Юхно Александр Сергеевич. Международно-правовые аспекты выплаты компенсации при разрешении инвестиционных споров государств: диссертация ... кандидата юридических наук: 12.00.10 / Юхно Александр Сергеевич;[Место защиты: Федеральное государственное бюджетное образовательное учреждение высшего профессионального образования "Московский государственный институт международных отношений (университет) Министерства иностранных дел Российской Федерации"].- Москва, 2015.- 151 с.

**Содержание к диссертации**

Введение

**Глава 1. Регулирование вопроса компенсации в международном праве 17**

1.1. Компенсация и применимые источники международного экономического права: исходные констатации 17

1.2. Вопросы юридической терминологии в области компенсации 21

1.3. Компенсация и иные формы возмещения вреда в международных инвестиционных спорах 28

1.4. Конкретный и абстрактный подходы к оценке компенсации 32

**Глава 2. Международно-правые аспекты выплаты компенсации 36**

2.1. Формы вмешательства государства в деятельность инвесторов 36

2.2. Причинно-следственная связь между причинением вреда и выплатой компенсации 41

2.3. Основания для компенсации 43

2.4. Дата оценки объекта компенсации 66

2.5. Вопросы компенсации при смягчении и усугублении вреда 70

**Глава 3. Способы оценки компенсации в международных инвестиционных отношениях 76**

3.1. Рыночный подход 80

3.2 Доходный подход 92

3.3. Затратный подход 103

**Глава 4. Отдельные вопросы выплаты компенсации в международном праве 109**

4.1. Проценты на основную сумму долга 109

4.2. Компенсация побочных расходов 119

4.3. Компенсация упущенной выгоды 121

4.4. Возмещение морального ущерба 122

4.5. Практика ссылки на ранее вынесенные решения в области выплаты компенсации в международных инвестиционных отношениях 126

Заключение 131

## Компенсация и иные формы возмещения вреда в международных инвестиционных спорах

Познер Р. подчеркивает, что экономический анализ права нередко критикуется за игнорирование вопросов справедливости. Действительно, этот метод не дает однозначный ответ на вопрос, какое распределение богатства является справедливым. Однако экономика может предложить методы оценки, например, масштабов неравенства доходов или компенсации в случае экспроприации имущества, которые могут быть использованы юристами для принятия нормативных решений. Более того, в основе понимания справедливости нередко заложены экономические механизмы. Несправедливыми в обществе считаются действия лиц, приводящие к неэффективному использованию ресурсов, например, лишение собственности без выплаты надлежащей компенсации27.

Применение экономической теории в юриспруденции представляет собой серьезный инструмент анализа широкого круга правовых вопросов и является фактически необходимым в международном праве как особой системе, которая непосредственно регулирует сферу экономических отношений между государствами.

Лауреат Нобелевской премии по экономике Стиглиц Дж. считает, что в основе компенсации лежит фундаментальный принцип равновесия, который должен соблюдаться при перераспределении благ. Справедливая компенсация предполагает, что рост благосостояния государства в случае экспроприации будет соответствовать потерям частного лица. Таким образом, компенсация уравновешивает переход ресурса от одного экономического агента к другому и делает обмен возмездным. Оптимальное распределение ресурсов - это ситуация, при которой благосостояние одного лица не может быть увеличено без уменьшения благосостояния другого28. Иными словами, речь идет о максимально полном использовании имеющихся в экономике ресурсов. При отсутствии требования выплатить компенсацию государство имело бы возможность замещать изъятыми ресурсами блага, которые в целом в обществе обладают меньшей ценностью. Это привело бы к неравному перераспределению благ, а именно к их неполному использованию, что не соответствует эффективному состоянию экономики29.

Обязательство государства выплатить компенсацию за экспроприацию инвестиций, зафиксированное законодательно или закрепленное в форме страхования на случай изъятия собственности, позволяет снизить неполноту информации при заключении инвестиционных договоров. Такое положение приводит к увеличению общих объемов инвестиций и готовности инвесторов нести большие невозвратные издержки, которые значимы при реализации крупных проектов. Кроме того, механизм компенсации позволяет снизить инвестиционные риски. В свою очередь, это ведет к уменьшению цены инвестиций (выражаемой, например, в стоимости привлеченного финансирования) и, соответственно, более эффективному распределению ресурсов инвесторов.

Вопросы юридической терминологии в области компенсации Различные правовые системы выработали свои собственные подходы к вопросу компенсации. Неудивительно, что практика толкования и правовой квалификации юридических терминов, используемых в таком контексте, может существенно различаться в зависимости от языка и конкретной правовой системы. Так, Международный коммерческий арбитражный суд при Торгового-промышленной палате Российской Федерации компетентен рассматривать споры, осложненные иностранным элементом30. При этом толкование им, например,

терминов ДИД может отличаться от практики МЦУИС. Ситуация усложняется также тем, что иски о компенсации предъявляются в соответствии с разными международными договорами и нормами международного и государственного права сторон разбирательства. Это приводит к тому, что право, регулирующее вопросы выплаты компенсации, может отличаться от дела к делу.

Как подчеркивает Фархутдинов И.З., компенсация охватывает два вида действий, которые отличны друг от друга: совокупность действий по оценке суммы, подлежащей выплате, и предоставление в распоряжение подвергшихся принудительно изъятию у инвестора установленных сумм. При этом такое предоставление должно осуществляться на условиях, которые не приводят к появлению новой формы изъятия собственности, особенно посредством таких методов, как установление верхнего предела компенсации, или рассрочки платежей, или запрет на конвертацию, или переводы сумм 31.

Отдельно следует остановиться на проблеме лингвистических особенностей перевода термина «компенсация». В русском языке употребляется термин «компенсация». В английском же языке используют два термина: «damages» и «compensation». Традиционно под «damages» понимают убытки. Взыскание убытков применяется в делах, которые включают незаконные деяния, включая нарушения международного права. В решении по делу о фабрике в Хожуве (англ.: Chorzw Factory) Постоянная палата международного правосудия (далее - ППМП) отметила, что любое нарушение обязательства (англ.: engagement) влечет за собой обязанность возместить вред32. ППМП указала на то, что «основной принцип, который содержится в понятии «незаконный акт» ... заключается в том, что возмещение должно, насколько это возможно, ликвидировать все последствия незаконного деяния и восстановить ситуацию, которая бы существовала, если бы этот акт не был совершен»33. Обязанность возместить убытки (реальный ущерб и упущенную выгоду) возникает вследствие нарушения государством Там же. обязательства по международному праву или контракту с инвестором. В первом случае наступает ответственность государства за международно-противоправное деяние, во втором - государство несет ответственность за нарушение контрактных обязательств. Английский термин «compensation» относится к правомерным последствиям осуществления государством своих суверенных прав, в частности, праву экспроприировать иностранную собственность в публичных интересах34. Компенсация является одним из условий соблюдения государством своих обязательств по международному праву в случае экспроприации или, используя терминологию Комиссии международного права ООН, первичным обязательством (англ.: primary obligation) государства35. В случае законной экспроприации обязанность выплатить компенсацию вытекает из суверенного права государства. В 1922 г. ППМП в решении по делу о требованиях норвежских судовладельцев (Норвегия против США) признала суверенное право государства как по праву США, так и по международному праву «экспроприировать, изымать (англ.: take) или управомочивать изымать любую собственность под его юрисдикцией, которая может понадобиться в общественных целях (англ.: public goods) или для общего блага (англ.: general welfare)»36.

## Причинно-следственная связь между причинением вреда и выплатой компенсации

Большое значение при определении суммы компенсации играет выбор даты оценки стоимости имущества, подлежащего компенсации. В период между событием, которое дает основание для предъявления иска о получении компенсации, и присуждением компенсации может пройти определенное время. По этой причине на практике часто возникают вопросы выбора точной даты оценки объекта. Это происходит по следующим причинам. Во-первых, стоимость инвестиций оценивается на основании информации, доступной на конкретный момент времени, и меняется при обнаружении новых данных. Во-вторых, инвестиции оцениваются как существующие на тот момент времени, а последующие инвестиции не учитываются при их оценке. В-третьих, дата оценки выступает отправной точкой для подсчета процентов на основную сумму долга185. Для целей настоящей диссертации важно проводить различие между датой . экспроприации (вопрос ответственности) и датой оценки инвестиций (вопрос компенсации). Это требуется для того, чтобы предоставить выплату быстрой, адекватной и эффективной компенсации186. При рассмотрении данного вопроса необходимо разграничивать дату оценки объекта инвестиций в трех категориях дел: касающихся экспроприации, нарушения международного права, не связанного с экспроприацией, и нарушения положений контракта.

Практика показывает, что даже в случае с экспроприацией довольно трудно определить дату для оценки объекта. В случае законной экспроприации международный стандарт компенсации предписывает, что дата экспроприации является датой оценки объекта компенсации по международному праву. Однако такой подход не всегда отражает интересы пострадавшей стороны, так как позволяет государству манипулировать стоимостью актива перед экспроприацией и получать от этого выгоду187. Руководящие принципы Всемирного банка в этой связи устанавливают, что «компенсация считается адекватной, если она основана на справедливой рыночной стоимости изъятого актива, так как такая стоимость определяется немедленно после времени изъятия или когда решение изъять актив становится публично известным»188.

В практике решений трибуналов в последнее время наметилась следующая тенденция: положения ДИД об экспроприации применяются только в отношении законной экспроприации (двусторонние инвестиционные договоры обычно содержат положения, касающиеся применимой даты оценки инвестиций). Так, в Соглашении между Правительством Российской Федерации и Правительством Йеменской Республики о поощрении и взаимной защите капиталовложений установлено, что «компенсация должна соответствовать рыночной стоимости экспроприируемых капиталовложений, рассчитанной на дату, когда официально стало известно о фактическом осуществлении либо о предстоящей

В арбитражной практике датой экспроприации в большинстве случаев считается дата начала неправомерных действий (бездействий) государства. При этом важно учитывать, что определенное воздействие на сумму компенсации могут оказывать также социально-экономические и политические изменения в стране – реципиенте инвестиций. Ранее уже отмечалось, что незаконная экспроприация представляет собой нарушение международного права и влечет за собой международно-правовую ответственность. В связи с тем, что в данном случае происходит сравнение финансовой ситуации до наступления незаконной экспроприации с гипотетической ситуацией, которая бы существовала в случае ее отсутствия, решающее значение для оценки компенсации играет дата вынесения решения судом или трибуналом. Поэтому суды для определения суммы компенсации сравнивают стоимость инвестиций на дату экспроприации и дату совершения незаконных деяний. Это позволяет обеспечить условия, при которых снижение стоимости объекта оценки не будет выгодно экспроприирующему инвестиции государству, а его увеличение, наоборот, станет выгодным для потерпевшей стороны. При этом справедливая рыночная стоимость на дату экспроприации в данном случае будет выступать нижней границей суммы компенсации.

Отдельно следует остановиться на ситуациях, при которых стоимость инвестиций после экспроприации может как увеличиваться, так и уменьшаться. В деле «ADC Affiliate Limited and ADC & ADMC Management Limited» против Венгрии трибунал должен был решить, какую дату – дату экспроприации (1 января 2002 г.) или дату вынесения решения по данному делу (30 сентября 2006 г.) – следует выбрать для оценки экспроприированных инвестиций. Трибунал отметил, что данный случай показателен тем, что стоимость инвестиций после даты экспроприации значительно увеличилась, в то время как обычно она снижается190. Ссылаясь на решение по делу о фабрике в Хожуве в части, что компенсация «не ограничена стоимостью предприятия на момент лишения права собственности на него»191, трибунал установил, что датой оценки в данной ситуации должна быть дата вынесения решения. На такой подход сильно повлияло решение Европейского Суда по правам человека (далее - ЕСПЧ) по делу «Папамихалопулос (Papamichalopoulos) и другие» против Греции. В нем ЕСПЧ присудил компенсацию за экспроприацию земли, стоимость которой сильно возросла с момента экспроприации, на момент вынесения этим судом решения, а не экспроприации192.

Что касается косвенной экспроприации, то определение даты оценки в этом случае представляет определенную сложность193. В отличие от прямой экспроприации, в данном случае экспроприация происходит посредством серии мер (воздержания от них), которые, по словам известных юристов-международников Райсмана М. и Слоана Р., обладают кумулятивным эффектом, который равняется прямой экспроприации194. В этой связи установить дату экспроприации довольно проблематично. Как следствие, это находит прямое отражение в практике разрешения международных инвестиционных споров. В деле «Libyan American Oil Company (LIAMCO)» против Ливии несмотря на то, что ливийское правительство предприняло серию мер, которые в конечном итоге привели к национализации, трибунал отдельно не обсуждал вопрос точной даты экспроприации. В качестве даты экспроприации трибунал выбрал не дату издания указа, касающегося экспроприации нефтяных концессий, а 1 января 1974 г. как среднюю дату между 1 сентября 1973 г. (первый акт экспроприации) и 10 февраля 1974, когда она была закончена195.

## Доходный подход

В известном деле о проливе Корфу324 Международный Суд применил именно этот метод. Великобритания требовала компенсацию с Албании за вред, причиненный ее кораблям, а также пенсии и другие расходы, связанные с гибелью и ранениями британских военных моряков. Трибунал согласился с оценкой истца и оценил ущерб на основании расходов на ремонт и замену кораблей Великобритании. В отношении корабля «Saumarez» трибунал использовал стоимость замещения корабля на момент его потери. При этом важно подчеркнуть, что он присудил истцу сумму немного выше, чем было заявлено со стороны Великобритании, отметив, что он не может присуждать больше, чем было заявлено325.

Ликвидационная стоимость представляет собой цену, по которой отдельные активы, составляющие предприятие, или его совокупные активы в случае ликвидации могут быть проданы заинтересованному покупателю за вычетом долгов компании, по которым предстоит расплатиться. Данный метод применяется в отношении объектов оценки, которые не имеют перспективы дальнейшего развития, и в отношении которых доходный подход неприменим.

В западной литературе в качестве примера часто рассматривается дело «Tippets, Abbett, McCarthy, Stratton» против «TAMS-AFFA Consulting Engineers of Iran» и других326. Американская компания «Tippets, Abbett, McCarthy, Stratton» («TAMS») совместно с иранской компанией «Aziz Farmanfarmaian and Associates» («AFFA») для осуществления инженерных и архитектурных работ для международного аэропорта в Тегеране (Tehran International Airport) создали совместное предприятие «TAMS-AFFA» с равными долями для выполнения инженерных и архитектурных работ в международном аэропорте Тегерана. Однако после иранской революции данный проект фактически полностью остановился с декабря 1978 г. по январь 1979 г. 24 июля 1979 г. Правительство Ирана назначило в «AFFA» временного управляющего. 11 августа 1979 г. был назначен управляющий «TAMS-AFFA», который принял на себя полномочия по самостоятельному подписанию чеков и принятию других решений в отношении совместной компании без консультаций с компанией «TAMS». Представители «TAMS» в период с августа по ноябрь 1979 г. смогли исправить данные нарушения соглашения и восстановить практику подписания чеков обеими сторонами. Однако дальнейшее ухудшение отношений между Ираном и США в конечном итоге привело к тому, что компания «TAMS-AFFA» полностью перестала выходить на связь с компанией «TAMS» и отвечать на все попытки коммуникации. Трибунал присудил истцу его долю ликвидационной стоимости «TAMS-AFFA», указав, что 50% доля истца была экспроприирована Ираном.

Такой же метод оценки был применен трибуналом в деле Харольд Бирнбаум против Правительства Исламской Республики Иран 327. Арбитраж посчитал, что заявленная истцом сумма равняется ликвидационной стоимости компании.

Важно отметить, что отношение к оценке активов на основе данного метода не всегда было точным и последовательным. Это может быть связано с тем, что при вынужденной ликвидации и ограниченности времени на оценку метод ликвидационной стоимости дает нижнюю границу стоимости бизнеса, которая, вероятнее всего, будет меньше справедливой рыночной стоимости.

Затратный подход, таким образом, справедливо применять в случае невозможности расчета компенсации на основе доходного или рыночного подходов. Это характерно для прекративших свое существование предприятий или тех, для которых сложно оценить будущие доходы в силу больших рисков. Тем не менее, данный подход заведомо занижает сумму компенсации истцу, что, как показывает арбитражная практика, делает применение этого подхода возможным только в случае, если такая инициатива исходит со стороны истца.

Как показал проведенный анализ, не существует универсального подхода к оценке компенсации в инвестиционных разбирательствах. Стандартом компенсации по международному праву, как правило, выступает «справедливая рыночная стоимость», которая, однако, носит субъективный характер и допускает множество интерпретаций при практическом применении. Тем не менее, чрезвычайно важно правильно оценить компенсацию, поскольку отклонение ее от справедливой рыночной стоимости будет оказывать искажающее влияние на поведение инвесторов в аналогичных ситуациях в будущем.

Основой для выбора одного из трех ключевых подходов к оценке компенсации (рыночный, доходный или затратный) являются экономические обстоятельства конкретного дела. Рыночный подход наиболее комплексно отражает интересы всех сторон и позволяет получить максимально приближенную к справедливой рыночной стоимости оценку в случае наличия развитого рынка предмета оценки и его аналогов, но ограничен в силу того, что большинство объектов инвестиций являются уникальными. Доходный подход справедливо применять к действующему предприятию при отсутствии развитого рынка аналогов, что позволяет решить проблему с неприменимостью рыночного подхода для уникальных объектов оценки. Затратный подход применяется по остаточному принципу в случае, когда невозможно предсказать будущие доходы или сравнить предмет оценки с рыночными аналогами, поскольку остается единственной альтернативой, хотя и заведомо занижает сумму компенсации по сравнению со справедливой рыночной стоимостью.

## Компенсация упущенной выгоды

В условиях современного международного экономического порядка все большую роль при определении ответственности государств за международно-противоправные деяния приобретает экономический анализ права и его применение на практике. Это особенно заметно при рассмотрении международных инвестиционных споров. Данный инструмент позволяет анализировать широкий круг правовых вопросов и является критически важным для международных экономических отношений. Принятие во внимание экономического стиля мышления в юриспруденции будет способствовать более точной оценке экономических и социальных последствий юридических решений и позволит привести применение международного права в соответствие с экономическими реалиями. Учитывая особую роль экономических обстоятельств при рассмотрении международных инвестиционных споров, вынесение решений по таким делам требует адаптации международного права к экономической действительности. Ярким примером тому служит институт экономической оценки компенсации как формы возмещения вреда в международных отношениях.

Анализ последствий терминологических и языковых различий в употреблении термина «компенсация» в международном праве показал, что в международной судебной и арбитражной практике существует проблема использования терминов. Изучение таких дел демонстрирует, что последовательное применение термина «компенсация» в судебной и арбитражной практике возможно только при условии понимания участниками процесса его реального содержания применительно к конкретному рассматриваемому делу.

В рамках исследования рассмотрены абстрактный и конкретный подходы к оценке компенсации. В первом случае речь идет об обращении к рыночной стоимости. Она используется для определения так называемой «абстрактной» стоимости, поскольку рынок позволяет объединить субъективные оценки продавцов и покупателей. Абстрактная оценка применяется в случаях наступления международно-правовой ответственности государства, а также нарушения контрактов. Второй подход основывается на сравнении конкретной финансовой ситуации пострадавшей стороны при наличии или отсутствии противоправного деяния государства и позволяет реализовать принцип полного возмещения вреда наиболее широко.

На практике суды и арбитражные трибуналы применяют оба подхода, вариативно применяя различные методы оценки компенсации, анализ которых дан в работе.

Анализ правоприменительной практики позволил прийти к выводу о том, что компенсация является наиболее распространенной формой возмещения вреда в международных инвестиционных спорах. Применение реституции, требование о которой часто не отвечает интересам истца, равно как и других форм возмещения вреда, на практике довольно ограничено.

При оценке суммы компенсации необходимо различать формы государственного вмешательства в деятельность инвестора и основания для предъявления иска. Выплата напрямую зависит от причинной связи между противоправным деянием и причинением вреда. Объектом возмещения является вред, возникший в результате совершения противоправного деяния и относящийся к нему, а не какие-либо другие последствия, вытекающие из совершения международно-противоправного деяния. Смягчение ущерба и нанесение его по неосторожности являются факторами, которые могут приниматься судом (трибуналом) во внимание для уменьшения подлежащей выплате суммы компенсации. Однако на практике данные критерии используются нерегулярно.

Основаниями для предъявления иска в международных инвестиционных разбирательствах обычно являются: экспроприация, нарушение прав инвестора, не связанное с экспроприацией, и нарушение контракта. Большое значение при определении суммы компенсации играет вопрос выбора даты оценки. При рассмотрении данного вопроса важно разграничивать дату оценки объекта в делах в зависимости от основания иска. Это связано с тем эффектом, который дата оценки оказывает на финансовый расчет суммы компенсации и процентов.

Анализ судебной и арбитражной практики свидетельствует о том, что в международных инвестиционных разбирательствах не существует универсального подхода к оценке компенсации. Такая гибкость на практике ставит проблему выбора подхода в каждом конкретном случае. Стандартом компенсации по международному праву, как правило, выступает «справедливая рыночная стоимость», которая носит субъективный характер. По этой причине крайне важно правильно оценивать компенсацию, поскольку отклонение ее от справедливой рыночной стоимости может оказывать негативное влияние на поведение сторон в будущем.

Определение суммы компенсации осуществляется на основе одного из трех ключевых подходов к ее оценке (рыночный, доходный или затратный). Рыночный подход наиболее комплексно отражает интересы всех сторон и позволяет получить максимально приближенную к справедливой рыночной стоимости оценку в случае наличия развитого рынка предмета оценки и его аналогов, но ограничен в силу того, что большинство объектов инвестиций являются уникальными. Доходный подход справедливо применять к действующему предприятию при отсутствии развитого рынка аналогов, что позволяет решить проблему с неприменимостью рыночного подхода для уникальных объектов оценки. Затратный подход применяется по остаточному принципу в случае, когда невозможно предсказать будущие доходы или сравнить предмет оценки с рыночными аналогами, поскольку остается единственной альтернативой, хотя и заведомо занижает сумму компенсации по сравнению со справедливой рыночной стоимостью