

Горячева Анастасия Игоревна
студентка 4 курса юридического
факультета МГИМО МИЭП
(Международный институт
энергетической политики и дипломатии
Московского государственного
института международных отношений
Министерства иностранных дел
Российской Федерации)

Разрешение инвестиционных споров в сфере энергетики с участием РФ.

1991 год стал важной вехой, ознаменовавшей новый этап в сотрудничестве между Востоком и Западом в сфере энергетики. Энергетическая Хартия, заключенная в этом году, стала базисом такого сотрудничества. Поскольку она носила декларативный характер, то есть не была юридически обязательной для стран-участниц, возникла необходимость дальнейшего регулирования отношений в этой сфере. Через три года – в 1994 году – был подписан Договор к Энергетической Хартии¹ (далее – ДЭХ), который уже являлся юридически обязательным многосторонним международным соглашением. Этот документ регулирует не только вопросы транспортировки и торговли, но также инвестиции и разрешение инвестиционных споров. По своей сути он охватывает практически все сферы отношений, связанных с энергетикой.

ДЭХ является открытым для присоединения. На сегодняшний день его подписали как импортеры, так и экспортеры энергетических ресурсов, в том

¹<http://www.consultant.ru/cons/cgi/online.cgi?req=doc;base=INT;n=15893#0152208986049565>

числе: Германия, Франция, Ирландия, Великобритания, Австралия, Россия, Норвегия, Азербайджан, Казахстан. Такие страны, как Саудовская Аравия, Пакистан, Китай, Иран и Венесуэла получили статус наблюдателей, отказавшись становиться участниками ДЭХ. Изначально РФ применяла его на *временной основе* в соответствии со статьей 45 договора. Это означало, что его положения могли применяться только в случае их соответствия законодательству РФ. В 2009 РФ *вышла из временного применения* договора. Таким образом, РФ не является стороной по ДЭХ, так как наряду с Норвегией, Исландией, Белоруссией и Австралией не ратифицировала его. Как сказано на сайте Энергетической Хартии, перспективы участия РФ в договоре еще не являются полностью определенными. При этом РФ остается участником процесса Хартии, как страна, подписавшая ДЭХ.

ДЭХ предусматривает четыре модели урегулирования споров: споры в сфере транзита, *инвестиционные споры*, третейские разбирательства между государствами, торговые споры. В рамках работы интересно обратить внимание именно на модель разрешения инвестиционных споров. Статья 26 договора регулирует разрешение споров между инвестором и государством. Устанавливается общее правило: споры между государством и инвестором, осуществившим инвестирование на территории того государства, желательно урегулировать *дружественным образом*. Иначе спустя три месяца инвестор может выбрать вариант разрешения спора:

- 1) суды и административные трибуналы государства, на территории которого была сделана инвестиция; или
- 2) Международный центр по урегулированию инвестиционных споров, учрежденный в соответствии с Конвенцией об урегулировании инвестиционных споров между государствами и физическими или юридическими лицами других государств² (далее – Конвенция ИКСИД),

²<http://www.consultant.ru/cons/cgi/online.cgi?req=doc;base=INT;n=15167#022614547674463903>

если государство, где была осуществлена инвестиция, и/или государство инвестора оба являются участниками Конвенции ИКСИД;

3) единоличный арбитр или арбитражный суд *ad hoc*, учреждаемый в соответствии с Арбитражным регламентом Комиссии ООН по праву международной торговли³ (далее – ЮНСИТРАЛ);

4) Арбитражный институт международной торговой палаты в Стокгольме;

5) при наличии заранее согласованной процедуры разрешения споров, в соответствии с такой процедурой.

В ДЭХ предусматривается, что государства, являющиеся стороной по нему, дают *безусловное согласие* на выбранную инвестором третейскую процедуру разрешения споров, предусмотренную ДЭХ.

Кроме того статья 26 предусматривает определенные гарантии, а именно необходимость применения принципов международного права при разрешении споров в арбитражных судах. Кроме того устанавливается окончательность и обязательная сила арбитражных решений, которые могут включать решения об уплате процентов. Если речь идет о мере, принятой субнациональным органом либо властями государства, арбитражное решение должно предусматривать именно возможность уплаты государством денежной компенсации убытков вместо другого возмещения. Это положение является важной гарантией для инвесторов. Далее государства, подписавшие ДЭХ, обязуются незамедлительно исполнять такие решения и обеспечивать их эффективное исполнение на своей территории.

По смыслу статьи 10 инвесторам предоставляются гарантии стабильных, равноправных и гласных условий, справедливое и равное обращение (FET

³<http://www.consultant.ru/cons/cgi/online.cgi?req=doc&base=LAW&n=144876&fld=134&st=1000000001,0&rnd=0.19506396077806365#0833947715528304>

standard). Инвесторам необходимо предоставить режим наибольшего благоприятствования (MFN clause). Допускаются изъятия из этого режима, однако государства обязуются «ограничивать до минимума» изъятия из него. ДЭХ также предусматривает защиту инвесторов от дискриминации, неравноправия и экспроприации без компенсации (статья 13).

ДЭХ не включает защиту инвестиций в высокотехнологичных сферах, не затрагивает вопросы введения тарифов и общих принципов регулирования. Он является единственным механизмом защиты инвестиций в рамках Киотского протокола (не углеводородные инвестиции).

Список инвестиционных споров, разрешенных по ДЭХ является внушительным. Интересно рассмотреть один из них. Особенно ярким и наиболее знакомым для большинства граждан РФ, наверное, будет дело Yukos Universal Ltd. (UK - Isle of Man) v. Russian Federation, которое очень активно обсуждалось в прессе еще совсем недавно. Это одно из первых дел, разрешенных по ДЭХ, зарегистрированное еще в 2005 году. И хотя окончательное судебное решение было вынесено еще в 2014 году, в 2016 году оно было признано недействительным и сейчас вопрос действительности судебного решения 2014 года рассматривается Апелляционным судом в Гааге. Общая сумма иска составила 100 млрд. USD. Истец заявил, что РФ нарушила статьи 10 и 13 договора, а именно экспроприировала собственность без компенсации, нарушила режим наибольшего благоприятствования и гарантию справедливого и равного отношения. В своей позиции истец также говорит о таком серьезном нарушении, как отказ в правосудии (denial of justice), при том, что критерии для установления этого нарушения очень жесткие. Позиция истца подкрепляется также судебной практикой, широко известными делами в инвестиционном арбитраже: Saluka Investments BV v. The Czech Republic, Biwater Gauff v. United Republic of Tanzania, Plama v. Bulgaria и прочими. Суд признал РФ виновной в нарушении статьи 13, в связи с чем отпала

необходимость говорить о статье 10. Как могло бы показаться на первый взгляд, решение обосновано и окончательно, однако большое значение имеют вопросы юрисдикции. Некоторые описанные выше факты сыграли решающую роль:

- 1) до 2009 РФ применяла ДЭХ на временной основе;
- 2) РФ не ратифицировала ДЭХ.

Изначально позиция РФ в отношении юрисдикции заключалась в следующем:

- 1) аналогичный спор уже рассматривался в судах РФ и в ЕСПЧ, а следовательно по смыслу ст. 26 Договора к Энергетической Хартии, спор не может рассматриваться в арбитраже;
- 2) в соответствии с ДЭХ, налоговые меры являются исключением из ст. 21 договора;
- 3) принцип «чистых рук» лишает инвестора права пользоваться защитой;
- 4) РФ хоть и подписала ДЭХ, но *не ратифицировала* его.

Постоянная палата третейского суда в Гааге не согласилась с доводами РФ и встала на позицию истца:

- 1) споры в судах РФ и ЕСПЧ не являются идентичными рассматриваемому спору, следовательно это дело может быть рассмотрено в арбитраже;
- 2) не существует такого принципа общего права, как принцип «чистых рук», который бы требовал оставить дело без рассмотрения;
- 3) поскольку ответчик действовал недобросовестно, меры нельзя назвать налоговыми для целей ст. 21 Договора к Энергетической Хартии;
- 4) хотя РФ и не ратифицировала ДЭХ, однако РФ применяла ДЭХ на *временной основе* в соответствии со статьей 45.

Однако поскольку национальные суды могут пересматривать решения арбитража, если спор был разрешен по правилам ЮНСИТРАЛ, РФ могла обратиться за отменой (set aside) этого решение в окружной суд г. Гаага, что РФ и сделала. В 2016 году окружной суд г. Гаага решил, что Международная Постоянная палата третейского суда в Гааге не имела оснований рассматривать жалобу.

Что заставило окружной суд г. Гаага принять такое решение?

РФ согласилась с доводом истца о том, что имело место временное применение ДЭХ. Однако в таком случае необходимо обратить внимание на то, что подобные споры в соответствии с законодательством РФ не являются арбитрабельными (правильность применение этого термина в международном экономическом праве спорна, однако он употребляется в работе в целях лаконичности и словесной экономии, а также по той причине, что этот термин был употреблен в экспертном заключении профессором Антоном Владимировичем Асосковым). А поскольку в условиях временного применения договор применяется только в той части, которая *не противоречит национальному законодательству*, ст. 26 ДЭХ, предусматривающая возможность рассмотрения споров между государствами и инвесторами в международном арбитраже, применяться не может.

Эта позиция в полной мере обоснована в экспертном заключении профессором Антоном Владимировичем Асосковым. Во-первых, такой спор определенно относится к публично-правовым спорам. А публично-правовые споры, по смыслу законодательства на момент возникновения спора (Закон о МКА 1993 года⁴; ГПК РСФСР 1964 года⁵, АПК РФ 1992 года⁶; Временное положение о третейском суде для разрешения экономических споров,

⁴ http://www.consultant.ru/document/cons_doc_LAW_2303/

⁵ http://www.consultant.ru/document/cons_doc_LAW_2237/

⁶ http://www.consultant.ru/document/cons_doc_LAW_373/

утвержденное Постановлением ВС РФ 1992 года №3115-1⁷), а также по смыслу действующего законодательства РФ, являются неарбитрабельными (Постановление КС от 2011 года N 10-П⁸, Арбитражный процессуальный кодекс РФ 2002 г. (ч.6 ст.4)⁹, Закон об арбитраже (третейском разбирательстве) в РФ (ч.3 ст.1)¹⁰). Предусматривается, что спор должен возникнуть из *гражданско-правовых отношений*, чтобы его можно было рассматривать в третейском суде, если иное не предусмотрено федеральным законом.

Во-вторых, А. В. Асосков делает вывод из анализа статей 2 и 11 Гражданского Кодекса РФ¹¹, что неарбитрабельность публично-правовых споров *презюмируется*. Достаточно того, что такой спор вытекает из публично-правовых отношений, для того, чтобы его нельзя было рассматривать в третейском суде. А. В. Асосков также подкрепляет свою позицию судебной практикой: Постановление от 28 января 2014 г. №11535/13 по делу «АрбатСтрой»¹², Постановление от 11 февраля 2014 г. №11059/13 по делу «Форест-групп»¹³.

Более того, с точки зрения А. В. Асоскова, в законодательстве и судебной практике РФ устанавливается неарбитрабельность следующих споров:

- 1) налоговых споров;
- 2) споров, связанных с принудительным исполнением решений налоговых органов;
- 3) споров о банкротстве;

⁷ http://www.consultant.ru/document/Cons_doc_LAW_652/

⁸ http://www.consultant.ru/document/cons_doc_LAW_114541/

⁹ http://www.consultant.ru/document/cons_doc_LAW_37800/4d77fcae32b76a1cc26db3a1c64857d59045fdc/

¹⁰ http://www.consultant.ru/document/cons_doc_LAW_191301/ea6152e9068c49297ce8e3244874b570d6bf08bc/

¹¹ http://www.consultant.ru/document/cons_doc_LAW_5142/

¹² <http://www.consultant.ru/cons/cgi/online.cgi?req=doc;base=ARB;n=394464#01526538512050526>

¹³ <http://www.consultant.ru/cons/cgi/online.cgi?req=doc;base=ARB;n=395683#015824514429452374>

4) споров о возмещении убытков, причиненных государством или его органом при осуществлении властных полномочий.

Из этого следует, что неарбитрабельность такого спора не позволяет применять ст. 26 Договора к Энергетической Хартии. А следовательно у Международной Постоянной палаты третейского суда в Гааге не было оснований рассматривать жалобу.

Другим аргументом РФ было то, что она не давала своего явного *согласия* (consent) на рассмотрение спора в арбитраже. Факт подписания ДЭХ не говорит о согласии РФ в отношении тех пунктов договора, которые противоречат законодательству РФ, а следовательно РФ не дала своего согласия на рассмотрение подобных споров в арбитраже посредством подписания ДЭХ. В данном случае согласием могла бы стать *ратификация*, однако РФ не ратифицировала ДЭХ.

Дело ЮКОСа – это не единственный спор с подобной историей. Те же выводы были сделаны и в следующих делах с участием РФ: *Hulley Enterprises Ltd. (Cyprus) v. Russian Federation, Veteran Petroleum Trust (Cyprus) v. Russian Federation.*

Если ориентироваться на сложившуюся ситуацию, то можно сделать вывод, что иностранные инвесторы в сфере энергетики имеют единственную возможность разрешать споры, связанные со своими инвестициями на территории РФ – в национальных судах РФ. *Действительно ли инвесторы не могут обратиться в международный арбитраж для рассмотрения споров с участием РФ?*

Нет.

В деле ЮКОСа страной-резидентом инвестора был остров Мэн (в делах *Hulley Enterprises Ltd. (Cyprus) v. Russian Federation, Veteran Petroleum Trust (Cyprus) v. Russian Federation* – Кипр). У РФ нет ДИДа с о. Мэн, но с большинством других стран действуют различные соглашения о защите инвестиций (Соглашение с Кипром¹⁴, с Великобританией¹⁵). В 1989 году Великобритания и СССР подписали *Соглашение о поощрении и взаимной защите капиталовложений*, вступившее в силу в 1991 году и действующее до сих пор. Статья 8 соглашения предусматривает возможность рассмотрения споров в международном арбитраже, однако лишь после попытки разрешения спора дружественным путем и спустя 3 месяца после письменного уведомления о таком споре. ДИД с Кипром также предусматривает возможность рассмотрения споров в арбитраже, но только спустя 6 месяцев с момента возникновения и после попыток разрешения его путем переговоров. Подобные действующие двусторонние инвестиционные договоры (далее - ДИД) РФ имеет более чем с 60 странами¹⁶, потому иностранный инвестор в большинстве случаев имеет возможность прибегнуть к положениям о разрешении споров, предусмотренным таким договором (РФ подписала 84 ДИД, однако некоторые из них не ратифицированы).

Примером разрешения спора между РФ и инвестором в соответствии с Соглашением между Великобританией и СССР является спор *RosInvestCo UK Ltd. v. The Russian Federation*¹⁷, разрешенный в пользу инвестора.

¹⁴ <http://www.consultant.ru/cons/cgi/online.cgi?req=doc;base=INT;n=4730#05760677835668877>

¹⁵ http://www.consultant.ru/document/cons_doc_LAW_128815/

¹⁶ Перечень стран, с которыми у РФ подписаны ДИДы подготовлен специалистами КонсультантПлюс в Справочной информации: "Международные договоры Российской Федерации о поощрении и взаимной защите капиталовложений и инвестиций" [Электронный ресурс] – URL: http://www.consultant.ru/document/cons_doc_LAW_126895/

¹⁷ SCC Case No. 079/2005 *RosInvestCo UK Ltd. v. The Russian Federation* Award on Jurisdiction dated October 2007, Final Award dated 12 September 2010, Judgment of the Svea Court of Appeal (Svea Hovrätt) dated 5 September 2013

РФ приводила доводы о том, что она не давала согласия на разрешение спора в арбитраже, ссылаясь на формулировку подписанного и ратифицированного соглашения. Поскольку все документы были составлены на английском, в интерпретации текста соглашения речь шла в основном о понимании следующих фраз, переведенных на английский язык: "if either party to the dispute wishes", "shall consent", "shall assent", "shall be referred or submitted to arbitration". РФ утверждала, что такие формулировки не предполагают безусловного согласия государства на разрешение спора в арбитраже. А для рассмотрения спора в арбитраже было необходимо согласие РФ, которое она не предоставила.

Однако Арбитражный институт Торговой палаты Стокгольма не согласился с позицией РФ по этому вопросу и указал на следующее: такие формулировки явно свидетельствуют о том, что рассмотрение дела в арбитраже может быть инициировано одной из сторон (любой), и согласие второй стороны не требуется для начала рассмотрения спора. В последующем с этим решением согласился и Апелляционный суд округа Свеа в 2013 году.

В связи с этим можно прийти к выводу, что наличие двустороннего инвестиционного договора (в зависимости от формулировки) говорит о согласии сторон по договору на рассмотрение споров в арбитраже.

Во-вторых, РФ также является участником некоторых *универсальных международных соглашений*, которые предусматривают гарантии для инвесторов. Например, Конвенция об учреждении Многостороннего Агентства по Гарантиям Инвестиций 1985 года¹⁸ (МАГИ) предусматривает другой механизм, которым изначально могли бы воспользоваться инвесторы – механизм суброгации. Кроме того у инвесторов существует возможность

¹⁸<http://www.consultant.ru/cons/cgi/online.cgi?req=doc;base=INT;n=15168#013146017384175568>

(особенно у крупных инвесторов) заключить *договор непосредственно с государством*. Здесь однако стоит обратить внимание на то, что такая практика характерна скорее для развивающихся стран и не очень распространена в РФ.

В законодательстве РФ, с точки зрения автора, не хватает норм, которые предусматривали бы возможность урегулирования споров государства с инвесторами в арбитраже, особенно в такой специализированной сфере, как энергетика. Инвестиционный климат в стране сильно зависит от возможности инвесторов обратиться в арбитраж в случае возникновения споров, ведь когда речь идет о споре с государством, нередко инвестор может не доверять судебной власти этого государства. ДИД обеспечивают инвесторам такую возможность, однако даже это оспаривается РФ и не дает полной гарантии, что у инвестора в случае нарушения его прав будет возможность обратиться в арбитраж для рассмотрения спора. Более того, многое в данном случае зависит от формулировки договора и от позиции, которую суд может занять при толковании отдельных фраз.

Список использованной литературы

Нормативные акты:

Договор к Энергетической хартии (Подписан в г. Лиссабоне 17.12.1994)

Сеульская Конвенция 1985 года об учреждении Многостороннего агентства по гарантиям инвестиций

Конвенция о признании и приведении в исполнение иностранных арбитражных решений (Нью-Йорк, 1958 год)

Соглашение между правительством Союза Советских Социалистических Республик и правительством Соединенного Королевства Великобритании и Северной Ирландии о поощрении и взаимной защите капиталовложений от 06.04.1989, Лондон

Соглашение о партнерстве и сотрудничестве, учреждающее партнерство между Российской Федерацией, с одной стороны, и Европейскими сообществами и их государствами-членами, с другой стороны от 24.06.1994, о.Корфу

Арбитражный процессуальный кодекс Российской Федерации от 24.07.2002 N 95-ФЗ (ред. от 29.07.2017)

Гражданский кодекс Российской Федерации

Федеральный закон от 09.07.1999 N 160-ФЗ (ред. от 18.07.2017) "Об иностранных инвестициях в Российской Федерации"

Федеральный закон от 29.12.2015 N 382-ФЗ "Об арбитраже (третейском разбирательстве) в Российской Федерации"

Постановление Конституционного Суда РФ от 26.05.2011 N 10-П "По делу о проверке конституционности положений пункта 1 статьи 11 Гражданского кодекса Российской Федерации, пункта 2 статьи 1 Федерального закона "О третейских судах в Российской Федерации", статьи 28 Федерального закона "О государственной регистрации прав на недвижимое имущество и сделок с ним", пункта 1 статьи 33 и статьи 51 Федерального закона "Об ипотеке (залоге недвижимости)" в связи с запросом Высшего Арбитражного Суда Российской Федерации"

Постановление Конституционного Суда РФ от 26 мая 2011 г. N 10-П (Приложение АВА1)

Распоряжение Правительства РФ от 30.07.2009 N 1055-р «О намерении Российской Федерации не становиться участником Договора к Энергетической Хартии, а также Протокола к Энергетической Хартии по вопросам энергетической эффективности и соответствующим экологическим аспектам»

Постановление Правительства РФ от 16.12.1994 N 1390 "О подписании Договора к Энергетической Хартии и связанных с ним документов"

Постановление Правительства РФ от 27.12.1995 N 1294 "О внесении изменений в План мероприятий по реализации Комплексной программы

стимулирования отечественных и иностранных инвестиций в экономику Российской Федерации"

Судебная практика:

PCA Case No. AA 228 Veteran Petroleum Trust (Cyprus) v. Russian Federation Final Award of 18.07.2014, Interim Award of 20.04.2016

PCA Case No. AA 226 Hulley Enterprises Ltd. (Cyprus) v. Russian Federation Final Award of 18.07.2014, Interim Award of 20.04.2016

PCA Case No. AA 227 Yukos Universal Ltd. (UK - Isle of Man) v. Russian Federation Interim Award on Jurisdiction and Admissibility of 30.11.2009, Final Award of 18.07.2014, Decision of the Paris Court of Appeal of 15.12.2015, Interim Award of 20.04.2016

PCA Case No. AA 228 Veteran Petroleum Limited (Cyprus) v. The Russian Federation, UNCITRAL Expert Report of Anton V. Asoskov of 30.10.2014, Final Award of 18.07.2014

SCC Case No. 079/2005 RosInvestCo UK Ltd. v. The Russian Federation Award on Jurisdiction dated October 2007, Final Award dated 12 September 2010, Judgment of the Svea Court of Appeal (Svea Hovrätt) dated 5 September 2013

Монографии:

Bungenberg, Griebel, Hobe, Reinisch (eds.), International Investment Law(2015)

Dolzer, Schreuer, Principles of International Investment Law (2008)

Campbell McLachlan, Laurence Shore, Matthew Weiniger, International Investment Arbitration (2017)

Фархутдинов И. З. «Международное инвестиционное право и процесс» Москва: Проспект, 2015

Вылегжанин А.Н. Начала международного экономического права. Параграфы 27.1; 27.3; 27.4 / А.Н.Вылегжанин, Д.К.Лабин // Международное право. Том 2. Под ред. А.Н.Вылегжанина. 3-е издание, переработанное и дополненное. М. Юрайт. 2016.

Публикации в журналах и периодических изданиях:

Christopher Campbell, House of Cards: The Relevance of Legitimate Expectations under Fair and Equitable Treatment Provisions in Investment Treaty Law, 30 J. Int'l Arb. 361 (2013)

Jason Haynes, The Evolving Nature of the Fair and Equitable Treatment (FET) Standard: Challenging Its Increasing Pervasiveness in Light of Developing

Рачков И.В. Дело «ЮКОС против Российской Федерации» и вопрос о юрисдикционном иммунитете государства / И.В.Рачков, Н.А.Чурилина // Московский журнал международного права, № 3 (103), 2016. — С. 49-67.

Интернет-ресурсы:

URL: <http://www.energycharter.org>

URL: <https://www.italaw.com>

URL: <http://investmentpolicyhub.unctad.org>