

Соглашения о поощрении и защите инвестиций и национальное законодательство: о чистых руках и не только

Сергей Усоскин*

В статье рассматриваются последствия нарушения инвестором законодательства принимающего государства для применения к совершённым им инвестициям соглашений о поощрении и защите иностранных инвестиций и возможности рассмотрения их требований международными арбитражами. Отдельно исследуется вопрос о том, имеет ли инвестиция место в принципе, если речь идёт о нарушении закона, влекущем недействительность соответствующего права. Дается толкование критерию «вложения в соответствии с законом» как признаку защищаемой инвестиции. Из возможных толкований данного критерия, предполагающих учёт нарушения только наиболее значимых законов, только законов, регулирующих непосредственно иностранные инвестиции, или всех законов, за исключением наиболее незначительных, верным представляется именно последнее. В любом случае речь должна идти о нарушении в момент осуществления инвестиции, а не при её последующей деятельности: такие нарушения не лишают инвестицию статуса защищаемой. Нарушение наиболее важных и общепризнанных требований национального законодательства, такое как коррупция или преступная деятельность, могут стать основанием для признания требования инвестора неприемлемым. Практика инвестиционных арбитражей после дела ЮКОСа показала, что арбитры готовы признать принцип «чистых рук» (*clean hands*) применимым. Однако основанием неприемлемости могут быть только самые серьёзные нарушения, а не любое нарушение национального законодательства.

DOI: 10.21128/2226-2059-2016-1-104-112

→ *Инвестиционный арбитраж; незаконные инвестиции; дело «ЮКОСа»; clean hands*

1. Введение

Одним из основных аргументов России в споре с мажоритарными акционерами ОАО «НК «ЮКОС»» остаётся нарушение ими российского законодательства при приватизации компании и последующем управлении ею¹.

По мнению России, эти обстоятельства должны лишить истцов в международном арбитраже права ссылаться на положения о защите иностранных инвестиций. Этот аргумент был отвергнут арбитрами², однако он с большой вероятностью будет ещё раз исследован

* Усоскин Сергей Владимирович — аспирант кафедры международного права юридического факультета МГУ им. М. В. Ломоносова, адвокат (e-mail: sergey.usoskin@gmail.com).

¹ См., например: United States District Court, District of Columbia. *Hulley Enterprises, Yukos Universal Ltd, Veteran Petroleum Ltd. v. the Russian Federation*. Case No. 1:14-cv-01996-

ABJ. Respondent's Motion to Dismiss of 20 October 2015. P. 31–34; *Ad hoc tribunal. Hulley Enterprises Limited v. the Russian Federation*. PCA Case No. AA 226. Final Award of 18 July 2014. P. 418–423 (решения арбитражей, на которые приводится ссылка здесь и далее в статье, размещены на сайте: URL: <http://www.italaw.com> (дата обращения: 16.01.2016)).

² *Ad hoc tribunal. Hulley Enterprises v. the Russian Federation*. P. 435.

государственными судами разных стран, в рамках рассмотрения заявления России об отмене решений арбитража (в Нидерландах), а также возражений России против признания и приведения в исполнение соответствующих решений в других странах, таких как Австрия, Бельгия, Германия, США и Франция. Вопрос о статусе инвестиций, совершённых или реализуемых с нарушением национального законодательства, актуален для большинства стран мира. Действия государства в ответ на предполагаемое нарушение инвестором закона зачастую становятся причиной и основанием предъявления инвестором требования, основанного на международных договорах о поощрении и защите инвестиций (далее — ДИС)³.

В доктрине и практике арбитража ныне предполагаются четыре возможных последствия нарушения инвестором закона при осуществлении вложения или управлении им:

а) отказ в признании принадлежащего инвестору имущества инвестицией, защищаемой по ДИС;

б) признание требования инвестора неприемлемым (*inadmissible*) для рассмотрения по существу в связи с его неправомерными действиями;

в) отказ в удовлетворении иска инвестора, если действия государства были связаны с нарушением закона и государство соблюло все предусмотренные ДИС стандарты при их осуществлении;

г) снижение размера убытков, подлежащих присуждению инвестору, с учётом его вины в их возникновении⁴.

Отказ в рассмотрении иска по существу в связи с отсутствием компетенции или неприемлемостью требования максимально отвечает интересам государства-ответчика: действия государства в ответ на нарушение закона

инвестором не подвергаются пересмотру по существу арбитражем (независимо от их пропорциональности), снижаются расходы на арбитраж. С другой стороны, такой подход может привести к злоупотреблению со стороны государства: нарушение закона может быть использовано недобросовестным ответчиком только как предлог для лишения инвестора его имущества. Наличие описанного конфликта интересов государства и инвестора следует учитывать при применении соответствующих положений ДИС и общих норм международного права.

При заключении ДИС государства могут согласиться в том, что нарушение инвестором закона повлечёт за собой любое из перечисленных выше последствий. Проблема заключается в том, что большинство ДИС как России, так и других стран, действующих на настоящий момент, уделяют этому вопросу очень мало внимания. Используемые в ДИС формулировки лаконичны, и их толкование вызывает много споров. Именно этим можно объяснить расхождения как в практике инвестиционных арбитражей, так и продолжающуюся доктринальную дискуссию.

Возможность наступления двух последних последствий нарушения закона инвестором (отказ в удовлетворении иска или снижение размера присужденных убытков) никем не оспаривается, поэтому в статье мы подробно остановимся на двух других возможных последствиях: отсутствии у арбитража компетенции рассматривать спор и неприемлемости требования инвестора.

2. Отказ в признании имущества защищаемой инвестицией

ДИС предусматривают определённые гарантии, а также возможность передать спор об их соблюдении в международный арбитраж для лица, которому принадлежит инвестиция. ДИС также содержат определение понятия «инвестиция», и только инвестиция, отвечающая этому определению, то есть «защищаемая инвестиция»⁵, даёт владельцу право пользоваться включёнными в ДИС гарантиями. Соответственно, если соблюдение закона

³ См. например: International Centre for Settlement of Investment Disputes (далее — ICSID). *Alasdair Ross Anderson et al. v. Republic of Costa Rica*. ICSID Case No. ARB(AF)/07/3. Award of 19 May 2010; ICSID. *Swisslion DOO Skopje v. The Former Yugoslav Republic of Macedonia*. ICSID Case No. ARB/09/16. Award of 6 July 2012; ICSID. *Fraport AG Frankfurt Airport Services Worldwide v. Republic of the Philippines*. ICSID Case No. ARB/03/25. Award of 16 August 2007; ICSID. *Inceysa Vallisoletana S.L. v. Republic of El Salvador*. ICSID Case No. ARB/03/26. Award of 2 August 2006.

⁴ См., например: *Newcombe A. Investor Misconduct. Jurisdiction, Admissibility or Merits // Improving International Investment Agreements / ed. by A. de Mestral, C. Lévesque. Abingdon ; New York : Routledge, 2013. P. 195—211, 202 et seq.*

⁵ *Stern B. The Contours of Protected Investment // ICSID Review — Foreign Investment Law Journal. Vol. 24. 2009. No. 2. P. 534—551, 536 et seq.*

является признаком защищаемой инвестиции, инвестиция, совершённая с нарушением закона, не будет пользоваться защитой.

Ниже мы рассмотрим этот вопрос более подробно применительно к нарушениям, совершённым в момент вложения, а также нарушениям в ходе реализации инвестиционного проекта.

2.1. Нарушение закона при осуществлении вложения

Большинство ДИС, включая ДИС Российской Федерации, определяют понятие «инвестиция» как вложение, осуществлённое в соответствии с национальным законодательством принимающего государства. Ниже мы рассмотрим наиболее актуальные вопросы, связанные с применением данного положения. Однако до того как перейти к ним, необходимо ответить на важный предварительный вопрос: а может ли имущество, приобретённое с нарушением закона, в принципе быть признано инвестицией?

2.1.1. Нарушение закона и наличие инвестиции

Стандартное определение понятия «инвестиция» в ДИС включает перечень имущества и имущественных ценностей, которые могут признаваться защищаемыми инвестициями, такие как права требования по договорам, акции, права, основанные на лицензиях и прочие права. В таких определениях, как и в других положениях ДИС, отсутствуют положения о том, как определять, принадлежит ли соответствующее имущество или имущественные права инвестору и существуют ли они в принципе. В доктрине и в практике вполне логично предлагается применять при ответе на эти вопросы национальное право принимающего государства⁶.

Для рассматриваемой нами проблемы последствий нарушения закона при создании или приобретении имущества через инвестиции сказанное имеет важные практические последствия. Действительно, национальное законодательство всех стран предусматривает,

что нарушение определённых его положений влечёт за собой, например, ничтожность договора или невозможность возникновения права собственности на объект недвижимости. Из ничтожного договора не может возникнуть право, которое в свою очередь могло бы быть признано инвестицией⁷.

Соответственно, вложение, совершённое или приобретённое с нарушением некоторых положений национального законодательства, не может быть инвестицией в принципе. Однако у этого правила есть естественные ограничения, также предусмотренные национальным законодательством. Во-первых, нарушение закона не всегда влечёт ничтожность соответствующей сделки или невозможность возникновения права собственности. Во-вторых, национальным законодательством может быть предусмотрена возможность устранения нарушения, что ведёт к восстановлению действительности сделки (конвалидация) или возможному признанию права собственности (например, в отношении самовольной постройки).

2.1.2. Нарушение закона и признание имущества защищаемой инвестицией

Сегодня в доктрине инвестиционного арбитража можно выделить как минимум четыре подхода к толкованию положения ДИС, согласно которому под инвестицией понимается вложение, осуществлённое в соответствии с законодательством принимающего государства. Каждый из подходов предлагает не рассматривать в качестве защищаемой инвестиции вложения, осуществлённые с нарушением только отдельных положений национального законодательства, а именно: а) тех положений, которые влекут ничтожность соответствующего права; б) специальных положений, регулирующих осуществление иностранных инвестиций; в) наиболее важных положений национального законодательства; г) всех положений национального законодательства, за исключением наименее значительных и формальных.

Первый из указанных подходов исходит из максимально узкого толкования рассматриваемого положения: нарушение большинства положений национального законодательства

⁶ Douglas Z. International Law of Investment Claims. Cambridge ; New York : Cambridge University Press, 2009. P.52; ICSID. *Emmis International Holding, B.V. v. Hungary*. ICSID Case No. ARB/12/2. Decision on Bifurcation. § 44.

⁷ SCC tribunal. *William Nagel v. the Czech Republic*. SCC Arbitration. Final Award of 9 September 2003. § 300.

не должно вести к непризнанию инвестиций затронутого имущества. Наиболее полно аргументы в поддержку такого подхода изложены в недавней статье профессора З. Дагласа (в ряде других отечественных публикаций фамилия этого автора по традиции транскрибируется как Дуглас)⁸. Эти аргументы заключаются в следующем. Во-первых, несколько слов в определении понятия «инвестиция» в ДИС не могут повлечь столь значительные последствия (то есть, лишать защиты имущество инвестора)⁹. Во-вторых, если нарушение закона инвестором влечёт отсутствие у арбитража компетенции рассматривать спор, то решение арбитража о таком нарушении не будет *res judicata* (то есть такое решение не будет обладать обязательной силой в последующих разбирательствах между сторонами), так как решение об отсутствии компетенции не может обладать таким эффектом в принципе, а значит, недобросовестный инвестор сможет заявлять свой иск раз за разом¹⁰. А Г. Коппенс добавляет ещё и третий аргумент: лишение инвестора судебной защиты в случае нарушения им закона несправедливо и нарушает общие принципы права¹¹.

Мы, однако, не можем согласиться с этими аргументами. Во-первых, лаконичность формулировок вообще характерна для ДИС и не может служить мерилем значимости тех или иных положений. Например, гарантия «справедливого и равного обращения» (*fair and equitable treatment*) состоит всего из четырёх слов, что не помешало арбитрам вывести из неё целый ряд более детальных прав инвестора и обязанностей государства, таких, например, как обязанность соблюдать разумные ожидания (*legitimate expectations*) инвестора, обеспечивать стабильность и предсказуемость (*stability and predictability*), а также прозрачность правовой системы (*transparency*), запрет на отказ в правосудии (*prohibition from denying justice*) и др.¹²

Во-вторых, даже если решение об отсутствии компетенции не обладает эффектом *res judicata*¹³, у арбитров есть другие инструменты для борьбы с недобросовестными истцами, например признание повторного иска неприемлемым в связи со злоупотреблением правом¹⁴. В-третьих, нераспространение ДИС на нарушившего закон инвестора не лишает этого инвестора защиты в принципе: у него сохраняется право обратиться в суды принимающего государства.

Сторонники второго подхода ограничивают круг значимых положений национального права нормами, регулирующими осуществление иностранных инвестиций¹⁵. Помимо приведённого выше аргумента о серьёзных последствиях лишения инвестиции защиты, которые влекут необходимость ограничительного толкования рассматриваемого положения, они опираются на контекст соответствующих ДИС. Поскольку ДИС регулируют осуществление иностранных инвестиций, а определение понятия «инвестиция» указывает на необходимость соблюдения закона при «вложении», то речь должна идти о законах, регулирующих именно процедуру осуществления иностранных инвестиций¹⁶.

Данная позиция также представляется нам неубедительной. Действительно, ДИС применяются к иностранным инвестициям, однако, по общему правилу, к процессу создания или приобретения имущества, являющегося иностранной инвестицией, применяются и общие положения национального законодательства. Поскольку прямое указание на то, что соответствующий признак инвестиции по ДИС требует соблюдения только специального законодательства, отсутствует¹⁷,

University Press, 2013; Рачков И.В. Концепция «законных ожиданий иностранного инвестора» в практике международных инвестиционных арбитражей // Московский журнал международного права. 2014. № 1.

¹³ Вопрос является дискуссионным, см., например: International Law Association, Interim Report: “Res Judicata” and Arbitration. URL: <http://www.ila-hq.org/en/committees/index.cfm/cid/19> (дата обращения: 16.01.2016).

¹⁴ ICSID. *Rachel S. Grynberg et al. v. Grenada*. ICSID Case No. ARB/10/6. Award of 10 December 2010. § 7.3.2.

¹⁵ ICSID. *Saba Fakes v. Republic of Turkey*. § 119. *Cremades B*. Investment Protection and Compliance with Local Legislation // ICSID Review – Foreign Investment Law Journal. Vol. 24. 2009. No. 2. P.557–564, 563.

¹⁶ *Saba Fakes v. Turkey*. § 119.

¹⁷ Исключением является, например, ДИС между Китаем и Канадой, в котором прямо указано, что речь идёт именно о законодательстве об осуществлении иностранных инвести-

⁸ Douglas Z. The Plea of Illegality in Investment Treaty Arbitration // ICSID Review – Foreign Investment Law Journal. Vol. 29. 2014. No. 1. P.155–186.

⁹ Ibid. P. 172–173.

¹⁰ Ibid. P. 173.

¹¹ Coppens G. Treaty Definitions of “Investment” and the Role of Economic Development: A Critical Analysis of the *Malaysian Historical Salvors* cases // Foreign Investment and Dispute Resolution Law and Practice in Asia / ed. by V. Bath, L. Nottage. Abingdon ; New York : Routledge, 2011. P. 174–191, 185.

¹² См., например: Kläger R. “Fair and Equitable Treatment” in International Investment Law. Cambridge ; New York : Cambridge

требуются веские основания для включения такого ограничения в качестве подразумеваемого. То, что одной из целей государств могло быть обеспечение соблюдения ограничений на иностранные инвестиции, не является достаточным основанием, если из подготовительных материалов к данному ДИС не следует, что это было единственной целью соответствующего положения.

Третий и четвёртый подходы, как нам представляется, целесообразно рассмотреть совместно. Сторонники того, что основанием непризнания имущества защищаемой инвестицией может быть только серьёзное или значительное нарушение законодательства, ссылаются на аргументы, уже описанные выше: необходимость ограничительного толкования связана с серьёзностью последствий¹⁸. Однако эти аргументы не имеют достаточного основания: государства могли бы предусмотреть в ДИС, что только серьёзное нарушение закона влечёт непризнание имущества инвестицией, но не сделали этого.

С другой стороны, невозможность государства ссылаться на незначительные нарушения и нарушение формальных требований закона имеет юридическое объяснение. Согласно нормам обычного права, отражённым в Венской конвенции о праве международных договоров¹⁹, договор должен толковаться добросовестно, более того, добросовестность при осуществлении стороной своих прав является принципом права. Следовательно, положения ДИС должны толковаться как исключаящие для государства возможность ссылаться на незначительные нарушения, а ссылка на них может быть отклонена как нарушающая принцип добросовестности²⁰.

И, соответственно, именно такое толкование, предусматривающее признание защищаемой инвестицией имущества, при приоб-

ретении которого не был нарушен закон или нарушены только незначительные, формальные требования закона, представляется нам верным.

2.1.3. Нарушение закона предыдущим собственником имущества

Одним из ключевых вопросов в арбитражах, инициированных мажоритарными акционерами ОАО «НК «ЮКОС»», стало значение, которое арбитры должны придать нарушению законодательства о приватизации первоначальными приобретателями акций ОАО «НК «ЮКОС»» у государства, которые имели место по утверждению Российской Федерации. Проблема для Российской Федерации как ответчика заключалась в том, что истцы в соответствующих делах не имели непосредственного отношения к этим нарушениям. Они приобрели акции позднее, хотя, по утверждению Российской Федерации, всё это время акции фактически контролировали одни и те же лица, которые и организовали их передачу от первоначальных приобретателей к истцам²¹. Арбитры отказались рассматривать нарушения, возможно совершённые предыдущими собственниками, сославшись на то, что они должны анализировать законность вложения только непосредственно истцов, а также нарушения, тесно связанные с этим вложением²².

Занятая арбитрами позиция основана на буквальном значении слов в соответствующем положении Договора об Энергетической Хартии (*далее* — ДЭХ)²³, который в этой части не отличается от большинства ДИС. На первый взгляд, под вложением следует понимать только непосредственный процесс приобретения имущества инвестором: соответственно, оценке подлежит законность только этого процесса.

Однако возможен и другой подход, учитывающий ранее совершённые нарушения, если они были совершены компаниями, входящими в ту же группу, что и нынешний инвестор. Для применения ДИС необходимо, чтобы вложение было осуществлено на территории принимающего государства; следовательно,

ций, см.: *Gallagher N., Shan W. Chinese Investment Treaties: Policies and Practice.* Oxford ; New York : Oxford University Press, 2009. P.55. § 2.05–2.06.

¹⁸ ICSID. *LESI S.p.A. et Astaldi S.p.A. c. République algérienne démocratique et populaire.* CIRDI No. ARB/05/3. Décision de 12 juillet 2006. P.20. § 83(iii); *McLachlan C., Shore C., Weiniger M. International Investment Arbitration: Substantive Principles.* Oxford ; New York : Oxford University Press, 2008. P.181.

¹⁹ Венская конвенция о праве международных договоров. Принята 23 мая 1969 года.

²⁰ ICSID. *Tokios Tokelés v. Ukraine.* ICSID Case No. ARB/02/18. Award of 26 July 2007. § 82; ICSID. *Hochtief AG v. Argentine Republic.* ICSID Case No. ARB/07/31. Decision on Liability of 29 December 2014. § 199–200; *Newcombe A. Op. cit.* P.202.

²¹ *Hulley Enterprises v. the Russian Federation.* § 1368.

²² *Ibid.* § 1369–1370.

²³ Договор к Энергетической Хартии и связанные с ним документы. URL: <http://www.energycharter.org/fileadmin/DocumentsMedia/Legal/ECT-ru.pdf> (дата обращения: 16.01.2016).

для признания имущества вложением недостаточно, чтобы одна иностранная компания приобрела акции российского акционерного общества у другой иностранной компании или даже российской компании. Для того чтобы рассматривать такую сделку в качестве инвестиции, необходимо учитывать и первоначальное приобретение акций, первоначальную инвестицию, которые последующие инвесторы «наследуют», приобретая акции. Подобный подход всё чаще применяется арбитрами, чтобы решить, имела ли место инвестиция в контексте передачи актива внутри группы²⁴. Арбитры признают, что инвестирующая компания, которая сама ничего не вложила в принимающее государство, а приобрела инвестиционный проект у другой компании, входящей в ту же группу, может опираться на вложения, ранее совершённые такой компанией-продавцом²⁵.

У этого правила должна быть и обратная сторона: если компания группы, ранее владевшая инвестицией, нарушила законодательство принимающего государства, то нельзя допустить, чтобы последствия этого нарушения могли быть устранены простой передачей инвестиции другому члену группы по сделке, которая сама по себе не нарушает требования закона. Иное толкование соответствующих положений ДИС делает их бессмысленными.

2.2. Нарушение закона в ходе реализации проекта

Как правило, ДИС не лишают автоматически защиты те инвестиции, при управлении или реализации которых инвестор нарушает национальное законодательство. При этом государства, безусловно, сохраняют право включить в ДИС соответствующее условие, однако большинство пока этого не делали.

У непризнания постоянного соблюдения закона признаком инвестиции есть как текстуальные, так и политические причины.

Действительно, согласно положениям большей части ДИС имущественные ценности должны быть «вложены» (*invested*) в соответствии с законом. При этом ДИС обычно

проводят различие между процессами совершения инвестиции и процессами управления и распоряжения ею. В отношении совершения инвестиции государства обычно обязуются только создавать благоприятные условия и оказывать содействие, остальные гарантии, предусмотренные ДИС, применяются только к уже совершённым инвестициям²⁶. Аналогичное различие должно применяться и при определении процесса, в ходе которого инвестор должен соблюдать закон.

Если признаком инвестиции считается только соблюдение закона на этапе совершения инвестиции, то это обеспечивает инвестору стабильность и предсказуемость применимого режима на этапе принятия решения о совершении инвестиции²⁷. В этом случае инвестор может быть уверен, что, соблюдая закон на этапе совершения вложения, он сможет впоследствии пользоваться всеми правами и гарантиями, предусмотренными ДИС²⁸.

3. Несоблюдение закона как основание неприемлемости требования инвестора

До рассмотрения требования инвестора по существу арбитры должны убедиться не только в наличии у них компетенции на рассмотрение спора, но и в приемлемости этих требований, то есть в отсутствии оснований для отказа в рассмотрении иска, несмотря на наличие компетенции²⁹. На этом этапе нарушение инвестором закона также может иметь значение. Действительно, может ли международный арбитраж рассматривать иск лица, причастного к серьёзным нарушениям национального законодательства, связанным с инвестицией?

²⁶ Можно сравнить, например, положения пунктов 1 и 2 статьи 2 Типового соглашения о поощрении и взаимной защите капиталовложений Российской Федерации, утверждённого Постановлением Правительства Российской Федерации от 9 июня 2001 года № 456 (ред. от 17.12.2010) // Собрание законодательства Российской Федерации. 2001. № 25, ст. 2578.

²⁷ ICSID. *Metal-Tech v. Republic of Uzbekistan*. ICSID Case No. ARB/10/3. Award of 4 October 2013. § 193; *Kriebaum U. Illegal Investments* // *Austrian Yearbook on International Arbitration* 2010 / ed. by Ch. Klausegger, et al. Wien : C. H. Beck ; Stämpfli ; Manz, 2010. P. 307–335, 328–330.

²⁸ *Hulley Enterprises v. The Russian Federation*. § 1355.

²⁹ *Paulsson J. Jurisdiction and Admissibility* // *Global Reflections on International Law, Commerce and Dispute Resolution: Liber Amicorum in Honour of Robert Briner* / ed. by G. Aksen, et al. Paris : ICC Publishing, 2005. P. 601–617, 601.

²⁴ Например: ICSID. *Caratube International Oil Company LLP v. Republic of Kazakhstan*. ICSID Case No. ARB/08/12. Award of 5 June 2012. § 434.

²⁵ ICSID. *KT Asia Investment Group B.V. v. Republic of Kazakhstan*. ICSID Case No. ARB/09/8. Award of 17 October 2013. § 205–206.

Ответ на этот вопрос имеет большое практическое значение в нескольких ситуациях. Во-первых, когда соответствующий ДИС не делает соблюдение национального законодательства признаком защищаемой инвестиции. Во-вторых, когда возражение государства связано с нарушением закона уже после совершения инвестиции, приобретения или создания проекта, например, после приобретения или постройки завода либо ходе его эксплуатации.

В первой ситуации арбитры достаточно последовательно признают, что у них отсутствует компетенция рассматривать соответствующее требование или оно является неприемлемым. Речь обычно идёт об инвестициях, то есть об имуществе, приобретённом в результате коррупции³⁰ или мошенничества со стороны инвестора³¹ или иных серьёзных нарушений закона с его стороны³². Действительно, рассмотрение требования, связанного с активом, при приобретении которого были нарушены важные положения национального законодательства, может нарушать принцип *ex injuria ius non oritur* (лат.: «право не возникает из нарушения права»)³³, а в том случае, когда речь идёт о нарушениях, осуждаемых и международным правом, таких как коррупция, рассмотрение соответствующего требования может противоречить международному публичному порядку³⁴.

Однако применение аналогичного подхода к нарушениям закона, совершённым после приобретения инвестиции, вызывает споры. В деле ЮКОСа арбитры посчитали, что Рос-

сия не доказала применимость принципа «чистых рук» (*clean hands*) в инвестиционном арбитраже, потому что не смогла указать ни на одно решение, в котором этот принцип был применён в инвестиционном или межгосударственном арбитраже³⁵. По иронии судьбы, решение, в котором арбитры применили принцип *clean hands*, было вынесено менее чем через пять месяцев после вынесения решений по делу ЮКОСа. Арбитры признали неприемлемыми требования, предъявленные владельцем индонезийского банка г-ном Аль-Вараком, указав на многочисленные нарушения индонезийского банковского законодательства, а также на мошенничество с целью вывода активов из банка³⁶. Правда, в этом деле, помимо принципа *clean hands*, арбитры сослались и на положения ДИС, которые прямо обязывали инвестора соблюдать национальное законодательство³⁷. За неделю до этого в деле *Fraport* арбитры признали, что принцип *clean hands* применяется в инвестиционном арбитраже³⁸, однако установили отсутствие компетенции по другому основанию.

Как нам представляется, если признавать, что принцип *clean hands* применим в инвестиционном арбитраже, то нет оснований для того, чтобы применять его только к нарушениям, совершённым в момент вложения³⁹. Действительно, данный принцип исходит из того, что лицо, совершившее определённое серьёзное нарушение, лишается возможности пользоваться определёнными преимуществами, такими как рассмотрение его требования арбитражем⁴⁰. В этом случае не имеет значе-

³⁰ *Metal-Tech v. Republic of Uzbekistan*, § 127; ICSID. *World Duty Free Company Limited v. The Republic of Kenya*. ICSID Case No. ARB/00/7. Award of 4 October 2006. § 172.

³¹ ICSID. *Plama Consortium Limited v. Bulgaria*. ICSID Case No. ARB/03/24. Award of 27 August 2008. § 138–139.

³² ICSID. *RSM Production Corporation c. La République Centrafricaine*. CIRDI Affaire No. ARB/07/2. Décision sur la compétence et la responsabilité. 7 décembre 2010. § 58; ICSID. *Gustav F W Hamester GmbH & Co KG v. Republic of Ghana*. ICSID Case No. ARB/07/24. Award of 18 June 2010. § 123; ICSID. *SAUR International S.A. c. République Argentine*. Affaire CIRDI No. ARB/04/4. Décision sur la compétence et sur la responsabilité. 6 juin 2012. § 308; ICSID. *Teinver S.A., Transportes de Cercanías S.A. & Autobuses Urbanos del Sur S.A. v. Argentine Republic*. ICSID Case No. ARB/09/1. Decision on Jurisdiction of 21 December 2012. § 317.

³³ *Stern B.* Op. cit. P. 536 ff.

³⁴ ICSID. *Malicorp Limited v. Arab Republic of Egypt*. ICSID Case No. ARB/08/18. Award of 7 February 2011. § 117; *Douglas Z.* The Plea of Illegality in Investment Treaty Arbitration. P. 166–167.

³⁵ *Hulley Enterprises v. the Russian Federation*. § 1362–1363. Любопытно отметить, что одним из мотивов для назначения Россией в качестве арбитра Стивена Швельба в этом арбитраже могло стать его мнение о том, что *clean hands* является принципом международного права, изложенное в особом отличающемся мнении по спору между Никарагуа и США, рассмотренному Международным судом ООН.

³⁶ *Ad hoc tribunal. Hesham Talaat M. Al-Warraq*. UNCITRAL. Final Award of 15 December 2014. § 646–648.

³⁷ *Ibid.* § 631–632.

³⁸ ICSID. *Fraport AG Frankfurt Airport Services Worldwide v. Republic of Philippines*. ICSID Case No. ARB/11/12, Award of 10 December 2010. § 328.

³⁹ *Newcombe A., Marcoux J.-M. Hesham Talaat M. Al-Warraq v Republic of Indonesia: Imposing International Obligations on Foreign Investors // ICSID Review – Foreign Investment Law Journal*. Vol. 30. 2015. No. 3. P. 525–532, 529–530.

⁴⁰ *Liamzon A. Yukos Universal Limited (Isle of Man) v The Russian Federation: The State of the ‘Unclean Hands’ Doctrine in International Investment Law: Yukos as both Omega and Alpha // ICSID Review – Foreign Investment Law Journal*. Vol. 30. 2015. No. 2. P. 315–325, 315–318.

ния, совершено ли нарушение в момент вложения или позже: важен характер нарушения.

Обсуждая применение принципа *clean hands* в инвестиционном арбитраже, не стоит забывать, что его применение ограничивается случаями наиболее серьёзных нарушений закона со стороны истца. Например, в XIX веке его применяли к требованиям работорговцев о взыскании убытков за вред, причинённый их кораблям государствами, борющимися с работорговлей⁴¹. Соответственно, нарушение национального законодательства само по себе не является достаточным основанием для признания неприемлемыми требований инвестора. Арбитры, даже признав, что принцип *clean hands* применим, должны установить, либо что деятельность инвестора сама по себе противоречит наиболее важным и значимым положениям закона (например, наркоторговля), либо что инвестор совершил целый ряд нарушений наиболее значимых положений закона при осуществлении деятельности, в общем и целом признанной законной.

4. Заключение

Идеальное соглашение о поощрении и защите инвестиций обеспечивает баланс прав и интересов инвесторов и принимающего государства. Учёт нарушения инвестором законов принимающего государства при решении вопроса о том, может ли он пользоваться предусмотренными ДИС гарантиями и предъявить иск в арбитраж, является одним из инструментов достижения этого баланса.

Применительно к большинству действующих ДИС, включая ДИС Российской Федерации, можно сделать следующие выводы относительно текущего баланса интересов инвестора и государства по рассматриваемому вопросу.

Во-первых, если нарушение нормы законодательства влечёт отсутствие или ничтожность имущественного права, то соответствующее право не может быть реализовано в инвестиции, к которой применяется ДИС, в принципе.

Во-вторых, нарушение инвестором закона на этапе приобретения или создания имуще-

ства, являющегося инвестицией, если речь не идёт о незначительном, формальном положении закона, влечёт невозможность признать соответствующее имущество защищаемой инвестицией. Напротив, нарушение закона в процессе управления инвестицией не лишает её автоматически защиты, предусмотренной соответствующим ДИС.

В-третьих, нарушение закона при приобретении имущества лицом, входящим в ту же группу, что и владелец имущества — истец, может учитываться при решении вопроса о возможности признания соответствующего имущества инвестицией, подлежащей защите.

В-четвёртых, в определённых случаях нарушение закона инвестором может быть основанием для признания иска инвестора неприемлемым для рассмотрения международным арбитражем. Если в инвестиционном арбитраже применяется принцип *clean hands*, то основанием неприемлемости может быть только нарушение наиболее фундаментальных и важных положений национального законодательства.

Библиографическое описание:

Уоскин С. Соглашения о поощрении и защите инвестиций и национальное законодательство: о чистых руках и не только // Международное правосудие. 2016. № 1(17). С. 104—112.

Agreements on promotion and protection of investments, national laws, “clean hands” doctrine and other things

Sergey Usoskin

Ph.D. student, Faculty of Law, Lomonosov Moscow State University; Attorney (e-mail: sergey.usoskin@gmail.com).

Abstract

The article discusses the consequences of investor's non-compliance with the host state's laws for the applicability of the bilateral investment treaties as well as for the admissibility of the investor's claims. The analysis begins by questioning whether an investment exists at all if the national law in the host state invalidates the underlying rights (contractual or not). The article suggests that the clause “in accordance with the law” sets out a criterion of a protected investment. Among all possible interpretations of this clause (ranging from requiring compliance with only the most fundamental provisions of the national law of the host state, or with the law specifically setting out regime for foreign investments, to compliance with every provision of national law, except the most insignificant ones), the latter proves to be the most appropriate. In any case, the criterion extends only to violations of national law that occur at the time of making an investment: subsequent violations do not deprive the investment of the protected status. Violation of

⁴¹ *Second Report on State Responsibility* by Mr James Crawford. UN Doc. No. A/CN.4/498/Add.2. § 332.

the most fundamental and generally recognized rules of national law, such as corruption or involvement in other criminal activities, may make the claim inadmissible. Practice of investment treaty tribunals after the YUKOS case demonstrates that arbitrators recognize applicability of the 'clean hands' doctrine.

Keywords

bilateral investment treaties; promotion and protection of investments; investment arbitration; illegal investments; YUKOS cases; 'clean hands' doctrine.

Citation

Usoskin S. (2016) Soglasheniya o pooshchrenii i zashchite investitsiy i natsional'noe zakonodatelstvo: o chistykh rukakh i ne tol'ko [Agreements on promotion and protection of investments, national laws, "clean hands" doctrine and other things]. *Mezhdunarodnoe pravosudie*, no. 1, pp. 104–112. (In Russian).

References

- Coppens G. (2011) Treaty Definitions of "Investment" and the Role of Economic Development: A Critical Analysis of the Malaysian Historical Salvors cases. In: Bath V., Nottage L. (eds.) *Foreign Investment and Dispute Resolution Law and Practice in Asia*, Abingdon: Routledge, pp. 174–191.
- Douglas Z. (2014) The Plea of Illegality in Investment Treaty Arbitration. *ICSID Review – Foreign Investment Law Journal*, vol. 29, no. 1, pp. 155–186.
- Douglas Z. (2009) *International Law of Investment Claims*, Cambridge; New York: Cambridge University Press.
- Gallaher N., Shan W. (2009) *Chinese Investment Treaties: Policies and Practice*, Oxford; New York: Oxford University Press.
- Kläger R. (2013) *"Fair and Equitable Treatment" in International Investment Law*, Cambridge; New York: Cambridge University Press.
- Kriebaum U. (2010) Illegal Investments. In: Klausegger Ch. et al. (eds.) *Austrian Yearbook on International Arbitration 2010*, Wien: C. H. Beck; Stämpfli; Manz, pp. 307–335.
- Liamzon A. (2015) Yukos Universal Limited (Isle of Man) v. The Russian Federation: The State of the "Unclean Hands" Doctrine in International Investment Law: Yukos as Both Omega and Alfa. *ICSID Review – Foreign Investment Law Journal*, vol. 30, no. 2, pp. 315–325.
- McLachlan C., Shore C., Weiniger M. (2008) *International Investment Arbitration: Substantive Principles*, Oxford; New York: Oxford University Press.
- Newcombe A., Marcoux J.-M. (2015) Hesham Talaat M. Al-Warraq v. Republic of Indonesia: Imposing International Obligations on Foreign Investors. *ICSID Review – Foreign Investment Law Journal*, vol. 30, no. 3, pp. 525–532.
- Newcombe A. (2013) Investor Misconduct. In: De Mestral A., Lévesque C. (eds.) *Improving International Investment Agreements*, Abingdon: Routledge, pp. 195–211.
- Paulsson J. (2005) Jurisdiction and Admissibility. In: Aksen G. et al. (eds.) *Global Reflections on International Law, Commerce and Dispute Resolution: Liber Amicorum in Honour of Robert Briner*, Paris: ICC Publishing, pp. 601–617.
- Rachkov I. V. (2014) Konceptziya "zakonnykh ozhidaniy inostrannogo investora" v praktike mezhdunarodnykh arbitrazhey ["Legitimate expectations of a foreign investor" standard in the practice of arbitral tribunals]. *Moskovskiy Zhurnal mezhdunarodnogo prava*, no. 1, pp. 196–220. (In Russian).
- Stern B. (2009) The Contours of Protected Investment. *ICSID Review – Foreign Investment Law Journal*, vol. 24, no. 2, pp. 534–551.