



КОНФЕРЕНЦИЯ ОРГАНИЗАЦИИ
ОБЪЕДИНЕННЫХ НАЦИЙ
ПО ТОРГОВЛЕ И РАЗВИТИЮ

Distr.
GENERAL

TD/B/COM.2/68
18 January 2006

RUSSIAN
Original: ENGLISH

СОВЕТ ПО ТОРГОВЛЕ И РАЗВИТИЮ

Комиссия по инвестициям, технологии и смежным финансовым вопросам

Женева, 6-10 марта 2006 года

Пункт 4 предварительной повестки дня

**НОРМОТВОРЧЕСКАЯ ДЕЯТЕЛЬНОСТЬ В СФЕРЕ МЕЖДУНАРОДНЫХ
ИНВЕСТИЦИЙ: ТЕНДЕНЦИИ, НОВЫЕ ВОПРОСЫ И ПОСЛЕДСТВИЯ**

Записка секретариата ЮНКТАД*

Резюме

В настоящей записке освещаются последние тенденции в области международных инвестиционных соглашений и возникающие при этом новые вопросы с заострением внимания на системных проблемах, возникающих в результате взаимосвязей как между положениями отдельных соглашений, так и между различными существующими соглашениями, а также на вопросах их влияния на последовательность политики. Указывается ряд последствий, возникающих в этой связи, в частности, для развивающихся стран.

* Вышеуказанная дата представления настоящего документа объясняется задержками с его обработкой.

СОДЕРЖАНИЕ

Глава	Стр.
Введение	3
I. ПОСЛЕДНИЕ ТЕНДЕНЦИИ В ОБЛАСТИ МЕЖДУНАРОДНЫХ ИНВЕСТИЦИОННЫХ СОГЛАШЕНИЙ	4
A. Двусторонние инвестиционные договоры.....	4
B. Договоры об избежании двойного налогообложения	8
C. Другие международные инвестиционные соглашения	9
D. Международные инвестиционные споры	11
II. СИСТЕМНЫЕ ВОПРОСЫ	12
A. Взаимосвязи между положениями в рамках отдельных МИС	13
1. "Экспликативные" взаимосвязи	13
2. "Кумулятивные" связи.....	13
3. "Контрадикторные" взаимосвязи	14
4. "Амплификационные" взаимосвязи	14
B. Взаимосвязи с другими МИС.....	15
1. Подкрепляющие взаимосвязи.....	15
2. "Кумулятивные" взаимосвязи.....	16
3. "Контрадикторные" взаимосвязи	17
C. Взаимосвязи с государственными контрактами	17
D. Устранение системных несоответствий и обеспечение согласованности	18
III. ПОСЛЕДСТВИЯ.....	19
A. Последствия общего характера.....	19
B. Проблемы, стоящие перед развивающимися странами.....	20
Справочная литература	23
Диаграммы	
1. Число заключенных ДИД, нарастающим итогом, 1990-2004 годы	5
2. Общее число заключенных ДИД (по состоянию на конец 2004 года) в разбивке по группам стран	5
3. Число заключенных ДИДН, нарастающим итогом и по каждому году, 1990-2004 годы	8
4. Рост числа международных инвестиционных соглашений (без учета ДИД и ДИДН) за период с 1957 года по июнь 2005 года	10

ВВЕДЕНИЕ

1. В последнее десятилетие наблюдается рост числа международных инвестиционных соглашений (МИС), заключаемых на двустороннем, региональном и межрегиональном уровнях. В прошлом году еженедельно подписывалось более трех таких соглашений. В этом контексте следует обратить внимание на ряд обстоятельств. Во-первых, сфера МИС, охватывающая двусторонние инвестиционные договоры (ДИД), договоры об избежании двойного налогообложения и другие инвестиционные соглашения, продолжает расширяться. Во-вторых, появляется новое поколение МИС со все более сложными и всеобъемлющими по своему содержанию положениями, более детально раскрывающими смысл некоторых стандартных клаузул и охватывающими более широкий круг вопросов. В-третьих, проведение политики в области экономического развития становится более сложной задачей в силу наличия целой паутины частично дублирующих друг друга обязательств, вытекающих из МИС, в которых содержится целый ряд положений, применимых к одним и тем же вопросам. В то же время ряд соглашений не выполняются либо потому, что их не ратифицировали национальные парламенты, либо потому, что они не приняты к надлежащему исполнению соответствующими органами. Кроме того, инвестиционные соглашения имеют ограниченный срок действия, и с учетом эволюции международного права в инвестиционной сфере ряд стран начинают процесс пересмотра существующих договоров. Помимо этого, параллельно с ростом числа заключенных международных инвестиционных договоров растет и число споров между инвесторами и государством. Связанное с этим увеличение числа толкований некоторых договорных положений арбитражными судами еще более осложняет ситуацию. В результате этих тенденций странам - и компаниям - приходится действовать в условиях постоянно усложняющейся системы многоярусных и многогранных инвестиционных норм, которые могут содержать частично дублирующие друг друга обязательства и нормы.

2. В этой связи перед директивными органами встают новые задачи. По мере углубления глобальной экономической интеграции управление последствиями такой интеграции для национальной экономики становится все более сложным делом и соответственно возрастают требования к заключаемым МИС. Одной из важнейших проблем в этой связи является сохранение последовательности национальной политики в области экономического развития.

3. Перед странами, пытающимися обеспечить последовательность своей политики в условиях существования сложной системы частично дублирующих друг друга положений МИС, встает целый ряд вопросов. В целом положения МИС могут быть взаимосвязаны друг с другом по крайней мере по одному из пяти возможных вариантов. Во-первых, такие взаимосвязи могут приводить к созданию или определению того или иного права

или обязательства, т.е. они могут носить "экспликативный" характер. Во-вторых, отдельные положения МИС могут создавать или подтверждать одно и то же право или обязательство, т.е. взаимосвязи могут носить "подкрепляющий" характер. В-третьих, в результате взаимодействия таких положений могут возникать различные права и обязательства, применимые к одному и тому же предмету, т.е. взаимосвязи могут носить "кумулятивный" характер. В-четвертых, одно положение может ограничивать, сужать или аннулировать права или обязательства, создаваемые другим положением, т.е. взаимосвязи могут быть "контрадикторными". И наконец, одно положение может усиливать права или обязательства, создаваемые другим положением, т.е. возможно "амплификационное" взаимодействие.

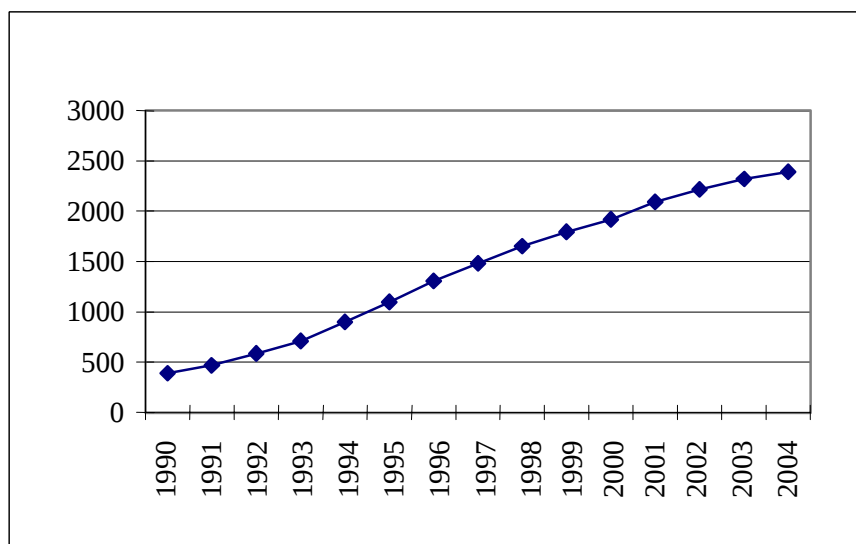
4. Ниже высвечиваются последние тенденции в области МИС и возникающие новые вопросы в этой области; затем описываются некоторые из наиболее часто встречающихся взаимосвязей между положениями существующих МИС и выявляются системные проблемы, связанные с сохранением последовательности политики. После этого рассматриваются последствия неуклонно возрастающей сложности международной инвестиционной системы, особенно для развивающихся стран.

I. ПОСЛЕДНИЕ ТЕНДЕНЦИИ В ОБЛАСТИ МЕЖДУНАРОДНЫХ ИНВЕСТИЦИОННЫХ СОГЛАШЕНИЙ

A. Двусторонние инвестиционные договоры

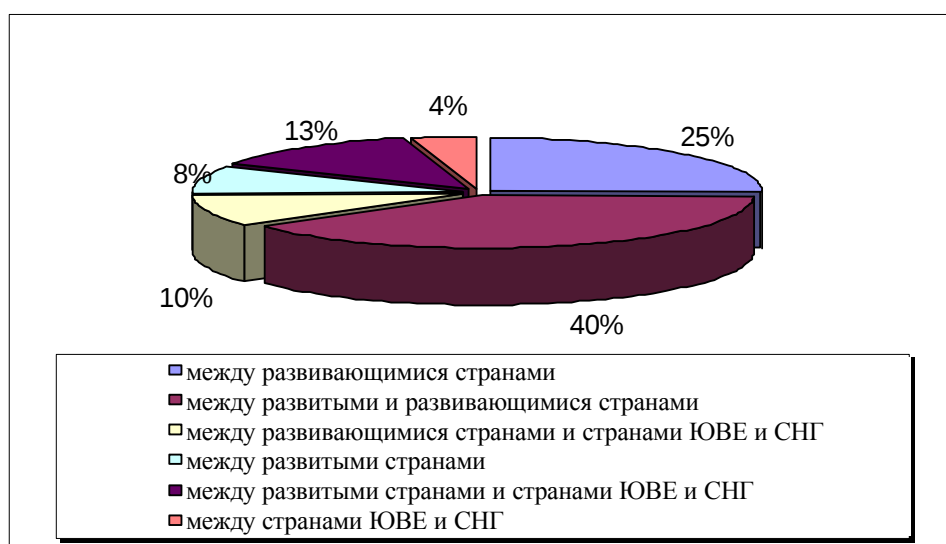
5. На протяжении прошедшего года сохранилась тенденция увеличения количества ДИД, хотя темпы роста несколько снизились. В 2004 году было заключено 73 новых ДИД, 10 из которых заменили ранее существовавшие ДИД; в результате общее число заключенных ДИД достигло 2 392 (см. диаграмму 1). Однако приведенные данные отражают замедление процесса роста числа ДИД начиная с 2001 года. Две пятых общего числа ДИД были подписаны между развитыми и развивающимися странами, а одна четверть - между развивающимися странами (диаграмма 2). Как правило, развитые страны не подписывают ДИД, поскольку их инвестиционные взаимоотношения обычно регулируются другими международными инструментами, такими, как Кодекс либерализации движения капиталов ОЭСР, или поскольку защита, обеспечиваемая законодательством принимающей страны, считается достаточной. Хотя в списке стран, лидирующих по числу заключенных ДИД, все еще доминируют развитые страны, в последнее время развивающиеся страны активизировали усилия на этом направлении, особенно в контексте отношений по линии Юг-Юг, и в результате произошло быстрое увеличение числа ДИД в формате Юг-Юг.

Диаграмма 1. Число заключенных ДИД, нарастающим итогом, 1990-2004 годы



Источник: ЮНКТАД (www.unctad.org/iaa).

**Диаграмма 2. Общее число заключенных ДИД (по состоянию на конец 2004 года)
в разбивке по группам стран
(в процентах)**



Источник: ЮНКТАД (www.unctad.org/iaa).

6. В группе стран, заключивших ДИД в формате Юг-Юг, Китай, Египет, Республика Корея и Малайзия подписали по 40 и более ДИД с другими развивающимися странами. Более того, каждая из этих четырех стран подписала больше соглашений с другими развивающимися странами, чем с развитыми странами. Увеличение числа ДИД с участием развивающихся стран отражает усиление внимания к вопросам инвестиций в разработанных в последние годы стратегиях развития сотрудничества Юг-Юг, а также выход компаний из некоторых развивающихся стран на уровень глобальных игроков рынка (UNCTAD, 2005 а).

7. Традиционно в тексте ДИД находят отражение следующие основные вопросы: сфера действия и определение инвестиций; режим допуска и обоснования в стране; национальный режим; режим наиболее благоприятствуемой нации; справедливый и равноправный режим; компенсация в случае экспроприации или причинения ущерба инвестициям; гарантии свободного перевода средств; и механизмы урегулирования споров как между государствами, так и между инвестором и государством (UNCTAD, 1998). Уже в последнее время начинают появляться ДИД нового поколения, расширяющие сферу своего действия и содержание. Эти ДИД нового поколения продолжают тенденцию, заложенную некоторыми заключенными в последнее время торговыми соглашениями, в которых имеются главы, посвященные инвестициям; примерами таких соглашений являются новые типовые ДИД Соединенных Штатов Америки и Канады, имеющие важные новые характеристики. Ряд латиноамериканских государств также переходят на такие договоры нового поколения в своих переговорах с другими странами (UNCTAD, forthcoming, а).

8. В этом процессе нормативной эволюции, в значительной мере проистекающей из опыта применения и выполнения посвященной инвестициям главы Североамериканского соглашения о свободной торговле (НАФТА), можно выделить четыре основные тенденции. Во-первых, в некоторых ДИД нового поколения и типовых ДИД наблюдается отход от традиционного открытого для толкования определения понятия "инвестиции" на основе конкретных активов; тем самым предпринимается попытка найти некий баланс, с одной стороны, сохранив всеобъемлющее определение инвестиций, а с другой - не включая все же в это определение активы, на которые стороны не хотят распространять действие договора. Во-вторых, появляются новые формулировки различных основных договорных обязательств, и делается это в целях уточнения формулировок и смысла положений, касающихся абсолютных стандартов защиты, в частности смысла "справедливого и равноправного режима" и концепции косвенной экспроприации. В-третьих, в этих договорах рассматривается более широкий круг вопросов, включая не только конкретные экономические аспекты, такие, как инвестиции в финансовые услуги, но и вопросы, в которых изыскиваются возможности для расширения сферы

регулирования принимающей страны, например вопросам охраны здоровья, безопасности, охраны окружающей среды и соблюдения признанных на международном уровне прав трудящихся. В-четвертых, вводятся существенные новые элементы в процедуры урегулирования споров между инвесторами и государством, в частности направленные на обеспечение значительно большей по объему и более глубокой по существу транспарентности арбитражных процедур (например, проведение открытых слушаний, публикация соответствующих правовых документов).

9. Другая важная тенденция в отношении ДИД заключается в том, что все больше стран приступает к процессу пересмотра своих существующих договоров либо в связи с истечением срока их действия, либо в связи с изменившимися обстоятельствами. Хотя обычно в ДИД предусматривается их автоматическое возобновление по истечении предусмотренного срока действия, в некоторых случаях страны проводят повторные переговоры, обычно добиваясь более существенных обязательств. В таких случаях новый ДИД либо полностью заменяет, либо существенно изменяет ранее существовавший договор. Тенденция проводить повторные переговоры усилилась в конце 1990-х годов и сохранялась все последующие годы: до 2000 года повторные переговоры были проведены по 34 ДИД, а к 2004 году общее число пересмотренных ДИД составило 85.

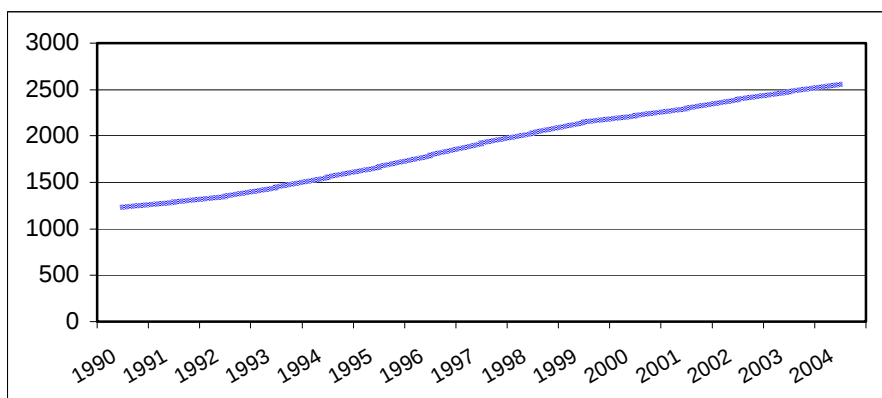
10. В течение 2004 года вступили в силу 78 ДИД, и в результате общее число действующих ДИД превысило 1 718 (согласно имеющейся информации) (UNCTAD, 2005b). Это означает, что по состоянию на конец 2004 года примерно 30% общего числа подписанных ДИД не были ратифицированы и, следовательно, не вступили в силу. Формальные требования к процессу ратификации ДИД в разных странах различны; они регулируются положениями конституций и сложившейся законодательной практикой. Например, в некоторых странах для ратификации договора может потребоваться принятие соответствующих законодательных актов, а это в свою очередь может потребовать серьезных изменений других правовых норм. Однако одно только подписание ДИД (даже в тех случаях, когда они еще не вступили в силу) имеет определенные правовые последствия в плане защиты и поощрения иностранных инвестиций. Тем не менее ратификация является лишь первым шагом на пути выполнения договора. За ратификацией должно следовать фактическое выполнение положений договора, в том числе обеспечение согласованности между договорными обязательствами и национальной политикой и стратегиями, а также надлежащее информирование основных выгодополучателей по договору, а именно иностранных инвесторов, и местных органов, которые должны применять договор на практике. Многие развивающиеся страны отстают в применении этих практических мер, и иногда это приводит к дорогостоящим спорам и другим последствиям, противоречащим тем целям, ради которых и принимались международные обязательства.

В. Договоры об избежании двойного налогообложения

11. В 2004 году между 80 странами было заключено 84 новых договора об избежании двойного налогообложения (ДИДН). Это означает устойчивый рост числа ДИДН, хотя по сравнению с 2003 годом темпы роста несколько уменьшились. Тем не менее по состоянию на конец 2004 года общее число ДИДН достигло 2 559 (диаграмма 3). В отличие от ситуации с ДИД в списке стран, подписавших наибольшее число ДИДН, первые десять мест занимают развитые страны. Примерно 39% от общего числа ДИДН заключено между развитыми и развивающимися странами. На долю ДИДН между развитыми странами приходится 29% общего числа договоров. Еще 19% ДИДН приходится на страны с переходной экономикой, а остальные 13% - на ДИДН между развивающимися странами.

12. Что касается ДИДН развивающихся стран, то здесь просматривается аналогичная, хотя и менее рельефно выраженная (чем в случае ДИД) тенденция к расширению сотрудничества в инвестиционной сфере по линии Юг-Юг. В 1948 году был заключен первый ДИДН в формате Юг-Юг (между Аргентиной и Перу), а во второй половине 1990-х годов произошло значительное увеличение числа заключенных ДИДН. В течение 1990-х годов 69 развивающихся стран подписали между собой 156 новых ДИДН, и к концу 1999 года общее число таких договоров достигло 256. Этот рост продолжился, и в 2004 году общее число подписанных между 90 странами ДИДН по линии Юг-Юг составило 345 договоров.

Диаграмма 3. Число заключенных ДИДН, нарастающим итогом и по каждому году (1990-2004 годы)



Источник: ЮНКТАД (www.unctad.org/iaa).

С. Другие международные инвестиционные соглашения

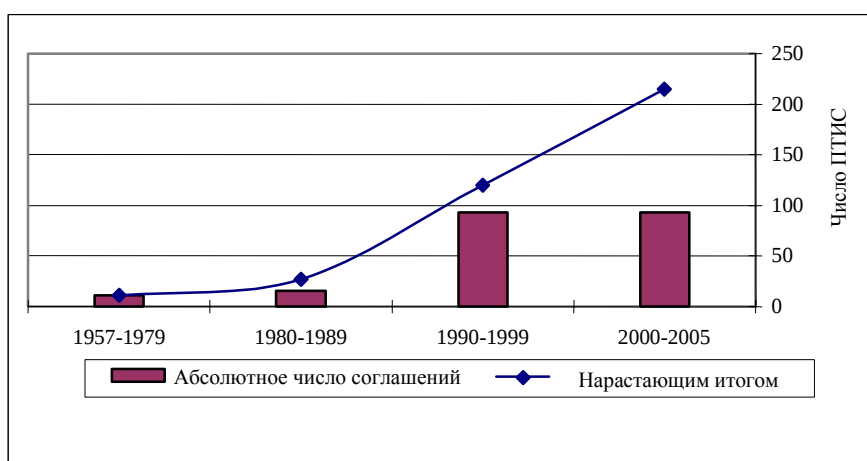
13. Правила, регулирующие международные инвестиции, все шире закрепляются не только в рамках ДИД и ДИДН, но и в двусторонних, региональных, межрегиональных и многосторонних соглашениях, которые посвящены вопросам торговли и инвестиций и направлены на упрощение процедур торговли и инвестиций (UNCTAD, forthcoming, b))¹. Помимо разного по охвату набора положений, касающихся либерализации и поощрения торговли, в этих соглашениях содержатся обязательства по либерализации, защите и/или поощрению инвестиционных потоков между участвующими сторонами. Число таких соглашений постоянно увеличивается и к июню 2005 года превысило 215 (по состоянию на конец 2004 года их было 209). Подавляющее большинство этих соглашений, т.е. примерно 87%, были заключены в период с 1990-х годов (диаграмма 4). Распространение этих соглашений является одной из важнейших тенденций в международных экономических отношениях в последние годы; она обусловлена усилением глобальной конкуренции стран за ресурсы и рынки. Разумеется, выбор партнеров по соглашению в пределах регионов или между регионами определяется не только различными экономическими и политическими соображениями, но и характеристиками соответствующих стран.

14. Как отмечалось выше, одной из основных задач этих соглашений является упрощение процедур торговли и инвестиций. Для достижения этой цели положения таких соглашений, касающиеся инвестиций, ориентированы в первую очередь на либерализацию потоков инвестиций и в меньшей мере - на защиту и поощрение инвестиций. Зачастую в этих положениях затрагиваются и такие связанные с инвестициями вопросы, как защита интеллектуальной собственности и конкуренция. Таким образом, по сравнению с ДИД эти соглашения значительно более разнообразны по сферам действия, подходам и содержанию, хотя в некоторых из заключенных в последнее время соглашений затрагивается относительно узкий круг инвестиционных вопросов. Кроме того, в соглашениях последнего времени все больше просматривается тенденция к расширению круга охватываемых экономических операций, в том числе в первую очередь в сфере торговли товарами и услугами, а также в вопросах инвестиций, капитала и рабочей силы. Однако применяемые в соглашениях подходы к вопросам инвестиций не обязательно соответствуют подходам этих же соглашений к вопросам торговли и

¹ У этих соглашений могут быть различные названия, в том числе такие, как "соглашение о свободной торговле", "соглашение о региональной торговле", "соглашение об экономическом партнерстве", "соглашение об экономической интеграции", "соглашение о партнерстве в новую эпоху", "соглашение об экономическом взаимодействии", "соглашение о создании зоны свободной торговли" или "соглашение об укреплении экономического партнерства".

другим вопросам. Таким образом, чем больше вопросов охватывается соглашениями, тем более сложными они являются и тем выше вероятность того, что их текст отражает особые обстоятельства стран, находящихся на разных уровнях экономического развития и в разных регионах.

Диаграмма 4. Рост числа международных инвестиционных соглашений (без учета ДИД и ДИДН) за период с 1957 года по июнь 2005 года



Источник: ЮНКТАД (www.unctad.org/ia).

Примечание: ПТИС - преференциальные торгово-инвестиционные соглашения.

15. Как и в случае ДИД, на структуру и подходы к вопросам инвестиций в соглашениях последних лет оказали влияние заключенные ранее инвестиционные соглашения, а именно сами ДИД и соглашения ВТО, и в них учтен опыт применения более ранних соглашений. В результате положения этих соглашений, касающиеся инвестиций, приобрели некоторые характерные черты, хотя и с довольно значительными вариациями.

- В соглашениях, направленных на либерализацию режима инвестиций, обычно применяются два подхода. Примером одного из них является НАФТА, которое предусматривает фактическую либерализацию режима инвестиций с учетом списка страновых изъятий (подход на основе негативного перечня). Второй подход (примером которого является ряд соглашений Европейского союза с третьими странами) предусматривает постепенное снятие ограничений на допуск, обоснование в стране и функционирование инвесторов.

- Соглашения, предусматривающие защиту и либерализацию инвестиций (заключены небольшой группой стран, включая Марокко, Мексику, Сингапур, Соединенные Штаты, Чили и Японию), следуют модели НАФТА, но они более широки по охвату (т.е. охватывают большее число секторов), более детализированы (т.е. содержит более сложные положения) и по большей части предусматривают более жесткие обязательства, чем ранее заключенные инвестиционные соглашения, основанные на модели НАФТА.
- Ряд заключенных в последнее время соглашений охватывает более узкую сферу инвестиционных вопросов, устанавливая лишь рамки для сотрудничества по поощрению инвестиций (например, таковыми являются соглашения о свободной торговле, подписанные между странами Европейской ассоциации свободной торговли и странами Центральной Европы).

16. Таким образом, хотя в недавно заключенных соглашениях можно найти ряд типовых решений, касающихся содержания и структуры основных инвестиционных положений, даже в соглашениях аналогичного типа имеются существенные различия. Появляются новые соглашения, в которых структура и подходы к инвестиционным вопросам отличаются от соответствующих характеристик ранее заключавшихся соглашений. Во многих случаях эти отличия обусловлены необходимостью коррекции некоторых недостатков, выявленных при применении ранее заключенных соглашений. Таким образом, углубление содержания норм, регулирующих инвестиции, в рамках этих инвестиционных соглашений происходит на основе учета предыдущего опыта и экспериментального применения новаторских подходов к решению новых проблем. Вместе с тем взаимосвязи между значительным числом норм в рамках одного соглашения, регулирующих инвестиции и другие экономические операции, порождают риск дублирования несоответствий. Это усложняет задачу оценки всей полноты правовых и политических последствий любого такого соглашения и повышает риск возникновения инвестиционных споров.

D. Международные инвестиционные споры

17. Целью описанных выше двусторонних и региональных инициатив является повышение уверенности инвесторов в надежности существующих правовых и нормативных основ. Важную роль в этом контексте играет положение об урегулировании споров "инвестор - государство". Инвесторы все чаще используют это положение, что имеет серьезные последствия для целей развития. За последние пять лет произошло резкое увеличение общего числа исков по инвестиционным договорам, поданных в Международный центр Группы Всемирного банка по урегулированию инвестиционных

споров (МЦУИС) и другие арбитражные форумы, и к ноябрю 2005 года их число составило как минимум 219². Эта тенденция создает особую проблему для развивающихся стран. Правительства по крайней мере 61 страны - в том числе 37 развивающихся стран, 14 развитых стран и 10 государств Юго-Восточной Европы и Содружества Независимых Государств - были привлечены к арбитражным разбирательствам по поводу инвестиционных договоров (UNCTAD, forthcoming, c).

18. Инвестиционные споры охватывают весь спектр инвестиционной деятельности, касаются всех типов инвестиций (в том числе приватизационных контрактов и государственных концессий), самых разнообразных отраслей и видов деятельности и могут иметь существенные финансовые последствия с точки зрения как арбитражных издержек, так и присуждаемых компенсаций. Резкое увеличение числа инвестиционных споров, связанных с МИС, а также издержек, возникающих в результате этих споров, означает, что правительствам, которые намереваются вступить в МИС, необходимо проявлять крайнюю осмотрительность при ведении переговоров о заключении таких соглашений. Им необходимо также отслеживать факты, вызывающие споры, с тем чтобы понимать, какие действия могут спровоцировать судебное разбирательство. Кроме того, важно анализировать опыт выполнения предусмотренных МИС обязательств и извлекать для себя соответствующие уроки.

II. СИСТЕМНЫЕ ВОПРОСЫ

19. Взаимосвязи между положениями в отдельных МИС и между различными МИС могут подрывать последовательность политики. В целом по соображениям последовательности политики положения заключаемых страной МИС должны согласовываться с инвестиционной политикой данной страны. В частности, МИС не должны быть ни чрезмерно широкими (т.е. они должны не выходить за пределы, определяемые проводимой политикой), ни чрезмерно ограниченными по своему охвату (т.е. их охват должен быть не меньше, чем это предусматривается проводимой политикой). Для соблюдения последовательности политики требуется также, чтобы МИС данной страны не противоречили друг другу. При этом участвующая в соглашении сторона должна иметь возможность не только выполнять все применимые положения

² В соответствии с рядом систем арбитража ни факт спора, ни окончательные результаты его урегулирования не обнародуются. Даже в соответствии с арбитражной системой МЦУИС обнародуются не все решения судов. В результате, хотя положение в этом вопросе постепенно меняется, в настоящее время невозможно ни указать точное число рассмотренных исков, ни узнать все правовые вопросы или обстоятельства, связанные с этими делами. Арбитражная служба МЦУИС является единственной службой, ведущей публичный реестр принимаемых к рассмотрению дел. Однако известно, что ряд споров разрешается вне рамок МЦУИС.

МИС, но и делать это таким образом, чтобы выполнение одного положения МИС не мешало проведению политики, лежащей в основе других положений МИС. В этом контексте необходимо учитывать ряд следующих вопросов³.

А. Взаимосвязи между положениями в рамках отдельных МИС

1. "Экспликативные" взаимосвязи

20. Наиболее общим видом взаимосвязи между положениями отдельных МИС является взаимосвязь *экспликативного* характера. В любом МИС положения, содержащие определения, исключения, основные положения и положения, касающиеся урегулирования конфликтов, взаимодействуют между собой таким образом, чтобы обеспечить достижение общей цели соглашения. Например, в положении об экспроприации, имеющемся во многих МИС, предусмотрена выплата компенсации за экспроприацию инвестиций, но характер активов, защищаемых этим положением, обычно можно установить, лишь обратившись к определению термина "инвестиции". Самая большая угроза последовательности в связи с такой взаимосвязью может быть вызвана сложностью соглашения. Чем больше число взаимосвязанных положений, тем больше вероятность того, что участвующие в переговорах стороны не смогут предвидеть все последствия такой взаимосвязи.

2. "Кумулятивные" связи

21. В МИС нового поколения, по мере того как они становятся все более широкими по своему охвату, между положениями все более часто возникает *кумулятивная* взаимосвязь. Примером ситуации, при которой очевидна возможность возникновения несогласованности, вызываемой такого рода взаимосвязью, являются соглашения, в которых одна глава посвящена инвестициям, а другая отдельная глава - торговле услугами. Иногда в главах, посвященных инвестициям, предусматривается определенный режим обоснования инвесторов, использующий подход, основанный на "негативных перечнях", в то время как в главах по вопросам торговли услугами - подход, основанный на "позитивных перечнях". Другая ситуация складывается в соглашениях, где имеются одна глава, посвященная торговле услугами в целом, и дополнительные главы по вопросам торговли услугами в определенных секторах, например финансовыми услугами.

22. *"Кумулятивная"* взаимосвязь может возникнуть не только между основными положениями одного и того же соглашения, но в отношении положений, касающихся урегулирования споров. Например, в некоторых МИС имеется посвященная инвестициям

³ Более глубокий анализ рассматриваемых далее вопросов см. UNCTAD/APEC (2005).

глава, в которых излагается механизм урегулирования споров между инвестором и государством, дополняющий механизм урегулирования споров более общего характера, предусмотренный этим же соглашением. Может возникнуть вопрос о том, можно ли применять механизм урегулирования споров между инвестором и государством для разрешения споров, связанных с другими главами этого соглашения.

3. *"Контрадикторные" взаимосвязи*

23. В МИС может возникать конфликт между целью страны происхождения прямых иностранных инвестиций (ПИИ), а именно: достичь максимально возможного уровня либерализации и защиты инвестиций, - и интересами принимающей ПИИ страны, а именно: подчеркнуть направленность соглашения на цели развития и обеспечить достаточное пространство для маневра в политике в этой связи. В результате возникает очевидное противоречие. Наличие чрезмерно большого пространства для маневра в политике подрывает значимость международных обязательств. С другой стороны, чересчур жесткие обязательства излишне ограничивают свободу для маневра в национальной политике. Задача заключается в том, чтобы найти ориентированный на развитие баланс между целями, структурой, процедурами осуществления и содержанием МИС.

24. С точки зрения перспектив развития наибольший интерес могут представлять вопросы, касающиеся требований к показателям деятельности, стимулов, политики в области передачи технологии и политики в сфере конкуренции, поскольку эти факторы могут ускорить достижение целей развития. По каждому из этих вопросов существуют варианты более и менее благоприятных решений с точки зрения целей развития. Однако до сих пор лишь в меньшинстве МИС эти вопросы рассматриваются четко и напрямую. В отсутствие же конкретных положений по этим вопросам базовый принцип МИС относительно недискриминации может не позволить развивающимся странам устанавливать особые обязательства только для иностранных инвесторов.

4. *"Амплификационные" взаимосвязи*

25. Иногда одни положения МИС усиливают воздействие других положений того же МИС, т.е. возникают "амплификационные" взаимосвязи. Например, принимающая страна, которая заключает МИС, содержащее главу, посвященную торговле услугами, может взять на себя обязательство допустить на свой рынок поставщиков услуг в конкретном секторе экономики. После того, как поставщик услуг обеспечит свое коммерческое присутствие в принимающей стране в соответствии с ее обязательством в отношении доступа на рынок, такое коммерческое присутствие может также

рассматриваться как инвестиции, подпадающие под действие положений главы об инвестициях и поэтому имеющие право на все элементы защиты, предусмотренные в отношении инвестиций в целом.

В. Взаимосвязи с другими МИС

1. Подкрепляющие взаимосвязи

26. Очень часто между положениями различных МИС возникают взаимоподкрепляющие взаимосвязи. В существующих соглашениях можно проследить несколько различных подходов. В некоторых случаях стороны МИС подтверждают обязательства, принятые ими в рамках других договоров, участниками которых они уже являются. Например, в положениях, касающихся услуг, стороны могут подтверждать свои обязательства, принятые в рамках Генерального соглашения по торговле услугами (ГАТС). Иногда МИС обязуют также стороны соблюдать обязательства, принятые в соответствии с другим соглашением. Например, существует целый ряд МИС, обязывающих стороны выполнять Соглашение ВТО по связанным с торговлей инвестиционными мерам. Кроме того, в МИС могут быть включены обязательства, принятые в рамках других соглашений. Наличие в МИС положения, требующего, чтобы его стороны выполняли какое-то другое соглашение, может означать, что нарушение такого другого соглашения, будет рассматриваться как нарушение данного МИС. В свою очередь это может позволить вынести спор, связанный с предполагаемым нарушением другого соглашения, на рассмотрение механизма урегулирования споров, предусмотренного данным МИС, а это опять может привести к дублированию работы механизмов урегулирования споров.

27. Одним из широко распространенных в МИС положений, которое может инкорпорировать положения многочисленных других соглашений, является положение о режиме наиболее благоприятствуемой нации (НБН), в соответствии с которым принимающая страна обязана обеспечивать регулируемым соглашением инвестициям режим, не менее благоприятный, чем тот, который она предоставляет любым другим иностранным инвестициям. В зависимости от конкретной формулировки принципа НБН принимающая страна может быть обязана в соответствии с конкретным МИС выполнять в отношении охватываемых данным МИС инвестиций обязательства, принятые в отношении иностранных инвестиций в любом другом соглашении.

28. В некоторых отношениях инкорпорирование элементов других соглашений в положение о режиме НБН может несколько сужать значение включаемых положений по сравнению с их закреплением в отдельной формулировке. Во-первых, обычно принцип НБН предусматривает не идентичный режим, а режим "не менее благоприятный", чем

предоставляемый другим иностранным инвестициям, что позволяет принимающему государству применять различные режимы, если только они не являются менее благоприятными. Во-вторых, положения о режиме НБН применимы только к инвестициям в "аналогичных ситуациях", что позволяет принимающему государству не принимать во внимание обязательства, закрепленные в рамках других МИС, если ситуация в отношении охватываемых ими инвестиций отличается от ситуации в отношении инвестиций, охватываемых данным МИС.

29. Однако в других отношениях отражение определенных положений в принципе НБН может иметь значительно большие последствия, чем любая другая "подкрепляющая" комбинация положений. Положение о режиме НБН включает в себя не только обязательства в рамках конкретного МИС, но и обязательства по всем другим соглашениям, участником которого является данная страна. Оно распространяется также на обязательства по соглашениям, которые данная страна будет заключать в будущем. При этом следует иметь в виду, что обязательства, принимаемые в рамках других соглашений, составляют часть общего баланса взятых обязательств и приобретенных прав. Что же касается положения о режиме НБН, то оно включает в себя обязательства конкретной стороны по другим соглашениям, но не охватывает права, приобретенные в ответ на эти обязательства (проблема "безучастного выгодоприобретателя"). Существует риск, что включение обязательств в МИС вне контекста, в котором они были первоначально сформулированы, может привести к чрезмерно широкому толкованию этих обязательств⁴.

2. "Кумулятивные" взаимосвязи

30. Часто между положениями различных МИС существуют *кумулятивные* взаимосвязи. Например, в большинстве МИС речь идет об инвестициях, являющихся средством предоставления трансграничных услуг, и такие инвестиции регулируются также ГАТС в той мере, в какой такие инвестиции можно характеризовать как представляющие собой коммерческое присутствие в принимающей стране.

31. *Кумулятивные* взаимосвязи могут возникать также в случае процедурных положений различных МИС. Особенно часто это бывает в тех случаях, когда положения о предоставлении услуг в конкретном МИС создают обязательства, аналогичные обязательствам в рамках ГАТС, и поэтому могут вызывать споры, подпадающие под

⁴ Однако это взаимный риск, т.е. обе стороны МИС могут оказаться в положении "безучастного выгодоприобретателя". В этом контексте см. ЮНКТАД (2004а).

действие как механизма урегулирования споров ВТО, так и механизма урегулирования споров, предусмотренного в данном МИС.

32. Независимо от того, идет ли речь о положениях одного и того же соглашения или о положениях различных соглашений, использование нескольких механизмов урегулирования споров может существенно нарушить последовательность политики конкретной страны. Прежде всего, и это самое главное, это может породить несогласующиеся между собой толкования соглашений. Даже в тех случаях, когда результаты окажутся сопоставимыми, могут понадобиться значительные ресурсы на соблюдение дублирующих друг друга процедур по урегулированию одного и того же спора.

3. *"Контрадикторные" взаимосвязи*

33. Иногда взаимодействие положений различных МИС порождает противоречия. Например, иностранные инвесторы могут получить право на обоснование в стране в соответствии с ДИД, а региональное соглашение, участником которого является данная сторона двустороннего договора, может исключать предоставление такого права. Аналогичным образом в различных договорах могут содержаться разные положения и/или разные формулировки требований в отношении показателей деятельности, а также по другим вопросам существа, касающимся режима иностранных инвестиций, уже допущенных на данный рынок.

С. Взаимосвязи с государственными контрактами

34. Взаимосвязи могут также возникать между положениями МИС и положениями контракта между принимающей страной и инвестором (т.е. государственного контракта), в частности разрешения на размещение инвестиций (ЮНКТАД, 2004b). В некоторых случаях такая взаимосвязь носит взаимоукрепляющий характер. Это происходит, например, в тех случаях, когда в МИС имеется так называемое "зонтичное положение", в соответствии с которым принимающая страна должна выполнять обязательства, принимаемые ею в отношении конкретных инвестиций. Согласно этому положению нарушение государственного контракта является также нарушением МИС. Если в государственном контракте имеется положение о выборе форума для разрешения споров, конкретно указывающее способ их разрешения, то инвестор может добиваться передачи спора как в этот форум, так и в любой другой форум, предусмотренный МИС, такой, как механизм урегулирования споров между инвестором и государством.

35. Иногда положения МИС могут вступать в противоречие с положениями государственных контрактов. Например, предусмотренный в МИС запрет на установление требований к показателям деятельности может ограничивать возможности принимающей страны включать соответствующие требования в государственный контракт. Аналогичным образом, содержащиеся в МИС положения, касающиеся недискриминации, могут ограничивать способность принимающей страны гарантировать конкретному инвестору в рамках государственного контракта преференциальный режим.

D. Устранение системных несоответствий и обеспечение согласованности

36. Поскольку потенциально положения МИС могут нарушать согласованность политики, в некоторых МИС принят ряд методических решений, направленных на обеспечение согласованности политики на случай наличия положений, дублирующих друг друга. В существующих соглашениях можно найти как минимум пять различных вариантов таких решений.

37. При решении на основе "определения" формулировка конкретного положения дается в таком виде, чтобы исключить всякую возможность несогласованности с соответствующими положениями других МИС. Однако это решение предполагает, что в различных МИС используются почти идентичные определения конкретного термина (например, определение "инвестиций"). Иногда выйти на такое решение бывает трудно. Аналогичная проблема, хотя и в менее острой форме, существует и в случае решения на основе положения о "сфере действия", при котором сфера действия ограничивается таким образом, чтобы избежать несогласованности с другим соответствующим положением (например, с географическими или временными параметрами применения данного соглашения). При решении по методу "иерархии" указывается, какое из положений имеет преимущественную силу в случае какого-либо несоответствия. Этот подход нашел отражение в Венской конвенции о праве международных договоров, в соответствии с которой преимущественную силу имеют положения более позднего соглашения между сторонами обоих соглашений. Таким образом, может возникнуть системная проблема в тех случаях, когда одна из сторон противоречащих друг другу соглашений не является участницей Венской конвенции. Решение по методу "выбора" позволяет конкретному участнику соглашения в случае возникновения несоответствия выбирать, какое из положений имеет преимущественную силу. Этот вариант решения применяется очень редко и близок к процедурам урегулирования споров. Наконец, решение "по согласию" предусматривает, что любые несоответствия должны урегулироваться на основе согласия сторон. В этом случае остается открытым вопрос о том, что произойдет, если стороны не придут к согласию.

III. ПОСЛЕДСТВИЯ

A. Последствия общего характера

38. После 1990 года число МИС резко увеличилось. Это привело к созданию все более сложной, многоярусной и многоступенчатой системы правил, регулирующих инвестиции. С одной стороны, эта система международных инвестиционных правил способствует повышению предсказуемости, транспарентности и укреплению стабильности международных инвестиционных отношений, что является исключительно важным компонентом нормативно-правовой основы, благоприятствующей привлечению ПИИ и получению связанных с этим выгод. С другой же стороны, применяемые в настоящее время подходы на двустороннем и региональном уровнях способствуют усложнению системы международных инвестиционных правил, и это повышает риск принятия дублирующих друг друга и не совпадающих друг с другом обязательств.

39. Из этого вытекает ряд последствий, которые нужно иметь в виду в процессе будущей нормотворческой работы в сфере международных инвестиций.

- Во-первых, возрастает степень сложности переговорного процесса, поскольку в нем участвуют все больше и больше стран и рассматривается все больше и больше тем. В этой связи возникают вопросы о том, насколько широкой должна быть повестка дня конкретной серии переговоров и насколько высоко участвующие страны хотят поставить планку в отношении характера обязательств.
- Во-вторых, переговоры по МИС связаны с учетом взаимосвязанных и сложных вопросов политики, которые, по крайней мере в принципе, затрагивают весь спектр внутренних проблем страны и все чаще охватывают социальную и экологическую сферы. По существу в таких соглашениях находит отражение усиливающаяся интернационализация задач внутренней политики государства. Если соответствующие вопросы национальной политики не будут надлежащим образом учитываться, то это может иметь серьезные последствия для развития принимающих стран. Поэтому в МИС должен находить выражение определенный баланс между правами и обязанностями - либо путем их включения в один и тот же инструмент, либо путем установления связей с другими международными инструментами как имеющими, так и не имеющими обязательную юридическую силу.

- В-третьих, хотя МИС по определению содержат обязательства, которые по самой своей природе отчасти ограничивают автономнию участвующих сторон, необходимо иметь в виду, что требуется некоторая степень гибкости, позволяющая участвующим странам добиваться своих целей развития с учетом конкретных потребностей и условий данной страны. Чем сильнее в инвестиционных соглашениях проявляется стремление выйти за пределы вопросов поощрения и защиты инвестиций и, в частности, включить обязательства по вопросам либерализации, тем более сложным становится процесс переговоров по таким соглашениям. В тех случаях, когда ставится задача либерализации режима инвестиций, более приемлемой может оказаться постепенная либерализация правил, регулирующих инвестиции, а не принятие прямых и всеохватывающих обязательств, касающихся либерализации.
- В-четвертых, транспарентность в проведении переговоров об инвестициях играет ключевую роль в обеспечении необходимой поддержки и легитимности международных инвестиционных соглашений. Важное значение имеют также осведомленность, понимание и вклад всех сторон, заинтересованных в развитии.

В. Проблемы, стоящие перед развивающимися странами

40. Хотя вышеизложенные проблемы имеют важное значение для всех стран на любом уровне развития - будь то развитые, развивающиеся страны или страны с переходной экономикой, - особенно актуальными они являются для развивающихся стран, у которых меньше возможностей для их решения. В частности, в этой связи перед развивающимися странами стоят четыре проблемы:

- Во-первых, развивающимся странам необходимо определить, каким образом можно наиболее эффективно интегрировать МИС в свою политику экономического развития. Целью таких соглашений является оказание содействия экономическому развитию посредством создания стабильной, предсказуемой и транспарентной среды для иностранных инвестиций. Однако все международные соглашения ограничивают возможности сторон действовать по своему усмотрению. Развивающимся странам необходимо сохранять достаточное пространство для маневра в целях стимулирования экономического развития без подрыва эффективности МИС.
- Во-вторых, развивающимся странам необходимо обеспечить и поддерживать последовательность своей политики в условиях существования большого числа взаимодействующих МИС. В качестве первого шага требуется разработать

согласованный подход к национальному развитию, обеспечивающий интеграцию политики по вопросам инвестиций, торговли, конкуренции, технологии и общей промышленной политики. При проведении переговоров по новым МИС необходимо добиваться, чтобы каждое из таких соглашений не только соответствовало целям экономического развития государства, но и способствовало такому развитию. Выработка и проведение последовательной политики в развивающихся странах стали особенно трудным делом в последние годы в результате действия по крайней мере двух факторов. Первый из этих факторов связан с тем, что в настоящее время многие развивающиеся страны являются одновременно и импортирующими, и экспортирующими капитал странами. Таким образом, МИС могут иметь последствия для данной развивающейся страны одновременно как для страны происхождения, так и для принимающего государства. Вторым фактором является большое количество и сложность соглашений.

- В-третьих, при заключении МИС развивающиеся страны должны непременно располагать достаточными возможностями для анализа всей полноты обязательств, которые они принимают на себя. Им необходимо также расширять свои возможности в деле понимания экономических и социальных последствий обязательств, содержащихся в МИС.
- В-четвертых, развивающимся странам необходимо выполнять принятые ими договорные обязательства. Процесс выполнения включает в себя завершение процесса ратификации, приведение национального законодательства и национальной практики в соответствие с договорными обязательствами, информирование и обучение сотрудников местных органов, которые будут практически выполнять данное МИС, урегулирование спорных вопросов, возникающих в рамках МИС, и переоценку национальной политики в области инвестиций в контексте национальных стратегий развития и накопленного опыта.

41. Поиск ориентированного на процесс развития баланса интересов в будущих МИС, который надлежащим образом учитывал бы вышеизложенные проблемы, остается важной задачей. Кроме того, при работе над аспектами МИС, касающимися развития, следует уделять больше внимания обязательствам стран базирования и вкладу, который могут сделать ТНК для усиления воздействия их инвестиций на процесс развития в развивающихся странах (UNCTAD 2005с, 2001а и 2001b). Как отмечалось выше, бремя решения этих проблем, вероятнее всего, будет ощущаться особенно остро в развивающихся, и прежде всего в наименее развитых странах, поскольку зачастую они не располагают достаточными людскими и финансовыми ресурсами, необходимыми для

выполнения соглашений. Это подчеркивает важное значение технического сотрудничества по наращиванию потенциала развивающихся стран, с тем чтобы они могли лучше оценивать различные варианты политики, прежде чем вступать в новые соглашения, и выполнять взятые обязательства. Международные организации способны сыграть определенную роль в этом отношении.

СПРАВОЧНАЯ ЛИТЕРАТУРА

United Nations Conference on Trade and Development (UNCTAD) (forthcoming, a). *Bilateral Investment Treaties 1995–2005: Trends in Investment Rule-making*. UNCTAD Series on Issues in International Investment Policies for Development (Geneva and New York: United Nations), United Nations publication.

_____ (forthcoming, b). *Economic Integration Investment Agreements*. UNCTAD Series on Issues in International Investment Policies for Development (Geneva and New York: United Nations), United Nations publication.

_____ (forthcoming, c). *Latest Developments in Investor–State dispute settlement*. *IIA Monitor* Nr. 4 (2005), United Nations publication.

_____ (2005a). *South-South Cooperation in International Investment Arrangements*. UNCTAD Series on Issues in International Investment Policies for Development (Geneva and New York: United Nations), United Nations publication, sales no. E.05.II.D.26.

_____ (2005b). *Many Bits Have Yet To Enter Into Force*, *IIA Monitor* Nr 3 (2005), UNCTAD/WEB/ITE/IIA/2005/10, available at www.unctad.org/iaa.

ЮНКТАД (2005с). "Доклад Совещания экспертов по позитивному вкладу корпораций в социально-экономическое развитие принимающих развивающихся стран, Женева, 31 октября - 2 ноября 2005 года", TD/B/COM.2/EM.17/3.

_____ (2004а). Изъятия, касающиеся РОЭИ, в положениях о режиме НБН. Серия документов ЮНКТАД по международной инвестиционной политике в интересах развития (Нью-Йорк и Женева: Организация Объединенных Наций), издание Организации Объединенных Наций, в продаже под № R.05.II.D.1.

UNCTAD (2004b). *State Contracts*. UNCTAD Series on Issues in International Investment Agreements (New York and Geneva: United Nations), United Nations publication, sales no. E.05.II.D.5.

_____ (2001a). *Home Country Measures*. UNCTAD Series on Issues in International Investment Agreements (New York and Geneva: United Nations), United Nations publication, sales no. E.01.II.D.19.

_____ (2001b). *Social Responsibility*. UNCTAD Series on Issues in International Investment Agreements (New York and Geneva: United Nations), United Nations publication, sales no. E.01.II.D.4.

_____ (1998). *Bilateral Investment Treaties in the Mid-1990s* (New York and Geneva: United Nations), United Nations publication, sales no. E.98.II.D.8.

_____ and Asia Pacific Economic Cooperation (UNCTAD and APEC) (2005). *International Investment Agreements: Recent Trends and Implications* (Geneva and Singapore: UNCTAD and APEC).
