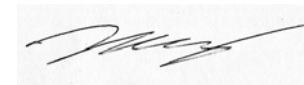


На правах рукописи



Ксенофонов Константин Евгеньевич

**ЭКСПРОПРИАЦИЯ СОБСТВЕННОСТИ
ИНОСТРАННОГО ИНВЕСТОРА
В МЕЖДУНАРОДНОМ ИНВЕСТИЦИОННОМ ПРАВЕ**

Специальность 12.00.03 — Гражданское право;
предпринимательское право; семейное право;
международное частное право

Автореферат
диссертации на соискание ученой степени
кандидата юридических наук

Москва — 2014


Работа выполнена в Федеральном государственном автономном образовательном учреждении высшего профессионального образования «Национальный исследовательский университет “Высшая школа экономики”».

Научный руководитель:	доктор юридических наук, профессор Ерпылева Наталия Юрьевна
Официальные оппоненты:	Петрова Галина Владиславовна, доктор юридических наук, профессор, ФГБОУ ВПО «Московский государственный институт международных отношений (университет) Министерства иностранных дел Российской Федерации», профессор кафедры административного и финансового права Пакерман Галина Александровна, кандидат юридических наук, ООО «Центр арбитражных споров» CDR. LITIGATION BOUTIQUE, управляющий партнер
Ведущая организация:	ФГБОУ ВПО «Дипломатическая академия Министерства иностранных дел Российской Федерации»

Защита состоится «__» _____ 2015 года в _____ часов на заседании диссертационного совета Д 229.001.01, созданного на базе ФГБОУ ВПО «Российская правовая академия Министерства юстиции Российской Федерации», по адресу: 117638, г. Москва, ул. Азовская, д. 2, корп. 1, зал заседаний диссертационного совета.

С диссертацией можно ознакомиться в библиотеке ФГБОУ ВПО «Российская правовая академия Министерства юстиции Российской Федерации» и на сайте <http://gra-mi.ru>.

Автореферат разослан «__» _____ 201 г.

Ученый секретарь диссертационного совета  З. В. Каменева

ОБЩАЯ ХАРАКТЕРИСТИКА РАБОТЫ

Актуальность темы исследования. Международные инвестиции — одна из основ современной глобальной экономики. После длительного снижения объема трансграничных инвестиций в результате финансового кризиса 2008 г., длившегося до 2012 г. включительно, мировые рынки капитала вновь демонстрируют рост, который в 2013 г., по данным ОЭСР, составил 4,5 %. Эксперты конференции ООН по торговле и развитию (ЮНКТАД) прогнозируют увеличение объема прямых иностранных инвестиций с 1,45 трлн дол. по итогам 2013 г. до 1,6 трлн дол. в 2014 г. и до 1,8 трлн дол. в 2015 г. Наиболее быстрое восстановление демонстрируют члены форума Азиатско-Тихоокеанского экономического сотрудничества (АТЭС) и государства группы БРИКС (Бразилия, Россия, Индия, Китай, ЮАР). Россия, являющаяся членом обеих групп, традиционно демонстрировала более скромные объемы притока прямых инвестиций из-за рубежа, чем Китай, Бразилия и ряд членов АТЭС. Однако ситуация изменилась в 2013 г., когда инвестиции из-за рубежа в российскую экономику, по данным ЮНКТАД, составили рекордные 94 млрд дол. (рост по сравнению с показателем 2012 г. — 83 %). Подобный скачок объясняется совершением в 2013 г. сделки по приобретению британской компанией British Petroleum 18,5 % акций ОАО «Роснефть» в рамках поглощения последней ОАО «ТНК-ВР». Впрочем, даже без учета данной сделки объем прямых иностранных инвестиций в Россию демонстрирует устойчивый прирост с 2010 г.

Неизменно растет и доля прямых иностранных инвестиций в общем объеме инвестиций в нашу страну: по данным Национального рейтингового агентства, в 2013 г. доля прямых инвестиций в общем объеме составила рекордные 15,35 %. Впрочем, несмотря на благоприятную статистику, нельзя утверждать, что положение дел с иностранными инвестициями в России является благополучным. Основная проблема заключается в том, что значительную часть иностранных инвестиций в Россию составляют инвестиции из офшорных территорий, являющихся, в свою очередь, лидерами среди стран, импортирующих российский капитал. Подобное положение дел позволяет экспертам делать вывод о фактическом российском происхождении значительной части прямых иностранных инвестиций. По данным Национального рейтингового агентства, без учета офшорных территорий приток иностранных инвестиций в Россию составил 15,2 млрд дол.; капиталовложения из офшоров составили 41,35 % от общего объема прямых иностранных инвестиций.

Несмотря на вышеуказанные особенности, Россия остается одним из важнейших мировых развивающихся рынков и привлекает значительный объем прямых иностранных инвестиций. По данным Всемирного банка, прямые иностранные инвестиции в 2012 г. составили 2,5 % от внутреннего валового продукта России, что является весьма значительным показателем. В рейтинге Всемирного банка «Doing Business 2014» Россия совершила рывок на 19 пунктов по сравнению с прошлым годом и впервые вошла в первую сотню рейтинга. Тем не менее согласно исследованиям основной проблемой России как рынка для прямых иностранных инвестиций остаются правовые риски, в частности 55 % инвесторов, опрошенных в ходе исследования компанией Ernst & Young, указали на правовые и административные факторы в качестве основных преград для ведения бизнеса в России.

Создание условий, обеспечивающих эффективное функционирование инвестиционных процессов, становится одной из важных функций государства, ведущей формой реализации которой выступает создание правовых гарантий осуществления инвестиционной деятельности. Необходимость совершенствования законодательной базы для осуществления инвестиций в России и чрезвычайная важность иностранных инвестиций для российской экономики неоднократно подчеркивалась на высшем уровне. Так, выступая на инвестиционном форуме «Россия зовет!» в октябре 2013 г., Президент РФ В. В. Путин подчеркнул, что уже в ближайшие годы суммарный объем инвестиций в российскую экономику должен составить 25 % внутреннего валового продукта, а к 2018 г. — 27 %. С 2011 г. по поручению Президента РФ Агентством стратегических инициатив и Минэкономразвития России реализуется Национальная предпринимательская инициатива по улучшению инвестиционного климата, направленная на повышение инвестиционной привлекательности России.

Главными составляющими правового аспекта инвестиционной привлекательности государства является наличие развитой базы нормативных правовых актов, регулирующих порядок осуществления инвестиционной деятельности и основные гарантии, предоставляемые иностранным инвесторам. Важнейшей гарантией является защита инвестиций от экспроприации и выплаты надлежащей компенсации в случае, если экспроприация имела место. В международном инвестиционном праве существует развитый комплекс норм, регулирующих данный инструмент на уровне как национального законодательства, так и международных правовых актов. Важнейшее значение для такого регулирования имеет практика Международного центра по урегулированию инвестиционных споров (далее — МЦУИС), учрежденного в соответствии

с Конвенцией об урегулировании инвестиционных споров между государствами и физическими или юридическими лицами других государств, заключенной в Вашингтоне 18 марта 1965 г. (далее — Вашингтонская конвенция). Несмотря на то что Россией эта конвенция не ратифицирована, практика МЦУИС играет определяющую роль в международном коммерческом арбитраже. Более того, российские инвесторы могут выступать стороной спора в МЦУИС, если они осуществляют капиталовложения на территории государства, являющегося стороной Вашингтонской конвенции (например, именно такая ситуация возникла в деле *MTS OJSC v. Republic of Uzbekistan*).

Принимая во внимание тот факт, что в настоящее время масштабные национализации иностранной собственности осуществляются государствами все реже, нельзя не отметить, что они по-прежнему имеют место и учитываются инвесторами и экспертами в качестве значимого риска. Помимо этого, все большее распространение получает непрямая национализация иностранной собственности, осуществляемая путем принятия регулятивных актов, лишающих инвестора возможности осуществлять права собственности по отношению к объектам его инвестиций без лишения самого титула собственника. Надежная защита от всех форм национализации является одним из важнейших факторов повышения инвестиционной привлекательности любого государства, в том числе и России как импортера капитала. Анализ мирового опыта регулирования принудительного изъятия иностранных инвестиций, включая непрямую экспроприацию, имеет существенное теоретическое и практическое значение. Изучение современных подходов к решению данных вопросов, с одной стороны, позволит учитывать их при совершенствовании российского законодательства об иностранных инвестициях, а с другой — обеспечит российским инвесторам, осуществляющим вложения за рубежом, возможность оценки рисков, связанных с принудительным изъятием их собственности.

Степень научной разработанности темы. Отсутствие в отечественной юридической литературе специальной монографической литературы по исследуемой теме подтверждает недостаточную степень ее разработанности. В российской юридической науке можно выделить обстоятельные работы, посвященные изучению правового регулирования иностранных инвестиций в целом, содержащие разделы об экспроприации собственности иностранного инвестора. В частности необходимо отметить труды И. З. Фархутдинова и Д. К. Лабина, Н. Г. Дорожиной и Н. Г. Семилютиной, в которых экспроприации иностранных инвестиций посвящены самостоятельные части. Отдельные вопросы, касающиеся национализации иностранных инвестиций,

рассматриваются в работах И. В. Ершовой, Е. Е. Веселковой, А. С. Южно, А. П. Гармозы, Н. Н. Вознесенской и др. Хотя в данных трудах затрагиваются определенные аспекты национализации иностранных инвестиций, ни одна из них не содержит обширного детального анализа данного явления с учетом различных доктринальных точек зрения и международной арбитражной практики.

В отечественных юридических журналах был опубликован ряд статей, непосредственно посвященных рассматриваемым вопросам. Они посвящены анализу таких аспектов национализации собственности иностранного инвестора, как соотношение прямой и косвенной экспроприации, порядок определения компенсации, правомерность экспроприации и др. Однако в указанных работах экспроприация не рассматривается во взаимосвязи с другими институтами международного инвестиционного права, в частности с основными понятиями, выработанными отечественной и зарубежной доктриной и международной арбитражной практикой, с вопросами коллизионного и процессуального права.

Среди диссертаций на соискание ученых степеней, связанных с темой настоящего исследования, можно выделить работы Ю. А. Дорофеевой и М. В. Щербиной. Указанные работы содержат подробный анализ положений российского законодательства о национализации иностранных инвестиций, в них представлен обзор советской и российской доктрин по вопросам принудительного изъятия собственности иностранного инвестора. Однако они содержат ссылки на устаревшие доктринальные источники и практически полностью игнорируют современные работы зарубежных ученых, посвященные данной теме, а также не учитывают богатую международную арбитражную практику. В. Д. Денисенко в своем диссертационном исследовании «Международно-правовые вопросы национализации иностранных инвестиций», выполненном на схожую тему, хоть и ссылается на современную зарубежную доктрину, однако, как и авторы предыдущих работ, не уделяет должного внимания практике МЦУИС и других международных арбитражей.

Таким образом, несмотря на пристальный интерес российских ученых к правовому регулированию иностранных инвестиций в целом и вопросам экспроприации в частности, можно констатировать, что теоретическая база и опыт, накопленные зарубежной доктриной и практикой, либо остаются практически невостребованными со стороны российских исследователей, либо используются лишь для рассмотрения более общих вопросов международного инвестиционного права без акцентирования внимания на вопросах экспроприации собственности иностранного инвестора.

Целью настоящего исследования является комплексный анализ института экспроприации собственности иностранного инвестора в международном инвестиционном праве во взаимосвязи с другими его институтами с опорой на доктрину и международную арбитражную практику. Для достижения поставленной цели были поставлены следующие **задачи**:

- определить место института экспроприации в системе международного инвестиционного права;
- охарактеризовать основные источники международного инвестиционного права и их роль в регулировании вопросов экспроприации;
- дать определение важнейшим понятиям международного инвестиционного права, в том числе понятиям иностранных инвестиций и иностранного инвестора;
- классифицировать действия, являющиеся экспроприацией, с точки зрения теории и практики международного инвестиционного права, определить понятия «прямая» и «косвенная» экспроприация и «действия, эквивалентные экспроприации»;
- проанализировать существующие стандарты компенсации, выплачиваемой инвестору в случае принудительного изъятия его собственности, порядок определения размера такой компенсации и факторы, влияющие на ее величину;
- изучить существующие механизмы разрешения инвестиционных споров и основные процессуальные нормы, регулирующие порядок их реализации.

Объектом исследования является комплекс правоотношений, складывающихся в связи с принудительным изъятием собственности инвестора, осуществляющего капиталовложения на территории другого государства. **Предметом исследования** являются нормы, содержащиеся в национальном законодательстве об инвестициях различных стран, международных двусторонних и многосторонних соглашениях, выводы международной арбитражной практики, а также доктрина международного инвестиционного права.

Методологическая основа исследования представлена совокупностью общих и специальных методов научного познания, включая такие, как исторический, формально-логический, сравнительный методы, анализ и синтез, индукция и дедукция. Центральное место в работе заняли: исторический метод, позволяющий проследить эволюцию и трансформацию правопонимания и правоприменения в отношении категорий «иностранная инвестиция, иностранный инвестор», «экспроприация иностранных инвестиций»; формально-логический метод, позволяющий установить теоретическую и практическую разницу

между правомерной и неправомерной экспроприацией; сравнительный метод, позволяющий выявить особенности юридической природы и процедуры разрешения споров по делам об экспроприации собственности иностранного инвестора в международном арбитраже на основании Вашингтонской конвенции и в международном коммерческом арбитраже на основании Арбитражного регламента ЮНСИТРАЛ, принятого в Нью-Йорке 25 июня 2010 г. на 43-й сессии ЮНСИТРАЛ.

Теоретическую основу исследования формируют труды российских ученых по международному частному и международному инвестиционному праву, в частности, работы М. М. Богуславского, Г. М. Вельяминова, Е. Е. Веселковой, Н. Г. Вилковой, Н. Н. Вознесенской, Л. Н. Галенской, А. П. Гармозы, А. А. Данельяна, Г. К. Дмитриевой, Н. Г. Дорониной, Н. Ю. Ерпылевой, А. Н. Жильцова, В. А. Канашевского, Б. Р. Карабельникова, М. Б. Касеновой, А. С. Комарова, А. А. Костина, Д. К. Лабина, В. Н. Лисицы, Н. И. Марышевой, Т. Н. Нешатаевой, Г. А. Пакерман, Г. В. Петровой, Н. Г. Семилютиной, И. З. Фархутдинова, И. О. Хлестовой и др.

Большое значение для проведения настоящего исследования имеют работы современных зарубежных специалистов по международному инвестиционному праву, в том числе К. Амерасингхе, Д. Р. Бишопа, М. Болла, Д. Боуэтта, Я. Браунли, А. Брошеса, М. Вайнигера, К. Вильямса, Э. Вонг, Б. Вортли, М. Димси, Р. Дольцера, М. Домке, К. Дугана, М. Кантора, С. Кинселлы, П. Коммо, С. Крелля, Дж. Кристи, Дж. Кроуфорда, Х. Кьос, Дж. Лью, К. Маклаклана, И. Марбе, Л. Мистелиса, А. Ньюкомба, Л. Параделла, Дж. Полсона, С. Пратта, М. Райзмана, С. Рипинского, Н. Рубинса, Б. Сабахи, М. Сорнараджи, Д. Дж. Уоллеса, Л. Шора, К. Шрейера и др.

Нормативную основу данного исследования составляет национальное законодательство об иностранных инвестициях различных стран, комплекс двусторонних соглашений о поощрении и взаимной защите капиталовложений, заключаемых многими странами, многосторонние международные договоры в сфере иностранных инвестиций и в первую очередь Вашингтонская конвенция, Конвенция об учреждении Многостороннего агентства по гарантиям инвестиций, заключенная в Сеуле в 1985 г., ряд актов Всемирной торговой организации, Договор к Энергетической хартии, подписанный в Лиссабоне 17 декабря 1994 г. и др. Из актов регионального значения необходимо отметить Соглашение стран СНГ «О сотрудничестве в сфере инвестиционной деятельности», подписанное 24 декабря 1993 г. и Североамериканское соглашение о свободной торговле, подписанное 17 декабря 1992 г. В настоящем исследовании значительное внимание уделено международной арбитражной практике,

составляющей его **эмпирическую основу**. В частности, анализируются дела, рассмотренные МЦУИС, Ирано-Американским трибуналом по претензиям, Стокгольмским арбитражным институтом, а также *ad hoc* арбитражами и др.

Научная новизна исследования. В диссертационном исследовании впервые комплексно анализируется правовое регулирование экспроприации иностранных инвестиций в соответствии с актуальной международной арбитражной практикой и современной доктриной международного инвестиционного права. В результате такого анализа сформулированы основные понятия, связанные с принудительным изъятием иностранных капиталовложений, определено правовое содержание институтов экспроприации и компенсации, рассмотрены основные механизмы разрешения споров, возникающих в этой связи между инвестором и принимающим государством. В результате проведенного исследования сформулированы следующие **основные положения, выносимые на защиту**:

1. Международное инвестиционное право можно рассматривать как комплекс правовых норм, регулирующих отношения в сфере осуществления инвестиций иностранными физическими и юридическими лицами на территории другого государства, независимо от происхождения таких норм. В этом контексте экспроприация собственности иностранного инвестора должна рассматриваться как один из институтов международного инвестиционного права. Нормы последнего содержатся как в национальном законодательстве различных государств, так и в правовых актах международного характера. Среди таких актов многосторонние международные соглашения выполняют ограниченную регулятивную функцию, так как они либо затрагивают лишь специфические вопросы осуществления инвестиций (Вашингтонская конвенция и Конвенция об учреждении Многостороннего агентства по гарантиям инвестиций), либо имеют ограниченную территориальную сферу действия (Североамериканское соглашение о свободной торговле или Соглашение стран СНГ «О сотрудничестве в сфере инвестиционной деятельности»). Соглашения в рамках Всемирной торговой организации и Договора к Энергетической хартии также не могут рассматриваться как универсальные многосторонние соглашения об инвестициях в силу ограниченного спектра общественных отношений, к которым применяются содержащиеся в них материальные нормы. Принимая во внимание отсутствие многостороннего инвестиционного соглашения, многочисленные попытки принятия которого под эгидой различных организаций не завершились успехом, можно утверждать, что в настоящее время основным источником материальных норм

международного инвестиционного права являются двусторонние инвестиционные соглашения, ставшие оптимальным способом достижения баланса интересов между развитыми странами, экспортирующими капитал, и развивающимися странами, на территории которых осуществляются капиталовложения. Немаловажное значение в качестве источника международного инвестиционного права имеет практика международных коммерческих арбитражей, главное место среди которых занимает МЦУИС.

2. В международной арбитражной практике и доктрине сложилось устоявшееся понятие инвестиций. Ключевыми делами, рассмотренными МЦУИС и носящими прецедентный характер, стали дела *Fedax NV v. Republic of Venezuela* и *Salini Costruttori S.p.A. v. Morocco*, в которых были сформулированы критерии для отнесения определенных действий к инвестиционной деятельности. К этим критериям относятся: продолжительность данных действий, осуществление их с целью получения регулярной прибыли, распределение риска, связанного с этими действиями, между несколькими сторонами правоотношений (чаще всего между инвестором и принимающим государством), связанность таких действий со значительными капиталовложениями, позитивный вклад в экономику принимающей страны.

3. Практика МЦУИС и других арбитражей выработала критерии отнесения физических и юридических лиц к категории иностранных инвесторов. При этом ключевым для трибуналов становится вопрос об определении национальной принадлежности данных лиц, осуществляющих капиталовложения. При определении национальности физических лиц МЦУИС использует формальный критерий гражданства, подтверждаемый документами, выданными в соответствии с национальным законодательством. Центр сознательно отказывается от оценки «эффективности гражданства» даже в делах, в которых фигурирует двойное гражданство инвестора. При определении национальности юридических лиц МЦУИС использует формальные критерии места их инкорпорации или места осуществления ими основной экономической деятельности в зависимости от того, какой из критериев предусмотрен в качестве основного применимым двусторонним инвестиционным соглашением. Несмотря на прямо предусмотренную Вашингтонской конвенцией возможность снятия корпоративной вуали, МЦУИС реализует ее крайне редко. Даже в ситуациях, когда планируется «обретение» юридическим лицом национальности с целью доступа к более благоприятному режиму осуществления капиталовложений, МЦУИС продолжает придерживаться формальных критериев. Единственным признанным исключением являются дела, касающиеся «длящейся национальности».

4. Экспроприация (и такие аналогичные понятия, как национализация, принудительное изъятие) является публично-правовым актом, связанным с лишением инвестора титула в отношении принадлежащих ему объектов гражданских прав, составляющих инвестиции. Именно так в большинстве нормативных и доктринальных источников определяется классическая прямая экспроприация. Источники международного инвестиционного права предъявляют определенные требования к акту экспроприации для признания ее законной. К наиболее распространенным из них относятся недискриминация, наличие определенного общественного интереса и соблюдение надлежащей правовой процедуры. Обязательным условием законности экспроприации также является выплата надлежащей компенсации. Наличие последнего условия приводит к уменьшению теоретической разницы между правомерной и неправомерной экспроприацией, так как в обоих случаях у государства возникает обязанность выплатить инвестору компенсацию: в первом случае — как требование законности изъятия, а во втором — как мера ответственности. Практическая разница сводится к различиям в определении размера компенсации: незаконность экспроприации порождает у потерпевшей стороны право требовать не только возмещения убытков, но и упущенной выгоды. Помимо прямой экспроприации в последнее время все большее распространение получила практика непрямой («ползучей») экспроприации или, иными словами, применения мер, эквивалентных экспроприации. Обобщая подход, используемый МЦУИС и другими международными арбитражами, а также доктриной международного инвестиционного права, можно выделить следующие основные признаки действий государства, составляющих непрямую экспроприацию: степень вмешательства в права собственности на инвестиции, цель и характер принимаемых мер экспроприационного характера и их влияние на разумные ожидания инвестора. При этом отдельные арбитражи отказываются от использования этих критериев в пользу доктрины оценки степени ограничения прав собственности инвестора.

5. Ни в доктрине, ни в практике международного инвестиционного права не существует устоявшегося стандарта компенсации. Господствующей в настоящее время является формула Халла, требующая выплаты достаточной, действительной и незамедлительной компенсации. Несмотря на снижение ее роли под давлением развивающихся стран, она по-прежнему находит отражение в большинстве национальных и международных нормативных правовых актов. Определение точного размера компенсации является предметом усмотрения арбитражей. Общим принципом выступает принцип справедливой рыночной

цены, однако методы ее определения могут кардинально различаться и зависеть от целого ряда факторов. Среди наиболее распространенных методов можно выделить методы ликвидационной стоимости, восстановительной стоимости, бухгалтерской стоимости и метод дисконтированного денежного потока. Первые три метода являются разновидностями метода оценки активов и обычно используются лишь в специфических случаях, например, для оценки предприятий, не приносящих прибыль. Метод дисконтированного денежного потока (далее — ДДП) в настоящее время является господствующим в международной арбитражной практике. Он позволяет не только оценить фактическую стоимость изъятых активов, но и учитывать потерю инвестором будущих доходов. Метод ДДП наиболее полно отражает стоимость инвестиций не как совокупности объектов, а как действующего предприятия (*going concern*). Однако он не лишен ряда недостатков, в частности его использование сопряжено с определенной долей спекулятивности при расчете ставки дисконтирования и денежных потоков будущих периодов.

6. Международной арбитражной практике известны факторы, ограничивающие размер компенсации за принудительное изъятие собственности или освобождающие государство от соответствующей обязанности. К ним относится отсутствие прямой причинной связи между действиями государства и убытками инвестора, несоблюдение инвестором обязанности по минимизации вреда, если у него присутствовала реальная возможность для этого, и виновное поведение потерпевшей стороны. Помимо денежной компенсации в международном инвестиционном праве существуют и другие средства правовой защиты, доступные инвестору. Несмотря на то что МЦУИС не уполномочен выдавать государствам обязательные для исполнения предписания неденежного характера, известны случаи, когда он предлагал принимающему государству применить реституцию в качестве альтернативы выплате компенсации.

7. Для процедуры рассмотрения международных инвестиционных споров характерно преимущественное использование системы международного коммерческого арбитража. Суды принимающего государства или государства, национальность которого имеет инвестор, не являются эффективным средством правовой защиты в силу юрисдикционных ограничений и иммунитетов государств, а использование дипломатической защиты сопряжено с целым рядом проблем, связанных с тем, что частные лица не являются субъектами международного публичного права. Современная система рассмотрения споров об экспроприации чаще всего подразумевает обращение заинтересованной стороны с иском в МЦУИС или арбитражи *ad hoc*. Подавляющее

большинство последних действуют на основании Арбитражного регламента ЮНСИТРАЛ, в то время как МЦУИС подчиняется Вашингтонской конвенции и принятым в соответствии с ней арбитражным правилам. Вашингтонская конвенция и Арбитражный регламент ЮНСИТРАЛ имеют различную правовую природу: конвенция и арбитражные правила специально созданы для урегулирования споров между государствами и инвесторами в рамках процедур МЦУИС, а Арбитражный регламент ЮНСИТРАЛ сформулирован для применения коммерческими арбитражами при разрешении максимально широкого круга частноправовых споров.

8. Различие в сущности Вашингтонской конвенции и Арбитражного регламента ЮНСИТРАЛ приводит к разным требованиям, предъявляемым к отдельным элементам спорного правоотношения для признания соответствующим арбитражем своей компетенции. Единственным условием юрисдикции арбитража, действующего в соответствии с Арбитражным регламентом ЮНСИТРАЛ, является наличие действительного соглашения сторон. Данное требование присутствует и в Вашингтонской конвенции, причем судебная практика признает согласием со стороны государства не только включение арбитражной оговорки в контракт или заключение арбитражного соглашения, но и закрепление положения о передаче споров в МЦУИС в национальное законодательство или двусторонний инвестиционный договор. Вашингтонская конвенция также предъявляет требования как к *ratione personae* (сторонами спора должны быть государство и иностранный по отношению к нему инвестор), так и к *ratione materiae* (спор должен быть непосредственно связан с инвестициями) правоотношения, служащего основанием для подачи иска.

9. Различия характерны и для процессуальных норм, содержащихся в Вашингтонской конвенции и Арбитражном регламенте ЮНСИТРАЛ. Они касаются процедуры формирования арбитража, наличия у трибунала полномочий по принятию обеспечительных мер и в наибольшей степени — процедуры признания и исполнения арбитражных решений. Признание, исполнение и обжалование решений, вынесенных арбитражем в соответствии с Регламентом ЮНСИТРАЛ, производится на основании норм Конвенции ООН о признании и приведении в исполнение иностранных арбитражных решений, принятой в Нью-Йорке 10 июня 1958 г., и национального законодательства страны, где соответствующее действие истребуется, в то время как решения МЦУИС не требуют признания и должны исполняться как решения государственных судов, а обжалованы могут быть лишь внутри МЦУИС в рамках специальной процедуры.

ОСНОВНОЕ СОДЕРЖАНИЕ РАБОТЫ

10. Главенствующим принципом при определении права, применимого к спорам при экспроприации иностранных инвестиций, является принцип автономии воли сторон. В случае отсутствия соглашения между сторонами МЦУИС, согласно императивным нормам Вашингтонской конвенции, обязан применять право государства, являющегося стороной в споре, и нормы международного права. Арбитражи, действующие в соответствии с Арбитражным регламентом ЮНСИТРАЛ, выбирают применимое право по своему усмотрению, используя либо коллизионные нормы права страны, с которой спорное правоотношение наиболее тесно связано, либо ориентируясь лишь на свое внутреннее убеждение. Однако даже в этом случае арбитражи чаще всего применяют право государства — реципиента инвестиций.

Практическая значимость данной работы заключается в том, что содержащиеся в ней сведения и выводы характеризуют современное состояние правового регулирования отношений, возникающих в сфере международного инвестиционного права. Результаты диссертационного исследования могут быть использованы в научно-исследовательской деятельности, преподавании международного частного права в высших учебных заведениях, практикующими юристами, а также международными арбитрами и судьями при разрешении международных коммерческих споров.

Апробация результатов исследования. Диссертация подготовлена и обсуждена на кафедре международного частного права Национального исследовательского университета «Высшая школа экономики». Результаты исследования использовались автором при проведении семинаров по международному частному праву, а также в практической работе. Основные положения и выводы диссертационного исследования изложены в шести опубликованных работах, в том числе в трех статьях в изданиях, рекомендованных ВАК Минобрнауки России для опубликования результатов диссертационного исследования.

Структура работы построена в соответствии с целями и задачами исследования и включает введение, три главы, объединяющие восемь параграфов, заключение и библиографический список.

Во **введении** обосновывается актуальность темы диссертации, анализируется степень научной разработанности темы исследования, определяются ее цель и задачи, объект и предмет, устанавливаются методологическая, теоретическая, нормативная и эмпирическая основы исследования, обосновывается научная новизна работы, формулируются положения, выносимые на защиту, а также практическая значимость диссертации, приводятся сведения об апробации результатов и структуре исследования.

Первая глава «Понятийно-категориальный аппарат современного инвестиционного права», состоящая из трех параграфов, посвящена определению основных понятий международного инвестиционного права и их роли в контексте экспроприации иностранных инвестиций.

В первом параграфе «Институт экспроприации как часть международного инвестиционного права» рассмотрены основные подходы отечественных и зарубежных ученых к определению правовой природы международного инвестиционного права, проанализировано соотношение международного инвестиционного права с международным публичным и международным частным правом. Автор предлагает использовать подход к пониманию международного инвестиционного права как отрасли международного частного права. Диссертант обосновывает важность анализа норм об экспроприации собственности иностранного инвестора во взаимосвязи с другими институтами международного инвестиционного права, в особенности с понятиями «иностранные инвестиции» и «иностраный инвестор», поскольку квалификация определенных вложений в качестве инвестиций, а также признание физического и юридического лица, осуществляющего эти вложения, иностранным инвестором дает повод говорить об экспроприации с соответствующими правовыми последствиями.

Во втором параграфе «Общая характеристика основных источников международного инвестиционного права» выделяются основные источники международного инвестиционного права, содержащие нормы об экспроприации собственности иностранного инвестора, в частности национальное законодательство, международные договоры, международные обычаи и судебно-арбитражная практика. Автор отмечает ограниченную роль национального законодательства как источника правовых норм об иностранных инвестициях. При анализе роли международных правовых актов подчеркивается отсутствие универсального многостороннего соглашения об инвестициях и возрастающее в связи с этим значение двусторонних соглашений о поощрении

и взаимной защите капиталовложений, а также международной арбитражной практики как источников права.

Автором подробно анализируется история попыток принятия многосторонней конвенции, регулирующей иностранные инвестиции, закончившихся провалом из-за неразрешимых противоречий между интересами развитых стран, экспортирующих капитал, и развивающихся государств, принимающих инвестиции. Делается вывод о том, что именно данное обстоятельство является причиной роста значения двусторонних инвестиционных соглашений (далее — ДИС) как инструмента регулирования трансграничных инвестиций. В исследовании подробно рассматривается вопрос о роли актов ООН как формы международного обычного права, выделяются ключевые резолюции Генеральной ассамблеи ООН, содержащие нормы, которые регулируют иностранные инвестиции и вопросы экспроприации.

Третий параграф «Основные понятия международного инвестиционного права» посвящен определению основных категорий международного инвестиционного права. В данном параграфе автором изучено нормативное определение понятия «инвестиции», содержащееся в национальных и международных правовых актах. В связи с отсутствием в Вашингтонской конвенции понятия иностранных инвестиций особое внимание уделено критериям отнесения определенных действий к инвестициям, выработанным МЦУИС при рассмотрении отдельных дел, которые стали доминирующими в международной арбитражной практике. Из приведенного анализа следует, что иностранными инвестициями могут считаться действия на территории другого государства, соответствующие ряду требований. Во-первых, эти действия должны обладать определенной продолжительностью: однократные и (или) краткосрочные действия, связанные с движением капитала, не являются инвестициями. Во-вторых, инвестициями считаются действия, преследующие своей целью извлечение прибыли. В-третьих, критерием также является распределение рисков между сторонами правоотношений: в качестве инвестиции обычно не рассматриваются коммерческие сделки, в которых риск, связанный с их осуществлением, лежит полностью на принимающей стране. Данные действия также должны подразумевать значительное вложение капитала и оказывать благотворное влияние на экономику принимающего государства.

Вторым важным понятием, рассматриваемым в данной главе, является понятие иностранного инвестора. Отмечается, что практически все источники международного инвестиционного права определяют инвестора как физическое или юридическое лицо либо иной субъект инвестиционных правоотношений, осуществляющий инвестиции на территории иностранного государства.

В исследовании выделены критерии отнесения как физических, так и юридических лиц к иностранным инвесторам, осуществляющим капиталовложения на территории другого государства. Автором также определены основные формулы прикрепления, используемые для установления национальности физических лиц, в том числе бипатридов. Диссертантом рассмотрено применение международными арбитражами двух методов определения национальности иностранных инвесторов — юридических лиц, закрепленных Вашингтонской конвенцией и многими ДИС, — критерия места инкорпорации и критерия контроля; сделан вывод о доминировании формального подхода к данному вопросу.

Вторая глава «Экспроприация иностранных инвестиций и международно-правовые гарантии прав инвесторов» состоит из двух параграфов.

В первом параграфе «Понятие и виды экспроприации собственности иностранного инвестора» характеризуется нормативное содержание понятия «экспроприация», приводимое в современных законодательных и международных правовых актах, арбитражной практике и доктрине, анализируется соотношение данного понятия с понятиями «национализация», «реквизиция», «принудительное изъятие». Автором поднимается вопрос о допустимости экспроприации, условиях ее правомерности, разграничении правомерной и неправомерной экспроприации и наступлении соответствующих правовых последствий. Нормы международного права и национального законодательства многих государств предусматривают, что выплата компенсации является необходимым условием правомерности экспроприации и одновременно с этим устанавливают, что компенсация является формой ответственности за неправомерную экспроприацию. По итогам анализа правоприменительной практики делается вывод об ограниченном значении правомерности экспроприации для ответственности государства: это различие играет роль лишь при определении размера компенсации, предоставляя инвестору возможность требовать возмещения упущенной выгоды в случае осуществления неправомерной экспроприации.

В рамках проведенного исследования проводится выделение прямой и косвенной экспроприации, рассматривается значение понятия «меры, эквивалентные экспроприации». Под прямой экспроприацией в работе понимается принятие государством мер, направленных на лишение иностранного инвестора права собственности на инвестиции. Автором отмечается отсутствие единого понятия косвенной экспроприации. Под непрямой (косвенной) экспроприацией обобщенно понимаются регулятивные меры принимающего государства, которые не имеют целью лишение лица активов, но в реальности вызывают

именно такой эффект. Не существует какого-либо международного акта, который закреплял бы понятие не прямой экспроприации, поэтому ситуативный подход, предусматривающий оценку всех обстоятельств дела арбитражами, является единственным способом выработать устоявшийся перечень действий, относящихся к данной категории. Для определения не прямой экспроприации арбитражами вводятся критерии признания определенных регуляторных действий государства эквивалентными экспроприации. К таким критериям отнесены следующие:

- степень вмешательства в права собственности инвестора. В основе этого критерия лежат два принципа, первый из которых заключается в оценке реального контроля инвестора над инвестициями. Второй состоит в том, что для признания степени вмешательства в права собственности, достаточной для установления факта экспроприации, арбитражам необходимо оценивать не контроль собственника над инвестициями, а возможность получения от них дохода;

- намерения государства, осуществляющего такие действия, и их цель. Так, по мнению ряда арбитражей, *bona fide* меры государственного регулирования в рамках общепринятых правоприменительных полномочий государства либо вообще не составляют акта экспроприации, либо же выступают фактором, ограничивающим размер компенсации;

- нарушение разумных ожиданий инвестора. В соответствии с позицией ряда арбитражей мерами, эквивалентными экспроприации, могут считаться такие действия государства, принимающего инвестиции, которые нарушают разумные ожидания инвестора.

Автор отмечает, что не все арбитражи используют три критерия в совокупности для оценки определенных мер государственного воздействия как действий, эквивалентных экспроприации. В частности, некоторые арбитражи признают единственным релевантным критерием косвенной экспроприации фактическую степень вмешательства государства в права собственности инвестора и реальную степень их ограничения.

Второй параграф «Компенсация за экспроприацию инвестиций» посвящен анализу норм международного инвестиционного права, регулирующих порядок выплаты государством компенсации инвестору, чья собственность была принудительно изъята. В качестве основного стандарта компенсации, нашедшего отражение как в международных правовых актах, так и в арбитражной практике, автор выделяет формулу Халла, подразумевающую немедленную выплату в свободно конвертируемой валюте полной стоимости собственности, изымаемой государством.

Диссертантом проведен анализ основных методов определения размера компенсации, направленных на определение справедливой рыночной цены экспроприированной собственности, которые используются

арбитражами. В исследовании отмечается, что в правоприменительной практике существует принципиальное разграничение подходов, используемых для оценки инвестиций, которые являются лишь совокупностью материальных и нематериальных объектов, и капиталовложений в виде действующих предприятий, способных приносить прибыль в будущем.

В ходе проведенного исследования выделены наиболее распространенные конкретные методы определения размера компенсации. К первой группе методов, в основе которых лежит оценка активов предприятия, относятся ликвидационная стоимость, восстановительная стоимость и бухгалтерская стоимость. Основным методом второй группы, основанной на оценке прибыли предприятия, является метод ДДП. Автором подробно анализируется метод расчета ДДП, используемый арбитражами. По результатам анализа делается вывод о доминирующей роли метода ДДП при определении величины компенсации в случае, если оценивается действующее предприятие, в противном случае на первое место выходят альтернативные методы оценки.

Диссертантом также рассмотрены основные факторы, ограничивающие размер компенсации или снижающие ее величину до нуля, в частности отсутствие причинно-следственной связи между действиями государства и убытком инвестора, виновные действия потерпевшей стороны, несоблюдение инвестором обязанности по минимизации ущерба. В работе проводится анализ периодически используемых в международной арбитражной практике неденежных средств защиты иностранных инвесторов. Автором отмечается, что положения, ограничивающие ответственность государств денежными компенсациями, содержатся и в Вашингтонской конвенции, и во многих ДИС. Тем не менее в международной арбитражной практике встречаются случаи, когда арбитраж выдает государству предписание о прекращении определенных действий, составляющих экспроприацию.

Третья глава «Международно-правовые механизмы рассмотрения споров об экспроприации иностранных инвестиций» состоит из трех параграфов.

Первый параграф «Формирование современной системы рассмотрения инвестиционных споров» содержит анализ генезиса и развития существующей в настоящее время системы рассмотрения споров между инвесторами и принимающими государствами. В данном параграфе в исторической перспективе рассматриваются различные способы защиты прав, доступные инвестору. Одним из них является обращение в национальный суд государства, гражданство которого он имеет, или в суд страны — реципиента инвестиций. Отмечаются недостатки, присущие

данному методу, вытекающие из иммунитетов государств и юрисдикционных ограничений для иностранных судов. В качестве второго метода, доступного инвестору, выделяется дипломатическая защита и последующее обращение государства-инвестора в международные трибуналы. К недостаткам этого метода автор относит необходимость активных действий со стороны государства, из которого происходит инвестор для начала процедуры разрешения международно-правового спора, обязательное требование об исчерпании национальных эффективных способов защиты в принимающей стране, невозможность пострадавшего инвестора самостоятельно выступать стороной в споре. Третьим способом защиты являлся международный коммерческий арбитраж в виде создаваемых *ad hoc* на основании соглашений или договоренностей между государствами арбитражных трибуналов. При этом отмечается, что такие арбитражи действовали без строго определенных процессуальных правил, специфической сферы компетенции, порядка предоставления доказательств и других процедурных требований, в результате чего они сталкивались с серьезными проблемами при вынесении эффективных решений, основанных на нормах права.

Автором выделяются два доминирующих в настоящее время механизма разрешения инвестиционных споров, сложившихся в результате стремления к преодолению указанных выше недостатков: рассмотрение дела международным коммерческим арбитражем или разбирательство спора в МЦУИС. При этом отмечается, что подавляющее большинство инвестиционных споров, передаваемых в международные коммерческие арбитражи, рассматривается в соответствии с Арбитражным регламентом ЮНСИТРАЛ. Делается вывод о том, что основными источниками процессуальных норм, используемых при разрешении инвестиционных споров, включая споры об экспроприации, являются Вашингтонская конвенция и дополнительные акты к ней, а также Арбитражный регламент ЮНСИТРАЛ.

Во втором параграфе «Основные процессуальные нормы Регламента ЮНСИТРАЛ и Вашингтонской конвенции» исследуются основные положения Вашингтонской конвенции и актов, принятых в соответствии с ней, в сравнении с Арбитражным регламентом ЮНСИТРАЛ. В работе анализируются основные различия данных документов, вытекающие из их правовой природы, в частности нормы, которые регулируют компетенцию арбитража по рассмотрению спора. По результатам анализа делается вывод об обязательности согласия сторон на урегулирование споров путем обращения в соответствующий арбитраж, характеризуются основные формы такого согласия,

даваемого инвестором и принимающим инвестиции государством. В качестве различия в нормах о компетенции арбитража в указанных документах отмечается универсальный характер Арбитражного регламента ЮНСИТРАЛ, не предъявляющего дополнительных требований к элементам спорного правоотношения помимо согласия сторон, в противовес Вашингтонской конвенции, устанавливающей ряд ограничений в части *ratione materiae* и *ratione personae* такого правоотношения.

В рассматриваемых документах обнаруживаются различия и в процессуальных нормах, в частности, регулирующих порядок формирования трибунала. При этом автором отмечается диспозитивный характер данных положений обоих документов. Важным процессуальным различием, выделяемым в диссертационном исследовании, является порядок применения МЦУИС и арбитражами, действующими в соответствии с Арбитражным регламентом ЮНСИТРАЛ, обеспечительных мер. В качестве наиболее важного процессуального различия Вашингтонской конвенции и Регламента ЮНСИТРАЛ выделяется признание, исполнение и обжалование решений.

Третий параграф «Право, применимое к спорам об экспроприации» посвящен исследованию основных коллизионно-правовых норм, применимых к спорам об экспроприации собственности иностранного инвестора. Автором выделяется главенствующая роль автономии воли сторон, признаваемой в качестве основной коллизионной привязки как национальными, так и международными источниками международного инвестиционного права. В отсутствие действительного выбора, осуществленного сторонами спора, на первое место выходит подчинение всех аспектов спорного правоотношения праву государства, на территории которого осуществляются капиталовложения. Делается вывод о том, что доминирующая роль права государства — реципиента инвестиций в качестве применимого обусловлена не только императивными нормами Вашингтонской конвенции, но и тем фактом, что наиболее распространенные коллизионные привязки, используемые другими арбитражами, также указывают на него. Отдельно анализируется вопрос о соотношении национальных и международных норм в случае, если коллизионные привязки указывают на право принимающего государства. В настоящем параграфе также рассматривается роль обратной отсылки в практике МЦУИС и иных международных коммерческих арбитражей.

В заключении подведены итоги исследования, сформулированы основные теоретические выводы, предложения по совершенствованию законодательства.

По теме диссертации автором опубликованы следующие работы:

**Статьи, опубликованные в ведущих
рецензируемых научных журналах и изданиях,
указанных в перечне ВАК Минобрнауки России**

1. Защита от экспроприации собственности иностранного инвестора: международно-правовые стандарты / К. Е. Ксенофонтов // Вестник Федерального бюджетного учреждения «Государственная регистрационная палата при Министерстве юстиции Российской Федерации». — 2012. — № 4. — 0,4 п. л.

2. Снятие корпоративной вуали в международных инвестиционных спорах / К. Е. Ксенофонтов // Вестник Федерального бюджетного учреждения «Государственная регистрационная палата при Министерстве юстиции Российской Федерации». — 2013. — № 6. — 0,4 п. л.

3. Экспроприация, национализация и гарантии прав собственности иностранного инвестора / К. Е. Ксенофонтов // Вестник Федерального бюджетного учреждения «Государственная регистрационная палата при Министерстве юстиции Российской Федерации». — 2011. — № 6. — 0,5 п. л.

Другие публикации

4. Допустимость экспроприации собственности иностранного инвестора принимающим государством / К. Е. Ксенофонтов // Международное право и международные организации. — 2013. — № 3. — 0,4 п. л.

5. Зонтичные оговорки как механизм защиты иностранных инвестиций / К. Е. Ксенофонтов // Законодательство и экономика. — 2014. — № 5. — 0,4 п. л.

6. Об экспроприации иностранной собственности в международном инвестиционном праве / К. Е. Ксенофонтов // Право и политика: теоретические и практические проблемы : сб. материалов 2-й Междунар. науч.-практ. конф., посвященной 20-летию юрид. факультета Рязан. гос. ун-та им. С. А. Есенина (4 ноября 2013 г.). — Вып. 2 / отв. ред. А. В. Малько. — Рязань : Концепция, 2013. — 0,2 п. л.

Подписано в печать .
Формат 60×90/16. Усл. печ. л. 1,5. Тираж 100 экз.

Федеральное государственное бюджетное
образовательное учреждение
высшего профессионального образования
«Российская правовая академия
Министерства юстиции Российской Федерации»
117638, г. Москва, ул. Азовская, д. 2, корп. 1.