

30.09.2016 – 06.10.2016, № 36

**ГЛАВНАЯ СТАТЬЯ**

**Компетентная мысль**

[Инвестиции и инвестиционная деятельность: современное состояние правового регулирования](#)

[Требования соглашений о защите инвестиций к инвесторам – юридическим лицам. Компании без операционной деятельности в инвестиционном арбитраже](#)

[Как подготовить бизнес для привлечения иностранного инвестора?](#)

[Защита инвестиций: государственные и международные гарантии](#)

[Инвестиционные компании: правовое регулирование деятельности](#)

[Правовая инвестиционная привлекательность предприятия – залог успешного бизнеса](#)

[Усовершенствование корпоративного управления в компании как инструмент для привлечения инвестиций](#)

[Инвестиционная привлекательность: как предприятию привлечь инвестора](#)

[Государственная защита инвестиций: что и кому гарантирует Украина?](#)

[Валютные камни преткновения для иностранного инвестора](#)

**Судебный взгляд**

[Транспортное средство как инвестиция: судебно-таможенный аспект](#)

[Где инвестору искать справедливости?](#)

**Актуально**

[Инвестиции в агросектор: ключевые особенности](#)

## **"Contract claim" и "BIT claim": можно ли усидеть на двух стульях в международном инвестиционном арбитраже?**

С детства нам известно, что попытка усидеть на двух стульях – не очень хорошая стратегия в любой ситуации. Впрочем, международный инвестиционный арбитраж является как раз тем самым исключением, подтверждающим правило.

Так, в международном арбитраже нередки случаи одновременного рассмотрения двух одинаковых дел в двух разных арбитражных учреждениях между теми же сторонами. В чем же разница, спросите вы.

Все отличия могут сводиться к формальному основанию иска: межгосударственному договору о взаимной защите инвестиций ("BIT claim") или контракту между инвестором и государством ("contract claim"). Попробуем разобраться с этими "двумя стульями".

### **Что такое иск по ВІТ?**

В большинстве случаев взаимная защита инвестиций осуществляется на основании ВІТ. Например, правительства Украины и Австрии договорились об условиях деятельности украинских инвесторов в Австрии и австрийских инвесторов в Украине ([Соглашение между Украиной и Республикой Австрия](#)

о содействии и взаимной защите инвестиций, подписанное 8 ноября 1996 г.).

В статье 9 содержатся правила относительно арбитражного урегулирования споров между инвестором и государством. Так, споры подлежат рассмотрению ICSID или арбитражным трибуналом в составе 3 арбитров по правилам UNCITRAL. Соответственно, инвестор может обратиться в любое из названных учреждений.

Впрочем, двусторонние договоры о взаимной защите инвестиций являются международными договорами, то есть подписантами являются Украина и Австрия, а содержание договоренности состоит в установлении рамочных правил для всех австрийских и украинских инвесторов на территории государства – подписанта такого договора.

### Что такое контрактный иск?

Существование общего порядка разрешения споров, согласованного на межгосударственном уровне, не исключает права каждого инвестора непосредственно в контракте предусмотреть арбитражную оговорку с местом рассмотрения спора в одном из предусмотренных международным договором порядке, национальном арбитраже одного из государств, местном суде или просто другом международном арбитражном учреждении.

Таким образом, не исключено несколько вариантов развития событий:

- 1) сторона обратится в тот арбитраж, который предусмотрен двусторонним договором о защите инвестиций;
- 2) сторона обратится в арбитраж, определенный в контракте (например, о распределении продукции, покупке акций и т. п.);
- 3) одна из сторон подаст иски, используя право по двустороннему договору и контракту. Таким образом, два трибунала параллельно рассмотрят два почти одинаковых иска.

Соответственно, несколько дел с одинаковыми или похожими фактическими обстоятельствами могут слушаться несколькими трибуналами по двум разным формальным основаниям.

### Два иска: злоупотребление или реальность?

Итак, инвестор держит в руках копию ВІТ и собственного контракта с государством и размышляет над вопросом: какой из этих двух документов ляжет в основу иска? Для принятия решения он должен учесть множество факторов. Практика же сформировала подходы к выходу из ситуации, когда инвестор или государство решили воспользоваться "двойным страхованием".

#### ***1. Рассмотрение дела судом или арбитражем, предусмотренным в контракте, не исключает юрисдикции арбитражных учреждений, о которых договорились государства в договоре о защите инвестиций***

В переводе на бытовой язык украинского юриста это правило означает, что арбитражная оговорка в контракте не является специальной по отношению к соответствующему положению из двустороннего договора. В частности, ICSID в деле *LANCO v Argentina* указал, что "исключительное положение контракта о рассмотрении дела в судах Аргентины не может исключать юрисдикцию ICSID, предусмотренную двусторонним договором".

Такая практика полностью оправдана: инвестор не может быть лишен гарантий, полагающихся по межгосударственным договоренностям, при любых обстоятельствах. Значит, даже навязав инвестору

удобное для государства место спора, государство не может быть застраховано от подачи иска в учреждение, которое предусмотрено в ВІТ. Такие споры могут быть рассмотрены одновременно с вынесением двух решений.

## **2. Нарушение государством контракта может рассматриваться как нарушение гарантий относительно защиты инвестиций**

То, что контракт между инвестором и государством ни при каких обстоятельствах не может исключить применение ВІТ, мы уже поняли. Но и содержание ВІТ полностью не может затмить контракт. Содержание контракта может иметь решающее значение при решении вопроса: нарушило государство свое обязательство или нет.

В деле *Vivendi v Argentina*<sup>1</sup> иск был подан на основании ВІТ. Предметом иска было нарушение принимающим государством контрактных обязанностей по договору концессии. Ответчик возражал на основании следующего контрактного положения: право разрешения споров, возникающих из контракта, принадлежит исключительно национальному суду Ответчика, а оценка надлежащего исполнения лежит исключительно в плоскости национального законодательства.

Трибунал с позицией Ответчика не согласился и определил, что действия сторон должны быть оценены независимо. Следовательно, Трибунал в инвестиционном арбитраже может оценивать исполнение сторонами контракта, а указанное положение не является препятствием для осуществления такой оценки. Соответственно, нарушение ВІТ зависит от того, были ли нарушены условия контракта. Кроме того, Трибунал не исключил возможности подачи иска против национального суда, указав, что указанные рассматривания никоим образом не исключают друг друга.

---

<sup>1</sup> *Compasna de Aguas del Aconquija SA and Vivendi Universal SA v Argentine Republic, Decision on Annulment, ICSID Case No ARB/97/3, IC 70 (2002); 41 ILM 1135 (2002), para 101 (emphasis added)*

**Чем это может быть полезно для Украины?** Обратимся к ч. 2 ст. 2 Соглашения между Правительством Украины и Правительством Соединенного Королевства Великобритании и Северной Ирландии о содействии и взаимной защите инвестиций, подписанного 10.02.93: "Ни одна из Договорных Сторон любым способом не будет препятствовать немотивированными или дискриминационными мерами управлению, обслуживанию, использованию, владению и распоряжению инвестициями на ее территории инвесторами другой Договорной Стороны. Каждая Договорная Сторона будет придерживаться любого обязательства, которое она могла взять относительно инвестиций инвесторов другой Договорной Стороны."

Так, в указанном случае любое нарушение контракта в широком понимании может быть рассмотрено в пределах нарушения ВІТ. Этот вывод ведет нас к следующему достижению мировой практики в сфере международного инвестиционного арбитража.

## **3. "Umbrella clause"**

Нам уже известно, что существует два разных иска: на основании ВІТ и на основании контракта. Разграничить эти иски можно по одному простому критерию – источнику, где предусмотрено соответствующее право.

Выходит, если иск основывается на положении контракта, но формально подан как инвестиционный иск по ВІТ, то трибунал может отклонить такой иск, учитывая отсутствие юрисдикции.

Впрочем, это не всегда так. Для подобных случаев практика сформулировала т. н. "Umbrella clause" в ВІТ. Согласно этому правилу права, которые сторона получает по контракту, автоматически

становятся правами по ВІТ.

Другими словами, если инвестор подает иск по процедуре, предусмотренной в ВІТ, но учитывая нарушение его контрактного права, то арбитраж не имеет права отказать в принятии соответствующего иска. При этом это правило применяется и тогда, когда нарушенное право прямо не следует из ВІТ. Украина предусмотрела такую оговорку в более чем 20 ВІТ, в том числе с Австрией, Данией, Египтом, Германией, Италией, Иорданией, Швейцарией, США, Великобританией и т. п. Поэтому украинские инвесторы в этих странах могут воспользоваться "обоими стульями" международного инвестиционного арбитража.

#### **4. "Fork in the road", или Правило о выборе одного из альтернативных путей разрешения спора**

Правило "Fork in the road" призвано вообще устранить риск одновременного рассмотрения двумя трибуналами дел по одним и тем же фактическим основаниям. Так, некоторые ВІТ предусматривают положение, что сторона может выбрать любой порядок рассмотрения спора: но после того, как иск подан в местный суд, право на арбитражное рассмотрение утрачивается. Это правило действует и наоборот: если сторона уже обратилась в арбитраж, то в местный суд по тем же фактическим основаниям обращаться не имеет права.

Впрочем, такое ограничение не распространяется на случаи, когда иски поданы по кардинально разным вопросам, в том числе инвестиционный спор в арбитраже и по лицензионным вопросам в национальном суде. То есть лицо не лишено права обратиться в арбитраж даже тогда, когда между теми же сторонами уже рассматривается спор в национальном суде, но по другим основаниям.

Например, если ВІТ содержит соответствующие условия, то инвестор может обратиться в арбитраж на основании нарушения его права на доступ к правосудию<sup>2</sup>.

Необходимо подчеркнуть, что на практике известно всего несколько случаев, когда арбитраж отказал в рассмотрении дела на основании применения правила "Fork in the road". Так, это дела *Pantechniki SA Contractors & Engineers v Republic of Albania*; *California-based H&N Enterprises Investments (H&N) v Arab Republic of Egypt*<sup>3</sup>.

---

<sup>2</sup> *Pantechniki S.A. Contractors & Engineers v. Republic of Albania*: <http://kluwarbitrationblog.com/2009/12/16/two-roads-two-tribunals-recent-fork-in-the-road-interpretations/>

<sup>3</sup> <http://hsfnotes.com/arbitration/2014/06/06/egypt-prevails-on-fork-in-the-road-provision/>

**Следовательно, должны совпасть несколько факторов, чтобы трибунал отказал в принятии иска на основании комментируемого положения.** Кроме субъективных обстоятельств, следует указать такие:

- 1) ВІТ должен предусматривать такое основание отказа в рассмотрении дела арбитражем;
- 2) оба иски должны совпадать не только по фактическим, но и по юридическим основаниям их подачи.

Как мы уже поняли, одновременное рассмотрение двух почти одинаковых дел одновременно по двум основаниям – ВІТ и контрактному – не является экзотикой инвестиционного арбитража. Впрочем, получение решения – это полпути. Когда дело доходит до исполнения указанных решений, международное право становится более строгим к сторонам спора.

## Что делать с двумя решениями?

Золотое правило, о котором нужно помнить: получить взыскание можно только один раз за одно нарушение. Соответственно, даже если есть два арбитражных решения двух разных трибуналов по тем же фактическим основаниям, то получить возмещение можно только по одному из них. Другими словами, если должник должен 1 миллион долларов, а у кредитора на руках есть решение двух разных трибуналов о взыскании 1 миллиона долларов, то это не означает, что должник должен уплатить 2 миллиона долларов.

Такой вывод настолько логичен, насколько и однозначен. Впрочем, на практике могут возникнуть проблемы.

Безусловно, на этапе признания второго решения должник имеет возможность заявить, что решение по аналогичному делу уже исполнялось в Украине. Однако неизвестно, как действовать суду, одновременно вооруженному обязательством не вмешиваться в суть дела и [ч. 7 ст. 395 ГПК](#), согласно которой если решение иностранного суда уже исполнялось ранее, суд определяет, в какой части или с какого времени оно подлежит исполнению.

Если же оба решения были признаны и подлежат исполнению, то теоретически они оба могут попасть в руки органа, ответственного за исполнение решения.

И здесь возникает вопрос: *каким образом должник может доказать исполнителю, что он уже один раз выполнил свое обязательство?* Другими словами: как можно доказать исполнителю, который не обязан глубоко исследовать суть обоих споров, что они возникли из одного фактического нарушения, а значит, два разных решения касаются одного и того же долга.

Однозначного ответа на этот вопрос нет. Поэтому именно должник как никто другой заинтересован в принятии всех мер для уведомления суда, других органов и должностных лиц о том, что соответствующее решение отражает одно и то же обязательство, а следовательно подлежит исполнению только в неисполненной части. Безусловно, такая практическая неопределенность не является основанием менять вполне логичную и устоявшуюся международную практику, однако требует отдельного внимания.

## Как предотвратить проблемы?

Как видим, вариантов, когда инвестор может инициировать одновременно больше чем одно дело по тем же фактическим основаниям, множество. Впрочем, наиболее распространена ситуация, когда дело рассматривается сначала на основании контракта между инвестором и соответствующим государственным учреждением на основе контрактной арбитражной оговорки. В процессе рассмотрения дела или после вынесения решения инвестор все еще имеет право обратиться в арбитраж по процедуре ВІТ.

Действительно, формально он не лишен такого права. Однако государство в таком случае должно поднимать вопрос юрисдикции и аргументировать, что спор по тем же фактическим основаниям уже рассмотрен или рассматривается другим арбитражем или судом, а также предоставить соответствующие доказательства.

Таким образом, если должник имеет туманные перспективы повлиять на исполнение двух решений по похожим основаниям, то по крайней мере он должен использовать все правовые средства, чтобы при вынесении второго и всех последующих решений по похожим основаниям были учтены уже присужденные к выплатам суммы компенсации.

Эта стратегия поможет выйти из ситуации даже тогда, когда один иск был подан самим инвестором,

другой – государством его происхождения, с которым Украина заключила ВІТ. Ведь если нарушение прав государства происхождения главным образом базируется на нарушениях прав одного инвестора, права которого были восстановлены в другом процессе, то оснований для дублирования убытков нет.

Соответственно, какими бы формальными правами и основаниями не пользовался истец, трибунал должен четко понимать, за какие нарушения должник уже понес ответственность.

## **ВЫВОД:**

**Инвестиционные арбитражи довольно либеральны для сторон. Поэтому сторонам, трибуналам и судам в стране признания и исполнения решения следует быть готовыми к ситуации, что одно и то же дело может быть рассмотрено в двух отдельных арбитражных учреждениях по разным основаниям или фактически контрактный иск может быть подан и рассмотрен формально как иск по ВІТ.**

**Международная практика сформировала довольно четкие указатели всем участникам процесса, которые дают возможность сторонам выбрать одну из двух стратегий: 1) воспользоваться всеми возможностями по принципу "любой каприз за ваши (деньги – зачеркнуто) арбитражные сборы"; 2) ограничить в ВІТ возможность рассмотрения контрактных споров по процедуре ВІТ, исключив Umbrella clause и предусмотрев Fork in the road clause.**

**На сегодня в международной практике больше распространена первая стратегия, а поэтому актуален вопрос недопущения двойного исполнения. Залогом успеха в этом деле является внимательность и активная позиция должника.**

**Ирина Мороз,  
адвокат, партнер  
AGA Partners**



**Ольга Кучмиенко,  
PhD, младший юрист  
AGA Partners**



© ООО «Информационно-аналитический центр «ЛИГА», 2016.

© ООО «ЛИГА ЗАКОН», 2016.

© ТОВ "Інформаційно-аналітичний центр "ЛІГА", 2016  
© ТОВ "ЛІГА ЗАКОН", 2016

