

## Значение понятия «инвестиция» в двухсторонних и многосторонних соглашениях об их защите: так ли оно определено?

Сергей Усокин\*

В статье рассматриваются отдельные проблемы, возникающие при определении значения термина «инвестиция» в двухсторонних и многосторонних соглашениях о защите инвестиций. Отмечается, что содержащиеся в таких соглашениях определения данного термина могут быть разделены на несколько групп. В статье сформулированы подходы к толкованию определений, относящихся к каждой из таких групп. В частности, при толковании многих определений важное значение имеет обычное значение слова «инвестиция».

→ *Защита инвестиций, инвестиционный арбитраж, соглашения о поощрении и защите инвестиций, международные договоры, толкование международных договоров, понятие «инвестиция»*

Значение понятия «инвестиция» — ключевой вопрос международного инвестиционного права. От ответа на него зависит круг имущественных ценностей, к которым применяются гарантии и механизмы защиты, предусмотренные международными договорами о защите инвестиций (*далее* — ДИС)<sup>1</sup>.

В большинстве случаев этот вопрос рассматривается применительно к Конвенции о порядке разрешения инвестиционных споров между государствами и иностранными лица-

ми<sup>2</sup> (*далее* — Вашингтонская конвенция). Как известно, предусмотренный в ней механизм применяется только к спорам, напрямую связанным с «инвестициями»<sup>3</sup>. Значение термина не определено, что вызывает жаркие споры как в доктрине<sup>4</sup>, так и в практике<sup>5</sup>.

Однако для России и российских инвесторов, споры о значении понятия «инвестиция» в Вашингтонской конвенции менее актуальны: Россия её не ратифицировала<sup>6</sup>. Большой интерес представляет значение аналогично-

\* Усокин Сергей Владимирович — старший юрист Адвокатского бюро «Иванян и партнёры» (e-mail: sergey.usoskin@gmail.com).

<sup>1</sup> Хотя сокращение ДИС традиционно используется для указания на двухсторонние договоры о защите инвестиций, в статье оно будет также использоваться для указания на многосторонние договоры, содержащие разделы о защите инвестиций, в целом аналогичные положениям двухсторонних соглашений (например, НАФТА).

<sup>2</sup> Convention on the Settlement of Investment Disputes Between States and Nationals of Other States, 18 March 1965, 575 U.N.T.S. 159.

<sup>3</sup> Статья 25(1) Вашингтонской конвенции.

<sup>4</sup> См. напр. *Devanshish Krishnan*. A Notion of ICSID Investment // Transnational Dispute Management. 2008. No. 1; *Julian Mortenson*. The Meaning of “Investment”: ICSID’s Travaux and the Domain of International Investment Law // Harvard International Law Journal. 2010. No. 51. Vol. 1. P.258 et seq.; *Бабаджанян Н., Назаргаллина Д.* Конвенция МЦУИС: признаки инвестиционной деятельности // Вестник ФБУ ГРП при Минюсте России. 2014. № 1–2.

<sup>5</sup> См. напр. ICSID, *Quiborax S.A., Non-Metallic Minerals S.A. and Allan Fosk Kaplun v. Plurinational State of Bolivia*, ICSID Case No. ARB/06/2, Decision on Jurisdiction of 27 September 2012. Paras. 211–227; ICSID, *Abaclat and Others v. the Argentine Republic*, ICSID Case No. ARB/07/5, Decision on Jurisdiction and Admissibility of 4 August 2011. Paras. 347–351.

<sup>6</sup> List of Contracting States and Other Signatories of the Convention, Doc. No. ICSID/3. URL: <https://www.icsid.worldbank.org/ICSID/FrontServlet?requestType=ICSIDDocRH&actionVal=ShowDocument&language=English> (дата обращения: 06.12.2014). Российская

го понятия, используемого в ДИС, которых Россия заключила более шестидесяти<sup>7</sup>.

При этом наибольший интерес представляет определение значения понятия «инвестиция» в уже заключённых ДИС, а не поиск идеальной модели будущих определений. На сегодняшний день заключено более 3000 ДИС<sup>8</sup>, что создаёт достаточно инертную систему, которая может быть изменена только путём изменения каждого договора. Соответственно, международные договоры, заключённые ранее, еще долго будут представлять практический интерес. Выработка же определения (или набора определений) понятия «инвестиция» для будущих ДИС представляется нам достойным предметом отдельного междисциплинарного исследования, которое не может быть втиснуто в рамки настоящей статьи.

На первый взгляд установление значения понятия «инвестиция» в ДИС не должно вызывать больших затруднений. Все известные ДИС включают определение соответствующего понятия. Тем не менее, это только кажущаяся простота. За последние несколько лет в практике рассмотрения инвестиционных споров всё чаще возникает вопрос о том, насколько содержащиеся в ДИС определения являются «исчерпывающими». Иными словами, должно ли при толковании этих определений учитываться обычное, словарное значение слова «инвестиция», в том числе его признаки, сформулированные составами арбитров и в доктрине при толковании Вашингтонской конвенции. Составы арбитров, споры, в которых встаёт вопрос о значении понятия «инвестиция» в ДИС, дают разные ответы на этот вопрос<sup>9</sup>.

## 1. Практика арбитражей по вопросу значения понятия «инвестиция» в ДИС

Решения по вопросу о значении понятия «инвестиция» в ДИС можно разделить на

две группы. В большинстве случаев арбитры исходят из того, что содержащееся в ДИСе определение является «исчерпывающим», а значит, исключает возможность дополнения его иными, подразумеваемыми, признаками «инвестиции». Однако в последние годы большей популярностью пользуется другой подход: при определении значения термина «инвестиция» в ДИС должно учитываться и его обычное словарное значение, а также признаки, выработанные при толковании аналогичного термина в Вашингтонской конвенции.

### А. Решающая роль определения в ДИС

В недавно вынесенном решении по делу *Stati et al v. Kazakhstan* ответчик заявил об отсутствии у арбитража компетенции рассматривать спор в связи с тем, что принадлежащие истцу активы, лицензии на разработку нефтяных и газовых месторождений и завод по производству сжиженного газа, не являются «инвестицией», а значит, не пользуются защитой по применимому ДИС. Ответчик утверждал, что приобретая эти активы, истец не совершил достаточного вложения в Казахстан и не принял на себя каких-либо значительных рисков, а значит, это имущество не является инвестицией в обычном значении слова<sup>10</sup>. Арбитры отметили, что наличие в договоре (в данном случае — в Договоре об Энергетической Хартии) ясного определения термина «инвестиция» исключает необходимость обращения к иным критериям, включая те, что используются при толковании Вашингтонской конвенции<sup>11</sup>. При толковании договоров должно учитываться обычное значение слов и выражений, использованных в них; обращение к другим, дополнительным, средствам толкования возможно только в том случае, когда значение договора остаётся неясным<sup>12</sup>. Значение же термина «инвести-

Федерация подписала Конвенцию, но не ратифицировала её. Согласно статье 25 Вашингтонской конвенции, действующие на её основании арбитражи обладают компетенцией только, если государство-ответчик и государство национальности истца являются сторонами Конвенции, то есть присоединились к ней, выполнив все необходимые процедуры.

<sup>7</sup> Ряд из них не вступило в силу, поскольку либо не ратифицированы Российской Федерацией (например, с Кипром, США), либо не прошло соответствующих внутригосударственных процедур в другой стране-участнице ДИС.

<sup>8</sup> UNCTAD, World Investment Report 2014. P.115. URL: [http://www.unctad.org/en/PublicationsLibrary/wir2014\\_en.pdf](http://www.unctad.org/en/PublicationsLibrary/wir2014_en.pdf) (дата обращения: 06.12.2014).

<sup>9</sup> См. напр., *Harb Jean-Pierre*. Definition of Investments Protected by International Treaties: An On-Going Debate // *Mealey's International Arbitration Report*, 2011. Vol. 28. No. 8. P.2.

<sup>10</sup> SCC, *Anatolie Stati et al. v. Republic of Kazakhstan*, SCC Case No. V (116/2010), Award of 19 December 2013. Paras. 779–784.

<sup>11</sup> SCC, *Anatolie Stati et al. v. Republic of Kazakhstan*, SCC Case No. V (116/2010), Award of 19 December 2013. Para. 806.

<sup>12</sup> *Ibid.* Para. 807, арбитры сослались на положение Статьи 32 Венской конвенции о праве международных договоров.

ция», исходя из подробного определения в ДЭХ, арбитры посчитали достаточно ясным.

В деле *Saluka v. Czech Republic* ответчик также возражал против компетенции арбитража, ссылаясь на то, что имущество истца (мажоритарный пакет акций в коммерческом банке), не является «инвестицией», поскольку сам истец — голландская холдинговая компания — ничего не вложил, реальным инвестором являлся японский банк Nomura. Арбитры отклонили это возражение и подчеркнули, что должны руководствоваться исключительно определением, которое содержится в ДИС. Хотя в нём указывалось на необходимость «инвестировать» (*invest*) соответствующие имущественные ценности, данного указания, по мнению арбитров, было недостаточно для включения в определение экономических критериев инвестиции<sup>13</sup>. Арбитры объяснили употребление данного слова необходимостью использовать «какой-нибудь глагол»<sup>14</sup>.

Позиция арбитров в деле *Saluka* нашла поддержку и развитие в решении по делу *Mytilineos Holdings v. Serbia & Montenegro*<sup>15</sup>. Истец заявлял, что его инвестицией являются договоры о сотрудничестве и поставке различных металлов с сербским государственным предприятием и права требования по ним; ответчик возражал, что хотя права требования и включены в качестве примера в список имущественных ценностей, признаваемых инвестициями, только те права требования, которые обладают обычными признаками инвестиции, пользуются защитой по ДИС<sup>16</sup>. Арбитры отклонили это возражение и привели два дополнительных аргумента, которые не были рассмотрены в деле *Saluka*. Во-первых, не все виды активов, перечисленных в определении термина «инвестиция» в соответствующем ДИС, могли быть «инвестированы» в государство в значении их перемещения на территорию государства (например, недвижимое имущество или ак-

ции)<sup>17</sup>. Во-вторых, в отличие от определения, являвшегося предметом рассмотрения в этом деле, определения, содержащиеся в ряде других ДИС, прямо указывают на необходимость связи между определёнными активами (такими как денежные требования) и инвестициями. Если такое указание отсутствует, то нет необходимости исследовать вопрос о наличии обычных признаков инвестиции<sup>18</sup>. Данная позиция нашла поддержку и в других решениях<sup>19</sup>.

#### **Б. Обычные признаки инвестиции являются частью его определения в ДИС**

Необходимо отметить, что первое решение, в котором были применены признаки инвестиции, которые затем были названы «тестом Салини» (но названию рассмотренного позже дела *Salini v. Morocco*), применило их для толкования значения термина «инвестиция» не в Вашингтонской конвенции, а в соответствующих ДИС<sup>20</sup>. В нём применение соответствующих признаков при толковании ДИС не было никак обосновано, и на протяжении многих лет на эту позицию обращали мало внимания.

Новый этап в развитии рассматриваемого подхода к толкованию термина «инвестиция» в ДИС связан с решением по делу *Romak v. Uzbekistan*. Истец — компания Ромак поставила несколько партий муки узбекской государственной компании, а когда та не оплатила поставленные товары — обратилась в коммерческий арбитраж и получила решение арбитража о взыскании долга. Однако узбекские суды отказали в признании и исполнении решения коммерческого арбитража. Тогда компания обратилась уже в инвестиционный арбитраж, заявляя, что действия узбекских судов нарушают обязательства Узбекистана по применимому ДИС. Узбекистан в свою очередь заявил, что арбитраж не обладает компетенцией, поскольку права требо-

<sup>13</sup> ICSID, *Saluka Investments BV v. The Czech Republic*, UNCITRAL, Partial Award of 17 March 2006. Para. 211.

<sup>14</sup> Ibid.

<sup>15</sup> UNCITRAL, *Mytilineos Holdings S.A. v. the State Union of Serbia & Montenegro*, UNCITRAL, Partial Award on Jurisdiction of 8 September 2006. Para. 129.

<sup>16</sup> Ibid. Para. 128.

<sup>17</sup> Ibid. Paras. 132–133.

<sup>18</sup> Ibid. Para. 134.

<sup>19</sup> UNCITRAL, *White Industries Australia Limited v. the Republic of India*, UNCITRAL, Final Award of 30 November 2011. Para. 7.4.9.

<sup>20</sup> ICSID, *Fedax N.V. v. The Republic of Venezuela*, ICSID Case No. ARB/96/3, Decision on Objections to Jurisdiction of 11 July 1997. Para. 43.

вания Ромак по договору и решению арбитража не являются инвестициями.

ДИС между Швейцарией и Узбекистаном определяет «инвестицию» как «любую имущественную ценность». Однако арбитры посчитали, что не любое имущество может быть признано инвестицией для целей ДИС. Для этого, по их мнению, необходимо, чтобы имущественные ценности были частью экономического проекта, который обладает обычными признаками инвестиции. Арбитры сослались на несколько обстоятельств. Во-первых, поскольку определение является открытым, инвестициями признаются «любые» имущественные ценности, то должен существовать некий набор признаков, определяющим иные предметы материального мира, подпадающие под определение<sup>21</sup>. Во-вторых, целью ДИС между Швейцарией и Узбекистаном было поощрение иностранных инвестиций и развитие экономического сотрудничества, а защита имущественных ценностей, не обладающих признаками инвестиции, не отвечает этим целям<sup>22</sup>. В-третьих, одновременно с ДИС стороны заключили соглашение о торговле и экономическом сотрудничестве, регулирующее, в том числе, отношения по договорам поставки, а значит, стороны проводили различие между торговлей и инвестициями<sup>23</sup>. В-четвёртых, признание всех видов имущественных ценностей инвестициями привело бы к тому, что все действия государства в отношении иностранного имущества могли бы быть оценены с точки зрения соблюдения стандартов, предусмотренных ДИС, что неразумно<sup>24</sup>. В-пятых, ДИС между Швейцарией и Узбекистаном предусматривает рассмотрение споров либо в арбитраже МЦУИС, либо в арбитраже по правилам ЮНСИТРАЛ, а значит, арбитры должны принимать во внимание обычное значение понятия «инвестиция», использованное в Вашингтонской конвенции, по-

скольку иначе объём защищаемого имущества будет меняться в зависимости от правил, применимых при рассмотрении спора<sup>25</sup>. Подводя итог, арбитры отметили, что государства, безусловно, вправе договориться считать инвестициями что угодно, даже права требования по обычному коммерческому договору, однако, поскольку такое понимание «инвестиции» является «нелогичным» (*counterintuitive*), то соответствующее намерение сторон должно быть выражено так, чтобы «не оставалось места для сомнений», что они желали именно этого<sup>26</sup>.

К аналогичному выводу в отношении похожего определения «инвестиции» в ДИС между Швейцарией и Словакией пришли арбитры в деле *Alps Finance and Trade AG v. Slovakia*. Они отметили, что права требования, основанные на коммерческих договорах займа, подпадают под определение инвестиции, но только если сам договор обладает признаками инвестиции, такими как мобилизация капитала, длительность и риск<sup>27</sup>. Далее они сослались на то, что обычно инвестициями признаются права требования по долгосрочным договорам с государством, а право требования к частному лицу, перешедшее по договору уступки, не может быть инвестицией<sup>28</sup>.

Данная позиция также нашла поддержку в других решениях арбитражей<sup>29</sup>, однако в них не приведено иных аргументов в её поддержку. Возможно, это связано с тем, что соответствующий спор рассматривался на основании Вашингтонской конвенции, и арбитры не посчитали необходимым подробно останавливаться на толковании ДИС.

## 2. Значение термина «инвестиция» в ДИС: общие подходы к толкованию

Несмотря на то, что на сегодняшний день подписано более 3000 ДИС<sup>30</sup>, многие их по-

<sup>21</sup> UNCITRAL, *Romak S.A. v. the Republic of Uzbekistan*, PCA Case No. AA280, Award of 26 November 2009. Para. 180.

<sup>22</sup> Ibid. Para. 181.

<sup>23</sup> Ibid. Para. 182.

<sup>24</sup> Ibid. Paras. 183–188.

<sup>25</sup> Ibid. Paras. 193–194.

<sup>26</sup> Ibid. Para. 205.

<sup>27</sup> UNCITRAL, *Alps Finance and Trade AG v. the Slovak Republic*, Award of 5 March 2011. Para. 231.

<sup>28</sup> Ibid. Paras. 234–237.

<sup>29</sup> ICSID, *KT Asia Investment Group B.V. v. Republic of Kazakhstan*, ICSID Case No. ARB/09/8, Award of 17 October 2013. Para. 166.

<sup>30</sup> UNCTAD, World Investment Report 2014. P.115. URL: [http://www.unctad.org/en/PublicationsLibrary/wir2014\\_en.pdf](http://www.unctad.org/en/PublicationsLibrary/wir2014_en.pdf) (дата обращения: 06.12.2014).

ложения совпадают либо по сути предоставляемых гарантий и создаваемых механизмов, либо даже текстуально. Сказанное касается и определения термина «инвестиция» в ДИС<sup>31</sup>.

Сходство используемой терминологии может создать иллюзию возможности разработки стандартных подходов к толкованию используемых терминов и категорий. Однако такая возможность является, действительно, не более чем иллюзией. При более внимательном изучении выясняется, что, например, определения понятия «инвестиция» в ДИС различаются в деталях, причём иногда достаточно существенно. Такие особенности каждого ДИС должны учитываться при толковании.

С учётом изложенного, в статье, в которой рассматривается вопрос об определении значения термина «инвестиция» не в конкретном ДИС, могут быть сформулированы только общие подходы к его толкованию. Возможность и практическая целесообразность анализа общих подходов объясняется тем, что среди определений термина «инвестиция» в различных ДИС можно выделить несколько стандартных моделей.

#### А. Модели определения понятия «инвестиция» в ДИС

На основании анализа существующих определений термина «инвестиция» можно выделить следующие наиболее часто встречающиеся модели: двухступенчатые, неполные, закольцованные и открытые.

Отличительной чертой *двухступенчатого* определения является содержащееся в нём указание на необходимость получения отдельного одобрения принимающего государства или регистрации для признания имущественных ценностей защищаемыми инвестициями. Подобный подход, с одной стороны, гарантирует большую определённость: получив регистрацию, инвестор может быть

уверен в статусе своего имущества, но, с другой стороны, во многом нивелирует ценность определения, содержащегося в ДИС. Принимающие государства вправе самостоятельно определять и изменять критерии признания активов инвестициями. Такие определения характерны для ДИС, заключаемых странами Юго-Восточной Азии<sup>32</sup>. При применении таких определений споры о значении термина «инвестиция» возникают редко: в основном они касаются того, что именно следует понимать под регистрацией инвестиции<sup>33</sup>, и каковы последствия отсутствия в соответствующем государстве системы регистрации иностранных инвестиций<sup>34</sup>.

*Неполные* определения содержат прямую отсылку к общим признакам инвестиций в качестве одного из элементов определения значения данного термина в конкретном ДИС. В качестве примера может быть приведён последний типовой ДИС США 2012 года. В нём инвестиция определена как «любая имущественная ценность, которая... обладает характеристиками инвестиции, включая такие характеристики как мобилизация капитала или других ресурсов, ожидание дохода или прибыли, или принятие риска. Формы, в которых может быть выражена инвестиция, включают...»<sup>35</sup>. Подобное определение сближает значение термина «инвестиция» в ДИС с его значением в Вашингтонской конвенции, в результате чего при его толковании могут быть использованы подходы к толкованию аналогичных признаков инвестиции, сформулированные при применении Вашингтонской конвенции. Необходимо отметить, что определение не содержит исчерпывающего перечня характеристик инвестиции (поскольку предваряет их список словом «включая»), что делает его гибким и даёт возможность для эволюции значения термина «инвестиция» параллельно с эволюцией обычного значения этого понятия.

<sup>31</sup> Dolzer R., Stevens M. *Bilateral Investment Treaties* (Martinus Nijhoff Publishers, 1995). P.25–31.

<sup>32</sup> Напр., Treaty between the Kingdom of Thailand and the Federal Republic of Germany Concerning the Encouragement and Reciprocal Protection of Investments, 24 June 2002. URL: [http://www.unctad.org/sections/dite/ia/docs/bits/germany\\_thailand.pdf](http://www.unctad.org/sections/dite/ia/docs/bits/germany_thailand.pdf) (дата обращения: 06.12.2014).

<sup>33</sup> Напр., ICSID, *Philippe Gruslin v. Malaysia*, ICSID Case No. ARB/99/3, Award of 27 November 2000. Paras. 22–27; ICSID, *Rafat Ali Rivzi v. Republic of Indonesia*, ICSID Case No. ARB/11/13, Award on Jurisdiction of 16 July 2013. Paras. 136 et. seq.

<sup>34</sup> Напр., ICSID, *Yaung Chi Oo Trading Pte. Ltd. v. Government of the Union of Myanmar*, ASEAN I.D. Case ARB/01/1, Award of 31 March 2003. Paras. 52–62; *Desert Line Projects LLC v. the Republic of Yemen*, ICSID Case No. ARB/05/17, Award of 6 February 2008. Paras. 97–123.

<sup>35</sup> 2012 U.S. Model Bilateral Investment Treaty. URL: <http://www.ustr.gov/sites/default/files/BIT%20text%20for%20ACIEP%20Meeting.pdf> (дата обращения: 06.12.2014).

Однако большинство ДИС содержат определение термина «инвестиция», которые можно охарактеризовать как закольцованные и открытые. Толкование подобных определений вызывает больше всего проблем. Именно поэтому мы предлагаем остановиться на них более подробно.

### 1. Закольцованное определение

Именно закольцованные определения были применимы в делах *Saluka u Mytilineos*, о которых мы писали выше. Отличием таких определений является указание на то, что имущественные ценности, признаваемые инвестициями, должны быть «инвестированы»<sup>36</sup>. В отличие от составов арбитров в указанных делах, мы считаем, что указание на характер имущественных ценностей должно влиять на толкование соответствующих определений. По общему правилу, если иное не следует из контекста и других обстоятельств, связанных с заключением конкретного ДИС, результатом включения в определение термина «инвестиция» указания на то, что имущественные ценности должны быть «инвестированы», является дополнение определения обычными признаками инвестиции.

Во-первых, использование слова «инвестированы» (или «вложены», как, например, в российском типовом ДИС)<sup>37</sup> не может быть объяснено отсутствием другого подходящего слова для описания связи между имущественными ценностями и территорией принимающего государства, как это сделали арбитры в деле *Saluka*. Для тех же целей могли быть использованы иные слова, такие, например, как «расположенные» или «помещённые» (*located* или *committed*).

Во-вторых, по общему правилу, каждому из использованных в международном договоре слов и выражений должно придаваться его обычное значение<sup>38</sup>. Соответственно, необходимость именно «инвестировать» соответствующие имущественные средства, ско-

рее означает необходимость наличия связи между соответствующими имущественными ценностями и инвестицией в обычном значении этого слова.

В-третьих, невозможность физического перемещения некоторых видов имущественных ценностей, которые приводятся в качестве примеров инвестиций в соответствующих ДИС, не означает, что указание на необходимость их «инвестирования» является бессмысленным. Противоречие возникает только в том случае, когда под «инвестированием» понимается только перемещение имущественных ценностей в принимающее государство. При этом необходимость перемещения имущественных ценностей через границу не является признаком иностранной инвестиции. Имущественные ценности, находящиеся на территории принимающего государства, признаются иностранными инвестициями не потому, что были импортированы, а потому что принадлежат иностранному инвестору<sup>39</sup>. В связи с этим возможно другое толкование указания на необходимость «инвестировать» имущественные ценности: оно требует только наличия связи между соответствующими активами и инвестицией в обычном значении на территории принимающего государства. В этом случае невозможность перемещения определённых имущественных ценностей через границу не исключает признания их «инвестированными».

В-четвёртых, как справедливо отметил состав арбитров в деле *Romak*, целью заключения ДИС является поощрение и защита инвестиций. На это обычно прямо указывается в преамбуле соответствующих соглашений<sup>40</sup>. Можно возразить, что и в преамбуле термин «инвестиция» используется в значении, придаваемом ему определением. Однако из контекста стандартной преамбулы следует, скорее другое. Например, в преамбуле типового ДИС России в качестве целей поощре-

<sup>36</sup> Отдельно следует отметить определение, которое использовалось в Типовом ДИС США 1984 года. В нём под инвестицией понимался «любой вид инвестиции...». Применительно к этой формулировке возникло мало споров: намерение её авторов было включить в определение термина «инвестиция» обычные признаки инвестиций (Kenneth Vandevlede *Bilateral Investment Treaties: History, Policy and Interpretation* (Oxford University Press, 2010, P. 187; Mavluda Sattorova, *Defining Investment under the ICSID Convention and BITs: Of Ordinary Meaning, Telos, and Beyond* // *Asian Journal of International Law*. 2012. No. 1. P. 18–19).

<sup>37</sup> Типовое соглашение между Правительством Российской Федерации и Правительством иностранного государства о поощрении и взаимной защите капиталовложений, утверждённое Постановлением Правительства Российской Федерации от 9 июня 2001 года № 456.

<sup>38</sup> Венская конвенция о праве международных договоров, статья 31(1).

<sup>39</sup> Schreuer C. et al. (eds.). *The ICSID Convention: A Commentary*. Cambridge University Press, 2009. P. 136. Paras. 182–184.

<sup>40</sup> Sattorova. Op. cit. P. 24.

ния инвестиций указываются «приток капитала» и развитие «торгово-экономического и научно-технического сотрудничества»<sup>41</sup>. Данные цели достигаются не защитой всего иностранного имущества, а защитой конкретного вида имущества — инвестиций в обычном значении.

Наконец, об этом же свидетельствует и история появления ДИС в качестве инструментов международно-правовой защиты инвестиций. Первоначально, в середине XX века, отдельные государства предлагали заключить международный договор о защите всех видов иностранного имущества<sup>42</sup>. Однако данная идея не получила поддержки среди развивающихся стран и не привела к заключению какого-либо международного договора<sup>43</sup>. В результате был найден компромисс: соглашения, которые защищали не всё иностранное имущество, а только инвестиции, в привлечении которых были заинтересованы развивающиеся страны.

Исходя из этого, можно сделать вывод, что если ДИС предусматривает необходимость «инвестировать» имущественные ценности для признания их инвестициями, то действие ДИС распространяется только на те имущественные ценности, которые являются частью проекта, обладающего обычными признаками инвестиции (о которых пойдет речь ниже).

## 2. Открытое определение

Состав арбитров в деле *Romak* признал, что государства могут определить значение термина «инвестиция» для целей заключённого ими ДИС как захотят, в том числе признать инвестициями любые имущественные ценности, включая, например, права требования по договорам купли-продажи<sup>44</sup>. С этим выводом сложно поспорить. Он следует и из общих правил толкования международных

договоров: используемым в договорах словам придаётся обычное значение, если стороны не согласовали специальное значение<sup>45</sup>.

Мы не можем согласиться с другим выводом арбитров: о том, что отход от обычного значения слова инвестиция должен быть сформулирован прямо и недвусмысленно, причём включения в ДИС определения данного термина недостаточно для выражения такого намерения<sup>46</sup>. Безусловно, стороны ДИС могут прямо указать, что инвестицией для целей ДИС признаётся любое имущество, а не только соответствующее обычными признакам инвестиции. Однако отсутствие такого пояснения не должно быть критическим, если вывод о том, что термин «инвестиция» охватывает любое имущество, следует из определения, включённого в ДИС.

В качестве примера можно рассмотреть определение термина «инвестиция» в ДИС между Швейцарией и Узбекистаном, которое собственно и было применено составом арбитров в деле *Romak*. Согласно данному ДИС термин «инвестиция» «включает любые виды активов [имущественных ценностей] и в частности...»<sup>47</sup>. Из обычного значения слов и выражений, использованных в данном определении, нельзя сделать вывод, что только определённые виды имущественных ценностей признаются инвестициями. Аргументы, приведённые составом арбитров в подтверждение противоположного вывода представляются нам неубедительными.

Во-первых, достаточно чётко сформулированное в договоре намерение сторон признать все виды имущества «инвестициями» не может быть преодолено ссылкой на возможные нежелательные последствия такого толкования<sup>48</sup>. Действительно, государства должны нести все риски, связанные с заключением ими договоров, из формулировок ко-

<sup>41</sup> Типовое соглашение между Правительством Российской Федерации и Правительством иностранного государства о поощрении и взаимной защите капиталовложений, утвержденное Постановлением Правительства Российской Федерации от 9 июня 2001 года № 456.

<sup>42</sup> Напр., Draft Convention on Foreign Investment Abroad in UNCTAD, International Investment Instruments: A Compendium. Vol. 5.

<sup>43</sup> Giles A. Définition de l'investissement international (Larcier, 2013). P. 19. Исключением является Протокол № 1 к Европейской конвенции о защите прав человека и основных свобод (Европейской Конвенции), однако сторонами Конвенции являлись на момент её заключения только развитые государства.

<sup>44</sup> *Romak v. Uzbekistan*. Para. 205.

<sup>45</sup> Венская конвенция о праве международных договоров, статья 31(1).

<sup>46</sup> *Romak v. Uzbekistan*. Para. 205.

<sup>47</sup> Agreement between the Swiss Confederation and the Republic of Uzbekistan on the Promotion and Reciprocal Protection of Investments, Article 1(1).

<sup>48</sup> См. напр., Noah Rubins. The Notion of Investment in International Investment Arbitration // N. Horn, S. Kroll (eds.). Studies in Transnational Economic Law. Vol. 19. P. 286.

торых следует, что защита предоставляется такому широкому кругу имущественных ценностей.

Во-вторых, не может иметь определяющего значения и включение в ДИС права инвестора передать спор о соблюдении предусмотренных в ДИС гарантий в арбитраж, действующий на основании Вашингтонской конвенции<sup>49</sup>. Государства вполне могут согласовать более широкое определение термина «инвестиция», чем предусмотрено в Вашингтонской конвенции. В этом случае единственным последствием будет отсутствие у инвестора возможности использовать механизмы разрешения споров, предусмотренные в Конвенции. Большинство ДИС также предоставляют инвесторам право обратиться в арбитраж, действующий, например, по правилам ЮНСИТРАЛ. Даже если арбитраж на основании Вашингтонской конвенции является единственным механизмом разрешения споров между инвестором и государством, то это не делает распространение ДИС на более широкий круг имущественных ценностей бессмысленным. ДИС создают для государств международно-правовые обязательства предоставлять соответствующие гарантии в отношении имущественных ценностей, не являющихся инвестициями в обычном значении этого слова, однако охватываемых определением данного термина в ДИС. В случае нарушения этого обязательства соответствующий спор может быть передан на рассмотрение международного органа по разрешению споров государством национальности инвестора, если такая возможность предусмотрена ДИС или другим международным договором<sup>50</sup>.

В-третьих, ссылка в преамбуле ДИС на намерение поощрить именно инвестиции и

экономическое сотрудничество не может преодолеть чёткого указания в определении термина «инвестиция» на то, что под ним понимается более широкий круг имущественных ценностей<sup>51</sup>.

Таким образом, если в ДИС «инвестиция» определена как любая имущественная ценность, то по общему правилу, гарантии, предоставляемые ДИС, распространяются на все виды имущества, принадлежащие инвесторам, даже если они не могут быть признаны инвестициями в обычном значении этого слова.

### 3. Обычное значение понятия «инвестиция»

Выше мы пришли к выводу, что при толковании неполных и закольцованных определений термина «инвестиция» необходимо обратиться к обычному значению этого понятия. Для его определения в доктрине и практике предлагается использовать набор «характеристик» или «признаков», наличие которых необходимо для признания имущественной ценности инвестицией<sup>52</sup>.

Исходя из обычного значения понятия «инвестиция» таких признаков должно быть четыре: вложение капитала, направленность вложения на извлечение прибыли, определённая длительность и принятие на себя инвестиционного риска. Являющийся частью «теста Салини», признак вклада в экономическое развитие принимающее государство неприменим при толковании большинства ДИС, поскольку его выводят из положений преамбулы Вашингтонской конвенции<sup>53</sup>, аналоги которых отсутствуют в большинстве ДИС. Данный набор признаков отражает начавший постепенно формироваться консенсус<sup>54</sup>.

Единственным отличием от определения, принятого составами арбитражей в делах, на ко-

<sup>49</sup> Mahnaz Malik. Definition of Investment in International Investment Agreements // IISD Bulletin. 2009. No. 1. P. 5.

<sup>50</sup> См. напр., UNCITRAL, *Republique d'Italie v. Republique de Cuba*, Sentence Preliminaire, 15 March 2005 (Италия в порядке дипломатической защиты предъявила иск к Кубе, ссылаясь на нарушение Кубой гарантий, предусмотренных ДИС, в отношении ряда итальянских инвесторов).

<sup>51</sup> SCC, *Petrobart v. Kyrgyz Republic*, SCC Case No. 126/2003, Final Award of 29 March 2005. P. 69–70; Michael Hwang, Jennifer Fong, Definition of “Investment” – A Voice from the Eye of the Storm // Asian Journal of International Law. 2011. No. 1. P. 106–108.

<sup>52</sup> ICSID, *Victor Pey Casado and President Allende Foundation v. Republic of Chile*, ICSID Case No. ARB/98/2, Award of 8 May 2008. Para. 232; *Velimir Zivkovic*. Recognition of Contracts as Investments in International Investment Arbitration // URL: [http://www.papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract\\_id=2010607](http://www.papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2010607) (дата обращения: 22.11.2014). P. 14.

<sup>53</sup> *Christoph Schreuer et al.* The ICSID Convention: A Commentary. Cambridge University Press, 2009. P. 134. Paras. 173–174; *Omar Garcia-Bolivar*. Defining and ICSID Investment: Why Economic Development Should be the Core Element, Investment Treaty News. URL: <http://www.iisd.org/itn/2012/04/13/defining-an-icsid-investment-why-economic-development-should-be-the-core-element> (дата обращения: 06.12.2014); *Sornarajah M.* Portfolio Investments and the Definition of Investment // ICSID Review – Foreign Investment Law Journal. 2009. Vol. 24. P. 519.

<sup>54</sup> См. напр. ICSID, *Saba Fakes v. Republic of Turkey*, ICSID Case No. ARB/07/20, Award of 14 July 2010. Para. 110; ICSID, *Quiborax S.A. et al v. Plurinational State of Bolivia*, ICSID Case No. ARB/06/2, Decision on Jurisdiction of 27 September 2012. Para. 219.



торые ссылаемся выше, является включение в перечень признака направленности вложения на извлечение прибыли<sup>55</sup>, который некоторые составы арбитров предлагают рассматривать как часть другого признака — принятия инвестиционного риска<sup>56</sup>. Однако цель деятельности является самостоятельным признаком, поскольку позволяет отделить инвестиции от, например, некоммерческих, благотворительных проектов, которые не являются инвестициями, поскольку не преследуют цели извлечения прибыли. Одновременно необходимо отметить, что признаком инвестиции является именно цель деятельности, а не фактическое извлечение прибыли.

### Заключение

Вопрос о значении термина «инвестиция» в ДИС не является праздным для российских юристов. ДИС Российской Федерации содержат «закольцованные» определения, то есть определения, которые по нашему мнению,

отсылают к обычному значению понятия «инвестиция». Следовательно для решения вопроса о том, применяется ли ДИС Российской Федерации к конкретному имуществу, необходимо определить, обладает ли проект, частью которого является имущество, такими признаками как наличие вложения, длительность вложения, его направленность на извлечение прибыли и принятие инвестором определенных рисков.

И хотя многие составы арбитров идут по пути гибкого применения этих признаков, признавая инвестициями договоры на строительство автодорог<sup>57</sup>, хеджирование рисков изменения цены на нефть<sup>58</sup>, государственные облигации<sup>59</sup> и комплексные услуги по предпроектной таможенной оценке<sup>60</sup>, не любой проект может быть признан инвестицией в обычном значении этого понятия. Например, инвестициями обычно не будут требования, связанные с договорами поставки товаров<sup>61</sup>, а также предоставлением кредитов и займов частным лицам<sup>62</sup>.

<sup>55</sup> См. напр., Богуславский М. М. Иностранные инвестиции: правовое регулирование. М.: Изд-во «Бек», 1996. С. 155.

<sup>56</sup> *Quiborax v. Bolivia*. Para. 219.

<sup>57</sup> *Salini Construttori S.P.A. and Italstrade S.P.A. v. Kingdom of Morocco*, ICSID Case No. ARB/00/4, Decision on Jurisdiction of 31 July 2001.

<sup>58</sup> *Deutsche Bank AG v. Democratic Socialist Republic of Sri Lanka*, ICSID Case No. ARB/09/2, Award of 31 October 2012.

<sup>59</sup> *Abaclat and Others v. The Argentine Republic*, ICSID Case No. ARB/07/5, Decision on Jurisdiction and Admissibility of 4 August 2011.

<sup>60</sup> *SGS Societe Generale Surveillance S.A. v. Republic of Philippines*, ICSID Case No. ARB/02/6, Decision of the Tribunal on Objections to Jurisdiction of 29 January 2004.

<sup>61</sup> *Global Trading Resources Corp. and Globex International, inc. v. Ukraine*, ICSID Case No. ARB/09/11, Award of 1 December 2010.

<sup>62</sup> *Alps Finance and Trade AG v. the Slovak Republic*, UNCITRAL, Award of 5 March 2011.