

ПОНЯТИЕ И ВИДЫ КОСВЕННОЙ (СКРЫТОЙ) ЭКСПРОПРИАЦИИ ИНОСТРАННЫХ ИНВЕСТИЦИЙ

THE DEFINITION AND TYPES OF INDIRECT (HIDDEN) EXPROPRIATION OF FOREIGN INVESTMENTS

Ашихмин И.М.,

*руководитель группы по вопросам корпоративных прав
Дирекции по правовой работе Публичного акционерного общества «Черниговоблэнерго»*

В статье рассматривается специфика определения понятия косвенной (скрытой) экспроприации. Размытость положений об экспроприации в международной инвестиционной договорной практике, отсутствие четкой грани между компенсационными мерами принудительного изъятия, применяемыми государством, и незаконной косвенной экспроприацией довольно часто приводят к потере иностранным инвестором титула собственности. Разделение экспроприации на виды имеет по своей сути практическую направленность. Критерии классификации косвенной экспроприации в основном формируются из арбитражной и судебной практики и облегчают процесс разрешения споров путем выбора единого подхода к той или иной категории споров.

Ключевые слова: экспроприация иностранных инвестиций, косвенная (скрытая) экспроприация, ползучая экспроприация, меры государственного регулирования, международные инвестиционные споры.

У статті розглядається специфіка визначення поняття непрямой (прихованої) експропріації. Розмитість положень про експропріацію в міжнародній інвестиційній договірній практиці, відсутність чіткої межі між компенсаційними заходами примусового вилучення, здійснюваними державою, і незаконною непрямою експропріацією досить часто призводять до втрати іноземним інвестором титулу власності. Поділ експропріації на види має по суті практичну спрямованість. Критерії для класифікації непрямой експропріації в основному формуються з арбітражної та судової практики і полегшують процес вирішення спорів шляхом обрання єдиного підходу до тієї чи іншої категорії спорів.

Ключові слова: експропріація іноземних інвестицій, непряма (прихована) експропріація, повзуча експропріація, заходи державного регулювання, міжнародні інвестиційні спори.

The article deals with the specifics of the definition of the concept of indirect (hidden) expropriation. The blurring of the provisions on expropriation in international investment contractual practice, the lack of a clear line between compensation measures of compulsory seizure by the state and illegal indirect expropriation quite often lead to a loss of the title of ownership by a foreign investor. The division of expropriation into species is essentially practical in nature. Criteria for the classification of indirect expropriation are mainly formed from arbitration and judicial practice and facilitate the process of resolving disputes by adopting a unified approach to one or another category of disputes.

Key words: expropriation of foreign investments, indirect (hidden) expropriation, creeping expropriation, measures of state regulation, international investment disputes.

Постановка проблемы. Осуществление инвестиционной деятельности является важнейшим фактором экономического развития и благополучия как для государства, принимающего инвестиции, так и для самого иностранного инвестора. В сфере инвестиций существует немалое количество положительных моментов для беспрепятственной деятельности, так как государство наряду с инвестором заинтересовано в повышении эффективности деятельности предприятий, поскольку это способствует росту экономики. Однако довольно часто между государством и иностранным инвестором появляются разногласия, вследствие чего у последнего возникают затруднения в осуществлении инвестиционной деятельности.

Одной из главных проблем международного инвестиционного права является вопрос принудительного изъятия иностранного капитала государством-реципиентом. Одновременно возникает множество разногласий относительно правомерности такого изъятия.

С одной стороны, по утверждению иностранных инвесторов, принудительное изъятие возможно в случае нанесения вреда общественным интересам со стороны объекта инвестиций и при немедленной компенсации за отчуждение иностранных инвестиций. С другой стороны, государство зачастую вносит изменения в национальное законодательство для минимизации размеров компенсации при отчуждении либо отмены ее как таковой. Как известно, принудительное, оплачиваемое или неоплачиваемое, отчуждение собственности физического/юридического лица, отдельного социального класса государственными органами называется экспроприацией [1, с. 56]. В данном случае имеет место *прямая экспроприация*. Однако государства, пытаясь избежать выплаты компенсации при принудительном изъятии иностранных инвестиций, при-

бегают к действиям, которые по своим признакам могут быть квалифицированы как *косвенная (скрытая) экспроприация* иностранных инвестиций.

Целью статьи является определение того, какие именно акты государственного регулирования следует приравнять к действиям, которые трактуются арбитражами при инвестиционных спорах как непрямая (косвенная) экспроприация. Наличие значительного количества примеров применения государством различных мер, ограничивающих иностранного инвестора в управлении его капиталом или вовсе лишаящих инвестора титула собственности, позволяет определить видовую классификацию данного понятия.

Данное исследование усложнено наличием различных подходов к пониманию косвенной экспроприации, вследствие чего не всегда понятны причины дифференциации арбитражных решений по установлению наличия факта непрямой (косвенной) экспроприации в актах государственного регулирования.

Изложение основного материала. Под *косвенной (скрытой) экспроприацией* подразумеваются действия государства-реципиента, направленные на изъятие собственности иностранного инвестора путем создания преград для осуществления последним инвестиционной деятельности, в результате которых формальное владение собственностью утрачивает свое значение.

Как показывает международная арбитражная практика, определить, в каком случае имеет место косвенная экспроприация, довольно сложно, поскольку не всегда действия государства, направленные на ущемление прав иностранного инвестора, стоит принимать за скрытую экспроприацию. Причиной тому, на наш взгляд, является отсутствие конкретного перечня действий, которые можно отнести к разряду косвенной экспроприации.

Анализируя как двусторонние инвестиционные договоры, так и региональные соглашения о свободной торговле, можно прийти к выводу, что они содержат декларативные положения об экспроприации и возмещении ущерба, причиненного вследствие её применения. Однако в них не предусматривается, какие именно действия со стороны государства-реципиента могут быть расценены как экспроприация либо меры, приравненные к ней. При этом между арбитражами, как правило, не существует никакого консенсуса относительно того, какие действия следует расценивать как скрытую экспроприацию.

Гарвардский проект Конвенции о международной ответственности государств за вред, причиненный иностранцам, 1961 г. предусматривал пункт, в котором отражено толкование термина «непрямое изъятие», однако данный проект Конвенции так и не был принят.

Практика разрешения подобных споров показывает, что существует разграничение понятий «непрямая экспроприация» и «меры, эквивалентные экспроприации». Основным устоявшимся критерием различия вышеуказанных понятий считают: в случае не прямой экспроприации – полное лишение права собственности, во втором случае – создание искусственных препятствий для инвестиционной деятельности. Хотя позиции арбитров относительно толкования данных понятий нередко противоречивы, иногда арбитраж в процессе рассмотрения дела ставит между ними знак равенства.

Так, К.Е. Ксенофонов отмечает, что не существует какого-либо международного акта, который закреплял бы понятие не прямой экспроприации. Поэтому ситуативный подход case-by-case является единственным способом выработать более или менее устоявшийся перечень действий, относящихся к этой категории [2]. На самом деле полный перечень мер, которые могут быть расценены как не прямая экспроприация, привести не удастся, так как периодически появляются новые подходы к сокрытию действий, которые по сути являются экспроприационными.

При толковании понятия не прямой экспроприации необходимо принимать во внимание глобальную практику разрешения споров, связанных с ней.

Косвенная (скрытая) экспроприация может осуществляться различными действиями, которые в итоге приведут к лишению собственника титула. Например, дополнительное налогообложение (отмена налоговых и таможенных льгот). В деле *Rumeli Telekom v. Kazakhstan* к явлениям подобного рода была отнесена совокупность таких фактов, как расторжение государственным инвестиционным комитетом инвестиционного соглашения (о предоставлении налоговых и иных льгот предприятию, снижении тарифов) и принятие ряда судебных актов о принудительном выкупе акций инвестора в совместном предприятии [3].

Итак, можно выделить следующие *виды не прямой (косвенной) экспроприации*:

1) по мерам воздействия государства на иностранную собственность:

- наложение ареста на банковские счета;
- экспортно-импортные ограничения;
- зональные законы (в качестве примера можно назвать дело *Spence International Investments, Holsten, Copher, Berkowitz, Gremillion v. Republic of Costa Rica* [4]);
- ужесточение законодательства в сфере осуществления инвестиционной деятельности;
- контроль над совершением транзакций по банковскому счету;
- политика необоснованного протекционизма;
- вмешательство в управление предприятием с иностранными инвестициями, принудительное отчуждение акций;

– отказ в доступе к местной рабочей силе и местным материалам или, напротив, принуждение использовать местную рабочую силу и местные материалы;

2) по способу наступления экспроприации:

– ползучая (*creeping expropriation*). Арбитраж в деле *Generation Ukraine Inc. v. Ukraine* определил ползучую экспроприацию как форму не прямой экспроприации, которая имеет темпоральный характер, главной целью которой является полная экспроприация собственности. Арбитраж, определяя характер действий государства, установил, что ползучая экспроприация – это форма косвенной экспроприации с отличительной временной чертой в том смысле, что она инкапсулирует ситуацию, при которой ряд действий, осуществляемых государством в течение определенного периода времени, как следствие, достигает точки экстремума, в момент которой наступает экспроприация собственности [5, с. 20, 22];

– последующая (*consequential expropriation*). В общем виде она сводится к неспособности принимающего государства создавать надлежащие нормативные и административные рамки для осуществления инвестиционной деятельности, оказывать должную поддержку инвесторам [6]. Следует уточнить, что *последующая экспроприация* имеет место лишь в том случае, когда государство взяло на себя обязательство по принятию определенных законодательных и административных мер согласно двухстороннему инвестиционному договору;

– фактическая экспроприация (*de facto expropriation*) – изъятие имущества происходит в форме политического давления иностранного инвестора, когда у собственника не остается другого выбора, кроме как передать титул собственности государству. В данном случае может быть отмена налоговых льгот, экспортно-импортные ограничения и др.

Косвенная экспроприация может выражаться в нарушении договорных отношений. Так, в деле *Bear Creek Mining Corporation v. Republic of Peru* [7] инвестор-истец Bear Creek Mining Corporation для добычи руды серебра из месторождений, расположенных в Перу, получил, наряду с множеством других разрешительных требований, выдвигаемых к иностранному инвестору, «общественную необходимость», предоставленную указом Совета министров Перу. Спустя 3 года, в 2011 г., Совет министров отменил указ об «общественной необходимости» проекта по добыче, в результате чего лицензии истца на осуществление концессий в провинции Санта-Ана были аннулированы. В своем решении арбитраж подтвердил наличие предметной юрисдикции и присудил компенсацию убытков, расценивая действия правительства Перу как косвенную экспроприацию инвестиций.

В данном случае «общественная необходимость» – ключевое условие для субъекта инвестиционной деятельности, так как без нее приток иностранных инвестиций невозможен. При предоставлении «общественной необходимости» Совет министров Перу должен принимать во внимание тот факт, что при отмене такого указа наступит нарушение инвестиционного договора. Поэтому, во избежание действий, которые могут трактоваться арбитражем как косвенная экспроприация, можно было не признавать такой инвестиционный проект «общественно необходимым» изначально либо, напротив, принять за константу на период действия договора.

Выводы. Понятие *косвенной (скрытой) экспроприации* не является устоявшимся в международном инвестиционном праве. Различные подходы к ее пониманию, не выработан единый подход к определению арбитражами признаков не прямой экспроприации при рассмотрении инвестиционных споров.

Для решения этой проблемы важно пересмотреть положения инвестиционных договоров и их интерпретацию арбитражными судами. Было бы целесообразно, чтобы при их подписании государства предусматривали более

точное отграничение косвенной экспроприации от иных мер воздействий на иностранные инвестиции. Это связано с тем, что косвенная экспроприация определена размыто, вследствие чего возможны разные интерпретации. Хотя в правовой доктрине и содержатся формулировки понятия косвенной экспроприации, но все же они неоднозначны; такая же ситуация характерна и для арбитражной практики. Причина тому – отсутствие единого подхода.

В конечном счете, оценка того, являются ли меры государственного регулирования косвенной экспроприацией, должна быть процессом, который учитывает частные права иностранных инвесторов, а также суверенные интересы принимающего государства. Инвестор имеет право защищать свои активы, но государство должно сохранять способность защищать общественные интересы, гарантом которых оно является в пределах своих границ.

Видовая классификация косвенной (скрытой) экспроприации носит весьма субъективный характер, поскольку каждый, кто исследует данную грань инвестиционного права, по-разному определяет форму и методы принудительного изъятия имущества. Однако, опираясь на арбитражную практику разрешения инвестиционных споров, которая также весьма неоднозначна, можно привести вышеуказанные разновидности косвенного изъятия имущества. В целом меры, которые относятся к косвенной (скрытой) экспроприации, выбираются в зависимости от сферы инвестиционной деятельности, следовательно, их видовая совокупность не может быть исчерпывающей. Поэтому государством-реципиентом могут быть приняты новые, отличные от ранее использованных, меры непрямого принудительного изъятия объектов инвестиций.

СПИСОК ИСПОЛЬЗОВАННЫХ ИСТОЧНИКОВ:

1. Ашихмин И.М., Трояновский А.В. Защита прав иностранных инвесторов при экспроприации. Конгресс міжнародного та європейського права: зб. наукових праць (м. Одеса, 25–26 травня 2018 р.). Одеса: Нац. унів. «Одесская юридическая академия»; Феникс, 2018. С. 55–59.
2. Ксенофонтов К.Е. Экспроприация собственности иностранного инвестора в международном инвестиционном праве: дисс. ... канд. юрид. наук: 12.00.03. М., 2014. 256 с.
3. Rumeli Telekom A. S. and Telsim Mobil Telekomunikasyon Hizmetleri A. S. v. Republic of Kazakhstan, ICSID Case № ARB/05/16. URL: <https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/ita0728.pdf> (дата обращения: 26.08.2018).
4. Aaron C. Berkowitz, Brett E. Berkowitz and Trevor B. Berkowitz (formerly Spence International Investments and others) v. Republic of Costa Rica, ICSID Case № UNCT/13/2. URL: <https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/italaw8954.pdf> (дата обращения: 26.08.2018).
5. Generation Ukraine, Inc. v. Ukraine, ICSID Case № ARB/00/9. URL: <https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/ita0358.pdf> (дата обращения: 26.08.2018).
6. Ворожевич А.С. Экспроприация иностранных инвестиций: проблемные аспекты теории и практики. Современные научные исследования и инновации. 2012. № 6. URL: <http://web.snauka.ru/issues/2012/06/15628> (дата обращения: 26.08.2018).
7. Bear Creek Mining Corporation v. Republic of Peru, ICSID Case No. ARB/14/2. URL: <https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/italaw9381.pdf> (дата обращения: 26.08.2018).