

УДК 341

КРИТЕРИИ ОТГРАНИЧЕНИЯ КОСВЕННОЙ ЭКСПРОПРИАЦИИ ИНОСТРАННЫХ ИНВЕСТИЦИЙ ОТ НЕКОМПЕНСИРУЕМЫХ МЕР ГОСУДАРСТВА В СФЕРЕ ЭКОЛОГИЧЕСКОЙ БЕЗОПАСНОСТИ

Алексеенко А.П.

*ФГБОУ ВПО «Владивостокский государственный университет экономики и сервиса»,
Владивосток, e-mail: alekseenko.a.p@gmail.com*

В статье приводятся критерии отграничения косвенной экспроприации иностранных инвестиций от некомпенсируемых мер государства в сфере экологической безопасности. Для определения данных критериев автором был проведен анализ решений международных арбитражей по делам *Glamis Gold, Ltd. v United States of America*; *Methanex Corporation v. United States of America*; *Tecnicas Medioambientales Tecmed S.A. v The United Mexican States*. На основе исследования указанных дел, были выделены критерии, для отграничения косвенной экспроприации от некомпенсируемых мер в сфере экологической безопасности. Автор пришел к выводу, что такими критериями являются: осуществление в публичных целях; недискриминационность; соблюдение необходимых процедур; наличие либо отсутствие гарантий неизменности режима осуществления инвестиций; противоправность действий инвестора; наличие либо отсутствие чрезвычайной ситуации.

Ключевые слова: иностранные инвестиции, экология, защита окружающей среды, экспроприация, косвенная экспроприация, международный арбитраж

CRITERIA FOR DISTINCTION INDIRECT EXPROPRIATION FROM NON-PAYABLE STATE MEASURES IN THE SPHERE OF ECOLOGICAL SECURITY

Alekseenko A.P.

*Senior lecturer of Private law department of Vladivostok State University
of Economics and Service (VSUES), Vladivostok, e-mail: alekseenko.a.p@gmail.com*

In the article criteria for distinction indirect expropriation from non-payable state measures in the sphere of ecological security are presented. The author analyzed awards of international tribunals on cases *Glamis Gold, Ltd. v United States of America*; *Methanex Corporation v. United States of America*; *Tecnicas Medioambientales Tecmed S.A. v The United Mexican States* for elaboration of these criteria. On the ground of abovementioned awards were stand out criteria for distinction indirect expropriation from non-payable state measures in the sphere of ecological security. The author has come to a conclusion that such criteria are: public purpose, non-discrimination, due process, existence or absence of guarantee of regime of foreign investments, offence committed by an investor, existence or absence of emergency.

Keywords: foreign investments, ecology, environment protection, expropriation, indirect expropriation, international tribunal

В международном экономическом праве право государств на национализацию частной собственности при соблюдении ряда требований является общепризнанным. Как отмечает профессор А.А. Данельян, данное право «в настоящее время в принципе не оспаривается» [2, с. 65]. Между тем существует проблема отграничения косвенной экспроприации от мер государства, не являющихся таковыми, хотя и затрудняющими контроль иностранного инвестора над иностранными инвестициями или усложняющими иную, связанную с этим деятельность [1, с. 2]. Обусловлено это тем, что косвенная экспроприация не является прямым изъятием имущества у иностранного собственника посредством его отобрания. Она представляет собой целенаправленные действия правительства, носящие формальный или неформальный характер, влияющие на режим работы компании с иностранными инвестициями негативным образом. При этом имущество не выбывает из владения

собственника, и он по-прежнему может пользоваться и распоряжаться им. Решение данной проблемы имеет большое значение в деятельности международных арбитражей, так как совершение экспроприации влечет за собой обязанность государства выплатить компенсацию бывшему собственнику экспроприированного имущества, в то время как меры административно-правового регулирования таких последствий не предполагают и являются некомпенсируемыми.

Обеспечение благоприятной окружающей среды, её защита от негативных воздействий промышленности занимает сегодня одно из центральных мест среди функций государства. Как отмечают исследователи: «вся история развития человечества подтвердила, что объективно существуют глобальные вопросы, непосредственно относящиеся к жизненным интересам всех стран и каждого человека», среди них нашло своё место право на благоприятную окружающую среду [3, с. 448]. Жизнь

человека в современном мире признана высшей ценностью, в этой связи логично предположить, что в случае противоречия чьего-либо права собственности с правом на жизнь приоритет должен отдаваться последнему. Из этого следует, что в целях обеспечения права человека на благоприятную окружающую среду государство – реципиент иностранных инвестиций может предпринять все необходимые легальные меры: наложение штрафа, лишение лицензии, приостановление деятельности и др. Однако на практике достаточно сложно определить являются ли такие меры скрытой экспроприацией либо они направлены на защиту окружающей среды без цели экспроприировать иностранную собственность.

Для того чтобы установить факт совершения косвенной экспроприации, необходимо определить критерии, которыми стоит руководствоваться при рассмотрении того или иного дела, связанного с экспроприацией государством иностранных инвестиций. К сожалению, на сегодняшний день отсутствует многосторонний международный договор, в котором бы было дано определение экспроприации, что затрудняет выведение её критериев. Поэтому основными источниками, которые дают возможность определить критерии, позволяющие провести отграничение косвенной экспроприации от иных действий государства – реципиента иностранных инвестиций, являются решения арбитражей *ad hoc*, либо Международного центра по урегулированию инвестиционных споров (далее – МЦУИС). Анализ практики данных органов является крайне необходимым, так как даёт возможность выработать единые с точки зрения международного права критерии разграничения экспроприации и некомпенсируемых мер, в том числе в сфере защиты окружающей среды.

Для определения критериев отграничения некомпенсируемых мер по охране экологии и окружающей среды от косвенной экспроприации иностранных инвестиций, автором был исследован ряд решений МЦУИС и арбитража *ad hoc*, в котором дело рассматривалось в соответствии с Арбитражным регламентом Комиссии Организации Объединенных Наций по праву международной торговли (ЮНСИТРАЛ). Общим признаком данных решений является то, что все они приняты в результате рассмотрения исков по делам об экспроприации, поданным в результате совершения государствами актов по защите окружающей среды.

Действия государства по защите окружающей среды негативным образом могут коснуться всех инвесторов, занятых в той или иной отрасли, и лишить их возможности извлекать прибыль от своей деятель-

ности. Очевидно, что налицо существенное умаление прав иностранных инвесторов, негативным образом влияющее на инвестиции. Однако подобные акты государственных органов в некоторых случаях не расцениваются арбитражами как экспроприация и не подлежат компенсации. Так, в деле «Methanex Corporation v. United States of America» арбитраж не признан введенный штатом Калифорния в целях защиты грунтовых вод запрет на использование метил-трет-бутилового эфира в производстве присадок для бензина, экспроприацией. Действовавший согласно регламенту ЮНИСТРАЛ трибунал решил: «запрет осуществлён в публичных целях, не является дискриминационным и осуществлён в соответствии с необходимыми процедурами...» С точки зрения международного права запрет не является экспроприацией, а представляет собой правовое регулирование» [5, Par. 15 IV – Chapter D]. Таким образом, по мнению данного трибунала, для того чтобы отнести действия государства к некомпенсируемым мерам, представляющим собой правовое регулирование, одновременно должны присутствовать три условия: осуществление в публичных целях (т.е. для защиты безопасности, благосостояния общества, здоровья населения и охраны окружающей среды), недискриминационность (т.е. касаться всех субъектов предпринимательской деятельности), осуществление в соответствии с необходимыми процедурами (акт государства должен включать в себя все необходимые формальные признаки).

Другой подход к разграничению косвенной экспроприации от некомпенсируемых мер был использован Международным Центром по урегулированию инвестиционных споров в деле «Tecnicas Medioambientales Tecmed S.A. v The United Mexican States». Фабула дела заключается в том, что государство заключает «Национальный экологический институт Мексики» в ноябре 1998 года отказал истцу в пролонгации разрешения на эксплуатацию полигона опасных отходов «Las Víboras» в муниципалитете Эрмосильо. По мнению истца, решение является политически мотивированным и связано, прежде всего, со сменой руководства в Эрмосильо. В МЦУИС испанская компания «Tecnicas Medioambientales Tecmed S.A.» обратилась с требованием признать действия Мексики экспроприацией и взыскать с ответчика убытки, в том числе и упущенную выгоду [6, Par. 35–45]. Рассмотрев доводы сторон, МЦУИС пришел к выводу, что Мексикой была совершена экспроприация иностранных инвестиций, которая выразилась в отказе продлить

лицензию на эксплуатацию свалки [6, Par. 151]. В мотивировочной части арбитраж отметил, что «в этом случае нет обстоятельств, подобных или схожих с чрезвычайными, нет социальных потрясений, ни любой срочности, связанной с такими ситуациями, кроме того, мексиканские суды не выявили какого-либо кризиса. Действия, предпринятые властями для решения этих социально-политических трудностей, в то время как такие трудности не являются критическими и не влекут серьезных последствий, не могут рассматриваться с точки зрения Договора¹ или международного права как достаточное основание, чтобы лишить иностранного инвестора своих инвестиций без компенсации, особенно если не доказано, что действия «Тестмед» стали определяющим фактором политического давления или демонстраций, которые привели к такому лишению, и которые лежат в основе решения Национального экологического института Мексики и обуславливают его» [6, Par. 147]. МЦУИС установил, что «во время эксплуатации полигона отходов никогда не подвергались опасности экологическое равновесие, охрана окружающей среды или здоровье людей, все нарушения, которые были совершены, носили поправимый характер и были устранены, либо в связи с ними выписывались незначительные штрафы. Решение Национального экологического института Мексики не только прекращает действие разрешения на эксплуатацию, но и предписывает закрыть «Las Víboras», и такое обстоятельство неопровержимо подтверждает, что проблема касается расположения свалки, а не условий её эксплуатации. Это означает, что данный объект не может эксплуатироваться «Cytrar» (дочерним предприятием «Тестмед») или кем-либо другим, даже если будут соблюдаться все требования Национального экологического института Мексики по порядку эксплуатации полигона отходов [6, Par. 148]. В решении Международного Центра по урегулированию инвестиционных споров также отмечено, что «хотя Решение Национального экологического института Мексики об отказе в пролонгации разрешения основывается на нарушениях порядка эксплуатации полигона, в частности посредством буквального и жесткого толкования условий выданного ранее разрешения, оно носит чрезмерно формальный характер. Данное Решение, исходя из Двустороннего инвестиционного договора и международного права, может считаться пропорциональным совершенным нарушениям, лишь если они представляют

¹ Под Договором понимается Двусторонний договор по защите и поощрению инвестиций между Мексикой и Испанией, вступивший в силу 18.12.1996.

непосредственную угрозу экологии или здоровью человека... отсутствие компенсации ведет к умалению ценности инвестиций, доходов инвестора, предполагаемых при совершении инвестиций» [6, Par. 149].

Таким образом, при принятии решения МЦУИС, прежде всего, руководствовался причинно-следственной связью между действиями государственного органа и наличием либо отсутствием правонарушения со стороны иностранного инвестора в области охраны окружающей среды. Получается, что, по мнению арбитража, действия Мексики не были бы экспроприацией, если бы разрешение на эксплуатацию полигона отходов не было бы продлено в связи с наличием правонарушения со стороны иностранного инвестора, причем такого, которое должно представлять непосредственную угрозу экологии или здоровью человека. Вторым фактом, который указывает МЦУИС, является отсутствие чрезвычайной ситуации. Третьим фактором названо то, что между действиями истца по эксплуатации полигона отходов и акциями протеста, которые проводились в муниципалитете Эрмосильо, нет вины «Тестмед». Четвёртой причиной, по которой иск был удовлетворён, является то, что действия Мексики были направлены именно против истца.

В деле «Glamis Gold, Ltd. v., United States of America» Международный Центр по урегулированию инвестиционных споров, наоборот, встал на сторону ответчика и отказал истцу в удовлетворении иска. За защитой своих интересов в МЦУИС в данном случае обратилась канадская компания «Glamis Gold, Ltd.», которая заявила, что США экспроприировали принадлежащие компании права на разработку месторождений золота «Imperial Project» в пустыне штата Калифорния, а также нарушили обоснованные ожидания инвестора. Свои доводы истец строил на том, что Меры по рекультивации земель штата Калифорния, сенатский билль № 22 от 2003 г. и правила Государственной комиссии по геологии и горному делу, предусматривающие восстановление земель после их разработки на территории исторического проживания индейцев, создают условия, которые делают добычу золота нерентабельной.

Исследуя доказательства по делу, МЦУИС установил, что «законодатели штата Калифорния, учитывая потенциальный ущерб святыням индейцев в связи с настоящей и будущей открытой добычей ископаемых, приняли меры, которые устранят часть этого ущерба» [4, Par. 795]. Это означает, что государственный акт был принят в целях защиты публичного порядка. В пункте 797 решения трибунал указал, что сенатский билль № 22 своей целью не име-

ет исключительно «Imperial Project», а это значит, что данный акт не направлен против «Glamis Gold, Ltd.». В пункте 807 решения МЦУИС также отразил, что «истец не доказал, что сенатский билль № 22 является произвольным, очевидно дискриминационным или принят в связи с отсутствием причин. Хотя Билль возможно и был неожиданностью для истца, никаких гарантий со стороны штата Калифорния или США не предоставлялось в отношении разумных ожиданий истца». Получается, что раз государство или штат не давали иностранному инвестору никаких гарантий неизменности режима недропользования, то в дальнейшем может быть принят недискриминационный акт, накладывающий на всех субъектов предпринимательской деятельности в определенной отрасли дополнительные обязанности. В своём решении МЦУИС пояснил, что «обжалуемые акты не были неожиданным отказом в правосудии, произволом, несправедливыми, принятыми с нарушением правил, очевидно дискриминационными или принятыми в связи с отсутствием причин. Не было никаких гарантий ожиданий в отношении истца. Национальность инвестора не является причиной. Не выявлено наличие коррупции в связи с принятием решения. Хотя «Imperial Project» и стал причиной принятия некоторых мер, сам он не был предметом дискриминации» [4, Par. 828].

Итак, определяя наличие либо отсутствие экспроприации, арбитраж руководствовался следующими фактами: цель принятия нормативно-правовых актов, послуживших причиной разбирательства; наличие либо отсутствие дискриминации иностранного инвестора; наличие либо отсутствие гарантий неизменности режима осуществления инвестиций.

Таким образом, из проведенного анализа указанных выше дел можно выделить критерии, которыми руководствуются международные арбитражи для отграничения косвенной экспроприации от некомпенсируемых мер по защите окружающей среды. Ключевыми факторами при принятии решений служили: осуществление в публичных целях; недискриминационность; соблюдение необходимых процедур; наличие либо отсутствие гарантий неизменности режима осуществления инвестиций; наличие либо отсутствие правонарушения со стороны иностранного инвестора в области охраны окружающей среды, которое должно представлять непосредственную угрозу экологии или здоровью человека; наличие либо отсутствие чрезвычайной ситуации. Учет данных критериев при проведении государственного регулирования сферы защиты

окружающей среды позволит избежать для государства – реципиента инвестиций расходов, связанных с убытками иностранного инвестора.

Список литературы

1. Алексеевко А.П. Критерии определения косвенной экспроприации прямых иностранных инвестиций на примере арбитражного решения по делу «Sergei Paushok, CJSC Golden East Company and CJSC Vostokneftegaz Company v. Mongolia» // Международное публичное и частное право. – 2013. – № 3. – С. 2–4.
2. Дanel'jan A.A. Проблемы законности национализации и экспроприации иностранных инвестиций // Евразийский юридический журнал. – 2014. – № 2. – С. 65–67.
3. Кодолова А.В. Экологические права человека в документах «мягкого» международного права // Научный ежегодник Института философии и права Уральского отделения Российской академии наук. – 2010. – Вып. 10. – С. 445–465.
4. Glamis Gold, Ltd. v. United States of America. Award International Centre for settlement of investment disputes. Washington, D.C. In accordance with the United Nations Commission on International Trade Law (UNCITRAL) Arbitration Rules 7 May 2009 [электронный ресурс]: Ita URL: <http://www.italaw.com> (дата обращения 01.05.14).
5. Methanex Corporation v. United States of America, was decided by a UNCITRAL. Final award of the Tribunal on jurisdiction and merits August 3 2005 [электронный ресурс]: Ita URL: <http://www.italaw.com> (дата обращения 02.04.14).
6. Tecnicas Medioambientales Tecmed S.A. v The United Mexican States. Case N ARB (AF)/00/2 Award. Date of dispatch to the parties: May 29, 2003 [электронный ресурс]: Ita URL: <http://www.italaw.com> (дата обращения 03.05.14).

References

1. Alekseenko A.P. Kriterii opredelenija kosvennoj jekspropriacii prjamyh inostrannyh investicij na primere arbitrazhnogo reshenija po delu «Sergei Paushok, CJSC Golden East Company and CJSC Vostokneftegaz Company v.Mongolia» Mezhdunarodnoe publichnoe i chastnoe pravo, 2013. no. 3, pp. 2–4.
2. Danel'jan A.A. Problemy zakonnosti nacionalizacii i jekspropriacii inostrannyh investicij Evrazijskij juridicheskij zhurnal, 2014, no. 2, pp. 65–67.
3. Kodolova A.V. Jekologicheskie prava cheloveka v dokumentah «mjagkogo» mezhdunarodnogo prava Nauchnyj ezhegodnik Instituta filosofii i prava Ural'skogo otdelenija Rossijskoj akademii nauk, 2010. Vol. 10, pp. 445–465.
4. Glamis Gold, Ltd. (Claimant) v. United States of America (Respondent) Award International Centre for settlement of investment disputes. Washington, D.C. In accordance with the United Nations Commission on International Trade Law (UNCITRAL) Arbitration Rules 7 May 2009. Available at: <http://www.italaw.com> (дата обращения 01.05.14).
5. Methanex Corporation v. United States of America, was decided by a UNCITRAL. Final award of the Tribunal on jurisdiction and merits August 3 2005. Available at: <http://www.italaw.com> (дата обращения 02.04.14).
6. Tecnicas Medioambientales Tecmed S.A. v The United Mexican States Case N ARB (AF)/00/2 Award. Date of dispatch to the parties: May 29, 2003. Available at: <http://www.italaw.com> (дата обращения 03.05.14).

Рецензенты:

Гармаев Ю.П., д.ю.н., профессор кафедры уголовного процесса Бурятского государственного университета, заведующий лабораторией сравнительного правоведения в странах АТР, г. Улан-Уде;

Яровенко В.В., д.ю.н., профессор кафедры публичного права Владивостокского государственного университета экономики и сервиса, г. Владивосток.

Работа поступила в редакцию 01.10.2014.