

МЕЖДУНАРОДНОЕ ИНВЕСТИЦИОННОЕ ПРАВО

Основания для выплаты компенсации в международных инвестиционных разбирательствах

*Лабин Д.К.**

*Юхно А.С.***

В статье рассматриваются основные основания для выплаты компенсации в международных инвестиционных разбирательствах. В первой части анализируется вопрос экспроприации на современном этапе. Вторая часть посвящена изучению проблематики нарушения международного права, не связанного с экспроприацией. В третьей и четвертой частях раскрываются вопросы нарушения инвестиционных контрактов и одновременного нарушения контрактных и договорных обязательств.

Ключевые слова: международные инвестиционные разбирательства; компенсация; основания для выплаты компенсации; экспроприация.

В связи со стремительным развитием международных экономических отношений все большую актуальность приобретает вопрос выплаты компенсации в случае нарушения прав инвестора. Как показывает практика, такое право инвестирующей стороны может основываться на различных правовых требованиях. В контексте международно-правового регулирования инвестиций обычно выделяется три основных основания для предъявления иска: экспроприация (законная и незаконная), нарушение международного права (обычного и договорного),

* Лабин Дмитрий Константинович – д.ю.н., профессор кафедры международного права МГИМО (У) МИД России.

** Юхно Александр Сергеевич – аспирант кафедры международного права МГИМО (У) МИД России. ilc48@mail.ru.

не связанное с экспроприацией, а также нарушение контракта¹, которые рассматриваются ниже.

Экспроприация²

В доктрине международного права на протяжении длительного времени большое внимание уделяется вопросам защиты иностранной собственности. Несмотря на это, международно-правовые нормы, регулирующие такие отношения, носят фрагментарный характер. В правовой литературе в отношении изъятия иностранной частной собственности используются различные термины: «экспроприация», «национализация», «конфискация», «реквизиция». Несмотря на то, что международное право не дает однозначного определения данных понятий, и отсутствует единая общепринятая терминология в этой сфере, крайне важно проводить различия между ними.

Как подчеркивает Фархутдинов И.З., «юридическая природа этих понятий различна, поскольку речь идет о неодинаковых формах и способах ограничения и аннулирования прав собственности. Но все эти термины объединяет одно юридическое содержание: лицо, осуществляющее инвестиционную деятельность в условиях чужого государства, не добровольно, а вынужденно лишается своих капиталов и дивидендов»³. Для целей данной работы следует согласиться с Фархутдиновым И.З., который уравнивает между собой понятия «национализация» и «экспроприация», «поскольку они подразумевают одну и ту же форму принудительного изъятия иностранной собственности»⁴. Категории «национализация», «экспроприация», «реквизиция», «конфискация» носят в определенной степени собирательное значение, так как под этими мерами подразумеваются не только сам факт национализации, но также действия государства, которые могут рассматриваться как фактически осуществленная национализация или экспроприация⁵.

Особенностью последних десятилетий является более активное применение не прямых, а косвенных форм принудительного изъятия иностранной собственности. Признавая необходимость привлечения

¹ Ripinsky S. Damages in international investment law. – British Institute of International and Comparative Law, 2008. – 64 p.

² В статье не рассматриваются вопросы законной и незаконной экспроприации.

³ Фархутдинов И.З. Международное инвестиционное право: теория и практика применения (науч.-практ. издание). – М.: Волтерс Клувер, 2005. – 133 с.

⁴ Там же. – 134 с.

⁵ Там же. – 137 с.

иностранного капитала и технологий, многие государства – реципиенты инвестиций не хотят, чтобы их воспринимали как создающих угрозу для экспроприации. По этой причине в настоящее время государства редко экспроприируют иностранные инвестиции формальными нормативными актами. В деле *Metalclad v. Mexico*⁶ трибунал посчитал, что минимальный стандарт обращения с иностранным инвестором предполагает также наличие прозрачности всех необходимых правовых процедур на этапах инвестиционного процесса⁷. Он установил, что мексиканское законодательство не содержало четких норм касательно необходимости получения разрешения муниципальных органов власти на строительство сооружений⁸.

Двусторонние и многосторонние инвестиционные договоры, которые стали важными механизмами по предупреждению экспроприаций и выплаты компенсации пострадавшей стороне, должны отвечать на эти новые вызовы способами, соответствующими принципам обычного международного права⁹. Как правило, такие акты косвенной экспроприации не направлены на непосредственное лишение собственника его титула и могут выражаться в ограничении права собственности конкретного инвестора¹⁰. Как отмечает профессор Лабин Д.К., в связи с тем, что отсутствует единый подход к определению «экспроприация иностранных инвестиций», особое значение приобретает современная арбитражная практика по урегулированию инвестиционных споров¹¹.

Стандарт компенсации по международному праву в течение длительного времени оставался важным вопросом при определении суммы, которую должен получить иностранный инвестор при экспроприации. С принятием большого количества двусторонних и многосторонних соглашений о защите и поощрении инвестиций данная проблема стала менее напряженной. Соглашения содержат довольно подробные положения касательно компенсации на случай экспроприации. При этом такие положения не отличаются единообразием и заслуживают отдельного внимания. На практике это означает следующее.

⁶ *Metalclad v. Mexico*, Award, August 30, 2000. – ICSID Case No. ARB (AF)/97/1.

⁷ *Ibid.* – 76 para.

⁸ *Ibid.* – 88 para.

⁹ W. Michael Reisman & Robert D. Sloane. *Indirect Expropriation and Its Valuation in the BIT Generation*. – Boston. The British Yearbook of International Law, 2004. – 149-150 p.

¹⁰ Лабин Д.К. *Международное право по защите и поощрению иностранных инвестиций*. – М.: Волтерс Клувер, 2008. – 207 с.

¹¹ Там же. – 208 с.

Во-первых, почти все споры по вопросам экспроприации будут рассматриваться на основании норм международного договора, а не на основе обычного международного права. Во-вторых, в тех делах, в которых международное право может быть применено, практика государств больше склоняется к стандарту полной, нежели соответствующей (appropriate) компенсации¹². Такие соглашения обычно содержат положение об экспроприации, в соответствии с которым уплата компенсации является одним из условий законной экспроприации. Из этого делается вывод о том, что нормы таких соглашений применяются исключительно к законным экспроприациям.

Нарушение международного права

Международно-правовая ответственность государства наступает в случае нарушения им обязательств по международному праву. Обязанность произвести компенсацию в данном случае является следствием неправомерного поведения. На языке Комиссии международного права такая обязанность является вторичным обязательством (secondary obligation) международного права. Исторически экспроприация находилась в центре большинства инвестиционных споров, однако в последние годы появилось большое количество дел, в которых основанием присуждения компенсации становились случаи, которые не составляли экспроприацию, а нарушения других положений инвестиционного договора¹³. В связи с тем, что инвестиционные договоры, как правило, не содержат специальных положений по присуждению компенсации в случае нарушения обязательств, не относящихся к экспроприации, трибуналы обращаются к нормам обычного международного права. Анализ судебной и арбитражной практики демонстрирует, что трибуналы стремились использовать аналогию со стандартами экспроприации или нарушения контракта. В статье 31 Статей об ответственности государств устанавливается, что «ответственное государство обязано предоставить полное возмещение вреда, причиненного международно-правовым деянием»¹⁴. Трибуналы при рассмо-

¹² Wälde T.W. and. Sabahi B. Compensation, Damages and Valuation in International Investment Law / T.W. Wälde and B. Sabahi. – Oxford, 2001. – 16 p.

¹³ Ripinsky S. Assessing Damages in Investment Disputes: Practice in Search of Perfect Journal of World Investment and Trade. – 2009. – Vol. 10. No. 1-4 p.

¹⁴ Статьи об ответственности государств за международно-противоправные деяния. Статья 31.

трении вопросов нарушения норм международного права, не связанных с экспроприацией, как правило, исходили из общего принципа, что истец должен получить полную компенсацию за убытки, причиненные противоправным поведением государства. При этом, как показывает практика, при отсутствии единообразной методологии понятие «полная компенсация» оценивается в делах по-разному. В деле *S.D. Myers v. Canada* трибунал указал на то, что, в независимости от выбранного способа вычисления суммы компенсации, он должен «отражать общий принцип международного права о том, что компенсация должна исправить материальный вред (harm), причиненный нарушением международного обязательства»¹⁵.

Требование полной компенсации важно в качестве общего принципа, так оно не устанавливает механизма по присуждению компенсации. Строго говоря, речь идет о принципе полной репарации, так как последняя может быть достигнута не только посредством компенсации, но, например, и за счет реституции. Однако в случаях, в которых компенсация выступает единственным средством правовой защиты, можно говорить о полной компенсации. Концепция полной компенсации, будучи конструкцией довольно общего характера, не предлагает конкретного алгоритма по взысканию суммы компенсации и предоставляет трибуналам свободу в определении методологии оценки в каждом конкретном случае. Данный подход нашел отражение в деле *S.D. Myers v. Canada*, в котором трибунал отметил, что в независимости от выбранного способа определения суммы компенсации, «он должен отражать общий принцип международного права о том, что компенсация должна устранить материальный вред (undo material harm), причиненный нарушением международного права»¹⁶. Как показывает практика, в делах, не связанных с экспроприацией, для трибунала на первое место выходит оценка убытков инвестора, нежели конкретный вид нарушенного обязательства¹⁷. Их сумма в денежной форме становится определяющей при присуждении суммы компенсации.

Таким образом, становится понятно, что в тех делах, где трибуналы отказывались от использования подхода на основе стоимости

¹⁵ *SD Myers v. Canada*. – 315 para. См. также: Ripinsky S.. *Damages in international investment law*. – 91 p.

¹⁶ Ripinsky S. *Damages in international investment law*. – British Institute of International and Comparative Law, 2008.- 107 p.

¹⁷ Например, уменьшение стоимости инвестиций, полная утрата инвестиций т.д.

инвестиций, они применяли иные способы. Широкий перечень методологий для подсчета суммы компенсации в делах, не связанных с экспроприацией, свидетельствует об отсутствии единого подхода, который мог бы быть применен во всех случаях. Вполне логично, что в будущем трибуналы будут разрабатывать и иные способы покрытия убытков истцов, учитывая конкретные обстоятельства дел.

Множественные нарушения инвестиционного договора

Как показывает практика, не являются исключениями дела, в которых можно найти более чем одно нарушение международного договора. Трибуналы в таких делах, как правило, выступают против присуждения компенсаций за отдельные нарушения соглашений. В делах, в которых одним из нарушений является экспроприация, большинство трибуналов выступают за применение мер в делах об экспроприации. В деле *CME Czech Republic B.V. (The Netherlands) v. the Czech Republic*, в котором на рассмотрение трибунала были вынесены вопросы незаконной экспроприации и нарушения двустороннего инвестиционного договора, трибунал посчитал, что справедливая рыночная цена инвестиций истца является подходящей суммой компенсации¹⁸. В этом деле трибунал приравнивал стандарт справедливой рыночной цены с формулой, которая содержится в двустороннем инвестиционном договоре, согласно которой любые меры, которые решают инвестора инвестиций должны сопровождаться выплатой справедливой компенсации (*just compensation*). Однако в случаях, когда сумма убытков превышает рыночную стоимость инвестиций, она должна быть также компенсирована.

Аналогичный подход применяется и в делах о нескольких нарушениях положений международных договоров, не связанных с экспроприацией. Сам факт множественного нарушения такого соглашения, как правило, не влияет на сумму компенсации. Одной из целей такого подхода, как отметил трибунал в деле *S.D. Myers v. Canada*, является исключение взыскание убытков, превышающих размер ущерба (*double recovery*). В другом деле *Occidental Exploration and Production v. Ecuador* истец подал несколько исков о возмещении НДС в национальные суды Эквадора. В целях исключения взыскания убытков, превышающих размер ущерба, трибунал постановил, что истец не должен получить такой выгоды. Он также предписал истцу прекратить

¹⁸ *CME Czech Republic B.V. (The Netherlands) v. the Czech Republic*. - 618 para// <http://italaw.com/documents/CME-2001PartialAward.pdf>.

и воздержаться от подачи исков в национальные суды, административных процедур или иных действий, направленных на возмещение НДС, уплаченного до 31 декабря 2003 г.¹⁹. Такие действия и процедуры, по его мнению, не должны иметь юридической силы²⁰. Как считают некоторые ученые, причиной такого подхода является мнение о том, что компенсация меры (мер) государства покрывает все нарушения и не важно, нарушает ли данная мера одно или несколько обязательств по договору²¹.

Нарушение контракта

Международные споры довольно часто включают контракты между иностранными инвесторами и принимающим государством. Основные сложности наступают на том этапе, когда исполнение контрактных обязательств для государства становится невыгодным, либо происходят иные изменения обстоятельств. Поведение государства может, например, проявляться в отзыве лицензий, одностороннем расторжении контракта, иных деяниях, которые приводят к изменению или нарушению контракта²². В настоящее время в большинстве контрактов содержится положение о применимом праве (choice of law clause), которое определяет применимое материальное право в случае нарушения контракта²³.

В делах о нарушении контрактных обязательств компенсация традиционно оценивается на основе разграничения реального ущерба (damnum emergens) и упущенной выгоды (lucrum cessans). Данные концепции берут свое начало еще в древнем Риме. Как отмечается, данное деление было воспринято как многими национальными системами, так и международным правом²⁴. Присуждение реального ущерба направлено на помещение пострадавшей стороны в положение, в котором

¹⁹ Occidental Exploration and Production Company v. The Republic of Ecuador, ICSID Case No. ARB/06/11 - 209 para.

²⁰ Occidental Exploration and Production v. Ecuador. – 209 para.

²¹ Ripinsky S.. Damages in international investment law – British Institute of International and Comparative Law, 2008. – 101 p.

²² Ibid. – 101 p.

²³ Большая часть таких положений отсылает к самому международному договору, национальному праву принимающего инвестиции государства, положениям любого инвестиционного соглашения или контракта, относящихся к инвестициям, общим принципам международного права.

²⁴ Bjorklund A. K.. Investment treaty law: current issues. Remedies in international investment law emerging jurisprudence of international investment law. Current issues III. – BIICL, 2009. – 47 p.

бы она находилась, если бы контракт не был заключен. Как правило, у трибуналов не возникает проблем с его присуждением, так как убыток уже понесен и его не так сложно установить. При этом компенсация за реальный ущерб может поставить пострадавшую сторону в положение, которое было до заключения контракта. Поэтому лишь вместе с упущенной выгодой можно добиться полной компенсации. Отдельно отметим, что иски об упущенной выгоде сложнее доказываются в свете неопределенности, связанной с будущими доходами.

Применение концепций реального ущерба и упущенной выгоды в свете необходимости учета многих факторов (инфляция, изменение стоимости денег, и т.д.) может привести к двойному счету. В международной практике данный факт не всегда принимается во внимание. В деле *Karaha Bodas Company LLC v Perusahaan Pertambangan Minyak Dan Gas Bumi Negara and PT. PLN (Persero)* истец требовал возмещения реального ущерба и упущенной выгоды на основании нарушения контракта. Трибунал присудил компенсацию, которая в два с половиной раза превышала сделанные инвестиции²⁵. Таким образом, трибуналам следует внимательнее относиться к применению данных концепций и избегать случаев переоценки компенсации.

Довольно часто при этом наблюдается ситуация, при которой положение о применимом праве отсылает не только к национальному праву, но к международному праву и общим принципам права. Правовым основанием для выбора международного права может служить статья 42 (1) Конвенции об урегулировании инвестиционных споров между государствами и лицами других государств 1965 года, которая устанавливает, что «арбитраж рассматривает спор, согласно нормам права в соответствии с соглашением сторон. В случае отсутствия соглашения сторон Арбитраж применяет право Договаривающегося государства, выступающего в качестве стороны в споре, а также те нормы международного права, которые могут быть применимы»²⁶. Отправной точкой для трибунала, применяющего нормы международного права к возмещению убытков из контракта, является принцип полной компенсации. Он предполагает, что пострадавшая сторона должна быть

²⁵ Marboe I. Oxford international arbitration series. Calculation of compensation and damages in international investment law / M. Irmgard.- Oxford University Press, , 2009. – 3.193.

²⁶ Конвенция об урегулировании инвестиционных споров между государствами и физическими или юридическими лицами других государств (Вашингтонская Конвенция). Статья 42 (1).

поставлена в то же положение, в котором она бы была, если бы контракт был исполнен²⁷.

Одновременное нарушение контрактных и договорных обязательств

Отдельно следует выделить случаи одновременного нарушения контрактных и международных норм. Трибуналы различают такие случаи. Как отметил трибунал в деле *Vivendi v. Argentina*, «государство может нарушить договор, не нарушая контракт, и, наоборот, ... при этом нарушение двустороннего инвестиционного договора или нарушение контракта являются разными вопросами»²⁸. Разграничение между этими видами оснований подачи искового заявления сыграли важную роль при выборе места рассмотрения дела. Для данного исследования достаточно будет отметить, что в большинстве случаев указание ответчика на то, что положение контракта, отсылающее к национальному суду, по мнению трибуналов, не лишает их юрисдикции рассматривать иск о нарушении норм международного права, если тот был заявлен другой стороной. Сложнее обстоит дело с пониманием роли «зонтичных» оговорок, которые получили широкое распространение в двусторонних инвестиционных договорах в последние годы²⁹. При этом практика арбитражных трибуналов показывает, что довольно часто подсчет суммы компенсации они предпочитают производить на основании нарушения контрактных обязательств³⁰.

В качестве заключения

Анализ рассмотренных оснований для предъявления иска о компенсации показывает, что существуют значимые различия в экономико-правовых последствиях выбора той или иной причины возникновения права инвестора требовать возмещение ущерба. Таким образом, правильное и обоснованное определение оснований для компенсации

²⁷ Ripinsky S.. Damages in international investment law/ S.Ripinsky. – 10 p.

²⁸ Schreuer C. The ICSID Convention: a Commentary on the Convention on the Settlement of Investment Disputes Between States and Nationals of Other States. – Cambridge University Press, 2001. paras. 95, 96., 7 p.

²⁹ Юхно А.С., Зонтичные оговорки в практике международных арбитражных трибуналов: последние тенденции // Международное публичное и частное право. – N 5. – 2010.

³⁰ Marboe I. Oxford international arbitration series. Calculation of compensation and damages in international investment law / M. Irmgard.- Oxford University Press, , 2009. – 3. 230 p.

в каждом конкретном деле позволит более точно определять размер справедливой стоимости возмещения причиненного ущерба.

Библиографический список

Лабин Д.К. Международное право по защите и поощрению иностранных инвестиций. – М.: Волтерс Клувер, 2008. – 207 с.

Фархутдинов И.З. Международное инвестиционное право: теория и практика применения (науч.-практ. издание). – М.: Волтерс Клувер, 2005. – 133 с.

Юхно А.С., Зонтичные оговорки в практике международных арбитражных трибуналов: последние тенденции // Международное публичное и частное право. – N 5. – 2010.

Bjorklund A. K.. Investment treaty law: current issues. Remedies in international investment law emerging jurisprudence of international investment law. Current issues III. – BIICL, 2009. – 47 p.

Marboe I. Oxford international arbitration series. Calculation of compensation and damages in international investment law / M. Irmgard. – Oxford University Press, 2009. – 3. 230 p.

Ripinsky S. Assessing Damages in Investment Disputes: Practice in Search of Perfect Journal of World Investment and Trade. – 2009. – Vol. 10. No. 1 – 4 p.

Ripinsky S.. Damages in international investment law. – British Institute of International and Comparative Law, 2008. – 64 p.

W. Michael Reisman & Robert D. Sloane. Indirect Expropriation and Its Valuation in the BIT Generation. – Boston. The British Yearbook of International Law, 2004. – 149-150 p.

Schreuer C. The ICSID Convention: a Commentary on the Convention on the Settlement of Investment Disputes Between States and Nationals of Other States. – Cambridge University Press, 2001. paras. 95, 96., 7 p.

Wälde T.W. and. Sabahi B. Compensation, Damages and Valuation in International Investment Law / T.W. Wälde and B. Sabahi. – Oxford, 2001. –16 p.

Approaches to Compensation under Different Causes of Action in the International Investment Arbitration (Summary)

*Dmitry K. Labin**

*Alexander S. Yukhno***

The article addresses the issue of the principal causes of action in the international investment arbitration. The first part gives analysis of the expropriation at the present stage. The second part is devoted to the breaches of international law unrelated to expropriation. Breach of contract and concurrent breach of contract and treaty are analyzed in the third and fourth parts of the article.

Keywords: international investment law; compensation; cause of action for compensation; expropriation.

* Dmitry K. Labin – Doctor of Laws, professor of the Chair of International Law, MGIMO-University MFA Russia.

** Alexander S. Yukhno – post-graduate student of the Chair of International Law, MGIMO-University MFA Russia. ilc48@mail.ru.