



Государственные компании как инвесторы: международно-правовое регулирование

Андреева Наталья Сергеевна, Национальный исследовательский университет «Высшая школа экономики», АО «Лучший выбор» (Москва, Российская Федерация)
аспирант, юрист практики разрешения споров и практики международного арбитража;
e-mail: nat.s.andreeva@gmail.com.
ORCID: 0000-0002-6417-4195

Аннотация

В данной статье автор исследует понятия государственных компаний в практике международных организаций, а также различные подходы к вопросу распространения статуса инвестора на государственные компании согласно международным инвестиционным соглашениям. В результате анализа автор формулирует признаки государственных компаний как инвесторов в международно-правовом контексте, а также устанавливает, что в абсолютном большинстве случаев государственные компании не исключены из понятия инвестора, а значит, на них должна распространяться защита международных инвестиционных соглашений.

Ключевые слова: государственные компании, инвесторы, инвестиции, международные инвестиционные соглашения.

The State-Owned Entities as Investors: The International Legal Framework

Natalia S. Andreeva, National Research University Higher School of Economics, Better Chance JSC (Moscow, Russian Federation)
postgraduate student, Dispute Resolution and International Arbitration Practice of Better Chance JSC;
e-mail: nat.s.andreeva@gmail.com.
ORCID: 0000-0002-6417-4195

Abstract

In this article, the author examines the notion of state-owned entities in the practice of international organisations, and the different approaches to the extension of investor status to state-owned entities under international investment agreements. As a result of the analysis, the author formulates the characteristics of state-owned entities as investors in the international legal context and establishes that in the vast majority of cases state-owned entities are not excluded from the investor concept, and therefore shall be covered by the protection of international investment agreements.

Keywords: state-owned entities, investors, investments, international investment treaties.

I. Введение

Интернационализация частного капитала, смягчение правовых барьеров для торговли и инвестиций, а также технологические достижения в области связи и транспорта привели к экспоненциальному росту международных потоков капитала в 1990-х гг. Значительно увеличилось и количество двусторонних инвестиционных соглашений (далее — ДИС), предусматривающих набор гарантий для иностранных инвесторов с целью привлечения дополнительного капитала и создания благоприятного делового климата¹. Так, количество ДИС выросло со 165 в 1980 г. до 1857 к концу 1999 г., в связи с тем, что государства согласились ограничить свою сферу регулирования инвестиционных отношений для увеличения притока иностранных инвестиций. Отличительной чертой ДИС является содержащееся в них положение о разрешении споров в отношении инвестиций, возникающих между инвестором и принимающим инвестиции государством, в международном арбитраже, предоставляющее иностранному инвестору право

¹ Кожедуб А. П. Кризис легитимности международного инвестиционного арбитража: анализ сложившихся проблем и пути преодоления новых вызовов. Вестник Владимирского юридического института, 2021. № 2. С. 65.

на предъявление иска к государству-реципиенту². Международный центр по урегулированию инвестиционных споров (далее — МЦУИС) стал основным форумом для рассмотрения споров, возникающих в связи с иностранными инвестициями³.

Начало XXI в. характеризуется увеличением роли суверенных инвестиций, что представляет собой дальнейшее изменение роли государства в глобальной экономике. Государства, чьи правительства традиционно были убежденными сторонниками частного капитала (такие как Соединенные Штаты Америки), предприняли шаги по спасению стратегически важных отраслей промышленности, приобретая доли в предприятиях банковского и автомобильного сектора⁴, что привело к увеличению количества государственных компаний⁵.

С начала 2000-х государственные компании стали всё больше играть роль участников международных инвестиционных отношений. Согласно данным Международного валютного фонда (далее — МВФ) в 2018 г. активы крупнейших государственных компаний составили 45 трлн долл., что эквивалентно 50 % мирового ВВП⁶. Также Организация экономического сотрудничества и развития (далее — ОЭСР) провела исследование, в результате которого установлено, что государственные компании являются работодателями для 9,2 млн людей во всем мире⁷. При этом количество государственных компаний стало расти еще стремительнее после 2020 г. в том числе в связи с тем, что в эпоху пандемии COVID-19 одним из способов государственной поддержки стало приобретение государствами пакетов акций частных компаний, находящихся в сложном финансовом положении⁸.

Наибольшее количество государственных компаний находится в Китае. На сегодняшний день в Китае существует более 150 тыс. государственных компаний. В 2021 г. 143 китайские компании вошли в список Fortune Global 500, среди которых 82 являются государственными⁹. Также большое количество государственных компаний сосредоточено в Российской Федерации, государствах — членах ЕС (главным образом, во Франции, Германии, Швеции, Италии), Индии, Объединенных Арабских Эмиратах, Малайзии, Южно-Африканской Республике и Сингапуре¹⁰.

Глобальное присутствие государственных компаний значительно в так называемых стратегических отраслях экономики, включая финансовые услуги, инфраструктуру и природные ресурсы. Фактически более половины государственных компаний сосредоточено в секторах финансовых услуг и природных ресурсов, что отражает желание государства непосредственно контролировать данные отрасли экономики. Например, более чем три четверти мировых запасов нефти контролируется государственными компаниями¹¹.

Несмотря на столь весомую роль государственных компаний в международной экономике, в международных инвестиционных соглашениях (далее — МИС) и в доктринальных источниках нет единого мнения по вопросу определения государственных компаний как субъекта международных инвестиционных отношений, а также по вопросу распространения на государственные компании статуса инвестора, который пользуется защитой МИС. В рамках данной статьи мы проанализируем различные определения государственных компаний в практике международных организаций, а также подходы МИС к включению государственных компаний в понятие инвестора, на которого распространяется защита МИС.

II. Определения государственных компаний в практике международных организаций

Деятельность государственных компаний как инвесторов в трансграничном контексте исследуется ОЭСР, Конференцией ООН по торговле и развитию (далее — ЮНКТАД) и Всемирным банком. Каждая из указанных организаций выделяла свои признаки государственных компаний.

² Гармоза А. П. Арбитраж на основании международных инвестиционных соглашений: вопросы компетенции. М.: Инфотропик Медиа, 2012. С. 3.

³ McLaughlin M. Defining a State-Owned Enterprise in International Investment Agreements. ICSID Review. Vol. 34. No. 3, 2019. P. 597.

⁴ McLaughlin M. Defining a State-Owned Enterprise in International Investment Agreements. ICSID Review. Vol. 34. No. 3, 2019. P. 597.

⁵ В настоящей статье термин «государственная компания» используется в международно-правовом контексте и не соответствует определению государственной компании в ст. 7.2 Федерального закона от 12.01.1996 № 7-ФЗ «О некоммерческих организациях»: «государственной компанией признается некоммерческая организация, не имеющая членства и созданная Российской Федерацией на основе имущественных взносов для оказания государственных услуг и выполнения иных функций с использованием государственного имущества на основе доверительного управления».

⁶ International Monetary Fund, Fiscal Monitor, April 2020: Policies to Support People During the COVID-19 Pandemic. P. 49. URL: <https://www.imf.org/en/Publications/FM/Issues/2020/04/17/Fiscal-Monitor-April-2020-Policies-to-Support-People-During-the-COVID-19-Pandemic-49278> (дата обращения: 08.05.2023).

⁷ OECD, The Size and Sectoral Distribution of State-Owned Enterprises. 2017. URL: <https://www.oecd.org/publications/the-size-and-sectoral-distribution-of-state-owned-enterprises-9789264280663-en.htm> (дата обращения: 08.05.2023).

⁸ UNCTAD, Global Investment Trends and Prospects, 2021. URL: https://unctad.org/system/files/official-document/WIR2021_ch01_en.pdf (дата обращения: 08.05.2023).

⁹ Du M. The Status of Chinese State-Owned Enterprises in International Investment Arbitration: Much Ado About Nothing? Chinese Journal of International Law, 2022. P. 787.

¹⁰ International Monetary Fund, Fiscal Monitor, April 2020: Policies to Support People During the COVID-19 Pandemic. P. 49. URL: <https://www.imf.org/en/Publications/FM/Issues/2020/04/17/Fiscal-Monitor-April-2020-Policies-to-Support-People-During-the-COVID-19-Pandemic-49278> (дата обращения: 08.05.2023).

¹¹ OECD, State-Owned Enterprises as Global Competitors: A Challenge or An Opportunity? 2016. P. 21.

ОЭСР дала следующее определение государственных компаний в ее руководстве по корпоративному управлению предприятиями, находящимися в государственной собственности (далее — Руководство): любые корпоративные организации, признанные законом в качестве предприятия, в котором государство имеет право собственности¹².

В Руководстве указано, что к государственным компаниям относятся акционерные общества, общества с ограниченной ответственностью, а также товарищества. Кроме того, в Руководстве поясняется, что к государственным компаниям относятся предприятия, которые находятся под контролем государства: государство может быть как собственником мажоритарного пакета акций, так и иным способом осуществлять «эквивалентную степень контроля». Примерами «эквивалентной степени контроля» могут быть, например, случаи, когда законодательство обеспечивает постоянный контроль государства над государственной компанией, в которой оно владеет миноритарным пакетом акций. При этом Руководство указывает на то, что вопрос контроля в каждом случае нужно анализировать отдельно. Например, вопрос о том, свидетельствует ли «золотая акция» о наличии контроля, зависит от объема полномочий, которыми она наделяет государство. Юридические лица, в которых государство владеет менее чем 10 % акций и не осуществляет контроль иным способом, не могут расцениваться в качестве государственных компаний. Также государственными компаниями в целях Руководства не являются лица, которые контролируются государством в период банкротства или ликвидации¹³.

ОЭСР относит к государственным компаниям также государственные корпорации, созданные на основе специального законодательства, если их деятельность (часть их деятельности) носит преимущественно экономический характер¹⁴. При этом для целей Руководства экономическая деятельность, осуществляемая государственными компаниями, представляет собой деятельность, которая связана с куплей-продажей товаров или оказанием услуг на определенном рынке и которая в принципе может осуществляться частным лицом с целью получения прибыли. Структура рынка (например, характеризуется ли он конкуренцией, олигополией или монополией) не имеет решающего значения для определения того, является ли деятельность экономической¹⁵.

Признаки государственных компаний, указанные в Руководстве, оставляют вопросы, распространяется ли Руководство на российские государственные корпорации — не имеющие членства некоммерческие организации, учрежденные Российской Федерацией на основе имущественного взноса и созданные для осуществления социальных, управленческих или иных общественно полезных функций¹⁶.

Например, государственная корпорация развития «ВЭБ.РФ» (далее — ВЭБ.РФ) действует на основании Федерального закона от 17.05.2007 № 82-ФЗ «О государственной корпорации развития «ВЭБ.РФ»» (далее — Закон о ВЭБ.РФ), который устанавливает правовое положение, принципы организации, цели создания и деятельности, порядок реорганизации и ликвидации ВЭБ.РФ. При этом в Законе о ВЭБ.РФ указано, что ВЭБ.РФ вправе осуществлять предпринимательскую деятельность лишь постольку, поскольку это служит достижению ее целей: например, обеспечению долгосрочного социально-экономического развития Российской Федерации, повышения качества жизни граждан Российской Федерации, повышения эффективности инвестиционной деятельности¹⁷. Например, ВЭБ.РФ может осуществлять финансирование проектов ВЭБ.РФ, в том числе в форме предоставления кредитов, приобретения облигаций и участия в уставных (складочных) капиталах коммерческих организаций, выдавать гарантии и поручительства за третьих лиц. Таким образом, деятельность ВЭБ.РФ является экономической, но предпринимательская деятельность может осуществляться ВЭБ.РФ исключительно в целях достижения ее общественно-полезных целей. Учитывая, что в Руководстве указано, что экономическая деятельность, осуществляемая государственными компаниями, представляет собой деятельность, которая в принципе может осуществляться частным лицом с целью получения прибыли, но не предусматривает, что цель получения прибыли должна присутствовать в деятельности самой государственной корпорации, можно утверждать о том, что Руководство также распространяется на ВЭБ.РФ.

ЮНКТАД определяет государственные компании как предприятия, включающие материнские предприятия и их зарубежные дочерние компании, в которых правительство имеет контрольную долю участия¹⁸. При этом определение контрольной доли участия в каждом конкретном случае может отличаться, но ЮНКТАД определяет контроль как долю в 10 и более процентов голосующих акций. Кроме того, как и ОЭСР, ЮНКТАД отмечает, что правительство

¹² OECD, Guidelines on Corporate Governance of State-Owned Enterprises, 2015. P. 14. URL: https://www.oecd-ilibrary.org/governance/oecd-guidelines-on-corporate-governance-of-state-owned-enterprises-2015_9789264244160-en (дата обращения: 08.05.2023).

¹³ OECD, Guidelines on Corporate Governance of State-Owned Enterprises, 2015. P. 15. URL: https://www.oecd-ilibrary.org/governance/oecd-guidelines-on-corporate-governance-of-state-owned-enterprises-2015_9789264244160-en (дата обращения: 08.05.2023).

¹⁴ OECD, Guidelines on Corporate Governance of State-Owned Enterprises, 2015. P. 14. URL: https://www.oecd-ilibrary.org/governance/oecd-guidelines-on-corporate-governance-of-state-owned-enterprises-2015_9789264244160-en (дата обращения: 08.05.2023).

¹⁵ OECD, Guidelines on Corporate Governance of State-Owned Enterprises, 2015. P. 15. URL: https://www.oecd-ilibrary.org/governance/oecd-guidelines-on-corporate-governance-of-state-owned-enterprises-2015_9789264244160-en (дата обращения: 08.05.2023).

¹⁶ Федеральный закон от 12.01.1996 № 7-ФЗ «О некоммерческих организациях», статья 7.1.

¹⁷ Федеральный закон от 17.05.2007 № 82-ФЗ (ред. от 14.07.2022) «О государственной корпорации развития «ВЭБ.РФ»», статья 3.

¹⁸ UNCTAD, World Investment Report 2011 – Non-Equity Modes of International Production and Development, 2011. P. 28. URL: https://unctad.org/system/files/official-document/wir2011_en.pdf (дата обращения: 08.05.2023).

может контролировать государственную компанию через «золотую акцию», которая дает особые права голоса и возможность блокировать ключевые стратегические решения¹⁹.

Всемирный банк определяет государственные компании как находящиеся в собственности или под контролем государства и получающие основную часть своих доходов от продажи товаров и услуг на коммерческой основе. При этом одновременно с коммерческой деятельностью государственная компания может заниматься достижением политических целей. Государственные компании отличаются от государственных агентств, квазиправительственных организаций или иных полугосударственных образований, которые выполняют функции государственной политики²⁰.

Всемирный банк также ссылается на определение государственных компаний ОЭСР, которое мы отдельно анализировали выше, и на определение публичных предприятий, используемое в нормативно-правовых актах Европейского союза (далее — ЕС), которое также включает в себя государственные компании. Так, Директива ЕС № 80/723²¹ определяет публичное предприятие (public undertaking) как любое предприятие, на которое государственные органы могут прямо или косвенно влиять, как в связи с наличием у них права собственности, финансового участия, так и в силу норм, регулирующих деятельность государственных предприятий. В знаменитом деле *Höfner and Elser v Macrotron GmbH*²² суд ЕС (European Court of Justice) определил предприятие как любое лицо, которое осуществляет экономическую деятельность, вне зависимости от юридического статуса лица и способа его финансирования. Таким образом, исходя из определения Европейского суда, даже лица, которые не имеют юридической самостоятельности от государства, могут рассматриваться в качестве государственных компаний.

Таким образом, к государственным компаниям как инвесторам в трансграничном контексте относятся корпоративные организации, признанные законом в качестве лица, в котором государство имеет право собственности (не менее 10 % голосующих акций) или в отношении которых государство осуществляет контроль. При этом нет единообразного решения вопроса степени контроля государства над государственной компанией. Полагаем, что критерий контроля государства над государственной компанией должен считаться удовлетворенным, если государство имеет возможность постоянно контролировать деятельность государственной компании и принимать решения по ключевым стратегическим вопросам ее деятельности. Кроме того, представляется целесообразным относить к инвесторам также государственные корпорации, которые осуществляют экономическую деятельность в рамках реализации их социальных функций.

III. Государственные компании и понятие инвестора в международных инвестиционных соглашениях

Международные инвестиционные соглашения (далее — МИС) содержат определения инвестора и инвестиций, которые являются отправной точкой для установления того, распространяется ли на то или иное лицо защита конкретного МИС. При этом, анализируя тексты МИС, можно заметить, что существуют различные подходы в отношении того, включаются ли государственные компании в понятие инвестора. Ниже мы проанализируем каждый из указанных подходов.

Вопрос о том, имеют ли государственные компании право на иск в международном инвестиционном арбитраже согласно Вашингтонской конвенции 1965 г. о порядке разрешения инвестиционных споров между государствами и иностранными лицами, не является предметом настоящей статьи, и был ранее исследован автором настоящей статьи²³.

A. Государственные компании прямо не указаны в определении инвестора в МИС

В 2015 г. ОЭСР осуществила исследование текстов 1813 МИС, заключенных 46 государствами, на предмет распространения статуса инвестора на государственные компании²⁴. В результате исследования ОЭСР было установлено, что 1524 (84 %) проанализированных МИС не разграничивают инвесторов по критерию собственности.

¹⁹ UNCTAD, World Investment Report 2011 – Non-Equity Modes of International Production and Development, 2011. P. 30. URL: https://unctad.org/system/files/official-document/wir2011_en.pdf (дата обращения: 08.05.2023).

²⁰ World Bank, Corporate Governance of State-Owned Enterprises: A Toolkit, 2014. P. 26.

²¹ Commission Directive 80/723/EEC of 25 June 1980 on the transparency of financial relations between Member States and public undertakings. URL: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=celex%3A31980L0723> (дата обращения: 08.05.2023).

²² *Höfner and Elser v Macrotron GmbH*, Reference for a preliminary ruling from the Oberlandesgericht, Case C-41/90. URL: https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/PDF/?uri=CELEX:61990CJ0041_SUM&from=LT (дата обращения: 08.05.2023).

²³ См. *Андреева Н. С.* Государственные компании как истцы согласно Вашингтонской конвенции 1965 года о порядке разрешения инвестиционных споров между государствами и иностранными лицами. Теоретическая и прикладная юриспруденция, 2023. № 1. С. 47–55.

²⁴ Agreement Between the Government of the Republic of Korea and the Government of Japan for the Liberalization, Promotion and Protection of Investment (signed 22 March 2002, entered into force 1 January 2003), Article 1. URL: <https://investmentpolicy.unctad.org/international-investment-agreements/treaty-files/1727/download> (дата обращения: 08.05.2023).

Чаще всего в этом случае в текстах МИС для обозначения инвестора используется общий термин «юридическое лицо» (legal person, judicial person, legal entity). Также в МИС в определении инвестора встречаются такие термины, как «компания» (company), «предприятие» (enterprise), «корпорация» (corporation).

Например, в ст. 1 двустороннего инвестиционного соглашения (далее — ДИС) между Правительством Российской Федерации и Правительством Республики Сингапур от 27 сентября 2010 г. термин «инвестор» определяется как «любое юридическое лицо, созданное или учрежденное в соответствии с законодательством первой договаривающейся стороны»²⁵. Аналогичным образом, в ст. 1 ДИС между Правительством Российской Федерации и Правительством Объединенных Арабских Эмиратов от 28 июня 2010 г. указано, что инвестор включает в себя любое юридическое лицо, учрежденное в соответствии с законодательством этой договаривающейся стороны, включая корпорации, общества, ассоциации, компании, товарищества и иные организации, независимо от того, является ли его ответственность ограниченной или иной²⁶.

Для использования в МИС таких широких определений инвестора могут быть различные причины. МИС направлены на защиту иностранных инвестиций в целом, поэтому такое определение инвестора может гарантировать широкий спектр защиты для различных видов инвесторов, вне зависимости от того, являются ли они частными или государственными инвесторами. С другой стороны, как было описано выше, государственные компании активно выступают в качестве глобальных инвесторов лишь с конца XX в. Таким образом, разработчики ранних МИС могли в принципе не рассматривать государственные компании в качестве инвесторов и не думать о том, что отсутствие прямого включения государственных компаний в определение инвестора может когда-нибудь стать проблемой.

Однако отсутствие прямого указания на государственные компании в определении инвестора создает неопределенность в отношении того, пользуются ли такие лица защитой МИС. В доктринальных работах встречается точка зрения, что государственные компании охватываются понятием «инвестор», если они прямо из него не исключены. Такой подход вытекает из ст. 31 Венской конвенции о праве международных договоров от 23 мая 1969 г. (далее — Венская конвенция), предусматривающей, что договор должен толковаться добросовестно в соответствии с обычным значением, которое следует придать терминам договора в их контексте, а также в свете объекта и целей договора²⁷.

Например, К. Аннакер отмечает, что организации или компании, которые находятся в собственности или под контролем государства или одного из его подразделений, обычно охватываются термином «юридические лица» в МИС, независимо от их организационно-правовой формы и функций²⁸. Более того, цель МИС заключается в защите и поощрении инвестиций, и в ней и не должно проводиться никакого различия между инвестициями, сделанными государственными и частными инвесторами²⁹. Аналогичным образом К. Ванделельде также считает, что, когда формулировка определения инвестора в МИС не содержит прямого указания на то, включает ли данное определение государственные компании, можно утверждать, что имплицитно она включает в себя и государственные компании³⁰. ЮНКТАД также отмечает, что в случае использования общих терминов для обозначения инвестора необходимо исходить из презумпции, что в понятие инвестора включаются и государственные компании³¹.

Вместе с тем такая презумпция может быть опровергнута, например, в случае если в преамбуле МИС есть указание на то, что данный МИС заключается в целях защиты интересов частных инвесторов³². Такой подход также соответствует ст. 31 Венской конвенции, предусматривающей необходимость толкования в свете объекта и целей договора. Кроме того, установление указанной презумпции противоречит практике международных инвестиционных трибуналов. Например, в делах *Inceysa Vallisoletana SL v. Republic of El Salvador*³³ и *Southern Pacific Properties*

²⁵ Соглашение между Правительством Российской Федерации и Правительством Республики Сингапур о поощрении и взаимной защите капиталовложений от 27 сентября 2010 года, статья 1. URL: <https://investmentpolicy.unctad.org/international-investment-agreements/treaty-files/2224/download> (дата обращения: 08.05.2023).

²⁶ Соглашение между Правительством Российской Федерации и Правительством Объединенных Арабских Эмиратов о поощрении и взаимной защите капиталовложений от 28 июня 2010 г., ст. 1. URL: <https://investmentpolicy.unctad.org/international-investment-agreements/treaty-files/3440/download> (дата обращения: 08.05.2023).

²⁷ Венская конвенция о праве международных договоров от 23 мая 1969 г. URL: https://www.un.org/ru/documents/decl_conv/conventions/law_treaties.shtml (дата обращения: 08.05.2023).

²⁸ *Annacker C.* Protection and Admission of Sovereign Investment under Investment Treaties. *Chinese Journal of International Law*. No. 10. 2011. P. 539.

²⁹ *Annacker C.* Protection and Admission of Sovereign Investment under Investment Treaties. *Chinese Journal of International Law*. No. 10. 2011. P. 539.

³⁰ *Vandeveldt K.* *Bilateral Investment Treaties: History, Policy, and Interpretation*. OUP, 2010. P. 164.

³¹ UNCTAD, *The Protection of National Security in IIAs: UNCTAD Series on International Investment Policies for Development* (United Nations 2009). URL: http://www.unctad.org/en/docs/diaeia20085_en.pdf (дата обращения: 08.05.2023).

³² *Blyschak P.* State-Owned Enterprises and International Investment Treaties: When are State-Owned Entities and Their Investments Protected. *Journal of International Law & International Relations*, 2011. P. 23.

³³ *Inceysa Vallisoletana S. L. v. Republic of El Salvador*, ICSID Case No. ARB/03/26, Award, 2 August 2006, para. 176. См. также: *Noble Energy Inc. and Machala Power Cia. Ltd. v. Republic of Ecuador and Consejo Nacional de Electricidad*, ICSID Case No. ARB/05/12, Decision on Jurisdiction, 5 mars 2008, paras. 195–197.

(Middle East) Limited v. Arab Republic of Egypt³⁴ было установлено, что юрисдикционные презумпции в принципе не должны применяться трибуналами, поскольку вопрос согласия государства на рассмотрение спора должен рассматриваться в каждом конкретном случае «с особой тщательностью». К таким юрисдикционным презумпциям может быть отнесена и презумпция того, что государственная компания является инвестором, если такой вывод позволяет сделать использованные в МИС широкие формулировки для обозначения инвестора.

Некоторые МИС содержат обязательное требование в отношении необходимости осуществления инвестиций для получения прибыли. Например, ДИС между Правительствами Руанды и Соединенных Штатов Америки от 19 февраля 2008 г. в определении инвестиции содержит указание на то, что к ее характеристике относится «ожидаемые прибыли или выгоды»³⁵. Такие формулировки могут создать препятствия для распространения действия МИС на инвестиции российских государственных корпораций, которые, как было описано выше, являются некоммерческими организациями и могут осуществлять предпринимательскую деятельность лишь постольку, поскольку это служит достижению социальных целей. В то же время некоторые МИС прямо предусматривают, что их защита покрывает также инвестиции, осуществленные в некоммерческих целях. Здесь в качестве примера можно привести ДИС между Правительством Соединенных Штатов Америки и Казахстаном от 19 мая 1992 г., согласно которому инвестором является «компания», независимо от того, организована ли она для получения материальной выгоды или нет³⁶.

Б. Государственные компании прямо исключены из понятия инвестора

Как показывает исследование ОЭСР, лишь в трех случаях из 1813 МИС государственные компании были прямо исключены из определения инвестора. Это ДИС, которые были заключены Панамой и Германией, Швейцарией и Великобританией в 1983 г. Данное исключение является асимметричным: согласно указанным ДИС инвесторами не являются лишь государственные компании Панамы, но не Германии, Швейцарии и Великобритании³⁷. При этом неясно, чем именно было вызван такой подход разработчиков данных ДИС.

В. Государственные компании прямо указаны в тексте МИС в определении инвестора

Согласно данным ОЭСР, в 16 % проанализированных МИС есть прямое указание на контролируемые государством лица в определении инвестора³⁸. При этом встречаются термины «государственная компания», «государственное предприятие», «лица, находящиеся в собственности государства», «лица, находящиеся под контролем или в собственности государства», «государственные корпорации». В МИС, заключенных США, Австралией, Канадой, Саудовской Аравией, Японией и Объединенными Арабскими Эмиратами, Катаром, такие лица наиболее часто включаются в понятие «инвестор»³⁹. Например, согласно ДИС между Аргентиной и Катаром от 6 ноября 2016 г., термин «инвестор» включает юридическое лицо, находящееся в частной или государственной собственности или под контролем государства или частных лиц⁴⁰. Европейские государства же в принципе не упоминают суверенных инвесторов в заключенных ими МИС. При этом ОЭСР отмечает, что прямое указание на государственные компании в определении инвестора встречается в МИС, заключенных после 2000 г., что отвечает общей тенденции в сторону большей детализации текстов МИС⁴¹.

Большинство МИС, которые указывают на то, что инвесторами являются как частные, так и контролируемые государством лица, не содержат указания на то, в чем именно может выражаться контроль государства. Модельный ДИС США прямо включает государственные компании в понятие инвестора и определяет их как находящееся

³⁴ Southern Pacific Properties (Middle East) Limited v. Arab Republic of Egypt, ICSID Case No. ARB/84/3, Decision on Jurisdiction, 14 avril 1988, para. 63.

³⁵ Treaty Between the Government of the United States of America and the Government of the Republic of Rwanda Concerning the Encouragement and Reciprocal Protection of Investment (signed 19 February 2008, entered into force 1 January 2012), Article 1. URL: <https://investmentpolicy.unctad.org/international-investment-agreements/treaty-files/2241/download> (дата обращения: 08.05.2023).

³⁶ Treaty Between the United States of America and the Republic of Kazakhstan Concerning the Encouragement and Reciprocal Protection of Investment (signed 19 May 1992, entered into force 12 January 1994), Article 1(b). URL: <https://investmentpolicy.unctad.org/international-investment-agreements/treaty-files/1792/download> (дата обращения: 08.05.2023).

³⁷ Shima Y. The Policy Landscape for International Investment by Government-Controlled Investors: A Fact Finding Survey, OECD Working Papers on International Investment. 2015/01. Pp. 12–13.

³⁸ Agreement Between the Government of the Republic of Korea and the Government of Japan for the Liberalization, Promotion and Protection of Investment (signed 22 March 2002, entered into force 1 January 2003), Article 1. URL: <https://investmentpolicy.unctad.org/international-investment-agreements/treaty-files/1727/download> (дата обращения: 08.05.2023).

³⁹ Shima Y. The Policy Landscape for International Investment by Government-Controlled Investors: A Fact Finding Survey, OECD Working Papers on International Investment. 2015/01. Pp. 12–13.

⁴⁰ Treaty for the Reciprocal Promotion and Protection of Investments between the Argentine Republic and the State of Qatar (signed 6 November 2016), Article 1. URL: <https://investmentpolicy.unctad.org/international-investment-agreements/treaty-files/5383/download> (дата обращения: 08.05.2023).

⁴¹ Shima Y. The Policy Landscape for International Investment by Government-Controlled Investors: A Fact Finding Survey, OECD Working Papers on International Investment. 2015/01. P. 11.

в собственности или контролируемые государством через право собственности⁴². Таким образом, данное определение является достаточно узким и не включает в себя иные способы контроля государства над государственной компанией, помимо права собственности.

Существует мнение о том, что прямое включение государственных компаний в круг инвесторов в недавно заключенные МИС свидетельствует о том, что и в более ранних МИС понятие инвестора включало в себя государственные компании⁴³. Тем не менее такой подход к толкованию МИС был рассмотрен и опровергнут международными трибуналами. Например, в деле *Aguas del Tunari SA v Republic of Bolivia* установлено, что такой подход не соответствует упомянутой выше статье 31 Венской конвенции. Так, трибунал в данном деле установил, что практика государства в отношении заключения ДИС, отличных от конкретного ДИС, на основании которого рассматривается спор, не имеет прямого значения для толкования в соответствии со ст. 31 Венской конвенции. Тот факт, что в содержании ДИС, заключенных конкретным государством, может существовать определенная закономерность, не означает, что конкретный ДИС этого государства следует понимать как обязательно соответствующий этой закономерности, а не как исключение из нее⁴⁴.

ОЭСР отмечает, что некоторые МИС (примерно 6 % от общего количества) прямо включают саму договаривающуюся сторону (государство) или ее правительство в понятие «инвестор». В МИС, заключенных Кувейтом, Катаром, Объединенными Арабскими Эмиратами и Саудовской Аравией, правительство наиболее часто прямо включается в понятие «инвестор». ОЭСР связывает данную ситуацию с тем, что в данных государствах правительства играют роль иностранных инвесторов⁴⁵. Например, в ДИС между Японией и Королевством Саудовская Аравия от 30 апреля 2013 г. указано, что для Саудовской Аравии понятие «инвестор» включает «Правительство Королевства Саудовская Аравия и его финансовые учреждения и органы, такие как Валютное агентство Саудовской Аравии, государственные фонды и другие аналогичные государственные учреждения, существующие в Королевстве Саудовская Аравия»⁴⁶. Аналогичным образом, согласно ДИС между Правительствами Чешской Республики и Кувейта от 8 января 1996 г., в понятие инвестора включается Правительство договаривающегося государства, а также корпорации, компании, фонды и предприятия или иные подобные лица⁴⁷.

Таким образом, анализ МИС показывает, что почти во всех случаях государственные компании не исключены из определения инвестора, независимо от того, распространяется ли данное определение прямо на государственные компании или нет. Хотя договорная практика в отношении определения инвестора является неупорядоченной и бессистемной (даже в одном и том же государстве), а формулировки определений инвесторов в МИС различны, можно отметить тенденцию прямого включения государственных компаний и даже самих государств в определения инвесторов в МИС, заключенных в последние два десятилетия.

VI. Заключение

По итогам проведенного анализа можно сделать следующие выводы:

1. К государственным компаниям как инвесторам в трансграничном контексте относятся корпоративные организации, признанные законом в качестве лица, в котором государство имеет право собственности (не менее 10 % голосующих акций) или в отношении которых государство осуществляет контроль. При этом нет единообразного решения вопроса степени контроля государства над государственной компанией. Полагаем, что критерий контроля государства над государственной компанией должен считаться удовлетворенным, если государство имеет возможность постоянно контролировать деятельность государственной компании и принимать решения по ключевым стратегическим вопросам ее деятельности. Кроме того, представляется целесообразным относить к инвесторам также государственные корпорации, которые осуществляют экономическую деятельность в рамках реализации их социальных функций.

2. Анализ МИС показывает, что почти во всех случаях определение инвестора в МИС не исключает государственные компании. Следовательно, защита МИС практически всегда распространяется на государственные компании. Также можно отметить тенденцию прямого включения государственных компаний и даже самих государств в определения инвесторов в МИС, заключенных в последние два десятилетия.

⁴² 2012 U.S. Model Bilateral Investment Treaty. URL: <https://ustr.gov/sites/default/files/BIT%20text%20for%20ACIEP%20Meeting.pdf> (дата обращения: 08.05.2023).

⁴³ *McLaughlin M.* Defining a State-Owned Enterprise in International Investment Agreements. ICSID Review. Vol. 34. No. 3, 2019. P. 610.

⁴⁴ *Aguas del Tunari S.A. v. Republic of Bolivia*, ICSID Case No. ARB/02/3, Decision on Respondent's Objections to Jurisdiction, 21 October 2005, para. 291.

⁴⁵ *Shima Y.* The Policy Landscape for International Investment by Government-controlled Investors: A Fact Finding Survey, OECD Working Papers on International Investment. 2015/01. Pp. 13–14.

⁴⁶ Agreement Between the Republic of Singapore and the Kingdom of Saudi Arabia, Concerning the Promotion and Reciprocal Protection of Investments (signed 10 April 2006, entered into force 5 October 2007), Article 1. URL: <https://investmentpolicy.unctad.org/international-investment-agreements/treaty-files/5066/download> (дата обращения: 08.05.2023).

⁴⁷ Agreement Between the Czech Republic and the State of Kuwait for the Promotion and Protection of the Investments (signed 8 January 1996, entered into force 21 January 1997), Article 1. URL: <https://investmentpolicy.unctad.org/international-investment-agreements/treaty-files/950/download> (дата обращения: 08.05.2023).

В случае если государственная компания прямо не указана в определении инвестора в МИС, необходимо осуществлять комплексное толкование МИС в соответствии с положениями Венской конвенции, исходя из целей и объекта данного соглашения, чтобы установить, была ли направлена воля государств, заключивших МИС, на распространение статуса инвестора как на частных, так и на государственных инвесторов.

Литература

1. *Гармоза А. П.* Арбитраж на основании международных инвестиционных соглашений: вопросы компетенции. М.: Инфотропик Медиа, 2012. 352 с.
2. *Кожедуб А. П.* Кризис легитимности международного инвестиционного арбитража: анализ сложившихся проблем и пути преодоления новых вызовов. Вестник Владимирского юридического института, 2021. № 2. С. 65–73.
3. *Annacker C.* Protection and Admission of Sovereign Investment under Investment Treaties. Chinese Journal of International Law. No. 10. 2011. Pp. 531–564.
4. *Blyschak P.* State-Owned Enterprises and International Investment Treaties: When are State-Owned Entities and Their Investments Protected. Journal of International Law & International Relations, 2011. Pp. 1–27.
5. *Du M.* The Status of Chinese State-Owned Enterprises in International Investment Arbitration: Much Ado About Nothing? Chinese Journal of International Law, 2022. Pp. 785–815.
6. *McLaughlin M.* Defining a State-Owned Enterprise in International Investment Agreements. ICSID Review. Vol. 34. No. 3, 2019. Pp. 595–625.
7. *Shima Y.* The Policy Landscape for International Investment by Government-Controlled Investors: A Fact Finding Survey, OECD Working Papers on International Investment. 2015/01. Pp. 3–22.
8. *Vandevelde K.* Bilateral Investment Treaties: History, Policy, and Interpretation. OUP, 2010. P. 425.

References

1. *Garmoza, A. P.* Arbitration on the basis of international investment agreements: issues of competence [Arbitrazh na osnovanii mezhdunarodnyh investitsionnyh soglashenij: voprosy kompetencii]. Moscow: Infotropic Media [Infotropik Media], 2012. 352 p. (In Rus.)
2. *Kozhedub, A. P.* Crisis of legitimacy of international investment arbitration: analysis of existing problems and ways to overcome new challenges [Krizis legitimnosti mezhdunarodnogo investitsionnogo arbitrazha: analiz slozhivshihsy problem i puti preodoleniya novyh vyzovov]. Vestnik of Vladimir Law Institute [Vestnik Vladimirskogo yuridicheskogo instituta], 2021. No. 2. Pp. 65–73. (In Rus.)
3. *Annacker, C.* Protection and Admission of Sovereign Investment under Investment Treaties. Chinese Journal of International Law. No. 10, 2011. Pp. 531–564.
4. *Blyschak, P.* State-Owned Enterprises and International Investment Treaties: When are State-Owned Entities and Their Investments Protected. Journal of International Law & International Relations, 2011. Pp. 1–27.
5. *Du, M.* The Status of Chinese State-Owned Enterprises in International Investment Arbitration: Much Ado About Nothing? Chinese Journal of International Law, 2022. Pp. 785–815.
6. *McLaughlin, M.* Defining a State-Owned Enterprise in International Investment Agreements. ICSID Review. Vol. 34. No. 3, 2019. Pp. 595–625.
7. *Shima, Y.* The Policy Landscape for International Investment by Government-Controlled Investors: A Fact Finding Survey, OECD Working Papers on International Investment. 2015/01. Pp. 3–22.
8. *Vandevelde, K.* Bilateral Investment Treaties: History, Policy, and Interpretation. OUP, 2010. P. 425.