

Инвестиционным мерам рознь? Суть концепции «performance requirements»

Ольга Магомедова*

Современные международные инвестиционные соглашения редко обходятся без положений о «performance requirements» (PRs), хотя эта концепция буквально ворвалась в международное право без какой-либо теоретической базы и даже без обычно-правовых оснований. Изначально это собирательное понятие для специальных инвестиционных мер использовалось в двусторонних договорах для обозначения тех инструментов государственной политики, от которых государства готовы отказаться ради обеспечения более благоприятного инвестиционного режима. Поэтому приблизительное представление о «PRs» как о самостоятельном понятии основано на фрагментарных знаниях их отдельных видов: от требований местного содержания и торгового баланса до требований передачи технологий и подготовки кадров. Ввиду отсутствия общепризнанного определения «performance requirements», статья обращается к доктринальным источникам и обоснованиям арбитров: подходы в них оказываются разрозненными. В то же время схематичное изображение «PRs» в международных соглашениях находит разумное объяснение в защите государства от необоснованных ожиданий со стороны инвесторов. Проблема только в том, что даже самая подробная схема действия мер не объясняет их сущности. Со множеством примеров из арбитражной практики и национальных законодательств отдельных государств в настоящей статье освещаются характерные черты «PRs». Как инструмент государственной инвестиционной политики эти меры могут быть обеспечены властеприменением, но представляют собой тот редкий механизм, эффективность которого зависит в первую очередь от соблюдения равновесия интересов государства и инвестора. Механизм «PRs» построен на гибкости применения, разнообразии форм, нацеленности на конкретный измеримый результат, глубинном влиянии на инвестиционную деятельность, соизмеримости потенциала и возможностей. Анализ этих элементов позволяет опровергнуть распространённое предубеждение о нецелесообразности «PRs» в век торговой либерализации. Несмотря на тесную взаимосвязь с принципами недискриминации, национального режима и другими инвестиционными стандартами, появление запрета «PRs» имеет свои скрытые причины. В заключении статьи приводится оценка запрета «PRs» как новой нормы международного экономического права.

→ *Инвестиционные меры; performance requirements; государственная инвестиционная политика; ТРИМС; НАФТА*

DOI: 10.21128/2226-2059-2019-3-114-129

1. Введение

В отличие от институтов, сформированных вековой практикой, или от специально разработанных норм, появление «performance

requirements» (далее — «PRs») в международном инвестиционном праве является плодом юридической изобретательности. Точнее, понятие «PRs» берёт своё начало в экономической теории¹. Впервые термин был использован в документах Департамента торговли США при проведении сравнительных исследований инвестиционных инструментов различных стран, в которых находились филиалы или предприятия американских компа-

* Магомедова Ольга Сергеевна — магистр права (Московский государственный институт международных отношений (университет) МИД России), Москва, Россия (e-mail: olga.magomedova.96@mail.ru). Автор выражает искреннюю благодарность за экспертную поддержку и мотивацию А. А. Даниельяну, д.ю.н., зав. кафедры международного права Дипломатической академии МИД России; И. В. Рачкову, к.ю.н., доценту кафедры международного права МГИМО(У) МИД России. Статья подготовлена на основе конкурсной работы, удостоенной в 2019 году премии «Международное право в XXI веке» за лучшую научную работу по международному публичному праву. Публикуется в авторском переводе на русский язык с некоторыми сокращениями.

¹ См.: Legum B., Petculescu I. Performance Requirements // Building International Investment Law: The First 50 Years of ICSID / ed. by M. Kinnear, G. Fischer, J. M. Almeida, L. F. Torres, M. U. Bidegain. Alphen aan den Rijn : Kluwer Law International, 2016. P. 415–429, 415.

ний². В целом понятие применимо к инвестиционным мерам, в силу которых инвестор должен привести свою экономическую деятельность в соответствие с интересами государства-импортера его инвестиций. Исследования проводились при разработке новых Двусторонних инвестиционных соглашений (далее — ДИС), инициированной Государственным департаментом в 1977 году³. Положения существующих на тот момент Соглашений о дружбе, торговле и навигации (англ.: *Treaties of Friendship, Commerce and Navigation, FCNs*) не отвечали растущей необходимости обеспечить защиту инвестиций в развивающихся странах. Видимо, руководствуясь эмпирическими данными, авторы термина имели в виду конкретные инструменты, но при переходе в правовое поле понятие неизбежно перешло на новый уровень абстрагирования. Итогом работы стало подписание в 1981—1984 годах ряда соглашений с десятью развивающимися странами, которые Кеннет Дж. Ванделвельд назвал «инвестиционными соглашениями первой волны».

В этих соглашениях также впервые был закреплён прямой запрет «performance requirements». Однако дефиниция «PRs» в них не предусматривалась, устанавливались лишь пределы применения запрета указанием на стадии инвестирования и виды операций, как осуществление капиталовложения, приобретение, расширение, управление, использование. Другая примечательная черта первых положений о «PRs» — дидактичный язык. Здесь запрет представлен не как обязательство, а как декларация: государства лишь «стремятся избегать» применения «PRs». Такие формулировки можно встретить в соглашениях с Египтом⁴, Бангладеш⁵, Гаити⁶, Марокко⁷,

Турцией⁸. Этот стиль изложения следует рассматривать как компромисс, достигнутый с большим трудом. Многие страны относились к неординарному нововведению очень настороженно. Их нежелание было вполне обосновано опасением, что неконтролируемый частный капитал не будет приносить пользы для их национальной политики в должной степени или совершенно никакой.

В этом отношении переговоры с Панамой были более продуктивны. Статья II(4) инвестиционного соглашения между США и Панамой устанавливает: «Ни одна из сторон не должна вводить требования по исполнению (performance requirements) как условие для осуществления капиталовложения инвестором другой Стороны, которые бы возлагали обязательства экспортировать произведённый товар, или которые бы требовали, чтобы товары и услуги приобретались в стране нахождения, или которые бы налагали иные подобные условия»⁹. Более того, данный подход к обозначению запрещаемых «PRs» простым перечислением предопределил оформление положений о «PRs» во всех будущих инвестиционных соглашениях. Сегодня качество таких положений измеряется преимущественно числом запрещённых требований. Стороны Соглашения о североамериканской зоне свободной торговли (далее — НАФТА) задали себе высокую планку: статья 1106 Соглашения охватывает семь видов требований. В ходе Уругвайского раунда переговоров по Генеральному соглашению по торговле и тарифам (далее — ГАТТ) делегация США предложила к ограничению десять видов инвестиционных мер¹⁰. Соглашение об экономическом партнёрстве между ЕС и Японией 2018 года регулирует уже двенадцать видов мер.

Подход «перечисления» кажется наиболее подходящим для оформления запрета «PRs» в международных соглашениях. Он прост для обозначения конкретных видов «PRs» и без-

² См.: Loree D. W., Guisinger S. E. Policy and Non-Policy Determinants of U.S. Equity Foreign Direct Investment // Journal of International Business Studies. Vol. 26. 1995. No. 2. P. 281–299.

³ См.: Vandeveld K. J. Bilateral Investment Treaty Program of the United States // Cornell International Law Journal. Vol. 21. 1988. No. 2. P. 201–276, 209.

⁴ См.: Treaty Concerning the Reciprocal Encouragement and Protection of Investments, 29 September 1982, United States – Egypt, modified 11 March 1986, 99th Congress 2d Session, Senate Treaty Doc. 99–24. Art. II(7).

⁵ См.: Ibid.

⁶ См.: Treaty Concerning Reciprocal Encouragement and Protection of Investments, 13 December 1983 (not entered into force), United States – Haiti. Art. II(7).

⁷ См.: Treaty Concerning the Encouragement and Reciprocal Protection of Investments, 22 July 1985, United States – Morocco, 99th Congress 2d Session Senate. Art. II(5).

⁸ См.: Treaty Concerning the Reciprocal Encouragement and Protection of Investments, 3 December 1985, United States – Turkey, 99th Congress, 1st Session, Senate Treaty Doc. 99–19. Art. II(7).

⁹ Treaty Concerning the Treatment and Protection of Investments, 27 October 1982, United States – Panama, reprinted in 21 I.L.M. 1227.

¹⁰ См.: Uruguay Round Group of Negotiations on Goods (GATT). Negotiating Group on Trade-Related Investment Measures. Submission by the United States /MTN.GNG/NG12/W/4. 11 June 1987.

вреден в плане закрепления определённого объёма обязательств. Перечень ясно обозначенных «PRs» защищает государства от возложения на них необоснованных ожиданий, тогда как абстрактное положение непременно дезориентировало бы инвестора в понимании гарантий, предоставляемых ему относительно «PRs». Более того, в случае спора такой подход минимизирует свободу усмотрения арбитров и тем самым служит принципу правовой определённости. С другой стороны, исчерпывающий перечень запрещённых «PRs» лишает инвесторов защиты перед требованиями, которые явно искажают инвестиционный режим, однако формально не подпадают ни под один запрещённый вид «PRs». Так, в Соглашении НАФТА запрещается распространять обязательства, предусмотренные статьёй 1106, к инвестиционным мерам не указанным в соответствующих перечнях¹¹. В особом мнении к решению по делу *S.D. Myers* доктор Брайан Шварц указал на «фактическое влияние» оспариваемого экспортного режима государства — реципиента инвестиций. И хотя в споре не было установлено нарушения, арбитры сочли, что на инвестора действительно возлагалось исполнение определённых требований (англ.: *effectively required*)¹².

Идея «фактического влияния» может быть развита и дальше. Если предположить, что рассматриваемое «влияние» было оказано мерой, не ввиду её формы, но в силу самой её сущности, можно прийти к выводу о существовании устойчивого комплекса характерных черт «PRs». Данное предположение служит отправной точкой в представлении о категории мер «PRs», как о полноценной концепции. Другими словами, инвестиционные меры, подпадающие под категорию «PRs», должны обладать свойствами, которые невозможно исчерпать отдельными примерами. Используя подход «перечисления», государства не обременяют себя задачей охарактеризовать запрещаемые ими меры. Как следствие, поиск верной дефиниции становится делом доктрины.

2. Предлагаемые определения «PRs»

Содержание «PRs» как таковых не вызывает особых разногласий. В большинстве случаев «PRs» описывают как «условия, налагаемые на инвесторов и требующие от них достижения определённых целей в экономической деятельности в стране — импортиёре их инвестиций»¹³ или другими синонимичными выражениями. Краткое описание часто сопровождается отдельными примерами¹⁴. Так или иначе подход «перечисления» по-прежнему остаётся неотъемлемым элементом в представлении понятия «PRs» как напоминание о происхождении самого термина в результате анализа разрозненных практик.

Будучи правовыми инструментами национальной инвестиционной политики, «PRs» обычно рассматриваются наравне с инвестиционными стимулами (англ.: *incentives*). Возникает вопрос о взаимоотношении этих двух понятий. С одной стороны, они терминологически обособлены друг от друга, с другой стороны, есть основания полагать, что они соотносятся как «общее» и «частное». Во время Уругвайского раунда рабочая группа по Соглашению по инвестиционным мерам, связанном с торговлей (*далее* — ТРИМС) рассматривала «стимулы» как разновидность мер, которые могут исказить торговлю. Между тем, по выражению Д. Коллинза, возможность получить определённую льготу в обмен на исполнение требования действительно делает «performance requirement» «обусловленным инвестиционным стимулом»¹⁵. В обратном случае, если «требование по исполнению» носит ограничительный характер, по словам С. И. Гизингера, это уже «антистимул» (англ.: *disincentive*)¹⁶. Все эти предположения могут быть в равной степени обоснованы, как и мнение об их сосуществовании или взаимодополнении. Единственным заблуждением будет считать их взаимоисключо-

¹¹ См.: North American Free Trade Agreement, 1992 (*далее* — НАФТА). Art. 1106(5). URL: <http://www.sice.oas.org/trade/nafta/chap-111.asp> (дата обращения: 30.06.2019).

¹² См.: Separate Opinion by Dr. Bryan Schwartz, concurring except with respect to performance requirements, in the partial award of the tribunal in *S.D. Myers, Inc. v. Government of Canada*, 12 November 2000. § 193.

¹³ UNCTAD. Foreign Direct Investment and Performance Requirements: New Evidence From Selected Countries. New York ; Geneva : United Nations, 2003. P.2.

¹⁴ См.: *Newcombe A., Paradell L. Law and Practice of Investment Treaties Standards of Treatment*. Alphen aan den Rijn : Kluwer Law International, 2009. P.418; *Legum B., Petculescu I.* Op. cit. P.416.

¹⁵ *Collins D. Performance Requirements and Investment Incentives Under International Economic Law*. Northampton : Edward Elgar Publishing Limited, 2015. P.255.

¹⁶ *Loree D. W., Guisinger S. E.* Op. cit. P.287.

чающими. Как отмечал С. И. Гизингер, эти две категории мер часто используются одновременно, и решения, принимаемые инвесторами при планировании капиталовложения скорее обусловлены совокупным влиянием «требований» и «стимулов», нежели их отдельными аспектами¹⁷.

После Министерской декларации Пунтадель-Эсте¹⁸, которая включила тему защиты инвестиций в повестку дня Уругвайского раунда, «PRs» по большей части рассматривались в контексте их негативного воздействия на торговлю. Совместное исследование «Инвестиционных мер, связанных с торговлей и других требований по исполнению», подготовленное Секретариатами Всемирной торговой организации (далее — ВТО) и Конференции ООН по торговле и развитию (далее — ЮНКТАД), представляет широкий обзор характеристик «PRs», начиная с «инвестиционных требований по исполнению, связанных с торговлей»¹⁹, и заканчивая «операционными требованиями, возлагаемыми на или ожидаемыми к исполнению предприятиями в иностранном владении»²⁰. Подход Дж. Даннинга был воспринят в концепции «операционных мер государства — импортёра инвестиций», развиваемой в рамках ЮНКТАД. Эта категория охватывает все виды регулирования в сфере управления предприятиями, включая уже знакомые меры, связанные с торговлей²¹. Но, как и в случае с положениями ДИС, большинство исследований сфокусированы на формах действия «PRs».

В то же время подход «перечисления» — не единственный способ избежать необходимости дать определение сложному понятию. Другой подход — сравнение понятия с близким к нему феноменом. Например, А. Козби и Г. Манн рассматривают «PRs» наравне с так называемыми «средствами, связанными

с владением» (англ.: *ownership/equity-related options*). Оба инструмента государственной политики используются для получения больших выгод для национальной экономики с помощью управления иностранной инвестиционной деятельностью²². Помимо схожести регулятивных форм и степени обременения иностранных инвесторов, оба инструмента направлены на поощрение национальных производителей. Между тем «средства, связанные с владением», не гарантируют социально- или экономически позитивных результатов. Тогда как «PRs» должны быть изначально благотворны для местного развития, выгоды от использования «средств» зависят от успеха самой инвестиционной деятельности. Однако исследователи не предлагают определения ни для одного из инструментов. Кроме того, изложенные замечания не подтверждаются примером совместного предприятия, который авторы относят к «средствам, связанным с владением». Зато данное сравнение указывает на такую характерную черту «PRs», как ориентация на определённый результат.

Третий подход основан на противопоставлении. Восприятие *ex adverso* предполагает акцент на чертах, которые больше всего контрастируют с чертами другого феномена с похожей формой, но отличающимся содержанием. С. Х. Никиема сравнивает применение «PRs» с мерами Корпоративной социальной ответственности (англ.: *Corporate Social Responsibility, CSR*)²³. Механизмы «PRs» и «CSRs» нацелены на корректировку поведения иностранных инвесторов таким образом, чтобы их деятельность удовлетворяла социальным интересам. Но эти регуляторы не сопоставимы по масштабу действия. Дело в том, что «PRs» вводятся государством, привязав-

¹⁷ См.: Loree D. W., Guisinger S. E. Op. cit. p. 287.

¹⁸ WTO/GATT Ministerial Declaration on the Uruguay Round. Adopted 20 September 1986. URL: <https://docs.wto.org/gatt/docs/q/UR/TNCOMIN86/MINDEC.PDF> (дата обращения: 30.06.2019).

¹⁹ Moran T., Pearson C. Trade-Related Investment Performance Requirements. Washington, D.C.: OPIC, 1987.

²⁰ Dunning J. H. Multinational Enterprises and the Global Economy. Wokingham: Addison-Wesley Publishing Company, 1993. P. 559–560.

²¹ См.: UNCTAD. Host Country Operational Measures: UNCTAD Series on Issues in International Investment Agreements. New York; Geneva: United Nations, 2001. URL: <https://unctad.org/en/Docs/psiteitd26.en.pdf> (дата обращения: 30.06.2019).

²² См.: Cosbey A., Mann H. Bilateral Investment Treaties, Mining and National Champions: Making It Work: Background paper for the Ad Hoc Experts Group Meeting: Bilateral Investment Treaties and National Champions, 18th Meeting of the Inter-Governmental Committee of Experts (ICE) “National Champions, Foreign Direct Investment and Structural Transformation in Eastern Africa” Kinshasa, 17–20 February 2014. International Institute for Sustainable Development, 2014. URL: http://www.iisd.org/sites/default/files/publications/bilateral_investment_treaties_mining_national_unepca.pdf (дата обращения: 05.02.2019).

²³ См.: Nikiema S. H. Performance Requirements in Investment Treaties. International Institute for Sustainable Development, December 2014. P. 2. URL: <http://www.iisd.org/sites/default/files/publications/best-practices-performance-requirements-investment-treaties-en.pdf> (дата обращения: 05.02.2019).

ны к его экономической стратегии и, таким образом, их соблюдение обеспечено государственной властью. Меры «CSR» вводятся самими компаниями, и их соблюдение остаётся добровольным, даже если предусматриваются механизмы для обеспечения их исполнения. Их нарушение не влечёт таких серьёзных последствий, как отзыв лицензии, лишение прав и привилегий или наложение штрафа. Кроме того, они реализуются без какого-либо встречного удовлетворения, не считая престиж или репутационный капитал. Но он никак не связан с коррелирующим обязательством. Это противопоставление подчеркивает тесную связь между «PRs» и государственной властью, которая свидетельствует об императивной природе «PRs».

Судейские рассуждения как иная форма аналитической работы также сыграли существенную, если не решающую роль в эволюции концепции «PRs». Всегда ожидается, что оценка, данная арбитрами спорному понятию, будет наиболее точной и ясно сформулированной в силу самой природы судебного решения. В практике арбитража по ГАТТ череда согласующихся решений в различных спорах сформировала прочный фундамент для дальнейших технических манипуляций в формулировании положений Соглашения ТРИМС. Арбитры избрали путь расширения числа потенциальных источников для введения «PRs». В деле *Italian Tractors* (1958) было определено, что меры, касающиеся торговли, могут вводиться законами, прямо не направленными на регулирование торговли²⁴. В решении по делу *FIRA* (1984) было указано, что инвестиционные меры могут быть введены не только законодательными, но и другими нормативно-правовыми актами²⁵. В деле *EEC — Parts and Components* (1990) было установлено, что отсутствие обязывающего характера не отменяет сущности мер²⁶. Обобщённое видение инвестиционных мер, связанных с торговлей (далее — «тримс») теперь отражено в самом Соглашении.

В случае НАФТА долгое время арбитры упорно следовали формалистскому подходу, пресекая всякие попытки вникнуть в вопрос глубже, чем это предусмотрено положениями самого соглашения. Статья 1106 содержит исчерпывающий перечень запрещаемых «PRs», тогда как стороны Соглашения недвусмысленно согласились исключить всякую возможность для расширительного толкования. В результате заявления инвесторов о нарушении запрета были отклонены по формальным причинам. Так было в делах *S.D. Myers, Inc.* (2000), *Pope & Talbot Inc.* (2000), *Merrill & Ring Forestry L.P.* (2010). Понятно, что арбитры действовали в пределах своей компетенции. В соответствии с общим правилом толкования, закреплённом в Венской конвенции (1969), «договор должен толковаться добросовестно». Это можно понимать как правило не толковать за пределами того, что могли подразумевать стороны договора.

Проблема ясного определения «PRs» напоминает историю Вашингтонской конвенции о порядке разрешения инвестиционных споров между государствами и иностранными лицами 1965 года. Как известно, Вашингтонская конвенция не предусматривает определения «инвестиции», хотя изначально эта тема обсуждалась как первостепенный вопрос. Юрисдикция будущего Международного центра по урегулированию инвестиционных споров (МЦУИС) в значительной степени зависела от объёма этого термина. Составители безуспешно подбিরали правильную формулировку. Необходимо было учесть все элементы — сроки, риски, прибыль. Вместе с тем слишком детальное определение исключило бы новые формы экономической деятельности. Наконец, было решено отказаться от определения «инвестиции» в принципе. Гениальное — просто. Стало понятно, что государства должны обладать необходимой свободой в назначении «инвестицией» тех транзакций, которые они считают допустимым передать на рассмотрение международных арбитров²⁷. Поэтому вопрос о том, является ли то или иное вложение инвестицией, решается в соответствии с положениями конкретного инвестиционного соглашения, а в отсут-

²⁴ См.: GATT Panel Report. *Italian Discrimination Against imported agricultural machinery*. L/833 — 7S/60. Adopted 23 October 1958. § 12.

²⁵ См.: GATT Panel Report. *Canada — Administration of the Foreign Investment Review Act (FIRA)*. BISD 30S/140. Adopted 7 February 1984. § 5.4.

²⁶ См.: GATT Panel Report. *EEC — Regulation on Imports of Parts and Components*. BISD 37S/132. Adopted 16 May 1990. § 5.21.

²⁷ См.: Dugan C.F., Wallace D., Jr., Rubins N., Sabahi B. *Investor State-Arbitration*. Oxford: Oxford University Press, 2008. P.256.

ствие такового — путём толкования общепринятых значений.

Эта история приводит к интересному умозаключению в отношении «PRs»: в определении нет необходимости. Каждое государство стремится самостоятельно решить, от каких видов инвестиционных мер оно может позволить себе отказаться без ущерба для своей экономики. Очевидно, разработка универсального определения «PRs» не имела бы практического значения, поскольку государства навряд ли будут когда-нибудь готовы отказаться одновременно от целого ряда удобных регуляторов. Даже используя в запрете перечисление конкретных «PRs», государства предусматривают многочисленные исключения и оговорки. И всё ради сохранения суверенного права регулировать экономику в соответствии с национальными интересами.

3. «PRs» как инструмент государственной политики

Характеристику «PRs» следует начинать с их правового действия и оснований. Как любой другой инструмент государственной политики, «PRs» полагаются на регулятивную силу государства. Как упоминалось ранее, «PRs» подразделяются в зависимости от их обязывающей силы на два базовых типа: обязательные и необязательные²⁸, или «условия для разрешения» и «условия для получения преимуществ»²⁹. Общая тенденция западных стран в оценке обязательных «PRs» — это считать их неэффективными или даже контрпродуктивными в сравнении с открытым допуском на рынок или, по крайней мере, точным перечнем ограничений³⁰.

В то же время право вводить обязательные условия для допуска инвестиции следует из общепризнанного суверенного права «исключения иностранцев» (англ.: *exclusion of aliens*)³¹. В силу своего суверенитета государ-

ство вправе каким-либо образом обусловить вступление под его юрисдикцию и исключить тех, кто не способен выполнить эти условия. Более того, допуск иностранных инвесторов автоматически означает позволение пользоваться природными богатствами государства-реципиента. С 1960-х годов на фоне появления новых независимых государств тема суверенного права на национальные природные ресурсы получила международное внимание. В результате названное право было оформлено в ряде международных документов, таких как Резолюция Генеральной Ассамблеи ООН 1803 (XVII) 1962 года, Декларация об установлении нового экономического порядка 1974 года, Хартия экономических прав и обязанностей государств 1974 года.

Распространено представление об инвестициях как о рискованной деятельности, однако принятие иностранных инвестиций государством также связано с рисками. Как отметил Д. Коллинз, «PRs», обуславливающие допуск на национальный рынок, могут рассматриваться как способ контролирования видов принимаемых прямых иностранных инвестиций³². Тем самым государства — реципиенты инвестиций проверяют потенциальное влияние иностранных капиталовложений на своём национальном рынке и предотвращают их негативное воздействие. Возможности агрессивной экспансии на местном рынке со стороны иностранного капитала опасались ещё до того, как идеи либерализации торговли охватили весь мир.

Общие правила доступа на рынок и проведения деловых операций обеспечивают необходимый минимум для поддержания стабильности и публичного порядка. Однако общее регулирование не гарантирует, что государство непременно получит какие-либо выгоды от присутствия иностранного капитала на территории под его юрисдикцией. Несомненно, у государств — реципиентов инвестиций есть собственные законные ожидания. Данная концепция обычно используется для описания ожиданий инвестора в отношении действий государства, выходящих за пределы его обязательств по договору с инвестором или по международному соглашению. Можно предположить, что государство также ожида-

²⁸ См.: Muchlinski P., Ortino F., Schreuer C. The Oxford Handbook of International Investment Law. Oxford : Oxford University Press, 2008. P.230.

²⁹ См.: Shan W. The Legal Protection of Foreign Investment: A Comparative Study. Oxford : Hart Publishing, 2012. P.39–42.

³⁰ См.: World Bank Development Committee, "The World Bank Guidelines on the Treatment of Foreign Direct Investment". 1992. § II. URL: <https://www.italaw.com/documents/WorldBank.pdf> (дата обращения: 05.02.2019).

³¹ Sornarajah M. The International Law on Foreign Investment. 2nd ed. Cambridge : Cambridge University Press, 2004. P.85.

³² См.: Collins D. An Introduction to International Investment Law. Cambridge : Cambridge University Press, 2016. P.89.

ет определённого поведения от иностранных инвесторов, допущенных на его территорию³³. Учитывая традиционно неравнозначное соотношение прав и обязанностей государства и инвестора в положениях ДИС, разумно ожидать от инвесторов поведения, которое бы соответствовало многочисленным обязательствам, принятым государством. Такие ожидания могут следовать из договорных положений, касающихся обязательств сторон быть приверженными целям устойчивого развития или корпоративной социальной ответственности. Но эти правила звучат для инвесторов скорее как «Не навреди!», нежели как призыв сделать их инвестиции более полезными для местной экономики.

Использование «PRs» позволяет государствам контролировать ситуацию и регулировать экономические проблемы не за счёт иностранных инвесторов, но напрямую с помощью их инвестиций. Непосредственное исполнение требований государства сокращает административные и бюджетные расходы. Для государства гораздо дороже стимулировать национальных производителей отдельных авточастей, чем обеспечить рыночный спрос на их товары от ближайших заводов по промышленной сборке. Таким образом, регулирование иностранных инвестиций как обязанность государства защищать свои национальные интересы становится связующим звеном в достижении конкретных национальных целей. Иначе говоря, «PRs» позволяют превратить «проблему» в «возможность».

Помимо степени императивности, различие между обязательными и необязательными «PRs» едва уловимо³⁴. Ужесточение или смягчение требований позволяет легко переqualificировать инвестиционные меры. Например, с 2010 года Казахстан стимулировал недропользователей инвестировать в исследовательскую деятельность не менее 1 % годовой прибыли, в 2017 году требования были уточнены и определены как «обязательные условия для заключения договора на недропользование»³⁵. И наоборот, с 1970-х годов

Малайзия использовала обязательные требования по найму рабочих из числа бумипутры, этнической группы малайцев. Затем меры постепенно были ослаблены, когда гарантированным преимуществом за исполнение стали налоговые льготы вместо получения статуса «первоначального инвестора» (англ.: *pioneer status*)³⁶. В целом, наблюдается общая тенденция плавного перехода от обязательных «PRs» к свободным в исполнении видам.

Также следует отметить, что «PRs», исполнение которых требуется на стадии предшествующей осуществлению инвестиции (англ.: *pre-establishment "PRs"*), постепенно уступает критерию предварительного отбора экономических вложений. Например, допуск иностранных инвестиций на территорию Кении возможен после получения разрешения министерства, ответственного за финансы на момент обращения. Решение о выдачи разрешения принимается, только если министерство сочтёт, что такая инвестиция может «способствовать экономическому развитию или принести иные выгоды Кении»³⁷. Закон Ирана о поощрении и защите иностранных инвестиций 2002 года предусматривает аналогичные условия³⁸. Сложно сказать, будет ли инвестору легче исполнить конкретные требования (исполнение которых делает отказ государства неправомерным) или убедить органы власти в перспективности его инвестиционного проекта.

4. Формы имплементации

Вторая черта «PRs», которая прямо вытекает из первой, это наличие строгой формы имплементации.

Прежде всего «PRs» вводятся законодательными актами. Обычно общие законы об инвестициях не ограничивают принятие иностранных инвестиций прямыми условиями о порядке инвестирования. Закон Индонезии о капиталовложениях перечисляет *inter alia*

³⁶ UNCTAD. Foreign Direct Investment and Performance Requirements: New Evidence From Selected Countries. P.143.

³⁷ Foreign Investment Protection Act of the Republic of Kenya. 1964, Revised in 2016. Chapter 518. Art.3(2). URL: <https://investmentpolicy.unctad.org/investment-laws/laws/100/kenya-foreign-investment-act> (дата обращения: 01.07.2019).

³⁸ См.: Foreign Investment Promotion and Protection Act (FIPPA) of the Islamic Republic of Iran, 2002. Art.2(1). URL: http://www.satba.gov.ir/suna_content/media/image/2017/02/5236_orig.pdf (дата обращения: 01.07.2019).

³³ См.: *Sauvant K.P., Ünüvar G.* Can Host Countries Have Legitimate Expectations? Columbia FDI Perspectives: Perspectives on Topical Foreign Direct Investment Issues. No. 183. 26 September 2016.

³⁴ См.: *Cosbey A., Mann H.* Op. cit. P.8.

³⁵ Code of the Republic Kazakhstan no.125-VI "On Subsoil and Subsoil Use", 27 December 2017. Art. 36(2). URL: <http://adilet.zan.kz/eng/docs/K1700000125> (дата обращения: 01.07.2019).

равноправное и недискриминационное соблюдение экономической обоснованности и принципа экологичности³⁹. В то же время такие общие законы часто предусматривают положения о доступных инвесторам стимулах. В качестве примера можно привести Закон Камбоджи об инвестициях 1994 года⁴⁰, Закон Тайланда об иностранном бизнесе 1999 года⁴¹, Закон Мьянмы об инвестициях 2016 года⁴².

Конкретные требования обычно содержатся в специальных нормативно-правовых актах или в кодификациях, посвящённых отдельным отраслям. Закон Индонезии о добыче минерального сырья и угля 2009 года обязывает инвесторов отдавать предпочтение местным кадрам, товарам и услугам⁴³. Закон Нигерии о развитии местного содержания в нефтегазовой отрасли 2010 года устанавливает минимальное процентное содержание местных материалов и трудовых ресурсов вовлечённых в различные операции⁴⁴. В 2017 году в Казахстане был принят Кодекс о недрах и недропользовании, который в большой степени сохраняет требования местного содержания из раннего законодательства⁴⁵.

Решение по вышеупомянутому делу *FIRA* опровергло главенствующую идею о том, что требования могут вводиться только через за-

конодательные акты. В 1973 году Канада приняла закон об иностранных инвестициях (англ.: *Foreign Investment Review Act, FIRA*), во исполнение которого правительство Канады стало заключать с иностранными лицами специальные инвестиционные контракты. В соответствии с их положениями, инвесторы допускались на территорию государства только при условии исполнения определённых требований. Арбитры сочли, что, хотя сам закон не возлагал никаких обязательств на инвесторов, недобросовестная практика включения таких положений в договоры, заключаемые во исполнение этого закона, составляет нарушение положений ГАТТ⁴⁶. Поэтому нормативный источник «PRs» не имеет значения для влияния этих мер. На практике это значит, что «PRs» могут вводиться любыми государственными структурами.

Поэтому следующий источник «PRs» — это акты исполнительной власти. При этом большинство инвестиционных мер вводятся в рамках общенациональной программы, запущенной постановлением правительства или распоряжениями министерств. Бразильская автомобильная программа была введена декретом Министерства промышленного развития и торговли на пятилетний период до 2017 года⁴⁷. Индийская национальная солнечная миссия, рассчитанная на три фазы реализации до 2022 года, была инициирована правительством в 2010 году в рамках Национального плана действий при изменении климата⁴⁸. Многие регулятивные акты издаются в дополнение к основному законодательству. Кодекс доброй практики для горнодобывающей отрасли ЮАР обеспечивает реализацию положений Закона о развитии минеральных и нефтяных ресурсов 2002 года.

В сравнении с мерами, вводимыми законодательно, или актами центральных органов власти, «PRs», предусмотренные в актах отдельных уполномоченных служб или национальных банков, сложнее поддаются монито-

³⁹ См.: Law on capital investments no.25/2007 of the Republic of Indonesia, 2007. Art. 3(1). URL: http://www.levin.com/id/lgsso/translations/JICA%20Mirror/english/3002_UU_25_2007_e.html (дата обращения: 01.07.2019).

⁴⁰ Kingdom of Cambodia, Nation Religion King, Law on Investment of the Kingdom of Cambodia. 5 August 1994, amended on 24 March 2003. Art. 12–15. URL: http://www.cambodiainvestment.gov.kh/law-on-investment-august-05-1994-and-law-on-the-amendment-to-the-law-on-investment_030324.html (дата обращения: 05.02.2019).

⁴¹ Foreign Business Act B.E. 2542 of the Kingdom of Thailand, 1999. Section 17. URL: <http://thailawforum.com/database1/foreign2.html> (дата обращения: 01.07.2019).

⁴² Myanmar Investment Law (The Pyidaungsu Hluttaw Law no.40/2016), Chapter XVIII “Exemptions and Reliefs”. § 74–78. URL: https://www.dica.gov.mm/sites/dica.gov.mm/files/document-files/myanmar_investment_law_official_translation_3-1-2017.pdf (дата обращения: 05.02.2019).

⁴³ См.: Law no. 4/2009 on Mineral and Coal Mining of the Republic of Indonesia. 12 January 2009. Art. 106. URL: <http://extwprlegs1.fao.org/docs/pdf/ins85947.pdf> (дата обращения: 05.02.2019).

⁴⁴ См.: The Nigerian Oil and Gas Industry Content Development Act. 22 April 2010. § 34. URL: <https://www.ncdmb.gov.ng/images/GUIDELINES/NCAct.pdf> (дата обращения: 05.02.2019).

⁴⁵ См.: Code of the Republic Kazakhstan no.125-VI “On Subsoil and Subsoil Use”. 27 December 2017. Art. 129(3). URL: <http://adilet.zan.kz/eng/docs/K1700000125> (дата обращения: 01.07.2019).

⁴⁶ См.: Panel Report. *Canada – FIRA*. § 6.3.

⁴⁷ Decreto no. 7.819/2012 “Programa de Incentivo à Inovação Tecnológica e Adensamento da Cadeia Produtiva de Veículos Automotores – Inovar-Auto”. 2012. URL: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2012/Decreto/D7819.htm (дата обращения: 05.02.2019).

⁴⁸ Indian Ministry for New & Renewable Energy Sources, “The National Solar Mission: India Marching Ahead in Solar Energy”. June 2016. URL: <https://mnre.gov.in/file-manager/akshay-urja/june-2016/11-15.pdf> (дата обращения: 05.02.2019).

рингу. И хотя они не настолько влиятельны, они всё же способны корректировать поведение инвестора. Так, Бразильский национальный банк экономического и социального развития одобряет доступ к определённым кредитным линиям на приобретение оборудования и других товаров при условии, что эти товары имеют не менее 60 % местного содержания⁴⁹.

Обязательные требования или условия получения льгот представляют своего рода публичную оферту. Согласие инвестора проводить свою деятельность в соответствии с предложенными условиями формализуется в специальный инвестиционный договор. Таким образом, положения о «PRs» могут появиться в контрактных условиях. Программа энергетических тарифов Канады, запущенная в 2009 году, предусматривала заключение долгосрочных контрактов (в основном, на двадцать лет) с инвесторами, которые бы производили энергию из возобновляемых источников и продавали её в пределах провинции Онтарио⁵⁰. В 2016 году оператор электросистемы прекратил приём заявок на заключение таких контрактов. В июле 2018 года во исполнение своих обязательств в рамках ВТО Россия прервала действие многолетнего инвестиционного режима по промышленной сборке автомобилей. В соответствии с программой, запущенной ещё в 2005 году, иностранные инвесторы могли заключать инвестиционные договоры, по которым обязывались достичь определённого уровня локализации в обмен на освобождение от импортных пошлин.

Так, можно увидеть, как гибкая природа «PRs» выражается в свободе выбора нормативного акта или документа, с помощью которого они могут быть введены. Как следствие, «PRs» могут охватывать область любого уровня под юрисдикцией государства и действовать в любых временных рамках настолько это позволяет установить компетенция инициативного органа власти.

5. Отрасли применения «PRs»

Даже при первом обращении к тематике «PRs» можно заметить, что эти меры активно применяются только в определённых отраслях. При анализе практики разрешения споров по ТРИМС в рамках ВТО, а также законодательного опыта отдельных государств видно, что «PRs» в основном встречаются в области добычи и переработки полезных ископаемых, возобновляемой энергии, автопроизводства. Эти экономические отрасли могут быть охарактеризованы высокой капиталоемкостью, масштабом производства, уровнем необходимых технологий и качеством ресурсов. Наличие природных богатств не всегда совпадает с возможностью их эксплуатации. В таком случае принято говорить о «молодой» отрасли (англ.: *infant industry*). Государства стремятся создать наиболее благоприятные условия для развития ещё неокрепшей отрасли, прежде чем национальные производители станут достаточно конкурентоспособными. Аргумент о «молодой» отрасли часто используется развивающимися странами при попытке обосновать применение тех или иных инвестиционных стимулов.

Во время Уругвайского раунда переговоры рабочей группы по ТРИМС позволили обнаружить противоречивые точки зрения на роль инвестиционных мер в национальной экономике в контексте торговой либерализации. В противоположность инициативным силам США, Японии и европейских сообществ, развивающиеся страны стремились доказать жизненную необходимость применения «PRs». Малайзия утверждала, что наименее развитые страны, зависящие от экспорта первичного сырья, должны иметь возможность обеспечить себе долю в растущей мировой торговле, которая бы соответствовала их потребностям, поэтому инвестиционные меры допустимы к применению именно для этой цели⁵¹. Индия категорически отказалась устранять инвестиционные меры на том основании, что преимущества получаемые от

⁴⁹ См.: *Da Motta Veiga P.* Foreign Direct Investment in Brazil: Regulation, Flows and Contribution to Development. May 2004. P. 11–12. URL: https://www.iisd.org/pdf/2004/investment_country_report_brazil.pdf (дата обращения: 05.02.2019).

⁵⁰ См.: *Feed-in Tariff programme, FIT Rules.* Ontario Power Authority. URL: <https://www.ontario.ca/document/renewable-energy-development-ontario-guide-municipalities/40-feed-tariff-program> (дата обращения: 01.07.2019).

⁵¹ См.: *Uruguay Round, Group of Negotiations on Goods (GATT), Negotiating Group on Trade-Related Investment Measures, Statement by Malaysia, MTN.GNG/NG12/W/13.* 16 June 1988. § 4–7.

их применения, значительно превышают возможные негативные последствия⁵².

Противоположное мнение основывалось на видении «тримс» как мер, искажающих торговлю и нарушающих конкурентное равенство участников торговли⁵³. Такое представление, в частности, выдвигалось в первом исследовании требований местного содержания (англ.: *Local Content Requirements, LCRs*), проведенном в 1981 году Г. М. Гроссманом. По мнению учёного, «LCRs» не гарантируют протекционного эффекта, так как они не могут влиять на качество товаров местных поставщиков, более того, такие меры недостаточно прозрачны и будут благоприятствовать только отдельным производителям, а не отрасли в целом. И наконец, такие меры препятствуют реализации инвестиционного проекта замедлением процесса и неоправданными тратами⁵⁴. Сочетание этих характеристик делает требования местного содержания слишком непредсказуемыми, и поэтому они не могут способствовать достижению конкретных целей. Однако известны примеры Южной Кореи, Сингапура, Китая, Индонезии, которым удалось значительно повысить общий уровень благосостояния благодаря применению различных мер и стимулов, в том числе «PRs».

Следует отметить, что «PRs» неизбежно применяются в отраслях, которые государство считает «стратегически важными». В таких областях государство свободно вводит требования по владению и определять потенциальный круг покупателей. Таким образом регулируются сферы телекоммуникаций, транспорта, отрасли с ограниченными ресурсами. Как подчеркнул Г. К. Хафбауэр, требования местного содержания являются нормой для госзакупок, но не исключением⁵⁵. Во

избежание дальнейших ненужных спекуляций на эту тему государства обычно предусматривают оговорки для отраслей, которые они считают жизненно важными.

6. Цели «PRs»

Выделение «цели» как характерной черты инструмента государственной политики может показаться нерациональным ввиду самоочевидности утверждения: любое действие государства обусловлено регулятивными целями. Идея ёмко выражена в формуле Р. фон Иеринга «*keine Handlung ohne Zweck*», другими словами, «нет действия без цели». Однако в случае с «PRs» цель исполняет более важную функцию, чем просто предание смысла действию. Здесь цель следует рассматривать как проекцию настоящих намерений в будущее. В отличие от общих целей правового регулирования, таких как поддержание публичного порядка, защита прав, сохранение и приумножение благосостояния, цели «PRs» всегда легко определить, поскольку в результате их применения ожидается совершенно конкретный измеримый результат. Именно цель закладывает базовые параметры требования по исполнению, когда государство ещё только планирует ввести какие-либо инвестиционные меры. Эти элементы включают отрасль применения или подотрасль, категории инвесторов, формы инвестиций, стадии инвестирования, которые бы были наиболее восприимчивы к внешним регуляторам, временные рамки и территориально обозначенную область. Самое главное то, что цель предопределяет саму форму вводимого требования.

Понятие цели может служить как критерий классификации. Хотя такая классификация отступает от чисто юридического анализа, она позволяет рассмотреть практические аспекты «PRs». А. Козби и Х. Манн выделяют три подкатегории «PRs», нацеленные на: 1) развитие национального квалификационного уровня в основных отраслях промышленности; 2) развитие квалификационных

⁵² См.: Uruguay Round, Group of Negotiations on Goods (GATT), Negotiating Group on Trade-Related Investment Measures, Submission by India, MTN.GNG/NG12/W/18. 11 September 1989. § 36.

⁵³ См.: Uruguay Round, Group of Negotiations on Goods (GATT), Negotiating Group on Trade-Related Investment Measures, Submission by the United States, MTN.GNG/NG12/W/2. 1 April 1987. P.1; Uruguay Round, Group of Negotiations on Goods (GATT), Negotiating Group on Trade-Related Investment Measures, Submission by the European Communities, MTN.GNG/NG12/W/8. 23 June 1987. P.3.

⁵⁴ См.: Grossman G.M. The Theory of Domestic Content Protection and Content Preference // The Quarterly Journal of Economics. Vol. 96. 1981. No. 4. P.583–603.

⁵⁵ См.: Hufbauer G. C., Cimino J. J. S. C., Vieiro M., Wada E. Local Content Requirements: Report on a Global Problem. Peterson

умений в смежных отраслях; 3) улучшение экологических и социальных показателей⁵⁶.

Первая категория охватывает требования передачи технологий и проведения научных исследований и проектно-конструкторских работ, которые обычно используются в гонке на повышение международных стандартов. Предполагается, что улучшение квалификации кадров или введение более высоких технологий поднимет национальную конкурентоспособность на национальном рынке и за его пределами. Более того, новые технологии и ноу-хау могут впоследствии быть использованы в других отраслях и таким образом повлечь «побочное» развитие. Так, Центральный коридор, который объединяет систему дорог от портов Танзании и идёт через соседние Бурунди, Руанду, Уганду в восточную часть Демократической Республики Конго, должен демонстрировать как достижение в транспортном секторе может положительно отразиться на развитии сельского хозяйства и горной добычи⁵⁷.

Вторая категория охватывает хорошо известные требования торгового баланса, экспорта, а также требования отдавать предпочтение местным поставщикам, снабжать определённые рынки и другие меры, нацеленные на вовлечение национальных ресурсов. Конечно, базовый пример — это требования местного содержания, которые охватывают требования в отношении местных товаров, услуг, рабочей силы, доли национального владения, регистрации по национальному законодательству⁵⁸. Сегодня они используются в нефтяной отрасли Нигерии, в добыче алмазов Ботсваны, в текстильной отрасли Бангладеш, в алюминиевой промышленности Мозамбика, в автомобилестроении Китая, в области возобновляемой энергии Индии⁵⁹. Однако в свете обязательств ВТО, принимаемых всё

большим числом государств, доля требований местного содержания снизилась⁶⁰.

Третья категория охватывает те «PRs», которые ориентированы преимущественно на улучшение социальных условий и окружающей среды. В этом отношении требование найма местных кадров входит в их число. Такие меры, в частности, применяются в Анголе⁶¹, Гане⁶², Нигерии⁶³, на Филиппинах⁶⁴. В Австралии, Канаде⁶⁵ и ЮАР⁶⁶ инвестиционные меры используются в поддержку отдельных категорий населения.

Следующий пример — это требования образования и подготовки специалистов (англ.: *education and training requirements, E & T*). Эти меры позволяют минимизировать государственные расходы на развитие собственных рабочих ресурсов и в том числе получить квалифицированных специалистов. Такие требования предусматриваются в законодательстве Анголы⁶⁷ и ЮАР⁶⁸. Чаше такие по-

⁶⁰ См.: UNCTAD. World Investment Report 2018: Investment and New Industrial Policies. Geneva : United Nations, 2018. P.152. URL: https://unctad.org/en/PublicationsLibrary/wir2018_en.pdf (дата обращения: 29.06.2019).

⁶¹ См.: Employment of Foreign Residents Non-Citizens, Decree 5/95, Ministry of the Interior of the Republic Angola. URL: <http://www.sme-angola.com/attachments/article/209/Decree%20No.%205-95%20of%20April%207%20-%20Employment%20of%20Foreign%20Citizens%20Non-resident.pdf> (дата обращения: 01.07.2019).

⁶² См.: Ministry of Energy Republic of Ghana Local, Content and Local Participation in Petroleum Activities – Policy Framework. 26 February 2010. URL: <http://www.eisourcebook.org/cms/December%202015/Ghana%20Local%20Content%20Policy%202010.pdf> (дата обращения: 01.07.2019).

⁶³ См.: The Nigerian Oil and Gas Industry Content Development Act. 22 April 2010. URL: <http://www.eisourcebook.org/cms/January%202016/Nigerian%20Oil%20and%20Gas%20Industry%20Content%20Development%20Act%202010.pdf> (дата обращения: 01.07.2019).

⁶⁴ См.: The Implementing Rules and Regulations (DENR Administrative Order no.96-40) of the Philippine Mining Act of 1995. Section 136(d). URL: http://www.mgb.gov.ph/images/stories/MIN_DAO_1996-40.pdf (дата обращения: 01.07.2019).

⁶⁵ См.: Grice T. Local Content Policies: Stimulating Direct Local Employment. International Institute for Sustainable Development, October 2018. P.11. URL: <https://www.iisd.org/sites/default/files/publications/local-content-policies-mining-direct-local-employment.pdf> (дата обращения: 29.06.2019).

⁶⁶ См.: Broad-Based Black Economic Empowerment Act no.53 of the Republic of South Africa. 2003. URL: <https://www.bbbecommission.co.za/wp-content/uploads/2016/09/Consolidated-BBEE-Act-2013.pdf> (дата обращения: 01.07.2019).

⁶⁷ См.: Decree-Law no.17/09 of the Republic of Angola, “Rules and procedures to observe in recruitment, integration, training and development of workers from the oil sector”. 26 June 2009. URL: http://www.sonangol.co.ao/Style%20Library/pt-pt/Pdf/licitacoes/Law+Decree+17-09-compulsory_en.pdf (дата обращения: 01.07.2019).

⁶⁸ См.: Petroleum Products Amendment Act, no.58 of the Republic of South Africa. 2003. URL: <http://www.energy.gov.za/files/>

⁵⁶ См.: *Cosbey A., Mann H.* Op. cit. P.8–12.

⁵⁷ См.: *Ibid.* P.31.

⁵⁸ См.: *Esteves A. M., Coyne B., Moreno A.* Local Content Initiatives: Enhancing the Subnational Benefits of the Oil, Gas and Mining Sectors. Natural Resource Governance Institute: Policy Paper, July 2013. P.3. URL: https://resourcegovernance.org/sites/default/files/documents/sub_enhance_benefits_20160809.pdf (дата обращения: 29.06.2019).

⁵⁹ См.: *Weiss M.* The Role of Local Content Policies in Manufacturing and Mining in Low- and Middle-Income Countries: UNIDO Inclusive and Sustainable Industrial Development Working Paper Series WP 19. 2016. P.17. URL: <https://www.unido.org/api/openText/documents/download/9929070/unido-file-9929070> (дата обращения: 29.06.2019).

ложения включаются в индивидуальные договоры с инвесторами⁶⁹, как в соглашениях о разделе разработки и производства Катара⁷⁰, в соглашениях о подготовке специалистов Норвегии⁷¹. Несмотря на распространённое предубеждение, что такие меры вводят только страны с низкими образовательными стандартами, можно видеть, что они равно ценятся и в промышленно развитых странах.

Все примеры в совокупности отражают общую тенденцию в использовании этих мер: они всегда направлены на решение социально важных вопросов.

В правовом аспекте понятие «цели» неоднократно избиралось в качестве квалификационного критерия при разрешении споров. В действительности арбитры не рассматривали целевой характер «PRs» как таковой. Понятие «цели» заслужило признание юристов как верный способ определить, связана ли оспариваемая мера с инвестициями или нет. Вопрос обуславливает применимость многих соглашений, регулирующих «PRs». Статья 1106 НАФТА ограничивает действие её положений требованиями, которые введены «в связи с осуществлением, приобретением, расширением, управлением, ведением или функционированием инвестиции». Роль данной формулы «в связи с» (англ.: *in connection with*) была серьёзно рассмотрена только в 2009 году в деле *Cargill, Inc. v. Mexico*, где спор касался налога на газированные напитки с содержанием маисового сиропа с высоким содержанием фруктозы (англ.: *High Fructose Corn Syrup, HFCS*). Инвестор заявлял, что налог должен был ограничить продажи сиропа, который поставляли преимуще-

ственно американские производители, тогда как сахар, один из основных товаров мексиканской экономики, налогами не облагался. Арбитры отметили, что в данном случае «PRs» связаны с инвестициями не номинально, а в целом (англ.: *integrally*). Было отмечено, что «если бы Мексика не намеревалась оказать давление на США путём ограничения торговли “HFCS” на территории Мексики, то не было бы и самого налога»⁷². Впервые объективный критерий рассматривался не совместно с другими критериями, а как всеобъемлющий решающий фактор.

Соглашение ТРИМС также охватывает только «инвестиционные меры», связанные с торговлей товарами⁷³. В то время как «связь с торговлей» обычно презюмируется в отношении мер, перечисленных в Иллюстративном перечне к ТРИМС⁷⁴, установленные инвестиционного характера меры требуют предварительного анализа фактических обстоятельств. Критерий «цели» в контексте Соглашения ТРИМС был впервые предложен в деле *Indonesia – Autos* (1998). Индонезия утверждала, что автомобильные программы не могут рассматриваться как «инвестиционные программы», поскольку они не принимались как таковые и не входят в компетенцию органов, ответственных за вопросы инвестиций в стране. Однако Орган разрешения споров ВТО отклонил эти доводы и признал меры инвестиционными, сославшись на «инвестиционную цель и инвестиционные черты» оспариваемых автомобильных программ⁷⁵, поэтому они не могли не оказать влияния на инвестиции в отрасли автомобилепроизводства. То же умозаключение прямо цитируется в решении *India – Solar Cells* (2016)⁷⁶. Отталкиваясь от рассмотренных решений можно предположить существование ключевой характерной черты «PRs»: теснейшая связь с инвестициями.

policies/act_petroleumproducts_58of2003_amendment.pdf (дата обращения: 29.06.2019).

⁶⁹ См.: The Afghan Amu Darya Basin Exploration and Production Sharing Contract for Hydrocarbons exploration, development and production. December 2011. Art. XX. URL: http://downloads.openoil.net/contracts/ai/af_AmuDarya_20111211_PSC_CNPC.pdf (дата обращения: 01.07.2019).

⁷⁰ См.: Model Development & Production Sharing Agreement of 2002. the State of Qatar. Section 15.5. URL: <https://www.resourcecontracts.org/contract/ocds-591adf-6349675951/download/pdf>. (дата обращения: 01.07.2019).

⁷¹ См.: Model Training Agreements Concerning Petroleum Activities of the 1988 and 1991. The Kingdom of Norway. Art. 2. Local Content Policies in the Mining Sector: Stimulating Direct Local Employment. International Institute for Sustainable Development, 2018. P. 18. URL: <https://www.iisd.org/sites/default/files/publications/local-content-policies-mining-direct-local-employment.pdf> (дата обращения: 01.07.2019).

⁷² ICSID. *Cargill, Incorporated v. United Mexican States*. Case no. ARB(AF)/05/2). Award 18 September 2009. § 317.

⁷³ См.: Uruguay Round Agreement on Trade-Related Investment Measures (TRIMs Agreement). Art. 1. URL: http://www.sice.oas.org/Trade/ur_round/UR17E.asp (дата обращения: 29.06.2019).

⁷⁴ Panel Report. *Indonesia – Certain Measures Affecting the Automobile Industry*. WT/DS54/R, WT/DS55/R, WT/DS59/R, WT/DS64/R. 2 July 1998. § 14.82.

⁷⁵ См.: Panel Report. *Indonesia – Autos*. § 14.80.

⁷⁶ Panel Report. *India – Certain Measures relating to Solar Cells and Solar Modules*. WT/DS456/R. 24 February 2016. § 7.60.

7. Связь с инвестициями

По своей природе «PRs» — это исключительно инвестиционные меры. Они могут варьироваться по стадиям инвестирования, по обязывающей силе, по форме выражения, но они всегда будут тесно связаны с инвестициями. Важно отметить, что «PRs» в равной степени относятся как к иностранным, так и к национальным инвестициям. В Соглашении НАФТА прямо указывается, что статья 1106 действует в отношении «всех инвестиций на территории Договаривающейся стороны»⁷⁷. В деле *ADM and Tate & Lyle v. Mexico* арбитры обратились к этому положению в подтверждение того, что запрет «PRs» применяется в отношении любого инвестора из стран НАФТА, включая инвесторов самого государства — реципиента инвестиции⁷⁸. Соглашение ТРИМС не предусматривает ясного правила. Однако в докладе третейской группы по *Indonesia — Autos* отмечалось, что квалификация оспариваемых мер в качестве «тримс» не зависит от национальной принадлежности инвестора⁷⁹.

Такой вывод соответствует природе «PRs» даже в отсутствие каких-либо положений по этому вопросу. Как отмечалось выше, «PRs» всегда нацелены на конкретный результат, поэтому для государства не столь важно, кто именно исполнит требования для достижения поставленных целей. Поэтому «PRs» сами по себе не являются дискриминационными. В то же время это не исключает возможности государства вводить различные требования к отечественным и к иностранным инвесторам. Хотя такая дискриминация встречается в отдельных случаях, она не является неотъемлемой характеристикой «PRs» в целом. С другой стороны, государству не нужно вводить прямо дискриминирующие меры в отношении определённых инвесторов, чтобы поставить их в менее благоприятные условия по сравнению с отечественными предпринимателями. Тогда речь идёт о дискриминации *de facto*. Эта тема подробно рассматривалась в рамках

ВТО в деле *Canada — Autos*. Апелляционный орган тогда пояснил, что рассматриваемые статьи не ограничивают своё действие только теми случаями, когда «их нарушение очевидно следует из самой меры» (англ.: *appears on the face of the measure*)⁸⁰. Ранее упомянутое дело *Cargill* служит отличной иллюстрацией: нововведённый налог не дискриминировал американскую продукцию по стране происхождения, но на практике облагаемый налогом товар главным образом принадлежал производителям из США.

Между тем дискриминация *de facto* не всегда возникает из-за скрытых подводных камней национальной торговой политики. В некоторых случаях это может быть и «естественная дискриминация». Так, М. Сорнараджа приводит примеры, когда иностранный инвестор, вступая на слабо развитый рынок, изначально приобретает отличительный статус ведущего производителя⁸¹. Тогда все претензии по антимонопольному законодательству государства окажутся обращены именно к этому инвестору. Но такая «дискриминация» по занимаемой доле на рынке будет вполне объяснима. То же самое касается экологического регулирования в случае, когда иностранный инвестор инициирует проект опасного производства. В приведённых случаях следует понимать, что национальный контроль осуществляется в отношении определённых видов деятельности независимо от национальной принадлежности экономического участника.

Важным свидетельством тесной связи «PRs» и инвестиции является непосредственное воздействие мер на инвестиционную деятельность. Факт оказанного «влияния» и его характер долгое время имели решающее значение при разрешении спора для установления нарушения государством инвестиционных стандартов. В рамках практики Органа разрешения споров ВТО вопрос о «влиянии на инвестиции в соответствующем секторе» неизменно поднимался во всех спорах, касающихся «тримс». В деле *Canada — Renewable Energy* (2012) этот критерий был дополнен

⁷⁷ North American Free Trade Agreement (NAFTA, 1992). Art. 1101.1(c). URL: <http://www.sice.oas.org/trade/nafta/char-111.asp> (дата обращения: 30.06.2019).

⁷⁸ См.: ICSID. *Archer Daniels Midland Company and Tate & Lyle Ingredients Americas, Inc. v. The United Mexican States*. Case no. ARB (AF)/04/5. Award 21 November 2007. § 221.

⁷⁹ См.: Panel Report. *Indonesia — Autos*. § 14.73.

⁸⁰ Appellate Body Report. *Canada — Certain Measures Affecting the Automotive Industry*. WT/DS139/AB/R, WT/DS142/AB/R 31 May 2000. § 78.

⁸¹ См.: *Sornarajah M. Op. cit.* P. 341.

концепцией «ключевого фактора»⁸². Арбитры, разрешающие споры по НАФТА, использовали тот же подход к оценке оспариваемых мер. Однако при взаимодействии с формалистским подходом к пониманию положения Соглашения критерий «влияния» породил причудливую доктрину «случайных последствий» (англ.: *incidental effects*). В соответствии с этой концепцией предполагалось, что те меры, которые не признавались в качестве «PRs» по статье 1106 Соглашения, влияли на инвестицию случайно⁸³. Отрицательные последствия рассматривались как «побочные препятствия» (англ.: *ancillary restraints*)⁸⁴, поэтому они не могли свидетельствовать о нарушении положений НАФТА. В делах, где всё же устанавливался факт «прямого воздействия» мер, арбитры оценивали его как «губительное для рентабельности инвестиции»⁸⁵.

Надо признать, что сам факт «влияния» на инвестицию является показателем эффективности «PRs». Хотя «PRs» являются инструментами государственной политики, они не могут быть исполнены напрямую в принудительном порядке. Механизм «PRs» действует исключительно на основе баланса интересов государства и возможностей инвестора. По сути, всё зависит от решения инвестора принимать условия или нет. Государство вправе рассчитывать, что инвестор не вступит на рынок, если не уверен, что повышенные траты, связанные с исполнением требований для получения разрешения, смогут окупиться. Единственный вопрос заключается в том, будет ли стоимость приложенных инвестором усилий пропорциональна предлагаемым льготам.

Понятие пропорциональности может встретиться в инвестиционной арбитражной практике в контексте соотношения государственной регулятивной силы и законных ожиданий инвестора. Впервые критерий был вве-

дён в тезаурус международного инвестиционного права в деле *Tecmed v. Mexico* (2003)⁸⁶. Арбитры установили, что в рассматриваемом деле цель защиты публичного здоровья не оправдывала отказ в возобновлении разрешения. В приведённом примере понятие пропорциональности использовалось как критерий оценки равноправного инвестиционного режима. Но в случае с «PRs» вопрос справедливого и равного обращения уходит на второй план сугубо практических задач. Наличие преимущества или льготы, которая бы корреспондировала с поставленным требованием, обуславливает конечный результат от применения такой меры. Льготы могут принимать самые разные формы: экспортные квоты⁸⁷, освобождение от налогов⁸⁸, снижение таможенных пошлин⁸⁹, ценовые преимущества⁹⁰, право на заключение контракта⁹¹ и другие привилегии, которые государство может себе позволить предоставить инвестору.

Однако содержание льгот не имеет такого значения, как причинно-следственная связь между исполнением требования и получением этой льготы. В деле *Canada – Autos* было решено, что равенство конкурентных возможностей нарушается, если льготы предоставляются только отечественным производителям, даже если такие же льготы доступны иностранным лицам другим путём⁹². По этой причине больше внимания следует обращать на внутреннее устройство тех или иных мер, нежели на отдельные переменные, как содержание предлагаемых льгот.

8. Заключение

Перечисленные особенности вместе составляют саму природу «performance require-

⁸² «Ключевой фактор» означает, что мера способна не только изменить поведение инвестора, но стать основной причиной тех или иных шагов, предпринимаемых инвестором. См.: Panel Report. *Canada – Renewable Energy / Feed-In Tariff Program*. WT/DS412/R, WT/DS426/R. 19 December 2012. § 7.110.

⁸³ См.: ICSID. *Merrill & Ring Forestry L.P. v. The Government of Canada*. Case no. UNCT/07/1. 31 March 2010. § 110.

⁸⁴ См.: ICSID. *Mobil Investments Canada Inc. and Murphy Oil Corporation v. Canada*. Case no. ARB(AF)/07/4. Decision on liability and on Principles of Quantum of 22 May 2012. § 242.

⁸⁵ ICSID. *ADM and Tate & Lyle v. Mexico*. § 227.

⁸⁶ ICSID. *Tecnicas Medioambientales Tecmed S.A. v. United Mexican States*. Case no. ARB(AF)/00/2. Award of 29 May 2003. § 122.

⁸⁷ См.: NAFTA Arbitral Tribunal. *Pope & Talbot Inc. v. Government of Canada*. Interim Award by Arbitral Tribunal. 26 June 2000. § 73.

⁸⁸ См.: ICSID. *ADM and Tate & Lyle v. Mexico*. § 222; ICSID. *Cargill, Inc v. Mexico*. § 552.

⁸⁹ См.: Panel Report. *Indonesia – Autos*. § 14.85; Panel Report. *EC – Bananas III*. WT/DS27/R/USA. Adopted 25 September 1997. § 7.179, 7.180.

⁹⁰ См.: Panel Report. *Canada – Renewable Energy / Feed-In*. § 7.165, 7.177.

⁹¹ См.: Panel Report. *India – Solar Cells*. § 7.68.

⁹² См.: Panel Report. *Canada – Certain Measures Affecting the Automotive Industry*. WT/DS139/R, WT/DS142/R. 11 February 2000. § 10.87.

ments». В целом, «PRs» могут быть охарактеризованы как инвестиционные меры, которые государство вводит в экономически наиболее чувствительных секторах с тем, чтобы преследовать определённые социально-ориентированные цели, и которые основаны на балансе интересов государства и возможностей инвестора удовлетворять их в обмен на недискриминационное получение соразмерных прав. Обозначенные характерные черты незаменимы и глубоко взаимосвязаны. Система этих элементов отличает «PRs» от любых других инвестиционных мер. Ценность «PRs» для национальной экономики определяется влиянием, которое они способны оказать, тогда как характер воздействия зависит преимущественно от избранных форм «PRs» и содержания их переменных, таких как цель, отрасль промышленности, льгота.

В последние десятилетия «PRs» всё чаще упоминаются в контексте их ограничения. Однако стоит напомнить, что эти меры *per se* легитимны. С точки зрения международного права, их применение входит в право каждого государства регулировать иностранные инвестиции в соответствии с его национальными целями и приоритетами⁹³. Поскольку дискриминационное различие по национальной принадлежности не является чертой, присущей «PRs», само по себе их использование не составляет нарушения принципа предоставления национального режима⁹⁴. В формулировках нереализованного Многостороннего инвестиционного соглашения Организации экономического сотрудничества и развития (ОЭСР) запрет «PRs» представляет собой абсолютное обязательство в сравнении с относительными стандартами национального режима или режима наиболее благоприятствуемой нации⁹⁵.

Раз использование «PRs» не противоречит другим инвестиционным стандартам, единственная причина для их запрета — это несоответствие принципу либерализации⁹⁶.

Было бы разумным вводить международные ограничения только на те «PRs», которые отрицательно сказываются на торговле. Сознательный отказ от некоторых видов «PRs», которые только предположительно оказывают негативное воздействие, это выбор самого суверенного государства ограничить свою регулятивную способность на благо международной торговли либерализации. Тем не менее это не устраняет возможность обращения к «PRs» при необходимости: помимо общих исключений, предусматриваемых в международных торговых или инвестиционных соглашениях, государства могут составить перечни собственных оговорок. На настоящий момент ВТО насчитывает 164 члена, что означает, что абсолютное большинство государств связаны обязательствами исключить, по крайней мере, те виды «PRs», которые входят в Иллюстративный перечень к Соглашению ТРИМС. Однако всё ещё рано говорить о запрете «PRs» как о новом принципе международного права. Принцип — это совершенная фундаментальная норма, тогда как в данном случае государства не могут себе позволить абсолютно отказаться от «PRs» как таковых. Тем не менее стремление принимать более объёмные обязательства по запрету «PRs» следует признать в качестве превалирующего подхода к вопросу инвестиционных мер среди государств.

Библиографическое описание:

Магомедова О. Инвестиционным мерам рознь? Суть концепции «performance requirements» // Международное правосудие. 2019. № 3 (31). С. 114–129.

Different to investment measures? The nature of performance requirements

Olga Magomedova

Master of Law, Moscow State Institute of International Relations (University) under the Ministry of Foreign Affairs of Russia, Moscow, Russia (e-mail: olga.magomedova.96@mail.ru).

Abstract

Nowadays a rare international investment agreement goes without the provisions on performance requirements (PRs), although the concept has rushed into the international legal framework without a firm scholastic foundation and even without the customary roots. This collective term for the particular investment measure was initially used in the bilateral treaties

⁹³ См.: Charter of the Economic Rights and Duties of States, 1974. Art. 2.2 (a).

⁹⁴ См.: *Newcombe A., Paradell L.* Op. cit. P. 418.

⁹⁵ См.: The Multilateral Agreement on Investment, Commentary to the Consolidated Text, Organisation for Economic Co-operation and Development, Negotiating Group on the Multilateral Agreement on Investment (MAI), DAFFE/MAI(98)8/REV.1. 22 April 1998. P. 29.

⁹⁶ См.: *Collins D.* An Introduction to International Investment Law. Cambridge: Cambridge University Press, 2016. P. 94.

for designating the tools which the States so as to ensure a better investment regime. Therefore the rough idea of a PRs as a substantive notion is built on the fragmentary knowledge of its separate types: from the local content and the trade balance requirements to the technology transfer and the educational training requirements. For the lack of a generally recognized definition of the performance requirements, the article turns to the scholar's opinions and the adjudicator's reasoning, where the different approaches are revealed. At the same time the schematic representation of PRs in the international agreements has a rational explanation: the States have to fend off the investor's unfounded expectations. However, even the most detailed scheme of the inner workings of these measures does not settle the yearning for understanding their substance. Guided by the numerous examples from the arbitration practice and the national legislation of the selected countries, the article highlights the inherent features of PRs. As a tool of the state investment policy, these measures can be ensured with the sovereign power, but they represent a rare mechanism, the effectiveness of which depends primarily on the balance of the interests of the State and the investor. The mechanism of PRs is built on the flexibility and the diversity of the forms, the orientation towards the specific measurable results, the profound impact on the investment activities, the commensurable capacity and capability. The analysis of these elements challenges the widespread prejudice against PRs in the age of trade liberalization. Despite the strong interrelation with the principles of non-discrimination and national treatment and other investment standards, the prohibition of PRs had its own ulterior causes of occurrence. In conclusion, the article provides the assessment of the prohibition of these measures as a new rule of the international investment law.

Keywords

investment measures; performance requirements; investment state policy; TRIMS Agreement; NAFTA.

Citation

Magomedova O. (2019) Investitsionnyy meram rozn'?' Sut' kontseptsiy "performance requirements" [Different to investment measures? The nature of performance requirements]. *Mezhdunarodnoye pravosudie*, vol. 9, no. 3, pp. 114–129. (In Russian).

References

Collins D. (2015) *Performance Requirements and Investment Incentives Under International Economic Law*, Northampton: Edward Elgar Publishing Limited.

Collins D. (2016) *An Introduction to International Investment Law*, Cambridge: Cambridge University Press.

Cosbey A., Mann H. (2014) *Bilateral Investment Treaties, Mining and National Champions: Making It Work*, International Institute for Sustainable Development. Available at: http://www.iisd.org/sites/default/files/publications/bilateral_investment_treaties_mining_national_uneca.pdf (accessed: 29.06.2019).

Da Motta Veiga P. (2004) *Foreign Direct Investment in Brazil: Regulation, Flows and Contribution to Development*, International Institute for Sustainable Development. Available at: https://www.iisd.org/pdf/2004/investment_country_report_brazil.pdf (accessed: 29.06.2019).

Dugan C. F., Wallace D., Jr., Rubins N., Sabahi B. (2008) *Investor-State Arbitration*, Oxford: Oxford University Press.

Dunning J. H. (1993) *Multinational Enterprises and the Global Economy*, Wokingham: Addison-Wesley Publishing Company.

Esteves A. M., Coyne B., Moreno A. (2013) *Local Content Initiatives: Enhancing the Subnational Benefits of the Oil, Gas and Mining Sectors*, Natural Resource Governance Institute. Available at https://resourcegovernance.org/sites/default/files/documents/sub_enhance_benefits_20160809.pdf (accessed: 29.06.2019).

Grice T. (2018) *Local Content Policies: Stimulating Direct Local Employment*, International Institute for Sustainable Development. Available at <https://www.iisd.org/sites/default/files/publications/local-content-policies-mining-direct-local-employment.pdf> (accessed: 29.06.2019).

Grossman G. M. (1981) The Theory of Domestic Content Protection and Content Preference, *The Quarterly Journal of Economics*, vol. 96, no. 4, pp. 583–603.

Gudgeon K. S. (1986) United States Bilateral Investment Treaties: Comments on Their Origin, Purposes, and General Treatment Standards, *Berkeley Journal of International Law*, vol. 4, no. 1, pp. 105–135.

Hufbauer G. C., Cimino J. J. S. C., Vieiro M., Wada E. (2013) *Local Content Requirements: Report on a Global Problem*, Peterson Institute for International Economics. Available at <http://files.publicaffairs.geblogs.com/files/2014/08/Local-Content-Requirements-Report-on-a-Global-Problem.pdf> (accessed: 29.06.2019).

Legum B., Petculescu I. (2016) Performance Requirements. In: Kinnear M., Fischer G., Almeida J. M., Torres L. F., Bidegain M. U. (eds.) *Building International Investment Law: The First 50 Years of ICSID*, Alphen aan den Rijn: Kluwer Law International, pp. 415–429.

Loree D. W., Gusinger S. E. (1995) "Policy and Non-Policy Determinants of U.S. Equity Foreign Direct Investment", *Journal of International Business Studies*, vol. 26, no. 2, pp. 281–299.

Moran T., Pearson C. (1987) *Trade-Related Investment Performance Requirements*, Washington: OPIC, 1987.

Muchlinski P., Ortino F., Schreuer C. (2008) *The Oxford Handbook of International Investment Law*, Oxford: Oxford University Press.

Newcombe A., Paradell L. (2009) *Law and Practice of Investment Treaty Standards of Treatment*, Alphen aan den Rijn: Kluwer Law International.

Nikiema S. H. (2014) *Performance Requirements in Investment Treaties*, International Institute for Sustainable Development. Available at <http://www.iisd.org/sites/default/files/publications/best-practices-performance-requirements-investment-treaties-en.pdf> (accessed: 29.06.2019).

Ruttenberg V. H. (1987) The United States Bilateral Investment Treaty Program: Variations on the Model, *Journal of International Business Law*, vol. 9, no. 1, pp. 121–143.

Sachs W. (1984) The New U.S. Bilateral Investment Treaties, *Berkeley Journal of International Law*, vol. 2, no. 1, pp. 192–224.

Shan W. (2012) *The Legal Protection of Foreign Investment: A Comparative Study*, Oxford: Hart Publishing.

Sornarajah M. (2004) *The International Law on Foreign Investment*, 2nd ed., Cambridge: Cambridge University Press.

Vandevelde K. J. (1988) Bilateral Investment Treaty Program of the United States, *Cornell International Law Journal*, vol. 21, no. 2, pp. 201–276.

Vandevelde K. J. (1993) U.S. Bilateral Investment Treaties: Second Wave, *Michigan Journal of International Law*, vol. 14, no. 4, pp. 621–704.