

Л. Г. Кропотов*

ПОНЯТИЕ «ИНВЕСТИЦИИ» В МЕЖДУНАРОДНОМ ПРАВЕ

Прежде всего, определимся с экономической составляющей понятия инвестиций.

Экономическая сущность инвестиций. Категория инвестиций и инвестирования является одним из ключевых элементов капиталистического устройства общества и рыночной экономики. Инвестиции — один из краеугольных камней в понимании различных экономических процессов (в первую очередь движение капитала в различных его формах) в масштабах отдельной компании и целого государства.

Условно взгляды на экономическую сущность инвестиций можно разделить на несколько групп. К первой группе можно отнести авторов, которые определяют инвестиции как вложение капитала.¹ При этом большинство авторов не указывает и/или не ограничивает формы капитала, видимо, подразумевая капитал во всех возможных формах.

Ко второй группе относятся некоторые западные авторы, объясняющие понятие инвестиций через расходы, указывая при этом, что речь идет о расходовании средств сегодня ради получения будущих выгод.² Так, У. Ф. Шарп, Г. Д. Александр, Дж. В. Бейли пишут,³ что в наиболее широком смысле слова инвестировать означает «расстаться с деньгами сегодня, чтобы получить большую их сумму в будущем».

Третья группа ученых-экономистов определяет инвестиции через объекты, которые используются в процессе предпринимательской деятельности.⁴ В данном случае инвестиции обычно сводят к перечислению тех видов объектов, которые могут быть использованы в процессе инвестирования.

При этом в работах авторов различных подходов указывается на целый ряд дополнительных аспектов инвестиций.

* Кропотов Леонид Григорьевич — аспирант кафедры коммерческого права юридического факультета СПбГУ.

© Л. Г. Кропотов, 2011

E-mail: leonid.kropotov@dlapiper.com

¹ См., напр.: Борисов Е. Ф. Экономическая теория: Учебник. М., 2005. С. 227; Ивасенко А. Г., Никонова Я. И. Инвестиции: источники и методы финансирования. М., 2009. С. 16; Мэнкью Н. Г. Макроэкономика. М., 1994. С. 120; Зубченко Л. А. Иностраннные инвестиции: Учеб. пособие. М., 2006. С. 7; Орлова Е. Р. Инвестиции: Курс лекций. М., 2003. С. 6; Чернов В. А. Инвестиционная стратегия: Учеб. пособие для вузов. М., 2003. С. 10; Максимова В. Ф. Инвестирование. М., 2003. С. 4; Вахрин П. И., Нешиной А. С. Инвестиции: Учебник. М., 2005. С. 13; *Инвестиции: Учебник / Под ред. В. В. Ковалева, В. В. Иванова, В. А. Лялина*. М., 2003 (авторы статьи — П. В. Воробьев, В. В. Иванов, В. А. Лялин). С. 22; Перар Ж. Управление финансами: с упражнениями. М., 1999. С. 187; Игонина Л. Л. Инвестиции: Учеб. пособие. С. 20, 22; Воронцовский А. В. Инвестиции и финансирование. СПб., 2003. С. 17; Подшиваленко Г. П., Лахметкина Н. И., Макарова М. В. [и др.]. Инвестиции: Учеб. пособие. М., 2006. С. 7.

² См., напр.: Боди З., Кейн А., Маргус А. Дж. Принципы инвестиций. М., 2002. С. 25; Макконнелл К. Р., Брю С. Л. Экономикс. М., 1992. С. 388.

³ Шарп У. Ф., Александр Г. Д., Бейли Дж. В. Инвестиции. М., 1999. С. 1.

⁴ См., напр.: Максимова В. Ф. Инвестирование. С. 5; Ивасенко А. Г., Никонова Я. И. Инвестиции: источники и методы финансирования. С. 15; Вахрин П. И., Нешиной А. С. Инвестиции: Учебник. С. 13.

Например, некоторые исследователи пишут об обязательном получении прибыли в качестве цели инвестиций.⁵ К. Маркс отмечал,⁶ что движение денежных средств в капиталистическом обществе в целом преследует цель приращения капитала, т. е. во всех случаях, когда речь идет о движении капитала, присутствует целевая установка на извлечение прибыли. По мнению Л. Л. Игониной,⁷ связь инвестиций с получением дохода как целевой установки инвестора является общей существенной чертой различных школ и направлений экономической мысли. Другие авторы идут дальше и указывают, что целью может быть не только прибыль, но и сохранение стоимости денег, так как «ценность наличных денег может быть “съедена” инфляцией».⁸ Существует и точка зрения, согласно которой целью инвестиций являются любые будущие выгоды. Например, обучение является инвестицией в том плане, что оно имеет своей целью тот или иной (в том числе денежный) положительный эффект.⁹

Ряд экономистов указывает на срочный¹⁰ и рискованный¹¹ характер инвестиций. У. Ф. Шарп, Г. Д. Александр, Дж. В. Бейли¹² специально выделяют два ключевых фактора, связанных с процессом инвестирования, — время и риск. Отдавать деньги приходится сейчас и в определенном количестве. Вознаграждение поступает позже, если поступает вообще, и его величина заранее неизвестна. Именно в зависимости от соотношения этих двух ключевых факторов все инвестиции, по мнению авторов, должны разделяться на соответствующие категории.

Попытаемся сравнить приведенные взгляды на понимание инвестиций. В первую очередь целесообразно понять, через какую родовую категорию следует определять инвестиции, а далее идентифицировать квалифицирующие признаки, отделяющие инвестиции от смежных понятий.

Выше были приведены три основных подхода к инвестициям как вложению капитала, расходам и объектам предпринимательской деятельности. В чем же отличие между ними, и есть ли оно в принципе?

В отношении вложения капитала, как уже отмечалось, большинство авторов говорят о любых формах капитала. В связи с этим на первое место выходит не сам капитал как таковой, а указание на его вложение. Представляется, что ключевым элементом

⁵ См., напр.: Борисов Е. Ф. Экономическая теория: Учебник. С. 227; Ивасенко А. Г., Никонова Я. И. Инвестиции: источники и методы финансирования. С. 16; Зубченко Л. А. Иностранные инвестиции: Учеб. пособие. С. 7; Максимова В. Ф. Инвестирование. С. 5; Гитман Л. Дж., Джонк М. Д. Основы инвестирования. М., 1997. С. 10; Игонина Л. Л. Инвестиции: Учеб. пособие. С. 22, 25; Подшиваленко Г. П., Лахметкина Н. И., Макарова М. В. [и др.]. Инвестиции. С. 7; Вахрушева Е. А., Никитин К. Е. Иностранные инвестиции. Комсомольск-на-Амуре, 2003. С. 4.

⁶ Маркс К. Г. Капитал. Критика политической экономии. Т. 1. Кн. I: Процесс производства капитала. М., 1949. С. 158.

⁷ Игонина Л. Л. Инвестиции: Учеб. пособие. С. 22.

⁸ Гитман Л. Дж., Джонк М. Д. Основы инвестирования. С. 10.

⁹ См., напр.: Боди З., Кейн А., Маргус А. Дж. Принципы инвестиций. С. 25; Игонина Л. Л. Инвестиции: Учеб. пособие. С. 23; Чернов В. А. Инвестиционная стратегия: Учеб. пособие для вузов. С. 11.

¹⁰ См., напр.: Борисов Е. Ф. Экономическая теория: Учебник. С. 227; Ивасенко А. Г., Никонова Я. И. Инвестиции: источники и методы финансирования. С. 16; Зубченко Л. А. Иностранные инвестиции: Учеб. пособие. С. 7; Вахрин П. И., Нешиной А. С. Инвестиции: Учебник. С. 13; Воронцовский А. В. Инвестиции и финансирование. С. 17; Инвестиции: Учебник / Под ред. В. В. Ковалева, В. В. Иванова, В. А. Лялина. С. 22.

¹¹ См., напр.: Инвестиции: Учебник / Под ред. В. В. Ковалева, В. В. Иванова, В. А. Лялина. С. 22; Подшиваленко Г. П., Лахметкина Н. И., Макарова М. В. [и др.]. Инвестиции: Учеб. пособие. С. 8; Вахрушева Е. А., Никитин К. Е. Иностранные инвестиции. С. 5; Максимова В. Ф. Инвестирование. С. 7.

¹² Шарп У. Ф., Александр Г. Д., Бейли Дж. В. Инвестиции. С. 1.

в категории «вложение»¹³ является движение, действие. Кроме того, «вложение» предполагает присутствие цели такого действия. Соответственно, говоря о вложении капитала, мы подразумеваем движение капитала с определенной целью.

Теперь обратимся к категории расходов. Под расходами понимается расходование (т. е. трата) тех или иных, в первую очередь материальных, ценностей.¹⁴ Представляется, что тратить те или иные материальные ценности с определенной целью есть не что иное как движение капитала с определенной целью. В случае если речь идет об одной цели, данные понятия будут являться тождественными. Здесь важно отметить, что под расходами можно понимать как расходование денежных средств, так и расходы в более широком смысле, например, расходование времени, сил и т. п. Отдельно следует обратить внимание и на то, что акцент в обоих подходах к инвестициям делается на процессе движения ценностей, а не на самих ценностях и их формах.

В случае с определением категории инвестиций через объекты, используемые в предпринимательской деятельности, ситуация обратная. Инвестиции понимаются как материальные ценности, которые используются в процессе предпринимательской деятельности. В то же время во всех работах такие активы рассматриваются не изолированно, в статике, а строго в рамках всего процесса инвестирования, в их движении и использовании с теми или иным целями.¹⁵ В связи с этим представляется, что определение категории инвестиции лишь через объекты предпринимательской деятельности является недостаточным. Такое определение не позволяет отграничить рассматриваемое определение от любых иных видов материальных ценностей, активов. Для разграничения приходится дополнительно указывать на движение данных ценностей с определенной целью. Резюмируя, можно говорить о том, что понятие инвестиций сводится к движению (вложению) материальных ценностей. Теперь обратимся к тому, с какой целью осуществляется инвестирование.

Приведенные точки зрения относительно целей инвестиций укрупненно не отстоят далеко друг от друга. Представляется, что установка на извлечение прибыли действительно характерна для понятия инвестиций, с оговоркой о том, что извлечение прибыли инвестору не гарантировано и непосредственно прирост материальных ценностей может не произойти. К инвестициям корректно отнести и те вложения капитала, которые позволят сохранить материальные ценности или даже приведут к убытку, в случае если инвестиции не были успешными.

В то же время следует оговориться, что такой признак инвестиций, как указание на цель извлечения прибыли, выделяется сугубо для того, чтобы отграничить это понятие от категории сбережений и потребления, так как извлечение прибыли является конечной экономической целью оборота капитала в целом. От сбережений инвестиции отличаются своим динамическим характером (сбережения перестают быть сбережениями, как только они начинают использоваться на те или иные цели) и целями (сберегают для того, чтобы сохранить, а не приумножить). От потребления инвестиции отличаются

¹³ Под «вложением» в экономическом словаре понимается помещение денежных средств, капитала в определенное дело: в движимое и недвижимое имущество, в банки, в строительство (*Райзберг Б. А., Лозовский Л. Ш., Стародубцева Е. Б.* Современный экономический словарь. М., 2007).

¹⁴ Под «расходами» в экономическом словаре понимается перемещение средств в процессе хозяйственной деятельности, приводящее к уменьшению средств предприятия или увеличению его долговых обязательств (Там же).

¹⁵ См., напр.: *Максимова В. Ф.* Инвестирование. С. 5, 6; *Ивасенко А. Г., Никонова Я. И.* Инвестиции: источники и методы финансирования. С. 15; *Вахрин П. И., Нешиной А. С.* Инвестиции: Учебник. С. 13.

характером расходования материальных ценностей и целью такой деятельности (потребление не ориентировано на получение прибыли).

Что касается иных выгод от инвестирования, то такие выгоды либо все равно имеют материальное выражение (например, инвестиции в образование позволяют получать большее вознаграждение отучившемуся), либо имеют некий социальный или общественный характер, который в конечном счете также может быть представлен в денежном выражении и способствовать извлечению прибыли. В отношении рискового характера инвестиций, который, как упоминалось, часто выделяют в литературе, следует отметить, что такой признак инвестиций действительно имеет место. Однако, на наш взгляд, он является производным от цели извлечения прибыли, так как цель извлечения прибыли предполагает, что она может быть как достигнута (и прибыль получена), так и наоборот. В связи с этим выделение такого признака в качестве самостоятельного видится необоснованным.

Похожая ситуация складывается и с выделяемым некоторыми авторами срочным характером инвестиций. От чего можно отделить инвестиции путем указания на их срочный характер? Какие отношения, направленные на извлечение прибыли, носят бессрочный характер? Ответы на эти вопросы, на наш взгляд, иллюстрирует мысль о том, что инвестиции действительно носят срочный характер, однако он не является самостоятельным признаком инвестиций. Срочный характер инвестиций — производная от цели инвестирования, так как к извлечению прибыли от той или иной сделки или операции можно стремиться только в контексте временной перспективы, а не бессрочно. Инвестировать в то или иное дело навсегда невозможно в принципе. В этом плане любая предпринимательская деятельность является срочной. Поэтому выделение срочного характера инвестиций в качестве их самостоятельного признака видится несостоятельным.

Подводя итог вышеизложенному в отношении экономического содержания инвестиций, на наш взгляд, правильно понимать эту категорию следующим образом: инвестиции есть вложение (движение) капитала с целью извлечения прибыли. Представляется, что такое определение, с одной стороны, включает в себя все те многочисленные характеристики и признаки, которые свойственны различным формам инвестиций, а с другой, позволяет увидеть сущностную сердцевину рассматриваемого экономического явления.

Чуть углубившись в выработанное определение, целесообразно выделить следующие признаки инвестиций с учетом оговорок, сделанных ранее:

— инвестиции являются вложением в том плане, что понятием «инвестиции» обозначается именно движение капитала, его динамический, а не статический аспект. Вложение капитала также может обозначаться как расходование, трата;

— инвестиции являются вложением капитала, понимаемого как те или иные ценности, активы, ресурсы, в первую очередь материального характера;

— целью инвестиций является извлечение прибыли, выгоды, что включает в себя в том числе сохранение ценности капитала.

Подходы к пониманию инвестиций в международном праве.

Правовое регулирование. Обращаясь к международным актам, посвященным инвестициям, прежде всего следует отметить, что не существует какого-либо единого международного акта, который регулировал бы все вопросы, касающиеся инвестиций и инвестиционной деятельности. Нет также и четкой структуры и иерархии нормативных актов, регулирующих инвестиции.

На настоящий момент основой международного правового регулирования инвестиций и инвестиционной деятельности с участием Российской Федерации являются двусторонние соглашения о поощрении и взаимной защите капиталовложений. В международном праве они именуется *bilateral investment treaties* (BIT) — двусторонние инвестиционные договоры или соглашения. Российская Федерация заключила несколько десятков двусторонних инвестиционных соглашений с различными странами, в число которых входят практически все основные экономические партнеры нашей страны. Заключение такого рода соглашений стало обычной практикой правового регулирования международных инвестиций. В частности, Правительство Российской Федерации Постановлением «О заключении соглашений между Правительством Российской Федерации и правительствами иностранных государств о поощрении и взаимной защите капиталовложений» от 9 июня 2001 г. № 456¹⁶ установило типовую форму таких соглашений, заключаемых Российской Федерацией.

Не останавливаясь на причинах того, почему инвестиции и инвестиционная деятельность с участием Российской Федерации регулируются преимущественно на двусторонней, а не многосторонней основе,¹⁷ обратимся к положениям двусторонних инвестиционных соглашений. Согласно типовой форме двустороннего инвестиционного соглашения, заключаемого Российской Федерацией, под инвестициями (капиталовложениями) понимаются все виды имущественных ценностей, которые вкладываются инвестором одной стороны на территории другой стороны в соответствии с законодательством последней, в частности:

- движимое и недвижимое имущество;
- акции, вклады и другие формы участия в капитале коммерческих организаций;
- право требования по денежным средствам, вложенным для создания экономических ценностей, или по договорам, имеющим экономическую ценность и связанным с капиталовложениями;
- исключительные права на объекты интеллектуальной собственности (авторские права, патенты, промышленные образцы, модели, товарные знаки или знаки обслуживания, технологию, информацию, имеющую коммерческую ценность, и ноу-хау);
- права на осуществление предпринимательской деятельности, предоставляемые на основе закона или договора, включая, в частности, связанные с разведкой, разработкой, добычей и эксплуатацией природных ресурсов.

При этом никакое изменение формы инвестиций не влияет на их квалификацию в качестве инвестиций, если такое изменение не противоречит действующему законодательству стороны, на территории которой инвестиции осуществлены.¹⁸

Хотя и не все двусторонние инвестиционные соглашения, в том числе с участием Российской Федерации, содержат именно такую дефиницию инвестиций, в целом она отражает выработанный в международной практике заключения такого рода соглашений подход к инвестициям. Он укрупненно может быть охарактеризован как

¹⁶ СЗ РФ. 2001. № 25. Ст. 2578.

¹⁷ Об этом см., напр.: Фархутдинов И. З. Международное инвестиционное право и процесс. М., 2010. С. 39–60.

¹⁸ Пункт «б» ст. 1 Типового соглашения о поощрении и взаимной защите капиталовложений, утвержденного Постановлением «О заключении соглашений между Правительством Российской Федерации и правительствами иностранных государств о поощрении и взаимной защите капиталовложений» от 9 июня 2001 г. № 456 // СЗ РФ. 2001. № 25. Ст. 2578.

определение инвестиций через материальные ценности, которыми владеет инвестор из одной страны на территории другой страны, причем круг таких ценностей и форм вложения может варьироваться в зависимости от усмотрения сторон, однако по общему правилу является открытым. Некоторые государства в типовых двусторонних инвестиционных соглашениях дополнительно указывают на такие характеристики инвестиций, как «вложение капитала», «ожидание получения прибыли или дохода», «принятие инвестором на себя риска».¹⁹

Что касается многосторонних международных актов, то Российская Федерация является участницей Договора к Европейской энергетической хартии 1994 г.,²⁰ регулирующего вопросы инвестирования в энергетической сфере. Согласно п. 6 ст. 1 Договора к Европейской энергетической хартии инвестиции понимаются как любые активы, принадлежащие или контролируемые прямо или косвенно инвестором. В документе приводится и неисчерпывающий перечень тех активов, которые являются инвестициями. По существу, такое определение инвестиций сходно с «классическим», которое дается в двусторонних инвестиционных соглашениях.

Другим основополагающим актом в международной сфере является Вашингтонская конвенция об урегулировании инвестиционных споров между государствами и физическими или юридическими лицами других государств от 18 марта 1965 г.,²¹ которой был создан Международный центр по урегулированию инвестиционных споров — МЦУИС (International Center for Settlement of Investment Disputes — ICSID), предоставляющий услуги по арбитражному разбирательству и урегулированию споров между правительствами и иностранными инвесторами. Его юрисдикция распространяется на все непосредственно связанные с инвестициями правовые споры между договаривающимся государством и физическим или юридическим лицом другого договаривающегося государства, которые стороны в письменной форме согласились передать на рассмотрение данного центра.²² Споры, вытекающие из двусторонних инвестиционных соглашений, принято рассматривать в большинстве случаев именно в МЦУИС. Тем не менее данная Конвенция не содержит какого-либо определения инвестиций, видимо, оставляя вопрос о том, что есть инвестиции, сторонам соответствующих соглашений.

Еще одним международным актом, участницей которого является Российская Федерация, можно назвать Сеульскую конвенцию 1985 г. об образовании Многостороннего агентства по инвестиционным гарантиям (МИГА).²³ В ней инвестиции тракуются достаточно ограничительно, исходя из целей такой Конвенции — предоставление гарантий в отношении иностранных инвестиций. Согласно определению МИГА «инвестиции, подпадающие под гарантии, включают акционерное участие, в том числе среднесрочные и долгосрочные займы, предоставленные владельцами акций

¹⁹ См., напр.: абзац 18 ст. 1 Типового соглашения США о поощрении и взаимной защите капиталовложений // <http://www.state.gov/documents/organization/117601.pdf>.

²⁰ С текстом на английском языке можно ознакомиться здесь: http://www.encharter.org/fileadmin/user_upload/document/EN.pdf#page=211.

²¹ С текстом на английском языке можно ознакомиться здесь: http://icsid.worldbank.org/ICSID/StaticFiles/basicdoc/CRR_English-final.pdf.

²² Статья 25 Вашингтонской конвенции об урегулировании инвестиционных споров между государствами и физическими или юридическими лицами других государств от 18 марта 1965 г. // http://icsid.worldbank.org/ICSID/StaticFiles/basicdoc/CRR_English-final.pdf.

²³ С текстом на английском языке можно ознакомиться здесь: http://www.miga.org/documents/miga_convention_november_2010.pdf.

заинтересованному предприятию, или гарантированные ими, а также такие формы прямых капиталовложений, которые могут быть определены Советом директоров».²⁴ Таким образом, инвестиции фактически сводятся к прямым инвестициям, однако при этом перечень инвестиций не является исчерпывающим и остается на усмотрении совета директоров МИГА.

Также среди международных правовых актов, регулирующих инвестиции, можно выделить Северо-американское соглашение о свободной торговле 1994 г. (North American Free Trade Agreement (NAFTA))²⁵ и Рамочное соглашение Ассоциации южно-восточных азиатских наций 1987 г. — (Association of South-east Asian Nations Framework Agreement (ASEAN Agreement)).²⁶ В них инвестиции также, с небольшими оговорками,²⁷ определяются как любые активы с приведением не исчерпывающего перечня таких активов.

Таким образом, можно констатировать, что наиболее распространенным является определение международных инвестиций как активов на территории одного государства, которыми владеет инвестор из другого государства. При этом в некоторых нормативных актах предлагаются квалифицирующие признаки, призванные несколько сузить и конкретизировать такое определение инвестиций. Большую роль в этом процессе по выработке ключевых признаков инвестиций в международном праве играют решения международных арбитражей, в частности инвестиционных. И хотя каждое из них является обязательным только для сторон конкретного разбирательства и не имеет силу прецедента, тем не менее решения международных арбитражей являются хорошей иллюстрацией того, каким образом в международной практике подходят к определениям, закрепленным в различных нормативных актах, и в целом к сути инвестиций.

Практика международных арбитражных судов. Решений международных арбитражей, в которых бы делались те или иные выводы в отношении того, что есть инвестиции, на настоящий день было принято достаточно много. Тем не менее ряд решений являются узловыми и потому заслуживают нашего упоминания.

Следует упомянуть решение МЦУИС по делу Fedax против Venezuela.²⁸ Как упоминалось, в Вашингтонской конвенции об урегулировании инвестиционных споров между государствами и физическими или юридическими лицами других государств от 18 марта 1965 г. не содержится определения инвестиций. В связи с этим перед арбитражем стояла задача определить, что есть инвестиции, в том числе с учетом положений двустороннего инвестиционного соглашения, положения которого применялись к отношениям сторон рассматриваемого спора. Арбитраж в вынесенном решении указал, что в дополнение к определению инвестиций через активы иностранного инвестора на территории другого государства согласно двустороннему инвестиционному соглашению следует также обращать внимание на следующие аспекты инвестиций:

²⁴ Статья 12 МИГА // http://www.miga.org/documents/miga_convention_november_2010.pdf.

²⁵ С текстом на английском языке можно ознакомиться здесь: <http://www.nafta-sec-alena.org/en/view.aspx?conID=590&mtpiID=ALL>.

²⁶ С текстом на английском языке можно ознакомиться здесь: <http://www.aseansec.org/12812.htm>.

²⁷ К таким оговоркам можно отнести исключение из категории инвестиций договоров поставки и кредитов, предоставляемых в связи с коммерческими сделками согласно Северо-американскому соглашению о свободной торговле (ст. 1139), а также необходимость специального одобрения инвестиций в письменном виде и их регистрацию принимающей страной (ст. 2 Рамочного соглашения Ассоциации южно-восточных азиатских наций).

²⁸ С текстом на английском языке можно ознакомиться здесь: <http://ita.law.uvic.ca/documents/Fedax-1997-Last.pdf>.

- вложения инвестора;
- определенная продолжительность инвестиций;
- наличие определенного риска;
- важность для развития принимающего государства.

При наличии всех указанных признаков можно говорить об инвестициях. Впоследствии в 2001 г. в решении МЦУИС по делу Salini против Мороссо²⁹ данные характеристики были повторно определены в качестве признаков международных инвестиций, и с тех пор применение таких критериев принято называть тестом Salini (Салини).

В решениях различных арбитражей каждый из приведенных четырех признаков по-разному анализируется и конкретизируется (см., например, решения: Bayindir против Pakistan,³⁰ Saipem против Bangladesh,³¹ JandeNull и DredgingInternational против Египта).³² Однако важно отметить, что применение и понимание таких характеристик инвестиций является достаточно разнообразным и весьма гибким. В частности, не до конца ясным остается вопрос о том, необходимо ли наличие всех четырех критериев или только части из них. В связи с этим в арбитражных решениях указывается, что все четыре элемента должны рассматриваться во взаимосвязи друг с другом и с учетом конкретных обстоятельств дела (см., например: Joy Mining против Египта).³³ Кроме того, некоторые арбитражи впоследствии приходили к выводу о том, что тест Салини не основан на каких-либо нормах международных актов и потому не может представлять собой жесткий критерий для определения инвестиций (см., например: Biwater Gauff против Tanzania,³⁴ Pantechniki против Albania).³⁵

Таким образом, несмотря на попытки выделения универсальных характеристик, которые позволяли бы определить, в каких случаях речь может идти об инвестициях, а в каких нет, сформулированные признаки носят весьма расплывчатый характер. По сути, они являют собой лишь некие базовые элементы, на которые суду целесообразно обращать внимание при анализе конкретного дела, и в любом случае такие критерии не носят обязательного или четкого характера.

Такое положение вещей, с одной стороны, не удивительно, ведь международное частное право есть во многом сфера мягкого права, в котором использование императивных норм минимизировано и превалирует свобода в построении частных отношений. С другой стороны, это не может не сказываться на устойчивости и предсказуемости международного инвестиционного оборота, когда и инвестор, и принимающая сторона стремятся к максимальной определенности в отношении правового регулирования складывающихся отношений.

²⁹ С текстом на английском языке можно ознакомиться здесь: <http://ita.law.uvic.ca/documents/Salini-English.pdf>.

³⁰ С текстом на английском языке можно ознакомиться здесь: <http://ita.law.uvic.ca/documents/Saipem-Bangladesh-Jurisdiction.pdf>.

³¹ С текстом на английском языке можно ознакомиться здесь: <http://ita.law.uvic.ca/documents/Bayindir-jurisdiction.pdf>.

³² С текстом на английском языке можно ознакомиться здесь: <http://ita.law.uvic.ca/documents/JandeNulljurisdiction061606.pdf>.

³³ С текстом на английском языке можно ознакомиться здесь: http://ita.law.uvic.ca/documents/JoyMining_Egypt.pdf.

³⁴ С текстом на английском языке можно ознакомиться здесь: <http://ita.law.uvic.ca/documents/Biwateraward.pdf>.

³⁵ С текстом на английском языке можно ознакомиться здесь: <http://ita.law.uvic.ca/documents/PantechnikiAward.pdf>.

В свете вышесказанного следует отметить, что инвестиции на уровне международно-правового регулирования не представляют собой четко определенный термин. Отсутствует централизованное и единообразное регулирование инвестиций и инвестиционной деятельности. Ни на нормативном уровне, ни на уровне арбитражных решений не выработано единых критериев, позволяющих отграничить инвестиции от смежных категорий. Существенную роль играют двусторонние инвестиционные соглашения, которые призваны устранить пробелы в понимании и правовом регулировании инвестиций, однако такие соглашения являются двусторонними, а потому связывают только правительства двух конкретных стран. Кроме того, положения таких соглашений между конкретными сторонами порой разнятся. И, наконец, такого рода соглашения связывают хотя и многие страны, однако отнюдь не все. Например, на настоящий момент не ратифицировано двустороннее инвестиционное соглашение между Россией и США, объем товарооборота и обмена инвестициями между которыми трудно переоценить. В связи с этим дефиниция инвестиций упирается в обстоятельства конкретного дела и нормы отдельно взятого договора, в лучшем случае подкрепленные положениями двустороннего инвестиционного соглашения, заключенного принимающей стороной с государством иностранного инвестора.

Теоретические подходы к инвестициям в международном праве. Вопрос о понимании инвестиции в международном праве, как было изложено выше, на нормативном уровне далек от определенности. Попытаемся разобраться, выработано ли единое мнение по этому поводу в юридической литературе.

В целом, в отечественной юридической науке международно-правовой аспект инвестиций вряд ли можно признать детально разработанным. Представляется, что это связано с объективными причинами в виде отказа от иностранных и международных инвестиций в советский период истории нашей страны. Фактически исследования, посвященные рассматриваемому вопросу, стали появляться лишь в последнее время, с наметившимся переходом к иной модели государственного и экономического устройства.

Одним из первых в отечественной юридической науке понятие «инвестиции», в том числе в их международно-правовом аспекте, рассматривал А. Г. Богатырев. Согласно высказываемой им точке зрения, инвестиции и собственность «должны рассматриваться как синонимы и включать в себя все виды интересов и прав собственника — инвестора».³⁶

Данный подход критикует М. М. Богуславский, который указывает, что не следует ставить знак равенства между понятиями «собственность» и «инвестиции». Различие между инвестициями и собственностью четко прослеживается по двум критериям. Во-первых, инвестиции, как правило, — собственность, имеющая целевое назначение; но далеко не всякая собственность имеет инвестиционный потенциал. Во-вторых, в качестве инвестиций в ряде случаев могут использоваться привлеченные средства, которые не являются собственностью инвестора, и в этом случае понятие «инвестиции» выходит за пределы понятия собственности.³⁷

Еще одним автором, стоящим у истоков отечественной науки международного частного права, является Н. Н. Вознесенская. Автор, в частности, указывает, что «понятие

³⁶ Богатырев А. Г. Инвестиционное право. М., 1992. С. 11.

³⁷ Богуславский М. М. Иностранные инвестиции: правовое регулирование. М., 1996. С. 55.

иностранных инвестиций как юридической категории является понятием новым» и «до сего времени отсутствует единое определение иностранных инвестиций как в международной практике, так и в национальном законодательстве разных стран».³⁸ Далее исследователь пишет, что общепринятым определением инвестиций является следующее: «Иностранные инвестиции — это вложения за границей для создания там постоянного предприятия или расширения уже существующего, что влечет определенную степень контроля над его управлением». При этом «с правовой точки зрения иностранные инвестиции — это иностранная (частная или государственная) собственность, имеющая соответствующий статус как в международном, так и в национальном праве».³⁹ Обращаясь к тем дефинициям, которые содержатся в тех или иных международных нормативных актах, Н. Н. Вознесенская иллюстрирует сделанный ранее вывод о том, что содержащиеся в некоторых актах определения инвестиций являются разрозненными и не позволяют вычлнить единообразное представление об инвестициях.

Другой исследователь международных инвестиций, Г. М. Вельяминов, обращается к определениям инвестиций в двусторонних инвестиционных соглашениях, Сеульской конвенции 1985 г. об образовании Многостороннего агентства по инвестиционным гарантиям (МИГА) и делает вывод о том, что «общепризнанного международно-правового определения понятия инвестиций не существует, и дать такое строго правовое определение сегодня вряд ли возможно, поскольку в конечном итоге каждое государство, в отсутствие единого универсального международно-правового акта, вольно законодательно определять как понятие инвестиции вообще, так и понятие иностранной инвестиции в частности».⁴⁰

Понятие иностранных инвестиций изучается и И. З. Фархутдиновым. Так, автор анализирует различные теоретические и нормативные подходы к инвестициям в отечественном и международном праве и приходит к следующему выводу: «Международная практика традиционно понимает под иностранными инвестициями ценности, принадлежащие физическим и юридическим лицам одной страны, но находящиеся в другой стране... Успешная интеграция России в мировую экономику должна обеспечивать активное применение российских инвестиционных положений и, соответственно, вынудит ее рано или поздно пойти на более детальную расшифровку соответствующих положений закона. Пока же бизнесмены, юристы, работники государственных учреждений вынуждены давать свои интерпретации понятия “иностраные инвестиции”, что вызывает определенные трудности для иностранного инвестора».⁴¹

В иностранной юридической литературе вопрос о понятии инвестиций в международном праве активно обсуждается и ему посвящено немало число исследований. Не претендуя на всеобъемлющий анализ высказываемых точек зрения, остановимся на взглядах некоторых иностранных исследователей.

В одном из ставших популярными в нашей стране трудов «Международное экономическое право» Д. Карро и П. Жюйар пишут, что «понятие инвестиций будет меняться в зависимости от содержания и цели нормативного акта». Авторы полагают, что «одной

³⁸ *Вознесенская Н. Н.* Иностранные инвестиции: Россия и мировой опыт (сравнительно-правовой комментарий). М., 2002. С. 55.

³⁹ Там же. С. 55–56.

⁴⁰ *Вельяминов Г. М.* Международное экономическое право и процесс: Учебник. М., 2004. С. 356.

⁴¹ *Фархутдинов И. З.* Международное инвестиционное право. Теория и практика применения. М., 2005. С. 204.

этой констатации достаточно для объяснения того, что нет и не может быть единого понимания инвестиций».⁴² Исследователи рассматривают различные международные нормативные акты, указывая при этом на необходимость учитывать, что каждый из них направлен на разрешение свойственных только ему вопросов. Тем не менее авторы усматривают возможность вычленения во всех определениях общей основы, которая остается неизменной. Любая инвестиция предполагает внесение инвестором вклада, при этом международные договоры подчеркивают, что такой вклад может быть сделан только в форме денежного взноса либо в натуре.⁴³ Остальные признаки и характеристики являются дискуссионными и получают различную интерпретацию в многочисленных двусторонних и многосторонних международных актах.

П. Мучлински, Ф. Ортино, Ч. Шроер пишут, что в общем виде определения инвестиций для целей инвестиционного права могут быть разделены на три подхода. Первый подход сводится к активам, когда указывается широкий спектр конкретных активов, которые могут защищаться в соответствии с применимым законодательством или договором. Такой подход отделяют от другого, ставящего во главу угла сделку, при котором защищается передача капитала, а не сами активы, которыми владеет или которые контролируются инвестором, и подхода, акцентирующего внимание на предприятии, когда защищаемые инвестиции определяются как организация инвестиций в форме предприятия. Последний подход обычно не предполагает защиту в отношении прямых иностранных инвестиций компаний или предприятий, которые принадлежат иностранным инвесторам или контролируются ими. Авторы указывают также, что национальное законодательство об иностранных инвестициях различных стран склонно использовать подходы к инвестициям как сделкам или предприятиям, а большинство двусторонних инвестиционных соглашений, наоборот, исходят из максимально широкого понимания инвестиций как активов.⁴⁴

По мнению М. Sornarajah,⁴⁵ иностранные инвестиции предполагают вложение материальных или нематериальных активов из одной страны в другую с целью их использования в последней для генерирования прибыли под полным или частичным контролем владельца активов. Автор подробно анализирует историческую тенденцию расширения понятия инвестиций и включения в него все более полного спектра активов и операций, объясняя ее стремлением развитых стран распространить правовой режим иностранных инвестиций на максимально широкое число отношений, что позволит пользоваться соответствующими методами правовой защиты и существенно улучшит возможности сторон, которые экспортируют капитал, защищать свои вложения на территории развивающихся государств.⁴⁶ В связи с этим Сурья П. Субеди указывает, что, за некоторыми исключениями, тенденция в двусторонних инвестиционных соглашениях и соглашениях о свободной торговле сводится к определению терминов «инвестор» и «инвестиции» как можно шире с открытыми формулировками и примерными, а не закрытыми списками инвесторов и инвестиций.⁴⁷

⁴² Карро Д., Жюйар П. Международное экономическое право: Учебник. М., 2001. С. 333.

⁴³ Там же. С. 340.

⁴⁴ Muchlinski P., Ortino F., Schreuer Ch. The Oxford Handbook of International Investment Law. Oxford, 2008. P. 53.

⁴⁵ Sornarajah M. The international law on foreign investment. Cambridge, 2004. P. 7.

⁴⁶ Ibid. P. 9–18.

⁴⁷ Subedi Surya P. International Investment Law: Reconciling Policy and Principle. Oxford and Portland: Hart Publishing Ltd, 2008. P. 58.

Р. Долцер и Ч. Шроер анализируют идею инвестиций в международном праве в динамике развития понимания данной категории в международных актах и арбитражных решениях.⁴⁸ Они рассматривают различные характеристики инвестиций, выделяемые в качестве определяющих, однако при этом указывают, что отсутствие традиционного юридического понимания термина «инвестиции» не является препятствием для его использования. Наоборот, преимущество такого термина усматривается в потенциально широком его понимании и гибкости, следующих из его открытого характера. Поскольку юридический термин требует определения для конкретизации его содержания, остается задача идентификации границы этого термина. Государства, заключающие договоры, могут решать эту задачу путем согласования своего собственного определения термина. В отсутствие же дефиниции, согласованной сторонами, задача определения содержания и границ термина становится сложной задачей для арбитражных трибуналов, вынужденных заниматься его интерпретацией.⁴⁹

Александр А. Эскобар указывает,⁵⁰ что инвестиции действительно не получили своего определения в Конвенции МЦУИС. Более того, в процессе подготовки и согласования текста Конвенции попытка дать такое определение была осуществлена, но в конечном счете не увенчалась успехом. Причем причиной тому послужили не только дебаты относительно конкретных характеристик понятия инвестиций, но и нежелание участников конвенции в принципе давать такое определение, поскольку это может сузить границы применения соответствующих нормативных актов и возможности защиты инвестиций. Автор указывает, что отсутствие определения дает сторонам некоторую свободу в определении того, являются ли их правоотношения инвестициями. Тем не менее даже в отсутствие точной дефиниции концепция инвестиций может быть описана с помощью некоторых типичных критериев, которые были выработаны в доктрине и впоследствии воспроизведены международными арбитражами⁵¹ (которые мы уже указывали ранее в настоящей статье — тест Салини).

В юридической литературе процесс согласования положений Конвенции МЦУИС и в особенности определения инвестиций подвергается широкому обсуждению и рассматривается в качестве наглядной иллюстрации подходов к тому, что есть инвестиции и почему закрепление дефиниции такого термина если и является возможным, то вовсе не обязательно видится целесообразным. Так, Джулиан Дэвис Мортенсон пишет, что в процессе длительного процесса согласований две группы стран неоднократно сталкивались в вопросе о юрисдикции МЦУИС. Группа, во главе которой стояли развитые страны, высказывалась за крайне широкое применение в отношении любых иностранных предприятий, а группа развивающихся стран настаивала на ограничении сферы применения Конвенции МЦУИС до узких категорий экономической активности. Сторонники максимально широкой трактовки сферы применения конвенции в конечном счете выиграли, но с одной оговоркой. В обмен на определение инвестиций, которое бы охватывало практически любой актив или вид деятельности, в Конвенции был закреплен ряд механизмов для исключения действия Конвенции, которые конкретные

⁴⁸ Dolzer R., Schreuer C. *Principles of International Investment Law* // Oxford, 2008. P. 60–71.

⁴⁹ Ibid. P. 60.

⁵⁰ Escobar Alejandro A. *Course on Dispute Settlement in International Trade, Investment and Intellectual Property*. Modul 2.5. Requirements Ratione Materiae. New York; Geneva, 2003. P. 14.

⁵¹ Ibid. P. 13–14.

страны могут использовать для привязки механизмов защиты к конкретным формам инвестиций в конкретных обстоятельствах.⁵²

Яас Банифатеми также указывает, что общим местом уже стал тот факт, что Конвенция МЦУИС не дает определения инвестиций и такое умолчание было намеренным. В частности, он упоминает отчет исполнительных директоров Конвенции МЦУИС, в котором прямо указано, что «не было осуществлено попытки определить термин “инвестиции” с учетом наличия существенного требования о согласии всех договаривающихся сторон и механизмов, с помощью которых Договаривающиеся Государства могут заранее объявить, если они того пожелают, те категории споров, которые они хотят или не хотят отдавать на рассмотрение в МЦУИС».⁵³

Кроме того, некоторые исследователи критикуют тест Салини и критерии инвестиций, выработанные в рамках данной концепции. Например, Девашин Кришан, анализируя понятие инвестиций в свете Конвенции МЦУИС, пишет, что тест Салини является идеологическим и по своей сути сужает понятие, которое закладывалось в формулировке Конвенции МЦУИС. Автор полагает, что введение дополнительных критериев по сути ограничивает свободу сторон определять, что они хотят понимать под инвестициями. При этом, по мнению исследователя, международное сообщество должно определить объективное значение понятия инвестиций в рамках Конвенции МЦУИС, и такая задача не должна ставиться перед арбитрами в конкретных арбитражных спорах.⁵⁴

В связи с этим Тод Вейлер пишет, что тест Салини в силу его повсеместного применения коммерческими арбитражами фактически приобрел нормативный эффект. При этом, по мнению автора, подход Салини «замораживает» определение инвестиций по Конвенции МЦУИС, и это отталкивает государства, которые не согласны с критериями, предлагаемыми тестом Салини, от присоединения к данной Конвенции. Причем единственным способом для исправления сложившейся ситуации является изменение текста Конвенции МЦУИС, что крайне нежелательно.⁵⁵

Важно отметить, что несмотря на отсутствие формальной связи между Конвенцией МЦУИС, двусторонними инвестиционными соглашениями и инвестиционными отношениями, которые не подпадают под действие указанных нормативных актов, подходы к пониманию инвестиций являются общими. Как указывают Кэмпбелл МакЛаклан, Лоренс Шор, Метью Вейнигер, хотя определение инвестиций по Конвенции МЦУИС безусловно относится только к арбитражным разбирательствам МЦУИС, многие арбитражные решения и доктринальные исследования, затрагивающие ст. 25 Конвенции МЦУИС, относимы и к анализу определения инвестиций по инвестиционным соглашениям. Аналогично подход арбитражей к вопросу об инвестициях по двусторонним инвестиционным соглашениям имеет отношение и к пониманию инвестиций в контексте Конвенции МЦУИС.⁵⁶ Иными словами, наравне с важностью положений конкретного инвестиционного договора и применимого к нему международного акта

⁵² *Mortenson J. D.* The meaning of «investment»: ICSID's Travaux and the Domain of International Investment Law // *Harvard International Law Journal*. Vol. 51. 2010. P. 259–260.

⁵³ *Banifatemi Y.* Unresolved issues in Investment Arbitration // *Modern Law for Global Commerce — Proceedings of the UNCITRAL Congress, 9–12 July 2007*. <http://www.uncitral.org/pdf/english/congress/Banifatemi.pdf>.

⁵⁴ *Krishan D.* A Notion of ICSID Investment // *Investment treaty arbitration and international law*. 2008.

⁵⁵ *Weiler T.* *Investment Treaty Arbitration and International Law*. Vol. I. New York, 2008. P. 67–68.

⁵⁶ *McLachlan C., Shore L., Weiniger M.* *International Investment Arbitration: Substantive Principles*. Oxford, 2007. P. 165.

принципиальное значение имеют и общие подходы к инвестициям, выработанные в международной практике (как в арбитражных решениях, так и в литературе) в отношении различных международных договоров и конвенций.

Таким образом, можно констатировать, что ни в международных нормативных актах, ни в правовых исследованиях, посвященных данной проблематике, не выработано единого определения инвестиций. При этом причиной служат категории вовсе не юридического и экономического порядка. Учитывая плюрализм мнений в отношении понимания юридической категории инвестиций и осознавая разработанное в экономической науке экономическое содержание инвестиций, вопрос переводится в плоскость правовой политики. Как указывает О. Ю. Скворцов, общая тенденция инвестиционных процессов в мире заключается в том, что государства-реципиенты, будучи развивающимися странами или странами с переходной экономикой, противостоят мощным иностранным инвесторам, которые хотя и стимулируют экономику принимающих государств, но гипотетически в силу своей мощи таят угрозу экономическому суверенитету этих государств.⁵⁷

Ключевым вопросом, по которому до сих пор так и не удалось достичь компромисса, является то, насколько широко могут пониматься иностранные инвестиции, а соответственно, насколько широкому спектру отношений будет предоставлен соответствующий режим защиты. Как наглядно демонстрируют различные исследователи, переговоры по Конвенции МЦУИС в этом плане стали лакмусовой бумажкой, показавшей, что отсутствие какого-либо определения инвестиций оказалось, по мнению договаривающихся стран, лучше, чем любая из предлагавшихся дефиниций. Таким образом, уход от закрепления понятия инвестиций является намеренным и преследующим сугубо политические цели: распространение повышенного режима защиты на максимально широкий круг международных экономических отношений как инвестиционных отношений и изъятие споров по таким отношениям из национальной юрисдикции в пользу международной юрисдикции (в частности, МЦУИС). Не секрет и то, что такие политические цели преследуются в первую очередь развитыми странами, являющимися экспортерами капитала и стремящимися максимально обезопасить свои вложения и активы за рубежом, пусть даже они и не являются инвестициями в их экономическом или правовом содержании.

В то же время такой подход представляется контрпродуктивным, поскольку по сути он исходит из политического понимания инвестиций и представления о том, что инвестиции есть то, что названо инвестициями. В связи с этим примечательно, что при рассмотрении арбитражами инвестиционных споров суды все равно вынуждены определять объективные характеристики инвестиций и исходить именно из них. Выработка таких объективных характеристик инвестиций, на наш взгляд, проявилась в тесте Салини, который, как указывалось, в силу широкого применения и признания фактически получил нормативный статус. Представляется, что именно такой вектор развития, направленный на вычленение правовой сущности инвестиций, является перспективным.

⁵⁷ *Коммерческое (предпринимательское) право*: Учебник: В 2 т. / Под ред. В. Ф. Попондопуло. Т. 2. М., 2009. С. 129–130 (автор главы — О. Ю. Скворцов).