

Инвестор против государства: как выиграть и добиться исполнения решения



РБК PRO, 2 декабря 2019 года
Анна Кревон-Тарасова, партнер Dentons

Количество споров о защите инвестиций, где ответчиком выступает государство, выросло с десяти в 1996 году до 940 в 2019-м. Россияне инициировали 23 дела. Но выиграть такой спор — лишь полдела, нужно еще взыскать присужденные средства.

Договоры и суды для инвесторов

На сегодняшний день существует более 3 тыс. договоров о защите инвестиций. Россия участвует почти в 70 из них. Эти соглашения защищают интересы инвестора из одной договаривающейся страны на территории другой. Решение о заключении или выходе из таких договоров принимает правительство: можно денонсировать договор, уведомив другую сторону.

Эти договоры предоставляют инвестору право напрямую обращаться с иском против государства, на территории которого была реализована инвестиция, в случае нарушения его прав. Чтобы подать иск, инвестор должен быть зарегистрирован в стране — участнице договора.

Иск рассматривает третейский суд в рамках международного арбитража. Состав суда формируется специально для каждого отдельного спора. Обычно он включает в себя трех арбитров, два из которых назначаются сторонами спора. Место проведения арбитража определяется в тексте договора или по решению третейского суда. Стороны также могут договориться между собой о месте проведения арбитража.

Решение арбитров окончательно и не подлежит апелляции, оно может быть отменено по узкому кругу оснований (например, отсутствие согласия на арбитраж или нарушение публичного порядка). Большинство решений приводится в исполнение на основании Нью-Йоркской конвенции о признании и приведении в исполнение иностранных арбитражных решений.

Типичный ответчик изменился

Изначально, когда заключались первые договоры о защите инвестиций, предполагалось, что споры в основном будут возбуждаться инвесторами из северных стран против развивающихся южных стран, но сегодня все больше дел проходит по линиям юг — юг, восток — восток, а также остаются в рамках одной группы стран. Традиционно ответчиками чаще других выступали Аргентина, Испания, Венесуэла, Чехия и Египет. Но сегодня все больше дел, возбуждаемых инвесторами одной из стран бывшего СССР против другой страны этого региона, и дел, возбуждаемых инвесторами одной из стран Европейского союза против другой страны Европейского союза.

Против России было возбуждено 24 дела, против Украины — 23 дела. В 2018 году инвесторы из Эстонии инициировали арбитраж против Казахстана, инвесторы из России — против Белоруссии и Туркменистана. Одно из недавних резонансных дел возбуждено «Газпромом» против Украины и касается штрафных санкций в размере около \$6 млрд, которые были наложены украинскими антимонопольными органами.

В последние несколько лет страны Восточной Европы, в том числе Россия, все чаще выступают ответчиками. При этом и Россия, и Украина продолжают заключать международные договоры о защите инвестиций, а

инвесторы из этих стран все активнее используют международные договоры. На сегодняшний день инвесторы из России инициировали 23 арбитража на основании таких договоров.

Иск «Северного потока-2» против ЕС

В отличие от коммерческого арбитража, в инвестиционном инвестор оспаривает законодательные меры, которые выходят за рамки отношений коммерческих контрагентов. В этой связи появилась новая тенденция, которую будет интересно наблюдать в ближайшие годы, — это споры против Европейского союза в целом, а не отдельных его членов.

Например, в апреле 2019 года компания «Северный поток-2», созданная и действующая в Швейцарии, но принадлежащая «Газпрому», направила письмо в адрес Европейской комиссии с уведомлением о споре на основании Договора к Энергетической хартии. В этом письме «Северный поток-2» утверждает, что, по его мнению, ЕС нарушил положение договора о непринятии дискриминационных мер. Согласно позиции «Северного потока-2», эти меры приведут либо к приостановлению проекта «Северный поток-2», либо к значительному сужению его рамок. Это событие примечательно в двух аспектах.

1. Истец, хотя и учрежден в Швейцарии, принадлежит российской компании и прибегает к использованию этого договора, несмотря на то, что после дела мажоритарных акционеров «Юкоса» против России Россия официально уведомила о своем отказе от ратификации и применения этого договора. Это возможно потому, что инвесторы, учрежденные в странах — участниках Договора к Энергетической хартии, по-прежнему могут прибегать к этому договору для защиты своих инвестиций.
2. Если арбитраж будет возбужден, это будет первое дело непосредственно против ЕС, который является участником Договора к Энергетической хартии. Согласно информации, опубликованной ЕС, 26 сентября 2019 года компания «Северный поток-2» официально подала иск против ЕС на основании статьи 26 Договора к Энергетической хартии.

Как инвестору подготовиться к подаче иска против государства

Международный арбитраж стал распространенной формой защиты прав инвесторов. При этом ряд государств уже неоднократно выступали ответчиками по таким делам и хорошо знакомы со всеми аспектами процедуры. Чтобы воспользоваться этим механизмом для защиты своих интересов, инвестору стоит подготовиться к судебному спору основательно и заранее. Начать лучше за несколько месяцев до подачи иска, чтобы собрать все доказательства, в том числе:

- свидетельские показания,
- заключения экспертов по правовым и техническим вопросам,
- заключения экспертов по размеру понесенных убытков.

Как добиться исполнения решения против государства

Привести арбитражное решение в исполнение сложно, поскольку нет единого механизма: этот вопрос регулируется законодательством и судебной практикой конкретного государства. Тем не менее есть общие тенденции: ориентиром может служить Конвенция ООН 2004 года о юрисдикционных иммунитетах государств и их собственности, несмотря на то, что она еще не вступила в силу.

- Инвесторы, получившие решение инвестиционного арбитража в свою пользу, могут претендовать на собственность государства-ответчика, которая используется в коммерческих целях. Определение коммерческих или государственных некоммерческих целей дается судебной практикой в каждой отдельной юрисдикции. Например, Верховный суд Швеции разрешил привести в исполнение решение против собственности России на территории Швеции по делу Зедельмайера против Российской Федерации. Истец доказал, что принадлежащее консульству РФ в Швеции здание сдавалось в аренду коммерческим компаниям. Таким образом, эта государственная собственность использовалась не в консульских целях, а в коммерческих.
- В качестве примера использования активов в некоммерческих государственных целях можно привести решения французских судов по делу мажоритарных акционеров ЮКОСа против Российской Федерации.

В 2016–2017 годах они возбудили несколько дел во Франции, касающихся приведения в исполнение арбитражного решения, вынесенного против Российской Федерации. В частности, Парижский апелляционный суд не разрешил привести в исполнение решение против банковских счетов, которые были открыты во Франции агентствами «РИА Новости» и «Россия сегодня». Суд решил, что эти организации выполняли государственные некоммерческие функции как средства массовой информации.

Критерий коммерческой и некоммерческой деятельности актуален в тех случаях, когда собственность напрямую принадлежит государству. Однако в большинстве случаев государства участвуют в коммерческой деятельности через различные организации, которые они учреждают и в которых являются единственным либо мажоритарным акционером (госкорпорации).

Можно ли взыскать долг государства с госкорпорации

Согласно традиционному подходу, государственная компания отвечает только по долгам, связанным с ее деятельностью, и не отвечает по долгам государства. Однако этот принцип применяется только в тех случаях, когда корпорация организована как самостоятельное лицо и обладает достаточной независимостью от государства. Истцы, в свою очередь, стараются доказать, что госкорпорация на самом деле зависима от государства, и государство настолько активно вмешивается в управление ею, что есть основания привести решение в исполнение против собственности этой компании.

Единого определения зависимости или независимости компании от государства нет, и обычно суды применяют такие критерии:

- Кто учредитель компании?
- Кто и каким образом назначает ее руководство?
- Кому руководство отчетывается и в каких случаях?
- Каков статус сотрудников компании: они госслужащие или частные наемные работники?
- Кто принимает на работу и увольняет сотрудников компании?
- Обладает ли компания собственным бюджетом, независимым от госбюджета?
- Используется ли бюджет компании для покрытия расходов из госбюджета?
- Куда поступают средства, получаемые компанией от ее деятельности, — в госбюджет или на собственные счета?

Примеров анализа этих элементов в судебной практике много. Один из недавних — арбитражное решение по делу Crystalex против Венесуэлы в пользу Crystalex. В августе 2018 года суд США разрешил привести в исполнение решение против собственности государственной нефтяной компании Венесуэлы PDVSA в США. Суд посчитал, что правительство Венесуэлы непосредственно использует средства, получаемые компанией от продажи нефти, для погашения расходов из госбюджета, для выполнения социальных программ, не связанных с нефтяной разработкой и продажей нефтепродуктов, и использует собственность компании в правительственных целях.