

РАССМОТРЕНИЕ СПОРОВ ПО ИНВЕСТИЦИОННЫМ ПРОЕКТАМ С ИНОСТРАННЫМ УЧАСТИЕМ

DOI 10.18572/2312-4350-2021-2-8-13



Лисицын-Светланов Андрей Геннадьевич,

доктор юридических наук, профессор,
академик Российской академии наук

■ svetlanov@yust.ru

Накопленный в России опыт привлечения иностранных инвестиций объективно дает повод оценить состояние правовой базы, этой сферы регулирования. Политические проблемы в отношениях с Западом, обострившиеся в последние годы, и их негативное влияние на экономические отношения, особенно в сфере энергетики, делают эту проблему особенно актуальной. Проекты в сфере энергетики наряду с гражданско-правовыми отношениями, связанными с корпоративными отношениями, договорами поставки, подряда, лизинга, лицензионными и т.д. (как элементами инвестиционных проектов), затрагивают вопросы недропользования, водных ресурсов и экологии. Кроме того, энергетика, будучи универсальным базисом экономики, определяет и проблемы экономической безопасности страны, то есть с правовой точки зрения относится к сфере, затрагивающей публичный правопорядок. За прошедшие годы в России сложилась правовая система, необходимая для регулирования инвестиционных отношений в энергетическом секторе. Задача дальнейшего ее развития состоит не в создании специальных условий для иностранных инвесторов, включая условия об особом порядке рассмотрения споров, а обеспечения общего инвестиционного режима, основанного на добросовестной конкуренции.

Ключевые слова: энергетическое право, правовое регулирование инвестиционных проектов в сфере энергетики, порядок рассмотрения споров.

REVIEW OF DISPUTES ON INVESTMENT PROJECTS WITH FOREIGN PARTICIPATION

Lisitsin-Svetlanov Andrey G.
Doctor of Law, Professor
Member of the Russian Academy of Sciences

The experience in attracting foreign investments accumulated in Russia objectively gives reason to assess the state of the legal framework and this area of regulation. Political problems in relations with the West that have aggravated in recent years, and their negative impact on economic relations, especially in the energy industry, make this problem especially urgent. Along with civil law relations concerning corporate relations, supply, contractor, leasing, licensing agreements, etc., energy projects (as elements of investment projects)

involve the issues of subsoil use, water resources, and ecology. Besides, the energy industry, being a universal basis of the economy, also determines the problems of the economic security of the country, i.e., from the legal standpoint, refers to the area involving public law and order. Over the past years, a legal system in Russia that is necessary to regulate investment relations in the energy sector has developed. The task of its further development is not to create any special conditions for foreign investors including conditions for a special dispute resolution procedure but to ensure a general investment regime based on fair competition.

Keywords: energy law; legal regulation of investment projects in the energy sector; dispute resolution procedure.

Характеристика сложившегося законодательства

Начиная с 1987 года советское, а затем российское инвестиционное регулирование концептуально строилось как универсальное, многоцелевое, предназначенное для развития всех секторов экономики. Этот процесс проходил в условиях «политического романтизма»: падения железного занавеса, разрушения реальных и мнимых стен, роспуска военного блока и прочего, и прочего. В сфере экономики программным было самозабвенное стремление в ВТО и выполнение предъявляемых этой организацией требований к российскому законодательству. Наконец, в области права сформировалось объективно критическое отношение к собственному законодательству, уходящему корнями в нерыночные принципы построения. Исключение составлял международный коммерческий арбитраж, успешно действовавший с 30-х годов прошлого века.

Весь этот настрой отразился и на характере правовой политики России применительно к регулированию иностранных инвестиций. Основным лейтмотив сводился к задаче сформировать правопорядок привлекательный для иностранных инвестиций, надежно обеспечивающий права и интересы иностранных инвесторов. Российский интерес в иностранных инвестициях был связан главным образом с привлечением широкого спектра передовых технологий. Этот правопорядок начал формироваться на национальном и международном уровнях. Основными правовыми институтами, гарантирующими защиту

прав и интересов иностранного инвестора, являются гарантии от национализации и экспроприации инвестиций; стабильность законодательства страны реципиента, обеспеченная так называемой «дедушкиной оговоркой»; удобным для инвестора корпоративным правом и выводом инвестиционных споров в иностранную юрисдикцию. Кроме того, привлекательность иностранных инвестиций обеспечивалась предоставлением особого режима в сфере публичного права: налогового, таможенного и валютного регулирования.

На протяжении более чем полувека международный коммерческий арбитраж рассматривался не только как оптимальный способ защиты прав инвесторов, но и как необходимое условие формирования благоприятного инвестиционного климата в стране-реципиенте. Гарантией стабильности предоставляемого национальным законодательством правового режима для иностранных инвестиций считалась система заключаемых международных договоров. Обращает на себя внимание тот факт, что именно международные соглашения о защите капиталовложений, как многосторонние, так и двусторонние, последовательно закрепляют арбитражный порядок рассмотрения споров в третьей стране в качестве бесспорного приоритета формы.

Однако этот подход, поддерживаемый доктриной и практикой промышленно развитых стран, далеко не всегда разделялся развивающимися странами. Так, например, проблематичность использования подхода «право и арбитраж третьей страны»

применительно к международной передаче технологии уходит корнями в 70–80-е годы прошлого века. Эта проблема похоронила почти готовый Международный кодекс по передаче технологий. Имеющийся опыт должен служить серьезным предостережением и в настоящее время, когда проблемы энергетических инноваций в контексте поиска альтернативных источников энергии приобретают особое значение.

Обращаясь к российскому опыту, следует отметить, что проблема рассмотрения именно инвестиционных споров в коммерческом арбитраже возникла, по сути, начиная с конца 80-х годов прошлого века, когда в СССР стали создаваться совместные предприятия с иностранным участием. Так, согласно п. 20 Постановления Совета Министров СССР от 13 января 1987 года № 49 «О порядке создания на территории СССР и деятельности совместных предприятий с участием советских организаций и фирм капиталистических и развивающихся стран» предусматривалось, что «спору советских предприятий с советскими государственными, кооперативными и иными общественными организациями, споры их между собой, а также споры между участниками совместного предприятия по вопросам, связанным с его деятельностью, в соответствии с законодательством СССР рассматриваются в судах СССР либо по договоренности сторон в третейском суде». В изложенной норме со всей определенностью отражена правовая политика государства того времени. Во-первых, устанавливалась исключительная советская юрисдикция при обращении к судебной форме защиты прав. Во-вторых, допустимость альтернативной — третейской — формы защиты прав при наличии договоренности сторон. Обращает на себя внимание тот факт, что третейское разбирательство не привязано исключительно к территории СССР. Что касается необходимости соглашения сторон о третейском порядке рассмотрения споров, то это означало в том числе и определение характе-

ра споров, передаваемых на рассмотрение третейского суда (допустимость третейского разбирательства). Выбор российского или зарубежного третейского суда оставался на усмотрение сторон.

Регулирование в сфере иностранных инвестиций не ограничивалось лишь национальным законодательством. Практика пошла также по пути формирования международно-правового регулирования.

За прошедшее время было заключено и в настоящее время действует значительное количество двусторонних договоров о поощрении и защите капиталовложений. Что касается многосторонних конвенций, предусматривающих арбитражный порядок рассмотрения инвестиционных споров, в частности Вашингтонскую Конвенцию 1965 года и Договор к Европейской Энергетической Хартии 1994 года, то Россия, подписав эти международно-правовые договоры, не ратифицировала их. В двусторонних договорах России с зарубежными странами о поощрении и защите капиталовложений, заключаемых с конца 80-х годов прошлого века, содержатся положения, касающиеся двух категорий споров и, соответственно, двух правовых форм их урегулирования. К первой относятся споры между договаривающимися государствами, относящиеся к толкованию или применению Соглашения о взаимном поощрении и взаимной защите капиталовложений. В данном случае речь идет об использовании правовых форм и порядка, действующего для международных публично-правовых споров между субъектами международного права. Так, например, Соглашение между Правительством СССР и Правительством Французской Республики от 4 июля 1989 года предусматривает возможность обращения в арбитражный суд и получение содействия в его организации от Генерального секретаря Организации Объединенных Наций. Предметом таких споров может стать факт невыполнения договаривающимся государством своих обязательств по заключенному меж-

дународному договору перед другим договаривающимся государством.

Ко второй категории относятся споры, касающиеся принимаемых государством-реципиентом мер в отношении иностранного инвестора, его имущества, имущественных прав и интересов. Статьи соответствующих двусторонних международных соглашений предполагают передачу практически любого спора между инвестором и государством-реципиентом — Российской Федерацией — в специализированный инвестиционный арбитраж или в арбитраж общей компетенции, находящийся в третьей стране. Вместе с тем практика показала, что в ряде случаев иностранные инвесторы обращались с исками по делам, связанным с инвестиционными проектами, к российским юридическим лицам и к Российской Федерации, в суды иностранных государств. Причем выбираемая иностранная юрисдикция не имела «эффективной правовой связи» с заявленными требованиями, как это требует, например, доктрина *long arm rule*.

Третейский порядок урегулирования инвестиционных споров стал доминирующим и в отношениях между иностранными инвесторами и их российскими контрагентами (российскими юридическими лицами). В практику инвестиционных проектов широко внедрилась арбитражная оговорка, согласно которой «все споры по настоящему договору, или в связи с ним» подлежат рассмотрению в согласованном сторонами международном коммерческом арбитраже. Как правило, это международный коммерческий арбитраж в третьей стране.

Какие последствия влечет за собой такой выбор порядка урегулирования споров? Практика, и не только отечественная, показала, что в меняющемся мире в любых формах и сферах предпринимательской деятельности, включая и энергетические инвестиционные проекты, возникает весь спектр возможных разногласий, многие из которых не поддаются справедливому мирному урегулированию путем перегово-

ров, поскольку порождены изменениями законодательства страны реципиента, или по своему характеру не являются арбитрабельными в этой стране. *Особую сложность в урегулировании инвестиционных споров создают проекты, где российской стороной является юридическое лицо с госучастием. Нередки случаи, когда инвестор, несмотря на принципиальные положения законодательства о раздельной ответственности государства и юридических лиц, предъявляет в зарубежный коммерческий арбитраж иск к юридическому лицу и государству, как к солидарным ответчикам.* Результат — вынужденное для российской стороны третейское разбирательство, или «молчаливый проигрыш», то есть ситуация, когда сторона, оказавшаяся в невыгодном положении, вынуждена смириться с ним, объективно рискуя проиграть возможный процесс в коммерческом арбитраже, находящемся в третьем государстве.

В этой связи всегда ли международный коммерческий арбитраж, объективно заслуживший отличную репутацию, как форма урегулирования коммерческих споров, бескомпромиссно подходит для урегулирования любых споров, связанных с инвестиционными проектами? Вряд ли можно дать однозначный ответ на данный вопрос уже постольку, поскольку инвестиционные проекты по своему правовому характеру весьма разнообразны. Особое место занимают проекты в сфере энергетики [1]. Наряду с гражданско-правовыми отношениями, связанными с корпоративными отношениями, договорами поставки, подряда, лизинга, лицензионными и т.д. (как элементами инвестиционных проектов), они затрагивают вопросы недропользования, водных ресурсов и экологии [2]. Кроме того, энергетика, будучи универсальным базисом экономики, определяет и проблемы экономической безопасности страны, то есть с правовой точки зрения относится к сфере, затрагивающей публичный правопорядок [3]. Наконец, продолжительность действия энергетических

проектов в условиях быстро меняющихся политических, экономических и технологических укладов создает условия для их реализации, не укладывающиеся в рамки правовых реалий, существовавших на момент формирования энергетического проекта.

Изложенные особенности проявились в ходе тридцатилетней отечественной практики, позволяющей сделать определенные обобщения о характере возникавших разногласий и споров, а также оценить эффективность международного коммерческого арбитража, как способа их рассмотрения.

Частноправовые споры между инвесторами. В этой группе споров следует особо выделить споры корпоративные, споры, связанные с эксплуатацией природных ресурсов, и споры, связанные с инновационным развитием компаний. Обращает на себя внимание, что при формировании внутрикорпоративных отношений с участием иностранного инвестора, стороны предусматривают подчинение заключаемых договоров праву третьей страны. Арбитражная оговорка, включаемая в соответствующие договоры, предусматривает «арбитраж в третьей стране». Несмотря на распространенность этой практики, ее эффективность вызывает большие сомнения. Ожидаемые инвесторами преимущества, связанные с нейтральностью применимого права и местом форума (*applicable law & place of forum*), утрачиваются на фоне как серьезных различий в методах и обычаях ведения бизнеса от страны к стране, так и существенных различий в национальном корпоративном законодательстве государств. Против безоглядной приверженности обращаться к иностранной юрисдикции и иностранному праву компаний по корпоративным спорам, связанным с инвестиционными проектами, говорит и международная практика. Так, обращение к правовой интеграции в рамках Евросоюза свидетельствует о значительных сложностях в вопросе унификации права компаний, поскольку существующие различия

не только лежат в сфере формального права, но и порождены особенностями общественных отношений, обусловленными национальными традициями, национальным многообразием. Этот фактор, действующий и в отношении России, дополняется и особенностями формально-правового характера. Так, российское акционерное законодательство содержит серьезные императивные предписания, ограничивающие договорную автономию участников проекта в вопросах внутрикорпоративных отношений.

Споры, связанные с эксплуатацией природных ресурсов, изначально несут в себе проблемы, выходящие за рамки частногоправового регулирования. Регулирование недропользования, земли, водных ресурсов — это сфера в первую очередь публично-правового регулирования, что объективно сужает сферу применения иностранного права и использование арбитража, как формы рассмотрения спора. Таким образом, принимая во внимание тот факт, что от места рассмотрения споров зависит решение проблемы применимого права и/или признания оговорки о применимом праве, договорное условие «...все споры по договору и в связи с ним...» подлежит рассмотрению в международном коммерческом арбитраже третьей страны с применением «нейтрального права», несет риск установить порядок рассмотрения потенциальных споров, противоречащий законодательству страны-реципиента, а выбранное право, не имеющее эффективной связи с реальными деловыми отношениями, в которых реализуется инвестиционный проект, стать препятствием для достижения поставленных целей.

Споры между иностранным инвестором и страной-реципиентом. С момента принятия законодательства об иностранных инвестициях вопрос об их национализации и/или экспроприации присутствует как в международных публикациях, так и в программах международных научных и деловых форумов. Первые 16 лет обсу-

дались риски, но в гипотетическом плане в силу отсутствия примеров. С 2003 года кейсом стало дело ЮКОСа. Как говорил классик энергетики, «никогда не было, и вот опять...». В новейшей юридической литературе появилось понятие «ползучая экспроприация» [4]. Оставив в стороне обсуждение содержания кейса ЮКОС, равно как и новые доктринальные соображения, следует обратиться к причинам появления требований иностранного инвестора к государству-реципиенту.

Проблема лежит не в преднамеренном желании государства отказаться от иностранного инвестора как такового. Истоки конфликта лежат в объективном изменении действующего в стране-реципиенте фискального, валютного, внешнеторгового и иного публично-правового регулирования, с одной стороны, и толкования «дедушкиной оговорки» (*grandfather clause / reservation clause*) — с другой.

Законодательство любой страны претерпевает изменения во времени. И с точки зрения разумности, а также с позиций требования равного отношения права к участникам рынка система преференций может оцениваться только судом, где компании осуществляют свою деятельность. Обраще-

ние к иностранной юрисдикции будет не чем иным, как вмешательством в публичный порядок страны-реципиента.

Меняющаяся внешнеполитическая ситуация, а также разрушение соответствующих международно-правовых принципов регулирования экономических отношений в угоду практике недобросовестной конкуренции и экономическим санкциям ставят под сомнение эффективность действующих договоров о поощрении и взаимной защите капиталовложений, включая действующий механизм рассмотрения инвестиционных споров.

Энергетический потенциал России, технологические возможности его развития — это основные факторы, придающие ее экономике инвестиционную привлекательность. За прошедшие годы в России сложилась правовая система, необходимая для регулирования инвестиционных отношений в энергетическом секторе. Задача дальнейшего ее развития состоит не в создании специальных условий для иностранных инвесторов, включая условия об особом порядке рассмотрения споров, а в обеспечении общего инвестиционного режима, основанного на добросовестной конкуренции. ■

Литература

1. Романова В.В. Правовое обеспечение баланса и защиты интересов участников общественных отношений в сфере энергетики / В.В. Романова // Третейский суд. 2017. № 2 (110). С. 204–213.
2. Лисицын-Светланов А.Г. Проблемы международно-правового регулирования в сфере энергетики (на примере углеводородного комплекса) / А.Г. Лисицын-Светланов // Правовой энергетический форум. 2014. № 3. С. 15–17.
3. Романова В.В. Энергетический правопорядок: современное состояние и задачи / В.В. Романова. Москва : Юрист, 2016. 255 с.
4. Буднецкий Н.С. Соотношение норм международного частного и национального гражданского права об экспроприации инвестиций в недвижимость и ее изъятии (обзор практики) / Н.С. Буднецкий // Международное публичное и частное право. 2019. № 2. С. 13–16 ; Шапошникова О.С. Международный инвестиционный арбитраж и право государств осуществлять правовое регулирование / О.С. Шапошникова // Кабатов В.А., Лебедев С.Н. Сборник воспоминаний, статей, иных материалов / научный редактор А.И. Муранов, О.Н. Зименкова, А.А. Костин ; составитель А.И. Муранов ; редактор П.Д. Савкин. Москва : Статут, 2017. С. 769–817.