

МЕЖДУНАРОДНОЕ И ВНУТРИГОСУДАРСТВЕННОЕ ПРАВО

Право государства на экспроприацию иностранных инвестиций

*Лисица В.Н.**

Иностранный инвестор при осуществлении своей деятельности на территории другого государства заинтересован не только в устранении дискриминационного к нему отношения путем предоставления национального режима или режима наибольшего благоприятствования, но и в защите своей собственности против изъятия ее государством и одностороннего прекращения заключенных контрактов¹.

Попытки осуществить экспроприацию или пересмотреть условия частноправовых договоров в одностороннем порядке характерны не только для развивающихся, но и для развитых стран (Великобритания, Канада и др.). Так, в 1997 г. Канада приняла Акт, предусматривающий запрет торговли между провинциями и импорт добавок к бензину. Как следствие, были предъявлены три вида требований против Канады: а) иск иностранного инвестора – американской корпорации Ethyl Corporation к Канаде в рамках Североамериканского соглашения о свободной торговле² от 17 декабря 1992 г.; б) оспаривание Акта дочерней канадской корпорацией Ethyl Canada в суде Онтарио; в) оспаривание Акта провинцией Альберта вследствие нарушения Соглашения

* Лисица Валерий Николаевич – к.ю.н., доцент кафедры правоведения экономического факультета Новосибирского государственного университета, старший научный сотрудник сектора гражданского права и процесса Института философии и права СО РАН.

¹ См.: Trends in International Investment Agreements: an Overview / UNCTAD Series on Issues in International Investment Agreements. N.Y.; Geneva, 1999. P. 74.

² См.: Legal Problems of International Economic Relations: 2002 Documents Supplement / Ed. by J.H. Jackson, W.J. Davey, A.O. Sykes. St. Paul, 2002. P. 512–734.

о внутренней торговле. В итоге 20 июля 1998 г. Правительство устранило введенные ранее ограничения, а американская корпорация Ethyl Corporation получила от Правительства Канады 13 млн долл.³

В настоящее время право государства на подобные действия – экспроприацию – признается повсеместно⁴. В доктрине оно рассматривается как бесспорная прерогатива суверенного государства⁵. В нормативном плане оно закреплено во многих многосторонних и двусторонних международных договорах о поощрении и взаимной защите капиталовложений, а также в актах национального законодательства⁶.

К примеру, в соответствии с пунктом 1 статьи 4 Договора СССР и Федеративной Республики Германия о содействии осуществлению и взаимной защите капиталовложений⁷ (г. Бонн, 13 июня 1989 г.) капиталовложения инвесторов одной страны могут быть подвергнуты мерам по принудительному изъятию, включая национализацию или другие меры, аналогичные ей по своим последствиям, на территории другой страны. Однако при этом оговаривается, что это может происходить только в случаях, когда эти меры по принудительному изъятию осуществляются в общественных интересах при соблюдении порядка, установленного в соответствии с законодательством этой страны, и с выплатой компенсации, и такие меры не должны носить дискриминационного характера.

Во второй половине XX в. были приняты несколько резолюций Генеральной Ассамблеи ООН по указанному вопросу. Так, согласно Декларации об установлении нового международного экономического

³ См.: *Takings of Property / UNCTAD Series on Issues in International Investment Agreements*. N.Y.; Geneva, 2000. P. 7.

⁴ Более подробно см.: *Вилков Г. Е.* Национализация и международное право. М., 1962. С. 36.

⁵ См., например: Богуславский М.М. *Международное частное право*. М.: Юрист, 2002. С. 186; Али Халиль Ибрагим. *Правовые вопросы национализации иностранной собственности*: Автореф. дис. ... канд. юрид. наук. М., 1972. С. 12; Джумаини М. *Экстерриториальное действие законов развивающихся стран о национализации собственности иностранных монополий (на примере Индонезии)*: Автореф. дис. ... канд. юрид. наук. М., 1973. С. 5.

⁶ Кроме того, в литературе иногда даже отмечается, что право государства на экспроприацию основано на обычных нормах международного права. См., например: *International Investment Agreements: Key Issues / U.N. Conference on Trade and Development*. New York; Geneva, 2004. Vol. 1. P. 235.

⁷ Сборник международных договоров СССР и РФ. М., 1994. Выпуск XLVII. С. 304–309.

порядка⁸, закрепленной в Резолюции Генеральной Ассамблеи ООН от 1 мая 1974 г. № 3201 (S-VI), новый международный экономический порядок должен быть основан на полном уважении неотъемлемого суверенитета каждого государства над своими природными ресурсами и всей экономической деятельностью. Для охраны этих ресурсов каждое государство имеет право осуществлять эффективный контроль над ними и над их эксплуатацией средствами, отвечающими его положению, включая право национализации или передачи владения своим гражданам, причем это право является выражением полного неотъемлемого суверенитета этого государства. Ни одно государство не может быть подвергнуто экономическому, политическому или любому другому виду принуждения с целью помешать свободному и полному осуществлению этого неотъемлемого права (подпункт «е» пункта 4).

В Российской Федерации возможность осуществления государством принудительного изъятия собственности физических и юридических лиц предусмотрена в пункте 2 статьи 235, статьях 242 и 243 Гражданского кодекса Российской Федерации⁹ (далее – ГК РФ), статьях 9–11, 50, 51 и 55 Земельного кодекса Российской Федерации¹⁰, статье 8 Федерального закона от 9 июля 1999 г. № 160-ФЗ «Об иностранных инвестициях в Российской Федерации»¹¹ и иных положениях российского законодательства.

Судебная практика судов разных государств также не ставит под сомнение право государства на национализацию иностранной собственности. Так, в деле *Лутера – Сэгора* английский суд рассмотрел в 1921 г. иск бывшего собственника фанеры, национализированной Советским государством. В суде первой инстанции, где дело слушалось до признания Советского правительства Англией, оно было разрешено в пользу истца. Однако позднее, после подписания англо-русского торгового соглашения 1921 г., в суде второй инстанции в иске было отказано. При этом судья Бэнкс (Benkes) подчеркнул, что утверждение истца о том, что декрет Совета Народных Комиссаров о конфискации от 20 июня 1918 г. является безнравственным и противоречащим принципам справедливости, – смелое предположение, не подкрепленное какими-либо авторитетами. Другой судья в составе суда второй

⁸ UN Doc. A/9559 (1974).

⁹ Собрание законодательства Российской Федерации. 1994. № 32. Ст. 3301.

¹⁰ Собрание законодательства Российской Федерации. 2001. № 44. Ст. 4147.

¹¹ Собрание законодательства Российской Федерации. 1999. № 28. Ст. 3493.

инстанции Скреттон (Scrutton) отметил также, что права, вытекающие из договора купли-продажи рабов, заключенного в стране, где это было дозволено, в Англии признавались, а долги, вытекающие из азартной игры, оформленные в другой стране, где такая игра допускается законом, признавались в Англии, хотя долги такого же рода, подлежащие оплате в Англии, не признавались¹².

Для обозначения действий государства по принудительному переходу права собственности в литературе используются разные термины: изъятие собственности¹³, национализация¹⁴, экспроприация¹⁵, реквизиция, конфискация и др. Были предложены и разные дефиниции.

Так, М.М. Богуславский определяет национализацию как огосударствление, т.е. изъятие имущества, находящегося в частной собственности, и передача его в собственность государства¹⁶. И.С. Перетерский рассматривал национализацию как акт государственной власти, в котором сочетаются три составные части: а) организация государственного социалистического хозяйства в определенной области; б) ликвидация капиталистических предприятий; в) переход всего их имущества к государству¹⁷.

По мнению Л. Шерстневой, реквизиция – это изъятие имущества у собственника в государственных или общественных целях с выплатой собственнику стоимости имущества, а конфискация – санкция за совершение преступления или иного правонарушения¹⁸.

Д. Карро и П. Жюйар полагают, что экспроприация является результатом административной меры, национализация вытекает из законодательного акта, а конфискация представляет собой меру ответственности (санкцию)¹⁹. R. August различает национализацию и экспроприацию по критерию наличия или отсутствия компенсации.

¹² См.: Международное частное право в избранных документах / Сост. Г.Е. Вилков. М., 1961. С. 98–103.

¹³ См.: Карро Д., Жюйар П. Международное экономическое право: Учебник / Пер. с франц. В.П. Серебrenникова, В.М. Шумилова. М.: Междунар. отношения, 2001. С. 431.

¹⁴ См.: Богуславский М.М. Указ. соч. С. 185.

¹⁵ См.: Seid S.H. Global Regulation of Foreign Direct Investment / S. H. Seid. Aldershot, 2002. P. 46.

¹⁶ Богуславский М. М. Указ. соч. С. 185.

¹⁷ Перетерский И.С., Крылов С.Б. Международное частное право. М., 1959. С. 105.

¹⁸ См., например: Шерстнева Л. Инвестиционная деятельность в России // Юрист. 1997. № 10. С. 29.

¹⁹ Карро Д., Жюйар П. Указ. соч. С. 432.

При уплате компенсации речь идет о национализации, а при ее отсутствии – об экспроприации²⁰.

H. V. Houtte предлагает различать такие формы, как:

1) экспроприация, при которой происходит передача прав отдельных лиц;

2) национализация, которая означает передачу прав всех лиц в отдельной отрасли экономики;

3) конфискация без выплаты компенсации, которая является экспроприацией (и соответственно считается незаконной) либо санкцией за совершенное правонарушение;

4) ползучая экспроприация, предпринимаемая государством неявным (скрытым) способом²¹.

Можно встретить и другие классификационные группы рассматриваемых мер (*takings*), а именно²²:

1) полностью осуществленная национализация во всех секторах экономики;

2) полностью осуществленная национализация в определенном секторе экономики;

3) широкомасштабное приобретение земли в государственную собственность;

4) приобретение отдельного имущества в государственную собственность;

5) ползучая национализация;

6) приобретение имущества в государственную собственность через проведение государственного регулирования.

Определение экспроприации и иных аналогичных мер содержит Сеульская конвенция об учреждении Многостороннего агентства по гарантиям инвестиций²³ (г. Сеул, 11 октября 1985 г.) в статье 11. Это любое законодательное действие или административное действие или бездействие, исходящее от принимающего правительства, в результате которого владелец гарантии лишается права собственности над своим капиталовложением, контроля над ним или существенного дохода

²⁰ August R. International Business Law: Text, Cases, and Readings / R. August. Upper Saddle River, 2004. P. 263.

²¹ Houtte H.V. The Law of International Trade / H.V. Houtte. L., 1995. P. 234, 235.

²² См., например: Takings of Property / UNCTAD Series on Issues in International Investment Agreements. New York; Geneva, 2000. P. 11, 12.

²³ См.: Международное частное право. Сб. документов / Сост. К.А. Бекашев, А.Г. Ходаков. М.: БЕК, 1997. С. 606–632.

от такого капиталовложения, за исключением общеприменимых мер недискриминационного характера, обычно принимаемых правительствами с целью регулирования экономической деятельности на своей территории. Пункт 3 статьи 13 Договора к Энергетической хартии²⁴ (г. Лиссабон, 1994 г.) предусматривает, что экспроприация охватывает ситуации, когда государство экспроприирует активы компании или предприятия на своей территории, в которых инвестор любой другой страны имеет инвестиции, в том числе в виде акций.

Российское законодательство также содержит ряд определений. Так, в соответствии с пунктом 1 статьи 242 ГК РФ в случаях стихийных бедствий, аварий, эпидемий, эпизоотий и при иных обстоятельствах, носящих чрезвычайный характер, имущество в интересах общества по решению государственных органов может быть изъято у собственника в порядке и на условиях, установленных законом, с выплатой ему стоимости имущества (реквизиция). Подобная дефиниция закреплена в пункте 1 статьи 51 Земельного кодекса Российской Федерации.

Таким образом, для того чтобы изъятие собственности представляло собой реквизицию, необходимо наличие обстоятельств, носящих чрезвычайный характер, и принятие решения органом государственной власти. При этом следует отметить, что Земельный кодекс Российской Федерации предусматривает, что изъятие, в том числе путем выкупа, земельных участков для нужд Российской Федерации, субъектов Российской Федерации и муниципальных нужд (статьи 9–11), может осуществляться не только органами государственной власти, но и органами местного самоуправления.

Конфискация представляет собой безвозмездное изъятие имущества у собственника в случаях, предусмотренных законом, по решению суда в виде санкции за совершение преступления или иного правонарушения (пункт 1 статьи 243 ГК РФ). Аналогичное определение можно найти в статье 50 Земельного кодекса Российской Федерации. Она устанавливает, что земельный участок может быть безвозмездно изъят у его собственника по решению суда в виде санкции за совершение преступления (конфискация).

Понятие национализации закреплено в пункте 2 статьи 235 ГК РФ. Это обращение в государственную собственность имущества, находящегося в собственности граждан и юридических лиц. Она производится на основании закона с возмещением стоимости этого имущества

²⁴ [Электронный ресурс] [<http://www.encharter.org> 08.02.2005].

и других убытков в порядке, установленном статьей 306 ГК РФ. Упомянутая статья предусматривает: «В случае принятия Российской Федерацией закона, прекращающего право собственности, убытки, причиненные собственнику в результате принятия этого акта, в том числе стоимость имущества, возмещаются государством. Споры о возмещении убытков разрешаются судом».

Как видно, указанные положения российского законодательства являются недостаточными и нуждаются в дальнейшей детализации. В частности, необходимо установить порядок перехода права собственности и осуществления государственной регистрации права на недвижимое имущество, порядок определения размера и срок выплаты компенсации (возмещения). Пролить свет, с нашей точки зрения, должен отдельный федеральный закон о национализации. В Государственную Думу Федерального Собрания Российской Федерации вносилось более 10 подобных законопроектов. Однако пока ни один из них не был принят в первом чтении.

Все рассмотренные виды принудительного изъятия собственности, влекущего прекращение права собственности частных лиц, обычно называют экспроприацией²⁵. Из этого исходит международная судебная практика. К примеру, Европейский суд по правам человека полагает, что действие государства следует признавать экспроприацией, когда инвестор определенно и полностью лишается своего права собственности на имущество. Если он не был лишен прав, но их содержание было существенно умалено и подобная ситуация не является необратимой, то подобное нарушение не является нарушением статьи 1 Протокола 1 к Европейской конвенции по правам человека²⁶.

Однако если ограничения в праве собственности ведут к невозможности осуществить лицом правомочий собственника, прежде всего пользования, то их следует также рассматривать как экспроприацию. Так, в деле *Спорронг (Sporrong) и Лоннрот (Lonnroth) против Швеции* в основе спора лежало разрешение Правительства Швеции

²⁵ Следует отметить, что экспроприацией является и переход права иностранной собственности частным отечественным лицам, а не государству. См., например: *Seid S.H.* Op. cit. P. 46.

²⁶ См., например: *Handyside v. United Kingdom* // European Court of Human Rights Reports of Judgments and Decisions. 1976. Vol. 24. P. 29; *Poiss v. Austria* // European Court of Human Rights Reports of Judgments and Decisions. 1987. Vol. 117. P. 108; *Matos e Silva, Lda v. Portugal* // European Court of Human Rights Reports of Judgments and Decisions. 1996. Vol. 24. P. 600, 601.

муниципалитету Стокгольма произвести принудительное отчуждение принадлежащих наследникам г-жи М.Е. Спорронг и г-жи И.М. Лоннрот земельных участков со строениями в связи с планами городской реконструкции Стокгольма. При этом собственникам были запрещены какие-либо строительные работы на этих участках. В своем решении от 23 сентября 1982 г. Европейский суд по правам человека пришел к выводу, что имело место вмешательство в право собственности, не оправданное публичным интересом, тем более что отчуждение впоследствии не было произведено, а собственники на протяжении длительного времени были ограничены в своих правах.

В деле *Starrett Housing Corp. v. Iran*²⁷, рассмотренном трибуналом по разрешению споров между Ираном и США, было отмечено, что если меры, предпринятые государством, влияют на право собственности в такой степени, что имущество оказывается бесполезным, то они должны рассматриваться как экспроприация, даже если они не имели своей целью осуществление экспроприации и формально право собственности осталось за первоначальным собственником. В другом деле *Revere Copper v. Overseas Private Investment Corporation*²⁸ американский суд в своем решении также заключил, что потеря эффективного контроля над операциями предприятия приравнивается к экспроприации.

Вопрос о лишении иностранного инвестора возможности использовать инвестиции ставит во главу угла и Международный центр по урегулированию инвестиционных споров (МЦУИС), учрежденный Конвенцией об урегулировании инвестиционных споров между государствами и гражданами других государств²⁹ (г. Вашингтон, 18 марта 1965 г.). Рассмотрим несколько примеров. В деле *Técnicas Medioambientales Tecmed, S.A. v. United Mexican States (Case No. ARB(AF)/00/2)*³⁰ коммерческая компания *Técnicas Medioambientales Tecmed, S.A. (Tecmed)*, созданная по праву Испании, по результатам конкурса в 1996 г. приобрела недвижимость – здания и сооружения, предназначенные для хранения опасных промышленных отходов на территории штата Sonora. В ноябре 1998 г. экологический институт Мексики, являющийся уполномоченным органом федерального правительства, отказал в продлении

²⁷ Iran – United States Claims Tribunal Reports. 1983. Vol. 4. P. 154.

²⁸ International Legal Materials. 1978. Vol. 17. P. 1321.

²⁹ См.: Международное частное право: Сб. документов / Сост. К.А. Бекашев, А.Г. Ходаков. М.: БЕК, 1997. С. 592–606.

³⁰ [Электронный ресурс] [<http://www.worldbank.org/icsid/cases/laudo-051903%20-English.pdf> 08.02.2005].

лицензии на хранение отходов и рекомендовал компании подготовить проект по закрытию могильника отходов.

В своем решении арбитражный суд МЦУИС отметил, что двустороннее соглашение между Королевством Испании и Объединенными штатами Мексики 1996 г. о взаимном поощрении и защите инвестиций не дает определение экспроприации и перечень мер, приравняваемых к экспроприации. Вынося решение, он исходил из экспроприации как принудительного изъятия права собственности частных лиц, осуществляемого правительством с помощью административных и законодательных действий. Главный вопрос, который необходимо было разрешить суду, заключался в следующем: «Был ли истец лишен возможности экономического использования инвестиций?» Отвечая утвердительно, суд МЦУИС приравнял отказ в продлении лицензии к экспроприации.

В деле *Metalclad Corporation v. United Mexican States* (Case No. ARB(AF)/97/1)³¹ муниципальное образование Guadacazar в конце 1995 г. запретило использование могильника, который был построен мексиканской компанией Coterin, контролируемой американской корпорацией Metalclad Corporation, на основании выданного разрешения. Поскольку действия муниципального образования «эффективно и незаконно не допускали проведение операций истцом на объекте», это позволило МЦУИС их квалифицировать как экспроприацию.

В другом деле *Antoine Goetz and others v. Republic of Burundi* (Case No. ARB/95/3)³² Правительство Бурунди аннулировало сертификат свободной зоны компании Affimet, созданной шестью бельгийскими гражданами, который предусматривал освобождение компании от уплаты налоговых и таможенных платежей. В результате у компании возникли убытки. В своем решении арбитражный суд МЦУИС признал решение Правительства Бурунди мерой, аналогичной экспроприации.

Однако если предпринятые государством меры не ограничивают собственника в осуществлении его правомочий, то данные действия нельзя рассматривать как экспроприацию. Так, в деле *Tradex Hellas S.A. v. Republic of Albania* (Case No. ARB/94/2)³³ предметом рассмотрения было решение Совета министров Албании № 364, в котором было установлено, что сельскохозяйственные земли площадью 140 га деревни Mali Kolaj остаются в префектуре Shkoder. Рассмотрев дело

³¹ ICSID Review — Foreign Investment Law Journal. 2001. Vol. 16. № 1. P. 1–35.

³² ICSID Review — Foreign Investment Law Journal.. 2000. Vol. 15. № 2. P. 457–527.

³³ ICSID Review — Foreign Investment Law Journal. 1999. Vol. 14. № 1. P. 197–249.

по существу, суд МЦУИС пришел к выводу, что это решение является административным актом, который не влечет прекращения права собственности на землю у государственной компании T.V. Tovovitsa и не лишает ее возможности дальнейшего использования земельного участка, в том числе в рамках совместного предприятия.

Таким образом, экспроприация может быть двух видов. В одном случае имущество инвестора переходит в собственность государства (прямая экспроприация), когда предпринимается национализация в определенных отраслях экономики или экспроприация отдельной фирмы. В другом случае имущество инвестора не переходит в собственность государства, но при этом он теряет контроль над своим имуществом. Последний вид экспроприации получил в литературе название не-прямой, или ползучей, экспроприации (*indirect expropriation, creeping expropriation*)³⁴.

По мнению М.С. Евтеевой, ползучая экспроприация – это медленное, постепенное вторжение в сферу права собственности инвестора, что уменьшает ценность инвестиции³⁵. Американская корпорация по заграничным частным инвестициям (The United States Overseas Private Investment Corporation) определяет ее как любой акт (или ряд актов), за который отвечает государство и который является противоправным с точки зрения внутреннего или международного права и дает достаточно существенный неблагоприятный эффект по отношению к предприятию или правам инвестора этого предприятия³⁶.

В качестве примеров ползучей экспроприации следует назвать назначение членов исполнительных органов и органов контроля коммерческой организации со стороны государства, вмешательство в процесс принятия решения, принудительное изъятие акций, отказ в доступе к местной рабочей силе и местным материалам, принуждение использовать местную рабочую силу, чрезмерное и произвольное налогообложение, вмешательство в ценовую политику, неоправданные и имеющие дискриминационный характер экспортно-импортные ограничения,

³⁴ См., например: International Investment Agreements: Key Issues / U.N. Conference on Trade and Development. New York; Geneva, 2004. Vol. 1. P. 236; August R. International Business Law: Text, Cases, and Readings.. Upper Saddle River, 2004. P. 97.

³⁵ Евтеева М.С. Международные двусторонние инвестиционные соглашения (понятие и предмет регулирования): Автореф. дис. ... канд. юрид. наук.. М., 2002. С. 15.

³⁶ Цит. по: Shanks R. Insuring Investment and Loans Against Currency Inconvertibility, Expropriation and Political Violence.// Hastings International and Comparative Law Review. 1986. № 9. P. 425.

установление государством чрезмерно высокой зарплаты для работников, контроль за ходом осуществления переводов платежей и др.³⁷

Однако не все действия государства, направленные на лишение или ограничение права иностранной собственности, следует признавать экспроприацией. В литературе к таковым обычно относят меры, связанные с налогообложением, лицензированием, ограничением внешней торговли, валютным регулированием, экспортным контролем, антимонопольным законодательством, защитой окружающей среды, соблюдением трудового законодательства, защитой прав потребителей, регулированием ценных бумаг³⁸. К примеру, M. Sornarajah полагает, что изъятие иностранной собственности может осуществляться иными (помимо национализации) способами, к которым относятся³⁹:

- 1) принудительная продажа собственности;
- 2) принудительная продажа акций;
- 3) мероприятия по охране исконных мест обитания коренных народов;
- 4) осуществление контроля за инвестированием;
- 5) склонение третьих лиц к приобретению собственности;
- 6) неспособность обеспечить защиту прав иностранного инвестора;
- 7) административные решения, которые аннулируют лицензии и иные разрешения, необходимые для осуществления инвестором хозяйственной деятельности;
- 8) непомерное налогообложение;
- 9) высылка иностранного инвестора, несовместимая с международным правом;
- 10) акты, затрудняющие осуществление хозяйственной деятельности иностранным инвестором («замораживание» банковских счетов, поддержка забастовок, митингов и т.д.).

³⁷ См., например: International Business Law and Its Environment / R. Schaffer, B. Earle, F. Agusti. St. Paul, 1999. P. 604; Investment and Sustainable Development: a Guide to the Use and Potential of International Investment Agreements / A. Cosbey, H. Mann, L.E. Peterson, K. von Moltke. Winnipeg, 2004. P. 13; Фархутдинов И.З. Новейшее в международном инвестиционном праве. // Законодательство и экономика. 2005. № 8. С. 65, 66.

³⁸ См., например: Brownlie I. Public International Law. Oxford, 2003. P. 509; Sornarajah M. The International Law on Foreign Investment. Cambridge, 1994. P. 283; Комментарий к Конвенции об учреждении Многостороннего агентства по гарантиям инвестиций // Международно-правовые основы иностранных инвестиций в России: Сб. нормативных актов. М.: Юрид. лит., 1995. С. 250.

³⁹ Sornarajah M. Op. cit. P. 284.

Исключения можно найти и в нормах международного права. Так, Сеульская конвенция при определении в статье 11 экспроприации предусматривает, что в это понятие не входят действия судебных органов (ограничиваясь лишь законодательными или административными действиями), а также общепринятые меры недискриминационного характера, обычно принимаемые правительствами при регулировании экономической деятельности на своей территории. Статья 10(5) Гарвардского проекта конвенции о международной ответственности государств за причинение вреда иностранцам⁴⁰ к некомпенсируемым действиям государства относит: принятие налоговых законов; изменение курса валюты; действия, направленные на поддержание публичного порядка, защиту здоровья, нравственности и т.п.

Подобными правилами руководствуются суды и международные арбитражи. Так, в деле *Too v. Greater Modesto Insurance Associates*⁴¹, рассмотренном трибуналом по разрешению споров между Ираном и США, было отмечено, что государство не является ответственным за потерю имущества и иные экономические потери, возникшие вследствие *bona fide* общего налогообложения или любых других действий, которые обычно рассматриваются как совершенные в рамках государственной власти, при условии, что они не носят дискриминационного характера и предпринимались для того, чтобы вынудить иностранца оставить свое имущество государству или продать по заниженной цене.

В деле *West v. Multibanco Comermex S.A.*⁴² мексиканское правительство в 1982 г. было вынуждено применить некоторые временные экономические меры, в частности национализацию мексиканских частных коммерческих банков и контроль за валютно-обменными операциями. Национализированные банки обязаны были конвертировать все имеющиеся у них валютные счета на мексиканские песо по курсу, жестко установленному Центральным банком Мексики. Поскольку обменный курс валюты был намного ниже существующего на частном рынке, американские владельцы понесли серьезный ущерб и поэтому обратились в суд США. Однако суд отказал в иске, указав, что оценка обменного курса как экспроприации, т.е. акта суверенного государства,

⁴⁰ Цит. по: “Indirect Expropriation” and the “Right to Regulate” in International Investment Law / OECD Working Papers on International Investment. 2004. № 4. P. 7.

⁴¹ Iran – United States Claims Tribunal Reports. 1989. Vol. 23. P. 378.

⁴² См.: Блищенко И.П., Дориа Ж. Прецеденты в международном публичном и частном праве. М., 1999. С. 302–307.

не может быть проведена в суде другого государства. Установление государством требования об обмене иностранных валютных средств по официальному курсу, который значительно ниже рыночного курса, не противоречит нормам международного права.

В деле *Marvin Roy Feldman Karpa v. United Mexican States* (Case No. ARB(AF)/99/1)⁴³ МЦУИС рассмотрел спор о применении налогового законодательства в отношении экспорта табачной продукции корпорации *Corporación de Exportaciones Mexicanas, S.A. de C.V. (CEMSA)*. Истец оспаривал правомерность отказа мексиканских властей предоставлять корпорации CEMSA налоговую скидку по акцизам на сигареты, экспортируемые из Мексики, ссылаясь на нарушение статьи 1102 (национальный режим), статьи 1105 (минимальный уровень гарантий) и статьи 1110 (экспроприация и возмещение) Североамериканского соглашения о свободной торговле от 17 декабря 1992 г. В своем решении арбитражный суд МЦУИС провел различие между экспроприацией и государственным регулированием и отметил, что не любое ограничение предпринимательской деятельности следует рассматривать как экспроприацию. Несмотря на то что суд не признал отказ в предоставлении налоговых льгот (вследствие изменения налогового законодательства) экспроприацией, он удовлетворил иск истца по причине нарушения Мексикой статьи 1102 Североамериканского соглашения о свободной торговле от 17 декабря 1992 г. (поскольку налоговое законодательство предусматривало освобождение национальных лиц от выполнения ряда требований).

Таким образом, в одних случаях действия государства приравниваются к экспроприации, а в других – нет. В западной литературе были предприняты попытки установить критерии их разграничения. К ним были отнесены, к примеру, степень лишения права собственности; характер предпринимаемых государством мер; воздействие предпринимаемых государством мер на приемлемые разумные ожидания инвестора⁴⁴.

Однако следует признать, что проведение различий между правовым регулированием и неправомерным действием государства по изъятию иностранной собственности (экспроприацией) является достаточно сложным. Это показывает и арбитражная практика. Так,

⁴³ [Электронный ресурс] [http://www.worldbank.org/icsid/cases/feldman_mexico-award-en.pdf 08.02.2005].

⁴⁴ См., например: “Indirect Expropriation” and the “Right to Regulate” in International Investment Law / OECD Working Papers on International Investment. 2004. № 4. P. 22.

в одном деле *Marvin Roy Feldman Karpa v. United Mexican States* (Case No. ARB(AF)/99/1) суд признал отказ в предоставлении налоговых льгот как меру государственного регулирования, а отказ в продлении лицензии на хранение отходов в деле *Técnicas Medioambientales Tecmed, S.A. v. United Mexican States* (Case No. ARB(AF)/00/2) и увеличение размеров платежей за пользование природными ресурсами в деле *Revere Copper v. Overseas Private Investment Corporation* были приравнены к экспроприации.

Во избежание нарушения прав иностранных инвесторов и в целях формирования единообразия в толковании и применении арбитражными судами норм права об экспроприации в положениях международных договоров, с нашей точки зрения, необходимо четко предусмотреть, какие действия государства не могут признаваться национализацией и влечь соответственно выплату компенсации иностранному инвестору. К таким действиям следует отнести:

1) регулирование вопросов налогообложения (которое не должно носить дискриминационный характер);

2) принудительное лишение и отказ в выдаче лицензии, расторжение договора за нарушение предусмотренных обязанностей иностранного инвестора;

3) регулирование отношений, связанных с защитой конкуренции (включая вмешательство в управление коммерческой организации);

4) регулирование валютных отношений;

5) регулирование внешнеэкономической деятельности;

6) регулирование охраны окружающей среды;

7) санкции за нарушения права принимающего государства.

Иные меры должны признаваться экспроприацией. При этом в доктрине и международной договорной практике государств получило широкое распространение положение о том, что она не соответствует международному праву при нарушении ряда условий⁴⁵. Экспроприация должна проводиться:

1) в публичных целях;

2) на недискриминационной основе;

3) с выплатой компенсации;

⁴⁵ См., например: *International Investment Agreements: Key Issues* / U.N. Conference on Trade and Development. – New York; Geneva, 2004. – Vol. 1. – P. 235; *Takings of Property* / UNCTAD Series on Issues in International Investment Agreements. – New York; Geneva, 2000. – P. 12, 13; Sornarajah M. *Op. cit.* – P. 277, 315.

4) в соответствии с установленным порядком.

К примеру, в соответствии с пунктом 1 статьи 13 Договора к Энергетической хартии (г. Лиссабон, 1994 г.) инвестиции инвесторов страны – стороны Договора на территории любой другой страны – стороны Договора не подлежат национализации, экспроприации или мере или мерам, имеющим аналогичные национализации или экспроприации последствия, за исключением случаев, когда такая экспроприация осуществляется:

- 1) с целью, которая отвечает государственным интересам;
- 2) без дискриминации;
- 3) с соблюдением надлежащих правовых процедур;
- 4) одновременно с выплатой быстрой, достаточной и эффективной компенсации.

Подобная норма содержится в статье Североамериканского соглашения о свободной торговле от 17 декабря 1992 г., разделе 4 Руководства Мирового банка по режиму для прямых иностранных инвестиций⁴⁶ 1992 г. и других международных актах.

На положениях этих и других международных договоров основана и практика различных судов. Так, в деле *Chorzow Factory*, рассмотренном Постоянной Палатой Международного правосудия, Германия предъявила иск Польше, посчитав, что Польша, приняв акт национализации, нарушила Конвенцию о Верхней Силезии от 15 мая 1922 г. Международный суд, вынося решение о незаконности акта экспроприации иностранной частной собственности ввиду противоречия действия государства нормам международного публичного права, отметил, что действия государства по экспроприации или национализации иностранной частной собственности признаются действительными, если они соответствуют общим нормам и принципам международного права, в число которых входит обязанность государства выплатить иностранному частному собственнику компенсацию⁴⁷.

В деле *Middle East Cement Shipping and Handling Co. S.A. v. Arab Republic of Egypt* (Case No. ARB/99/6)⁴⁸ суд МЦУИС подтвердил

⁴⁶ См.: Legal Framework for the Treatment of Foreign Direct Investment. Washington, 1992. Vol. II. P. 35–44.

⁴⁷ Цит. по: Доронина Н.Г., Семилютина Н.Г. Порядок разрешения инвестиционных споров // Законодательство и экономика. 1995. № 7/8. С. 31. См. также: International Business Law and Its Environment / R. Schaffer, B. Earle, F. Agusti. St. Paul, 1999. P. 598–600.

⁴⁸ [Электронный ресурс] [http://www.worldbank.org/icsid/cases/me_cement-award.pdf] 08.02.2005].

нарушение Египтом положений международного двустороннего договора, в частности статьи 4, закрепляющей, что инвестиции не могут быть экспропрированы, за исключением следующих условий: а) меры должны предприниматься в публичных целях и в соответствии с национальным правом; б) меры должны быть ясными и не носить дискриминационного характера; в) меры должны сопровождаться выплатой быстрой, адекватной и эффективной компенсации.

В решении по делу *Banco Nacional de Cuba v. Sabbatino*⁴⁹, рассмотренному судьей США Harlan, было отмечено, что акт национализации является неправомерным с позиции международного права, если он осуществляется не в публичных интересах, носит дискриминационный характер или произведен без уплаты быстрой, адекватной и эффективной компенсации. В решении *BP v. Libya* судья Lagegren признал национализацию незаконной, поскольку она была осуществлена по политическим мотивам, была произвольной и носила дискриминационный характер.

Другой пример. В 1982 г. Франция приняла закон о национализации различных промышленных объектов, банков и финансовых институтов, включая французский конгломерат *Compagnie de Saint-Gobain, SA*. Национализация предусматривала передачу акций национализируемых предприятий в государственную собственность с выплатой компенсации бывшим частным акционерам по средней рыночной цене акций на фондовом рынке. В этом деле суд Бельгии рассмотрел три вопроса. Во-первых, он отметил, что национализация может не носить экспроприационный характер в случае уплаты адекватной компенсации собственнику. Во-вторых, национализация может не носить дискриминационного характера. В частности, рассматриваемый акт национализации не проводил различие между расой, религией и политическими взглядами акционеров. При этом осуществление национализации в определенном секторе экономики не означает дискриминацию. В-третьих, суд подчеркнул, что согласно доктрине территориальный характер акта национализации означает, что он не имеет юридического действия в отношении имущества, расположенного за границей. Тем не менее он отметил, что французский закон о национализации непосредственно не распространялся на бельгийскую компанию *Glaceries de Saint-*

⁴⁹ Цит. по: *International Business Transactions and Economic Relations: Cases, Notes, and Materials on the Law as It Applies to Canada* / Prepared by J.-G. Castel, A.L.C. de Mestral, W.C. Graham. Toronto, 1986. P. 30, 31.

Roch и ее акции не были напрямую переданы государству. На основании вышесказанного суд признал требования бельгийской компании необоснованными⁵⁰.

Иногда в положениях международных договоров могут отсутствовать некоторые из указанных условий. Это касается прежде всего осуществления национализации в соответствии с установленным порядком. Так, согласно пункту 1 статьи 5 Соглашения между Правительством СССР и Правительством Соединенного Королевства Великобритании и Северной Ирландии о поощрении и взаимной защите капиталовложений⁵¹ (г. Лондон, 6 апреля 1989 г.) капиталовложения инвесторов любой из договаривающихся стран, осуществленные на территории другой договаривающейся страны, не могут быть национализированы, экспроприированы или подвергнуты мерам, имеющим аналогичные национализации или экспроприации последствия, за исключением случаев, когда такие меры принимаются в общественных интересах, не являются дискриминационными и сопровождаются выплатой без задержки соответствующей и эффективной компенсации.

В качестве другого примера можно привести положение статьи 9 Конвенции о защите прав инвестора⁵² (г. Москва, 28 марта 1997 г.). Оно устанавливает, что инвестиции не подлежат национализации и не могут быть подвергнуты реквизиции, кроме исключительных случаев (стихийных бедствий, аварий, эпидемий, эпизоотий и иных обстоятельств, носящих чрезвычайный характер), предусмотренных национальным законодательством сторон Конвенции, когда эти меры принимаются в общественных интересах, предусмотренных Основным законом (Конституцией) страны-реципиента. Национализация или реквизиция не могут быть осуществлены без выплаты инвестору адекватной компенсации.

В судебной и арбитражной практике также можно найти дела, в которых суды в качестве обязательного условия выделяют лишь отсутствие дискриминации и выплату компенсации. Так, в решении Международного суда ООН по делу *Texaco Overseas Petroleum Co. and California Oil Co. v. Libya*⁵³ был рассмотрен вопрос о правомерности осуществления национализации иностранной собственности в Ливии. В нем было

⁵⁰ См.: Дело ACSYNGO v. Compagnie de Saint-Gobain, SA // International Legal Materials. 1987. Vol. 26. P. 1251.

⁵¹ Ведомости Верховного Совета СССР. 1991. № 43. Ст. 1179.

⁵² Закон. 1999. № 12. С. 25–28.

⁵³ International Law Reports. 1977. Vol. 53. P. 389–512.

отмечено, что наличие публичных интересов не является необходимым элементом правомерной национализации. Она может быть проведена по иным мотивам. Однако Международный суд ООН заключил, что наличие политического мотива может сделать национализацию дискриминационной, и тем самым обратился к иному условию признания экспроприации соответствующей международному праву.

В деле *Libyan American Oil Co. v. Government of the Libyan Arab Republic* единственный арбитражный судья Mahmassani также отверг требование преследования публичной цели при осуществлении национализации и отметил, что любое государство свободно в установлении того, что необходимо осуществить в публичных интересах⁵⁴.

С данным выводом трудно не согласиться. Не вызывает сомнения, что категория «публичные цели» является достаточно широкой (с точки зрения содержания) и охватывает защиту основ конституционного строя, нравственности, здоровья, прав и законных интересов других лиц, обеспечение обороны страны и безопасности государства (часть 3 статьи 55 Конституции Российской Федерации).

В науке предпринимались попытки осуществить классификацию подобных целей. К примеру, В.А. Бублик предлагает различать публичные общенациональные, организационные и экономические интересы. Применительно к гражданскому праву публичными общенациональными, по его мнению, необходимо признать интересы, побуждающие государство, выступая в качестве носителя публичной власти, организовывать, регулировать и обеспечивать социальные связи, являющиеся предметом гражданского права, а также принять участие в качестве субъекта права в гражданско-правовых отношениях. Публичные организационные интересы заключаются в налаживании и упорядочении внешнеэкономических интересов, а публичные экономические интересы – в обеспечении экономической независимости страны, достижении устойчивости международного валютно-финансового положения государства и осуществлении протекционистской поддержки российских участников внешнеэкономической деятельности⁵⁵.

Как видно, правовое регулирование государством тех или иных инвестиционных отношений уже означает преследование публичных

⁵⁴ Цит. по: Sornarajah M. Op. cit. P. 318.

⁵⁵ Бублик В.А. Публично- и частноправовые начала в гражданско-правовом регулировании внешнеэкономической деятельности: Автореф. дис. ... д-ра юрид. наук ..Екатеринбург, 2000. С. 14.

целей. То, что многие действия государства могут соответствовать публичным целям, демонстрирует следующий пример из международной арбитражной практики МЦУИС – дело *Compañía del Desarrollo de Santa Elena, S.A. v. Republic of Costa Rica* (Case No. ARB/96/1)⁵⁶.

В 1970 г. компания *Compañía del Desarrollo de Santa Elena, S.A.* (CDSE), созданная гражданами США в Коста-Рике, приобрела в собственность территорию на северо-западе, в провинции Guanacaste, включающую в себя береговую линию в 30 км, а также многочисленные реки, родники, долины, горы, леса (район «Святая Елена»). Цена сделки составила 395 тыс. долл. США. После приобретения района компания CDSE продолжила разработку программы развития территории и провела различные финансовые и технические исследования. В мае 1978 г. Правительство Коста-Рики издало указ об экспроприации района «Святая Елена» в целях защиты окружающей среды и предложило компании CDSE в качестве компенсации 1 900 тыс. долл. США. Компания, не возражая против правомерности акта экспроприации, настаивала на сумме 6 400 тыс. долл. США. В 1995 г. иск был предъявлен в МЦУИС. В ходе арбитражного разбирательства суд заключил, что нормы права Коста-Рики, в том числе о возможности экспроприации иностранной собственности в публичных интересах, в целом соответствуют международному публичному праву. Защита окружающей среды была рассмотрена как составляющая публичных интересов.

На основании вышеизложенного следует сделать ряд выводов. Во-первых, в настоящее время право государства на экспроприацию признается повсеместно. В нормативном плане оно закреплено во многих многосторонних и двусторонних международных договорах о поощрении и взаимной защите капиталовложений, а также в актах национального законодательства.

Во-вторых, экспроприация может быть двух видов. В одном случае имущество инвестора переходит в собственность государства (прямая экспроприация), когда предпринимается национализация в определенных отраслях экономики или экспроприация отдельной фирмы. В другом случае имущество инвестора не переходит в собственность государства, но при этом он теряет контроль над своим имуществом. Последний вид экспроприации получил в литературе название непрямой, или ползучей, экспроприации.

⁵⁶ ICSID Review – Foreign Investment Law Journal. 2000. Vol. 15. № 1. P. 169–204.

В-третьих, не все действия государства, направленные на лишение или ограничение права иностранной собственности, следует признавать экспроприацией. К таким действиям необходимо отнести: а) регулирование вопросов налогообложения (которое не должно носить дискриминационного характера); б) принудительное лишение и отказ в выдаче лицензии, расторжение договора за нарушение предусмотренных обязанностей иностранного инвестора; в) регулирование отношений, связанных с защитой конкуренции (включая вмешательство в управление коммерческой организации); г) регулирование валютных отношений; д) регулирование внешнеэкономической деятельности; е) регулирование охраны окружающей среды; ж) санкции за нарушения права принимающего государства.

В-четвертых, экспроприация должна проводиться при соблюдении двух условий: а) на недискриминационной основе; б) с выплатой компенсации. Размер и порядок определения и выплаты компенсации при экспроприации иностранной собственности определяется положениями международных договоров и нормами национального права.

The Right of a State on Expropriation of Foreign Investments (Summary)

*Valerii N. Lisitsa**

At present the right of a state on expropriation of foreign investments is widely admitted. In normative terms it is fixed in many multilateral and bilateral investment treaties as well as in national law.

Expropriation is divided into two groups. In one case the property of an investor is transferred to the state (direct expropriation). In the other case the property of the investor continues to belong to him, but he loses the control over the property (indirect or creeping expropriation).

It is argued that not any activity of the state directed to the deprivation or restriction of the investor's property right is amount to expropriation. It is necessary to admit the following actions as non-expropriation: a) tax regulation (which should not have discrimination character); b) compulsory deprivation and refusal of a license, cancellation of a contract for the infringement of stipulated duties by the foreign investor; c) regulation of legal relations connected to the protection of competition; d) regulation of currency relations; e) regulation of foreign trade activity; f) regulation of the protection of environment; g) sanctions for the infringements of the right of the state.

It is concluded that lawful expropriation can be performed under only two conditions: a) on non-discrimination basis; b) with the payment of compensation. The size and order of payment of compensation in case of expropriation must be defined in treaties and national law.

* Valerii N. Lisitsa – Ph.D. in Law, associate professor of the Chair of Law of the Faculty of Economics, Novosibirsk State University; senior researcher of the Civil Law and Process department of the Siberian Branch of the Russian Academy of Sciences.