

УДК 341.9:330.322

Ірина Голубенко,аспірант кафедри цивільного права
Київського національного університету імені Тараса Шевченка

ЗАСТОСУВАННЯ ПРИНЦИПУ ДОБРОСОВІСНОСТІ ПРИ ВИЗНАЧЕННІ ПРИЙНЯТНОСТІ ПОЗОВНИХ ВИМОГ І ЮРИСДИКЦІЇ В ІНВЕСТИЦІЙНИХ СПОРАХ

Стаття присвячена аналізу застосування принципу «добросовісності» на стадії прийняття позовних вимог та визначення юрисдикції для вирішення інвестиційних спорів. Аналіз проведений на основі дослідження арбітражної практики Міжнародного центру з вирішення інвестиційних спорів.

Ключові слова: принцип добросовісності, юрисдикція, прийнятність, позовні вимоги, міжнародні інвестиційні спори, інвестиції, інвестор, держава, Міжнародний центр з вирішення інвестиційних спорів.

Постановка проблеми. Принцип «добросовісності» (good faith) – добре відомий принцип загального міжнародного права, який діє на різних рівнях у міжнародному інвестиційному праві та арбітражі. Поняття «good faith» було описано Bingham L.J. у *Interfoto Picture Library v Stiletto Visual Programmes Ltd* [1] як принцип справедливого і відкритого ведення справ і головний принцип існуючого в правових системах. Зі змістової точки зору принцип добросовісності часто використовується для оцінки поведінки приймаючої держави. Із процесуальної точки зору даний принцип так само відіграє важливу роль у проведеному арбітражному розгляді, пов'язаного із зобов'язанням арбітрів діяти справедливо. Крім цих видів застосування принципу «добросовісності» трибуналами, принцип все частіше застосовується на юрисдикційній стадії міжнародного арбітражного розгляду, а саме у вирішенні питань, що стосуються того, чи були набуті інвестиції «добросовісно» або ініціація позову інвестором зроблена в душі доброї волі, з метою уникнення зловживання арбітражним процесом.

Метою статті є дослідження ролі принципу добросовісності в міжнародному праві при визначенні прийнятності позовних вимог і юрисдикції в інвестиційних спорах на основі аналізу арбітражної практики Міжнародного центру з вирішення інвестиційних спорів (МЦВІС).

Під юрисдикцією розуміється «влада суду або судді приймати до розгляду по-

зов, клопотання та інші процедури». Згода держави забезпечує основу юрисдикції міжнародних судів і трибуналів, виступаючи правилом і для інвестиційних трибуналів, зокрема згода на міжнародний судовий розгляд. Держава повинна наділити владою трибунал, щоб вирішити справу до або після виникнення спору. Згода на інвестиційний арбітраж, як правило, дається приймаючою державою в інвестиційних договорах, національному законодавстві або шляхом підписання арбітражних застережень з інвестором у державних контрактах.

Поняття прийнятності пов'язане з тим, чи є вимога готовою для вирішення на даному етапі, тоді як як юрисдикція, як правило, дивиться на спір у цілому. Навіть якщо відмінність між юрисдикцією та прийнятністю є давньою для міжнародного права, делімітація їх не є завжди простою, і, крім того, термінологія іноді буває суперечливою. Конвенція МЦВІС та МЦВІС Правила не містять прямого визначення прийнятності. Можливо, стаття 41 (2) Конвенції МЦВІС вводить відмінність між юрисдикцією та прийнятністю в МЦВІС арбітражі [2]: «Будь-яка заява сторони, яка містить твердження про те, що розгляд даного спору не належить до компетенції Арбітражу, повинна бути розглянута Арбітражем, який визначить, розглядати таку заяву як попереднє питання чи в процесі розгляду спору по суті» [3].

Різниця між юрисдикцією і прийнятністю полягає в такому. 1) Якщо вимога визнана неприйнятною, немає правових перешкод у

повторній подачі позову після того, як вимоги щодо прийнятності будуть дотримані, за умови, звичайно, що питання про прийнятність позову можна вирішити. 2) З іншого боку, якщо арбітражний суд встановлює, що він не володіє юрисдикцією для розгляду справи, немає жодної можливості для того, щоб сторони знову подали позов до суду. Іншими словами, дефект у юрисдикції не може бути вирішений щодо даного конкретного спору.

Деякі питання, які мають відношення до юрисдикції трибуналу, регулюються внутрішнім законодавством країн. Зазвичай таке регулювання є наслідком посилання на внутрішнє законодавство в договорі, що передбачає юрисдикцію.

Міжнародний центр із вирішення інвестиційних спорів не має обов'язкової юрисдикції, і звернення до нього відбувається суворо на основі згоди сторін. Це правило залишається незмінним принципом звичаєвого міжнародного права, відповідно до якого вимоги можуть не з'явитися перед міжнародним трибуналом, поки місцеві засоби правового захисту не будуть вичерпані. Конвенція не вказує на те, чи вичерпання національних засобів правового захисту було б бажаним. Проте стаття 26 передбачає, що будь-яка Договірна держава вправі вимагати попереднього звернення до національних адміністративних або судових засобів вирішення спорів в якості умови згоди про передачу спору для арбітражного розгляду згідно із цією Конвенцією. На цей час тільки Ізраїль, Коста-Ріка та Гватемала зробили заяви, що вимагають вичерпання засобів правового захисту відповідно до статті 26 Конвенції [4]. Тому у разі, якщо спеціальна заява не була прийнята, за умови наявності згоди передати спір у Центр, вичерпання національних засобів правового захисту має бути скасовано. Та ж позиція була підтверджена в Доповіді Виконавчих Директорів [5].

Держава-відповідач може заперечувати юрисдикцію арбітражного суду або допустимість позову на тій підставі, що умови, викладені в Конвенції МЦВІС, відповідній інвестиційній угоді або загальноприйнятих правилах, не були виконані та, виходячи із цього, справа не може розглядатися по суті. Різні підстави та аргументи можуть додаватися до тверджень але ще більш важливим є те, що порушення принципу добросовісності може додаватися до кожного з них.

Принцип добросовісності («good faith») часто пов'язується із законністю інвестиційної вимоги: чи підпадають заявники в категорію охоронюваних інвесторів у рамках прийнятої інвестиційної угоди, або

який-небудь інший узгоджений спосіб регулювання суперечок перешкоджає інвестиційному арбітражному суду розглянути справу. Законність вимоги є загальним стандартом, передбаченим міжнародними інвестиційними угодами. Факт того, що умова законності прямо передбачена в юридично обов'язковому документі з метою виключити незаконні інвестиції із зобов'язань держав щодо захисту, полегшує стан держави-відповідача [6]. Загальне розуміння цього пункту, однак, полягає в тому, що легальність охоплює тільки законність набуття інвестицій, тобто чи були набуті інвестиції законно, але це не поширюється на продуктивність інвестицій і не виключає захист, якщо деякі незаконні дії від імені інвестора здійснені в процесі інвестування.

Принцип добросовісності глибоко вкоренився у витоки договірного права. Так, ст. 26 Віденської конвенції про право міжнародних договорів передбачає: «Кожен чинний договір є обов'язковим для його учасників і повинен добросовісно виконуватись» [7]. Принцип добросовісності є важливим правилом міжнародного інвестиційного арбітражу. Із процедурної точки зору, «добросовісність» відіграє значну роль на юрисдикційній стадії міжнародного арбітражного розгляду з питань, що стосуються того, чи були набуті інвестиції «добросовісно» або ініціація позову проводиться «добросовісно» чи для того, щоб уникнути зловживання арбітражним процесом.

4 серпня 2011 МЦВІС суд у складі професора Tercier (президент), професора Abi-Saab та професора Albert Jan van der Berg виніс рішення по юрисдикції і прийнятності в МЦВІС арбітраж справи Abaclat і інші проти Аргентини [8] (далі «Abaclat»). Справа стосується вимог більш ніж 180000 фізичних осіб і корпорацій проти Аргентини за відшкодування збитку, який мав місце через порушення Аргентиною своїх зобов'язань по МІУ між Аргентиною та Італією [9] щодо облігацій, випущених Аргентиною. Аргентину спіткав економічний спад наприкінці 1990-х років, і, як наслідок, зниження податкових надходжень привело до понесення Аргентиною додаткових боргів. Країна офіційно заявила про дефолт у грудні 2001 року та публічно оголосила про відстрочку понад 100 млрд доларів США зовнішнього боргу за облігаціями до аргентинських і неаргентинських кредиторів. Із них 13,5 млрд. доларів належали близько 600000 італійських власників облігацій. У вересні 2002 року відповідно до рішення Виконавчого комітету Асоціації італійських банків, що складається з восьми найбільших італійських банків, була ство-

рена так звана «Task Force Argentina» (далі «ТФА»). Ця організація була створена відповідно до італійського законодавства, фінансується за рахунок внесків його засновників банків. Мета створення полягала в тому, щоб представляти інтереси італійських власників облігацій у проведенні переговорів з Аргентиною. ТФА вирішила подати запит про арбітраж і зареєструвала справу в МЦВІС 14 вересня 2006 року. Цей випадок цікавий у багатьох аспектах.

По-перше, це був перший раз, коли масова вимога, об'єднуючи близько 180 000 заявників, була доведена до МЦВІС. По-друге, суд мав справу з визначенням інвестицій, але найбільший інтерес викликають питання законності, зловживання процесом, а також принцип добросовісності. Законність інвестицій, законність і специфічна роль ТФА в рамках мандата стало частиною спору між сторонами: Аргентина заявила, що ініціювання МЦВІС арбітражу ТФА – це зловживання правом. Що стосується законності інвестицій, Аргентина в якості відповідача стверджувала, що інвестиції не були зроблені відповідно до її внутрішнього законодавства, бо покупки були зроблені італійськими банками з порушенням певних обмежень продажу, які можна застосувати до облігацій, і з порушенням місцевих правил. Суд відкинув цю ідею, заявивши, що він був обмежений у розгляді питання про інвестиції визначенням інвестицій, як це передбачено в МІУ, і що облігації були випущені Аргентиною відповідно до її законодавства і що через це умови визначення під МІУ були виконані. Суд також розглянув питання про зловживання правами, оскільки відповідач стверджував, що суд повинен відмовитися розглядати справу на основі передбачуваного факту, що ініціювання розгляду буде являти собою зловживання правами з боку ТФА, чий прихований інтерес був далеким від інтересів заявників у даному арбітражі. Суд у зв'язку із цим зазначив, що теорія зловживання правами є виразом більш загального принципу добросовісності – основоположним принципом міжнародного і інвестиційного права. Крім того, суд по справі *Abaclat* проаналізував умови й характер порушень прав у контексті принципу добросовісності і зробив цікаву контекстну відмінність, заявивши, що принцип добросовісності може бути використано в договірних вимогах. У рамках цих вимог було проведено відмінність між порушенням процесуальних та матеріальних аспектів принципу добросовісності. Матеріальний аспект принципу добросовісності належить, перш за все, до контексту і способу, в який була здійснена інвестиція і для яких інвестор шукає захисту.

Процесуальний аспект пов'язаний із контекстом і способом, в якому сторона ініціювала позов у пошуках захисту своїх інвестицій. Але арбітраж у справі *Abaclat* пішов ще далі. Що стосується порушень матеріального аспекту принципу добросовісності, він зазначив, що трибунали раніше застосовували два різних підходи. У першому випадку матеріальний аспект було піднято в контексті розгляду юрисдикції трибуналу, або в контексті розгляду законності інвестицій. У другому випадку суд заявив, що це питання може розглядатися або як питання згоди і, таким чином, юрисдикції, де згода приймаючої держави не може поширюватися на інвестиції, зроблені за обставин, які порушили принцип добросовісності; або як питання, що стосується суті спору, де ключовим питанням є те, чи мались на увазі обставини, за яких були зроблені відповідні інвестиції та повинні бути захищені відповідною угодою. Що стосується процедурного аспекту принципу добросовісності відповідно до рішення *Abaclat*, то порушення може розглядатися як питання згоди приймаючої держави і, отже, як питання про юрисдикцію або як питання про прийнятність, де ключове питання полягає в тому, як інвестор ініціював провадження у справі. У кінцевому результаті арбітражне рішення МЦВІС, винесене у справі *Abaclat* і *in. vs* Аргентина, від 4 серпня 2011 р. визнало компетенцію арбітражного суду МЦВІС (рішення прийнято двома арбітрами, оскільки третій арбітр склав окрему думку, що виражає його повну незгоду з таким рішенням).

У справах *Autopista Concesionada de Venezuela. S.A v. Venezuela*[10], *Tokios Tokelés v. Ukraine*[11] та *Aguas del Tunari v. Bolivia*[12] трибунали зіткнулися з питанням, чи було створення іноземних корпорацій лише маневром для того, щоб отримати доступ до інвестиційного арбітражу. Претензії не завжди були представлені сумлінно, аргументи зводилися до тверджень, що іноземні компанії були створені недобросовісно, з метою отримання доступу в інвестиційному арбітражі, та дані дії не охоплюються згодою, вираженою державами при підписанні МЦВІС конвенції і застосованої міжнародної інвестиційної угоди. Важливість цих випадків полягає в тому, що трибунали явно розглядали принцип добросовісності як аргумент, як зазначено в юрисдикції Центру відповідно до статті 25 МЦВІС і згоди приймаючої держави. Трибунали визнали, що, якщо корпоративна реструктуризація має єдину мету – отримання доступу у міжнародному арбітражі для вже існуючих суперечок, це може являти собою порушення принципу добросовісності.

Явна вимога «добросовісності» була піднята і широко обговорювалася у справі *Mobil v. Venezuela*.^[13] Венесуела стверджувала, що корпоративна реструктуризація *Echop Mobil's* шляхом створення голландського холдингу є «зловживанням правом» і що, як наслідок, трибунал не володіє юрисдикцією відповідно до чинної міжнародної інвестиційної угоди. Позов був заснований, зокрема, на тому, що реструктуризація мала місце незабаром після інвестицій, «коли суперечки були не тільки передбачувані, але [...] насправді були ідентифіковані і відповідач був сповіщений». Венесуела стверджувала, що «єдина мета цієї реструктуризації полягала в отриманні доступу до МЦВІС арбітражу для існуючих суперечок» і що це є «образливою маніпуляцією системою міжнародного захисту в рамках Конвенції МЦВІС і МІУ». Трибунал зазначив, що головною метою реструктуризації було «захистити інвестиції *Mobil* від несприятливих венесуельських заходів шляхом отримання доступу до МЦВІС арбітражу через міжнародну інвестиційну угоду між Голландією і Венесуелою». Цей вибір, на думку Трибуналу, був «логічним» з урахуванням подвійного оподаткування угод, укладених у Нідерландах, і заходів, які *Echop Mobil* вже мали в цій країні. Трибунал також зазначив, що реструктуризація інвестицій через голландський холдинг, щоб захистити ці інвестиції від порушення їхніх прав із боку Венесуели, отримавши доступ до МЦВІС арбітражу, є «абсолютно законною метою, оскільки це стосується майбутніх суперечок». Проте, оскільки суперечки вже існували, трибунал висловив думку, що реструктуризація інвестицій тільки для того, щоб отримати доступ до інвестиційного арбітражу в рамках МІУ, буде являти собою «образливі маніпуляції системою міжнародного захисту інвестицій в рамках Конвенції МЦВІС і МІУ». Трибунал, таким чином, зі зрозумілих причин відмовив у юрисдикції, підтвердивши юрисдикцію щодо спорів, які будуть порушені після набуття чинності МІУ між Нідерландами і Венесуелою.

У справі *Inceysa v. El Salvador* арбітраж вказав: «Загальні принципи права є автономним і безпосереднім джерелом міжнародного права, поряд із міжнародними конвенціями і звичаями. <...> Виходячи з вищевикладеного, ми аналізуємо інвестиції *Inceysa* у світлі загальних принципів права, які Арбітражний суд вважатиме застосовними до даної справи. <...> Сумлінність є вищим принципом, який регулює правові відносини у всіх їх аспектах і змісті. <...> Дії являють собою явне порушення принципу добросовісності, який повинен превалювати у будь-яких правових

відносинах. <...> Через фальсифікацію фактів був порушений принцип добросовісності, і, отже, інвестиції були зроблені не відповідно до сальвадорського закону. Зіткнувшись із такою ситуацією, суд може тільки заявити про свою некомпетентність розглядати скаргу *Inceysa*, оскільки його інвестиції не можуть отримати захист за інвестиційною угодою»^[14].

У справі *Saba v. Turkey* арбітраж не погодився із судженнями по справі *Inceysa v. El Salvador*: «Інвестиції можуть бути «законними» або «незаконними», зробленими «сумлінно» чи ні; проте вони залишаються інвестиціями»^[15]. Проте арбітраж відмовив у юрисдикції в даному випадку, виявивши, що заявник не зробив жодних інвестицій, тож ніякого захисту в рамках МІУ не могло бути надано.

У справі *Phoenix Action Ltd v. Czech Republic* трибунал зазначив: «Принцип добросовісності вже давно визнаний в міжнародному праві, а також у всіх національних правових системах. Цей принцип вимагає від сторін «мати справу чесно і справедливо один з одним, представляти свої мотиви і цілі правдиво й утримуватися від прийняття несправедливих переваг...». Цей принцип регулює відносини між державами, а також юридичні права й обов'язки тих, хто прагне відстоювати свої права відповідно до договору. Ніхто не повинен зловживати правами, наданими договорами, і в більш загальному плані кожне правило закону включає в себе неявне застереження, що не слід зловживати...»^[16].

Вимога про те, що тільки інвестиції, зазначені у відповідній міжнародній інвестиційній угоді, можуть бути захищені в рамках міжнародного інвестиційного арбітражу, означає, що, насамперед, інвестиції повинні існувати. У тих випадках, коли інвестори засновують претензії на припущенні про існування інвестицій, арбітражі застосовували принцип добросовісності як аргумент для того, щоб встановити зловживання процедурою. У справах *Europe Cement v. Turkey* та *Cementownia v. Turkey* беруть участь ті ж інвестори, арбітраж значною мірою спирався на аргумент добросовісності у зв'язку з рішенням заявника переслідувати претензії, незважаючи на не існування інвестицій: «У зазначених вище випадках [*Inceysa*, *Phoenix*] була відсутня добросовісність у придбанні інвестицій. Тож в даному випадку не було практично ніяких інвестицій взагалі, щонайменше у відповідний час, і відсутність добросовісності в підтвердженні інвестицій на підставі документів, які відповідно до представлених доказів були не справжніми.

Заявник стверджував наявність юрисдикції на підставі володіння акціями. Не можна сказати, що таке твердження було зроблено в дусі добросовісності.

У справі Phoenix вимога була заснована на інвестиціях, які були придбані виключно з метою початку судового процесу, і це є порушенням процесу, тож, звичайно, вимога, заснована на хибному затвердженні права власності на інвестиції, рівною мірою є зловживанням процесу. Відповідач також просив суд ухвалити рішення про те, що претензія була явно необгрунтованою, але суд відмовив у цьому проханні. Відповідач вимагав грошової компенсації за моральну шкоду, завдану його репутації. Незважаючи на це, суд дійшов висновку, що «поведінка, яка включає в себе шахрайство і зловживання процесом, заслуговує на осуд», але відшкодування шкоди може бути застосовано тільки в екстремальних ситуаціях, яких немає в даному випадку.

Висновки

Принцип добросовісності пронизує всю систему міжнародного права, в тому числі права про захист інвестицій, а також стосується всіх його учасників. У разі порушення матеріального аспекту принципу добросовісності захист інвестицій не повинен бути наданий навіть із процесуальної точки зору, оскільки обидва аспекти в їх функції нерозривно поєднані. Матеріальний аспект принципу добросовісності належить, насамперед, до контексту і способу, в який були здійснені інвестиції, для яких інвестор шукає захисту. Процесуальний аспект пов'язаний із контекстом і способом, в якому сторона ініціювала позов у пошуках захисту своїх інвестицій.

Принцип «добросовісності» має практичне значення в оцінці вимог інвестиційного договору і тим самим зберігає наявну систему інвестиційного арбітражу від зловживань. З урахуванням дедалі ширшого використання і потенційних зловживань системою цей принцип, швидше за все, як і раніше, відіграватиме важливу роль у підтримці життєздатності наявної системи інвестиційного арбітражу. Принцип добросовісності може бути застосований з метою оскарження юрисдикції суду або допустимості позову або для оскарження права на отримання компенсації. Успіх такого захисту буде залежати від цілого ряду чинників, але його успіх буде більш помітним, якщо добросовісність розглядається як вищий принцип, який регулює правові відносини у всіх їх аспектах і змісті, а не тільки як односторонній виняток.

Список використаних джерел:

1. Interfoto Picture Library Ltd v Stiletto Visual Programmes Ltd [1989] QB 433 – [Електронний ресурс]. – Режим доступу : http://wikijuris.net/cases/interfoto_v_stiletto_1989
2. SGS Société Générale de Surveillance S.A. v. Philippines, ICSID Case No. ARB/02/6 (referring to Article 41(2) as including issues of admissibility).
3. Конвенція про порядок вирішення інвестиційних спорів між державами та іноземними особами ООН від 18.05.1965 [Електронний ресурс]. – Режим доступу : http://zakon5.rada.gov.ua/laws/show/995_060
4. The List of Contracting States and Measures Taken by Them for the Purpose of the Convention (April 2008), at 11 (available on the ICSID website).
5. REPORT OF THE EXECUTIVE DIRECTORS ON THE CONVENTION ON THE SETTLEMENT OF INVESTMENT DISPUTES BETWEEN STATES AND NATIONALS OF OTHER STATES. International Bank for Reconstruction and Development March 18, 1965 [Електронний ресурс]. – Режим доступу : <https://icsid.worldbank.org/ICSID/StaticFiles/basicdoc/partB.htm>
6. A. Joubin-Bret, "Admission and Establishment in the Context of Investment protection", in: Standards of Investment Protection (ed. A. Reinisch), Oxford University Press, Oxford, 2008, pp. 9-28, at 27.
7. Віденська конвенція про право міжнародних договорів ООН; Конвенція, Міжнародний документ, Заява від 23.05.1969 [Електронний ресурс]. – Режим доступу : http://zakon5.rada.gov.ua/laws/show/995_118
8. Abaclat and others v. Argentina, ICSID Case No. ARB/07/5, Decision on Jurisdiction and Admissibility of August 4th, 2011 [Електронний ресурс]. – Режим доступу : <http://investmentclaims.com>
9. Agreement between the Argentine Republic and the Republic of Italy on the Promotion and Protection of Investments, signed in Buenos Aires on 22 May 1990.
10. Autopista Concesionada de Venezuela. C.A v. Bolivarian Republic of Venezuela. ICSID Case ARB/00/5. Decision on Jurisdiction, 27 September 2001.
11. Tokios Tokelés v. Ukraine, ICSID Case No. ARB/02/18, Decision on Jurisdiction, 29 April 2004.
12. Aguas del Tunari S.A. v. Republic of Bolivia, ICSID Case No. ARB/02/3, Decision on Respondent's Objections to Jurisdiction, 21 October 2005.
13. Mobil Corporation, Venezuela Holdings BV, Mobil Cerro Negro Holding, Ltd, Mobil Venezolana de Petroleos Holdings, Inc, Mobil Cerro Negro, Ltd, and Mobil Venezolana de Petroleos, Inc v Bolivarian Republic of Venezuela, ICSID Case No ARB/07/27, Decision on Jurisdiction, 10 June 2010.
14. Inceysa Vallisoletana S.L. v. Republic of El Salvador, ICSID Case No. ARB/03/26 [Електронний ресурс]. – Режим доступу : <http://www.italaw.com/cases/documents/564#sthash.k1yyjMcx.dpuf>
15. Saba Fakes v. Republic of Turkey, ICSID Case No. ARB/07/20, Award of 14 July 2010
16. Phoenix Action Ltd v. Czech Republic (ICSID Case No. ARB/06/5, Award, 15 April 2009.

Статья посвящена анализу применения принципа «добросовестности» на стадии принятия исковых требований и определения юрисдикции для разрешения инвестиционных споров. Анализ проведен на основе исследования арбитражной практики Международного центра по разрешению инвестиционных споров.

Ключевые слова: принцип добросовестности, юрисдикция, приемлемость, исковые требования, международные инвестиционные споры, инвестиции, инвестор, государство, Международный центр по решению инвестиционных споров.

In the article are considered the application of the principle of «good faith» on the stage of the admissibility of the claim and determining the jurisdiction for resolving investment disputes. Analysis based on research conducted by the Arbitration of the International Centre for Settlement of Investment Disputes.

Key words: good faith principle, jurisdiction, admissibility, claims, international investment disputes, investments, investor, state, International Center for Settlement of Investment Dispute.

