

Решения международных инвестиционных арбитражей о компетенции (юрисдикции) и приемлемости исков: обзор наиболее примечательных дел за 2016 год

Илья Рачков*

В международном инвестиционном праве не существует единых правил. Это касается как материального права, так и процессуальных норм. Единого органа по разрешению инвестиционных споров также не существует. Всё это усложняет применение и толкование норм международного инвестиционного права. Эти сложности влекут за собой непредсказуемость в вопросе о том, какой стратегии и тактике должен следовать истец или ответчик, чтобы спор был решён в его пользу. Для защиты от исков иностранных инвесторов ответчики – государства, принимающие инвестиции, – прежде всего оспаривают компетенцию (юрисдикцию) арбитража и приемлемость иска. Это обусловлено следующим: если спор переходит из первой стадии (юрисдикции и приемлемости иска) в следующую стадию – рассмотрение спора по существу, то у государства-ответчика чисто статистически меньше шансов выиграть дело. В статье проанализированы конкретные примеры защиты государства от исков иностранных инвесторов путём оспаривания компетенции (юрисдикции) арбитража и приемлемости иска. Сначала уделено внимание разнице между понятиями «юрисдикция» и «приемлемость». Затем рассмотрены некоторые аргументы государств-ответчиков в поддержку тезиса о том, что арбитраж не имеет юрисдикции над спором или что иск является неприемлемым. В первую группу попали следующие аргументы: объект спора не является инвестицией; истец не является инвестором; инвестор управлял инвестициями с нарушением законов принимающего государства; истёк срок исковой давности; инвестор злоупотреблял своими правами; инвестору следует отказать в предоставлении защиты; государство подало встречный иск к инвестору; международный договор не является основанием для защиты инвестора/инвестиции; инвестор отказался от своих прав; действия лиц, нарушивших права инвестора, не вменяются государству; арбитраж не вправе решать определённые споры. Ко второй группе аргументов относятся, в частности: процессуально-правовые требования; «развилка на дороге»; параллельное разбирательство, злоупотребление процессом и консолидация; отказ от рассмотрения спора в судах.

→ *Международное инвестиционное право; иностранные инвестиции; иностранные инвесторы; принимающие государства; вопросы компетенции (юрисдикции); приемлемость иска*

DOI: 10.21128/2226-2059-2018-3-93-110

1. Введение

За последние годы Россия вошла в десятку государств мира, к которым иностранные инвесторы предъявляют больше всего исков в международный инвестиционный арбитраж: в 1992–2018 годах¹ иностранные инвесторы

подали к России 24 таких иска на основании соответствующих международных договоров². Конечно, по этому показателю нашей стране всё ещё далеко до Аргентины (60 исков за 1987–2017 годы) и даже до некоторых экономически развитых стран: среди последних

* Рачков Илья Витальевич – кандидат юридических наук, доцент кафедры международного права МГИМО(У) МИД России, Москва, Россия (e-mail: ilia.rachkov@gmail.com).

¹ К СССР такие иски не предъявлялись. Первый иск к России был подан бизнесменом Францем Зедельмайером (ФРГ) в 1996 году.

² Вероятно, существует также некоторое количество исков, о которых публично неизвестно.

Россию обогнали по этому печальному показателю Польша, Канада, Чехия и Испания (26, 27, 35 и 43 иска соответственно)³.

Тем не менее, что касается сумм, присуждённых иностранным инвесторам, Россия невольно вырвалась в лидеры своеобразного антирейтинга: в июле 2014 года арбитраж по Арбитражному регламенту ЮНСИТРАЛ (администрируемый Постоянной Палатой Третейского Суда в Гааге) вынес решение по иску 3 бывших акционеров *ОАО «Нефтяная компания «ЮКОС»» против России*, присудив им 50 млрд долларов (в своих исках они требовали 114 млрд долларов США). Это была рекордная сумма компенсации в истории международного инвестиционного арбитража. К счастью для нашей страны, в 2016 году окружной суд Гааги отменил это арбитражное решение. Однако точка в этом деле ещё не поставлена: бывшие акционеры подали апелляцию. Хотя неизвестно, когда апелляция будет рассмотрена, каким бы ни был её итог, скорее всего, либо одна, либо другая сторона будет обжаловать решение апелляции в Верховном суде Нидерландов.

С другой стороны, российские инвесторы всё чаще подают подобные иски к иностранным государствам. Нередко истцами в таких спорах выступают нероссийские компании, подконтрольные российским лицам: например, компания «Русоро» (Канада) подконтрольна российским гражданам Агаповым, а кипрская компания «СЕАК» — Олегу Дерипаске.

Особенность, а вместе с тем благословение и проклятие международного инвестиционного права вообще и международного инвестиционного арбитража в частности, заключается в их децентрализации. Не существует единого свода правил материального права, из которых состоит международное инвестиционное право: вместо этого в мире действуют 3322 международных договора (в основном двусторонних), содержащих материальные нормы международного инвестиционного права. Среди этого бесчисленного множества международных договоров встречаются, разумеется, такие, которые охваты-

вают значительное количество государств, например Договор к Энергетической хартии 1994 года⁴ (*далее* — ДЭХ), но в нём участвуют «только» 54 государства, в то время как в ООН состоит 193 государства. В основном это — европейские государства и бывшие республики СССР (но есть и «большие отсутствующие», например Россия). Кроме того, ДЭХ фокусируется только на энергетическом секторе экономики.

Поэтому, с точки зрения фрагментации, международное инвестиционное право, пожалуй, самая фрагментированная подотрасль международного права. Следовательно, основная задача государств мира состоит в том, чтобы подвергнуть международное инвестиционное право кодификации и прогрессивному развитию.

Однако до сих пор эта задача выполнена с некоторым успехом только применительно к процессуальным правилам. Например, ещё в 1965 году была принята Вашингтонская Конвенция об урегулировании инвестиционных споров между государствами и гражданами других государств⁵ (*далее* — Вашингтонская Конвенция), однако и в ней участвуют далеко не все государства мира, а «только» 153 (опять же Россия не участвует). Кроме того, помимо Международного центра по урегулированию инвестиционных споров (*далее* — МЦУИС), споры между иностранными инвесторами и государствами администрирует ещё несколько международных арбитражных секретариатов: Арбитражный суд Международной торговой палаты (Париж), Арбитражный институт при Торговой палате Стокгольма, Постоянная Палата Третейского Суда (Гаага), Сингапурский центр международного арбитража и так далее. Таким образом, перед государствами мира по-прежнему стоит задача унифицировать процессуальные правила.

Основным средством борьбы государств с исками от иностранных инвесторов, когда такой иск уже подан в арбитраж, являются возражения против юрисдикции арбитража и

³ См.: World Investment Report 2018: Investment and New Industrial Policies. Geneva : United Nations, 2018. P.92. URL: http://unctad.org/en/PublicationsLibrary/wir2018_en.pdf (дата обращения: 13.08.2018).

⁴ Секретариат Энергетической хартии. Договор к Энергетической хартии и связанные с ним документы. URL: <https://energycharter.org/fileadmin/DocumentsMedia/Legal/ECT-ru.pdf> (дата обращения: 14.08.2018).

⁵ Convention on the Settlement of Investment Disputes between States and Nationals of Other States. URL: <http://icsidfiles.worldbank.org/ICSID/ICSID/StaticFiles/basicdoc/partA.htm> (дата обращения: 14.08.2018).

против приемлемости иска. Как известно, во многих органах международного правосудия часто возникает такой вопрос: относится ли данный спор к юрисдикции данного органа по разрешению споров? Иными словами: имеет ли этот орган компетенцию (англ.: *jurisdiction*)⁶ рассматривать спор по существу? Кроме этого, иск должен быть приемлемым (англ.: *admissible*), то есть он не должен иметь таких недостатков (постоянных или временных), которые мешают органу рассматривать данный спор в данный момент. Таким образом, приемлемость иска — это его соответствие определённым формальным требованиям. Хотя различие между компетенцией органа по разрешению споров и приемлемостью иска хорошо разработано в международном праве в целом, в международном инвестиционном арбитраже граница между этими двумя терминами особенно подвижна⁷.

Каковы же различия между юрисдикцией (компетенцией) арбитража рассматривать спор и приемлемостью иска и практические последствия этих различий? Во-первых, если после подачи иска наступают какие-то события, то они не влияют на юрисдикцию, но могут влиять на приемлемость иска. Например, если инвестор — физическое лицо сначала подаст иск, а затем сменит своё гражданство, то иск этого лица может стать неприемлемым⁸. Во-вторых, государство-ответчик может отказаться от своего права выдвигать возражения против приемлемости иска (например, от требования, чтобы инвестор сначала исчерпал внутренние средства правовой защиты)⁹, но не от права возражать против юрисдикции. В-третьих, у арбитража больше процессуальной гибкости, когда у него есть юрисдикция рассматривать спор, но осуществлению юрисдикции мешает какой-то вре-

менный барьер, который делает иск неприемлемым: в этом случае арбитраж может приостановить разбирательство¹⁰. Если же у арбитража нет юрисдикции, то он не может приостановить разбирательство до того момента, когда основания для юрисдикции появятся. В-четвёртых, арбитраж вправе по собственной инициативе (лат.: *proprio motu*) проверить, есть ли у него юрисдикция рассматривать спор¹¹, но не вправе проверять приемлемость иска, если государство-ответчик не заявит о том, что иск неприемлем. В-пятых, как правило, если арбитраж решает расщепить спор (англ.: *to bifurcate a dispute*), то есть рассмотреть сначала вопрос о своей юрисдикции, а затем — существование спора, то часто арбитраж оставляет решение вопроса о приемлемости именно до стадии рассмотрения спора по существу¹². В-шестых, различие между юрисдикцией и приемлемостью определяет, может ли решение арбитража быть пересмотрено: для отмены решения арбитража национальным судом по месту арбитража или Комитетом *ad hoc* по пересмотру стороны вправе ссылаться только на неверные выводы арбитража в отношении существования у арбитража судебной власти (то есть юрисдикции), но не в отношении того, как арбитраж использовал эту власть (то есть приемлемости иска). В-седьмых, если арбитраж вынес решение о юрисдикции, то это решение имеет преюдициальную силу (то есть действует на основе принципа *res judicata*). Если же арбитраж выказал относительно приемлемости иска, то этот вывод не имеет преюдициальной силы.

Ниже рассмотрены лишь некоторые аргументы государств-ответчиков в поддержку тезиса о том, что арбитраж не имеет юрисдикции над спором:

- имущество, являющееся объектом спора, не является инвестицией;
- истец не является инвестором;

⁶ Международное инвестиционное право в значительной степени англоязычно. Поэтому термины «юрисдикция» и «компетенция» используются как синонимы.

⁷ См.: *Waibel M. Investment Arbitration: Jurisdiction and Admissibility* // *International Investment Law: A Handbook* / ed. by M. Bungenberg, J. Griebel, S. Hobe, A. Reinisch. München: C. H. Beck; Oxford: Hart; Baden-Baden: Nomos, 2015. P. 1212–1287.

⁸ Так было в деле *Лёвен: ICSID. The Loewen Group, Inc. and Raymond L. Loewen v. USA*. Case No. ARB(AF)/98/3. Award of 26 June 2003.

⁹ См.: Статья 14 Проекта статей Комиссии международного права ООН о дипломатической защите. URL: <https://undocs.org/ru/A/RES/62/67> (дата обращения: 17.08.2018).

¹⁰ См.: Permanent Court of Arbitration (*далее* — PCA). *Ireland v. United Kingdom* (“*MOX Plant Case*”). Order No. 3. 126 ILR 310.

¹¹ См.: Правило 41(2) Арбитражных правил МЦУИС. URL: <http://icsidfiles.worldbank.org/ICSID/StaticFiles/basicdoc/partF.htm> (дата обращения: 17.08.2018).

¹² Так было, например, в деле бывших акционеров ЮКОСа против России, см.: *Рачков И.* Бывшие акционеры «ЮКОСа» против России: Комментарий к арбитражному решению под эгидой Постоянной Палаты Третейского Суда в Гааге // *Международное правосудие*. 2014. № 3(11). С. 18–34.

- инвестор управлял инвестициями с нарушением закона принимающего государства;
- истёк срок исковой давности;
- инвестор злоупотреблял своими правами;
- инвестору следует отказать в предоставлении защиты по двустороннему инвестиционному договору (*далее* — ДИД);
- государство подало встречный иск к инвестору;
- Генеральное соглашение о торговле услугами (*далее* — ГАТС) не является основанием для доступа к защите по ДИДу;
- инвестор отказался от прав в рамках ДИДа;
- действия лиц, нарушивших права инвестора, не вменяются государству;
- арбитраж не вправе решать по ДЭХ споры внутри Европейского Союза (*далее* — ЕС).

Далее в настоящей статье рассмотрены следующие аргументы государств-ответчиков в поддержку тезиса о том, что иск является неприемлемым:

- процессуально-правовые требования (например, влияние поддельных документов на приемлемость иска);
- «развилка на дороге»;
- параллельное разбирательство, злоупотребление процессом и консолидация;
- отказ от рассмотрения спора в судах.

Как правило, ответчиками в международном инвестиционном арбитраже выступают государства. Именно они заявляют возражения против юрисдикции арбитража, а также о неприемлемости иска. Часто такая тактика оказывается успешной: на 1 января 2018 года было зафиксировано 855 споров (с 1987 года) между иностранными инвесторами и принимающими их государствами, которые были переданы на рассмотрение в международный инвестиционный арбитраж. На 1 января 2018 года разбирательства по 548 спорам были закончены. В 37 % из этих окончанных споров дела были решены в пользу государства, так как либо арбитраж постановил, что не имеет юрисдикции в отношении спора, либо что иск является неприемлемым, либо спор был решён по существу в пользу государства. В пользу инвестора было решено только 28 % споров с присуждением компенсации. В 23 % случаев стороны заключили

мировые соглашения; их содержание является, как правило, конфиденциальным. В остальных случаях либо разбирательство было прекращено, например, по инициативе инвестора, подавшего иск (10 % споров), либо хотя арбитраж и установил, что государство нарушило соответствующий международный договор, но не присудил инвестору компенсацию (2 % споров)¹³.

Если посмотреть на дела, которые закончились в пользу государства, то около половины этих дел имели именно такой итог благодаря тому, что арбитражи признавали, что у них отсутствует юрисдикция решать спор по существу. Однако если спор всё-таки переходил в стадию рассмотрения по существу, то, наоборот, в 60 % случаев решение арбитража было вынесено в пользу инвесторов-истцов, а 40 % — в пользу государства.

Именно поэтому государства-ответчики так ожесточённо «бьются» в международных инвестиционных арбитражах за каждый аргумент на стадии решения вопроса о юрисдикции арбитража и о приемлемости иска.

2. Вопросы компетенции (юрисдикции) арбитража

2.1. Значение понятия «инвестиция»

Классический аргумент государства-ответчика состоит в том, что инвестиций вовсе не было, поэтому у инвестора нет права на иск, следовательно, у арбитража нет компетенции (юрисдикции) рассматривать данный спор.

В деле по иску компании «RREEF» против Испании¹⁴ государство-ответчик утверждало: истцы не вложили в Испанию никаких «инвестиций» в том смысле, в котором этот термин используется в ДЭХ или в Вашингтонской Конвенции. Испания считала, что истцы не вкладывали в Испанию никаких экономических ресурсов и не взяли на себя риск от наступления возможных убытков от участия в проектах, так как средства были внесены другими компаниями. По мнению

¹³ См.: World Investment Report 2018: Investment and New Industrial Policies.

¹⁴ International Centre for Settlement of Investment Disputes (*далее* — ICSID). *RREEF Infrastructure (G.P.) Limited and RREEF Pan-European Infrastructure Two Lux S.à r.l. v. Kingdom of Spain*. Case No. ARB/13/30. Decision on Jurisdiction of 6 June 2016. § 134, 149–150, 156–160.

государства-ответчика, истцы были просто компаниями-пустышками: они не вели никакой экономической деятельности и не имели никаких экономических целей.

Однако арбитраж не согласился с этим: он постановил, что имущество истцов вполне подпадало под определение понятия «*инвестиции*», используемое в статье 1(б) ДЭХ. Это определение охватывает любое имущество и не содержит закрытый список того имущества, которое может считаться «инвестицией». Арбитраж отверг попытку Испании добавить к этому определению какие-то дополнительные элементы, не предусмотренные прямо самим текстом ДЭХ: «В международном праве нет никакого теста, набора критериев или руководящих принципов, на которые можно или нужно опираться для ограничения или замены определения, установленного в ДЭХ. Нет никаких оснований для использования такого теста, набора критериев или руководящих принципов в отношении текста статьи 25 Вашингтонской Конвенции».

Также арбитраж рассмотрел довод Испании о том, что принятие риска является неотъемлемой характеристикой «*инвестиций*». Арбитраж постановил: было бы неправильно добавлять этот или иные критерии (например, передачу экономических ресурсов и срок, на который сделаны вложения) к прямому тексту ДЭХ или Вашингтонской Конвенции. Правда, следует сказать, что в решениях по другим делам другие составы арбитражей приходили то к такому же¹⁵, то к совершенно иным выводам¹⁶.

Фактически речь идёт о давнем споре, когда арбитраж применяет статью 25 Вашингтонской Конвенции: она не даёт определения термина «инвестиция». Причина этого заключается в том, что Вашингтонская Конвенция — это, по сути дела, процессуальные правила. Поэтому международный инвестиционный арбитраж всегда применяет её в сочетании с каким-то другим международным

договором; именно последний и определяет (как правило), что такое «инвестиция». Если же этот другой международный договор нечётко определяет термин «инвестиция», то государство-ответчик часто пытается «додумать» это определение. Результатом стало появление так называемого «теста Салини» (по названию дела¹⁷, в котором этот тест был впервые предложен одним из арбитров — австрийским профессором Кристофом Шройером): инвестиции предполагают определённый имущественный вклад, продолжительность в ходе исполнения договора и участие в рисках сделки; иногда арбитры добавляют к этой триаде также вклад в экономическое развитие принимающего государства.

2.2. Значение места нахождения для определения понятия «инвестор»

Ещё одним излюбленным аргументом защиты государства-ответчика на стадии юрисдикции и приемлемости иска является такой: истец вовсе не является «инвестором» по смыслу применимого международного договора, поэтому у истца нет права на иск; в силу этого у арбитража нет компетенции (юрисдикции) рассматривать спор по существу. Это можно проиллюстрировать на примере двух дел.

В 2005 году структуры российского бизнеса Олега Дерипаски приобрели в ходе приватизации доли в уставном капитале черногорских компаний: 65,4 % в «Kombinat Aluminijuma Podgorica» (КАР; 120 тыс. тонн алюминия в год) и 64 % «Rudnici Voksita Njasic» (RBN, бокситовый рудник). Приобретатели заплатили за КАР 48,5 млн евро и пообещали вложить ещё 55 млн евро в его модернизацию и 22 млн евро в экологические программы, а также урегулировать долги на 110 млн евро (условия по RBN не раскрыты. Однако уже в 2008 году из-за падения мировых цен на алюминий и дорогой электроэнергией Еп+ (подконтрольная Олегу Дерипаске) начала обсуждать с Черногорией возможности оказания государственной помощи этой страной находящимся там компаниям. В 2010 году в ходе рассмотрения ряда споров

¹⁵ См.: ICSID. *Garanti Koza LLP v. Turkmenistan*. Case No. ARB/11/20. Award of 19 December 2016. § 231–234, 239–242.

¹⁶ ICSID. *Vestey Group Ltd v. Bolivarian Republic of Venezuela*. Case No. ARB/06/4. Award of 15 April 2016. § 187: «Термин “инвестиция” в статье 25 Вашингтонской Конвенции имеет независимое значение и включает в себя три составляющих: выделение ресурсов, риск и продолжительность».

¹⁷ ICSID. *Salini Costruttori SpA and Italstrade SpA v. Kingdom of Morocco*. Case No. ARB/00/4. Decision on Jurisdiction of 23 July 2001. § 52.

между Еп+ и Черногорией в международных коммерческих арбитражах стороны подписали мировое соглашение: Еп+ вернула Черногории 29,3 % акций КАР и 31,8 % акций RBN в обмен на государственные гарантии Черногории на 135 млн евро по долгам и будущим кредитам. Стороны договорились и о формуле цены на электроэнергию до весны 2012 года. После этого банки стали требовать от государства гасить долги, и КАР стала банкротом в 2013 году по иску Министерства финансов Черногории. Имущество КАР на тот момент стоило всего 52,5 млн евро, а долги КАР составляли 360 млн евро. В 2014 году имущество КАР выкупил за 28 млн евро владелец компании «Упиргоп» Веселин Пейович¹⁸.

В 2014 году кипрская компания «СЕАК» (подконтрольная Еп+) начала разбирательство в Париже в соответствии с Арбитражным регламентом МЦУИС. «СЕАК» заявила, что Черногория нарушила двусторонний договор о взаимном поощрении и защите инвестиций между Кипром и Югославией. Предварительная сумма иска составила около 600 млн евро. В июле 2016 года арбитраж признал, что у него нет права рассматривать этот иск по существу, так как «СЕАК» не является «инвестором» с Кипра по смыслу ДИДа и поэтому не вправе пользоваться защитой по этому ДИДу¹⁹. В ноябре 2016 года «СЕАК» потребовала отмены этого арбитражного решения в государственном суде Франции, но успеха не добила.

«СЕАК» утверждала, что в соответствии с ДИДом её место нахождения (англ.: *seat*) находится на Кипре, так как там же находится её корпоративный адрес (англ.: *corporate seat*). В подтверждение этого истец опирался на выданное кипрскими органами власти свидетельство о присвоении истцу корпоративного адреса. Арбитраж постановил, что он «не связан определениями гражданства и свидетельствами, выданными местными органами власти, но должен вынести своё собственное суждение в соответствии с международным правом». Изучив имеющиеся доказательства, арбитраж пришёл к следующему

выводу: истец не доказал, что офисное здание, в котором располагается место нахождения «СЕАК», является общедоступным для проверки реестров этой компании, что она ведёт деятельность по этому адресу, что документы компании хранятся там или что по адресу компании находится табличка с наименованием «СЕАК». Исходя из этого, арбитраж большинством голосов (2 против 1) признал: истец не смог доказать, что его место нахождения (для целей применимого ДИДа) располагается на Кипре.

Арбитраж отверг и другие аргументы истца: о том, что управление компанией и контроль над ней осуществлялись с Кипра, а также о том, что термин «место нахождения» по ДИДу Кипр – Югославия равнозначен налоговому резидентству («СЕАК» являлась налоговым резидентом Кипра).

В деле по иску компаний «Тенарис» и «Талта» против Венесуэлы (2-я стадия)²⁰ арбитраж установил: концепция «корпоративного адреса» — это не юридический, а действительный адрес, то есть место, где действительно принимаются управленческие решения компании. С этой целью арбитраж проверил три критерия, чтобы определить, было ли место, на которое указывали истцы, их действительным адресом:

- где проводились собрания акционеров и заседания совета директоров истцов;
- где принимались управленческие решения (установление контактов с клиентами, заключение основных контрактов, где велась основная финансовая деятельность);
- где хранятся бухгалтерские документы компании.

Арбитраж пришёл к выводу, что истцы выполнили эти критерии.

В другом деле МЦУИС между теми же сторонами спора — компаниями «Тенарис» и «Талта» против Венесуэлы (1-я стадия)²¹ — арбитраж в составе других трёх арбитров точно так же истолковал понятие «место нахождения» — как «место фактического или дей-

¹⁸ См.: Джумайло А. Олег Дерипаска сам пойдёт в суд // Коммерсантъ. № 228. 2016. 8 декабря. С. 9.

¹⁹ См.: ICSID. *CEAC Holdings Limited v. Montenegro*. Case No. ARB/14/8. Award of 26 July 2016. § 155, 199–201, 207, 210, 211.

²⁰ ICSID. *Tenaris S.A. and Talta – Trading e Marketing Sociedade Unipessoal Lda. v. Bolivarian Republic of Venezuela (II)*. Case No. ARB/12/23. Award of 12 December 2016. § 189–190, 193, 230.

²¹ ICSID. *Tenaris S.A. and Talta – Trading e Marketing Sociedade Unipessoal Lda v. Bolivarian Republic of Venezuela (I)*. Case No. ARB/11/26. Award of 29 January 2016. § 154, 159, 201–226.

ствительного управления». Арбитраж подчеркнул, что он должен учитывать, чем именно занимается рассматриваемая компания. Арбитраж установил, что один из истцов был холдинговой компанией, поэтому его повседневное управление инвестицией поневоле является очень ограниченным, как и физическая связь с его местом нахождения. Арбитраж пояснил, что от обычной холдинговой компании было бы совершенно необоснованно ожидать, что она будет иметь большой офис или многочисленный персонал или что она сможет представить доказательства широкомасштабной деятельности, которую она ведёт именно по адресу места своего нахождения. По мнению арбитража, истцы отвечали юридическому критерию «фактического или действительного управления», поскольку они владели помещениями в соответствующих государствах происхождения, проводили там ежегодные общие собрания и/или заседания правления и имели некоторые другие задокументированные связи.

2.3. Незаконность при управлении инвестициями

Ещё один аргумент государств-ответчиков против юрисдикции арбитражей и приемлемости исков заключается в том, что применимый в деле международный договор защищает инвестиции, сделанные «в соответствии» с законами принимающего государства. Инвестор, который нарушил эти законы, не должен пользоваться защитой: неважно, сколь значительно это нарушение (административное правонарушение, гражданский деликт или уголовное преступление) и имело ли оно место в тот момент, когда инвестор вкладывал свои инвестиции, или же в ходе управления ими (то есть уже после того, как он их вложил).

Например, в деле по иску «*Коппер Меса*» (Канада) против Эквадора²² принимающее государство-ответчик утверждало: инвестор управлял своими инвестициями в нарушение действовавшего в Эквадоре законодательства, поэтому у арбитража нет компетенции рассматривать этот иск. Определение «инвестиций» в ДИДе Канада — Эквадор

требовало, чтобы инвестор владел инвестициями или контролировал их «в соответствии с законодательством принимающего государства». Опираясь на это определение, Эквадор утверждал, что инвестор должен был управлять своими инвестициями в соответствии с законодательством данной страны на протяжении всего срока жизни инвестиций.

Арбитраж не согласился с таким толкованием. Он посчитал, что процитированная статья ДИДа не распространяется на последующее управление инвестициями; если бы государства — стороны ДИДа желали, чтобы эта статья имела результатом отказ арбитража от своей юрисдикции, то нужно, чтобы такое требование было прямо сформулировано в применимом ДИДе. Кроме того, постановил арбитраж, даже если согласиться с данным ответчиком толкованием формулировки ДИДа, было бы трудно найти точную грань между незначительными и значительными нарушениями местного законодательства, из которых лишь последние могли бы стать основанием для отказа в юрисдикции арбитража.

2.4. Срок исковой давности

Как правило, применимые международные договоры не предусматривают какого-либо срока исковой давности для исков иностранных инвесторов против государства. Сторонники уравнивания прав иностранных и внутренних инвесторов критикуют такую ситуацию: получается, что государство — сторона соответствующего международного договора дискриминирует своих внутренних инвесторов по сравнению с иностранными, так как к искам внутренних инвесторов, направляемым в национальные суды принимающего государства, применяется срок давности. В ответ на эту критику государства стали включать в международные договоры нового поколения (после 1995 года) условия о том, что иностранный инвестор может подать свой иск только в течение определённого времени после того, как узнал или должен был узнать о нарушении своих прав. Это можно проиллюстрировать следующими двумя примерами.

В деле по иску членов семьи *Берковиц* (США) против Коста-Рики истцы опирались на Соглашение о свободной торговле между странами Центральной Америки, До-

²² PCA. *Copper Mesa Mining Corporation v. Republic of Ecuador*. Case No. 2012-2. Award of 15 March 2016. § 5.29, 5.30, 5.54–5.56.

миниканской Республикой и США 2004 года (далее — КАФТА)²³. Истцы предъявили несколько требований в связи с изъятием Коста-Рикой нескольких участков земли с целью их включения в территорию природного заповедника. Государство-ответчик признало, что изъяло земельные участки, но при этом истцам уже была выплачена компенсация в результате судебного разбирательства в Коста-Рике. Истцы возражали: это судебное разбирательство было проведено с задержками и не отвечало стандартам справедливого судебного процесса, а размер компенсации был недостаточным по сравнению со стандартами, установленными в КАФТА.

Арбитраж проверил, истёк ли трёхлетний срок исковой давности (статья 10.18.1 КАФТА). В данном случае это означало, что истцы узнали (или должны были узнать) о предполагаемых нарушениях КАФТА Коста-Рикой не раньше 10 июня 2010 года. Поэтому арбитраж решил, что он компетентен рассмотреть иски, касающиеся судебных актов Коста-Рики, вынесенных после 10 июня 2010 года. Эти судебные акты могли бы дать основание для подачи иска по КАФТА, если бы выяснилось, что они являлись явно произвольными и откровенно несправедливыми. Также арбитраж постановил, что оценка исковых заявлений должна проходить без учёта поведения Коста-Рики, существовавшего до вступления КАФТА в силу (то есть до 1 января 2009 года).

При рассмотрении дела «*Rusoro Майнинг*» против Венесуэлы²⁴ арбитраж применил похожий срок исковой давности, предусмотренный в ДИДе Канада — Венесуэла (1996 года): срок для подачи искового заявления истёк за три года до того, как истец обратился в арбитраж в июле 2012 года²⁵. Таким образом, арбитражу предстояло определить, какие из исковых требований были заявлены в пределах срока исковой давности. Для этого следовало установить, когда Венесуэла пред-

положительно нарушила ДИД. Рассматривая принятые Венесуэлой меры, на которых основывались иски, арбитраж заключил: истец знал о некоторых мерах, принятых до истечения срока исковой давности; соответственно, иски по этим мерам были заявлены уже после истечения срока исковой давности. Арбитраж отклонил заявление истца о том, что ранее принятые меры Венесуэлы неразрывно связаны с принятыми позже, и решил разбить единый иск на отдельные иски, каждое из которых относилось к определённой мере, принятой Венесуэлой, и применять срок исковой давности к каждому из таких заявлений отдельно²⁶.

2.5. Передача долей участия в инвестициях как злоупотребление правами

В международном инвестиционном праве существует такой феномен, как *treaty shopping* (то есть выбор наиболее подходящего международного договора) и *forum shopping* (то есть выбор органа, наиболее подходящего для разрешения спора): иностранный инвестор из страны А сознательно и тщательно выбирает страну Б, из которой должны приходиться инвестиции в страну В, чтобы встать под защиту того или иного международного договора (например, ДИДа между странами Б и В), как с точки зрения материального права (*treaty shopping*), так и с точки зрения процессуального права (*forum shopping*)²⁷. В принципе,

²³ ICSID. *Aaron C. Berkowitz, Brett E. Berkowitz, Trevor B. Berkowitz and Others v. Republic of Costa Rica*. Case No. UNCT/13/2. Interim Award of 25 October 2016. § 163, 209, 276, 286.

²⁴ ICSID. *Rusoro Mining Ltd. v. Bolivarian Republic of Venezuela*. Case No. ARB(AF)/12/5. Award of 22 August 2016. § 204, 209, 210, 231, 232.

²⁵ Подробнее об этом деле см.: Рачков И.В. Дело «Русоро» против Венесуэлы // Право и бизнес. 2017. № 3. С. 3–16.

²⁶ В деле «*Корона Материалз ЭлЭлСи*» против Доминиканской Республики арбитраж также согласился с мнением США (не участвовали в споре как сторона), что истец не вправе использовать самое позднее по времени нарушение принимающим государством своих обязательств по международному договору, чтобы упаковать все нарушения под трёхлетний срок давности. См.: ICSID. *Corona Materials, LLC v. Dominican Republic*. Case No. ARB(AF)/14/3. Award on the Respondent's expedited preliminary objections in accordance with Article 10.20.5 of the DR-CAFTA of 31 May 2016. § 215.

²⁷ Именно поэтому многие иностранные инвесторы структурируют свои инвестиции через Нидерланды: у этой страны есть много ДИДов с другими странами. Неслучайно Нидерланды являются пользователем № 2 (после США) системы урегулирования споров между иностранными инвесторами и государствами: за 1987–2017 годы голландские компании подали 110 исков к принимающим государствам (Нидерланды как принимающее государство не получило ни одного иска за эти 30 лет), а компании из США — 164 иска (сами США как принимающее государство получили немало исков от иностранных инвесторов, но ни одно решение арбитража не было вынесено против США).

если применимый международный договор этого прямо не запрещает, в этом нет ничего не только противоправного, но и предсудительного. Однако иногда такой выбор принимает черты злоупотребления правами со стороны инвестора, который изначально вовсе не является иностранным. Поэтому более современные международные договоры четко ограничивают сферу применения, чтобы граждане и юридические лица третьих государств, не участвующих в этом договоре, а тем более собственные граждане не могли воспользоваться этим договором²⁸.

Например, в решении по делу компании «Трансглобал» (США) против Панама²⁹ арбитраж рассматривал такой вопрос: гражданин Панама передал свою долю в концессионном проекте в Панаме в пользу корпорации из США; является ли это злоупотреблением правами по ДИДу Панама — США 1982 года? Дело в том, что на момент передачи этой доли суды Панама рассматривали спор между панамским концессионером и правительством Панама. Для ответа на поставленный вопрос арбитраж опирался на такие критерии:

- момент, когда была вложена инвестиция;
- момент подачи иска;
- суть сделки;
- подлинная природа хозяйственной деятельности компании — объекта приобретения, продавца и приобретателя;
- степень предсказуемости действий со стороны государства в момент проведения реструктуризации.

В итоге арбитраж постановил: доля была передана для того, чтобы искусственно создать у международного инвестиционного арбитража компетенцию по рассмотрению спора, суть которого изначально относилась к компетенции судов Панама. Поэтому арбитраж согласился с аргументом ответчика о том, что истец злоупотребил своими правами, и отказался рассматривать иск по существу.

2.6. Отказ в предоставлении защиты: сроки и порядок действий

Феномен *treaty shopping* приводит к тому, что договаривающиеся государства закрепляют в международных договорах, что определённые группы иностранных инвесторов не будут пользоваться защитой в соответствии с этими договорами. Этот механизм называется «отказ в предоставлении защиты» (англ.: *denial of benefits*). Например, арабские страны не хотят, чтобы инвесторы из Израиля вставали под защиту, например, ДИДов этих стран с США.

Дело между «Ампал-Американ» и другими против Египта было основано на ДИДе США — Египет (1986 года)³⁰. Государство-ответчик попыталось отказать в предоставлении выгод одному из истцов — американской корпорации «Ампал», контролируемой гражданином третьего государства (Израиль). Корпорация «Ампал» направила Египту уведомление о споре в мае 2011 года, а в мае 2012 года подала исковое заявление в МЦУИС. В январе 2013 года Египет уведомил корпорацию «Ампал» о своём несогласии с тем, чтобы та пользовалась защитой в соответствии с этим ДИДом. Затем Египет обратился к США, и оба правительства обменялись дипломатическими нотами по данному вопросу. В частности, США не выразили несогласия с действиями Египта и посчитали, что этот вопрос решён к «взаимному удовлетворению». Иными словами, граждане третьих государств, не участвующих в ДИДе США — Египет, не вправе «вставать под зонтик» этого ДИДа.

Однако арбитраж постановил, что Египет не выполнил требования ДИДа. В соответствии с ДИДом, «если одна из Сторон считает, что выгоды по настоящему Договору не должны применяться... она должна незамедлительно провести консультации с другой Стороной в целях поиска взаимоприемлемого решения по данному вопросу»³¹. Арбитраж

²⁸ В международно-договорной практике России был другой пример: Россия сначала заключила ДИД с Кипром, а затем отказалась его ратифицировать, понимая, что инвестиции с Кипра в Россию — это, по сути дела, российские же деньги под кипрским флагом.

²⁹ ICSID. *Transglobal Green Energy, LLC and Transglobal Green Panama, S.A. v. Republic of Panama*. Case No. ARB/13/28. Award of 2 June 2016. § 103, 118.

³⁰ ICSID. *Ampal-American Israel Corp., EGI-Fund (08-10) Investors LLC, EGI-Series Investments LLC, BSS-EMG Investors LLC and David Fischer v. Arab Republic of Egypt*. Case No. ARB/12/11. Decision on Jurisdiction of 1 February 2016. § 138–143, 149, 151, 154.

³¹ Протокол к ДИДу Египет — США, п. 1. Egypt — United States of America BIT (1986). URL: <http://investmentpolicyhub.unctad.org/Download/TreatyFile/1123> (дата обращения: 16.08.2018).

дал такое толкование этому положению: Египет должен провести консультации с США до того, как откажется предоставлять данному инвестору выгоды по ДИДу. Однако в рассматриваемом случае консультации между США и Египтом состоялись уже после того, как Египет отказался предоставлять истцу выгоды по ДИДу. По сути дела, Египет поставил США перед свершившимся фактом, а не пригласил их участвовать в консультациях с целью поиска взаимоприемлемого решения по вопросу. Поэтому арбитраж признал неправомерным отказ Египта в предоставлении защиты истцу по ДИДу.

2.7. Генеральное соглашение по торговле услугами как основание для доступа к защите по ДИДу

Иностранные инвесторы проявляют порой большую изобретательность, чтобы обосновать юрисдикцию арбитража, в который они подают иск к государству. Однако впервые за всю историю международного инвестиционного арбитража иностранный инвестор пошёл столь далеко — сослался на Генеральное соглашение по торговле услугами от 15 апреля 1994 года³² (далее — ГАТС).

В деле по иску компаний «*Menzies Middle East and Africa S.A.*» (Люксембург) и «*Aviation Handling Services International Ltd.*» (Британские Виргинские о-ва) против Сенегала³³ первый истец заявил: при отсутствии ДИДа между Сенегалом и Люксембургом эта компания имела право встать под защиту ДИДа между Нидерландами и Сенегалом от 1979 года. Спор касался наземного обслуживания воздушных судов в аэропорту города Дакара (столица Сенегала). Согласно позиции этого истца (компании «ММЕА»), он является «поставщиком услуг» по смыслу ГАТС. По мнению ММЕА, положения статьи II ГАТС о режиме наибольшего благоприятствования (далее — РНБ) в торговле услугами наделяли истца правом на доступ к арбитражному разбирательству исков иностранных инвесторов против принимающего государства по любым ДИДам, вступившим в силу для

Сенегала. Истец обосновал свой вывод так: Сенегал не исключил урегулирование споров между инвесторами и государством и ДИДы из сферы действия своих обязательств о РНБ по ГАТС, как это сделали некоторые другие члены ВТО. Иными словами, истец не утверждал, что Сенегал нарушил свои обязательства по ГАТС, но попытался использовать ГАТС как мостик, чтобы встать под защиту материальных прав, закреплённых в ДИДах Сенегала с третьими государствами.

Однако арбитраж отклонил доводы истца. Арбитраж постановил: истцу не удалось доказать, что Сенегал чётко и недвусмысленно согласился на арбитраж в отношении инвесторов из Люксембурга. В статье II ГАТС ничего не сказано о международном арбитраже или разрешении споров в целом; также в ней не выражено согласие Сенегала на арбитражное разбирательство или на распространение действия этого согласия на споры, вытекающие из ДИДов. Арбитраж пришёл к выводу, что истец не вправе воспользоваться защитой, предоставленной ДИДаами Сенегала с другими государствами. Арбитраж также постановил, что предложенное истцом толкование положения ГАТС о РНБ в торговле услугами будет иметь серьёзные последствия: инвесторы смогут воспользоваться отдельными положениями в различных ДИДах, подписанных принимающим государством с третьими странами, даже при отсутствии каких-либо ДИДов, подписанных с государством происхождения инвестора. По мнению арбитража, деятельность членов Всемирной торговой организации (продолжающаяся и расширяющаяся) по подписанию ДИДов с возможностью арбитражного разбирательства споров между иностранными инвесторами и принимающими их государствами предполагает, что они не намеревались предусматривать этот вариант в рамках ГАТС.

2.8. Отказ от прав в рамках ДИДа

В деле компаний «*МНСС*» и «*РСА*» против Черногории³⁴ фабула была такова: иностранный инвестор и Черногория заключили договор о приватизации. В нём содержалось сле-

³² General Agreement on Trade in Services (Art. I—XXVI). URL: (дата обращения: 15.08.2018).

³³ ICSID. *Menzies Middle East and Africa S.A. and Aviation Handling Services International Ltd. v. Republic of Senegal*. Case No. ARB/15/21. Award of 5 August 2016. § 129—135, 139, 145.

³⁴ ICSID. *MNSS B.V. and Recupero Credito Acciaio N.V. v. Montenegro*. Case No. ARB(AF)/12/8. Award of 4 May 2016. § 159, 163, 164.

дующее положение: покупатель отказывается от любого права предъявлять иски продавцу, которое он в противном случае имел бы в соответствии с международным правом, помимо тех прав, которые прямо предоставлены истцу договором о приватизации. Поэтому арбитражу предстояло рассмотреть вопрос о том, могут ли инвесторы юридически действительным образом отказаться заранее от прав, предусмотренных ДИДом. Арбитраж пришёл к следующему выводу: да, в принципе могут, но при условии, что отказ выражен явно и добровольно. Вместе с тем арбитраж указал, что отказ недопустим, если он нарушает «общественную цель» ДИДа.

При рассмотрении в данном деле отказа, выраженного истцом в контракте, арбитраж определил: во-первых, такой отказ ограничен вытекающими из контракта исковыми требованиями, которые подпадают под «зонтичную оговорку»³⁵ ДИДа. Это значит, что такой отказ от прав не распространяется на исковые требования, вытекающие из нарушения Черногорией других своих обязательств по ДИДу. Во-вторых, арбитраж постановил, что контракт предусматривал рассмотрение этих исковых требований в рамках коммерческого (а не инвестиционного) арбитражного разбирательства, и решил, что это прямо соответствует общественной цели, преследуемой государствами — участниками ДИДа.

2.9. Встречный иск государства к инвестору, основанный на предполагаемом нарушении прав человека

Предъявление встречного иска государством к иностранному инвестору — довольно редкое явление. Это связано с тем, что, как правило, применимый международный договор не предусматривает, что у арбитража есть юрисдикция рассматривать встречные иски (или вообще первоначальные иски принимающего государства к иностранному инвестору).

Одним из таких исключений является дело компаний «Урбазер» и «КАББ» против

Аргентины³⁶: государство-ответчик подало встречный иск, заявив, что инвесторы нарушали права человека на воду. Инвесторы возражали на это, утверждая, что у арбитража нет юрисдикции рассматривать этот встречный иск. Инвесторы аргументировали свою позицию, среди прочего, тем, что международные договоры о защите инвестиций не налагают обязательств на инвесторов. Арбитраж указал, что, в отличие от других случаев, когда другие арбитражи отклоняли встречные иски принимающих государств к иностранным инвесторам, в ДИДе Аргентина — Испания (1991 года) прямо предусмотрено: спор может быть передан в арбитраж «по требованию любой из сторон». Это означает, что ДИД полностью нейтрален как в отношении вопроса, кто может выступать истцом — иностранный инвестор или принимающее его государство, так и в отношении вопроса, кто может быть ответчиком в инвестиционном споре между сторонами. Что касается довода заявителей о том, что они не давали согласия на компетенцию арбитража рассматривать встречные требования государства, арбитраж отметил: заявители не вправе расщепить своё согласие на арбитраж между своим первоначальным иском и потенциальным встречным иском государства. Следует считать, что согласие обеих сторон (истца и ответчика) на арбитраж охватывает все споры в связи с инвестициями по смыслу ДИДа.

Заявители также утверждали, что любой встречный иск, поданный в арбитраж в связи с предполагаемым нарушением прав человека, выходит за пределы компетенции арбитража. Однако арбитраж посчитал, что такого аргумента недостаточно, чтобы исключить в силу принципа *prima facie*³⁷ любой подобный иск как не подразумевающий наличие спора, связанного с инвестициями. Арбитраж согласился с тем, что в данном случае ещё предстоит определить, действительно ли встречный иск, предъявленный государством-ответчиком, касался нарушений прав и обязательств в рамках ДИДа. Арбитраж решил вернуться

³⁵ «Зонтичная оговорка» (англ.: *umbrella clause*) — это положение ДИДа (или иного международного договора), согласно которому нарушения принимающим государством любого своего обязательства перед иностранным инвестором (например, обязательства, закреплённого в договоре между этим государством и иностранным инвестором) считается нарушением этого международного договора.

³⁶ ICSID. *Urbaser S.A. and Consorcio de Aguas Bilbao Bizkaia, Bilbao Biskaia Ur Partzuergoa v. Argentine Republic*. Case No. ARB/07/26. Award of 8 December 2016. § 36, 1120, 1143, 1147, 1153–1155.

³⁷ Латинский термин, переводится на русский как «на первый взгляд». Он означает, что, пока не доказано иное, действует предположение о том, что факты, о которых заявляет сторона процесса, на первый взгляд являются верными.

к этому возражению первоначальных истцов при рассмотрении встречного иска по существу и заключил, что он обладает юрисдикцией в отношении встречного иска³⁸.

2.10. Присвоение актов государственным органам

Нередко права иностранного инвестора нарушает не государство в лице своих уполномоченных органов, а иные лица. Этими иными лицами могут быть как органы власти региона данного государства (или даже местного самоуправления), так и, например, саморегулируемые организации. Поэтому возникает вопрос: отвечает ли государство за эти действия иных лиц? Иными словами, вменяются ли (иной термин: присваиваются ли) действия этих лиц государству? Ответ на этот вопрос следует искать в международном обычном праве об ответственности государств. Оно кодифицировано в Проекте статей об ответственности государств за международно-противоправные деяния³⁹, составленном Комиссией международного права ООН (*далее* — Проект статей).

В деле *Алмаз против Польши*⁴⁰ истцы — граждане Норвегии были акционерами компании — арендатора сельскохозяйственных земель в Польше. Истцы заявили о нарушении Польшей ряда положений ДИДа Норвегия — Польша (1990 года), возникших в результате прекращения договоров аренды арендодателем — польским Агентством сельскохозяйственных земель. Таким образом, вопрос заключался в следующем: вменяются ли действия Агентства Польше на основании обычного международного права?

Во-первых, арбитраж установил, что Агентство не является органом польского государства в соответствии со статьёй 4 Проекта статей. У Агентства не было такого статуса согласно польскому законодательству; также арбитражу не было представлено никаких

объективных доказательств того, что Агентство действовало фактически в качестве государственного органа Польши (например, выполняя основные государственные функции, непосредственно и повседневно подчиняясь центральному правительству или не имея оперативной автономии). Во-вторых, арбитраж пришёл к выводу, что Польша не несёт ответственности за действия Агентства и в соответствии со статьёй 5 Проекта статей: для того, чтобы действия Агентства вменялись государству согласно данной статье, акт должен осуществляться лицом, уполномоченным осуществлять государственную власть, и представлять собой осуществление этой государственной власти. Арбитраж счёл, что прекращение аренды Агентством было осуществлением не государственной власти, а прав собственника в силу гражданско-правового договора. Наконец, арбитраж постановил: поведение Агентства не может быть вменено Польше и в соответствии со статьёй 8 Проекта статей, поскольку не было доказательств каких-либо указаний Агентству со стороны польского правительства о прекращении аренды⁴¹.

В деле *«Меса Пауэр» против Канады*⁴² арбитраж пришёл к выводу, что поведение Управления энергетики канадской провинции Онтарио вменяется Канаде в соответствии с условиями Североамериканского соглашения о свободной торговле⁴³ (*далее* — НАФТА). Это Управление было учреждено законом и отвечало за принятие решений о заключении контрактов с частными лицами, предусматривавших субсидирование тарифов для возобновляемых источников энергии. Арбитраж отметил, что НАФТА устанавливает особый режим, который проводит различие между государством — стороной НАФТА и

³⁸ Подробнее об этом деле см.: Козьякова А. Дело *Urbaser and CABB v. Argentina* в международном инвестиционном арбитраже: поиск справедливого баланса между иностранным инвестором и принимающим государством // Международное правосудие. 2017. № 3 (23). С. 3—18.

³⁹ International Law Commission. Draft Articles on Responsibility of States for Internationally Wrongful Acts (2001). URL: http://legal.un.org/ilc/texts/instruments/english/commentaries/9_6_2001.pdf (дата обращения: 13.08.2018).

⁴⁰ PCA. *Kristian Almås and Geir Almås v. The Republic of Poland*. Case No. 2015-13. Award of 27 June 2016. § 209—210, 215—216, 247—251, 268—272.

⁴¹ В деле *«Тенарис» и «Талта» против Венесуэлы* (1-я стадия) арбитраж также посчитал, что действия государственного предприятия нельзя вменять принимающему государству, поскольку предприятие не является ни органом государства (для целей статьи 4 Проекта статей), ни уполномоченной Венесуэлой организацией, которая должна осуществлять отдельные элементы государственной власти (по смыслу статьи 5 Проекта статей). См.: ICSID. *Tenaris S.A. and Talta-Trading e Marketing Sociedade Unipessoal Lda v. Bolivarian Republic of Venezuela (I)*. Case No. ARB/11/26. Award of 29 January 2016. § 412—417.

⁴² PCA. *Mesa Power Group LLC v. Government of Canada*. Case No. 2012-17. Award of 24 March 2016. § 362, 371—377.

⁴³ North American Free Trade Agreement. URL: <https://www.nafta-sec-alena.org/Home/Texts-of-the-Agreement/North-American-Free-Trade-Agreement> (дата обращения: 15.08.2018).

её предприятиями, определяет, какие обязательства по контролю за этими предприятиями лежат на государствах, и, следовательно, предусматривает ответственность государства — стороны НАФТА за действия своих предприятий. По мнению арбитража, положения НАФТА являются более специальными в вопросе вменения деяний лиц государству по сравнению с нормами обычного международного права, содержащимися в Проекте статей. Применяя эти положения, арбитраж пришёл к таким выводам: действия Управления, в том числе подготовка правил о субсидировании тарифов, присвоение рейтинга заявкам участников конкурса, установление критериев оценки и в конечном счёте принятие решения о том, с кем будет заключён контракт, соответствуют стандартам, установленным в НАФТА. Следовательно, эти действия вменяются Канаде.

В деле «Флеминг Дютти Фри» против Польши⁴⁴ арбитраж рассмотрел такой вопрос: вменяются ли Польше действия государственного предприятия «Польские аэропорты» (далее — PPL)? Это предприятие было создано для строительства и эксплуатации аэропортов в Польше. Его акции полностью принадлежали казначейству Польши. Польша считала PPL не государственным органом, а независимым государственным предприятием, действующим без вмешательства или влияния со стороны государства в своей коммерческой политике. Истец же охарактеризовал PPL как предприятие, действующее под контролем и надзором Министерства транспорта Польши.

Арбитраж отметил, что его задача состоит в том, чтобы изучить фактические функции и роль PPL. Применяя такой подход, арбитраж пришёл к выводу, что PPL является фактически государственным органом. Особенно важным для арбитража было то, что PPL принадлежало казначейству Польши и должно было получать разрешение государства на заключение различных сделок, включая утверждение договоров аренды в аэропорту (как было в рассматриваемом деле). Кроме того, арбитраж отметил, что функции PPL по управлению крупным аэропортом не являют-

ся тем, что обычно является частной бизнес-функцией, и что сама Польша в других случаях заявила, что PPL выполняет «стратегическую» функцию для государства.

2.11. Вправе ли арбитраж решать по ДЭХ споры внутри ЕС?

В деле «Чаранн» и другие против Испании⁴⁵ государство-ответчик утверждало, что ДЭХ прямо или косвенно содержит положение о «разъединении» (англ.: *disconnection clause*): оно запрещает арбитражам решать споры между государствами — членами ЕС и инвесторами из других стран — членов ЕС. Однако арбитры не согласились с этим: они сочли, что не существует противоречия между ДЭХ и Договором о функционировании Европейского Союза (далее — ДФЕС)⁴⁶. По мнению арбитража, в праве ЕС нет ни нормы, которая не позволяла бы государствам — членам ЕС разрешать свои споры с инвесторами из других государств — членов ЕС в арбитраже, ни нормы, которая не позволяла бы арбитражу применять право ЕС для разрешения такого спора.

Те же аргументы были высказаны ответчиком в деле «RREEF» против Испании⁴⁷. Испания утверждала, что ДЭХ не применяется к спорам внутри ЕС и что судебная система ЕС обладает исключительной юрисдикцией в отношении таких споров. Однако арбитраж постановил, что ДЭХ является документом, имеющим для данного арбитража конституирующее значение, поэтому в случае какого-либо противоречия между ДЭХ и правом ЕС иерархия норм должна определяться в соответствии с международным правом. Следовательно, заключил арбитраж, в случае такого противоречия ДЭХ имеет преимущество. В то же время, как и в арбитражном разбирательстве по делу «Чаранн», арбитраж постановил, что в рассматриваемом слу-

⁴⁵ Stockholm Chamber of Commerce (далее — SCC). *Charanne B.V. and Construction Investments S.a.r.l. v. Spain*. Case No. 062/2012. Final Award of 21 January 2016, § 438.

⁴⁶ Consolidated version of the Treaty on the Functioning of the European Union. URL: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=celex%3A12012E%2FTXT> (дата обращения: 15.08.2018).

⁴⁷ ICSID. *RREEF Infrastructure (G.P.) Limited and RREEF Pan-European Infrastructure Two Lux S.à r.l. v. Kingdom of Spain*. Case No. ARB/13/30. Decision on Jurisdiction of 6 June 2016. § 74–75, 79–87.

⁴⁴ UNCITRAL. *Fleming Duty Free Shop Private Limited v. Republic of Poland*. Award of 12 August 2016. § 427–429, 436, 439, 352, 364–365.

чае не было конфликта между ДЭХ и правом ЕС и что — при отсутствии чёткого положения на этот счёт или положения о разъединении — арбитраж не может согласиться с тем, что споры внутри ЕС исключены из сферы действия ДЭХ.

Тем не менее вопрос о том, вправе ли международный инвестиционный арбитраж рассматривать споры между истцом из одной страны — члена ЕС и истцом — другой страной, которая также является членом ЕС, в 2018 году был решён Судом ЕС отрицательно. Суд пришёл к выводу, что международный инвестиционный арбитраж несовместим с правом ЕС⁴⁸. Это означает, что, по мнению Суда ЕС, в будущем подобные споры должны рассматриваться национальными судами страны ЕС — ответчика. Правда, это вовсе не означает, что международные инвестиционные арбитражи тоже будут согласны с этим: скорее всего, сначала они будут пытаться игнорировать это мнение Суда ЕС. Однако со временем подача внутриевропейских исков в международные инвестиционные арбитражи, видимо, сама собой сойдёт на нет, так как государства — члены ЕС будут отказываться исполнять арбитражные решения, вынесенные против них.

Это развитие в ЕС должно было бы вызывать интерес в Евразийском экономическом союзе, так как он во многом скороен по лекалам ЕС. Однако вряд ли государства — участники ЕАЭС (да и инвесторы, происходящие из этих государств) готовы к тому, чтобы иск компании из одной страны ЕАЭС (Армения, Беларусь, Казахстан, Кыргызстан, Россия) к другой стране ЕАЭС в связи с нарушением прав этой компании как иностранного инвестора в принимающем государстве подлежал рассмотрению исключительно в судах принимающего государства.

3. Вопросы приемлемости

3.1. Приемлем ли иск, для которого использованы поддельные документы?

Иногда в международном правосудии одна или другая сторона спора (или обе) используют

ют поддельные документы. Например, Катар использовал поддельные документы в деле *Катар против Бахрейна* в Международном Суде — главном судебном органе ООН⁴⁹.

В деле по иску компаний «Черчилль Майнинг» и «Планет Майнинг» (Великобритания) против Индонезии⁵⁰ арбитраж установил, что подделаны 34 документа, на которые стороны ссылались в ходе арбитражного разбирательства в качестве доказательств. Из них 30 документов были представлены истцами. Среди этих документов были лицензии на добычу полезных ископаемых, которые находились в распоряжении местных партнёров инвестора (индонезийская группа компаний «Ридлатама»). На эти лицензии в основном и опирались исковые требования инвесторов. Арбитраж пришёл к выводу, что ответственность за фальсификацию документов несёт, скорее всего, «Ридлатама».

Что касается юридических последствий представления фальсифицированных доказательств одной из сторон, арбитраж заключил: если бы инвестор преднамеренно игнорировал доказательства совершения серьёзного проступка или преступления либо необоснованно не воспринял бы такие доказательства, то это лишило бы инвестора права на иск. Арбитраж сосредоточился на таких вопросах:

- насколько инвесторы контролировали процесс выдачи лицензий;
- было ли инвесторам известно о доказательствах мошенничества, которые разумному инвестору в горнодобывающий сектор Индонезии стоило бы тщательно изучить;
- предприняли ли инвесторы соответствующие меры по исправлению неправомерного положения?

В результате арбитраж установил, особенно учитывая серьёзность мошенничества, что истцы не действовали с разумной степенью осмотрительности в данных обстоятельствах, и посчитал иск неприемлемым.

⁴⁸ См.: Бурова Е. С., Коротеева К. В. Ветер перемен: актуальные обсуждения реформы системы разрешения споров между иностранными инвесторами и государствами // Закон. 2018. № 5. С. 153–163.

⁴⁹ International Court of Justice. *Maritime Delimitation and Territorial Questions between Qatar and Bahrain (Qatar v. Bahrain)*. URL: <http://www.icj-cij.org/en/case/87> (дата обращения: 15.08.2018).

⁵⁰ ICSID. *Churchill Mining and Planet Mining Pty Ltd v. Republic of Indonesia*. Case No. ARB/12/40 and 12/14. Award of 6 December 2016. § 476, 502, 504, 510, 528.

3.2. «Развилка на дороге»

Развилка (англ.: *fork in the road*) — это положение применимого международного договора, которое требует от истца — иностранного инвестора определиться заранее: желает ли он, чтобы его спор с принимающим государством рассматривался в суде данного государства или в международном инвестиционном арбитраже? Если иностранный инвестор сделал выбор в пользу суда принимающего государства, то он уже не вправе обращаться с таким же иском в международный инвестиционный арбитраж⁵¹.

В деле «*Эйч энд Эйч*» (США) против Египта спор касался договора на управление курортом в Египте⁵². Сначала спор был рассмотрен в международном коммерческом арбитраже и в государственных судах в Египте. После этого иностранный инвестор обратился в международный инвестиционный арбитраж по правилам МЦУИС в соответствии с ДИДом Египет — США 1986 года. Истец утверждал, среди прочего, следующее: тот факт, что Египет выгнал инвестора с этого курорта и отказал признать его опцион на выкуп курорта, нарушает также этот ДИД. Арбитраж постановил, что в силу положения ДИДа о развилке большинство исковых требований погашены в результате рассмотрения исков инвестора в международном коммерческом арбитраже и в государственных судах.

При этом арбитраж отклонил такой довод истца: исковые требования считаются погашенными в силу положения ДИДа о развилке только в том случае, если исковые требования, заявленные при рассмотрении спора в принимающем государстве и в международном разбирательстве, соответствуют так называемому «тесту на тройную тождественность» (англ.: *triple identity test*). Этот тест означает, что в обоих делах участвуют те же стороны, а исковые требования имеют один и тот же предмет и одно и то же основание. Не полагаясь на толкование, данное другими арбитражами в решениях по другим международным инвестиционным договорам, данный арбитраж сосредоточился на ДИДе Египет —

США. В результате арбитраж заключил: цель положения о развилке — не допустить, чтобы один и тот же спор рассматривался разными органами. Поэтому не следует требовать, чтобы стороны были непременно одинаковыми или чтобы идентичными были основания исков, поданных в местные суды и в арбитраж. По мнению арбитража, значение имеет другое: покоится ли спор, вытекающий из ДИДа, на той же фактической и правовой основе, что и спор, рассмотренный в государственном суде? Оценив представленные ему факты, арбитраж пришёл к такому выводу: нужно применить положение о развилке, поэтому у арбитража нет юрисдикции для рассмотрения этого спора по ДИДу по существу.

В деле по иску компании «*Чаранн*» (Нидерланды) и другие против Испании⁵³ арбитраж, напротив, отклонил похожее возражение государства-ответчика о том, что истцы, прибегнув к местным административным процедурам и к разбирательству в Европейском Суде по правам человека⁵⁴ (далее — ЕСПЧ), привели в действие статью 26(3)(b)(i) ДЭХ (положение о развилке), и поэтому арбитраж должен отказать им в рассмотрении инвестиционного спора. В частности, арбитраж постановил, что истцы при обращении в испанские суды и ЕСПЧ, с одной стороны, и в международный инвестиционный арбитраж, с другой стороны, не были одними и теми же лицами (то есть не выполнен тест «тройной идентичности»). Кроме того, ЕСПЧ не является судом или административным трибуналом Договаривающейся Стороны, как требует ДЭХ.

3.3. Отказ от рассмотрения спора в судах принимающего государства

Некоторые международные договоры о защите иностранных инвестиций предусматривают, что истец должен отказаться от своих

⁵³ SCC. *Charanne B.V. and Construction Investments S.a.r.l. v. Spain*. Case No. 062/2012. Final Award of 21 January 2016. § 408–409.

⁵⁴ 4 июля 2011 года несколько дочерних лиц компании «Т-Солар» подали в ЕСПЧ жалобу против Испании. Они требовали признать, что своими действиями Испания нарушила статью 1 Протокола № 1 к Конвенции о защите прав человека и основных свобод (1950 года) и статьи 6 и 13 самой Конвенции. 12 декабря 2013 года ЕСПЧ объявил своё окончательное решение: эта жалоба является неприемлемой, так как не удовлетворяет требованиям статей 34 и 25 Конвенции.

⁵¹ Подробнее о развилке в международном инвестиционном праве см.: *Waibel M. Op. cit.* P. 1281–1282. § 273–277.

⁵² ICSID. *H&H Enterprises Investments, Inc. v. Arab Republic of Egypt*. Case No. ARB/09/15. Award of 6 May 2014. § 363–365, 367–369, 385.

прочих требований, чтобы у международного инвестиционного арбитража было право рассматривать спор этого инвестора с принимающим государством.

В деле по иску компании «Ренко» против Перу⁵⁵ арбитраж рассмотрел такой вопрос: действительно ли истец отказался от других требований в качестве предварительного условия для начала арбитражного разбирательства в соответствии с Договором о свободной торговле между Перу и США? В соответствии со статьёй 10.18(2)(b) этого Договора, для того чтобы получить согласие Перу на арбитраж, истец должен был письменно отказаться от «любого права инициировать или продолжать в любом административном суде в соответствии с законодательством любой стороны или согласно другим процедурам урегулирования споров любое разбирательство в отношении любой меры, которая, как утверждается, представляет собой нарушение [главы данного Договора, посвящённой защите инвестиций]». Истец особо оговорил в своём письменном отказе, что оставляет за собой право предъявлять требования в других судах, если международный инвестиционный арбитраж откажет в рассмотрении любых его исковых требований по основаниям юрисдикции или приемлемости. Арбитраж пришёл к выводу о том, что такой отказ истца не соответствовал требованиям Договора, и поэтому отказался рассматривать иски по существу — из-за отсутствия юрисдикции. Кроме того, большинство состава арбитража отклонило аргумент истца о том, что арбитраж должен дать истцу возможность устранить недостатки его отказа или просто проигнорировать содержащуюся в письме истца ответчику формулировку об отказе, не совместимую с указанным Договором.

3.4. Параллельное разбирательство, злоупотребление процессом и консолидация

Как в национальной правовой системе, так и в международном правосудии существует принцип: если один орган по разрешению споров рассматривает спор, то другой не

вправе принимать его к своему рассмотрению. Однако это правило применимо только в том случае, если спор действительно является идентичным.

Спор между компанией «Ампал-Американ» (США) и другими против Египта⁵⁶ возник в связи с четырьмя параллельными арбитражными разбирательствами⁵⁷. Все они были основаны на одних и тех фактических основаниях. В качестве доказательств в этих разбирательствах использовались показания одних и тех же свидетелей. Сами исковые требования также были во многом аналогичными. В ходе арбитражного разбирательства в МЦУИС на основании ДИДа Египет — США (1986 года) Египет утверждал: все исковые требования должны быть отклонены, так как они являются результатом злоупотребления правами со стороны истцов и ненадлежащих попыток истцов увеличить свои шансы на возмещение убытков. Однако арбитраж в значительной степени не согласился с Египтом, отметив следующее: во-первых, существует юридическое различие между основаниями иска по гражданско-правовому договору и иска по ДИДу. Во-вторых, Египет сам отклонил предложения истцов о консолидации разбирательства.

Тем не менее арбитраж посчитал тревожным пересечение исковых требований в рамках разбирательства в МЦУИС и параллельным разбирательством по правилам Комиссии ООН по праву международной торговли (далее — ЮНСИТРАЛ) на основании другого ДИДа. Правда, арбитраж признал, что вполне разумно ожидать от стороны, что она будет стремиться защитить своё требование в двух органах по разрешению споров, юрисдикция каждого из которых неясна. Однако, как только юрисдикция будет подтверждена иным образом, следует считать, что истец злоупотребляет процессуальными правами, если он продолжит защищать по сути одина-

⁵⁵ ICSID. *The Renco Group, Inc. v. Republic of Peru*. Case No. UNCT/13/1. Partial Award on Jurisdiction of 15 July 2016. § 78, 80, 119, 160, 173, 189.

⁵⁶ ICSID. *Ampal-American Israel Corp., EGI-Fund (08-10) Investors LLC, EGI-Series Investments LLC, BSS-EMG Investors LLC and David Fischer v. Arab Republic of Egypt*. Case No. ARB/12/11. Decision on Jurisdiction of 1 February 2016. § 328–331, 333, 339.

⁵⁷ Лишь одно из них рассматривалось международным арбитражем на основе международного договора о защите инвестиций: *PCA. Yosef Maiman, Merhav (MNF), Merhav-Ampal Group, Merhav-Ampal Energy Holdings v. Arab Republic of Egypt*. Case No. 2012/26. Остальные международные арбитражи были коммерческими, а не инвестиционными.

ковое исковое требование в двух арбитражах при рассмотрении исков по существу. Арбитраж по правилам ЮНСИТРАЛ подтвердил свою юрисдикцию в отношении исковых требований, переданных ему на рассмотрение. Арбитраж МЦУИС также принял к рассмотрению исковые требования, заявленные ему. Поэтому арбитраж МЦУИС указал: считается, что злоупотребление процессуальными правами со стороны истца в виде попытки рассматривать исковые требования в обоих арбитражных разбирательствах кристаллизовалось. Однако арбитраж не отклонил дублирующее исковое требование по мотиву злоупотребления правами. Вместо этого арбитраж призвал истца определиться: желает ли он продолжать рассмотрение этого искового требования в арбитраже МЦУИС или в арбитраже по правилам ЮНСИТРАЛ, а именно к дате, установленной арбитражем. Арбитраж также указал, что позже он вернётся к вопросу о злоупотреблении процессуальными правами в отношении этой части исковых требований, приняв во внимание ответ истца на это предложение арбитража.

4. Заключение

Изложенное выше демонстрирует, насколько важно, чтобы договаривающиеся государства чётко очерчивали в заключаемых ими международных договорах о защите инвестиций условия юрисдикции международных инвестиционных арбитражей и условия приемлемости исков иностранных инвесторов к принимающим государствам. К сожалению, это происходит далеко не всегда: когда государства заключают подобные договоры, они часто не задумываются о далеко идущих последствиях своих действий.

Создание единых «правил игры» — как процессуальных, так и материально-правовых — в универсальном международном договоре, а также создание единого международного суда, к компетенции которого относилось бы рассмотрение подобных споров, могло бы помочь решить проблему несогласованности решений разных арбитражей по схожим или одинаковым вопросам и устранить правовую неопределённость.

Усилия по гармонизации подходов к юрисдикции и приемлемости в настоящее время предпринимаются на универсальном уровне

под эгидой ЮНСИТРАЛ и ЮНКТАД — вспомогательных органов Генеральной Ассамблеи ООН. Однако эта работа находится лишь в самом начале пути, поэтому рано делать какие-то выводы о ней.

Библиографическое описание:

Рачков И. Решения международных инвестиционных арбитражей о компетенции (юрисдикции) и приемлемости исков: обзор наиболее примечательных дел за 2016 год // Международное правосудие. 2018. № 3(27). С. 93—110.

Awards of international investment arbitration tribunals on competence (jurisdiction) and admissibility of claims: an overview of the most remarkable cases for 2016

Iliya Rachkov

Candidate of Sciences (Ph.D.) in Law, Associate Professor, Moscow State Institute (University) of International Relations, Moscow, Russia (e-mail: ilia.rachkov@gmail.com).

Abstract

In international investment law, there are no uniform rules. This is true for both the substantive and the procedural law provisions. There is no single body for resolution of investment disputes either. All this makes the application and the interpretation of international investment law extremely difficult. These difficulties entail non-predictability as to which strategy and tactics the claimant or the respondent shall follow in order to get the dispute resolved in his favour. To protect themselves from foreign investors' claims, the respondent States hosting investments challenge the competence (jurisdiction) of arbitration tribunals and the admissibility of claims. This is due to the following: if the dispute passes from the first stage (jurisdiction and admissibility of claim) into the next one — the merits stage, statistically the respondent State is less likely to win the case. This article analyses specific examples of how States defend themselves from claims of foreign investors by challenging the competence (jurisdiction) of arbitration tribunals and the admissibility of claims. In the beginning, emphasis is put on the distinction between the notions of "jurisdiction" and "admissibility". This is followed by specific examples of how respondent States substantiate their arguments that the arbitration tribunal has no jurisdiction over the claim or that the claim is not admissible. The following falls within the first group: the subject matter of the dispute does not qualify as an "investment"; the claimant is not an "investor"; when operating its investment, the investor violated the laws of the host country; the period of limitation expired; the investor abused his rights; protection of the investor's rights shall be denied; the respondent State filed a counterclaim against the investor; the international treaty to which the investor refers does not constitute the basis for the protection of the investor / his investment; the investor waived his rights; the actions of the persons who violated the investor's rights are not attributable to the State; the arbitration tribunal is not entitled to solve the dispute at hand.

Keywords

international investment law; foreign investments; foreign investors; host states; competence (jurisdiction) of international investment arbitration tribunals; admissibility of claims.

Citation

Rachkov I. (2018) Resheniya mezhdunarodnykh investitsionnykh arbitrazhey o kompetentsii (yurisdiksii) i priemlemosti iskov: obzor naibolee primechatel'nykh del za 2016 god [Awards of international investment arbitration tribunals on competence (jurisdiction) and admissibility of claims: an overview of the most remarkable cases for 2016]. *Mezhdunarodnoe pravosudie*, vol. 8, no. 3, pp. 93–110. (In Russian).

References

Burova E. S., Koroteeva K. V. (2018) Veter peremen: aktual'nye obsuzhdeniya reformy sistemy razresheniya sporov mezhdru inostrannymi investorami i gosudarstvami [The wind of change: actual discussions on the reform of the system for resolving disputes between foreign investors and states]. *Zakon*, no. 5, pp. 153–163. (In Russian).

Kozyakova A. (2017) Delo *Urbaser and CABB v. Argentina* v mezhdunarodnom investitsionnom arbitrazhe: poisk spravедливого balansa mezhdru inostrannym investorom i primimayushchim gosudarstvom [Case *Urbaser and CABB v. Argentina* in the international investment arbitration tribunal: search for a fair balance between a foreign investor and the host state]. *Mezhdunarodnoe pravosudie*, vol. 7, no. 3, pp. 3–18. (In Russian).

Rachkov I. (2014) Byvshie aktsionery "YUKOSa" protiv Rossii: Kommentariy k arbitrazhnomu resheniyu pod egidoy Postoyannoy Palaty Treteyskogo Suda v Gaage [Former shareholders of YUKOS v. Russia: Commentary to the arbitral award under the auspices of the Permanent Court of Arbitration in The Hague]. *Mezhdunarodnoe pravosudie*, vol. 4, no. 3, pp. 18–34. (In Russian).

Rachkov I. V. (2017) Delo "Rusoro" protiv Venesuely [Rusoro v. Venezuela]. *Pravo i biznes*, no. 3, pp. 3–16. (In Russian).

Waibel M. (2015) Investment Arbitration: Jurisdiction and Admissibility. In: Bungenberg M., Griebel J., Hobe S., Reinisch A. (ed.) *International Investment Law: A Handbook*, München: C. H. Beck; Oxford: Hart; Baden-Baden: Nomos, pp. 1212–1287.