

Китайские государственные компании в международном инвестиционном арбитраже¹

Андреева Н. С.^{1,2}

¹ Национальный исследовательский университет «Высшая школа экономики» (Москва, Российская Федерация)

² ООО «Кучер Кулешов Максименко и партнеры» (Москва, Российская Федерация)

E-mail: nat.s.andreeva@gmail.com

Аннотация

В последнее десятилетие китайские государственные компании всё чаще инвестируют за рубеж в рамках имплементации инициативы Правительства Китайской Народной Республики «Пояс и путь» и стратегического плана «Сделано в Китае 2025». В связи с увеличением объема инвестиций растет и риск нарушения прав китайских государственных инвесторов. В данной статье автор исследует вопрос о том, есть ли право у китайских государственных компаний, контролируемых Китайской Народной Республикой, инициировать международный инвестиционный арбитраж против принимающего государства, и приходит к выводу о том, что для ответа на этот вопрос необходимо установить, реализовывала ли фактически компания государственную функцию в рамках конкретного инвестиционного проекта.

Ключевые слова: китайские государственные компании, инвестиции, международные инвестиционные соглашения, Международный центр по урегулированию инвестиционных споров.

Для цитирования: Андреева Н. С. Китайские государственные компании в международном инвестиционном арбитраже // Теоретическая и прикладная юриспруденция. 2025. № 2 (24). С. 139–147. EDN: BURRVA

Chinese State-Owned Entities in International Investment Arbitration²

Andreeva N. S.^{1,2}

¹ National Research University Higher School of Economics (Moscow, Russian Federation)

² Kucher Kuleshov Maximenko & Partners LLC (Moscow, Russian Federation)

E-mail: nat.s.andreeva@gmail.com

Abstract

Over the past decade, Chinese state-owned entities have increasingly invested abroad as part of the implementation of the People's Republic of China Government's Belt and Road Initiative and the "Made in China 2025" strategic plan. As the volume of investment increases, the risk of infringement of Chinese state-owned investors' rights is also growing. In this article, the author analyzes whether Chinese state-owned companies controlled by the People's Republic of China have the right to initiate international investment arbitration against the host state, and concludes that to answer this question it is necessary to analyze the circumstances of investment in each specific investment project.

¹ В научной работе использованы результаты стратегического проекта «Правовые механизмы преодоления неравенства», выполненного в рамках проектной научно-исследовательской деятельности факультета права НИУ ВШЭ в 2023–2024 уч. году.

² This research paper uses the results of the strategic project "Legal Mechanisms for Overcoming Inequality", carried out as part of the project research activities of the Faculty of Law of the National Research University Higher School of Economics in 2023–2024 academic year.

Keywords: Chinese state-owned companies, investment, international investment agreements, International Center for Settlement of Investment Disputes.

For citation: Andreeva, N. S. (2025) Chinese State-Owned Entities in International Investment Arbitration. *Theoretical and Applied Law*. No. 2 (24). Pp. 139–147. (In Russ.)

Несмотря на четыре десятилетия интенсивных государственных реформ в Китайской Народной Республике (далее — КНР), направленных на приватизацию и увеличение доли частного капитала, китайские государственные компании продолжают сохранять важное значение в национальной экономике КНР, существенным образом конкурируя с компаниями частного сектора. На сегодняшний день в КНР остается более чем 150 000 государственных компаний³, которые обеспечивают занятость 16 % трудоспособного населения КНР⁴. В ноябре 2022 г. общая стоимость активов китайских государственных компаний достигла 205,5 трлн юаней (30,36 трлн долл. США)⁵.

Китайские государственные компании не только играют главную роль в национальной экономике КНР, но и стали важнейшим инструментом в имплементации амбициозной инициативы Правительства КНР «Пояс и путь» (Belt and Road Initiative), стратегического плана «Сделано в Китае 2025» (Made in China 2025) и «Глобальной инициативы в области развития» (Global Development Initiative, GDI). Суть инициативы «Пояс и путь» заключается в поиске, формировании и продвижении новой модели международного сотрудничества КНР и реализации проектов в транспортной, логистической и торговой сфере⁶. «Сделано в Китае 2025» представляет собой стратегию, направленную на повышение конкурентоспособности китайской экономики и призванную превратить КНР в центр производства высокотехнологичной продукции в ближайшие несколько десятилетий⁷. «Глобальная инициатива в области развития» направлена на сотрудничество в области индустриализации и цифровой экономики и, как заявил министр иностранных дел КНР Wang Yi, является комплементарной инициативе «Пояс и путь»⁸.

Объем китайских инвестиций на территорию РФ растет с каждым годом, и по состоянию на 2023 г. превысил 50 млрд долл. США⁹. Заместитель министра экономического развития РФ В. Ильичев заявил, что РФ и КНР в 2024 г. планируют запустить совместные инвестиционные проекты по нескольким направлениям, в числе которых судостроение, сквозные технологии и «зеленая» энергия. Накопленный объем прямых инвестиций из КНР в РФ за первый квартал 2023 г. увеличился на 40 % в годовом выражении¹⁰. При этом самые крупные инвестиции КНР в РФ осуществляются китайскими государственными компаниями — China National Petroleum Corporation, Sinopec, China Huaming International Investment Corporation¹¹.

Учитывая увеличение объема иностранных инвестиций китайских государственных компаний и сопутствующих рисков экспроприации и иных нарушений стандартов защиты инвестиций, закономерно, что они всё чаще начинают использовать механизмы разрешения споров, предусмотренные международными инвестиционными соглашениями (далее — МИС), в том числе Международный центр по урегулированию инвестиционных споров (далее — МЦУИС), созданный в соответствии с Вашингтонской конвенцией 1965 г. о порядке разрешения инвестиционных споров между государствами и иностранн

³ Du M. (2022) The Status of Chinese State-owned Enterprises in International Investment Arbitration: Much Ado about Nothing? *Chinese Journal of International Law*. 787 p. DOI: 10.1093/chinesejil/jmab040

⁴ Zhang Ch. (2019) How Much Do State-owned Enterprises Contribute to China's GDP and Employment? DOI: 10.1596/32306

⁵ The State Council information office of the People's Republic of China. China's local SOEs see growing asset in 2022. URL: http://english.scio.gov.cn/pressroom/2023-01/13/content_85058277.htm (дата обращения: 28.03.2024).

⁶ Parepa L.-A. (2020) The Belt and Road Initiative as continuity in Chinese foreign policy. *Journal of Contemporary East Asia Studies*. 181 p. DOI: 10.1080/24761028.2020.1848370

⁷ MERICS. Made in China 2025. The making of a high-tech superpower and consequences for industrial countries, 2016. URL: <https://merics.org/en/report/made-china-2025> (дата обращения: 28.03.2024).

⁸ Hu R. (2024) Assembling China's Belt and Road Initiative: Discourse, Institution, and Materials. *International Political Sociology*. Vol. 18, Iss. 1. 2 p. DOI: 10.1093/ips/olae002 (дата обращения: 28.03.2024).

⁹ РАСПП. Топ крупнейших китайских инвестиций в Россию. URL: https://raspp.ru/business_news/top-11-kitayskikh-investitsiy-v-rossiyu (дата обращения: 28.03.2024).

¹⁰ ТАСС. РФ и КНР в 2024 году запустят совместные проекты по сквозным технологиям и судостроению. URL: <https://tass.ru/ekonomika/19569709> (дата обращения: 28.03.2024).

¹¹ РАСПП. Топ крупнейших китайских инвестиций в Россию. URL: https://raspp.ru/business_news/top-11-kitayskikh-investitsiy-v-rossiyu (дата обращения: 28.03.2024).

ми лицами (далее — Конвенция). Однако вопрос о том, наделены ли китайские государственные компании правом инициировать арбитраж против принимающего инвестиции государства согласно МИС, является дискуссионным, поскольку существует распространенная точка зрения о том, что Конвенция предназначена для защиты частных инвестиций и в связи с этим не наделяет таким правом компании, которые контролируются государством¹².

Китайские государственные компании в международных инвестиционных соглашениях с участием КНР

Анализ вопроса о том, распространяется ли на китайские государственные компании статус инвестора, необходимый для инициирования международного инвестиционного арбитража, необходимо начать с текстов МИС, заключенных КНР. МИС содержат определения инвестора и инвестиций, исходя из которых можно установить, распространяется ли на ту или иную государственную компанию, выступающую в качестве инвестора, защита данного МИС.

Исходя из текстов МИС, заключенных КНР, можно сделать вывод, что государственная компания прямо не упоминается в них в понятии инвестора, но в ряде МИС, заключенных после 2010 г., есть указание на то, что инвестор может контролироваться как частным лицом, так и государством. Кроме того, все МИС, заключенные КНР, не содержат указания на исключение государственных компаний из понятия инвестора.

В основном термин «инвестор» в МИС, заключенных КНР, определяется достаточно широко. Так, в ст. 1 двустороннего инвестиционного соглашения (далее — ДИС) между КНР и Российской Федерацией, заключенного 9 ноября 2006 г., термин «инвестор» определяется как «любое юридическое лицо, включая компании, ассоциации, товарищества и иные организации, созданные или учрежденные в соответствии с законами и иными нормативными правовыми актами любой Договаривающейся Стороны и имеющие свое местонахождение на территории этой Договаривающейся Стороны»¹³. Также в ст. 1 ДИС между КНР и Германией, заключенного 1 декабря 2003 г., термин «инвестор» для китайской стороны означает «хозяйствующие субъекты, включая компании, корпорации, ассоциации, партнерства и другие организации, зарегистрированные и учрежденные в соответствии с законами и нормативными актами Китайской Народной Республики и имеющие свои представительства в Китайской Народной Республике, независимо от того, являются ли они коммерческими и ограничены ли их обязательства»¹⁴. Аналогичным образом в ст. 1 ДИС между КНР и Швейцарией, заключенного 27 января 2009 г., указано, что под инвестором понимаются также «юридические лица, включая компании, корпорации, коммерческие объединения и другие организации, которые учреждены или иным образом должным образом организованы в соответствии с законодательством этой Договаривающейся Стороны и имеют свое местонахождение вместе с реальной экономической деятельностью на территории той же Договаривающейся Стороны»¹⁵.

Учитывая увеличение объема иностранных инвестиций китайских государственных компаний, закономерно, что в более поздних ДИС, заключенных КНР, в понятии инвестора содержится указание на то, что инвестор может находиться под контролем государства. Очевидно, что таким образом Правительство КНР намеревалось обеспечить распространение на китайские государственные компании защиту ДИС в случае нарушения их прав в процессе инвестирования за рубеж. Например, в ст. 1 ДИС между КНР

¹² См. Cortesi G. A. (2017) ICSID Jurisdiction with Regard to State-Owned Enterprises — Moving Toward an Approach Based on General International Law. *The Law and Practice of International Courts and Tribunals*. Vol. 16, No. 1. Pp. 108–138. DOI: 10.1163/15718034-12341344

¹³ Соглашение между Правительством Российской Федерации и Правительством Китайской Народной Республики о поощрении и взаимной защите капиталовложений (подписано 9 ноября 2006 г., вступило в силу 1 мая 2009 г.), статья 1. URL: <https://investmentpolicy.unctad.org/international-investment-agreements/treaty-files/775/download> (дата обращения: 28.03.2024).

¹⁴ Agreement Between the People's Republic of China and the Federal Republic of Germany on encouragement and reciprocal protection of investments (signed 1 December 2003, entered into force 11 November 2005), Article 1. URL: <https://investmentpolicy.unctad.org/international-investment-agreements/treaty-files/736/download> (дата обращения: 28.03.2024).

¹⁵ Agreement Between the Swiss Federal Council and the Government of the People's Republic of China on the promotion and reciprocal protection of investments (signed 27 January 2009, entered into force 13 April 2010), Article 1. URL: <https://investmentpolicy.unctad.org/international-investment-agreements/treaty-files/4811/download> (дата обращения: 28.03.2024).

и Танзаний, заключенного 24 марта 2013 г., инвестор определяется как «гражданин или предприятие одной Договаривающейся Стороны, которое инвестирует или инвестировало ранее на территории другой Договаривающейся Стороны». При этом термин «предприятие» подразумевает «любое юридическое лицо, включая компании, фирмы, ассоциации, партнерства и другие организации, зарегистрированные или учрежденные в соответствии с законами и нормативными актами любой из Договаривающихся Сторон и которые имеют свое местонахождение и осуществляют существенную коммерческую деятельность в этой Договаривающейся Стороне, независимо от того, находятся ли они в собственности или под контролем частного лица или правительства»¹⁶. Аналогичное определение содержится в ДИС между КНР и Республикой Узбекистан, заключенном 19 апреля 2011 г.¹⁷, и ДИС между КНР и Демократической Республикой Конго, заключенном 11 августа 2011 г.¹⁸

Еще более детализированное понятие инвестора содержится в Соглашении о региональном всеобъемлющем экономическом партнерстве, заключенном 15 ноября 2020 г. десятью государствами Ассоциации государств Юго-Восточной Азии (АСЕАН)¹⁹, а также КНР, Японией, Республикой Корея, Австралией и Новой Зеландией (далее — RCEPA). В ст. 10.1(f) RCEPA понятие «инвестор» означает «любое юридическое лицо, учрежденное или организованное в соответствии с применимым законодательством, независимо от того, является ли оно коммерческим или нет, частным или государственным, включая любую корпорацию, траст, партнерство, совместное предприятие, индивидуального предпринимателя, ассоциацию или аналогичную организацию, а также филиал юридического лица»²⁰.

Таким образом, можно сделать вывод, что МИС, заключенные КНР, не препятствуют распространению на китайские государственные компании статуса инвестора, имеющего право инициировать международный инвестиционный арбитраж против государства. Однако даже если китайская государственная компания наделена таким правом согласно МИС, это не означает, что право инициировать международный инвестиционный арбитраж у нее есть согласно Конвенции.

Право инициирования международного инвестиционного арбитража китайской государственной компанией согласно Конвенции

Как было указано выше, Конвенция не дает однозначного ответа на вопрос о том, есть ли у китайских государственных компаний право инициировать арбитражное разбирательство против принимающего государства. Исходя из текста преамбулы Конвенции можно сделать вывод, что она была разработана для поощрения международных частных (а не государственных) инвестиций²¹. В ст. 25 (1) Конвенции предусмотрено, что МЦУИС компетентен рассматривать споры только между договаривающимся государством и лицом другого договаривающегося государства. Главный разработчик Конвенции и генеральный секретарь МЦУИС Арон Броше (Aron Broches) указывал, что в процессе согласования текста Конвенции государства договорились, что споры между государствами исключаются из юрисдикции МЦУИС. Поэтому споры между государствами и государственными компаниями, которые контролируют

¹⁶ Agreement Between the Government of the People's Republic of China and the Government of the United Republic of Tanzania concerning the promotion and reciprocal protection of investments (signed 24 March 2013, entered into force 17 April 2014), Article 1. URL: <https://investmentpolicy.unctad.org/international-investment-agreements/treaty-files/6085/download> (дата обращения: 28.03.2024).

¹⁷ Agreement Between the Government of the People's Republic of China and the Government of the Republic of Uzbekistan concerning the promotion and reciprocal protection of investments (signed 19 April 2011, entered into force 30 December 2011), Article 1. URL: <https://investmentpolicy.unctad.org/international-investment-agreements/treaty-files/3357/download> (дата обращения: 28.03.2024).

¹⁸ Agreement Between the Government of the People's Republic of China and the Government of the Democratic Republic of the Congo on the promotion and protection of investments (signed 11 August 2011, entered into force 17 November 2016), Article 1. URL: <https://investmentpolicy.unctad.org/international-investment-agreements/treaty-files/7893/download> (дата обращения: 28.03.2024).

¹⁹ Ассоциация государств Юго-Восточной Азии (АСЕАН) — региональная межправительственная организация, которая включает в себя Бруней-Даруссалам, Вьетнам, Индонезию, Камбоджу, Лаос, Малайзию, Мьянму, Сингапур, Таиланд, Филиппины.

²⁰ Regional Comprehensive Economic Partnership Agreement, Article 10.1(f). URL: <https://investmentpolicy.unctad.org/international-investment-agreements/treaty-files/6032/download> (дата обращения: 28.03.2024).

²¹ «Принимая во внимание потребность в международном сотрудничестве для экономического развития и значение в этом частных иностранных инвестиций...» (выделено автором. — Н. А.).

ются иными иностранными государствами, являющиеся де-факто спорами между государствами, также не относятся к юрисдикции МЦУИС²².

А. Броше является автором формулы, которая вошла в историю международного инвестиционного арбитража как «тест Броше». Она призвана определить возможность распространения статуса «лица другого договаривающегося государства», согласно Конвенции, на государственную компанию. Согласно тесту Броше, государственная компания может признаваться «лицом другого договаривающегося государства» по смыслу Конвенции, если она (1) не является агентом государства или (2) не выполняет государственную функцию²³. Следовательно, возникает вопрос, могут ли китайские государственные компании, контролируемые государством, расцениваться в качестве «лица другого договаривающегося государства», согласно Конвенции?²⁴

Для того чтобы определить, проходят ли китайские государственные компании тест Броше, необходимо проанализировать степень государственного контроля КНР над этими компаниями. Китайские государственные компании существенным образом зависят от Коммунистической партии Китая и исполнительной власти КНР в вопросах корпоративного управления. Это свидетельствует об определенной степени политического влияния и контроля государства над ними. Они несут ответственность за «тщательное воплощение в жизнь и осуществление линии и политики партии, а также стратегическое планирование государства». Законодательство КНР связывает деятельность государственных компаний в конкретных секторах экономики с поддержкой Государственного совета КНР. Государственный совет КНР содействует крупным компаниям с государственным участием, которые функционируют в сфере инфраструктуры и природных ресурсов²⁵.

Китайские государственные компании существуют в различных организационно-правовых формах и имеют различную степень контроля государства. С точки зрения степени государственного контроля их можно подразделить на центральные и местные. Центральные государственные компании (*yang qi*) находятся ближе к политическому центру и контролируются Государственной комиссией по надзору и управлению государственными активами КНР (далее — SASAC)²⁶.

SASAC была создана в 2003 г. Правительством КНР в рамках длительного процесса реформ, призванного устранить неэффективность китайских государственных компаний. SASAC представляет собой исполнительный орган министерского уровня, который находится в прямом подчинении Государственного совета КНР и осуществляет управление государственными активами. Так, в силу законодательства КНР SASAC:

- 1) выполняет обязанности инвестора (в том числе в процессе инвестирования за рубежом);
- 2) осуществляет надзор и управление активами центральных государственных компаний;
- 3) занимается усовершенствованием процесса управления государственными активами;
- 4) несет ответственность за надзор за сохранением и увеличением стоимости государственных активов центральных государственных компаний;
- 5) разрабатывает политику, регулирующую распределение доходов высшего руководства центральных государственных компаний, и контролирует имплементацию этой политики;
- 6) назначает и снимает с должности топ-менеджмент центральных государственных компаний²⁷.

Непосредственно Правительство КНР сохраняет контроль только в государственных компаниях, которые функционируют в стратегических отраслях экономики, либо через единоличное владение, либо

²² Braches A. (1995) Selected Essays: World Bank, ICSID, and other subjects of public and private international law. Pp. 201–202.

²³ Там же.

²⁴ См. Cortesi G. A. (2017) ICSID Jurisdiction with Regard to State-Owned Enterprises — Moving Toward an Approach Based on General International Law. *The Law and Practice of International Courts and Tribunals*. Vol. 16, No. 1. Pp. 110–111. DOI: 10.1163/15718034-12341344

²⁵ Li J. State-owned Enterprises in the Current Regime of Investor-State Arbitration. *The Role of the State in Investor-State Arbitration*. Leiden: Brill. 2014. 384 p.

²⁶ Du M. (2022) The Status of Chinese State-owned Enterprises in International Investment Arbitration: Much Ado about Nothing? *Chinese Journal of International Law*. P. 799. DOI: 10.1093/chinesejil/jmab040; Li J. State-owned Enterprises in the Current Regime of Investor-State Arbitration. *The Role of the State in Investor-State Arbitration*. Leiden: Brill. 2014. P. 385.

²⁷ State-owned Assets Supervision and Administration Commission of the State Council. What we do. URL: http://en.sasac.gov.cn/2018/07/17/c_9258.htm (дата обращения: 28.03.2024).

через контрольный пакет акций. При этом роль Правительства КНР в других нестратегических секторах экономики значительно меньше²⁸.

В практике международного инвестиционного арбитража уже анализировался вопрос контроля КНР над китайскими государственными компаниями и право китайской государственной компании на инициирование международного инвестиционного арбитража. Так, в 2002 г. Beijing Urban Construction Group (BUCG), китайская государственная компания, контролируемая SASAC, выиграла международный тендер на строительство аэропорта в Сане (Йемен), конкурируя при этом с частными компаниями. В ноябре 2014 г. BUCG инициировала арбитражное разбирательство в МЦУИС против Йемена в связи с экспроприацией инвестиций BUCG²⁹.

В этом деле Йемен заявил возражения относительно юрисдикции арбитражного трибунала на рассмотрение спора. Так, Йемен заявил, что BUCG являлась государственным агентом и лицом, выполняющим государственные функции. Таким образом, по мнению Йемена, BUCG не проходила оба критерия теста Броше и, соответственно, не имела права инициировать арбитражное разбирательство в МЦУИС³⁰. Ответчик намеревался продемонстрировать, что BUCG являлась агентом КНР, который осуществлял деятельность на суверенной территории Йемена, обеспечивая национальные интересы КНР³¹.

Арбитражный трибунал пришел к выводу, что сам по себе факт того, что компания находится в собственности или контролируется государством, не делает ее государственным органом. Йемен ссыался на различные документы BUCG, описывающие ее корпоративную структуру, цели деятельности и процесс принятия решений во взаимодействии с государственными органами КНР, чтобы продемонстрировать, что BUCG распоряжается государственным имуществом под контролем государства³². Тем не менее арбитражный трибунал пришел к выводу, что подобные механизмы осуществления корпоративного контроля являются свойственными экономической модели КНР в целом. Однако этого недостаточно для того, чтобы признать BUCG агентом государства. Арбитражный трибунал проанализировал устав BUCG и пришел к выводу о том, что BUCG самостоятельно несет имущественную ответственность, а также ведет свою бухгалтерскую отчетность. Таким образом, трибунал не счел убедительными аргументы Йемена о том, что BUCG действовала в качестве агента китайского правительства и осуществляла государственные функции³³.

Арбитражный трибунал сделал акцент на том, что BUCG участвовала в международном тендере на строительство аэропорта, конкурируя с другими потенциальными подрядчиками — частными компаниями. При этом Йемену было известно о том, что BUCG является государственной компанией, поскольку в тендерной документации, которую представила BUCG, она была поименована в качестве «одной из 500 лидирующих государственных компаний» в КНР³⁴. Арбитражный трибунал также обратил внимание на противоречия в аргументации Йемена. Йемен и Управление гражданской авиации и метеорологии Йемена прекратили контракт с BUCG не в связи с действиями КНР, а в связи с тем, что BUCG не выполняла работы в соответствии с коммерчески приемлемыми стандартами. Эти фактические обстоятельства стали для арбитражного трибунала решающими и позволили прийти к выводу о том, что BUCG действовала в процессе исполнения контракта с Йеменом, выполняя коммерческие функции, а не как агент Правительства КНР³⁵.

Государственный контроль, свойственный экономической модели КНР, не имел значения для установления природы деятельности BUCG в процессе строительства аэропорта в Йемене. Одобрение инве-

²⁸ Li J. *State-owned Enterprises in the Current Regime of Investor- State Arbitration. The Role of the State in Investor-State Arbitration*. Leiden: Brill. 2014. P. 385.

²⁹ Beijing Urban Construction Group Co. Ltd. v. Republic of Yemen, ICSID Case No. ARB/14/30, Decision on Jurisdiction, 31 May 2017, para. 22.

³⁰ Beijing Urban Construction Group Co. Ltd. v. Republic of Yemen, ICSID Case No. ARB/14/30, Decision on Jurisdiction, 31 May 2017, para. 29.

³¹ Beijing Urban Construction Group Co. Ltd. v. Republic of Yemen, ICSID Case No. ARB/14/30, Decision on Jurisdiction, 31 May 2017, para. 37.

³² Beijing Urban Construction Group Co. Ltd. v. Republic of Yemen, ICSID Case No. ARB/14/30, Decision on Jurisdiction, 31 May 2017, paras. 37-38.

³³ Beijing Urban Construction Group Co. Ltd. v. Republic of Yemen, ICSID Case No. ARB/14/30, Decision on Jurisdiction, 31 May 2017, para. 39.

³⁴ Beijing Urban Construction Group Co. Ltd. v. Republic of Yemen, ICSID Case No. ARB/14/30, Decision on Jurisdiction, 31 May 2017, para. 32.

³⁵ Beijing Urban Construction Group Co. Ltd. v. Republic of Yemen, ICSID Case No. ARB/14/30, Decision on Jurisdiction, 31 May 2017, para. 40.

стирования на территории Йемена со стороны Управления иностранной экономики и торговли КНР не сделало китайское государство единоличным центром принятия решений по данному проекту³⁶.

В деле *Heilongjiang International Economic & Technical Cooperation Corp et al v. Mongolia* ответчик утверждал, что, по крайней мере, два истца, которые являются китайскими государственными компаниями, не подпадают под статус защищенных инвесторов в соответствии со ст. 1 ДИС, заключенного между КНР и Монголией 26 августа 1991 г.³⁷, поскольку китайские государственные компании не могут рассматриваться как «хозяйствующие субъекты»³⁸. По мнению ответчика, китайские государственные компании не являются «хозяйствующими субъектами» по своей природе, поскольку их целью не является получение прибыли. Китайские государственные компании не функционируют независимо от китайского государства, находятся под прямым контролем органов исполнительной власти КНР, которые давали прямое указание инвестировать за границу в целях реализации внешней политики КНР. Арбитражный трибунал при толковании термина «хозяйствующие субъекты» придерживался формалистского подхода. Поскольку в китайско-монгольском ДИС нет прямого исключения государственных компаний из числа «хозяйствующих субъектов», трибунал пришел к выводу, что инвестор может являться любым юридическим лицом, любой организационно-правовой формы, независимо от цели деятельности, формы собственности или контроля. В связи с этим арбитражный трибунал пришел к выводу о том, что у истцов есть право на иск³⁹.

Вопрос о том, осуществляют ли китайские государственные компании государственную функцию, также был предметом анализа в рамках процедуры разрешения споров ВТО. Апелляционный орган ВТО устанавливал, являются ли китайские государственные компании «публичными органами» в контексте Соглашения ВТО по субсидиям и компенсационным мерам, заключенного 15 апреля 1994 г.⁴⁰

Согласно Апелляционному органу ВТО, «публичный орган» представляет собой лицо, которое «обладает, осуществляет или наделено государственной властью». Чтобы сделать вывод о том, является ли то или иное лицо публичным органом, нужно оценить основные характеристики соответствующего лица и его отношения с правительством, в частности, осуществляет ли оно власть от имени правительства. То, что правительство осуществляет значимый контроль над лицом и его деятельностью, может служить, при определенных обстоятельствах, доказательством того, что соответствующее лицо самостоятельно осуществляет государственную власть. При этом то, что правительство является мажоритарным акционером лица, является важным элементом для анализа, но само по себе недостаточно для установления факта осуществления государственной власти⁴¹.

При оценке роли Правительства КНР в деятельности китайских государственных компаний Министерство торговли США (далее — USDOC) установило, что правительственная функция китайских государственных компаний представляет собой конституционный мандат КНР по сохранению преобладающей роли государственного сектора в экономике и поддержанию социалистической рыночной экономики. Более того, USDOC пришло к выводу, что Правительство КНР осуществляет значимый контроль над определенными категориями государственных компаний в КНР и использует эти компании в качестве инструментов для выполнения государственных функций. USDOC аргументировал свой вывод о выполнении китайскими государственными компаниями государственных функций следующим: 1) предоставление Правительством КНР прямых и косвенных выгод китайским государственным компаниям; 2) требования Правительства КНР к определенному поведению государственной компании для дости-

³⁶ *Beijing Urban Construction Group Co. Ltd. v. Republic of Yemen*, ICSID Case No. ARB/14/30, Decision on Jurisdiction, 31 May 2017, para. 43.

³⁷ Agreement Between the Government of the People's Republic of China and the Government of the Mongolian People's Republic concerning the encouragement and reciprocal protection of investments (signed 26 August 1991, entered into force 28 November 1993), Article 1. URL: <https://investmentpolicy.unctad.org/international-investment-agreements/treaty-files/760/download> (дата обращения: 28.03.2024).

³⁸ В соответствии со статьей 1(2) ДИС между КНР и Монголией к инвесторам относятся в том числе «хозяйствующие субъекты, созданные в соответствии с законодательством Китайской Народной Республики и имеющие юридический адрес на территории Китайской Народной Республики».

³⁹ *China Heilongjiang International Economic & Technical Cooperative Corp et al v. Mongolia*, PCA Case No. 2010-20, Award, 30 June 2017, paras. 408, 415.

⁴⁰ Соглашение ВТО по субсидиям и компенсационным мерам от 15 апреля 1994 г. URL: <https://docs.cntd.ru/document/902340088> (дата обращения: 28.03.2024).

⁴¹ WTO Appellate Body Report, *United States — Countervailing Duty Measures on Certain Products from China*, Recourse to Article 21.5 of the DSU by China, WT/DS437/AB/RW, 16 July 2019, para. 5.56.

жения определенных политических целей; 3) поддержание в государственных компаниях процента государственной собственности, необходимой для сохранения контроля КНР; 4) управление рынком с помощью компаний государственного сектора; 5) надзор SASAC за деятельностью государственных компаний; 6) контроль Правительства КНР над всеми назначениями руководства государственных компаний⁴².

Апелляционный орган ВТО поддержал вывод USDOC о том, что китайские государственные компании, которыми Правительство КНР владеет полностью или в которых является собственником контрольного пакета акций, являются «государственными органами», которые «обладают [правительственной властью], осуществляют [ее] или наделены правительственной властью». При этом китайские государственные компании, в которых Правительство КНР обладает значительной долей собственности, также могут осуществлять государственную власть, если будет установлено, что эти компании используются Правительством КНР в качестве «инструментов для поддержания социалистической рыночной экономики». Ранее Апелляционный орган ВТО также установил, что китайские государственные банки являются «государственными органами», учитывая объем и степень контроля, осуществляемого в их отношении Правительством КНР⁴³.

Подход Апелляционного органа ВТО пока не нашел своего отражения в практике международных инвестиционных арбитражей. Тем не менее многие исследователи такой подход к статусу китайских государственных компаний критикуют⁴⁴. Они отмечают, что система государственных компаний в КНР совершенствуется. Китайские государственные компании осуществляют коммерческую деятельность, конкурируя с государственными компаниями. Кроме того, по итогам нового раунда реформирования государственных компаний SASAC будет воздерживаться от выполнения функций государственного управления в отношении китайских государственных компаний. В связи с этим китайские государственные компании не могут расцениваться в качестве лиц, выполняющих правительственную функцию⁴⁵.

В итоге, даже если будет установлено, что китайская государственная компания является агентом КНР или реализует государственную функцию, этого не должно быть достаточно для ответа на вопрос о том, имеет ли эта компания право инициировать международный инвестиционный арбитраж против принимающего инвестиции государства. Необходимо установить, реализовывала ли эта компания государственную функцию фактически в рамках реализации конкретного инвестиционного проекта исходя из всей совокупности фактических обстоятельств дела.

В этом контексте следует согласиться с подходом арбитражного трибунала в деле Beijing Urban Construction Group Co. Ltd. v. Republic of Yemen, который хотя и признал убедительными аргументы Йемена о влиянии КНР на деятельность китайских государственных компаний, анализировал действия инвестора в рамках реализации конкретного инвестиционного проекта в Йемене: если китайская государственная компания осуществляла инвестирование как частный инвестор, есть основания, чтобы прийти к выводу о том, что на эту компанию должна распространяться такая же защита МИС, как и на частных инвесторов.

Список источников / References

1. Broches, A. (1995) Selected Essays: World Bank, ICSID, and other subjects of public and private international law. Pp. 201–202.
2. Cortesi, G. A. (2017) ICSID Jurisdiction with Regard to State-Owned Enterprises — Moving Toward an Approach Based on General International Law. *The Law and Practice of International Courts and Tribunals*. Vol. 16, No. 1. Pp. 108–138. DOI: 10.1163/15718034-12341344

⁴² WTO Appellate Body Report, United States — Countervailing Duty Measures on Certain Products from China, Recourse to Article 21.5 of the DSU by China, WT/DS437/AB/RW, 16 July 2019, para. 5.56.

⁴³ WTO Appellate Body Report, United States — Definitive Anti-Dumping and Countervailing Duties on Certain Products from China (“US — Antidumping and Countervailing Duties”), WT/DS379/AB/R, 11 March 2011, para. 355.

⁴⁴ Nelson D. (2021) How Do You Solve a Problem Like Maria? US — Countervailing Measures (China) (21.5) *World Trade Review*. P. 558. DOI: 10.1017/S1474745621000215

⁴⁵ Du M. (2022) The Status of Chinese State-owned Enterprises in International Investment Arbitration: Much Ado about Nothing? *Chinese Journal of International Law*. P. 801. DOI: 10.1093/chinesejil/jmab040

3. Du, M. (2022) The Status of Chinese State-owned Enterprises in International Investment Arbitration: Much Ado about Nothing? *Chinese Journal of International Law*. Pp. 785–815. DOI: 10.1093/chinesejil/jmab040
4. Hu, R. Assembling China's Belt and Road Initiative: Discourse, Institution, and Materials. *International Political Sociology*. Vol. 18, Iss. 1. Pp. 1–25. DOI: 10.1093/ips/olae002
5. Nelson, D. (2021) How Do You Solve a Problem Like Maria? US — Countervailing Measures (China) (21.5) *World Trade Review*. Pp. 556–565. DOI: 10.1017/S1474745621000215
6. Parepa, L.-A. (2020) The Belt and Road Initiative as continuity in Chinese foreign policy. *Journal of Contemporary East Asia Studies*. Pp. 175–201. DOI: 10.1080/24761028.2020.1848370
7. Zhang, Ch. (2019) How Much Do State-owned Enterprises Contribute to China's GDP and Employment? DOI: 10.1596/32306

Об авторе:

Андреева Наталья Сергеевна, старший юрист практики разрешения споров ООО «Кучер Кулешов Максименко и партнеры» (Москва, Российская Федерация); аспирант департамента правового регулирования бизнеса факультета права Национального исследовательского университета «Высшая школа экономики» (Москва, Российская Федерация)

e-mail: nat.s.andreeva@gmail.com

ORCID: 0000-0002-6417-4195

About the Author:

Natalia S. Andreeva, postgraduate student of the School of Legal Regulation of Business of the Faculty of Law, National Research University Higher School of Economics (Moscow, Russian Federation); Senior Associate at Dispute Resolution Practice Kucher Kuleshov Maximenko & Partners LLC (Moscow, Russian Federation)

e-mail: nat.s.andreeva@gmail.com

ORCID: 0000-0002-6417-4195