

На правах рукописи

Южно Александр Сергеевич

**МЕЖДУНАРОДНО-ПРАВОВЫЕ АСПЕКТЫ ВЫПЛАТЫ КОМПЕНСАЦИИ ПРИ
РАЗРЕШЕНИИ МЕЖДУНАРОДНЫХ ИНВЕСТИЦИОННЫХ СПОРОВ ГОСУДАРСТВ**

Специальность 12.00.10 — Международное право; Европейское право

АВТОРЕФЕРАТ

диссертации на соискание учёной степени

кандидата юридических наук

Москва — 2015

Работа выполнена на кафедре международного права Федерального государственного образовательного бюджетного учреждения высшего профессионального образования «Московский государственный институт международных отношений (университет) Министерства иностранных дел Российской Федерации»

Научный руководитель: **ЛАБИН Дмитрий Константинович**
доктор юридических наук

Официальные оппоненты:

ИВАНОВ Эдуард Александрович
доктор юридических наук, профессор, заместитель декана по международному сотрудничеству факультета права Национального исследовательского университета «Высшая школа экономики», профессор кафедры международного права
БОКЛАН Дарья Сергеевна
кандидат юридических наук, доцент кафедры международного права ФГБОУ «Всероссийская академия внешней торговли Министерства экономического развития Российской Федерации»

Ведущая организация: Институт государства и права Российской академии наук

Защита состоится «__» _____ 2015 г. в «___» часов в ауд. _____ на заседании диссертационного совета Д 209.002.08 (юридические науки) на базе Московского государственного института международных отношений (университета) МИД России по адресу: 119454, г. Москва, проспект Вернадского, 76.

С диссертацией и авторефератом можно ознакомиться в научной библиотеке имени И.Г. Тюлина Московского государственного института международных отношений (Университета) МИД России по адресу: проспект Вернадского, 76, г. Москва, 119454 и на сайте www.mgimo.ru.

Автореферат разослан «__» _____ 2015 г

Ученый секретарь

Диссертационного совета

к.ю.н., доцент

Иванов Д.В.

ОБЩАЯ ХАРАКТЕРИСТИКА РАБОТЫ

Актуальность темы диссертационного исследования. В связи со стремительным развитием правового обеспечения международных экономических отношений возрастает количество споров между иностранными инвесторами и государствами, принимающими иностранные инвестиции (далее – международные инвестиционные споры). Специфика правоотношений между принимающим инвестиции государством и иностранным инвестором обуславливает потребность в обеспечении большей прозрачности и предсказуемости международной практики в области присуждения компенсации. Решение этой задачи позволит точнее предсказывать результаты рассмотрения международных инвестиционных споров и оценивать стоимость рисков инвестиционной деятельности.

Изучение практики международных инвестиционных арбитражей по вопросу оценки суммы компенсации показывает, что она остается в большой степени непредсказуемой. Как отмечает профессор Марбё И. (Австрия), «сложно установить общие принципы или методологию, которые бы широко признавались. Ситуация осложняется тем фактом, что решения часто не достаточно обоснованы и последовательны»¹.

В свете инвестиционных споров иностранных инвесторов с Российской Федерацией, а также российских инвесторов с иностранными государствами тема диссертационного исследования стала крайне актуальной как для нашего государства, так и для инвесторов из нашей страны. По оценке Вилковой Н.Г., Международный центр по урегулированию инвестиционных споров (далее - МЦУИС) на июнь 2011 г. рассмотрел 29 дел по странам СНГ². По итогам 2012 г. Российская Федерация стала, по данным ЮНКТАД, лидером по сумме исковых требований, предъявленных иностранными инвесторами государству – 144 млрд. долларов США, в 2013 и 2014 гг. это «лидерство» сохранилось. Речь идет прежде всего об исках трех бывших акционеров ОАО «Нефтяная компания «ЮКОС» - офшорных компаний «Hulley Enterprises Limited» (Кипр), «Veteran Petroleum Limited» (Кипр) и «Yukos Universal Limited» (о-в Мэн) против Российской Федерации. В июле 2014 г. арбитраж под эгидой Постоянной палаты третейского суда (Гаага) признал Россию нарушившей свои обязательства по Договору к Энергетической Хартии и присудил истцам около 50 млрд. долларов США – неслыханную до сих пор сумму³. В деле «RosInvestCo UK Ltd.» (Великобритания) против

¹ Marboe I. Compensation and Damages in International Law – The Limits of «Fair Market Value» / I. Marboe // Journal of World Investment and Trade. - 2007. – Vol. 7. - №5. – P. 723.

² Вилкова Н.Г. Доклад о деятельности МЦУИС. [Электронный ресурс]. - Режим доступа: <http://tpp.nashaucheba.ru/docs/index-36731.html>.

³ См.: Рачков И.В. Бывшие акционеры «ЮКОСа» против России: комментарий к арбитражному решению под эгидой Постоянной палаты третейского суда в Гааге // «Международное правосудие», № 3(11) 2014 г. С. 18 – 34, Толстых В.Л. Резюме решений арбитражного суда от 18 июля 2014 г. по делу «Hulley Enterprises Limited», «Yukos Universal Limited», «Veteran Petroleum Limited» и Российская Федерация и комментарий к ним // Евразийский юридический журнал, № 7 (74) 2014, С. 48 – 54.

Российской Федерации⁴ истец, купивший производные ценные бумаги на 7 млн. акций ОАО «Нефтяная компания ЮКОС» в 2004 г., обвинил Российскую Федерацию в экспроприации активов компании в период с 19 декабря 2004 г. по 15 августа 2007 г. Арбитражный институт при Торговой палате Стокгольма (Швеция) постановил взыскать с России 3,5 млн. долларов США ущерба в пользу RosinvestCo UK Ltd., что составляло приблизительно 1,5% от заявленной суммы ущерба в размере 232.7 млн. долларов США⁵. Однако это решение было отменено государственными судами Швеции. Весной 2013 г. под нажимом других стран Европейского Союза Кипр принял ряд мер, которые при определенных обстоятельствах можно квалифицировать как национализацию или экспроприацию. Эти меры коснулись, в том числе и российских инвесторов. Соответственно, для них также встает вопрос о том, должен ли Кипр выплатить им компенсацию в связи с этими мерами и в каком размере. Следует также отметить, что МЦУИС принял к рассмотрению иск российского ОАО «МТС» к правительству Узбекистана в связи с незаконным, по его мнению, приостановлением деятельности компании в этой стране, прекращением лицензии, лишением имущества и наложением штрафных санкций⁶. Этот случай еще раз подтверждает актуальность темы не только для Российской Федерации как государства, принимающего инвестиции, но и для российских инвесторов, которые используют международные инвестиционные арбитражи для защиты своих прав и интересов. Таким образом, становится понятно, что вопрос оценки суммы компенсации приобрел для Российской Федерации, ее физических и юридических лиц не только теоретическое, но и практическое значение.

Степень научной разработанности темы. Характеризуя степень научной разработанности темы, следует признать, что компенсация как одна из форм возмещения вреда за совершение международно-противоправного деяния и соответствующая международная практика ее расчета и присуждения специально не исследовались в отечественной науке. Отдельные вопросы, касающиеся проблематики настоящего диссертационного исследования, нашли свое отражение в трудах целого ряда как отечественных, так и зарубежных ученых. Общие вопросы компенсации в международном праве исследовались в трудах таких известных российских ученых как Богуславский М.М., Вадапалас В.А., Василенко В.А., Верещетин В.С., Дмитриева Г.К., Колосов Ю.М., Левин Д.Б., Лукашук И.И., Шумилов В.М. и др. Из зарубежных юристов-международников следует выделить работы таких юристов, как Анцилотти Д.,

⁴ RosInvestCo UK Ltd. v. The Russian Federation, SCC Case No. Arb. V079/2005, Final Award, 12 September 2010. - Mode of access: <http://italaw.com/documents/RosInvestCoAward.pdf>.

⁵ Более подробно см.: Рачков И., Новикова Е. Свежее решение Арбитражного института Стокгольмской торговой палаты по делу RosInvestCo UK Ltd. против России / И. Рачков, Е. Новикова // Корпоративный юрист. -2011. - № 3. - С. 53- 58.

⁶ Mobile Mobile TeleSystems OJSC v. Republic of Uzbekistan. – ICSID Case No. ARB(AF)/12/7. - Mode of access: <https://icsid.worldbank.org/ICSID/FrontServlet>.

Броунли Я., Дольцер Р., Дуглас З., Жюйар П., Карро Д., Кассезе А., Кроуфорд Дж., Симма Б., Сорнараджа М., Шройер К.

Теоретическая основа исследования. При проведении диссертационного исследования по обозначенной теме соискатель опирался на основные теоретические разработки следующих отечественных юристов-международников: Вельяминов Г.М., Вылегжанин А.Н., Богуславский М.М., Лабин Д.К., Лукашук И.И., Рипинский С.Ю., Фархутдинов И.З. Более подробный анализ темы содержится в работах зарубежных юристов-международников: Вельде Т., Кантор М., Марбё И., Сабахи Б., Сорнараджа М., Шройер К.

Исследование проблем международно-правового регулирования выплаты компенсации в международных инвестиционных спорах невозможно осуществить без изучения экономической научной литературы. В этой связи были использованы работы следующих отечественных и зарубежных авторов: Бишоп Д.М., Брейли Р., Волков А.С., Кейнс Дж. М., Ковалев В.В., Майерс С., Познер Р., Стиглиц Дж., Щербаков В.А., Эванс Ф.Ч. Кроме того, в работе дается обширный анализ практики судебных и арбитражных решений по инвестиционным спорам и международных договоров в области инвестиционной деятельности.

Цель и задачи исследования. Целью исследования является выявление специфики расчета и присуждения компенсации при разрешении международных инвестиционных споров.

В соответствии с этой целью поставлены следующие теоретические **задачи**:

- проанализировать различные подходы к определению содержания термина «компенсация», выработанные в международной практике;
- выявить значение компенсации как формы возмещения вреда в международных инвестиционных спорах и ее место в системе их разрешения;
- рассмотреть формы вмешательства государства в деятельность инвесторов и причинно-следственную связь между причинением вреда и выплатой компенсации;
- проанализировать основания выплаты компенсации в международных инвестиционных спорах;
- исследовать подходы к оценке компенсации в международной практике и связанные с этим вопросы на примере судебных и арбитражных решений в этой области;
- проанализировать отдельные вопросы выплаты компенсации на основе обобщения конкретных примеров судебных и арбитражных разбирательств международных инвестиционных споров.

Объектом исследования выступают общественные отношения, возникающие в процессе расчета и выплаты компенсации при разрешении международных инвестиционных споров.

Предметом исследования являются международно-правовые нормы, регулирующие вопросы выплаты компенсации при разрешении международных инвестиционных споров и содержащиеся в двусторонних и многосторонних инвестиционных договорах и в обычном праве, международная судебная и арбитражная правоприменительная практика, которая формирует принципы присуждения компенсации в этой области, а также научные труды юристов-международников и экономистов в указанной сфере.

Нормативно-правовая и эмпирическая основы исследования. При выполнении работы были использованы общенаучные методы исследования: историко-правовой, системный, сравнительно-правовой, формально-логический. Выводы диссертационного исследования основаны, прежде всего, на анализе международно-правовых норм, регулирующих вопросы выплаты компенсации в международных инвестиционных отношениях, обширной международной судебной и арбитражной правоприменительной практики, научных работах юристов-международников и экономистов в области экономического анализа права и выплаты компенсации. В связи с отсутствием официального перевода большинства из указанных источников автор самостоятельно произвел перевод англоязычного текста и юридической терминологии, содержащейся в указанных документах.

Научная новизна исследования. Работа является первым в отечественной науке международного права комплексным исследованием вопроса расчета и выплаты компенсации в международных инвестиционных отношениях. При отмеченной выше актуальности проблема компенсации недостаточно разработана в российской международно-правовой науке. При этом активное развитие международно-правовых норм о компенсации в международном праве применительно к инвестиционной деятельности государств требует целостного научного обобщения. Это также важно в контексте увеличения нормативного регулирования в указанной сфере и постоянно усложняющейся практики международного экономического и инвестиционного сотрудничества. Впервые на уровне диссертации проанализированы способы оценки компенсации международными судами, обширная судебная и арбитражная практика в данной области.

Положения, выносимые на защиту. Новизна диссертационного исследования раскрывается в следующих основных положениях, которые выносятся на защиту:

1. Проведенный диссертантом анализ международной судебной и арбитражной практики в области международных инвестиционных отношений позволяет сделать вывод о том, что международное право становится эффективным правовым инструментом по защите прав иностранного инвестора, нарушенных принимающим государством, только тогда, когда в ходе разбирательства учитываются экономические реалии дела, прежде всего, в вопросе экономической оценки компенсации. Такой подход подразумевает учет экономической логики

и практики в юриспруденции, способствует оценке экономических и социальных последствий юридических решений и позволяет приводить применение международного права в соответствие с экономической действительностью.

2. Основываясь на исследовании практического опыта выплаты компенсации в международных инвестиционных спорах, а также на анализе международно-правовых норм, автор констатирует, что различные подходы к определению и использованию термина «компенсация» в международном праве обуславливают невозможность установить общие принципы или методологию, которые бы широко признавались при рассмотрении вопросов ее присуждения.

3. В соответствии с проведённым исследованием установлено, что при выборе формы возмещения вреда в международных инвестиционных отношениях необходимо учитывать особенности конкретного разбирательства и потребности потерпевшей стороны. В этой связи отмечается, что компенсация, являясь на практике наиболее распространенной формой возмещения вреда, выступает лишь в качестве одного из способов осуществления обязанности полного возмещения вреда (наряду с реституцией и сатисфакцией), вытекающего из ответственности государства за международно-противоправное деяние.

4. На основе изучения международно-правовых норм, регулирующих вопросы выплаты компенсации при разрешении международных инвестиционных споров, международной судебной и арбитражной правоприменительной практики, а также научных подходов юристов-международников и экономистов в указанной сфере, автор делает вывод о том, что судам и арбитражным трибуналам при вынесении решения по вопросам присуждения компенсации следует различать:

- 1) формы государственного вмешательства в деятельность инвестора;
- 2) причинно-следственную связь между причинением вреда и выплатой компенсации;
- 3) основания для выплаты компенсации.

Диссертантом также выявлено, что вопросы смягчения ущерба и нанесения его по неосторожности являются факторами, которые могут приниматься судом (далее - арбитраж, трибунал) во внимание для уменьшения подлежащей выплате суммы компенсации, однако в текущий момент они не получают широкого применения на практике.

5. Анализ международной судебной и арбитражной практики свидетельствует о том, что в международных инвестиционных спорах не существует единого подхода к оценке компенсации. В исследовании подчеркивается, что это придает процессу гибкость, но в то же время ставит проблему его выбора в каждом конкретном случае. Подход к оценке является своеобразной экономической моделью, которая по своей природе не может полностью отражать действительность в силу заложенных ограничений. Диссертант отмечает, что

определение суммы компенсации осуществляется на основе одного из трех ключевых подходов к ее оценке (рыночный, доходный или затратный). Каждый из этих подходов к оценке базируется на ряде специфических принципов, устанавливающих сферу его применения. В частности, рыночный подход основан на принципах, связанных с функционированием рынка, концепция дохода в оценке отражает позицию пользователя имущества, а затратный подход отражает принципы, связанные, в первую очередь, с затратами по созданию объекта.

6. Диссертант делает вывод о том, что в контексте современного экономического порядка тенденция к определению конкретной суммы компенсации, которую сторона может получить по итогам судебного (арбитражного) разбирательства, нашла свое отражение в том, что выплата компенсации в международных инвестиционных спорах сопровождается рассмотрением большого количества сопутствующих вопросов, которые определяют окончательную сумму выплаты пострадавшей стороне: присуждение истцу процентов на основную сумму долга при задержке в выплате компенсации, компенсация «побочных расходов», возмещение морального ущерба и др.

7. Диссертант считает, что государствам следует более активно использовать предоставленную им свободу согласования двусторонних и многосторонних международных договоров о взаимной защите и поощрении иностранных инвестиций (капиталовложений) в целях восполнения пробелов в области расчета и выплаты компенсации при разрешении международных инвестиционных споров. В качестве предложения по совершенствованию международно-правовой практики Российской Федерации в данной области рекомендуется включать в содержание ее двусторонних и многосторонних соглашений о взаимной защите и поощрении иностранных инвестиций следующие положения:

- о порядке выбора способа (-ов) оценки подлежащей выплате компенсации;
- об определении размера, условий или порядка выплаты компенсации;
- о порядке расчета и выплаты процентов на основную сумму долга;
- о порядке расчета и выплаты компенсации за побочные расходы;
- о введении требования об исчерпании иностранным инвестором внутренних средств судебной защиты перед инициированием международных судебных или арбитражных разбирательств.

Научная и практическая значимость полученных результатов заключается в том, что общетеоретические выводы и практические рекомендации могут быть использованы для дальнейшего изучения и разработки вопросов международно-правового регулирования иностранных инвестиций, а также при разрешении международных инвестиционных споров с участием Российской Федерации или российских инвесторов. Материалы работы можно использовать также при чтении лекций по курсам «Международное экономическое право» и

«Мирные средства разрешения международных споров» в высших учебных заведениях, при подготовке соответствующей учебной и учебно-методической литературы.

Апробация результатов исследования. Диссертация подготовлена, обсуждена и одобрена на заседании кафедры международного права МГИМО (У) МИД России. Основные положения исследования апробированы автором в докладе на заседании Аналитического центра при Правительстве Российской Федерации на тему «Мировая практика урегулирования международно-экономических споров» в 2014 г. Отдельные результаты исследования были использованы в учебном процессе при проведении занятий по курсам «Международное право» и «Международное экономическое право» на международно-правовом факультете МГИМО (У) МИД России. Основные положения и выводы диссертационного исследования нашли отражение в научных статьях автора в ведущих российских юридических журналах, рекомендованных Высшей аттестационной комиссией Министерства образования и науки Российской Федерации.

Структура диссертации соответствует целям и задачам исследования. Диссертация состоит из введения, четырех глав, заключения и списка использованной литературы.

I. ОСНОВНОЕ СОДЕРЖАНИЕ РАБОТЫ

Во **введении** обосновывается актуальность темы диссертации, анализируется степень её разработанности, ставятся основные цели и задачи исследования, определяются его объект, предмет, нормативно-правовая и эмпирическая основы исследования, аргументируется научная новизна, излагаются основные положения, выносимые на защиту, а также раскрывается научная и практическая значимость результатов диссертационного исследования.

Первая глава – «Регулирование вопроса компенсации в международном праве» состоит из четырех параграфов.

В первом параграфе «Компенсация и применимые источники международного экономического права: исходные констатации» рассматриваются вопросы источников международного экономического права в части присуждения компенсации. Указывается, что, несмотря на специфику международного экономического права, в формально-юридическом смысле его источники такие же, как и в международном публичном праве⁷. Главное в его содержании составляют обычные и договорные нормы. Профессоры Вылегжанин А.Н. и Каламкарян Р.А. отмечают, что «международное обычное право и международное договорное право равнозначимы и взаимосвязаны. В их взаимодействии и взаимодополняемости

⁷ Вельяминов Г.М. Международное экономическое право и процесс. Академический курс / Г.М. Вельяминов. – М.: Волтерс Клувер, 2004. – С. 79.

обеспечиваются стержневые функции международного права»⁸. При этом в области международного экономического права, сравнительно молодой отрасли международного права, международный договор все же является основным источником. Ссылаясь на известного юриста-международника Броунли Я. (Великобритания), профессор Вельяминов Г. М. отмечает, что международный обычай «играет лишь ограниченную роль в области регулирования международных экономических отношений, так как поддержание стандартов международной политики – это не та проблема, к которой можно просто подойти через обычное право»⁹. В параграфе также делается вывод о том, что учет экономического подхода в юриспруденции представляет собой серьезный инструмент анализа широкого круга правовых вопросов и является фактически необходимым в областях права, которые непосредственно регулируют сферу экономических отношений, к которым относится, в том числе, и международное право.

Второй параграф – «Вопросы юридической терминологии в области компенсации» демонстрирует, что правовые термины, используемые в контексте компенсации, имеют разное значение в зависимости от языка и конкретной правовой системы.

Отдельное внимание уделяется вопросу лингвистических особенностей перевода термина «компенсация». В русском языке употребляется термин «компенсация». В английском же языке используют два термина: «damages» и «compensation». Традиционно под «damages» понимают убытки. Взыскание убытков применяется в делах, которые включают незаконные деяния, включая нарушения международного права. В решении по делу о фабрике в Хожуве Постоянная палата международного правосудия (далее - ППМП) отметила, что любое нарушение обязательства (англ.: engagement) влечет за собой обязанность возместить вред¹⁰. ППМП указала на то, что «основной принцип, который содержится в понятии «незаконный акт» ... заключается в том, что возмещение должно, насколько это возможно, ликвидировать все последствия незаконного деяния и восстановить ситуацию, которая бы существовала, если бы этот акт не был совершен»¹¹. Обязанность возместить убытки (реальный ущерб и упущенную выгоду) возникает вследствие нарушения государством его обязательства по международному праву или контракту с инвестором. Термин же «compensation» относится к правомерным последствиям осуществления государством своих суверенных прав, в частности, праву экспроприировать иностранную собственность в публичных интересах.

⁸ Вылегжанин А. Н., Каламкарян Р. А. Международный обычай как основной источник международного права / А. Н. Вылегжанин, Р. А. Каламкарян // Государство и право. - 2012. - № 6. - С. 87.

⁹ Вельяминов Г.М. Международное экономическое право и процесс. Академический курс / Г.М. Вельяминов. – М.: Волтерс Клувер, 2004. – С. 99.

¹⁰ Case concerning the Factory at Chorzow (Germany v. Poland). - Judgment, 1928. - PCIJ, A/17 1928. - Mode of access: http://www.worldcourts.com/pcij/eng/decisions/1927.07.26_chorzow.htm.

¹¹ Там же.

В решении по делу «Southern Pacific Properties (Middle East) Ltd.» против Арабской Республики Египет¹² арбитраж установил, что «...истец хочет получить компенсацию за законную экспроприацию, а не возмещение за вред, причиненный таким незаконным действием, как нарушение договора. Главный пункт, который необходимо учитывать при определении подходящей компенсации, заключается в том, что в то время, как договоры больше не могут быть исполнены, истец уполномочен на получение справедливой компенсации за то, что было экспроприровано, нежели за убытки вследствие нарушения контракта»¹³. В другом деле «LG&E» против Аргентины арбитраж отметил, что следует различать «компенсацию» как следствие законного деяния и «убытки» (англ.: damages) как следствие противозаконного деяния¹⁴. Причинение убытков в целом рассматривается в качестве правовой обязанности оплатить жертве незаконного акта наносящие вред последствия (англ.: detrimental consequences)¹⁵.

В Статьях об ответственности государств за международные противоправные деяния Комиссия международного права ООН не проводит такого различия. В частности, в ст. 34 указано, что компенсация является одной из форм возмещения вреда. Из ст. 31 документа также следует, что на государстве лежит обязанность по полному возмещению вреда, причиненного международно-противоправным деянием государства¹⁶. Становится понятно, что Комиссия международного права ООН выступила за более широкое понимание термина «компенсация».

В третьем параграфе – «Компенсация и иные формы возмещения вреда в международных инвестиционных спорах» анализируется вопрос выбора формы возмещения вреда, причиненного международно-противоправным деянием.

В ст.34 Статей об ответственности государств за международно-противоправные деяния установлено, что «полное возмещение вреда, причиненное международно-противоправным деянием, осуществляется в форме реституции, компенсации и сатисфакции, будь то отдельно или в сочетании, в соответствии с положениями настоящей главы»¹⁷. Таким образом, полное возмещение вреда может быть обеспечено в отдельных случаях и за счет сочетания различных форм возмещения.

¹² Southern Pacific Properties (Middle East) Limited vs. the Arab Republic of Egypt, Award, May 20, 1992. - ICSID Case №ARB/84/3. - Mode of access:

http://icsid.worldbank.org/ICSID/FrontServlet?requestType=CasesRH&actionVal=showDoc&docId=DC671_En&caseId=C135.

¹³ Там же.

¹⁴ LG&E Energy CorC., LG&E Capital CorC. and LG&E International InC. v. Argentina, Award, July, 25, 2007. - ICSID Case №ARB/02/1. - Mode of access:

http://icsid.worldbank.org/ICSID/FrontServlet?requestType=CasesRH&actionVal=showDoc&docId=DC786_En&caseId=C208.

¹⁵ Wälde T.W., Sabahi B. Compensation, Damages and Valuation in International Investment Law / Wälde T.W., Sabahi B. // Transnational Dispute Management Journal. - 2007. - №7. - П. 2.

¹⁶ Статьи об ответственности государств за международно-противоправные деяния. [Электронный ресурс]. - Mode of access: http://www.un.org/ru/documents/decl_conv/conventions/pdf/intorg_responsibility.pdf.

¹⁷ Там же.

В решении по делу о фабрике в Хожуве ПММП рассматривала реституцию в качестве основной формы возмещения вреда, а денежную компенсацию – в качестве дополнительной, когда прямая реституция была невозможна¹⁸. Данная позиция нашла подтверждение в Статьях об ответственности государств за международно-противоправные деяния. Статья 36 документа определяет, что «государство, ответственное за международно-противоправное деяние, обязано компенсировать ущерб, причиненный таким деянием, насколько такой ущерб не возмещается реституцией»¹⁹.

Однако практика разрешения международных инвестиционных споров демонстрирует, что применение реституции в международных инвестиционных спорах довольно ограничено, особенно при экспроприации. В таких случаях предпочтительнее выглядит компенсация. Дело в том, что часто требование о реституции не отвечает интересам истца. В тех ситуациях, когда истец намерен покинуть страну-реципиента инвестиций, денежная компенсация выглядит предпочтительнее. В деле «Libyan American Oil Company (LIAMCO)» против Ливии арбитраж сделал вывод о том, что реституция является общим принципом права (англ.: general principle of law), который не противоречит принципу суверенитета, если государство вступило в концессионные отношения. Однако, учитывая возможность возникновения проблем с обеспечением исполнения решения государством, истцу была присуждена компенсация²⁰.

Учитывая данные ограничения, приходится констатировать, что реституция на практике используется довольно редко. Такой позиции, в частности, придерживается профессор Лукашук И.И., который отмечает, что, когда возникает вопрос о реституции, она нередко оказывается либо невозможной, либо не обеспечивает полное возмещение²¹. Таким образом, компенсация в международных инвестиционных отношениях выступает не столько в качестве дополнения к реституции, сколько как самостоятельная форма возмещения вреда.

В четвертом параграфе «Конкретный и абстрактный подходы к оценке компенсации» рассматривается вопрос о том, как различия между компенсацией и убытками влияют на подходы при оценке выплат, причитающихся иностранному инвестору от государства. В работе выделяются два подхода к оценке: конкретный и абстрактный.

Вышеназванные способы могут удачно дополнять и контролировать друг друга. Так, абстрактный способ может быть критерием правильности суммы компенсации в случае недостаточности информации. При этом важно подчеркнуть, что ни принцип полного

¹⁸ Case concerning the Factory at Chorzow (Germany v. Poland). - Judgment, 1928. - PCIJ, A/17 1928. - Mode of access: http://www.worldcourts.com/pcij/eng/decisions/1927.07.26_chorzow.htm.

¹⁹ Статьи об ответственности государств за международно-противоправные деяния. [Электронный ресурс]. - Mode of access: http://www.un.org/ru/documents/decl_conv/conventions/pdf/intorg_responsibility.pdf.

²⁰ Libyan American Oil Company (LIAMCO) v. The Libyan Arab Republic, Ad Hoc Tribunal (Draft Convention on Arbitral Procedure, ILC 1958), Arbitral Award, April 12, 1977. - Mode of access: <http://www.trans-lex.org/261400>.

²¹ Лукашук И.И. Право международной ответственности / И.И. Лукашук // Москва. - Волтерс Клувер. - 2004. – С. 217.

возмещения вреда, ни концепция справедливой рыночной цены не предусматривают автоматически выбор способа оценки объекта.

Вторая глава «Международно-правые аспекты выплаты компенсации» состоит из пяти параграфов.

В первом параграфе – «Формы вмешательства государства в деятельность инвесторов» рассматриваются наиболее распространенные формы государственного вмешательства в деятельность инвесторов: нарушения прав собственности инвестора, прав инвестора по контрактам, управленческой деятельности компаний, вопросы выдачи лицензий, разрешений и налогообложения в отношении конкретного инвестора, изменения государством нормативно-правовой базы. Делается вывод о том, что перечень таких категорий дел не является исчерпывающим и может включать иные формы. Как показывает практика, реальные ситуации могут включать одновременно несколько категорий вмешательства.

Во втором параграфе – «Причинно-следственная связь между причинением вреда и выплатой компенсации» демонстрируется, что выплата компенсации напрямую зависит от причинной связи между противоправным деянием и причинением вреда. Объектом возмещения является вред, возникший в результате совершения противоправного деяния и относящийся к нему, а не какие-либо другие последствия, вытекающие из совершения международно-противоправного деяния²².

В третьем параграфе «Основания для компенсации» анализируются три вида оснований для предъявления иска о выплате компенсации: экспроприация, нарушение международного права, не связанное с экспроприацией, а также нарушение контракта.

«Экспроприация». В данной части исследования дается краткая характеристика вопросов защиты иностранной собственности и использования различных терминов в этой связи. Отдельно подчеркивается, что особенностью последних десятилетий является более активное применение не прямых, а косвенных форм принудительного изъятия иностранной собственности. С принятием большого количества двусторонних и многосторонних международных договоров о защите и поощрении инвестиций, которые содержат довольно подробные положения касательно компенсации на случай экспроприации, вопрос определения суммы, которую должен получить иностранный инвестор в этом случае, стал менее напряженным.

«Законная и незаконная экспроприация». Различие между законной и незаконной экспроприацией имеет не только теоретическое, но и практическое значение. В деле о фабрике

²² Комментарии к Статьям об ответственности государств за международно-противоправные деяния, С. 230. [Электронный ресурс]. - Официальный сайт Организации Объединенных Наций. – Режим доступа: <http://untreaty.un.org/ilc/reports/2001/2001report.htm>.

в Хожуве ПМПП подчеркнула недопустимость того, чтобы законное и незаконное поведение приводили к одинаковым правовым последствиям. Положения договоров, которые регулируют выплату компенсации и устанавливают ее условия, относятся только к законной компенсации. В этой связи делается вывод о том, что компенсация за незаконную экспроприацию регулируется не инвестиционными договорами, а обычным международным правом об ответственности государств за международные противоправные деяния. Данная позиция аргументируется решениями трибуналов по конкретным делам, в которых был применен данный подход²³. В деле «Compañía de Aguas del Aconquija S.A. and Vivendi Universal S.A.» против Аргентины арбитражный трибунал установил, что международный договор Аргентины содержит нормы о компенсации только за законную компенсацию. Поэтому трибунал основывал свое решение на нормах обычного международного права, как это отражено в решении по делу о фабрике в Хожуве и в ст.36 Статей об ответственности государств за международно-противоправные деяния. При этом трибунал не объяснил различия между нормами договора и обычного права, лишь указав, что обычное право предоставляет «более высокую степень возмещения вреда», чем договор²⁴.

Однако на практике трибуналы часто не проводят различия между законной и незаконной экспроприацией и применяют положения договора даже несмотря на то, что экспроприация могла быть незаконной. Наиболее рациональным способом является прибегнуть к конкретным нормам, предписывающим определенный стандарт компенсации (в отличие от норм обычного международного права), посредством заключения международных договоров.

«Нарушение международного права». Диссертант рассматривает обязанность ответчика по делу произвести компенсацию вследствие неправомерного поведения. В ст. 31 Статей об ответственности государств устанавливается, что «ответственное государство обязано предоставить полное возмещение вреда, причиненного международно-правовым деянием»²⁵.

Как показывает практика, в делах, не связанных с экспроприацией, для трибунала на первое место выходит оценка убытков инвестора, нежели конкретный вид нарушенного обязательства. Их сумма в денежной форме становится определяющей при присуждении суммы компенсации. Широкий перечень методологий для подсчета суммы компенсации в делах, не связанных с экспроприацией, свидетельствует об отсутствии единого подхода, который мог бы быть применен во всех случаях. Вполне логично, что в будущем трибуналы будут

²³ Ripinsky S. Damages in International Investment Law / Ripinsky S.// London. - British Institute of International and Comparative Law. - 2008. – P.84.

²⁴ Compañía de Aguas del Aconquija and Vivendi v. Argentina, Decision on Annulment, August, 20, 2007. – ICSID Case №ARB/97/3. - Mode of access: http://www.biicl.org/files/3904_2007_vivendi_v_argentina.pdf.

²⁵ Статьи об ответственности государств за международно-противоправные деяния, ст.31. [Электронный ресурс]. - Mode of access: http://www.un.org/ru/documents/decl_conv/conventions/pdf/intorg_responsibility.pdf.

разрабатывать и иные способы покрытия убытков истцов, учитывая конкретные обстоятельства дел.

«Множественные нарушения инвестиционного договора». В некоторых делах можно найти более чем одно нарушение международного договора. Трибуналы в таких случаях, как правило, выступают против присуждения компенсаций за отдельные нарушения соглашения. В делах, в которых одним из нарушений является экспроприация, большинство трибуналов выступают за применение мер в делах об экспроприации. В деле «СМЕ Czech Republic B.V. (The Netherlands)» против Чешской Республики на рассмотрение трибунала были вынесены вопросы незаконной экспроприации и нарушения ДИД. Трибунал посчитал, что справедливая рыночная стоимость инвестиций истца является подходящей суммой компенсации²⁶. В этом деле трибунал приравнял стандарт справедливой рыночной стоимости к формуле, которая содержится в ДИД: любые меры, которые лишают инвестора инвестиций, должны сопровождаться выплатой справедливой компенсации (англ.: just compensation). Аналогичный подход применяется и в делах о нескольких нарушениях положений международных договоров, не связанных с экспроприацией. Сам факт множественного нарушения такого договора, как правило, не влияет на сумму компенсации. Одной из целей такого подхода, как отметил трибунал в деле «S.D. Myers, Inc.» против Канады, является исключение взыскания убытков, превышающих размер ущерба (англ.: double recovery)²⁷.

«Нарушение инвестиционного контракта». Диссертант рассматривает вопрос нарушения контрактов между иностранными инвесторами и принимающим инвестиции государством. Отмечается, что в настоящее время в большинстве контрактов содержится положение о применимом праве, которое определяет применимое материальное право в случае нарушения контракта.

«Полное возмещение вреда». В ст. 31 Статей об ответственности государств за международно-противоправные деяния установлено, что «ответственное государство обязано предоставить полное возмещение вреда, причиненного международно-правовым деянием»²⁸. «Вред» при этом включает «любой ущерб, материальный или моральный, нанесенный международно-противоправным деянием государства»²⁹. Далее указывается, что такое ответственное государство «обязано компенсировать ущерб, причиненный таким деянием, насколько такой ущерб не возмещается реституцией». Компенсация охватывает любой

²⁶ CME Czech Republic B.V. (The Netherlands) v. The Czech Republic, UNCITRAL, Partial Award of September 13, 2001. - Mode of access: http://www.biicl.org/files/3919_2003_cme_v_czech_republic.pdf.

²⁷ S.D. Mayers v. Canada, Award, October, 21, 2002. – NAFTA ad hoc Tribunal under UNCITRAL Arbitration Rules. - Mode of access: http://www.biicl.org/files/3921_2002_sd_mayers_v_canada.pdf.

²⁸ Статьи об ответственности государств за международно-противоправные деяния. [Электронный ресурс]. - Mode of access: http://www.un.org/ru/documents/decl_conv/conventions/pdf/intorg_responsibility.pdf.

²⁹ Там же.

исчислимый в финансовом выражении ущерб, включая упущенную выгоду, насколько она установлена.³⁰ В комментариях к Статьям об ответственности государств за международно-противоправные деяния отдельно отмечается, что формулировка «исчислимый в финансовом выражении» использована специально для того, чтобы исключить компенсацию «за то, что иногда называют «моральным ущербом» государству, т.е. оскорбление (англ.: affront) или вред (англ.: injury), нанесенный в результате нарушения прав, не связанных с фактическим ущербом имуществу или людям. Компенсация за такой «моральный ущерб» является предметом сатисфакции, который регулируется отдельной статьей³¹. Профессор Лукашук И.И. считает, что компенсация «не должна служить инструментом мести и наказания. Ее цель – служить средством укрепления международного правопорядка и содействия стабильности в международных отношениях»³².

«Одновременное нарушение контрактных и договорных обязательств». Диссертант анализирует случаи одновременного нарушения контрактных и международных норм. Широко признается, что нарушение контракта как такового не является нарушением международного права³³. При этом практика арбитражных трибуналов показывает³⁴, что довольно часто подсчет суммы компенсации они предпочитают производить на основании нарушения контрактных обязательств.

Четвертый параграф «Дата оценки объекта компенсации» посвящен анализу выбора даты оценки объекта компенсации.

В период между событием, которое дает основание для предъявления иска на получение компенсации, и присуждением компенсации проходит определенное время. По этой причине на практике возникают вопросы выбора точной даты для оценки объекта. Это обусловлено следующими факторами. Во-первых, стоимость инвестиций оценивается на основании информации, доступной на конкретный момент времени и меняется при обнаружении новых данных. Во-вторых, инвестиции оцениваются как существующие на тот момент времени, а последующие инвестиции не учитываются при их оценке. В-третьих, дата оценки выступает отправной точкой для подсчета процентов³⁵. При рассмотрении данного вопроса важно разграничивать дату оценки объекта в делах, касающихся экспроприации, нарушения

³⁰ Там же.

³¹ Комментарии к Статьям об ответственности государств за международно-противоправные деяния, С. 230. [Электронный ресурс]. - Официальный сайт Организации Объединенных Наций. – Режим доступа: <http://untreaty.un.org/ilc/reports/2001/2001report.htm>.

³² Лукашук И.И. Право международной ответственности / И.И. Лукашук // Москва. - Волтерс Клувер. - 2004. – С.228.

³³ Marboe I. Oxford International Arbitration Series. Calculation of Compensation and Damages in International Investment Law Oxford University Press, 2009. - P.3.226.

³⁴ См. там же P.3.230.

³⁵ Ripinsky S. Damages in International Investment Law / Ripinsky S. // London. - British Institute of International and Comparative Law. - 2008. – P.243.

международного права, не связанного с экспроприацией, и нарушения положений контракта.

В пятом параграфе «Вопросы компенсации при смягчении и усугублении вреда» рассматриваются случаи, когда сторона не приняла необходимые меры для смягчения ущерба или допустила его нанесение по неосторожности. Данные факторы могут приниматься арбитражем во внимание для уменьшения подлежащей выплате суммы компенсации. При этом практика деятельности арбитражей свидетельствует о том, что они используют критерии для уменьшения суммы компенсации крайне осторожно.

Третья глава «Способы оценки компенсации в международных инвестиционных отношениях» состоит из трех параграфов.

В первом параграфе третьей главы «Рыночный подход» рассмотрены особенности применения на практике рыночного подхода к оценке размера компенсации. Он является наиболее предпочтительным способом оценки в случае развитого рынка предмета оценки и наличия его аналогов. При наличии условий для использования данного подхода возникает возможность получить оценку компенсации, которая максимально приближена к справедливой рыночной стоимости. Однако уникальность большинства объектов оценки накладывает существенные практические ограничения на использование рыночного подхода на практике. В зависимости от особенностей предмета оценки могут применяться различные методы в рамках рыночного подхода (метод рынка капитала, метод предыдущих сделок, метод на основе предложений о покупке, метод на основе сделок по покупке частей).

Метод рынка капитала. Диссертант исследует особенности использования рыночной капитализации оцениваемой компании или ее аналогов для определения размера компенсации. В деле «Enron Corporation and Ponderosa Assets, L.P.» против Аргентины³⁶ ответчик поддерживал оценку компании на основании стоимости акций компании на бирже (котировались на биржах в Нью-Йорке и Буэнос-Айресе). Однако трибунал, приняв точку зрения истца, постановил, что в случаях неликвидных рынков или ограниченности объема сделок капитализация рынка может демонстрировать искаженные оценочные данные. При подсчетах трибунал использовал рыночную капитализацию лишь для подтверждения результатов других подходов в качестве исходной величины, а не инструмента оценки как такового³⁷. Метод рынка капитала не является универсальным в силу ограничений рынка капитала, среди которых неликвидность рынка в отдельные периоды времени, сложность оценки уникальных активов при отсутствии репрезентативной выборки аналогов, сложность ретроспективной оценки, что позволяет оценивать только действующие предприятия. Тем не

³⁶ Enron Creditors Recovery Corporation and Ponderosa Assets, L.C.v. Argentina; Sempra Energy International v. Argentina, Decision on Annulment, June, 29, 2010. – ICSID Case №ARB/02/16. - Mode of access: <http://italaw.com/documents/EnronAnnulmentDecision.pdf>.

³⁷ Там же.

менее, метод оценки на основе рыночной капитализации может использоваться для получения качественной базы для оценки, которая должна корректироваться в дальнейшем через использование иных методов или подходов к оценке.

Предыдущие сделки в отношении права собственности на предмет оценки. В данном случае анализируется цена приобретения контрольного пакета акций компании, которая является предметом оценки, или сопоставимых предприятий. При этом источником информации является рынок слияний и поглощений, а не фондовый рынок, как в методе рынка капитала. Несмотря на ряд недостатков данного метода, в т.ч. наличие временных разрывов между принятием решения о покупке и фактической сделкой, арбитражная практика показывает, что трибуналы довольно часто рассматривают цену приобретения как основание для определения рыночной стоимости инвестиций.

Предложения о покупке. Анализ посвящен методу оценки компенсации на основании предложений о приобретении инвестиций до их экспроприации. В деле Джеймс Саги и другие против Правительства Исламской Республики Иран³⁸ письменное предложение покупателей о намерении приобрести 45% объекта за пять лет до будущей экспроприации было взято трибуналом за основу оценки рыночной стоимости инвестиций. При этом трибунал отметил, что сумма компенсации должна учитывать влияние инфляции, политические и социально-экономические изменения, которые произошли в стране с момента предложения. В итоге сумма компенсации была лишь незначительно увеличена с 4,75 млн. долларов США (сумма предложения в 1975 г.) до 5,5 млн. долларов США³⁹. Однако в деле «United Painting Co. Inc.» против Правительства Исламской Республики Иран⁴⁰ трибунал посчитал, что цена предложения за компанию истца была завышена, и в итоге снизил сумму компенсации.

Этот метод существенно искажает справедливую рыночную стоимость в большинстве случаев, т.к. не доведенная до конца сделка не прошла рыночные механизмы балансирования позиций продающей и покупающей сторон. Следовательно, цена предложения либо завышает стоимость инвестиций, либо недооценивает компенсацию. В силу указанных причин данный метод оценки редко рассматривается трибуналами в качестве надежного основания для рыночной оценки компенсации.

Покупка частей инвестиций. Автор рассматривает особенности инвестиционных разбирательств, в которых стороны представляют в качестве доказательств покупку (или

³⁸ James M. Saghi, Michael R. Saghi, Allan J. Saghi v. the Government of the Islamic Republic of Iran, Award, January, 12, 1987. - Iran - United States Claims Tribunal, AWD 66-298-2. См.: Adlam J. C., Macglashan M. E., Lauterpacht E. Iran-U.S. Claims Tribunal Reports / Adlam J. C., Macglashan M. E., Lauterpacht E. // Cambridge University Press. - 1988. - P.3-10.

³⁹ Там же.

⁴⁰ United Painting Co. InC. v. the Government of the Islamic Republic of Iran, Award, January, December, 20, 1989. - Iran - United States Claims Tribunal, AWD 458-11286-3. - Mode of access: <http://www.trans-lex.org/230400>.

оферты на приобретение) частей компаний (инвестиций). В деле «CME Czech Republic B.V. (The Netherlands)» против Чешской Республики⁴¹ рассматривался вопрос о том, можно ли использовать стоимость части акций компании для оценки всей компании. Компания «CME» предложила использовать для этой цели 5,8% акций приобретенной ей компании в 1997 г. Она утверждала, что данная цифра могла быть использована для получения стоимости 100% компании «CNTS» в 1997 г. и затем разделена на EBITDA⁴² компании того года для получения мультипликатора. Однако трибунал не принял данную точку зрения, указав, что предложенная цена относилась лишь к небольшому пакету акций, что создавало опасность неточности оценки в случае ошибок сторон. Более того, предложенная цена стала результатом личного решения одного акционера, создав угрозу продажи его пакета «сомнительной третьей стороне». Анализ арбитражной практики показывает, что такие доказательства редко используются арбитрами для оценки суммы компенсации, т.к. использование экстраполяции, которая является основой данного метода, ведет к существенным искажениям справедливой рыночной стоимости.

Второй параграф третьей главы «Доходный подход» освещает особенности и практику применения доходного подхода при оценке суммы компенсации.

Подход представляет собой совокупность методов оценки на основе определения текущей стоимости ожидаемых доходов от объекта оценки. Он позволяет получить оценку, максимально близкую к справедливой рыночной стоимости применительно к действующему предприятию, для которого не существует близких аналогов. Предполагается, что стоимость бизнеса не может быть выше или ниже текущей стоимости будущих денежных доходов, поскольку инвестор, с одной стороны, не будет платить за предприятие больше, чем то, что он сможет получить в будущем, с другой стороны, в общем случае, продавец откажется продавать актив дешевле, чем размер предполагаемых будущих доходов от объекта. Таким образом, приведенная стоимость будущих доходов позволяет оценить равновесную стоимость бизнеса.

Наиболее распространенным методом в рамках доходного подхода является оценка с помощью анализа дисконтированного денежного потока. В деле «Amoco International Finance Corp.» против Правительства Исламской Республики Иран трибунал пошагово разделил его применение на два этапа. Согласно решению, первым шагом по оценке имущества в соответствии с данным методом является проецирование наиболее возможных доходов и расходов предприятия год за годом. Доходы за вычетом расходов дают будущий денежный поток. Второй шаг заключается в дисконтировании предполагаемого чистого денежного потока

⁴¹ CME Czech Republic B.V. (The Netherlands) v. The Czech Republic, UNCITRAL, Partial Award of September 13, 2001. - Mode of access: http://www.biicl.org/files/3919_2003_cme_v_czech_republic.pdf.

⁴² Аналитический показатель, равный объёму прибыли до вычета расходов по уплате налогов, процентов и начисленной амортизации.

на его стоимость в настоящий момент⁴³.

Подробно вопрос об использовании метода дисконтирования денежных потоков был рассмотрен в деле «CMS Gas Transmission Company» против Аргентины⁴⁴. Трибунал отметил, что «существуют два признанных пути оценки стоимости компании и основы ее дисконтированного денежного потока. Можно начать подсчеты с бездолгового денежного потока (до выплаты процентов и погашения задолженности компании), дисконтировать этот поток на средневзвешенную стоимость капитала (англ.: weighted average cost of capital). Результат представляет собой стоимость компании. Затем вычитается стоимость долга, и оставшаяся сумма будет отражать стоимость собственного капитала. В качестве альтернативы можно посчитать сначала денежный поток для собственного капитала (операционный денежный поток за вычетом процентов и платежей по задолженностям), дисконтировать его на стоимость собственного капитала и добавить этот дисконтированный денежный поток компании для установления стоимости собственного капитала (а не компании). Затем, добавив стоимость долга, можно получить стоимость компании»⁴⁵.

Трибуналы крайне редко самостоятельно устанавливают ставку дисконтирования в арбитражных делах. Зачастую ставка определяется на основе предложений со стороны сторон и экспертов, при этом сильное расхождение в оценках экспертов и сторон зачастую становилось основанием для отказа от применения этого метода. Ярким примером данного тезиса является дело «Técnicas Medioambientales Tecmed, S.A.» против Мексики⁴⁶. В нем трибунал, указав на сильные расхождения экспертов в оценке компенсации, отказался применять метод дисконтирования.

Этот метод в течение длительного времени отвергался в практике международных трибуналов, прежде всего, в связи с его экономической сложностью. Тем не менее, в последние годы он получает все большее распространение.

Третий параграф третьей главы «Затратный подход» описывает подход к оценке на основе анализа стоимости свободного от долгов имущества предприятия. Данный подход к оценке удобно применять, если объект оценки не приносит устойчивого дохода или же его нельзя отнести к действующим предприятиям, потому что затратный подход отражает, прежде всего, затраты по созданию данного объекта в прошлом, отраженные в бухгалтерской отчетности. В основе подхода лежит предпосылка о том, что стоимость актива не может быть

⁴³ Amoco International Finance Corp. v. the Government of the Islamic Republic of Iran, Award, July 14, 1987. - Iran-US Claims Tribunal, AWD -310-56-3. - Mode of access: <http://www.trans-lex.org/231900>.

⁴⁴ CMS Gas Transmission Company v. Republic of Argentina, Award, May 12, 2005. – ICSID case № ARB/01/8. - Mode of access: <http://italaw.com/documents/CMSAnnulmentDecision.pdf>.

⁴⁵ Там же.

⁴⁶ Técnicas Medioambientales Tecmed, S.A. v. Mexico, Award, May, 29, 2003. – ICSID Case № ARB (AF)/00/2. – Mode of access: http://www.biicl.org/files/3917_2003_tecmed_v_mexico.pdf.

ниже первоначальных затрат на его создание. Затратный подход позволяет полностью идентифицировать отдельные активы компании, что не дают сделать другие подходы. Однако он не способен учесть потенциал компании по созданию доходов в будущем, занижая тем самым размер компенсации. В рамках подхода выделяет три основных метода (балансовая стоимость, стоимость замещения и ликвидационная стоимость), которые в сущности являются различными интерпретациями подхода к стоимости компании, как разницы между бухгалтерской оценкой активов и обязательств.

Балансовая стоимость предприятия рассчитывается как разница между активами и обязательствами предприятия, зафиксированными в официальной бухгалтерской отчетности. Тем не менее, искажения, которые накладывает данный метод на оценку справедливой стоимости объекта оценки, в частности, занижая ее, привели к частому отказу от применения данного подхода в арбитражной практике. В этой связи интерес представляет дело «Siemens AG» против Аргентины. В нем трибунал установил, что балансовая стоимость может быть использована для оценки компенсации, когда инвестиции были сделаны недавно. Компания «Siemens» считала, что ей полагается возмещение балансовой стоимости инвестиций и упущенной выгоды (в итоге они не были присуждены истцу), рассчитанные на основе цен из контрактов на оказание ее услуг и приведенные к их текущей стоимости. Трибунал назвал такую позицию «необычной». Отдельно было отмечено, что «балансовый способ оценки активов рассматривается как подходящий способ расчета справедливой рыночной стоимости инвестиций, когда не существует рынка экспроприированных активов»⁴⁷.

Под стоимостью замещения понимают денежную сумму, которая требуется для замещения индивидуальных активов предприятия на момент их изъятия⁴⁸. Данный способ представляет наиболее подходящую форму затратного подхода. Он базируется на фактических рыночных ценах, что подтверждается и соответствующем применении этого метода в арбитражной практике. В известном деле о проливе Корфу⁴⁹ Международный Суд применил именно этот метод. Великобритания требовала компенсацию с Албании за вред, причиненный ее кораблям, а также пенсии и другие расходы, связанные с гибелью и ранениями британских военных моряков. Трибунал согласился с оценкой истца и оценил ущерб на основании расходов на ремонт и замену кораблей Великобритании. В отношении корабля «Saumarez» трибунал использовал стоимость замещения корабля на момент его потери. При этом важно подчеркнуть,

⁴⁷ Siemens A.G. v Argentina, Award, January 17, 2007. – ICSID Case №ARB/02/08. - Mode of access: <http://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/ita0790.pdf>.

⁴⁸ World Bank Guidelines on the Treatment of Foreign Direct Investment. - Mode of access: <http://italaw.com/documents/WorldBank.pdf>.

⁴⁹ Corfu Channel (United Kingdom of Great Britain and Northern Ireland v. Albania), ICJ Reports, April 9, 1949. - Mode of access: <http://www.icj-cij.org/docket/files/1/1499.pdf>.

что он присудил истцу сумму немного выше, чем было заявлено со стороны Великобритании, отметив, что он не может присудить больше, чем было заявлено⁵⁰.

Что касается метода ликвидационной стоимости, то он описывает оценку на основе ликвидационной стоимости, которая представляет собой цену, за которую отдельные активы, составляющие предприятие или совокупность этих активов могут быть проданы в случае ликвидации предприятия за вычетом долгов компании. Международная арбитражная практика показывает, что к данному методу обращаются только тогда, когда истец сам ссылается на него в деле в первую очередь в силу того, что этот метод дает нижнюю границу стоимости бизнеса, которая будет ниже справедливой рыночной стоимости объекта оценки. В деле Харольд Бирнбаум против Правительства Исламской Республики Иран⁵¹ арбитраж посчитал, что заявленная истцом сумма равняется ликвидационной стоимости компании.

Затратный подход в целом справедливо применять, когда невозможно рассчитать компенсацию на основе доходного или рыночного подхода, что характерно для прекративших существование предприятий или тех, для которых сложно оценить будущие доходы в силу больших рисков.

Основой для выбора одного из трех ключевых подходов к оценке компенсации являются экономические обстоятельства конкретного дела. Рыночный подход наиболее комплексно отражает интересы всех сторон и позволяет получить максимально приближенную к справедливой рыночной стоимости оценку в случае наличия развитого рынка предмета оценки и его аналогов, но ограничен в силу того, что большинство объектов инвестиций являются уникальными. Доходный подход справедливо применять к действующему предприятию при отсутствии развитого рынка аналогов, что позволяет решить проблему с неприменимостью рыночного подхода для уникальных объектов оценки. Затратный подход применяется по остаточному принципу в случае, когда невозможно предсказать будущие доходы или сравнить предмет оценки с рыночными аналогами, поскольку остается единственной альтернативой, хотя и заведомо занижает сумму компенсации по сравнению со справедливой рыночной стоимостью.

Четвертая глава «Отдельные вопросы выплаты компенсации в международном праве» состоит из пяти параграфов.

⁵⁰ Более подробно см.: Gray D.C. *Judicial Remedies in International Law.* / D.C. Gray // Clarendon Press. - 1990. – P. 84.

⁵¹ Harold Birnbaum v. the Government of the of Iran, Award, July 6, 1993. - Iran - United States Claims Tribunal, AWD 549-967-2. См.: Mohebi M. *The International Law Character of the Iran-United States Claims Tribunal.* / Mohebi M. // Martinus Nijhoff Publishers. - 1999. - P.352.

В первом параграфе четвертой главы «Проценты на основную сумму долга» раскрываются особенности начисления процентов по основной сумме долга при оценке компенсации в международных инвестиционных разбирательствах.

Проценты являются частью выплаты компенсации, а не отдельным средством правовой защиты, что подтверждается ст. 38 «Проценты» Статей об ответственности государств за международно-противоправные деяния. В деле «Compañía de Aguas del Aconquija S.A. and Vivendi Universal S.A.» против Аргентины⁵² трибунал указал, что «обязанность уплатить проценты является утвердившимся правовым принципом», а целью присуждения процентов является «компенсация ущерба, вытекающего из факта, что в течение периода отсутствия платежа (англ.: non-payment) со стороны должника кредитор лишен возможности использовать и распоряжаться суммой, которую он должен был получить»⁵³.

Важным вопросом при начислении процентов является выбор способа исчисления, а именно – использование простых или сложных процентов. В последние годы сложные проценты становятся более популярны, поскольку позволяют оценить компенсацию в более полной мере.

На практике могут быть использованы различные исходные даты исчисления процентов. Так, при экспроприации такой датой, как правило, считается дата экспроприации, реже – дата вынесения решения. В случае нарушения международного права в качестве исходной даты может быть выбрана дата неправомерного акта, дата причинения ущерба, дата заявления об арбитражном разбирательстве или дата нарушения контракта. Дата причинения ущерба рассматривается многими экспертами как наиболее адекватная дата начала периода исчисления процентов. Она является самой ранней из возможных, т.к. обязательства по выплате компенсации не могут возникнуть раньше, чем причинение ущерба. Соответственно, при расчете процентов на основе этой даты будет выплачена наиболее полная компенсация.

Отдельный вопрос представляет собой рассмотрение различий между процентами, начисляющимися в качестве элемента компенсации (предварительные проценты), и процентами, начисляющимися в качестве штрафной меры (последующие проценты). Как правило, трибуналы рассматривали случаи, когда предварительные проценты автоматически становились последующими при несоблюдении сроков уплаты процентных выплат (без перерасчета). Такой подход был применен, например, в деле «СМЕ Czech Republic B.V. (The Netherlands)» против Чешской Республики, где трибунал посчитал, что процентный период со

⁵² Compañía de Aguas del Aconquija and Vivendi v. Argentina, Decision on Annulment, August, 20, 2007. – ICSID Case №ARB/97/3. - Mode of access: http://www.biicl.org/files/3904_2007_vivendi_v_argentina.pdf.

⁵³ Там же.

ставкой 10% годовых должен продолжаться до момента полной выплаты компенсации⁵⁴. Однако в последнее время стали встречаться случаи рассмотрения двух видов процентов по отдельности. Их разграничение позволяет достичь большего единообразия и объективности в судебных и арбитражных разбирательствах, что стимулирует полное возмещение ущерба истцу при выплате компенсации и более последовательному вынесению решений по вопросам установления и выплаты процентов в международных инвестиционных спорах.

Во втором параграфе четвертой главы «Компенсация побочных расходов» рассматривается вопрос компенсации побочных расходов.

В комментариях к Статьям об ответственности государств за международно-противоправные деяния подчеркивается, что «побочные расходы подлежат компенсации, если они были понесены разумным образом для устранения ущерба и иного уменьшения убытков, вызванных нарушением обязательства. Такие расходы могут быть связаны, например, с перемещением персонала, необходимостью хранения товаров или продажей непоставленных товаров в убыток»⁵⁵. Таким образом, побочные расходы включаются в более широкое понятие «исчислимый в финансовом выражении ущерб». В арбитражной практике термин «побочные расходы» употребляется редко. Обычной практикой стало использование конкретных расходов истца, которые бы в совокупности образовывали бы побочные расходы⁵⁶. Как подчеркивает профессор Лукашук И.И., в отношении таких расходов существует четкое правило, согласно которому они компенсируются только при условии, что они были необходимы для устранения ущерба или уменьшения убытков, вызванных противоправным деянием⁵⁷. Таким образом, компенсация побочных расходов предполагает наличие причинной связи между неправомерным поведением государства и причиненным вредом.

Во третьем параграфе четвертой главы «Компенсация упущенной выгоды» изучается вопрос присуждения упущенной выгоды.

Международные трибуналы включают присуждение компенсации за упущенную выгоду в оценку размера компенсации. При этом дается ссылка на дело о фабрике Хожуве, в котором ППМП постановила, что возмещение ущерба потерпевшей стороне должно быть предоставлено не в сумме стоимости имущества в том виде, в каком оно находилось в момент экспроприации, а в сумме стоимости на момент возмещения. Однако делается вывод, что на практике

⁵⁴ CME Czech Republic B.V. (The Netherlands) v the Czech Republic, Permanent Court of Arbitration, Final Award, March 14, 2003. - Mode of access: http://www.biicl.org/files/3919_2003_cme_v_czech_republic.pdf.

⁵⁵ Комментарии к Статьям об ответственности государств за международно-противоправные деяния, С. 268-269. [Электронный ресурс]. - Официальный сайт Организации Объединенных Наций. - Режим доступа: <http://untreaty.un.org/ilc/reports/2001/2001report.htm>.

⁵⁶ Ripinsky S. Damages in International Investment Law / Ripinsky S. // London. - British Institute of International and Comparative Law. - 2008. - P.299.

⁵⁷ Лукашук И.И. Право международной ответственности / И.И. Лукашук // Москва. - Волтерс Клувер. - 2004. - С. 227.

упущенная выгода присуждается не так часто, как компенсация за начисленные убытки. Это объясняется нежеланием судебных органов присуждать компенсацию по требованиям, которые имеют гипотетические элементы⁵⁸. В случае присуждения упущенной выгоды, не должны присваиваться проценты с приносящего прибыль капитала за тот же период времени. Это делается в целях избежания двойного возмещения при одновременном обеспечении полного возмещения⁵⁹.

В четвертом параграфе четвертой главы «Возмещение морального ущерба» анализируется вопрос присуждения компенсации за моральный ущерб в международных инвестиционных отношениях.

Несмотря на то, что данная концепция ущерба имеет гражданско-правовые корни, международное право также допускает такую возможность. Статья 31 Статей об ответственности государств устанавливает обязанность по возмещению как материального, так и нематериального вреда. Вред включает любой ущерб, материальный или моральный, нанесенный международно-противоправным деянием государства⁶⁰. В комментариях к этой статье указывается, что «моральный ущерб охватывает здесь такие понятия, как боль и страдания людей, потерю близких или личное оскорбление, связанное с вторжением в жилище или вмешательство в личную жизнь»⁶¹.

В арбитражной практике к настоящему моменту можно найти всего несколько дел, в которых вопрос возмещения морального ущерба решался положительно для истца. Такая оценка компенсации основывается не на доказанных финансовых убытках и детальном обосновании решения, а скорее на субъективной оценке ситуации арбитрами, что обуславливает отсутствие единообразия по данной проблематике. Единственное, что объединяет дела по в этой области – сумма такой компенсации значительно меньше, чем заявленная сумма⁶².

В пятом параграфе четвертой главы «Практика ссылки на ранее вынесенные решения в международных инвестиционных отношениях» анализируется подход сторон по делу ссылаться на ранее вынесенные решения по инвестиционным спорам.

В международном праве не существует доктрины *stare decisis*. Статья 59 Статута

⁵⁸ Комментарии к Статьям об ответственности государств за международно-противоправные деяния, С. 264-265. [Электронный ресурс]. - Официальный сайт Организации Объединенных Наций. – Режим доступа: <http://untreaty.un.org/ilc/reports/2001/2001report.htm>.

⁵⁹ Там же, С. 268 п. 32.

⁶⁰ Статьи об ответственности государств за международно-противоправные деяния, ст.31. [Электронный ресурс]. - Mode of access: http://www.un.org/ru/documents/decl_conv/conventions/pdf/intorg_responsibility.pdf.

⁶¹ Комментарии к Статьям об ответственности государств за международно-противоправные деяния, С. 228. [Электронный ресурс]. - Официальный сайт Организации Объединенных Наций. – Режим доступа: <http://untreaty.un.org/ilc/reports/2001/2001report.htm>.

⁶² Parish M.T. Nelson A.K., Rosenberg C.B. Awarding Moral Damages to Respondent States in Investment Arbitration – Berkeley Journal of International Law, vol. 29 – P. 233.

Международного суда ООН говорит о том, что «решение Суда обязательно лишь для участвующих в деле сторон и лишь по данному делу». В ст. 38 того же документа особо подчеркивается, что судебные решения являются вспомогательными средствами для определения правовых норм. Однако в свете того, что многие инвестиционные соглашения подробно не рассматривают вопросы компенсации, анализ судебных и арбитражных решений имеет важное значение при изучении данной проблематики.

В юридической литературе выделяется несколько подходов трибуналов и сторон к ссылкам на ранее вынесенные решения. Одна группа трибуналов, не указывая на доктрину прецедента, просто ссылалась на решения при обосновании своей позиции. Другая – прямо соглашалась или не соглашалась с решениями, принятыми другими трибуналами. В последнее время расширяется применение подхода, согласно которому трибуналы посвящают часть своего решения размышлениям об актуальности ранее вынесенных решений. На наш взгляд, важно сохранить правильный баланс между грамотно юридически обоснованными решениями трибуналов, их правильным толкованием и использованием при рассмотрении международных инвестиционных споров и развитии судебной и арбитражной практики в этой области.

В заключении подведены итоги исследования и сформулированы основные обобщающие теоретические выводы и предложения по расчету и выплате компенсации при разрешении международных инвестиционных споров.

Основные положения диссертации отражены в следующих публикациях автора общим объемом 2,8 п.л. Все публикации по теме диссертации.

В журналах из списка, рекомендованного ВАК России:

- 1. Южно А.С. "Зонтичные" оговорки в практике международных арбитражных трибуналов: последние тенденции // Международное публичное и частное право.- 2010. № 5. – 0,8 п.л.**
- 2. Южно А.С. Компенсация как средство правовой защиты в международных инвестиционных отношениях: последние тенденции/Государство и право. - 2012. - № 7. – 0,9 п.л.**
- 3. Южно А.С. Использование простых и сложных процентов при расчете компенсации на основную сумму долга: международно-правовое регулирование // Банковское право.- 2012. № 6 . – 0,6 п.л.**
- 4. Южно А.С. Основания для выплаты компенсации в международных инвестиционных разбирательствах // Международное публичное и частное право. - 2012. № 6. – 0,5 п.л.**

Публикации в прочих изданиях:

5. Действующее международное право. Избранные документы; составители к.ю.н. доцент А.В.Кукушкина А.В., А.С.Юхно; МГИМО (У) МИД России, каф. международного права. – М.: МГИМО-Университет, - 2014. – 562 с. – 32,66 п.л.