

МЕЖДУНАРОДНО-ПРАВОВАЯ ЗАЩИТА ИНОСТРАННЫХ ИНВЕСТИЦИЙ В РЕСПУБЛИКЕ БЕЛАРУСЬ: проблемы национального законодательства и пути его совершенствования*

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

В статье рассматривается внутригосударственное правовое регулирование инвестиционных отношений с позиции его соответствия нормам международных договоров о защите иностранных инвестиций и достаточности такого регулирования для реализации на практике защиты иностранных инвестиций, предоставляемой международными договорами Республики Беларусь. Анализируются нормы Инвестиционного кодекса Республики Беларусь и иных актов национального законодательства, регламентирующих вопросы инвестиционной деятельности и предусматривающих определенные правовые институты, направленные на защиту иностранных инвестиций в Беларуси. Исследованию подвергаются определение инвестиций и инвесторов, режим иностранных инвестиций, а также средства защиты иностранных инвестиций. На основании проведенного анализа автором предложен ряд конкретных дополнений и изменений в инвестиционное законодательство Республики Беларусь, нормативное закрепление которых позволит усовершенствовать правовое регулирование в области защиты иностранных инвестиций, и обеспечит возможность беспрепятственного практического использования средств такой защиты.

Вопросы правового регулирования инвестиционной деятельности находят широкое отражение в трудах белорусских юристов – Н.Н. Грачева, В.В. Новика, А.С. Вашкевича, В.Г. Тихини, Я.И. Функа, В.В. Хвалея и других. Однако непосредственно международно-правовой защите иностранных инвестиций в отечественной юридической литературе уделяется незаслуженно мало внимания. Данной проблематике посвящено лишь несколько публикаций. В частности, вопросы защиты зарубежных инвесторов на территории Республики Беларусь рассматриваются в работах Т. Манцевич [1], Э.И. Петровича и А.В. Бабины [2].

Вместе с тем, необходимость совершенствования национального инвестиционного законодательства и повышения правовой защиты иностранных инвестиций отмечается в важнейших программных документах, определяющих приоритетные направления развития белорусского государства на долгосрочную и среднесрочную перспективу [3, с.153; 4, с.67; 5].

В сложившейся ситуации исследование проблем национального инвестиционного законодательства и выработка путей его совершенствования с целью обеспечения международно-правовой защиты иностранных инвестиций являются объективно необходимыми и требуют формирования теоретической базы в данной области международного частного права.

Определение инвестиций и инвесторов. Инвестиционный кодекс Республики Беларусь (далее – ИК) содержит определение инвестиций, а также определяет объекты и формы инвестиционной деятельности в целом, не выделяя отдельно дефиницию «иностранные инвестиции». Понятие иностранных инвестиций выводится через определение в ИК категории «иностранное инвесторы».

Под инвестициями понимаются любое имущество, включая денежные средства, ценные бумаги, оборудование, и результаты интеллектуальной деятельности, принадлежащие инвестору на праве собственности или ином вещном праве, а также имущественные права, вкладываемые инвестором в объекты инвестиционной деятельности в целях получения прибыли (дохода) и (или) достижения иного значимого результата (ст. 1 ИК).

В качестве объектов инвестиционной деятельности часть 1 статьи 4 ИК определяет недвижимое имущество, в том числе предприятие как имущественный комплекс, ценные бумаги и интеллектуальную собственность. В соответствии со статьей 5 ИК инвестиционная деятельность в Республике Беларусь осуществляется в следующих формах: создание юридического лица; приобретение имущества или имущественных прав, а именно: доли в уставном фонде юридического

* Статья поступила в редакцию 26 октября 2006 года.

лица, включая случаи увеличения уставного фонда юридического лица; недвижимости; ценных бумаг; прав на объекты интеллектуальной собственности; концессий; оборудования; других основных средств.

Иностранцами инвесторами в Республике Беларусь, согласно части 4 статьи 3 ИК, признаются: иностранные государства и их административно-территориальные единицы в лице уполномоченных органов; международные организации; иностранные юридические лица; иностранные организации, не являющиеся юридическими лицами, созданные в соответствии с законодательством иностранных государств; иностранные граждане; физические лица (граждане Республики Беларусь и лица без гражданства), постоянно проживающие за пределами Республики Беларусь. Особенности регулирования их деятельности определяются Кодексом и иными актами национального законодательства, в том числе международными договорами Республики Беларусь (ч. 5 ст. 3 ИК).

Как следует из частей 1 и 2 статьи 77 ИК, иностранные инвесторы вправе осуществлять на территории Республики Беларусь инвестиционную деятельность в любых вышеперечисленных формах. При этом они вправе создавать на территории республики юридические лица Республики Беларусь с любым объемом иностранных инвестиций и в любых организационно-правовых формах, а также их филиалы и представительства в соответствии с актами национального законодательства, в том числе международными договорами Республики Беларусь.

Закрепленные в ИК понятия инвестиций, объектов и форм инвестиционной деятельности не играют существенной роли для целей определения предмета правовой защиты, поскольку ИК допускает отнесение к иностранным инвестициям любого имущества и имущественных прав, вкладываемых иностранным инвестором в объекты инвестиционной деятельности.

Определение инвестиций и иностранных инвесторов в ИК имеет ряд отличий от определения их в международных договорах Республики Беларусь.

1. Часть 2 статьи 5 ИК относит заемные и привлеченные средства, включая кредиты банков и небанковских кредитно-финансовых организаций, займы учредителей (участников) и других юридических и физических лиц, облигационные займы, к источникам инвестиций, в то время как международные договоры относят займы и денежные обязательства, связанные с капиталовложениями, непосредственно к инвестициям.

Это не позволяет рассматривать кредиторов как инвесторов, исключая возможность распространять на предоставленные кредитные ресурсы защиту, предоставляемую международными договорами. Вместе с тем, предоставление средств

субъектам предпринимательской деятельности других государств, также как и осуществление иностранных капиталовложений в иных формах, сопряжено со значительными рисками и требует правовой защиты.

С учетом изложенного, полагаем обоснованным внесение в статьи 1, 4 и 5 ИК изменений, которыми соответственно: заемные и привлеченные средства будут отнесены непосредственно к инвестициям, субъекты предпринимательской деятельности Республики Беларусь – их получатели – к объектам инвестиционной деятельности, а предоставление этих средств – к такой форме инвестиционной деятельности, как приобретение имущественных прав.

2. В части 4 статьи 3 ИК, определяющей иностранных инвесторов, равно как и в ИК в целом, не указывается критерий отнесения инвесторов к определенному государству. В этой связи подлежит применению общая норма статьи 1111 Гражданского кодекса Республики Беларусь (далее – ГК), в соответствии с которой Законом юридического лица считается право страны, где это юридическое лицо учреждено, а, следовательно, и национальность юридического лица определяется местом его учреждения.

Развитие международных экономических отношений и опыт других стран показывают, что наличие классического критерия учреждения для определения национальности инвестора не достаточно. Для того чтобы с достоверностью определить фактическую связь инвестора с определенным государством, необходимо использование универсального критерия – критерия контроля. Именно по этому пути идут международные договоры по вопросам защиты иностранных инвестиций.

На наш взгляд, необходимо закрепить в статье 3 ИК критерий контроля в качестве критерия, используемого для определения фактической принадлежности инвестора к определенному государству, а в части 3 пункта 1 статьи 1 ГК – приоритета инвестиционного законодательства над гражданским при регулировании соответствующих отношений. Нормативное закрепление изложенного предложения позволит распространить предоставляемую правовую защиту на более широкий круг лиц, до этого не относившихся к иностранным инвесторам, и исключит возможность предоставления подобной защиты субъектам, лишь формально считающимся иностранными, но в действительности таковыми не являющимся. Урегулирование этого вопроса в рамках национального законодательства решит многие проблемы практического применения международно-правовых механизмов защиты иностранных инвестиций [6, с.26].

Режим иностранных инвестиций. ИК, равно как и иные акты внутреннего законодательства Республики Беларусь, в отличие от международных

договоров, направленных на защиту иностранных инвестиций, непосредственно не содержат общих принципов обращения с иностранными инвестициями, составляющими абсолютный правовой режим. В этой связи в качестве основных начал правовой защиты иностранных инвестиций, в силу предписаний части 2 пункта 3 статьи 1 ГК, подлежат применению принципы, определяющие и регламентирующие гражданские отношения и закрепленные в статье 2 ГК.

Вместе с тем, из содержания положений статьи 9 ИК, определяющей гарантии прав инвесторов, могут усматриваться отдельные принципы обращения с иностранными инвестициями, традиционно закрепляемые в международных договорах:

государство гарантирует инвестору право собственности и иные вещные права, а также имущественные права, приобретенные законным способом, и защищает эти права, что, по нашему мнению, может рассматриваться как принцип безусловной правовой защиты (ч. 1 ст. 9 ИК);

государство гарантирует равенство прав, предоставляемых инвесторам независимо от их формы собственности при осуществлении инвестиционной деятельности, а также равную, без всякой дискриминации, защиту прав и законных интересов инвесторов, что, по сути, устанавливает принципы справедливого и равноправного обращения и недискриминации (ч. 2 ст. 9 ИК);

государство гарантирует стабильность прав инвестора, установленных названным Кодексом, по осуществлению инвестиционной деятельности и ее прекращению, что сходно с принципом добросовестного исполнения государством принятых обязательств и соблюдения предоставленных инвестору прав (ч. 3 ст. 9 ИК).

Во избежание необходимости толкования закрепленных в статье 9 ИК гарантий, полагаем целесообразным дополнение ИК статьей 9¹, четко определяющей общие принципы обращения с иностранными инвестициями, то есть, по сути, устанавливающей абсолютный правовой режим иностранных инвестиций. Что касается относительного правового режима иностранных инвестиций, то в рамках внутригосударственного правового регулирования в отношении них закреплен национальный режим. В соответствии со статьей 79 ИК правовой режим иностранных инвестиций на территории Республики Беларусь, условия деятельности иностранных инвесторов и создаваемых с их участием юридических лиц не могут быть менее благоприятными, чем соответствующий режим для имущества и имущественных прав, а также условия для инвестиционной деятельности юридических и физических лиц Республики Беларусь, кроме случаев, определенных названным Кодексом.

Оценка режима иностранных инвестиций одного государства на предмет соответствия режиму

иностранного государства, как это предполагается в рамках режима наибольшего благоприятствования, в законодательстве Республики Беларусь не предусматривается. Полагаем, что, во избежание необоснованной дискриминации иностранных инвестиций, происходящих из различных стран, целесообразно внести в статью 79 ИК дополнение, направленные на закрепление помимо национального режима также режима наибольшего благоприятствования.

Защита иностранных инвестиций при принудительном отчуждении. Инвестиции, согласно части 2 статьи 11 ИК, не могут быть безвозмездно национализированы, реквизированы, к ним не могут быть применены меры, равные указанным по последствиям. Национализация или реквизиция возможны лишь со своевременной и полной компенсацией стоимости национализированного или реквизируемого инвестиционного имущества и других убытков, причиняемых национализацией и реквизицией. Их порядок и условия, а также выплаты компенсации стоимости национализированного или реквизируемого инвестиционного имущества и других убытков, причиняемых национализацией и реквизицией, устанавливаются настоящим Кодексом и законами Республики Беларусь.

Однако ИК, равно как и иные законодательные акты Республики Беларусь, не раскрывает порядок и условия национализации и реквизиции, а также подробно не регламентирует вопросов компенсации в связи с названными мерами. В национальном законодательстве не нашло закрепления и общепринятое в международном праве правило о возможности национализации только в общественных интересах.

На наш взгляд, необходимо принятие закона, которым бы регламентировались общие вопросы осуществления и процедура относительно национализации и реквизиции в Республике Беларусь. В нем должен быть закреплён принцип исключительности национализации и реквизиции, и, исходя из этого – установлен исчерпывающий список оснований для названных мер (например, угроза безопасности государства, обороноспособности страны и т.п.). Здесь же обязательно разработать четкий механизм проведения национализации и реквизиции при жестком контроле государства над изымаемым имуществом, а также подробно раскрыто правило о своевременной и полной компенсации инвестору. Кроме того, весьма полезным для формирования благоприятного инвестиционного климата в Республике Беларусь будет определение на законодательном уровне содержания упоминаемых в статье 11 ИК мер, равных по последствиям национализации и реквизиции.

Условия осуществления компенсации закреплены и в национальном законодательстве: частью 1 статьи 12 ИК установлено, что компенсация

стоимости национализированного или реквизируемого инвестиционного имущества должна быть равной рыночной стоимости этого имущества, определяемой в порядке, установленном Президентом Республики Беларусь или по его поручению Правительством Республики Беларусь. Кроме того, компенсация должна включать процент, исчисленный согласно официальному курсу белорусского рубля по отношению к соответствующей иностранной валюте за период с даты фактической национализации или реквизиции либо их публичного объявления до даты фактической выплаты компенсации. Указанный процент не должен быть ниже, чем соответствующий процент, установленный на Лондонском межбанковском рынке (LIBOR).

Изложенные положения в целом соответствуют международно-правовой практике определения условий осуществления компенсации при применении мер принудительного изъятия иностранных капиталовложений, однако не могут быть реализованы на практике, поскольку до настоящего времени порядок определения рыночной стоимости инвестиционного имущества не установлен, а законодательство в целом не оперирует понятием «инвестиционное имущество», не определяя состав такого имущества в частности.

Полагаем, что указанные пробелы во внутригосударственном правовом регулировании защиты иностранных инвестиций подлежат скорейшему устранению путем издания (принятия) соответствующих нормативных правовых актов.

Возмещение убытков, понесенных в результате чрезвычайных обстоятельств. Существующий в законодательстве Республики Беларусь пробел, касающийся отсутствия нормативного определения содержания понятий «вред» и «ущерб», а также соотношения данных понятий, делает затруднительным применение норм международных договоров, регламентирующих вопросы возмещения убытков, понесенных в результате войны и гражданских беспорядков, а также незаконных действий государственных органов и их должностных лиц (далее – чрезвычайные обстоятельства). Так, в ИК (ст. 13) упоминается «вред, в том числе убытки», в аналогичных положениях ГК (ст. 15) ведется речь об убытках, под ними, согласно части 1 пункта 2 статьи 14 ГК, понимаются расходы, которые лицо, чье право нарушено, произвело или должно будет произвести для восстановления нарушенного права, утрата или повреждение имущества (реальный ущерб), а также неполученные доходы, которые это лицо получило бы при обычных условиях гражданского оборота, если бы его право не было нарушено (упущенная выгода).

Очевидно, что понятие «вред», используемое в ИК, шире определенного в ГК понятия «убытки», однако что еще, помимо убытков, может включать в себя вред, причиненный инвестору и

подлежащий возмещению в соответствии со статьей 13 ИК, национальным законодательством не определяется.

Рассмотренное ранее отсутствие должной правовой регламентации на национальном уровне вполне может породить вопросы, связанные с соотношением соответствующих норм международных договоров между собой и с нормами национальных нормативных правовых актов, а также с применением их на практике. В этой связи полагаем необходимым дополнение ИК статьей 13¹, регламентирующей возмещение иностранным инвесторам убытков, понесенных в чрезвычайных обстоятельствах.

Обеспечение свободного перевода средств. В рамках национального законодательства вопрос перевода средств иностранным инвестором затрагивается лишь в ИК при определении гарантий использования результатов инвестиционной деятельности. Так, иностранному инвестору гарантируется после уплаты им налогов и других обязательных платежей, установленных законодательными актами Республики Беларусь, беспрепятственный перевод за пределы республики прибыли (дохода), полученной на ее территории в результате осуществления инвестиционной деятельности, а также выручки от полной или частичной реализации инвестиционного имущества при прекращении инвестиционной деятельности (ч. 3 ст. 10 ИК).

Приведенная норма не получила дополнительного развития или конкретизации в ИК либо в иных актах законодательства, непосредственно регулирующих осуществление инвестиционной деятельности в Республике Беларусь, и носит скорее декларативный, чем практический характер. В этой связи регулирование перевода средств иностранными инвесторами в рамках национального законодательства осуществляется нормативными правовыми актами, регулирующими обращение валютных ценностей на территории Республики Беларусь и, соответственно, не предоставляющими иностранным инвесторам каких-либо гарантий в отношении перевода средств.

Суброгация. В Республике Беларусь внутригосударственное правовое регулирование отношений, связанных с суброгацией как средством международно-правовой защиты иностранных инвестиций, отсутствует. ИК в целом не предусматривает государственного участия в страховании отечественных инвестиций в иностранных государствах и не регламентирует вопросы, касающиеся страхования за рубежом иностранных инвестиций в Республике Беларусь. Таким образом, до урегулирования соответствующих отношений на национальном уровне возможность реализации положений международных договоров о суброгации следует рассматривать как теоретическую.

Отсутствие закрепленного на внутригосударственном уровне механизма рассмотрения заявок иностранных инвесторов на получение согласия государства осуществления инвестиций, необходимого для гарантирования Многосторонним агентством по гарантиям инвестиций, и принятия по итогам их рассмотрения соответствующих решений лишает иностранных инвесторов возможности использовать суброгацию как средства международно-правовой защиты иностранных инвестиций в Республике Беларусь.

Отсутствие закрепленного на внутригосударственном уровне механизма страхования белорусских инвестиций от рисков, которым они подвергаются в иностранных государствах, делает положения о суброгации, содержащиеся в международных договорах Республики Беларусь, односторонними – допуская суброгацию в отношении иностранных инвестиций на территории Беларуси, не позволяет на паритетной основе использовать это средство международно-

правовой защиты национальных инвестиций на территории других государств.

Полагаем, что суброгация, будучи действенным и широко практикуемым в международно-договорной практике средством защиты иностранных инвестиций, должна обрести подробную правовую регламентацию на национальном уровне и из норм международных договоров перерасти в действенный механизм защиты как иностранных инвестиций в Республике Беларусь, так и белорусских инвестиций за ее пределами.

На основании проведенного анализа представляется необходимым внесение ряда изменений и дополнений в инвестиционное законодательство Республики Беларусь. Нормативное закрепление выработанных предложений позволит усовершенствовать правовое регулирование в области защиты иностранных инвестиций и обеспечит возможность беспрепятственного практического использования средств такой защиты.

ЛИТЕРАТУРА

1. Манцевич, Т. Инвестиционное законодательство и защита зарубежных инвесторов на территории Республики Беларусь / Т. Манцевич // Юридический мир. 2005. №9. С. 77–80.
2. Петрович, Э.И. Государственное регулирование привлечения прямых иностранных инвестиций / Э.И. Петрович, А.В. Бабина // Белорусская экономика: анализ, прогноз, регулирование. 2003. №9. С.29–36.
3. Национальная стратегия устойчивого социально-экономического развития Республики Беларусь на период до 2020 года / Национальная комиссия по устойчивому развитию Республики Беларусь; редк.: Я.М. Александрович и др. Мн.: Юнипак, 200 с.
4. Программа социально-экономического развития Республики Беларусь на 2006–2010 годы. Мн.: Беларусь, 2006. 176 с.
5. Национальная программа привлечения инвестиций в экономику Республики Беларусь на период до 2010 года // Министерство иностранных дел Республики Беларусь [Электронный ресурс]. 2006. Режим доступа: <http://www.mfa.gov.by/rus/index.php?d=economic/investment/program&id>. Дата доступа: 19.09.2006.
6. Тихиня, В.Г. Состояние хозяйственного законодательства Республики Беларусь и основные направления его совершенствования в условиях формирования правового государства / В.Г. Тихиня // Юридический журнал. 2005. №4.

SUMMARY

Interstate legal regulation of investment relations is examined in the article from the position of its correspondence with the norms of international agreements on protecting foreign investments and the adequacy of this regulation for the practical realization of the defense of foreign investment which is provided by the international agreements of the Republic of Belarus. The norms of the Investment Code of the Republic of Belarus and other national legislation acts regulating investment activity issues and making provisions for certain legal institutions directed at foreign investment protection in the Republic of Belarus are analyzed. The definition of investments and investors as well as foreign investment regime and the methods of protecting foreign investments are under research. The author offers a range of specific additions and alterations for the investment legislation of the Republic of Belarus based on the research carried out. Normative strengthening of these additions and alterations will allow improving the legal regulation in the field of foreign investment protection. It will also provide the possibility of unhindered practical use of such defense.