



УСОСКИН  
СЕРГЕЙ ВЛАДИМИРОВИЧ

юрист Адвокатского бюро  
«Егоров, Пугинский,  
Афанасьев и партнеры»

## ОПРЕДЕЛЕНИЕ КОСВЕННОЙ ЭКСПРОПРИАЦИИ В ПРАКТИКЕ АРБИТРАЖЕЙ ПО ДОГОВОРАМ О ПООЩРЕНИИ КАПИТАЛОВЛОЖЕНИЙ\*

В статье анализируется закрепленный в межправительственных соглашениях о поощрении и защите капиталовложений запрет «косвенной экспроприации». Данное положение предоставляет инвесторам возможность требовать компенсации ущерба, причиненного действиями, значительно и на продолжительный срок ограничивающими права собственника. Предлагаются критерии ограничения правомерных действий от косвенной экспроприации.

*Ключевые слова:* экспроприация, защита иностранных инвестиций, инвестиционный арбитраж

Право собственности сегодня защищается не только национальными правовыми системами, но и рядом международных договоров, а также международными судебными органами, контролирующими их применение. Яркими примерами являются многочисленные договоры о поощрении и защите капиталовложений (ДИС). ДИС гарантируют неприкосновенность частной собственности. Они также ограничивают право государства совершать действия, которые умаляют право собственности лица или негативно влияют на осуществление такого права. Это означает, что государства не вправе не только изымать собственность, но и совершать иные действия, фактически влекущие утрату или уменьшение основных правомочий собственника по владению, пользованию и распоряжению имуществом.

\*Содержание настоящей статьи является выражением личного мнения ее автора и может не совпадать с позицией

Однако на осуществление права частной собственности влияют многие действия государства. Запрет на занятие определенными видами деятельности в городе ограничивает право собственности владельцев земельных участков и помещений, а обязанность платить налоги — права на денежные средства всех налогоплательщиков. Безусловно, государства сохраняют право регулировать отношения участников оборота и устанавливать требования к их поведению. Это право государств признается в практике арбитражей, рассматривающих споры по ДИС.

Проблема, как и во многих других случаях, возникает при определении границы, по которой нужно провести черту между правомерным регулированием и недопустимым вмешательством в права собственника. Соот-

Адвокатского бюро «Егоров, Пугинский, Афанасьев и партнеры» и/или клиентов Бюро.

ветствующие договоры не содержат критериев оценки, поэтому задача по выработке таких критериев встала перед судебными органами. Можно с уверенностью сказать, что данная задача на сегодняшний день окончательно не решена. Тем не менее сложилась определенная практика по вопросу о том, в каких случаях действия государства признаются косвенной экспроприацией, а в каких — правомерным регулированием. Анализу данной практики и посвящена эта статья.

## 1. ДИС как механизм защиты прав иностранных инвесторов

В настоящее время в мире насчитывается более 2500 подобных договоров, предусматривающих более или менее стандартный круг прав инвестора и в большинстве случаев предоставляющих инвестору право самостоятельно передать спор о соблюдении данных гарантий в международный арбитраж. Россия заключила большое количество подобных договоров как с развивающимися странами, так и с рядом европейских государств. Кроме того, обширную сеть ДИС имеют государства, в которых российские предприниматели традиционно размещают холдинговые компании для осуществления инвестиций, — Нидерланды, Великобритания (некоторые ее договоры распространяются на компании, зарегистрированные на островах Джерси и Гернси), Швейцария и США.

Среди основных гарантий, которые обычно предоставляются ДИС, — запрет прямой и косвенной экспроприации, гарантия равного и справедливого обращения, одновременного национального режима и режима наибольшего благоприятствования при управлении инвестициями, возможность свободного перечисления из принимающего государства доходов, полученных от осуществленных инвестиций.

В случае нарушения ДИС инвестору обычно предоставляется право передать спор в арбитраж по правилам одного из основных арбитражных центров (например, МТП или Торговой палаты Стокгольма) либо в арбитраж Международного центра по разрешению инвестиционных споров (*International Centre for Settlement of Investment Disputes, ICSID*). Решения, вынесенные обычным коммерческим арбитражем, подлежат признанию на основании международных договоров и

национального законодательства об исполнении решений международных коммерческих арбитражей, а решения, вынесенные по правилам *ICSID*, — по правилам для исполнения решений национальных судов соответствующего государства. Важно отметить, что российские инвесторы не могут непосредственно обращаться в арбитраж по правилам *ICSID*, поскольку Россия не ратифицировала конвенцию, регулирующую его деятельность.

## 2. Понятие непрямой (косвенной) экспроприации в ДИС

ДИС не определяют, а большинство даже не содержат понятия косвенной экспроприации. Данный термин применяется в доктрине и арбитражной практике для описания содержащегося в ДИС запрета «мер, равносильных по последствиям национализации или экспроприации»<sup>1</sup>. Из данной формулировки можно сделать вывод, что косвенная экспроприация, с одной стороны, отличается от прямой экспроприации и национализации, а с другой — приводит к тем же последствиям для собственника, что и прямая экспроприации. Основным отличием является то, что при прямой экспроприации соответствующее имущество непосредственно изымается у собственника государством. Определяя же косвенную экспроприацию, арбитражные трибуналы указывали, что собственник может сохранить формальное право собственности на соответствующее имущество. Равным образом не обязательно, чтобы государство приобретало что-то в результате такой экспроприации, достаточно, чтобы умаление правомочий собственника произошло в результате действий или бездействия, за которые отвечает государство.

В практике рассмотрения споров по ДИС между инвесторами и государствами был выработан ряд критериев для определения того, являются ли действия государства косвенной экспроприацией. Первым и основным критерием является существенность ограничения правомочий собственника.

<sup>1</sup> Соглашение между Правительством Российской Федерации и Правительством Республики Индонезия о поощрении и защите капиталовложений // Бюллетень международных договоров. 2010. № 3.

Как указывалось в отдельных арбитражных решениях, ограничения должны быть существенными<sup>2</sup> или даже такими, что имущество становится «бесполезным»<sup>3</sup>. При этом предметом оценки является не только физическое состояние вещи, но и возможность ее использования в деятельности собственника. Соответственно, косвенная экспроприация может иметь место даже в ситуации, когда имущество остается неизменным и собственник может продолжать распоряжаться им, но возможность его использования по назначению утрачивается или существенно сокращается.

Вторым критерием является продолжительность ограничения прав собственника. Косвенной экспроприацией может быть признано не только постоянное, но и временное (длительное) ограничение прав собственности.

Единого срока, после истечения которого ограничение права собственности становится экспроприацией, не существует, и этот вопрос подлежит разрешению в каждом конкретном деле в зависимости от его обстоятельств. Например, в деле *Wena Hotels v. Egypt* арбитраж признал косвенной экспроприацией лишение инвестора возможности управлять отелем на протяжении одного года<sup>4</sup>. Однако в другом деле арбитраж посчитал, что временное ограничение на трансграничное перемещение отходов на 18 месяцев не является экспроприацией бизнеса инвестора по их переработке<sup>5</sup>. Эти примеры показывают, что длительность вмешательства оценивается арбитражем в совокупности с его интенсивностью (существенностью).

Третьим (но необязательным) критерием является нарушение государством обоснованных ожиданий (*legitimate expectations*) инвестора, полагаясь на которые инвестор принял решение об осуществлении инвестиции.

Этот фактор особенно важен в ситуациях, когда ограничение полномочий собственника вызвано осуществ-

влением государством своих регулятивных полномочий. Действительно, по общему правилу инвестор не может рассчитывать на то, что законодательство принимающего государства будет оставаться неизменным. Однако государство или государственные органы могут прямо, а иногда и косвенно, гарантировать инвестору неизменность определенных положений. В этой ситуации инвестор может правомерно и разумно строить дальнейшие планы на основании таких гарантий. Если неизменность соответствующих положений лежит в основе развивающегося бизнеса и их изменение приводит к невозможности его продолжения, такие действия государства могут являться формой косвенной экспроприации.

К примеру, в деле *Metalclad Corporation v. United Mexican States* инвестор приобрел земельный участок для строительства полигона опасных отходов; власти гарантировали ему возможность дальнейшего использования участка для этих целей. В дальнейшем инвестору было отказано в продлении разрешения на эксплуатацию данного участка под полигон со ссылкой на требования экологического законодательства. Арбитраж признал данные действия косвенной экспроприацией, придав особое значение именно заверениям со стороны государства о возможности эксплуатации участка для организации на нем полигона.

Необходимость наличия иных факторов для признания действий государства косвенной экспроприацией является спорной. Практика арбитражей, к примеру, расходится по вопросу о том, может ли признаваться косвенной экспроприацией действие государства, которое ограничило правомочия собственника, но не принесло материальной выгоды государству. В решении по делу *Techmed v. United Mexican States* арбитраж указал, что косвенная экспроприация не обязательно должна приносить пользу государству<sup>6</sup>, в то же время в деле *Ronald Lauder v. Czech Republic* суд посчитал, что извлечение государством выгоды является необходимым для признания действий государства экспроприацией<sup>7</sup>.

<sup>2</sup> *Pope & Talbot Inc. v. The Government of Canada, Interim Award of 26 June 2000*, par. 102.

<sup>3</sup> *Starrett Housing v. Iran, Iran-US Claims Tribunal, Award of 19 December 1983*, 4 Iran-US CTR 122, 154.

<sup>4</sup> *Wena Hotels Ltd. v. Arab Republic of Egypt, Award of 8 December 2000*, par. 9.

<sup>5</sup> *S.D. Myers Inc. v. Government of Canada, Partial Award of 13 November 2000*, par. 283.

<sup>6</sup> *Tecnicas Medioambientales Tecmed S.A. v. United Mexican States, ICSID Case No. ARB(AF)/00/2, Award of 29 May 2003*, par. 116.

<sup>7</sup> *Ronald Lauder v. Czech Republic, Award of 3 September 2001*, par. 203.



### 3. Оценка различных регулятивных действий государств, связанных с частной собственностью, сквозь призму косвенной экспроприации

Приведенные выше критерии косвенной экспроприации позволяют определить некие самые общие граничицы этого понятия. Однако они являются недостаточно конкретными и предоставляют арбитражу широкое усмотрение в оценке действий государства. Как мы полагаем, более полную картину дает анализ практики на материале конкретных дел.

#### А. Действия государства в отношении юридического лица как косвенная экспроприация акций (долей участия)

В современном мире большинство иностранных инвестиций структурированы через операционные компании, зарегистрированные в принимающих инвестиции государствах.

Отдельные ДИС предоставляют таким компаниям возможность самостоятельно предъявлять требования к государствам в случае нарушения положений ДИС. Однако в большинстве случаев истцом выступает прямой или косвенный акционер компании, при этом требование часто формулируется как косвенная экспроприация принадлежащих данному инвестору акций компании, зарегистрированной в соответствующем государстве.

Можно выделить две наиболее распространенные ситуации. В первой действия государства приводят к снижению стоимости активов местной компании, невозможности их дальнейшего использования или иным образом ограничивают операционную деятельность компании. Во второй государство вмешивается в управление компанией, например назначает внешнего управляющего или своим решением заменяет директора компании. В обоих случаях инвестор продолжает оставаться собственником акций (долей участия) компании, однако их ценность либо существенно снижается, либо утрачивается.

Поскольку смены собственника не происходит, подобные действия не являются прямой экспроприацией.

Однако в определенных случаях они могут рассматриваться как экспроприация косвенная. В связи с этим важно отметить два обстоятельства.

Во-первых, не любое снижение стоимости акций в результате действий государства в отношении компании автоматически означает экспроприацию этих акций. Здесь на первый план выступает фактор существенности вмешательства.

Во-вторых, при оценке вмешательства государства в управление компанией принимается во внимание существенность такого вмешательства, а также его продолжительность. Действительно, временное ограничение полномочий назначенного акционером руководства компании может не привести к фактической утрате акционером прав, связанных с участием в компании (например, получение прибыли, возможность продажи), и после восстановления прав по управлению местной компанией права собственника также восстанавливаются. Соответственно, отсутствуют и основания для признания таких действий косвенной экспроприацией. Стоит оговориться, что данный вывод не обязательно означает, что действия государства будут признаны полностью правомерными с точки зрения соблюдения ДИС. Необоснованное вмешательство в управление может при определенных обстоятельствах рассматриваться как нарушение гарантии справедливого и равного обращения (*fair and equitable treatment*).

#### Б. Изменение правил использования земельных участков и оборота товаров

Земельные участки, заводы и другие производственные объекты являются вещами, однако их ценность заключается не только в их физических свойствах, но также в возможности использования их в предпринимательской деятельности.

Следовательно, прямой экспроприацией будет переход права собственности на данные объекты или, в некоторых случаях, их уничтожение государством. В качестве же косвенной экспроприации могут рассматриваться действия государства, ведущие к невозможности или затруднительности дальнейшего использования соответствующих вещей в предпринимательской деятельности.

В качестве примера можно привести два дела, в одном из которых арбитраж признал, что земельный участок, принадлежащий испанскому инвестору, был экспроприирован, а в другом — что введение ограничений на использование метанола в США не может рассматриваться как косвенная экспроприация бизнеса по производству и поставке метанола, принадлежащего канадскому инвестору.

В первом случае испанский инвестор приобрел компанию, эксплуатирующую полигон хранения опасных отходов в Мексике. Существование данного полигона вызывало постоянные протесты со стороны местного населения, поскольку он находился недалеко от города. Кроме того, мексиканские власти установили, что компания, эксплуатирующая полигон, совершила ряд нарушений применимого законодательства (были превышены лимиты по размещению отдельных видов отходов, а также временно хранились отходы, не предусмотренные разрешением на эксплуатацию). Ссылаясь на данные нарушения, уполномоченный орган отказал в продлении разрешения на эксплуатацию. Арбитраж посчитал, что данное действие может рассматриваться как косвенная (фактическая) экспроприация. При этом арбитраж принял во внимание следующие обстоятельства:

- (i) дальнейшее использование земельного участка под полигон стало невозможным;
- (ii) его нельзя было использовать под другие цели с учетом объема уже размещенных там отходов;
- (iii) при приобретении земельного участка инвестор явно выразил свое намерение использовать его как полигон.

Кроме того, арбитраж посчитал, что непродление разрешения не может рассматриваться как правомерное действие государства, предпринятое в рамках осуществления его регулятивных полномочий. Во внимание было принято следующее:

- (i) нарушения со стороны операционной компании не были серьезными и ранее не послужили основанием для аннулирования разрешения;
- (ii) полигон не представлял угрозы для экологии и здоровья населения;

(iii) реальной причиной отказа в продлении разрешения было политическое давление со стороны населения близлежащего города, при этом причиной недовольства населения было место размещения полигона, которое в свое время было определено самими мексиканскими властями<sup>8</sup>.

В другом деле канадский инвестор владел производством метанола, который он, в свою очередь, поставлял производителям присадок для бензина в США. В 1999 г. в Калифорнии был введен запрет на использование в бензине присадок, основанных на метаноле, поскольку власти посчитали, что их использование причиняет вред экологии. Инвестор заявил, что данное действие нарушает его права и косвенно экспроприирует его долю на рынке поставок в Калифорнию<sup>9</sup>. Арбитражный суд считал, что принятые властями США меры преследовали правомерную цель защиты экологии, были общеприменимы (не были направлены против конкретного инвестора) и не нарушили каких-либо специальных гарантий, данных инвестору. Исходя из этого, суд заключил, что подобные действия не могут рассматриваться как косвенная экспроприация<sup>10</sup>.

## **В. Изменение правил налогообложения и введение новых налогов**

Право устанавливать и взимать налоги является одним из базовых прав любого государства, наличие которого в международном праве не оспаривается. Взимание налогов, несмотря на то что оно предусматривает безвозмездную передачу частной компанией денежных средств государству, приводится в качестве примера правомерного регулирования со стороны государства, не являющегося экспроприацией<sup>11</sup>.

Практика международных арбитражей по ДИС показывает, что в определенных случаях применение на-

<sup>8</sup> *Tecnicas Medioambientales Tecmed S.A. v. United Mexican States, ICSID Case №. ARB(AF)/00/2, Award of 29 May 2003, par. 115—151.*

<sup>9</sup> *Methanex Corporation v. United States of America, UNCITRAL Arbitration. Award of 3 August 2005, Part II, Chapter D.*

<sup>10</sup> *McLachlan C., Shore L., Weiniger M. International Investment Arbitration: Substantive Principles (Oxford University Press, 2008). P. 303.*

<sup>11</sup> *Brownlie I. Principles of Public International Law (Oxford University Press, 2003). P. 509; Too v. Greater Modesto Insurance Association, Award of 29 December 1989, 23 Iran-United States*



логовых мер может признаваться формой косвенной экспроприации (хотя подобные решения принимаются судами крайне редко).

Одним из таких редких исключений является дело компании *Revere Copper & Brass Inc.*, связанное с ее предприятием на Ямайке. Компания осуществляла добычу полезных ископаемых и заключила концессионное соглашение с правительством, предусматривающее выплату роялти в определенном размере. Несмотря на наличие этого соглашения, власти Ямайки приняли решение об увеличении размера роялти, что, по мнению компании, привело к экономической нецелесообразности продолжения добычи полезных ископаемых. Компания предъявила иск к своему страховщику, у которого были застрахованы политические риски, включая риск экспроприации, и арбитраж, рассматривавший спор с применением норм международного права, посчитал, что действия правительства Ямайки являются экспроприацией. При этом арбитраж особо подчеркнул наличие соглашения, гарантирующего размер ставки роялти компании, которое было фактически отменено правительством<sup>12</sup>.

Примечательно также одно из немногих дел, в которых российский инвестор выступает в качестве истца в арбитраже по ДИС. Трибунал признал, что оспариваемые истцом действия монгольских властей по введению налога на сверхприбыль (*windfall profit tax*) могут являться экспроприацией. Оспоренное решение монгольских властей заключалось во введении налога на продажу золота со ставкой 68% (при превышении определенной цены унции)<sup>13</sup>.

#### 4. Общие стандарты оценки регулятивных действий государства с точки зрения соблюдения запрета косвенной экспроприации

Как показывают приведенные примеры, даже осуществление государством своих властных полномочий может быть признано неправомерной косвенной

экспроприацией принадлежащих инвестору прав или имущества. В некоторых арбитражных решениях даже высказывалась точка зрения о том, что, поскольку дававшее большинство ДИС вообще не содержат исключений, позволяющих государствам ограничивать права собственника для целей защиты социальных интересов, любое такое ограничение (если оно достаточно значительно и продолжительно) следует признавать неправомерной косвенной экспроприацией<sup>14</sup>. Однако в большинстве дел арбитражи занимают гораздо более сдержанную позицию и, даже признавая конкретные действия государства нарушением, указывают на то, что государство сохраняет право изменять свои законы в том числе и тогда, когда изменения влекут ухудшение положения инвестора.

Из анализа практики можно вывести следующие четыре условия, при соблюдении которых действия, предпринимаемые государством, признаются правомерными:

- (i) действия направлены на защиту общественных интересов;
- (ii) не являются дискриминационными;
- (iii) при их совершении соблюдены все необходимые процедуры;
- (iv) государство не принимало на себя обязательства не совершать подобных действий<sup>15</sup>.

Данный перечень почти полностью совпадает с перечнем условий правомерности прямой экспроприации, за исключением того, что не предусматривает обязательной выплаты государством компенсации. Однако анализ решений по конкретным делам показывает, что арбитражи подходят к оценке соблюдения некоторых из этих условий гораздо более тщательно в случае заявления о косвенной экспроприации. Например, если в случае прямой экспроприации направлен-

<sup>12</sup> *Claims Tribunal Reports*, p. 358.

<sup>13</sup> *Revere Copper & Brass Inc. v. Overseas Private Investment Corporation*, 56 *International Legal Materials* 258.

<sup>14</sup> *Sergei Paushok, CJSC Golden East Company, CJSC Vostok Neftegaz Company v. Government of Mongolia, UNCITRAL Arbitration, Order on Provisional Measures of 2 September 2008*, par. 5, 55.

<sup>15</sup> *Compania del Desarrollo de Santa Elena S.A. v. Republic of Costa Rica, UNCITRAL Rules, Final Award of 17 February 2000*, par. 171.

<sup>16</sup> *Methanex Corporation v. United States of America, UNCITRAL Arbitration, Award of 3 August 2005, Part II, Chapter D*, par. 7; *Martinez A. Invoking State Defenses in Investment Treaty Arbitration (The Backlash Against Investment Arbitration)*. Kluwer, 2010. P. 331).

ность действия на защиту общественных интересов практически презюмируется на основании заявления самого государства, то в случае косвенной экспроприации данный вопрос анализируется более детально. Как показывает пример рассмотренного выше дела *Techmed v. United Mexican States*, арбитраж оценивает не только заявленную цель, но и иные причины, которые мотивировали действие государства. Второй особенностью является требование соблюдения принятого государством обязательства не совершать определенных действий. Важно учитывать то, что не требуется, чтобы такое обязательство было прямо выражено и закреплено, например, в соглашении с инвестором. В некоторых случаях арбитражи признавали, что подобное обязательство государства может быть подразумеваемым и следовать из совокупности обстоятельств дела, включающих действия и заявления государства и инвестора. Чтобы определить наличие подразумеваемого обязательства, арбитражи обычно решают вопрос о том, имел ли инвестор разумные основания полагать, что государство обязалось не совершать определенные действия. При наличии подобных оснований арбитраж может признать, что соответствующее обязательство действительно возникло.

Запрет косвенной экспроприации является эффективным способом защиты прав инвесторов от вмешательства государства в их деятельность. С другой стороны, учитывая толкование его в практике, можно сказать, что он оставляет государствам возможность осуществлять правомерное регулирование предпринимательской деятельности. Подводя итог, мы отметим главное: без анализа конкретных обстоятельств каждого дела невозможно однозначно ответить на вопрос о том, являются ли конкретные действия косвенной экспроприацией. Как показывает практика, при решении данного вопроса значимыми могут оказаться любые обстоятельства, даже те, которым непосредственные участники событий (государство и инвесторы) большого значения не придают. А значит, в каждом конкретном деле необходимо, с одной стороны, принимать во внимание критерии, выработанные практикой, а с другой — оценивать всю ситуацию в совокупности сквозь призму общего стандарта — запрета действий государства, приводящих к фактическому лишению собственника его основных правомочий или существенному их ограничению.