

МЕЖДУНАРОДНЫЕ ОРГАНИЗАЦИИ И МЕЖДУНАРОДНОЕ ЧАСТНОЕ ПРАВО

Ксенофонтов К.Е.

ДОПУСТИМОСТЬ ЭКСПРОПРИАЦИИ СОБСТВЕННОСТИ ИНОСТРАННОГО ИНВЕСТОРА ПРИНИМАЮЩИМ ГОСУДАРСТВОМ

***Аннотация.** Право государства на экспроприацию иностранных инвестиций считается одним из принципов международного инвестиционного права. Оно является частью международного обычая, закрепляется в международных договорах и судебно-арбитражной практике, признается большинством исследователей. При этом большинство источников международного инвестиционного права предъявляет требования к осуществлению акта принудительного изъятия собственности иностранного инвестора для признания его такого акта правомерным. Среди них обычно выделяются требования осуществления экспроприации в публичных целях, на недискриминационной основе, с соблюдением надлежащей правовой процедуры и с последующей выплатой компенсации. Если требование о выплате компенсации является общепризнанным, то о значении остальных в доктрине международного права ведутся интенсивные споры. В настоящей статье анализируется содержание этих требований и последствия их несоблюдения. В частности, делается предположение об ограниченном значении разграничения правомерной (то есть совершенной с выполнением предъявляемых международно-правовыми актами стандартов) и неправомерной национализации собственности иностранного инвестора. В статье приводится как доктринальные обоснования такой позиции, так и соответствующая практика международных арбитражей.*

***Ключевые слова:** иностранные инвестиции, национализация, экспроприация, иностранный инвестор, компенсация, принудительное изъятие инвестиций, защита инвестиций, капиталовложения, международное инвестиционное право, международный инвестиционный арбитраж*

***Review:** The right of a state to expropriate foreign investments is one of the principles of international investment law. It is a part of international customary law, and it is enshrined in international treaties, judicial and arbitration practice. It is also recognized by most scholars. At the same time most sources of international investment law establish a number of requirements for a lawful act of forced expropriation of property of a foreign investor. Among such requirements, they usually recognized the public goal of an expropriation, non-discriminatory basis for an expropriation, due legal procedure, and payment of compensation. And while the payment of compensation is generally recognized, the rest of the criteria have been objects to much debating. This article includes analysis of the contents of the above-mentioned requirements and the consequences of failure to comply with them. In particular, the author supposes that the distinguishing between a lawful (that is, performed in compliance with the international legal standards in the international legal acts) and unlawful nationalization of foreign investor property has a limited value. The author provides doctrinal basis for this position and the relevant practice of international tribunals.*

***Keywords:** foreign investments, nationalization, expropriation, foreign investor, compensation, forced expropriation of investments, investment protection, capital investment, international investment law, international investment arbitration.*

В международном инвестиционном праве существует устоявшийся принцип допустимости экспроприации иностранной собственности при условии выплаты инвестору надлежащей компенсации. Этот принцип закреп-

лен как в международно-правовых актах, включая двусторонние инвестиционные соглашения и региональные договоры, так и в общих принципах международного права, одной из форм выражения которых являются резолюции Генассамблеи

ООН¹. Зачастую он находит свое отражение и в национальном законодательстве.

Большинство двусторонних инвестиционных соглашений содержит в себе нормы об экспроприации, иногда отличающиеся друг от друга формулировками, но практически идентичные по существу. Например, в типовом соглашении между Правительством Российской Федерации и правительствами иностранных государств о поощрении и взаимной защите капиталовложений содержится следующая норма: «Капиталовложения инвесторов одной Договаривающейся Стороны, осуществленные на территории другой Договаривающейся Стороны, не могут быть подвергнуты мерам принудительного изъятия, равносильным по последствиям экспроприации или национализации (далее именуется – экспроприация), за исключением случаев, когда эти меры осуществляются в общественных интересах при соблюдении порядка, установленного в соответствии с законодательством этой другой Договаривающейся Стороны, не носят дискриминационного характера и влекут за собой выплату быстрой, адекватной и эффективной компенсации»². Похожее положение содержит Статья 1110 (1) Североамериканского соглашения о свободной торговле (НАФТА) устанавливает, что «Ни одна из Сторон не может прямо (directly) или непрямо (indirectly) национализировать или экспроприировать инвестиции инвестора или другой Стороны на своей территории, или принимать меры, равнозначные (tantamount) национализации или экспроприации таких инвестиций (далее – «экспроприация»), иначе как:

- (a) ради публичных целей;
- (b) на недискриминационной основе;
- (c) с соблюдением надлежащей правовой процедуры (due process of law) и ст. 1105(1), и

¹ О роли Резолюции в качестве международного обычая см. *Bin Cheng*. UN Resolutions on Outer Space: Instant International Customary Law // *Indian Journal of International Law*. 1965. №23. P. 35; *Kerwin G.J.* The Role of United Nations General Assembly Resolutions in Determining Principles of International Law in United States Courts // *Duke Law Journal*. 1983 №4. P. 879.

² Типовое соглашение утверждено Постановлением Правительства РФ «О заключении соглашений между Правительством Российской Федерации и правительствами иностранных государств о поощрении и взаимной защите капиталовложений». СЗ РФ. 2001. №25. С. 2578.

(d) выплатой компенсации в соответствии с параграфами 2-6».

К основным резолюциям ООН, содержащим в себе нормы относительно национализации иностранной собственности, относится, в частности, Хартия экономических прав и обязанностей государств, принятая резолюцией Генеральной Ассамблеи ООН 3281 (XXIX) 12 декабря 1974 г. В статье 2 Хартии установлено, что «каждое государство имеет право: регулировать и контролировать иностранные инвестиции в пределах действия своей национальной юрисдикции согласно своим законам и постановлениям и в соответствии со своими национальными целями и первоочередными задачами. Ни одно государство не должно принуждаться к предоставлению льготного режима иностранным инвестициям... национализировать, экспроприировать или передавать иностранную собственность. В этом случае государство, принимающее такие меры, должно выплачивать соответствующую компенсацию с учетом его соответствующих законов и постановлений и всех обстоятельств, которые это государство считает уместными». Важной также является Резолюция 1803 (XVII) Генеральной Ассамблеи ООН о неотъемлемом суверенитете над естественными ресурсами. Она содержит в себе положение, весьма похожее на то, которое включено в Хартию, а именно, она гласит, что «Разведка и эксплуатация таких ресурсов и распоряжение ими, так же как и ввоз требуемого для этих целей иностранного капитала, должны производиться в соответствии с правилами и условиями, которые народы и нации по своему свободно принятому решению считают необходимыми или желательными для разрешения, ограничения или запрещения таких видов деятельности... В случае предоставления разрешения использование ввезенного капитала и доходов с этого капитала регулируется условиями этого разрешения, действующими национальными законами и международным правом. Полученные прибыли должны во всех случаях распределяться в свободно согласованной пропорции между инвесторами и государством, в котором производятся инвестиции, причем должны приниматься надлежащие меры к тому, чтобы суверенитет этого госу-

дарства над его естественными богатствами и ресурсами ни под каким видом не нарушался. Национализация, экспроприация или реквизиция должны основываться на соображениях или мотивах общественной пользы, безопасности или национальных интересов, которые признаются более важными, чем чисто личные или частные интересы как граждан, так и иностранцев. В этих случаях владельцу уплачивается соответствующая компенсация согласно правилам, действующим в государстве, которое принимает эти меры в осуществление своего суверенитета, и в соответствии с международным правом. Во всех случаях, когда вопрос о компенсации вызывает спор, используются все возможности разрешения его в национальных судебных инстанциях государства, принимающего эти меры. Однако, по соглашению заинтересованных суверенных государств и других заинтересованных сторон, спор должен быть урегулирован в арбитражном порядке или международным судебным решением».

В целом, как отмечает И.З. Фархутдинов: «Международное право признает принудительное изъятие суверенным государством иностранной собственности, в том числе фактическое лишение проекта перспектив, при обстоятельствах, обговоренных в законодательном порядке, правомерным и справедливым, хотя вкладчику наносится существенный материальный ущерб»³. Среди этих требований упоминается отсутствие дискриминации, надлежащая цель осуществления экспроприации в виде публичного интереса и надлежащая правовая процедура. С этой точкой зрения соглашается и В.Н. Лисица: «Нормы об экспроприации являются важнейшими положениями, определяющими взаимоотношения государства и инвесторов, и лежат в основе регулирования инвестиционных отношений. Как показывает практика, в частности МЦУИС, большинство инвестиционных споров между иностранными инвесторами и принимающими государствами сводится к вопросу о том, правомерно ли была проведена экспроприация и подлежит ли выплата компенсация иностранному инвестору. По этой

причине нормы о национализации обычно всегда предусматриваются в заключаемых между государствами двусторонних международных договорах, а сама экспроприация отнесена к числу некоммерческих рисков, покрываемых гарантией, выдаваемой МАГИ»⁴. В целом, исследователи сходятся на том, что государства имеют право осуществлять принудительное изъятие собственности иностранного инвестора при соблюдении определенных требований.

Однако сам по себе вопрос разграничения правомерной и неправомерной экспроприации является крайне дискуссионным в литературе. В первую очередь споры вызывают правовые последствия правомерной и неправомерной экспроприации. Международные и национально-правовые акты предусматривают, что правомерная экспроприация в любом случае должна сопровождаться выплатой компенсации. Следовательно, возникает логичный вопрос о том, каковы правовые последствия неправомерной экспроприации. Очевидно, что за неправомерной экспроприацией, например, осуществляемой на дискриминационной основе, следует компенсация, но ее выплата подразумевается и в той ситуации, когда экспроприация соответствовала всем международно-правовым стандартам. Как справедливо отмечают Пол Комё и Стефан Кинселла «... право без надлежащего средства правовой защиты (remedy) бессодержательно (hollow), то есть не является правом вообще. Следовательно, якобы неправомерный акт, не отличающийся по своим правовым последствиям от правомерного, не может быть признан правонарушающим, поскольку такое разделение бессодержательно и вводит в заблуждение»⁵. Профессор Боуэтт признает, что «разделение правомерной и неправомерной экспроприации имеет достаточно мало ценности, если из него не следует никаких последствий»⁶. При этом он считает, что в реальности такое де-

³ Фархутдинов И.З. Принудительные формы изъятия иностранных инвестиций: теория и практика. Часть 1 // Вестник ФГУ ГРП при Минюсте России. 2011. №3.

⁴ Лисица В.Н., Правовое регулирование инвестиционных отношений: теория, законодательство и практика применения. Новосибирск: Новосибирский государственный университет. 2011. С. 95.

⁵ *Commeaux P. E., Kinsella S.N.* Protecting Foreign Investment Under International Law, Legal Aspects of Political Risk. New York: Oceana Publishing, 1997. p. 86

⁶ *Bowett D.W.* State Contracts with Aliens: Contemporary developments on compensation for termination and breach // *British Yearbook of International Law*. 1988. N. 59. P.59

ление все же имеет практический смысл, выражающийся в зависимости размера компенсации от правомерности изъятия. На этой же точке зрения стоит Ян Браунли, автор классической книги *Principles of public international law*. Он отмечает: «Практическая разница между экспроприацией незаконной *submodo*, то есть такой, при осуществлении которой не было соблюдено лишь положение о компенсации, и экспроприацией незаконной *per se* <то есть нарушающей такие требования как недискриминация или надлежащий процесс — К.К.> видится в следующем: первая подразумевает обязанность выплатить компенсацию прямых убытков, то есть стоимость имущества, а вторая — подразумевает ответственность в виде возмещения упущенной выгоды (*lucrum cessans*). Первая создает действительный титул <на приобретенную в результате государством собственность — К.К.>, признаваемый иностранными судами и международными трибуналами, а вторая — нет».⁷ Эта позиция поддерживается и в других работах исследователей. В частности, анализируя работу Американско-Иранского трибунала МафиХомаюн отмечает: «Разделение правомерной и неправомерной национализации имеет огромное практическое значение при любом обсуждении вопроса о компенсации за экспроприацию иностранной собственности... Основной принцип, содержащийся в определении неправомерного изъятия, принцип, который поддержан международной практикой и в особенности решениями арбитражей, заключается в том, что реституция, насколько это возможно, должна устранять все последствия неправомерных действий, восстанавливая ситуацию, которая существовала бы, при прочих равных, если бы данный акт не был совершен. С другой стороны в случае правомерной национализации вопрос о реституции не встает, поскольку государство, осуществляющее национализацию, обязано лишь уплатить компенсацию, соответствующую стоимости национализируемой собственности».⁸

⁷ *Brownlie I.*, *Principles of Public International Law*. Oxford: Oxford University Press. 2008. P. 538-539

⁸ *Mafi H.*, *Controversial Issues of Compensation in Cases of Expropriation and Nationalization: Awards of the Iran-United States Claims Tribunal* // *International Journal of Humanities and Social Science*. 2011. Vol. 18 (1). P. 84-85.

Оригинальную точку зрения на этот вопрос высказывает иранский правовед Мохсен Мохеби, отмечая, что «неуплата компенсации не делает изъятие неправомерным *ipso facto*, данное действие скорее является невыполнением государством независимой обязанности, возникающей как при легальном, так и при нелегальном изъятии».⁹

В качестве еще одного возможного последствия, отличающего неправомерную экспроприацию, часто указывают то, что неправомерная экспроприация является международно-правовым деликтом, который может повлечь за собой правомерное применение силы со стороны государства, собственность граждан которого подверглась неправомерному изъятию.¹⁰ Тем не менее, этот критерий необходимо признать абсолютно неудовлетворительным: даже с учетом расширенного толкования п. 4 ст. 2 Устава ООН (Все Члены Организации Объединенных Наций воздерживаются в их международных отношениях от угрозы силой или ее применения как против территориальной неприкосновенности или политической независимости любого государства, так и каким-либо другим образом, несовместимым с Целями Объединенных Наций), подразумевающего, что сила может правомерно использоваться в международных отношениях для защиты граждан, национализация собственности гражданина государства никак не может быть признана надлежащим основанием для использования силы. Даже самые радикальные толкователи Устава ООН признают, что для использования силы при защите граждан должны существовать особо значимые основания, такие как реальная угроза жизни и здоровью граждан, а само использование силы должно быть ограничено по времени, масштабам и цели.¹¹

⁹ *Mohebi M.*, *The International Law Character of the Iran-United States Claims Tribunal*. Hague: Kluwer Law International. 1999. P. 289.

¹⁰ *Commeaux P. E.*, *Kinsella S.N.* Ibid. P. 86

¹¹ Подробнее об использовании силы для защиты граждан см.: *Schachter O.*, *The Right of States to Use Armed Force* // *Michigan Law Review*. 1984. N. 82. P. 1620-1664; *Jean Raby*. *The Right of Intervention for the Protection of Nationals: Reassessing the Doctrinal Debate* // *Les Cahiers de droit*. 1989. Vol. 30. pp. 441-493; *Bowett D.W.* *The Use of Force in the Protection of Nationals*. *Transactions of the Grotius Society Problems of Public and Private International Law*. 1957. Vol. 43. P. 111-126

Таким образом, вопросы о значении разделения экспроприации на правомерную и неправомерную необходимо признать имеющим ограниченное значение. По этому пути идет и судебная практика, изменяясь при этом, в сторону отказа от учета этого разделения.

До создания Международного центра урегулирования инвестиционных споров (МЦУИС) споры об экспроприации были предметом рассмотрения органов международной юстиции, в первую очередь Международного суда ООН (а до его создания — Постоянной палаты международного правосудия, соответственно). Вопрос о допустимости экспроприации собственности иностранного инвестора считался вопросом международного публичного права. Именно практика ППМП и Международного суда ООН сформировали общее правило о допустимости национализации иностранной собственности с точки зрения международного права только при условии выплаты компенсации. В деле *Chorzow*¹², касающемся национализации польскими властями завода по производству удобрений, принадлежавшего немецким гражданам, ППМП установила, что «... компенсация немецкому правительству не ограничивается стоимостью изъятого имущества на момент изъятия и процентом на момент выплаты компенсации. Эти ограничения были бы действительны, если бы польское правительство имело право на экспроприацию и если бы его правонарушение состояло бы лишь в невыплате справедливой компенсации двум компаниям, чья собственность была национализирована». Таким образом ППМП признала разделение экспроприации на правомерную и неправомерную имеющим фактическое значение, но лишь в вопросе определения компенсации. Суд решил, что в случае осуществления легальной экспроприации обязанность государства сводится к выплате стоимости имущества и соответствующих процентов, а вот в случае незаконного изъятия «базовый принцип, содержащийся в текущем определении незаконного акта — принцип, содержащийся в международной практике и в особенности в судебных и арбитражных решениях — состоит в

том, что компенсация должна, насколько это возможно, устранять все последствия незаконного акта и восстанавливать ситуацию, которая, при прочих равных, существовала бы при отсутствии данного правонарушения». Таким образом, суд подтвердил изложенную выше позицию сторонников разделения легальной и нелегальной экспроприации, заключающуюся в том, что практический смысл этого разделения состоит в порядке определения размера компенсации: в случае нелегальной экспроприации государство, ее совершившее, обязано возместить потерпевшей стороне еще и имущественную выгоду.

Тем не менее, как справедливо отмечают исследователи, в современных реалиях требования отсутствия дискриминации и публичной цели изъятия не имеют решающего значения для доктрины и практики как в силу отсутствия реальных правовых последствий такого разделения,¹³ так и в силу изменения судебной практики в сторону отказа от учета этих двух требований при решении вопроса о необходимости компенсации и ее размере¹⁴. Так, например, в решении по делу *LIAMCO* арбитраж *ad hoc* установил, что «...общее мнение в теории международного права такого, что принцип общественной полезности не является необходимым условием правомерности национализации. Этот принцип упоминался Гуго Гроцием и другими публицистами, но в настоящее время отсутствует международно-правовое основание юридической или иной природы для применения этого принципа к национализации. Мотивы не имеют значения в международном праве, каждое государство свободно самостоятельно определять для себя, что оно считает полезным или необходимым для публичного блага»¹⁵. Характерно, что другой арбитраж в деле *BP v. Lybia*¹⁶, связанным с той же национализацией нефтяного сектора Ливии режимом Муаммара Каддафи установил, что действия

¹² *Factory at Chorzow (Germany v. Poland)* 1928 P.C.I.J. Ser. A. No.17;

¹³ *Commeaux P. E., Kinsella S.N.* Ibid. P. 80-81

¹⁴ *Sornarajah M.* The International Law on Foreign Investment (Second Ed.). Cambridge: Cambridge University Press. 2004. P. 395-398

¹⁵ *Libyan American Oil Co. ("LIAMCO") v. Libya*, 17 I.L.M. 3 (1978), Yearbook of International Commercial Arbitration, 177 (1979)

¹⁶ 53 International Law Reports (1979) p. 297 at p. 324 and p. 327

ливийского правительства по изъятию иностранной собственности «очевидно нарушали принципы международного права, поскольку были осуществлены по чисто политическим мотивам и являлись произвольными и дискриминационными по своему характеру». Однако характерной особенностью двух этих дел является то, что правовые последствия являлись одинаковыми: в обоих случаях суд признал обязанность ливийского правительства выплатить компенсацию.

Позицию ограниченного значения правомерности национализации занял и Ирано-Американский арбитраж в деле *Phillips Petroleum Co. v. Iran*.¹⁷ В этом деле арбитраж установил, что отличие правомерной экспроприации от неправомерной в смысле правовых последствий заключается лишь в том, что во втором случае потерпевшая сторона получает право использовать дополнительные средства правовой защиты: реституцию и увеличение оценочной стоимости имущества на дату вынесения решения (то есть выплату компенсации в соответствии со стои-

мостью имущества на день вынесения решения, в то время как при легальной экспроприации стоимость имущества должна рассчитываться на день изъятия)¹⁸.

Таким образом, обобщая мнения ученых и судебную практику, можно сделать вывод о том, что международное право устанавливает допустимость экспроприации собственности иностранного инвестора при условии выплаты компенсации. При этом признаваемые большинством публицистов обязательные требования об осуществлении экспроприации в публичных целях и на недискриминационной основе являются критериями разграничения экспроприации на легальную и неправомерную. Однако само по себе такое разграничение имеет ограниченный практический смысл и либо не влечет за собой никаких реальных юридических последствий вообще, либо влияет исключительно на определение размера компенсации и доступные пострадавшей от национализации стороне средства правовой защиты.

Библиография:

1. Bin Cheng. UN Resolutions on Outer Space: Instant International Customary Law // *Indian Journal of International Law*. 1965. №23. P. 35
2. Фархутдинов И.З. Принудительные формы изъятия иностранных инвестиций: теория и практика. Часть 1 // *Вестник ФГУ ГПП при Минюсте России*. 2011. №3.
3. Лисица В.Н., Правовое регулирование инвестиционных отношений: теория, законодательство и практика применения. Новосибирск: Новосибирский государственный университет. 2011.
4. Commeaux P. E., Kinsella S.N. *Protecting Foreign Investment Under International Law, Legal Aspects of Political Risk*. New York: Oceana Publishing. 1997.
5. Bowett D.W. State Contracts with Aliens: Contemporary developments on compensation for termination and breach // *British Yearbook of International Law*. 1980. N. 59. P.59
6. Brownlie I. *Principles of Public International Law*. Oxford: Oxford University Press. 2008.
7. Mafi H., *Controversial Issues of Compensation in Cases of Expropriation and Nationalization: Awards of the Iran-United States Claims Tribunal* // *International Journal of Humanities and Social Science*. 2011. Vol. 18 (1). P. 84-85.
8. Mohebi M. *The International Law Character of the Iran-United States Claims Tribunal*. Hague: Kluwer Law International. 1999.
9. Schachter O. The Right of States to Use Armed Force // *Michigan Law Review*. 1984. N. 82. P. 1620-1664
10. Jean Raby. The Right of Intervention for the Protection of Nationals : Reassessing the Doctrinal Debate // *Les Cahiers de droit*. 1989. Vol. 30. P. 441-493

¹⁷ 21 Iran-US CTR 79

¹⁸ *Bishop R.D.*, *International Arbitration of Petroleum Disputes: The Development of a Lex Petrolea*, *Yearbook of Commercial Arbitration*. 1998. P. 1157-1158

11. Bowett D.W. The Use of Force in the Protection of Nationals. Transactions of the Grotius Society , Problems of Public and Private International Law. 1957. Vol. 43. P. 111-126
12. Sornarajah M. The International Law on Foreign Investment (Second Ed.). Cambridge: Cambridge University Press. 2004.
13. Bishop D.R. International Arbitration of Petroleum Disputes: The Development of a Lex Petrolea // Yearbook of Commercial Arbitration. 1998. P. 1157-115

References (transliteration):

1. Bin Cheng. UN Resolutions on Outer Space: Instant International Customary Law // Indian Journal of International Law. 1965. №23. P. 35
2. Farkhutdinov I.Z. Prinuditel'nye formy iz'nyatiya inostrannykh investitsii: teoriya i praktika. Chast' 1 // Vestnik FGU GRP pri Minyuste Rossii. 2011. №3.
3. Lisitsa V.N., Pravovoe regulirovanie investitsionnykh otnoshenii: teoriya, zakonodatel'stvo i praktika primeneniya. Novosibirsk: Novosibirskii gosudarstvennyi universitet. 2011.
4. Commeaux P. E., Kinsella S.N. Protecting Foreign Investment Under International Law, Legal Aspects of Political Risk. New York: Oceana Publishing. 1997.
5. Bowett D.W. State Contracts with Aliens: Contemporary developments on compensation for termination and breach // British Yearbook of International Law. 1980. N. 59. P.59
6. Brownlie I. Principles of Public International Law. Oxford: Oxford University Press. 2008.
7. Mafi H., Controversial Issues of Compensation in Cases of Expropriation and Nationalization: Awards of the Iran-United States Claims Tribunal // International Journal of Humanities and Social Science. 2011. Vol. 18 (1). P. 84-85.
8. Mohebi M. The International Law Character of the Iran-United States Claims Tribunal. Hague: Kluwer Law International. 1999.
9. Schachter O. The Right of States to Use Armed Force // Michigan Law Review. 1984. N. 82. P. 1620-1664
10. Jean Raby. The Right of Intervention for the Protection of Nationals : Reassessing the Doctrinal Debate // Les Cahiers de droit. 1989. Vol. 30. P. 441-493
11. Bowett D.W. The Use of Force in the Protection of Nationals. Transactions of the Grotius Society , Problems of Public and Private International Law. 1957. Vol. 43. P. 111-126
12. Sornarajah M. The International Law on Foreign Investment (Second Ed.). Cambridge: Cambridge University Press. 2004.
13. Bishop D.R. International Arbitration of Petroleum Disputes: The Development of a Lex Petrolea // Yearbook of Commercial Arbitration. 1998. P. 1157-115