

## СУЩЕСТВЕННОЕ ОГРАНИЧЕНИЕ ПРАВОМОЧИЙ ИНОСТРАННОГО ИНВЕСТОРА КАК КРИТЕРИЙ ОПРЕДЕЛЕНИЯ КОСВЕННОЙ ЭКСПРОПРИАЦИИ ПРЯМЫХ ИНОСТРАННЫХ ИНВЕСТИЦИЙ: ПРАКТИКА МЕЖДУНАРОДНЫХ ИНВЕСТИЦИОННЫХ АРБИТРАЖЕЙ

Алексеевко Александр Петрович, аспирант кафедры частного права  
Владивостокского государственного университета экономики и сервиса  
[alekseenko.a.p@gmail.com](mailto:alekseenko.a.p@gmail.com)

В данной статье проводится анализ решений международных арбитражей по спорам об экспроприации иностранных инвестиций. Автором рассмотрены критерии отграничения косвенной экспроприации от иных государственных мер. Названы признаки, позволяющие определить совершение действий, влекущих существенное ограничение правомочий иностранного инвестора.

**Ключевые слова:** прямые иностранные инвестиции, экспроприация, косвенная экспроприация, международный арбитраж, МЦУИС, инвестиционный арбитраж, инвестиционные споры.

### ESSENTIAL LIMITATION OF COMPETENCE OF FOREIGN INVESTOR AS A CRITERION OF DETERMINATION OF INDIRECT EXPROPRIATION OF DIRECT FOREIGN INVESTMENTS: PRACTICE OF INTERNATIONAL INVESTMENT ARBITRATIONS

Alekseenko Aleksandr Petrovich, postgraduate student of the Chair of Private Law  
of the Vladivostok State University of Economics and Service

In this article the arbitral awards of international tribunals on investment disputes are analyzed. The criteria of determination indirect expropriation from other measures of the state are studied by author. The features allowing to define actions entailing significant limitation of the rights of the foreign investor are named here.

**Key words:** foreign direct investments, expropriation, indirect expropriation, international tribunal, ICSID, investment arbitration, investment disputes.

Проблема отграничения экспроприации от мер, не являющихся таковыми, хотя и затрудняющих контроль иностранного инвестора над прямыми иностранными инвестициями (далее - ПИИ) или усложняющих иную связанную с этим деятельность, имеет большое значение в деятельности международных арбитражей. Как отмечает доктор юридических наук И.З. Фархутдинов: «...в современной практике все более весомое значение приобретают вопросы о так называемой косвенной, ползучей экспроприации (национализации) de facto или «мерах, соответствующих экспроприации»<sup>1</sup>. Связано это с тем, что косвенная экспроприация не является прямым изъятием имущества у иностранного собственника - посредством его отобрания. Она представляет собой целенаправленные действия правительства, носящие формальный или неформальный характер, влияющие на режим работы компании с иностранными инвестициями негативным образом. При этом имущество не выбывает из владения собственника, и он по-прежнему может пользоваться и распоряжаться им. Все это создает некоторые сложности для отграничения косвенной экспроприации от мер государственного регулирования экономики страны - реципиента ПИИ, которые, хотя и не являются экспроприацией, но также могут ухудшить положение инвестора, ограничить его права как собственника.

Для того чтобы установить факт совершения косвенной экспроприации, необходимо определить критерии, которыми стоит руководствоваться при рассмотрении того или иного дела, связанного с экспроприацией государством иностранных инвестиций. И.З. Фархутдинов считает, что «мера государственного регулирования может считаться экспроприацией, если она существен- [стр. 17-18] но уменьшает экономические права инвестора, т.е. владения, пользования, распоряжения или управления

---

<sup>1</sup> Фархутдинов И.З. Принудительные формы изъятия иностранных инвестиций: теория и практика (часть 2)//Вестник федерального государственного учреждения регистрационная палата при Министерстве юстиции Российской Федерации». 2011. № 4. С. 18.

бизнесом, превращая их в бесполезные. Без такого существенного уменьшения простые ограничения в отношении права собственности не признаются изъятиями»<sup>2</sup>. Согласно мнению С.В. Уоскина при отграничении мер государственного регулирования экономики от скрытого изъятия собственности необходимо учитывать следующие факторы:

- 1) существенное ограничение правомочий собственника;
- 2) продолжительность ограничения прав собственника;
- 3) нарушение государством обоснованных ожиданий<sup>3</sup>.

К сожалению, на сегодняшний день отсутствует многосторонний международный договор, в котором бы было дано определение экспроприации. Регулирование данной сферы происходит преимущественно в двустороннем формате при помощи двусторонних инвестиционных соглашений (далее - ДИС), которые предусматривают возможность обращения в международный арбитраж в случае возникновения спора о факте изъятия имущества у иностранного собственника или совершения равноценных действий<sup>4</sup>. Как правило, стороны закрепляют в своих соглашениях право на вынесение спора в Международный центр по урегулированию инвестиционных споров (МЦУИС), Арбитражный институт Стокгольмской торговой палаты и арбитражные трибуналы ad hoc по правилам Арбитражного регламента Комиссии Организации Объединенных Наций по праву международной торговли (ЮНСИТРАЛ)<sup>5</sup>. На сегодняшний день именно практика таких органов дает возможность определить критерии, позволяющие провести отграничение косвенной экспроприации от иных действий государства - реципиента иностранных инвестиций и определить, было ли совершено существенное ограничение правомочий собственника (права владеть, пользоваться и распоряжаться имуществом). При этом, как отмечают исследователи: «Формальное отсутствие оснований для придания ранее принятым арбитрами решениям статуса источника права ни в коей мере не ограничивает возможность рассматривать арбитражные решения, в которых были сформулированы правовые позиции по конкретным вопросам права, как имеющие значение для разрешения впоследствии возникшего спора»<sup>6</sup>.

Анализируя имеющиеся решения международных арбитражей о наличии или отсутствии косвенной экспроприации, следует уделить внимание делу «Sergei Paushok, CJSC Golden East Company and CJSC Vostokneftegaz Company v. Mongolia»<sup>7</sup>. Оно представляет интерес, так как в качестве истца, требующего компенсации за экспроприацию, выступала российская компания-инвестор. Инвестор обратился в арбитраж, полагая, что его собственность была экспроприирована в связи с введением с 8 июня 2006 г. в Монголии налога на сверхприбыль золотодобывающих компаний, который составил 68 процентов от дополнительных доходов, в случае если рыночные цены на золото превысят 500 долларов США за тройскую унцию, одновременно с этим Великий Хурал принял Закон «О полезных ископаемых», который предусматривал десятипроцентную квоту на иностранных рабочих, занятых в ресурс добывающих компаниях. Изучив названные обстоятельства, арбитраж ad hoc, действующий в соответствии с Арбитражным регламентом ЮНСИТРАЛ, пришел к выводу, что введенные налог и квота не лишили заявителей права собственности и контроля над предприятием, они сохранили возможность управлять компанией и управляли ею на момент слушания дела. Кроме того, арбитраж указал, что другие компании, занимающиеся добычей золота, продолжали свои операции, несмотря на налог на сверхприбыль. Получается, что данный налог не лишает контроля или возможности управлять компанией, т.е. не представляет собой средство, косвенно ограничивающее правомочия собственника.

Названная позиция также отражена в решении по широко известному делу «Pope & Talbot Inc. v. The Government of Canada», когда инвестор посчитал экспроприацией введение ограничений на экспорт

<sup>2</sup> Там же. С. 17.

<sup>3</sup> Уоскин С.В. Определение косвенной экспроприации в практике арбитражей по договорам о поощрении капиталовложений // Закон. 2011. № 1. С. 53-54.

<sup>4</sup> См., например: О поощрении и взаимной защите капиталовложений: Соглашение между Правительством Российской Федерации и Правительством Республики Армения (заключено в г. Ереване 15.09.2001) [Электронный ресурс] // СПС «Консультант Плюс».

<sup>5</sup> Войтович С.Л. Международный инвестиционный арбитраж: некоторые тенденции и опыт Украины // Международное публичное и частное право. 2010. № 3. С. 10.

<sup>6</sup> Попов Е.В. Прецедент в международных инвестиционных спорах // Арбитражный и гражданский процесс. 2010. №6. С. 41.

<sup>7</sup> Sergei Paushok, CJSC Golden East Company and CJSC Vostokneftegaz Company v. Mongolia, was decided by a UNCITRAL. Award on jurisdiction and liability April 28 2011 [Электронный ресурс]: Ita. URL: <http://ita.law.uvic.ca/documents/PaushokAward.pdf> (дата обращения: 01.03.2013).

древесины, но арбитраж с этим не согласился. В п. 100 данного решения указано: «...во время разбирательства установлено, что инвестор сохранил контроль над инвестициями, ежедневно совершает соответствующие операции. ...Канада не контролирует работу служащих инвестора, не забирает выручку от продаж (за исключением налогов), не вмешивается в дела акционеров, не мешает выплачивать дивиденды акционерам, не вмешивается в процесс назначения членов совета директоров или руководства компании, а также не предпринимает иные действия, оттесняющие инвестора от управления компанией либо лишаящие его права собственности»<sup>8</sup>.

Названные примеры свидетельствуют о том, что косвенная экспроприация посредством ограничения правомочий собственника возникает лишь тогда, когда инвестор лишается возможности осуществлять контроль над инвестициями и управлять ими. При этом если у одного субъекта предпринимательской деятельности возникли трудности в ее осуществлении в связи с принятием государством каких-либо мер по управлению экономикой, то это автоматически не означает, что такая мера своей целью ставит лишить собственника контроля над объектом ПИИ. В данном случае необходимо [стр. 18-19] рассматривать также и положение других компаний, занятых в отрасли<sup>9</sup>.

Однако в некоторых случаях действия государства негативным образом касаются всей отрасли и лишают инвестора возможности извлекать прибыль от своей деятельности, т.е. делать то, ради чего и происходило инвестирование. В этой связи, исходя из арбитражной практики, следует выяснить, совершается ли данный акт в целях защиты безопасности, благосостояния общества, здоровья населения и охраны окружающей среды. Так, в деле «Methanex Corporation v. United States of America» арбитраж не признал введенный штатом Калифорния в целях защиты грунтовых вод запрет на использование метил-трет-бутилового эфира в производстве присадок для бензина экспроприацией. Действовавший согласно регламенту ЮНИСТРАЛ трибунал решил: «...запрет осуществлен в публичных целях, не является дискриминационным и осуществлен в соответствии с необходимыми процедурами. ...С точки зрения международного права запрет не является экспроприацией, а представляет собой правовое регулирование»<sup>10</sup>.

При этом под мерами государственного воздействия следует понимать такие действия, которые непосредственно направлены на инвестора либо его инвестиции. В некоторых случаях иностранные инвесторы слишком широко понимают меры государственного регулирования экономики. Среди них называются, в частности, указания органов государства, данные частным лицам, которые некоторые инвесторы рассматривают как ограничение их прав. В этой связи следует упомянуть позицию МЦУИС по делу «Tulip Real Estate and Development Netherlands B.V. v. Republic of Turkey». Арбитры отметили, что рекомендация органа государства частному лицу расторгнуть контракт с иностранным инвестором не является актом, равнозначным экспроприации. В п. 418 своего решения МЦУИС указал: «...отсутствуют свидетельства того, что Аудиторская палата оказывала давление на «Emlak» с целью, чтобы последний разорвал контракт»<sup>11</sup>. Между тем такая позиция арбитража дает понять, что можно считать косвенной экспроприацией действия государственных органов, оказывающие целенаправленное негативное воздействие на контрагентов иностранных инвесторов. Получается, если контрагент иностранного инвестора расторгает с ним контракт под давлением государства, то в данном случае, следуя логике арбитража, совершается нарушение права иностранного инвестора на распоряжение своим имуществом в виде инвестиций.

---

<sup>8</sup> Pope & Talbot Inc. v. The Government of Canada was decided by a UNCITRAL. Interim award Jun 26 2000 [Электронный ресурс]: US Department of State. URL: <http://www.state.gov/s/l/c3747.htm>. (Дата обращения: 01.04.2014).

<sup>9</sup> Алексеенко А.П. Критерии определения косвенной экспроприации прямых иностранных инвестиций на примере арбитражного решения по делу «Sergei Paushok, CJSC Golden East Company and CJSC Vostokneftegaz Company v. Mongolia» // Международное публичное и частное право. 2013. № 3. С. 3.

<sup>10</sup> Par. 15 IV - Chapter D. Methanex Corporation v. United States of America was decided by a UNCITRAL. Final award of the Tribunal on jurisdiction and merits August 3 2005 [Электронный ресурс]: Ita. URL: [italaw.com](http://italaw.com) (дата обращения: 02.04.2014).

<sup>11</sup> Tulip Real Estate and Development Netherlands B.V. v. Republic of Turkey», ICSID Case No. ARB/11/28 Mar 10, 2014 [Электронный ресурс]: Ita. URL: [italaw.com](http://italaw.com) (дата обращения: 11.04.2014).

Как отмечает профессор Н.Н. Вознесенская, «прямые инвестиции отличаются от иных вложений именно наличием контроля»<sup>12</sup>. Из практики инвестиционных арбитражей следует, что действия государства, которые приводят к последствиям, влекущим потерю контроля или возможности осуществлять управление инвестициями и тем самым ущемляют правомочия собственника, можно расценивать как косвенную экспроприацию, даже если эти действия направлены на контрагента инвестора. При этом негативные для инвестора последствия следует изучать в сравнении с иными организациями с ПИИ, осуществляющими деятельность в той же отрасли. В том случае, если другие компании, продолжают свою деятельность, речи о косвенной экспроприации не может идти, а меры, в результате которых оказано воздействие, являются законными и представляют собой правовое регулирование. Также нельзя отнести к экспроприации недискриминационные законные акты, совершенные для обеспечения публичного порядка, защиты здоровья и жизни граждан.

### Литература

1. Methanex Corporation v. United States of America was decided by a UNCITRAL. Final award of the Tribunal on jurisdiction and merits August 3 2005 [Электронный ресурс]: Ita. URL: [italaw.com](http://italaw.com) (дата обращения: 02.04.2014).
2. Pope & Talbot Inc. v. The Government of Canada was decided by a UNCITRAL. Interim award Jun 26 2000. [Электронный ресурс]: US Department of State. URL: <http://www.state.gov/s/l/c3747.htm> (дата обращения: 01.04.2014).
3. Sergei Paushok, CJSC Golden East Company and CJSC Vostokneftegaz Company v. Mongolia, was decided by a UNCITRAL. Award on jurisdiction and liability April 28 2011 [Электронный ресурс]: Ita. URL: <http://ita.law.uvic.ca/documents/PaushokAward.pdf> (дата обращения: 01.03.2013).
4. Tulip Real Estate and Development Netherlands B.V. v. Republic of Turkey», ICSID Case No. ARB/11 /28 Mar 10, 2014 [Электронный ресурс]: Ita. URL: [italaw.com](http://italaw.com) (дата обращения: 11.04.2014).
5. Алексеенко А.П. Критерии определения косвенной экспроприации прямых иностранных инвестиций на примере арбитражного решения по делу «Sergei Paushok, CJSC Golden East Company and CJSC Vostokneftegaz Company v. Mongolia» // Международное публичное и частное право. 2013. № 3. С. 2-4.
6. Вознесенская Н.Н. Иностранные инвестиции: Россия и мировой опыт (сравнит - правовой комментарий). М.: Контракт: ИНФРА-М, 2001. 220 с.
7. Войтович С.Л. Международный инвестиционный арбитраж: некоторые тенденции и опыт Украины // Международное публичное и частное право. 2010. № 3. С. 8-13.
8. О поощрении и взаимной защите капиталовложений: Соглашение между Правительством Российской Федерации и Правительством Республики Армения (заключено в г. Ереване 15.09.2001) [Электронный ресурс] // СПС «Консультант Плюс».
9. Попов Е.В. Прецедент в международных инвестиционных спорах // Арбитражный и гражданский процесс. 2010. № 6. С. 40-44.
10. Усоскин С.В. Определение косвенной экспроприации в практике арбитражей по договорам о поощрении капиталовложений // Закон. 2011. № 1. С. 52-58.
11. Фархутдинов И.З. Принудительные формы изъятия иностранных инвестиций: теория и практика (часть 2) // Вестник федерального государственного учреждения «Государственная регистрационная палата при Министерстве юстиции Российской Федерации». 2011. № 4. С. 15-24.

---

<sup>12</sup> Вознесенская Н.Н. Иностранные инвестиции: Россия и мировой опыт (сравнит - правовой комментарий) М.: Контракт: ИНФРА-М, 2001. С. 55.