

ПРОБЛЕМА ОПРЕДЕЛЕНИЯ ПРИМЕНИМОГО ПРАВА К СПОРАМ С ИНОСТРАННЫМ ИНВЕСТОРОМ

А.В. Какуша

Белорусский государственный университет, пр. Независимости, 4, 2203030, Минск, Беларусь, alisa.kakusha@gmail.com

В статье рассмотрена проблема определения применимого права к спорам с иностранным инвестором. Акцентируется внимание на последствиях данной проблемы, что отражается на процессуальном поведении инвестора в спорах с государством-реципиентом инвестиций. Также выявлен доктринальный подход к вопросу о том, каким образом инструменты международного частного права призваны положить начало решению рассматриваемой проблемы.

Ключевые слова: международное частное право; разрешение инвестиционных споров; применимое право; инвестиционный арбитраж; *treaty-shopping*; *shell-companies*.

THE PROBLEM OF DETERMINING THE APPLICABLE LAW TO DISPUTES WITH A FOREIGN INVESTOR

A.V. Kakusha

Belarusian State University, Nezavisimosti Ave., 4, 220030, Minsk, Belarus., alisa.kakusha@gmail.com

The article considers the problem of determining the applicable law to disputes with a foreign investor. Attention is focused on the consequences of this problem, which is reflected in the procedural behavior of the investor in disputes with the recipient state of investments. The doctrinal approach to the issue of how the instruments of international private law are intended to initiate the solution of the problem under consideration is also revealed.

Keywords: international private law; resolution of investment disputes; applicable law; investment arbitration; *treaty-shopping*; shell companies.

Прямой доступ к инвестиционному арбитражу как эффективный механизм защиты имущественных прав инвестора – один из ключевых факторов, которые учитывает инвестор при выборе государства-реципиента инвестиций. В свою очередь, правовые тенденции в разрешении подобных споров проецируются на инвестиционный имидж государства, что подтверждает актуальность рассматриваемой темы. Как указывают авторы И.М. Лифшиц и А.В. Шаталова, специфика инвестиционных споров между государством и иностранным инвестором обусловлена столкновением при их разрешении международного частного и публичного права и,

соответственно, частных и публичных интересов [1, с. 31]. Так, единого законодательного и доктринального подхода к вопросу определения применимого права в международных инвестиционных соглашениях нет.

По общему правилу, право, подлежащее к применению в инвестиционных спорах, может быть определено в международных инвестиционных договорах: например, двусторонних соглашений о поощрении и взаимной защите инвестиций, региональных договоров о свободной торговле [2, с. 10]. Дж. Д. Брансон подчеркивает, что, иницируя арбитражное разбирательство, инвестор соглашается с оговоркой о применимом праве, содержащейся в международном инвестиционном договоре, и таким образом, эта оговорка становится частью арбитражного соглашения и обязательной для арбитров [3, с. 190].

Международные инвестиционные соглашения частично закрепляют порядок определения применимого права, также данный вопрос уточняют регламенты некоторых арбитражных учреждения. Так, в соответствии со ст. 46 Международного инвестиционного арбитражного регламента, принятым Китайской международной экономической и торговой арбитражной комиссией (CIETAC) в 2017 г.: «Арбитраж применяет право или нормы права, согласованные сторонами. При отсутствии соглашения сторон или в случае противоречия соглашения императивным нормам права, арбитраж применяет право или нормы права, которые он считает подходящими, включая национальное право соответствующего государства, любые применимые нормы международного права и торговый обычай» [4].

В этой связи, Н. Н. Викторова, акцентируя в своих исследованиях проблему определения права в инвестиционных спорах, предлагает следующую квалификацию инвестиционных соглашений: 1) соглашения, в соответствии с которыми стороны спора могут сами договориться о применимом праве; 2) соглашения, предусматривающие применение норм международного права; 3) соглашения, допускающие применение норм международного права и национального права государства-реципиента (иными словами, комбинированная оговорка); 4) соглашения, не содержащие положений по поводу применимого права [5, с. 35]. На наш взгляд, данная квалификация существенно способствует пониманию проблемы определения применимого права в инвестиционных спорах и ее состояние в системе международного частного права.

Пункт 1 ст. 42 Конвенции об урегулировании инвестиционных споров между государствами и физическими или юридическими лицами других государств 1965 г. (далее – Вашингтонская конвенция) содержит комбинированную оговорку о применимом праве, предусматривающую воз-

возможность сторон спора согласовать применимые нормы права, что, согласно квалификации Н.Н. Викторовой, позволяет отнести Вашингтонскую конвенцию к третьей категории инвестиционных соглашений.

Автор комментария к Вашингтонской конвенции, К. Шройер объясняет, что п. 1 ст. 42 Вашингтонской конвенции призван внести гибкость в арбитражный процесс, предоставляя сторонам автономию при выборе применимых норм [5, с. 249]. Подчеркивается неоднозначность в отношении методов определения применимого права: в Вашингтонской конвенции не конкретизировано, каким образом стороны спора должны выражать свое соглашение о применимом праве. В разрезе международного частного права интересным представляется замечание К. Шройера о том, что, исходя из смысла ст. 42 Вашингтонской конвенции, стороны также могут подчинить свои отношения нескольким правовым системам одновременно, то есть использовать институт международного частного права *dépeçage* [5, с. 252].

В русскоязычной доктрине проблема определения применимого права в инвестиционных спорах фрагментарно освещена в работах В.Н. Анурова [2], Н.Н. Викторовой [6, 7], Е.В. Попова [8], С.Р. Оганезовы [9], А. П. Гармозы [10]. Однако, представляется доступным выявить две теории, обобщающие тенденции арбитражной практики в вопросе определения применимого права: теория «*интернационализации*» и теория «*локализации*» инвестиционных соглашений.

В соответствии с теорией «*интернационализации*» соглашений между инвестором и государством, изъятие трансграничной инвестиционной сделки из сферы действия национального и ее подчинение наднациональной системе рассматривается как важнейшее условие защиты иностранных инвестиций. Сторонники данной теории (Е.В. Попов, В.Н. Ануров) считают, что подобным образом инвестиционное соглашение приобретает стабильность, поскольку выходит из-под контроля государственной власти [2, с. 140; 8, с. 60]. Теория «*интернационализации*» предполагает, что государство лишается возможности вносить изменения в контракт, что в глазах инвестора представляет из себя весомый фактор стабильности международного инвестиционного соглашения [6, с. 37]. Примером использования теории «*интернационализации*» является спор по иску молдавских инвесторов против Республики Казахстан. Арбитражный институт Торговой палаты г. Стокгольма отметил, что в соответствии с п. 1 ст. 22 Арбитражного регламента Стокгольмской торговой палаты и п. 6 ст. 26 Договора к Энергетической хартии арбитраж должен решать спор в соответствии с положениями Договора к Энергетической хартии и применимыми принципами международного права [11].

Критики теории «интернационализации» (Н.Н. Викторова, С.Р. Оганезова, А. П. Гармоза) поспособствовали развитию исследований теории «локализации» инвестиционных соглашений, в соответствии с которой инвестиционные споры разрешаются посредством национального права принимающего государства [9, с. 30]. В противостояние данных теорий ясность вносит решение Постоянной палаты третейского суда от 18 июля 2014 г. по спору между компанией «Veteran Petroleum Limited» и Российской Федерацией. Арбитраж указал, что материальное право, применяемое арбитражем, состоит из материальных норм Договора к Энергетической хартии, Венской конвенции о праве международных договоров «и применимых норм и принципов международного права, в том числе норм, которые закреплены в качестве источников права в Статьях об ответственности государств за международно-противоправные деяния Комиссии международного права ООН». Далее арбитраж указал: «В дополнение к вышеуказанным источникам, в отношении некоторых вопросов также применяется внутреннее право Российской Федерации» [13].

Отметим, что теории «интернализации» и «локализации» не являются решением проблемы определения применимого права в инвестиционных спорах, а лишь доктринальной систематизацией арбитражной практики. Тем не менее, теория «локализации» инвестиционного соглашения кажется более обоснованной в силу следующего размышления. В ситуации, когда инвестор обращается в арбитраж с иском к государству, он пытается защитить свои вещные права, возникшие на основании национального права государства-реципиента. Поэтому на предварительный вопрос в споре по поводу существования этих прав нельзя не ответить без ссылки на национальное право государства-реципиента. Если даже иск основан на нарушении двустороннего соглашения о защите инвестиций или другого международного договора, национальное право тоже, скорее всего, будет применимо.

Отдельно отметим, что в целях защиты собственных имущественных прав согласно инвестиционному договору, инвесторы-юридические лица меняют страну регистрации, физические лица – гражданство [6, с. 76]. Тенденция подмены страны регистрации для получения выгодной национальности без осуществления фактической деятельности в своей стране приводит к таким явлениям, как «*treaty-shopping*» (выбор договора), злоупотребление корпоративной национальностью путем создания так называемых «компаний-оболочек», существующих лишь номинально («*shell-company*»), «*forum-shopping*» (выбор места проведения суда) и «*nationality-shopping*» (выбор национальности). Данные «инструменты» используются в целях создания «искусственной компетенции арбитража», что представляется из себя привлекательную возможность для инвестора

использовать механизм разрешения споров в международном арбитраже, исключив возможность рассмотрения инвестиционного спора в национальном суде государства-реципиента [17, с. 410]. Как полагает С.Р. Оганезова, разрешение споров между иностранными инвесторами и принимающими инвестиции государствами в национальных судах последних не рассматривается инвесторами эффективным способом защиты собственных прав ввиду недоверия инвестора к государству [9, с. 100]. Поэтому данные способы злоупотребления процессуальными права инвестора возникли в ответ на нерешенную проблему применимого права в инвестиционных спорах.

«*Treaty-shopping*» и создание «*shell-companies*» являются наиболее распространенными способами злоупотребления процессуальными правами инвестора в спорах с государством-реципиентом, поэтому в рамках рассматриваемого проблемного поля имеет смысл рассмотреть данные механизмы подробнее. «*Treaty-shopping*» подразумевает под собой создание аффилированного юридического лица для подачи иска в той стране, где заключено двустороннее инвестиционное соглашение с принимающим государством, в целях получения привилегий для основного юридического лица, даже если он не имеет национальность государства, заключившего договор о защите инвестиций с принимающей страной. «*Shell-companies*» создаются инвесторами в третьих государствах-участниках многосторонних инвестиционных соглашений, что наделяет их инвестиции статусом иностранных [18, с. 270]. Дж. Рихтер отмечает, что данная интерпретация двусторонних и многосторонних инвестиционных соглашений создает благоприятную среду исключительно для инвесторов [17, с. 420].

Как злоупотребление процессуальными правами в виде «*treaty-shopping*» и «*shell-companies*» инвестора непосредственно отражено в арбитражной практике? При рассмотрении Международным центром по урегулированию инвестиционных споров (далее – МЦУИС) в 2014 г. дела компании Lao Holdings N. V. против Лаоса суд расценил как злоупотребление со стороны инвестора манипулирование национальностью дочерней компании с целью достижения выгодного места рассмотрения спора в соответствии с международным договором. Инвестор применил «*treaty-shopping*»: организовал подмену страны собственной регистрации непосредственно в тот момент, когда произошли события, которые негативно повлияют на его инвестиционный проект и могут привести к разногласиям [19].

Очередным примером попытки искусственного создания (а именно, создание «*shell-company*») компетенции МЦУИС является дело компании «Transglobal Green Energy» против Панамы. В решении от 2 июня 2016 г.

арбитражный суд отказался рассматривать спор по причине отсутствия своей компетенции, так как инвесторы пытались незаконно создать компетенцию МЦУИС в соответствии с инвестиционным договором. В решении отмечено, что, поскольку владелец компании имел панамское гражданство, а его компания была учреждена по законодательству Панамы, передача акций компании «Transglobal», зарегистрированной в США, была сделана с единственной целью – получить защиту в рамках двустороннего инвестиционного договора между США и Панамой. Таким образом, суд постановил, что инвестор попытался создать «искусственную компетенцию в отношении ранее существовавшего внутреннего спора», тем самым злоупотребил системой арбитража по инвестиционным договорам [20].

Какой ответ рассматриваемой проблеме предлагает механизмы международного частного права? Е.В. Попов критикует рассмотрение института разрешения инвестиционных споров как часть международного инвестиционного права, аргументируя это тем, что его система неоднородна и хаотична. Исследователь также акцентирует внимание на устаревшей системе многочисленных двухсторонних инвестиционных соглашениях: сегодня инвесторы пытаются пересмотреть двусторонние инвестиционные соглашения с целью увеличения мер по защите своих инвестиций, а государства опасаются понести убытки за нарушение стандартов защиты иностранных инвесторов. По этой причине, Е.В. Попов предлагает рассматривать вопросы разрешения инвестиционных споров исключительно в плоскости международного частного права [8, с. 139].

Вдобавок, Дж. Арато предлагает вовсе перенести проблемы международного инвестиционного права в публично-правовую сферы, обособив вопросы института разрешения инвестиционных споров в частноправовые рамки. Исследователь считает целесообразным свести вопросы международного инвестиционного права к установлению публично-правовых правил поведения и созданию институтов, возлагающих на государства обязанности в сфере регулирования инвестиций [14, с. 45].

Вышеуказанные мнения кажутся обоснованными. Учитывая, что в сегодняшних условиях глобализации инвестиционный спор представляет из себя ситуацию, когда правоотношение извлекается из-под действия национально-правовых систем нескольких государств альтернативным инструментом (международным инвестиционным арбитражем), ограничительные механизмы международного частного так или иначе возникнут в процессе разрешения спора [15, с. 14].

Так, главным критерием предоставления особой правовой защиты является национальность инвестора [7, с. 45]. Например, согласно ч. 2 ст. 1 Соглашения между правительством Республики Беларуси и правитель-

ством Французской Республики о взаимном поощрении и взаимной защите инвестиций, к инвесторам относятся: «а) физическое лицо – гражданин государства одной из Договаривающихся Сторон в соответствии с его законодательством; б) юридическое лицо в отношении любой из Договаривающихся Сторон – любое юридическое лицо, созданное или учрежденное, а также признаваемое таковым в соответствии с законодательством ее государства» [16].

Так, проблема применимого права в инвестиционных спорах демонстрирует баланс интересов инвестора и государства-реципиента. Выигранный инвестором иск может также означать признание односторонней вины принимающего государства и не зависит от размера компенсации. А выигранный принимающим государством иск означает, что инвестор не заслуживает компенсации ущерба, или отсутствие юрисдикции суда для решения по спору. Рассмотрены аспекты проблемного поля определения применимого права в спорах между инвестором и государством-реципиентом: выяснено, что данный вопрос вытекает из неоднородности инвестиционных соглашений (как многосторонних, так и двусторонних). В качестве последствий нерешенной проблемы определения применимого права выявлены механизмы злоупотребление инвестором процессуальными правами, в частности – «*treaty-shopping*» и создание «*shell-companies*». Урегулирование данного вопроса представляется следующим образом: более четкое формулирование инвестиционных соглашений без явного смещения баланса интересов в сторону инвестора, а также применения коллизионного метода регулирования возникающих в процессе спора двусмысленностей трактовки соглашений.

Библиографические ссылки

1. *Лифшиц И. М., Шаталова А. В.* Обновление системы урегулирования споров между инвесторами и государствами: реформа или революция? //Московский журнал международного права. 2023. №. 1. С. 29–46.
2. *Ануров В.Н.* Международный инвестиционный арбитраж: вопросы компетенции : учебное пособие для магистров. Москва : Проспект, 2021.
3. *Branson J. D.* The Abuse of Process Doctrine Extended: A Tool for Right Thinking People in International Arbitration //Journal of International Arbitration. 2021. Т. 38. №. 2. Р. 187–214.
4. CIETAC International Investment Arbitration Rules 2017. [Electronic resource] // URL: <http://www.cietac.org/index.php?m=Page&a=index&id=390&l=en> (дата доступа: 20.03.2024).
5. *Schreuer C. H.* The ICSID Convention: a commentary. Cambridge University Press, 2009.
6. *Викторова Н. Н.* Право, подлежащее применению при разрешении международных инвестиционных споров в арбитраже: некоторые проблемы //Евразийский юридический журнал. 2020. №. 8 (147). С. 34–38.

7. *Викторова Н. Н.* Злоупотребление правом со стороны индивидуальных инвесторов в инвестиционном арбитраже // Вестник Университета имени О.Е. Кутафина. 2021. № 3 (79). С. 72–81.
8. *Попов Е. В.* Разрешение международных инвестиционных споров. Вопросы теории и практики правоприменения. М.: МГИМО, 2018.
9. *Оганезова С. Р.* Оговорка о режиме наиболее благоприятствуемой нации в практике установления юрисдикции Международного центра по урегулированию инвестиционных споров (МЦУИС) // Актуальные проблемы российского права. 2021. №3 (124).
10. *Гармоза А. П.* Арбитраж на основании международных инвестиционных соглашений. М.: Инфотропик Медиа, 2012.
11. SCC Arbitration V (116/2010) 1. Anatolie Stati 2. Gabriel Stati 3. Ascom Group S.A. 4. Terra Raf Trans Trading Ltd. versus The Republic of Kazakhstan. [Electronic resource]. URL: <https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/italaw3083.pdf> (дата доступа: 20.03.2024).
12. *Лабин Д. К.* Международное право по защите и поощрению иностранных инвестиций / Д.К. Лабин. Москва : Волтерс Клувер, 2018.
13. Решение ППТС № АА 228 по делу между Veteran Petroleum Limited и Российской Федерацией от 18 июля 2014 г. С. 82. [Электронный ресурс]. URL: https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/italaw4157_0.pdf (дата доступа: 17.03.2024.0)
14. *Arato J.* The private law critique of international investment law // American Journal of International Law. 2019. Т. 113. №. 1. Р. 1–53.
15. *Леанович Е. Б.* Ориентир коллизионного регулирования в современных условиях глобализации // Журнал международного права и международных отношений. 2022. № 3–4. С. 12–20.
16. Соглашение между Правительством Республики Беларусь и Правительством Республики Узбекистан о взаимном поощрении и защите инвестиций: заключено в г. Минск 01.08.2019 [Электронный ресурс]. URL: <https://pravo.by/document/?guid=12551&p0=I01900037&p1=1> (дата доступа: 22.03.2024).
17. *Richter J.* The two problem pillars of multiple proceedings in investment arbitration: why the abuse of process doctrine is a necessary remedy and requires focus in UNCITRAL's ISDS reform // Journal of International Dispute Settlement. 2023. Т. 14. №. 3. Р. 407–424.
18. *Olmed, J. G.* Lessons from investment treaty arbitration // Alternative Dispute Resolution and Tax Disputes. Edward Elgar Publishing, 2023. Р. 260–288.
19. Lao Holdings N. V. v. the Lao People's Democratic Republic. ICSID Case No. ARB(AF)/12/6 Decision on Jurisdiction February 21, 2014. P. 25 [Electronic resource]. URL: <https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/italaw3108.pdf> (дата доступа: 20.03.2024).
20. Transglobal Green Energy, LLC and Transglobal Green Panama, S. A. v. Republic of Panama (ICSID Case No. ARB/13/28) [Electronic resource]. URL: <https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/italaw7336.pdf> (дата доступа: 20.03.2024).