

## АНАЛИЗ<sup>1</sup>

# ПРИМЕНИМОСТИ ДВУСТОРОННИХ ИНВЕСТИЦИОННЫХ ДОГОВОРОВ КЫРГЫЗСКОЙ РЕСПУБЛИКИ ДЛЯ ЗАЩИТЫ ПРАВ И ИНТЕРЕСОВ ИНОСТРАННЫХ НЕКОММЕРЧЕСКИХ ОРГАНИЗАЦИЙ, ОСУЩЕСТВЛЯЮЩИХ ДЕЯТЕЛЬНОСТЬ В КЫРГЫЗСКОЙ РЕСПУБЛИКЕ

---

<sup>1</sup> Автор: Аленкина Наталья Борисовна, к. ю. н., доцент программы «Международное и бизнес право» Американского университета Центральной Азии, арбитр Международного Третейского суда при Торгово-промышленной палате Кыргызской Республики, адвокат. Информация, содержащаяся в настоящем анализе, не является рекомендацией или юридической консультацией кому-либо. Мы просим всех пользователей данного анализа получить консультацию у юристов перед тем, как принимать какие-либо решения по вопросам, рассмотренным в настоящем анализе. Анализ подготовлен при поддержке Международного центра некоммерческого права. Автор несет ответственность за содержание анализа, которое не обязательно отражает позицию Международного центра некоммерческого права.

## Оглавление

Список сокращений	3
Введение	4
I. Квалификация ИНКО в качестве «инвестора»	6
II. Признание деятельности ИНКО как «инвестиции» в международном праве	13
III. Средства правовой защиты, содержащиеся в ДИДах	23
IV. Применение средств инвестиционной защиты к ИНКО	30
V. Последствия для Кыргызстана в случае нарушения ДИД	37
Заключение	39
Использованная литература	41

## Список сокращений

<b>ДИД</b>	Двусторонний инвестиционный договор (соглашение)
<b>ДИД между КР и Германией</b>	Договор между Кыргызской Республикой и Федеративной Республикой Германия о содействии осуществлению и взаимной защите капиталовложений, от 28 августа 1997 года
<b>ДИД между КР и США</b>	Договор между Республикой Кыргызстан и Соединенными Штатами Америки о поощрении и взаимной защите капиталовложений, от 19 января 1993 года
<b>ДИД между КР и Францией</b>	Соглашение между Правительством Кыргызской Республики и Правительством Французской Республики о взаимном поощрении и защите инвестиций, от 2 июня 1994 года
<b>ДИД между КР и Швейцарией</b>	Соглашение между Швейцарским Федеральным Советом и Правительством Кыргызской Республики о поощрении и взаимной защите инвестиций, от 29 января 1999 года
<b>Законопроект об иностранных представителях</b>	Проекта Закона Кыргызской Республики «О внесении изменений в некоторые законодательные акты Кыргызской Республики» (Закон Кыргызской Республики «О некоммерческих организациях» и Уголовный кодекс Кыргызской Республики)»
<b>ИНКО</b>	Иностранная некоммерческая организация
<b>Конвенция ICSID, Конвенция</b>	Конвенции о порядке разрешения инвестиционных споров между государствами и иностранными лицами
<b>МЦУИС ICSID</b>	Международный центр по урегулированию инвестиционных споров (International Centre for Settlement of Investment Disputes)
<b>НКО</b>	Некоммерческая организация
<b>НПО</b>	Неправительственная организация
<b>ЮНКТАД, UNCTAD</b>	Конференция ООН по торговле и развитию (United Nations Conference on Trade and Development)
<b>ЮНСИТРАЛ, UNCITRAL</b>	Комиссия ООН по праву международной торговли (United Nations Commission on International Trade Law)

## Введение

---

Неправительственные организации (НПО)<sup>2</sup>, осуществляя деятельность на территории другой страны, часто сталкиваются со шквалом ограничений, нарушений и враждебного отношения со стороны принимающих стран, утверждает специалист по инвестиционному праву Люк Эрик Петерсон. Существующая система международного права в сфере прав человека и благотворительности довольно бессильна перед такими злоупотреблениями<sup>3</sup>.

На этом фоне идея о возможности обращения НПО в инвестиционный арбитраж, решения которого обязательны для государства, принявшего на себя соответствующие обязательства по инвестиционным соглашениям<sup>4</sup>, выглядит очень привлекательной, хотя и недостаточно изученной. Публикаций, посвященных данной проблематике, критически мало. Однако и в них большей частью гипотетически, без опоры на успешные кейсы, рассматривается вопрос о потенциальной возможности обращения НПО в арбитраж. Это понятно, поскольку вся архитектура двусторонних инвестиционных договоров (ДИД) и инвестиционной защиты была выстроена для поддержки международного бизнеса. При этом неправительственный сектор достиг большего успеха по вопросам предоставления в инвестиционном арбитраже заключений *amicus curiae* по вопросам, вызывающим общественный интерес, например, экологическим проблемам<sup>5</sup>.

Основным барьером на пути инвестиционных исков от иностранных некоммерческих организаций (ИНКО) служат требования о компетенции, содержащиеся в двусторонних и многосторонних инвестиционных договорах (статус инвестора, понятие инвестиций, сроки исковой давности и др.)<sup>6</sup>. В некоторых случаях законодательство стран прямо ограничивает

---

<sup>2</sup> В настоящем анализе понятие неправительственная организация (НПО) также охватывает некоммерческие организации (НКО), иностранные некоммерческие организации (ИНКО), за исключением случаев, когда специально не описан иной смысл их применения.

<sup>3</sup> *Luke Eric Peterson, Is it Practical for Not-For-Profits to Rely on BITs?*, Kluwer Arbitration Blog, September 10, 2010.

<sup>4</sup> По данным ЮНКТАД, International Investment Agreement Navigator, на сегодняшний день в мире заключено 2 827 двусторонних инвестиционных соглашений (<https://investmentpolicy.unctad.org/international-investment-agreements>), 165 стран подписали Конвенцию о порядке разрешения инвестиционных споров (<https://icsid.worldbank.org/about/member-states/database-of-member-states>).

<sup>5</sup> См., например, *Amokura Kawharu, 'Part III Chapter 11: Participation of Non-governmental Organizations in Investment Arbitration as Amici Curiae'*, in Michael Waibel, Asha Kaushal, et al. (eds), *The Backlash against Investment Arbitration*, Kluwer Law International 2010), pp. 280-281.

<sup>6</sup> *Sabine Konrad, Protection for Non-Profit Organizations*, in *International Investment Law*, Bungenberg, Griebel, Hobe, Reinisch, p.555-565.

распространение инвестиционного законодательства на инвестиции в некоммерческие организации (НКО)<sup>7</sup>. Наряду с этим встречаются мнения о нецелесообразности с практической точки зрения подобных исков ИНКО в арбитраж, ввиду предполагаемой несоразмерности инвестиций потенциальным расходам ИНКО на арбитраж, а также возможным нежеланием ИНКО портить свои отношения с правительством принимающего государства<sup>8</sup>. Стремление НКО сохранить *status quo* в принимающей стране, чтобы продолжать осуществлять гуманитарную миссию, может служить сдерживающим фактором, поскольку инициация арбитража способна испортить отношения ИНКО с принимающим государством еще до того, как арбитры оценят приемлемость иска.

В настоящем анализе предпринята попытка взглянуть на проблему инвестиционной защиты ИНКО через призму правового ландшафта Кыргызской Республики на примере ДИД со Швейцарией, Францией, Германией и США, которые представлены сетью активных НКО, осуществляющих существенный вклад в проекты развития в Кыргызстане.

Поскольку отобранные для анализа ДИДы в качестве оснований для разрешения споров предусматривают либо *ad hoc* арбитраж по правилам Комиссии ООН по праву международной торговли (ЮНСИТРАЛ) либо арбитраж по правилам Международного центра по урегулированию инвестиционных споров (МЦУИС), дополнительно к ДИДам будут рассмотрены отдельные требования Конвенции по урегулированию инвестиционных споров<sup>9</sup> о компетенции. Если ИНКО, будучи истцами, выберут арбитраж в соответствии с правилами ЮНСИТРАЛ, юрисдикционный анализ будет ограничен положениями соответствующего ДИДа (параграфы 1 и 2).

---

<sup>7</sup> Проект Закона Кыргызской Республики «Об инвестициях», размещенный на сайте Кабинета Министров, содержит прямое ограничение на действие закона на отношения, связанные с осуществлением инвестиций в некоммерческие организации (ч. 2 ст. 3): <https://www.gov.kg/wp-content/uploads/2017/10/Proekt-Zakona-Ob-investitsiyah.docx> Судьба законопроекта не известна. В случае его принятия он не будет действовать в отношении инвестиций из стран, с которыми заключены ДИДы, предусматривающие иной режим инвестиций.

В ранее действовавшем Законе КР «Об иностранных инвестициях в Кыргызской Республике» от 24 сентября 1997 года N 66 в качестве определяющего признака иностранных инвестиций использовался критерий извлечения прибыли (часть 2 статьи 1). В деле *Petrobart Limited v. Kyrgyz Republic* Кыргызская Республика возражала против юрисдикции трибунала ЮНСИТРАЛ на том основании, что компания Petrobart не осуществляла «иностранные инвестиции» в Кыргызской Республике и, следовательно, не могла извлечь выгоду из основных положений Закона об иностранных инвестициях. Трибунал поддержал это возражение и не признал свою юрисдикцию. *Douglas Z. Investment*. In: *The International Law of Investment Claims*. Cambridge: Cambridge University Press; 2009, p.230.

<sup>8</sup> См.: *Lisa Bench Nieuwveld*, *Bilateral Investment Treaty Protections And Not-For-Profits: Practically, Is It Worth It?*, *Kluwer Arbitration Blog*, August 26, 2010.

<sup>9</sup> Далее – Конвенция, Конвенция ICSID.

В настоящем анализе дается обзор материально-правовых требований в арбитраж, содержащихся в ДИДах (параграфы 3 и 5), а также оценка возможности обращения к этим инструментам, для защиты ИНКО, которые подверглись нарушениям со стороны принимающего государства, и потенциальных возражений со стороны государства (параграф 4).

Несмотря на то, что сегодня трудно давать оптимистичные прогнозы относительно широкого распространения инвестиционного арбитража по искам ИНКО, тем не менее, юридические обязательства, содержащиеся в международных инвестиционных договорах, и принципиальная возможность ИНКО воспользоваться средствами защиты ДИДа, в некоторых случаях вполне могут быть использованы ИНКО в качестве полезного инструмента, когда они сталкиваются с вмешательством государства в деятельность этих организаций.

## 1. Квалификация ИНКО в качестве «инвестора»

Не существует универсального понимания того, – кто такой инвестор в международном инвестиционном праве. Как правило, международные договоры содержат открытое (неисчерпывающее) определение данного понятия, гарантируя, что новые типы организаций, неизвестные на момент разработки международного договора, но признанные законодательством договаривающихся сторон, будут иметь международную защиту<sup>10</sup>. Понятие «инвестора» варьируется также в зависимости от содержания положений ДИДов, представляющих собой результат консенсуса двух государств и который не может быть проигнорирован арбитражным трибуналом.

Такой подход дает возможность различным лицам (включая ИНКО) пользоваться защитой, гарантированной в рамках определенных ДИДов. Ниже, рассмотрим этот вопрос подробнее на примере отдельных ДИДов и Конвенции по урегулированию инвестиционных споров.

---

<sup>10</sup> Article 1(7) of the Energy Charter Treaty refers to companies or other organizations organized in accordance with the law of a Contracting Party. (41) This means that any organization established in accordance with the laws of a Contracting Party can be, at least in theory, covered by the provisions of the ECT. The open-ended definition of 'Investor' ensures that new types of organizations, unknown at the time of the drafting of the ECT, but now recognized by the laws of the Contracting Parties, are protected by the Energy Charter Treaty. (pp. 95-96).

(Crina Baltag, 'Chapter 4: The Notion of 'Investor' in Central Asian Investment Treaties and Arbitration Practice', in Kiran N. Gore, Elijah Putilin, et al. (eds), *International Investment Law and Investor-State Disputes in Central Asia: Emerging Issues*, Kluwer Law International 2022), pp. 85 – 100).

## А. ДИДЫ

### ДИД МЕЖДУ КР И США

Договором между Кыргызской Республикой и Соединенными Штатами Америки о поощрении и взаимной защите капиталовложений<sup>11</sup> предоставляется защита гражданам и юридическим лицам другой стороны. В договоре дается следующее определение юридического лица:

*«юридическое лицо» означает любую корпорацию, общество, объединение, партнерство или иную организацию, учрежденную согласно законам и нормам стороны или ее политического подразделения, независимо от того, создана ли она для доходных целей и находится ли она в частном или государственном владении или контроле»<sup>12</sup>.*

Таким образом, ДИД выделяет несколько признаков, которыми должно обладать юридическое лицо:

- организация;
- учрежденная по законодательству стороны ДИД;
- цели создания организации: получение дохода или иные цели;
- форма собственности и контроля организации: частная или государственная.

Принимая во внимание, что ДИД по общему правилу не придает решающего значения целям создания организации и форме собственности, на которой она основана, можно прийти к выводу о том, что он распространяет сферу своего действия на *НКО* тоже. Исходя из этого, логично предположить возможность квалификации ИНКО как «инвестора» в рамках данного ДИД и, соответственно, рассмотреть перспективу ИНКО воспользоваться ДИД для защиты своих прав и интересов<sup>13</sup>.

Между тем, данный ДИД содержит оговорку о том, что каждая из сторон *«сохраняет за собой право отказывать в предоставлении преимуществ по настоящему Договору, ... если [компания другой Стороны] не ведет*

---

<sup>11</sup> Договор между Республикой Кыргызстан и Соединенными Штатами Америки о поощрении и взаимной защите капиталовложений, от 19 января 1993 года (ДИД между КР и США).

<sup>12</sup> Статья I (1 (b)) ДИДа между КР и США.

<sup>13</sup> Уместно упомянуть о ссылке в публикации Luke Eric Peterson и Nick Gallus на сопроводительные письма, представленные Белым домом Сенату США, в которых ясно говорится, что эти договоры составлены таким образом, чтобы охватить «благотворительные и некоммерческие организации». / Luke Eric Peterson u Nick Gallus. Ibid, сноска 1.

*существенной предпринимательской деятельности на территории другой Стороны»<sup>14</sup>.*

Поскольку направленность работы всех крупных ИНКО США является социальной, гуманитарной, образовательной и иной, и ни одна из них не осуществляет предпринимательской деятельности в Кыргызстане, существует риск отказа в предоставлении преимуществ таким ИНКО на индивидуальной основе, согласно положениям ДИД между КР и США.

ДИД МЕЖДУ КР И ФРАНЦИЕЙ

Соглашение между Правительством Кыргызской Республики и Правительством Французской Республики о взаимном поощрении и защите инвестиций<sup>15</sup> предусматривает следующее определение компании:

*«Термин «компания» означает любое юридическое лицо, учрежденное на территории одной из Договаривающихся Сторон в соответствии с законодательством этой Стороны и имеющее свое местонахождение на территории этой Стороны, либо контролируемое прямо или косвенно гражданами одной из Договаривающихся Сторон, либо юридическими лицами, имеющими свое местонахождение на территории одной из Договаривающихся Сторон и созданными в соответствии с законодательством этой Стороны»<sup>16</sup>.*

Исходя из буквального смысла данного определения, любое юридическое лицо может быть квалифицировано как «компания» если оно в совокупности обладает следующими признаками:

- учреждено на территории одной из сторон в соответствии с его законодательством и находится на территории этой стороны; либо
- прямо или косвенно контролируется гражданами одной из сторон или юридическими лицами, имеющими местонахождение на территории этой стороны и созданными в соответствии с его законодательством.

Таким образом, для квалификации ИНКО в качестве инвестора ДИД устанавливает кумулятивное требование: признак местонахождения и регистрации либо признак контроля.

Так, если НКО с французским участием учреждена в Кыргызской Республике в соответствии с законодательством Кыргызской Республики и данная

---

<sup>14</sup> Статья I (2) ДИДа между КР и США.

<sup>15</sup> Соглашение между Правительством Кыргызской Республики и Правительством Французской Республики о взаимном поощрении и защите инвестиций, от 2 июня 1994 года (далее – ДИД между КР и Францией).

<sup>16</sup> Статья I (3) ДИДа между КР и Францией.

организация находится на территории Кыргызской Республики, по примеру Общественного благотворительного фонда «АСТЕД» «Агентство по Техническому Сотрудничеству и Развитию», то эта организация будет подпадать под определение «компании» в рамках вышеуказанного ДИД.

Аналогично, если гражданин Франции либо юридическое лицо, созданное по законодательству Франции, контролирует НКО в Кыргызстане, то данная организация также будет квалифицироваться как «компания» и может в дальнейшем пользоваться защитой, предоставляемой ДИД.

ДИД МЕЖДУ КР И ГЕРМАНИЕЙ

Определение инвестора в договоре между Кыргызской Республикой и Федеративной Республикой Германия о содействии осуществлению и взаимной защите капиталовложений<sup>17</sup> отличается от рассмотренных выше ДИДов. В нем:

*«Термин «компания» означает:*

*а) в отношении Кыргызской Республики:*

*любое юридическое лицо, зарегистрированное или учрежденное в соответствии с действующим законодательством Кыргызской Республики;*

*б) в отношении Федеративной Республики Германия:*

*любое юридическое лицо или торговое общество, прочие компании или объединения с правом юридического лица или без него, с местом расположения на территории Федеративной Республики Германия, невзирая на то, направлена ли их деятельность на получение прибыли или нет»<sup>18</sup>.*

Таким образом ДИД содержит два самостоятельных определения инвестора в отношении каждой стороны договора, которые используют свой собственный подход.

В обоих случаях ИНКО может квалифицироваться как «компания». По отношению к Кыргызской Республике установлено широкое понятие «компаний», которое охватывает любую коммерческую или некоммерческую организацию, если она учреждена или зарегистрирована в соответствии с законодательством Кыргызской Республики.

В случае с Германией договор напрямую распространяет сферу своего действия на НКО, указывая в заключительной части определения уточнение о том, что

---

<sup>17</sup> Договор между Кыргызской Республикой и Федеративной Республикой Германия о содействии осуществлению и взаимной защите капиталовложений, от 28 августа 1997 года (ДИД между КР и Германией).

<sup>18</sup> Статья I (4) ДИДа между КР и Германией.

направленность деятельности такой организации на получение прибыли не является решающей.

Таким образом, ИНКО, имеющее месторасположение в Германии подпадает под действие ДИД с Германией.

Регистрация в качестве юридического лица и цели деятельности организации не являются в данном случае определяющими. Следовательно, такие НКО Германии, осуществляющие деятельность на территории Кыргызской Республики, как Hanns Seidel Foundation, Friedrich-Ebert-Stiftung, DVV International, Konrad-Adenauer-Stiftung and Sparkassenstiftung и другие, которые не имеют регистрации на территории Кыргызской Республики в качестве самостоятельного юридического лица, подпадают под действие ДИД с Германией<sup>19</sup>.

ДИД МЕЖДУ КР И ШВЕЙЦАРИЕЙ

Соглашение между Швейцарским Федеральным Советом и Правительством Кыргызской Республики о поощрении и взаимной защите инвестиций<sup>20</sup> содержит следующее определение термина «инвестор»:

*«а) физические лица, которые в соответствии с законодательством Договаривающейся Стороны считаются ее гражданами;*

*б) компании, включая корпорации, товарищества, деловые ассоциации и другие организации, учрежденные в соответствии с законодательством Договаривающейся Стороны и действительно осуществляющие экономическую деятельность на территории той же Договаривающейся Стороны;*

*в) компании, не учрежденные в соответствии с законодательством Договаривающейся Стороны, но действительно контролируемые физическими лицами или компаниями, как определено соответственно в подпунктах а) и б) настоящего пункта».*

Данное определение схоже с определением, примененным в ДИД КР с Францией. Однако оно дополнено таким существенным критерием как «*действительное осуществление экономической деятельности*». Значение этого понятия в самом

---

<sup>19</sup> По данным Электронной базы данных юридических лиц Министерства юстиции КР в Кыргызстане зарегистрированы Представительство фонда имени Фридриха Эберта в Кыргызской Республике, Представительство Фонда Ханнса Зайделя в Кыргызской Республике и Филиал Фонда шпаркасс по международному сотрудничеству (Шпаркassenштифунг) в Кыргызской Республик в качестве структурных подразделений иностранных фондов.

<sup>20</sup> Соглашение между Швейцарским Федеральным Советом и Правительством Кыргызской Республики о поощрении и взаимной защите инвестиций, от 29 января 1999 года (ДИД между КР и Швейцарией).

ДИД не дается. Ниже будет дан более подробный анализ этого критерия при анализе понятия «инвестиция».

Следовательно, под действие ДИД КР со Швейцарией может подпадать только то ИНКО, которое отвечает критериям учрежденной либо контролируемой организации и экономической деятельности.

Если ДИД КР со Швейцарией закрепляет намерение сторон создать и поддерживать благоприятные условия для инвестиций инвесторов одной Договаривающейся Стороны на территории другой Договаривающейся Стороны, это означает, что Кыргызская Республика предоставляет защиту инвестиций ИНКО, которые:

- учреждены по законодательству Швейцарии и осуществляют экономическую деятельность на территории Швейцарии; либо
- учреждены по законодательству Кыргызстана, но контролируются учрежденными в Швейцарии организациями либо гражданами Швейцарии.

#### РЕЗЮМЕ АНАЛИЗА ДИДОВ

Резюмируя подходы ДИД к определению инвестора и их относимости к ИНКО, можно сделать вывод о том, что все ДИДы содержат свое собственное определение инвестора, через такие категории как «компания», «юридическое лицо», «инвестор». ИНКО могут напрямую<sup>21</sup> или косвенно<sup>22</sup> подпадать под определение «инвестор». В первом случае ДИДы прямо указывают на то, что компания может осуществлять некоммерческую деятельность, во втором – обходят этот вопрос молчанием. Однако это не означает, что ИНКО выпадают из сферы действия таких ДИДов. Напротив, при условии их соответствия установленным критериям (место регистрации, местонахождение, контроль, осуществление экономической деятельности) ИНКО охватываются понятием «инвестор».

#### В. КОНВЕНЦИЯ ICSID

Принимая во внимание, что все ДИДы предусматривают в качестве субъекта для разрешения споров МЦУИС<sup>23</sup>, важно дополнительно проверить определение понятия «инвестор» согласно статье 25 Конвенции:

*«(1) В компетенции Центра находится разрешение правовых споров, возникающих непосредственно из отношений, связанных с инвестициями,*

---

<sup>21</sup> ДИДы с США и Германией.

<sup>22</sup> ДИДы с Францией и Швейцарией.

<sup>23</sup> Статья 8 ДИД с Францией, статья 11 ДИД с Германией, статья VI ДИД с США, статья 8 ДИД со Швейцарией.

*между Договаривающимся государством (или любым уполномоченным органом Договаривающегося государства, о котором сообщено Договаривающимся государством Центру) и лицом другого Договаривающегося государства, при условии наличия письменного согласия участников спора о передаче такого спора для разрешения Центру. Стороны, достигшие такого согласия, не вправе отказаться от него в одностороннем порядке».*

Из положений данной статьи следует, что под компетенцию МЦУИС попадают правовые споры:

- связанные с инвестициями;
- между Договаривающимся государством и лицом другого Договаривающегося государства;
- между сторонами есть соглашение о передаче спора в МЦУИС.

В Конвенции не определено понятие «лицо другого Договаривающегося государства». Ясно одно, государство лица, обратившегося для разрешения спора в МЦУИС, должно быть иным нежели государство, где произведены инвестиции, и оба эти государства должны быть Договаривающимися государствами по Конвенции ICSID, то есть между ними должен быть заключен ДИД.

Вопрос о том, является ли сторона спора лицом Договаривающегося государства, решается исходя из места учреждения или основного места ведения деятельности юридического лица<sup>24</sup>. К примеру, немецкая организация, учрежденная в Германии, и инвестирующая в Кыргызстан, будет подпадать под действие статьи 25 Конвенции ICSID, поскольку обе страны – и Германия, и Кыргызстан – являются участниками данной Конвенции, а также между ними заключен ДИД, где кроме других положений есть положение о том, что споры будут рассматриваться в МЦУИС.

Вопрос о статусе дочернего предприятия иностранного государства, учрежденного на территории Кыргызской Республики, решается по-другому. Согласно части 2 (b) статьи 25 Конвенции ICSID:

*«любое юридическое лицо, являющееся юридическим лицом Договаривающегося государства, ... выступающего в качестве стороны ... в силу контроля, осуществляемого иностранными лицами в отношении такого юридического лица, стороны договорились о том, чтобы рассматривать такое юридическое лицо в качестве лица другого Договаривающегося государства для целей настоящей Конвенции».*

---

<sup>24</sup> C. Schreuer et al., The ICSID Convention: A Commentary 283-89 (2<sup>nd</sup> ed. 2009).

Таким образом, ключевым фактором является договоренность сторон о том, что учрежденное в соответствующем государстве дочернее предприятие считалось иностранным. Такая договоренность может быть закреплена, к примеру, в ДИДе.

Противоречивая практика складывается в отношении признания инвестором зарегистрированной за рубежом компании, учрежденной гражданином или юридическим лицом принимающего государства. К примеру, по делу *Tokios Tokelés v. Ukraine*, большинство членов арбитражного трибунала признало компетенцию в отношении иска литовской компании, созданной украинскими гражданами, поскольку эти граждане не создавали данную компанию с единственной целью – получение доступа к арбитражу ICSID<sup>25</sup>.

Таким образом вопрос о статусе лица согласно Конвенции ICSID будет решаться исходя из положений ДИДов и национального законодательства, основываясь на концепциях регистрации, осуществления деятельности, контроля.

## 2. Признание деятельности ИНКО как «ИНВЕСТИЦИИ» в международном праве

Некоторые авторитетные ученые предполагают, что критерием оценки приемлемости иска должна быть не возможность квалификации определенного лица как «инвестора» в рамках ДИД, а возможность квалификации деятельности лица как «инвестиции»<sup>26</sup>. Действительно, наличие инвестиций одно из основных требований доступа к инвестиционному арбитражу<sup>27</sup>.

ДИДы Кыргызской Республики не содержат определение инвестиций. Все они содержат лишь перечень активов, которые могут представлять собой инвестиции. Для того, чтобы соответствовать юрисдикционным требованиям трибунала, нужно чтобы активы стали результатом акта инвестирования, чтобы активы были «вложены», «выделены», тогда они приобретают характеристики инвестиций<sup>28</sup>. Каждый из ДИДов предоставляет защиту *осуществляемым (осуществленным)* инвестициям<sup>29</sup>.

---

<sup>25</sup> Борн Г. Международный арбитраж: право и практика, М. 2020, стр.727.

<sup>26</sup> Whether non-profit organizations may be regarded as investors is less clear and will depend on the nature of their activities. *Rudolph Dolzer and Christoph Schreuer*, Principles of International Investment Law. Second edition. Oxford University Press. (p.44).

<sup>27</sup> Berk Demirkol, 'Chapter 5: Material Scope of Application: Definition of Investment with Reference to Cases Involving Central Asian States', in Kiran N. Gore, Elijah Putilin, et al. (eds), International Investment Law and Investor-State Disputes in Central Asia: Emerging Issues, Kluwer Law International 2022), p.101.

<sup>28</sup> Ibid, p.102.

<sup>29</sup> Статья 2 ДИДа между КР и Францией, статья 2 ДИДа между КР и Швейцарией.

НПО, владеющие иностранными активами, предназначенными для получения прибыли, пользуются преимуществами «инвестора» в большинстве инвестиционных договоров. Конференция ООН по торговле и развитию (ЮНКТАД), анализируя определения инвестиционных договоров, отмечает, что:

*«некоммерческие организации часто приобретают портфельные инвестиции в коммерческие предприятия, чтобы получать доход для поддержки своей благотворительной или образовательной деятельности. В этом качестве некоммерческие организации, скорее всего, будут действовать так же, как и любой другой портфельный инвестор, и их особый статус некоммерческих организаций может показаться малозначимым»<sup>30</sup>.*

К примеру, в деле *Victor Pey Casado and President Allende Foundation v. Respublika Chile* фонд выступал истцом в инвестиционном споре по инвестициям, имеющим коммерческую цель<sup>31</sup>.

Гораздо меньше определенности существует, когда речь идет об активах НПО, которые она использует не для получения прибыли, а для гуманитарной функции, активности по вопросам, имеющим общественный интерес.

Опираясь на положения ДИДов Кыргызской Республики и Конвенции о порядке разрешения инвестиционных споров между государствами и иностранными лицами, проанализируем и оценим до какой степени деятельность НКО может быть квалифицирована в качестве «*инвестиции*» в рамках данных соглашений.

## А. ДИДЫ

ДИД МЕЖДУ КР И США

Условия договора КР с Соединенными Штатами Америки о поощрении и взаимной защите капиталовложений:

---

<sup>30</sup> «...non-profit entities often acquire portfolio investment in commercial enterprises in order to earn revenue to support their charitable or educational activities. In that capacity, non-profit entities are likely to act in the same way as any other portfolio investor and their distinct status as non-profit entities would seem of little significance» UNCTAD, Issues in International Investment Agreements: Scope and Definition (United Nations, New York and Geneva, 1999), p. 34.

<sup>31</sup> Это самое продолжительное в истории ICSID дело. Спор возник в результате экспроприации активов (газеты El Clarín) двух чилийских компаний после государственного переворота под руководством генерала Пиночета в 1973 года. В мае 2008 года трибунал вынес решение об отклонении иска об экспроприации, поскольку акт экспроприации (1975 года) не охватывался временными рамками действия ДИД между Чили и Испанией (1991 года). Тем не менее, Первый трибунал присудил Истцам компенсацию в размере 10 миллионов долларов США за нарушение режима справедливого и равноправного обращения, возникшего в результате длительных задержек и дискриминации в судах, возбужденных истцами о возврате газеты. В декабре 2012 года по заявлению Чили решение о компенсации было аннулировано. После повторной подачи иска (2016 год), истцы попытались аннулировать второе решение, вынесенное не в их пользу. В решении от 8 января 2020 года специальный комитет по делу принял решение в пользу ответчика, отказавшись аннулировать решение 2016 года. /Victor Pey Casado and President Allende Foundation v. Respublika Chile, ICSID Case No ARB 98/2.

*а) «капиталовложение» означает любое капиталовложение на территории одной из Сторон, принадлежащее либо контролируемое непосредственно или косвенно гражданами или юридическими лицами другой Стороны, а также акции, долговые обязательства, контракты по оказанию услуг и осуществлению капиталовложений; этот термин включает:*

*i) материальную и нематериальную собственность, в том числе такие права как ипотеки, залоговое удержание, обязательства и взносы;*

*ii) компанию, пакет акций или иной интерес (участие) в компании, либо участие в ее активах;*

*iii) притязание на денежные средства или выполнение договора, имеющее экономическую ценность и связанное с капиталовложением;*

*iv) интеллектуальную собственность, включающую, в частности, права на:*

- литературные и художественные произведения, в том числе звукозаписи,*
- изобретения во всех областях человеческой деятельности,*
- промышленные образцы,*
- топологии интегральных схем,*
- секреты производства, «ноу хау», конфиденциальную коммерческую информацию,*
- товарные знаки, знаки обслуживания и фирменные наименования;*

*v) любое право, предоставляемое по закону или договору, а также любые лицензии и разрешения, выдаваемые в соответствии с законом».<sup>32</sup>*

Подход, использованный в ДИД КР с США, с т. н. зацикленным определением, когда понятие капиталовложения дается через саму же категорию капиталовложения,<sup>33</sup> защищает все, что можно назвать инвестицией. Активы, не предназначенные для использования в коммерческих целях или целях получения прибыли, при таком подходе все равно могут представлять собой инвестиции, подпадающие под сферу действия данного ДИД<sup>34</sup>.

---

<sup>32</sup> Статья 1.1 ДИДа между КР и США.

<sup>33</sup> "Капиталовложение" означает любое капиталовложение.

<sup>34</sup> Luke Eric Peterson, Nick Gallus, The Shifting Landscape for American Not-for-Profit Organizations International Investment Treaty Protection of Not-for-Profit Organizations / The International Journal of Not-for-Profit Law, Volume 10, Issue 1, December 2007.

Исходя из вышеизложенного, можно сделать вывод о том, что деятельность НКО может быть оценена как инвестиция, так как данное определение не ограничивает капиталовложения только коммерческой деятельностью. Таким образом, согласно данному ДИДу, если деятельность НКО будет включать в себя финансовое вложение в интеллектуальную собственность, пакет акций или другие перечисленные в определении активы в рамках своих некоммерческих интересов, то такая деятельность может быть расценена как «капиталовложение».

Однако, при определении деятельности, связанной с капиталовложением, ДИД уточняет, что к ней, помимо прочего относится: «создание, контроль, функционирование, содержание и отчуждение ... организаций в целях осуществления предпринимательской деятельности»<sup>35</sup>. Следовательно, создание на территории Кыргызской Республики компаний без цели осуществления предпринимательской деятельности не обладает признаками инвестиционной деятельности, а потому не подлежит инвестиционной защите согласно ДИД.

ДИД МЕЖДУ КР И ФРАНЦИЕЙ

В отличие от предыдущего ДИД, соглашение между Правительством Кыргызской Республики и Правительством Французской Республики не ограничивает список возможных видов деятельности, которые квалифицируются как «инвестиция»:

*«Термин «инвестиция» включает в себя все авуары, такие как имущества, права и интересы любого характера, и в частности, но не исключительно:*

*а) движимое и недвижимое имущество, а также другие права in rem, такие как ипотеки, залоги, права пользования, поручительства и аналогичные права;*

*б) акции, эмиссионные премии и другие виды либо прямого участия, либо участия меньшинством голосов в компаниях, учрежденных на территории одной из Договаривающихся Сторон;*

*в) облигации, права требования по денежным средствам и услугам, имеющим экономическую ценность;*

*г) права на интеллектуальную, коммерческую и промышленную собственность, такие как авторское право, патенты, лицензии, торговые марки, промышленные образцы и макеты, технические процессы, «ноу-хау», фирменные наименования и престиж;*

*д) деловые концессии, предоставляемые в рамках закона или по контракту, включая концессии для разведки, разработки, добычи и использования*

---

<sup>35</sup> Статья 1 (е) ДИДа между КР и США.

*природных ресурсов, включая те, которые расположены в морской зоне Договаривающихся Сторон»<sup>36</sup>.*

Аналогично, можно предположить гипотетическую ситуацию, в которой деятельность ИНКО может быть расценена как инвестиция. Предположим, что ИНКО занимается предоставлением услуг по финансовой грамотности. В рамках своей деятельности ИНКО оборудует ресурсные центры всеми необходимыми средствами (книги, научные журналы, компьютеры, доступ к базам данных и т. д.), а в последующем предоставляет доступ к данным ресурсам на безвозмездной основе. Так как НКО в рамках своей некоммерческой деятельности и цели, вложила финансовые средства в оборудование, имущество и интеллектуальные ресурсы (которые квалифицируются как «авуары» в рамках вышеупомянутого термина) то, теоретически, эти действия можно расценивать как инвестиции в рамках данного соглашения.

При этом трудно определить – можно ли рассматривать в качестве инвестиций деятельность ИНКО в виде технической, грантовой помощи, проведения информационных кампаний, экспертной поддержки рабочих групп, проведения тренингов, круглых столов, адвокации компаний, общественных обсуждений и других подобных активностей. В пользу положительного ответа на этот вопрос можно сослаться на условия ДИД, которые охватывают имущество, права и интересы «любого характера», что является безусловным вкладом ИНКО в развитие местных сообществ, регионов, страны в целом. С другой стороны, природа этих инвестиций, очевидно, иная. Она не предполагает никакого встречного эквивалента от вложения имущества.

ДИД МЕЖДУ КР И ГЕРМАНИЕЙ

Подобно двум предыдущим ДИД, договор между Кыргызской Республикой и Федеративной Республикой Германия имеет схожее определение «капиталовложения», не ограничивая представленный список:

*«1. Термин «капиталовложения» охватывает все виды имущественных ценностей, а в частности, но не исключительно:*

*а) собственность в виде движимых и недвижимых предметов, а также другие имущественные права, такие как ипотечные права и права залога;*

*б) права на долевое участие и другие формы участия в компаниях;*

*в) право требования по денежным средствам, использованным для создания экономических ценностей, или услугам, имеющим экономическую ценность;*

---

<sup>36</sup> Статья 1.1 ДИДа между КР и Францией.

*г) права интеллектуальной собственности, такие как, в частности, авторские права, патенты, полезные модели, промышленные образцы и модели, товарные знаки, фирменные наименования, производственные и коммерческие тайны, технология, «ноу-хау» и «гудвилл»;*

*д) общественно-правовые концессии, включая концессии на разведку и добычу природных ресурсов;*

*е) изменение вида вложения имущественных ценностей не затрагивает их свойство как капиталовложение».<sup>37</sup>*

#### ДИД МЕЖДУ КР И ШВЕЙЦАРИЕЙ

Определение инвестиций по соглашению КР со Швейцарией изложено также широко – через перечисление активов и приведение неисчерпывающего их перечня.

*«2. Термин «инвестиции» включает в себя любой вид активов и, в частности:*

*а) движимое и недвижимое имущество, а также любые другие имущественные права, такие как ипотека, залоги и узуфрукты;*

*б) акции, долевое участие или любые другие виды участия в компаниях;*

*в) претензии на денежные суммы или на любые операции, имеющие финансовую ценность;*

*г) авторские права, права на промышленную собственность (такие как патенты, промышленные образцы или модели, товарные знаки или знаки обслуживания, торговые наименования, указатели происхождения), «ноу-хау» и «гудвилл» (имидж, деловая репутация);*

*д) любое право, предоставленное в соответствии с законом, по контракту или по любым лицензиям или разрешениям, выданным на законных основаниях, на осуществление экономической деятельности, включая поиск, добычу или разработку природных ресурсов».*

Вместе с тем, несмотря на широкое определение инвестиций, из положений ДИДа следует, что он направлен на поощрение и защиту не любых инвестиций, а тех, что нацелены на «ускорение экономического процветания обоих государств», «экономическое сотрудничество для взаимной выгоды обоих государств». Таким образом, дополнительным критерием для определения инвестиций служит экономическая польза инвестиций для страны. Узкие,

---

<sup>37</sup> Статья 1.1 ДИДа между КР и Германией.

корпоративные интересы вложений выводят данные активы за рамки защиты ДИДа.

#### РЕЗЮМЕ АНАЛИЗА ДИДОВ

От инвестиций стороны могут получать доход в виде выплат в денежной или материальной форме<sup>38</sup>, что говорит о таком признаке инвестиций как возвратность. Получение инвестором прироста от осуществленного вложения отличает инвестицию от пассивного обладания собственностью.

Акцент на экономическом сотрудничестве в купе с определением инвестора, которое также включает в себя компонент «*действительной экономической активности*», может представлять трудность при квалификации ИНКО как инвестора, хотя в строгом терминологическом значении «способствование экономическому развитию» не одно и то же, что «преследование коммерческой цели».

Как указывается в специальной литературе, НКО также могут предоставлять услуги или продавать товары и тем самым отвечать установленному критерию. Например, больница, учрежденная ИНКО, будет подлежать защите согласно ДИДу даже если оперативное руководство ею осуществляет НКО, поскольку она осуществляет «действительную экономическую активность» в форме оказания услуг обществу<sup>39</sup>.

В результате осуществления некоммерческой деятельности и деятельности в области развития общество может получать ощутимые социальные и экономические выгоды – строительство и/или эксплуатацию клиник, школ, общественных центров, базовой инфраструктуры водоснабжения и канализации и другие.

Помимо этого, ИНКО арендуют офисы, закупают местные товары и услуги, платят налоги и нанимают местные кадры. Как показывает исследование Лестера Саломона из Университета Джонса Хопкинса, организации гражданского общества «*нанимают в среднем 4,4% экономически активного населения*». Экономист Джеффри Сакс, также отметил, что мероприятия по оказанию помощи и развитию являются признанными строительными блоками для будущего экономического роста и привлечения значительных прямых иностранных инвестиций<sup>40</sup>. В деле Станс Энерджи против Кыргызстана

---

<sup>38</sup> Часть 3 статьи 1 ДИДа между КР и Швейцарией.

<sup>39</sup> Sabine Konrad. Protection for Non-Profit Organisations – in International Investment Law, Bungenberg, Griebal, Hobe, Reinisch, P.559.

<sup>40</sup> Luke Eric Peterson, Can evicted aid groups sue Sudan for breach of investment treaties?, Kluwer Arbitration Blog, March 27, 2009.

трибунал при определении того, что является инвестициями, указал на достижение социального эффекта, как одну из целей инвестирования<sup>41</sup>.

Поскольку ни один из ДИДов не дает окончательного ответа на вопрос о том, могут ли понятием «инвестиции» охватываться активы, используемые в некоммерческой деятельности, арбитражные суды будут применять различные подходы при определении того, что представляет собой конкретная инвестиция. В некоторых случаях арбитры выходили за рамки текста соответствующего договора, приводя доводы в пользу объективных характеристик инвестиций. К примеру, в ряде случаев арбитры приняли во внимание требование, чтобы инвестиции были коммерчески ориентированными или предназначены для получения экономической отдачи или прибыли<sup>42</sup>.

Инвестору следует дополнительно учитывать форум для разрешения споров, определенный ДИДом, и проверить понятие «инвестиции» согласно правилам соответствующего института.

## **V. КОНВЕНЦИЯ ICSID**

Как было указано выше, в каждом из подвергнутых анализу ДИДов указан МЦУИС, как возможный форум для разрешения споров. В этой связи исковое заявление в МЦУИС вполне вероятно будет подвергнуто двойному тесту (*doubled-barrelled test*) на соответствие ДИД и Конвенции ICSID.

Согласно статье 25 Конвенции, юрисдикция МЦУИС возникает только в отношении споров, связанных с инвестициями:

*«В компетенции Центра находится разрешение правовых споров, возникающих непосредственно из **отношений, связанных с инвестициями...**»*

Конвенция не содержит определения инвестиций, поэтому некоторые арбитражные трибуналы в этом вопросе полагаются на ДИДы: если сама Конвенция предоставила сторонам широкую свободу усмотрения, то трибуналам следует опираться на условия соглашения, где стороны эту свободу реализовали.

---

<sup>41</sup> «Investments are financial and tangible assets invested by investor into different objects of activity as well as the transferred rights to material or intellectual property with a view of gaining profit (income) or achieving a social effect ...». *Stans Energy Corp and Kutisay Mining LLC v. Kyrgyz Republic*, Moscow Chamber of Commerce and Industry Arbitration No A-2013/29, Award, 30 June 2014, p.86.

<sup>42</sup> Одним из трех объективных критериев инвестиций должен быть 'expenditure or transfer of funds for the precise purpose of obtaining a return', *CME Czech Republic BV (The Netherlands) v. Czech Republic*, Ian Brownlie's separate opinion, Final Award, 14 March 2003 at para. 34; '[i]t must be presupposed ... that investments are made within the frame of a commercial activity and that investments are, in principle, aiming at creating a further economic value'. Применив этот критерий, трибунал исключил личные вещи и кухонные приборы немецкого бизнесмена из перечня вложенных инвестиций, защищаемых двусторонним инвестиционным договором между Германией и Россией. *Franz Sedelmeyer v. Russian Federation*, Award, July 7, 1998, at 65, 113.

Между тем, другой очевидной тенденцией по делам МЦУИС является использование неких объективных критериев. И хотя в правоприменительной практике не наблюдается единодушия по согласованному списку критериев, наиболее распространенным, все же, является так называемый *тест Салини*<sup>43</sup>, которым закреплены четыре характеристики инвестиций: (1) вклад; (2) продолжительность инвестиций; (3) риски; (4) вклад в экономическое развитие принимающего государства.

Однако в последующем тест дополнился еще одним критерием, содержащимся в решении МЦУИС: регулярность прибыли. Такой подход неоднократно подтверждался практикой: арбитры в делах *Федакс против Венесуэлы и Джой Майнинг против Египта* включили прибыль/доходность в свои соответствующие списки инвестиционных характеристик<sup>44</sup>.

Более того, в классическом комментарии к Конвенции профессора Кристофа Шройера, упоминается о пяти критериях, включая *прибыль и доход*, выведенных из арбитражной практики МЦУИС. Данный критерий может составлять существенную сложность для НКО, которые по своей природе не ориентированы на генерацию прибыли или возврат инвестиций в сравнении с коммерческими организациями<sup>45</sup>. Тем не менее пятый критерий (*прибыль/доходность*) остается достаточно спорным. Сам профессор К. Шройер, позднее утверждал: «*Это на самом деле спорно, и я не уверен, стал ли бы я настаивать на этом конкретном критерии, и я вижу, что трибуналы фактически обходились без него, поэтому возможно, от него следует отказаться*»<sup>46</sup>.

Другие авторы также считают, что требование о выплате прибыли директорам или акционерам является непоследовательным, если учесть, что нераспределение прибыли исключает в остальном идентичные виды деятельности частного сектора (например, предоставление услуг водоснабжения или администрирование медицинских клиник) из числа «инвестиций» для целей данного договора<sup>47</sup>. Учитывая, что вклад в экономическое развитие принимающего государства был определен некоторыми трибуналами в качестве еще одного важного критерия, представляется нелогичным включать только те

---

<sup>43</sup> *Salini Costruttori S.p.A and Italstrade S.p.A v. Kingdom of Morocco*, ICSID Case No. ARB/00/4, Decision on Jurisdiction, 23 July 2001, para.52.

<sup>44</sup> *Fedax NV v. Republic of Venezuela*, ICSID Case No. ARB/96/3, Decision on Objections to Jurisdiction, July 11, 1997 at para. 43; *Joy Mining Machinery Limited v. Arab Republic of Egypt*, ICSID Case No. ARB/03/11, Award on Jurisdiction at para. 53.

<sup>45</sup> См.: *Sabine Konrad*, Protection for Non-Profit Organisations, in *International Investment Law*, Bungenberg, Griebel, Hobe, Reinisch, p.560.

<sup>46</sup> *Christoph Schreuer et al.*, *The ICSID Convention: A Commentary* (2nd ed. 2009), footnote 218 p.129.

<sup>47</sup> *Nick Gallus and Luke Eric Peterson*, “International Investment Treaty Protection of NGOs,” 22(4) *Arbitration International* 527 (2006) *supra* n. 2 at page 542.

инвестиции, которые направлены на распределение прибыли (и действительно могут привести к выводу некоторых средств из принимающей страны, вместо того чтобы оставлять больше в принимающей стране)<sup>48</sup>.

Конечно, можно привести аргумент, что некоммерческие инвестиции соответствуют более широкой цели системы МЦУИС, особенно там, где в их основе лежат долгосрочные цели развития принимающего государства. Однако возможны споры и в отношении определения этих самых целей.

Что же касается классических четырех критериев инвестиций, то ИНКО в большинстве случаев будут удовлетворять критериям *наличия вклада и продолжительного срока инвестирования*, поскольку проекты, реализуемые ИНКО являются долгосрочными, для их администрирования покупаются или арендуются офисы, приобретается и другое имущество.

Вероятно, ИНКО будут отвечать и критерию *риска*, под которым понимают неопределенность относительно его успешного результата либо шире – риск того, что государство может расторгнуть свой контракт; потенциальное увеличение стоимости рабочей силы и затрат в течение срока действия инвестиций; и любые непредвиденные обстоятельства, которые могут повлиять на инвестиции. Эксперты полагают, неоспоримым, что НКО, занимающиеся программной деятельностью или даже производством товаров или услуг на некоммерческой основе, могут восприниматься как принимающие на себя аналогичные риски<sup>49</sup>. НКО отвечают критерию *вклада в экономическое развитие государства*, потому что для многих НКО вклад в местное экономическое развитие является основной миссией их деятельности.

#### ВЫВОДЫ

Обобщив вышеизложенное относительно квалификации деятельности ИНКО в качестве инвестиций, можно прийти к нижеследующим выводам.

Конвенция ICSID и ДИДы не включают некоммерческую деятельность в качестве признака в определении понятия «инвестиция». При этом ДИДы охватывают довольно широкий перечень активов, имущественных ценностей и интересов, которые могут составлять инвестиции, в том числе осуществляемые со стороны ИНКО наряду с коммерческими организациями. Ни один из ДИДов прямо не определяет некоммерческую деятельность как инвестиционную. Напротив, в

---

<sup>48</sup> Luke Eric Peterson, Nick Gallus, The Shifting Landscape for American Not-for-Profit Organizations International Investment Treaty Protection of Not-for-Profit Organizations / The International Journal of Not-for-Profit Law, Volume 10, Issue 1, December 2007.

<sup>49</sup> Luke Eric Peterson, Nick Gallus, The Shifting Landscape for American Not-for-Profit Organizations International Investment Treaty Protection of Not-for-Profit Organizations / The International Journal of Not-for-Profit Law, Volume 10, Issue 1, December 2007.

нескольких случаях арбитры делали вывод о коммерческом аспекте инвестиций – или, по крайней мере, об ожидании некоторой «доходности», «добавленной стоимости» от инвестиции – там, где инвестиционные договоры не предусматривают данные признаки в качестве критерия<sup>50</sup>.

Учитывая разницу в подходах арбитражных трибуналов к толкованию понятия инвестиции, существует большая неопределенность в отношении того, как этот вопрос будет решен в том или ином конкретном случае.

Таким образом есть большая вероятность, что определенная деятельность НКО может быть расценена как инвестиция. В частности, инвестициями могут считаться – организация предприятия, приносящего прибыль, или осуществление ИНКО капиталовложений в материальную или иную, определяемую (но в некоторых случаях, неограниченную) договором собственность. Но даже в этих случаях инвестиции ИНКО представляют собой инвестиции особого рода, которые не обязательно имеют эффект в виде коммерческой прибыли<sup>51</sup>. Чаще эффект инвестиции ИНКО выражается в участии в экономическом развитии государства. В этой связи, как будет показано ниже, к инвестициям ИНКО применимы особые средства защиты.

### 3. Средства правовой защиты, содержащиеся в ДИДах

Согласно положениям ДИДов, инвесторы могут заявлять ряд материальных требований против принимающего государства в инвестиционных спорах, основанных на:

- отказе в минимальных стандартах справедливого обращения;
- непредставлении полной защиты и безопасности инвестициям;
- экспроприации;
- отказе в национальном режиме;
- отказе в режиме наиболее благоприятствующей нации;
- ограничении свободного перевода платежей и др.

Напомним, что защитой пользуются только лица, попадающие под сферу действия ДИДа. В тех случаях, когда государство вмешивается в деятельность НПО, отвечающего признакам инвестора, однако эти нарушения не затрагивают

---

<sup>50</sup> См. особое мнение профессора Браунли по вопросу о возмещении ущерба в деле СМЕ против Чехии <https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/ita0181.pdf>; см. также решение по делу *Mr. Franz Sedelmayer v. The Russian Federation* <https://www.italaw.com/cases/documents/983>.

<sup>51</sup> НКО/НПО вполне оправданно получили наименование стратегических предпринимателей (*policy entrepreneurs*). <sup>Steve Charnovitz</sup>, *Opening the WTO to Non-governmental Interests*, 24 *Fordham International Law Journal* 173, 209–10 (2000–01).

инвестиций организации, действия государства не приведут к нарушению гарантий, предоставленных ДИДом<sup>52</sup>.

В сфере инвестиционного права и инвестиционного арбитража отсутствует, так называемая, доктрина обязательных прецедентов, которая бы обязывала арбитражный трибунал следовать интерпретации, сделанной в ранее рассмотренных делах. Это ведет к известной неопределённости относительно конкретного значения обязательств, вытекающих из соглашений для обеих сторон<sup>53</sup>.

Ниже коротко остановимся на каждом из режимов согласно условиям ДИД. При внешней схожести, формулировки в каждом из ДИДов существенно отличаются, что при детальном рассмотрении может дать различный эффект в процессе их применения.

#### **A. СПРАВЕДЛИВЫЙ И РАВНОПРАВНЫЙ РЕЖИМ**

Требование о предоставлении Кыргызстаном иностранным инвесторам *справедливого и равноправного режима* содержится в каждом из охваченных анализом ДИДов:

*«Капиталовложениям будет предоставляться **справедливый режим**, они будут пользоваться полной защитой и безопасностью, и ни в коем случае им не должен предоставляться режим, несовместимый с принципами и нормами международного права...»<sup>54</sup>.*

*«Каждое из Договаривающихся Государств по мере возможностей будет способствовать капиталовложениям граждан или компаний другого Договаривающегося Государства и будет разрешать эти капиталовложения в соответствии со своим законодательством. Оно в каждом случае будет обращаться с капиталовложениями со всей **справедливостью**»<sup>55</sup>.*

*«Каждая Договаривающаяся Сторона будет обеспечивать в пределах своей территории **справедливый и равноправный режим** инвестициям инвесторов другой Договаривающейся Стороны»<sup>56</sup>.*

---

<sup>52</sup> Luke Eric Peterson, Nick Gallus, The Shifting Landscape for American Not-for-Profit Organizations International Investment Treaty Protection of Not-for-Profit Organizations / The International Journal of Not-for-Profit Law, Volume 10, Issue 1, December 2007.

<sup>53</sup> Там же.

<sup>54</sup> Статья 2 ДИД КР и США.

<sup>55</sup> ДИД КР с Германией.

<sup>56</sup> ДИД КР со Швейцарией.

«Каждая Договаривающаяся Сторона обязуется обеспечивать на своей территории и в своей морской зоне **справедливый режим**, в соответствии с принципами международного права, инвестициям граждан и компаний другой Стороны и поступать так, чтобы исполнение признанного таким образом права не было ущемлено ни по закону, ни по сути»<sup>57</sup>.

Этот режим связан с соображениями единообразия, прозрачности, справедливости и пропорциональности (соразмерности) государственных мер, а также запретом произвольного или дискриминационного поведения государства<sup>58</sup>. Например, к нарушению *справедливого и равноправного режима* относится отказ в правосудии (ограничение доступа к суду либо несправедливая судебная система).

Подходы арбитражных трибуналов относительно применения *справедливого и равноправного режима* отличаются разнообразием. Если в одних случаях арбитраж придает значение законным ожиданиям инвестора<sup>59</sup>, то в других полагает, что под этот стандарт подпадают только грубые и вопиющие нарушения<sup>60</sup>. В тех случаях, когда трибунал распространял защиту на законные ожидания, под ними он понимал «*ожидания иностранных инвесторов стабильной правовой и деловой среды*». Не сумев создать такую среду, государство не смогло обеспечить *справедливое и равноправное обращение*<sup>61</sup>.

Сегодня отсутствует согласованная позиция в арбитражном сообществе относительно существования некоего универсального стандарта *справедливого и равноправного режима* либо зависимости гарантий этого режима от уровня развития страны.

## **В. ЗАПРЕТ ЭКСПРОПРИАЦИИ БЕЗ КОМПЕНСАЦИИ**

Все ДИДы содержат гарантии защиты от *незаконной экспроприации*. В исключительных случаях *экспроприация* возможна с соблюдением следующих мер:

---

<sup>57</sup> Статья 3 ДИД КР и Франции.

<sup>58</sup> Борн Г., Указ. соч., стр.739.

<sup>59</sup> См. например: *Gold Reserve Inc v. Bolivarian Repub. Of Venezuela*, Award in ICSID Case No. ARB/AF/09/01 of 22 September 2014, 567-576.

<sup>60</sup> См. например: *Glamis Gold Ltd v. USA*, Award in ad hoc case of 8 June 2009 (NAFTA/UNCITRAL), 616.

<sup>61</sup> См.: See *CMS Gas Transmission Company v. Argentine Republic*, ICSID Case No. ARB/01/8, Award, 25 April 2005 at para. 274; *LG&E Energy Corp, LG&E Capital Corp and LG&E International Inc v. Argentine Republic*, ICSID Case No. ARB/02/1, Decision on Liability, 3 October 2006, at para. 124; *Occidental Exploration and Production Company v The Republic of Ecuador*, Award, 1 July 2004 at para. 183; *Metalclad Corporation v Mexico*, Award, 30 August 2000 at para. 99. Цитата по *Luke Eric Peterson, Nick Gallus, The Shifting Landscape for American Not-for-Profit Organizations International Investment Treaty Protection of Not-for-Profit Organizations*.

- наличие публичной цели: государственный или общественный интерес;
- отсутствие дискриминации;
- соблюдение правовых процедур;
- компенсация<sup>62</sup>.

В практике арбитража различают *прямую и косвенную экспроприацию*. В случае *прямой экспроприации* государство лишает инвестора законных прав на имущество<sup>63</sup>. *Косвенная экспроприация* заключается в принятии государством мер, которые снижают ценность или возможность пользоваться имуществом инвестора (отзыв лицензии, введение излишне обременительного регулирования).

*Экспроприация* не всегда выражается в единовременном акте. Она может стать результатом цепочки решений и действий государственных органов, приведших к тем же последствиям. Однако по-прежнему мало определенности в разграничении между правом государства принимать регуляторные меры и действиями, равносильными *экспроприации*, за которые должна быть выплачена компенсация.

### С. ПОЛНАЯ ЗАЩИТА И БЕЗОПАСНОСТЬ

Каждый из ДИДов содержит гарантию *полной защиты и безопасности* для инвесторов и инвестиций:

*«Капиталовложения... будут пользоваться **полной защитой и безопасностью**...»<sup>64</sup>*

*«Капиталовложения граждан или компаний одного Договаривающегося Государства на территории другого пользуются **полной защитой и безопасностью**»<sup>65</sup>.*

*«Инвестициям, сделанным гражданами и компаниями одной Договаривающейся Стороны, будут предоставляться **полные и всесторонние защита и безопасность** на территории и в морской зоне другой Договаривающейся Стороны»<sup>66</sup>.*

---

<sup>62</sup> Статья 5 ДИД Кыргызстана и Франции, статья 6 ДИД Кыргызстана и Швейцарии, статья III ДИД Кыргызстана и США, статья 4 ДИД Кыргызстана и Германии.

<sup>63</sup> После революции 2010 года Временное Правительство Кыргызстана приняло целый ряд декретов о национализации имущества иностранных инвесторов.

<sup>64</sup> Статья 2 ДИД КР и США.

<sup>65</sup> Статья 4 ДИД КР и Германии.

<sup>66</sup> Статья 5 ДИД КР и Франции.

*«Каждая Договаривающаяся Сторона будет защищать в пределах своей территории инвестиции инвесторов другой Договаривающейся Стороны и не будет наносить неоправданными или дискриминационными мерами вред управлению, сохранению, использованию, владению, расширению, продаже и, при случае, ликвидации таких инвестиций»<sup>67</sup>.*

Содержанием этого режима является принятие мер для предотвращения физического уничтожения имущества инвесторов. Однако есть примеры, когда арбитражные трибуналы истолковывали содержание режима шире, распространяя его и на обеспечение безопасной среды и стабильности инвестиций, делая его схожим со стандартом справедливого и равноправного режима<sup>68</sup>.

#### **D. НАЦИОНАЛЬНЫЙ РЕЖИМ**

ДИДы содержат также гарантии *национального режима*, которые в общих чертах требуют, чтобы принимающие государства предоставляли иностранным инвестициям не менее благоприятный режим, чем инвестициям их собственных лиц при схожих обстоятельствах<sup>69</sup>:

*«Этот режим будет не менее благоприятным, чем тот, который предоставлен каждой Договаривающейся Стороной инвестициям, осуществленным в пределах их территории собственными инвесторами, или чем тот, который предоставлен каждой Договаривающейся Стороной инвестициям, осуществленным в пределах их территории инвесторами режима наибольшего благоприятствования, если этот последний режим является более благоприятным»<sup>70</sup>.*

*«Каждая Договаривающаяся Сторона на своей территории и в своей морской зоне будет предоставлять гражданам или компаниям другой Договаривающейся Стороны в отношении инвестиций и деятельности, связанной с инвестициями, режим не менее благоприятный, чем тот, который предоставляется своим гражданам и компаниям, либо тот режим, который предоставляется гражданам или компаниям наиболее благоприятствуемой нации, если последний является более благоприятным. В этом отношении граждане, уполномоченные работать на территории и в морской зоне одной из Договаривающихся Сторон, должны*

---

<sup>67</sup> Статья 4 ДИД КР и Швейцарии.

<sup>68</sup> См. Rudolph Dolzer and Christoph Schreuer. Principles of International Investment Law. Second edition. Oxford University Press. p.151-153.

<sup>69</sup> Rudolph Dolzer and Christoph Schreuer. Ibid, 406-408.

<sup>70</sup> Статья 2 ДИД КР и Швейцарии.

*иметь возможность получать материальные льготы, соответствующие выполнению их профессиональной деятельности»<sup>71</sup>.*

*«Каждая из Сторон разрешает капиталовложения и связанную с ними деятельность и относится к ним на основе **не менее благоприятной** чем та, которая в аналогичных ситуациях предоставляется капиталовложениям или связанной с ними деятельности **своих граждан или компаний**, либо граждан или компаний любого третьего государства, в зависимости от того, которая из них более благоприятна, при условии, что каждая Сторона вправе устанавливать или сохранять исключения в сферах, перечисленных в Приложении к настоящему Договору»<sup>72</sup>.*

*«(1) Каждое из Договаривающихся Государств обеспечивает на своей территории в отношении капиталовложений, находящихся в собственности или под влиянием граждан или компаний другого Договаривающегося Государства, режим **не менее благоприятный**, чем в отношении капиталовложений **собственных граждан или компаний** или капиталовложений граждан или компаний третьих государств.*

*(2) Каждое из Договаривающихся Государств обеспечивает на своей территории в отношении граждан или компаний другого Договаривающегося Государства в том, что касается их деятельности в связи с капиталовложениями, режим **не менее благоприятный**, чем в отношении **собственных граждан или компаний** или граждан или компаний третьих государств»<sup>73</sup>.*

Ключевой вопрос, который возникает при применении арбитражными трибуналами данного режима, заключается в том, с чем необходимо сравнивать меры, примененные к иностранному инвестору: с режимом внутренних инвесторов, занимающихся точно такой же деятельностью либо работающих в том же экономическом секторе. Несмотря на то, что единый подход в практике арбитров не был выработан, все же арбитры стремятся не истолковывать чрезмерно узко основания для сравнения<sup>74</sup>.

Другая оценочная категория, по-разному толкуемая арбитрами, – «*не менее благоприятный*». К примеру, под данный режим подпадают случаи намеренной дискриминации иностранного инвестора по причине его национальности.

---

<sup>71</sup> Статья 4 ДИД КР и Франции.

<sup>72</sup> Статья II ДИД КР и США.

<sup>73</sup> Статья 3 ДИД между КР и Германией.

<sup>74</sup> Rudolph Dolzer and Christoph Schreuer. Ibid, 180.

Однако, могут ли при этом служить оправданием законные общественные интересы, - до конца не ясно<sup>75</sup>.

#### **Е. РЕЖИМ НАИБОЛЕЕ БЛАГОПРИЯТСТВУЕМОЙ НАЦИИ**

Все проанализированные ДИДы содержат гарантии *режима наибольшего благоприятствования*, которые заключаются в предоставлении иностранным инвесторам *не менее благоприятных условий*, чем инвестициям инвесторов из других иностранных государств<sup>76</sup>.

Режим *наибольшего благоприятствования* обычно затрагивает материально-правовые гарантии защиты и не включает положения о разрешении споров. Хотя есть и обратная практика<sup>77</sup>.

Одновременно ДИДы могут содержать оговорку о том, что специальные преимущества, предоставляемые инвесторам любого третьего государства, как результат региональной экономической интеграции (соглашения о зоне свободной торговли, таможенном союзе или общем рынке либо в силу соглашения об избежании двойного налогообложения), принимающее инвестиции государство не обязано предоставлять инвесторам другой стороны<sup>78</sup>.

#### **Ф. СВОБОДНЫЙ ПЕРЕВОД СРЕДСТВ, СВЯЗАННЫХ С ИНВЕСТИЦИЯМИ**

Каждый ДИД содержит гарантии инвесторам на *свободный перевод платежей, относящихся к инвестициям*, в принимающую страну и из нее без ненадлежащего вмешательства. Перечень таких платежей (доходы, суммы, предназначенные для погашения займа, для покрытия расходов, суммы от продажи инвестиций и пр.) отличается от ДИДа к ДИДу, однако в большинстве из них он является примерным либо с широкими формулировками<sup>79</sup>.

В ДИДе КР с Францией дополнительно уточняется содержание стандарта *свободного перевода платежей*: перевод осуществляется без задержки и по

---

<sup>75</sup> Luke Eric Peterson, Nick Gallus, The Shifting Landscape for American Not-for-Profit Organizations International Investment Treaty Protection of Not-for-Profit Organizations.

<sup>76</sup> Статья 3, 4 (4) ДИД между КР и Германией, статья II ДИД КР и США, статья 4 ДИД КР и Франции, статья 2 ДИД между КР и Швейцарией.

<sup>77</sup> Emilio Agustin Maffezini v. Kingdom of Spain, Decision of the Tribunal on Objections to Jurisdiction in ICSID Case No.ARB/97/7 of 25 January 2000.

<sup>78</sup> Статья 4 ДИД между КР и Швейцарией, статья 4 ДИД между КР и Францией, статья 3 ДИД между КР и Германией, статья II ДИД между КР и США.

<sup>79</sup> Статья 5 ДИД между КР и Германией, статья IV ДИД КР и США, статья 6 ДИД КР и Франции, статья 5 ДИД между КР и Швейцарией.

нормальному обменному курсу, официально применяемому на дату перевода<sup>80</sup>.  
Похожие гарантии содержатся в ДИДе КР с США.

Эти гарантии не затрагивают налоговые обязательства инвесторов<sup>81</sup>, меры по защите кредиторов и исполнении судебных решений<sup>82</sup>, о чем в некоторых ДИДах имеется соответствующая оговорка.

#### 4. Применение средств инвестиционной защиты к ИНКО

За последнее время в Кыргызстане появились, как минимум, две законодательные инициативы – проект Закона «О некоммерческих неправительственных организациях» (далее – Законопроект об ННО)<sup>83</sup> и проект Закона «О внесении дополнений и изменений в некоторые законодательные акты Кыргызской Республики» (Закон «О некоммерческих организациях», Уголовный кодекс Кыргызской Республики)<sup>84</sup> (далее – Законопроект об иностранных представителях), которые по экспертным оценкам значительно ограничат деятельность местных и иностранных НКО в Кыргызстане, в случае их принятия<sup>85</sup>.

Наибольшие опасения вызывают следующие положения указанных законопроектов:

- Запрет иностранным гражданам на учреждение и членство в НКО.

---

<sup>80</sup> Статья 6 ДИД КР и Франции.

<sup>81</sup> Статья 5 ДИД между КР и Швейцарией.

<sup>82</sup> Статья IV ДИД КР и США.

<sup>83</sup> Законопроект вынесен для общественного обсуждения Администрацией Президента КР <https://www.gov.kg/ru/npa/s/4192>.

<sup>84</sup> Проект Закона Кыргызской Республики «О внесении дополнений и изменений в некоторые законодательные акты Кыргызской Республики» (Закон «О некоммерческих организациях», Уголовный кодекс Кыргызской Республики), опубликованный для общественного обсуждения 21 ноября 2022 года, а в последствии, доработанный - 19 мая 2023 года: <http://kenesh.kg/ru/draftlaw/634426/show>.

<sup>85</sup> См: Анализ проекта Закона Кыргызской Республики «О внесении дополнений и изменений в некоторые законодательные акты Кыргызской Республики» (проекта закона «Об иностранных представителях»), подготовленный Международным центром некоммерческого права (МЦНП) 7 декабря 2022 года <https://www.icnl.org/wp-content/uploads/Analysis-of-the-KR-Draft-Law-on-Foreign-Representatives-Rus.pdf>; Анализ проекта Закона Кыргызской Республики «О внесении дополнений и изменений в некоторые законодательные акты Кыргызской Республики» (Закон Кыргызской Республики «О некоммерческих организациях» и Уголовный кодекс Кыргызской Республики), подготовленный правовой клиникой Адилет [https://drive.google.com/file/d/1evAFfCvNm\\_sTdb3NuWYX4l2cfd1S-j5Q/view](https://drive.google.com/file/d/1evAFfCvNm_sTdb3NuWYX4l2cfd1S-j5Q/view); Анализ к проекту закона об иностранных агентах, Гражданская платформа <https://platforma.kg/our-priorities/2022/analiz-k-proektu-zakona-ob-inostrannyh-agentah/>; Заключение специального докладчика ООН на Законопроект <https://kyrgyzstan.un.org/ru/2484228>).

- Внедрение статуса «иностранного представителя»<sup>86</sup> и обяывание НКО, получающих финансирование из зарубежных источников и принимающих участие в политической деятельности<sup>87</sup> на территории Кыргызской Республики, к регистрации в качестве «иностраннх представителей».
- Введение новых отчетов для НКО<sup>88</sup>, филиалов и представительств ИНКО в государственные органы и публикация отчета в средствах массовой информации или на вебсайте НКО<sup>89</sup>.
- Установление требования для НКО, получающих финансирование из зарубежных источников, филиалов и представительств ИНКО по прохождению ими ежегодного финансового аудита и публикации его заключения в средствах массовой информации или на вебсайте НКО.
- Предоставление Министерству юстиции права запрашивать и проверять внутренние документы НКО, направлять своих представителей для участия в любых внутренних мероприятиях НКО, определять по своему усмотрению – соответствует ли деятельность НКО целям её создания или нет.
- Предоставление Министерству юстиции права проводить плановые и внеплановые проверки деятельности НКО, получающих финансирование из зарубежных источников.
- Предоставление Министерству юстиции права приостанавливать деятельность НКО, получающих финансирование из зарубежных источников, не подавших заявление о включении ее в реестр НКО,

---

<sup>86</sup> Иностраннй представитель – организация, созданная в Кыргызской Республике и получающая денежные средства и иное имущество от иностранных государств, их государственных органов, международных и иностранных организаций, иностранных граждан, лиц без гражданства либо уполномоченных ими лиц, получающих денежные средства и иное имущество от указанных источников (за исключением открытых акционерных обществ с государственным участием и их дочерних обществ), которая участвует, в том числе в интересах иностранных источников, в политической деятельности, осуществляемой на территории Кыргызской Республики.

<sup>87</sup> В законопроекте понятие «политическая деятельность» определено широко: «*Политическая деятельность - это участие (в том числе путем финансирования) в организации и проведении политических акций в целях воздействия на принятие государственными органами решений, направленных на изменение проводимой ими государственной политики, а также в формировании общественного мнения в указанных целях*». При этом к политической деятельности не относится «*деятельность в области науки, культуры, искусства, здравоохранения, охраны здоровья граждан, социальной поддержки и защиты граждан, социальной поддержки инвалидов, защиты материнства и детства, пропаганды здорового образа жизни, физической культуры и спорта, защиты растительного и животного мира, а также благотворительная деятельность*».

<sup>88</sup> Данное требование является общим и распространяется как на местные НКО, так и ИНКО.

<sup>89</sup> Законопроект содержит следующее положение: «*НКО обяаны представлять в уполномоченный орган документы, содержащие отчет о своей деятельности, о персональном составе руководящих органов, документы о целях расходования денежных средств и использования иного имущества, в том числе полученных от иностранных источников ...*».

выполняющих функции иностранного представителя, на срок до 6 месяцев.

- Наделение Министерства юстиции правом давать указания филиалам и представительствам ИНКО по прекращению финансирования тех или иных местных НКО, в целях защиты основ конституционного строя, обеспечения обороноспособности и безопасности государства, нравственности, здоровья, прав и свобод других лиц.
- Наделение Министерства юстиции правом без судебного решения принимать решение об исключении филиалов и представительств ИНКО из реестра филиалов и представительств при непредставлении ими отчетов или нарушении уставной деятельности.
- Уголовная ответственность представителей НКО и ИНКО за создание (участие, руководство) организаций, деятельность которых сопряжена с насилием над гражданами или иным причинением вреда их здоровью либо с побуждением граждан к отказу от исполнения гражданских обязанностей или к совершению иных противоправных деяний. Наказание предлагается в виде штрафа и лишения свободы.

Целый ряд отечественных и международных организаций и экспертов высказались о том, что указанные меры представляют собой несоразмерное вмешательство в реализацию права на свободу объединения, предоставляют неограниченные полномочия государственным органам вмешиваться в деятельность НКО, посредством обширных механизмов отчётности и контроля их деятельности со стороны государственных органов.

Положения законопроектов в целом являются дискриминационными по отношению к НКО, деятельность которых регулируется Законом «О некоммерческих организациях» в отличие от других организационно-правовых форм НКО и коммерческих организаций, на которые новое регулирование не будет распространяться.

Законопроекты содержат широкие определения понятий («политическая деятельность», «иностраный представитель», и др.), что нарушает принцип правовой определенности, согласно которому нечетко сформулированные и/или слишком широко трактуемые нормы могут привести к их произвольному применению и злоупотреблению<sup>90</sup>.

---

<sup>90</sup> См: Анализ проекта Закона Кыргызской Республики «О внесении дополнений и изменений в некоторые законодательные акты Кыргызской Республики» (проекта Закона «об иностранных представителях»), подготовленный Международным центром некоммерческого права (МЦНП) 7 декабря 2022 года <https://www.icnl.org/wp-content/uploads/Analysis-of-the-KR-Draft-Law-on-Foreign-Representatives-Rus.pdf>; Анализ проекта Закона Кыргызской Республики «О внесении дополнений и изменений в некоторые законодательные акты Кыргызской Республики» (Закон Кыргызской Республики «О некоммерческих организациях»)

## ОЦЕНКА ВОЗМОЖНОСТИ ПРИМЕНЕНИЯ ИНКО ИНВЕСТИЦИОННЫХ СРЕДСТВ ЗАЩИТЫ, ПРЕДУСМОТРЕННЫХ ДИДАМИ КР

Во-первых, предположим, что спор прошел тест на проверку юрисдикционности и отвечает требованиям ДИД и Конвенции ICSID об инвесторе и инвестициях.

Во-вторых, предположим, что действия государства соответствуют интертемпоральным требованиям. Иными словами, предположим, что требования законопроектов, если они будут приняты, являются новыми для организаций и не существовали в момент их учреждения или начала деятельности в Кыргызстане. Предположим также, что ни одна из мер, как и вся сфера некоммерческой деятельности, не предусмотрены в качестве исключения из действия гарантий защиты по ДИДам или нарушения минимального стандарта обращения с иностранными лицами<sup>91</sup>.

Для удобства сгруппируем положения законопроектов, которые вызывают наибольшую критику, в нижеследующие смысловые блоки.

### **А. ПРЕПЯТСТВИЯ В УЧРЕЖДЕНИИ ИНОСТРАННЫХ НЕПРАВИТЕЛЬСТВЕННЫХ НЕКОММЕРЧЕСКИХ ОРГАНИЗАЦИЙ**

Законопроект об НКО устанавливает новые достаточно обременительные требования для создания НКО: учреждение только гражданами Кыргызской Республики, минимальное количество учредителей – не менее 3, обязательная регистрация, ограничения на виды деятельности, которыми могут заниматься НКО<sup>92</sup>.

Из данных положений законопроекта вытекает, что государство, однажды зарегистрировав организацию, теперь в процессе перерегистрации вправе отказать ей в регистрации (правосубъектности), например, ввиду того, что среди учредителей организации есть иностранный гражданин<sup>93</sup>. Это является нарушением обязательств государства по обеспечению справедливого и равноправного режима. При этом важно какие юридические и фактические основания будут положены в основу отказа. Арбитражные трибуналы заявляли, что государства нарушают свое обязательство по ДИД «не действовать

---

и Уголовный кодекс Кыргызской Республики)», подготовленный правовой клиникой Адилет [https://drive.google.com/file/d/1evAFfCvNm\\_sTdb3NuwYX4I2cfd1S-j5Q/view](https://drive.google.com/file/d/1evAFfCvNm_sTdb3NuwYX4I2cfd1S-j5Q/view); Анализ к проекту закона об иностранных агентах, Гражданская платформа <https://platforma.kg/our-priorities/2022/analiz-k-proektu-zakona-ob-inostrannyh-agentah/>; Заключение специального докладчика ООН на Законопроект <https://kyrgyzstan.un.org/ru/2484228>.

<sup>91</sup> К примеру, в ДИДе с США Кыргызская Республика не оставила за собой права создавать или поддерживать исключения из национального режима и из обязательств пункта 1 статьи I по режиму наибольшего благоприятствования (Приложение 1), в отличие от США.

<sup>92</sup> Часть 4 статьи 37 проекта Закона об ННО.

<sup>93</sup> По действующему законодательству нет ограничений относительно гражданства учредителей некоммерческой организации. Проект закона устанавливает, что учредителем НПО может быть только гражданин Кыргызской Республики.

*произвольно», совершая действия, «основанные на предубеждениях или предпочтениях, а не на причине или фактах»<sup>94</sup>.*

## **В. ЗАРУБЕЖНОЕ ФИНАНСИРОВАНИЕ**

Законопроект об иностранных представителях вводит в оборот понятие *НКО, выполняющей функции иностранного представителя*. Ключевыми здесь являются два фактора:

- получение денежных средств и иного имущества из иностранных источников<sup>95</sup>;
- участие в политической деятельности, осуществляемой на территории Кыргызской Республики.

Особый статус иностранного представителя влечет за собой повышенные обязательства по отчетности и прозрачности деятельности организации, которой присвоен данный статус, в отличие от НКО, не получающей иностранного финансирования.

Следует уточнить, что законопроект прямо не запрещает и не ограничивает финансирование НКО из иностранных источников, поэтому нельзя утверждать, что данным нововведением нарушаются *гарантии свободы перемещения денежных средств и имущества, как и гарантии защиты от косвенной экспроприации*. Безусловно, можно с определенной долей условности прогнозировать, что статус «иностранного представителя» может стать стигматизирующим и, как следствие, ограничить доступ к иностранным фондам. Поскольку ограничения и дополнительные обязанности, сопутствующие статусу иностранного представителя, вводятся как для местных НКО, так и для ИНКО, говорить о *нарушении национального режима* также не приходится.

С другой стороны, в статье 17 Законопроекта об иностранных представителях установлена возможность введения запрета на финансирование структурным подразделением ИНКО отдельных лиц:

*«В целях защиты основ конституционного строя, обеспечения обороны и безопасности государства, нравственности, здоровья, прав и свобод других лиц, уполномоченный орган вправе вынести структурному подразделению иностранной некоммерческой организации мотивированное решение о*

---

<sup>94</sup> “...founded on prejudice or preference rather than on reason or fact.” *Lauder v. Czech Republic*, *supra* n. 62 at paras. 221 and 232; *Occidental v. Ecuador*, *supra* n. 46 at paras. 162-163.

<sup>95</sup> Под иностранными источниками понимаются иностранные государства, их государственные органы, международные и иностранные организации, иностранные граждане, лица без гражданства либо уполномоченные ими лица.

*запрете направления денежных средств и иного имущества определенным получателям указанных средств и иного имущества».*

Обоснование ограничений ссылкой на необходимость *защиты интересов национальной безопасности и публичного порядка* является легитимным. В этой ситуации трибуналу будет необходимо проверить широкий круг обстоятельств на соответствие легитимным целям со ссылкой на соответствующий ДИД либо разработать свои собственные критерии.

В экспертном сообществе ограничения, вводимые государством, связанные с иностранным финансированием НКО, с большой долей уверенности относятся к *нарушению национального режима и даже экспроприации*. Однако такая жесткая оценка дается в отношении полного запрета на иностранное финансирование, одобрение правительством иностранного финансирования, осуществление транзакций через государственные банки с большей степенью контроля за переводами, обременительное налогообложение иностранного финансирования<sup>96</sup>.

### **С. ОТЧЕТНОСТЬ**

Законопроект об иностранных представителях предусматривает новые отчеты для филиалов и представительств ИНКО, НКО со статусом иностранного представителя, а также всех других НКО. Дополнительно к отчетности, которую все НКО сдают в налоговые органы и органы статистики, законопроект обязывает их:

- предоставлять в уполномоченный орган отчет о своей деятельности и руководителях – 1 раз в полгода;
- проводить ежегодный аудит;
- предоставлять отчет о целях использования имущества – ежеквартально;
- публиковать отчет о своей деятельности, в том числе о своих учредителях, составе имущества, об источниках формирования и о направлениях расходования денежных средств – 1 раз в год / 1 раз в полгода соответственно.

Очевидно, что новые требования о предоставлении отчетности станут дополнительным бременем на НКО и ИНКО, в случае принятия законопроектов. Их выполнение может потребовать привлечения организацией дополнительных финансовых и человеческих ресурсов. Для некоторых организаций они могут оказаться чрезмерными и неразумными ввиду необходимости перенаправления ресурсов с реализации проектов на выполнение требований по отчетности и

---

<sup>96</sup> Там же

привести их к невозможности осуществлять основную общественно-полезную деятельность.

В специальной литературе со ссылкой на аналогичные изменения в законодательстве России делается предположение, что государства, вводящие обременительные требования по отчетности, могут нарушить обязательства по ДИД, в частности, обязательство *не наносить произвольно ущерб инвестициям* или обязательство *относиться к инвестициям справедливо и равноправно*<sup>97</sup>. По мнению авторов, можно предположить, что организации, деятельность которых будет затруднена после принятия законопроектов, могут предъявить иски о *косвенной экспроприации их инвестиций*<sup>98</sup>.

Государство, в свою очередь, может отрицать, что данные меры составляют нарушения прав инвестора, заявив, что они являются допустимыми, поскольку обстоятельства требовали регулятивного ответа. Государства часто ссылаются на суверенные права и регулятивные прерогативы<sup>99</sup>. Однако в таком случае, государство должно продемонстрировать арбитражному трибуналу доказательства законного осуществления своих полномочий.

#### **D. ВМЕШАТЕЛЬСТВО ГОСУДАРСТВЕННЫХ ОРГАНОВ В ДЕЯТЕЛЬНОСТЬ ОРГАНИЗАЦИЙ**

Законопроект об иностранных представителях предоставляет ряду государственных органов новые полномочия по контролю и надзору за деятельностью ИНКО и НКО, выполняющих функции иностранного представителя. В частности:

- иностранные представители могут быть подвергнуты внеплановым проверкам;
- Министерство юстиции вправе запрашивать распорядительные документы; направлять своих представителей для участия в проводимых НКО мероприятиях; проводить проверки соответствия деятельности НКО и расходования ею средств уставным целям;
- Министерство юстиции вправе выносить письменное предупреждение и устанавливать срок для его устранения;
- Министерство юстиции вправе приостанавливать своим решением на срок не более шести месяцев деятельность НКО, выполняющей функции

---

<sup>97</sup> Luke Eric Peterson, Nick Gallus, The Shifting Landscape for American Not-for-Profit Organizations International Investment Treaty Protection of Not-for-Profit Organizations / The International Journal of Not-for-Profit Law, Volume 10, Issue 1, December 2007.

<sup>98</sup> Там же

<sup>99</sup> Гарри Борн, Международный арбитраж: право и практика, М, 2020, стр.746.

иностранный представитель, которая не подала заявление о включении ее в реестр иностранных представителей.

Все решения государственных органов могут быть обжалованы в вышестоящий орган или в суд.

Нарушат ли указанные положения законопроектов сами по себе какие-либо обязательства государства по ДИД не совсем ясно, особенно учитывая наличие административной и судебной процедуры обжалования решений и действий государственного органа. Однако если они проявятся в преследованиях или запугиваниях, тогда будут все основания утверждать о нарушении *гарантий полной защиты и безопасности* ИНКО.

Как и в предыдущем случае государство может заявить возражения основанные, например, на состоянии необходимости, когда принятие таких мер было единственным для государства путем защиты существенного интереса от большей и неминуемой опасности (например, интересы безопасности)<sup>100</sup>. Арбитражный трибунал в этом случае будет оценивать формулировки конкретного ДИДа и обстоятельства, которые сделали принятие таких мер со стороны государства необходимым.

## 5. Последствия для Кыргызстана, в случае нарушения ДИД

Основными требованиями инвесторов при нарушении обязательств по ДИД являются требования о реституции, компенсации и другого возмещения<sup>101</sup>. Наряду с этим инвестор вправе требовать от государства прекратить нарушение обязательств и реже – совершить определенное действие во исполнение своих обязательств по ДИД.

Если нарушение прав инвесторов заключается в *экспроприации имущества НПО*, например, ресурсного центра, теплиц, больниц, школ, построенных организацией, то ущерб очевиден и иск о компенсации имущества инвестора по рыночным ценам, которая может быть достаточно значительной, вполне возможен.

Определить же ущерб НКО, возникающий из-за одной лишь неспособности продолжать свою деятельность (например, деятельность по разработке планов водопользования, обучению фермеров эффективно использовать дефицитные

---

<sup>100</sup> Статья X ДИД между КР и США.

<sup>101</sup> Статья 6 ДИД между КР и Швейцарией, статья 5 ДИД между КР и Францией, статья 4 ДИД между КР и Германией, статья III ДИД между КР и США.

водные ресурсы и повышать урожайность, которую осуществляет Швейцарская НКО в Кыргызстане), не так просто. Как отмечается в литературе:

*«Организация, вероятно, могла бы потребовать возмещения суммы, которую она инвестировала в страну, за вычетом доходов от продажи любых активов. Хотя трибуналы по ДИД иногда присуждают будущую прибыль иностранным инвесторам, пострадавшим от вмешательства государства, большинство некоммерческих организаций по определению не будут получать никакой будущей прибыли. Однако организация может заявить об упущенной выгоде от подразделения, получающего доход для финансирования другой деятельности организации. Такое заявление должно продемонстрировать, что требование неполученного дохода не является спекулятивным»<sup>102</sup>.*

Другим сдерживающим фактором, помимо сложности определения размера ущерба, является высокая стоимость инвестиционного арбитража. При незначительном размере ущерба перед НКО неизбежно встанет вопрос целесообразности подачи иска. К примеру, в ICSID один только регистрационный сбор, который является невозвратным, составляет 25 000 долларов США<sup>103</sup>.

При этом отдельные эксперты выражают уверенный оптимизм относительно того, что такие средства защиты как требование о возмещении морального ущерба, временных мер или каких-то форм конкретного исполнения вполне могут быть заявлены<sup>104</sup>. Однако, на сегодняшний день нет ни убедительной формулы расчета морального ущерба, ни единодушия в праве трибунала указывать суверенному государству о приостановлении того или иного регулирования, или выполнить другие вполне определенные действия.

---

<sup>102</sup> «The organization could likely claim for the amount it has invested in the country minus the proceeds from the sale of any assets. While BIT tribunals sometimes award future profits to foreign investors crippled by state interference, most not-for-profit organizations will, by definition, not earn any future profits. However, an organization could claim the loss of future profits of an arm earning profits to fund the organization's other activities. Such a claim would need to demonstrate that future profits are not speculative». *Luke Eric Peterson, Nick Gallus, The Shifting Landscape for American Not-for-Profit Organizations International Investment Treaty Protection of Not-for-Profit Organizations / The International Journal of Not-for-Profit Law, Volume 10, Issue 1, December 2007.*

<sup>103</sup> См.: *Lisa Bench Nieuwveld, Bilateral Investment Treaty Protections And Not-For-Profits: Practically, Is It Worth It?*, Kluwer Arbitration Blog, August 26, 2010.

<sup>104</sup> *Luke Eric Peterson, Is it Practical for Not-For-Profits to Rely on BITs?*, Kluwer Arbitration Blog, September 10, 2010.

## Заклучение

---

Несмотря на то, что ДИДы не были изначально рассчитаны на предоставление гарантий и защиты неправительственному сектору, тем не менее они содержат в себе такой потенциал. В ряде ДИДов прямо указано на возможность охвата понятием «*инвестор*» НКО, в других – не содержится прямого запрета, а потому отсутствуют основания для исключения ИНКО из сферы их действия.

В ДИДах приводится достаточно обширный перечень активов, которые могут составлять инвестиции и определяется чаще всего широко через категорию «*любой вид активов (капиталовложений, имущества и пр.)*», что может означать имущество (права, интересы), имеющее экономическую ценность, независимо от его коммерческого характера. Не содержится в ДИДах и ограничений по целям инвестирования: ими могут быть не только получение прибыли, но и достижение любого полезного эффекта.

Препятствием в юрисдикционных вопросах могут служить подходы некоторых арбитражных трибуналов как по Конвенции ICSID, так и по правилам ЮНСИТРАЛ, использующие объективные критерии инвестиций, среди последних ИНКО наиболее сложно соответствовать тесту на *коммерческую цель инвестиции*. С этой точки зрения приобретение ИНКО в собственность предприятий, покупка ценных бумаг, взносы в уставный капитал совместных предприятий, кредиты, а также банковские вклады и приобретение недвижимости являются, бесспорно, инвестициями, а вот техническая помощь, финансирование общественно-полезной некоммерческой деятельности, гранты, предоставляемые ИНКО выпадают из категории инвестиций.

Если ИНКО удастся преодолеть юрисдикционные барьеры, то как показал анализ, отдельные нарушения их правового статуса вполне могут попасть под защиту ДИДа. В частности, инвестиционная защита может охватывать случаи *экспроприации активов ИНКО, нарушение национального режима и справедливого и равноправного обращения, полной защиты и безопасности*. Более точная оценка будет дана арбитражным трибуналом на основе конкретных фактов и обстоятельств.

Таким образом, ни один из ДИДов не содержит однозначного запрета либо критического препятствия для защиты ИНКО. Арбитражная практика по каждому из требований складывается по-разному и широкий подход трибуналов к рассматриваемым вопросам предоставляет ИНКО право на инвестиционную защиту на основе ДИДов. Осторожность суждений связана, главным образом, с полным отсутствием прецедентов, наличие которых предоставило бы фактический материал для анализа.

Определенными ограничениями в вопросах защиты прав некоммерческих инвесторов будут служить оговорки, которые сделали Договаривающиеся стороны в ДИДах (например, оговорка о существенной предпринимательской деятельности в отношении инвесторов, об осуществлении организациями экономической деятельности и др.) и исключения для определенных сфер. С опорой на конкретные обстоятельства дела возможны также возражения государства, основанные на допустимом регулировании и на необходимости, вызванной защитой значимых интересов. И наконец, для большинства видов деятельности ИНКО, направленных на участие в проектах развития, затруднительно определить размер ущерба, а другие меры (моральный вред, понуждение к исполнению обязательств) недостаточно разработаны.

Подытоживая, отметим, что целью анализа потенциала инвестиционной защиты не обязательно является собственно подача иска. Порой, осознание возможности инвестиционного арбитража может быть достаточным, чтобы побудить правительство переосмыслить политику, которая угрожает ИНКО. Надеемся, что результаты анализа будут полезны также для выстраивания адвокационных компаний или структурирования инвестиций ИНКО в страну<sup>105</sup>.

---

<sup>105</sup> К примеру, хорошей практикой является заключения ИНКО специальных соглашений с правительством наподобие инвестиционных, которые содержат весь спектр гарантий без необходимости выстраивать систему допущений и расширительного толкования отдельных терминов согласно ДИДу. См., например: Соглашение от 31 октября 2002 года об экономическом сотрудничестве между Правительством Кыргызской Республики и Фондом Ага Хана по экономическому развитию.

## Использованная литература

---

### Международные конвенции, соглашения, законодательство

1. Конвенция о порядке разрешения инвестиционных споров между государствами и иностранными лицами от 18 марта 1965 года. Ратифицирована Законом КР от 5 июля 1997 года N 47.
2. Соглашение между Швейцарским Федеральным Советом и Правительством Кыргызской Республики о поощрении и взаимной защите инвестиций от 29 января 1999 года.
3. Соглашение между Правительством Кыргызской Республики и Правительством Французской Республики о взаимном поощрении и защите инвестиций от 2 июня 1994 года.
4. Договор между Республикой Кыргызстан и Соединенными Штатами Америки о поощрении и взаимной защите капиталовложений от 19 января 1993 года.
5. Договор между Кыргызской Республикой и Федеративной Республикой Германия о содействии осуществлению и взаимной защите капиталовложений от 28 августа 1997 года.
6. Закон КР «Об иностранных инвестициях в Кыргызской Республике» от 24 сентября 1997 года N 66.

### Анализы и Заключение к проектам законов

7. Анализ проекта Закона Кыргызской Республики «О внесении дополнений и изменений в некоторые законодательные акты Кыргызской Республики» (проекта Закона об иностранных представителях), подготовленный Международным центром некоммерческого права (МЦНП) 7 декабря 2022 года.
8. Анализ проекта Закона Кыргызской Республики «О внесении дополнений и изменений в некоторые законодательные акты Кыргызской Республики» (Закон Кыргызской Республики «О некоммерческих организациях» и Уголовный кодекс Кыргызской Республики), подготовленный правовой клиникой Адилет.
9. Анализ к проекту Закона об иностранных агентах, подготовленный Гражданской платформой: <https://platforma.kg/our-priorities/2022/analiz-k-proektu-zakona-ob-inostrannyh-agentah/>.

10. Заключение специального докладчика ООН на Законопроект об иностранных представителях <https://kyrgyzstan.un.org/ru/2484228>.

### Публикации, статьи

11. Гарри Борн, Международный арбитраж: право и практика, М., 2020.
12. Christoph Schreuer et al., The ICSID Convention: A Commentary (2<sup>nd</sup> ed. 2009).
13. Rudolph Dolzer and Christoph Schreuer, Principles of International Investment Law. Second edition. Oxford University Press.
14. Zachary Douglas, The International Law of Investment Claims. Cambridge: Cambridge University Press; 2009.
15. Nick Gallus and Luke Eric Peterson, "International Investment Treaty Protection of NGOs, in William W. Park (ed), Arbitration International, Oxford University Press 2006, Volume 22 Issue 4) pp. 527 – 548.
16. Timothy C. Evered, "Foreign Investment Issues for International Non-Governmental Organizations: International Health Projects in China and the Former Soviet Union," Buffalo Journal of International Law: Vol. 3: No. 1, Article 6. Available at: <https://digitalcommons.law.buffalo.edu/bjil/vol3/iss1/6>.
17. Sabine Konrad, Protection for Non-Profit Organisations, in International Investment Law, Bungenberg, Griebel, Hobe, Reinisch, p. 555-565.
18. Lisa Bench Nieuwveld, Bilateral Investment Treaty Protections And Not-For-Profits: Practically, Is It Worth It?, Kluwer Arbitration Blog, August 26, 2010. <https://arbitrationblog.kluwerarbitration.com/2010/08/26/bilateral-investment-treaty-protections-and-not-for-profits-practically-is-it-worth-it/>.
19. Luke Eric Peterson, Is it Practical for Not-For-Profits to Rely on BITs?, Kluwer Arbitration Blog, September 10, 2010. <https://arbitrationblog.kluwerarbitration.com/2010/09/10/2412/>.
20. Luke Eric Peterson, Can evicted aid groups sue Sudan for breach of investment treaties?, Kluwer Arbitration Blog, March 27, 2009. <https://arbitrationblog.kluwerarbitration.com/2009/03/27/can-evicted-aid-groups-sue-sudan-for-breach-of-investment-treaties/>.
21. Luke Eric Peterson, Bringing not-for-profit investment claims to ICSID, Kluwer Arbitration Blog, April 26, 2009. <https://arbitrationblog.kluwerarbitration.com/2009/04/26/bringing-not-for-profit-investment-claims-to-icsid/>.

22. Luke Eric Peterson, Nick Gallus, The Shifting Landscape for American Not-for-Profit Organizations International Investment Treaty Protection of Not-for-Profit Organizations / The International Journal of Not-for-Profit Law, Volume 10, Issue 1, December 2007.  
<https://www.icnl.org/resources/research/ijnl/international-investment-treaty-protection-of-not-for-profit-organizations>.
23. Berk Demirkol, 'Chapter 5: Material Scope of Application: Definition of Investment with Reference to Cases Involving Central Asian States', in Kiran N. Gore, Elijah Putilin, et al. (eds), International Investment Law and Investor-State Disputes in Central Asia: Emerging Issues, Kluwer Law International 2022), p. 101-122.
24. Crina Baltag, 'Chapter 4: The Notion of 'Investor' in Central Asian Investment Treaties and Arbitration Practice', in Kiran N. Gore, Elijah Putilin, et al. (eds), International Investment Law and Investor-State Disputes in Central Asia: Emerging Issues, Kluwer Law International 2022), pp. 85 – 100.
25. Amokura Kawharu, 'Part III Chapter 11: Participation of Non-governmental Organizations in Investment Arbitration as Amici Curiae', in Michael Waibel, Asha Kaushal, et al. (eds), The Backlash against Investment Arbitration, Kluwer Law International 2010), pp. 275 – 296.
26. UNCTAD, Issues in International Investment Agreements: Scope and Definition (United Nations, New York and Geneva, 1999), p. 34.
27. International Investment Treaty Protection of Not-for-Profit Organizations Working Paper Regional NGO Law Rapid-Response Mechanism, Supported by USAID May 2008 update. [https://www.icnl.org/wp-content/uploads/cfr\\_BITNPOProtection2.pdf](https://www.icnl.org/wp-content/uploads/cfr_BITNPOProtection2.pdf).