

## ПРАВОВЫЕ РЕЖИМЫ ИНОСТРАННЫХ ИНВЕСТИЦИЙ: ОБЩИЙ ВЗГЛЯД НА ПРОБЛЕМУ\*

*Е.И. КОВАЛЕНКО, начальник управления правового регулирования гражданских, экологических отношений, лицензирования и внешнеэкономической деятельности  
Министерства юстиции Республики Беларусь ©*

В статье рассматривается понятие правового режима применительно к сфере защиты иностранных инвестиций, проводится деление правовых режимов иностранных инвестиций на абсолютный и относительный, анализируются нормы многосторонних и двусторонних международных договоров Республики Беларусь, регламентирующих вопросы осуществления и защиты иностранных инвестиций и предусматривающих предоставление им определенного правового режима.

На основании проводимого анализа определяется содержание режима недискриминации, а также режима наибольшего благоприятствования и национального режима иностранных инвестиций, исследуются особенности названных режимов в сфере их защиты. В результате автором выявляются взаимосвязи между различными правовыми режимами иностранных инвестиций, выделяются обеспечиваемые рассмотренными правовыми режимами средства защиты иностранных инвестиций, отмечается прогрессивный характер относительных режимов и необходимость совершенствования практики формулирования положений о режиме инвестиций в международных договорах.

Признание в соответствии с положениями международного договора лица в качестве иностранного инвестора, а осуществляемых им капиталовложений в качестве иностранных инвестиций является первой ступенью на пути исследования международно-правовой защиты иностранных инвестиций. Следующим этапом в этом процессе является изучение правового режима, предоставляемого иностранным инвестициям.

Понятие правового режима активно используется в международном частном праве, в том числе и в международных договорах и научных исследованиях по вопросам иностранных инвестиций. Так, В.Г. Тихиня полагает, что совокупность прав и обязанностей иностранных физических и юридических лиц называется правовым режимом. Этот режим, по его мнению, устанавливается международными договорами и внутренним законодательством того государства, на территории которого пребывают иностранцы [1, с.56].

Н.А. Ушаков трактует понятие «режим» исходя из используемого в международных договорах английского термина «treatment», основное значение которого – обхождение, обращение. На этом основании он делает вывод, что русское значение термина «режим» также означает обхождение, обращение с другим государством [2, с.16].

О.Н. Толочко под режимами понимает предоставление международным договором или национальным законодательством «чужеродному» для данной национальной правовой системы субъекту определенного перечня прав или льгот, либо

определение для него специальных правил. Рассматривая природу правовых режимов, автор определяет их как «внутренне единую группу норм, определяющих правовой статус такого субъекта в данной конкретной сфере (торговле, инвестициях, миграции и т.д.)» [3, с.122].

Л.П.Ануфриева квалифицирует правовые режимы деятельности иностранных лиц как основные начала (принципы), определяющие основы правового регулирования соответствующих отношений (правового статуса субъектов иностранных государств вообще, их прав и обязанностей в конкретных сферах и т.д.) [4, с.103–104]. Данный подход поддерживается и Г.М. Вельяминовым, который относит правовые режимы в раздел «Принципы международного экономического права», и ставит принцип недискриминации, режим наиболее благоприятствуемой нации – национальный режим в один ряд с принципами сотрудничества, взаимной выгоды, неприменения силы [5, с.20–23].

На наш взгляд, понятие «правовой режим» следует рассматривать как общее, раскрывающее основные принципы правового регулирования в определенной сфере. В рамках настоящей статьи такой сферой является применение правовых режимов для целей защиты инвестиций при их осуществлении на территории иностранного государства.

Правовой режим имеет в международно-правовой защите иностранных инвестиций чрезвычайно важное значение: на основании его определяются права и обязанности государства по обращению с иностранными инвестициями,

\*Статья поступила в редакцию 23 мая 2006 года.

а также правосубъектность иностранного инвестора на территории этого государства.

В международных договорах и доктрине выделяются *различные правовые режимы иностранных инвестиций*, содержание которых позволяет разделить их на две большие группы. Они отличаются основаниями возникновения, источниками закрепления и наличием либо отсутствием зависимости от уже предоставленных режимов инвестициям из третьих стран или национальным инвестициям: абсолютный режим иностранных инвестиций и относительные режимы.

Подавляющее большинство международных договоров, направленных на защиту иностранных инвестиций, содержит положения, устанавливающие абсолютный режим обращения с иностранными инвестициями. Такой режим представляет собой безусловный минимальный стандарт защиты иностранных инвестиций и выражается в форме общих принципов, соблюдение которых договаривающейся стороной обязательно в отношении иностранных инвестиций другой договаривающейся стороны, не зависимо от обращения первой стороны с инвестициями из третьих стран или национальными инвестициями.

Образующие абсолютный режим принципы возникли в качестве обычно-правовых и основаны на общепризнанных принципах международного права. Данные принципы предоставляют возможность оценить, является ли защита инвестиций удовлетворительной, и установить, как более специализированные положения должны быть применены в определенных ситуациях. Режим основывается, прежде всего, на принципе недискриминации, а также связанных с ним принципах полной защиты и безопасности, обязанности соблюдать принятые обязательства, касающиеся инвестиций, обращения в рамках международного права.

Относительные режимы, в отличие от абсолютного, не являются общепринятыми международно-правовыми нормами и носят исключительно договорной характер, то есть требуют закрепления в соответствующих международных договорах, включают в себя режим наибольшего благоприятствования и национальный режим.

Содержание данных режимов применительно к инвестициям инвесторов одной стороны на территории другой стороны в каждом конкретном случае ставится в зависимость от обращения этой другой стороны с инвестициями третьих стран (применительно к режиму наибольшего благоприятствования) и национальными инвестициями (применительно к национальному режиму).

*Принцип недискриминации* берет свое начало в одном из основополагающих принципов международного права – в принципе суверенного равенства государств, закреплен в статье 4 Хартии экономических прав и обязанностей государств [6]. Он требует предоставления

каждому отдельному инвестору на равных основаниях с другими общего режима в области инвестиционной деятельности. Такой режим является минимумом, на который вправе претендовать любой инвестор. По мнению М.М. Богуславского, суть принципа недискриминации заключается в недопустимости дискриминации иностранных лиц в зависимости от принадлежности государства их национальности к той или иной общественно-политической системе, или на основании иного признака [7, с.30].

Принцип недискриминации не препятствует введению общих ограничений в области инвестиций, он лишь требует, чтобы любые условия (в т.ч. и ограничительные) устанавливались и применялись ко всем инвесторам. Если ограничительная мера не имеет избирательной направленности, она не противоречит принципу недискриминации.

А.В. Асосков полагает, что принцип недискриминации не требует специального закрепления в международных договорах, поскольку его правовое действие основывается на *norme ius cogens* [8, с.64]. По мнению же М.С. Евтеевой, произвольное или дискриминационное обращение исключается уже в силу принципа справедливого и равноправного обращения [9, с.65]. Полагаем возможным не согласиться с данной точкой зрения, поскольку принцип недискриминации является одним из наиболее часто нарушаемых принципов. К распространенным его нарушениям относятся повышенное налогообложение, введение специальных антидемпинговых и компенсационных пошлин, количественные ограничения импорта. [10, с.77].

Положение о недискриминации закреплено в двусторонних международных договорах о защите иностранных инвестиций (далее – двусторонние инвестиционные соглашения, ДИС), заключенных Республикой Беларусь с рядом стран. Так, в пункте 1 статьи 3 ДИС между Правительством Республики Беларусь и Правительством Республики Македония записано: «Каждая Договаривающаяся Сторона будет защищать на своей территории инвестиции, осуществленные в соответствии с ее законодательством инвесторами другой Договаривающейся Стороны, и обязуется не препятствовать путем принятия необоснованных или дискриминационных мер управлению, поддержанию, использованию, распоряжению, расширению, продаже и, если так случится, ликвидации таких инвестиций».

Согласно пункту 3 статьи 2 ДИС, заключенного между Правительством Республики Беларусь и Правительством Итальянской Республики, обе Договаривающиеся Стороны обеспечивают, чтобы управление, поддержка, использование, преобразование, владение или передача прав на инвестиции, которые были осуществлены на ее территории инвесторами другой Договаривающейся

Стороны, а также юридические лица такие, как, в частности, но не исключительно, компании и предприятия, в которые эти инвестиции вложены, ни в коем разе не подвергались неоправданным либо дискриминационным мерам.

Помимо изложенного следует отметить, что принцип недискриминации непосредственно связан с режимом наибольшего благоприятствования и является его основой. Так, государство, которое отказывает в предоставлении режима наибольшего благоприятствования абсолютному меньшинству иностранных инвесторов, фактически осуществляет дискриминацию, так как ставит отдельных инвесторов в худшие условия по сравнению с большинством.

В соответствии с *режимом наибольшего благоприятствования* (далее – РНБ) инвестициям, происходящим из одного государства, на территории другого государства должен предоставляться режим не менее благоприятный, чем инвестициям, происходящим из любого третьего государства. РНБ является договорным режимом, который появился в сфере торговых соглашений, где он первоначально был сформулирован и применялся на основе взаимности.

РНБ означает, что если одна из сторон предоставляет специальное преимущество или привилегию инвестициям из третьего государства, то она должна предоставить такое же преимущество или привилегию инвестициям из государства-партнера. Этот принцип также сдерживает государство-участника международного договора от создания для инвестиций из другого государства-участника международного договора условий менее благоприятных, чем те, которые предоставлены инвестициям из третьего государства.

Современная практика применения режима наибольшего благоприятствования в международных договорах по вопросам защиты иностранных инвестиций является в целом универсальным явлением. По сути, РНБ направлен на обеспечение единого уровня защиты, формируемого гарантиями всех международных договоров, заключенных страной. Рассматриваемый режим в настоящее время получил широкое закрепление в касающихся защиты инвестиций международных договорах различного уровня.

Одним из наиболее значительных многосторонних договоров, в котором получил закрепление режим наибольшего благоприятствования, является Генеральное соглашение о торговле услугами 1994 года (далее – ГАТС). ГАТС распространяется на все виды услуг, за исключением предоставляемых при осуществлении функций правительственной власти (на некоммерческой основе и не на условиях конкуренции), а также на все способы поставки услуг к потребителям, включая трансграничные операции, создание и деятельность коммерческого присутствия на территории другого государства-участника. Таким

образом, ГАТС охватывает и сферу иностранных инвестиций.

Согласно пункту 1 статьи II рассматриваемого многостороннего договора, каждый Член немедленно и, безусловно, предоставляет услугам и поставщикам услуг любого другого Члена режим, не менее благоприятный, чем тот, который он предоставляет для аналогичных услуг или поставщиков услуг любой другой страны.

Установление режима наибольшего благоприятствования на многостороннем уровне имеет определенное преимущество с технической точки зрения, поскольку освобождает от необходимости заключения многочисленных двусторонних договоров. Вместе с тем, такое установление не означает, что только государства-участники определенного многостороннего договора вправе претендовать на особые льготы, предоставляемые одним из его участников другим договаривающимся сторонам. Такие льготы вправе требовать также государство, не участвующее в указанном многостороннем договоре, но связанное с государством-участником двусторонним соглашением, предусматривающим режим наибольшего благоприятствования.

Закрепление режима наибольшего благоприятствования в ДИС считается общепринятым. В качестве типичной для двусторонних соглашений о защите инвестиций формулировки о РНБ можно привести положения пункта 2 статьи 4 ДИС между Правительством Республики Беларусь и Правительством Республики Индия: «... каждая Договаривающаяся Сторона будет предоставлять инвесторам другой Договаривающейся Стороны, а также доходам от их инвестиций, режим, не менее благоприятный, чем тот, который она предоставляет инвесторам любого третьего государства».

В соответствии со статьей 29 Соглашения о партнерстве и сотрудничестве между Республикой Беларусь и Европейским сообществом и его государствами-членами режим наибольшего благоприятствования предоставляется в отношении условий, касающихся учреждения белорусских компаний на территории Сообщества и его государств-членов, а также в отношении деятельности филиалов компаний Беларуси на указанной территории. В отношении учреждения компаний Сообщества на территории Беларуси, а также деятельности дочерних фирм и филиалов компаний Сообщества, учрежденных на этой территории, названным Соглашением предоставляется возможность выбора между национальным режимом и РНБ.

Национальный режим следует отличать от РНБ. Отличие состоит в том, что в силу РНБ в равное положение ставятся иностранные инвестиции между собой, а в силу национального режима иностранные инвестиции приравниваются к национальным.

Таким образом, содержание национального режима состоит в том, что инвестициям, происходящим из одного государства-участника международного договора, на территории другого государства-участника этого международного договора предоставляется такое же обращение, каким пользуются инвестиции самого государства осуществления инвестиций.

В настоящее время в международной практике широко распространено предоставление равного режима для национальных и иностранных инвесторов. Примером закрепления национального режима на многостороннем уровне может служить статья 5 Конвенции о защите прав инвестора 1997 года: «Условия осуществления инвестиций, а также правовой режим деятельности инвесторов, в связи с осуществленными инвестициями не могут быть менее благоприятными, чем условия осуществления инвестиций и режим деятельности, связанных с ними, для юридических и физических лиц страны-реципиента, за исключением изъятий, которые могут устанавливаться национальным законодательством страны-реципиента».

В ДИС, заключенных Республикой Беларусь, можно встретить различные варианты положений о национальном режиме. Наиболее типичная формулировка предусмотрена в пункте 1 статьи 3 ДИС, заключенного между Правительством Республики Беларусь и Правительством Сирийской Арабской Республики: «Каждая из Договаривающихся Сторон предоставит на своей территории в отношении инвестиций и доходов инвесторов другой Договаривающейся Стороны режим, не менее благоприятный, чем тот, который она предоставляет в отношении инвестиций и доходов своих собственных инвесторов».

Следует отметить, что положения некоторых международных договоров, направленные на закрепление режима инвестиций, не позволяют четко определить содержание предоставляемого режима и способны повлечь его смешение с другими режимами. Так, в статье 6 Соглашения о сотрудничестве в области инвестиционной деятельности от 24 декабря 1993 года устанавливается следующее: «Отношения, связанные с инвестициями Сторон, регулируются соответствующими положениями законодательства государства по месту инвестирования, установленными для инвесторов этого государства, настоящим Соглашением и другими соглашениями между его участниками, а также международными соглашениями, в которых участвуют Стороны. При этом в ходе дальнейшего совершенствования законодательства Стороны будут исходить из того, что правовой режим инвестиций Сторон, а также деятельность инвесторов по их осуществлению не могут быть менее благоприятными, чем режим для инвестиционной деятельности юридических и физических лиц государства по месту инвестирования». Из содержания первого предложения изложенной статьи Соглашения не представляется возможным определить, о каком

режиме идет речь – национальном или РНБ. Кроме того, данная норма международного договора может трактоваться как закрепляющая принцип недискриминации в отношении иностранных инвестиций и не устанавливающая какого-либо относительного режима вообще.

Ситуация осложняется тем, что статья 16 Соглашения о взаимном признании прав и регулировании отношений собственности от 9 октября 1992 года, регламентировавшая в рамках СНГ вопросы иностранных инвестиций до заключения Соглашения о сотрудничестве в области инвестиционной деятельности от 24 декабря 1993 года, однозначно не предусматривала национального режима в отношении иностранных инвестиций: «Стороны признают, что их юридические и физические лица, осуществляющие инвестиции, рассматриваются на территории друг друга как иностранные инвесторы. Их деятельность на территории каждой из Сторон осуществляется в соответствии с ее законодательством об иностранных инвестициях и международными соглашениями, в которых участвуют договаривающиеся Стороны».

Сложившаяся коллизия явилась предметом рассмотрения Экономического Суда СНГ, который в своем решении от 21 января 1997 года №С-1/12-96/С-1/18-96 дал следующее толкование: «Экономический Суд считает, что под понятием «инвесторы этого государства», употребленным в статье 6 Соглашения, понимаются ... собственные (национальные) инвесторы... Следовательно, в статье 6 названного Соглашения речь идет о распространении на инвестиции, осуществленные инвесторами государств-участников Соглашения от 24 декабря 1993 года на территории друг друга, правового режима инвестиций, установленного законодательством государства по месту инвестирования для собственных, а не иностранных инвесторов. Указанный вывод Суда подтверждается положением, содержащимся в той же статье 6, о сохранении правового режима для инвестиций Сторон, не менее благоприятного, чем правовой режим для инвестиционной деятельности юридических и физических лиц государства по месту инвестирования и в ходе дальнейшего совершенствования законодательства Сторон». Экономическим Судом СНГ предоставляемый Соглашением режим инвестиций был определен как национальный.

Таким образом, сделаем некоторые выводы.

1. Абсолютный режим обеспечивает защиту иностранных инвестиций посредством:
  - предоставления недискриминационных условий осуществления инвестиционной деятельности;
  - недопущения избирательных ограничений на основании каких-либо признаков для отдельных инвесторов либо группы инвесторов;
  - недопущения предоставления худших условий инвестирования, чем принятые в международно-договорной практике в целом;
  - обеспечения справедливого и равноправного обращения с иностранными инвестициями в соответствии с правовыми нормами;

предоставления иностранным инвестициям безусловной правовой защиты;

добросовестного исполнения государством принятых в отношении иностранных инвестиций и инвестора обязательств и соблюдение предоставленных инвестору прав.

2. Относительные режимы предполагают в качестве непосредственного условия своего осуществления соблюдение принципа недискриминации, основываются на данном принципе и направлены на обеспечение равенства в обращении. При этом конкретное содержание предоставляемого иностранным инвестициям режима осуществления инвестиций государство определяет самостоятельно – во внутреннем законодательстве и заключаемых международных договорах.

3. Относительные режимы обеспечивают защиту иностранных инвестиций посредством:

недопущения дискриминации и обеспечения равенства в обращении с иностранными инвестициями;

установления критерия недискриминационности и справедливости обращения с конкретными иностранными инвестициями – соответствие такого обращения обращению, предоставляемому инвестициям из третьих государств либо национальным инвестициям;

возложения на государство осуществления инвестиций обязанности предоставить иностранным инвестициям режим не менее благоприятный,

чем предоставляемый инвестициям из третьих государств либо национальным инвестициям;

возложения на государство осуществления инвестиций обязанности автоматически распространять на иностранные инвестиции все льготы и преимущества, предоставляемые инвестициям из третьих государств либо национальным инвестициям.

4. При квалификации правового режима инвестиций определяющее значение имеют используемые в международном договоре формулировки. Нечеткость положений, направленных на определение правового режима, способна породить серьезные проблемы при применении международного договора, предоставляющего защиту иностранным инвестициям, и потребовать его толкования.

5. Относительные режимы имеют прогрессивную направленность и содействуют повышению уровня защиты иностранных инвестиций, поскольку уравнивая в правах иностранных инвесторов разных государств либо иностранных и национальных инвесторов, при постепенном расширении круга субъектов, на которые режим распространяется (благодаря заключению новых международных договоров), со временем превращают льготный режим в общий, недискриминационный режим, на базе которого в последующем начинает складываться новый, более льготный режим инвестиций.

## ЛИТЕРАТУРА

1. Тихиня В.Г. Международное частное право: учебник. Мн.: Право и экономика, 2004. 404 с.
2. Ушаков Н.А. Режим наибольшего благоприятствования в межгосударственных отношениях. М.: Ин-т государства и права Рос. акад. наук, 1995. 125 с.
3. Толочко О.Н. Методология правового регулирования и правовой режим во внешнеэкономических отношениях // Веснік ГрДУ. Серія 1. 2003. №4. С. 114–123.
4. Ануфриева Л.П. Международное частное право. Т. 1: Общая часть. М., 2000.
5. Вельяминов Г.М. Основы международного экономического права. М.: ТЕИС, 1994.
6. Действующее международное право. Сб. док. в 3-х т. Т. 3 / Под ред. Ю.М. Колосова и Э.С. Кривчиковой. М., 1997.
7. Богуславский М.М. Международное частное право: Учебник. М., 1994.
8. Асосков А.В. Правовые формы участия юридических лиц в международном коммерческом обороте. М.: Статут, 2003.
9. Евтеева М.С. Международные двусторонние инвестиционные соглашения. М.: Междунар. отношения, 2002.
10. Ковешников М.Е. Правовое регулирование иностранных инвестиций в Российской Федерации. М.: Норма, 2001.

## SUMMARY

The legal procedure concept which applies to the foreign investment defense field is analysed in this article. Foreign investment legal procedures are divided into the absolute one and the relative ones. The norms of bilateral and multilateral agreements of the Republic of Belarus regulating the realization and defense foreign investment issues and calling for the provision of certain legal procedures to these investments are analysed.

The contents of the non-discrimination, the greatest favour and the national foreign investment procedures are defined and the peculiarities of these procedures in the foreign investment defense field are researched based on the analysis conducted. As a result the author explores the interconnections between various foreign investment legal procedures, marks out the foreign investment defense means secured by the legal procedures considered and emphasizes the progressive character of relative procedures and the need to improve the practice of formulating the regulations on investment procedures in international agreements.