

Бывшие акционеры «ЮКОСа» против России

Комментарий к арбитражному решению под эгидой Постоянной Палаты Третейского Суда в Гааге

Илья Рачков*

Недавно было опубликовано беспрецедентное по сумме иска решение международного инвестиционного арбитража *ad hoc* по иску трёх иностранных компаний – бывших акционеров «ЮКОСа» к России. Применяв Договор к Энергетической Хартии 1994 года, арбитраж признал Россию ответственной за непропорциональную экспроприацию инвестиций истцов в «ЮКОС». В статье анализируются основные доводы сторон и их оценка арбитражем, а также детально рассматриваются вопросы компетенции арбитража, ответственности России и оценки ущерба, который Россия должна компенсировать истцам.

→ *Постоянная Палата Третейского Суда, международный инвестиционный арбитраж, Договор к Энергетической Хартии, справедливое и равное обращение, экспроприация, дискриминация, ответственность государства за международно-противоправные деяния*

Введение

Июль 2014 года по праву можно назвать «месяцем «ЮКОСа»» в международной правоправности: 28 июля были опубликованы три решения арбитража *ad hoc* по иску бывших акционеров ОАО «Нефтяная компания «ЮКОС»» (*далее* – «ЮКОС») – компаний “Hulley Enterprises Limited” (Кипр), “Yukos Universal Limited” (остров Мэн) и “Veteran Petroleum Limited” (Кипр) к России¹, а 31 июля 2014 года – решение Европейского Суда по правам человека (*далее* – ЕСПЧ) по делу всех бывших акционеров «ЮКОСа» *против России*.

Истцы владели мажоритарным пакетом акций «ЮКОСа»: у “Hulley Enterprises Limited” их было 5%, у “Yukos Universal

Limited” (владела 100% акций в уставном капитале “Hulley Enterprises Limited”) – 2,6%, у “Veteran Petroleum Limited” (пенсионный фонд, владевший акциями «ЮКОСа» в интересах его работников) – 11,6%. От имени всех истцов в этих арбитражных делах выступала компания “GML Limited” (прежнее наименование: “Group Menatep Limited”), зарегистрированная в Гибралтаре.

Ещё 4 ноября 2004 года истцы направили Президенту Российской Федерации уведомления (англ.: *notifications of claim*) о том, что, по их мнению, Россия нарушила свои обязательства перед истцами как иностранными инвесторами, вытекающие из части III Договора к Энергетической Хартии от 17 декабря 1994 года (*далее* – ДЭХ)². Истцы заявили, что таким образом между ними и Рос-

* Рачков Илья Витальевич – кандидат юридических наук, магистр права (LL.M.), доцент кафедры международного права МГИМО (У) МИД России (e-mail: IRachkov@KSLAW.com).

¹ URL: http://www.pca-cpa.org/showpage.asp?pag_id=1599 (дата обращения: 10.09.2014).

² Energy Treaty Charter. 2080 United Nations Treaty. Series 95. Signed on 17 December 1994. Entered into force on 16 April 1998.

сией возник спор, касающийся инвестиций истцов на территории России, и предложили урегулировать спор внесудебным образом, как требует пункт 1 статьи 26 ДЭХ. Однако, поскольку в течение трёх месяцев спор не был урегулирован (пункт 2 статьи 26 ДЭХ), 3 и 14 февраля 2005 года истцы подали искивые заявления к России.

Арбитрами во всех трёх делах были: Шарль Понсе (Швейцария), номинированный истцами, бывший судья Международного Суда ООН Стивен Швельбел (США), номинированный Россией, и Председатель состава арбитров Ив Фортье (Канада), назначенный Генеральным секретарём Постоянной Палаты Третейского Суда (г. Гаага, Нидерланды) (*далее* — ППТС).

Все три арбитражных решения опубликованы на интернет-сайте ППТС. В совокупности, согласно этим решениям, Россия обязана выплатить истцам свыше 50 млрд долларов. В своих искивых заявлениях от 2 ноября 2004 года истцы требовали присудить им в общей сложности свыше 114 млрд долларов. По обоим этим показателям Россия оставила далеко позади все остальные государства мира: ни к одной другой стране никогда не предъявлялись столь значительные требования³, а во всех трёх решениях в общей сложности инвесторам, у которых государство изъяло имущество, присуждена максимальная за всю историю международного арбитража (не только инвестиционного, но и коммерческого!) сумма — свыше 50 млрд долларов. Наконец, решение по каждому делу заняло свыше 600 страниц.

Кстати, в решении ЕСПЧ от 31 июля 2014 года истцам также присуждена максимальная с момента создания этого Суда (1950) сумма: почти 2 млрд долларов⁴.

Применимые нормы материального и процессуального права

Процессуальной основой для подачи и рассмотрения исков инвесторов «ЮКОСа» явились:

— пункт 4(б) статьи 24 ДЭХ (разрешение споров между инвестором и Договаривающейся Стороной), который предусматривает: «4) Если какой-либо инвестор предпочитает передать спор на разрешение в соответствии с подпунктом 2(с), этот инвестор также дает своё согласие в письменной форме на передачу спора на рассмотрение: ...b) единоличному арбитражу или в арбитражный суд *ad hoc*, учреждаемый в соответствии с Арбитражным регламентом Комиссии Организации Объединённых Наций по праву международной торговли (*далее* — ЮНСИТРАЛ)» и

— указанный Арбитражный регламент ЮНСИТРАЛ, одобренный резолюцией Генеральной Ассамблеи Организации Объединённых Наций от 15 декабря 1976 года № 31/98.

Следует заметить, что ещё одним важным источником вдохновения для арбитража стали два решения Арбитражного института при Торговой палате Стокгольма по инвестиционным спорам держателей производных инструментов на акции «ЮКОСа» против России: “*Quasar de Valores SICAV S.A. и другие*” (Испания) от 20 июля 2010 года и “*Ros-InvestCo UK Ltd*” (Соединённое Королевство) от 12 сентября 2010 года⁵. В рассматриваемом деле арбитраж солидаризировался со многими выводами, к которым пришли арбитры в указанных делах по таким вопросам, как: оптимизация налогов «ЮКОСом», отказ России в возмещении НДС «ЮКОСу», налоговые штрафы, правовая оценка аукциона по продаже «Юганскнефтегаза» (*далее* — «ЮНГ»), банкротство «ЮКОСа» и отпугивание истцами потенциальных покупателей от наследства «ЮКОСа», применимость статьи 21 ДЭХ (о налогах) к данному спору, критерии правомерности экспроприации согласно статье 13 ДЭХ и концепция законных ожиданий, а также вина самого «ЮКОСа» в причинении себе вреда. Правда, в данном деле арбитраж разошёлся с предыдущими решениями в вопросе о том, по какой ставке считать проценты: например,

³ В декабре 2013 года было опубликовано крупнейшее до тех пор по сумме взыскания с государства решение, основанное на ДЭХ: арбитраж присудил взыскать с Казахстана около 500 млн долларов в пользу инвесторов из Молдовы. См.: *Peterson L. E. Moldovans secure \$500 + million arbitral award in claim against Kazakhstan under Energy Charter Treaty*. 2014. URL: http://www.iareporter.com/articles/20140108_2/ (дата обращения: 10.09.2014).

⁴ Для сравнения: до сих пор даже споры между государствами (в целом довольно редкие для ЕСПЧ) не завершались присуждением в пользу одного государства таких умопомрачительных сумм, взыскиваемых с другого государства (например, в деле Кипр против Турции (2014) было взыскано около 90 млн долларов).

⁵ Любопытно, что арбитраж руководствовался арбитражным решением, которое отменено государственными судами Швеции по заявлению России.

арбитраж в деле “RosInvestCo UK Ltd” использовал процентную ставку LIBOR с уплатой процентов ежегодно, без капитализации с суммой основного долга, а в деле “Quasar” — ставку 6,434 % годовых (средняя процентная ставка по среднесрочным суверенным облигациям России в долларах США).

В ходе этих трёх арбитражных процессов ППТС исполняла функции секретариата арбитража и оказывала техническую поддержку.

Материально-правовой основой исков стал ДЭХ, а именно его статья 13, согласно которой инвестиции инвесторов Договаривающейся Стороны (в данном случае это Кипр и остров Мэн, то есть Соединённое Королевство) на территории другой Договаривающейся Стороны (то есть России) не подлежат национализации или экспроприации (или аналогичным им мерам), за исключением случаев, когда такая экспроприация осуществляется:

- a) с целью, которая отвечает государственным интересам;
- b) без дискриминации;
- c) с соблюдением надлежащих правовых процедур;
- d) одновременно с выплатой быстрой, достаточной и эффективной компенсации.

Размер компенсации должен соответствовать справедливой рыночной стоимости экспроприированной инвестиции на момент, непосредственно предшествующий экспроприации, или до того момента, когда известие о предстоящей экспроприации повлияло на стоимость инвестиции (*далее* — дата оценки).

Справедливая рыночная стоимость по просьбе инвестора оценивается в свободно конвертируемой валюте на основе рыночного обменного курса, существующего для этой валюты на дату оценки. Компенсация включает также выплату процентов по коммерческой ставке, устанавливаемой на рыночной основе, с даты экспроприации по дату выплаты.

Положения статьи 13 охватывают также ситуации, когда Договаривающаяся Сторона экспроприрует активы компании или предприятия на своей территории, в которых инвестор любой другой Договаривающейся

Стороны имеет инвестиции, в том числе в виде акций.

Вопросы, проанализированные арбитражем

Уже из приведённого выше положения о принципиальной недопустимости экспроприации (национализации) следует, что арбитраж должен был ответить на следующие вопросы:

1) являлось ли лишение истцов их имущества (акции «ЮКОСа») экспроприацией (или аналогичной ей мерой)? На этот вопрос арбитраж ответил утвердительно: Россия нарушила свои обязательства по пункту 1 статьи 13 ДЭХ, имела место косвенная экспроприация⁶;

2) отвечало ли лишение имущества государственным интересам? Арбитраж пришёл к выводу, что разрушение ведущей на тот момент нефтяной компании — крупнейшего налогоплательщика нельзя признать отвечающим государственным интересам России, то есть интересам её экономики, политики и населения⁷; эти действия пошли на пользу ОАО «НК «Роснефть»» — компании, более 50 % голосующих акций которой принадлежат России (как конечному бенефициару), поскольку «Роснефть» получила большинство активов «ЮКОСа» практически даром, но интересы «Роснефти» не совпадают с интересами государства;

3) проведено ли лишение имущества без дискриминации и с соблюдением надлежащих правовых процедур (англ.: *due process*)? По мнению истцов, дискриминация заключалась в избирательном применении налогового законодательства: все российские нефтяные компании прибегали в то время к различным схемам по оптимизации налогообложения, но государство почему-то выбрало в качестве мишени только «ЮКОС». По этому вопросу арбитраж предпочёл не высказываться, так как посчитал, что стороны не представили ему достаточных доказательств⁸. Тем не менее арбитраж отметил, что обращение государства с «ЮКОСом» и передача его активов «Роснефти» (и в значи-

⁶ Permanent Court of Arbitration (*далее* — PCA). *Hulley Enterprises Limited v. The Russian Federation*. Case No. AA 226. Final Award of 18 July 2014. Para. 1888(e).

⁷ Ibid. Para. 1581.

⁸ Ibid. Para. 1582.

тельно меньшей степени «Газпрому») могли бы представлять собою дискриминацию, если сравнить «ЮКОС» с другими российскими нефтяными компаниями, которые также извлекали выгоду из регистрации в регионах России с низкой налоговой нагрузкой;

4) сопровождалось ли лишение имущества выплатой быстрой, достаточной и эффективной компенсации? Арбитраж отметил: очевидно, что не сопровождалось⁹.

Истцы заявляли о том, что Россия лишила их имущества под видом преследования «ЮКОСа» за налоговые правонарушения и затем в результате его банкротства. Россия же выдвинула контраргумент: никакого лишения акций как такового не было; налоговое преследование «ЮКОСа» закончилось его банкротством и ликвидацией по той причине, что «ЮКОС» не смог расплатиться с налоговыми долгами.

Однако путь к этим ответам был довольно долгим.

Во-первых, арбитраж сгруппировал факты в 8 разделов:

1) использовавшиеся «ЮКОСом» схемы по оптимизации налогов;

2) проведённые в России налоговые проверки «ЮКОСа»;

3) притеснения, запугивание и аресты менеджмента «ЮКОСа»;

4) отмена сделки по слиянию между «ЮКОСом» и «Сибнефтью»;

5) попытки «ЮКОСа» погасить налоговые долги;

6) аукцион по продаже «ЮНГ»;

7) банкротство «ЮКОСа»;

8) отзыв аудиторских заключений бухгалтерской отчётности «ЮКОСа».

Этим фактам посвящена приблизительно половина из 600 страниц каждого из трёх арбитражных решений. Сжатое описание фактов можно прочесть в других периодических изданиях¹⁰. Вкратце достаточно сказать, что арбитраж пришёл к выводу, что Россия наме-

ренно разрушила «ЮКОС» под видом взъяснения налогов. Игнорирование государством предложения «ЮКОСа» по погашению налоговых долгов вызвало у арбитража «серьёзные сомнения» в том, что Россия на самом деле намеревалась всего лишь взыскать недоплаченные налоги и штрафы на них¹¹. Последовавший за этим аукцион по продаже «ЮНГ» — основного актива «ЮКОСа» — арбитраж счёл инсценировкой, а банкротство «ЮКОСа» — финальным актом уничтожения компании российским государством¹². Арбитраж также заключил, что должностные лица «ЮКОСа» подвергались притеснениям и им угрожали, что было частью кампании по устранению Михаила Ходорковского с политической арены¹³.

Во-вторых, как это часто бывает в международных судебных органах, сначала арбитраж был вынужден детально разобрать вопрос о том, вправе ли он вообще рассматривать по существу этот спор (вопрос о компетенции), а также приемлемы ли иски. Это связано с тем, что Россия выдвинула ряд возражений против компетенции арбитража и приемлемости исков. Было заявлено два основных возражения: Россия хотя и подписала ДЭХ, но не ратифицировала его, поэтому для неё он не вступил в силу; Россия вправе отказать истцам в преимуществах, которые предоставляет ДЭХ, поскольку на самом деле за иностранными компаниями скрываются граждане России.

На возражения России относительно его компетенции и приемлемости исков арбитраж в основном ответил в решениях от 30 ноября 2009 года о компетенции по каждому из трёх дел¹⁴.

В частности, арбитраж отметил тогда, что хотя ДЭХ в самом деле не вступил в силу для России, она временно применяла ДЭХ в соответствии с его статьёй 45, гласящей: «Каждая подписавшая сторона соглашается временно применять настоящий Договор впредь

⁹ PCA. *Hulley Enterprises Limited v. The Russian Federation*. Case No. AA 226. Final Award of 18 July 2014. Para. 1584.

¹⁰ Оверченко М., Корня А., Тумов С. Почему Россия проиграла бывшим владельцам «ЮКОСа» \$50 млрд // Ведомости. 04.08.2014.

¹¹ PCA. *Hulley Enterprises Limited v. The Russian Federation*. Case No. AA 226. Final Award of 18 July 2014. Para. 898, 980.

¹² Ibid. Para. 986, 1180.

¹³ Ibid. Para. 515, 1404.

¹⁴ PCA. *Hulley Enterprises Limited v. The Russian Federation, Yukos Universal Limited v. The Russian Federation, Veteran Petroleum Limited v. The Russian Federation* // PCA Case No. 226, Interim Award on Jurisdiction and Admissibility, 30 November 2009. Опубликованы там же, что и арбитражные решения от 18 июля 2014 года. URL: http://www.pca-cpa.org/showpage.asp?pag_id=1599 (дата обращения: 10.09.2014).

до его вступления в силу для такой подписавшей стороны в соответствии со статьёй 44, в той степени, в которой такое временное применение не противоречит её конституции, законам или нормативным актам». Что же касается отказа в предоставлении преимуществ, то статья 17 ДЭХ даёт государству, принимающему инвестиции, право отказать в преимуществах, предусмотренных в части III ДЭХ, только при определённых условиях, которые в данном случае не выполнены. Кроме того, отказ в преимуществах не касается права на подачу иска, решил арбитраж в 2009 году.

Однако в 2009 году арбитраж оставил «на потом» два других возражения России против компетенции арбитража и приемлемости исков:

1) лишены ли инвесторы защиты, которую предоставляет ДЭХ, если у них «нечистые руки» (англ.: *unclean hands*)?

2) вправе ли арбитраж рассматривать дело, если оно касается налогов?

Кроме того, по настоянию России арбитражу пришлось вернуться к ещё одному её возражению против компетенции. Россия посчитала, что истцы лишены права подавать иск к ней по той причине, что ранее они безуспешно пытались отстоять свои права в российских и прочих международных судах (так называемая «развилка», англ.: *fork in the road*, пункт 3(b)(i) статьи 26 ДЭХ). Хотя арбитраж уже давал оценку этому возражению в своих решениях о компетенции и приемлемости исков от 30 ноября 2009 года, Россия вновь выдвинула этот аргумент, сославшись на то, что с тех пор ЕСПЧ вынес Постановление от 20 сентября 2011 года по делу ОАО «Нефтяная компания «ЮКОС» против России (жалоба № 14902/04).

Конечно, в рамках настоящей статьи невозможно детально проанализировать все аспекты решений международных инвестиционных арбитражей. Каждый из вышеперечисленных вопросов достоин отдельной статьи (если не монографии или диссертации). Поэтому сконцентрируемся на интересных, с точки зрения международного правосудия, вопросах: компетенция арбитража, ответственность России и оценка ущерба.

1. Компетенция арбитража

1.1. «Развилка» (*fork in the road*)

Термин «развилка» применительно к международным инвестиционным арбитражам означает следующее: некоторые международные договоры о защите и поощрении иностранных инвестиций предусматривают право инвестора обратиться (по своему выбору) за защитой своих прав в государственные суды принимающего государства или в международный инвестиционный арбитраж; если инвестор сделал такой выбор, то он уже не может обращаться в другой орган по разрешению споров между инвестором и принимающим государством¹⁵.

Россия утверждала, что аналогичный спор уже рассматривался как в российских судах, так и в ЕСПЧ и поэтому данный арбитраж не вправе рассматривать этот спор ещё раз. В этом случае действует такое правило (пункты 3(a) и 3(b)(i) статьи 26 ДЭХ): «При условии соблюдения только подпунктов (b) и (c) каждая Договаривающаяся Сторона настоящим даёт своё безусловное согласие на передачу спора в международный арбитраж или согласительный орган в соответствии с положениями настоящей статьи... Договаривающиеся Стороны, перечисленные в приложении ID, не дают такого безусловного согласия в тех случаях, когда инвестор ранее передал спор на рассмотрение в соответствии с подпунктом 2(a) или (b)».

В подпунктах 2(a) и 2(b) статьи 26 ДЭХ сказано: «Если такие споры нельзя разрешить в соответствии с положениями пункта 1 в течение 3 месяцев с даты, когда одна из сторон в споре обратилась с просьбой о дружественном разрешении, то инвестор, являющийся стороной в споре, может по своему выбору передать его для разрешения:

а) в суды или административные трибуналы Договаривающейся Стороны, являющейся стороной в споре;

б) в соответствии с любой применимой, предварительно согласованной процедурой разрешения спора (...)

Россия ссылаясь на то, что и «ЮКОС», и третьи лица пытались (частично — безу-

¹⁵ Dolzer R., Schreuer C. Principles of International Investment Law. 2nd edition. Oxford University Press, 2012. P.267, 268.

спешно) оспорить действия налоговых органов как в российских судах, так и в ЕСПЧ. Следовательно, истцы лишены права подавать иск к России по ДЭХ.

Однако арбитраж не согласился с этой позицией, указав, что данный запрет действует, если споры идентичны по трём признакам (англ.: *“triple identity test”*): в них участвуют одни и те же лица, иски в обоих спорах имеют одно и то же основание (англ.: *cause of action*) и предмет¹⁶. В рассматриваемом деле споры не были идентичны по этим признакам.

Основываясь на пункте 5(b)(ii) статьи 21 ДЭХ, Россия выдвинула ещё один аргумент против компетенции арбитража: спор между «ЮКОСом» и российским государством был налоговым, поэтому арбитражу следует передать его на рассмотрение компетентному налоговому органу России, который и должен был бы решить его по существу. Однако арбитраж согласился с истцами в том, что попытки «ЮКОСа» отстоять свои права в рамках налоговых дел в России были бесполезными (англ.: *futile*), поэтому арбитраж может их игнорировать: российским налоговым органам, очевидно, не хватило бы шести месяцев¹⁷, чтобы оценить огромное количество доказательств по данному делу и принять по результатам такой оценки решение об экспроприации¹⁸.

1.2. Теория «чистых рук»

Россия заявила, что истцы «нечисты на руку», поскольку совершили целый ряд правонарушений в 1990–2000-е годы: пытались помешать конкурентам участвовать в приватизационном аукционе «ЮКОСа» в 1995–1996 годы; выдавливали миноритарных акционеров «ЮКОСа»; незаконно выводили прибыль из «ЮКОСа» на офшорные компании; злоупотребляли соглашением об избежании двойного налогообложения между Россией и Кипром; саботировали аукцион главного нефтедобывающего актива «ЮКОСа» — «ЮНГ»; вводили аудиторов «ЮКОСа» в за-

блуждение; нарушали право Нидерландов — присваивали и прятали весьма существенные зарубежные активы «ЮКОСа» в двух голландских фондах (по-голландски: *stichtings*), чтобы сделать их недосыгаемыми для российских налоговых органов¹⁹. Россия считала, что эти обстоятельства должны повлечь одно из следующих последствий: отсутствие у арбитража компетенции рассматривать иски; неприемлемость; лишение истцов права пользоваться материально-правовой защитой, которую ДЭХ предоставляет инвесторам.

Доктрина «чистых рук» заключается в том, что инвестор не вправе пользоваться защитой, предоставляемой международным договором, если инвестиция осуществлена с нарушением международного права или национального права принимающего государства.

Арбитраж начал с того, что ДЭХ (в отличие от многих двусторонних международных договоров о взаимной защите и поощрении инвестиций) не упоминает принцип «чистых рук» и даже не требует явным образом, чтобы инвестиции были осуществлены в соответствии с законом. Состав арбитров, опираясь на смысл и цели ДЭХ, пришёл к выводу, что ДЭХ не предоставляет защиту инвестициям, совершённым неправомерно или недобросовестно. Правда, арбитраж почему-то не счёл нужным определить, на что влияет неправомерность / недобросовестность инвестиций: на компетенцию арбитража, на приемлемость иска или на существование спора?

Россия также заявляла, что её национальное право требует не только того, чтобы инвестиции осуществлялись правомерно в тот момент, когда они были сделаны, но и чтобы поведение инвестора было правомерным и после этого. Однако арбитраж, во-первых, отметил, что истцы стали акционерами «ЮКОСа» в 1999, 2000 и 2001 годах соответственно, поэтому все имевшие место до этого события, на которые ссылалась Россия, не имеют к истцам никакого отношения: в них участвовали банк «Менатеп» и олигархи²⁰. Под «олигархами» арбитраж понимает

¹⁶ PCA. *Hulley Enterprises Limited v. The Russian Federation*. Case No. AA 226. Final Award of 18 July 2014. Para. 1257, 1261.

¹⁷ Об этом сроке сказано в статье 21 (Налогообложение), пункте 5(b)(ii): компетентные налоговые органы стремятся в 6-месячный срок с момента такой передачи разрешить переданные им таким образом вопросы.

¹⁸ PCA. *Hulley Enterprises Limited v. The Russian Federation*. Case No. AA 226. Final Award of 18 July 2014. Para. 759, 981, 1421–1429.

¹⁹ Ibid. Para. 1409.

²⁰ Ibid. Para. 1367. Над этим формалистским подходом арбитража иронизирует Майкл Гольдхабер (*Goldhaber M. The Global Lawyer: On Money, Justice and Yukos // The American Lawyer. 2014.*)

Ходорковского, Лебедева, Невзлина, Дубова, Брудно, Шахновского и Голубовича. Так этих лиц обозначил ответчик. Эти физические лица являлись или являются бенефициарами трастов, стоящих за истцами. Во-вторых, арбитраж заключил, что подразумеваемое в ДЭХ требование законности применяется только к поведению на момент, когда инвестиция была сделана, но не к поведению инвестора после этого.

Россия также заявляла, что доктрина «чистых рук» — общий принцип права (пункт 1(с) статьи 38 Статута Международного Суда ООН²¹). Арбитраж усмотрел значительные разногласия относительно этого вопроса: ни один международный суд или арбитраж не принял (хотя бы даже не единогласно, а большинством голосов) решение, применив принцип «чистых рук», позволяющий оставить иск без рассмотрения по существу или отказать в его удовлетворении²². В результате арбитраж пришёл к такому выводу: не существует такого общего принципа права, как «чистые руки», который требовал бы от арбитража оставить исковое заявление инвестора без рассмотрения²³.

1.3. Вправе ли арбитраж рассматривать спор, если он касается налогов?

Россия настаивала на том, что её действия по отношению к «ЮКОСу» — это налоговые меры по смыслу статьи 21 ДЭХ. Дело в том, что, согласно первому предложению пункта 1 статьи 21 ДЭХ, «за исключением случаев, когда в настоящей статье предусматривается иное, ничто в настоящем Договоре не должно создавать права или налагать обязательства в отношении налоговых мер Договаривающихся Сторон».

Это так называемое исключение (англ.: *carve-out*). Оно означает, что нормы ДЭХ не применяются к «налоговым мерам», если только в самой статье 21 ДЭХ не указано иное. Такие нормы, создающие «исключение из исключения» и тем самым возвращающие соответствующие меры обратно в сферу действия ДЭХ, называются положениями «защиты обратно» (англ.: *claw back*).

Одним из таких случаев является пункт 5(а) статьи ДЭХ: «Статья 13 применяется к налогам». Другой пример — пункт 5(б) статьи ДЭХ:

«b) Всегда, когда в силу статьи 13 возникает вопрос, то, если он касается того, является ли налог экспроприацией или представляет собой тот или иной налог, на который ссылаются как на экспроприацию, дискриминацию, — применяются следующие положения:

i) инвестор или Договаривающаяся Сторона, ссылающиеся на экспроприацию, передают вопрос о том, является ли налог экспроприацией или представляет ли собой этот налог дискриминацию, на рассмотрение соответствующего компетентного налогового органа. Если инвестор или Договаривающаяся Сторона не осуществляют такую передачу, то органы, призванные разрешать споры согласно пункту 2(с) статьи 26 или пункту 2 статьи 27, передают его на рассмотрение соответствующих компетентных налоговых органов;

ii) компетентные налоговые органы стремятся в шестимесячный срок с момента такой передачи разрешить переданные им таким образом вопросы. Что касается вопросов недискриминации, то компетентные налоговые органы применяют положения о недискриминации соответствующей налоговой конвенции или, если в соответствующей налоговой конвенции не содержится недискриминационного положения, применимого к этому налогу, или между соответствующими Договаривающимися Сторонами не заключено такой действующей налоговой конвенции, они применяют принципы недискриминации в соответствии с Типовой конвенцией о налогах на доход и капитал Организации экономического сотрудничества и развития;

iii) органы, призванные разрешать споры согласно пункту 2(с) статьи 26 или пункту 2 статьи 27, могут принимать во внимание все заключения, к которым пришли компетентные налоговые органы относительно того, является ли налог экспроприацией. Такие органы учитывают все заключения, к которым приходят компетентные налоговые органы в шестимесячный срок, установленный в подпункте (b)(ii), относительно того, представляет

²¹ Сборник действующих договоров, соглашений и конвенций, заключённых СССР с иностранными государствами. Вып. XII. М., 1956. С. 47–63.

²² PCA. *Hulley Enterprises Limited v. The Russian Federation*. Case No. AA 226. Final Award of 18 July 2014. Para. 1362.

²³ Ibid. Para. 1363.

ли собой налог дискриминацию. Такие органы могут также принимать во внимание все заключения, к которым приходят компетентные налоговые органы по истечении шестимесячного срока;

iv) ни при каких обстоятельствах вовлечение компетентных налоговых органов после истечения шестимесячного срока, упомянутого в подпункте (b)(ii), не должно приводить к задержке разбирательства согласно статьям 26 и 27».

Россия утверждала, что термин «налоговые меры» шире, чем «налоги» (оба термина используются в статье 21 ДЭХ), поэтому исключение в статье 21 ДЭХ – более широкое, чем положение «защепи обратно» в пункте 5(а) статьи 21. Следовательно, считала Россия, арбитраж не вправе рассматривать правомерность этих мер, кроме вопроса, является ли налог сам по себе экспроприацией или представляет тот или иной налог, на который ссылаются как на экспроприацию, дискриминацию. В подтверждение своей позиции Россия ссылалась на другие споры между иностранными инвесторами и принявшими их государствами: *Duke Energy*²⁴, *EnCana*²⁵ и *Burlington*²⁶ против Эквадора, *El Paso International Co.*²⁷ против Аргентины и *Nations Energy против Панамы*²⁸.

Истцы считали, что принятые Россией меры не были добросовестными и поэтому не являются «налоговыми мерами» для целей статьи 21 ДЭХ²⁹. Кроме того, сфера применения исключения (*carve-out*) в статье 21 ДЭХ должна совпадать с нормой «защепи обратно» (*claw-back*) в статье 21(5)(а), иначе государства, принимающие иностранные инвестиции, могли бы воспользоваться таким пробелом в регулировании в ДЭХ, чтобы

осуществить национализацию под видом налоговых мер³⁰.

В этом вопросе арбитраж целиком занял сторону истцов: Россия не вправе по своему усмотрению определять, являются ли принятые ею меры теми «налоговыми мерами», в отношении которых ДЭХ не действует. Хотя налоги сами по себе нельзя считать экспроприацией, государства не могут уходить от соблюдения своих обязательств по ДЭХ, обозначая принятые меры как «налоги». В данном случае налоговые меры России нельзя считать добросовестными, поэтому исключение статьи 21 ДЭХ в данном случае не применяется.

Если же исключение применялось бы, то и норма «защепи обратно» также подлежала бы применению. Таким образом, у арбитража в любом случае была бы компетенция, хотя бы в отношении исков об экспроприации. Обычное значение термина «налоги» такое же, что и термина «налоговые меры»³¹. Считать иначе означало бы лишать объекта и цели не только положения пункта 5 статьи 21 ДЭХ, регулирующие «исключение из исключения» (*claw back*)³², но и сам ДЭХ и создавать лазейку для государств, принимающих инвестиции³³.

2. Несёт ли Россия ответственность за изъятие имущества у истцов

2.1. Чьи действия вменяются России

В международном праве об ответственности государств за международно-противоправные действия огромное значение имеет вопрос о том, вменяются / приписываются / присваиваются ли действия конкретных ор-

²⁴ International Centre for Settlement of Investment Disputes (далее – ICSID). *Duke Energy Electroquil Partners and Electroquil S.A. v. Republic of Ecuador*. Case No. ARB/04/19. Award of 18 August 2008. P. 188.

²⁵ London Court of International Arbitration. *EnCana Corporation v. Republic of Ecuador*. Case UN3481.UNCITRAL. Award of 3 February 2006. P. 168.

²⁶ ICSID. *Burlington Resources Inc. v. Republic of Ecuador*. Case No. ARB/08/5. Decision on Jurisdiction of 2 June 2010. P. 249.

²⁷ ICSID. *El Paso Energy International Company v. The Argentine Republic*. Case No. ARB/03/15. Award of 31 October 2011. P. 449.

²⁸ ICSID. *Nations Energy v. Panama*. Case No. ARB/06/19. Award of 24 November 2010.

²⁹ PCA. *Hulley Enterprises Limited v. The Russian Federation*. Case No. AA 226. Final Award of 18 July 2014. Para. 1407, 1430–1431.

³⁰ Ibid. Para. 1431.

³¹ Ibid. Para. 1413.

³² Как известно, до вступления международного договора (в данном случае – ДЭХ) в силу государство обязано воздерживаться от действий, которые лишили бы договор его объекта и цели (статья 18 Венской конвенции о праве международных договоров 1969 года // Ведомости Верховного Совета СССР. 1986. № 37. Ст. 772). Кроме того, договор должен толковаться добросовестно в соответствии с обычным значением, которое следует придать термину договора в их контексте, а также в свете объекта и целей договора (п. 1 ст. 31 Венской конвенции).

³³ PCA. *Hulley Enterprises Limited v. The Russian Federation*. Case No. AA 226. Final Award of 18 July 2014. Para. 1413.

ганов и лиц государству, то есть несёт ли государство ответственность за действия этих органов / лиц. Россия пыталась доказать, что действия ОАО «НК «Роснефть»» (приобрела основные активы «ЮКОСа») и других вовлечённых в это дело юридических лиц (ОАО «Сибнефть», ЮНГ, “Gemini Holdings” и “Nimegan Trading”), а также конкурсного управляющего «ЮКОСа» Эдуарда Ребгуна нельзя присваивать России, так как все они не являются государственными органами или должностными лицами.

Арбитраж сконцентрировался на сотрудничестве «Роснефти» с никому не известным ООО «Байкал Финанс Групп» (приобрело акции «ЮНГ» на аукционе и затем было само куплено «Роснефтью» на деньги, занятые у государственных банков) в 2004 году и на поведении конкурсного управляющего «ЮКОСа».

Россия ссылалась на то, что создание «Роснефти» как дочернего общества нашего государства само по себе не является достаточным, чтобы признать государство ответственным за действия этого общества. С этим арбитраж согласился. Однако арбитраж счёл доказанным тот факт, что Россия (в лице Президента — В. В. Путина) дала прямое указание «Роснефти» организовать покупку «ЮНГ» (через ООО «Байкал Финанс Групп») на аукционе, проведённом конкурсным управляющим «ЮКОСа». В частности, арбитраж сослался³⁴ на высказывание В. В. Путина 23 декабря 2004 года в ответ на вопрос о приобретении «Роснефтью» «ЮНГ»³⁵: «Теперь что касается приобретения “Роснефтью” известного актива компании, я не помню точно, как она называется — Байкальская инвестиционная компания? По сути, “Роснефть” — 100-процентная государственная компания — приобрела известный актив “Юганскнефтегаз”. Речь идёт об этом. На мой взгляд, всё сделано абсолютно рыночными способами. Как я уже говорил, по-моему, это было на пресс-конференции в Германии, государственная компания или, точнее, компании со стопроцентным государственным

капиталом, так же, как и другие участники рынка, имеют на это право, они этим правом, как выяснилось, воспользовались. Что бы мне хотелось в этой связи сказать. Все вы прекрасно знаете, как у нас происходила приватизация в начале 90-х годов и как, используя различные уловки, в том числе нарушающие даже тогда действовавшее законодательство, многие участники рынка тогда получали многомиллиардную государственную собственность. Сегодня государство, используя абсолютно легальные рыночные механизмы, обеспечивает свои интересы. Считаю это вполне нормальным».

Арбитраж очень взволновали слова о том, что «государство обеспечивает свои интересы». Арбитраж подчеркнул, что Президент Путин сказал не о компании, которая обеспечивает свои интересы, а именно о государстве³⁶. Арбитраж счёл, что эти слова Президента означают публичное признание того, что покупка «Роснефтью» акций «ЮНГ» у «Байкал Финанс Групп» являлась действием в интересах государства, которое владело 100 % акций «Роснефти», а Председатель и член Совета директоров «Роснефти» Игорь Сечин и Сергей Нарышкин соответственно были одновременно «высшими должностными лицами окружения Президента Путина», руководившими этой покупкой в интересах государства. По мнению арбитража, это означает, что данные действия и связанный с ними аукцион по продаже акций «ЮНГ» влекутся России³⁷. По мнению арбитража, разумно предположить, что высшие должностные лица «Роснефти», которые одновременно являлись государственными служащими Российской Федерации, в тесной связи с Президентом Путиным действовали для реализации политики Российской Федерации³⁸. Арбитраж подчеркнул, что Россия, от имени которой говорил её Президент, приняла на себя ответственность за приобретение «ЮНГ» «Роснефтью» и за аукцион, проведённый с этой целью. Однако арбитраж не согласился с тем, что действия конкурсного управляющего «ЮКОСа» можно присвоить России.

³⁴ PCA. *Hulley Enterprises Limited v. The Russian Federation*. Case No. AA 226. Final Award of 18 July 2014. Para. 1004.

³⁵ Цит. по сайту. URL: http://www.archive.kremlin.ru/appears/2004/12/23/1414_type63380type82634_81691.shtml (дата обращения: 10.09.2014).

³⁶ PCA. *Hulley Enterprises Limited v. The Russian Federation*. Case No. AA 226. Final Award of 18 July 2014. Para. 1472.

³⁷ Ibid.

³⁸ Ibid. Para. 1480.

В обоснование этого вывода арбитраж сослался на дела, рассмотренные как ЕСПЧ³⁹, так и международными инвестиционными арбитражами⁴⁰.

2.2. Обоснованные ожидания инвесторов

Как известно, одним из основных стандартов обращения принимающего инвестиции государства с иностранным инвестором является стандарт справедливого и равного обращения (англ.: *fair and equitable treatment*)⁴¹. Этот стандарт закреплён в пункте 1 статьи 10 ДЭХ: «Каждая Договаривающаяся Сторона, в соответствии с положениями настоящего Договора, поощряет и создаёт стабильные, равноправные, благоприятные и гласные условия Инвесторам других Договаривающихся Сторон для осуществления Инвестиций на её Территории. Такие условия включают обязательство предоставлять без исключения Инвесторам других Договаривающихся Сторон справедливый и одинаковый режим (...)».

В свою очередь составной частью этого стандарта является обязанность государства уважать обоснованные ожидания (англ.: *legitimate expectations*) инвестора. По мнению истцов, другими компонентами этого стандарта являются: добросовестность, запрет дискриминации, соразмерность, процессуальная чистота, право быть выслушанным и представлять доказательства, должное уведомление об административных действиях, предпринимаемых государством, прозрачность и защита от принуждения и притеснений⁴².

Арбитраж дал оценку поведению «ЮКОСа» и отметил, что это общество само сомневалось в законности своей деятельности в низконалоговых регионах России и даже не получило требуемые обычно в подобных случаях юридические консультации относитель-

но этой деятельности, что «бросается в глаза и может наводить на размышления»⁴³. Арбитраж не нашёл убедительного объяснения некоторым огромным выплатам, произведённым «ЮКОСом» своим бывшим работникам, некоторым реструктуризациям, которые провело это общество и которые «вполне могли быть осуществлены с целью сорвать расследование предполагаемых налоговых правонарушений», а также тому, что «ЮКОС» не контролировал некоторые из основных компаний, через которые продавалась нефть и продукты из неё⁴⁴. В свете этого арбитраж решил, что «ЮКОС» должен был ожидать определённую негативную реакцию со стороны российских властей, возможно, включая налоговые расследования и меры по принудительному взысканию неуплаченных налогов⁴⁵.

Однако арбитраж установил, что ответ России на эти действия «ЮКОСа» был несоизмерным, то есть вышел далеко за пределы обоснованных ожиданий инвесторов-истцов. Это свидетельствует, по мнению арбитража, о том, что первичной целью Российской Федерации было не собрать налоги, а обанкротить «ЮКОС» и присвоить его ценные активы⁴⁶. В частности, «ЮКОС» не мог разумно ожидать продажу «ЮНГ» по столь низкой цене при столь сомнительных обстоятельствах, а также отказа в возмещении НДС (13 млрд долларов) за экспортированную из России нефть⁴⁷ (при экспорте НДС, как известно, возмещается экспортёру из бюджета или засчитывается в счёт будущих обязательств по уплате НДС). Арбитраж посчитал, что без этих двух ключевых событий «ЮКОС» был бы в состоянии погасить свои налоговые долги, независимо от того, были ли таковые обоснованы или нет, не обанкротился бы и не был бы ликвидирован⁴⁸.

Тем не менее в свете вывода арбитража о том, что Россия нарушила свои обязатель-

³⁹ ECtHR (Grand Chamber). *Kotov v. Russia*. Judgment of 3 April 2012. Application No. 54522/00.

⁴⁰ ICSID. *Plama Consortium Limited v. Bulgaria*. Case No. ARB/03/24. Award of 27 August 2008; *Jan Oostergetel and Theodora Laurentius v. The Slovak Republic*. UNCITRAL. Final Award of 23 April 2012.

⁴¹ Рачков И. В. Концепция «законных ожиданий иностранного инвестора» в практике международных инвестиционных арбитражей // Московский журнал международного права. 2014. № 1.

⁴² PCA. *Hulley Enterprises Limited v. The Russian Federation*. Case No. AA 226. Final Award of 18 July 2014. Para. 1484.

⁴³ Ibid. Para. 1576.

⁴⁴ Ibid.

⁴⁵ Ibid. Para. 1577–1578.

⁴⁶ Ibid. Para. 756, 1579.

⁴⁷ Ibid. Para. 1579.

⁴⁸ Ibid.

ства по статье 13 ДЭХ (см. раздел 2.3 ниже), арбитраж решил, что ему нет необходимости решать по существу вопрос о том, нарушила ли Россия также закреплённую в ДЭХ гарантию справедливого и равного обращения с иностранными инвесторами⁴⁹.

2.3. Была ли экспроприация правомерной

Арбитраж признал, что хотя Россия и не экспроприировала «ЮКОС» или принадлежавшие истцам акции «ЮКОСа» явным образом, меры, принятые государством в отношении «ЮКОСа», были равнозначны национализации или экспроприации⁵⁰. Однако для вынесения решения арбитраж также должен был установить, была ли эта косвенная экспроприация правомерной: дело в том, что размер процентов на основную сумму, причитающуюся к выплате, зависит от того, является ли национализация правомерной (статья 13 ДЭХ). Если экспроприация была правомерной, то размер процентов определяется в соответствии со статьёй 13 ДЭХ: по коммерческой ставке, устанавливаемой на рыночной основе. Если же экспроприация была неправомерной, то арбитраж будет искать иные применимые критерии для расчёта процентов, поскольку ДЭХ не содержит положений относительно неправомерной экспроприации.

Согласно статье 13 ДЭХ экспроприация является правомерной, если одновременно выполнены четыре условия: изъятие имущества у иностранного инвестора в государственных интересах, без дискриминации, с соблюдением правил «должного процесса» и с уплатой быстрой, адекватной и эффективной компенсации.

О критерии изъятия в государственных интересах уже было сказано выше. Что касается дискриминации, то Россия настаивала на следующем: для того, чтобы нарушать ДЭХ, дискриминация должна основываться на гражданстве, а избирательное применение закона (в чём истцы упрекали Россию) не даёт арбитражу возможности применять по-

ложения ДЭХ о дискриминации⁵¹. Однако, учитывая собственные выводы относительно других критериев правомерности экспроприации, арбитраж заявил о достаточности выполнения хотя бы одного условия, чтобы действия государства были признаны экспроприацией. В этом случае арбитражу нет нужды проверять вопрос, являются ли действия России по отношению к «ЮКОСу» ещё и дискриминационными⁵².

Относительно соблюдения правил «должного процесса» Россия заявила, что все её действия в отношении «ЮКОСа» были совершены в публичных интересах и в соответствии с международными стандартами, применимыми в сравнимых ситуациях. В подтверждение этого Россия процитировала решение ЕСПЧ по иску «ЮКОСа» против Российской Федерации: меры сами по себе являлись законным осуществлением регулятивной власти государства в отсутствие доказательств того, что они были политически мотивированными. Россия считала, что арбитраж должен учитывать этот вывод ЕСПЧ в соответствии с пунктом 3(с) статьи 31 Венской конвенции о праве международных договоров 1969 года, оценивая, оставались ли эти меры в рамках общепризнанных регулятивных полномочий. Однако арбитраж не согласился с этим по следующим причинам (помимо уже изложенных выше): при банкротстве «ЮКОСа» в России были нарушены принципы «справедливого разбирательства» (англ.: *due process*)⁵³. По мнению арбитража, российские суды подчинились воле исполнительной власти, чтобы обанкротить «ЮКОС», передать его активы подконтрольной государству компании и заключить под стражу человека, который производил впечатление будущего политического соперника⁵⁴. В связи с этим арбитраж отметил широко распространённую критику (исходившую в том числе от ЕСПЧ) действий России в связи с арестом Ходорковского и Лебедева, а также некоторых бывших работников «ЮКОСа», судами над ними и их содержанием в местах лишения свободы.

⁴⁹ PCA. *Hulley Enterprises Limited v. The Russian Federation*. Case No. AA 226. Final Award of 18 July 2014. Para. 1585.

⁵⁰ Ibid. Para. 1580.

⁵¹ Ibid. Para. 1536, 1547, 1570.

⁵² Ibid. Para. 1582.

⁵³ Ibid. Para. 1583.

⁵⁴ Ibid. Para. 790–793, 1583.

Что касается уплаты компенсации за изъятые имущество, то её отсутствие бесспорно.

Таким образом, арбитраж пришёл к выводу, что экспроприация «ЮКОСа» была неправомерной⁵⁵, поскольку государство не выполнило условия правомерной экспроприации, установленные в статье 13 ДЭХ.

Установив, что экспроприация иностранных инвестиций истцов в России имела место, была неправомерной и Россия несёт за неё ответственность, арбитраж обратился к вопросу о том, какова же должна быть компенсация, которую Россия должна выплатить истцам.

3. Размер компенсации для инвесторов

3.1. Дата оценки

Согласно статье 13 ДЭХ, размер компенсации соответствует справедливой рыночной стоимости экспроприированной инвестиции на момент, непосредственно предшествовавший экспроприации, или до того момента, когда известие о предстоящей экспроприации повлияло на стоимость инвестиции. Арбитраж заключил, что это положение ДЭХ применяется только в случае правомерного изъятия. Поэтому компенсацию необходимо определить на ту дату, которая позволит полностью компенсировать ущерб, причинённый истцам этим изъятием.

Истцы считали, что компенсация должна определяться на дату экспроприации (21 ноября 2007 года — дата ликвидации «ЮКОСа» по данным Единого государственного реестра юридических лиц) либо на дату вынесения арбитражного решения в зависимости от того, какая сумма больше. Однако арбитраж не согласился с тем, что экспроприация произошла в 2007 году: по его мнению, значительное и бесповоротное лишение собственности произошло уже 19 декабря 2004 года — в дату проведения аукциона по продаже «ЮНГ».

После этого арбитраж стал рассчитывать ущерб, основываясь на каждой из двух предложенных дат оценки: дате изъятия имущества и дате вынесения решения арбитражем, чтобы определить, какая сумма выше.

3.2. Метод оценки

Для этого арбитраж обратился к двум параметрам: стоимость акций «ЮКОСа» на каждую из этих дат и стоимость невыплаченных дивидендов, которые акционеры «ЮКОСа» могли бы получить (но не получили) до каждой из этих двух дат оценки.

Арбитраж не стал учитывать два других фактора, на которые ссылались истцы. Во-первых, истцы настаивали на том, что у них был 70-процентный шанс успешного размещения акций «ЮКОСа» на Нью-Йоркской фондовой бирже. По мнению истцов, если бы размещение состоялось, это привело бы к росту капитализации «ЮКОСа». Однако арбитраж счёл всё это слишком неопределённым для того, чтобы брать в расчёт.

Во-вторых, истцы считали, что для оценки стоимости акций, которых они лишились, арбитражу следует оценить положительный эффект от слияния «ЮКОСа» с «Сибнефтью». Однако арбитраж отметил, что он не убеждён в том, что «Сибнефть» действительно стала бы продолжать сделку по слиянию с «ЮКОСом» при сложившихся на тот момент (2003–2004 годы) обстоятельствах.

Для оценки стоимости акций эксперт, привлечённый истцами, предлагал три альтернативных метода оценки: метод дисконтированного денежного потока (англ.: *discounted cash flow*), метод сравнимых компаний и метод сравнимых сделок. Любой из этих методов приводил к оценке всех акций «ЮКОСа» в сумме около 90 млрд долларов на выбранную истцами дату (21 ноября 2007 год).

Арбитраж отказался использовать методы дисконтированного денежного потока, так как сам эксперт сознался на слушаниях в том, что этот метод «находился под влиянием его собственного предопределённого представления о том, какой результат был бы соразмерным»⁵⁶. Также арбитраж не стал использовать метод сравнимых сделок (так как таких сделок просто не было)⁵⁷. Поэтому он положился на метод сравнимых компаний⁵⁸. Эксперт по оценке, назначенный Россией, предложил откорректировать оценку, к которой пришёл эксперт истцов: последний срав-

⁵⁵ PCA. *Hulley Enterprises Limited v. The Russian Federation*. Case No. AA 226. Final Award of 18 July 2014. Para. 1625, 1677, 1758, 1763.

⁵⁶ Ibid. Para. 1785.

⁵⁷ Ibid.

⁵⁸ Ibid. Para. 1787.

нивал «ЮКОС» с «Роснефтью», которая имела совершенно отличные от «ЮКОСа» рыночные параметры⁵⁹. Используя метод сравнимых компаний, эксперт ответчика исключил из сравнения «Роснефть», «Газпромнефть» и крупные международные нефтяные компании и пришёл к оценке «ЮКОСа» на 21 ноября 2007 года в сумме 67,862 млрд долларов⁶⁰. Арбитраж применил к этой сумме коэффициент соотношения между капиталом и долгом «ЮКОСа» (90/10) по состоянию на ту же дату и пришёл к выводу, что стоимость «ЮКОСа» на эту дату (без учёта корректировок) составляет около 61,076 млрд долларов⁶¹.

Следующим шагом была корректировка этой суммы с использованием нефтегазового индекса РТС — Московской Биржи для каждой из дат оценки⁶². Корректировка потребовалась, по мнению арбитража, по той причине, что курс акций нефтегазовых открытых акционерных обществ, обращающихся на российском фондовом рынке, менялся каждый день. Эта корректировка привела к суммам 21,176 млрд долларов (на 19 декабря 2004 года)⁶³ и 42,6 млрд долларов⁶⁴ (на 30 июня 2014 года — предполагавшуюся ранее дату вынесения арбитражного решения).

3.3. Неполученные дивиденды

Арбитраж отдельно оценил неполученные истцами дивиденды. Он объяснил это так: хотя стоимость акций «ЮКОСа» на каждую дату учитывала ожидаемую будущую прибыль этого общества, она не учитывала прошлую упущенную выгоду, которую истцы должны были бы получить в виде дивидендов по акциям⁶⁵. Например, если бы компенсация определялась на основе рыночной стоимости «ЮКОСа» на 2014 год, то эта компенсация не учитывала бы дивиденды, которые истцы должны были бы получить, но не получили за 2004—2014 годы.

Отправной точкой стали потери в денежных потоках «ЮКОСа» (англ.: *Yukos lost cash flows*), то есть соотношение между свободным потоком наличности и капиталом (англ.: *free cash flow to equity*)⁶⁶. Эти потери были указаны в отчёте оценщика от истцов. Однако арбитраж заявил, что эти денежные потоки являются частью метода дисконтированных денежных потоков, применённого экспертом истцов для оценки «ЮКОСа», а от применения этого метода арбитраж отказался, как сказано выше. В частности, этот метод некоторые расходы «ЮКОСа» игнорирует, а некоторые другие завышает. Кроме того, эта модель оценивает «ЮКОС» частично на основе действительных результатов «Роснефти», упуская тем самым из вида, что на тот момент «Роснефть» была подконтрольным государству обществом и, используя этот факт, могла избежать многих предпринимательских рисков, например риска увеличения налоговой нагрузки.

Также арбитраж отметил, что истцы создали сложные офшорные структуры (неизвестные даже президенту «ЮКОСа» Стивену Тиди), чтобы увести прибыль из «ЮКОСа», и уходили тем самым от требований как российских налоговых властей, так и миноритариев (по распределению прибыли между акционерами)⁶⁷. Арбитраж также не исключил возможность того, что истцы продолжали бы заниматься тем же самым, уменьшая таким образом формальные дивиденды, которые «ЮКОС» выплачивал бы своим акционерам⁶⁸.

В итоге арбитраж оценил неполученные истцами в 2004—2014 годы дивиденды «ЮКОСа» на основе своего усмотрения, округлив рассчитанные таким образом суммы. За 2004 год у арбитража получилась сумма неуплаченных дивидендов в размере 2,5 млрд долларов, а к 2014 году эта сумма за остальные 9 лет (2005—2014 годы) выросла до 45 млрд долларов⁶⁹.

⁵⁹ PCA. *Hulley Enterprises Limited v. The Russian Federation*. Case No. AA 226. Final Award of 18 July 2014. Para. 1746.

⁶⁰ Ibid. Para. 1783.

⁶¹ Ibid.

⁶² Ibid. Para. 1788.

⁶³ Ibid. Para. 1815.

⁶⁴ Ibid. Para. 1821.

⁶⁵ Ibid. Para. 1790.

⁶⁶ Ibid. Para. 1793.

⁶⁷ Ibid. Para. 1808—1809.

⁶⁸ Ibid. Para. 1810.

⁶⁹ Ibid. Para. 1811.

3.4. Обязаны ли были истцы уменьшать размер убытков

Россия настаивала на том, что «ЮКОС» должен был сделать всё, чтобы уменьшить размер причинённых ему убытков. Для этого он должен был лишь заплатить налоги, начисленные в 2004 году. Однако арбитраж решил, что уплата этих налогов вряд ли что-либо изменила, так как Россия задалась целью уничтожить «ЮКОС». При таких обстоятельствах, указал арбитраж, неуплата налогов не означает неисполнения истцами обязанности стремиться к уменьшению размера убытков⁷⁰.

Кроме того, Россия ссылаясь на то, что, если арбитраж присудит истцам какую-либо компенсацию, таковая будет для них «свалившимися им на голову шальными деньгами» (англ.: *windfall*), так как истцы уже получили неразумно высокие прибыли от «ЮКОСа» в результате ухода от налогов и вывода активов. Однако арбитраж согласился с истцами: любые ранее полученные выгоды не имеют никакого значения для оценки; целью является, прежде всего, компенсация истцам убытков, понесённых ими в результате нарушения Россией своих обязательств по ДЭХ⁷¹.

3.5. Проценты за просрочку

Для того чтобы, во-первых, компенсировать истцам потери от инфляции, во-вторых, понудить государство-ответчика исполнить арбитражное решение (то есть выплатить компенсацию инвесторам-истцам), международные инвестиционные арбитражи, как правило, присуждают не только сумму основного долга, но и проценты на неё. В первом случае проценты начисляются на период с даты причинения ущерба до даты вынесения решения, а во втором случае — до даты фактической выплаты. Последние подлежат уплате, если государство будет тянуть с исполнением арбитражного решения.

В данном деле арбитраж рассматривал четыре возможные процентные ставки⁷²:

- альтернатива инвестициям;
- ставка по займам;
- процентная ставка, применяемая в национальном праве;
- справедливая процентная ставка.

Эти подходы были предложены нашим соотечественником Сергеем Рипинским и Кевином Уильямсом в их книге⁷³. Среди всех подходов в данном случае возобладала «альтернатива инвестициям»: процентная ставка определяется на основе той суммы, которую истец как успешный предприниматель был бы в состоянии заработать, если бы должник заплатил ему вовремя, и истец тем самым имел бы в своём распоряжении средства, чтобы инвестировать их в форме коммерческих вложений, доступных всем и каждому при обычном ходе дел в своей собственной стране⁷⁴. Арбитраж отказался использовать ставку по займам, поскольку он не был убеждён в том, что ответчику придётся занимать деньги у третьих лиц в случае, если Россия не будет платить по арбитражному решению.

В результате, сославшись на свою свободу усмотрения, арбитраж применил процентную ставку, используемую для 10-летних казначейских облигаций США за 2005–2014 годы, то есть 3,389 % годовых⁷⁵. Для расчёта процентов, причитающихся истцам от России за период до вынесения арбитражного решения, арбитраж применил эту ставку к сумме неуплаченных дивидендов с 2004 года. Арбитраж не стал капитализировать проценты (то есть проценты на неуплаченные дивиденды не добавляются каждый год к сумме основного долга, с расчётом процентов за следующий год на сумму основного долга и процентов за все предыдущие годы). Что касается процентов на стоимость акций, то арбитраж отказался присуждать их, так как дата вынесения арбитражного решения была взята арбитражем как дата оценки.

Если же Россия не заплатит истцам до 15 января 2015 года (крайняя дата платежа

⁷⁰ PCA. *Hulley Enterprises Limited v. The Russian Federation*. Case No. AA 226. Final Award of 18 July 2014. Para. 1776.

⁷¹ Ibid. Para. 1733, 1756, 1828.

⁷² Ibid. Para. 1659 et seq.

⁷³ Ripinsky S., Williams K. *Damages in International Investment Law*. 2008. P.365–366.

⁷⁴ Iran – US Claims Tribunal. *Sylvania Technical Systems Inc. v. Iran*. Award of 27 June 1985. 8 Iran-US C.T.R. P.298, 320.

⁷⁵ PCA. *Hulley Enterprises Limited v. The Russian Federation*. Case No. AA 226. Final Award of 18 July 2014. Para. 1685, 1687, 1692.

согласно арбитражному решению), то на сумму долга будут начисляться проценты по ставке, применимой для казначейских облигаций США по состоянию на ту же дату, с ежегодной капитализацией процентов.

3.6. Финальный расчёт

В итоге арбитраж, взяв за основу 19 декабря 2004 года как дату экспроприации, рассчитал компенсацию в размере 21,1 млрд долларов (стоимость акций «ЮКОСа»), 2,4 млрд долларов (дивиденды) и 7,6 млрд долларов (проценты на эти суммы). Арбитраж присудил истцам 70,5 % от полученной суммы, так как доля истцов в уставном капитале «ЮКОСа» также составляла 70,5 %. Таким образом, арбитраж присудил истцам 21,988 млрд долларов⁷⁶.

Взяв за основу 30 июня 2014 года как дату оценки, арбитраж пришёл к таким итогам: стоимость акций «ЮКОСа» — 42,6 млрд долларов, дивиденды — 45 млрд долларов, проценты (только на дивиденды) — 6,9 млрд долларов. Доля истцов (70,5 %) в этой сумме составляет 66,6 млрд долларов. Поскольку эта оценка выше, чем оценка на 2004 год, арбитраж решил, что истцы в целом вправе получить эту сумму в России.

3.7. Уменьшение присуждённой суммы на 25 %

Однако арбитраж не оставил совсем без внимания заявления России о том, что поведение «ЮКОСа» было неправомерным. Это стало решающим при решении арбитражем вопроса, не следует ли в свете этого снизить сумму компенсации, учитывая вину «ЮКОСа». С подобными случаями сталкивались и другие международные инвестиционные арбитражи⁷⁷.

Арбитраж идентифицировал три случая, когда действия инвестора-истца влияют на сумму присуждаемой ему компенсации:

1) инвестор не выполняет свою обязанность стремиться к уменьшению убытков от действий принимающего государства;

2) по вине инвестора причинённые ему убытки увеличились, но не из-за непра-

вомерных действий принимающего государства;

3) инвестор сам спровоцировал неправомерные действия государства или способствовал им. Арбитраж счёл, что поведение «ЮКОСа» относится как раз к этой группе.

В частности, арбитраж указал на то, что «ЮКОС» злоупотреблял «налоговыми гаванями», которые на тот момент предоставляло право России, и отметил, что Президент Путин прямо предупредил Ходорковского о ситуации с налогами в ходе публичного столкновения между ними в феврале 2003 года. Хотя налоговые расследования, в конце концов, были лишь предлогом для разрушения «ЮКОСа», арбитраж счёл, что собственное поведение «ЮКОСа» создало этот предлог для России, тем самым поспособствовав краху «ЮКОСа». То же касается и злоупотреблений со стороны «ЮКОСа» соглашением об избегании двойного налогообложения между Кипром и Россией.

Арбитраж решил, что, учитывая эти факторы, справедливым и разумным будет сократить компенсацию на 25 %. При этом он вдохновлялся решением другого международного инвестиционного арбитража — по делу «*Occidental*» против Эквадора (2012). В результате уменьшения первоначально рассчитанной суммы (66,6 млрд долларов) на 25 % арбитраж присудил истцам чуть меньше 50 млрд долларов.

3.8. Расходы сторон

При рассмотрении споров международными инвестиционными арбитражами расходы сторон обычно измеряются миллионами долларов США. Расходы состоят из трёх видов: арбитражные сборы (за использование инфраструктуры и расходы организации, при которой создан арбитраж), гонорары и накладные расходы арбитров, расходы сторон в связи с ведением спора. Последняя категория расходов, как правило, самая значительная.

В вопросе о возмещении расходов арбитраж руководствовался статьями 38, 40 и 42 Регламента ЮНСИТРАЛ: расходы в прин-

⁷⁶ PCA. *Hulley Enterprises Limited v. The Russian Federation*. Case No. AA 226. Final Award of 18 July 2014. Para. 1819.

⁷⁷ ICSID. *Antoine Goetz & Consorts et S.A. Affinage des Metaux v. Republique du Burundi*. Case No. ARB/01/2. Award of 21 June 2012; *Occidental Petroleum Corporation and Occidental Exploration and Production Company v. Republic of Ecuador*. Case No. ARB/06/111. Award of 5 October 2012. (Председателем арбитража также был Ив Фортье).

ципе возлагаются на сторону, против которой вынесено решение⁷⁸. Однако часто, как в рассматриваемом случае, решение удовлетворяет искивые требования не полностью. В этом случае и расходы взыскиваются пропорционально удовлетворённым искивым требованиям.

Арбитраж возложил на Россию обязанность уплатить арбитражные расходы (8,4 млн евро), включая гонорары арбитров (1,5 млн евро, 1,7 млн евро и 2 млн евро — для Шарля Понсе, Ива Фортье и Стивена Швелеба соответственно).

Что касается расходов истцов на адвокатов (около 80 млн долларов), то арбитраж обязал Россию возместить 60 млн долларов, отметив, что некоторые искивые требования истцов были «явно чрезмерными» и что предложенные истцами эксперты по оценке мало пригодились арбитражу при определении размера убытков, причинённых истцам.

Заключение

Чем опасно рассмотренное выше решение для России? С одной стороны, уже прозвучали следующие мысли: Россия не признаёт компетенцию арбитража и поэтому а) будет требовать отмены решения и/или б) не будет исполнять это решение. Что касается первого аргумента, то действительно, Россия могла бы попытаться добиться отмены решения в государственных судах Нидерландов — по месту вынесения решения⁷⁹. У России уже есть подобный успешный опыт: ей удалось добиться отмены шведскими государственными судами арбитражных решений, выне-

сенных против России по иску компании “Ros-Invest Co. Ltd.”⁸⁰. Однако в рассматриваемом случае не видно оснований для отмены.

Что касается второго аргумента, то если государство не исполняет арбитражное решение добровольно, оно может быть исполнено в принудительном порядке — в соответствии с Конвенцией ООН о признании и приведении в исполнение иностранных арбитражных решений (Нью-Йоркская конвенция 1958 года) (Россия участвует). Для этого истцы должны пройти процедуру признания и исполнения этих решений в том государстве, на территории которого они запрашивают исполнение.

За пределами России принудительное взыскание по рассмотренным выше арбитражным решениям может быть обращено на имущество России, которое не участвует в осуществлении государственных функций. По общему правилу, имущество России (например, дипломатических представительств за рубежом) защищено государственным иммунитетом. Это правило является обычной нормой международного права. Аналогичные нормы закреплены в Европейской конвенции об иммунитете государств (ETS № 74), заключённой в г. Базеле 16 мая 1972 года⁸¹, и в Конвенции ООН о юрисдикционных иммунитетах государств и их собственности, заключённой в г. Нью-Йорке 2 декабря 2004 года⁸². Однако эти нормы уже дважды не спасли Россию: в деле по принудительному исполнению арбитражного решения, вынесенного в пользу Франца Зедельмайера⁸³, и в деле по принудительному исполнению решений государственных судов США по иску хасидской

⁷⁸ Этим рассмотрением инвестиционного спора по правилам ЮНСИТРАЛ отличается от рассмотрения в Международном центре по урегулированию инвестиционных споров (г. Вашингтон), где каждая сторона сама несёт свои расходы, а арбитражные сборы и гонорары и накладные расходы арбитров возлагаются, как правило, на обе стороны в равных долях.

⁷⁹ Об отмене иностранных арбитражных решений как принципиальной возможности не исполнять их сказано в пункте 1(е) статьи VI и в статье VI Нью-Йоркской конвенции 1958 года.

⁸⁰ Решение арбитража о юрисдикции от октября 2007 года: URL: <http://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/ita0719.pdf> (дата обращения: 10.09.2014); Решение арбитража от 12 сентября 2010 года по существу спора: URL: <http://www.italaw.com/sites/default/files/casedocuments/ita0720.pdf> (дата обращения: 10.09.2014). России удалось добиться отмены обоих арбитражных решений: в 2011 году — о юрисдикции, а 5 сентября 2013 года — по существу спора в Апелляционном суде Svea (Стокгольм). См.: Russia secures set-aside of hedge fund's modest Yukos-related arbitral award, as investor declines to spend funds to defend pyrrhic arbitral win. URL: http://www.iareporter.com/articles/20130910_4 (дата обращения: 10.09.2014).

⁸¹ Россия в этом международном договоре не участвует.

⁸² Россия подписала Конвенцию 1 декабря 2006 года (распоряжение Правительства РФ от 27 октября 2006 года № 1487-р). Хотя Россия не ратифицировала её, и она тем самым не вступила в силу для нашей страны, государственные суды Швеции, тем не менее, применили нормы этой Конвенции, когда решили (положительно для истца) вопрос об обращении принудительного взыскания на принадлежащие России здания в Стокгольме, защищённые дипломатическим иммунитетом.

⁸³ Плахов А.В. О защите собственности российского дипломатического представительства в Швеции // Московский журнал международного права, 2014. № 2(94). С. 59—73.

общины США⁸⁴ к России. Хотя по делу «Ногога» истцу и не удалось принудительно исполнить решение арбитража против России, но российское государственное имущество за границей было неоднократно арестовано. Поэтому полагаться на то, что на имущество России за рубежом не будет обращено взыскание, ни в коем случае нельзя.

Истцы могут попытаться исполнить арбитражные решения в других государствах, воспользовавшись возможностями, которые им предоставляет национальное (внутреннее) право этих государств. Многие государства приняли законы об иммунитете иностранной государственной собственности: США — Закон об иммунитете иностранных суверенов (*Foreign Sovereign Immunities Act, далее — FSIA*) 1976 года, Соединённое Королевство — Закон о государственном иммунитете (*State Immunity Act*) 1978 года; Австралия — Закон об иммунитетах иностранных государств (*Foreign States Immunities Act*) 1985 года. В частности, закон США предусматривает несколько исключений из государственного иммунитета. Наиболее подходящими в данном случае являются следующие:

1) принудительное взыскание может быть обращено на имущество иностранного государства на территории США, которое используется или использовалось в США для коммерческой деятельности в США, на которой основан иск (англ.: “*the property is or was used for the commercial activity upon which the claim is based*”)⁸⁵; или

2) принудительное взыскание касается судебного решения, устанавливающего пра-

ва на имущество, которое было изъято в нарушение международного права или которое было обменено на имущество, изъятое в нарушение международного права (англ.: “*execution relates to a judgment establishing rights in property which has been taken in violation of international law or which has been exchanged for property taken in violation of international law*”)⁸⁶.

Из рассмотренного арбитражного решения следует, что, по мнению арбитража, Россия изъяла у акционеров-истцов их имущество в нарушение норм международного права. Таким образом, теоретически возможно обращение взыскания по этому решению на имущество лиц, которым досталось бывшее имущество «ЮКОСа».

Также указанный закон США предусматривает особое исключение из государственного иммунитета в случае принудительного исполнения арбитражных решений⁸⁷.

Таким образом, невозможно полностью исключить обращение принудительного взыскания на имущество ОАО «НК «Роснефть»» по требованиям указанных выше истцов против России. В частности, в США обращение взыскания возможно, если истцы сумеют доказать компетентному суду США, что «Роснефти» досталось имущество, ранее изъятое Россией у акционеров «ЮКОСа».

Учитывая это, «Роснефти» рекомендуется разработать стратегию и тактику защиты своего имущества, находящегося за пределами России, от попыток обратиться на это имущество взыскание по долгам России перед бывшими акционерами «ЮКОСа».

⁸⁴ Семендяева М., Коробов П., Пушкарская А. Россия оказалась в долгу перед хасидами // Коммерсантъ. 18.01.2013.

⁸⁵ Foreign Sovereign Immunities Act (далее — FSIA), 28 USC § 1610 (a) (2).

⁸⁶ FSIA, 28 USC § 1610 (a) (3).

⁸⁷ FSIA, 28 USC § 1610 (a) (6).