

Международно-правовые аспекты
изъятия и ограничения использования активов
иностраннных инвесторов

Постановка проблемы

- кто должен нести экономические издержки в связи с принятием регуляторной меры в интересах общества? Будет ли это общество в целом в лице государства или собственник затронутой собственности?
- Как разграничить регуляторные меры и экспроприацию? С одной стороны государство не должно платить компенсацию за осуществление суверенных полномочий. Кроме того опасения государства принимать регуляторные меры может негативно отразиться на защите прав граждан. С другой стороны регуляторная мера может быть по своему действию равнозначна экспроприации.

Регулирование или экспроприация?

- «каждое государство имеет право регулировать и контролировать иностранные инвестиции в пределах действия своей национальной юрисдикции согласно своим законам и постановлениям и в соответствии со своими национальными целями и первоочередными задачами»

ст. 2 Хартии экономических прав и обязанностей государств, принятой резолюцией 3281 (XXIX) Генеральной Ассамблеи ООН от 12 декабря 1974 года

Регулирование или экспроприация?

- «Правительства должны иметь возможность действовать в интересах общества посредством защиты окружающей среды, введения новых или измененных налоговых режимов, предоставления или отзыва государственных субсидий, снижения или повышения тарифов, введения ограничений на зонирование и тому подобного. Разумное государственное регулирование такого рода невозможно, если любое предприятие, пострадавшее от этого, может требовать компенсации, и можно с уверенностью сказать, что международное обычное право это признает»

Feldman v. United Mexican States, ICSID Case No. ARB(AF)/99/1

Регулирование или экспроприация?

- «... общее исключение для мер регулирования создало бы зияющую лазейку в международной защите от экспроприации»

Pope & Talbot Inc. v. The Government of Canada, UNCITRAL

Регулирование или экспроприация?

В случаях и в порядке, которые предусмотрены законом (ст. 279, 281, п. 5 ст. 790 ГК РФ, п. 2 ст. 18 ФЗ "О противодействии терроризму"), ущерб, причиненный личности или имуществу гражданина либо имуществу юридического лица правомерными действиями государственных органов, органов местного самоуправления или должностных лиц этих органов, а также иных лиц, которым государством делегированы властные полномочия, подлежит компенсации.

ст. 16.1 Гражданского Кодекса

Регулирование или экспроприация?

- Иностранцы лишены избирательного права и не участвовали в выборе правительства государства – реципиента
- Граждане и национальные компании имеют больше возможностей для сглаживания эффекта регуляторных мер

Регулирование или экспроприация?

Доктрина Халла (1938)

- «[...] акт правительства мог исходить из высших соображений государственной политики и с величайшим уважением к государству и его интересам; но когда по необходимости или в рамках своей политики правительство присваивает или уничтожает собственность или имущественные права иностранца, оно должно выплатить полную и адекватную компенсацию за это»
- «никакое правительство не вправе экспроприировать частную собственность, для каких-либо целей, без предоставления незамедлительной, адекватной и эффективной компенсации»

Регулирование или экспроприация?

- «... мы не видим никакого принципа, утверждающего, что регулирующие административные действия сами по себе исключаются из сферы действия инвестиционного соглашения, даже если они приносят пользу обществу в целом – например, охрана окружающей среды – особенно если негативное экономическое воздействие таких действий на финансовое положение инвестора достаточно для полной нейтрализации стоимости или экономического или коммерческого использования его инвестиций без получения какой-либо компенсации»

Tecmed, S.A. v. The United Mexican States, ICSID Case No. ARB (AF)/00/2

Регулирование или экспроприация?

— Двухфакторный тест:

(1) является ли регуляторная мера видом общего регулирования?

(2) если да, имеет ли мера экспроприационный характер?

Зеленый список регуляторных мер

- Меры по охране общественного порядка
- Меры по преодолению экономического кризиса
- Налоговые, валютные и таможенные меры
- Экологические меры
- Отказ в продлении лицензии в связи с нарушением ее условий
- Расторжение договора в связи с его нарушением
- Применение санкций к инвестору за нарушения, включая предъявление встречных требований

Регулирование или экспроприация?

- является ли экспроприацией увеличение налога от дохода от продаж нефти сначала до 50% и затем с 50% до 99%?
 - доход - это сверхдоход, полученный свыше установленной фиксированной цены
 - Ни повышение до 50% ни отчисление 99% дохода выше базовой цены, хотя и были невыгодны для инвестора, но не привели к остановке его деятельности, и не лишили смысла его инвестицию и не были эквивалентны тому, что эти инвестиции прекратили существование. Также не было стабилизационного соглашения.
- «Perenco Ecuador Ltd» против Республики Эквадор

Характер меры

- Какова степень вмешательства?
- Является ли мера дискриминационной?
- Нарушены ли законные ожидания инвестора?
- Является ли мера пропорциональной?

Степень вмешательства

Простое сокращение прибыли из-за общего налогообложения или регулирования не является экспроприацией. Но когда действия правительства существенно лишают инвестора выгод от его контракта или делают дальнейшее функционирование предприятия экономически бессмысленным, это может быть равносильно экспроприации. В этом деле трибунал установил, что фискальные изменения настолько серьезно подорвали экономическое равновесие контракта, что фактически нейтрализовали стоимость инвестиций

Revere Copper and Brass, Inc. v Overseas Private Investment Corporation

Дискриминация

«Поведение государства является дискриминационным, если (i) аналогичные случаи (ii) рассматриваются по-разному (iii) и без разумного обоснования»

Saluka Investments B.V. v. The Czech Republic, UNCITRAL

Разумные ожидания

«Оценка разумности или правомерности должны учитывать все обстоятельства, включая не только факты, окружающие инвестицию, но и политические, социально-экономические, культурные и исторические условия, превалирующие в принимающем государстве. Кроме того, такие ожидания должны произрастать из условий, которые государство представляло инвесторам, и на которые инвестор полагался в тот момент, когда принимал решение сделать инвестицию»

Duke Energy v. Ecuador, ICSID Case No. ARB/04/19

Пропорциональность

«Должно быть разумное соотношение пропорциональности между бременем, налагаемым на иностранного инвестора, и целью, которая должна быть достигнута посредством любой экспроприационной меры. [...] Чтобы оценить такой такое бремя, очень важно измерить степень, в какой инвестор лишается собственности, в связи с действиями государства, а также было ли такое лишение компенсировано или нет»

Tecmed, S.A. v. The United Mexican States, ICSID Case No. ARB (AF)/00/2

Закрепление в конвенциях права на вмешательство

- Современная договорная практика закрепляет наряду с традиционными исключительными оговорками также разъясняющие положения (carve out, right to regulate clauses)
- Новые ДИД (Канада, США, ЕС, Индия, Бразилия) прямо защищают право государства регулировать для общественных целей, вводят подробные критерии разграничения между регулированием и экспроприацией
- Ограничивается толкование стандартов защиты инвестора (четкие правила трактовки стандартов, исчерпывающие списки нарушений)
- Усиливается роль досудебных процедур, консультаций, институт омбудсмена

Sirota & Partners

109012, Russia, Moscow,
10 Nikolskaya St., office 623

T: +7 (495) 234-18-75

F: +7 (495) 234-18-76

www.sirotapartners.com

Новости и обзоры практики в ТГ-канале:

<https://t.me/sirotapartners>



@SIROTAPARTNERS