Ксенофонтов Константин Евгеньевич. Экспроприация собственности иностранного инвестора в международном инвестиционном праве: диссертация ... кандидата юридических наук: 12.00.03 / Ксенофонтов Константин Евгеньевич;[Место защиты: Национальный исследовательский университет «Высшая школа экономики»].- Москва, 2014.- 256 с.

**Содержание к диссертации**

Введение

**Глава I. Понятийно-категориальный аппарат современного инвестиционного права 23**

1. Институт экспроприации как часть международного инвестиционного права 23

2. Общая характеристика основных источников международного инвестиционного права 27

2.1. Национальное инвестиционное законодательство 30

2.2. Двусторонние соглашения о защите и поощрении инвестиций 33

2.3. Многосторонние международные договоры в сфере международного инвестиционного права 35

2.4. Обычное международное право 43

3. Основные понятия международного инвестиционного права 48

3.1. Понятие иностранных инвестиций 48

3.2. Понятие иностранного инвестора 66

3.3 Национальность иностранного инвестора 69

**Глава II. Экспроприация иностранных инвестиций и международно-правовые гарантии прав инвесторов 88**

1. Понятие и виды экспроприации собственности иностранного инвестора 88

1.1. Понятие экспроприации 89

1.2. Прямая и непрямая экспроприация как виды экспроприации. Меры, эквивалентные экспроприации 103

2. Компенсация за экспроприацию инвестиций 121

2.1. Международно-правовые стандарты компенсации 121

2.2. Определение размера компенсации 126

2.3. Факторы, потенциально ограничивающие размер компенсации... 148

2.4. Неденежные средства правовой защиты 155

**Глава III. Международно-правовые механизмы рассмотрения споров об экспроприации иностранных инвестиций 161**

1. Формирование современной системы рассмотрения инвестиционных споров 161

2. Основные процессуальные нормы Регламента ЮНСИТРАЛ и Вашингтонской конвенции 183

2.1. Юрисдикция международных коммерческих арбитражей при рассмотрении инвестиционных споров 183

2.2 Процессуальные правила международных коммерческих арбитражей 201

3. Право, применимое к спорам об экспроприации 214

Библиография

## Национальное инвестиционное законодательство

Споры об экспроприации собственности иностранного инвестора необходимо рассматривать в общем контексте международного инвестиционного права, являющегося, по мнению одних ученых, самостоятельной отраслью права, находящейся на стыке международного публичного и международного частного права25, по мнению других — отраслью международного частного права26 или же подотраслью международного публичного права27. Одним из первых попытку выделить инвестиционное право в отдельную отрасль права в отечественной юридической доктрине предпринял А.Г. Богатырев28. Он обосновывал выделение международного инвестиционного права в отдельную отрасль следующими обстоятельствами: наличием обособленной группы инвестиционных отношений, отражающих объективное условие существования и развития инвестиционного процесса или инвестиционной деятельности как объективной экономической закономерности в обществе, т.е. наличием самостоятельного предмета правового регулирования; осознанием особой общественной необходимости и значимости инвестиционных отношений в системе экономических отношений; наличием нормативного материала соответствующего количества и качества; наличием особого метода правового регулирования инвестиционных отношений, выражающегося в сочетании публично-правового и частноправового регулирования.

А.Г. Богатырев предложил схему построения системы инвестиционного права, выделив Общую часть, в которую он включил такие правовые категории, как инвестиции и инвестиционная деятельность, объекты и субъекты инвестиционной деятельности, правовое регулирование инвестиционной деятельности (регулирование частного и смешанного инвестирования, регулирование государственного инвестирования), инвестиционный договор, гарантии прав инвесторов и защита инвестиций, и Особенную часть, для которой он обрисовал лишь общие контуры, положив в основу классификации разделение по сферам инвестирования (экономика, культура, здравоохранение и т.д.)29.

Еще одним автором, активно отстаивающим самостоятельность международного инвестиционного права, является И.З. Фархутдинов. Он также считает международное инвестиционное право самостоятельной отраслью права, обосновывая это ровно теми же доводами, что и А.Г. Богатырев. По мнению И.З. Фархутдинова, международное инвестиционное право необходимо рассматривать как самостоятельную отрасль права в силу того, что существует, во-первых, «обособленная группа общественных отношений, отражающих объективные условия формирования и развития инвестиционного процесса или инвестиционной деятельности как объективной экономической закономерности в обществе. Международные инвестиционные отношения в силу своего особого положения в системе международного экономического сотрудничества являются самостоятельным предметом правового регулирования», во-вторых, в силу высокой общественной значимости этих отношений, в-третьих, в силу обширности нормативно-правовового материала в сфере регулирования этих отношений и в-четвертых, в наличии особого метода правовой регламентации, «выражающегося в сочетании публично-правового и частноправового регулирования иностранных инвестиций».

Применительно к основному фактору, выделяющему международное инвестиционное право в отдельную отрасль права, а именно обособленности регулируемых им отношений Н.Ю. Ерпылева пишет следующее: «Международное инвестиционное право является важнейшей отраслью международного частного права, регулирующей порядок осуществления международной инвестиционной деятельности. Предметом международного инвестиционного права являются международные инвестиционные правоотношения. Последние носят международный (трансграничный) характер и возникают по поводу осуществления инвестиционной деятельности инвесторами, в роли которых, как правило, выступают иностранные физические и юридические лица. Именно правоотношения с их участием регулируют основные источники международного инвестиционного права... Международные инвестиционные правоотношения включают в себя как гражданско-правовые, так и административно-правовые, а также иные внутренние публичные правоотношения, осложненные иностранным элементом. Они не являются межгосударственными (международными публично-правовыми), и исполнение прав и обязанностей инвесторов и иных лиц, возникших в рамках этих отношений, должно обеспечиваться принудительными мерами, предусмотренными в национальном праве»31.

Подробное рассмотрение природы международного инвестиционного права находится за рамками настоящего исследования. В дальнейшем за основу нами будет принято удобное и ёмкое определение Н.Ю. Ерпылевой, приведенное выше, т.е. под международным инвестиционным правом нами будет пониматься комплекс правовых норм, регулирующих отношения в сфере осуществления инвестиций иностранными физическими и юридическими лицами на территории другого государства. Рассмотрение института экспроприации собственности иностранного инвестора невозможно без комплексного исследования смежных институтов международного инвестиционного права32. В спорах, возникающих в связи с экспроприацией собственности иностранного инвестора арбитражи и суды рассматривают целый комплекс вопросов, связанных с общим понятийно-категориальным аппаратом международного инвестиционного права.

Именно это определяет важность анализа норм об экспроприации собственности иностранного инвестора во взаимосвязи с другими институтами международного инвестиционного права. Среди них принципиальное значение при рассмотрении споров об экспроприации имеют общие для международного инвестиционного права понятия иностранных инвестиций и иностранного инвестора. Именно признание определенных вложений инвестициями и признание физического и юридического лица, осуществляющего эти вложения, иностранным инвестором дает повод говорить об экспроприации с соответствующими правовыми последствиями. Таким образом, без рассмотрения соответствующих институтов международного инвестиционного права невозможно всестороннее исследование института экспроприации.

## Обычное международное право

Хотя это положение имеет обязательную юридическую силу только для Международного суда ООН, оно обычно используется как эталонное определение источников международного права,34 хотя и становится иногда объектом критики35. Очевидно, национальное законодательство не включается в их число. Тем не менее, если мы рассматриваем международное инвестиционное право как отрасль МЧП, а последнее, в свою очередь, как особую правовую систему, которая описывается, по словам Н.Ю. Ерпылевой, как «полисистемный комплекс, объединяющий нормы внутригосударственного законодательства, международных договоров и обычаев, которые регулируют имущественные и личные неимущественные отношения, «осложненные иностранным элементом»36, то национальное законодательство вполне обоснованно может быть включено в число источников международного инвестиционного права. Тем не менее, нельзя не отметить, что в связи с начавшимся в 80-е годы XX века и продолжающимся до сих пор процессом усиления роли двусторонних инвестиционных соглашений в международном инвестиционном праве роль национального законодательства как источника норм, регулирующих экспроприацию собственности иностранного инвестора, неуклонно снижается37.

В целом в юридической доктрине вопрос об источниках международного инвестиционного права остается дискуссионным. Достаточно спорное видение источников международного инвестиционного права предлагает И.З. Фархутдинов. Конкретизируя свое понимание таких источников, он отмечает, что «не следует ставить знак равенства между понятиями «источники международного инвестиционного права» и «источники международно-правовых обязательств в сфере международных инвестиций». Последнее понятие гораздо шире и охватывает наряду с нормами международного инвестиционного права внутригосударственные акты, посредством которых принимаются национальные международно-правовые обязательства, а также судебно-арбитражные решения международного характера. Источниками международного инвестиционного права являются двусторонние международные соглашения о взаимном поощрении и защите инвестиций, международные соглашения об устранении двойного налогообложения, двусторонние международные торговые договоры, договоры о поселении, договоры об экономическом и промышленном сотрудничестве, а также ряд международных конвенций и региональных договоров»38.

Очевидно, данный подход еще сильнее сужает понятие международного инвестиционного права и, по сути, редуцирует его до корпуса международных соглашений, так или иначе связанных с инвестиционными отношениями. Понимание не соответствует реалиям современных международных инвестиционных отношений. И акты национального законодательства, регулирующие отношения, связанные с осуществлением прямых иностранных инвестиций, и, тем более, решения авторитетных международных инвестиционных арбитражей являются неотъемлемым элементом международного инвестиционного права, ведь они зачастую играют определяющую роль в регулировании правоотношений, относящихся к данной сфере. И.В. Ершова также отмечает, что «среди источников правового регулирования необходимо назвать международные договоры и национальное законодательство принимающих стран»39, не упоминая при этом в качестве источников арбитражную практику и международный обычай. Несмотря на указанную выше неоднозначность отнесения национального законодательства к источникам международного инвестиционного права, нельзя не признать, что во многих странах мира действуют законы об иностранных инвестициях, предоставляющие определенные гарантии инвесторам. Как справедливо отмечает Е.Е. Веселкова, «в большинстве стран, в том числе и в России, сложился свод инвестиционных законов, закрепляющих такие положения, как условия, а также правовые гарантии иностранных инвестиций в принимающей стране, обеспечение взаимных интересов принимающей страны и иностранных инвесторов (по существу, речь идет об отсутствии дискриминации иностранных инвесторов по сравнению с местными); предоставление иностранным инвесторам льгот и привилегий, так как иностранные инвестиции связаны с повышенными политическими и коммерческими рисками, дополнительными расходами на транспорт, связь и многое другое (обычно такие льготы включают в себя освобождение на различный период от налогов доходов, прибылей и дивидендов иностранных инвесторов); предоставление льготного режима по налогообложению в отношении реинвестиций; освобождение от налогов заработной платы и других видов вознаграждений за работу, выплачиваемых иностранным специалистам, привлеченным на контрактных началах; освобождение от таможенных пошлин временно или постоянно ввозимых имущества, оборудования, сырья и материалов, которые отсутствуют на местном рынке и идут на производство экспортной продукции; защита от политических рисков (по сути, оговаривается, что национализация иностранной частной собственности может осуществляться только в исключительных случаях с гарантией справедливой и равноценной компенсации); положение о разрешении инвестиционных споров. Если раньше их рассматривали на основе национальных арбитражных институтов и правил, то сегодня происходят изменения в пользу международных арбитражных институтов и правил»

## Прямая и непрямая экспроприация как виды экспроприации. Меры, эквивалентные экспроприации

Рассмотрим эти критерии подробнее для лучшего понимания определения инвестиций, используемого в практике МЦУИС (а вслед за ним -ив практике других авторитетных международных арбитражей). Критерий продолжительности осуществления вложений означает, что однократные и/или краткосрочные действия, связанные с движением капитала, не являются инвестициями. В деле Salini арбитраж предположил, что в качестве инвестиции могут рассматриваться вложения, имеющие срок от 2 до 5 лет. В дальнейшем именно этот срок стал определяющим для МЦУИС, несмотря на то, что никакого объяснения именно такому выбору продолжительности сам арбитраж не дал. Тем не менее, в перспективе минимальная двухлетняя продолжительность контракта стала важным условием признания вложений инвестициями Центром. В частности, в деле Consortium RFCC v. Kingdom of Morocco104 арбитраж вновь сослался на продолжительность инвестиций в 2-5 лет, а в деле Bayindir Insaat Turizm Ticaret Ve Sanay AS v. Islamic Republic of Pakistan еще раз подчеркнул важность продолжительности вложений для дифференциации инвестиций и обычных коммерческих операций105.

Критерий регулярности увеличения прибыли подразумевает, что инвестициями могут считаться только те действия, которые имеют своей целью регулярное извлечение прибыли. Этот критерий не является частью Salini test, однако он был использован в деле Fedax, на которое часто ссылается МЦУИС в дальнейшей практике. Так, в деле Joy Mining Machinery

Egypt106 арбитраж сослался на критерий регулярности, признав отсутствие у него юрисдикции для рассмотрения спора. МЦУИС определил, что правоотношение по единовременной продаже товаров не может считаться инвестицией, так как в нем отсутствует цель регулярного получения

Суть критерия распределения риска состоит в том, что в качестве инвестиции обычно не рассматриваются коммерческие транзакции, в которых риск, связанный с их осуществлением лежит полностью на принимающей стране, в частности, любые коммерческие контракты, где оплата осуществляется до исполнения иностранной стороной своих обязательств107. В деле Malaysian Historical Salvors Sdn, Bhd v. Malaysia108 МЦУИС установил, что для инвестиций должны быть характерны риски, отличные от обыкновенных коммерческих рисков.

Критерий значимости размера инвестиций используется МЦУИС и другими арбитражами не столь часто, однако он может служить в качестве дополнительного критерия определения того, имело ли место инвестирование. При этом значимость вложений оценивается арбитражем индивидуально в каждом случае и, зачастую, как в деле Bayindir Insaat Turizm Ticaret Ve Sanayi A. v. Pakistan109, признает значимыми инвестициями и нематериальные вложения.

Критерий важности вложений для экономики принимающей страны является одним из самых спорных в арбитражной практике. После дел Salini и Fedax МЦУИС стал придавать этому критерию достаточно большое значение. В частности, в уже упомянутом выше деле Malaysian Historical Salvors, арбитраж отказал истцам в принятии дела к рассмотрению, основываясь на том, что контракт на подъем затонувшего судна не имеет принципиального значения для экономики принимающего государства, несмотря на то, что выполнение этих работ обеспечивало занятость около 40 местных жителей на срок выполнения работ и предусматривало поступления в бюджет Малайзии в размере около 1 млн долларов США. Однако арбитраж указал, что все эти выгоды для экономики Малайзии сравнимы с выгодами от выполнения любого другого контракта по оказанию услуг, и реализация этого проекта не создает никаких долгосрочных выгод для экономики, что является основанием для того, чтобы не признавать этот контракт инвестицией, а следовательно, сделать вывод об отсутствии у МЦУИС компетенции рассматривать данный спор. Таким образом, в практике МЦУИС складывается ситуация, для которой характерно использование критерия значимости определенных вложений для благосостояния принимающего их государства в качестве определяющего при выяснении вопроса об отнесении этих вложений к инвестициям.

Таким образом, складывается ситуация, при которой несмотря на отсутствие в тексте Вашингтонской конвенции определения инвестиций, судебная практика МЦУИС для восполнения этой лакуны выработала собственные критерии отнесения определенных вложений к инвестициям и продолжает им следовать.

## Основные процессуальные нормы Регламента ЮНСИТРАЛ и Вашингтонской конвенции

Определение национальности инвестора играет очень важную роль в международных инвестиционных отношениях, потому что права, обязанности и механизмы защиты, предусмотренные двусторонними и многосторонними соглашениями и национальным законодательством, распространяют свое действие именно на иностранных инвесторов. Именно поэтому первым принципиальным вопросом является сам факт признания инвестора иностранным. Данные обстоятельства имеет принципиальное значение в инвестиционных спорах еще и потому, что юрисдикция МЦУИС также ограничена рассмотрением инвестиционных споров с участием иностранных физических и юридических лиц и не касается «внутренних» инвестиций. Более того, важное значение имеет и установление конкретной национальной принадлежности иностранного инвестора к определенному государству, ведь этот факт напрямую указывает, пользуется ли лицо защитой двустороннего инвестиционного соглашения и если да, то какого

Вышеизложенное определяет важность закрепленных в международно-правовых актах, национальном законодательстве и арбитражной практике критериев определения национальности иностранного инвестора. 3.3.1. Национальность физических лиц

Физические лица выступают инвесторами в терминах международного инвестиционного права не столь часто, как юридические, однако большинство международно-правовых актов, включая двусторонние инвестиционные соглашения, содержат упоминания об иностранных физических лицах-инвесторах. В целом в международном частном праве традиционно выделяются две формулы определения национальности (личного закона) физических лиц: закон гражданства {lex nationalis) и закон постоянного место жительства (lex domicilii)116. Оба этих принципа находят свое отражение в определении национальности иностранного инвестора в соответствии с нормативно-правовыми актами из области международного инвестиционного права. Однако, как отмечают исследователи, принцип закона гражданства имеет приоритет над законом постоянного места жительства — большинство двусторонних инвестиционных соглашений не содержит в себе упоминаний lex domicilii, однако исключения

Еще одним косвенным доказательством важности критерия гражданства является то обстоятельство, что иностранных физических лиц (в конвекционных терминах - физических или юридических лиц другого Договаривающегося государства) Вашингтонская конвенция определяет как любых физических лиц, которые имели гражданство иного Договаривающегося государства, нежели государство, являющееся Стороной в споре, на день, когда Стороны согласились передать такой спор на примирение или в арбитраж, а также на день, когда согласно п. 3 ст. 28 или п. 3 ст. 36 соответствующая просьба была зарегистрирована, но исключает любое лицо, которое на одну из указанных дат имело также гражданство Договаривающегося государства, являющегося Стороной в споре». При этом, как отмечают комментаторы, в Вашингтонской конвенции слово «национальность» используется как синоним слова гражданство . Таким образом, для МЦУИС принципиальным является лишь вопрос гражданства физического лица - инвестора, даже если двустороннее инвестиционное соглашение предусматривает отнесение физических лиц, постоянно

Сам вопрос определения гражданства обычно не исследуется арбитражами: они используют в качестве доказательств гражданства государственные документы, удостоверяющие гражданство, выданные в соответствии с национальным законодательством соответствующих государств. Тем не менее, известны и исключения из этого правила. В деле Soufraki v. United Arab Emirates119 МЦУИС подробно исследовал вопрос о том, является ли истец итальянским гражданином, несмотря на то, что тот предоставил все необходимые документы, подтверждающие его национальность, включая паспорт, ID card (Удостоверение личности) и письмо из итальянского министерства иностранных дел. Тем не менее, арбитраж счел эти доказательства недостаточными и, исследовав итальянское законодательство о гражданстве, обязал истца предоставить подтверждение того, что он соответствовал всем его требованиям, в частности, проживал на территории Италии в течение определенного

Арбитраж особенно подчеркнул, что по общему правилу, определение национальности физического лица является внутренним делом государства, и выдача соответствующих документов является достаточным основанием для признания лица гражданином определенного государства. Однако, если у арбитража возникают сомнения в правильности выдачи этих документов, он может, а в случае, если от этого зависит его компетенция — обязан, самостоятельно исследовать все основания получения лицом гражданства, и в случае, если он сочтет их недостаточными, отказаться признать лицо гражданином определенного государства для целей рассматриваемого дела. После признания арбитражем отсутствия у него компетенции истец подал жалобу в кассационную комиссию МЦУИС, которая подтвердила наличие у арбитража правомочия самостоятельно исследовать вопрос о гражданстве, применяя право соответствующей страны в целях поиска ответа на вопрос о наличии у него юрисдикции в соответствии с принципом competence-competence.

Еще одним важнейшим вопросом в сфере определения национальности физических лиц в инвестиционных спорах является проблема двойного гражданства. Трудности вызывает ситуация, в которой у физического лица -инвестора одновременно присутствует гражданство страны, принимающей инвестиции, и другой страны, участвующей в Вашингтонской конвенции. Ключевым прецедентом, касающимся этого вопроса, стало дело Champion Trading v. Egypt120. В этом деле МЦУИС рассматривал свою компетенцию разрешать спор между инвесторами, среди которых были две компании, зарегистрированные в США, и три инвестора-физических лица, имеющих гражданство США и Египта. МЦУИС признал наличие у себя юрисдикции для рассмотрения спора с участием американских юридических лиц, но отказался рассматривать иск физических лиц. В обоснование своей позиции арбитраж сослался на «негативную» формулировку приведенной выше ст. 25(2)(а) Вашингтонской конвенции, предусматривающей, что иски граждан к своему государству находятся вне его компетенции. При этом суд не принял во внимание тот факт, что все трое истцов постоянно проживали на территории США и не имели тесной связи с Египтом. Сам факт наличия у них египетского гражданства исключил, по мнению МЦУИС, наличие у них права выступать истцами в споре, где другой стороной был бы Египет.