

Шайдуллина Венера Камилевна

Shaydullina Venera Kamilevna

кандидат юридических наук, старший преподаватель  
Департамента правового регулирования  
экономической деятельности  
Финансового университета  
при Правительстве Российской Федерации

PhD in Law, Senior Lecturer,  
Department of Legal Regulation of  
Economic Activity,  
Financial University under the Government of  
the Russian Federation

## ДВУСТОРОННИЕ ДОГОВОРЫ ЕВРОПЕЙСКОГО СОЮЗА И ТРЕТЬИХ СТРАН В СФЕРЕ ЗАЩИТЫ ИНОСТРАННЫХ ИНВЕСТИЦИЙ: ПРОБЛЕМЫ ПРАВОПРИМЕНЕНИЯ

## BILATERAL AGREEMENTS BETWEEN THE EUROPEAN UNION AND THIRD COUNTRIES IN THE FIELD OF FOREIGN INVESTMENT PROTECTION: LAW ENFORCEMENT PROBLEMS

### Аннотация:

*В условиях трансграничной экономики иностранные инвестиции вносят значительно больший вклад в развитие экономики, чем товары, работы и услуги, и выходят на лидирующие позиции как в развитых, так и в развивающихся регионах мира. Европейский союз в целом и государства – члены ЕС занимают среди данных регионов первое место по объему привлекаемых и исходящих инвестиций. В связи с этим актуальной является проблема правоприменения соглашений о защите капиталовложений, заключенных Европейским союзом с третьими странами. В статье исследуется судебная практика Суда ЕС относительно сферы действия рассматриваемых соглашений, необходимости их соответствия нормам европейского инвестиционного права, а также возможности заключения членами Евросоюза рассматриваемых соглашений с третьими странами. Проведен концептуальный анализ действия соглашений между ЕС и Россией, выявлены некоторые проблемы правоприменения. В заключение раскрывается содержание конфликта права Евросоюза и международного инвестиционного права.*

### Ключевые слова:

*соглашение, защита иностранных инвестиций, двустороннее инвестиционное соглашение, Европейский союз, Россия, инвестиции, капиталовложения, международное инвестиционное право, Суд Европейского союза, инвестиционный арбитраж.*

### Summary:

*Nowadays, foreign investments are considerably ahead of goods trade, works and services in the development of the cross-border economy and are leading in both developed and developing world regions. The European Union in general and the EU members in particular are at the forefront of inward and outward investments among these regions. In this regard, the law enforcement problem of bilateral agreements on the protection of capital investments concluded by the European Union with third countries is relevant. The author examines the case-law of the European Court of Justice concerning a coverage of the agreements under consideration, the need for their compliance with the standards of the European investment law, and an opportunity to conclude such agreements by the EU members and third countries. The conceptual analysis of agreements between the EU and Russia is carried out; several problems of their law enforcement are revealed. The content of the conflict of the European Union law and the international investment law is provided in the conclusion.*

### Keywords:

*agreement, foreign investment protection, bilateral investment treaty, European Union, Russia, investments, capital investments, international investment law, European Court of Justice, investment arbitration.*

На современном этапе наблюдается стремительный рост числа соглашений о поощрении и защите иностранных инвестиций (Bilateral Investment Treaty, далее – BIT) в рамках Европейского союза (далее – ЕС, Евросоюз). Самое первое такого рода соглашение было заключено между Пакистаном и Германией еще в 1959 г. Однако со временем случаи заключения BIT участились и к 2017 г. их количество достигло 2 363 [1]. Таким образом, данного рода соглашения стали одним из основополагающих факторов в международном инвестиционном праве.

Массовому распространению BIT способствовало увеличение числа стран, которые стали использовать данные соглашения для привлечения иностранного капитала. Важным фактором является то, что в конце XX в. многие страны Латинской Америки отказались от доктрины Кальво и поэтому также стали заключать BIT [2].

Основная проблема заключается в том, что до сих пор не разработано многостороннее соглашение, направленное на защиту иностранных инвестиций. BIT предлагало инвесторам разного рода материальные гарантии, например равный и справедливый режим, ограничение косвенной и прямой экспроприации. В данных договорах инвесторам предоставлялся механизм защиты и обеспечения прав в форме разрешения возникших споров в независимом арбитраже. BIT требовали от государства передачи этих дел на рассмотрение в арбитраж [3].

На основании уже действующего законодательства данный договор воспринимался в виде своего рода оферты со стороны государства, которая была адресована неопределенному

кругу инвесторов. При обращении инвестора с письмом о начале процедуры арбитража согласно общему правилу акцепт на данный арбитраж уже заранее выражен государством в данном ВПТ. В отличие от международного судебного разбирательства с самого начала смешанный арбитраж не устанавливал возможности обращения частных лиц в международные судебные инстанции, если лицо не исчерпало все попытки решить возникший спор внутри своего государства. Именно это явилось одной из главных причин обращения инвесторов в международный инвестиционный арбитраж.

Одно из наиболее резонансных решений было вынесено Судом ЕС по делу *European Commission v. Slovakia* [4]. Данное решение является весьма примечательным пояснением позиции Суда Евросоюза о соотношении европейского права и двусторонних соглашений о защите иностранных инвестиций, которые были заключены между государствами ЕС и третьими государствами. Данное решение необходимо понимать как конфликт правовых норм ЕС с современным международным инвестиционным правом.

По мнению Европейской комиссии, многие положения действующих двусторонних договоров с третьими государствами вступают в прямое противоречие с правом ЕС по вопросам инвестиций, капиталов и платежей. Именно поэтому Комиссией был подготовлен Регламент [5], регулирующий вопросы исполнения уже действующих договоров до момента, пока не будет разработана единая политика ЕС по данному вопросу. Данный Регламент предусматривает осуществление контроля Комиссией за всеми двусторонними договорами в виде специальных разрешений, которые выдаются Комиссией государствам, являющимся членами данного договора, после проведения углубленного анализа на соответствие его нормам ЕС.

Более того, созданный проект Регламента позволяет Комиссии в некоторых случаях осуществлять отзыв данного разрешения без проведения консультации с государством, являющимся стороной этого договора. Этот проект стал предметом многочисленных споров между специалистами из разных государств ЕС.

Статья 7 проекта предусматривает общие рамки, в соответствии с которыми государства-члены могут заключать или изменять двусторонние соглашения о защите инвестиций. Статья 8 проекта требует уведомления Комиссии о намерении государств-членов изменить существующее или заключить новое двустороннее соглашение с третьей страной. Государствам-членам предлагается предоставить всю соответствующую документацию, касающуюся переговоров по соглашению, которая может быть предоставлена другим государствам-членам и Европейскому парламенту в соответствии с требованиями конфиденциальности.

В ст. 9 подробно излагаются основания, в соответствии с которыми Комиссия не будет санкционировать открытие официальных переговоров государствами-членами. Комиссия может потребовать от государства-члена включить соответствующие положения о переговорах, например в отношении расторжения соглашения в случае заключения последующего соглашения между Союзом, его государствами-членами и третьей страной, а также нормы, предоставляющие режим наибольшего благоприятствования с целью обеспечения единого статуса для всех инвесторов ЕС в соответствующей третьей стране.

В соответствии со ст. 10, Комиссия может потребовать принять участие в качестве наблюдателя в переговорах по поводу инвестиций между государством-членом и третьей страной для обеспечения полной прозрачности и соответствия инвестиционной политике Союза. В итоге данный проект так и не был введен в действие.

Рассмотрим более подробно, в чем проявляются данные конфликты. На современном этапе почти все государства, которые входят в ЕС, имеют обширную сеть договоров с третьими государствами о защите инвестиций. Данные договоры используются не только для защиты инвестиций в развивающихся странах, но и с целью обхода правил, установленных инвестиционным правом Европейского союза. ЕС является мировым лидером не только по экспорту капитала, но и по приему инвестиций из стран третьего мира. В данной ситуации экспансия инвестиционных арбитражей открывает возможность для оспаривания инвесторами из третьих стран не только локальных нормативных актов стран ЕС, но и внутренних мер, которые принимаются этими же государствами в ходе исполнения своих обязательств по праву ЕС. Например, на современном этапе около 20 % всех споров в инвестиционном арбитраже направлены против стран – членов ЕС.

В ситуации современного финансового кризиса особенно болезненным оказался факт выплаты Словакией как членом ЕС компенсации в размере 800 млн долл. США, которые были присуждены инвесторам в ходе принятия решений инвестиционными арбитражами. Таким образом, Словакия заняла второе место после Аргентины по размеру выплат компенсаций инвесторам за всю историю действия инвестиционных арбитражей.

Ситуация осложнена также тем, что после начала действия Лиссабонского договора вопросы регламентации инвестиционной деятельности стали исключительной компетенцией Евросоюза. Это говорит о том, что члены Евросоюза теряют возможность заключения рассматриваемых соглашений с третьими странами.

В настоящее время имеется план по установлению единой инвестиционной политики в Евросоюзе. Данная политика имеет прямое отношение к России.

Во-первых, из всех членов Европейского союза 22 государства имеют двусторонние договоры с Россией о защите и поощрении иностранных инвестиций. Именно поэтому Россия заинтересована в устранении правовой неопределенности в этой области правоотношений. Заключение международного Лиссабонского договора позволит России и ЕС более активно использовать ВІТ и эффективно разрешать конфликтные вопросы.

Во-вторых, наличие зонтичной оговорки во многих ВІТ, заключенных между ЕС и Россией, позволит следить за практикой рассмотрения инвестиционных споров в ситуации, когда инвесторы производят обжалование мер общего характера, которые были приняты государством.

В-третьих, важный интерес для России представляют заявленные планы Комиссии по формированию единой инвестиционной политики ЕС. Очевидно, что во многом эта политика направлена именно на регулирование инвестиций в ЕС, а также что органы ЕС отдают себе отчет в том, что инвестиции из России стали серьезным фактором европейской экономики. Поэтому можно предположить, что положение об инвестициях будет частью общего соглашения между Россией и ЕС.

В данной ситуации следует быть готовыми к тому, что Комиссия будет настаивать на тех формулировках, которые максимально учитывались в современной практике инвестиционных споров и приводят к исключению рисков их расширенного толкования.

Если учитывать, что ЕС пытается добиться членства в Вашингтонской конвенции, то могут возникнуть переговоры о внесении значительных изменений в данную Конвенцию. Как известно, Россия подписала этот договор еще в 1992 г., но до сегодняшнего дня не ратифицировала его.

Считаем необходимым, чтобы Россия стала участником переговоров по ее будущему участию в Международном центре по урегулированию инвестиционных споров (ICSID) и всего инвестиционного арбитража.

Во-первых, факт ратификации Конвенции не означает автоматического согласия на рассмотрение споров в ICSID (об этом прямо говорится в абз. 7 Преамбулы Конвенции).

Во-вторых, участие в этой Конвенции и в выработке новых правил функционирования инвестиционного арбитража даст возможность эффективнее отстаивать интересы российских инвесторов в условиях глобальной конкуренции за ресурсы и инвестиции.

Таким образом, на современном этапе имеют место противоречия в области инвестиционной политики между государствами ЕС и третьими государствами, а также действиями инвестиционного арбитража. Отсутствует единая политика в данной области правоотношений. Попытки уладить этот спор со стороны ЕС не принесли должного результата, поэтому в настоящее время наблюдается раскол между многими государствами по вопросу защиты международных инвестиций. Несмотря на то что ЕС получил полномочия по решению вопросов в области прямых иностранных инвестиций, этого все еще недостаточно для окончательного решения проблемы. Кроме того, за долгие годы своего существования практика инвестиционного международного арбитража так и не сложилась, в связи с чем однообразные споры по-разному трактуются в одних и тех же международных арбитражах, проходящих в разных странах. Этот факт еще раз заставляет задуматься о формировании единого органа в рассматриваемой сфере.

В соответствии с Процедурой 2010/0197 «Двусторонние инвестиционные соглашения государств – членов ЕС с третьими государствами: переходное регулирование» [6] был принят Регламент (ЕС) № 1219/2012 Европейского парламента и Совета от 12 декабря 2012 г. «Формирование переходных механизмов для двусторонних инвестиционных соглашений между государствами-членами и третьими странами» [7]. Правовое основание данного акта – Договор о функционировании Европейского союза (далее – ДФЕС). В Акте упоминается Директива Европарламента и Совета, которая устанавливает переходное регулирование отношений, связанных с заключением рассматриваемых соглашений. В соответствии с § 2 ст. 207 Договора о функционировании Европейского союза, этим государствам – членам ЕС предстоит передача полномочий в области защиты инвестиций от членов Евросоюза непосредственно Союзу. Юридические основы механизма сотрудничества, закрепленного в Директиве от 12 декабря 2012 г., устанавливаются в ст. 351 ДФЕС. Данное правило было истолковано Судом Европейского союза. Выводы Суда относились к условиям данных соглашений по перемещению фондов. Были рассмотрены дела в отношении Австрии, Швеции и Финляндии. Совет ЕС считает, что статья 351 ДФЕС должна применяться государствами-членами в аналогичных случаях по двусторонним инвестиционным соглашениям. С данной позицией согласился суд и призвал устранить противоречие двусторонних инвестиционных соглашений.

Стоит также отметить дело в отношении Республики Болгария. В этом деле С-198/12 по иску, поданному в 2012 г. Европейской комиссией против Болгарии, истец считает, что Республика Болгария допустила нарушение своих обязательств, предусматривающих обеспечение для участников

рынка максимальных возможностей в сфере транспортировки газа и инвестирования в данную сферу. В этом случае обязательство закреплено ст. 14 (1) Директивы 715/2009 Европарламента и Совета от 13 июля 2009 г. Суд также поддержал данную позицию. Таким образом, двусторонние инвестиционные соглашения не должны противоречить праву Европейского союза.

Настоящее исследование демонстрирует, что в настоящее время существует конфликт права ЕС и международного инвестиционного права, выстраиваемого с третьими странами. Данный конфликт проявляется в отношении: 1) уже существующих ВІТ, которые были заключены между государствами ЕС и третьими государствами; 2) ВІТ, которые после произошедшего расширения ЕС в 2004–2007 гг. стали договорами между двумя государствами, являющимися членами ЕС; 3) передачи вопросов регламентации иностранных инвестиций Европейскому союзу после вступления в силу Лиссабонского договора (2009).

#### Ссылки:

1. Frenkel M., Walter B. Do Bilateral Investment Treaties Attract Foreign Direct Investment? The Role of International Dispute Settlement Provisions [Электронный ресурс] : working paper 17/08. Vallendar, 2017. URL: <https://opus4.kobv.de/opus4-whu/files/537/WP-17-08.pdf> (дата обращения: 23.03.2018).
2. Международное инвестиционное право: теория и практика применения / под ред. И.З. Фархутдинова. М., 2005. 432 с.
3. Draft Convention on the Protection of Foreign Property [Электронный ресурс] / OECD. URL: <http://www.oecd.org/data-oecd/35/4/39286571.pdf> (дата обращения: 12.02.2018).
4. Commission v. Slovakia. Case C-264/09 [Электронный ресурс]. URL: <http://curia.europa.eu/juris/liste.jsf?language=en&num=C-264/09> (дата обращения: 23.03.2018).
5. Regulation of the European Parliament and of the Council Establishing Transitional Arrangements for Bilateral Agreements between Member States and Third Countries [Электронный ресурс]. URL: [http://trade.ec.europa.eu/doclib/docs/2010/july/tradoc\\_146308.pdf](http://trade.ec.europa.eu/doclib/docs/2010/july/tradoc_146308.pdf) (дата обращения: 12.02.2018).
6. Procedure 2010/0197/COD. Bilateral Investment Agreements between Member States and Third Countries: Transitional Arrangements [Электронный ресурс]. URL: [http://eur-lex.europa.eu/procedure/EN/2010\\_197](http://eur-lex.europa.eu/procedure/EN/2010_197) (дата обращения: 12.02.2018).
7. Regulation (EU) No. 1219/2012 of the European Parliament and of the Council of 12 December 2012 Establishing Transitional Arrangements for Bilateral Investment Agreements between Member States and Third Countries [Электронный ресурс]. URL: <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=CELEX:32012R1219> (дата обращения: 12.02.2018).

#### References:

Commission v. Slovakia. Case C-264/09 2018, viewed 23 March 2018, <<http://curia.europa.eu/juris/liste.jsf?language=en&num=C-264/09>>.

*Draft Convention on the Protection of Foreign Property* 2018, OECD, viewed 12 February 2018, <<http://www.oecd.org/data-oecd/35/4/39286571.pdf>>.

Farkhutdinov, IZ (ed.) 2005, *International investment law: implementation theory and practice*, Moscow, 432 p., (in Russian).

Frenkel, M & Walter, B 2017, *Do Bilateral Investment Treaties Attract Foreign Direct Investment? The Role of International Dispute Settlement Provisions: working paper 17/08*, Vallendar, viewed 23 March 2018, <<https://opus4.kobv.de/opus4-whu/files/537/WP-17-08.pdf>>.

*Procedure 2010/0197/COD. Bilateral Investment Agreements between Member States and Third Countries: Transitional Arrangements* 2018, viewed 12 February 2018, <[http://eur-lex.europa.eu/procedure/EN/2010\\_197](http://eur-lex.europa.eu/procedure/EN/2010_197)>.

*Regulation (EU) No. 1219/2012 of the European Parliament and of the Council of 12 December 2012 Establishing Transitional Arrangements for Bilateral Investment Agreements between Member States and Third Countries* 2018, viewed 12 February 2018, <<http://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=CELEX:32012R1219>>.

*Regulation of the European Parliament and of the Council Establishing Transitional Arrangements for Bilateral Agreements between Member States and Third Countries* 2018, viewed 12 February 2018, <[http://trade.ec.europa.eu/doclib/docs/2010/july/tradoc\\_146308.pdf](http://trade.ec.europa.eu/doclib/docs/2010/july/tradoc_146308.pdf)>.