



USAID
ОТ АМЕРИКАНСКОГО НАРОДА



AMERICAN **BAR** ASSOCIATION

Rule of Law Initiative

Определение иностранных инвесторов и инвестиций, подлежащих защите: международный и сравнительно-правовые аспекты

Профессор Ярослав Кривой
y.kryvoi@biicl.org

Британский институт международного и сравнительного права

Круглый стол "Судебная защита инвесторов"

Подготовлено по запросу American Bar Association для использования
Верховным судом Республики Казахстан

15 апреля 2022

Определение иностранных инвесторов и инвестиций, подлежащих защите

- Критерии в международных инвестиционных договорах
- Критерии в решениях арбитражных трибуналов
- Критерии в национальном законодательстве
- Недавние реформы
- Возможные подходы к определению иностранных инвесторов и разрешению споров

Критерии в международных инвестиционных договорах

Регуляторы сталкиваются с тремя конкретными проблемами:

(i) иски, предъявляемые «компаниями-почтовыми ящиками»

(ii) иски, предъявляемые иностранными организациями, контролируемые организацией в принимающем государстве

(iii) иски, предъявляемые организациями, имеющими право собственности на инвестиции и созданными специально в ожидании иска («срочная реструктуризация»).

Критерии в международных инвестиционных договорах

Отчет исполнительных директоров МЦУИС:

Не было предпринято никаких попыток определить термин «инвестиции» с учетом требования согласия сторон и механизма, с помощью которого Договаривающиеся государства могут заранее, если они того пожелают, уведомить о категориях споров, которые они будут или не будут рассматривать при подаче в Центр.

Критерии в международных инвестиционных договорах

Подходы по определению термина «инвестор»

- Подход на основе инкорпорации
- Подход на основе контроля
- Подход на основе местонахождения
- Комплексные подходы

Критерии в международных инвестиционных договорах

- Проблема «компаний-почтовых ящиков»

Осуществление «существенной коммерческой деятельности»:

- Характер деятельности организации
- Сотрудники организации
- Физическое присутствие
- Эффективный контроль

Критерии в решениях арбитражных трибуналов

Тест Салини (Salini) предусматривает:

- (1) вклад денег или активов
- (2) определенную продолжительность;
- (3) элемент риска;
- (4) вклад в экономическое развитие принимающего государства.

Критерии в решениях арбитражных трибуналов

Критерии эффективного контроля:

- Способность эффективно принимать и реализовывать ключевые решения хозяйственной деятельности предприятия
- Участие в повседневном управлении организацией
- Доступ к ноу-хау

Критерии в решениях арбитражных трибуналов

Критерии существенной коммерческой деятельности

- Место, где собирается совет директоров, и наличие протоколов совета
- Постоянное физическое присутствие
- Наличие постоянного персонала
- Активное владение акциями дочерних компаний

Критерии в национальном законодательстве

- отдельный правовой режим для иностранных инвесторов или относиться к ним как к национальным инвесторам?
- сочетание в определении иностранных инвесторов место регистрации и критерий контроля
- инвестиционные споры, связанные с вопросами публичного права и правом на регулирование
- налоговые споры как особый вид регуляторных споров

Иные вопросы

- Нарушение договорных (контрактных) обязательств как нарушения международного права
- Зонтичные оговорки
- Инвестиционные споры с участием юридических лиц, которые прямо или косвенно принадлежат государству

Недавние реформы

Различные государства пытаются

- сбалансировать свое право на регулирование с необходимостью защиты прав инвесторов
- оптимизировать систему разрешения споров
- сузить определение иностранных инвестиций для целей арбитража
- сузить диапазон мер защиты в международных договорах
- ограничивать положения о разрешении споров с помощью арбитража только определением размера причитающейся компенсации
- избегать системы арбитража между инвесторами и государством
- вводить дополнительные ограничения, которые связаны с национальной безопасностью

Возможные подходы к определению иностранных инвесторов и разрешению споров

- Вариант 1. Не создавать дополнительных преимуществ и специальных процедур разрешения споров для иностранных инвесторов
- Вариант 2. Определять иностранных инвесторов в соответствии с критерием формальной инкорпорации
- Вариант 3. Определять иностранных инвесторов на основе комплексного подхода, с учётом осуществления реальной коммерческой деятельности за рубежом и нахождения под контролем иностранного инвестора

Вариант определения понятия «иностранный инвестор»

1. Физическое лицо, имеющее гражданство иностранного государства;
2. Юридическое лицо, учрежденное в соответствии с законодательством иностранного государства и ведущее существенную коммерческую деятельность на территории иностранного государства; или
3. Юридическое лицо, созданное в соответствии с законодательством Республики Казахстан, которое прямо или косвенно принадлежит или контролируется физическим лицом, как это определено в пункте 1, или юридическим лицом, как это определено в пункте 2.
4. Для определения существенной коммерческой деятельности на территории иностранного государства для целей пункта 2 принимаются во внимание местонахождение зарегистрированного офиса, руководства, сотрудников и их квалификация, оборот, полученный в иностранном государстве и иные критерии.



Профессор Ярослав Кривой

<http://kryvoi.net>

y.kryvoi@biicl.org

- Старший научный сотрудник в области международного экономического права Британского института международного и сравнительного права
- Профессор права
- Директор Форума инвестиционных договоров
- Консультант по вопросам инвестиционных споров, международного и сравнительного права и реформ с использованием передового международного опыта
- Выпускник Гарвардской школы права и Санкт-Петербургского государственного университета