

МЕЖДУНАРОДНОЕ ПРАВО

*П. И. Борисенко**

К ВОПРОСУ О ГАРАНТИЯХ ИНОСТРАННЫМ ИНВЕСТОРАМ ПРИ НАЦИОНАЛИЗАЦИИ ПРИНАДЛЕЖАЩЕГО ИМ ИМУЩЕСТВА

Одной из важнейших гарантий, которые может предоставить страна — реципиент иностранных инвестиций, является гарантия неприкосновенности данных инвестиций со стороны государства. В юридической литературе¹ отмечается, что страны, экспортирующие капитал, неизменно выступают за то, чтобы международное право допускало принудительное изъятие иностранной собственности только при условии, если этого требуют «общественные интересы» и за выплату «незамедлительной, достаточной и действительной компенсации».² Что же касается государств — реципиентов капитала, то они выступают за то, чтобы вопросы права собственности были прежде всего прерогативой национального законодательства, которое может допускать изъятие собственности иностранных инвесторов, например, по цене ниже рыночной.

В целом, современное международное право не запрещает государству национализировать, реквизировать или конфисковывать собственность иностранных инвесторов, однако требует, чтобы меры принимались в интересах общества, а не самих «экспроприаторов»; чтобы такие случаи имели исключительный характер и были предусмотрены законодательством страны-реципиента; соблюдался установленный законодательством порядок проведения таких мер; такие меры предпринимались на недискриминационной основе, т. е. в отношении только инвесторов определенной национальности.³

Если обратиться к регулированию этого вопроса в российском законодательстве, то общие положения, затрагивающие вопросы защиты капиталовложений в России, можно найти в Конституции Российской Федерации. Так, в ч. 2 ст. 8 Конституции Российской Федерации указывается на то, что в Российской Федерации признаются

* Борисенко Павел Ильич — аспирант кафедры коммерческого права юридического факультета СПбГУ.

© П. И. Борисенко, 2011

E-mail: tyrshyk@yandex.ru

¹ Фархутдинов И. З. Международное инвестиционное право. М., 2005. С. 259.

² В соответствии с так называемой формулой Халла (впервые была сформулирована в ноте государственного секретаря США Кордэлла Халла мексиканскому правительству в связи с национализацией последнего мексиканской нефтедобывающей промышленности в 1938 г.).

³ Bogdan M. Expropriation in private international law. Lund, 1974. P. 12.

и защищаются равным образом частная, государственная, муниципальная и иные формы собственности. В соответствии с ч. 3 ст. 35 Конституции Российской Федерации никто не может быть лишен своего имущества иначе как по решению суда. Принудительное отчуждение имущества для государственных нужд может быть произведено только при условии предварительного и равноценного возмещения.

Федеральный закон «Об иностранных инвестициях в Российской Федерации» от 9 июля 1999 г. № 160-ФЗ содержит отдельную статью (ст. 8), в соответствии с которой имущество иностранного инвестора или коммерческой организации с иностранными инвестициями не подлежит принудительному изъятию, в том числе национализации, реквизиции, за исключением случаев и по основаниям, которые установлены федеральным законом или международным договором Российской Федерации. Таким образом, в качестве общего принципа российское законодательство закрепляет запрет на принудительное изъятие иностранных инвестиций. Тем не менее изъятия из данного правила возможны, но только в случаях и по основаниям, которые могут быть установлены либо федеральным законом, либо международным договором Российской Федерации.

Среди возможных форм принудительного изъятия иностранных инвестиций Закон об иностранных инвестициях называет национализацию и реквизицию. При этом различие правового регулирования процедуры реквизиции и национализации имущества иностранного инвестора проявляется в том, что при национализации должны возмещаться стоимость национализируемого имущества и другие убытки, а при реквизиции — только стоимость реквизируемого имущества. При прекращении действия обстоятельств, в связи с которыми произведена реквизиция, иностранный инвестор или коммерческая организация с иностранными инвестициями вправе требовать в судебном порядке возврата сохранившегося имущества, но при этом обязаны возратить полученную ими сумму компенсации с учетом потерь от снижения стоимости имущества.

Несмотря на то что термин «национализация» был впервые введен в обиход именно в России, определение данного термина в российском законодательстве появилось только в Гражданском кодексе Российской Федерации. В соответствии со ст. 235 Гражданского кодекса Российской Федерации обращение в государственную собственность имущества, находящегося в собственности граждан и юридических лиц (национализация), производится на основании закона с возмещением стоимости этого имущества и других убытков в порядке, установленном ст. 306 упомянутого Кодекса. В свою очередь, в соответствии со ст. 242 Гражданского кодекса Российской Федерации реквизиция представляет собой изъятие имущества в интересах общества по решению государственных органов в случаях стихийных бедствий, аварий, эпидемий, эпизоотий и при иных обстоятельствах, носящих чрезвычайный характер, в порядке и на условиях, установленных законом.

В юридической литературе отмечается, что по сравнению с Законом об иностранных инвестициях в РСФСР нынешняя редакция гарантии от принудительного изъятия иностранных инвестиций обладает целым рядом серьезных недостатков.⁴

Во-первых, по сравнению с Законом об иностранных инвестициях в РСФСР в нынешнем законе отсутствует указание на то, что национализация возможна только в ис-

⁴ Гуцин В. В., Овчинников А. А. Инвестиционное право. М., 2009. С. 203.

ключительных случаях, когда эта мера применяется в общественных интересах. По нашему мнению, такое упущение размывает само понятие национализации как экстраординарной меры и не способствует повышению степени защиты иностранных инвесторов в России.

Во-вторых, из Закона об иностранных инвестициях выпало указание на «быструю, адекватную и эффективную компенсацию» («prompt, adequate and effective compensation»), которое присутствовало в ст. 7 Закона об иностранных инвестициях в РСФСР, а также практически во всех международных договорах, посвященных вопросам защиты инвестиций.

В-третьих, Закон об иностранных инвестициях довольно кратко освещает такой вопрос, как выплата компенсации при национализации и реквизиции. Закон об иностранных инвестициях в РСФСР содержал специальную статью (ст. 8), посвященную вопросам расчета и выплаты такой компенсации. В соответствии с данной статьей компенсация, выплачиваемая иностранному инвестору, должна соответствовать реальной стоимости национализируемых или реквизируемых инвестиций непосредственно до момента, когда официально стало известно о фактическом осуществлении либо о предстоящей национализации и реквизиции. Кроме того, предусматривалось, что компенсация должна выплачиваться без необоснованной задержки в той валюте, в которой первоначально были осуществлены инвестиции, или в любой другой иностранной валюте, приемлемой для иностранного инвестора. До момента выплаты на сумму компенсации начисляются проценты согласно действующей на территории РСФСР процентной ставке. Отсутствие подробных правил расчета и выплаты компенсации при принудительном изъятии иностранных инвестиций в текущем Законе об иностранных инвестициях можно объяснить либо несерьезным отношением законодателя к данному вопросу, либо намеренным уклонением от их разработки. Результатом отсутствия специальных правил расчета и выплаты компенсации является существенное снижение степени защиты прав иностранного инвестора в России.

Отсутствие в современном российском законодательстве четких правил расчета и выплаты иностранным инвесторам соответствующей компенсации входит в серьезный диссонанс с тем обстоятельством, что во многих соглашениях о взаимной защите и поощрении капиталовложений с участием России такие положения присутствуют. В Соглашении о взаимном поощрении и взаимной защите капиталовложений, заключенном с Францией 4 июля 1989 г. (ст. 4), указано, что в случае принятия мер, направленных на лишение капиталовложений, они должны стать основанием для незамедлительной выплаты соответствующей компенсации, размер которой должен равняться реальной стоимости этих капиталовложений на день, предшествующий дню принятия или обнародования указанных мер. Эта компенсация свободно переводится и выплачивается без задержки инвесторам в свободно конвертируемой валюте. По истечении 30 дней со дня принятия указанных мер или их обнародования и до дня выплаты компенсации на сумму этой компенсации начисляются проценты по соответствующей ставке. Согласно п. 4 Соглашения о поощрении и взаимной защите капиталовложений с Китаем компенсация должна соответствовать рыночной стоимости экспроприруемых капиталовложений, рассчитанной на дату, непосредственно предшествующую экспроприации, либо на дату, когда официально стало известно о предстоящей экспроприации, в зависимости от того, какое из событий наступило ранее. Рыночная стоимость должна определяться в соответствии с обычаями делового оборота. Компенсация должна

включать в себя проценты, исчисляемые с даты экспроприации до даты выплаты по ставке ЛИБОР по шестимесячным долларовым кредитам. Компенсация выплачивается без задержки в любой свободно конвертируемой валюте.

Одним из принципиальных вопросов, который в настоящее время не решен в связи с отсутствием подробных правил расчета и выплаты компенсации, является вопрос о компенсации упущенной выгоды при национализации. Пункт 2 ст. 8 Закона об иностранных инвестициях лишь лаконично упоминает о том, что при национализации иностранному инвестору или коммерческой организации с иностранными инвестициями возмещаются стоимость национализируемого имущества и другие убытки. Однако вопрос о возмещении упущенной выгоды может очень остро стоять при национализации нефтяных и других месторождений полезных ископаемых, так как стоимость имущества, используемого инвестором для разработки месторождений, несравнима с теми доходами, которых он лишается при национализации его имущества.⁵

Необходимо также отметить, что одним из недостатков Закона об иностранных инвестициях можно назвать тот факт, что под действие ст. 8 не подпадает такое явление, как скрытая (ползучая) национализация. Скрытая (ползучая) национализация, нося косвенный характер, представляет постепенное ущемление прав иностранного инвестора, что снижает эффективность капиталовложений. Формально зарубежный предприниматель остается хозяином своей собственности, но его права на ее использование в ходе осуществления инвестиционной деятельности ограничиваются произвольным вмешательством государства.⁶ Вопрос о важности включения в Закон об иностранных инвестициях положений в отношении скрытой национализации объясняется тем, что большинство арбитражных разбирательств, в которых рассматривается вопрос о национализации имущества, касаются скрытых форм национализации. В настоящее время ситуация, когда государство предпринимает какие-либо действия, которые квалифицируются как прямая национализация, встречается очень не часто.⁷

⁵ *Силкин В. В.* Прямые иностранные инвестиции в России. М., 2003. С. 173.

⁶ *Фархутдинов И. З.* Международное инвестиционное право. С. 269.

⁷ *Kaj Hober* Investment Arbitration in Eastern Europe. In search of a definition of expropriation. JurisNet, LLC. 2007. P. 10.