



Экспертное мнение на тему:
Определение иностранных инвесторов и
инвестиций, подлежащих защите: международный и
сравнительно-правовые аспекты

Эксперт: Профессор Ярослав Кривой
Британский институт международного и сравнительного права

Нур-Султан, 2022 г.



Программа по верховенству права в Казахстане, реализуется Американской ассоциацией юристов Инициатива Верховенства Права (ABA ROLI), при поддержке Агентства США по международному развитию (USAID).



Данный материал разработан и издан при поддержке Агентства США по международному развитию (USAID).

Автор несет ответственность за содержание материала, которое не обязательно отражает позицию USAID, ABA ROLI или Правительства США.

Сокращения

ДИД – двухсторонний инвестиционный договор

МИС – международное инвестиционное соглашение

Конвенция МЦУИС - Вашингтонская Конвенция 1965 года о порядке разрешения инвестиционных споров между государствами и иностранными лицами

МЦУИС – Международный центр по урегулированию инвестиционных споров

ЮНКТАД – Конференция ООН по торговле и развитию (UNCTAD)

1. Введение

В данном докладе представлен международно-правовой и сравнительно-правовой анализ для разработки рекомендаций по совершенствованию определения понятия «иностранный инвестор» в законодательстве Казахстана.

Государственные органы Казахстана рассматривают возможность изменения и дополнения законодательных актов для уточнения этих определений, что должно способствовать развитию единообразной судебной практики. В докладе анализируются двусторонние и многосторонние инвестиционные договоры, законодательство разных стран, решения инвестиционных трибуналов и рекомендации международных организаций и экспертов по определению иностранных инвесторов и инвестиций, подлежащих защите.

Доклад начинается с рассмотрения критериев, используемых для определения терминов «инвестиции», «инвестор», «инвестиционная деятельность» и «инвестиционный спор», и показывает, что критерии различаются в разных международных инвестиционных соглашениях. В отсутствие подробных определений арбитражные трибуналы имеют широкое усмотрение в толковании этих терминов. Затем обсуждаются наиболее распространенные критерии для определения этих терминов и способы, которые государства используют, чтобы избежать чрезмерно широкого толкования.

В следующей части обсуждается взаимосвязь между суверенным правом государства регулировать иностранных инвесторов и их законными ожиданиями, показывая, что во многих международных договорах отсутствуют конкретные положения, уточняющие пределы возможности государства регулировать, в том числе в области налогообложения и других сферах публичного права.

В докладе также рассматривается, как международное право и международные трибуналы подходят к вопросам корпоративной отдельных компаний и корпоративных групп, а также подходах к определению понятия инвесторов, основанных на месте нахождения, инкорпорации и контроля.

Раздел завершается обзором недавних реформ, проведенных в различных юрисдикциях, а также конкретными рекомендациями по определению «инвестиций», «инвестора» и связанных терминов.

2. Критерии в международных инвестиционных договорах

Определение ключевых понятий, таких как «инвестор», «инвестиции», «инвестиционная деятельность» и «инвестиционные споры», имеет значительные юридические последствия, в том числе в отношении того, кто может предъявлять иски к принимающим государствам в соответствии с договором или может воспользоваться специальными процедурами разрешения споров в соответствии с внутренним законодательством.

Структуры опосредованной корпоративной собственности (например, через структуру дочерних предприятий) значительно расширяют сферу действия международных инвестиционных соглашений. По данным ЮНКТАД, около трети споров между инвесторами и государством в период с 2010 по 2015 год были

инициированы заявителями, которые в конечном счете принадлежали материнской компании в третьей стране, не являющейся стороной договора, на котором основан иск. Более четверти таких заявителей были «компаниями-почтовыми ящиками» (mailbox companies), не осуществлявших значительной экономической деятельности в принимающей стране.¹

Регуляторы сталкиваются с тремя конкретными проблемами:

- (i) иски, предъявляемые «компаниями-почтовыми ящиками»
- (ii) иски, предъявляемые иностранными организациями, контролируемые организацией в принимающем государстве
- (iii) иски, предъявляемые организациями, имеющими право собственности на инвестиции и созданными специально в ожидании иска («срочная реструктуризация»).

Составители Конвенции МЦУИС (Вашингтонская Конвенция 1965 года о порядке разрешения инвестиционных споров между государствами и иностранными лицами) предполагали, что юрисдикцию МЦУИС (Международный центр по урегулированию инвестиционных споров) должно определять в первую очередь согласие сторон, а не определение таких терминов, как «инвестиции». Один из составителей конвенции упомянул, что «требование о том, что спор должен был возникнуть из-за «инвестиций», может быть объединено с требованием о согласии на юрисдикцию».² Иными словами, государства-участники Конвенции должны сами определять, что считать «инвестициями». Если вопрос предметной юрисдикции не поднимается, считается, что спор, рассматриваемый трибуналом, касается инвестиций.³

Отчет исполнительных директоров МЦУИС разъясняет этот вопрос:

Не было предпринято никаких попыток определить термин «инвестиции» с учетом существенного требования согласия сторон и механизма, с помощью которого Договаривающиеся государства могут заранее, если они того пожелают, уведомить о категориях споров, которые они будут или не будут рассматривать при подаче в Центр.⁴

Определения и критерии «инвестора», «инвестиций» и «инвестиционной деятельности» в соответствии с международным правом зависят от формулировок каждого договора и различаются в зависимости от толкования каждого трибунала. На практике эти понятия взаимосвязаны, и зачастую ни одно из трех не определяется в договорах. С другой стороны, определение одного понятия, например «инвестиций», может включать критерии, применяемые для определения «инвесторов».

Казахстан ратифицировал Конвенцию МЦУИС в 2004 году, однако нормы этой конвенции не определяют понятие иностранных инвестиций. Важно отметить, что в случаях противоречия между определениями в соответствии с

¹ United Nations Conference on Trade and Development. World Investment Report 2016: Investor Nationality: Policy Challenges. UN, 2016, available at <https://unctad.org/en/PublicationsLibrary/wir2016_en.pdf> (WIR 2016).

² Aron Broches, 'The Convention on Settlement of Investment Disputes: Some Observations on Jurisdiction' (1996) 5 CJTL 263, 268

³ See, Yaroslau Kryvoi. "International Centre for Settlement of Investment Disputes (ICSID)." (2016), PP 139-141.

⁴ Article 25(4), International Centre for Settlement of Investment Disputes. ICSID convention, regulations and rules. International Centre for Settlement of Investment Disputes, 2003, available at <https://icsid.worldbank.org/en/Documents/resources/ICSID_Conv%20Reg%20Rules_EN_2003.pdf>

международным правом (например юрисдикция трибунала над спорами, возникающими из иностранных инвестиций) и национальным правом преимущественную силу должно иметь определение по международному праву. Таким образом, маловероятно, что изменения во внутреннем законодательстве окажут существенное влияние, если договоры содержат другие критерии, и следует гармонизировать международных договора и национальное законодательство в части определения этих терминов.

В международных инвестиционных соглашениях (МИС) используются следующие три подхода по определению термина «инвестор»:

Подход на основе **инкорпорации** – преобладающий подход, согласно которому компания должна быть юридически учреждена в юрисдикции договаривающейся стороны.

Подход на основе контроля – при данном подходе не имеет значения, где учреждена организация, контролируется ли она прямо или косвенно гражданами иностранного государства. Следует отметить, что подход, основанный на контроле, не предполагает выяснения национальности контролирующего лица для установления конечного владельца.

Большинство инвестиционных договоров 1990-х годов предусматривают этот вариант. На практике это означает, что до тех пор, пока государство использует относительно широкое определение «инвестиций», инвестор из любой третьей страны может структурировать свои инвестиции таким образом, чтобы пользоваться защитой, предлагаемой договором. Это позволяет инвесторам выбрать международный договор о защите инвестиций с наиболее выгодными условиями.

При этом некоторые договоры требуют эффективного контроля над инвестициями, не давая определения терминов, в то время как другие договоры решают проблему «срочной реструктуризации» отказывая в доступе к механизмам урегулирования споров, если инвестор-истец была реструктурирован в то время, когда возникновение спора можно было предвидеть в ближайшем будущем или спор уже возник.

Подход на основе местонахождения – в соответствии с этим подходом различные дочерние компании должны иметь значительный уровень взаимодействия с материнской компанией иностранного инвестора, что является более важным, чем выяснение реального владения и контроля.⁵ При подходе, основанном на месте нахождения, ключевой вопрос состоит в том, имеет ли инвестор фактическое место управления или основное место деятельности в государстве предполагаемой национальности инвестора.⁶ Более распространена в недавно заключенных договорах презумпция, что инвестор ведёт существенную коммерческую деятельность в государстве заявленной национальности, что на практике сочетается с подходом инкорпорации или местонахождения.

⁵ ILA, German Branch (2011). "The Determination of the Nationality of Investors under Investment Protection Treaties", Beiträge zum Transnationalen Wirtschaftsrecht, No. 106, March. <<http://telc.jura.uni-halle.de/sites/default/files/BeitraegeTWR/Heft%20106.pdf>> accessed 6 November 2018.

⁶ UNCTAD, World Investment Report 2016. Investor Nationality: Policy Challenges (WIR 2016), available at https://unctad.org/system/files/official-document/wir2016_en.pdf.

Международное инвестиционное право не содержит общепринятого определения «инвестиционных споров». В международном арбитраже многое зависит от согласия сторон. В отличие от многих других арбитражных институтов, МЦУИС может разрешать только юридические споры, возникающие непосредственно в связи с инвестициями, между Договаривающимся государством (или составной частью государства или его агентством) и гражданином или юридическим лицом другого Договаривающегося государства, которые стороны спора соглашаются в письменной форме подать в МЦУИС. В этих пределах арбитры МЦУИС определяют, обладают ли они юрисдикцией в отношении конкретного спора.

Определение «иностранных инвесторов» играет важную роль в определении юрисдикции инвестиционных трибуналов и того, кто имеет право подавать иски против государств. В этом контексте вопрос косвенного владения инвестициями стал особенно актуальным, поскольку такие структуры собственности потенциально могут расширить юрисдикцию, предоставляемую МИС. Как упоминалось выше, треть всех исков инвесторов к государству была заявлена инвесторами, конечный владелец которых (материнская компания) базировался в стране, не являющейся стороной договора, указанного в иске, и более четверти таких заявителей были «компаниями-почтовыми ящиками» без каких-либо существенных операций в стране договора.

Охват МИС может быть значительно расширен за счет использования «компаний-почтовых ящиков», иностранных субъектов, в конечном счете контролируемых субъектом принимающего государства, и требований, заявленных юридическими лицами, преднамеренно созданными в ожидании требования («срочная реструктуризация»). Одним из способов противодействия этому являются «оговорки об отказе в преимуществах», которые лишают договорной защиты компании, фактически контролируемые гражданами третьего государства.⁷ Крупномасштабное исследование, проведенное ЮНКТАД, показывает, что 58% исследованных договоров, заключенных в период с 2012 по 2014 год, включали «оговорки об отказе в преимуществах» по сравнению с 7% договоров, заключенных в период с 1962 по 2011 год.⁸

Новые договоры прямо исключают портфельные инвестиции, суверенные долговые обязательства или споры, вытекающие исключительно из коммерческих контрактов, для которых либо должна быть предусмотрена особая процедура разрешения споров или стороны должны обращаться в национальные суды.

Некоторые недавно заключённые МИС требуют осуществления значительной деятельности в принимающей стране для использования права на арбитраж, что отражает формирующуюся политическую реакцию государств. Этот подход становится все более частым: в то время, как только 16% двусторонних инвестиционных договоров (ДИД) 1990-ч требовали существенной коммерческой деятельности в своем определении «инвестора», эта доля возрастает до 30% в выборке недавно заключённых ДИД. Кроме того, 55% недавних ДИД включают

⁷ Ed Poulton, Yarik Kryvoi, Ekaterina Finkel and Janek Bednarz, *Corporate Restructuring and Investment Treaty Protections*, BICL/Baker McKenzie, London, 2020.

⁸ WIR 2016, *supra* note **Error! Bookmark not defined.**

«оговорки об отказе в преимуществах», по сравнению с лишь 5% старшего поколения ДИД.⁹

Для определения значения термина «эффективный контроль», полезно рассмотреть существующие международные инвестиционные соглашения. В некоторых МИС путем перечисления неисчерпывающего перечня факторов, которые должны учитываться трибуналами, разъясняется, что имеется в виду под эффективным контролем. Такие факторы включают владение более чем 50 процентами капитала предприятия или участие в акционерном капитале, право голоса, дающее решающее положение в органах управления предприятия и право выбирать или оказывать существенное влияние на выбор руководящих органов предприятия.¹⁰

В контексте определения эффективного контроля юридические факторы (право голоса, право выбора членов органов управления субъекта) уместны, но не обязательно достаточны для того, чтобы трибунал установил наличие контроля, который будет зависеть от всех обстоятельств дела.

На данный момент лишь несколько МИС разъясняют значение существенной коммерческой деятельности (например, соглашение между Китаем и Гонконгом, СЕРА (2003 г.), Китаем и Макао (2004 г.), а некоторые соглашения включают дополнительные критерии в «правила происхождения» для торговли услугами. К таким критериям относятся:

- Деятельность организации (характер и сфера деятельности, количество и тип клиентов и договоров, объем продаж, оборот, налоговые декларации, уплата налога на прибыль в соответствии с местным законодательством, годы учреждения или требование осуществлять аналогичную деятельность на дому, как в стране пребывания)
- Сотрудники организации (количество сотрудников, доля сотрудников, имеющих постоянное место жительства или гражданство страны происхождения)
- Физическое присутствие субъекта (собственность или аренда помещений, расходы на содержание физического местонахождения, номера телефонов и факсов, предлагаемых клиентам и другим лицам для контакта с компанией)¹¹

Нидерланды в типовом ДИС 2019 года для приводит ориентировочный список факторов для установления существенной коммерческой деятельности. Они включают:

- (i) зарегистрированный офис и/или менеджмент предприятия, созданного в Договаривающейся стороне;
- (ii) штаб-квартира предприятия и/или руководство расположены в этой Договаривающейся стороне;
- (iii) количество сотрудников и их квалификация, в этой Договаривающейся стороне;
- (iv) оборот, полученный в этой Договаривающейся стороне; а также

⁹ Ibid.

¹⁰ Ibid.

¹¹ Ibid.

(v) создание офиса, производственного помещения и/или исследовательской лаборатории в этой Договаривающейся стороне.¹²

Эта модель, как и типовой ДИД Индии, также позволяет прямо исключать определенные виды деятельности, такие как пассивное владение акциями, из определения существенной коммерческой деятельности.¹³

3. Критерии в решениях арбитражных трибуналов

В отсутствие общепризнанных определений трибуналы обладают значительной свободой действий при толковании соответствующих договоров и других документов, в которых государства и инвесторы выразили согласие на арбитраж. Наиболее известным определением иностранных инвестиций в международном контексте является тест Салини (Salini), который предусматривает: (1) вклад денег или активов; (2) определенную продолжительность; (3) элемент риска; и (4) вклад в экономическое развитие принимающего государства.¹⁴

Одним из объяснений популярности этого теста является то, что он основан на преамбуле Конвенции МЦУИС, в которой упоминается вклад в экономическое развитие принимающего государства. Однако некоторые трибуналы утверждают, что вклад в экономику принимающего государства является желаемым результатом инвестиций, который трудно измерить на практике.

Арбитражные трибуналы также высказывались на тему, что следует понимать под эффективным контролем. Трибуналы высказывались в пользу того, что контрольный пакет акций обычно подразумевает наличие контроля (см., например, *Aucoven v. Venezuela* (2001)). Трибуналы также изучали вопрос об эффективном контроле в случае, когда установление вопроса об иностранной собственности инвестиций не приводило к однозначному ответу (см., например, дело *Rac Rim v. El Salvador* (2012 г.)). Принимая решение о наличии эффективного контроля, трибуналы учитывали разные факторы, в том числе:

- Способность эффективно принимать и реализовывать ключевые решения хозяйственной деятельности предприятия (например, инициировать инвестиционные операции, санкционировать расходы, утверждать бюджет и выплату дивидендов, принимать решения о брендинге и маркетинговой стратегии, получать отчеты о деятельности подконтрольного лица)
- Участие в повседневном управлении организацией (например, проведение собраний от имени компании, получение соответствующей корреспонденции); формальное подтверждение участия в протоколах заседаний органов управления, принимающих решения
- Доступ к ноу-хау (например, к технологиям, расходным материалам и машинам, выбор поставщиков); доступ к капиталу (например, первоначальные расходы).

Арбитражные трибуналы использовали следующие критерии для подтверждения существенной коммерческой деятельности:

¹² <https://investmentpolicy.unctad.org/international-investment-agreements/treaty-files/2865/download>

¹³ <https://investmentpolicy.unctad.org/international-investment-agreements/treaty-files/3560/download>

¹⁴ <https://www.italaw.com/cases/958>

- Место, где собирается совет директоров, и наличие протоколов совета (дело *Pac Rim v Salvador*)
- Существование постоянного физического присутствия (в делах *Amto v Ukraine*, и *Pac Rim v Salvador*)
- Наличие постоянного персонала (в деле *Amto v Ukraine*)
- Активное владение акциями дочерних компаний (в деле *Pac Rim v Salvador*).

Недавнее эмпирическое исследование, проведённое под руководством автора настоящего доклада, показывает, что когда трибуналы устанавливают, что инвестор осуществлял значительную деятельность в государстве-ответчике, инвесторам обычно удавалось добиться положительного решения о юрисдикции трибунала. Однако при отсутствии реальной экономической деятельности в государстве-ответчике, трибуналы почти всегда (в 93% дел) соглашаются с юрисдикционными возражениями государств.¹⁵

4. Критерии в национальном законодательстве

МИС обычно не содержат подробных положений о допуске иностранных инвесторов. Такие положения часто содержатся в национальном законодательстве. МИС как правило дополняют национальное законодательство и обычно ему не противоречат.

Определения в международном праве (при их наличии) будут преобладать над национальным законодательством в случае коллизии, однако внутреннее право можно рассматривать как государственную практику, которая может повлиять на толкование договоров трибуналом. Поэтому важно стремиться к достижению согласованности между подходами внутреннего и международного права.

В одном исследовании ЮНКТАД изучила 111 инвестиционных законов в 109 странах и пришла к выводу, что государства меняют определения «инвестор» и «инвестиции» для решения вопросов гражданства, собственности и контроля. Большинство законов (87 из 111) требуют, чтобы инвесторы, пользующиеся договорной защитой, были непосредственно инкорпорированы или зарегистрированы в другом государстве-участнике международного договора о защите инвестиций. В законодательстве некоторых государств указывается, что иностранные инвесторы должны иметь фактическое место управления в иностранном государстве. Следует отметить, что ни один из рассмотренных ЮНКТАД законов прямо не исключал «компании-почтовые ящики», которые не ведут реальной экономической деятельности.¹⁶

Различные государства по-разному подходят к вопросу, следует ли устанавливать отдельный правовой режим для иностранных инвесторов или относиться к ним как к национальным инвесторам. Например, Катар относится к не катарским инвесторам иначе, чем к катарским инвесторам. Инвесторам, не являющимся гражданами Катара, обычно запрещается вкладывать средства в

¹⁵ Paulton, Kryvoi, et al., *supra* note 7.

¹⁶ WIR 2016, *supra* note **Error! Bookmark not defined.**

банки и страховые компании, коммерческие агентства и любые другие сферы, в отношении которых вынесено решение Совета министров.¹⁷

В некоторых юрисдикциях отсутствуют подробные определения. Например, в Объединенных Арабских Эмиратах иностранный инвестор определяется просто как «физическое или юридическое лицо, не имеющее гражданства государства и инвестирующее средства в государство в соответствии с положениями настоящего Закона».¹⁸

В Узбекистане относительно недавно принятый Закон «Об инвестициях и инвестиционной деятельности» содержит следующие определения:

прямые иностранные инвестиции — инвестиции за счет собственных или заемных средств иностранного инвестора на условиях риска, без государственных гарантий;

иностранные инвестиции — материальные и нематериальные блага и права на них, в том числе права на интеллектуальную собственность, а также реинвестирование иностранным инвестором в объекты социальной сферы, предпринимательской, научной и иной деятельности;

иностранные инвесторы — иностранные государства, административные или территориальные органы иностранных государств, международные организации, учрежденные в соответствии с конвенциями или иными соглашениями между государствами либо являющиеся субъектами международного публичного права, юридические лица, иные товарищества, организации или объединения, созданные и действующие в соответствии с актами законодательства иностранных государств, граждане иностранного государства и лица без гражданства, постоянно проживающие за пределами Республики Узбекистан.

предприятия с иностранными инвестициями на территории Республики Узбекистан — предприятия, в которых иностранные инвестиции составляют не менее пятнадцати процентов акций (долей, паев) или уставного фонда (уставного капитала).¹⁹

Иными словами, законодательство Узбекистана сочетает в определении иностранных инвесторов место регистрации и критерий контроля.

Статья 27 Гражданского процессуального кодекса Республики Казахстан регулирует подсудность гражданских дел специализированным судам, специализированным составам суда и определяет таким иностранных инвесторов в качестве:

¹⁷ Law no. (1) of 2019 On Regulating Non-Qatari Capital Investment in the Economic Activity, <https://investmentpolicy.unctad.org/investment-laws/laws/314/qatar-law-no-1-of-2019>

¹⁸ New Foreign Direct Investment Law for the UAE, 23 September 2018 <https://investmentpolicy.unctad.org/investment-policy-monitor/measures/3311/united-arab-emirates-new-foreign-direct-investment-law-for-the-uae>

¹⁹ Law of the Republic of Uzbekistan 'On investments and investment activity' (2019), <https://investmentpolicy.unctad.org/investment-laws/laws/328/uzbekistan-the-law-on-investments-and-investment-activity>

- 1) иностранного юридического лица (его филиала, представительства), осуществляющего предпринимательскую деятельность на территории Республики Казахстан;
- 2) юридического лица, созданного с иностранным участием в порядке, установленном законодательством Республики Казахстан, пятьдесят и более процентов голосующих акций (долей участия в уставном капитале) которого принадлежат иностранному инвестору;
- 3) инвесторов при наличии заключенного контракта с государством на осуществление инвестиций.

Статья 274 Предпринимательского Кодекса Республики Казахстан определяет понятия «инвестиции», «инвестор», «крупный инвестор» и «инвестиционная деятельность», но не предусматривает определение иностранных инвесторов:

1. Инвестициями являются все виды имущества (кроме товаров, предназначенных для личного потребления), включая предметы финансового лизинга с момента заключения договора лизинга, а также права на них, вкладываемые инвестором в уставный капитал юридического лица или увеличение фиксированных активов, используемых для предпринимательской деятельности, а также для реализации проекта государственно-частного партнерства, в том числе концессионного проекта.
2. Под инвестором понимаются физические и юридические лица, осуществляющие инвестиции в Республике Казахстан.
3. Деятельность физических и юридических лиц по участию в уставном капитале коммерческих организаций либо созданию или увеличению фиксированных активов, используемых для предпринимательской деятельности, а также для реализации проекта государственно-частного партнерства, в том числе концессионного проекта, признается инвестиционной деятельностью.
4. Под крупным инвестором понимается физическое или юридическое лицо, осуществляющее инвестиции в Республике Казахстан в размере не менее двухмиллионнократного размера месячного расчетного показателя.

5. Инвестиционные споры, связанные с вопросами публичного права и правом на регулирование

Право на регулирование обычно упоминается как одно из общих исключений, то есть договорных положений, допускающих отступление от определенных обязательств государства. Право проявляется несколькими способами в международных договорах, например, в преамбуле договора («право регулировать ряд законных целей, включая общественное здоровье, безопасность, окружающую среду...») или как часть анализа справедливого и принцип справедливого обращения (FET), хотя сам принцип обычно не содержит каких-либо ссылок на такое право. Инвестиционные трибуналы проявляют уважение к регуливающим полномочиям государств, добиваясь высокого порога,

прежде чем разрешать косвенную или «регулирующую» экспроприацию. Лишь в нескольких случаях была установлена косвенная экспроприация.²⁰

Примеры вмешательства арбитражных трибуналов в регулятивную деятельность принимающего государства включают спор о регулировании табачной промышленности между Philip Morris и Австралией, после которого Австралия обязалась исключить механизмы урегулирования споров между инвесторами и государством в своих инвестиционных соглашениях;²¹ проблемы государственного регулирования в секторе ядерной энергетики в Германии²² или в секторах возобновляемых источников энергии в Болгарии и Испании, которые вызвали опасения, что иностранные корпорации теперь могут вмешиваться в регулирующие дела принимающего государства.

На практике озабоченность государств вмешательством трибуналов в их суверенное право на регулирование ведёт к более ограничительным положениям МИС в отношении юрисдикции международных трибуналов и большему использованию национальных судов для разрешения споров между инвесторами и государствами.

6. Налоговые споры как особый вид регуляторных споров

Обычно в международных договорах ничего не говорится о том, что представляет собой налогообложение, и это определяет арбитражный трибунал. Определение таких споров важно не только для установления юрисдикции трибунала, но и для решения вопроса о том, можно ли квалифицировать совокупные налоги как конфискацию имущества.²³

Режимы международного инвестиционного и налогового регулирования тесно взаимосвязаны, и как правило основаны на двусторонних соглашениях.²⁴ По разным политическим и экономическим причинам государства неохотно позволяют рассмотрение налоговых дел арбитражными трибуналами. Обычно это ограничивается случаями, когда принимающее государство применяет крайние меры, например маскируя экспроприацию под налоговые меры, и тогда споры подпадают под юрисдикцию трибуналов между инвесторами и государством.²⁵

Например, 50 миллиардов долларов США, запрошенные в деле ЮКОС против Российской Федерации (крупнейшее арбитражное разбирательство между инвесторами и государством), в первую очередь касались уголовного расследования предполагаемого уклонения от уплаты налогов, мошенничества и хищения со стороны ЮКОСа, крупнейшей на тот момент российской нефтяной

²⁰ Katia Yannaca-Small, *Indirect Expropriation and the Right to Regulate: How to Draw the Line?*, in *ARBITRATION UNDER INTERNATIONAL INVESTMENT AGREEMENTS: A GUIDE TO THE KEY ISSUES* 445–77 (Katia Yannaca-Small ed., 2010).

²¹ *Philip Morris Asia Limited v. The Commonwealth of Australia*, UNCITRAL, PCA Case No. 2012-12, Award on Jurisdiction and Admissibility of 17 December 2015, <<https://www.italaw.com/cases/851>> accessed 6 November 2018

²² *Vattenfall AB and others v. Federal Republic of Germany*, ICSID Case No. ARB/12/12, available at <<https://www.italaw.com/cases/1654>> accessed 6 November 2018

²³ Buriak, Svitlana, and Markus Aurel Petsche. *TAX MEASURES UNDER INTERNATIONAL INVESTMENT TREATIES: CURRENT REGULATION, ARBITRAL PRACTICE AND PERSPECTIVES.*, (2017), P 29

²⁴ United Nations Conferences on Trade and Development. *World investment report 2015: Reforming international investment governance*. 2015, available at https://unctad.org/en/PublicationsLibrary/wir2015_en.pdf

²⁵ THOMAS WALDE, *INVESTOR-STATE DISPUTES: THE INTERFACE BETWEEN TREATY-BASED INTERNATIONAL INVESTMENT PROTECTION AND FISCAL SOVEREIGNTY* (2007). (Walde)

компании. В этом деле трибунал постановил, что главной целью России было не сбор налогов, а банкротство инвестора и экспроприация его ценных активов.²⁶

Некоторые инвестиционные договоры ограничивают применение договорных обязательств только косвенными налогами, в то время как вопросы прямого налогообложения относятся к договорам об избежании двойного налогообложения. Большинство инвестиционных договоров также предусматривает, что договаривающиеся стороны не обязаны продлевать национальный режим (NT) или режим наибольшего благоприятствования (MFN) на основе договоров, заключенных с третьими государствами, полностью или в основном по вопросам налогообложения или любого внутреннего законодательства, касающегося полностью или главным образом к налогообложению.²⁷

Хотя в большинстве положений МИС ничего не говорится о применении принципа справедливого обращения (FET) к вопросам налогообложения, некоторые договоры прямо предусматривают его. В некоторых соглашениях формулировки в отношении налогообложения сохраняют за договаривающимися сторонами право принимать законы и регламентируют свободу перевода денежных средств.²⁸

Когда возникает вопрос о том, подпадает ли гарантия налоговой стабилизации под налоговые исключения в международном договоре, этот вопрос будет решаться на основе анализа конкретных формулировок договора о налоговых исключениях, «зонтичных оговорок» и фактов дела. Если налоговый спор в результате такого анализа не подпадает под действие соответствующего договора, то инвестору необходимо будет обратиться за помощью в национальные суды или убедить свое государство поднять вопрос, используя процедуры урегулирования споров, предусмотренные в договорах об избежании двойного налогообложения.

Особые трудности возникают в связи с договорами, заключенными между инвестором и государственным предприятием, или инвестиционными договорами, в которых государства обязуются не устанавливать налоговые ставки в определенном коридоре. Трибуналы в таких случаях пытаются найти баланс между правом принимающего государства на регулирование и законными ожиданиями инвесторов.

7. Нарушения договорных (контрактных) обязательств как нарушения международного права

Инвесторы могут заявлять иски, возникающие не только из международных договоров, но и частноправовых договоров, когда инвестиционные соглашения или другие контракты, заключенные с государством, предоставляют инвесторам право на арбитраж. Предметная юрисдикция инвестиционных трибуналов в этом случае намного шире, когда международный договор содержит «зонтичные оговорки», гарантирующие соблюдение принимающим государством всех обязательств по отношению к иностранным инвесторам. Типичная зонтичная

²⁶ See *Yukos Universal Limited (Isle of Man) v The Russian Federation*, PCA, UNCITRAL, Award (18 July 2014).

²⁷ Walde, *supra* note 25.

²⁸ *Ibid.*, at 86.

оговорка предусматривает, что «каждая сторона должна соблюдать любые обязательства, которые она могла взять на себя в отношении инвестиций».²⁹

Другими словами, нарушения контрактных обязательств могут быть приравнены к нарушениям международного права в силу зонтичных оговорок, которые часто присутствуют в традиционных МИС. В силу таких положений принимающее государство обязано соблюдать любые обязательства в отношении конкретных инвестиций, например обязательства, принятые на основании концессионного соглашения или инвестиционного контракта. Зонтичные оговорки подвергались резкой критике за чрезмерное расширение юрисдикции трибуналов и создание параллельных разбирательств на национальном и международном уровнях.

Подходы трибуналов к оценке нарушений частноправовых договоров как нарушений международного права остаются непоследовательными. По мнению одного трибунала:

прерогатива правительства нарушать инвестиционные контракты представляется несовместимой ... с современными стандартами национального и международного права, касающимися ответственности правительства за исполнение контракта.³⁰

Другие трибуналы объясняли, что положения о справедливом и равноправном обращении (FET) распространяется на нарушение договорных обязательств³¹ или что такие нарушения возникают только в том случае, если государственная власть используется дискриминационным образом. В деле АМТО против Украины трибунал постановил, что неуплата долга по коммерческому контракту не связана с осуществлением суверенной власти и не является результатом указаний государства или его указаний.³²

Нет последовательности в решениях инвестиционных трибуналов относительно того, распространяются ли «зонтичные оговорки» на чисто коммерческие договора.³³ Некоторые трибуналы сочли эти оговорки автоматически квалифицирующими нарушения договора принимающим государством с инвесторами как нарушение договора,³⁴ в то время как другие отклонили это толкование, не объяснив смысла зонтичных оговорок.³⁵

В случае, если трибуналы не распространяют свою юрисдикцию на контрактные споры, то эти споры рассматриваются национальными судами.

8. Инвестиционные споры с участием юридических лиц, которые прямо или косвенно принадлежат государству

²⁹ Article 2.2 of the United States-Argentina BIT of 14 Nov. 1991.

³⁰ *Mondev International Ltd. v. United States of America* (ICSID Case No. ARB(AF)/99/2), Award of 11 Oct. 2002.

³¹ See, e.g., in *SGS Société Générale de Surveillance S.A. v. Republic of the Philippines* (ICSID Case No. ARB/02/6) Decision of the Tribunal on Objections to Jurisdiction of 29 Jan. 2004, 8 ICSID Reports 518 (2005); *Noble Ventures, Inc. v. Romania* (ICSID Case No. ARB/01/11) Award of 12 Oct. 2005.

³² *Limited Liability Company Amtov. Ukraine*, SCC Case No. 080/2005, final Award of 26 March 2008.

³³ See UNCTAD, *BILATERAL INVESTMENT TREATIES 1995–2006: TRENDS IN INVESTMENT RULEMAKING 74–75* (2007), available at https://unctad.org/en/Docs/iteiia20065_en.pdf.

³⁴ See, e.g., *SGS Société Générale de Surveillance S.A. v. Republic of the Philippines* (ICSID Case No. ARB/02/6) Decision of the Tribunal on Objections to Jurisdiction of 29 Jan. 2004, 8 ICSID Reports 518 (2005); *Noble Ventures, Inc. v. Romania* (ICSID Case No. ARB/01/11) Award of 12 Oct. 2005.

³⁵ See, e.g., *Societe Generale de Surveillance S.A. v. Islamic Republic of Pakistan* (ICSID Case No. ARB/01/13) Decision on Objections to Jurisdiction of 6 Aug. 2003, paras 164–173.

Когда инвестиционные трибуналы сталкиваются с вопросом о том, можно ли рассматривать действия субъектов, прямо или косвенно принадлежащих государству, действиями государства, они ссылаются на международно-правовые нормы об ответственности государств.³⁶ Как правило, если юридическое лицо имеет самостоятельную от государства правосубъектность, его действия не будут отождествляться с действиями государства. Исключения - если есть доказательства прямого государственного контроля над принятием решений субъектом или если субъект выполняет определенные регулирующие функции или иным образом осуществляет суверенные полномочия в некоторых областях, его поведение может быть приписано государству, как следует из приведенного ниже анализа.

Вопрос об ответственности государств в спорах между инвесторами и государством актуален по двум причинам. Во-первых, юрисдикция в соответствии с Конвенцией МЦУИС зависит от того, имеет ли место поведение государства, и, во-вторых, для установления ответственности, по существу, важно продемонстрировать установление авторства. В настоящее время общепризнано, что государственные предприятия могут иметь самостоятельную от государства правосубъектность, однако возникают ситуации, когда дело доходит до определения обстоятельств, при которых государство должно нести ответственность за деятельность государственного предприятия.³⁷

Статьи Комиссии международного права (ILC) об ответственности государств помогают понять обязательства негосударственных сторон, особенно когда речь идет о приписывании поведения государству. В соответствии со статьей 8 статей КМП:

Поведение лица или группы лиц считается актом государства в соответствии с международным правом, если это лицо или группа лиц фактически действуют по указанию или под руководством или контролем этого государства.³⁸

Вопрос отождествления действий предприятия с действиями государства имеет важное практическое значение главным образом для определения, может ли государство выступать в качестве ответчика. Однако государственные предприятия также могут выступать в качестве истцов в инвестиционных спорах.

9. Недавние реформы

Правительства разных государств обеспокоены возросшей ролью иностранных государств в доступе и управлении их инфраструктурой и влиянии на национальную безопасность. Национальность иностранного инвестора и то, контролируется ли инвестор иностранным государством, могут повлиять на то, подпадают ли инвестиции под дополнительные правила контроля. Некоторые юрисдикции взимают плату за процесс проверки иностранных инвестиций или

³⁶ Feit, Michael. "Responsibility of the State Under International Law for the Breach of Contract Committed by a State-Owned Entity." *Berkeley J. Int'l L.* 28 (2010): 142.

³⁷ ICSID Jurisdiction with Regard to State-Owned Enterprises - Moving Toward an Approach Based on General International Law. See also footnote 7 in that document.

³⁸ The International Law Commission's Articles on State Responsibility: Introduction, Text and Commentaries, (2002, Cambridge, CUP).

устанавливают уголовную ответственность за несоблюдение режима контроля за иностранными инвестициями.

Некоторые государства недавно приняли более ограничительные подходы к режиму иностранных инвестиций в международных договорах (например, с помощью новых типовых ДИД) путем сужения как определения иностранных инвестиций, так и диапазона мер защиты (например, отказ от стандарта FET) или ограничения положений о разрешении споров только определениями причитающейся компенсации. Некоторые государства сознательно избегают системы арбитража между инвесторами и государством (например, Бразилия) и вместо этого предпочитают использовать механизмы разрешения споров между государствами и национальные суды.

Типовой двухсторонний инвестиционный договор Индии использует подход, при котором инвестор должен быть зарегистрированным юридическим лицом в соответствии с национальным законодательством принимающей страны.³⁹ Смысл состоит в том, чтобы сузить определение охватываемых инвестиций и минимизировать требования инвестора и государства по урегулированию споров к Индии. Типовой ДИД ограничивает возможность подачи исков, связанных с прединвестиционной деятельностью. В нем также говорится, что меры местных органов власти и налоговые меры охватываются ДИД.

Всеобъемлющее экономическое и торговое соглашение между ЕС и Канадой 2016 года (СЕТА) вводит ограничительный подход к правам инвесторов.⁴⁰ Например, оно ставит правомерные ожидания инвесторов в зависимость от конкретных обещаний инвестору со стороны принимающего государства (например, обязательств, включенных в контракт). В этом соглашении также включен исчерпывающий перечень действий, нарушающих стандарт справедливого и равноправного обращения, что ограничивает его применение.

Столкнувшись с растущим числом споров с инвесторами, государства во всем мире приступили к реформированию содержания МИС, чтобы сбалансировать свое право на регулирование с необходимостью защиты прав инвесторов и оптимизацией системы разрешения споров. Несколько государств (в том числе Венесуэла, Эквадор и Боливия) решили выйти из Конвенции МЦУИС, чтобы уменьшить регулирующий контроль со стороны международных трибуналов, а другие предпринимают целенаправленные усилия по расторжению своих двусторонних и многосторонних инвестиционных договоров.

Проведенный ЮНКТАД обзор недавних типовых инвестиционных договоров свидетельствует о том, что государства пересматривают свои определения инвестиций, ограничивая доступ к урегулированию споров между инвесторами и государством и добавляя исключения из обязательств в отношении репатриации капитала.⁴¹

Во многих юрисдикциях приняты специальные законы, применимые к иностранным инвестициям, содержащие определения инвестиций, инвесторов, процедурные варианты урегулирования инвестиционных споров, а также

³⁹ Model Text for the Indian Bilateral Investment Treaty, https://dea.gov.in/sites/default/files/ModelBIT_Annex_0.pdf

⁴⁰ The Comprehensive and Economic Trade Agreement (CETA), https://ec.europa.eu/trade/policy/in-focus/ceta/ceta-chapter-by-chapter/index_en.htm

⁴¹ UNCTAD, Revent Developments in the IIA Regime: Accelerating IIA Reform (August 2021), https://unctad.org/system/files/official-document/diaepcbinf2021d6_en.pdf

ограничения на прямые иностранные инвестиции (ПИИ). Принципы и гарантии, установленные этими специальными законами, могут играть важную роль в спорах между инвесторами и государством.

Например, согласно Закону Монголии 2013 года «Об инвестициях», «инвестиции» означают «материальные и нематериальные активы, относящиеся к совместному капиталу и отраженные в финансовой отчетности хозяйствующих субъектов, которые осуществляют деятельность, ориентированную на получение прибыли на территории Монголии».⁴² Закон Республики Беларусь «Об иностранных инвестициях» 2013 г. предусматривает, что инвестиционные споры могут быть переданы в трибуналы ЮНСИТРАЛ или МЦУИС по выбору иностранного инвестора.⁴³

Во многих развитых странах отсутствует специальное законодательство, направленное на привлечение и создание специальных благоприятных условий именно для иностранных инвесторов. В таких странах режим регулирования иностранных инвесторов в целом совпадает с режимом регулирования национальных инвесторов, за исключением дополнительных ограничений, которые могут быть связаны с национальной безопасностью. К таким странам относится Великобритания, которая в 2021 году расширила возможности правительства блокировать или вносить поправки в приобретения британских активов иностранцами, если они вызывают озабоченность национальной безопасности.⁴⁴ Официальные лица Великобритании признают, что инициатива в первую очередь ориентирована на Китай, который увеличил количество приобретений ряда чувствительных активов — от энергосетей до ИТ-компаний. Новый режим уменьшит барьеры для возможного государственного вмешательства.

10. Рекомендации

Представляется, что у казахстанского законодателя есть три основных варианта решения вопроса об определении подсудности дел с участием иностранных инвесторов.

Вариант 1. Не создавать дополнительных преимуществ и специальных процедур разрешения споров для иностранных инвесторов.

Как упоминалось выше, во многих странах иностранные инвесторы пользуются такими же правами, что и национальные инвесторы. Однако представляется, что такой подход не является оптимальным по двум причинам. Во-первых, законодательство Казахстана уже предусматривает особый режим для привлечения иностранных инвесторов в национальную экономику. Во-вторых, подход, не предоставляющий инвестором дополнительных прав, как правило, характерен для государств-экспортёров капитала с судебными и юридическими гарантиями для ведения бизнеса и верховенством права, которые складывались многие десятилетия. Республика Казахстан является относительно молодым

⁴² Mongolia's Law "On Investment" (2013), <https://investmentpolicy.unctad.org/investment-laws/laws/124/mongolia-investment-law>

⁴³ Закон Республики Беларусь «Об инвестициях» от 12 июля 2013 г. № 53-3, https://kodeksy-by.com/zakon_rb_ob_investitsiyah.htm

⁴⁴ National Security and Investment Act 2021, <https://www.gov.uk/government/collections/national-security-and-investment-act>

государством с меньшим опытом создания благоприятного бизнес-климата, поэтому предоставление дополнительных гарантий и прав для иностранных инвесторов представляется оправданными.

Вариант 2. Определять иностранных инвесторов в соответствии с критерием формальной инкорпорации.

Данный подход предполагает отнесение к категории иностранных инвесторов на основе места инкорпорации (регистрации) юридического лица. Например, могут включаться иностранные юридические лица, не имеющие в Республике Казахстан филиала или представительства; представительства иностранного юридического лица, зарегистрированное в Республике Казахстан; юридическое лицо, созданное с иностранным участием в Республике Казахстан, в котором пятьдесят и более процентов голосующих акций или долей участия в уставном капитале принадлежат иностранным юридическим или физическим лицам.

Преимуществом этого подхода является относительно простой способ разграничения иностранных и национальных инвесторов на основе формальных критериев. Недостатком является возможность предоставления дополнительных прав и привилегий иностранным инвесторам юридическими лицами, которые в конечном результате контролируются казахстанскими инвесторами, иностранными инвесторами, а также инвесторам, которые не осуществляют значительной за рубежом (например, так называемые «компания-почтовые ящики», уже упомянутые выше или «фирмы-однодневки»).

Вариант 3. Определять иностранных инвесторов на основе комплексного подхода, с учётом осуществления реальной коммерческой деятельности за рубежом и нахождения под контролем иностранного инвестора.

Проанализированные выше международные договора, практика трибуналов и иные материалы свидетельствуют о том, что многие государства в последнее время предпочитают отходить от формальных критериев инкорпорации и более чётко определять круг защищаемых инвестиций и включать в определения «инвестор» или «инвестиции» дополнительные критерии, такие как требование заниматься существенной коммерческой деятельностью в принимающей или иностранном государстве, а также находиться под действительным контролем (прямым или косвенным) иностранных инвесторов.

На основе вышеизложенного анализа представляется оправданным, что для определения иностранных инвесторов имеет смысл рассматривать не столько формальную инкорпорацию юридического лица или процент собственности. Предоставление дополнительных льгот и прав имеет смысл для инвесторов, которые действительно контролируются иностранными инвесторами, а не просто зарегистрированы за границей. Такой подход позволит избежать злоупотреблений через создание казахстанскими инвесторами компаний за рубежом только для получения дополнительных льгот. Этот подход также позволит иностранным инвесторам вне зависимости от формальной национальности (зарегистрированные в Республике Казахстан или за рубежом) получить дополнительные гарантии защиты, в том числе процессуальные. Недостатком этого подхода является более сложный процесс установления субъектов, которые могут рассматриваться в качестве иностранных инвесторов при возникновении споров .

Предлагается рассмотреть возможность принятия следующего определения термина «иностраный инвестор»:

Определение понятия «иностраный инвестор»

1. Физическое лицо, имеющее гражданство иностранного государства;
2. Юридическое лицо, учрежденное в соответствии с законодательством иностранного государства и ведущее существенную коммерческую деятельность на территории иностранного государства; или
3. Юридическое лицо, созданное в соответствии с законодательством Республики Казахстан, которое прямо или косвенно принадлежит или контролируется физическим лицом, как это определено в пункте 1, или юридическим лицом, как это определено в пункте 2.
4. Для определения существенной коммерческой деятельности на территории иностранного государства для целей пункта 2 принимаются во внимание местонахождение зарегистрированного офиса, руководства, сотрудников и их квалификация, оборот, полученный в иностранном государстве и иные критерии.