

Левашенко А. Д., Ермохин И. С., Лебедева С. К.

Присоединение России к декларации ОЭСР о международных инвестициях и многонациональных предприятиях 1976 г.: новые возможности для продвижения национальных интересов

DOI 10.22394/1726-1139-2018-1-70-77

Левашенко Антонина Давидовна

Российская академия народного хозяйства и государственной службы при Президенте РФ (Москва, Российская Федерация)
Старший научный сотрудник
Руководитель Российского центра компетенций и анализа стандартов ОЭСР
Старший научный сотрудник Всероссийской академии внешней торговли Министерства экономического развития РФ
antonina.lev@gmail.com

Ермохин Иван Сергеевич

Российская академия народного хозяйства и государственной службы при Президенте РФ (Москва, Российская Федерация)
Младший научный сотрудник Российского центра компетенций и анализа стандартов ОЭСР
i.ermokhin@gmail.com

Лебедева Софья Константиновна

Российская академия народного хозяйства и государственной службы при Президенте РФ (Москва, Российская Федерация)
Младший научный сотрудник Российского центра компетенций и анализа стандартов ОЭСР
lebedeva497@mail.ru

РЕФЕРАТ

Вопрос влияния Декларации ОЭСР о международных инвестициях и многонациональных предприятиях 1976 г. на инвестиционный климат страны слабо изучен в российской научной литературе. Целью данной статьи является выявление рисков и возможностей России от присоединения к указанной Декларации. В статье рассмотрены положения Декларации о национальном режиме, конфликтных требованиях, стимулирующих и дестимулирующих мерах. В рамках исследования применялись методы логического, системного, сравнительного правового и экономического анализа. При подготовке работы использовались правовые инструменты (решения, рекомендации, публикации) ОЭСР, справочные, отчетные публикации ОЭСР, российских и зарубежных авторов. В результате авторы выявили возможности для России и предпринимательского сообщества, которые возникают при присоединении к Декларации ОЭСР о международных инвестициях и многонациональных предприятиях 1976 г.

КЛЮЧЕВЫЕ СЛОВА

ОЭСР, инвестиции, международное право

Levashenko A. D., Ermokhin I. S., Lebedeva S. K.

Russia's Adherence to the OECD Declaration on International Investments and Multinational Enterprises: New Opportunities for Promoting National Interests

Levashenko Antonina Davidovna

Russian Presidential Academy of National Economy and Public Administration (Moscow, Russian Federation)
Senior Researcher
Head of the Russian Center of competence and analysis of OECD standards

Ermokhin Ivan Sergeevich

Russian Presidential Academy of National Economy and Public Administration (Moscow, Russian Federation)
Junior Researcher of the Russian Center of competence and analysis of OECD standards
i.ermokhin@gmail.com

Lebedeva Sofya Konstantinovna

Russian Presidential Academy of National Economy and Public Administration (Moscow, Russian Federation)
Junior Researcher of the Russian Center of competence and analysis of OECD standards
lebedeva497@mail.ru

ABSTRACT

The OECD Declaration on International Investment and Multinational Enterprises is not enough studied and known in Russia. That is why authors decided to choose as the goal of their research to state briefly and accurately its main provisions and tools for interaction with other countries, which the Declaration gives to its adherents. In their research authors consider the prerequisites for the adoption of the Declaration and its content (5 of 6 items, except responsible business conduct). During the research following instruments were used: legal analysis of formulations used in the Declaration to determine the degree of the bindingness of its provisions; a method of comparison with other international agreements; study of judicial practice. Authors also made the research of how adherents apply reservations to the provisions of Declaration. Based on the research, authors propose recommendations that could be used by Russian public authorities. For example, Russia can use the instrument of conflict requirements to eliminate the requirements of other countries, which unreasonably increase the administrative burden on Russian entrepreneurs. Russian public authorities can also use the tool "public consultations" to disseminate knowledge about existing benefits in third countries for the expansion of Russian entrepreneurs abroad.

KEYWORDS

OECD, investment, international law

Введение

В настоящее время вопрос влияния Декларации ОЭСР о международных инвестициях и многонациональных предприятиях 1976 г. (далее — Декларация) на инвестиционный климат России слабо изучен в российской научной литературе. Целью данной статьи является выявление рисков и возможностей России от присоединения к Декларации ОЭСР о международных инвестициях и многонациональных предприятиях 1976 г.

Декларация ОЭСР о международных инвестициях и многонациональных предприятиях была принята в 1976 г. Принятие этого акта было связано с усилением роли транснациональных корпораций в международной экономике, их влияния на политику стран. Рост такого влияния приводил как к злоупотреблениям «слабостями» национального законодательства развивающихся стран, так и к экспроприации активов международных компаний. Так, например, в 1973 г. в Чили был организован военный переворот, связанный с несогласием инвесторов с политикой экспроприации, которую проводило правительство страны¹. В 1974 г. Генеральная Ассамблея ООН одобрила резолюцию, в которой отметила необходимость контролировать деятельность транснациональных корпораций, однако, попытки стран договориться на площадке ООН в то время ни к чему не привели. В то же время в ОЭСР была начата работа по созданию рамок для деятельности многонациональных предприятий. Работа была завершена в 1976 г., когда была принята Декларация.

¹ <http://www.oecd.org/investment/investmentfordevelopment/33807204.pdf>.

Статус Декларации в системе международного права

Статус Декларации как акта международного права является дискуссионным. В соответствии с комментариями к Венской конвенции о праве международных договоров 1969 г., декларация может подпадать под действие Венской конвенции¹. Кроме того, в соответствии с определениями терминов ООН, декларация может быть как юридически обязательным, так и не обязательным документом². Примером юридически обязательной декларации может служить Объединенная китайско-британская декларация по вопросу передачи Гонконга 1984 г.³ В данной декларации стороны используют слово «декларировать» («declare»), что, однако, не отменяет ее обязательность.

На сайте Госдепартамента США можно найти разъяснение о международных актах, которые не имеют обязательного юридического характера⁴. Госдепартамент указывает, что документ, устанавливающий юридическое обязательство, не должен нести в себе просто существующее намерение государства или личное политическое заявление. Кроме того, отмечается, что не существует специального теста или исчерпывающих правил для определения обязательности акта. Для того чтобы акт был признан юридически обязательным для сторон, необходимо, чтобы субъекты соглашения явно изъявили свое намерение вступить в такие обязательные отношения. В качестве примера приводится дело Греции против Турции 1978 г., в котором Международный суд ООН признал, что у него нет юрисдикции для рассмотрения вопроса⁵. Греция настаивала, что совместное коммюнике премьер-министров Греции и Турции о необходимости рассматривать спор о принадлежности континентального шельфа в международном суде является достаточным для рассмотрения спора в Международном суде ООН. Турция указывала на то, что совместное коммюнике не является международным соглашением и стороны не подразумевали, что является таковым.

Если обратиться к тексту Декларации ОЭСР, то в ней есть следующие положения, которые устанавливают обязательства стран:

- Выражение «следует». Формулировка «следует» (should) используется, например, в Уставе ООН и означает необходимость осуществления действия субъектом⁶. В записях 85-й встречи Комиссии международного права ООН 1951 г., при обсуждении текста Венской конвенции о праве международных договоров, обсуждалось, что слово «следует» (should) подчеркивает важность действия со стороны государства⁷.
- Выражение «будут». Выражение «будет» (will), согласно Словарю использования современных правовых конструкций, используется в актах для обозначения данного обещания субъектом по выполнению определенных действий⁸.
- В Приложении № 1 к Декларации также установлено, что страны берут на себя обязательство (make a binding commitment) реализовывать руководящие принципы в соответствии с Решением Совета ОЭСР по Руководящим принципам ОЭСР для многонациональных предприятий.

Декларация ОЭСР не подразумевает судебного механизма разрешения спора. В соответствии со ст. 36 Устава Международного суда ООН спор между государствами может быть инициирован в случае, если стороны об этом договорились,

¹ http://legal.un.org/ilc/texts/instruments/english/commentaries/1_1_1966.pdf.

² https://treaties.un.org/pages/overview.aspx?path=overview/glossary/page1_en.xml declarations.

³ <http://www.cmab.gov.hk/en/issues/joint3.htm>.

⁴ <https://www.state.gov/documents/organization/65728.pdf>.

⁵ <http://www.icj-cij.org/docket/files/62/11761.pdf>.

⁶ <http://www.icj-cij.org/documents/index.php?p1=4&p2=1>.

⁷ http://legal.un.org/ilc/publications/yearbooks/english/ilc_1951_v1.pdf.

⁸ <https://law.utexas.edu/faculty/wschiess/legalwriting/2005/05/shall-vs-will.html>.

или если такой порядок разрешения спора определен соглашением между странами, из которого вытекает спор, или если страны приняли декларацию о признании *ipso facto* юрисдикции суда ООН¹. Получается, что судебный спор, вытекающий из исполнения Декларации ОЭСР, может состояться только между странами, которые признали юрисдикцию суда ООН. В настоящее время юрисдикцию суда ООН признали 72 страны. Из 47 стран, подписавших Декларацию, юрисдикцию суда ООН признали 30 стран². Россия не признала *ipso facto* юрисдикцию суда ООН, соответственно, не может быть вовлечена в спор по реализации положений Декларации ОЭСР в случае присоединения к ней.

Таким образом, приведенная выше аргументация указывает, что положения Декларации ОЭСР могут трактоваться как юридически обязательные для стран. Единственным весомым аргументом против этой точки зрения можно назвать позицию самой ОЭСР, которая считает акт политическим, а не юридическим обязательством³. Отметим, однако, что при присоединении к Декларации, Генеральный Секретарь ОЭСР и министр присоединяющейся страны обмениваются письмами о приверженности к Декларации, что может трактоваться как взятие на себя обязательств сторонами. Окончательную точку в споре об обязательности Декларации ОЭСР может поставить только международный суд ООН в случае возникновения спора между государствами.

Если обратиться непосредственно к содержанию Декларации, то следует отметить, что она состоит из 6 пунктов⁴. В этой статье будут рассмотрены все пункты, кроме положений об ответственном ведении бизнеса, которые являются самостоятельными и должны рассматриваться отдельно. Стоит только отметить, что стандарты ответственного ведения бизнеса ОЭСР реализуются компаниями за счет национальных контактных центров, обязанность по созданию которого есть у каждой страны, участвующей в Декларации⁵.

Национальный режим в Декларации

В отношении национального режима устанавливается, что иностранным инвесторам предоставляется режим регулирования деятельности не менее благоприятный, чем для местных инвесторов в аналогичных (подобных) ситуациях. Устанавливается также общее исключение из национального режима для иностранных инвесторов, исходя из потребности государства поддерживать общественный порядок, защищать свои интересы, выполнять обязательства, касающиеся международного мира и безопасности. Аналогичные исключения из национального режима можно найти в ст. 2102 соглашения НАФТА 1994 г., ст. 24 Договора к энергетической хартии 1998 г., ст. XIV Генерального соглашения по торговле услугами ВТО 1995 г.

В Декларации устанавливается, что национальный режим предоставляется в подобных ситуациях (*like situations*). Во время переговоров по проекту многосторон-

¹ <http://www.icj-cij.org/jurisdiction/index.php?p1=5&p2=1&p3=3&code=GE>.

² Австралия, Австрия, Бельгия, Канада, Коста-Рика, Дания, Египет, Эстония, Финляндия, Германия, Греция, Венгрия, Ирландия, Италия, Япония, Литва, Люксембург, Мексика, Нидерланды, Новая Зеландия, Норвегия, Перу, Польша, Португалия, Румыния, Словакия, Испания, Швеция, Швейцария, Великобритания.

³ <https://www.oecd.org/legal/legal-instruments.htm>.

⁴ Ответственное ведение бизнеса, национальный режим, конфликтные требования, международные инвестиционные стимулы и дестимулирующие меры, консультационные процедуры и положение о периодическом пересмотре положений Декларации.

⁵ НКЦ стран предлагают возможность заинтересованным сторонам (профсоюзам, некоммерческим организациям и др.) обратиться в НКЦ с указанием о нарушении предпринимателем стандартов ответственного ведения бизнеса ОЭСР. Если такой вопрос относится к компетенции НКЦ, то центром будут предложены добрые услуги сторонам, на которые они могут согласиться или нет. По завершению рассмотрения дела, НКЦ выпускает рекомендации сторонам по соответствию стандартам ОЭСР.

него инвестиционного соглашения ОЭСР (Multilateral Agreement on Investment, MAI — 1995–1998 гг.) страны не пришли к единому мнению в отношении данной формулировки¹. Одни страны не считали нужным конкретизировать порядок применения такой оговорки, другие предлагали сформировать критерии аналогичности, которые могли бы использоваться для анализа возможности распространения национального режима. Сложность при использовании формулировки «подобная ситуация» возникает при непосредственном определении, что признается подобной ситуацией, какие факторы могут указывать на подобность ситуации. Так, в деле американской компании Feldman против Правительства Мексики 1999 г., термин аналогичная ситуация был распространен на одну отрасль — производство сигарет, соответственно национальный режим давался только в рамках предоставления условий для производителей сигарет. Тем не менее в других спорах аналогичная ситуация может распространяться и на расширенное количество отношений и отраслей, а распространение национального режима зависит от конкретной ситуации. Стоит отметить, что сегодня многие двусторонние инвестиционные соглашения не включают в себя критерии для определения аналогичности ситуации². Также двусторонние соглашения о защите капиталовложений, как правило, предоставляют национальный режим, который может быть ограничен государством.

Стоит также отметить, что национальный режим не распространяется на право государства на регулирование отношений, предшествующих (pre-entry) осуществлению инвестиционной деятельности (вопрос «входа» в страну).

Оговорки по национальному режиму стран, которые подписали Декларацию

В решении ОЭСР о национальном режиме, принятом в рамках реализации Декларации, устанавливается, что страны уведомляют Организацию об изъятиях из национального режима в течение 60 дней после его принятия страной. Все страны, подписавшие Декларацию, применяют изъятия из национального режима. Наиболее часто применяемые инструменты: ограничение возможной доли иностранного капитала в предприятии сектора и необходимость получения разрешений, лицензий, прохождения тестов и т.д. Оговорки применяются странами в отношении стратегически важных секторов экономики — воздушных и морских перевозок, теле- и радиовещания, СМИ, недвижимости, добычи, финансовых и юридических услуг. Участники могут заявлять оговорки не только в отдельных секторах, но и во всех сразу: 7 из 47 стран (Австралия, Канада, Исландия, Иордания, Мексика, Новая Зеландия, Тунис) применяют межсекторальные оговорки, которые накладывают ограничения на иностранные инвестиции во всех секторах экономики. При этом 5 стран (Колумбия, Франция, Марокко, Тунис, США) применяют условия взаимности — т.е. предоставляют исключения из оговорок, если другой стороной предусмотрены условия по соответствующему (равному) отношению к их предприятиям.

Стоит отметить, что оговорки стран во многом повторяют изъятия стран в рамках ГАТС ВТО (поставка услуг через коммерческое присутствие), которые действуют в настоящее время.

¹ Многостороннее соглашение об инвестициях — соглашение, обсуждаемое странами в рамках ОЭСР, для установления системы международного регулирования инвестиций. Обсуждение соглашения проходило с 1995 по 1998 гг., однако так и не было заключено.

² Модельное соглашение США 2012 г. не конкретизирует как оценить аналогичность ситуации. В модельном соглашении Индии 2016 г. также появилась формулировка «*inlikecircumstances*», которая конкретизирует, что государство, при определении аналогичности ситуации, может проводить различия между источниками инвестирования, обращая внимание на сферу инвестирования, товар, который выпускается в оборот инвестором, влияние инвестиций на общество, тип компании (частная или публичная).

Кроме информирования о мерах, которые ограничивают национальный режим, страны также информируют о мерах, которые имеют отношение к национальному режиму (требование к транспарентности). Всеми странами-участницами Декларации (47) были приняты оговорки к действию мер по обеспечению транспарентности. Секторами, где особенно требуется прозрачность, являются оборонная промышленность и другие секторы, связанные с важными для страны ресурсами. Многие страны в целях обеспечения защиты национальных интересов предусматривают в своем законодательстве возможность проведения проверок и пересмотров условий договоров, если есть основания полагать наличие угрозы для национальной безопасности. Наиболее часто страны применяют оговорки к инвестициям со стороны предприятий, находящихся под иностранным контролем. Такие меры применяются для обеспечения прозрачности на уровне национального правительства. По многим мерам странами заявлены межсекторальные оговорки, которые заключаются чаще всего в требованиях резидентства/гражданства для представителей высшего менеджмента и совета директоров или в получении специальных разрешений от компетентных органов для деятельности в различных секторах.

Сравнение режима транспарентности ГАТС ВТО и Декларации ОЭСР

Стоит отметить, что в рамках ВТО также предусмотрен механизм транспарентности законодательства. Соглашение ГАТС ВТО (ст. III) устанавливает, что страны-члены ежегодно уведомляют ВТО о введенных мерах, которые существенно оказывают влияние на регулирование доступа на рынок услуг. Существенными минусами системы ВТО, по сравнению с ОЭСР, являются:

- период, в который страна должна уведомить о введенном регулировании. Если в ОЭСР такое уведомление должно быть подано в течение 60 дней после введения такого регулирования, то в ВТО уведомление происходит раз в год;
- в статье о транспарентности ГАТС ВТО не устанавливаются механизмы публикации информации о регулировании стран на сайте ВТО. На практике в базе данных ВТО возможно найти информацию о наличии уведомления страны о мере регулирования, однако ознакомиться с ней невозможно. ОЭСР публикует все меры, которые связаны с регулированием национального режима, на своем сайте;
- каждая мера, информация о которой предоставляется в ОЭСР, подлежит анализу Организацией. ОЭСР также может формировать предложения по устранению мер, которые ограничивают национальный режим. Кроме того, в заседаниях комитета по инвестициям могут принимать участие представители ВИАС¹ и ТУАС², озвучивая свои мнения в отношении введенных мер;
- ОЭСР и ВТО не определяют четко, какая информация подлежит предоставлению в организацию, оставляя это на усмотрение страны. Однако ОЭСР, проводя страновые обзоры и составляя аналитические отчеты по различным тематикам, имеет больше инструментов для выявления мер, которые влияют на предоставление национального режима. Кроме того, ОЭСР устанавливает четкое требование к уведомлению не только о вновь введенных мерах, оказывающих влияние на национальный режим, но и о внесении изменений в регулирование, информация о котором предоставлялась ранее.

Таким образом, Декларация оставляет за государством право на регулирование и установление изъятий из национального режима для иностранных инвесторов. К странам устанавливается последующее требование об уведомлении Организации

¹ Business and Industry Advisory Committee (BIAC) — консультативный орган при ОЭСР, состоит из представителей бизнес-ассоциаций.

² Trade Union Advisory Committee (TUAC) — консультативный орган при ОЭСР, состоит из представителей профсоюзов.

об установленных изъятиях из национального режима, а также о мерах, влияющих на национальный режим. В отличие от механизмов транспарентности ВТО, ОЭСР предлагает инструменты к публикации введенных странами мер, а также механизмы обсуждения и мониторинга.

Разрешение конфликтных требований к корпорациям

Еще одним полезным инструментом Декларации является статья о конфликтных требованиях, которые предъявляются к многонациональным предприятиям. Страны договорились, что они, в целях избежания или сведения к минимуму противоречащих друг другу требований в отношении многонациональных предприятий, будут сотрудничать для разработки общих подходов к регулированию. Практика применения конфликтных требований используется странами для решения различных вопросов. Так, с 1976 по 1991 гг. страны ОЭСР договорились о гармонизации пруденциального надзора за банковской деятельностью, требований к предоставлению информации об участниках рынка ценных бумаг и др.¹ Следует признать, что подобных инструментов «мягкого» принуждения следованию международным стандартам у России нет.

Меры стимулирования и дестимулирования по Декларации

В п. 4 Декларации содержится похожий инструмент воздействия на национальное регулирование, устанавливающий механизмы доступности информации и возможность проведения консультаций о существующих мерах стимулирования и дестимулирующих мерах. ОЭСР не дает четкого понимания, что можно отнести к таким мерам, распространяя его на любое регулирование, предоставляющее, например, налоговые льготы (или вводя дополнительные налоги), субсидии и другие подобные меры. Стоит отметить, что аналогичных инструментов воздействия на регулирование других стран у России нет.

Выводы и оценка рисков и возможностей от присоединения России к Декларации

Декларация ОЭСР о международных инвестициях и многонациональных предприятиях 1976 г. предлагает странам набор механизмов для гармонизации национального регулирования в соответствии с международными стандартами, а также снижения барьеров для предпринимателей и осуществления инвестиций. Анализ Декларации не выявил рисков для России от присоединения к Декларации. В то же время, присоединение к Декларации даст возможность:

- На системной основе отслеживать изменения национального законодательства в 47 странах, получать разъяснения от национальных правительств в отношении национального регулирования третьих стран. На основе этой информации возможно формировать пошаговые инструкции для ведения бизнеса за рубежом для российских инвесторов и предпринимателей.
- Использовать положение о конфликтных требованиях для устранения требований других стран, которые необоснованно повышают административную нагрузку на российских предпринимателей.
- Распространять знания среди российских предпринимателей о существующих льготах в третьих странах для экспансии российских инвестиций за рубежом. Кроме того, Декларация позволяет проводить консультации со странами, которые ввели дестимулирующие меры какого-либо поведения компаний.
- Улучшить инвестиционный климат. Декларация — уникальный документ, присоединение к которому означает формирование в стране привычных для многонациональных предприятий условий работы.

¹ <http://www1.oecd.org/daf/mai/pdf/eg1/eg19610e.pdf>.

Текущие инструменты, которые есть у России, как показал анализ, не дают таких возможностей в полной мере. Таким образом, по нашему мнению, решение о присоединении к Декларации ОЭСР благоприятно скажется на социально-экономическом развитии России.

Литература

1. Ньюкомб А. П., Параделл Л. Закон и практика инвестиционных соглашений: стандарты отношения. Kluwer Law International, 2009.
2. Уоллас С. Д. Многонациональное предприятие и правовой контроль: суверенитет принимающего государства в эпоху экономической глобализации. Martinus Nijhoff Publishers, 2002.
3. Годовой отчет по Руководящим принципам ОЭСР для многонациональных предприятий 2005 г. Корпоративная ответственность в развивающемся мире. OECD Publishing, 2005.
4. Серия ЮНКТАД по вопросам международных инвестиционных соглашений: Национальный режим. United Nations, 1999 г.

References

1. Newcombe A. P., Paradell L. *Law and Practice of Investment Treaties: Standards of Treatment* [Zakon i praktika investitsionnykh soglashenii: standarty otnosheniya]. Kluwer Law International, 2009. (in rus)
2. Wallace C. D. *The Multinational Enterprise and Legal Control: Host State Sovereignty in an Era of Economic Globalization* [Mnogonatsional'noe predpriyatие i pravovoi kontrol': suverenitet primimayushchego gosudarstva v epokhu ekonomicheskoi globalizatsii]. Martinus Nijhoff Publishers, 2002. (in rus)
3. *Annual Report on the OECD Guidelines for Multinational Enterprises 2005 Corporate Responsibility in the Developing World* [Godovoi otchet po Rukovodyashchim printsipam OESR dlya mnogonatsional'nykh predpriyatii 2005 g. Korporativnaya otvetstvennost' v razvivayushchemsya mire]. OECD Publishing, 2005.
4. *UNCTAD Series on Issues in International Investment Agreements: National Treatment* [Seriya YuNKTAD po voprosam mezhdunarodnykh investitsionnykh soglashenii: Natsional'nyi rezhim]. United Nations, 1999.