

Проблемы эволюции методов расчета убытков в инвестарбитражах*



Е. С. РАЩЕВСКИЙ, адвокат, партнер, соруководитель международной арбитражной и судебной практики адвокатского бюро «Егоров, Пугинский, Афанасьев и партнеры»; evgeny_rashevsky@epam.ru

В статье рассматривается эволюция методов расчета убытков в инвестиционных спорах с государствами за последние 50 лет как в доктрине, так и в арбитражной практике. Основной тезис состоит в том, что изменение подхода к расчету убытков с «прошлой» стоимости на «будущие» денежные потоки стало одним из основных элементов арбитражных решений последних лет о возмещении существенных убытков. Автор обращает внимание на «провал» в юридическом обосновании и легитимности методики DCF и упущенной выгоды в международном публичном праве и арбитражной доктрине. Это изменение было реализовано «вторым» поколением юридической профессии, которые «заселили» арбитражную «галактику» после ухода «первого» поколения, так называемых «академиков». Мы входим в «третью» фазу, когда известные практики, или «суперарбитры», получают академическое и общественное признание отдельно от юридических фирм, в которых они начинали и выросли.

Ключевые слова: инвестиционные споры; расчет убытков; метод DCF (Discounted Cash Flow); различие убытков в экономическом и юридическом смысле; дело *Tethyan*; встречные иски государств; экологический вред; экспертная оценка убытков.

Система теряет равновесие

Вышедшее в июне 2021 г. исследование юридической фирмы Alen&Overy (A&O) и Британского института международного и сравнительного права (British Institute of International and Comparative Law — BIICL) по убыткам в инвестарбитражах¹, третье по счету, охватывающее около 400 дел за 2017–2020 гг., как будто вселяет уверенность в завтрашнем дне: величина исковых требований не изменилась, тогда как средний размер сумм, взыскиваемых с государств, относительно размера заявленных убытков вырос с 29 до 36 %. Да, трибуналы обычно в «разы» дисконтируют требования инвесторов (если средний размер заявленных требований 143 млн дол. США, то средняя присуждаемая сумма 21 млн дол. США), но взыскиваемые суммы и относительная предсказуемость процесса превращают частные требования

* Окончание. Начало см.: Третьейский суд. 2021. № 1. С. 79–91.

¹ 2021 Empirical Study: Costs, Damages and Duration in Investor-State Arbitration: https://www.biicl.org/documents/136_isds-costs-damages-duration.pdf (дата посещения — 29.07.2021).

в «товар», в создании которого охотно участвуют специальные «судебные» фонды (third-party finance). Средние затраты на процессы снижаются, что также говорит о «коммодитизации». Истцу-инвестору нужно запастись не меньше чем 4,2 млн дол. США на процесс, что даже при присуждаемой сумме 21 млн дол. позволяет получать поддержку финансовых компаний, оставаясь в «плюсе» (40–50 % затрат выигравшей стороны обычно компенсируется трибуналом)².

Исследование A&O/ВPCL коррелирует с другим — “Who is sitting in ICSID?”, которое регулярно публикуется арбитражным изданием Global Arbitration Review (GAR)³. Данное исследование показывает, что новые назначения в трибуналы продолжаются в основном за счет практиков (не учитываем первую «двадцатку» суперарбитров, для которых инвестарбитраж — давно основное ремесло). Прибывающие арбитры не обязательно являются партнерами крупных международных фирм, но могут быть частнопрактикующими юристами (например, английские барристеры) либо юристами из небольших фирм, «отколовшихся» от крупных международных практик. Юристы-международники, чьим основным местом работы являются университеты и международные организации, составляют меньшинство. Юристы, представляющие государства или международные организации, среди назначаемых практически не встречаются (возможен прошлый стаж госслужбы в биографиях, но здесь его не учитываем).

Прочитавшие первую часть настоящей статьи понимают, что «спокойствие» обманчиво: внешнее воздействие, подкрепленное волей экономически наиболее развитых государств, отсекает инвестарбитраж от будущих «пастбищ»: в новых ВIT (Bilateral Investment Treaty, двустороннее инвестиционное соглашение) арбитраж заменяют на инвестиционные суды, где арбитров будут назначать по «государственным» спискам; предусматривают необходимость пройти внутренние суды до подачи иска в арбитраж и т. д.

Инвестарбитраж вынужден видоизменяться под воздействием таких внешних и внутренних факторов, как:

- запрет споров из соглашений о защите инвестиций между странами ЕС;
- создание инвестиционных судов (как, например, в соглашении по Брекзиту⁴);
- более часто встречающееся заявление встречных исков государствами о возмещении экологического ущерба территориям мест добычи и местным общинам, в которых методики расчета ущерба будут все более сближаться с методиками, используемыми инвесторами;

² Государствам-ответчикам, согласно исследованию, нужно вдвое меньше — от 2,3 млн дол. США.

³ Who is sitting at ICSID? = Кто заседает в ICSID? // Global Arbitration Review. Mar. 4, 2021: <https://globalarbitrationreview.com/tribunal-appointments/who-sitting-icsid-4> (дата посещения — 29.07.2021).

⁴ Trade and Cooperation Agreement between The European Union and The European Atomic Energy Community, of the One Part, and The United Kingdom Of Great Britain and Northern Ireland, of the Other Part: https://assets.publishing.service.gov.uk/government/uploads/system/uploads/attachment_data/file/948119/EU-UK_Trade_and_Cooperation_Agreement_24.12.2020.pdf (дата посещения — 29.07.2021).

— создание практик ESG-климата⁵ в крупных международных юридических фирмах, которые представляют инвесторов и из которых часто назначаются арбитрами партнеры в инвестиционные трибуналы (игнорирование изменения отношения к вопросам защиты климата и экологии может стать «токсичным» для карьеры);

— требования инвестфондов к транснациональным компаниям по обновлению воздействия на окружающую среду выбросов CO₂ и предоставлению четких планов их снижения;

— появление судебных решений, обязывающих нефтегазовых «мейджоров» снизить выбросы CO₂ вдвое к определенному времени;

— изменения отношения арбитров к проблемам климата, экологии, устойчивого развития, возникающим в инвестарбитражах, и бремени, лежащем на государствах при существующих мировых проблемах, таких как пандемии.

Примечательно, что «практики» стали приглашать на свои мероприятия «академиков», ратующих за более «справедливый» подход к интересам развивающихся стран, к которым подается большинство инвестиционных исков. Одной из таких встреч, заставляющих «практиков» задуматься, стало мероприятие GAR, состоявшееся 25 марта 2021 г., посвященное «горно-рудным» спорам, на которое пригласили спикером Лизу Сакс (Lisa Sachs), директора Центра устойчивых инвестиций Колумбийского университета (Columbia Center on Sustainable Investment)⁶.

На указанном мероприятии г-жа Сакс выступила с критикой взыскания «будущих денежных потоков» по результатам рассмотрения инвестиционных споров к развивающимся государствам. Согласно исследованиям ее Центра, 86 % исков по делам, связанным с добычей полезных ископаемых, поданы против стран с валовым доходом на душу населения менее 12 535 дол. США. Наиболее «революционные» тезисы из ее выступления:

1. Компании не имеют права на «потоки прибыли», поскольку прибыль можно получать только в рамках регулируемого бизнеса (due diligence, согласие местных общин, уплата установленных налогов)⁷.

2. Не может быть вечного «статус-кво» по налогам и регламентам, поскольку у правительства не должны быть связаны руки для защиты общественной пользы и окружающей среды.

3. Никто не должен выносить решения по инвестиционным спорам касательно серьезных регуляторных и административных вопросов либо юридических процедур.

4. Поскольку мы движемся к безуглеродной экономике, требования угледобывающих компаний по проектам ископаемого топлива идут вразрез с интересами общества и глобальной повесткой.

⁵ ESG (Environmental, Social, and Corporate Governance — экологическое, социальное и корпоративное управление) — это совокупность характеристик, по которым можно оценить социальную и экологическую ответственность бизнеса, его вовлеченность в решение экологических, социальных и управленческих проблем.

⁶ Sanderson C. Mining and arbitration: pursue poorer countries at your peril // Global Arbitration Review. Apr. 26, 2021: https://globalarbitrationreview.com/mining-and-arbitration-pursue-poorer-countries-your-peril?utm_source=Kenya%2Bfaces%2BICC%2Bclaim%2Bover%2Bscandal-hit%2Bdam%2Bprojects&utm_medium=email&utm_campaign=GAR%2BALerts (дата посещения — 29.07.2021).

⁷ “The idea of giving awards based on presumptive capitalized profits for projects which have not been properly undertaken feeds the growing opposition to ISDS” (P. 3 Lisa Sachs’ Presentation).

5. Иностранным инвесторам не должно быть дано больше прав, чем местным бизнесменам и общинам.

Не трудно догадаться, что указанные тезисы подняли волну критики со стороны следующих выступающих — партнеров международных юридических фирм, которые часто представляют интересы добывающих компаний в международных спорах. Не считая возможным согласиться со всеми тезисами г-жи Сакс, в частности касающимися запрета «дедушкиной» оговорки, констатируем, что некоторые из указанных ею положений перекликаются с дискуссией по проблемам расчета убытков в инвестарбитраже, сформулированным в первой части статьи.

В качестве примера необоснованно присужденных убытков Лиза Сакс привела решение трибунала ICSID от 12.07.2019 в пользу австралийской медной компании Tethyan против Пакистана (*Tethyan Copper Company Pty Limited v. The Islamic Republic of Pakistan*, далее — дело *Tethyan*), которым с Пакистана взыскано 4,087 млрд дол. или всего около 5,9 млрд дол. с учетом процентов на дату вынесения решения (проценты начисляются до его фактического исполнения)⁸. Проект по добыче еще не получил лицензию на дату возникновения спора, и мог ее вообще не получить из-за возражений местных жителей, обвинений в коррупции, несогласованности условий и т. д. Кроме того, государство обязали возместить затраты на арбитраж 2 533 277,08 дол. и расходы на юристов истца на сумму 59 447 596,60 дол.

Споры с «недобывающими» инвесторами

Внимание к делу *Tethyan* было привлечено задолго до вынесения итогового решения, когда Пакистан заявил отвод Станимиру Александрову, одному из арбитров, назначенному истцом. 22.03.2017 истец подал письменную позицию по расчету убытков, приложив отчет эксперта Грэхэма Дэвиса⁹, профессора Горной школы Колорадо. В этом отчете эксперт раскрыл, что также выступал экспертом по другому делу ICSID — *Bear Creek Mining против Перу* (далее — дело *Bear Creek*)¹⁰, в котором подал заключение в интересах государства-ответчика, представляемого г-ном Александровым и его юридической фирмой Sidley Austin LLP (п. 24 решения от 12.07.2019 по делу *Tethyan*), с целью оспорить расчет убытков истца¹¹.

Пакистан заявил, что в обоих делах Грэхэм Дэвис использует один и тот же метод оценки — так называемый «современный» анализ дисконтированного денежного потока, который ведет к завышению убытков на миллиарды

⁸ *Tethyan Copper Company Pty Limited v. The Islamic Republic of Pakistan*. ICSID Case № ARB/12/1. 12.07.2019: <https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/italaw10737.pdf> (дата посещения — 29.07.2021). Решение обжаловано в апелляционной панели ICSID.

⁹ С. 470—533 решения по делу *Tethyan* от 12.07.2019.

¹⁰ *Bear Creek Mining Corporation v. The Republic of Perú*. ICSID Case № ARB/14/21. 30.11.2017: <https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/italaw9381.pdf> (дата посещения — 29.07.2021)

¹¹ С экспертным отчетом проф. Дэвиса по делу *Bear Creek* можно ознакомиться здесь: <https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/italaw4483.pdf> (дата посещения — 29.07.2021). В п. 26 отчета проф. Дэвис отмечает: «Обычный метод DCF [Discounted Cash Flow — метод дисконтированных денежных потоков], использованный FTI [экспертом истца], не подходит для оценки проектов горнодобычи, для которых подходят более современные техники, иногда именуемые „современный DCF“ или „реальные опции“, обычно дающие более точную оценку».

долларов. По мнению Пакистана, использование «современного метода» г-ном Александровым как советником Перу изначально свидетельствует о доверии к нему, что делает невозможным независимую оценку расчета убытков в деле *Tethyan*¹². Отвод Станимиру Александрову был отклонен двумя другими арбитрами — лордом Леонардом Хоффманом и доктором Клаусом Заксом 05.09.2017.

В экспертном заключении по делу *Bear Creek* проф. Дэвис объясняет, что «современный» DCF является, по сути, дальнейшим развитием «обычного», но имеет преимущества в точности оценки (п. 83–96 отчета эксперта). В «современном» DCF сначала применяется скидка на «риск», а затем скидка на будущую стоимость денег (последовательное, а не одновременное дисконтирование). Также в «современном» варианте можно учитывать сколь угодно многие факторы, влияющие на цену актива, например способность менеджеров расширять добычу в годы высоких цен на сырье либо сворачивать ее в «маломаржинальные» годы. Для дисконта на «риск» должны учитываться самые разные вероятности, например социальные протесты, которые могут сорвать сроки начала добычи (если только не презюмировать, что государство обязано их подавить любым способом), и т. д. В сноске 64 есть важное замечание:

В то время как современный DCF может быть более надежным, чем простой, для него требуется больше рыночных «вводных». Если рыночные данные относительно рисков основных компонентов денежного потока недоступны, повышение аккуратности вычислений не будет.

Почувствовав возражения против перехода на «современный» DCF, коллеги по цеху выступили в поддержку методики, используемой Грэхэмом Дэвисом, доказывая, что она не является какой-то «редкой» и фактически представляет собой дальнейшее развитие классического DCF¹³. По результатам решения по делу *Tethyan* GAR провел круглый стол, где участниками дискуссии на тему, как преодолеть сопротивление «новым» моделям расчета убытков (modern discounted cashflow analysis) на примере дела *Tethyan*, были инвестбанкиры и финансисты, обосновывавшие, что способ расчета убытков, избранный трибуналом, является верным с точки зрения современного финансового анализа¹⁴.

И в деле *Bear Creek*, и в деле *Tethyan* инвесторы не успели приступить к разработке месторождений и извлечению полезных ископаемых на момент изъятия участков и не понесли реальный существенный ущерб (так называемый “non-operational mining project”). Однако в деле против Перу трибунал не принял «современный» DCF, посчитав допущения возможной реализации проекта слишком «спекулятивными», а перспективы проекта — слишком

¹² *Pakistan challenges arbitrator over valuation method* // Global Arbitration Review. July 12, 2017: <https://globalarbitrationreview.com/damages/pakistan-challenges-arbitrator-over-valuation-method> (дата посещения — 29.07.2021).

¹³ См. статью эксперта Cornerstone Research Рони Барнеса в GAR: Barnes R. Not so «rare»: the valuation method behind the Tethyan challenge // Global Arbitration Review. Sent. 6, 2017: <https://globalarbitrationreview.com/damages/not-so-rare-the-valuation-method-behind-the-tethyan-challenge> (дата посещения — 29.07.2021).

¹⁴ Jones T. Fear of the unknown — overcoming resistance to ‘new’ damages models // Global Arbitration Review. Nov. 8, 2019: <https://globalarbitrationreview.com/fear-of-the-unknown-overcoming-resistance-new-damages-models> (дата посещения — 29.07.2021). См. также: Barnes R. Op. cit.

«неясными» (не в последнюю очередь из-за социальных протестов). Это привело к взысканию лишь реальных затрат инвестора (п. 604 решения по делу *Bear Creek*).

Истец просил взыскать 522,2 млн дол. Проф. Дэвис пришел к цифре 21 827 687 дол., что практически соответствовало затратам инвестора на подготовку проекта по разработке месторождения. Трибунал взыскал с Перу 18 237 592 дол. и капитализированные 5 % годовых с 25.06.2011 (решение государства об изъятии участка) до даты платежа, а также 5 986 183,29 дол. с капитализированными 5 % годовых до момента уплаты.

В деле против Пакистана трибунал, напротив, согласился с «современным» DCF, предложенным истцом, отметив, что, «по мере того, как развивается практика оценки природных ресурсов, может эволюционировать оценка в инвестарбитраже» (п. 360 решения по делу *Tethyan*). Учитывая, что *Tethyan* не приступал к добыче на пакистанском проекте *Reco Diq* и все остановилось после разведки запасов и разработки проектной документации, трибунал обратился к практике аналогичных дел, где инвесторы взыскивали будущие убытки по неначатым проектам (non-operational mining project). Позиция инвестора по поводу того, что метод DCF является обычной практикой по горнорудным делам, в том числе с неначатой добычей, нашла поддержку в таких решениях, принятых во внимание трибуналом, как *Gold Reserve Inc. v. The Bolivarian Republic of Venezuela* (ICSID Case № ARB(AF)/09/1. 22.09.2014)¹⁵ и *Crystallex International Corporation v. The Bolivarian Republic of Venezuela* (ICSID Case № ARB(AF)/11/2. 04.04.2016)¹⁶. Для будущих дел об убытках по «неразрабатываемым» проектам важно, что трибунал по делу *Tethyan* разъяснил, что может исключить применение метода DCF. Это так называемая «фундаментальная неопределенность» проекта, которую оценивают индивидуально, взвесив все факты по каждому делу. В случае с *Reco Diq* трибунал не усмотрел наличие «фундаментальной неопределенности» (“fundamental uncertainties”), т. е. инвестор доказал, что мог бы реализовать проект, если бы получил лицензию (наличие экспертизы в горнодобыче, успешный опыт других проектов, доступ к финансированию и др.). Трибунал также посчитал важным источником подходов к оценке затрат «Стандарты и методика оценки горных объектов», изданную Канадским институтом горного дела, металлургии и нефти, которую трибуналы называют «важным стандартом индустрии» (п. 318 решения по делу *Tethyan*)¹⁷.

В своем отчете по делу *Tethyan* проф. Дэвис сначала учел возможные риски, а затем применил к полученной сумме ставку “risk free” для стоимости денег «во времени». Трибунал согласился с этим подходом (п. 1599), но

¹⁵ <https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/italaw4009.pdf> (дата посещения — 29.07.2021).

¹⁶ <https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/italaw7194.pdf> (дата посещения — 29.07.2021).

¹⁷ Standards and Guidelines for Valuation of Mineral Properties / Canadian Institute of Mining, Metallurgy and Petroleum on Valuation of Mineral Properties (CIMVAL): <https://mrmr.cim.org/media/1020/cimval-standards-guidelines.pdf>. DCF указан как «очень широко используемый» метод, обычно применяемый в Канаде как предпочтительный (с. 22). Сейчас Руководство 2003 г. заменено на Кодекс оценки горных проектов 2019 (CIMVAL Code for the Valuation of Mineral Properties): https://mrmr.cim.org/media/1120/cimval_code_nov2019.pdf (дата посещения ресурсов — 29.07.2021).

дисконтировал сумму (п. 1600). Эксперт насчитал 8,49 млрд дол. убытков, которые трибунал снизил до 1,843 млрд дол., учтя дополнительные риск-факторы, проблемы возможной реализации проекта, доказанные ответчиком, а также сумму инвестиций. Из итоговой суммы также вычтены 2,56 млн дол. на «системные» и «асимметричные» риски проекта¹⁸. Так трибунал пришел к цене итогового «счета» Пакистану за несостоявшийся проект *Tethyan* в размере 4,087 млрд дол.

Насколько вперед за 20 лет благодаря активности и трудолюбию нынешнего поколения практиков ушли инвестарбитражи, можно увидеть, сопоставив разобранные дела с Рекомендациями Всемирного банка по защите прав инвесторов 1992 г.¹⁹ В случае экспроприации либо одностороннего изменения или расторжения контракта, если государство и инвестор не договорятся, для определения справедливой рыночной цены предлагается использовать в том числе метод дисконтированного денежного потока (DCF). Но применять его предлагается к проектам, существующим как “going concern”, т. е. реально функционирующим и приносящим стабильную прибыль в течение достаточного времени, чтобы собрать данные о возможной будущей прибыли (п. 6 (i) с. 42 Рекомендаций Всемирного банка). Для предприятий, не существующих как «бизнес на ходу», либо с недоказанной прибылью предлагается использовать ликвидационную стоимость (п. 6 (ii) Рекомендаций Всемирного банка).

Поиск баланса через встречные иски

Не имея возможности изменить практику принятия будущей прибыли как неотъемлемой части убытков инвестора (даже по проектам, которые не стартовали), будь то метод DCF или рыночного предложения от третьего лица, государства успешно используют другое законное средство минимизации ущерба и взыскания компенсаций с инвесторов — встречные иски. Это процессуальное средство не является чем-то новым, но в арбитражах по «старым» концессиям государства предпочитали формулировать требования не в «экологическом» ключе, а через нарушение «практики разумной нефтедобычи» (good oil-field practices). В частности, такое требование было заявлено правительством Кувейта по делу *Aminoil* («отклонено ввиду недосказанности»)²⁰.

Сегодня все чаще по встречным искам государство требует от инвестора возмещение вреда, причиненного его территории в результате добычи

¹⁸ Как поясняет проф. Дэвис, «системными» можно назвать общеизвестные и часто встречающиеся рыночные риски, например колебание цен, от которых невозможно застраховаться диверсификацией инвестиционного портфеля. Чем выше «системный» риск, тем выше должна быть прибыль от класса активов (п. 86 отчета по делу *Bear Creek*). «Асимметричными» являются более редкие явления, например вооруженная атака на инфраструктуру (п. 346 решения по делу *Tethyan*; пандемия по этой логике должна относиться к «асимметрии»). В математических моделях расчетов, используемых экспертами, каждый риск «оцифровывается», учитывается в формуле и влияет на сумму.

¹⁹ Legal Framework for the Treatment of Foreign Investment: Report to the Development Committee and Guidelines on the Treatment of Foreign Direct Investment // World Bank. 1992. Vol. II: <https://documents1.worldbank.org/curated/en/955221468766167766/pdf/multi-page.pdf> (дата посещения — 29.07.2021).

²⁰ Пункты 132–135 решения по делу *Aminoil*. Цит. по: Arbitration for Peace / Ed. by U. Franke, A. Magnusson, J. Dahlquist. Ch. 7. The Legacy of *Aminoil* Award. Kluwer Law Int., 2016. P. 111.

полезных ископаемых. «Первопроходцами» встречных экологических претензий можно считать страны Южной Америки, которые регулярно оказываются ответчиками в ICSID (в среднем, кроме Бразилии, к каждому из них в производстве ICSID находится 12–14 исков).

Широкую известность приобрели два недавних дела против Эквадора, где государство «контратаковало» в процессе, взыскав хотя и не все, что планировало, но все же значительную сумму убытков за вред территории, а также изношенную инфраструктуру месторождений:

1. *Perenco Ecuador Ltd. v. The Republic of Ecuador and Empresa Estatal Petróleos del Ecuador (Petroecuador)*. ICSID Case № ARB/08/6 (арбитры: судья Питер Томка, королевские адвокаты Нил Каплан и Кристофер Томас), взыскано 54 439 517,00 дол. США (далее — дело *Perenco*)²¹.

2. *Burlington Resources Inc. v. The Republic of Ecuador*. ICSID Case № ARB/08/5 (formerly *Burlington Resources Inc. and others v. The Republic of Ecuador and Empresa Estatal Petróleos del Ecuador (PetroEcuador)*) (арбитры: Стивен Драймер, профессор Бриджит Стерн, Габриель Кауфман-Келлер), взыскано 39 199 373 дол. США за экологический вред и 2 577 119,77 за изношенную инфраструктуру (далее — дело *Burlington*)²².

Perenco и *Burlington* являлись участниками нефтяного консорциума по добыче нефти в регионе Амазонки на эквадорских блоках 7 и 21. Оператором консорциума был *Perenco*. После потери блоков иски были заявлены каждым инвестором к государству в отдельных арбитражах. Эквадор также заявил отдельные встречные иски к каждому инвестору, которые, по сути, вытекали из одинаковых оснований. Решение по «экологическому» иску в деле *Burlington* появилось раньше, и трибунал по делу *Perenco* принял его сумму во внимание (41,7 млн дол.) во избежание «задвоения» ущерба, причиненного территории.

Нас интересует, как трибуналы определяли суммы, взыскиваемые с инвесторов, тем более что в литературе уже поспешили назвать апробированные решения «уникальными»²³.

Эквадор предъявил каждому инвестору «зеркальные» требования на сумму 2 797 007 091,42 дол. США (п. 999 решения по делу *Perenco*) для восстановления почв до прежнего состояния (“remediation to background values”, п. 112 решения по делу *Burlington*). Основной ущерб — это затраты на рекультивацию почв на месторождениях. На тот случай, если бы трибунал не согласился с подходом восстановления «до прежнего состояния», эксперт Эквадора, мексиканская фирма IEMS, оценил бы средние затраты на рекультивацию на каждом из 56 участков нефтедобычи (всего их было 74) в размере 790 465 298 дол. США, умножив 654 687 м³ почвы на 1220 дол. США за м³ — средний уровень затрат на полную очистку (п. 418 по делу *Burlington*); дополнительно эксперт насчитал 265 601 700 дол. США на восстановление грунтовых вод).

²¹ <https://www.italaw.com/cases/819> (дата посещения — 29.07.2021).

²² <https://www.italaw.com/cases/181> (дата посещения — 29.07.2021).

²³ Rudall J. The Tribunal with a Toolbox: On *Perenco v. Ecuador*, Black Gold and Shades of Green // Journal of International Dispute Settlement. 2020. Vol. 11. Iss. 3. P. 485–500: <https://academic.oup.com/jids/article/11/3/485/5911825> (дата посещения — 29.07.2021).

По обоим делам трибуналы не стали полагаться на выводы экспертов, на которых стороны потратили миллионы долларов²⁴. Трибунал по делу *Burlington* отметил, что модели эксперта Эквадора как минимум «ненадежные». Методика определения загрязненных мест компании GSI (эксперта истца) также не вызвала доверия (п. 372 решения по делу *Burlington*). В связи с этим трибунал сам принялся определять площадь загрязнения на каждом участке добычи. Трибунал по делу *Perenco*, отвергая выводы обоих экспертов, высказался более прямолинейно:

каждый [эксперт] пытался достичь наилучшего результата для стороны, которая его инструктировала, и пересек грань между профессионально объективным анализом и представительством стороны [п. 424 решения по делу *Perenco*].

Трибуналы решали проблему с экспертизой совершенно по-разному.

По делу *Burlington*, чтобы оценить масштаб загрязнений, арбитры выехали на месторождение²⁵. Посещение состоялось с 29 марта по 1 апреля 2015 г. (п. 18–27 решения по делу *Burlington*; на с. 22 есть общая фотография с арбитрами в белых касках и представителями сторон). Трибунал в решении по встречному иску остановился на оценке почв каждого участка добычи (56), по которым Эквадор требовал взыскать ущерб.

По делу *Perenco*, поскольку стороны, вопреки увещаниям арбитров, не смогли договориться о размере «экологического» вреда, трибунал 06.07.2016 назначил в качестве независимого эксперта Скота Макдональда (Scott E. MacDonald) из датской экспертной фирмы Ramboll²⁶. Вместе с восемью помощниками под надзором трибунала он подготовил карты анализа проб почвы. Поскольку данный трибунал рассматривал встречный иск после трибунала по делу *Burlington*, имея перед собой его решение, он мог исходить из «двойной» проверки своих выводов.

В качестве ориентира «нормального» состава грунта арбитрами брались стандарты, установленные регулируемыми органами Эквадора.

При заявленном «экологическом» требовании около 2,7 млрд дол. Эквадор взыскал по обоим делам около 95,5 млн дол. (примерно в 28 раз меньше заявленного). *Perenco* требовал 1,423 млрд дол.; взыскал 448 820 400 дол. *Burlington* просил взыскать 1 318 755 933 дол.; взыскал 379 802 267 дол. Хотя требования инвесторов оказались насчитанными точнее и дисконтированными существенно меньше, чем встречные иски Эквадора, не стоит забывать, что в требованиях последнего не было «будущих» убытков, рассчитанных исходя из невозможности получения доходов с загрязненной земли (например, через использование в сельском хозяйстве, лесозаготовках либо присоединение к национальному парку)²⁷.

²⁴ Истец — около 16,2 млн дол., а ответчик — около 8,5 млн дол.

²⁵ Повлиял ли на выбор метода проверки «на местности» тот факт, что в деле *Burlington* двое из трех арбитров были женщины (Кауфман-Келлер и Стерн), можно только догадываться.

²⁶ <https://ramboll.com/contact/environ/smacdonald> (дата посещения — 29.07.2021).

²⁷ Для понимания положительного эффекта для инвестиционного климата арбитражей по блокам 7 и 21 можно привести историю спора Эквадора с компанией Техасо (позднее приобретена Chevron) о размере «экологической» компенсации за добычу нефти в Эквадоре в районе Lago Agrio в период с 1964 по 1993 г. (т. е. за период гораздо больший, чем в случае с *Burlington* и *Perenco*). По Соглашению об урегулировании претензий 1995 г. между TexPet (дочерняя компания Техасо), Petroecuador и самим государством американские нефтяники

Если государствам не давать возможность заявлять в инвестарбитражах все имеющиеся требования, они рано или поздно окажутся на рассмотрении в государственных судах.

Пока суперарбитры и их ученики ведут споры о том, принимать ли и в каком объеме встречные требования и нужно ли изменять для этого ВТ, их предприимчивые коллеги «оборачивают» экологический ущерб в коллективные иски и обращаются в суды по месту нахождения материнских нефтяных или горнорудных компаний — туда, где торгуются на биржах их акции. Новейшая практика показывает, что европейские суды признают юрисдикцию по таким делам, а суды Нидерландов из-за их «проклиматической» позиции становятся приоритетным форумом для таких исков.

Так Верховный суд Великобритании признал, что Royal Dutch Shell, материнская компания Oil Major'a Shell, может быть судима в Лондоне за ущерб, причиненный местным жителям из-за разливов нефти в дельте Нигера. Истцами выступают вожди нигерийских деревень Огале и Билле. Против компании сыграла вертикально выстроенная система управления, при которой экологические риски и происшествия находятся на контроле штаб-квартиры. Контроль за нигерийской «дочкой» Shell Petroleum Development Company of Nigeria Ltd (SPDC) так же замыкается на директоров в Европе. Суд также принял во внимание, что стандарты и протоколы безопасности являются едиными для всей группы Shell, разрабатываются и контролируются «сверху»²⁸.

Та же Shell проиграла апелляцию в суде Гааги на решение о привлечении к ответственности за разливы нефти из трубопровода в районе деревень Орума и Гои в Нигерии между 2004 и 2005 г. Истцами выступают нигерийские фермеры. Дело рассматривалось 13 лет, за которые двое из четырех истцов скончались. Истцам помогает экологическая организация Milieudefensie, голландское подразделение Friends of the Earth (эта же организация сейчас требует от Shell в суде Нидерландов сокращения выбросов CO₂). Shell утверждает, что разливы нефти были следствием саботажа и действий вооруженных группировок, поэтому компания не виновата. Суду еще предстоит определить размер компенсации²⁹.

Коллективный иск общины Кайнкуама (Cainquiama), проживающей в районе нижней Амазонки (бразильский штат Para) к норвежской Norsk

обязались провести очистные работы на территории добычи и оплатить затраты на социальные проекты в этом районе пропорционально доле Техасо в консорциуме. По подсчетам нефтяников, они потратили примерно 40 млн дол. на выполнение соглашения, получили подтверждение принятия работ и полное освобождение от дальнейших обязательств, подписанное правительством Эквадора 30.09.1998 (<https://theamazonpost.com/chevron-ecuador/wp-content/uploads/1998-release-in-english-and-spanish.pdf> (дата посещения — 29.07.2021)). Суды Эквадора, несмотря на соглашение об урегулировании, взыскали с нефтяников еще 9,5 млрд дол. США по коллективному иску местных жителей. Chevron-Texaso, заблокировав исполнение решения суда Эквадора в США (основание: получено мошенническим способом), в 2009 г. сам обратился с иском в инвестарбитраж к Эквадору за подтверждением юридической силы Соглашения об урегулировании претензий 1995 г. и взысканием судебных издержек. Подробнее об этом споре в Telegram-канале «Риски Частного Капитала» от 15.05.2021: https://t.me/russian_solicitor/193 (дата посещения — 29.07.2021).

²⁸ Риски Частного Капитала. 15.02.2021: https://t.me/russian_solicitor/74 (дата посещения — 29.07.2021).

²⁹ Риски Частного Капитала. 30.01.2021: https://t.me/russian_solicitor/58 (дата посещения — 29.07.2021).

Hydro по поводу работы алюминиевого комплекса Alunorte подан 05.02.2021 в районный суд Роттердама от имени примерно 40 тысяч истцов. В основе иска — обвинения в загрязнении местной реки Мурукупи³⁰. Истцы обвиняют норвежскую алюминиевую компанию в неправильной утилизации промышленных отходов, утверждая, что она применяет «двойные» стандарты по сравнению с западными странами. С 2017 г. община Кайнкуама подала 5 исков в суды Бразилии к различным подразделениям Hydro. Но дела рассматриваются годами, и теперь истцы рассчитывают получить компенсацию в Нидерландах, где зарегистрированы компании, владеющие бразильскими заводами. Процесс освещается в западной прессе, причем публикации скорее пробуждают симпатии к истцам, а не к инвестору³¹.

Пока что встречные иски, хотя могли бы сыграть «заградительную» роль от развития негативного отношения к инвестарбитражу, с трудом пробивают себе путь. Многие трибуналы отказывают в принятии встречного иска в связи с отсутствием права на него (нет прямого согласия сторон) в том или ином ВИТ³² либо в удовлетворении требований в связи с тем, что обязательства по соблюдению прав человека, к которым относится право на благоприятную среду обитания, лежит на государстве, а не на инвесторе, и их нельзя «переложить» на последнего³³. В предложениях ведущих представителей арбитражной профессии по поводу того, как «примирить» инвестарбитраж и государственные суды, несмотря на прогрессивные идеи, слов о «встречном иске» пока нет³⁴. При этом сообщество отстаивает право арбитров разрешать любые вопросы права, относящиеся к спору, по которому есть юрисдикция, включая публичный порядок. По мнению Яна Полссона, «если правовая система позволяет арбитрам разрешать вопрос о том, есть ли у стороны право

³⁰ Согласно Википедии, на 2010 г. население района Мурукупи составляло 27 853 человека, что предполагает, что истцом стал каждый житель, а также жители соседнего района: [https://ru.wikipedia.org/wiki/Баркарена_\(Пара\)](https://ru.wikipedia.org/wiki/Баркарена_(Пара)) (дата посещения — 29.07.2021).

³¹ Financial Times взяла интервью у Марии до Сокорро (Maria do Socorro), лидера местной общины в Амазонке, живущей рядом с заводом. Ее внук родился с пороком развития, несовместимым с жизнью. Случаи генетических заболеваний среди младенцев широко распространены, и будущее общины под угрозой (Norsk Hydro blamed for birth defects in Amazon forest pollution case // Financial Times. 28.02.2021: <https://www.ft.com/content/78566e6b-f280-438e-9465-40105693504d> (дата посещения — 29.07.2021)).

³² Решение по встречному иску дела *Burlington* появилось благодаря тому, что стороны прямо согласовали возможность предъявления встречных исков. По делу *Perenco*, хотя такого прямого соглашения не было, трибунал отверг возражения по юрисдикции как запоздавшие. В качестве примеров «строгого» толкования ВИТ, которое привело к отклонению встречного иска государства как непредусмотренного соглашением, приводят решения по делам *Rusoro v. Venezuela* (п. 622–627: <https://www.italaw.com/cases/2048>), *Karkey v. Pakistan* (п. 1012–1014: <https://www.italaw.com/cases/2024>), где трибуналы признали право подачи иска только за инвестором. См. подробнее: Lahlou Y., Willard R. The Rise of Environmental Counterclaims in Mining Arbitration // Global Arbitration Review. 09.06.2021: <https://globalarbitrationreview.com/guide/the-guide-mining-arbitrations/2nd-edition/article/the-rise-of-environmental-counterclaims-in-mining-arbitration> (дата посещения ресурсов — 29.07.2021).

³³ Процессуальный парадокс, возникающий из-за «асимметрии» инвестиционных соглашений и обязательств по ним, доходчиво объяснен в заметке Анны де Люка (Anna De Luca, Macchi di Cellere Gangemi (ICSID conciliator)) 2020 г. для Kluwer Arbitration Blog. Mar. 28, 2020: <http://arbitrationblog.kluwerarbitration.com/2020/03/28/uncitral-working-group-iii-counterclaims-in-isds-challenges-and-prospects-in-light-of-the-uncitral-reform-process/> (дата посещения — 29.07.2021).

³⁴ См., например: Kaufmann-Kohler G., Potestà M. Investor-State Dispute Settlement and National Courts. Current Framework and Reform Options: Spec. iss. Springer, 2020: <https://link.springer.com/content/pdf/10.1007%2F978-3-030-44164-7.pdf> (дата посещения — 29.07.2021).

из договора, нет причины лишать их права принимать решение о последствиях применения обязательных норм или вопросов нелегальности»³⁵. Как он признает далее, «мы по-прежнему встаем перед пугающей задачей, по трудным делам, определения того, что может быть нетерпимым по стандартам публичного порядка»³⁶.

Если инвестарбитраж желает сохранить позицию ведущего форума, в недалеком будущем мы должны увидеть повсеместный допуск встречных требований государств (принцип стечения всех требований в один форум), позволяющий инвестарбитражам стать полноценной альтернативой государственным судам, а также внедрение доказывания встречных требований методиками расчета, опирающимися на передовые научные разработки и экономические модели, многие годы используемые инвесторами.

³⁵ Paulsson J. The Idea of Arbitration. Oxford University Press, 2014. P. 135.

³⁶ Ibid. P. 136.