

Виды исков и проблематика их рассмотрения в Международном центре по урегулированию инвестиционных споров

Types of claims and issues of their consideration at the International Center for the Settlement of Investment Disputes

Анпилогов А.А.

студент Московского государственного юридического университета имени О.Е. Кутафина
e-mail: anpilogov.artem@inbox.ru

Anpilogov A.A.

Student of the Kutafin Moscow State Law University
e-mail: anpilogov.artem@inbox.ru

Аннотация

Современный этап развития международного инвестиционного права характеризуется новыми теоретико-методологическими подходами, которые позволяют выявить и объективно оценить роль современных международных органов по разрешению юридических конфликтов. Актуальность и значимость обращения к деятельности МЦУИС обуславливается возрастающей ролью инвестиционной деятельности в современных международных процессах с одной стороны, а с другой – возрастающим количеством споров. В рамках настоящей статьи исследуются виды исков, вытекающих из международных инвестиционных правоотношений и подлежащих рассмотрению в Международном центре по урегулированию инвестиционных споров. Кроме того, в статье затрагивается проблематика и специфика рассмотрения таких исков, вопросы признания решений инвестиционного арбитража.

Ключевые слова: инвестиции, иностранные инвестиции, МЦУИС, инвестиционный арбитраж, международное частное право, Вашингтонская конвенция 1965 г.

Abstract

The current stage of the development of international investment law is characterized by new theoretical and methodological approaches that allow us to identify and objectively assess the role of modern international bodies in resolving legal conflicts. The relevance and significance of the appeal to the activities of ICSID is due to the growing role of investment activity in modern international processes on the one hand, and on the other - the growing number of disputes. In the framework of this article explored the types of claims arising from international investment relations are examined and are to be considered at the International Center for Settlement of Investment Disputes. In addition, the article touches upon the problems and specificity of considering claims and issues of recognition of decisions of investment arbitration.

Keywords: investment, foreign investment, ICSID, investment arbitration, private international law, the Washington Convention of 1965.

Международный центр по урегулированию инвестиционных споров (далее – МЦУИС) рассматривает самые разные правовые инвестиционные споры: споры, связанные с экспроприацией; с несоблюдением обязательств по контрактам, а также с правовыми режимами, предоставляемыми иностранному инвестору государством - реципиентом капитала. В

последнее время участились споры о так называемой ползучей экспроприации. К ней относятся такие действия государства, при которых за частными инвесторами остается титул собственника, но он частично лишается права пользования своей собственностью либо утрачивает часть прибыли от своей собственности.

Специфика рассматриваемых инвестиционных споров по отраслям экономики выглядит таким образом, что наибольшее количество споров, рассматриваемых МЦУИС, складывается в инвестиционной сфере электроэнергетики и иной энергетики – 35% споров, на втором месте нефтегазовая отрасль и горнодобывающая сфера – 20% и на третьем месте инвестиционные споры в области строительства – 9% [1, с. 31].

Стоит отметить, что в рамках арбитража возникает множество споров, касающихся юрисдикции МЦУИС.

По характеру требований инвестиционные споры можно разделить на:

- частноправовые;
- публично-правовые;
- смешанные [2, с. 145].

Споры о возмещении убытков, о взыскании неустойки, о внесении изменений в инвестиционное соглашение носят характер частноправовых. Примером публично-правовых споров являются споры о соблюдении принципов экспроприации, о соблюдении принципов выплаты компенсации, установленных в международных договорах – межправительственных соглашениях о поощрении и взаимной защите капиталовложений, о предоставлении режима наиболее благоприятствуемой нации.

Как правило, инвестиционные споры имеют смешанный характер, когда инвестор одновременно предъявляет требования публично-правового и частноправового характера.

По основанию возникновения инвестиционные споры можно разделить на две группы. К первой группе относятся споры, связанные с односторонними суверенными актами государства по вмешательству в инвестиционную деятельность – изменение условий осуществления инвестиционной деятельности через изменения в законодательстве принимающего государства, экспроприация инвестиций или мер, подобных ей; иные действия государственных органов и должностных лиц, ущемляющие права инвесторов; предоставление фискальных льгот и привилегий.

Так, например, компания Pac Rim Cayman LLC, зарегистрированная в штате Невада, США, утверждала, что Сальвадор нарушил права и законные интересы компании, предусмотренные положениями Закона об инвестициях Сальвадора 1999 г. (впоследствии был изменен в 2013 г.) и Dominican Republic–Central America Free Trade Agreement (далее – CAFTA-DR), не одобрив лицензию на добычу золота для подземной золотой шахты El Dorado в Лас-Кабаньясе и Сан-Висенте, в северной части Сальвадора. Pac Rim Cayman LLC запросила возмещение денежного ущерба в размере 284 млн долл. США для компенсации потерь, понесенных в результате предполагаемых нарушений.

Арбитраж решил разделить этот вопрос и заслушать аргумент по вопросам юрисдикции, прежде чем приступать к рассмотрению по существу. В своем Решении о юрисдикции Арбитраж отклонил претензии Pac Rim Cayman LLC, основанные на положении CAFTA-DR о запрете на предоставление льгот в договоре. Арбитраж считал, что компания Pac Rim Cayman LLC не может воспользоваться защитой в рамках CAFTA-DR, поскольку она полностью принадлежит канадской компании и не имеет существенной коммерческой деятельности в Соединенных Штатах, как того требует ст. 10.12.2 CAFTA-DR, а Канада не является договаривающейся стороной CAFTA. Поскольку претензии CAFTA-DR были устранены в Решении Арбитража, дело касалось по существу только требований в соответствии с Законом об инвестициях Сальвадора 1999 г.

Арбитраж пришел к выводу, что Pac Rim Cayman LLC не имеет законного права на получение запрошенной лицензии на разведку, поскольку компания не соответствует требованиям Закона о горнодобывающей промышленности Сальвадора 1999 г. В частности, ар-

битраж установил, что компания Pac Rim Cayman LLC не предприняла надлежащих шагов по приобретению права собственности на землю, переданную по ей концессии, и поэтому не могла получить необходимые лицензии от Правительства Сальвадора в соответствии с Законом о горнодобывающей промышленности Сальвадора 1999 г., как это было указано в решении Бюро шахт и углеводородов Министерства экономики Сальвадора. Приняв свои выводы по существу, Арбитраж постановил, что общий подход должен быть дан международным трибуналом для единообразного толкования его собственных законов, добросовестно переданных ответственными органами государства одновременно до возникновения спора сторон [3].

Вторую группу образуют споры, связанные с инвестиционным соглашением (преддоговорные споры, толкование условий инвестиционного соглашения, неисполнение или ненадлежащее исполнение стороной обязательств по инвестиционному соглашению, изменение инвестиционного соглашения, прекращение инвестиционного соглашения). В данной категории споров на первый план выходят частнопроводные отношения принимающего государства и иностранного инвестора и соответственно роль государства как стороны договора.

По критерию предмета спора инвестиционные споры можно разделить на три категории:

- споры, связанные с допуском инвестора к осуществлению инвестиционной деятельности;
- споры, связанные с реализацией инвестиционного проекта, то есть возникающие непосредственно при осуществлении инвестиционной деятельности;
- споры, связанные с прекращением инвестиционной деятельности.

В спорах, связанных с реализацией инвестиционного проекта, можно выделить в качестве самостоятельных подвидов, каждый из которых имеет свою специфику:

- инвестиционные споры, связанные с нарушением иностранным инвестором своих обязательств;
- инвестиционные споры, связанные с изменением условий осуществления инвестиционной деятельности;
- споры, связанные с нарушением принимающим государством инвестиционного соглашения.

Среди специфичных исков последних лет стоит отметить дела по инвестициям, касающимся возобновляемых источников энергии. Тенденция подачи подобных исков стала особенно заметной в течение последних нескольких лет благодаря резкому количеству дел, подаваемых в отношении субсидий на возобновляемые источники энергии в некоторых европейских странах.

Так, в частности, в 2015 г. в МЦУИС было зарегистрировано 52 иска [4]. Пятнадцать из них были направлены против Испании, 14 из которых были переданы в соответствии с Договором к Энергетической Хартии многосторонним соглашением, подписанным 52 государствами. Испания столкнулась с 32 исками в области возобновляемых источников энергии. Несмотря на то, что в МЦУИС подано всего два иска против Чешской Республики, в рамках стран Центральной Европы отмечено семь подобных исков. Против Италии было подано 6 исков.

На сегодняшний день существует только одно публичное решение по искам в области возобновляемых источников энергии (так называемым «солнечным делам»). Арбитражный суд Мадрида в январе 2016 г. отменил Арбитражное решение по иску против Испании, который касался сокращения в 2010 г. субсидии на возобновляемые источники энергии и был инициирован инвесторами электростанций компанией Charanne BV и компанией Luxembourg's Construction Investments SARL, зарегистрированными в Нидерландах.

Получение арбитражного решения МЦУИС, утвержденного в национальном суде, должно быть упрощенным процессом. В отличие от Нью-Йоркской конвенции, в которой

содержится краткий перечень факторов, которые могут позволить национальному суду отказаться от исполнения иностранного арбитражного решения, в Конвенции МЦУИС говорится, что решения МЦУИС являются окончательными и обязательными и должны быть признаны каждым договаривающимся государством как таковым.

Но вопрос о принудительном исполнении все-таки еще является предметом споров, например в деле, возбужденном дочерней компанией ExxonMobil Corp. Mobil Cerro Negro Ltd. о ущербе в размере 1,6 млрд долл. США, после того, как арбитраж постановил, что Венесуэла, национализировав свою нефтяную промышленность, незаконно захватила инвестиции компании ExxonMobil, вложенные в определенные проекты.

Когда ходатайство о принудительном исполнении арбитражного решения МЦУИС компании ExxonMobil было рассмотрено в федеральном суде штата Нью-Йорк, нефтяная компания подала ходатайство *ex parte*, означающее, что ExxonMobil не предоставила уведомление Венесуэле о судебном процессе, предусмотренное Законом об иммунитете иностранных государств США 1976 г.

Окружной судья США Пол Энгельмайер подтвердил это решение в начале 2015 г., полагаясь на то, что закон штата Нью-Йорк разрешает признание иностранного решения на основе *ex parte*. Но Венесуэла обжаловала это решение и представила в марте 2016 г. сообщение *amicus curiae*, содержащее позицию о запрете заимствования процедур из законов штатов (региональных законов) для ускорения рассмотрения дел федеральными судами США в связи с необходимостью соблюдения положений Закона об иммунитете иностранных государств США 1976 г.

На практике при рассмотрении коммерческих споров возникает множество процессуальных проблем, связанных в основном со статусом государственных предприятий. Большинство из такого рода проблем в теории могли бы позволить аффилированному государству уйти от ответственности за действия, совершенные государственным предприятием. Тем не менее, многолетняя практика различных международных коммерческих арбитражей и квазисудебных образований, прежде всего, в сфере разрешения инвестиционных споров позволила разрешить проблемы, связанные с субъектным составом споров, и адаптировать доктрину присвоения поведения государству для коммерческой сферы правоотношений в контексте международного права. Благодаря этому на данный момент в исключительных случаях стало возможным применение концепции снятия корпоративной вуали по отношению к государственным предприятиям и привлечение к ответственности государства. Тем не менее, корпоративная вуаль снимается с государственных юридических лиц достаточно редко и лишь при возможности установления коммерческого поведения государства-владельца, что делает обсуждаемые далее дела скорее исключением из правил и редкостью, чем регулярной международной практикой. Первой из подобных процессуальных проблем является определение степени государственного участия в управлении государственным предприятием, от чего напрямую зависит, можно ли установить коммерческое поведение государства, влияющее на деятельность предприятия. Как известно, государство может иметь не только контрольный пакет акций, позволяющий ему быть ключевым мажоритарным акционером. Также оно может обладать и незначительной долей в уставном капитале юридического лица, что характерно для миноритарных акционеров. И процессуальный вопрос состоит в том, будет ли государство ответственно за действия предприятия в любом случае, или же необходим факт преобладающего участия.

Одним из первых коммерческих споров, посвященных данной тематике, было дело Wena Hotels против Египта [5] об инвестициях, решенное в рамках МЦУИС. Согласно фактам дела английская компания-истец подписала договор с египетской государственной компанией Egyptian Hotel Company о постройке двух отелей в Каире и Луксоре. Тем не менее, обязательства египетской стороны не были вовремя исполнены из-за несоответствия зданий компании-застройщика необходимым техническим требованиям. В итоге обоими зданиями незаконно завладело египетское юридическое лицо и, как утверждали истцы, с молчаливого

согласия государственных властей. При рассмотрении спора египетский контрагент заявил, что надлежащим ответчиком по делу может быть лишь Egyptian Hotel Company, поскольку именно данное юридическое лицо состояло в договорных отношениях с истцом. МЦУИС оценил степень государственной вовлеченности в данную египетскую компанию и постановил, что поскольку директор Egyptian Hotel Company назначался непосредственно министром туризма, который неоднократно заявлял, что уставный капитал данной компании – это государственные средства; то, соответственно, Egyptian Hotel Company является стопроцентным государственным предприятием. На этих основаниях МЦУИС снял корпоративную вуаль с египетского государственного предприятия и привлек Египет к ответственности за нарушение двустороннего соглашения о защите инвестиций между Египтом и Соединенным Королевством 1975 г. [6]. Однако практический подход коммерческих арбитражей варьируется от дела к делу и от арбитража к арбитражу. Практика позволяет выделить ещё один критерий, наличие которого необходимо для снятия корпоративной вуали – вовлеченность государственных органов. К примеру, в решении по делу William Nagel против Чешской Республики [7], которое решалось в рамках Арбитражного института Торговой палаты Стокгольма, арбитраж не привлек государство к ответственности на основании двустороннего договора об инвестициях между Соединенным Королевством и Чешской Республикой 1990 г. [8], поскольку торговое соглашение, из-за отмены которого истец потерпел значительные убытки, было отменено без какого-либо участия государственного органа или официального государственного лица. Оно было отменено частной компанией, которая приобрела активы приватизированного государственного радиокommunikационного предприятия, с которым William Nagel и заключал соглашение. Важность участия государственных органов для отнесения действий предприятия к государству также подтвердилась в деле Waste Management Inc. против Мексики [9], где МЦУИС постановил, что преобладающие участи государства (66%) в капитале банка ещё не делает его государственным органом в силу лишь факта государственного участия. Таким образом, международной арбитражной практикой установлено, что при решении вопроса о присвоении коммерческого поведения предприятия государству в случае наличия в капитале самого предприятия государственного участия, будут также обязательно рассматриваться и другие важные факторы. В частности, участие государственных органов, как они трактуются в контексте статей об ответственности государств за международно-противоправные деяния (на который весьма часто, несмотря на необязательный характер, ссылаются международные коммерческие арбитражи), текст которых содержится в приложении к Резолюции 56/83 Генеральной Ассамблеи ООН, а также размер государственного участия в активах предприятия. Ещё более, чем частичное государственное участие в юридических лицах, распространена практика создания полностью государственных предприятий в исключительных областях, к примеру, естественные монополии; которые были бы наделены относительными элементами государственной власти в данной конкретной сфере коммерческих правоотношений. Проблема восприятия данных предприятий международными арбитражами состоит в том, что данные государственные предприятия могут, кроме исполнения функций публичной власти, вести частную коммерческую деятельность. Соответственно, возникает коллизия касательно того, может ли частное коммерческое поведение государственного предприятия быть присвоено государству.

Таким образом, подводя итог, стоит отметить, что в настоящее время МЦУИС рассматривает различные иски. По отраслям экономики преобладающее значение в инвестиционных спорах имеет электроэнергетика и иная энергетика – 35% от общего количества споров.

Так, например, возможно разделение исков по характеру требования, по основанию возникновения, по критерию предмета инвестиционного спора. В спорах, связанных с реализацией инвестиционного проекта, можно выделить в качестве самостоятельных подвидов споры: связанные с нарушением иностранным инвестором своих обязательств; связанные с

изменением условий осуществления инвестиционной деятельности; связанные с нарушением принимающим государством инвестиционного соглашения.

Стоит отметить, что и на сегодняшний день наибольшее количество исков связано с энергетической сферой. В последнее время стали появляться иски, вытекающие из инвестиционных проектов по возобновляемым источникам энергии, а также приоритетное значение имеют споры по аффилированным лицам.

Литература

1. МЦУИС. Годовой отчет 2016. С. 31
2. *Фомин С.А.* Понятие и классификация инвестиционных споров международного характера // Труды Оренбургского института (филиала) Московской государственной юридической академии. – 2011. – № 14. – С. 145.
3. Пак Рим Кайман ЛЛС против Республики Сальвадор, МЦУИС Дело № ARB/09/12. // [Электронный ресурс]: <https://www.italaw.com/cases/783>.
4. 5 международных арбитражных дел к рассмотрению в 2017 году// [Электронный ресурс]: <https://www.law360.com/articles/873962/5-international-arbitration-cases-to-watch-in-2017>.
5. Вена Хоутелс Лтд. Против Арабской республики Египет, МЦУИС Дело № ARB/98/4. // [Электронный ресурс]: <https://www.italaw.com/cases/1162>.
6. Египетско - Британский Двусторонний инвестиционный договор (вступил в силу 24 февраля 1976 года) Серийный № 97. // [Электронный ресурс]: investmentpolicyhub.unctad.org/Download/TreatyFile/112.
7. Вильям Нагель против Чешской Республики, СТП Дело № 049/2002. // [Электронный ресурс]: <https://www.italaw.com/cases/728>.
8. Британско Чешский Двусторонний инвестиционный договор (вступил в силу 26 октября 1992 года) Серийный № (1993).// [Электронный ресурс]: <http://investmentpolicyhub.unctad.org/IIA/country/55/treaty/1243>.
9. Вэйст Мэнаджмент, Инк. Против Мексиканских соединенных штатов («Номер 2»), МЦУИС Дело № ARB (AF)/00/3.// [Электронный ресурс]: <https://www.italaw.com/cases/1158>.