

ОТЗЫВ

**Официального оппонента на диссертацию В.И. Лисенки
«Гражданско-правовой механизм регулирования инвестиционных отношений,
осложненных иностранным элементом»,**

**представленной на соискание ученой степени доктора юридических наук
по специальности 12.00.03 – Гражданское право; предпринимательское право;
семейное право; международное частное право**

Развитие и совершенствование российского законодательства об иностранных инвестициях прошло достаточно длительный исторический путь развития (недаром автор выделяет пять этапов развития правового регулирования), однако ряд нормативных актов не отвечает современным потребностям. Прежде всего, это относится к содержанию Федерального закона РФ «Об иностранных инвестициях». За прошедшие с момента принятия этого Закона годы инвестиционные процессы в нашей стране получили дальнейшее развитие, возникли новые формы выступления иностранного инвестора на российском рынке, 9 июня 2001 г. было принято Постановление правительства № 456 "О заключении соглашений между Правительством Российской Федерации и правительствами иностранных государств о поощрении и взаимной защите капиталовложений", утвердившее новое Типовое соглашение, нашей страной заключены новые по содержанию межправительственные соглашения о взаимном поощрении и защите инвестиций, к Российской Федерации иностранными инвесторами были предъявлены иски в зарубежные арбитражные центры. Это обусловило необходимость исследования новых процессов, прежде всего взаимоотношений иностранного инвестора с принимающим государством, соблюдения им правил, установленных принимающим государством, а также разрешения конфликтов, возникающих в этой сфере.

Важно подчеркнуть, что претензии иностранного инвестора к принимающему государству возникают на основании актов, принимаемых органами государства в сфере публичного права, тогда как разрешение споров, возникающих вследствие принятия таких актов, равно как и хозяйственная деятельность иностранного инвестора, формы его выступления в имущественном обороте в принимающем государстве, относятся к частноправовой сфере, в которой не используются гражданско-правовые категории, например, возмещение убытков, критерии ответственности участников спора, разрешение спора международными арбитрами. Например, первоначально Арбитражный суд Международной торговой палаты и Арбитражный институт Стокгольмской торговой палаты рассматривали споры из коммерческих контрактов с иностранным элементом, но с возникновением инвестиционных споров они превратились в действенный механизм

разрешения таких споров, и эти центры были включены в межправительственные соглашения о взаимном поощрении и защите инвестиций. Созданный в соответствии с Вашингтонской конвенцией 1965 г. МЦУИС действует именно как арбитраж, когда избранные сторонами спора арбитры разрешают их спор.

Поэтому исследование этих во многом новых гражданско-правовых и гражданско-процессуальных вопросов является важным для Российской Федерации, призвано способствовать совершенствованию нормативной базы иностранного инвестирования и обеспечивать защиту интересов России как принимающего государства.

Сфера иностранных инвестиций – это сфера, где наиболее ярко проявляются интересы частные (инвестора) и публичные (принимающего государства) и не всегда они совпадают.

Возникающие при иностранном инвестировании в разных формах спорные вопросы касаются двух важнейших аспектов: *первое*, что встречается наиболее часто, это вопросы *затруднений* в осуществлении хозяйственной деятельности иностранным инвестором, в виде, в частности, лишения инвестора лицензии на занятие определенным видом деятельности, введения новых налогов или принятия других мер, препятствующих указанной деятельности. Как указывается в международных соглашениях Российской Федерации с Венесуэлой, Сингапуром, КНР и др. странами, - это любые меры, равносильные по последствиям экспроприации или национализации, они получили наименование «ползучей экспроприации». Поскольку в международном инвестиционном праве отсутствует определение «ползучей экспроприации», практически любая мера принимающего государства оценивается инвестором как таковая, отсюда возникает большое число инвестиционных споров.

Второе – это принятие принимающим государством мер, лишаящих иностранного инвестора возможности осуществления хозяйственной деятельности в виде, прежде всего, национализации.

Неодинаково решаются международным арбитражем вопросы компенсации убытков иностранного инвестора в указанных случаях.

Поэтому **актуальность** диссертационного исследования В.Н. Лисицы не вызывает сомнения. Кроме того, предпринятое им исследование более чем **своевременно**, т.к. вступление Российской Федерации в ВТО не только открывает новые возможности для развития сотрудничества в рамках иностранного инвестирования (имеются в виду и российские и иностранные инвесторы), но и ставит определенные проблемы, которые должны быть разрешены не в ущерб интересам России. Сложившийся к настоящему времени опыт разрешения инвестиционных споров, включая споры на основании Договора к Энергетической Хартии, прежде всего с участием России и стран СНГ, обуславливает необходимость обобщения спорных ситуаций и выработки позиции по отдельным вопросам.

Предпринятое автором исследование имеет высокую **актуальность** в свете развития сотрудничества стран ЕврАзЭС и создания единого экономического пространства, поскольку необходима разработка современных и недискриминационных правил взаимного инвестирования и средств защиты иностранного инвестора.

Новизна диссертационного исследования В.Н. Лисицы несомненна, он является первопроходцем в квалификации возникающих при иностранном инвестировании отношений как отношений гражданско-правовых. Как справедливо отмечается в диссертации, большинство исследований проводилось специалистами по международному праву, которые, очерчивая отдельные формы инвестиционного взаимодействия, не углублялись в их гражданско-правовую сущность.

Впервые в отечественной доктрине появилось исследование, раскрывающее гражданско-правовую сущность инвестиционных отношений, выделены основные виды договоров, оформляющих такие отношения. Также впервые разработан вопрос о необходимости соблюдения баланса частных и публичных интересов, поскольку практика разрешения инвестиционных споров ведущими арбитражными центрами показывает, что основной акцент делается на соблюдение интересов частного инвестора, часто в ущерб интересам принимающего государства: это особенно ярко проявляется в решениях, выносимых, в частности, МЦУИС против Аргентины, стран Африки, против Украины, Казахстана и других принимающих государств.

Диссертационное исследование четко структурировано, состоит из пяти глав, в которых последовательно рассматриваются вопросы темы и сделаны выводы, многие из которых заслуживают поддержки законодателя и арбитражной практики.

В Первой главе анализируются теоретико-методологические основы нормативного регулирования инвестиционных отношений, осложненных иностранным элементом. В данной главе предложена авторская периодизация развития правового регулирования иностранных инвестиций и подчеркивается, что в Российской Федерации современное правовое регулирование иностранных инвестиций ведет начало с 80-х годов XX в., первоначально в рамках постановлений Правительства № 48 и 49, и затем путем принятия Закона об иностранных инвестициях.

Уделяя внимание основополагающим международным соглашениям в области иностранного инвестирования, которыми решаются не вопросы хозяйственной деятельности иностранного инвестора, включая договорные формы, а вопросы защиты иностранного инвестора (Вашингтонская конвенция, Сеульская конвенция, Договор к Энергетической хартии), автор приходит к двум важным выводам - 1) о том, ведущая роль в правовом регулировании иностранных инвестиций, включая защиту инвесторов, принадлежит двусторонним соглашениям о поощрении и защите инвестиций и 2) о том, что деятельность иностранного инвестора осуществляется в принимающем государстве в пределах и в соответствии с национальным законодательством принимающего государства.

Во *Второй главе* рассматриваются инвестиционные отношения с иностранным элементом: субъекты, формы и объекты осуществления инвестиционной деятельности. Актуальными представляются предложения автора о расширении квалификационных признаков юридического лица и включении в правовое регулирование инвестиционных отношений этих признаков. Справедливым является заключение о том, что правовое регулирование инвестиционных отношений осуществляется посредством использования норм различной отраслевой принадлежности (с. 166 диссертации).

Вопросы квалификации понятий представляют собой сложный раздел и в гражданском и в международном частном праве. Тем более ценным является обращение автора к этой проблематике. В диссертации выделены основное и дополнительные инвестиционные отношения, классификация которых должна осуществляться по объективным признакам, определяющим гражданско-правовой характер инвестиционной деятельности, посредством использования трех элементов: 1) инвестиции, в которой может выступить только вещь или иное имущество, включая имущественное право, 2) объекта инвестиционной деятельности, способного принести доход инвестору в будущем, 3) сделки, которая предусматривает вложение инвестиции в объект инвестиционной деятельности и может совершаться любыми физическими и юридическими лицами, как для получения прибыли, так и с иной целью.

В *Третьей главе* автор обращается к проблематике гарантий иностранного инвестирования и рассматривает отдельные случаи нарушения принимающим государством прав инвестора.

Относительно предложения диссертанта о введении в российское законодательство термина «экспроприация» как термина, обобщающего все виды принудительного изъятия имущества (с. 139 диссертации и далее), целесообразно отметить следующее.

В части 1 статьи 8 *Федерального закона об иностранных инвестициях в РФ* предусмотрено: «Имущество иностранного инвестора или коммерческой организации с иностранными инвестициями не подлежит принудительному изъятию», т.е. предусмотренные данной статьей гарантии иностранному инвестору должны распространяться на все виды принудительного изъятия имущества. Однако в наименовании статьи 8 и в части 2 данной статьи компенсация предусмотрена при национализации и реквизиции имущества иностранного инвестора или коммерческой организации с иностранными инвестициями. На другие виды принудительного изъятия имущества иностранного инвестора правила о компенсации не распространяются.

В межправительственных соглашениях Российской Федерации, заключенных после принятия Правительством РФ (с изменениями и дополнениями 11 апреля 2002 г. и от 17 декабря 2010 г.) принят другой подход.

В частности, в ст. 5 Соглашения от 7 ноября 2008 г. между Правительством Российской Федерации и Правительством Боливарианской Республики Венесуэла о поощрении и взаимной защите капиталовложений, в ст. 4 Соглашения от 6 сентября 2007 г. между Правительством Российской Федерации и Правительством Республики

Индонезии о поощрении и защите капиталовложений (текст совпадает) зафиксировано, что капиталовложения инвесторов государства одной Договаривающейся Стороны, осуществленные на территории государства другой Договаривающейся Стороны, и доходы таких инвесторов не должны *экспроприироваться*, национализироваться или подвергаться любым мерам, равносильным по последствиям *экспроприации* или национализации (далее - *экспроприация*), за исключением случаев, когда такие меры принимаются в общественных интересах и в соответствии с процедурой, установленной законодательством государства последней Договаривающейся Стороны, не являются дискриминационными и сопровождаются выплатой быстрой, адекватной и эффективной компенсации.

Поэтому заслуживает поддержки предложение автора о внесении единообразия в отечественные нормативные акты, в частности, методологически правильным было бы внесение изменений в наименование статьи 8 *Федерального закона об иностранных инвестициях в РФ* и в ее содержание, распространив установленный для национализации и реквизиции порядок и на иные случаи принудительного изъятия имущества иностранного инвестора.

Главы Четвертая и Пятая посвящены исследованию инвестиционных договоров (в том числе в рамках российской правовой системы) с точки зрения их соотношения с гражданско-правовыми договорами по применимому к таким договорам праву. Автор предлагает собственное определение инвестиционного договора, полагая его основным признаком осуществление инвестиционной деятельности (с.275 диссертации). Далее исследуются отдельные виды инвестиционных споров и анализируются вопросы компетенции МЦУИС в контексте Федерального Закона «Об иностранных инвестициях в РФ» на рассмотрение инвестиционных споров иностранного инвестора и российского государства.

Достоинством работы является широкое использование материалов отечественной арбитражной практики, а также практики МЦУИС.

Вместе с тем по диссертации могут быть высказаны некоторые *замечания*

1. В дальнейшем обоснованию нуждается позиция автора относительно предоставления *национального режима* иностранным инвесторам в Российской Федерации. В ст. 4 *Федерального закона от 09 июля 1999 № 160-ФЗ (ред. от 06.12.2011) "Об иностранных инвестициях в Российской Федерации"* предусмотрено, что правовой режим деятельности иностранных инвесторов и использования полученной от инвестиций прибыли не может быть менее благоприятным, чем правовой режим деятельности и использования полученной от инвестиций прибыли, предоставленный *российским инвесторам*, за изъятиями, устанавливаемыми федеральными законами. Данный принцип является общепризнанным в современном международном праве, он гарантирует, что иностранному инвестору предоставляются в Российской Федерации те же права, что и российским инвесторам по двум основополагающим вопросам: в отношении деятельности

и использования полученной от инвестиций прибыли, то есть иностранный инвестор уравнен в правах с российским инвестором.

Основания и правовые и экономические последствия изменения в национальном законе «Об иностранных инвестициях в РФ» правового режима инвестора, и тем более, распространение его на иные виды отношений требуют дальнейшего исследования, тем более, что сам автор на с. 198 диссертации характеризует как национальный режим, предусмотренный в ст. 3.1. Соглашения о торговле услугами и инвестициях в государствах-участниках Единого экономического пространства: каждая Сторона такого соглашения предоставляет лицам другой Стороны в отношении учреждения и(или) деятельности режим не менее благоприятный, чем режим, предоставляемый по аналогичных обстоятельствах своим собственным лицам на своей территории...».

2. Анализируя такой важный аспект, как правовое регулирование деятельности российских инвесторов за рубежом, автор оставил без внимания механизм допуска российских и иных иностранных инвесторов, действующий, в частности, в праве Европейского Союза и состоящий в том, что для инвесторов из стран ЕС действует один порядок, а для инвесторов из других государств действует иной - уведомительно-разрешительный порядок.

3. Вызывает сомнение высказываемая автором на с.66-69 диссертации позиция о том, что в настоящее время рано говорить о месте *lex mercatoria* как о сформировавшемся автономном правопорядке, способном полностью заменить национальные правовые системы. Общеизвестным является признание за *lex mercatoria* как о полноправном автономном не имеющем обязательной силы инструменте правового регулирования международных контрактов. В статье 1.4 Принципов международных коммерческих договоров УНИДРУА зафиксировано, что «никакие нормы настоящих Принципов не ограничивают применение обязательных (императивных) положений национального, международного или транснационального происхождения, которые подлежат применению в силу соответствующих норм международного частного права». Поэтому очевидно, что данный документ не претендовал и не может претендовать на то, чтобы заменить национальные правовые системы.

4. Интерес представляет идея автора о том, что в результате действий государства возникает обязательство из причинения вреда, регламентируемое нормами обязательственного права (с. 18 диссертации). Однако возникает вопрос, обусловленный природой инвестиционного права и требующий дальнейшего исследования, а именно: соотношение международно-правовых и национально-правовых норм, регламентирующих последствия причинения вреда иностранному инвестору вследствие принятия государством тех или иных (национализации, реквизиции, экспроприации или равным им по последствиям действиям государства). Во-первых, большинство действий государства как суверена носят правомерный характер, а урегулирование неблагоприятных для иностранного инвестора последствий предусмотрено национальным законом об

иностранных инвестициях и международными соглашениями, прежде всего двусторонними соглашениями о поощрении и защите инвестиций.

Деликт в гражданском праве означает противоправное причинение вреда, его последствия регламентируются национальным гражданским законодательством. В контексте диссертационного исследования о деликте можно говорить лишь в случае причинения ему ущерба решениями и действиями (бездействием) государственных органов либо должностных лиц, противоречащими законодательству страны - реципиента и нормам международного права.

5. Предложение автора о ратификации Российской Федерацией *Вашингтонской конвенции* 1965 г. требует дальнейшей разработки с учетом политико-экономической и правовой ситуации.

Во-первых, после принятия Правительством РФ Постановления от 9 июня 2001 г. № 456 "О заключении соглашений между Правительством Российской Федерации и правительствами иностранных государств о поощрении и взаимной защите капиталовложений" (с изменениями и дополнениями 11 апреля 2002 г. и от 17 декабря 2010 г.) рассмотрение инвестиционных споров в МЦУИС вполне возможно.

Это следует из предписаний статьи 8 Типового соглашения, утвержденного указанным Постановлением Правительства: если спор не может быть разрешен путем переговоров в течение шести месяцев с даты просьбы любой из сторон спора о его разрешении путем переговоров, то он по выбору инвестора может быть передан на рассмотрение в:

- компетентный суд или арбитраж Договаривающейся Стороны, на территории которой осуществлены капиталовложения, либо в
- арбитражный суд *ad hoc* в соответствии с Арбитражным регламентом Комиссии Организации Объединенных Наций по праву международной торговли (ЮНСИТРАЛ), либо в
- Международный центр по урегулированию инвестиционных споров, созданный в соответствии с Конвенцией об урегулировании инвестиционных споров между государствами и физическими или юридическими лицами других государств, подписанной в г.Вашингтоне 18 марта 1965 г., для разрешения спора в соответствии с положениями этой Конвенции (при условии, что она вступила в силу для обеих Договаривающихся Сторон) или *в соответствии с Дополнительными правилами Международного центра по урегулированию инвестиционных споров (в случае, если Конвенция не вступила в силу для обеих или одной из Договаривающихся Сторон).*

Подобная договоренность закреплена, в частности, в статье 8 Соглашения от 6 сентября 2007 года между Правительством Российской Федерации и Правительством Республики *Индонезия* о поощрении и защите капиталовложений, в ст. 9 Соглашения от 9 ноября 2006 года между Правительством Российской Федерации и Правительством *Китайской Народной Республики* по тому же вопросу, в ст. 9 Соглашения от 27 сентября 2010 года между Правительством Российской Федерации и Правительством Республики

Сингапур о поощрении и взаимной защите капиталовложений, в ст. 8 Соглашения от 7 ноября 2008 года между Правительством Российской Федерации и Правительством Боливарианской Республики *Венесуэла* о поощрении и взаимной защите капиталовложений.

Таким образом, с точки зрения отечественного права и международных соглашений, заключенных Российской Федерацией с зарубежными странами, необходимости в ратификации Вашингтонской конвенции нет и разрешение инвестиционных споров в МЦУИС вполне возможно.

Во-вторых, ратификация Вашингтонской конвенции может создать для Российской Федерации проблемы по защите национальных интересов при принудительном исполнении иностранных арбитражных решений по инвестиционным спорам.

В отсутствие ратификации Вашингтонской конвенции принудительное исполнение иностранных арбитражных решений по инвестиционным спорам происходит по правилам Нью-Йоркской конвенции 1958 г. (участвует 149 государств). В ряде случаев, предусмотренных данной Конвенцией, в признании и приведении в исполнение такого решения может быть отказано: 1) по основаниям, заявленным стороной, и 2) по основаниям, определенным судом, который рассматривает просьбу о признании и приведении в исполнение иностранного решения. В определенной степени указанные положения Нью-Йоркской конвенции представляют собой защитный механизм интересов принимающего инвестиции государства.

В ст. 53 и 54 Вашингтонской конвенции предусмотрен режим непосредственного исполнения государством вынесенного против него решения. Согласно статье 53, каждая из сторон обязана подчиниться и совершать действия, соответствующие требованиям решения Арбитража, за исключением случаев, когда исполнение решения было приостановлено в соответствии с положениями настоящей Конвенции, а согласно статье 54, каждое Договаривающееся государство признает решение Арбитража, вынесенное в соответствии с Конвенцией, в качестве обязывающего и обеспечивает исполнение денежных обязательств, налагаемых решением Арбитража, в пределах своей территории, таким же образом, как если бы это было окончательное решение судебного органа этого государства.

Более ограничены перечисленные в статье 52 Конвенции основания для отмены решения Арбитража, чем основания, указанные в Нью-Йоркской конвенции, и, самое главное, отсутствует такое основание, как противоречие решения Арбитража публичному порядку страны, в которой испрашивается исполнение. Очевидно, что это было сделано создателями Вашингтонской конвенции в интересах инвесторов ведущих стран мира, вкладывающих инвестиции в развивающиеся страны.

В-третьих, предлагаемые в выводе 12 оговорки, которые с точки зрения автора целесообразно сделать при ратификации Вашингтонской конвенции будут означать создание для Российской Федерации особого режима, что сомнительно.

В-четвертых, функциональный иммунитет Российского государства уже закреплен в Федеральном законе «Об иностранных инвестициях в РФ», в двусторонних

межправительственных соглашениях России с иностранными государствами о поощрении и защите инвестиций, в Арбитражном процессуальном кодексе. Принятие закона об иммунитете иностранного государства означает предоставление дополнительной защиты именно иностранному государству на территории России. Представляется, что в настоящее время это не актуально.

Поэтому в дальнейшем взвешенном изучении с учетом национальных интересов Российской Федерации нуждаются предложения автора в связи с возможной ратификацией Россией Вашингтонской конвенции.

Высказанные замечания имеют дискуссионный характер, обусловлены новизной диссертационного исследования, направлены на дальнейшее развитие правового регулирования иностранных инвестиций в России и не затрагивают ценности сделанных в диссертации выводов.

Работа снабжена значительным справочно-библиографическим разделом, из которого следует глубокая проработка автором исследуемых вопросов. Значительное число публикаций свидетельствует о подробном исследовании исследуемых в диссертации вопросов. Содержание автореферата соответствует содержанию диссертации.

Диссертация «Гражданско-правовой механизм регулирования инвестиционных отношений, осложненных иностранным элементом» представляет собой научно-квалификационную работу, которая соответствует критериям, установленным Положением о порядке присуждения ученых степеней, утвержденным постановлением Правительства РФ от 30 января 2002 г. № 74 (в редакции постановления Правительства РФ от 20 июня 2011 г. № 475), а ее автор, Лисица Валерий Николаевич, заслуживает присуждения ученой степени доктора юридических наук по специальности 12.00.03 – гражданское право; предпринимательское право; семейное право; международное частное право.

Официальный оппонент
Заслуженный юрист РФ
Доктор юридических наук, профессор

Профессор кафедры международного частного права
ГОУ ВПО Всероссийская академия внешней
торговли Минэкономразвития России

« 13 » марта 2014 г.



Н.Г. Вилкова