Организация Объединенных Наций A/CN.9/WG.III/WP.170

Генеральная Ассамблея

Distr.: Limited
9 August 2019
Russian
Original: English

Комиссия Организации Объединенных Наций по праву международной торговли
Рабочая группа III (Реформирование системы урегулирования споров между инвесторами и государствами)
Тридцать восьмая сессия
Вена, 14–18 октября 2019 года

Возможная работа по реформированию системы урегулирования споров между инвесторами и государствами (УСИГ)

Иски акционеров и косвенные убытки

Записка Секретариата

Содержание

Стр.

I. Введение . . . 2
II. Иски акционеров и косвенные убытки . . . 2
A. Подходы к вопросам предъявления исков акционерами и возмещения косвенных убытков . . . 2
B. Связь с проблемами, выявленными Рабочей группой . . . 6
C. Положения международных инвестиционных договоров и иски акционеров о возмещении косвенных убытков . . . 8
D. Заключительные замечания . . . 11

V.19-08535 (R) 030919 040919

Просьба отправить на вторичную переработку

I. Введение

1. На своих тридцать четвертой — тридцать седьмой сессиях Рабочая группа провела работу по возможному реформированию системы урегулирования споров между инвесторами и государствами (УСИГ) на основе мандата, предоставленного ей Комиссией на ее пятидесятой сессии в 2017 году[1]. Отчет об обсуждении данной темы и решениях, принятых Рабочей группой на тридцать четвертой — тридцать седьмой сессиях, содержится в документах A/CN.9/930/Rev.1 (с добавлением), A/CN.9/935, A/CN.9/964 и A/CN.9/970, соответственно. На этих сессиях Рабочая группа определила и обсудила вызывающие беспокойство проблемы в области УСИГ и пришла к выводу о целесообразности реформирования данной системы в свете выявленных проблем.

2. На тридцать седьмой сессии Рабочая группа решила обсудить, проанализировать и разработать несколько потенциальных решений по реформированию одновременно (A/CN.9/970, пункт 81). В этой связи Секретариату было поручено провести подготовительную работу по ряду тем, включая косвенные требования, требования акционеров и косвенные убытки. Было отмечено, что при этом может быть принята во внимание работа, проведенная Организацией экономического сотрудничества и развития (ОЭСР), и дополнена работа, уже проделанная по теме множественных производств (A/CN.9/970, пункт 84).

3. С учетом вышеизложенного в настоящей записке предоставлена информация, призванная помочь Рабочей группе в рассмотрении вопроса о требованиях акционеров и косвенных убытках. Как и в случае с другими документами, представленными Рабочей группе, настоящая записка подготовлена на основании ряда опубликованных источников информации по этой теме, включая рабочие материалы ОЭСР[2]. В ней не ставится цели выразить мнение относительно возможных вариантов реформирования, рассмотрение которых является прерогативой Рабочей группы.

II. Иски акционеров и косвенные убытки

A. Подходы к вопросам предъявления исков акционерами и возмещения косвенных убытков

4. В широком смысле, ущерб акционерам компании может быть нанесен двумя разными способами. Во-первых, их правам в качестве акционеров может быть нанесен «прямой» ущерб (например, в результате ареста акций или вмешательства в процесс распределения объявленных дивидендов), и в этом случае они могут предъявить прямые требования. Второй тип — это «непрямой» ущерб, или так называемые «косвенные убытки», вытекающие из нанесения ущерба «их» компании. Принятие государством мер, наносящих ущерб компании, может повлиять на ее общую стоимость, что может приводить, например, к обесцениванию акций.

5. Национальные суды в государствах с развитой системой корпоративного права обычно отклоняют иски акционеров о возмещении косвенных убытков — в основном по принципиальным соображениям, связанным с обеспечением

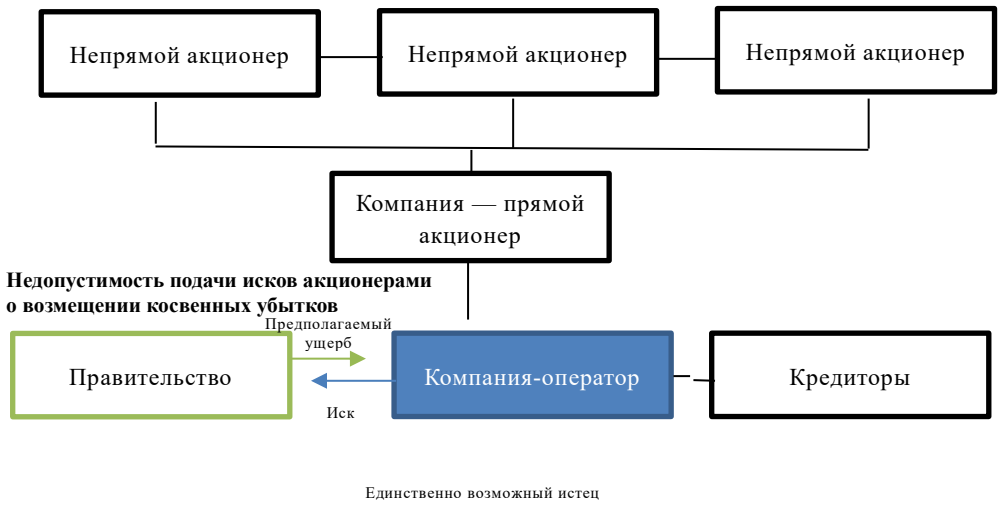
[1] *Официальные отчеты Генеральной Ассамблеи, семьдесят вторая сессия, Дополнение № 17* (A/72/17), пункты 263 и 264.

[2] См. OECD, “The impact of investment treaties on companies, shareholders and creditors” в работе *OECD Business and Finance Outlook 2016* и OECD Working Papers on International Investment by David Gaukrodger (*Investment Treaties as Corporate Law: Shareholder Claims and Issues of Consistency* (2013/03), *Investment Treaties and Shareholder Claims for Reflective Loss: Insights from Advanced Systems of Corporate Law* (2014/02) и *Investment Treaties and Shareholder Claims: Analysis of Treaty Practice* (2014/03)); см. также публикацию Научного форума, Julian Arato, Kathleen Claussen, Jaemin Lee, and Giovanni Zarra, “Reforming Shareholder Claims in ISDS,” *Academic Forum on ISDS Working Paper* 2019/9, размещено на http://bit.ly/ISDS_AF_SRL_2019 (далее — «документ Научного форума»).

последовательности, предсказуемости, недопущением двойного взыскания и экономией судебных ресурсов. Акционерам разрешается предъявлять иски о возмещении прямого ущерба, но не косвенных убытков, которые они понесли. Подать иск вправе только компания, которой был нанесен прямой ущерб. Считается, что подача единого иска о возмещении любого ущерба от имени компании является как более эффективным, так и более справедливым по отношению к ответчикам и корпоративным субъектам, включая кредиторов и акционеров. В национальных судах редко рассматриваются иски акционеров против правительств о возмещении косвенных убытков; обычно эти немногочисленные дела прекращаются на основании того, что право подачи иска имеет только компания (см. рис. 1)[3].

Рис. 1

Внутреннее законодательство: принцип недопустимости взыскания косвенных убытков не позволяет акционерам подавать иски (на основе материалов ОЭСР)[4]



6. Различие между прямым ущербом и косвенными убытками акционеров и общий запрет на подачу исков на основе косвенных убытков признаются в общем международном праве и неоднократно подтверждались Международным судом (МС) в рамках целого ряда дел[5].

7. Многие же действующие международные инвестиционные договоры трактуются таким образом, что подпадающим под их действие акционерам разрешается подавать иски о возмещении убытков, понесенных компаниями, акциями которых они владеют.

---

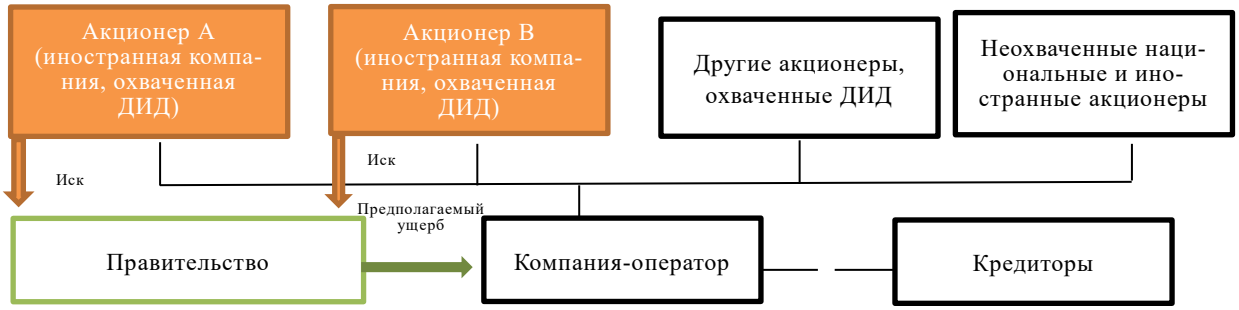
[3] OECD, сноска 2 выше, Working Paper 2013/03, p. 11.

[4] OECD, сноска 2 выше, Business and Finance Outlook 2016, p. 232 (figure 8.2).

[5] Например, дело *Ahmadou Sadio Diallo (Republic of Guinea v. Democratic Republic of the Congo)*, решение по предварительным возражениям (2007), § 67 (разграничение между допустимыми требованиями, основанными на прямых правах акционера, и недопустимыми требованиями, основанными на косвенных убытках); *Barcelona Traction, Light and Power Company, Limited (Belgium v. Spain)*, второй этап, постановление суда (1970), § 47 («необходимо провести различие между прямым нарушением прав акционера и трудностями или финансовыми потерями, с которыми он может столкнуться из-за положения, в котором оказалась компания»). В Принципах корпоративного управления Американского института права (АИП) предусмотрено: «неправомерное действие, которое ведет к уменьшению корпоративных активов и тем самым наносит ущерб акционерам лишь косвенным образом, в силу нанесения до этого ущерба корпорации, следует рассматривать как имеющее производный характер; при этом неправомерное действие, которое является отдельным и отличным от любого корпоративного ущерба, например действие, лишающее законных привилегий, связанных с владением акциями, или ограничивающее их, является основанием для прямого иска». См. American Law Institute, Principles of Corporate Governance, § 7.01 (1994 and 2012 Supp.).

8. Иностранные инвестиции нередко структурируются через компании, зарегистрированные в принимающем государстве; в целом доля иностранного участия в акционерном капитале компаний, зарегистрированных на фондовой бирже, в последние годы значительно выросла во многих юрисдикциях. Допустимость взыскания косвенных убытков приводит к появлению множественных исков, когда кто-то из акционеров подает иск о возмещении косвенных убытков, а понесшая ущерб компания также подает иск в другой судебный орган. Множественные иски могут возникать в случае подачи исков не связанными друг с другом акционерами одной и той же компании, которой был нанесен ущерб (см. рис. 2). Такие ситуации отличаются от подачи единого иска компанией согласно нормам стандартного корпоративного права. Иски о возмещении косвенных убытков позволяют акционерам национальных компаний, подпадающим под действие международных инвестиционных договоров, получить прямой доступ к системе УСИГ и добиваться возмещения убытков напрямую. Это повышает защищенность соответствующих акционеров, но создает новые риски для компании, которая понесла ущерб, других инвесторов той же компании и правительств. При этом также увеличивается потенциальное число исков по УСИГ.

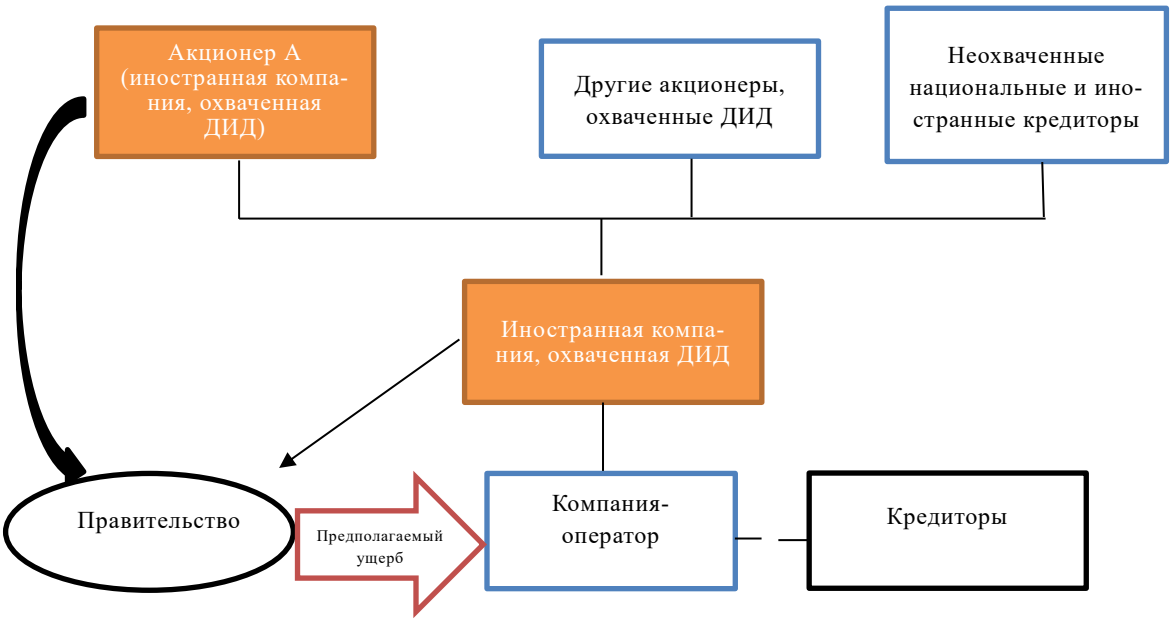
Рис. 2
Множественные иски о возмещении косвенных убытков от не связанных между собой акционеров (на основе материалов ОЭСР)[6]



9. Множественные иски могут возникать также в случае, когда связанные между собой акционеры одной и той же компании (например, головная компания и ее дочернее предприятие, являющиеся акционерами компании, понесшей ущерб) по отдельности подают иски в рамках разных международных инвестиционных договоров (см. рис. 3 ниже). У одного владельца-бенефициара может быть много возможностей для подачи исков через разные подконтрольные ему структуры. Ему достаточно выиграть хотя бы один такой иск, тогда как государству-ответчику нужно успешно защититься ото всех исков.

[6] OECD, сноска 2 выше, Business and Finance Outlook 2016, p. 234 (figure 8.3).

Рис. 3
Множественные иски от связанных структур: два иностранных акционера разного уровня, имеющие доступ к системе УСИГ (на основе материалов ОЭСР)[7]



10. Поскольку нормы национального корпоративного права и других систем права обычно запрещают подачу исков о возмещении косвенных убытков, общую допустимость таких исков от акционеров и разрешительный подход судов по УСИГ можно считать уникальными по своему характеру. Этот нетипичный подход может приводить к фрагментации возмещения корпоративных убытков. Подобный эффект усиливается тем, что взыскивать косвенные убытки нередко разрешается также непрямым акционерам, находящимся выше в цепочке корпоративной собственности.

11. Хотя большинство судов по УСИГ исходит из того, что иски о возмещении косвенных убытков являются допустимыми в соответствии с международными инвестиционными договорами независимо от последствий, некоторые суды признали наличие ряда потенциальных проблем[8].

12. В ходе межправительственных обсуждений в рамках ОЭСР был сделан предварительный вывод о том, что иски о возмещении косвенных убытков

[7] Ibid., p. 235 (figure 8.4).

[8] *Eskosol S.p.A. in Liquidazione v. Italian Republic*, дело МЦУИС № ARB/15/50, решение по заявлению ответчика в соответствии с правилом 41(5) (20 марта 2017 года), пункт 170, в котором суд заявил: «Очевидно, из соображений эффективности и справедливости было бы предпочтительно, чтобы все акционеры субъекта, затронутого мерой государства, в отношении которого подан иск, были заслушаны в рамках одного судебного органа в одно и то же время вместе с субъектом, которым они коллективно владеют. Суд с пониманием относится к ситуации, в которой оказалась Италии, так как против нее поданы иски, тесно связанные с теми, по которым она успешно провела защиту в рамках предшествующего разбирательства. Однако факт остается фактом: ни система УСИГ в ее нынешнем виде, ни сам ДЭХ не предусматривают явных способов объединения в рамках одного разбирательства всех заинтересованных сторон, которые в принципе могут быть затронуты его результатами (и тем более не требуют такого объединения). В отсутствие такой системы — которую государства в состоянии создать, если они того захотят, — со стороны судов было бы ненадлежащим препятствовать инициированию арбитражного разбирательства квалифицированными инвесторами…». В примечании суд также отметил: «Если бы Италия не выиграла предыдущее разбирательство и ей была присуждена выплата компенсации истцам *Blusun,* то суду следовало бы следить за тем, чтобы не допустить выплаты Италией двойного возмещения за один и тот же ущерб. Однако с учетом результатов дела *Blusun* в данном случае ситуация не такова».

вызывают целый ряд важных принципиальных вопросов при отсутствии каких бы то ни было очевидных оснований для всеобщего признания приемлемости таких исков согласно инвестиционным международным договорам[9]. Правительства оспаривали иски о возмещении косвенных убытков в ряде дел по УСИГ. Однако суды в целом исходят из того, что акционеры имеют право на компенсацию косвенных убытков[10].

B. Связь с проблемами, выявленными Рабочей группой

13. Вопросы, возникающие в связи с исками о возмещении косвенных убытков, и возможные ответы на них нельзя рассматривать изолированно. Напротив, они тесно связаны с проблемами, которые были выявлены Рабочей группой как заслуживающие реформирования. Некоторые из возможных связей рассмотрены ниже.

Увеличение числа дел и множественных производств

14. Рабочая группа, возможно, пожелает рассмотреть вопрос о том, может ли допустимость исков о возмещении косвенных убытков привести к увеличению общего числа дел, вытекающих из одного и того же ущерба. Когда на своей тридцать шестой сессии Рабочая группа определила отсутствие основы для урегулирования множественных производств в качестве одной из проблем в области УСИГ, было отмечено, что принятие третейскими судами исков о возмещении косвенных убытков является одним из случаев, ведущих к подаче множественных исков в рамках УСИГ (A/CN.9/964, пункт 43). Действительно, допустимость исков о возмещении косвенных убытков делает появление множественных исков (как в рамках УСИГ, так и в других судебных органах) вероятным во многих случаях, поскольку помимо возможности подачи иска компанией, понесшей ущерб, существует возможность подачи иска каждым из охваченных договором акционеров.

15. В этой связи Рабочая группа, возможно, пожелает отметить, что один субъект экономической деятельности имеет много возможностей для подачи исков (в том числе через своих акционеров) и ему требуется выиграть хотя бы один из них, тогда как государству-ответчику приходится защищаться ото всех подобных исков. При таком сценарии государство подвергается риску того, что ему придется многократно защищаться от исков, касающихся, по сути, одного и того же ущерба, нанесенного одному и тому же экономическому субъекту, даже если оно ранее успешно выиграло один из таких исков.

16. Хотя использование механизмов консолидации, объединения и координации позволяет ограничить число множественных производств, связанных с подачей исков о возмещении косвенных убытков, соответствующие положения предусмотрены не во всех международных договорах и арбитражных регламентах. Более того, в ходе разработки действующих норм проблема исков о возмещении косвенных убытков особо не учитывалась.

---

[9] OECD Roundtable on Freedom of Investment 19 (15–16 October 2013) – Summary of the Roundtable discussions by the OECD Secretariat, p. 18, размещено на https://www.oecd.org/daf/inv/investment-policy/19thFOIroundtableSummary.pdf. См. также summary of the OECD Roundtable on Freedom of Investment 18 (20 March 2013), размещено на https://www.oecd.org/daf/inv/investment-policy/18thFOIroundtableSummary.pdf.

[10] При этом см. *Bilcon of Delware et al v. Government of Canada, дело ППТС № 2009-04,* арбитражное решение о возмещении убытков (10 января 2019 года), пункт 389. Суд постановил: «(…) статьи 1116 и 1117 (НАФТА) следует толковать таким образом, чтобы не допускать подачи исков и взыскания косвенных убытков в соответствии со статьей 1116. (...) Кроме того, Суд принимает к сведению общие позиции сторон НАФТА, изложенные в материалах, которые были ими представлены судам, действующим на основании главы XI».

17. Даже когда консолидация предусмотрена международным договором или процедурной нормой, такое правило можно обойти, так как разные истцы из одной понесшей ущерб компании могут подавать иски о возмещении косвенных убытков на основе разных международных инвестиционных договоров и в разные арбитражные учреждения. В результате может быть сформировано несколько не связанных друг с другом третейских судов, между которыми может даже возникнуть видимость конкуренции (см. также пункты 32–33 ниже).

18. В более общем плане, даже если множественные иски реально не поданы, вероятность их подачи может усложнять достижение мирового соглашения сторонами спора, так как истцами по любому конкретному делу может выступать неизвестное множество лиц[11].

Влияние на стоимость и продолжительность процедур УСИГ

19. В качестве основной причины, по которой национальные суды, как правило, запрещают подачу исков о возмещении косвенных убытков, обычно называют стремление сократить судебные издержки, или экономию судебных ресурсов. Множественные иски, возникающие на основе одного и того же ущерба, могут приводить к дополнительным расходам и требовать больше времени для урегулирования.

20. При рассмотрении этого вопроса Рабочая группа, возможно, пожелает принять во внимание, что в случае исков о возмещении косвенных убытков обычно требуется оценить, в какой степени потери компании переносятся или влияют на ее акционеров, а также на другие соответствующие стороны (например, на кредиторов, которые могут не выступать в качестве истцов). Такая оценка также может влиять на стоимость и продолжительность разбирательства.

Несогласованность решений и толкований

21. Рабочая группа, возможно, пожелает рассмотреть вопрос о том, как разрешение подачи исков о возмещении косвенных убытков может повлиять на исход отдельного спора и всю систему УСИГ[12]. Так, несогласованность решений, выносимых по одним и тем же вопросам на основе одних и тех же фактов, и расхождения в правовой трактовке одних и тех же положений международных договоров могут представлять проблему для системы в целом.

Двойное взыскание, потенциально ведущее к завышению суммы возмещения убытков

22. Рабочая группа, возможно, пожелает рассмотреть вопрос о том, повышает ли возможность подачи исков о возмещении косвенных убытков риск взыскания убытков в двойном (и даже большем) размере. Другими словами, в случае проигрыша по более чем одному делу государство может быть вынуждено возмещать одни и те же убытки несколько раз. Попытки решить эту проблему могут пойти в ущерб государству либо другой компании (и, следовательно, в ущерб другой корпоративной структуре). Однако Рабочая группа, возможно, пожелает отметить, что некоторые суды по УСИГ учитывают эту проблему и принимают меры для ее предупреждения, например путем учета связанных исков, как находящихся на рассмотрении, и так рассмотренных ранее, а также пропорционального взыскания убытков[13]. Рабочая группа, возможно, также пожелает учесть, что определение последовательности исков и вынесенных в результате их

[11] В пункте 14 документа Научного форума отмечено: «допустимость исков о взыскании косвенных убытков также снижает уверенность государств в возможности достижения какого-либо урегулирования с руководством или отдельными акционерами, так как другие акционеры все равно могут быть вправе подать собственные иски о взыскании косвенных убытков за тот же самый предполагаемый ущерб».

[12] OECD, сноска 2 выше, Working Paper 2013/03.

[13] Giovanni Zarra, *Parallel Proceedings in Investment Arbitration* (2016), p. 39.

рассмотрения решений — это еще один элемент, который следует иметь в виду при решении проблем, связанных с двойным взысканием.

Искажение корпоративной правовой и финансовой системы

23. Рабочая группа, возможно, пожелает рассмотреть вопрос о том, не подрывает ли возможность подачи исков о возмещении косвенных убытков собственную правосубъектность компании в силу того, что акционеры получают доступ к принадлежащим ей средствам. Путем предъявления исковых требований акционер может добиться выплаты возмещения из средств, которые обычно защищены от ликвидации акционерами, в то время как приоритетное право на такие средства могут иметь различные кредиторы, а остальные акционеры могут рассчитывать на паритет при их распределении[14].

Резюме

24. В своей совокупности перечисленные выше элементы, связанные с исками акционеров о возмещении косвенных убытков, могут способствовать снижению предсказуемости и правовой определенности как для государств, так и для инвесторов и акционеров, что в принципе может увеличивать стоимость УСИГ. Такая ситуация может особенно негативно сказываться на предсказуемости системы УСИГ для государства-ответчика, поскольку сложно оценить, будут ли подаваться новые иски и кто может выступать в качестве истца.

C. Положения международных инвестиционных договоров и иски акционеров о возмещении косвенных убытков

25. Иски о возмещении косвенных убытков редко явным образом упоминаются в инвестиционных договорах. Правительствам неоднократно удавалось отстоять довод о том, что некоторые международные инвестиционные договоры исключают возможность подачи подобных исков. Кроме того, в некоторых случаях такие договоры содержат положения, призванные не допустить возбуждение множественных производств (которое может стать следствием предъявления исков о возмещении косвенных убытков) или ограничить их последствия.

Определение терминов «инвестор» и «инвестиция»

26. В определениях терминов «инвестор» и «инвестиция» в международных инвестиционных договорах устанавливается, какие инвесторы подлежат защите и какие инвесторы могут возбуждать иски в отношении принимающих государств. Согласно толкованию этих терминов судами по УСИГ, под защиту таких договоров подпадает и широкий круг акционеров.

27. Положения договоров сформулированы таким образом, чтобы не допускать подачи определенных исков определенными инвесторами[15]. Например, некоторые международные инвестиционные договоры содержат положения, в которых устанавливается уровень прямого владения (или существенного влияния на руководство), наличие которого требуется для получения акционером права на подачу иска в рамках международного инвестиционного договора[16]. В некоторых недавних типовых договорах для определения охватываемых инвестиций

[14] OECD, сноска 2 выше, Working Paper 2014/02, p.20.

[15] UNCTAD World Investment Report (2015), Chapter IV, размещено по адресу: https://unctad.org/en/PublicationsLibrary/wir2015_en.pdf.

[16] Например, ДИД между Турцией и Азербайджаном, статья 1 (2011) (исключение доступа к УСИГ для акционеров, владеющих менее 10 процентами акций). В Типовом ДИД Сообщества по вопросам развития стран юга Африки (САДК) аналогичным образом исключаются портфельные инвестиции, которые определяются как владение менее 10 процентами акций. См. SADC 2012 Model BIT Template with Commentary, 9–11 (2012), размещено на https://www.iisd.org/itn/wp-content/uploads/2012/10/SADC-Model-BIT-Template-Final.pdf.

государства использовали «подход на основе предприятия», который исключает краткосрочные портфельные инвестиции.

28. Еще один часто упоминаемый подход — это подход, используемый в Североамериканском соглашении о свободной торговле (НАФТА), который предусматривает специальный режим для исков акционеров, охваченных его действием. Помимо подачи исков такими акционерами от собственного имени (статья 1116), НАФТА предусматривает возможность подачи акционерами производных исков, то есть исков, предъявляемых держателем контрольного пакета акций от имени компании с целью взыскания средств в ее пользу (статья 1117). Правительства, являющиеся сторонами НАФТА, заявили, что охваченные действия соглашения акционеры не вправе подавать иски о возмещении косвенных убытков от собственного имени. Третейские суды выносили разные решения, при этом в последнее время такие решения соответствовали заявлению о толковании, сделанному сторонами НАФТА, согласно которому НАФТА запрещает подачу исков о возмещении косвенных убытков[17]. В других недавно заключенных международных договорах используются аналогичные подходы[18].

29. Помимо указанных выше подходов, Рабочая группа, возможно, пожелает рассмотреть другие способы ограничения подачи исков о возмещении косвенных убытков, такие как: i) запрет на предъявление исков инвесторами в случае, если сама компания уже обратилась за правовой защитой в другой орган; ii) разрешение предъявления иска инвестором только при условии, что этот инвестор и местная компания отзовут все иски, находящиеся на рассмотрении в других судебных органах, и откажутся от права обращаться в эти органы за судебной помощью; и iii) ограничение возможности выбора суда теми случаями, когда иск еще не был предъявлен ни в один другой судебный орган.

Предупреждение процессуальных злоупотреблений

30. Содержащиеся в международных договорах положения о запрещении процессуальных злоупотреблений могут предусматривать необходимые механизмы, позволяющие третейским судам отклонять определенные иски о возмещении косвенных убытков, и таким образом поощрять инвесторов к согласию на предъявление их исков в один судебный орган. Может быть рассмотрен вопрос разработки четких критериев того, какие иски о возмещении косвенных убытков следует считать неправомочными, что могло бы способствовать формированию у сторон спора четкого понимания подобных ситуаций и, возможно, ограничению числа подаваемых исков.

31. Например, в одном деле суд по УСИГ, сославшись на доктрину преюдиции, постановил, что арбитражное решение, вынесенное ранее в отношении компании, имеет обязательную силу для ее акционеров. В рамках этого дела три акционера подали иск о возмещении косвенных убытков, связанных с нанесением ущерба компании, которой они полностью владели, против Гренады, которая оспаривала иск[19]. В рамках другого дела суд по УСИГ постановил, что иск

[17] Сноска 10 выше.

[18] См., например, Центральноамериканское соглашение о свободной торговле (ДР-КАФТА), Всеобъемлющее торгово-экономическое соглашение между ЕС и Канадой (СЕТА), Всеобъемлющее и прогрессивное соглашение о Транстихоокеанском партнерстве (ВПСТТП) и ССТ между Кореей и США (KORUS).

[19] *Grynberg et al. v. Grenada*, дело МЦУИС № ARB/05/14, арбитражное решение, пункты 7.1.5–7 (13 марта 2009 года). Суд постановил: «Очевидно, что RSM является юридическим лицом, обладающим отдельной правосубъектностью по отношению к своим трем акционерам. Но это не меняет сути анализа. Во-первых, единственная инвестиция акционеров, подавших иск, — это контракт, стороной которого является RSM, но не сами акционеры, т. е. акционеры требуют компенсации ущерба, который, как они заявляют, они понесли косвенно, "посредством RSM", в связи с нарушением законных прав RSM. Во-вторых, три истца коллективно владеют 100% акций RSM и, следовательно, осуществляют полный контроль над корпорацией. В подобных обстоятельствах... нет ничего несправедливого в том, чтобы потребовать от них соблюдения результатов предыдущего арбитражного разбирательства в связи с RSM. В рамках многих систем права акционеры

акционера в рамках текущего разбирательства и иск стопроцентной дочерней компании этого акционера, рассматриваемый в рамках параллельного арбитражного разбирательства, «равносильны двойной подаче одного и того же иска для отстаивания одних и тех же прав». Суд далее отметил, что, поскольку подсудность дел в обоих случаях подтверждена, такая ситуация может превратиться в «злоупотребление процедурой», так как, по сути, одно и то же требование будет рассматриваться по существу двумя судами[20]. В рамках еще одного дела суд по УСИГ отметил, что инвестор, который контролирует несколько субъектов в вертикальной иерархической цепочке компаний, может совершить «злоупотребление», если он будет пытаться оспорить одни и те же меры принимающего государства и подавать иски в отношении одного и того же ущерба на разных уровнях этой цепочки, опираясь на несколько международных инвестиционных договоров, заключенных принимающим государством[21].

Консолидация и объединение

32. В международных инвестиционных договорах все чаще встречаются положения о консолидации и объединении. Подобные процедурные меры, возможно,

---

действительно вправе инициировать судебное разбирательство в целях реализации или защиты прав, принадлежащих корпорации. Однако акционеры не вправе использовать такие возможности и для защиты, и для нападения. Если они хотят заявить о своей правоспособности на основании того, что у них есть непрямые интересы в корпоративных активах, то в их отношении должна быть возможность использовать средства защиты, которые были бы доступны в отношении корпорации, включая принцип преюдиции».

[20] *Ampal-American Israel Corp. v. Egypt*, дело МЦУИС № ARB/12/11, решение относительно юрисдикции, пункты 330–333 (1 февраля 2016 года). Суд также отметил: «Таким образом, из этого следует, что нет риска отказа в правосудии по причине отсутствия суда, обладающего компетенцией для вынесения решения по той части иска, которая касается MAGL. Оба суда вправе рассматривать дело по существу, и ни один из судов пока не вынес решение по существу».

[21] *Orascom TMT Investments v. Algeria*, дело МЦУИС № ARB/12/35, арбитражное решение, пункты 542–543. Суд далее заявил: «Безусловно, использование такой структуры инвестиций, в которой задействованы несколько уровней корпоративных субъектов в разных государствах, не противозаконно. Подобная структура действительно может отвечать законным целям корпоративного и налогового планирования или целям досудебного установления юрисдикции ДИД. В области международных инвестиционных договоров существование вертикальной корпоративной цепочки и мер защиты, предусмотренных международным договором и охватывающих “непрямые” инвестиции, предполагает, что несколько субъектов этой цепочки вправе требовать такой защиты, особенно если принимающее государство заключило несколько международных инвестиционных договоров. Другими словами, несколько корпоративных субъектов в цепочке могут обладать правоспособностью для инициирования арбитражного разбирательства против принимающего государства в связи с одной и той же инвестицией. Такая возможность, однако, не означает, что принимающее государство согласно с тем, что на него будут подавать в суд множество различных субъектов, находящихся под одним и тем же контролем и являющихся частью вертикальной цепочки, в связи с одной и той же инвестицией, одними и теми же мерами и одним и тем же ущербом». Суд далее обосновал свой вывод следующим образом: «Если защита, предусмотренная международным инвестиционным договором, испрашивается на одном уровне вертикальной цепочки и в особенности на первом уровне участия иностранного капитала, то это способствует достижению цели, тогда как предоставление возможности другим структурам вертикальной цепочки, контролируемым тем же акционером, испрашивать защиту за один и тот же ущерб, нанесенный инвестиции, достижению этой цели не способствует. ...обеспечение подобной дополнительной защиты может приводить к получению множественного возмещения и принятию противоречащих друг другу решений, не говоря уже о трате ресурсов, которые необходимы для проведения множества разбирательств. Реализация таких рисков может противоречить задаче содействия экономическому развитию в условиях, когда механизм защиты инвестиций уже запущен. Таким образом, в тех случаях, когда несколько договоров предоставляют субъектам, расположенным в вертикальной иерархической цепочке, схожие процессуальные права на доступ к арбитражному разбирательству и сопоставимые материально-правовые гарантии, инициирование нескольких производств для возмещения по сути одного и того же экономического ущерба повлечет за собой осуществление прав для целей, которые не имеют ничего общего с целями, ради которых были установлены эти права».

могли бы способствовать решению проблемы множественных производств, возникающей в связи с исками акционеров[22].

33. Хотя консолидация может также осуществляться в соответствии с действующими регламентами арбитражных учреждений, обычно невозможно объединить производства, возбужденные в соответствии с разными арбитражными регламентами и/или осуществляемые разными арбитражными учреждениями[23]. Консолидация требований на основе разных исходных международных договоров может оказаться затруднительной, поскольку эти договоры могут предусматривать разные материально-правовые обязательства, а также разные сроки, процессуальные обязанности и судебные органы, отвечающие за урегулирование споров. Рабочая группа также, возможно, пожелает принять во внимание тот факт, что стороны спора часто неохотно идут на консолидацию, и рассмотреть вопрос о том, как это можно преодолеть в рамках решения проблемы исков о возмещении косвенных убытков.

Прочие соображения

34. При рассмотрении проблем, связанных с исками акционеров о возмещении косвенных убытков, Рабочая группа, возможно, пожелает принять во внимание следующие дополнительные элементы:

– степень защиты иностранных акционеров в соответствии с международными инвестиционными договорами;

– потенциальное воздействие режима, регулирующего иски акционеров, на права кредиторов и других акционеров, не участвующих в иске, а также на структуру предприятия/состав инвесторов;

– потенциальные риски, связанные с продолжением практики выбора наиболее удобного договорного режима акционерами;

– распределение издержек, связанных с исками акционеров, и обеспечение для покрытия издержек с учетом большего риска невыплаты по арбитражным решениям о покрытии издержек со стороны истцов, которые подавали иски о возмещении косвенных убытков, и

– финансирование третьими сторонами в случае исков о возмещении косвенных убытков.

D. Заключительные замечания

35. Поскольку целый ряд вопросов, изложенных в настоящей записке, еще только предстоит обсудить в Рабочей группе и поскольку эти вопросы тесно связаны с другими выявленными проблемами и вариантами реформирования, Рабочая группа, возможно, пожелает рассмотреть вопрос о том, нужно ли Секретариату провести дальнейшую работу по этой теме в сотрудничестве с Секретариатом ОЭСР и другими соответствующими и заинтересованными международными организациями, например в рамках конференции или межсессионного совещания группы экспертов. Такое совещание можно было бы провести в ОЭСР в Париже весной 2020 года в целях i) дальнейшего рассмотрения вопросов, изложенных в настоящей записке, и ii) обобщения мнений государств о возможных

[22] Например, статья 1117(3) НАФТА предусматривает обязательное объединение исков акционеров и компании, касающихся одних и тех же фактов, если это не ущемляет интересы какой-либо стороны. В статье 8.43 СЕТА содержатся более комплексные правила объединения в рамках структуры действующего суда СЕТА. Статья 1126(9) НАФТА и статья 8.24 СЕТА дают судам право приостанавливать разбирательство до решения проблемы пересекающихся или связанных между собой исков по УСИГ.

[23] Рабочая группа, возможно, пожелает отметить, что один из заключенных недавно международных договоров допускает консолидацию исков, рассматриваемых в рамках разных механизмов урегулирования споров (см. статью 9.29 Соглашения о свободной торговле между ЕС и Сингапуром).

вариантах реформирования в области предъявления исков акционерами и возмещения косвенных убытков. Результаты этого совещания могут быть обобщены Секретариатом и представлены Рабочей группе на одной из будущих сессий.