-экономических проблем. В этой связи формой выражения высокой степени заинтересованности государств в его привлечении является система прав и гарантий его защиты.

Она закрепляется двусторонними и многосторонними международными договорами. В практике правового регулирования зарубежных стран в

их отношении употребляется термин «международные инвестиционно-правовые инструменты». При этом инструменты — это универсальный термин, в равной мере применяемый как в праве, так и в экономике.

В праве им обозначаются международные и национальные акты нормотворчества. В последнем случае за основу можно взять австралийское законодательство, где применяется термин «законодательные инструменты», и этот случай не является исключительным. В экономике этим термином, в частности, обозначаются ценные бумаги, когда речь идет о финансовых инструментах.

Такие международные инструменты принимаются как на многосторонней (универсальной и региональной), так и на двусторонней основе. В формате последней мы и постараемся проследить особенности нормотворчества, препятствующие полноценной реализации инвестиционного потенциала в интересах государств происхождения и назначения.

Прообразом современных двусторонних договоров в сфере поощрения и взаимной защиты инвестиций явились соглашения о дружбе, торговле и навигации, заключаемые с 1948 г. При этом если ранние, к примеру американо-японское соглашение 1953 г. [1], преследовали цель установления прочных связей в сфере экономических и культурных отношений (что важно подчеркнуть), то характеризующие сегодняшний период развития реализуют исключительно экономические интересы взаимодействующих стран. Такое

сужение роли рассматриваемых инструментов международной политики обусловлено временем принятия.

Первые были знаковыми, они заключались сразу либо по истечении определенного периода времени с момента окончания Второй мировой войны, несли на себе отпечаток последней и преследовали цель налаживания прочных отношений, к примеру, со странами, в прошлом поддерживавшими фашистский режим (Италия и Япония).

Соглашения о дружбе, торговле и навигации решали широкий круг вопросов, который в настоящее время находит отражение в самостоятельных актах с узким предметом регулирования. В сфере права иностранных инвестиций как подотрасли международного частного права это, к примеру, институт частной собственности иностранного инвестора, предусматривающий гарантии компенсации на случай национализации и экспроприации, право свободного отчуждения имущества, приобретения и поддержания патентов на изобретения.

Межгосударственное взаимодействие в этом случае строилось по следующей схеме: обеспечение доступа на территорию лиц, капитала, товаров и услуг, установление режима деятельности, гарантии защиты субъективных прав и законных интересов.

Так, в зависимости от сферы распространения за иностранными физическими и юридическими лицами закреплялся национальный режим либо режим наибольшего благоприятствования. Разница, как уже неоднократно отмечалось в доктрине и правоприменительной практике, в объеме субъективных прав, соотносимом с предоставляемым собственным либо представителям любых третьих стран.

Также устанавливались гарантии признания и приведения в действие иностранных решений по делам, связанным с реализацией предусмотренных международным договором субъективных прав.

При этом помимо основных экономических свобод (торговли, навигации и транзита) предусматривались социальные. Это свобода перемещения и выбора места проживания, убеждений и вероисповедания, запрет дискриминации по широкому набору признаков и прочие.

Все это характеризует двусторонние соглашения о дружбе, торговле и навигации в качестве инструментов проведения политической, экономической и социальной политики на долгосрочную перспективу.

Начиная с 1959 г. имела место реализация двусторонних межправительственных соглашений по линии «Север — Юг», стимулировавшая движение капитала из государств с развитыми экономиками в государства с развивающимися либо переходными экономиками. В это время шло активное освоение новых территорий через реализацию различного рода проектов преиму-

щественно в сфере добычи и использования богатых природных ресурсов.

Инициаторами таких соглашений выступали представители развитых государств, которые и предлагали модели двустороннего сотрудничества. Они определяли порядок доступа на территорию принимающих государств, реализации инвестиционных проектов и выхода из них. На каждой из этих стадий предусматривалась система гарантий, преференций и стимулов. Они закреплялись на основе гене-

О ПРИМЕНЕНИЕ «ОТВЕТСТВЕННОСТИ ГОСУДАРСТВ» КАК ИНСТИТУТА ОГРАНИЧЕННОГО СУВЕРЕННОГО ИММУНИТЕТА ВЕДЕТ К ОТКРЫТОЙ ФОРМЕ ЗЛОУПОТРЕБЛЕНИЯ ПРАВОМ

ральных принципов международного права, таких как справедливый, равный и свободный от дискриминации режим деятельности, основу которого составляла неограниченная в правах частная собственность.

В целях развития потенциала последней предусматривался деполитизированный механизм ее защиты. Это международный инвестиционный арбитраж, появление которого в 1965 г. связывают с необходимостью отказа от малоэффективной системы разрешения конфликта частных и публичных интересов по дипломатическим каналам. Институт последнего (международного инвестиционного арбитража) развивает теорию ограниченного суверенного иммунитета, наделяя частных лиц правомочиями субъектов международного права.

В этом случае физические и юридические лица, подпадающие под категорию «иностран- ных инвесторов», вправе привлечь к ответственности принимающее частный международный капитал государство при ухудшении условий реализации инвестиционной деятельности, предусмотренных двусторонним соглашением, распространяющим свое действие на таких инвесторов.

По нашему мнению, «ответственность государств» как подынститута института ограниченного суверенного иммунитета в современных условиях не удовлетворяет требованиям необходимости нормативного закрепления в предметной сфере права иностранных инвестиций. Его применение ведет к открытой форме злоупотребления правом.

Речь идет о деятельности так называемых «хищнических фондов» (англ. vulture funds). Это хедж-фонды, приобретающие по цене существенно ниже номинальной старые долговые обязательства суверенных государств, находящихся в крайне тяжелом положении, и в дальнейшем изыскивающие средства по при-

ведению их в действие в иностранных судебных и арбитражных инстанциях.

В таком случае представляется необходимым использовать отказ от предоставления защиты прав в качестве меры правового воздействия в случае злоупотребления — одной из основных правовых проблем, с которыми сталкиваются суверенные образования ввиду увеличения роли в международном движении капитала трансграничных инвестиционных фондов*, под категорию которых такие *vulture funds* попадают.

Эта позиция находит свое подтверждение в среде представителей российской доктрины. К примеру, А.А.Малиновский, докторская диссертация которого посвящена вопросу злоупотребления субъективным правом как юридическим феноменом, приходит к выводу о необходимости «... запрета вредоносного осуществления любого субъективного права в противоречии с его назначением» [2], в том числе путем отказа от предоставления защиты прав.

Такой подход обуславливается интересами обеспечения полноценного использования прав личности, в особенности экономических, социальных и культурных, вне зависимости от международных обязательств государств [3, 4], могущих быть средством спекуляции. Не стоит забывать об основной функции собственности — социальной, обеспечивающей достойное развитие человека. Там, где имеет место нарушение прав личности вследствие реализации прав собственника, такие права должны быть ограничены.

Итак, если избрать в качестве материального объекта исследования инвестиционное соглашение, одной из сторон которого является США, то оно будет содержать положения, которые отражают интересы американских инвесторов на иностранных рынках. И ни о какой взаимности, а тем более реализации

цели обеспечения защиты здоровья, безопасности и окружающей среды, как это определено в модели соглашения 2012 г. [5], здесь речи быть не может. Это инструмент построения правовой основы инвестиционной деятельности, эффективность которой обеспечивается международно-правовыми обязательствами суверенных образований.

Такая расстановка сил в настоящее время представляется крайне неэффективной. При предоставлении прав доступа и реализации инвестиционных проектов иностранным лицам, должны предусматриваться жесткие правила контроля с возложением ответственности, соответствующей уровню сложности реализуемых инвестиционных проектов.

Все имеющиеся в настоящее время природные ресурсы должны использоваться в первую очередь в интересах будущих поколений, т.е. на развитие человеческого потенциала как нового «социального» капитала. В этой связи принимающими государствами должны быть созданы условия для восприятия наиболее продуктивного опыта ведения конкретных видов деятельности, для чего необходимы инфраструктура и профессиональные кадры. Сценариев реализации таких программ много, в качестве основы может быть использован опыт ведения государственно-частного партнерства в развитых и развивающихся государствах с учетом специфики конкретного рынка.

В заключение считаем необходимым отметить, что двусторонние инвестиционные соглашения на протяжении более пятидесяти лет создавали необходимые условия для реализации трансграничной инвестиционной деятельности. Ее эффективность в настоящее время зависит как от совместных, так и от индивидуальных усилий представителей международного сообщества, обусловленных стремлением повышения качества жизни человека. Инвестиционный потенциал при эффективном подборе средств безграничен. Основу же его раскрытия составляет как всегда конкуренция, представляющая новые вызовы в условиях интенсивного развития связи и технологий.

1. Friendship, commerce and navigation treaty and protocol between United States of America and Japan. — www.mac.doc.gov/japan-korea/market-opening/US-Japan%20Treaty%20on%20Friendship%20Commerce%20and%20Navigation%201953-04-02.pdf (04.12.2012).
2. Малиновский А.А. Злоупотребление субъективным правом как юридический феномен: автореф. дисс. ... докт. юр. наук. М., 2008. С. 11.
3. Lumina, Report to the UN Human Rights Council on the effects of foreign debt and other related international financial obligations of States on the full enjoyment of all human rights, particularly economic, social, and cultural rights. 2010. A/HRC/14/21.
4. The Supreme Court. 2011. UKSC 31. P. 36. — www.supremecourt.gov.uk/decided-cases/docs/UKSC_2010_0040_Judgment.pdf (04.12.2012).
5. 2012 U.S. Model Bilateral Investment Treaty. — www.state.gov/documents/organization/188371.pdf (04.12.2012).

*Под дефиницию трансграничных инвестиционных фондов попадают организационные либо договорные формы коллективного инвестирования, имеющие физическое либо электронное присутствие одновременно в двух и более государствах. Термин «трансграничный» в наименовании понятия «трансграничный инвестиционный фонд» употребляется в значении «относящийся к связи нескольких юрисдикций (в значении — государств)». Он детерминирует существо явления в нейтральной по отношению к особенностям юридической конструкции форме, указывая на особенности правового положения.

Bilateral investment treaties. Private international law problems

M.V. Kaurakova, *Kutafin Moscow State Law Academy*

Bilateral investment treaty presently represents a compromise in the matter of the favorable terms of the private international capital provision. Nevertheless its role in the system of the international agreements has recently negatively changed. In the article author shows the underlying problems that impede further growth of the bilateral investment treaty.

Key Words: *bilateral investment treaty, private international law, investments*

Corresponding address: maria.kaurakova@mail.ru