

Косвенная экспроприация и право на регулирование в международном инвестиционном праве*

Катерина Яннака-Смолл

То, что собственность иностранцев не может быть изъята, будь то для публичных целей или нет, без адекватной компенсации, является широко признанным правилом международного права. Два десятилетия назад споры в судах и дискуссии в академической литературе фокусировались, в основном, на стандартах компенсации и оценке стоимости экспроприированного имущества. Различающиеся взгляды¹ развитых и развивающихся стран подняли вопросы относительно

* Статья была опубликована Организацией экономического сотрудничества и развития (ОЭСР) на английском и французском языках под названиями: *Yannaca-Small, C., Chapter 2: „Indirect Expropriation“ and the „Right To Regulate“ in International Investment Law // International Investment Law: A Changing Landscape: A Companion Volume to International Investment Perspectives; Yannaca-Small, C., Chapitre 2: L'„Expropriation indirecte“ et le „droit de réglementer“ dans le droit international de l'investissement // Droit international de l'investissement: Un domaine en mouvement: Complément aux Perspectives de l'investissement international.* © 2005 OECD. Все права защищены.

Перевод на русский язык: д-р Марина Трунк-Федорова, LL.M.

Статья печатается на русском языке с разрешения ОЭСР.

¹ Ряд развитых стран одобрил „формулу Халла“ (the „Hull formula“), сформулированную Государственным секретарем США Корделлом Халлом в ответ на национализацию американских бензиновых компаний Мексикой в 1936 г. Халл заявил, что международное право требует осуществления „быстрой, адекватной и эффективной“ компенсации за экспроприацию иностранных инвестиций. Развивающиеся страны поддерживали доктрину Кальво (the Calvo doctrine) в 1960-е и 1970-е гг., как отмечено в основных резолюциях Генеральной Ассамблеи ООН. В 1962 г. Генеральная Ассамблея приняла Резолюцию о постоянном суверенитете над национальными природными богатствами, которая подтвердила право национализировать иностранную собственность и требовала только осуществления „надлежащей компенсации“. Этот стандарт компенсации рассматривался как попытка перекинуть мост между подходами развитых и развивающихся стран в этом вопросе. В 1974 г. Генеральная Ассамблея ООН решительно отвергла „формулу Халла“ в пользу „доктрины Кальво“, приняв Хартию Экономических прав и обязанностей государств. В то время как ст. 2 (с) повторяет стандарт

но формирования и эволюции обычного права. Сегодня более позитивное отношение государств во всем мире к иностранным инвестициям и быстрое увеличение числа двусторонних договоров и других соглашений об инвестициях, требующих быстрой, адекватной и эффективной компенсации за экспроприацию иностранных инвестиций, привели к тому, что этот спор в большой степени потерял практическое значение для иностранных инвесторов.

На место споров относительно прямой экспроприации – в основном, по поводу национализации, которые были характерны для 70-х и 80-х годов, – пришли споры относительно правового регулирования иностранных инвестиций и „косвенной экспроприации.“ Растет обеспокоенность, вызванная в большой степени первыми делами в рамках НАФТА (Североамериканский договор о свободной торговле) что такие концепции, как косвенная экспроприация, могут быть применены к мерам регулирования, направленным на защиту окружающей среды, здоровья и других интересов обеспечения благополучия общества. Встает вопрос, до какой степени правительство может уменьшать ценность имущества путем принятия меры регулирования, как общего характера, так и конкретного характера, в контексте общей меры регулирования, принимаемой с законной публичной целью, без того, чтобы осуществить „изъятие“ и быть обязанным предоставить компенсацию за это действие. Один из ведущих комментаторов полагает, что вопрос определения экспроприации в данном контексте может стать доминирующим вопросом в международном инвестиционном праве.²

Несмотря на ряд решений международных судов, граница между концепцией косвенной экспроприации и правительственных мер по регулированию, не требующих компенсации, не была четко определена и зависит от конкретных фактов и обстоятельств дела. Однако наряду с необходимостью рассматривать каждой конкретное дело существует несколько критериев, выработанных на основе анализа ряда международных соглашений и судебных и арбитражных решений, в которых было определено, имела ли место косвенная экспроприация, требующая компенсации, или нет.

„надлежащей компенсации“, она идет дальше, предусматривая, что „в любом случае, когда вопрос компенсации вызывает противоречия, он должен быть урегулирован в соответствии с внутренним правом национализировавшего государства и его судами...“ В настоящее время формула Халла и ее варианты часто используются и признаются как часть международного обычного права.

² *Dolzer*, *Indirect Expropriations: New Developments?* Article of the Colloquium on Regulatory Expropriation organised by the New York University on 25-27.4.2002; 11 *Environmental Law Journal* 64.

Настоящий обзор содержит фактическую информацию о практике по разрешению споров, практике государств и литературе по данной проблеме. Он представляет актуальные вопросы и описывает основные концепции обязательства по компенсации за непрямую экспроприацию, (Часть 1), содержит обзор того, содержат ли юридические документы, и как они это делают, четкое разграничение между непрямой экспроприацией и правом государств осуществлять регулирование без предоставления компенсации (Часть 2), а также пытается определить ряд критериев, применяемых в судебно-арбитражной практике и практике государств для установления, имела ли место косвенная экспроприация. (Часть 3).

I. Основные концепции обязательства по компенсации за непрямую экспроприацию

Международное обычное право не препятствует государствам, принимающим инвестиции, проводить экспроприацию иностранных инвестиций при соблюдении определенных условий. Этими условиями являются: изъятие инвестиций для публичных целей, в установленном законом порядке, недискриминационным образом и с предоставлением компенсации.

Экспроприация, или „лишение имущества“ („wealth deprivation“),³ может принимать различные формы: она может быть *прямой*, когда инвестиции национализуются или прямо экспроприируются⁴ другим образом путем формальной передачи титула или фактического захвата инвестиций. В дополнение к термину „экспроприация“ используются также такие термины, как „лишение собственности“, „захват“, „изъятие“.⁵ Международное право ясно устанавливает, что овладение юридическим титулом на собственность является случаем экспроприации, подлежащей компенсации.

³ Лишение имущества („wealth deprivation“) – термин, который, в соответствии с В. Уэстон, избегает большинство, если не все, нечеткости традиционной терминологии. См. *Weston, 'Constructive Takings' under International Law: A Modest Foray into the Problem of 'Creeping Expropriation'*, *Virginia Journal of International Law*, 1975, Volume 16, pp. 103-175 at 112.

⁴ В целом экспроприация применяется к индивидуальным мерам, принимаемым в публичных целях, в то время как национализация включает в себя ширококомасштабные изъятия на основании акта исполнительной или законодательной власти для цели передачи собственности в публичную сферу.

⁵ *Dolzer и Stevens, Bilateral Investment Treaties, ICSID*, 1995, at 98.

Экспроприация или лишение собственности⁶ может также прои-

⁶ В контексте международного права термин „собственность“ относится как к материальной, так и нематериальной собственности. В соответствии со ст. 1139 НАФТА, определение „инвестиции“ включает в себя, наряду с другими вещами, „недвижимость и другую собственность, материальную и нематериальную [курсив К. Я.-С.], приобретенную в ожидании или использованную в целях экономической выгоды или другой коммерческой цели.“ Подобным образом, большинство двусторонних соглашений по защите инвестиций содержат относительно стандартное определение инвестиций, которое также охватывает нематериальные формы собственности: „интеллектуальная собственность и договорные права.“ Источник: UNCTAD „Bilateral Investment Treaties in the Mid-1990s“ 1998. См. также недавно заключенные соглашения о свободной торговле США с Австралией, Чили, Доминиканской Республикой, Марокко и Сингапуром: „Акт или серия актов Стороны не может являться экспроприацией, если они не вмешиваются в права или имущественный интерес в отношении материальной или нематериальной собственности в инвестициях.“

Трибунал по рассмотрению претензий между Ираном и США (Iran-United States Claims Tribunal) указал, что „[истцы] опираются на прецеденты в международном праве, в каком случае примеры по экспроприации или изъятию, прежде всего в отношении собственности в материальном виде, были рассмотрены как включающие в себя также права договорной природы, тесно связанные с материальной собственностью...“ Он последовательно отклонил попытки, сделанные иранскими ответчиками в отношении узкого толкования термина „собственность“, и подтвердил, что права акционеров и договорные права могут быть объектом экспроприации, *Starret Housing Corp. v. Islamic Republic of Iran*, 4, Iran-US Cl. Trib. Rep. 122, 156-57 (1983), *Amoco International Finance Corporation v. Iran*, Award No 310-56-3 (14 July 1987), 15 Iran-US C.T.R. 189-289. В соответствии с Протоколом 1 к Европейской конвенции по правам человека, концепция собственности определена очень широко посредством ссылки на все имущественные интересы индивида. Она охватывает большой спектр экономических интересов: „движимое и недвижимое имущество, материальные и нематериальные интересы, такие как акции, патенты, арбитражные решения, право на получение выплат, право на сдачу собственности в аренду, экономические интересы, связанные с ведением бизнеса и правом заниматься профессиональной деятельностью...“

Одним из первых случаев, в которых нарушение прав на нематериальную собственность было признано экспроприацией, было дело *Norwegian Ship-owners'*. Хотя США заявили, что они реквизируют только корабли, а не лежащие в основе контракты, суд пришел к выводу, что произошло изъятие права собственности в дополнение к формально изъятим правам, и признал, что требовалась компенсация. *Nor. v. U.S.*, 1 R.I.A.A. 307, 332 (Perm. Ct. Arb. 1922). В деле *German Interests in Polish Upper Silesia – the Chorzow Factory 1926*

зойти путем вмешательства государства в пользование этой собственностью или распоряжением прибылью, даже когда собственность не захвачена и юридический титул на эту собственность не затрагивается. Эти меры, принимаемые государствами, имеют результат, схожий с экспроприацией или национализацией, и они обычно называются „косвенная“, „ползучая“⁷ экспроприация, экспроприация „*de facto*“ или „меры, соответствующие экспроприации.“

Однако, в соответствии с международным правом, не все меры государства, коллидирующие с правом собственности, являются экспроприацией. Как отметил *Брунли*, „меры государств, являющиеся *prima facie* правомерным проявлением государственной

г. Постоянная Палата третейского суда установил, что захват польским правительством завода и оборудования было также экспроприацией тесно связанных патентов и контрактов управляющей компании, хотя польское правительство никогда не заявляло об их экспроприации. *F.R.G. v. Pol.*, 1926 P.C.I.J. (ser. A) Nr. 7 (May 1925).

Тем не менее, определенные права или интересы в отношении нематериальной собственности сами по себе могут быть не в состоянии быть экспропрированными, а вместо этого могут рассматриваться как элементы стоимости бизнеса. В деле *Oscar Chinn* 1934 г. Постоянная Палата третейского суда (P.C.I.J.) не согласилась с утверждением, что репутация („good will“) является правом собственности, которое, взятое само по себе, может быть экспроприровано. The P.C.I.J. установил, что предоставление монополии *de facto* не представляло нарушение международного права, указав, что „он не смог найти в изначальной позиции [истца], – которая характеризовалась наличием клиентов – что-либо в духе изначально предоставленных прав“ и что „благоприятные условия бизнеса и репутация являются переменными обстоятельствами, которые подлежат неизбежным изменениям,“. 1934 P.C. I. J. Ser A/B, Nr. 63. Еще в двух недавних делах НАФТА арбитражи НАФТА рассматривали вопрос о доступе на рынок и доле рынка и предположили, что они могут быть правами собственности для целей экспроприации. Ни в одном из дел, однако, арбитражи не признали, что доступ на рынок или доля рынка могли быть экспропрированы *сами по себе*. Они также не признали, что экспроприация имела место. См. *Pope & Talbot, Inc v. Canada*, Interim Award (26.6.2000), paras. 96-98 and *S.D. Myers, Inc. v. Canada*, (November 13, 2000) Partial Award, 232. International Legal Materials 408, para. 232. См. также, напр., *White*, Nationalisation of Foreign Property, 49 (1961); The Iran-United States Claims Tribunal: Its contribution to the Law of State Responsibility 196-97, Nr. 33 (Richard Lillich and Daniel Magraw editors, 1998).

⁷ По этому вопросу, Dolzer отмечает, что, „‘ползучая экспроприация’ предполагает наличие намеренной стратегии со стороны государства, которая может вызывать негативную моральную оценку.“ См. *Dolzer*, Indirect Expropriation of Alien Property, ICSID Review, Foreign Investment Law Journal, 1986, pp. 41-59 at 44.

власти, могут существенно затронуть иностранные интересы, не являясь при этом экспроприацией. Так, иностранное имущество и его использование могут быть подвергнуты налогообложению, торговым ограничениям, включающим лицензии и квоты, или мерам по девальвации. Хотя конкретные факты могут изменить конкретные дела, в принципе, подобные меры не являются неправомерными и не создают случай экспроприации.⁸ Подобным образом, в соответствии с точкой зрения *Сорнараджи*,⁹ недискриминационные меры,¹⁰ относящиеся к антитрастовым мерам, защите потребителей, регулированию рынка ценных бумаг, защите окружающей среды, планированию развития земель, являются изъятиями, не подлежащими компенсации, так как они рассматриваются в качестве необходимых для эффективного функционирования государства.

Как было упомянуто выше, общепризнанного и четкого определения концепции косвенной экспроприации и того, что отличает ее от мер регулирования, при которых компенсация не полагается, не существует, хотя этот вопрос имеет большое значение как для инвесторов, так и для государств. Как пишут *Дольцер и Стивенс*:

„Для инвестора демаркационная линия между мерами, за которые компенсация не положена, и действиями, квалифицируемыми как косвенная экспроприация (которая требует компенсации), может вполне повлиять на выбор между бременем продолжения (или прекращения) поддержания функционирования неприбыльного

⁸ *Brownlie*, Public International Law, 6th Edition, 2003 at 509.

⁹ *Sornarajah*, The International Law on Foreign Investment, 1994, at 283.

¹⁰ Признанным принципом международного обычного права является то, что если экономический ущерб вытекает из *bona fide* недискриминационного регулирования, находящегося в сфере полицейской власти государства, компенсация не требуется. Меры государства могут быть дискриминационными, если они приводят к „действительному ущербу иностранцу ... с намерением причинить вред затронутому иностранцу“ в пользу национальных компаний. См. *Dolzer и Stevens*, op. cit. Nr. 5. Рестейтмент Третий признает правило о недискриминации: „Один из тестов, предложенных для определения, направлены ли меры по регулированию и налогообложению на проведение экспроприации, это то, применяются ли они только к иностранцам.“ *Restatement of the Law Third, the Foreign Relations of the United States*, American Law Institute, Volume 1, 1987, Section 712. Трибунал по рассмотрению претензий между Ираном и США признал в деле *Amoco*, что Иран должен был выплатить компенсацию за экспроприационные меры, а также подтвердил наличие правила о недискриминации. В решении четко сказано, что: „дискриминация широко запрещена международным обычным правом в сфере экспроприации,“ хотя Трибунал не установил, что дискриминация имела место в этом деле. *Amoco*, см. op. cit. Nr. 6.

предприятия и правом получить полную компенсацию (от принимающего государства или по страховому договору). Для принимающего государства это определение устанавливает объем, в котором государственная власть может принимать законы, регулирующие права и обязанности собственников в случаях, когда может быть необходима компенсация. Возможно привести аргументы в пользу позиции, что государство не может принимать никакие подобные меры, если расходы, которые они повлекли, не могут покрыты из государственных финансовых источников¹¹.

Как написала *Хиггинс* в своем исследовании об изъятии собственности государством, этот вопрос может быть далее уточнен путем определения, на ком должна лежать бремя экономической стоимости действий в публичном интересе, в котором была принята рассматриваемая мера. Должно ли это быть общество в целом, представленное государством, или собственник имущества, на которое влияют принимаемые меры.¹²

Нувел отметил, что в случае национализации или прямой экспроприации, лишение собственности, обременяющее частное лицо, совпадает с приобретением выгоды публичным лицом; меры, соответствующие экспроприации, не имеют этой связи. В таком случае уменьшение стоимости частной собственности не обязательно сопровождается увеличением общественного благосостояния.¹³

II. Юридические документы и другие тексты

Вопросы защиты от косвенной экспроприации были включены в различные виды международных документов. Буквально все относящиеся к этой теме договоры и проекты договоров предусматривают положения о косвенной экспроприации или мерах, соответствующих экспроприации. Однако большинство их хранит молчание в отношении мер регулирования, за которые не полагается компенсация, за исключением: Европейской Конвенции о правах человека и основных свободах (далее – Европейская конвенция о правах человека), недавно заключенных соглашений США о свободной торговле и новых модельных двусторонних инвестиционных соглашений США и Канады. Проект Конвенции ОЭСР (Организации

¹¹ *Dolzer и Stevens* op. cit. Nr. 5 at 99.

¹² *Higgins*, *The Taking of Property by the State: Recent Developments in International Law*, *Recueil des Cours – Académie de Droit International*, 1982, Vol. 176 at 276-77.

¹³ *Nouvel*, *Les mesures équivalent à une expropriation dans la pratique récente des tribunaux arbitraux*, *Revue Générale du Droit International Public*, 2002-1 pp. 80-102 at 89.

экономического сотрудничества и развития) о защите иностранной собственности и проект Многостороннего инвестиционного соглашения ОЭСР хотя сами не содержат положений о мерах государственного регулирования, не подлежащих компенсации, были сопровождаемы комментариями, которые затрагивают этот вопрос. Другие тексты, которые затрагивают этот вопрос, – это проект Гарвардской конвенции о международной ответственности и Третий Рестейтмент международных отношений США (the Third Restatement of Foreign Relations of the United States), который, хотя и является трудом ученых, а не собранием государственной практики, является влиятельным элементом доктрины.

1. Юридические тексты, которые включают в себя положения о косвенной экспроприации без затрагивания вопросов мер государственного регулирования, не подлежащих компенсации

Двусторонние инвестиционные соглашения содержат краткие и общие положения о косвенной экспроприации, которые фокусируются на результате государственных мер и не затрагивают вопросы различия между мерами регулирования, за которые полагается, и мерами, за которые не полагается компенсация. Например, соглашения, заключенные Францией, содержат ссылку на „меры по экспроприации или национализации или любые другие меры, *результатом которых было бы прямое или не прямое лишение собственности.*“ Соглашения Великобритании предусматривают, что экспроприация также включает в себя меры, „которые имеют *результат, эквивалентный* национализации или экспроприации.“ Другие соглашения, как некоторые из тех, которые заключила Швеция, также содержат формулировку „какие-либо прямые или не прямые меры“ или „любые другие меры, имеющие такую же природу или такой же результат в отношении иностранных инвестиций.“ Бывшее модельное двустороннее инвестиционное соглашение США упоминает „*меры, соответствующие* экспроприации или национализации“. Несколько соглашений США содержат более конкретные положения: „любые другие меры или серии мер, прямые или не прямые, соответствующие экспроприации (включая налогообложение, обязательную продажу всех или части инвестиций или уменьшение объема прав или лишение права управления ими, контроль экономической стоимости...“¹⁴

¹⁴ См. *Dolzer и Stevens op. cit.* Nr. 5.

Секция IV (1) *Руководства Всемирного Банка* 1992 г., называемая „Экспроприация и одностороннее изменение или прекращение контрактов“ („Expropriation and Unilateral Alterations or Termination of Contracts“), предусматривает, что „государство не может экспроприировать или иным способом захватить, полностью или частично, иностранные частные инвестиции, находящиеся на его территории, или принять меры регулирования, которые влекут за собой аналогичные последствия, за исключением случаев, когда это совершается в соответствии с применимыми к данным обстоятельствам правовыми процедурами, для достижения общественно полезной цели, при отсутствии дискриминации, связанной с государственной принадлежностью инвестора, и при условии выплаты надлежащей компенсации.“

Ст. 13 *Договора к Энергетической Хартии* 1994 г. (ДЭХ) предусматривает, что „инвестиции инвесторов Договаривающейся Стороны на территории любой другой Договаривающейся Стороны не должны быть национализированы, экспроприированы или подвергнуты мере или мерам, которые имеют последствия, эквивалентные национализации или экспроприации,“ за исключением случаев, когда эти меры соответствуют правилам обычного международного права в этой области (публичная цель, законный порядок, недискриминация и компенсация).

Ст. 1110 *НАФТА* содержит положения, защищающие от экспроприации иностранных инвестиций, сформулированные следующим образом:

1. Ни одна из Сторон не может, прямо или косвенно, национализировать или экспроприировать инвестиции инвестора из другой Стороны на своей территории или принять меры, соответствующие национализации или экспроприации таких инвестиций, за исключением, если это делается:
 - (a) для публичной цели;
 - (b) на недискриминационной основе;
 - (c) в установленном законом порядке и ст. 1105 (1)¹⁵ и
 - (d) при выплате компенсации в соответствии с [последующие параграфы конкретизируют оценку объема экспроприации и форму и процедуру платежа].

¹⁵ Ст. 1105 (1) предусматривает: „каждая Сторона должна предоставить инвестициям инвесторов других Сторон режим, соответствующий нормам международного права, включая справедливое обращение и полную защиту и безопасность.“

2. *Юридические тексты, которые затрагивают меры государственного регулирования, за которые не полагается компенсация*

Относящиеся к данному вопросу принципы для целей *Европейской конвенции о правах человека* включены в ст. 1 Протокола 1, заключенного в 1952 г. и вступившего в силу в 1954 г. Хотя данная статья не говорит это четко, она подразумевает, что обязанность компенсировать не применяется к нормальным мерам государственного регулирования.¹⁶

„Каждое физическое или юридическое лицо имеет право беспрепятственно пользоваться своим имуществом. Никто не может быть лишен своего имущества, кроме как в интересах общества и на условиях, предусмотренных законом и общими принципами международного права.

Предыдущие положения ни в коей мере не ущемляют право государства обеспечивать выполнение таких законов, какие ему представляются необходимыми для осуществления контроля за использованием собственности в соответствии с общими интересами или для обеспечения уплаты налогов или других сборов или штрафов.“ (Курсив К. Я.-С.)

В 1961 г. в *Проекте Гарвардской конвенции о международной ответственности государств за вред, причиненный иностранцам*, подготовленный Зоном и Бакстером, было предложено считать, что изъятие имело место в случае любого „необоснованного вмешательства в использование, владение или распоряжение собственностью, чтобы оправдать вмешательство тем, что собственник не сможет использовать, владеть или распоряжаться собственностью в течение разумного периода времени после начала такого вмешательства.“ В ст. 10 (5) признается существование категории изъятий, не подлежащих компенсации:

„Некомпенсированное изъятие иностранной собственности или лишение возможности пользования иностранной собственностью, которое является следствием исполнения налоговых законов; общего изменения ценности валюты; действий уполномоченных властей государства при поддержании публичного порядка, здоровья или моральных устоев; или правомерного использования прав в случае военных действий или в других случаях,

¹⁶ Практика по разрешению споров в отношении Европейского Суда по правам человека в отношении Конвенции последовательно проводит эту линию.

чрезвычайных по отношению к нормальному действию законов государства, не должно рассматриваться как неправомерное.”

Ст. 3 *Проекта Конвенции ОЭСР*¹⁷ *о защите иностранной собственности 1967 г.*¹⁸ предусматривает, что „ни одна из Сторон не будет предпринимать никакие меры, лишаящие, прямо или косвенно, гражданина другой Стороны его собственности...“ если не выполнены четыре условия в соответствии с признанными правилами международного права.¹⁹ В сопроводительном комментарии о природе обязательства и его объеме эта обязанность понимается в широком смысле:

„Ст. 3 признает, путем подразумевания, суверенное право Государства, предусмотренное международным правом, лишать имущества собственников, включая иностранцев, в пределах своей территории при преследовании политических, социальных или экономических целей. Отрицать такое право было бы попыткой вмешаться в его полномочия по регулированию – в силу его независимости и автономии, равно признанных международным правом, – его политического и социального существования. Это право уравнивается обязательством Государства уважать и защищать собственность иностранцев в силу существующих требований – прежде всего, требования выплатить иностранцу компенсацию, если его собственность изъята.“

Однако последующие замечания проясняют, что концепция „изъятия“ направлена на применение не к нормальным и правомерным мерам государственного регулирования, при которых не происходит прямого изъятия прав собственности, а скорее к *злоупотреблению* в ином случае правомерными полномочиями по изъятию у собственника сущности его прав:

4 (а) „...Использование фразы „лишить ...прямо или *косвенно* ...“ в тексте этой статьи, однако, направлено на то, чтобы охва-

¹⁷ Кодекс ОЭСР либерализации движения капитала, посредством его положений о свободном распоряжении заблокированными счетами и другой собственностью нерезидентов, включает в себя положение о предотвращении конфискационных мер в добавление к статьям кодекса о либерализации как таковым. Однако кодекс не содержит положений относительно вопроса о „праве осуществлять регулирование“ в контексте этой ремарки.

¹⁸ OECD Draft Convention on Foreign Property, 12.10.1967 pp. 23-25.

¹⁹ Рассматриваемые меры должны быть приняты: (i) в интересах общества, (ii) в порядке, установленном законом; (iii) не быть дискриминационными; и более того, iv) должна быть выплачена справедливая и соразмерная компенсация.

тить *любые* меры, принимаемые *с намерением* неправомерного лишения затронутого лица сущности его прав и *имеющие результатом* такую потерю прав (например, запрещение этому лицу продавать его имущество или принуждение сделать это за часть рыночной цены) (*выделено в оригинале*)

4 (b) „...Так, в частности, целью ст. 3 является охватить ползучую национализацию“, недавно проведенную определенными государствами. В этом случае меры, являющиеся в другом случае правомерными, применяются следующим образом:

„...так, чтобы однозначно лишить иностранца правом пользоваться его собственностью без какого-либо специального акта, который можно было бы идентифицировать как прямое лишение собственности. В качестве примера можно привести более высокое или несправедливое налогообложение, запрещение распределять дивиденды, совмещенное с обязательными займами, назначение управляющих, запрещение увольнять сотрудников, отказ в доступе к сырьевым ресурсам или к существенным экспортным или импортным лицензиям.“

Комментарий к Третьему Рестейтменту международных отношений США²⁰ был составлен для помощи в определении, в частности, того, как разграничить косвенную экспроприацию и правомерное государственное регулирование:

„Государство ответственно за экспроприацию собственности, когда оно подвергает иностранную собственность налогообложению, регулированию или другому действию, которое имеет конфискационный характер или которое препятствует, неоправданно вмешивается в или недолжным образом задерживает эффективное пользование иностранной собственностью или его вывозом с территории государства... *Государство не отвечает за потерю собственности или другие негативные экономические последствия, вытекающие из общего налогообложения bona fide, регулирования, преследования за совершение преступления или другие подобные действия, в отношении которых общепризнано, что они находятся в ведении полицейской власти государства, если они не являются дискриминационными...*“ (Курсив К. Я.-С.)

Текст *Многостороннего инвестиционного соглашения* (МИА), обсуждавшийся на переговорах, был почти идентичен положениям НАФТА. Однако комментарий к МИА отмечает, что путем распро-

²⁰ Restatement of the Law Third, the Foreign Relations Law of the United States, American Law Institute, Volume 1, 1987, Section 712, Comment g.

странения защиты на „меры, имеющие результат, эквивалентный экспроприации“, было намерение распространить этот текст и на „ползучую экспроприацию“. Лица, участвующие в переговорах по МИА, вынесли на обсуждение различие между косвенной экспроприацией и общими мерами регулирования в Отчете Председателя группы по переговорам (Отчет Председателя),²¹ который был вынесен на обсуждение в более поздней стадии переговоров. В ст. 3 Приложения 3 к нему („Право на регулирование“)²² и примечании относительно толкования ст. 5 („Экспроприация и компенсация“) сказано:

Статья 3 „Право на регулирование“

„Договаривающаяся Сторона может принять, сохранить или применить любые меры, которые она сочтет подходящими для того, чтобы обеспечить осуществление инвестиционной деятельности таким образом, чтобы она учитывала вопросы здоровья, безопасности или окружающей среды, при условии, что такие меры соответствуют настоящему соглашению.“

Примечание относительно толкования ст. 5 „Экспроприация и компенсация“:

„Эта статья направлена на то, чтобы инкорпорировать в МИА существующие международные нормы. Ссылка... на экспроприацию или национализацию и „меры, соответствующие экспроприации или национализации“, отражает тот факт, что международное право требует компенсации за изъятие экспроприационного характера, невзирая на то, как это действие было названо, даже если титул на собственность не был изъят. Она не устанавливает нового требования, что Стороны платят компенсацию за убытки, которые могут быть причинены инвестору или инвестициям посредством меры государственного регулирования, повышения налогов и других нормальных действий в публичных интересах, предпринимаемых правительствами.“

Декларация, принятая Советом министров ОЭСР 28.4.1998 г.,²³ гласит, что „МИА устанавливает взаимовыгодные международные правила, которые не запрещают нормальное недискриминационное исполнение регулятивных полномочий государствами, и такое

²¹ The Multilateral Agreement on Investment (Report by the Chairman of the Negotiating Group) DAFFE/MAI(98)17, 4.5.1998, см.: <http://www1.oecd.org/daf/mai/pdf/ng/ng9817e.pdf>.

²² Id. pp. 13-15.

²³ See OECD document C/MIN(98)16/FINAL.

осуществление права государственного регулирования не будет считаться экспроприацией.²⁴

III. Критерии определения, имела ли место косвенная экспроприация

Как было сказано выше, только несколько юридических текстов попытались поставить прямо вопрос о том, как разграничить правомерные, не требующие компенсации акты государственного регулирования, влияющие на экономическую стоимость иностранных инвестиций, и косвенную экспроприацию, требующую компенсации. Ученые признали существование различия, но не пролили много света на критерии разграничения. Это может быть отражением нежелания попытаться определить простые, четкие правила по вопросу, к которому существует так много различных и сложных фактических подходов, и предпочтения оставить решение проблемы судам и арбитражам, которые принимают во внимание ситуацию в каждом конкретном случае.²⁵ Двумя наиболее важными источниками таких решений являются Трибунал по рассмотрению претензий между Ираном и США²⁶ и решения, принятые в

²⁴ Относительно дискуссии об экспроприации в результате регулятивных действий в МИА см. *Geiger, Regulatory Expropriations in International Law: Lessons from the Multilateral Agreement on Investment*, N.Y.U. Environmental Law Journal, 2002, Volume 11, Number 1, pp. 94-109 at 104.

²⁵ Christie написал в 1962 г., что „очевидно, что вопрос, какой вид вмешательства, не являющийся прямой экспроприацией, является „изъятием“ по международному праву, представляет ситуацию, в которой метод общего права – оценка обстоятельств дела в каждом конкретном случае – является лучшим методом, фактически единственным методом, юридической оценки.“ *Christie, What Constitutes a Taking of Property under International Law?* // *British Yearbook of International Law*, 1962 pp. 307-338. Somarajah отметил, что трудность заключается „в формулировании теории, которая могла бы быть использована в качестве руководства для решения, полагается ли за изъятие компенсация или нет. Здесь, хотя было сделано несколько попыток по разработке теории, на основе которой можно было бы провести различия, ни одна из них не была успешной.“ См. *op. cit.* Nr. 9. Dolzer признал после обширного исследования судебных прецедентов и практики государств, что „можно только согласиться на этой стадии с тем, что право косвенной экспроприации может быть определено, на настоящий момент, на основе первоисточников международного права, только приблизительно и очень неточно.“ См. *op. cit.* Nr. 7.

²⁶ Трибунал по рассмотрению претензий между Ираном и США был создан в 1981 для того, чтобы решать споры по искам граждан обоих государств, вытекающие из событий Иранской революции. Он был

соответствии со ст. 1 Протокола 1 к Европейской конвенции по правам человека. В последнее время появилось еще одна группа решений по разрешению споров – из споров, основанных на НАФТА и двусторонних инвестиционных соглашениях. В то же время было разработано новое поколение инвестиционных соглашений, включая главы об инвестициях в соглашениях о свободной торговле, которые содержат критерии для определения разницы между косвенной экспроприацией и мерами государственного регулирования, за которые компенсация не полагается.

1. Практика по разрешению споров

Хотя существуют определенные „несоответствия“²⁷ в способе, которым арбитражи разграничивают правомерные, не подлежащие компенсации акты государственного регулирования, имеющие влияние на экономическую стоимость иностранных инвестиций, и косвенной экспроприацией, требующей компенсации, подробное исследование показывает, что в широком смысле они выработали следующие критерии, которые очень похожи на те, что были закреплены в соглашениях, принятых в последнее время: а) степень вмешательства в право собственности, б) характер государственной меры, т. е. цель и обстоятельства принятия государственной меры и с) коллизия меры регулирования с разумными ожиданиями, связанными с инвестициями.

а) Степень вмешательства в право собственности

аа) Серьезное влияние с экономической точки зрения

Большинство международных решений рассматривают серьезность влияния, причиненного актом государственного регулирования, с экономической точки зрения, как важный элемент в определении, достигает ли оно уровня экспроприации, требующей компенсации.

создан в соответствии с Алжирскими декларациями (Algiers Declarations), которые разрешили кризис, связанный с взятием заложников, между Ираном и США.

²⁷ Существует точка зрения, что „непоследовательная“ практика по разрешению споров может просто являться отражением разных подходов разных договоров. Согласно этой точке зрения, например, можно было бы ожидать, что практика Европейского Суда по правам человека по вопросу, что означает „косвенная экспроприация,“ будет отличаться от практики арбитражей НАФТА, если принять во внимание различные формулировки, цели и историю договоров, на которые они должны опираться (Европейская конвенция по правам человека, с одной стороны, и НАФТА, с другой стороны).

Международные суды и арбитражи часто отказывались присуждать компенсацию, когда действия правительства не снижали существенно или не сводили полностью к нулю экономическую стоимость собственности. Имеет широкую поддержку позиция, в соответствии с которой вмешательство должно быть существенным, чтобы считаться экспроприацией, т. е. это имеет место, когда оно лишает иностранного инвестора основных прав собственности, или когда оно коллидирует с инвестициями в течение значительного периода времени. Несколько международных судебных органов и арбитражей признали, что мера государственного регулирования может считаться экспроприацией, когда она существенно уменьшает экономические права инвестора, т. е. владения, пользования, распоряжения или управления бизнесом, путем превращения их в бесполезные. Без такого существенного уменьшения простые ограничения в отношении права собственности не признаются изъятиями. Европейский Суд по правам человека (ЕСПЧ)²⁸ признал экспроприацией случай, когда инвестор был определенно и полностью лишен своей собственности. Если права инвестора не исчезли полностью, а были лишь существенно уменьшены, и ситуация не является „необратимой“, то „лишения“ в смысле статьи 1 Протокола 1 Европейской конвенции по правам человека не будет.²⁹

Первым делом *Трибунала по рассмотрению претензий между Ираном и США*^{30,31} было *Starrett Housing*,³² которое было связано с

²⁸ Европейский Суд по правам человека – это суд, созданный Советом Европы по Конвенции о защите прав человека и основных свобод, для рассмотрения дел, инициированных индивидуальными заявителями или государствами-участниками Конвенции, относительно нарушения прав человека государствами, подписавшими Конвенцию. Он не делает различий между иностранными и национальными собственниками, но его разграничения с точки зрения прав человека между изъятиями, за которые полагается или не полагается компенсация, имеют отношение к делу.

²⁹ См. дела: *Handyside v. United Kingdom*, 24 Eur. Ct. H.R. (ser.A) at 29 (1976); *Poiss v. Austria*, 117 Eur. Ct.H.R. (ser. A) 84, 108 (1987); *Matos e Silva, Lda v. Portugal* App. Nr. 15777/89, 24 Eur. Ct. H.R. rep. 573, 600-01 (1996). Дискуссию см. в *Ruiz Fabri*, *The Approach Taken by the European Court of Human Rights to the Assessment of Compensation for 'Regulatory Expropriations of the Property of Foreign Investors*, N.Y.U. Environmental Law Journal, Volume 11, Nr. 1, 2002 pp. 148-173.

³⁰ Sornarajah делает предположение, что „хотя решения Трибунала по рассмотрению претензий между Ираном и США были в последнее время плодотворным источником для определения косвенных изъятий, они имели дело с изъятиями, которые произошли в контексте революции, и предложения, которые сформулировал Трибунал, могут не относиться к

назначением иранских менеджеров для американского проекта по строительству. Трибунал пришел к заключению, что экспроприация имела место:

„Международным правом признано, что меры, принимаемые государством, могут коллидировать с правом собственности до такой степени, что эти права делаются настолько бесполезными, что можно считать, что они были экспроприированы, даже если государство не имеет целью их экспроприировать и юридический титул на собственность формально остается у изначального собственника“.

В деле *Sea-Land*³³ одним из вопросов была утверждаемая экспроприация банковского счета. Трибунал не нашел ни одного существенного лишения или вмешательства в права истца относительно его счета и отклонил иск, пояснив, что „счет остается существующим и находится в распоряжении Sea-Land.“

В деле *Tippetts*³⁴ Трибунал признал наличие косвенной экспроприации из-за действий менеджера, назначенного государством, скорее, чем из-за самого факта его назначения как такового,³⁵ и приравнял лишение прав собственности к изъятию собственности.³⁶ Трибунал постановил:

делу вне контекста событий, которые случились в Иране после свержения Шаха Ирана“. См. *op. cit.* Nr. 9 at 282. Например, эти действия и контекст, в котором они были совершены, являются во многих отношениях отличными от мер по регулированию в области охраны окружающей среды или землепользования, которые были предметом рассмотрения дел в НАФТА.

³¹ Детально по этим делам см. *Seddigh и Aldrich*, What Constitutes a Compensable Taking of Property? The Decisions of the Iran-United States Claim Tribunal, *The American Journal of International Law*, Vol. 88 pp. 585-609.

³² *Starret Housing Corp. v. Iran*, 4 Iran-United States Cl. Trib. Rep. 122, 154 (1983).

³³ *Sea-Land Service Inc. v. Iran*, 6 Cl. Trib. Rep.149 (1984). См. *Seddigh и Aldrich*, p. 656, *op. cit.* Nr. 31.

³⁴ *Tippetts v. TAMS-AFFA Consulting Engineers of Iran*, 6 Cl. Trib. 219 (1984).

³⁵ Хотя *Tippetts* смог работать с назначенным иранским управляющим несколько месяцев и восстановил свои права как партнера, его персонал покинул Иран вследствие захвата американского посольства, и новый управляющий разорвал связь с *Tippetts*, отказавшись отвечать на письма и телексы.

³⁶ В данном деле Трибунал указал, что он „предпочитает термин „лишение собственности“ („deprivation“) термину „захват“ („taking“), хотя они в большой степени и являются синонимами, т.к. можно подумать, что

„Хотя овладение государством контролем над собственностью не оправдывает автоматически и сразу же вывод, что собственность была изъята государством, и поэтому требуется компенсация в соответствии с международным правом, такое решение гарантировано, если события демонстрируют, что собственник был лишен основных прав владения и выясняется, что лишение не было просто эфемерным...“

В рамках НАФТА, в деле *Pope & Talbot v. Canada*,³⁷ арбитраж пришел к выводу, что хотя введение экспортных квот привело к уменьшению прибыли компании Pope & Talbot, не было полного воспрепятствования для продажи за границу, и инвестор все же мог получить прибыль. Арбитраж решил: „...простое вмешательство не является экспроприацией; скорее требуется значительная степень лишения основных прав собственности.“³⁸

В деле *S.D. Myers v. Canada*,³⁹ компания США, которая управляла установкой по переработке отходов в США, утверждала, что Канада нарушила Главу 11 НАФТА посредством запрета экспорта отходов в США. Арбитраж НАФТА также провел различия между мерами государственного регулирования и экспроприацией, прежде всего, на основе степени вмешательства в права собственности: „в случаях экспроприации имеется тенденция в сторону лишения прав собственности; в случаях государственного регулирования имеет место меньшая степень вмешательства.“⁴⁰

В деле *Marvin Roy Feldman Karpa (CEMSA) v. United Mexican States*,⁴¹ CEMSA, заявлялось, что зарегистрированная иностранная торговая компания и экспортер сигарет из Мексики, была лишена преимуществ, предусмотренных законом, в соответствии с которым разрешался определенный возврат налогов экспортерам, и заяв-

последний подразумевает, что правительство приобрело что-то ценное, что не требуется.“

³⁷ *Pope & Talbot Inc. v. Canada*, см. op. cit. Nr. 6.

³⁸ В дополнение, арбитраж указал, что: „Меры по регулированию можно и в самом деле охарактеризовать таким образом, что они означали бы ползучую экспроприацию... В самом деле, путем мер регулирования можно осуществить много случаев ползучей экспроприации, и непоясненное исключение для мер регулирования могло бы создать пробел-лазейку в международной защите от экспроприации.“ см. Award para. 99.

³⁹ *S.D. Myers Inc. v. Government of Canada*, см. op. cit. Nr. 6.

⁴⁰ *Gami v. The Government of the United Mexican States*, Award, 15.11.2004.

⁴¹ В этом деле Marvin Feldman, гражданин США, подал иски от имени CEMSA. ICSID Case Nr. ARB(AF)/99/1, Award of 16.12.2002, pp. 39-67 at 59.

лялось, что имела место экспроприация по ст. 1110 НАФТА. Арбитраж НАФТА пришел к выводу, что экспроприация не имела места, так как „действия по регулированию не лишили истца контроля над его компанией, не было прямого вмешательства в международные операции компании, или не произошло замены истца как контролирующего акционера. Истец может свободно продолжать бизнес в других продолжающихся областях деятельности... Конечно, ему серьезно помешали экспортировать сигареты. ... Однако это не приравнивается к лишению истца контроля над его компанией.“

В деле *GAMI v. The United Mexican States*⁴² спор касался влияния экспроприации Мексикой нескольких сахарных мельниц на GAMI, миноритарного акционера этих мельниц. GAMI предъявила иск, ссылаясь на то, что „действия Мексики уменьшили ценность его акций до такой степени, что это должно рассматриваться как экспроприация“.⁴³ Арбитраж НАФТА решил, что:

„Со знанием тенденции уменьшения можно рассмотреть вопрос, следует ли провести линию, за которой потери так велики, что приравниваются к изъятию. Но GAMI построило свой иск на утверждении, что неправомерные действия, совершенные в его отношении, в самом деле, разрушили всю ценность инвестиций. GAMI пытается придать правдоподобность своей позиции посредством соглашения отказаться от своих акций в GAMI в качестве условия для получения решения, которое оно хочет получить. Оно утверждает, что какая-либо остаточная стоимость не имеет значения. Эта позиция является несостоятельной. Арбитраж не может быть индифферентным по отношению к настоящему воздействию на настоящую стоимость инвестиций акта, про который утверждается, что он был неправомерным. GAMI не доказало, что его инвестиции были экспроприированы, для целей статьи 1110.“⁴⁴

Европейский Суд по правам человека в наиболее цитируемом деле по статье 1 Протокола 1 к Европейской конвенции по правам человека (см. выше), *Sporrong and Lönnroth v. Sweden*⁴⁵ (1982), не уста-

⁴² *Gami v. The Government of the United Mexican States*, Award, 15.11.2004.

⁴³ *Idem*. Para. 35.

⁴⁴ *Idem*. Para. 133.

⁴⁵ В этом деле долгосрочные разрешения на экспроприацию (23 и 8 лет) были выданы городом Стокгольмом в отношении собственности истца. Они сами не экспроприировали собственность, но наделили полномочиями местные власти сделать это, если они так решат в будущем. *Sporrong* и *Lönnroth* заявили, что для них являлось невозможным продать собственность, и что это равнялось вмешательству в их право беспрепятственного пользования имуществом. Шведское правитель-

новил, что имело место косвенная экспроприация в качестве результата мер государственного регулирования в отношении пользования землей, что затронуло собственность истца, т. к.:

„... хотя право [беспрепятственно пользоваться своим имуществом] потеряло часть своего содержания, оно не исчезло ... Суд отмечает в этом отношении, что [истцы] могли бы продолжать использовать свои владения и что, хотя продать собственность стало сложнее [в результате осуществления мер регулирования], возможность продажи существовала.“

Другое относящееся к делу решение было вынесено по делу *Revere Copper Corp.*⁴⁶ (1980). Дело возникло из концессионного договора, – который должен был длиться двадцать пять лет, – заключенного дочерней компанией компании Revere Copper с правительством Ямайки. Правительство, несмотря на стабилизационную оговорку в договоре, гарантирующую, что налоги и другие финансовые обязанности будут оставаться на согласованном уровне в течение концессии, повысило роялти. Компания нашла затруднительным продолжение операций, прекратила операции и предъявила иск о компенсации в соответствии со страховым контрактом. Арбитраж,⁴⁷ посчитав, что к контракту применяется международное право, решил, что государство осуществило изъятие и отметил:⁴⁸

„На наш взгляд, действия правительства Ямайки в отношении отказа от долгосрочных обязательств, данных им RJA [дочерней компании RC], имели существенно такое же влияние на эффективный контроль над использованием и операциями, как если бы собственность была уступлена в результате нарушения концессионного договора ...“

Хотя страховое агентство (OPIC) утверждало, что RJA все же сохранило все права и собственность и что оно могло функционировать, как раньше, арбитраж ответил, что „это может быть действительно так ... но ... мы не рассматриваем „контроль“ RJA над использованием и управлением его собственностью как продолжающий быть

ство, напротив, подчеркнуло общественные цели системы разрешений и намерения города Стокгольма сделать улучшения для общего блага. См. *Higgins*, op. cit. Nr. 12 at 276-77.

⁴⁶ *Revere Copper & Brass Inc. v. Overseas Private Investment Corporation*, 56 International Legal Materials 258.

⁴⁷ Арбитраж был создан по правилам Американской арбитражной ассоциации.

⁴⁸ Дискуссию см. в *Higgins*, pp. 331-37, op. cit. Nr. 12, *Sornarajah*, p. 301, op. cit. Nr. 9 at 301 and *Dolzer* op. cit. Nr. 7 at 51-52.

„эффективным“ ввиду нарушения действиями правительства его договорных прав.“

В нескольких решениях арбитражных судов по спорам из двусторонних инвестиционных договоров (ДИД), в особенности в последнее время, сохранился критерий серьезности влияния для квалификации акта государства как экспроприации.

В деле *SME v. the Czech Republic*⁴⁹ СМЕ, истец, приобрел совместную компанию в сфере средств массовой информации в Чешской Республике и утверждал, в частности, что произошло нарушение обязательства [принимающей страны] не лишать инвестора его инвестиций⁵⁰ вследствие действий национального Совета по средствам массовой информации. Арбитраж, цитируя, в частности, дела *Tippets* и *Metalclad*, пришел к выводу, что экспроприация имела место, т.к. „действия и бездействие Совета по средствам массовой информации ... причинили разрушение операций [совместной компании], оставляя эту [совместную компанию] как компанию с имуществом, но без бизнеса“.⁵¹ Он также решил, что хотя „меры по регулированию присущи всем типам правовых и экономических систем для того, чтобы избежать использования частной собственности против общего благосостояния принимающего государства“,⁵² административные меры, принятые принимающим государством, не подпадают под эту категорию. Поэтому он пришел к заключению, что,

„Экспроприация инвестиций [компании] является следствием действий и бездействия [принимающей страны], т.к. не существует непосредственной перспективы восстановления [совместной компании] на позиции обладания правом эксклюзивного использования лицензии ...“⁵³

В деле *Generation Ukraine v. Ukraine*⁵⁴ серия действий и бездействия Киевской городской администрации, кульминационным моментом

⁴⁹ *SME (Netherlands) v. Czech Republic* (Partial Award) (13.9.2001), см.: www.mfcr.cz/scripts/hpe/default.asp.

⁵⁰ Ст. 5 двустороннего инвестиционного соглашения между Нидерландами и Чешской Республикой 1991 г.

⁵¹ См. СМЕ para. 591, p. 166.

⁵² Idem. Para. 603, p. 170.

⁵³ Id. Para. 607, p. 171.

⁵⁴ Истец, американская корпорация, требовала возмещения ущерба в размере более 9.4 млрд долларов США за вред, причиненный инвестициям в собственность коммерческого назначения в Киеве (Украина), а именно „Parkview Office Building Project.“ Истец заявил, что украинское правительство поддержало в конце 1992 г. его идею

которых было непредоставление договоров аренды для строительных проектов офисного здания, не были признаны ползучей экспроприацией, т. к., в соответствии с решением арбитража:

„...действия Киевской городской администрации ...не приближаются к созданию постоянного или неисправимого препятствия для использования, владения или распоряжения истцом его инвестициями.“⁵⁵

Арбитраж далее пояснил:

„Аргумент о ползучей экспроприации должен проходить на основе того, что инвестиции существовали в определенный момент времени, и что последующие действия, которые можно приписать государству, уменьшили право инвестора в отношении его инвестиций до такой степени, которая нарушает соответствующие международные стандарты защиты от экспроприации. Концептуально является возможным рассмотреть случай ползучей экспроприации, когда интересы инвестора в его инвестициях развиваются параллельно с совершением обжалуемых действий. Но такой аргумент, для того, чтобы быть успешным, потребовал бы высокого уровня аналитической строгости четкости, которые отсутствуют в документах, предоставленных этому арбитражу.“⁵⁶

В деле *Occidental Exploration and Production Company v. the Republic of Ecuador*,⁵⁷ Occidental заявлял, что отказ властей Эквадора вернуть НДС компании Occidental, на который он имел право по праву Эквадора, являлся экспроприацией. Арбитраж сослался на дела *Metalclad*⁵⁸ and *CME*⁵⁹ и решил, что „Эквадор не принял меры, которые могли бы рассматриваться как прямая или косвенная экспроприация,“ т. к.:

произвести инвестиции на территории Украины; что он создал местную инвестиционную компанию и что после получения одобрения проекта он находился в заблокированном положении из-за вмешательства местной администрации в течение последующих шести лет. Такое вмешательство включало в себя, в частности, предполагаемое итоговое экспроприационное действие или меру: „непредоставление Киевской городской администрацией проверенных договоров аренды с действительными чертежами участка“. *Generation Ukraine Inc. v. Ukraine*, Award, paras. 20.1, 20.21, 16.9.2003.

⁵⁵ Idem. Para 20.32.

⁵⁶ Idem. Para. 20.26.

⁵⁷ *Occidental Exploration and Production Co. v. Ecuador*, Award, 1.7.2004, at 80-92.

⁵⁸ *Metalclad Corporation v. United Mexican States* (Tribunal Decision 30.8.2000).

⁵⁹ См. op. cit. Nr. 54.

„На практике здесь не было лишения пользования ... инвестициями ... Критерий ‘существенного лишения’ по международному праву, определенный в *Pope & Talbot*, не присутствует в данном деле“.⁶⁰

В деле *CMS Gas Transmission v Argentina*⁶¹ заявление о косвенной экспроприации касалось приостановления Аргентиной действия формулы корректировки тарифа на транспортировку газа, применяемого к предприятию, в котором истец имел инвестиции. Арбитраж описал свою задачу следующим образом:

„...необходимо установить, было ли пользование собственностью парализовано. Стандарт, который ряд арбитражей применил в недавних делах, где утверждалось, что имела место косвенная экспроприация, – это существенное лишение.“

Хотя арбитраж признал, что оспариваемые меры оказали большое влияние на бизнес истца, он не установил, что было существенное лишение, и поэтому не произошло нарушения статьи об экспроприации в двустороннем договоре (ДИД) США с Аргентиной. Арбитраж отметил, что „инвестор контролирует свои инвестиции; правительство не осуществляет ежедневные операции компании; инвестиции находятся в полном владении и под контролем инвестора.“⁶²

В деле *Eureko v Poland*,⁶³ арбитраж столкнулся с вопросом, имела ли место экспроприация, когда государство нарушило договорное право истца приобретать акции в государственной страховой компании.⁶⁴ Арбитраж сначала определил, исходя из фактов, что истец приобрел права по условиям договора, и что эти права считались „имуществом“, как определено в ДИД, заключенном между Нидерландами и Польшей. Арбитраж затем определил, что действия государства лишил истца возможности воспользоваться этими правами до истечения договорных сроков и таким образом лишил истца этого „имущества“. Арбитраж постановил, что „существует амплитуда полномочий для решения, что когда государство лишает инвестора преимуществ, вытекающих из его договорных прав, прямо или

⁶⁰ См. *op. cit.* Nr. 62, para. 89.

⁶¹ *CMS Gas Transmission Company v. Argentine Republic*, Award, 12.5.2005, at para. 262.

⁶² *Idem.* Para 263.

⁶³ *Eureko v Poland*, Partial Award 19.8.2005 (*ad hoc* arbitration under UNCITRAL Rules).

⁶⁴ Истец изначально приобрел 30 % акций, а по договору о приобретении акций он должен был приобрести дальнейшие 21 % до истечения определенного периода времени, так чтобы стать мажоритарным акционером.

косвенно, это может быть приравнено к лишению собственности ... Лишение договорных прав может иметь характер экспроприации по существу и по своим последствиям.⁶⁵

В первом деле по *Договору к Энергетической Хартии, Nykomb Synergetics Technology Holding AB, Stockholm v. The Republic of Latvia*⁶⁶ истец утверждал, что невыплата двойных тарифов являлась косвенной экспроприацией, т. к. утверждалось, что это привело к существенной потере дохода от продаж, что делало предприятие экономически невыгодным, а инвестиции – ничего не стоящими. Арбитраж решил, что:

„...„изъятия, осуществляемые в процессе государственного регулирования“, могут при определенных обстоятельствах являться экспроприацией или быть эквивалентными экспроприации. Решающим фактором для проведения разграничительной линии относительно экспроприации должна быть, в первую очередь, степень изъятия собственности или контроля над предприятием, которая предусматривается оспариваемой мерой. В настоящем деле нет изъятия владения [Windau] или его имущества, нет нарушения прав акционера или контроля над управлением предприятием, отличающихся от обычных положений в области государственного регулирования, заложенных в положениях о лицензировании продукции, в договорах об отчислениях и т. п.“

Во втором деле по ДЭХ, *Petrobart Ltd v. the Kyrgyz Republic*,⁶⁷ арбитраж пришел к выводу, что Petrobart подвергся экспроприации при обстоятельствах, которые не соответствовали ДЭХ.⁶⁸ Ряд мер,

⁶⁵ Award, para. 241. Несовпадающее мнение арбитра Rajski было сконцентрировано на выводе, что, относительно добавочной покупки акций контракт не содержал обязательств по польскому договорному праву. Он пришел в целом к выводу, что „инвестиции“ по Соглашению не имели места.

⁶⁶ *Nykomb Synergetics Technology Holding AB, Stockholm v. The Republic of Latvia*, Award 16.12.2003. at 4.3.1.

⁶⁷ Арбитражное дело Nr. 126/2003 Арбитражного института Торговой палаты г. Стокгольма, решение 29.3.2005. Киргизская республика оспаривает арбитражное решение относительно 1.1 миллиона долларов США на основании того, что Соединенное Королевство, (страна инвестора, Petrobart) было только временным членом Договора к Энергетической Хартии 1994 г. Оспаривание было осуществлено в шведских судах.

⁶⁸ Истец, Petrobart Limited („Petrobart“), – компания, зарегистрированная в Гибралтаре. В феврале 1998 г. она заключила договор поставки и передачи газового конденсата с государственной акционерной компанией в

принятых киргизским правительством, таких, как „намеренное вмешательство в действия судебной власти, требующих приостановления исполнения исполнительного решения ... перемещение Киргизской Республикой имущества KGM в течение периода приостановления исполнения и решение довести KGM до банкротства, – все это составляет действия, которые способствовали тому, чтобы оставшаяся часть инвестиций компании Petrobart, т. е. контракта, стала абсолютно ничего не стоящей.“⁶⁹

bb) Продолжительность действия меры государственного регулирования

Продолжительность действия меры государственного регулирования может быть другим критерием того, достаточно ли серьезно мера государственного регулирования затронула собственность, чтобы считаться изъятием.^{70,71}

Трибунал по рассмотрению претензий между Ираном и США признал, что это является спорным вопросом, но для него не составило труда прийти к выводу, что назначение „временных“ управ-

Киргизской Республике, называющейся *Kyrgyzgazmunaizat* („KGM“). В феврале и марте 1998 г. Petrobart поставил в целом около 17,205 тонн газа компании KGM, на что он выставил пять счетов, однако KGM оплатила только два. Как следствие, Petrobart прекратил следующие поставки оставшегося количества газа и инициировал процесс против KGM для того, чтобы получить платежи по оставшимся счетам. В декабре 1998 было вынесено решение в пользу Petrobart Бишкекским городским арбитражным судом (государственным судом). Однако в феврале 1999 г. Бишкекский суд удовлетворил ходатайство KGM об отложении исполнения решения на три месяца. Судебное решение, вынесенное в феврале 1999 г., также содержало ссылку на письмо, посланное заместителем Премьер-министра Киргизской Республики, в котором содержался запрос о приостановлении исполнения решения. В январе 1999 г. Правительство Киргизской Республики исполнило указ Президента 282 о реорганизации. В апреле 1999 г. Бишкекский суд признал KGM банкротом. Petrobart заявил, среди прочего, что Киргизская Республика, посредством вмешательства в судебную процедуру и указом исполнительной власти, предусматривающим реорганизацию KGM, не обеспечила ему стабильные, справедливые, благоприятные и прозрачные условия в нарушение нескольких статей Соглашения и посредством этих действий экспроприировала его имущество.

⁶⁹ Award, p. 29.

⁷⁰ *Wagner*, International Investment, Expropriation and Environmental Protection, *Golden Gate University Law Review* (1999), Vol. 29, Nr. 3; pp. 465-538.

⁷¹ Проф. Кристи в своей статье 1962 г. Обсуждал вопрос, когда „временный захват“ достигает экспроприации *op. cit.* Nr. 25.

ляющих может приравниваться к изъятию собственности, если последующее лишение права собственности является не „просто эфемерным“ (в делах *Tippetts, Phelps Dodge u Saghi*).

Широко цитируемый пример, когда временной фактор играл важную роль, – это дело *Hauer v. Land Rheinland-Pfalz*.⁷² Факты относятся к немецкому производителю винограда, который должен был подать заявление на государственное разрешение для посадки новых растений винограда. Пока заявление рассматривалось, Европейская Комиссия издала документ, запрещающий сажать растения этого сорта в течение трех лет. Истец инициировал дело в Суде Европейских Сообществ, который постановил, что не было нарушения прав собственности истца (Hauer), подчеркнув, в частности, что документ ЕЕС был действительным только в течение переходного периода продолжительностью три года.

В деле *S.D. Myers v. Canada*⁷³ арбитраж НАФТА согласился с тем, что „в некоторых случаях и обстоятельствах подобало бы рассматривать лишение как действие, приравняемое к экспроприации, даже если оно было частичным и временным.“ Однако он пришел к выводу, что действия Канады „были действительны только в течение определенного периода времени.“ В этих обстоятельствах „возможность была задержана,“ но наличие косвенной экспроприации установить было нельзя.

сс) Экономическое влияние как исключительный критерий

Нет серьезных сомнений в том, что серьезность влияния на юридический статус и практическое влияние на способность собственника пользоваться его имуществом является одним из главных факторов при определении, является ли мера государственного регулирования косвенной экспроприацией. Что является более противоречивым, это „вопрос, будет ли фокусирование на последствиях единственным и исключительным критерием, – „доктрина только последствий,“ или могут ли цель и обстоятельства применения правительственной меры также войти в анализ изъятий.“⁷⁴ На результат, в любом случае, могут повлиять конкретные формулировки, закрепленные в международных договорах. С точки зрения доктрины и анализа практики по разрешению споров, однако, кажется, что превалирует сбалансированный подход.

Лишь несколько дел фокусировались на последствиях для собственника как на главном факторе, служащем для отличия акта

⁷² См. *Higgins*, op. cit. Nr. 12, *Dolzer*, op. cit. Nr. 7, *Ruiz Fabri*, op. cit. Nr. 29.

⁷³ См. op. cit. Nr. 6.

⁷⁴ *Dolzer*, см. op. cit. Nr. 2. at 79.

государственного регулирования от изъятия. В деле *Tippetts* Трибунал по рассмотрению претензий между Ираном и США решил, что:

„намерение правительства является менее важным, чем последствия мер для собственника, и форма, в которой были предприняты меры контроля или вмешательства, является менее важной, чем реальные последствия их воздействия.“

В деле *Phelps Dodge*,⁷⁵ передача управления была сделана в соответствии с дореволюционным правом, созданным для предотвращения закрытия заводов, обеспечения платежей, которые должны были быть выплачены рабочим, и защиты любых долгов правительству, которые в данном случае включали в себя займы, сделанные банком, который был национализирован в 1979 г. Цитируя *Tippetts*, Трибунал по рассмотрению претензий между Ираном и США постановил, что:

„Трибунал полностью понимает причины, по которым ответчик чувствовал себя вынужденным защищать свои интересы посредством передачи управления, и Трибунал понимает финансовые, экономические и социальные причины, в связи с которыми был принят закон, по которому он действовал, но эти причины не могут освободить ответчика от его обязанности компенсировать *Phelps Dodge* их убытки.“

В деле *Metalclad*,⁷⁶ рассмотренном в рамках НАФТА, *Metalclad* утверждал, что попытке его дочерней компании *COTERIN* управлять складом для вредных отходов, который она построила в муниципалитете *Guadalcázar*, воспрепятствовали меры, принятые Мексикой. *Metalclad* инициировал процесс в рамках НАФТА, заявляя, что экологический указ, изданный после того, как была заявлена претензия, нарушил ст. 1110, требующую компенсацию за экспроприацию. Арбитраж установил, что имело место нарушение ст. 1110 НАФТА, и указал, что для того, чтобы решить, имела ли место косвенная экспроприация, ему не нужно было решать или рассматривать ни мотивацию, ни цель принятия этого Экологического указа. Арбитраж указал:

„экспроприация по НАФТА включает не только открытое, намеренное и признанное изъятие собственности, как прямой захват или формальная или обязательная передача титула принимающему государству, но и скрытое или случайное вмешательство в использование собственности, которое имеет последствия в виде лишения собственника, полностью или в значительной части,

⁷⁵ *Dodge*, 10 Iran-United States Cl. Trib. Rep. at 130.

⁷⁶ См. op. cit. Nr. 58.

использования разумно ожидаемой экономической выгоды от имущества, даже если это не происходит очевидным образом в пользу принимающего государства.“

В деле *Compañía del Desarrollo de Santa Elena v. Costa Rica*,⁷⁷ хотя и была ссылка на прямую экспроприацию, а не на косвенное изъятие, привлекло особенное внимание, то, что арбитраж четко указал, что цель защиты окружающей среды не имела значения для вопроса о компенсации. В этом деле истец (компания Santa Elena) был создан преимущественно для цели приобретения территории Santa Elena – 30-километровой территории в Коста-Рике – с целью создания там туристического курорта. В 1978 г., Коста-Рика приняла декрет об экспроприации Санта-Елены с целью объявить ее заповедной зоной. Двадцать лет процессов между сторонами привели в итоге к решению арбитража ИКСИД. Хотя это дело касается прямой экспроприации, в котором вопросом было определение дня изъятия для цели определения компенсации, арбитраж, цитируя дело *Tippetts case*, указал, что экспроприация, подлежащая компенсации, может произойти посредством принятия государством мер, которые лишают собственника „доступа к выгоде и экономическому использованию собственности“ или „делает эти права [собственности] практически бесполезными.“ Арбитраж решил, что:

„Хотя экспроприация или изъятие по причинам защиты окружающей среды могут быть классифицированы как изъятие в публичных интересах и, таким образом, быть правомерными, факт того, что собственность была изъята по этой причине, не влияет ни на природу, ни на меру компенсации, которая должна быть выплачена за изъятие. То есть цель защиты окружающей среды, ради которой была изъята собственность, не меняет юридическую природу изъятия, за которое должна быть выплачена адекватная компенсация.⁷⁸ Международный источник обязательства защищать окружающую среду не изменяет это.“ Он также добавил, что:

„Меры по экспроприации с целью защиты окружающей среды – неважно, насколько полезные для общества, – являются в этом отношении похожими на любые другие меры по экспроприации, которые государство может принять для того, чтобы провести

⁷⁷ *Compañía del Desarrollo de Santa Elena S.A. v. Republic of Costa Rica*, ICSID Case Nr. ARB/96/1. (17.2.2000).

⁷⁸ По этой причине арбитры не анализировали подробные доказательства, представленные в отношении того, что Коста-Рика назвала международными обязательствами по сохранению уникальной экологической территории Санта-Елена.

свою политику: когда собственность подвергается экспроприации, даже в экологических целях, внутригосударственных или международных, обязательство государства выплачивать компенсацию остается.“

b) *Характер государственной меры, т. е. цель и обстоятельства принятия государственной меры*

Очень важным фактором при решении, попадают ли правительственные меры в сферу экспроприации или нет, является то, ссылается ли эта мера на право государства принимать меры с целью достижения признанной „социальной цели“⁷⁹ или „общего блага“⁸⁰ „Существование общепризнанных аспектов здоровья населения, безопасности, морали или благосостояния обычно приведут к заключению, что „изъятия“ не было.“⁸¹ Как отметил один комментатор, „недискриминационные меры, относящиеся к антимонопольному регулированию, защите прав потребителей, безопасности, планированию развития земель, являются изъятиями, не подлежащими компенсации, т.к. они считаются необходимыми для функционирования государства.“⁸²

В соответствии с судебной практикой *Европейского Суда по правам человека* государство может установить контроль над действиями физического лица путем наложения ограничений, которые могут принять форму контроля в отношении планирования, указов экологического характера, контроля в сфере аренды, импортных и экспортных законов, экономического регулирования профессиональной деятельности, а также ареста имущества в рамках судебного разбирательства или норм наследственного права.⁸³

В контексте ст. 1 Протокола 1 к Европейской конвенции по правам человека Европейский Суд предоставил государствам очень большую свободу усмотрения относительно введения мер в публичных интересах и признал, что именно национальные власти должны делать первоначальную оценку⁸⁴ существования мер, принимаемых

⁷⁹ The Iran-US Claims Tribunal: Its contribution to the Law of State Responsibility, см. op. cit. Nr. 6 at 200.

⁸⁰ См. *Weston*, op. cit. Nr. 3 at 116.

⁸¹ *Christie*, см. op. cit. Nr. 25 at 338.

⁸² *Sornarajah*, op. cit. Nr. 9.

⁸³ См. *Harris et al.*, ссылающийся на практику Европейского Суда по правам человека, в: „*Law of the European convention on Human Rights*“, (1995) at 535.

⁸⁴ Свобода усмотрения государства оправдывается идеей, что национальные власти лучше осведомлены об обществе в этом государстве и его нуждах и поэтому „находятся в лучшей позиции, чем какой-либо международный судебный орган, для оценки, что является интересами

в публичных интересах, которые ведут к „лишению“ собственности. Суд решил, что с оценкой государства должны соглашаться, если она не была сделана явно неразумным способом.

В добавление Суд занял общую позицию относительно „лишения“ и „контроля“ над использованием имущества. В любом случае должна быть разумная и предсказуемая национальная правовая база для изъятия, в соответствии с основополагающим принципом стабильности, прозрачности и верховенства права.⁸⁵ Принимаемые меры должны быть соразмерными, как в отношении лишения, так и в отношении контроля над использованием. Суд проверяет, нарушает ли оспариваемое вмешательство баланс между требованиями общих интересов общества и частных интересов предполагаемых жертв лишения, а также было ли возложено несправедливое бремя на истца. Для того, чтобы сделать эту оценку, Суд проводит анализ фактов, подчеркивая, что факты, которые нужно принять во внимание, меняются от дела к делу. В деле *James*,⁸⁶ например, Суд указал, что:

„Изъятие собственности при проведении политики, выработанной для повышения социальной справедливости в обществе, может быть должным образом описана как проводимая ‘в публичных интересах’. В частности, справедливость системы права, регулирующей договорные права или право собственности частных лиц, является вопросом публичных интересов, и поэтому законодательные меры, направленные на то, чтобы достичь такой справедливости, могут быть ‘в публичных интересах’, даже если они включают в себя обязательную передачу собственности от одного физического лица к другому“.

В деле *Sporrong and Lönnroth v. Sweden*, Суд указал, что ст. 1 содержит „три различных правила“:

„Первое правило, которое имеет общий характер, провозглашает принцип беспрепятственного пользования имуществом; это за-

общества.“ См. *James v. United Kingdom*, 98 Eur. Ct. H.R. (ser. A) 9, 32 (1986).

⁸⁵ См. *Mounfield*, „Regulatory Expropriations in Europe: the Approach of the European Court of Human Rights“, N.Y.U. Environmental Law Journal, Volume 11, Nr. 1, 2002, pp. 136-147.

⁸⁶ Это дело касается реформы, предпринятой Соединенным Королевством в отношении права физических лиц, которые владели собственностью на праве долгосрочной аренды, приобретать право *freehold* на их собственность, находящуюся у них на праве *leasehold*. Эта реформа, в соответствии с *James*, истцом, „лишила“ владельцев собственности, владеющих ею на праве *freehold*, их собственности, т. к. они не могли ни отказаться ее продать, ни установить на нее цену. См. *op. cit.* Nr. 84.

креплено в первом предложении первого параграфа. Второе правило касается лишения имущества и устанавливает в этом отношении определенные условия; это закреплено во втором предложении в том же параграфе. Третье правило признает, что государства вправе, среди прочего, контролировать использование собственности в соответствии с общим интересом, путем принятия таких законов, какие они считают необходимыми для этой цели; это содержится во втором параграфе“.

Европейский Суд по правам человека не пришел к выводу, что имела место экспроприация, в результате исследования первого теста, но нашел, что необходимо было предоставить компенсацию по результатам анализа второго теста. По „тесту справедливого баланса“ он нашел, что на протяжении нескольких лет государство не учитывало в должной мере рассматриваемые частные интересы. Так как государство ни смягчило действие этих правил, ни выплатило компенсацию, Суд постановил, что государство возложило „личное и излишнее бремя“ на истцов и поэтому действовало с нарушением ст. 1.

В рамках *НАФТА*, в деле *S. D. Myers*,⁸⁷ арбитраж пришел к выводу, что выражение „приравняемое к экспроприации“ („tantamount to expropriation“) в ст. 1110 (1) *НАФТА* понималось как „эквивалентное экспроприации“ („equivalent to expropriation“), и добавил:

„Обе формулировки требуют, чтобы арбитраж посмотрел на суть того, что произошло, а не только на форму. Технические или поверхностные размышления не должны мешать арбитражу сделать заключение, что экспроприация или действия, приравняемые к экспроприации, имели место. Он должен смотреть на реальные интересы, которые были затронуты, и на цель и последствия правительственной меры.“

В деле *Marvin Roy Feldman Karpa v. United Mexican States*⁸⁸ арбитраж разъяснил, что:

„...способов, которыми правительственные власти могут принудить компанию оставить бизнес или значительно уменьшить экономическую выгоду этого бизнеса, много. В прошлом действиями по экспроприации считались, в частности, налогообложение конфискационного характера, отказ в доступе к инфраструктуре или необходимым сырьевым ресурсам, наложение неразумно жесткого регулирования. В то же время правительства должны быть свободны в возможности действовать в широких общественных интересах посредством мер охраны окружающей среды,

⁸⁷ См. *op. cit.* Nr. 6.

⁸⁸ См. *op.cit.* Nr. 41 para. 103.

новых или модифицированных налоговых режимов, предоставления или изъятия правительственных субсидий, снижения или повышения уровней тарифов, наложения запретов в связи с зонированием и т. п. Разумное правительственное регулирование данного типа не может быть достигнуто, если любой бизнес, негативно затронутый этими мерами, может требовать компенсации, и можно с уверенностью сказать, что обычное право это признает.“

В деле *Methanex v the United States of America*,⁸⁹ арбитражное разбирательство НАФТА было инициировано канадским предприятием в ответ на запрет на бензиновые добавки (МТВЕ) введенный в Калифорнии. Methanex, основной производитель основного ингредиента МТВЕ, утверждал, что государство действовало не *bona fide*, а дискриминационным образом, чтобы защитить местных производителей конкурирующего продукта (этанол). Государство утверждало, что оно действовало в интересах здоровья населения и защиты окружающей среды. Последствиями этого запрета был уход истца с рынка бензиновых добавок в Калифорнии, который заявил, что он потерял „базу среди клиентов, долю рынка и репутацию“. Вопрос, который стоял перед арбитражем, заключался в том, являлись ли эти меры экспроприацией, за которую полагается компенсация. Арбитраж сослался на дело *Revere Copper & Brass v OPIC*,⁹⁰ в котором истцу не было дано специальных обязательств. Арбитраж указал:

„...как вопрос общего международного права недискриминационная мера государственного регулирования, принятая в общественных интересах, введенная в соответствии с законом, затрагивающая, в частности, иностранного инвестора или инвестиции, не рассматривается как экспроприационная и подлежащая компенсации, если правительство, вводящее меру, не дало специальные обязательства иностранному инвестору в момент, когда он предполагал внести инвестиции, о том, что правительство будет воздерживаться от введения таких мер.“⁹¹

Исходя из фактов, арбитраж определил, что запрет был сделан в публичных целях, в установленном законом порядке и был недискриминационным по природе. На основе этих трех выводов арбитраж решил, что „с позиции международного права запрет Калифорнии был правомерной мерой и не являлся экспроприацией“. В завершение арбитраж отметил, что хотя репутация и доля рынка могут влиять на

⁸⁹ *Methanex Corp. v. Unites States of America*, Final Award, 3.8.2005, см.: www.state.gov/documents/organization/51052.pdf.

⁹⁰ См. op. cit. Nr. 46.

⁹¹ Award, at p. 278, para. 7.

определение размера компенсации, он счел сложным понять, „как они могут существовать сами по себе“ в таких делах, как это.

В деле *Técnicas Medioambientales Tecmed S.A. v. The United Mexican States*,⁹² инвестор, Técnicas Medioambientales Tecmed, S.A., подал иск в ИКСИД, заявляя, что непродление мексиканским правительством лицензии на место для вредных отходов нарушало различные права и гарантии, закрепленные в ДИД между Испанией и Мексикой, и было экспроприационной мерой. Арбитраж, чтобы определить, можно ли охарактеризовать действия, предпринятые Мексикой, как экспроприацию, процитировав решения Европейского Суда по правам человека, проанализировал, „являются ли такие действия или меры пропорциональными общественным интересам, который, как презюмируется, они защищают, и защите, юридически предоставленной инвестициям, принимая во внимание, что значительность такого влияния играет ключевую роль в решении о пропорциональности.“⁹³ Он добавил, что: „должно быть разумное отношение пропорциональности между сборами или бременем, возложенных на иностранного инвестора, и целью, которую хотят достичь в результате экспроприационных мер.“⁹⁴

aa) „Полицейские полномочия“ государства

Мнение, что исполнение государством „полицейских полномочий“ не предполагает права на компенсацию, было широко признано в международном праве. Однако доктрина „полицейской власти“ рассматривается некоторыми не как один из критериев, который взвешивается в балансе с другими факторами, а как контролирующий элемент, который исключает автоматически меру из-под обязанности предоставить компенсацию.

Один из комментариев по праву экспроприации и государственных „полицейских полномочий“ – это комментарий к Третьему Рестейтменту международных отношений США,⁹⁵ который был создан для помощи, среди прочего, в определении, как различить косвенную экспроприацию и правомерную правительственную меру регулирования: „...государство не ответственно за потерю собственности или другие экономические негативные последствия, вытекающие из общего налогообложения *bona fide*, регулирования, конфискации за совершение преступления или совершения действий такого

⁹² *Técnicas Medioambientales Tecmed S.A. v. The United Mexican States*, ICSID Award Case Nr. ARB (AF)/00/2.

⁹³ *Idem*. Para. 122.

⁹⁴ *Idem*.

⁹⁵ Restatement of the Law Third *op. cit.* Nr. 20 Section 712, Comment g.

рода, которые являются общепризнанными как находящиеся в сфере полицейских полномочий государства, если они не являются дискриминационными ...“

В практике *Трибунала по рассмотрению претензий между Ираном и США* единственным решением, в котором утверждение об изъятии было отвергнуто по причинам того, что мера по регулированию находилась в сфере полицейских полномочий, было *Too v. Greater Modesto Insurance Associates*,⁹⁶ в котором истец требовал предоставления компенсации за изъятие налоговой инспекцией США его лицензии на ликер. Трибунал указал:

„...Государство не отвечает за потерю собственности или за другие экономические негативные последствия, вытекающие из *bona fide* общего налогообложения или любого другого действия, в отношении которого является общепризнанным, что оно находится в сфере полицейских полномочий государства, при условии, что оно не является дискриминационным и не создано для того, чтобы заставить иностранца отказаться от имущества в пользу государства или продать его по чрезвычайно заниженной цене...“

В деле *Lauder v. The Czech Republic*⁹⁷ арбитраж отметил в отношении вмешательства в право собственности, что, „...Стороны [двустороннего] договора не ответственны за экономический ущерб, который является следствием меры регулирования *bona fide*, принятой в рамках признанных полицейских полномочий государства.“

В деле *Técnicas Medioambientales Tecmed S.A. v. The United Mexican States*,⁹⁸ хотя арбитраж признал, что имела место экспроприация, он указал, что: „принцип, в соответствии с которым исполнение государством его суверенных полномочий в рамках его полицейских полномочий может причинять экономический ущерб тем, кто находится в сфере его власти, без предоставления им какой-либо компенсации, неоспоримо.“

c) *Коллизия меры регулирования с разумными ожиданиями, связанными с инвестициями*

Другим выработанным критерием является то, затрагивает ли мера, предпринимаемая государством, разумные ожидания инвестора. В этих случаях инвестор должен доказать, что его инвестиции были основаны на состоянии дел, которое не включало оспариваемый ре-

⁹⁶ Award 29.12.1989, 23 Iran-United States Cl. Trib. Rep. 378. См. также *Sedigh, Aldrich* op. cit. Nr. 31.

⁹⁷ *Lauder (U.S.) v. Czech Republic* (Final Award) (3.9.2002) available at: www.mfcr.cz/scripts/hpe/default.asp.

⁹⁸ См. op. cit. Nr. 92.

жим регулирования. Иск должен быть объективно разумным и не базироваться полностью на субъективных ожиданиях инвестора.

В деле *Oscar Chinn*⁹⁹ 1934 г. Постоянная Палата третейского суда (P.C.I.J.) не согласилась с заявлением о том, что имела место косвенная экспроприация,¹⁰⁰ указав, что в этих обстоятельствах предоставление монополии *de facto* не являлось нарушением международного права и что „благоприятные условия для бизнеса и репутация среди клиентов – это переменные обстоятельства, которые неизбежно подвергаются изменениям“.¹⁰¹

„Ни одно предприятие ... не может избежать удачи или риска, связанных с общими экономическими условиями. Некоторые производители могут получить большую прибыль во время общего процветания или иначе путем использования договора о торговле или изменений таможенных пошлин; но они также подвергаются опасности разорения или угасания в случае изменения обстоятельств. Если такое случается, то государство не нарушает законные права.“

Трибунал по рассмотрению претензий между Ираном и США в деле *Starett Housing Corp. v. Iran*¹⁰² принял во внимание разумные ожидания инвестора:

„Инвесторы в Иране, как инвесторы во всех других государствах, должны допускать риск, что в стране могут происходить забастовки, локауты, беспорядки, смена экономической и политической системы и даже революция. То, что какой-либо из этих рисков материализуется, не означает обязательно, что право собственности, затронутое такими событиями, может рассматриваться как отнятое.“

В деле *Metalclad v. The United Mexican States* арбитраж указал, что: „...Metalclad был подведен к тому, чтобы верить, и он верил, что разрешения федерации и штата разрешали строительство и функционирование склада.“¹⁰³ Он решил, что экспроприация включает в себя

⁹⁹ См. *op. cit.* Nr. 6.

¹⁰⁰ Постоянная палата третейского суда использовала „эффективное лишение собственности“ как стандарт для определения, было ли вмешательство достаточно серьезным для того, чтобы представлять из себя изъятие, за которое полагается компенсация.

¹⁰¹ *Seddigh*, What level of Host State Interference Amounts to a Taking under Contemporary International Law?: *Journal of World Investment*, 2001, Vol. 2, Nr. 4, pp. 631-84 at 646.

¹⁰² См. *op. cit.* Nr. 32.

¹⁰³ См. *Metalclad v. Mexico*, *op. cit.* Nr. 58 para. 100.

лишение полностью или в значительной части использования „разумно ожидаемой экономической выгоды от собственности.“¹⁰⁴

В деле *Marvin Roy Feldman Karpa (CEMSA) v. The United Mexican States*¹⁰⁵ арбитраж НАФТА отметил как одно из обоснований отказа в иске об экспроприации:

„Правительства при осуществлении полномочий по регулированию часто меняют законы и административные акты в ответ на изменения экономических условий или изменения политических, экономических или социальных соображений. Эти изменения могут вполне сделать определенную деятельность менее прибыльной или даже экономически невыгодной ...“

В деле *Técnicas Medioambientales Tecmed S. A, v. The United Mexican States*,¹⁰⁶ арбитраж сделал попытку определить, были ли меры мексиканского правительства „разумными с точки зрения их цели, лишения экономических прав и законных ожиданий тех, кто перенес это лишение.“ „...Даже перед тем, как истец внес инвестиции, было широко известно, что инвестор ожидал, что его инвестиции в склад продлятся длительное время, и что он принял это во внимание для оценки необходимого периода времени и бизнеса, чтобы покрыть эти инвестиции и получить ожидаемую прибыль при делании тендерной оферты на приобретение имущества, относящегося к складу. Для того, чтобы оценить, нарушили ли действия, приписываемые ответчику, – так же, как и резолюцию,¹⁰⁷ – Договор, такие ожидания должны быть приняты во внимание как законные и должны быть оценены в свете Договора и международного права.“¹⁰⁸ Основанные на этом и на факте, что „Резолюция“ не была пропорциональной „нарушениям“,¹⁰⁹ совершенным компанией Tecmed, арбитраж вынес решение, что „Резолюция“ и ее последствия являлись экспроприацией.

В деле *Occidental v. Ecuador*¹¹⁰ арбитраж признал разумные ожидания инвестора в качестве фактора для определения экспроприационной меры: „не было лишения использования *или разумно ожидаемой экономической выгоды* от инвестиций ...“ (курсив К. Я.-С.)

¹⁰⁴ *Idem* para. 103.

¹⁰⁵ См. *op. cit.* Nr. 41.

¹⁰⁶ См. *op. cit.* Nr. 92.

¹⁰⁷ Резолюция была решением не продлевать лицензию.

¹⁰⁸ См. *op. cit.* Nr. 92 para. 50.

¹⁰⁹ „Все совершенные нарушения были или исправимы, или исправлены, или подлежали минимальным санкциям.“ *Idem* para. 148.

¹¹⁰ См. *op. cit.* Nr. 57.

В деле *Methanex Corp. v. The United States of America*,¹¹¹ арбитраж посмотрел на этот вопрос с другой точки зрения: что инвестор не мог иметь другие ожидания. Он подчеркнул, что истец сознательно вошел и участвовал в „политико-экономической системе, в которой, как было широко известно, если не общеизвестно, что правительственные органы защиты окружающей среды и здоровья на уровне федерации и штата ... постоянно следят за использованием и влиянием химических составляющих и в целом запрещают или ограничивают использование некоторых из этих компонентов по причине защиты окружающей среды или здоровья.“¹¹²

2. Практика государств

Как ответ увеличивающемуся объему практики по разрешению споров в этой области недавно заключенные Договоры США о свободной торговле с Австралией,¹¹³ Чили,¹¹⁴ Доминиканской Республикой и Центральной Америкой,¹¹⁵ Марокко¹¹⁶ и Сингапуром¹¹⁷ и новый модельный ДИД США¹¹⁸ содержат четкие критерии того, что является косвенной экспроприацией. В Приложениях об экспроприации они устанавливают, что:

Определение того, является ли действие или ряд действий, совершенных Стороной в определенной фактической ситуации, косвенной экспроприацией, требует проведения в каждом конкретном случае основанного на фактах исследования, которое бы учитывало, в частности, следующие факторы:

¹¹¹ См. *op. cit.* № 89.

¹¹² Решение, р. 279, пара. 9.

¹¹³ Договор о свободной торговле США и Австралии был подписан 1.3.2004, [Annex 11-B, Article 4 (b)].

¹¹⁴ Договор о свободной торговле США и Чили был подписан 6.6.2003 (Annex 10-D).

¹¹⁵ Договор о свободной торговле США, Доминиканской Республики и Центральной Америки был подписан 5.8.2004 (Annex 10-C). Государствами-участниками Договора являются: Коста-Рика, Доминиканская Республика, Сальвадор, Гватемала, Гондурас, Никарагуа и США.

¹¹⁶ Договор о свободной торговле США и Марокко был подписан 15.6.2004 (Annex 10-B).

¹¹⁷ Торговый представитель США Robert Zoellick и Министр торговли и промышленности Сингапура George Yeo 6.5.2003.

¹¹⁸ Текст модельного ДИД см.: <http://www.state.gov/documents/organization/38710.pdf>.

- (i) Экономические последствия действий правительства, хотя факт, что действие или ряд действий, совершенных Стороной, имеет негативное влияние на экономическую ценность инвестиций, сам по себе не означают, что косвенная экспроприация имела место;
- (ii) степень, в которой действия правительства сталкиваются с четкими, разумными ожиданиями, связанными с инвестициями; и
- (iii) характер правительственных мер.

Кроме того, они затрагивают вопрос косвенной экспроприации и права на регулирование:

За исключением редких обстоятельств, недискриминационные действия по регулированию, осуществляемые Стороной, придуманные и применяемые для того, чтобы защитить законные цели благосостояния общества, такие как здоровье населения, безопасность, окружающая среда, не являются косвенной экспроприацией.

Обновленный Модельный договор Канады о защите и поощрении инвестиций (FIPA)¹¹⁹ предусматривает, что он:

„включает в себя разъяснение, что является косвенной экспроприацией, которое предусматривает, что, за исключением редких обстоятельств, недискриминационные меры, разработанные и применяемые для защиты законных целей общественного благополучия, таких, как здоровье, безопасность и защита окружающей среды, не являются косвенной экспроприацией и, следовательно, не являются основанием для выплаты компенсации.“

Он приводит пример „редких обстоятельств,“ когда мера или ряд мер являются такими серьезными по сравнению с их целью, что они не могут разумно быть рассмотрены как принятые или примененные добросовестно.“

IV. Выводы

а) Экспроприация (прямая и косвенная) требует компенсации, основанной на четком своде правил международного обычного права. Однако, хотя определение прямой экспроприации сделать достаточно просто, определение того, попадает ли мера в категорию косвенной экспроприации, требует от судов и арбитражей проведения в каждом конкретном деле полного исследования и тщательного анализа конкретных положений международного договора.

¹¹⁹ Текст нового модельного соглашения см.: http://www.dfait-maeci.gc.ca/tna-nac/what_fipa-en.asp.

b) Граница между концепцией косвенной экспроприации и мерами государственного регулирования, за которые не полагается компенсации, не проводилась последовательно [при рассмотрении дел]. Однако тщательный анализ относящейся к делу практики по разрешению споров показывает, что, в широком смысле, существуют определенные критерии, которые суды и арбитражи использовали для разграничения этих концепций: i) степень вмешательства в право собственности, ii) характер правительственных мер, т.е. цель и обстоятельства правительственной меры, и iii) коллизия меры с разумными ожиданиями, связанными с инвестициями.

c) Суды и арбитражи, вместо того, чтобы концентрироваться исключительно „только на последствиях“ для собственника, также принимали во внимание цель и пропорциональность правительственных мер для определения, должна ли выплачиваться компенсация. Так, ряд споров был решен на основе признания, что правительства имеют право защищать посредством недискриминационных действий, в частности, окружающую среду, здоровье и безопасность человека, целостность рынка и социальную политику без предоставления компенсации за какое-либо случайное лишение иностранной собственности ее владельцев.

d) Вплоть до сегодняшнего дня только маленькое число международных соглашений четко определили это различие. В последнее время в инвестиционные договоры нового поколения, включая посвященные инвестициям главы договоров о свободной торговле, были введены специальные формулировки и установлены критерии для помощи в определении, имела ли место косвенная экспроприация, требующая компенсации. Эти критерии согласуются с теми, которые были выработаны в судебных и арбитражных решениях.

e) В то же время, осторожность требует признать, что перечень критериев, которые можно определить сегодня из практики государств и существующей практики по разрешению споров, не обязательно является исчерпывающим и может быть дополнен. В самом деле, новые инвестиционные соглашения заключаются очень быстрыми темпами, и число дел, передаваемых на рассмотрение в арбитраж, стремительно растет. Анализ конкретных обстоятельств дела в каждом конкретном случае, который может пролить дополнительный свет, будет продолжать использоваться.

Summary

Expropriation (direct and indirect) requires compensation, based on clearly set rules of customary international law. However, while determination of a direct expropriation is relatively straightforward to make, determining whether a measure falls into the category of indirect expropriation has required tribunals to undertake a thorough case-by-case examination and a careful consideration of the specific wording of the treaty.

The line between the concept of indirect expropriation and non-compensable regulatory governmental measures has not been systematically articulated. However, a close examination of the relevant jurisprudence reveals that, in broad terms, there are some criteria that tribunals have used to distinguish these concepts: i) the degree of interference with the property right, ii) the character of governmental measures, i.e. the purpose and the context of the governmental measure, and iii) the interference of the measure with reasonable and investment-backed expectations.

Tribunals, instead of focusing exclusively on the „sole effect“ on the owner, have also often taken into account the purpose and proportionality of the governmental measures to determine whether compensation was due. Thus a number of cases were determined on the basis of recognition that governments have the right to protect, through non-discriminatory actions, *inter alia*, the environment, human health and safety, market integrity and social policies without providing compensation for any incidental deprivation of foreign owned property.

Up to now only a handful of international agreements articulated this difference. Recently, new generation of investment agreements, including investment chapters of Free Trade Agreements, have introduced specific language and established criteria to assist in determining whether an indirect expropriation requiring compensation has occurred. These criteria are consistent with those emerging from arbitral decisions.

At the same time, prudence requires to recognise that the list of criteria which can be identified today from state practice and existing jurisprudence is not necessarily exhaustive and may evolve. Indeed, new investment agreements are being concluded at a very fast pace and the number of cases going to arbitration is growing rapidly. Case-by-case consideration which may shed additional light will continue to be called for.