

Статус иностранного инвестора в международных инвестиционных спорах

В. Н. АНУРОВ, кандидат юридических наук;
vasily.anurov@gmail.com



Настоящая статья продолжает серию очерков, посвященных международному арбитражу. Автор анализирует наиболее сложные вопросы, поднимаемые ответчиком на юрисдикционной стадии и касающиеся национальности иностранного инвестора, особенно когда его инвестиции вложены через компанию или группу компаний. Вправе ли акционер предъявлять иск к государству, принимающему инвестиции? Какие подходы должны быть применены для определения национальности компании, созданной иностранным инвестором в государстве, принимающем инвестиции? Эти и другие вопросы рассматриваются автором в настоящей статье.

Ключевые слова: инвестиционный арбитраж, двусторонние/многосторонние инвестиционные соглашения, иностранный инвестор, государство, принимающее инвестиции, национальность иностранного инвестора, теория контроля, отказ от преимуществ.

Одним из вопросов, подлежащих разрешению арбитражным трибуналом при вынесении решения о наличии своей юрисдикции по инвестиционному спору, является проверка статуса истца как иностранного инвестора. Международно-правовой режим защиты иностранных инвестиций, предусмотренный в международных инвестиционных соглашениях (Вашингтонской конвенции 1965 г., МИС или ДИС)¹ и национальном законодательстве государства, принимающего инвестиции, предъявляет определенные требования к потенциальным истцам, выразившим намерение воспользоваться преимуществами данного режима. В арбитражных решениях эти требования объединены в так называемую группу вопросов *ratione personae*, раскрывающих

¹ Здесь и далее под международным инвестиционным соглашением понимается международный договор, заключаемый между государствами-участниками для защиты капиталовложений, осуществляемых инвесторами одного договаривающегося государства на территории другого договаривающегося государства. В таком значении данный термин использует А. П. Гармоза (см.: Гармоза А. П. Арбитраж на основании международных инвестиционных соглашений: вопросы компетенции. М., 2012. С. IV). Незначительные изменения вносят в него М. П. Бардина, Н. Г. Вилкова, Я. В. Земляченко, А. С. Комаров, заменяя слово «международное» на «межгосударственное» (см.: Бардина М. П., Вилкова Н. Г., Земляченко Я. В., Комаров А. С. Международные инвестиционные споры: Учебное пособие для студентов и слушателей МПФ. М., 2010, С. 29). Тем не менее, в юридической литературе встречаются и другие определения международного инвестиционного соглашения. В интерпретации В. Н. Лисицы, оно заключается между «государством и частным (иностранным) лицом» и не относится к разряду классических международных договоров, заключаемых между субъектами международной системы (государствами, международными организациями и приравненными к ним образованиями) и регулируемых нормами международного публичного права (см.: Лисица В. Н. Международные инвестиционные соглашения: Договоры, контракты: Дисс. ... канд. юрид. наук. М., 2003).

процессуальную правоспособность иностранного инвестора на возбуждение арбитражного разбирательства.

Сфера настоящего исследования ограничена случаями, когда статус иностранного инвестора оспаривается по причине его корпоративной принадлежности, иными словами, когда в инвестиционный спор вовлечено юридическое лицо, с помощью которого происходит реализация инвестиционного проекта. Сложная структура правоотношений, возникающих между инвестором-акционером и национальной компанией², различные подходы к определению национальности истца порождают неоднозначные, а зачастую и взаимоисключающие решения в современной арбитражной практике, что доказывает необходимость в проведении тщательного исследования поставленных вопросов как с научной, так и с практической точек зрения.

Иск акционера о возмещении убытков

Общеизвестно, что создание юридического лица сопряжено с трансформацией прав его членов, объединенных общей выгодой в связи с появлением нового субъекта права и вытекающим из этого общим ограничением.³ Компания выступает в коммерческом обороте или судебном процессе от своего имени, а защита интересов акционеров⁴ осуществляется главным образом путем их участия в ее управлении.

Наделение акционеров правом на обращение в инвестиционный арбитраж, безусловно, расширяет возможности для иностранных инвесторов по защите своих интересов в инвестиционных спорах. В то же время нарушается один из основополагающих признаков юридического лица — «независимое существование от составляющих его членов»⁵ или «выступление в гражданском обороте от собственного имени»⁶.

Будучи признанным в качестве самостоятельного субъекта права, юридическое лицо должно обладать прерогативой на защиту своих интересов. Именно оно выступает истцом в спорах, связанных с причинением ущерба корпоративному имуществу, следуя общей презумпции о том, что директор, возглавляющий компанию, действует с учетом интересов всех ее членов.⁷

² Здесь и далее под национальной компанией понимается юридическое лицо, которое было создано с участием иностранных инвесторов по праву государства, принимающего инвестиции, и играет ключевую роль в реализации инвестиционного проекта.

³ Говоря о снижении роли общих собраний акционеров, Д. В. Бурачевский подчеркивает, что «законодатель, отстраняя акционеров от управления текущей деятельностью общества, от непосредственного управления имуществом общества, обеспечивает тем самым возможность эффективного использования анализируемой организационно-правовой формы в гражданском обороте» (см.: Бурачевский Д. В. Процессуальные средства защиты прав акционеров в арбитражном суде. М., 2011. С. 119).

⁴ Для краткости изложения здесь и далее юридические лица будут рассматриваться в форме акционерного общества — компании, а ее члены — в качестве акционеров.

⁵ Гражданское и торговое право капиталистических государств / Отв. ред. Е. А. Васильев. М., 1993. С. 76 (автор главы — Е. А. Васильев).

⁶ Гражданское право: Учебник / Отв. ред. А. П. Сергеев, Ю. К. Толстой. М., 1999. С. 125–126 (автор параграфа — И. В. Елисеев).

⁷ Как пишет Г. В. Полковников, данный подход известен в английском акционерном праве как «принцип большинства», сформулированный в деле *Foss v. Harbottle*. Одной из целей введения такого принципа является избежание «многочисленных обращений в суд, которые неминуемо последовали бы в подобных случаях, если бы любой член компании был вправе предъявлять иск от имени компании в случае нарушения ее прав» (см.: Полковников Г. В. Английское право о компаниях: закон и практика: Учебное пособие. М., 1999. С. 175).

Исключения из общей презумпции, как правило, обусловлены злоупотреблениями директорами своей властью или нарушениями внутреннего корпоративного регламента. В таких случаях акционеры приобретают право на судебную защиту своих интересов. Данное право предоставляется им и при установлении вышеназванных признаков в действиях большинства акционеров, контролирурующих принятие решений в компании.⁸

Наделение акционера правом на подачу иска может быть сопряжено с утратой одного из основных прав, принадлежащих истцу в судебном процессе. Исковые требования акционера направлены на вынесение судебного решения не в его пользу, а в пользу компании. Данные требования известны в российском процессуальном праве под названием «косвенных» или «производственных исков».⁹ Их особенность заключается в признании за акционером процессуального права на иск и сохранении материального права за компанией, которая выступает в качестве своеобразного выгодоприобретателя по результатам судебного процесса.¹⁰

Косвенный иск является одним из средств судебной защиты, применяемых при защите прав и интересов других лиц. Еще в советском праве уделялось особое внимание процессуальному положению прокурора и органам государственного управления, стоявшим на страже общественного интереса. Не имея материально-правовой заинтересованности в разрешении дела, они выступали самостоятельными участниками гражданского процесса для того, чтобы оказать юридическую помощь советским гражданам.¹¹ Вместе с тем, при возникновении разногласий о способах защиты нарушенного права, приоритет отдавался обладателю материального права, а не его государственному защитнику.¹²

Особенность инвестиционных отношений заключается в том, что акции, приобретенные инвестором, могут рассматриваться как его инвестиции. Тем самым у инвестора-акционера появляется не только процессуальное право на иск в защиту интересов компании, но и материальное право на возмещение прямых убытков и так называемых косвенных убытков. Эти два вида

⁸ Здесь уже речь идет о применении концепции «обмана меньшинства» (см.: Полковников Г. В. Указ. соч. С. 178–191).

⁹ См.: Ярков В. В. Косвенные иски: отдельные вопросы // Вопросы международного частного, сравнительного и гражданского права, международного коммерческого арбитража: LIBER AMICORUM в честь А. А. Костина, О. Н. Зименковой, Н. Г. Елисеева. М., 2013. С. 332–346; Чугунова Е. И. Производные иски в гражданском и арбитражном процессе: Автореф. дисс. ... канд. юрид. наук. Екатеринбург, 2003; Бурачевский Д. В. Указ. соч. С. 135–149.

¹⁰ Данную особенность В. В. Ярков рассматривает в качестве первого признака косвенных исков: «Во-первых, определяется субъектный состав участников данных отношений как в материальном, так и в процессуальном праве. С одной стороны, материально-правовое требование принадлежит юридическому лицу, а обязанным субъектом, который должен возместить убытки, является лицо, выступающее от имени юридического лица. С точки зрения процессуальных правил право на предъявление иска предоставлено участникам юридического лица, которые рассматриваются в качестве истцов» (см.: Ярков В. В. Указ. соч. С. 334).

¹¹ Гукасян Р. Е. Проблема интереса в советском гражданском процессуальном праве // Избранные труды по гражданскому процессу. М., 2008. С. 55–58.

¹² Анализируя действовавший в то время ГПК РСФСР, Р. Е. Гукасян приходил к выводу о том, что «отказ от иска прокурора, органа государственного управления или социалистических организаций, предъявивших иск в интересах истца, не может служить основанием для прекращения производства по делу, если истец против этого возражает». Вышеназванные лица также были лишены права на обращение в суд в целях защиты истца, если последний принимал решение о передаче спора на разрешение в третейский или товарищеский суд (см.: Гукасян Р. Е. Указ. соч. С. 79, 84).

отличаются друг от друга различным объектом негативного воздействия, которое испытывает на себе акционер в результате государственного вмешательства в его инвестиционную деятельность. Если возникновение прямых убытков обычно связано с утратой титула на акции или других прав акционера на его участие в компании, то причина возникновения косвенных убытков лежит полностью в экономической области — уменьшении стоимости его акций.¹³ Несмотря на то, что в современном инвестиционном праве доминирует точка зрения о признании за акционером права на возмещение косвенных убытков¹⁴, нельзя не упомянуть о неизбежных трудностях, стоящих перед арбитражными трибуналами при решении этого вопроса в каждом конкретном деле. Нельзя исключить случаи, когда между курсом акций и причинением ущерба активам компании отсутствует причинно-следственная связь¹⁵ или когда рыночная стоимость акций повышается после возмещения ущерба инвестору.¹⁶

На теоретическом уровне наделение инвестора-акционера правом на подачу двух исков: косвенного иска и иска о возмещении убытков, не вызывает возражений. Гораздо труднее воплотить эту модель в нормативном регулировании.

Выделение в Североамериканском соглашении 1992 г. о свободной торговле (НАФТА) двух категорий исков: право инвестора на обращение в арбитраж от своего имени и от имени компании¹⁷, не считается существенным фактором для определения природы искомых требований инвестора-акционера. Предполагается, что он не связан соблюдением строгого правила, в соответствии с которым вопрос о возмещении убытков, причиненных

¹³ Гармоза А. П. Указ. соч. С. 154.

¹⁴ Подача исков о возмещении косвенных убытков становится возможным в случае стирания различий между «прямыми» правами акционера, основанными на владении акций, и его «косвенными» правами, нарушаемыми в результате уменьшения рыночной стоимости компании. Как указывает К. Шрейер, данные различия уже не поддерживаются арбитражной практикой (см.: Schreuer C. Shareholder Protection in International Investment Law // *Common Values in International Law, essays in Honour of Christian Tomuschat*. Ed. by P. Dupuy, B. Fassbender, M. Shaw, K. Sommermann, Kehl, 2006. P. 617). Еще более радикальную позицию занимает С. Александров, распространяющий сферу действия «косвенного» права акционера на права компании, включая ее лицензии, права, возникшие из договора и закона, требования о принудительном исполнении и денежные требования (см.: Alexandrov S. The «Baby Boom» of Treaty-Based Arbitrations and the Jurisdiction of ICSID Tribunals: Shareholders as «Investors» and Jurisdiction Ratione Temporis // *The Law and Practice of International Courts and Tribunals*. 2005. Vol. 4. P. 45).

¹⁵ Так, например, Г. Л. Осокина считает, что «связь между возмещением причиненных АО убытков и ростом курсовой стоимости акций не столь очевидна и прямолинейна, как полагают сторонники косвенного (производного) иска, потому что курс акций определяется как внутренними, так и внешними факторами объективного, субъективного и даже спекулятивного характера. Поэтому колебания курса акций могут иметь самую причудливую конъюнктуру — от роста курсовой стоимости акций в момент причинения обществу убытков до ее падения на момент их возмещения» (см.: Осокина Г. Л. Чьи права защищаются косвенными исками? // *Российская юстиция*. 1999. № 10).

¹⁶ Douglas Z. *The International Law of Investment Claims*, Cambridge, 2009. P. 440.

¹⁷ Статья 1116 НАФТА предусматривает право инвестора Договаривающейся Стороны подать иск от своего имени против другой Договаривающейся Стороны, если последняя нарушила соответствующие положения НАФТА, и это нарушение привело к причинению убытков инвестору. Статья 1117 НАФТА, в свою очередь, предусматривает право инвестора Договаривающейся Стороны подать иск от имени компании, которой он владеет или контролирует прямым или косвенным образом, против другой Договаривающейся Стороны, если последняя нарушила соответствующие положения НАФТА, и это нарушение привело к причинению убытков этой компании.

непосредственно инвестору, может быть рассмотрен только в рамках арбитражного разбирательства, возбужденного самим инвестором, а вопрос о возмещении убытков, причиненных компании — инвестором, действующим от ее имени.¹⁸ Такое скептическое отношение оправдано лишь отчасти, поскольку необходимость в выделении двух вышеназванных категорий исков проявляется не на стадии вынесения решения о юрисдикции арбитражного трибунала, а при разрешении спора по существу.¹⁹

Рассмотрение вопроса о допустимости иска о возмещении убытков, причиненных инвестору как акционеру, может быть отложено на более поздние стадии арбитражного разбирательства по различным соображениям. Арбитражный трибунал может следовать принципу процессуальной экономии и не придавать существенного значения формальным нарушениям процедуры.²⁰ Ключевые мотивы могут также раскрываться путем моделирования гипотетической ситуации с использованием фактов, установленных при рассмотрении дела по существу.²¹ Это никак не влияет на разрешение спора между сторонами, но таит в себе опасность искажения главной идеи, вырванной из контекста.²²

В арбитражной практике встречаются случаи, когда решение арбитражного трибунала о наличии юрисдикции предопределяет решение о допустимости возмещения убытков, причиненных инвестору как акционеру. Хрестоматийным примером стала серия исков, поданных иностранными компаниями

¹⁸ Анализируя практику разрешения инвестиционных споров, разрешенных в соответствии с гл. 11 НАФТА, А. П. Гармоза приводит распространенную модель поведения ответчиков, основанную на следующем толковании ст. 1116 и 1117 НАФТА: «...при предъявлении акционерами самостоятельных исков на основании ст. 1116 НАФТА они имеют право требовать возмещения убытков, причиненных непосредственно им, но не компаниям, акции которых им принадлежат. Иски же о возмещении убытков, причиненных компании, надлежит предъявлять на основании ст. 1117 НАФТА, т. е. от имени компании, которой причинены убытки». Далее, ссылаясь на дела *GAMI Investments, Inc. v. The Government of the United Mexican States*. NAFTA case. Final Award. November 15. 2004 (*GAMI v. Mexico*); *Mondev International LTD. v. The United States of America*. ICSID case № ARB(AF)/99/2. Award. October 11. 2002 (*Mondev v. USA*), А. П. Гармоза приходит к выводу, что «такое толкование положений главы 11 НАФТА было неоднократно отвергнуто составами арбитража» (см.: Гармоза А. П. Указ. соч. С. 154–155).

¹⁹ Для обоснования своей точки зрения А. П. Гармоза ссылается только на первую часть § 33 арбитражного решения по делу *GAMI v. Mexico*: «Тот факт, что принимающее инвестиции государство не вмешивается прямым образом во владение акциями, не является определяющим. Вопрос, скорее заключается в том, ведет ли нарушение НАФТА с достаточной непосредственностью к потере или ущербу по отношению к рассматриваемой инвестиции» (см.: Гармоза А. П. Указ. соч. С. 155). Вместе с тем, для «составления общей картины» необходимо привести и вторую часть § 33, из которой следует, что ограничения в применении ст. 1116 НАФТА связаны лишь с вопросами юрисдикции: «Может ли GAMI (компания, в которой доля GAMI составляла 14,8 % — Авт.) доказать причинение такого ущерба, является вопросом, подлежащим разрешению при рассмотрении дела по существу. Неопределенность в этом вопросе не может быть препятствием в установлении юрисдикции» (*GAMI v. Mexico*, par. 33). Также необходимо отметить, что как в деле *GAMI v. Mexico*, так и в деле *Mondev v. USA* арбитражные трибуналы отказали истцам в удовлетворении их исковых требований полностью.

²⁰ *Mondev v. USA*, par. 86.

²¹ *GAMI v. Mexico*, par. 116–121.

²² З. Дуглас прямо указывает на распространенную ошибку при толковании арбитражного решения по делу *GAMI v. Mexico*: «К сожалению, последующие трибуналы полагались на *GAMI* для того, чтобы обосновать допустимость деривативных исков акционеров, не учитывая широкое обсуждение проблем, неразрывно связанных с такими исками, которое содержится в разделе арбитражного решения, посвященном рассмотрению спора по существу» (*Douglas Z. Op. cit.* P. 425).

против Аргентины на фоне разгоревшегося в этой стране экономического кризиса начала 2000 годов.²³ Вложение инвестиций осуществлялось истцами главным образом путем приобретения акций аргентинских компаний, коммерческая деятельность которых приносила основной доход в инвестиционных проектах. Введение правительством Аргентины чрезвычайных мер по преодолению экономического кризиса привело, по мнению истцов, к существенному снижению ожидаемых доходов и, как следствие этого, снижению рыночной стоимости акций. Таким образом, суть исковых требований свелась к классической формуле возмещения косвенных убытков.

Стратегия защиты ответчика была основана на соблюдении основных принципов корпоративного права, в частности, независимости юридического лица от составляющих его членов.²⁴ Поскольку стороной в спорных правоотношениях являлась аргентинская компания, именно она, а не ее акционеры, должна была выступить надлежащим истцом.²⁵ Снижение рыночной стоимости акций и тем самым причинение имущественного ущерба акционерам может служить оправданием для избранного акционерами средства защиты своих интересов с экономической точки зрения, но только не с точки зрения корпоративного права.

Нельзя не отметить упрощенный подход, сформулированный арбитрами, для решения спорных вопросов о допустимости исков о возмещении косвенных убытков.²⁶ Если раньше акционер сталкивался с естественной

²³ *CMS Gas Transmission Company v. The Republic of Argentina*. ICSID case № ARB/01/8. Decision of the Tribunal on Objections to Jurisdiction. July 17. 2003 (*CMS v. Argentina*) (Decision on Objections to Jurisdiction). Award. May 12. 2005 (*CMS v. Argentina* (Award)); Decision of the *ad hoc* Committee on the Application for Annulment of the Argentine Republic. September 25. 2007 (*CMS v. Argentina*) (Decision of the *ad hoc* Committee); *Enron Corporation and Ponderosa Assets, L.P. v. The Republic of Argentina*. ICSID case № ARB/01/3. Decision on Jurisdiction. January 14. 2004 (*Enron v. Argentina*) (Decision on Jurisdiction). Award. May 22. 2007 (*Enron v. Argentina*) (Award). Decision on the Application for Annulment of the Argentine Republic. July 30. 2010 (*Enron v. Argentina*) (Decision of the *ad hoc* Committee); *Azurix Corp. v. The Argentine Republic*. ICSID case № ARB/01/12. Decision on Jurisdiction. December 8. 2003 (*Azurix v. Argentina*) (Decision on Jurisdiction). Award. July 14. 2006. Decision of the *ad hoc* Committee on the Application for Annulment of the Argentine Republic. September 1. 2009 (*Azurix v. Argentina*) (Decision of the *ad hoc* Committee); *Siemens A.G. v. The Argentine Republic*. ICSID case № ARB/02/18. Decision on Jurisdiction. August 3. 2004 (*Siemens v. Argentina*) (Decision on Jurisdiction). Award. February 6. 2007.

²⁴ «В качестве первого препятствия для иска, предъявляемого миноритарными акционерами, Ответчик сослался на правовое положение, действующее как в его стране, так и в большинстве стран континентального и общего права, которое предусматривает, что юридическая личность корпорации обладает особым и отдельным статусом по отношению к ее акционерам» (*CMS v. Argentina* (Decision on Objections to Jurisdiction, par. 42).

²⁵ *CMS v. Argentina* (Decision on Objections to Jurisdiction), pars. 36, 38, 42; *Enron v. Argentina* (Decision on Jurisdiction, pars. 35-37).

²⁶ Данный упрощенный подход занял доминирующее положение в современном инвестиционном праве. Помимо выше упомянутых решений, вынесенных против Аргентины, можно привести и другие дела со схожими фактическими обстоятельствами: *AEC Corporation v. Argentine Republic*. ICSID case № ARB/02/17. Decision on Jurisdiction. April 26. 2005; *LG&E v. Argentine Republic*. ICSID case № ARB/02/1. Decision on Objections to Jurisdiction. April 30. 2004; *Lanco International, Inc. v. Argentine Republic*. ICSID case № ARB/97/6. Preliminary Decision on Jurisdiction. December 8. 1998; *Suez, Sociedad General de Aguas de Barcelona S.A. and Interagua Servicios Integrales de Agua v. Argentine Republic*. ICSID case № ARB/03/17. Decision on Jurisdiction. May 16. 2006; *Total SA v. Argentine Republic*. ICSID case № ARB/04/01. Decision on Objections to Jurisdiction. August 25. 2006; *Continental Casualty Company v. Argentine Republic*. ICSID case № ARB/03/09. Decision on Jurisdiction. February 22. 2006; *Gas Natural SDG, S.A. v. Argentine Republic*. ICSID case № ARB/03/10. Decision on Jurisdiction. June 17. 2005; *Camuzzi International S.A. v. Argentine Republic*. ICSID case № ARB/03/2. Decision on Jurisdiction. May 11. 2005; *Compania de Aguas del Aconquija S.A. & Vivendi Universal v. Argentine*

преградой в самом конце пути (при рассмотрении дела по существу), то теперь решение о наличии юрисдикции становится тем «мостиком», по которому арбитры проводят истца до желаемого пункта назначения — удовлетворения иска. При этом любые возражения, основанные на общих принципах корпоративного права, отклоняются путем ссылки на состоявшееся решение о наличии юрисдикции²⁷ без проведения дополнительного юридического анализа.²⁸ Таким образом, вопрос о допустимости исков о возмещении косвенных убытков приобретает юрисдикционный характер.

Альтернативой упрощенному подходу выступает тест, связанный с установлением сферы действия согласия на арбитраж, которое может быть выражено в действиях государства (специальных встречах (*specific meetings*) с истцами), направленных на приглашение инвесторов-акционеров участвовать в инвестиционных проектах.²⁹ Путем применения данного теста можно определить точку отсечения (*cut-off point*), помогающую провести черту между допустимыми и недопустимыми исками в зависимости от того, насколько обязательства, принятые на себя государством в преддверии реализации инвестиционного проекта, связаны с фигурой инвестора.³⁰

Характерной чертой обоих подходов является попытка рассматривать вопрос допустимости исков о возмещении косвенных убытков в свете процессуальной правоспособности истца, что уводит в сторону от решения многочисленных проблем, неизбежно возникающих после вынесения арбитражного решения в пользу истца. Государство, принимающее инвестиции, не застраховано от подачи исков от самой национальной компании³¹ или других ее акционеров, которые могут последовать удачному примеру своего партнера и потребовать свою долю компенсации.³² В первом случае возникает целый комплекс вопросов, связанных с проведением зачета денежной суммы, присужденной инвестору по арбитражному решению, при определении размера компенсации национальной компании, признанием и приведением в исполнение вышеназванного арбитражного решения до проведения такого зачета. Также при выплате компенсации национальной компании, осуществляющей коммерческую деятельность в стратегически важном для

Republic. ICSID case № 97/3. Decision on Jurisdiction. November 14, 2005; *Sempra Energy International v. Argentine Republic*. ICSID case № ARB/02/16. Decision on Objections to Jurisdiction. May 11, 2005.

²⁷ «Более того, Ответчик снова выдвинул аргумент о том, что Истец в любом случае не может полагаться на лицензию TGN (аргентинская компания, в которой доля CMS составляла 29,42 % — Авт.), так как она была выдана другой компании; этот аргумент, как отмечено, был разрешен Трибуналом в решении о юрисдикции» (*CMS v. Argentina* (Award), par. 132).

²⁸ Одним из критических замечаний З. Дугласа в адрес арбитражного решения по делу *CMS v. Argentina* как раз является указание на недостаточность правового обоснования, приведенного арбитрами по вопросу о допустимости иска о возмещении косвенных убытков: «Суть возражения Аргентины в отношении материально-правовой допустимости специфических исковых требований CMS заключалась в том, что права, лежащие в основе этих материально-правовых требований, принадлежали не CMS, а TGN. При рассмотрении природы возражения сразу удивляет истораживает отсутствие анализа (или хотя бы обращения внимания) специфических требований CMS в решении трибунала. Это упущение наводит на мысль о том, что трибунал ошибочно сделал предположение об автоматическом признании допустимости исковых требований после установления юрисдикции» (см.: Douglas Z. Op. cit. P. 432).

²⁹ *Enron v. Argentina* (Decision on Jurisdiction), par. 55.

³⁰ *Ibid.* pars. 52, 56.

³¹ *GAMI v. Mexico*, pars. 116–121.

³² *Ibid.*, par. 50.

государства секторе экономики, бремя по несению расходов автоматически возлагается на потребителей в связи с увеличением тарифов на коммунальные услуги и т. п.³³ Наконец, нельзя устранить «гипотетический риск двойной компенсации» (*double recovery*).³⁴

Все эти схематично описанные проблемы обнаруживают несправедливое распределение имущественных потерь между акционерами и кредиторами национальной компании.³⁵ В отличие от корпоративного права меняется очередность выгодоприобретателей при проведении процедуры банкротства, которое нельзя исключить, учитывая значительные суммы заемных средств, привлеченных для реализации инвестиционных проектов. Сначала подлежат удовлетворению имущественные требования акционеров, а потом уже кредиторов национальной компании.

Существующий дисбаланс между общими принципами корпоративного права и привилегированным положением инвестора в современном инвестиционном праве может быть устранен посредством введения ограничений на применение правила о допустимости исков о возмещении убытков, причиненных непосредственно инвестору-акционеру. Главным ограничением является сужение сферы действия вышеназванного правила до случаев экспроприации.³⁶ Следуя этой логике, необходимо признать необоснованным удовлетворение исковых требований инвесторов о возмещении косвенных убытков, если арбитражный трибунал приходит к выводу о нарушении государством своих обязательств, не связанных с экспроприацией, к примеру: принципа справедливого и равного отношения (*fair and equitable treatment*)³⁷, режима полной защиты и безопасности (*full protection and security*), запрета на произвольные и дискриминационные меры (*arbitrary and discriminatory measures*).

Предложенный подход существенно ограничивает усмотрение арбитров, но не устраняет все противоречия при столкновении интересов национальной компании, ее кредиторов и инвестора-акционера. Поскольку при косвенной экспроприации речь может идти не об утрате титула на акции, а о существенном снижении их рыночной стоимости, вследствие чего инвестор-акционер теряет интерес в реализации инвестиционного проекта и не надеется на извлечение из него разумно ожидаемой экономической выгоды

³³ *Enron v. Argentina* (Award), par. 211.

³⁴ *Ibid.*, par. 212; *Enron v. Argentina* (Decision of the *ad hoc* Committee), pars. 85 (j), 86 (e). Интересно отметить, что в деле *Azurix v. Argentina* члены Комитета *ad hoc* не стали расценивать гипотетическую возможность наступления негативных последствий, связанных с двойным возмещением, как опасность, реально существующую в рассматриваемом споре и приводящую к «результатам, которые являются явно абсурдными или неразумными», по смыслу ст. 32 Венской конвенции о праве международных договоров 1969 г. (*Azurix v. Argentina* (Decision of the *ad hoc* Committee), pars. 114–116).

³⁵ *Ibid.*, par. 61 (f), (h).

³⁶ Наряду с экспроприацией З. Дуглас выделяет еще несколько случаев, когда иск о возмещении убытков, связанных с уменьшением стоимости акций, допустим в инвестиционном арбитраже: отсутствие или лишение национальной компании права на использование средства защиты, преимущественно в национальных судах, о возмещении причиненного ущерба, отсутствие или лишение национальной компании права на подачу иска в соответствии с *lex societatis* или *de facto*, когда национальной компании было отказано в правосудии при использовании ей средства защиты в системе административных органов или судебной системе государства, принимающего инвестиции (см.: Douglas Z. Op. cit. Rule 49. P. 397).

³⁷ *CMS v. Argentina* (Award). P. 139; *Enron v. Argentina* (Award). P. 138.

(*reasonably-to-be-expected economic benefit*), иск о возмещении косвенных убытков остается допустимым.

Как уже было отмечено, экономические категории играют немаловажную роль в регулировании правоотношений, но они не должны превалировать над правовыми институтами и принципами. Последние же ставят на первое место не снижение рыночной стоимости акций, а утрату правового титула, т. е. лишение имущественного права и/или тесно связанных с ним неимущественных прав, например, права на участие в управлении компанией. Форма процессуальной защиты такого рода прав, определение размера убытков, причиненных инвестору-акционеру, другие сопутствующие вопросы должны быть установлены и решены арбитражными трибуналами в строгом соответствии с нормами права, подлежащими применению в каждом конкретном деле.

К сожалению, арбитражные трибуналы, признающие допустимость исков о возмещении косвенных убытков, предпочитают не подкреплять свои выводы ссылками на нормы права, а ограничиваются простой декларацией об отсутствии в международном праве препятствий для подачи исков подобного рода.³⁸

Все дальнейшие рассуждения в развитие данного тезиса подразумевают усмотрение арбитров, основанное не на конкретной правовой норме, а на применении общеизвестного гражданско-правового принципа: разрешено все, что не запрещено.³⁹ Вместе с тем, необходимо помнить о существовании не только конкретной нормы, но и общего принципа корпоративного права, инкорпорированного в большинство национально-правовых систем мира и запрещающего предъявление акционерами исков о возмещении косвенных убытков. Арбитры, рассматривающие дела под эгидой Международного центра урегулирования инвестиционных споров (МЦУИС), должны руководствоваться общей коллизионной нормой, отсылающей к праву государства, принимающего инвестиции.⁴⁰ Именно национальное право играет ключевую роль в решении поставленной правовой проблемы.⁴¹ Обращение к между-

³⁸ Арбитражные трибуналы под председательством О. Викуниа (O. Vicuna) пришли к одинаковому выводу о допустимости исков о возмещении косвенных убытков с незначительными расхождениями в терминологии. В деле *CMS v. Argentina* Арбитражный трибунал «установил, что в действующем международном праве отсутствует препятствие для применения концепции о допустимости исков, подаваемых акционерами независимо от соответствующих корпораций, даже в тех случаях, когда эти акционеры считаются миноритарными или не обладающими контрольным пакетом акций» (*CMS v. Argentina* (Decision on Objections to Jurisdiction), par. 48). В деле *Enron v. Argentina* арбитражный трибунал добавил еще ссылку на Вашингтонскую конвенцию 1965 г. при воспроизведении вышеназванной фразы (*Enron v. Argentina* (Decision on Jurisdiction), par. 39).

³⁹ Именно на это принцип сослался арбитражный трибунал в деле *Enron v. Argentina*, когда ответчик пытался убедить арбитров в применении противоположного правила: разрешено то, что предписано (*Enron v. Argentina* (Decision on Jurisdiction), pars. 45–46). См. также: *Azurix v. Argentina* (Decision of the *ad hoc* Committee), pars. 94, 102, 110.

⁴⁰ В соответствии со ст. 42 Вашингтонской конвенции 1965 г. арбитражный трибунал разрешает спор в соответствии с такими нормами права, которые могут быть согласованы Сторонами. При отсутствии такого соглашения арбитражный трибунал применяет право Договаривающегося государства, являющегося Стороной в споре (включая его нормы коллизионного права), и такие нормы международного права, которые могут быть применены.

⁴¹ «В этом отношении Аргентина вначале утверждает, что Трибунал «ошибочно подтвердил неприменение аргентинского права на юрисдикционной стадии. Она отмечает, что Трибунал «тем не менее продолжал ссылаться на это право при вынесении решения». Она добавляет, что, делая это, Трибунал не применил соответствующие положения аргентинского права,

народному праву по вопросу допустимости исков о возмещении косвенных убытков необоснованно, поскольку оно не выполняет ни корректирующую функцию, ни функцию по устранению пробелов в правовом регулировании.

Ключевая роль остается за национальным правом и при попытках обнаружить международный обычай, проливающий свет на соотношение прав акционеров и компании в случае возникновения у последней убытков при осуществлении коммерческой деятельности.⁴² Практика Международного Суда ООН прямо указывает на необходимость обращения к национальному законодательству, поскольку система регулирования корпоративных отношений разработана в рамках частного права.⁴³ Предлагаемые им способы решения наиболее сложных вопросов должны служить руководством при рассмотрении международных споров. Игнорирование национально-правового регулирования может привести к искажению правовой идеи, лежащей в основе применимого правового института.⁴⁴

Перенос решения проблемы на уровень международного права, арбитры демонстрируют свою приверженность абстрактным категориям вместо простого применения подходящего источника права. Причем степень абстрактности не выдерживает никакой критики, поскольку основана на отсутствии правового регулирования спорного вопроса.

Иногда арбитры могут прибегнуть к аналогии, которая, на их взгляд, объясняет правомерность исковых требований на примере отношений, имеющих другую юридическую природу. Таким примером является обращение к институту страхования. Особенность положения выгодоприобретателя заключается в том, что он может и не являться собственником или владельцем застрахованного имущества. Однако при наступлении страхового случая (уничтожения или повреждения имущества) ничто не мешает выгодоприобретателю получить выплату страховой суммы и тем самым защитить свой интерес в объекте страхования.⁴⁵

Если применить данную аналогию к инвестиционным отношениям, следует признать, что инвестор-акционер имеет интерес в получении своей доли

которые определяют права акционеров» (*CMS v. Argentina* (Decision of the *ad hoc* Committee), par. 63). Также см.: *Enron v. Argentina* (Decision of the *ad hoc* Committee), par. 85 (h).

⁴² В качестве одного из возражений против юрисдикции арбитражного трибунала Аргентина ссылаясь на то, что правило о недопустимости исков о возмещении косвенных убытков имеет силу международного обычая. Подтверждением существования такого обычая, по мнению Аргентины, являлось дело *Case concerning the Barcelona Traction, Light and Power Company Ltd (Belgium v. Spain)*, ICJ case, Judgment, February 5, 1970 (*Barcelona Traction case*). Однако арбитражные трибуналы во всех вышеназванных делах отвергли возражение Аргентины по причине того, что споры, рассмотренные Международным Судом ООН, касались предоставления дипломатической защиты и не имели инвестиционный характер (*CMS v. Argentina* (Decision on Objections to Jurisdiction), par. 43-45; *CMS v. Argentina* (Decision of the *ad hoc* Committee), par. 69; *Enron v. Argentina* (Decision on Jurisdiction), par. 38; *Enron v. Argentina* (Decision of the *ad hoc* Committee), par. 114; *Azurix v. Argentina* (Decision on Jurisdiction), par. 70; *Azurix v. Argentina* (Decision of the *ad hoc* Committee), par. 87-90; *Siemens v. Argentina* (Decision on Jurisdiction), par. 125, 141).

⁴³ *Barcelona Traction case*, par. 37; *Case concerning Ahmadou Sadio Diallo (Republic of Guinea v. Democratic Republic of the Congo)*. Preliminary Objections Judgment. May 24, 2007 (*Diallo case*), par. 63.

⁴⁴ Дж. Фицморис (G. Fitzmaurice) высказался в еще более категоричной форме, указав на то, что стирание различия между акционерами и компанией может привести к пародийному изображению последней как юридического лица (*Barcelona Traction case*, Separate Opinion of Fitzmaurice J., par. 66-68).

⁴⁵ *Azurix v. Argentina* (Decision of the *ad hoc* Committee), par. 107.

прибыли от коммерческой деятельности национальной компании, и нарушение этого интереса влечет возникновение у инвестора-акционера права на подачу иска о возмещении косвенных убытков.⁴⁶

Безусловно, при разрешении спора допустимо обращение к абстрактным моделям, если только они не вступают в противоречие с существующими правовыми нормами, обладающими перед ними несомненными преимуществами – ясностью и конкретностью в решении спорной правовой проблемы. Что касается допустимости исков о возмещении косвенных убытков, национальное право большинства стран уже давно сняло какую-либо неопределенность в этом вопросе путем установления запрета на подачу подобных исков.

Отдавая предпочтение абстрактным моделям, арбитры автоматически вносят в свои решения элементы произвольности и непредсказуемости, что не способствует развитию права в традиционном его понимании.

К схожему результату приводит применение и другой «абстракции», имеющей процессуальный характер. Арбитры используют тот же самый прием, как и в первой абстракции, а именно отсутствие правового регулирования, которое позволяет им сослаться на любые спекулятивные доводы в поддержку решения о признании своей юрисдикции по спору.⁴⁷ Все дальнейшие возражения, выдвигаемые ответчиками против допустимости иска о возмещении косвенных убытков, не принимаются во внимание в силу состоявшегося решения по юрисдикционным вопросам.

Как уже было сказано выше, выводы, сделанные арбитрами на первой стадии рассмотрения спора, обычно не охватывают особенности взаимоотношений между инвестором-акционером, другими акционерами национальной компании и ее кредиторами, не касаются тех процессуальных последствий, к которым может привести вынесение арбитражного решения в пользу инвестора-акционера. Если все эти вопросы не были освещены в решении о юрисдикции, то оно не может являться надлежащим источником для выражения позиции арбитражного трибунала о допустимости иска о возмещении косвенных убытков. В противном случае у инвесторов-акционеров отпадет необходимость в обращении с косвенными исками от имени национальной компании, даже когда речь идет о полном контроле над ней, и они могут сразу заявлять требования о возмещении косвенных убытков.⁴⁸

В отличие от последних, использование первого средства защиты своих интересов — подача косвенного иска — укладывается в рамки корпоративного права. Более того, наделение акционера статусом процессуального истца известно как в международном, так и национальном праве.⁴⁹

⁴⁶ Ibid., par. 108.

⁴⁷ «Стоит добавить, что право местной компании подать иск о нарушении своих прав по договорам, лицензиям или другим инструментам, в особенности по статье 25 (2) (b) ИКСИД Конвенции (Вашингтонской конвенции 1965 г. — Авт.), не влияет на право иностранных акционеров подать иск по ВГТ (ДИС — Авт.) для защиты своих интересов в квалифицированной инвестиции, как это признано в множестве решений ICSID (МЦУИС — Авт.)» (*CMS v. Argentina* (Decision of the *ad hoc* Committee), par. 74). Также см.: *Enron v. Argentina* (Decision of the *ad hoc* Committee), par. 105.

⁴⁸ В делах *Azuriz v. Argentina*, *Siemens v. Argentina* истцы являлись единственными бенефициарами в национальных компаниях: ABA и SITS соответственно.

⁴⁹ В качестве примера из международного права можно привести ст. 1117 НАФТА, в качестве примера из национального — ст. 225⁸ АПК РФ, закрепляющую за участниками юридиче-

Вашингтонская конвенция 1965 г. предлагает инвестору-акционеру более радикальный путь защиты своих интересов. Национальная компания, созданная по законодательству государства, принимающего инвестиции, но контролируемая инвестором-акционером, приобретает национальность последнего и, таким образом, получает возможность использовать все преимущества, предоставляемые международными инвестиционными соглашениями, включая право на обращение в инвестиционный арбитраж.⁵⁰

Появление у национальной компании этой возможности сопряжено с многочисленными трудностями в ее реализации. В первую очередь они возникают при определении критериев, с помощью которых можно прийти к выводу о существовании контроля у инвестора-акционера над национальной компанией.

Окончание читайте в следующем номере.

ского лица право на обращение «в арбитражный государственный суд с иском о возмещении убытков, причиненных этому юридическому лицу». Также, данная статья предусматривает, что «такие участники пользуются процессуальными правами и несут процессуальные обязанности истца, а также обладают правом требовать принудительное исполнение решения арбитражного суда в пользу этого юридического лица».

⁵⁰В соответствии с п. 1 и 2 ст. 25 Вашингтонской конвенции 1965 г. любое юридическое лицо, которое на установленную дату имело национальность Договаривающегося государства, являющегося Стороной в споре, но которое ввиду иностранного контроля Стороны согласились рассматривать как юридическое лицо другого Договаривающегося государства по смыслу Конвенции, вправе передать инвестиционный спор между ним и Договаривающимся государством на разрешение МЦУИС.