

**Международный арбитраж и медиация в странах
СНГ и США: развитие законодательства и
современная практика
23-24 июня 2011, Санкт-Петербург**

**Из практики инвестиционного
арбитража
с участием стран СНГ**

**Н.Г. Вилкова
Член МАС МТП, член Президиума МКАС и Президиума
Коллегии посредников при ТПП РФ**

Общая информация

- **Статистика:**
- Общее число известных инвестиционных дел за последние 10 лет – **338** (примерно 34 дела в год)
- Общее число инвестиционных дел, начиная с заключения в 1987 г. ВІТ - **390**
- **Правовая основа:** Вашингтонская конвенция, ВІТ
- **Центры разрешения споров:** ICSID, Арбитражный институт Стокгольмской ТП (SCC), МАС МТП и др.

Инвестиционные споры в ИКСИД

- В Вашингтонской конвенции участвуют: **147 государств из 157 подписантов, в том числе страны СНГ: Азербайджан, Армения, Беларусь, Молдова (с 4 июня 2011), Казахстан, Туркменистан, Украина, Узбекистан. В Конвенции участвуют также Грузия, Латвия, Литва, Эстония.**
- **Не участвуют Россия, Киргизия, Таджикистан**
- Возможность обращения в ICSID для разрешения споров в соответствии с Дополнительными правилами Центра предусмотрена в соглашениях о защите инвестиций, заключенных **РФ** с Румынией (1993 г.), Словакией (1993 г.), Чехией (1994 г.), Арменией (2001 г.), Японией (1998 г). Однако практика обращения в ICSID иностранных инвесторов с исками против Российского государства отсутствует

Статистика ICSID на 31.12.2010

- Доля дел с участием стран **Восточной Европы и Центральной Азии – 27%** (число арбитров из этих стран – 2%)
- **Предмет спора:** нефтегазовый сектор, добыча недр – 27%
- Электро- и др. виды энергии – 15%
- Строительство – 8%, Транспорт – 8%
- В 2010 г. вынесены решения по 76 % дел, из них:
- **Удовлетворено** полностью или частично – 42%
- **Отказано** в иске 32%
- Признано **отсутствие юрисдикции** – 16%

Число дел в ICSID против стран СНГ

- **Азербайджан – 3** (все завершены)
- **Армения – 1** (завершено)
- **Казахстан – 8** (4 завершено, 4 в производстве, включая иск молдавского предприятия к Казахстану)
- **Киргизия – 2** (все завершены)
- **Туркменистан – 3** (все в производстве)
- **Узбекистан – 2** (1 завершено миром, 1 в производстве)
- **Украина - 10** (8 завершено, 2 в производстве)

Дела ICSID по ДЭХ

- **Казахстан** – AES Corporation and Tau Power (процесс идет), Liman Kaspian BV and NCL Dutch Investment BV (процесс идет)
- **Азербайджан** - Azpetrol and others (мирное урегулирование)
- **Киргизия** – Petrobart Ltd. (присуждено иностранному истцу более 1 млн долл.)

Инвестиционные споры АИ ТПС 2001–май 2011

- **34 инвестиционных арбитража**
 - 7 арбитражей на основании ДЭХ
 - 24 – на основании ВIT
 - 3 – на основании государственных гарантий инвесторам
- **Регламенты**
 - Регламент ТПС в 27 арбитражах
 - 7 заявок на назначение арбитра/председателя в арбитражах по Регламенту UNCITRAL
- Большинство дел – между западными истцами и ответчиками из бывшего СССР, включая страны СНГ
- Споры касаются разработки и/или закупок нефти, газа, золота, иных природных ресурсов и электричества.
- Средняя сумма требований истца – 64 971 316 евро
- Средняя сумма компенсации, полученной истцом в «выигранном деле» - 1 530 283 евро (около 27%)

Дела АИ ССС по ДЭХ

- **Украина** - Amtol (Latvia), решение в пользу Украины
- **Таджикистан** – Mohammad Ammar Al-Bahloul, признано, что гос-во нарушило «зонтичную» оговорку по ст. 10 ДЭХ, убытки не взысканы, т. к. не доказаны. Ответчик не участвовал
- **Казахстан** - Ascot S.A., Молдова (процесс идет)

Применимое право в инвестиционных спорах

- Согласно **статье 42 Вашингтонской конвенции** состав арбитров разрешает спор в соответствии с правовыми нормами, согласованными сторонами. При отсутствии соглашения сторон состав арбитров применяет право Договаривающегося государства - стороны спора (включая его коллизионные нормы), и такие нормы международного права, которые он сочтет применимыми.
- В доктрине ранее считалось, что международное право имеет субсидиарное значение, восполняет пробелы и корректирует нормы. Постепенно стал преобладать другой подход. **Арбитраж проверяет, соответствует ли национальное законодательство принимающего государства принципам и нормам международного права. Если будет установлено противоречие, то подлежит применению международное право.**

Проблемы определений в инвестиционных спорах

- **1. Определение «инвестиций».** Подобные споры возникают в связи с тем, что в Вашингтонской конвенции 1965 г. и в **двусторонних соглашениях о поощрении и защите инвестиций**, в том числе заключенных государствами-участниками СНГ, содержится широкое определение «инвестиций», в частности, любое денежное требование
- **2. Определение иностранного инвестора» и его квалификация,** включая установление его национальной принадлежности с использованием понятия «косвенные инвестиции» и теории «контроля».
- **3. Структурирование инвестиций** иностранными инвесторами, чтобы на них распространялся режим международного договора, который в наибольшей степени отвечает их интересам – **treaty shopping** - например, **выбор** между обращением в ICSID по Вашингтонской конвенции или в арбитраж ad hoc по BIT – treaty shopping

Широкое определение иноинвестора

- Использование национальными предпринимателями **оболочки иностранного юридического лица** для попадания с формальной точки зрения в категория иностранного инвестора
- **ДЭХ** – принцип инкорпорации,
- **ВIT** – требование проведения бизнеса на территории принимающего государства
- Дело SCC Зеделмайра по ВIT – применена теория контроля
- 3 дела Yukos ad hoc по ДЭХ - **Позиция ответчика** – толкование **понятия иностранного инвестора** на основании применимого права и принципов международного права требует от арбитража **подняться над фактами, касающимися формальной инкорпорации истца для определения, возможна ли квалификация его как иностранного инвестора по ст. 1.7. ДЭХ, поскольку в этих делах инвесторами были компании, созданные и контролируемые российскими лицами. Поэтому они не могут быть признаны иностранными инвесторами.**
- Однако Арбитраж применил **формальный критерий инкорпорации** по ДЭХ и признал юрисдикцию на разрешение споров

Продолжение Дело ICSID Tokios Tokeles v Украина

- По мнению ответчика, истец не являлся литовским инвестором. Ответчик не оспаривал того факта, что истец является юридическим лицом, легитимно учрежденным по законодательству Литвы. Однако ответчик утверждал, что **истец не является «истинным юридическим лицом» Литвы потому, что он в основном контролируется подданными Украины. Кроме того,** Tokios Tokeles не ведет никакой существенной хозяйственной деятельности в Литве и при этом имеет свой головной административный офис на Украине. Таким образом, по мнению ответчика, истец в экономическом смысле не является ни украинским инвестором в Литве, ни литовским инвестором в Украине.

Продолжение Tokios Tokeles

- Поэтому ответчик просил арбитров осуществить «проникновение за корпоративный занавес», то есть определить национальность Tokios Tokeles в соответствии с подданством доминирующих акционеров и менеджеров с учетом отсутствия существенной хозяйственной деятельности в Литве и нахождения головной администрации в Украине и не признавать Tokios Tokeles иностранным инвестором.
- **Арбитраж** исходил из закрепленного в Вашингтонской конвенции **принципа места инкорпорации** или места нахождения юридического лица, а не контроля, и признал наличие компетенции на разрешение спора.

Вопросы, наиболее часто встречающиеся в инвестиционных спорах

- **1. Определение инвестиций** - Расширительное толкование понятия инвестиций, в частности превращение требования из нарушения договора международной купли-продажи товаров или договора строительного подряда коммерческих контрактов одним из контрагентов в требование к государству по инвестициям - дело SCC Бершадеров, дело ad hoc Cesare Galdalini
- **2. Недостаточная определенность предмета инвестиционных споров. ВIT предусматривают:** выплату компенсации инвестору в случае национализации или экспроприации или принятия равносильных по последствиям мер; возмещение ущерба, понесенного в результате войны, гражданских беспорядков или иных подобных обстоятельств; беспрепятственный перевод инвестором за границу доходов и иных платежей в связи с капиталовложениями . Возникающие споры касаются выполнения государством обязательств по регулированию инвестиций, т.е. носят публично-правовой характер. Однако за рамками остаются **споры, связанные с нарушением иностранным инвестором положений национального законодательства или международных соглашений, также публично-правового характера**

Вопросы, наиболее часто встречающиеся в инвестиционных спорах

- **3. Толкование режима наибольшего благоприятствования**, в частности,
 - распространение такого режима, закрепленного в одном соглашении, на разрешение споров между иностранным инвестором, со страной которого не заключено ВІТ, и принимающим государством,
 - распространение такого режима на процессуальные отношения,
 - распространение на возникший из одного ВІТ спор положения об арбитраже, содержащиеся в других международных договорах, заключенных принимающим государством

Вопросы, наиболее часто встречающиеся в инвестиционных спорах

- **4. Распространение на инвестиционные споры общих международно-правовых обязательств государства**, вытекающих из заключенных им международных соглашений по иным вопросам (umbrella clause) – дело Al-Bahloul – по мнению арбитров Таджикистан нарушил umbrella clause по ст. 10.1 ДЭХ
- **5. Использование в арбитражной практике термина экспроприация** вместо используемых в двусторонних ВIT понятий национализации и реквизиции

Новые виды экспроприации:

- **Общее правило ВТ:** выплата компенсации инвестору в случае национализации или экспроприации или принятия равносильных по последствиям мер;
- **1) ползучая (creeping) экспроприация** – по ВТ принятие принимающим государством ряда мер, ни одна из которых сама по себе не является нарушением инвестиционного права, однако кумулятивный эффект таких мер может фактически иметь эффект экспроприации.
- **2) Непрямая, косвенная экспроприация** - ситуация, возникающая, когда принимающее государство не создает надлежащим образом правового, административного и регулятивного режима, предусмотренного соответствующим двусторонним соглашением о поощрении и защите инвестиций.

Вопросы, наиболее часто встречающиеся в инвестиционных спорах

- **6. Расширительное толкование режима наибольшего благоприятствования**, в частности, распространение такого режима, закрепленного в одном соглашении, на разрешение споров между иностранным инвестором, со страной которого не заключено ВІТ, и принимающим государством.
- **7. Повышение регулятивного значения для разрешения конкретного спора международного публичного права и умаление значения национального (применимого) права**

Выводы и Предложения

- 1. Повышение внимания **арбитражных центров стран СНГ** и юристов этих стран к проблематике инвестиционных споров
- 2. Повышение роли **Международного центра по урегулированию споров при Экономическом Суде СНГ (который выполняет и функции Суда ЕврАзЭС)** в частности, путем представления заключений, что важно для инвестиционных споров
- 3. Создание в рамках Международного центра по урегулированию споров или при Экономическом суде СНГ **группы специалистов государств-участников СНГ по обобщению опыта разрешения инвестиционных споров** и выработки предложений по нахождению эффективной позиции соответствующего государства при разрешении предъявленного иностранным инвестором иска

Выводы и Предложения

- 4. **Закрепление возможности обращения в Международный центр по урегулированию споров путем включения в международные соглашения между государствами-участниками СНГ и странами-членами ЕврАзЭС (и возможно, ШОС) о поощрении и взаимной защите инвестиций и порядке разрешении инвестиционных споров, а также в соглашения о разделе продукции и концессионные соглашения, заключаемые государствами –участниками СНГ и инвесторами из этих стран соответствующего положения .** Учитывая, что не все государства СНГ заключили между собой ВІТ, это представляется актуальным
- 5. Разработка с учетом накопленного государствами-участниками СНГ опыта предложений по **гармонизации национальных законов** о поощрении и защите инвестиций