

Понятие «инвестиция»

В. Н. АНУРОВ, кандидат юридических наук,
LL.M (Dundee, Scotland); vasily.anurov@gmail.com



Тема настоящей статьи посвящена одной из интересных проблем, часто поднимаемых принимающим государством в международном инвестиционном арбитраже. Арбитражные трибуналы относят ее в категорию юрисдикционных вопросов по основанию *ratione materiae*. Истцы пытаются убедить арбитров в том, что их деятельность на территории принимающего государства должна быть квалифицирована как инвестиция, а ответчики предпринимают попытку оспорить данное утверждение. Арбитры начинают свой анализ с определения инвестиции и ее признаков. Именно эти вопросы и будут исследованы в настоящей статье с различных точек зрения.

Ключевые слова: инвестиционный арбитраж, двусторонние/многосторонние инвестиционные соглашения, инвестиция, признаки инвестиции, вклад в экономическое развитие принимающего государства, правомерность инвестиции, добросовестность иностранного инвестора.

Инвестиционный характер спора является обязательным условием для вынесения арбитражным трибуналом решения о наличии своей юрисдикции по основанию *ratione materiae*. Приведенная латинская формула предполагает предварительную оценку обстоятельств, связанных с предметом разногласий между спорящими сторонами. При четком правовом регулировании такая оценка не должна вызывать у лиц, входящих в государственную систему органов правосудия или представляющих собой альтернативный механизм разрешения споров, серьезных трудностей, поскольку она направлена не на достижение конечного результата — разрешения спора по существу, а на предотвращение конфликта юрисдикций с другими лицами, наделенными схожими полномочиями.

Совсем другая ситуация сложилась в международном инвестиционном арбитраже. В условиях большого разнообразия арбитражных решений, иногда противоречащих друг другу, арбитры лишены возможности руководствоваться единым подходом, применимым не только в отношении различных аспектов правового режима по защите инвестиций, но и самого понятия «инвестиция».

В задачу настоящего исследования не входит попытка разобраться во всех спорных вопросах, возникающих в связи с квалификацией деятельности иностранного инвестора, осуществляемой им в принимающем государстве в качестве инвестиционной. Современное состояние международного инвестиционного права характеризуется существованием значительного числа международных инвестиционных соглашений, каждое из которых создает неповторимый результат взаимодействия различных правовых

систем, и значительного числа арбитражных решений, вносящих свой вклад в формировании подходов к разрешению спорных правовых вопросов.¹

Узкие рамки настоящего исследования не позволяют охватить широкий круг этих вопросов, заслуживающих более пристального и тщательного внимания со стороны любого ученого или практикующего юриста. Поэтому перечень освещаемых проблем ограничен понятием «инвестиция» и ее признаками, устанавливаемыми арбитрами при рассмотрении возражений, заявляемых принимающим государством против юрисдикции.

Формирование подходов к установлению признаков инвестиции

Будучи включенным в название отрасли права, термин «инвестиция» имеет особое значение. Его использование приводит к созданию уникальной ситуации, когда участники арбитражного разбирательства вынуждены выйти за рамки юридической науки и обратиться к экономической теории.² Эта необходимость не упрощает задачу по установлению содержания рассматриваемого термина, а наоборот, значительно осложняет ее. Любая юридическая теория не может быть воплощена с абсолютной точностью в созданной на ее основе норме права. В случае с экономической теорией степень абстрактности еще больше увеличивается.

При столкновении стран с различным экономическим уровнем развития достижение единого понимания экономических процессов практически невозможно. Поскольку в разработке Вашингтонской конвенции 1965 г. участвовали как страны с развитой экономикой, так и развивающиеся страны, легко объяснимо отсутствие в окончательном тексте этой конвенции каких-либо разъяснений: что подразумевается под понятием «инвестиция» и по каким признакам оно может быть раскрыто.³

Отсутствие единого понятия не означает бесполезность предпринимаемых попыток по обнаружению общих признаков или характеристик, посредством которых можно найти точки соприкосновения и разъединения во взглядах на исследуемое явление. Не будет преувеличением сказать, что экономисты различных школ раскрывали сущность инвестиции через

¹ Фактически появились целые информационные системы, построенные на основе применения МИС или арбитражной практики международного центра по разрешению инвестиционных споров. См.: сайт Международного центра по урегулированию инвестиционных споров (МЦУИС или ICSID) <https://icsid.worldbank.org/>; сайт Североамериканского соглашения 1992 г. о свободной торговле (НАФТА) <https://www.nafta-sec-alena.org/>; сайт Договора к Энергетической Хартии 1994 г. (ДЭХ или ЕСТ) <http://www.encharter.org/> (дата посещения — 01.06.2016).

² Предваряя свое исследование о правовых определениях инвестиции, И. З. Фархутдинов указывает на их тесную связь с экономической наукой: «Следует начать с того, что правовые определения понятия инвестиций тесно связаны с экономической наукой. Другими словами, понятие «иностранные инвестиции» имеет чисто экономическое содержание» (см.: Фархутдинов И. З. Международное инвестиционное право и процесс. М., 2015. С. 152). Н. Г. Доронина и Н. Г. Семилотина также обращают внимание на общераспространенную точку зрения об инвестициях как исключительно экономической категории (см.: Доронина Н. Г., Семилотина Н. Г. Международное частное право и инвестиции. М., 2012. С. 32).

³ «Не было предпринято ни одной попытки по определению термина «инвестиция», принимая во внимание основополагающее требование о согласии сторонами и механизм, посредством которого Договаривающиеся Государства могут известить, если они этого пожелают, о типе споров, подлежащих или не подлежащих передаче Центру (МЦУИС — Авт.) на разрешение» (см.: Report of the Executive Directors on the Convention on the Settlement of Investment Disputes between States and Nationals of other States (Report of the Executive Directors), par. 27, sec. 5.)

указание на долгосрочный характер капиталовложений в объекты производственной деятельности и ожидание прибыли, основанное на оценке рисков и макроэкономических показателей.⁴ В юридической науке этот подход трансформировался в общераспространенную классификацию, состоящую из пяти признаков.⁵ Первые четыре направлены на установление значимости инвестиционного проекта для иностранного инвестора, которая определяется через оценку следующих факторов: вложение капитала, срок реализации инвестиционного проекта, регулярность получения доходов, наличие риска и бремени обязанностей, лежащих на иностранном инвесторе. Пятый признак занимает особое место в классификации и направлен на оценку инвестиционного проекта с точки зрения его вклада в экономическое развитие принимающего государства. С помощью этих признаков предполагалось разграничить деятельность иностранного инвестора по исполнению инвестиционного проекта и его обычную коммерческую деятельность.⁶

Именно юридическая наука стала главным источником для определения понятия «инвестиция», когда арбитражные трибуналы впервые столкнулись с оспариванием юрисдикции МЦУИС по основанию *ratione materiae*.⁷ Сначала предложенная классификация была воспринята арбитрами целиком, без каких-либо изъятий,⁸ затем из признаков, определяющих значимость инвестиционного проекта для иностранного инвестора, была исключена

⁴ Для понимания природы инвестиций нельзя обойтись без фундаментальных начал марксистской теории, а именно источника происхождения прибавочной стоимости, который связан в первую очередь с производством товара (см.: Маркс К. Капитал. М., 1970. Т. 3. С. 377). В кейнсианской теории инвестиции уже играют ключевую роль при создании эффективного спроса. В зависимости от размера инвестиций определяются масштабы и темпы производства в государстве, которое должно было осуществлять активное вмешательство в экономику для активизации и стимулирования совокупного спроса (см.: Бартенева С. А. Экономические теории и школы (история и современность). Курс лекций. М., 1996. С. 170).

⁵ Schreuer C. Commentary on the ICSID Convention // ICSID Review — Foreign Investment Law Journal. Vol. 11. 1996. P. 372.

⁶ В официальных публикациях МЦУИС всегда подчеркивал недопустимость отождествления инвестиции с коммерческими сделками, в частности, договорами купли-продажи товаров. См.: Doc. ICSID/12. The International Centre for Settlement of Investment Disputes 16. Doc. ICSID/5/Rev. 1. ICSID Model Clauses 7 (July 1981).

⁷ В деле *Fedax v. Venezuela*, в котором впервые ответчик предпринял попытку оспорить юрисдикцию арбитражного трибунала МЦУИС в связи с отсутствием признаков инвестиции в деятельности иностранного инвестора, голландской компании Fedax N.V., арбитражный трибунал сослался на процитированную выше работу К. Шройера в качестве главного источника для правового обоснования основных характеристик инвестиции, а в деле *Salini v. Morocco*, в котором был сформулирован широко известный тест Салини (*Salini test*) — на комментарии Э. Гайяра (*Fedax N.V. v. The Republic of Venezuela*, ICSID case № ARB/96/3, Decision of the Tribunal on Objections to Jurisdiction, July 11, 1997 (*Fedax v. Venezuela* (Decision on Objections to Jurisdiction), par. 43, *Salini Construttori S.P.A. and Italstrade S.P.A. v. Kingdom of Morocco*, ICSID case № ARB/00/4, Decision on Jurisdiction, July 16, 2001 (*Salini v. Morocco* (Decision on Jurisdiction), par. 52).

⁸ В деле *Fedax v. Venezuela* арбитражный трибунал под председательством О. Викуниа (O. Vicuna) установил пять признаков инвестиции в передаче прав компании Fedax N.V. на векселя, выпущенные правительством Венесуэлы в рамках закона «О государственном кредитовании», путем совершения индоссамента (см.: *Fedax v. Venezuela* (Decision on Objections to Jurisdiction), par. 43). В деле *Joy Mining v. Egypt* арбитражный трибунал под председательством того же О. Викуниа не обнаружил вышеуказанных признаков инвестиции в выпуске банковских гарантий, обеспечивающих надлежащее качество эксплуатируемого оборудования по добыче фосфата (см.: *Joy Mining Machinery Limited v. The Arab Republic of Egypt*, ICSID case № ARB/03/11, Award on Jurisdiction, August 6, 2004 (*Joy Mining v. Egypt* (Award on Jurisdiction)), par. 53–57).

регулярность получения доходов,⁹ а по прошествии еще некоторого времени был подвергнут сомнению пятый признак.¹⁰ Параллельно шел процесс обсуждения новых элементов инвестиции, сужающих сферу действия этого понятия: отказа иностранного инвестора от совершения недобросовестных действий и соблюдение им требований, предусмотренных в законодательстве принимающего государства.¹¹

Поиск оптимальной формулы, позволяющей выделить инвестицию среди других результатов коммерческой деятельности, велся преимущественно в двух направлениях. Первое основано на предположении о существовании объективных критериев, являющихся составными и неотъемлемыми частями понятия «инвестиция». Отсутствие хотя бы одной из них разрушает целостность представления об исследуемом явлении, что приводит к вынесению арбитрами решения об отсутствии юрисдикции по основанию *ratione materiae*. В юридической литературе и арбитражной практике это направление известно под названиями «дедуктивный метод»¹², «концептуальный или абстрактный подход»¹³. Арбитражные трибуналы могут расходиться во взглядах на

⁹ В деле *Salini v. Morocco* арбитражный трибунал выделил четыре признака инвестиции в исполнении договора на строительство участка автомагистрали: «вклад, определенный период исполнения договора, участие в рисках, возникающих из сделки, и в качестве дополнительного признака, вклад в экономическое развитие принимающего государства» (см.: *Salini v. Morocco* (Decision on Jurisdiction), par. 53–57).

¹⁰ В деле *LESI-Dipenta v. Algeria* с участием Э. Гайяра и деле *Saba Fakes v. Turkey* под председательством Э. Гайяра арбитражные трибуналы применили классификацию вышеназванного арбитра, состоящую из трех признаков инвестиции: вклад [вложение капитала] в принимающем государстве, определенная продолжительность [инвестиционного проекта] и наличие риска. Вклад в экономическое развитие принимающего государства не рассматривался как обязательный признак инвестиции (см.: *Consorzio Groupement L.E.S.I.–Dipenta v. People's Democratic Republic of Algeria*, ICSID case № ARB/03/8, Award, January 10, 2005 (*LESI-Dipenta v. Algeria* (Award), sec. II, par. 13 (iv)); *Mr. Saba Fakes v. Republic of Turkey*, ICSID case № ARB/07/20, Award, July 14, 2010 (*Saba Fakes v. Turkey* (Award), par. 110–111).

¹¹ *Inseysa Vallisoletana, S.L. v. Republic of El Salvador*, ICSID case № ARB/03/26, Award, August 2, 2006 (*Inseysa v. Salvador* (Award), par. 230; *Fraport AG Frankfurt Airport Services Worldwide v. Republic of Philippines*, ICISD case № ARB/03/25, Award, August 16, 2007 (*Fraport v. Philippines* (Award), par. 306; *Plama Consortium Limited v. Bulgaria*, ICSID case № ARB/03/24, Award, August 27, 2008 (*Plama v. Bulgaria* (Award)), par. 143–144; *Phoenix Action, Ltd. v. Czech Republic*, ICSID case № ARB/06/5, Award, April 15, 2009 (*Phoenix v. Czech Republic* (Award), par. 101–113; *Gustav F W Hamester GmbH & Co KG v. Republic of Ghana*, ICSID case № ARB/07/24, Award, June 18, 2010 (*Hamester v. Ghana* (Award), par. 123–139; *Saba Fakes v. Republic of Turkey*, ICSID case № ARB/07/20, Award, July 14, 2010 (*Saba Fakes v. Turkey* (Award), par. 115–122; *Quiborax S.A., Non Metallic Minerals S.A. and Allan Fosk Kaplun v. Plurinational State of Bolivia*, ICSID case № ARB/06/2, Award, September 27, 2012 (*Quiborax v. Bolivia* (Award), par. 255–256).

¹² Как отмечает Э. Гайяр, «в основе оценки некоторых арбитражных трибуналов была положена презумпция о том, что существует истинное определение инвестиции и что такое определение основано на конститутивных элементах или критериях. Согласно этому подходу трибунал, в случае оспаривания его юрисдикции, должен установить наличие всех конститутивных элементов или выполнение всех требуемых критериев, чтобы прийти к выводу о существовании инвестиции для подтверждения своей юрисдикции... Этот процесс соответствует классической методологии, соединяющей один или несколько конститутивных элементов с правовым последствием, и может быть описан как дедуктивный» (см.: Gaillard E. *Identity or Define & Reflections on the Evolution of the Concept of Investment in ICSCID Practice // International Investment Law for the 21st Century. Essays in Honour of Christoph Schreuer*. OUP. 2009. Ch. Binder, U Kriebaum, A. Reinisch and S. Wittich (eds.). P. 407).

¹³ В деле *Romak v. Uzbekistan* арбитражный трибунал причислил тест Салини к концептуальному подходу, выделив в нем два главных условия: существование понятия «инвестиция» и обязательность «установления определенных элементов для подтверждения юрисдикции по основанию *ratione materiae*» (см.: *Romak S.A. v. The Republic of Uzbekistan*, PCA case № AA280, Award, November 26, 2009 (*Romak v. Uzbekistan* (Award)), par. 197). В деле *Энергоальянс про-*

количество и содержание признаков, составляющих понятие «инвестиция», но их объединяет общий принцип, которым они руководствуются при вынесении решения — оценка фактически сложившихся отношений между спорящими сторонами на предмет их соответствия заданной абстрактной модели. Она служит своеобразным ориентиром для арбитров и вносит в их аргументацию элемент правовой определенности. Само стремление применить объективные критерии для определения инвестиции¹⁴ автоматически ограничивает усмотрение арбитров¹⁵ и переводит решение спорных вопросов на самый высокий уровень источников права — правовых норм.

Второе направление основано на обнаружении характерных черт инвестиции в деятельности иностранного инвестора. В отличие от дедуктивного метода задача, стоящая перед арбитрами, носит менее амбициозный характер. Они не пытаются достичь полного соответствия между установленными ими фактами и некой абстрактной моделью. Им достаточно обнаружить лишь некоторые признаки, указывающие на наличие инвестиции. Поэтому данное направление получило название интуитивного¹⁶ или прагматичного¹⁷ подхода, обладающего большой гибкостью в обосновании выводов о наличии или отсутствия юрисдикции по основанию *ratione materiae*. Если в дедуктивном методе акцент делается на определении признаков инвестиции, что подразумевает высокую степень абстракции, то в интуитивном методе достаточно идентифицировать некоторые из них. Иными словами, в первом случае у арбитров складывается представление об инвестиции, а во втором — возникает ощущение ее признаков.

тив Республики Молдова арбитражный трибунал упомянул о существовании альтернативного подхода, который не был использован большинством арбитров при принятии решения о наличии своей юрисдикции. Его суть сводится к «необходимости «объективного» или «независимого» от букв текста международного инвестиционного соглашения толкования понятия «инвестиция». Арбитражный трибунал назвал его «концептуальным» либо «абстрактным» подходом, заключающимся в «отграничении «инвестиции» от иного вида активов, прав и проч. путем проверки предполагаемой «инвестиции» на ее соответствие определенным критериям» (*ООО «Энергоальянс против Республики Молдова, Дело ЮНСИТРАЛ (арбитраж ad hoc), Арбитражное решение, 23 октября 2013 г. (Энергоальянс против Республики Молдова) (Арбитражное решение), пар. 232*).

¹⁴ Это стремление проявляется, когда арбитры приходят к выводу об обязательном соблюдении ряда условий для определения инвестиции (*LESI–Dipenta v. Algeria* (Award), sec. II, par. 13 (iv)), упоминают о конститутивных критериях (*Ioannis Kardassopoulos v. Georgia*, ICSID case № ARB/05/18, Decision on Jurisdiction, July 6, 2007 (*Kardassopoulos v. Georgia* (Decision on Jurisdiction), par. 116), обращаются к авторитету теста Салини с последующим правовым анализом составляющих его элементов (*Bayindir Insaat Turizm Ticaret Ve Sanayi AS v. Islamic Republic of Pakistan*, ICSID case № ARB/03/29, Decision on Jurisdiction, November 14, 2005 (*Bayindir v. Pakistan* (Decision on Jurisdiction), par. 130–138); *Jan de Nul N.V. and Dredging International N.V. v. Arab Republic of Egypt*, ICSID case № ARB/04/13, Decision on Jurisdiction, June 16, 2006 (*Jan de Nul v. Egypt* (Decision on Jurisdiction), par. 91–96; *Saipem SpA v. People's Republic of Bangladesh*, ICSID case № ARB/05/07, Decision on Jurisdiction and Recommendation on Provisional Measures, March 21, 2007 (*Saipem v. Bangladesh* (Decision on Jurisdiction), par. 99–111).

¹⁵ В деле *Quiborax v. Bolivia* существование объективных критериев инвестиции было рассмотрено арбитражным трибуналом как ограничение свободы Договаривающихся сторон в Вашингтонской конвенции 1965 года: «В соответствии с первым подходом (дедуктивным методом — Авт.) свобода Договаривающихся Сторон МЦУИС на распространение защиты МЦУИС на различные типы экономических операций ограничена объективным представлением о том, что подпадает под защиту в рамках Конвенции МЦУИС (Вашингтонской конвенции 1965 г. — Авт.)» (см.: *Quiborax v. Bolivia* (Award), par. 99).

¹⁶ Gaillard E. Op. cit. P. 407.

¹⁷ *Romak v. Uzbekistan* (Award), par. 199; *Biwater Gauff (Tanzania) Ltd v. United Republic of Tanzania*, ICSID case № ARB/05/22, Award, July 24, 2008 (*Biwater v. Tanzania* (Award), par. 316).

В интуитивном методе усмотрение арбитров носит более широкий характер, поскольку они не связаны обязанностью следовать строгим формулам или предписанным критериям, а могут изменять свою позицию в зависимости от обстоятельств каждого конкретного дела. Юридическое значение признаков инвестиции фактически сводится к нулю, поскольку они не рассматриваются как формальные условия¹⁸ или требования для установления юрисдикции, а выполняют скромную роль примеров¹⁹ или типичных характеристик²⁰.

Нельзя отрицать, что естественной причиной для создания интуитивного подхода послужило отсутствие нормативного закрепления понятия «инвестиция» в международных инвестиционных соглашениях. Неопределенность в этом вопросе, содержащаяся в Вашингтонской конвенции 1965 г., открывает возможность для выдвижения различного рода предположений о целях, преследуемых ее разработчиками и одобренных ее участниками. В числе таких предположений могут приводиться доводы о либеральном духе Вашингтонской конвенции 1965 г., исключающем приверженность формальным подходам, в том числе тесту Салини, и оставляющем разрешение спорных вопросов за договаривающимися государствами в заключаемых ими ДИС или МИС.²¹

Само по себе увеличение правовых источников, привлекаемых для установления содержания спорного понятия, не может вызвать возражений. Серьезные опасения возникают, когда эти источники используются для обоснования выводов, нарушающих правовую природу исследуемого явления, в данном случае понятия «инвестиция». Широкое усмотрение арбитров в совокупности с применением способов толкования, характерных для частных сделок, может привести к искажению правовой природы инвестиции и стиранию различий между ней и результатами коммерческой деятельности.²²

¹⁸ *Ceskoslovenska Obchodni Banka, A.S. v. The Slovak Republic*, ICSID case № ARB/97/4, Decision of the Tribunal on Objections to Jurisdiction, May 24, 1999 (*CSOB v. The Slovak Republic* (Decision on Jurisdiction), par. 90).

¹⁹ *MCI Power Group, LC and New Turbine, Inc v. Ecuador*, ICSID case № ARB/03/6, Award, July 31, 2007 (*MCI v. Ecuador* (Award), par. 165).

²⁰ Schreuer C. Op. cit. P. 372.

²¹ В деле *Biwater v. Tanzania* расширенное толкование понятия «инвестиции», предусмотренного в Вашингтонской конвенции 1965 г., может быть обосновано, по мнению арбитражного трибунала, со ссылкой на международный консенсус, наличие которого подтверждается заключением договаривающимися государствами значительного числа ДИС (см.: *Biwater v. Tanzania* (Award)), par. 314). Такая аргументация свидетельствует о приверженности арбитров функциональному или теологическому подходу к толкованию международных договоров.

²² З. Дуглас остроумно демонстрирует абсурдные последствия, к которым может привести применение юридического инструментария в отрыве от экономической сути инвестиции: «Если, в целях иллюстрации, правовые характеристики инвестиции рассматривались бы в отрыве от экономического значения этого термина, то следуя некоторым определениям инвестиции, предусмотренным в международных инвестиционных соглашениях, билет на метро можно было бы квалифицировать как денежное требование или требование о выполнении обязательства по договору, имеющего финансовую ценность, и вследствие этого как инвестицию» (см.: Douglas Z. *The International Law of Investment Claims*, Cambridge, 2009. P. 163). На необходимость разграничения инвестиционной и коммерческой деятельности также указывает К. Шройер. По его мнению, «оказание технической помощи», «других консультационных услуг», предоставление поставщиком коммерческого кредита может подпадать под режим защиты инвестиций. В то же время, «разовые сделки», включая договоры купли-продажи и краткосрочные кредиты не могут претендовать на вышеназванные преференции (см.: Schreuer C. H. *The ICSID Convention: A Commentary*. United Kingdom. Cambridge: Cambridge University Press, 2001. P. 139). Тем не менее, в арбитражной практике можно встретить высказывания, допускающие квалификацию коммерческой деятельности в качестве инвести-

Строгое соблюдение общепринятых правил при обращении к правовым источникам является гарантией от наступления вышеназванных негативных последствий. К примеру, выбор центра по разрешению инвестиционных споров или порядок проведения арбитражного разбирательства не могут быть основанием для расширенного толкования понятия «инвестиция», закрепленного в международных договорах.²³ Цель регламентов постоянно действующих третейских судов или арбитражей *ad hoc* заключается в регулировании вопросов, связанных с формированием арбитражного трибунала, проведением арбитражного разбирательства и другими процессуальными вопросами. Положения Вашингтонской конвенции 1965 г., ДИС или МИС в силу своего статуса как источника международного права обладают несомненным приоритетом над вышеназванными регламентами в отношении всех вопросов, включая определение понятия «инвестиция». Единственный случай, когда регламент может сыграть ключевую роль, это отсутствие в нем положений о возможности разрешения инвестиционных споров, что влечет отказ арбитров от своей юрисдикции рассматривать инвестиционный спор.

Выбор надлежащего правового источника обусловливается не только определением его цели и природы регулируемых им правоотношений. Задача арбитра или ученого осложняется, когда появляется возможность применения нескольких правовых источников, в которых разрешение спорного вопроса носит различный, а иногда и противоречивый характер. Это в полной мере относится и к понятию «инвестиция». Договаривающиеся государства не могут довольствоваться упоминанием об инвестиции в Вашингтонской конвенции 1965 г.,²⁴ вследствие чего ДИС и МИС содержат более подробное описание этого явления, не говоря уже о национальном законодательстве. Поэтому неизбежно возникает вопрос о соотношении вышеназванных правовых источников между собой.

В арбитражной практике сложилось устойчивое мнение о приоритете Вашингтонской конвенции 1965 г. в силу ее универсального характера.²⁵

ционной: «...в отличие от *Global Trading v. Ukraine*, December 1, 2010, ICSID case № ARD/11, в споре по ДЭХ, даже простая торговая сделка, если она была осуществлена в энергетическом секторе, квалифицируется как Инвестиция» (см.: *Remington Worldwide Limited против Украины*, Дело Арбитражного Института Торговой палаты г. Стокгольма № 116/2008, Арбитражное решение, 28 апреля 2011 г. (*Remington против Украины* (Арбитражное решение), пар. 200).

²³ В деле *Romak v. Uzbekistan* арбитражный трибунал не согласился с истцом в том, что понятие «инвестиция» в арбитражном разбирательстве, проводимом по регламенту ЮНСИТРАЛ, имеет более широкую сферу действия, чем в арбитражном разбирательстве, проводимом по регламенту МЦУИС. Применение такого подхода, допускающего изменение инвестиционного режима в зависимости от избранного сторонами механизма разрешения споров, могло бы, по мнению арбитров, привести к «абсурдным и неразумным» результатам (см.: *Romak v. Uzbekistan* (Award), par. 193–194).

²⁴ «Принимая во внимание, что при разработке Конвенции (Вашингтонской конвенции 1965 г. — Авт.) в нее не было включено строгое, объективное понятие «инвестиция», сомнительно, чтобы арбитражные трибуналы, рассматривающие конкретные дела, обращались к такому понятию, которое было бы применимо во всех делах и для всех целей» (см.: *Bivater v. Tanzania* (Award), par. 313).

²⁵ Конвенционный приоритет четко был сформулирован комиссией *ad hoc* в деле *Patrick Mitchell v. Congo*: «Стороны по соглашению и государства, заключившие международный инвестиционный договор, не могут распространить юрисдикцию Центра (МЦУИС — Авт.) на любую операцию, которую они произвольным образом квалифицируют в качестве инвестиции. Необходимо еще раз отметить, что для арбитражных трибуналов, рассматривающих споры под эгидой ИКСИД (МЦУИС — Авт.), Конвенция ИКСИД (Вашингтонская конвенция 1965 г. — Авт.) обладает приоритетом над соглашением, заключенным между сторонами, или ДИС» (см.: *Patrick Mitchell v. Democratic Republic of Congo*, ICSID case № ARB/99/7, Decision on the Application for Annulment of the Award, November 1, 2006 (*Patrick Mitchell v. Congo* (Decision of Ad hoc Commission), par. 31).

Договаривающиеся государства могут лишь ограничить сферу действия конвенционного представления об инвестиции, но не вправе расширить ее.²⁶ Данный вывод, с одной стороны, не нарушает право принимающего государства защитить свой суверенитет путем сохранения юрисдикции национальных государственных судов по инвестиционным спорам, представляющим особую важность для этого государства,²⁷ а с другой стороны, соответствует первоначальному намерению разработчиков Вашингтонской конвенции 1965 г. провести четкую линию разграничения между инвестицией и коммерческой деятельностью.²⁸

Идея о приоритете Вашингтонской конвенции 1965 г. над другими международными договорами может быть объяснена различной природой правовых норм, содержащих понятие «инвестиция» в вышеуказанных международных договорах. Акцент в Вашингтонской конвенции 1965 г. сделан на определении юрисдикции арбитражного трибунала, рассматривающего инвестиционный спор под эгидой МЦУИС, что явно указывает на процессуальный подход к определению инвестиции. Основной фокус большинства ДИС и МИС направлен на материально-правовое регулирование защиты иностранных инвестиций. Таким образом, правило, разрешающее ограничение конвенционного представления об инвестиции и запрещающее его расширение, вытекает из процессуального характера объекта и целей Вашингтонской конвенции 1965 г. и не может быть отменено другими международными договорами, если инвестиционный спор рассматривается под эгидой МЦУИС.

По мере развития международного инвестиционного права идея о приоритете Вашингтонской конвенции 1965 г. стала подвергаться пересмотру. В его основе лежит неоспоримый факт, который нельзя игнорировать при изучении конвенционного текста. Речь идет о том, что Вашингтонская конвенция 1965 г. не содержит разъяснений, проливающих свет как на содержание понятия «инвестиция», так и на его признаки. Их отсутствие предлагается компенсировать творчеством сторон инвестиционных отношений, границы которого, по мнению некоторых арбитров, могут быть расширены до такой степени, что понимание «инвестиции» сторонами может носить

²⁶ Доводы арбитражного трибунала в деле *Phoenix v. The Czech Republic* о правиле, разрешающем ограничение конвенционного представления об инвестиции и запрещающем его расширение, основывались на многостороннем характере Вашингтонской конвенции 1965 г.: «... следует отметить, что ДИС, представляющими собой двусторонние договоренности между государствами-участниками, не могут противоречить определению Конвенции ИКСИД. Иными словами, они могут подтвердить представление ИКСИД (конвенционное представление об инвестиции — Авт.) или ограничить его, но они не могут расширить его для того, чтобы получить доступ к ИКСИД. Определение, включенное в ДИС и основанное на согласованном между двумя Государствами тексте, не может отменить определение Конвенции ИКСИД, которая носит многосторонний характер» (см.: *Phoenix Action, Ltd. v. The Czech Republic*, ICSID case № ARB/06/5, Award, April 15, 2009 (*Phoenix v. The Czech Republic* (Award), par. 96).

²⁷ В соответствии со ст. 2 Рамочного соглашения Ассоциации государств Юго-Восточной Азии об инвестиционной зоне 1998 г. (Рамочного соглашения АСЕАН 1998 г.) портфельные инвестиции прямо исключены из сферы действия данного Рамочного соглашения.

²⁸ «Насколько оно (определение инвестиции, включенное в ДИС, — Авт.) соответствует представлению ИКСИД, настолько определение ДИС является приемлемым или является неприемлемым, если выходит за пределы такого определения. К примеру, если ДИС предусматривал бы доступность арбитража ИКСИД для договоров купли-продажи, которые не подразумевают вложение инвестиций, такое положение не могло бы быть приведено в исполнение трибуналом ИКСИД» (см.: *Phoenix v. The Czech Republic* (Award), par. 96).

экстраординарный и даже нелогичный характер.²⁹ В качестве внешней формы выражения этого творчества могут выступать правовые нормы международных договоров или национального законодательства договаривающихся государств, содержащие согласие на арбитраж.³⁰ Именно оно становится главным предметом исследования арбитров, поставивших перед собой задачу установить намерение договаривающихся государств при использовании в вышеназванных правовых нормах понятия «инвестиция».³¹

Установление данного намерения сопряжено с различным толкованием используемых терминов и сравнением правовых последствий, к которым приводит каждая трактовка, на предмет их соответствия целям исследуемого нормативного источника. В арбитражной практике встречаются случаи, когда в качестве причины различного толкования спорного термина выступает неопределенность, заложенная в самом тексте международного договора. Одним из ярких примеров является Договор к Энергетической Хартии 1994 г. Попытка его разработчиков дать описание одной из правовых форм инвестиции — требованию по денежным средствам, путем указания на связь этого требования с вложенной инвестицией,³² уже привела к существованию двух прямо противоположных подходов. Согласно первому подходу эта связь носит причинно-следственный характер и предполагает обращение к объективному критерию инвестиции. Приобретение права требования по денежным средствам само по себе недостаточно для квалификации спорных отношений в качестве инвестиционных отношений, если оно не связано инвестицией.³³ В соответствии со вторым подходом установление вышеназван-

²⁹ «Тем не менее, мы придерживаемся взгляда, что договаривающиеся Государства обладают свободой считать любой вид активов или экономическую сделку как создающую инвестицию, подпадающую под защиту международного договора. Договаривающиеся Государства могут даже пойти еще дальше и заявить, что «чистый» односторонний договор купли-продажи образует инвестицию, даже если эта сделка обычно не охватывается обычным значением термина «инвестиция». Тем не менее, в таких делах терминология рассматриваемого инструмента не должна оставлять никаких сомнений в том, что намерение договаривающихся Государств заключалось в придании термину «инвестиция» экстраординарного или нелогичного значения» (см.: *Romak v. Uzbekistan* (Award), par. 205).

³⁰ «...в большом количестве (общеизвестных) дел разъяснено, что по причине отсутствия термина «инвестиция» в Конвенции ИКСИД, границы этого понятия определяются соглашением, или понятием, субъективно установленным Договаривающимися Государствами в юридическом инструментарии, таким как ДИС или национальное законодательство, которые воплощают их согласие на юрисдикцию ИКСИД» (см.: *GEA Group Aktiengesellschaft v. Ukraine*, ICSID case № ARB/08/16, Award, March 31, 2011 (*GEA v. Ukraine* (Award), par. 142).

³¹ По мнению Ю. Андреевой, нельзя говорить о приверженности большинства арбитражных трибуналов объективной теории, предписывающей устанавливать объективные признаки инвестиции. Более убедительным выглядит либеральный подход, основанный на отсутствии понятия «инвестиция» в Вашингтонской конвенции 1965 года и позволяющий арбитрам отдавать предпочтение терминологии международного договора и согласия на арбитраж перед поиском объективных критериев (см.: *Andreeva Y. Salvaging or Sinking the Investment? MHS v. Malaysia Revisited. The Law and Practice of International Courts and Tribunals* 7 (2008). P. 171).

³² В соответствии со ст. 1 (6) (с) ДЭХ перечень активов, составляющих Инвестицию, включает право требования по денежным средствам и право требования обязательств по контракту, имеющему экономическую ценность и связанному с Инвестицией.

³³ В деле *Энергоальянс против Республики Молдова* председатель арбитражного трибунала Д. Пеллю не согласился с выводом большинства арбитров о наличии у арбитражного трибунала юрисдикции по основанию *ratione materiae*: «Истец полагается, в первую очередь, на Статью 1 (6) (с) ДЭХ («право требования по денежным средствам (...) по контракту, имеющему экономическую ценность и связанному с Инвестицией»). Однако довод Истца не учитывает действие слов «связанному с Инвестицией». Слово «Инвестиция» в этом контексте, с учетом того, что оно написано с заглавной буквы «И», должно относиться к определению понятия

ной связи приводит к распространенной логической ошибке, известной под названием «порочный круг», когда определение предмета включает в себя свойства самого предмета.³⁴

Применение этих двух подходов к одному из активов, которые обычно перечисляются в ДИС или МИС для того, чтобы раскрыть содержание понятия «инвестиция», свидетельствует о существовании проблемы более широкого характера. Наряду с правом требования по денежным средствам международные договоры указывают и на другие правовые формы инвестиции, объединенные в общий перечень.³⁵ Если следовать второму подходу и признавать за ними самостоятельность и автономность, задача арбитров может быть сведена лишь к установлению формального соответствия действий, совершенных иностранным инвестором, правовым моделям, подпадающим под режим международной или внутригосударственной защиты иностранных инвестиций. Первый же подход, напротив, сохраняет за перечисляемыми активами только демонстрационную функцию, сводящуюся к иллюстра-

«Инвестиция» в остальной части статьи 1(6). По моему мнению, примером ситуации, в которой применялась бы Статья 1 (6) (с), могла бы быть ситуация, в которой завод, принадлежащий Инвестору на территории принимающей стороны, имеет право требования по договору поставки, а принимающая сторона препятствует реализации этого права. Иными словами, право требования должно возникать в контексте отдельной, уже существующей Инвестиции» (см.: *Энергоальянс против Республики Молдова* (Особое мнение Д. Пеллю) п. 29). Также см.: *Mytilineos Holdings SA v. The State Union of Serbia & Montenegro and Republic of Serbia*, UNCITRAL case, Partial Award on Jurisdiction, September 8, 2006 (*Mytilineos v. Serbia* (Partial Award on Jurisdiction), par. 134; *Global Trading Resource Corp. and Globex International, Inc v. Ukraine*, ICSID case № ARB/09/11, Award, December 1, 2010 (*Global Trading v. Ukraine* (Award), par. 50–52).

³⁴ В деле *Petrobart v. The Kyrgyz Republic* арбитражный трибунал провел логический анализ ст. 1 (6) (с) ДЭХ: «...Арбитражный Трибунал считает, что терминология «требования по денежным средствам и требования обязательств по контракту, имеющему экономическую ценность и связанному с Инвестицией» демонстрирует некоторую неопределенность. В особенности, совершенно не ясно, относятся ли слова «по контракту, имеющему экономическую ценность и связанному с Инвестицией» или часть этих слов — «имеющему экономическую ценность и связанному с Инвестицией» или «связанному с Инвестицией» только к «требованиям по обязательствам» или также к «требованиям по денежным средствам». Если мы предположим, что по крайней мере слова «связанному с Инвестицией» также относятся к «требованиям по денежным средствам», мы столкнемся с логической проблемой в том, что термин «Инвестиция» не только является термином, который подлежит определению, но и используется в качестве одного из терминов, с помощью которого термин «Инвестиция» определяется. Это означает, что определение в реальности представляет собой круг, который поднимает логическую проблему и создает некоторые сомнения в правильности толкования» (см.: *Petrobart Limited v. The Kyrgyz Republic*, SCC case, Arbitral Award, March 29, 2005 (*Petrobart v. The Kyrgyz Republic* (Award) P. 72).

³⁵ В деле *Mytilineos v. Serbia* перечисление активов в ДИС названо определением инвестиции, основанном на широком перечне активов (*broad asset-based definition of investment*) (*Mytilineos v. Serbia* (Partial Award on Jurisdiction), par. 105). В международных инвестиционных соглашениях может быть использован и противоположный подход, основанный на определении инвестиции через ее отрицание путем установления перечня прав/активов, которые не подпадают под понятие «инвестиция». Такой перечень содержится в ст. 1139 НАФТА и включает в себя следующие денежные требования, не являющиеся инвестициями (пер. на русский язык сделан А. Белоглавеком): денежные требования, которые возникают исключительно на основе договоров купли-продажи товаров или оказания услуг гражданином или компанией/деловым предприятием с территории одной договаривающейся стороны компании/деловому предприятию на территории другой договаривающейся стороны, или предоставление кредита в связи с коммерческими сделками, например в связи с финансированием (иностранных) сделок, за исключением кредитов, которые подпадают под действие пункта «d» или любые другие денежные требования, которые не относятся к долевым участиям (долям, кредитам), указанных в пунктах «a»–«h» (см.: Белоглавец А. Международно-правовая защита инвестиций в области энергетики. Киев, 2011. С. 145).

ции наиболее часто повторяющихся случаев или созданию «ярлыков, не заменяющих правовой анализ».³⁶

Развитие международного инвестиционного права протекает на фоне постоянного изменения инвестиционного климата и появления новых видов инвестиционной деятельности. Было бы преувеличением считать, что современное состояние нормативного регулирования, арбитражной практики или научной доктрины позволяют говорить об отсутствии спорных вопросов при определении инвестиции хотя бы на методологическом уровне. Как видно из приведенного выше критического анализа, выбор между дедуктивным и интуитивным методами не способствует, с одной стороны, устранению непредсказуемости при вынесении арбитражных решений, а с другой — формированию подхода, который бы соответствовал традиционным представлениям о руководящей роли правовых источников.³⁷ Оба метода допускают широкое и иногда неограниченное усмотрение арбитров. В дедуктивном методе оно проявляется в установлении объективных критериев инвестиции, которые в большинстве случаев не имеют своего нормативного закрепления ни на международном, ни на внутригосударственном уровне. В интуитивном методе от усмотрения арбитров зависит толкование спорных положений ДИС или МИС, установление намерения договаривающихся государств отклониться от общеизвестного представления об инвестиции путем исключения из нее некоторых признаков или включения новых.

Возвращение арбитражных трибуналов в правовое поле при принятии ими решений о наличии или отсутствии юрисдикции по основанию *ratione materiae* возможно только тогда, когда арбитры начнут обращаться к принципам международного частного права для выбора подлежащих применению правовых источников, а не руководствоваться только личным убеждением в толковании норм международных договоров или обычаев. Если в этих нормах или обычаях нельзя найти четкого регулирования спорного вопроса, то тем более не следует ограничиваться ими при проведении правового анализа и отказываться от обращения к другим источникам права, включая национальное законодательство принимающего государства и его судебную практику.

Внутренние признаки инвестиции

Принимая во внимание ключевую роль, которую играет экономическая составляющая в понятии «инвестиция», легко объяснить обычную практику арбитров начинать свой правовой анализ с установления значимости инвестиционного проекта для иностранного инвестора.³⁸ Именно этот фактор служит критерием для отграничения инвестиционной деятельности от любой другой экономической деятельности, в том числе коммерческой деятель-

³⁶ *Romak v. Uzbekistan* (Award), par. 207.

³⁷ Как указал арбитражный трибунал в деле *Biwater v. Tanzania*, «нет никакого основания для механического или чрезмерно строгого применения пяти критериев Салини теста. Эти критерии не зафиксированы и не имеют императивного характера как вопрос права» (см.: *Biwater v. Tanzania* (Award), par. 312).

³⁸ Интересно отметить, что минимальный порог для квалификации вложенного капитала в качестве инвестиции обсуждался участниками конференции ИКСИД и составлял \$ 100 000, но затем был ими отвергнут.

ности, осуществляемой хозяйствующими субъектами как внутри одного государства, так и за его пределами.

Первым признаком, указывающим на инвестицию, является вложение капитала. Этот признак иногда выходит за рамки своего функционального назначения и используется как синоним инвестиции, особенно в странах, где доминировала марксистская теория.³⁹ Такое отождествление не способствует обнаружению фактических обстоятельств при рассмотрении арбитрами конкретного дела, которые бы отделяли инвестиционный проект в силу его значимости для иностранного инвестора от других его коммерческих проектов. Нередко арбитражные трибуналы ограничиваются кратким описанием экономических отношений, возникающих между иностранным инвестором и принимающим государством, что свидетельствует о необходимости значительных капиталовложений для успешной реализации инвестиционного проекта.⁴⁰ В качестве основного вида капиталовложений обычно понимаются финансовые средства,⁴¹ хотя представляется допустимым включать в эту категорию и предоставление иностранным инвестором своего оборудования и персонала.⁴²

³⁹ В этом легко убедиться, если обратить внимание на ДИС и МИС, заключенных СССР и Российской Федерацией с другими государствами. В названиях данных ДИС термин «инвестиция» заменен на термин «капиталовложение» (см.: Соглашение между правительством Союза Советских Социалистических Республик и правительством Соединенного Королевства Великобритании и Северной Ирландии о поощрении и взаимной защите капиталовложений от 06.04.1989; Соглашение между правительством Союзом Советских Социалистических Республик и правительствами Королевства Бельгии и Великого Герцогства Люксембург о взаимном поощрении и взаимной защите капиталовложений от 09.02.1989; Соглашение между Союзом Советских Социалистических Республик и Испанией о содействии осуществлению и взаимной защите капиталовложений от 26.10.1990; Типовое ДИС РФ, утв. постановлением Правительства РФ от 09.06.2001 № 456 в ред. постановления Правительства РФ от 11.04.2002 № 229). Также при вынесении арбитражных решений на русском языке арбитры используют термин «вложение капитала» для объяснения природы инвестиции: «Вкратце, я считаю, что обычное значение слова «инвестиция» — это вложение капитала или усилий в ожидании получения некоторого дохода» (см.: *Энергоальянс против Республики Молдова* (Особое мнение Д. Пелльо), п. 20).

⁴⁰ В деле *Fedax v. Venezuela* первый признак инвестиции был установлен арбитражным трибуналом путем оценки ценных бумаг, переданных компании Fedax N.V. путем совершения индоссамента. Тип этих ценных бумаг (векселя, выпущенные правительством Венесуэлы в рамках закона «О государственном кредитовании») не позволял их рассматривать как краткосрочную финансовую операцию (см.: *Fedax v. Venezuela* (Decision on Objections to Jurisdiction), par. 43). В делах *Bayindir v. Pakistan*, *Autopista v. Venezuela* арбитражные трибуналы подчеркнули особый характер строительства автомагистрали, требующего вложения значительных средств и поэтому отличающегося от выполнения обычных строительных работ (см.: *Bayindir v. Pakistan* (Decision on Jurisdiction), par. 128); *Autopista Concesionada de Venezuela, S.A. v. Bolivarian Republic of Venezuela*, ICSID case № ARB/00/5, Decision on Jurisdiction, September 27, 2001 (*Autopista v. Venezuela* (Decision on Jurisdiction), par. 101). В деле *Jan de Nul v. Egypt* арбитражный трибунал согласился с истцом о соответствии работ по углублению морского дна в Суэцком канале первому признаку инвестиции (см.: *Jan de Nul v. Egypt* (Decision on Jurisdiction), par. 92).

⁴¹ «...не может быть инвестиций без вложений в соответствующую страну, составляющих экономическую ценность. В первую очередь они предполагают финансовые вложения, но толкование этого правила выглядело бы слишком ограничительным, если не включать в него другие пожертвования. Эти вложения могли бы состоять из займов, материалов, работ или услуг при условии, что они имеют экономическую ценность» (см.: *LESI-Dipenta v. Algeria* (Award), sec. II, par. 14 (i)).

⁴² Наличие первого элемента в деле *Salini v. Morocco* подтверждалось сложным комплексом мероприятий, предпринятых иностранным инвестором для успешной реализации инвестиционного проекта: обеспечение оборудованием и персоналом, привлечение кредитов и выпуск банковских гарантий и др. (см.: *Salini v. Morocco* (Decision on Jurisdiction), par. 53). Также см.: *Bayindir v. Pakistan* (Decision on Jurisdiction), par. 131; *Saipem v. Bangladesh* (Decision on Jurisdiction), par. 100–101.

Вторым признаком по порядку, установленному в первых делах о разрешении инвестиционных споров, выступает продолжительность деятельности иностранного инвестора. Для преодоления своеобразного порога, отделяющего инвестиционный проект от обычной коммерческой сделки, планы иностранного инвестора должны выходить за рамки краткосрочных операций и предусматривать достижение основных результатов в среднесрочной или долгосрочной перспективе.⁴³ Правда, необходимо учитывать, что в арбитражной практике встречаются случаи, когда арбитры отходят от выше-названной презумпции и включают даже краткосрочные проекты в понятие «инвестиция». Обоснованием для такого отклонения от общего правила является призыв к правовому анализу всех обстоятельств, что снова подразумевает расширение права усмотрения арбитров взамен установления ясных и четких критериев.⁴⁴

Нельзя сказать, что достаточная правовая определенность присутствует в общей презумпции, разграничивающей инвестиционную и обычную коммерческую деятельность. Установленный ею порог носит условный характер, поскольку в его основе лежат экономические категории.⁴⁵ Поэтому арбитры обладают широким правом усмотрения при определении срока инвестиционного проекта, достаточного для квалификации деятельности иностранного инвестора в качестве инвестиции.⁴⁶ Опасность злоупотребления этим правом может возникнуть при рассмотрении пограничных ситуаций⁴⁷ или оспаривания ответчиком юрисдикции арбитражного трибунала путем прямого указания на отсутствие второго признака инвестиции.⁴⁸ В таких случаях исполь-

⁴³ Как правило, ответчик не оспаривает юрисдикцию арбитражного трибунала, когда инвестиционный проект носит явный долгосрочный характер. В качестве примеров можно привести дело *Bewater v. Tanzania*, в котором срок договора аренды составлял 10 лет и предусматривал возможность его продления (*Bewater v. Tanzania* (Award), par. 235), дело *Kardassopoulos v. Georgia*, связанное с рассмотрением спора из соглашения о совместном предприятии сроком на 25 лет и концессионного соглашения сроком на 30 лет (*Kardassopoulos v. Georgia* (Decision on Jurisdiction), par. 117).

⁴⁴ «Краткосрочные проекты не лишаются «инвестиционного» статуса только по причине ограниченной продолжительности. Продолжительность должна быть оценена в свете всех обстоятельств и мероприятий, предпринятых инвестором» (см.: *Romak v. Uzbekistan* (Award), par. 225).

⁴⁵ Ссылаясь на высказывания Д. Кари (D. Carreau), Т. Флори (T. Flory) и П. Джульера (P. Juillard), Э. Гайяр подчеркивает, что под инвестицией понимались среднесрочные и долгосрочные сделки, которыми в соответствии с общераспространенным подходом считались сделки продолжительностью не менее чем 3 года и 7 лет соответственно (см.: Gaillard E. Op. cit. P. 405).

⁴⁶ В деле *Salini v. Morocco* арбитражный трибунал пришел к выводу о том, что для наличия второго элемента инвестиции (определенного периода исполнения договора) достаточным является срок в 36 месяцев. При этом арбитры ошибочно, как утверждает Э. Гайяр, указали на минимальную продолжительность инвестиционного проекта, «поддержанную доктриной» путем ссылки на мнение Д. Кари, Т. Флори и П. Джульера, которая составила от 2 до 5 лет (см.: *Salini v. Morocco* (Decision on Jurisdiction), par. 54). Ошибка арбитров, выявленная Э. Гайяром, лишней раз доказывает условность любой ссылки на доктрину при решении правовых вопросов, в том числе вопроса о юрисдикции арбитражного трибунала.

⁴⁷ Как уже было отмечено выше, в деле *Salini v. Morocco* продолжительность инвестиционного проекта составила 36 месяцев. В последующих делах этот срок служил своеобразным ориентиром для арбитров, применяющих тест Салини, для установления достаточной продолжительности инвестиционного проекта в беспорядном порядке: в деле *LESI-Dipenta v. Algeria* — 50 месяцев (*LESI-Dipenta v. Algeria* (Award), sec. II, par. 14 (ii)), в деле *Bayindir v. Pakistan* — 3 года с возможностью продления на 12 месяцев (*Bayindir v. Pakistan* (Decision on Jurisdiction), par. 133).

⁴⁸ В деле *Jan de Nul v. Egypt* ответчик утверждал, что продолжительность деятельности иностранного инвестора составляла менее двух лет (*Jan de Nul v. Egypt* (Decision on Jurisdiction), par. 94), в деле *Saipem v. Bangladesh* — менее двух лет (*Saipem v. Bangladesh* (Decision on Jurisdiction), par. 101). Интересно отметить, что ответчики в обоих делах ссылались на тест

зование экономических категорий оказывается недостаточным и появляется необходимость в обращении к правовым нормам и принципам.

Прежде всего роль права проявляется в корректном определении предмета исследования, а именно, инвестиционном проекте. Чтобы установить его продолжительность, следует сначала установить точку отсчета — начальную дату исчисления рассматриваемого периода времени. Для выполнения поставленной задачи требуется очертить «временные и территориальные контуры» инвестиционного проекта с учетом его принадлежности к принимающему государству, иными словами, «национальности инвестиции».⁴⁹ Будут ли учитываться предварительные мероприятия, предпринятые иностранным инвестором, за пределами территории принимающего государства, для целей определения продолжительности инвестиционного проекта?⁵⁰ Будут ли включаться заемные средства, привлеченные иностранным инвестором на территории вышеназванного государства в состав инвестированного капитала?⁵¹ Все эти вопросы подлежат разрешению путем обязательного применения правовых источников, включая международные договоры⁵² и внутригосударственное законодательство.⁵³

Салини и считали, что минимальный порог для продолжительности инвестиционного проекта составляет два года.

⁴⁹ *Saipem v. Bangladesh* (Decision on Jurisdiction), par. 107.

⁵⁰ В деле *Jan de Nul v. Egypt* суть спора между истцом и ответчиком относительно продолжительности инвестиционного проекта заключалась в определении даты, с которой следует вести отсчет. Ответчик считал, что такой датой является дата заключения договора, а истец — дата проведения предварительных процедур по квалификации участников тендера. Арбитражный трибунал согласился с доводами истца, сославшегося на особенность строительной деятельности и необходимости для подрядчика нести расходы по подготовке оферты на участие в тендере (см.: *Jan de Nul v. Egypt* (Decision on Jurisdiction)), par. 94).

⁵¹ Данный вопрос в равной степени относится как к первому признаку инвестиции — вложению капитала, так и второму — продолжительности деятельности иностранного инвестора. В деле *Saipem v. Bangladesh* ответчик утверждал, что привлекал собственные денежные средства для финансирования инвестиционного проекта. Арбитражный трибунал посчитал этот довод недостаточным для оспаривания наличия инвестиции. В поддержку своей позиции арбитры сослались на историю принятия Вашингтонской конвенции 1965 г., в соответствии с которой идея о происхождении капитала была отвергнута, предшествующую арбитражную практику (см.: дело *Wena Hotels v. Egypt*, Award, December 8, 2000 (*Wena Hotels v. Egypt* (Award) par. 126; Decision on Annulment, January 28, 2002 (*Wena Hotels v. Egypt* (Decision on Annulment), par. 54) и отсутствие данного требования со стороны принимающего государства: «...верно, что принимающее государство, может предъявить требование об импорте капитала в иностранной валюте. Тем не менее, при отсутствии такого требования, инвестиции, вложенные иностранными инвесторами из местных фондов или займов, привлеченных в принимающем государстве, рассматриваются так же, как и инвестиции, вложенные посредством импорта капитала. Иными словами, происхождение капитала не имеет значение» (см.: *Saipem v. Bangladesh* (Decision on Jurisdiction), par. 106). В деле *LESI-Dipenta v. Algeria* арбитражный трибунал также отверг территориальный признак в качестве основания для отрицания инвестиции. По мнению арбитров, обычной практикой в строительстве является подготовка строительной площадки с использованием материалов и других активов по месту ее нахождения, т. е. в принимающем государстве» (см.: *LESI-Dipenta v. Algeria* (Award), sec. II, par. 14 (i)).

⁵² Т. Вальд (T. Waelde) придавал особое значение буквальному толкованию ст. 26 ДЭХ при решении вопроса о допустимости включения мероприятий, предшествующих инвестиции, в ее состав: «Тем не менее, Статья 26 (1) требует наличия спора в отношении инвестиции. Таким образом, процесс «осуществления инвестиции» (т. е. мероприятия, предшествующие инвестициям, которые еще не стали инвестицией), не охватывается Статьей 26. Он, однако, охватывается более мягкой моделью разрешения межгосударственных споров по Статье 27» (см.: Waelde T. International Investment under the 1994 Energy Charter Treaty. Legal, Negotiating and Policy Implications for International Investors within Western and Commonwealth of Independent States / Eastern European Countries // Journal of World Trade. Vol. 29. 1995. P. 37).

⁵³ В деле *Fedax v. Venezuela* арбитражный трибунал провел правовой анализ венесуэльского права (закона Венесуэлы «О государственном кредитовании») для подтверждения второго

Особое место среди внутренних признаков инвестиции занимает рискованный характер инвестиционного проекта. В некоторых классификациях он даже может завершать правовой анализ арбитров об установлении своей юрисдикции по основанию *ratione materiae*.

Общеизвестно, что предпринимательская деятельность подразумевает возникновение рисков для ее субъектов. Поскольку реализация инвестиционного проекта не ограничивается совершением сделки между двумя предпринимателями, а обычно требует вовлечение большого количества участников: коммерческих компаний и государственных органов, взаимодействующих между собой в различных областях коммерческой деятельности: банковских операциях, страховании, лицензировании, эмиссии ценных бумаг и т. п., нет никаких оснований исключать наличие рисков из внутренних признаков инвестиции. В то же время очень трудно определить особой вид риска, который бы был присущ только инвестиционным отношениям и отличался бы от коммерческих рисков, лежащих на предпринимателях в обычной коммерческой деятельности.⁵⁴ По-видимому, большинство арбитров не стараются достигнуть эту цель и довольствуются либо простой констатацией риска⁵⁵ либо указывают на факторы, свидетельствующие о существовании коммерческих рисков для иностранного инвестора.⁵⁶ Такой подход серьезно осложняет задачу ответчика доказать отсутствие третьего признака инвестиции в действиях иностранного инвестора по реализации инвестиционного проекта. Общие возражения принимающего государства о праве истца обратиться к средствам судебной защиты, предусмотренным в национальном законодательстве, обычно не находят отклика у арбитров.⁵⁷ Вот почему любые попытки провести черту между инвестиционным риском и обычным коммерческим риском заслуживают всяческую поддержку и одобрение, даже если они направлены на сужение юрисдикции инвестиционного арбитража.

признака инвестиции: «Продолжительность инвестиции в этом деле соответствует требованиям Закона, предусматривающего действие договоров за пределами налогового года, в котором они были заключены» (см.: *Fedax v. Venezuela* (Decision on Objections to Jurisdiction), par. 43).

⁵⁴ В деле *LESI-Dipenta v. Algeria* арбитражный трибунал не стал даже ограничивать риск иностранного инвестора исключительно финансовыми рисками из договоров страхования или кредитными договорами. По мнению арбитров, риск для иностранного инвестора может возникнуть из любого договора (СМ.: *LESI-Dipenta v. Algeria* (Award), sec. II, par. 14 (iii)).

⁵⁵ В деле *Fedax v. Venezuela* арбитражный трибунал пришел к выводу о наличии риска у компании Fedax N.V. (держателя векселей) исходя из самого факта возникновения спора об уплате задолженности и процентов (*Fedax v. Venezuela* (Decision on Objections to Jurisdiction), par. 40). В деле *Bayindir v. Pakistan* установление годового периода для исправления дефектов и трехлетнего срока на оказание технической поддержки послужили достаточным доказательством того, что компания Bayindir несла очевидный риск (*Bayindir v. Pakistan* (Decision on Jurisdiction), par. 137). В деле *Jan de Nul v. Egypt* возникновение риска у иностранного инвестора было объяснено арбитражным трибуналом «масштабом и сложностью» (magnitude and complexity) выполнения работ по углублению морского дна в Суэцком канале (*Jan de Nul v. Egypt* (Decision on Jurisdiction)), par. 92).

⁵⁶ В деле *Salini v. Morocco* арбитражный трибунал привел обширный перечень рисков, связанных с усмотрением собственника в отношении инвестиционного проекта, изменением цен, требований трудового законодательства Египта, форс-мажорных обстоятельств (см.: *Salini v. Morocco* (Decision on Jurisdiction), par. 55).

⁵⁷ «Для государства недостаточно показать, что договор предлагает механизмы контроля и что любой судебный процесс об исполнении договора может быть начат в местной юрисдикции. Не бросая сомнений на независимость и качество местных юрисдикций, Трибунал отмечает, что предполагалось предложить готовую и понятную процедуру, которая допускает вмешательство международных арбитров, в дополнение к обычным механизмам» (см.: *LESI-Dipenta v. Algeria* (Award), sec. II, par. 14 (iii)).

Проводя эту черту, арбитры неизбежно обращаются к четвертому признаку инвестиции – регулярности получения доходов.⁵⁸ На нем завершается правовой анализ арбитров, посвященный установлению значимости инвестиционного проекта для иностранного инвестора.

Ожидание получения доходов и осознание риска, связанного с возможностью их неполучения, неразрывно связаны между собой. Поэтому иногда эти два признака объединяются в один⁵⁹ или рассматриваются по отдельности.⁶⁰

Несмотря на то, что наличие риска и регулярность получения доходов, по мнению некоторых арбитров, не относятся к формальным обязательным требованиям, предъявляемым к содержанию понятия «инвестиция»,⁶¹ они имеют самостоятельное значение при установлении юрисдикции арбитражного трибунала по основанию *ratione materiae*. Их главная роль сводится к отграничению инвестиционной деятельности от обычных коммерческих сделок, совершаемых иностранным инвестором.⁶²

Данная роль присуща всем внутренним признакам, которые взятые в совокупности, помогают арбитражным трибуналам объединить различные фактические данные в единую модель инвестиционных отношений, так же, как ученик собирает мозаику или головоломку. Тем самым значительно упрощается задача арбитров, чье внимание концентрируется на определенном перечне обстоятельств дела и оценке их с точки зрения предложенных критериев. В арбитражной практике встречаются случаи, когда суть инвестиции выражается арбитрами в нескольких фразах, иногда даже с применением художественных образов.⁶³

⁵⁸ «Инвестиционный риск представляет собой другой вид жребия (*alea*), ситуацию, в которой инвестор не может быть уверен в возврате своей инвестиции и не может знать об окончательной сумме своих расходов, даже если все его контрагенты будут выполнять свои договорные обязательства. Когда есть «риск» такого рода, инвестор просто не может предвидеть результат сделки» (см.: *Romak v. Uzbekistan* (Award), par. 230).

⁵⁹ «В заключение, применяя определение, предложенное Республикой Словакия (...), можно прийти к выводу, что средства, предоставленные компанией CSOB в результате ее банковской деятельности в Республике Словакия, предназначались для извлечения выгоды и получения компанией CSOB доходов в будущем с учетом элемента риска, который подразумевается в большинстве видов экономической деятельности» (см.: *CSOB v. The Slovak Republic* (Decision on Jurisdiction), par. 90).

⁶⁰ В деле *Fedax v. Venezuela* арбитражный трибунал выделил регулярность получения доходов в качестве самостоятельного признака и подтвердил его наличие исходя из многолетнего графика погашения процентов по векселям (см.: *Fedax v. Venezuela* (Decision on Objections to Jurisdiction), par. 43).

⁶¹ *CSOB v. The Slovak Republic* (Decision on Jurisdiction), par. 90. По мнению М. Хванга, единоличного арбитра в деле *MHS v. Malaysia*, регулярность получения доходов вообще не обладает свойствами классического признака, и его отсутствие не оказывает существенного влияния на рассмотрение вопроса о юрисдикции арбитражного трибунала (см.: *Malaysian Historical Salvors Sdn, Bnd v. The Government of Malaysia*, ICSID case № ARB/05/10, Award on Jurisdiction, May 17, 2007 (*MHS v. Malaysia* (Award of Jurisdiction), par. 108).

⁶² В деле *Romak v. Uzbekistan* арбитражный трибунал пришел к выводу, что компания Romac несла обычные коммерческие риски, ограничивающиеся неоплатой поставок пшеницы и покрываемые аккредитивом и гарантийными обязательствами, вследствие чего эти риски не были признаны инвестиционными (см.: *Romak v. Uzbekistan* (Award)), par. 231). Также см.: *MHS v. Malaysia* (Award of Jurisdiction), par. 112.

⁶³ «Эти три критерия происходят из обычного значения слова «инвестиция», и могут быть рассмотрены в контексте сложной международной сделки или образования любого ребенка: в обоих случаях, субъект требует вложение определенной суммы денежных средств или know-how, не может предоставить выгоду от такого вложения немедленно и связан с риском, что никакой выгоды не будет предоставлено вообще, так как проект может никогда не завершиться, а ребенок может не оправдать надежды и ожидания своих родителей (см.: *Saba Fakes*

Однако не всегда такое упрощение способствует принятию справедливого решения. С методологической точки зрения призыв к оценке всех типичных характеристик в их совокупности и лишению каждой из них самостоятельного значения эффективен только при достижении положительного результата, в данном случае – выявлении признаков инвестиции в действиях иностранного инвестора. Несоответствие между теоретическими постулатами и обстоятельствами дела не влияет на общую картину, если оно обнаружено в рамках одного признака. Такой подход устраивает истца, но не устраивает ответчика, позиция которого сводится обычно к формальному оспариванию признаков инвестиции.

Определенные неудобства возникают и у арбитров при вынесении арбитражного решения. Им необходимо искать компромисс между обязанностью рассмотреть все доводы сторон с указанием мотивов для их отклонения или поддержки и общим представлением, сформированным у арбитров по поводу спорного вопроса.

Проблема выбора между целостным представлением об инвестиции и разложением его на отдельные элементы проявляется не только при оценке внутренних признаков инвестиции. Актуальность этой проблемы сохраняется и при переходе к внешним признакам.

Продолжение читайте в следующем номере.

v. Turkey (Award), par. 110). В деле *Энергоальянс против Республики Молдова* Д. Пеллью раскрыл суть инвестиции в двух предложениях: «Вкратце, я считаю, что обычное значение слова «инвестиция» — это вложение капитала или усилий в ожидании получения некоторого дохода. Я также считаю, что в большинстве случаев это слово также предполагает i) некоторую задержку (т. е. «длительность») до того, как доход будет реализован, и ii) некоторую неопределенность в размере дохода (т. е. коммерческий риск)» (см.: *Энергоальянс против Республики Молдова* (Особое мнение Д. Пеллью), п. 20).