

МЕЖДУНАРОДНОЕ ПРАВОСУДИЕ

№ 4 (32) • 2019

**Границы «зеркального зала»:
критический взгляд на международно-правовой дискурс**

**Исполнение постановлений Европейского Суда по правам человека:
стакан наполовину полон или пуст?**

**Судьи Международного Суда ООН:
благонадёжные агенты мирового сообщества?**

Как международные суды защищают права «забытых детей»

**Свобода слова в трудовых отношениях:
практика ЕСПЧ и российских судов**

**Специальный трибунал по Ливану:
в чём его особенность**

МЕЖДУНАРОДНОЕ ПРАВОСУДИЕ

№4 (32) • 2019

Учредитель и издатель
Институт права и публичной политики
<http://www.ilpp.ru>

Редакционный совет

А. И. КОВЛЕР, д.ю.н., профессор
(председатель)
Б. БАУРИНГ, профессор
Л. ГАРЛИЦКИЙ, Ph.D. in Law, профессор
Т. Н. НЕШАТАЕВА, д.ю.н., профессор
А. НУССБЕРГЕР, Dr.jur.habil., профессор
А. Я. КАПУСТИН, д.ю.н., профессор
Р. А. КОЛОДКИН, к.ю.н.
С. М. ПУНЖИН, к.ю.н.
А. УШАЦКА, д.ю.н., профессор
М. Л. ЭНТИН, д.ю.н., профессор

Редакционная коллегия

Д. С. БОКЛАН, д.ю.н.
Д. В. КРАСИКОВ, к.ю.н., МЛг, доцент
В. О. НЕШАТАЕВА, к.ю.н.
И. В. РАЧКОВ, LL.M., к.ю.н.
В. Н. РУСИНОВА, LL.M., д.ю.н.
В. В. СТАРЖЕНЕЦКИЙ, к.ю.н.
М. П. ТРУНК-ФЕДОРОВА, LL.M., к.ю.н.
М. А. ФИЛАТОВА, к.ю.н.
О. С. ЧЕРНЫШОВА, LL.M., к.ю.н.
К. В. ЭНТИН, к.ю.н.

Выпускающий редактор

О. Б. СИДОРОВИЧ, MBA (in P.S.)

Ответственный секретарь

К. К. ЭГГЕРТ

Редакторы

М. В. ЖУРАВЛЕВА
С. М. ПУНЖИН
В. Н. РУСИНОВА
М. СИДОРОВИЧ
К. К. ЭГГЕРТ (англ.)

Корректоры

Л. И. ЕВСТИФЕЕВА
М. СИДОРОВИЧ
К. К. ЭГГЕРТ

Компьютерная вёрстка

В. Б. СИДОРОВИЧ

COUNCIL OF EUROPE



CONSEIL DE L'EUROPE

Журнал издаётся при финансовой поддержке Совета Европы. Ответственность за содержание журнала несёт исключительно Издатель, и оно ни при каких обстоятельствах не может рассматриваться как отражающее позицию Совета Европы

Финансовая поддержка
предоставлена также



АДВОКАТСКОЕ БЮРО основано в 1990

Решением ВАК журнал включён в «Перечень ведущих рецензируемых научных журналов и изданий, в которых должны быть опубликованы основные научные результаты диссертации на соискание ученой степени доктора и кандидата наук».

Журнал входит в базу журналов Russian Science Citation Index на платформе Web of Science, а также в базу данных периодических и продолжающихся изданий Ulrich's Periodicals Directory.

Свидетельство о регистрации ПИ №ФС077-62149 от 19 июня 2015 года выдано Федеральной службой по надзору в сфере связи, информационных технологий и массовых коммуникаций.

Тираж 500 экз. Периодичность — 4 номера в год.
ISSN 2226-2059. Цена свободная.

Подписано в печать 27 декабря 2019 года.

Адрес редакции: 129090 Москва, ул. Щепкина, д. 8.

Для корреспонденции: 129090 Москва, а/я 140.

Тел.: +7 (495) 608-69-59; 608-66-35.

Отпечатано: ООО «Буки Веди»

115093, г. Москва, Партийный пер., д. 1, корп. 58, стр. 3, пом. 11

Позиции авторов статей могут не совпадать с мнением редакции.

При цитировании материалов ссылка на журнал и правообладателя обязательна.

Перепечатка разрешена только с письменного согласия правообладателя.

© Институт права и публичной политики, 2019

PRAXIS

EX OFFICIO

ЕВРОПЕЙСКИЙ СУД ПО ПРАВАМ ЧЕЛОВЕКА:
ОБЗОР ПОСТАНОВЛЕНИЯ БОЛЬШОЙ ПАЛАТЫ
ОТ 10 СЕНТЯБРЯ 2019 ГОДА ПО ДЕЛУ *СТРАНД ЛОББЕН*
(STRAND LOBBEN) И ДРУГИЕ ПРОТИВ НОРВЕГИИ
(ЖАЛОБА № 37283/13) **3**

ЕВРОПЕЙСКИЙ СУД ПО ПРАВАМ ЧЕЛОВЕКА:
ОБЗОР ПОСТАНОВЛЕНИЯ БОЛЬШОЙ ПАЛАТЫ
ОТ 17 ОКТЯБРЯ 2019 ГОДА ПО ДЕЛУ *ЛОПЕЗ РИБАЛЬДА*
(LÓPEZ RIBALDA) И ДРУГИЕ ПРОТИВ ИСПАНИИ
(ЖАЛОБЫ № 1874/13 И 8567/13) **8**

ЕВРОПЕЙСКИЙ СУД ПО ПРАВАМ ЧЕЛОВЕКА:
ОБЗОР РЕШЕНИЯ ОТ 12 НОЯБРЯ 2019 ГОДА (СЕКЦИЯ II)
ПО ДЕЛУ *ЗЕВНИК* (ZEVNİK) И ДРУГИЕ ПРОТИВ СЛОВЕНИИ
(ЖАЛОБА № 54893/18) **16**

SCRIPTORIUM

JUSTICIA

ТРИ ЮРИСТА-МЕЖДУНАРОДНИКА В ЗЕРКАЛЬНОМ ЗАЛЕ
Жан Д'Аспремон **21**

СУДЬЯ МЕЖДУНАРОДНОГО СУДА ООН КАК СТОРОНА КОНФЛИКТА
ИНТЕРЕСОВ В КОНТЕКСТЕ ПРОБЛЕМЫ БЕСПРИСТРАСТНОСТИ
МЕЖДУНАРОДНОГО ПРАВОСУДИЯ **39**
Руслан Кантур

О ЧАСТИЧНОМ ИСПОЛНЕНИИ ПОСТАНОВЛЕНИЙ ЕВРОПЕЙСКОГО СУДА
ПО ПРАВАМ ЧЕЛОВЕКА:
НА ПРИМЕРЕ ДЕЛ *КИМ* И *ДРУГИЕ ПРОТИВ РОССИИ*
И *АНЧУГОВ* И *ГЛАДКОВ ПРОТИВ РОССИИ* **58**
Мария Филатова, Екатерина Балюк

JUS HONINUM

ПРАВО ДЕТЕЙ ЛИЦ, ОСУЖДЁННЫХ
К ЛИШЕНИЮ СВОБОДЫ, НА ОБЩЕНИЕ С НИМИ:
МЕЖДУНАРОДНЫЙ И РОССИЙСКИЙ КОНТЕКСТ **70**
Наталья Кравчук

OPINIO JURIS

ГРАНИЦЫ СВОБОДЫ ВЫРАЖЕНИЯ МНЕНИЯ В ТРУДОВЫХ
ОТНОШЕНИЯХ: РОССИЙСКАЯ ПРАКТИКА В КОНТЕКСТЕ
РЕШЕНИЙ ЕВРОПЕЙСКОГО СУДА ПО ПРАВАМ ЧЕЛОВЕКА **87**
Лариса Зайцева

FORUM INCOGNITA

УНИКАЛЬНЫЕ ПРАВОВЫЕ СВОЙСТВА
СПЕЦИАЛЬНОГО ТРИБУНАЛА ПО ЛИВАНУ **103**
Ивана Хрдличкова

LEX MERCATORIA

ОБЗОР РЕШЕНИЙ МЕЖДУНАРОДНЫХ ИНВЕСТИЦИОННЫХ
АРБИТРАЖЕЙ ЗА 2017–2018 ГОДЫ: ВОПРОСЫ
КОМПЕТЕНЦИИ (ЮРИСДИКЦИИ) И ПРИЕМЛЕМОСТИ ИСКА **111**
Илья Рачков

ACADEMIA

LIBRORUM

КОГДА ПОЛИТИКА ГЛАВНЕЕ НАУКИ **133**
РЕЦЕНЗИЯ

СРЕТО НОГО. МЕЖДУНАРОДНОЕ УГОЛОВНОЕ ПРАВО / ПЕР. С СЕРБСКОГО
А. А. ЛИТВИНСКОЙ. СПБ.: ЮРИДИЧЕСКИЙ ЦЕНТР, 2019
Геннадий Есаков, Глеб Богуш

INTERNATIONAL JUSTICE

4 (32) • 2019

Founder and Publisher

Institute for Law and Public Policy
http://www.ilpp.ru

Scientific Advisory Board

A. KOVLER, Dr. of Sc. in Law, Professor (Chairman)
B. BOWRING, Professor
L. GARLICKI, Ph.D. in Law, Professor
A. KAPUSTIN, Dr. of Sc. in Law, Professor
R. KOLODKIN, Ph.D. in Law
T. NESHATAEVA, Dr. of Sc. in Law, Professor
A. NUSSBERGER, Dr.jur.habil., Professor
S. PUNZHIN, Ph.D. in Law
A. USHACKA, Dr. of Sc. in Law, Professor
M. ENTIN, Dr. of Sc. in Law, Professor

Board of Editors

D. BOKLAN, Dr. of Sc. in Law
O. CHERNISHOVA, LL.M., Ph.D. in Law
K. ENTIN, Ph.D. in Law
M. FILATOVA, Ph.D. in Law
D. KRASIKOV, Ph.D. in Law, MJur, Associate Professor
V. NESHATAEVA, Ph.D. in Law
I. RACHKOV, LL.M., Ph.D. in Law
V. RUSINOVA, LL.M., Dr. of Sc. in Law
V. STARZHNETSKY, Ph.D. in Law
M. TRUNK-FEDOROVA, LL.M., Ph.D. in Law

Managing Editor

O. SIDOROVICH, MBA (in P.S.)

Editorial Secretary

K. EGGERT

Proofreaders

K. EGGERT (Eng.)
S. PUNZHIN
V. RUSINOVA
M. SIDOROVICH
M. ZHURAVLEVA

COUNCIL OF EUROPE



CONSEIL DE L'EUROPE

This document has been produced with the financial assistance of the Council of Europe. The views expressed herein can in no way be taken to reflect the official opinion of the Council of Europe.

Published under the sponsorship of the



ISSN 2226-2059; e-ISSN 2541-8548

Address: 8, Shchepkin Str., Moscow, 129090, Russian Federation
Mailing Address: P.O. Box 140, Moscow, 129090, Russian Federation
Phones: +7 (495) 608-69-59; 608-66-35
E-mail: ilpp-ij@mail.ru
http://www.ilpp.ru/journal/ijj/

© Institute for Law and Public Policy, 2019

PRAXIS

EX OFFICIO

- EUROPEAN COURT OF HUMAN RIGHTS: REVIEW OF THE GRAND CHAMBER JUDGMENT OF 10 SEPTEMBER 2019 IN THE CASE OF *STRAND LOBBEN AND OTHERS V. NORWAY* (APPLICATION NO. 37283/13) **3**
- EUROPEAN COURT OF HUMAN RIGHTS: REVIEW OF THE GRAND CHAMBER JUDGMENT OF 17 OCTOBER 2019 IN THE CASE OF *LÓPEZ RIBALDA AND OTHERS V. SPAIN* (APPLICATIONS NOS. 1874/13 AND 8567/13) **8**
- EUROPEAN COURT OF HUMAN RIGHTS: REVIEW OF THE DECISION OF 12 NOVEMBER 2019 (SECTION II) IN THE CASE OF *ZEVNIK AND OTHERS V. SLOVENIA* (APPLICATION NO. 54893/18) **16**

SCRIPTORIUM

JUSTICIA

- THREE INTERNATIONAL LAWYERS IN A HALL OF MIRRORS
Jean d'Aspremont **21**
- INVOLVEMENT OF A JUDGE OF THE INTERNATIONAL COURT OF JUSTICE IN A CONFLICT OF INTEREST IN CONTEXT OF THE PROBLEM OF IMPARTIALITY IN INTERNATIONAL ADJUDICATION
Ruslan Kantur **39**
- ON THE PARTIAL ENFORCEMENT OF THE JUDGMENTS OF THE EUROPEAN COURT OF HUMAN RIGHTS: THE CASE OF *KIM AND OTHERS V. RUSSIA* AND *ANCHUGOV AND OTHERS V. RUSSIA*
Maria Filatova, Ekaterina Baliuk **58**

JUS HOMINUM

- THE RIGHT OF CHILDREN OF IMPRISONED PARENTS TO VISIT THEM: INTERNATIONAL AND RUSSIAN CONTEXTS
Natalya Kravchuk **70**

OPINIO JURIS

- THE BOUNDARIES OF FREEDOM OF EXPRESSION IN LABOR RELATIONS: RUSSIAN PRACTICE IN THE CONTEXT OF DECISIONS OF THE EUROPEAN COURT OF HUMAN RIGHTS
Larisa Zaitseva **87**

FORUM INCOGNITA

- UNIQUE LEGAL FEATURES OF THE SPECIAL TRIBUNAL FOR LEBANON
Ivana Hrdličková **103**

LEX MERCATORIA

- AWARDS OF INTERNATIONAL INVESTMENT ARBITRATION TRIBUNALS ON COMPETENCE (JURISDICTION) AND ADMISSIBILITY OF CLAIMS: AN OVERVIEW OF THE MOST REMARKABLE CASES FOR 2017–2018
Iliia Rachkov **111**

ACADEMIA

LIBRORUM

- WHEN POLITICS PREVAILS OVER THE SCIENCE
A BOOK REVIEW:
SRETO NOGO. MEZH DUNARODNOE UGOLOVNOE PRAVO / PER. S SERBSKOGO A. A. LITVINSKOY.
SAINT PETERSBURG: YURIDICHESKIY TSENTR, 2019
Gennady Esakov, Gleb Bogush **133**

Обзор решений международных инвестиционных арбитражей за 2017–2018 годы: вопросы компетенции (юрисдикции) и приемлемости иска

Илья Рачков*

Особенностью материального и процессуального международного инвестиционного права является то, что у него нет единого источника, в котором были бы кодифицированы и прогрессивно развиты нормы, составляющие его ядро. Нет и единой международной организации или органа по разрешению инвестиционных споров, что способствовало бы единообразию применения и толкования норм международного инвестиционного права в ходе разрешения споров. Отсюда следует вывод: сложно (или вообще невозможно) предсказать, как арбитраж решит тот или иной спор между иностранным инвестором и принимающим его государством. Это мешает международному инвестиционному праву выполнять основную функцию права – создавать определённую и предсказуемую в регулируемых отношениях. Однако анализ решений арбитражей позволяет сделать некоторые прогнозы. Кроме того, при помощи анализа можно выявить системные проблемы международного инвестиционного права и международного инвестиционного арбитража с целью реформировать их. Ответчики – государства, принимающие иностранные инвестиции, – используют все средства, чтобы не допустить рассмотрения исков по существу, для чего оспаривают прежде всего компетенцию (она же – юрисдикция) арбитража и приемлемость иска. По статистике Конференции ООН по торговле и развитию (ЮНКТАД), по состоянию на январь 2019 года 230 из 647 публично известных споров были решены в пользу государств, 191 спор – в пользу ответчиков, по 140 спорам стороны заключили мировые соглашения (содержание которых, как правило, непублично), производство по 72 спорам было прекращено без вынесения решения по существу и 14 споров были решены без явного преимущества для той или иной стороны (то есть арбитраж признал, что государство несёт ответственность по международному праву за свои деяния по отношению к иностранному инвестору, но не присудил инвестору никакой компенсации). По остальным 332 спорам разбирательство продолжается. Однако общая тенденция вполне ясная: в 70 % споров (456 споров из 647) государство не может сказать, что арбитраж вынес решение против него. Именно на первой стадии рассмотрения спора в арбитраже (вопросы юрисдикции и приемлемости иска) шансы, что спор будет решён в пользу государства-ответчика, наиболее высоки. Государства прекрасно знают об этом и поэтому заявляют возражения против юрисдикции арбитража и/или приемлемости иска. В этом случае, как правило, арбитражи проводят бифуркацию, то есть сначала рассматривают поднятые государством-ответчиком вопросы своей юрисдикции и приемлемости иска, и лишь после того как эти вопросы решены, арбитраж приступает к рассмотрению иска по существу. В статье проанализированы некоторые конкретные примеры защиты государства от исков иностранных инвесторов путём оспаривания компетенции арбитража и приемлемости иска через такие понятия как «иностраный инвестор» и «иностранная инвестиция»; сфера действия юрисдикции арбитража и т. д.

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

DOI: 10.21128/2226-2059-2019-4-111-132

1. Понятие «иностраный инвестор»

Как известно, право на иск есть у лица, которое является «иностраным инвестором». Следовательно, если истец не является «иностраным инвестором», то международный

инвестиционный арбитраж должен отказать в юрисдикции, то есть постановить, что он не вправе рассматривать спор по существу.

Понятие «иностраный инвестор» определено в применимом международном договоре, как правило – в двустороннем договоре о взаимном поощрении и защите иностранных инвестиций (далее – ДИД). В данном разделе рассмотрены следующие аспекты этого понятия:

* Рачков Илья Витальевич – кандидат юридических наук, доцент кафедры международного права Московского государственного института (Университета) международных отношений, Москва, Россия (e-mail: ilia.rachkov@gmail.com).

- государственное предприятие как «иностранный инвестор»;
- доверительный собственник (трасти) как «иностранный инвестор»;
- критерии юридического лица как «иностранный инвестор»;
- гражданство физического лица как критерий «иностранный инвестор».

1.1. Может ли государственное предприятие быть иностранным инвестором?

В деле по иску китайской компании «Пекинское городское строительство» против Йемена последний утверждал: истец — это китайская государственная компания; нельзя считать, что она имеет национальную принадлежность (*nationality*) другого Договаривающегося Государства — Китайской Народной Республики по смыслу статьи 25(1) Вашингтонской Конвенции 1965 года об урегулировании инвестиционных споров между государствами и гражданами других государств (*далее* — Вашингтонская конвенция)¹, поскольку истец является агентом китайского правительства и выполняет правительственные функции, даже когда ведёт свою якобы коммерческую деятельность. Арбитраж согласился, что механизм урегулирования споров в Международном центре по урегулированию инвестиционных споров (*далее* — МЦУИС) «не предоставлен в распоряжение государственным компаниям — истцам, когда они выступают в качестве агентов государства или занимаются деятельностью, в ходе которой они выполняют государственные функции». Однако арбитраж установил, что при рассматриваемых обстоятельствах истец вовсе не выступал как агент государства, а также не исполнял никаких функций государственных органов Китая на территории Йемена. По мнению арбитража, утверждение государства-ответчика, что не сам истец, а именно китайское правительство принимало все окончательные решения истца — подрядчика по проекту строительства международного аэропорта в Йемене, не соответствовало действительности².

В деле по иску компании «Хэйлуницзян» (КНР) и других против Монголии³ государство-ответчик утверждало: истцы не могут считаться «инвесторами» по смыслу двустороннего инвестиционного соглашения КНР — Монголия 1991 года. Основной признак инвестора по этому ДИДУ: деятельность инвестора должна быть нацелена на извлечение прибыли. Как считала Монголия, деятельность истцов не была в достаточной степени независима от собственника — КНР. Ответчик считал, что истцы на самом деле являлись «инструментом влияния» китайского правительства, находились под непосредственным контролем правительства Китая и инвестировали средства за рубеж по прямому указанию правительства, что служило целям внешней политики Китая. Арбитраж рассматривал этот спор по Арбитражному регламенту ЮНСИТРАЛ⁴ и отклонил этот аргумент ответчика, поскольку не нашёл в применимом ДИДе оснований для ограничения сферы действия этого международного договора в отношении инвесторов, исходя из организации их деятельности, деловых целей, собственности или контроля. Арбитраж пришёл к такому выводу: ДИД лишь требует, чтобы инвестором было «любое юридическое лицо, занимающееся экономической или предпринимательской деятельностью». Следовательно, тот факт, что китайское государство прямо или косвенно владеет двумя истцами — компаниями «Beijing Shougang» и «China Heilongjiang», никак не влияет на квалификацию этих истцов как экономических субъектов согласно статье 1(2) указанного двустороннего инвестиционного договора. Арбитраж не нашёл доказательств в поддержку довода государства-ответчика о том, что истцы действовали в качестве инструмента китайского правительства или по прямому указанию правительства КНР. С учётом обстоятельств дела

Republic of Yemen. Case No. ARB/14/30. Decision on Jurisdiction of 31 May 2017. § 31, 41–44, 147.

³ Permanent Court of Arbitration (*далее* — PCA). *Beijing Shougang Mining Investment Company Ltd., China Heilongjiang International Economic & Technical Cooperative Corp., and Qinhuangdaoshi Qinlong International Industrial Co. Ltd. v. Mongolia*. Case No. 2010-20. Award of 30 June 2017. § 408–418.

⁴ Арбитражный регламент ЮНСИТРАЛ (пересмотрен в 2010 году) принят в г. Нью-Йорке 25 июня 2010 года на 43-й сессии ЮНСИТРАЛ, одобрен Резолюцией Генеральной Ассамблеи Организации Объединённых Наций от 6 декабря 2010 года № 65/22.

¹ Регистр текстов международных конвенций и других документов, касающихся права международной торговли. Т. II. Нью-Йорк: Организация Объединённых Наций, 1973. С. 54–77.

² International Centre for Settlement of Investment Disputes (*далее* — ICSID). *Beijing Urban Construction Group Co. Ltd. v.*

все три истца были квалифицированы как инвесторы по смыслу применимого договора.

В деле по иску компании «Масдар Солар & Винд Кооператив У.А.»⁵ (Нидерланды) против Испании истец основывал свои требования на утверждении, что ответчик нарушил свои обязательства по Договору к Энергетической хартии от 17 декабря 1994 года (далее — ДЭХ⁶). Ссылаясь на Статьи Комиссии международного права — вспомогательного органа Генеральной Ассамблеи ООН (далее — КМП ООН) об ответственности государств⁷, Испания заявила: настоящий спор фактически является спором между Объединёнными Арабскими Эмиратами и, в частности, одним из семи эмиратов этой страны — Абу-Даби и Испанией, а действия истца должны быть присвоены/вменены ОАЭ, которые не являются стороной ДЭХ. Следовательно, требования ДЭХ и Вашингтонской конвенции не соблюдаются, по мнению Испании. Однако арбитраж отверг этот аргумент: «Масдар» не осуществляет никаких публичных функций ОАЭ, поэтому истец является не более чем частной компанией; кроме того, в данном случае должен быть применён критерий инкорпорации⁸.

Вышеописанные арбитражные решения вполне укладываются в сложившуюся практику международных инвестиционных арбитражей⁹:

— юридическое лицо считается «инструментом» государства, если члены органов управления этого лица являются прежде всего представителями органов государственной власти, назначаемыми путём издания правовых актов;

— юридическое лицо находится под строгим контролем правительства или какого-либо агентства правительства, которые и осуществляют усмотрение и контроль в отношении этого лица;

— юридическое лицо находится под экономическим и финансовым контролем государства.

1.2. Признаётся ли доверительный собственник инвестором?

Большинство международных договоров не требуют, чтобы инвестор имел и право собственности, и контроль над инвестицией. Поэтому вполне можно аргументировать, что и то лицо, которое является юридическим собственником инвестиции, и то, которое является конечным бенефициаром таковой, находятся под защитой соответствующего двустороннего инвестиционного договора¹⁰.

Однако из этого правила есть и исключения. Истец (компания «Блю Бэнк») подал иск к Венесуэле как доверительный собственник траста (*trustee*). Активы траста включали доли в уставных капиталах компаний, которые ковенно осуществляли инвестиции в Венесуэле. Арбитраж пришёл к выводу, что доверительный собственник (трасти) не является инвестором, поскольку не вкладывал инвестиций по смыслу ДИДа Барбадос — Венесуэла 1994 года. Арбитраж сослался на право Барбадоса, в соответствии с которым был создан траст, и отметил: действуя в качестве доверительного собственника, истец не может рассматриваться как лицо, самостоятельно взявшее на себя какие-либо активы или несущее какой-либо риск, убытки или прибыль в результате инвестиций. Арбитраж постановил, что у доверительного собственника нет права собственности на активы, переданные ему в доверительное управление, поэтому доверительный собственник не осу-

⁵ Масдар — проект будущего экогорода, расположенного в эмирате Абу-Даби — самом богатом из семи эмиратов ОАЭ. Масдар строится в 17 км к юго-востоку от столицы ОАЭ (г. Абу-Даби), вблизи международного аэропорта Абу-Даби. Возведение города инициировано правительством эмирата Абу-Даби.

⁶ ДЭХ применялся Россией временно, но прекратил действие для России 18 октября 2009 года, так как Россия выразила намерение не становиться участником ДЭХ (распоряжение Правительства РФ от 30 июля 2009 года № 1055-р).

⁷ Официальный текст Резолюции Генеральной Ассамблеи ООН A/RES/56/83 от 12 декабря 2001 года с приложением Проекта статей «Ответственность государств за международно-противоправные деяния». URL: <http://daccess-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/N01/477/99/PDF/N0147799.pdf?OpenElement> (дата обращения: 01.12.2019).

⁸ ICSID. *Masdar Solar & Wind Cooperatief U.A. v. Kingdom of Spain*. Case No. ARB/14/1. Award of 16 May 2018.

⁹ ICSID. *Maffezini v. Spain*. Case No. ARB/97/7. Decision on Jurisdiction of 25 January 2000. § 79 et seq.; *Jan de Nul & Dredging Inter'l v. Egypt*. Case No. ARB/04/13. Award of 6 November 2008. § 56. См. также: *Konrad S. Protection of Investments Owned by States // International Investment Law: A Handbook / ed. by M. Bungenberg, J. Griebel, S. Hobe, A. Reinisch. Baden-Baden : Nomos; München: C. H. Beck; Oxford : Hart, 2015. P.545–554.*

¹⁰ *Bischoff J.A., Happ R. Ratione Materiae. A. Notion of Investment // International Investment Law: A Handbook / ed. by M. Bungenberg, J. Griebel, S. Hobe, A. Reinisch. P.526–532.*

шествлял инвестиций в соответствующие активы по смыслу применимого ДИДа¹¹. Исходя из этого, арбитраж признал, что у него отсутствует юрисдикция в отношении данного иска.

1.3. Как определить статус инвестора – юридического лица?

Нередко граждане или юридические лица из страны А создают в стране В юридическое лицо, которое затем инвестирует в стране А. Формально такое юридическое лицо из страны В является иностранным инвестором для страны А и в силу этого пользуется защитой соответствующего ДИДа, если только тот не исключает защиту подобных «иностранных» инвестиций. Это явление называется в международном инвестиционном праве по-английски «*round trip*» – «кругосветное путешествие»¹². Например, значительная доля «иностранных» инвестиций в Россию – это на самом деле репатриированные в Россию российскими же лицами капиталы с Кипра, Британских Виргинских островов, прочих офшоров¹³. Именно поэтому государства, желающие, чтобы соответствующий ДИД не применялся ни к инвестициям, исходящим от собственных граждан или юридических лиц этого государства, ни к инвестициям граждан/юридических лиц третьего государства, должны прямо указать это в данном двустороннем инвестиционном соглашении. Этот институт называется «отказом в предоставлении выгод» (англ.: *denial of benefits*).

В деле по иску британской компании «*A11Y Ltd*» против Чехии возник такой вопрос: можно ли считать истца иностранным инвестором? Ответчик считал, что нельзя, так как, по его мнению, истец является лишь «прокладкой», за которой стоят бенефициары – граждане Чехии. Ответчик полагал, что к вопросу о принадлежности истца к Соединённому Королевству нельзя подходить сугубо формально, ориентируясь только на то, что компания учреждена в этой стране. Ответчик требовал, чтобы арбитраж «снял корпоративную вуаль» (англ.: *pierce the corporate veil*) истца, поскольку отсутствуют существенные связи между страной учреждения и учреждённой компанией. По мнению ответчика, истец ведёт деятельность исключительно в Чехии. Однако арбитраж не согласился с этой позицией ответчика: исходя из положений ДИД Чехия – Соединённое Королевство именно критерий инкорпорации должен быть решающим при определении понятия «иностранный инвестор»¹⁴.

В деле компании «*Мера Инвестмент Фанд Лимитед*» (Кипр) против Сербии ответчик поставил перед арбитражем такой вопрос: является ли истец «инвестором» в соответствии со статьёй 1(3)b ДИДа Кипр – Сербия? Иными словами, является ли истец юридическим лицом, должным образом учреждённым в соответствии с правом Кипра? Ответчик полагал, что истец не является зарегистрированным на Кипре юридическим лицом, так как у истца нет должным образом оформленного договора об аренде помещений, в котором находится офис истца, а все шаги по получению законного учреждения на Кипре были недобросовестными и сделаны в преддверии арбитражного разбирательства. Однако арбитраж отреагировал на это так: свидетельство о регистрации истца на Кипре, а также фактическая аренда и пользование офисом подтверждают законное учреждение истца на Кипре. У арбитража нет оснований предполагать недобросовестность истца, так как фактическая аренда офиса началась задолго до начала разбирательства.

Сербия также заявила, что Кипр не является истинным местом пребывания (англ.: *seat in the territory*) истца, так как таким яв-

¹¹ ICSID. *Blue Bank International & Trust (Barbados) Ltd. v. Bolivarian Republic of Venezuela*. Case No. ARB/12/20. Award of 26 April 2017. § 135, 163, 172, 173.

¹² *Ledyeva S., Karhunen P., Whalley J.* If foreign investment is not foreign. Round-trip versus genuine foreign investment in Russia: CEPPI, Working Paper No. 2013-05. URL: http://cepri.fr/PDF_PUB/wp/2013/wp2013-05.pdf (дата обращения: 01.12.2019).

¹³ В сентябре 2019 года ОЭСР и МВФ выпустили доклад, содержащий «мировую карту двусторонних инвестиционных отношений». На ней фиктивные прямые иностранные инвестиции (далее – ПИИ) отделены от реальных. На долю первых приходится около 38 % всех ПИИ, или \$15 трлн из почти \$40 трлн. В свою очередь, из этих \$15 трлн более 85 % инвестировано в 10 странах мира: Люксембург и Нидерланды (на них приходится почти половина фиктивных ПИИ), Гонконг, Британские Виргинские острова, Бермудские острова, Сингапур, Каймановы острова, Швейцария, Ирландия и Маврикий. URL: <https://www.imf.org/external/pubs/ft/iaidd/2019/09/pdf/the-rise-of-phantom-FDI-in-tax-havens-damgaard.pdf> (дата обращения: 01.12.2019).

¹⁴ ICSID. *A11Y LTD. v. Czech Republic*. Case No. UNCT/15/1. Award of 29 June 2018.

ляется место, где осуществляется эффективное руководство компанией, а оно, по мнению ответчика, располагается в Сербии, а не на Кипре. Таким образом, истец не соответствует второму требованию статьи 1(3)в ДИДа Кипр – Сербия. Однако арбитраж не согласился и с этим аргументом, так как ни Вашингтонская конвенция, ни применимый ДИД, ни международное право в целом не содержат единого определения «места пребывания компании». Однако в праве Кипра, уходящем корнями в английское общее право, понятие «место пребывания компании» схоже с определением «зарегистрированного офиса», а истец законно перевёл своё место нахождения (англ.: *redomiciled*) с Нидерландских Антильских островов на Кипр в 2009–2010 годах¹⁵.

Выводы арбитража по данному делу диаметрально противоположны результатам дела, решённого другим международным арбитражем по делу *СЕАС против Черногории*¹⁶.

В деле по иску компании «Кэпитал Файнэншл Холдингс» против Республики Камерун большинство состава арбитража (двое из трёх членов) не сочло себя компетентным рассматривать иск, поданный на основании ДИДа между Экономическим союзом Бельгии и Люксембурга и Республикой Камерун (1980). Большинство голосов арбитраж постановил: истец не удовлетворил требования, касающиеся корпоративного гражданства, и злоупотребил своими правами. Истец ссылался на то, что ответчик незаконно экспроприировал принадлежавший истцу пакет акций «Коммерческого Банка Камеруна» в 2009 году, когда банк был поставлен под контроль государства и реструктурирован.

Истец по рассматриваемому делу — юридическое лицо, учреждённое в Люксембурге в 2005 году. Гражданин Камеруна владел (сначала прямо, затем косвенно) более чем 98 % акций истца. Арбитраж проанализировал, имеет ли истец место нахождения (фр.: *siège*

social) в Люксембурге, как того требует применимый в данном споре международный договор. Ответ на данный вопрос следовало дать, применив право Люксембурга. В результате большинство состава арбитража решило, что для определения корпоративного гражданства истца следует установить, действительно ли эта компания имела реально действующий головной офис в Люксембурге, то есть там ли находится её главный или действительный орган управления. Для этого арбитраж проанализировал некоторые признаки, которые можно считать параметрами реального места нахождения: место, где проходят собрания акционеров и заседания правления; где реально готовится финансовая отчётность, откуда она подаётся в проверяющие органы; где хранится документация компании; место нахождения офиса, в котором работают реальные работники компании. Большинство голосов арбитраж постановил: на момент возникновения спора компания-истец не имела головного офиса в Люксембурге, а значит, не имела права требовать от Камеруна, чтобы тот обращался с ней как с люксембургской компанией.

Эти же соображения оказались определяющими в вопросе о том, злоупотребил ли иностранный инвестор своими правами. Большинство состава арбитража сочло решающим фактором то, что компания-истец бездействовала в течение нескольких лет, а затем внезапно возобновила свою активность — после того как истец сообщил о наличии у него спора с ответчиком в 2014 году. Арбитры отметили, в частности, что в Люксембурге в течение четырёх лет в компании не проводилось никаких ежегодных общих собраний акционеров или заседаний совета директоров, не назначались директора, не утверждалась бухгалтерская отчётность и не были сданы налоговые декларации; только в 2015 году все эти действия были предприняты задним числом. Арбитраж пришёл к выводу, что эти действия представляют собой злоупотребление правом¹⁷. Один арбитр выразил особое мнение: он счёл, что — по праву Люксембурга — компания формально должна иметь местонахождение в Люксембурге,

¹⁵ ICSID. *Mera Investment Fund Limited v. Republic of Serbia*. Case No. ARB/17/2. Decision on Jurisdiction of 30 November 2018.

¹⁶ ICSID. *CEAC Holdings Limited v. Montenegro*. Case No. ARB/14/8. Award of 26 July 2016. § 155, 199–201, 207, 210, 211. Подробнее об этом деле см.: 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.

¹⁷ ICSID. *Capital Financial Holdings Luxembourg S.A. v. Republic of Cameroon*. Case No. ARB/15/18. Award of 22 June 2017. § 8, 13, 198, 221, 233, 237, 356, 363–366.

чтобы считаться люксембургской компанией. Кроме того, по мнению этого арбитра, даже если использовать те признаки, к которым обратилось большинство состава арбитража, компания-истец также соответствует этим критериям для определения её реального места нахождения. Этот арбитр также не увидел злоупотребления правом со стороны истца, подчеркнув, что компания была создана без мошенничества и в то время, которое не находится под подозрением (лат.: *in tempore non suspecto*)¹⁸.

В деле компании «Бриджстоун» против Панамы государство-ответчик ссылалось на пункт об отказе в предоставлении льгот в Соглашении о поощрении торговли между Панамой и США (2007). В частности, Панама утверждала, что один из истцов — компания «Бриджстоун Лайсенсинг Сервисиз» «не имел существенной коммерческой деятельности» на территории США. Арбитраж не согласился: по его мнению, государство, принимающее иностранные инвестиции, не вправе отказать в защите компаниям, имеющим реальную и длящуюся связь с этим государством. Из обстоятельств дела арбитраж установил, что компания «Бриджстоун Лайсенсинг Сервисиз» была специально создана для управления товарными знаками, являлась частью глобальной группы компаний «Бриджстоун», вела активную хозяйственную деятельность в США, хотя и имела тот же адрес места нахождения в США, что и ещё одна компания из той же группы, и не имела штатных работников¹⁹. При этом арбитраж сослался на письменную позицию, поданную Соединёнными Штатами Америки в рамках данного разбирательства третьим лицом без самостоятельных требований по существу спора.

1.4. Какое гражданство инвестора — физического лица превалирует?

В деле по иску Дэвида Авена и других против Коста-Рики обстоятельства дела были

таковы: зарегистрированные в Коста-Рике компании истцов, получив все необходимые разрешения, начали реализовывать туристический проект на прибрежной территории в 37 гектаров в этой стране. Затем, по утверждению истцов, власти Коста-Рики неожиданно инициировали новые проверки и обнаружили на месте проекта заброшенную местность и леса. После этого власти этой страны административными методами сорвали дальнейшую реализацию проекта, тем самым нарушив Соглашение о свободной торговле между США, странами Центральной Америки (Коста-Рика, Сальвадор, Гватемала, Гондурас, Никарагуа) и Доминиканской Республикой от 2004 года, и уничтожили инвестиции истцов.

Коста-Рика указала, что Авен, являясь двойным гражданином — США и Италии, в ходе своего взаимодействия с коста-риканскими властями идентифицировал себя как гражданина Италии, а статья 10.28 применимого Соглашения предписывает считать лиц с двойным гражданством гражданами «доминирующего и эффективного гражданства».

На это арбитраж ответил так: у Авена нет существенной связи с Италией — он там никогда не жил, не открывал там счетов, а лишь много раз посещал; Авен получил гражданство Италии благодаря гражданству своего деда. Страной доминирующего и эффективного гражданства Авена являются США²⁰.

В другом деле — по иску Давуда Равата (гражданина Маврикия и Франции) против Маврикия — ответчик указал, что в ДИДе Франция — Маврикий нет арбитражной оговорки о разрешении споров между иностранным инвестором и государством, а оговорку о режиме наиболее благоприятствуемой нации арбитраж не вправе использовать, чтобы импортировать арбитражную оговорку из ДИДа Финляндии и Маврикия, в силу правовой природы этой оговорки *ratione voluntatis*, а именно — ввиду необходимости прямого указания на возможность рассмотрения спора с государством в арбитраже. Ответчик также указал на три причины, по которым арбитраж не обладает юрисдикцией по кругу лиц (лат.: *ratione personae*):

¹⁸ Особое мнение арбитра Алексиса Мурра. § 35–36 к решению арбитража МЦУИС от 22 июня 2017 года по делу № ARB/15/18 «Capital Financial Holdings Luxembourg S.A.» против Камеруна.

¹⁹ ICSID. *Bridgestone Americas, Inc. and Bridgestone Licensing Services, Inc. v. Republic of Panama*. Case No. ARB/16/34. Decision on Expedited Objections of 13 December 2017. § 287, 302.

²⁰ ICSID. *David R. Aven, Samuel D. Aven, Giacomo A. Buscemi and others v. Republic of Costa Rica*. Case No. UNCT/15/3. Final Award of 18 September 2018.

1) во-первых, истец не доказал своё французское гражданство; однако, даже если бы он им обладал, ДИД Франция — Маврикий не распространяется на лиц с двойным гражданством;

2) во-вторых, даже если ДИД распространяется на лиц с двойным гражданством, это не отменяет следующего международно-правового принципа: лицо не может судиться в международном инвестиционном арбитраже против государства своего преобладающего и эффективного гражданства;

3) в-третьих, ДИД требует, чтобы инвестор обладал гражданством договаривающейся стороны на момент инвестиции.

Таким образом, Маврикий заявил, что не давал согласия на передачу спора на арбитражное разбирательство. Арбитраж истолковал положение ДИДа с учётом правила *effet utile* (фр.: «полезного эффекта», то есть каковы объект и цель этого международного договора) и постановил, что это не позволяет ему применять ДИД к инвесторам с двойным гражданством; таким образом, арбитраж не обладает юрисдикцией по данному спору. Соответственно, арбитражу не было необходимости рассматривать аргументы по юрисдикции *ratione voluntatis*²¹.

Таким образом, в решениях по делам, описанным выше в разделах 1.2–1.4, арбитражи следовали — в зависимости от конкретных обстоятельств дела — то формальному критерию (место инкорпорации компании), то критерию эффективного гражданства. Последний был сформулирован Международным Судом — главным судебным органом ООН в решении по делу *Ноттебома (Лихтенштейн против Гватемалы)* применительно к праву государства оказывать дипломатическую защиту своему гражданину²². Государства должны проявлять максимальную

осторожность при составлении международных договоров, предусматривающих защиту иностранных инвестиций. Если государства хотят исключить применение этих договоров к лицам с двойным гражданством, одно из которых — гражданство принимающего государства, то это нужно прямо предусмотреть в договоре.

2. Понятие «иностранная инвестиция»

Даже если истец является иностранным инвестором, но его инвестиция не отвечает требованиям, которые соответствующий международный договор предъявляет к этому понятию, такой истец не имеет права на иск. В этом случае международный инвестиционный арбитраж также должен отказать в юрисдикции, то есть постановить, что он не вправе рассматривать спор по существу. В данном разделе рассмотрены следующие аспекты этого понятия:

- товарный знак как «иностранная инвестиция»;
- права из договоров как «иностранная инвестиция»;
- нематериальные активы как «иностранная инвестиция»;
- являются ли инвестиции внутри ЕС «иностранными»?

2.1. Товарный знак как инвестиция

В деле по иску всемирно известной шинной корпорации «Бриджстоун» против Панама арбитраж рассмотрел такой вопрос: считается ли товарный знак инвестицией по смыслу Соглашения между Панамой и США о содействии торговле (2007)? В этом международном договоре перечислены — среди прочих активов — и права на интеллектуальную собственность. Однако Соглашение требует, чтобы при этом активы имели характеристики инвестиций (например, обязательство капитального характера или иные ресурсы, ожидание получения или получение прибыли, принятие иностранным инвестором на себя рисков). Арбитраж указал на различие между «простой регистрацией товарного знака» (по его мнению, таковая явно не равна инвестиции и не обладает признаками инвестиции) и ситуацией, возникающей в том случае, когда инвестор использует зарегистри-

²¹ PCA. *Dawood Rawat v. Republic of Mauritius*. Case No. 2016-20. Award on Jurisdiction of 6 April 2018.

²² Подробнее о теории подлинной связи см. в решении Международного Суда по делу Ноттебома (Лихтенштейн против Гватемалы) (International Court of Justice. *Nottebohm Case* (second phase), (*Liechtenstein v Guatemala*). Judgment of April 6th, 1955 // I.C.J. Reports 1955. P.22–24, 26) и следующие статьи: Schlemmer E. C. Investment, Investor, Nationality, and Shareholders // The Oxford Handbook of International Investment Law / ed. by P. T. Muchlinski, F. Ortino, Ch. H. Schreuer, Oxford: Oxford University Press, 2008. P.49–88; Sloane R. D. Breaking the Genuine Link: The Contemporary International Legal Regulation of Nationality // Harvard International Law Review. Vol. 50. 2009. No. 1. P.1–60.

рованный товарный знак. Также арбитраж провёл различие между этим делом и делами «Ариф» против Молдовы и «Филип Моррис» против Уругвая: эти дела опирались на международные договоры, которые прямо указывали товарные знаки в списке активов, являющихся инвестициями (в отличие от Соглашения Панама — США).

По мнению арбитража, использование товарного знака может принимать различные формы, в том числе производство, продвижение и продажу товаров, на которые нанесён товарный знак, выдачу лицензии на использование товарного знака в соответствии с договором франчайзинга. Главной задачей арбитража было определить: использовал ли инвестор свой товарный знак в ходе деятельности, которая обладает — наряду с самим товарным знаком — признаками инвестиций? Арбитраж постановил, что один из истцов — компания «Бриджстоун Америкас» — всё-таки вёл деятельность, связанную с использованием двух товарных знаков, являвшихся предметом спора, и данная деятельность представляет собой инвестиции в компанию, находящуюся в Панаме или под управлением истца²³.

2.2. Права из договоров как инвестиции

В деле компании «Кох Минералс» (США) против Венесуэлы арбитраж рассмотрел такой вопрос: являются ли права заявителей по соглашению о покупке продукции в будущем «инвестицией» в соответствии с условиями применимого ДИДа и статьёй 25 Вашингтонской конвенции? По указанному соглашению у истцов было право требовать от правительства Венесуэлы, чтобы то покупало гарантированное минимальное количество удобрений по сниженной цене в течение 20 лет. Арбитраж отметил, что ДИД содержит широкое определение понятия «инвестиция»; оно включает в себя формулировку «все виды активов». Поэтому арбитраж определил, что право требовать выполнения договорных

обязательств является активом, отвечающим определению «инвестиция».

В целях статьи 25 Вашингтонской конвенции 1965 года арбитраж применил доктрину «единства инвестиций»: хотя он и признал, что договор купли-продажи в изначальном виде не может сам по себе представлять собой инвестиции по смыслу статьи 25, соглашение о покупке продукции было частью гораздо более масштабной инвестиционной операции; последняя с точки зрения любых стандартов являлась «гигантским правовым и экономическим бегемотом». Таким образом, опираясь на доктрину «единства инвестиций» (англ.: *unity of investment*)²⁴, арбитраж пришёл к выводу: соглашение о покупке продукции удовлетворяет критериям понятия «инвестиция» как в рамках ДИДа, так и в соответствии с Вашингтонской конвенцией²⁵.

2.3. Нематериальные активы как инвестиции

В деле по иску Дэвида Авена и других против Коста-Рики возник вопрос: защищает ли применимый в данном деле ДИД инвестиции двух истцов — граждан Шиолено и Рагузо? Ответчик оспаривал участие Шиолено и Рагузо в проекте как иностранных инвесторов, так как Шиолено оказывал маркетинговые услуги во Флориде, а Рагузо был управляющим на строительстве в середине 2011 года, когда работы приостановились. Арбитраж постановил: ДИД не ограничивает понятие «инвестиции» сугубо денежными взносами. Указанные истцы вложили свои нематериальные активы и несли связанные с этим риски. Таким образом, возражения ответчика подлежат отклонению²⁶.

В деле по иску «Лайон Мексико Консолидейтед Л.П.» (Канада) против США ответчик выдвинул возражения против юрис-

²³ ICSID. *Bridgestone Americas, Inc. and Bridgestone Licensing Services, Inc. v. Republic of Panama*. § 164–165, 171–173, 177, 210, 216–217. В своём решении арбитраж особо подчеркнул, что, насколько ему известно, настоящий спор — это первый случай, когда стало необходимым проанализировать различные виды инвестиций, которые могут возникнуть в отношении товарных знаков (Ibid. § 222).

²⁴ Этот принцип был разработан арбитражем по делу Чехословацкого торгового банка (*Ceskoslovenska obchodni banka*) против Словакии // Решение о компетенции арбитража от 24 мая 1999 года, п. 72, 74–75, 80 и 82, и решение о прочих и частичных возражениях от 1 декабря 2000 года, п. 28. Подробнее см.: Рачков И. Согласие государства на рассмотрение международных инвестиционных споров // Международное правосудие. 2014. № 4. С. 96–122; Bischoff J. A., Happ R. *Ratione Materiae*. A. Notion of Investment. P. 516–531.

²⁵ ICSID. *Koch Minerals Sàrl and Koch Nitrogen International Sàrl v. Bolivarian Republic of Venezuela*. Case No. ARB/11/19. Award of 30 October 2017. § 6.52–6.67.

²⁶ ICSID. *David R. Aven, Samuel D. Aven, Giacomo A. Buscemi and others v. Republic of Costa Rica*.

дикции арбитража по предмету (лат.: *ratione materiae*) и по кругу лиц (лат.: *ratione personae*), так как:

– статья 1139(d) Северо-Американского соглашения о свободной торговле (*далее* – НАФТА) требует, чтобы срок погашения займа был не менее трёх лет, истец предоставил займы на меньший срок;

– векселя, ипотека и займы не являются инвестициями, а представляют собой единичные сделки.

Арбитраж согласился с тем, что векселя не являются инвестициями по смыслу статьи 1139(h) НАФТА, так как не представляют собой вложение капитала, а являются лишь подтверждением существования долга по займам. Это обусловлено и правовой природой векселей в мексиканском праве. Однако что касается ипотеки, то она удовлетворяет двум требованиям статьи 1139(g) НАФТА: является «нематериальной недвижимостью» (*intangible real estate*) и используется для извлечения прибыли. Таким образом, арбитраж решил, что обладает юрисдикцией *ratione materiae* и *ratione personae* по ипотеке, но не по векселям²⁷.

2.4. Инвестиции внутри ЕС

Органы Европейского Союза, в частности Комиссия²⁸ и Суд ЕС (Люксембург)²⁹, а также некоторые государства – члены ЕС (особенно когда они выступают в качестве ответчиков) считают, что «внутриевропейские» инвестиции не подлежат защите международными договорами, заключёнными вне ЕС³⁰. Под «внутриевропейскими инвестициями» понимаются инвестиции, вложенные инвестором из государства А – члена ЕС в государстве В – члене ЕС. Эта точка зрения опи-

рается, среди прочего, на то, что право ЕС не должно создавать преференции для иностранных инвесторов по сравнению с национальными. Многие истцы и международные инвестиционные арбитражи с этим не согласны.

В деле компаний «Антэн Инфраструктур Люксембург С.а р.л.» (Люксембург) и «Антин Энергия Термосолар Б.В.» (Нидерланды) против Испании ответчик заявил: арбитраж не обладает юрисдикцией по кругу лиц (*ratione personae*). Дело в том, что данный спор – это так называемый внутрисоюзный спор, так как он возник из «внутриевропейской инвестиции». Согласно ДЭХ «внутрисоюзные инвестиции» не могут считаться иностранными. Соответственно, к данному спору должно применяться право ЕС. В свою очередь, статьи 25 и 26 ДЭХ не позволяют применять систему защиты «внутрисоюзных инвестиций» к стороне ДЭХ, которая не участвует в ЕС. Однако арбитраж постановил: ДЭХ следует толковать в соответствии со статьями 31–32 Венской конвенции о праве международных договоров 1969 года (*далее* – Венская конвенция)³¹. Проанализировав ДЭХ и Договор о функционировании Европейского Союза (*далее* – ДФЕС³²), арбитраж пришёл к выводу: ничто в праве ЕС не позволяет обойти меры защиты, предусмотренные в статье 26 ДЭХ. К тому же Испания делала предложения инвесторам из других Договаривающихся Сторон ДЭХ (не членов ЕС) разрешить споры в арбитражном порядке. Поэтому арбитраж отверг указанный аргумент ответчика³³.

В деле по иску британской компании «A11Y Ltd» против Чехии последняя заявила: в соответствии с Венской конвенцией Соглашение Соединённое Королевство – Чехия заменено правом ЕС после вступления Чехии в ЕС в 2004 году, так как право ЕС регулирует, помимо прочего, ещё и вопросы, регулируемые в ДИДе. Поэтому у истца в принципе нет права на иск, считал ответчик. Однако арбитраж постановил: ни намерение

²⁷ ICSID. *Lion Mexico Consolidated L.P. v. United Mexican States*. Case No. ARB(AF)/15/2. Decision on Jurisdiction of 30 July 2018.

²⁸ Commission asks Member States to terminate their intra-EU bilateral investment treaties. URL: http://europa.eu/rapid/press-release_IP-15-5198_en.htm (дата обращения: 01.12.2019).

²⁹ Court of Justice of the European Union. *Slovakische Republik (Slovak Republic) v. Achmea BV*. Case No. C-284/16. Judgment of the (Grand Chamber) of 6 March 2018.

³⁰ См. также: *Исполинов А.* В поисках новой парадигмы: Суд ЕС и ЕСПЧ спустя три года после Заключения № 2/13 // *Международное правосудие*. 2018. № 2(26). С. 16–27; *Бурова Е. С., Коротева К. В.* Ветер перемен: актуальные обсуждения реформы системы разрешения споров между иностранными инвесторами и государствами // *Закон*. 2018. № 5. С. 153–163.

³¹ Ведомости ВС СССР. 1986. № 37. Ст. 772; Сборник международных договоров СССР. Вып. XLII: Международные договоры СССР, вступившие в силу с 1 января по 31 декабря 1986 года. М.: Международные отношения, 1988. С. 171–197.

³² Consolidated version of the Treaty on the Functioning of the European Union.

³³ ICSID. *Antin Infrastructure Services Luxembourg S.à r.l. and Antin Energia Termosolar B.V. v. Kingdom of Spain*. Case No. ARB/13/31. Award of 15 June 2018.

Договаривающихся Сторон международного договора, ни их действия и заявления не свидетельствуют о прекращении ДИДа, а право Европейского Союза (ДФЕС в частности) не регулирует вопросы, которые регулируются в Соглашении³⁴.

Таким образом, иностранной инвестицией, как правило, является любое имущество, имеющее денежную ценность, если только применимый международный договор не говорит об ином. В свете этого правила и права, вытекающие из договоров, и товарные знаки (и — шире — интеллектуальная собственность), и нематериальные активы (например, гудвил, доля на рынке и т.д.) вполне могут быть «иностранными инвестициями», подлежащими защите в соответствии с применимым международным договором. Что касается попыток ЕС прекратить международные арбитражные разбирательства в отношении «внутриевропейских» инвестиций, то до сих пор истцы и арбитражи не придавали слишком большого значения этим попыткам, понимая при этом, что признание и исполнение таких арбитражных решений (если они будут вынесены в пользу истцов) может оказаться проблематичным или вообще невозможным³⁵.

3. Обязан ли арбитраж оценивать законность инвестиций?

Даже если истец является «иностранном инвестором» (по смыслу применимого международного договора), а объект иска — иностранной инвестицией, нередко государства заявляют следующее: иностранная инвестиция должна быть вложена «в соответствии с законами принимающего государства». Такое требование часто прямо сформулировано в применимом международном договоре. Однако, даже если такое требование прямо не сформулировано, оно должно быть внутренне присущим любой иностранной инвестиции, считают государства-ответчики. Это означа-

ет, что если инвестор нарушил законы принимающего государства в ходе осуществления вложения (например, платил взятки государственным служащим за получение того или иного проекта в данной стране) или в ходе владения этой инвестицией, то такая инвестиция не подлежит защите соответствующим международным договором.

Например, при рассмотрении арбитражем иска компании «Инфинито Голд» (*Infinito Gold*) против Коста-Рики третье лицо (не являющееся стороной в споре) — «Asociación Preservacionista de Flora y Fauna Silvestre» («Ассоциация по защите флоры и фауны Сильвестре»³⁶) — выразило пожелание вступить в это разбирательство. Эта ассоциация является неправительственной организацией в области охраны окружающей среды. Опираясь на правило № 37 Арбитражных правил МЦУИС, это третье лицо настоятельно призвало арбитраж признать, что у того нет юрисдикции рассматривать спор, поскольку инвестиции истца были сделаны в нарушение законодательства Коста-Рики. В частности, Ассоциация утверждала: государственные служащие Коста-Рики, участвовавшие в предоставлении концессии истцу, умышленно нарушили закон Коста-Рики, что и привело к уголовному преследованию этих лиц в Коста-Рике за нарушение ими своих должностных обязанностей. Как истец, так и государство-ответчик не согласились с заявлением третьего лица, отрицая как утверждения о незаконности инвестиций, так и влияние этого на юрисдикцию арбитража. Однако арбитраж отметил, что он обязан оценивать свою собственную юрисдикцию в силу своих полномочий (*ex officio*), даже если его никто об этом не просит; по мнению арбитража, это особенно важно, когда звучат утверждения о коррупции, которая является вопросом международной публичной политики. Тем не менее арбитраж не обнаружил каких-либо конкретных доказательств совершения должностных преступлений (например, превышения полномочий или вымогательства). Однако, поскольку утверждения были слишком серьезными, а в Коста-Рике началось уголовное разбирательство против государственных должностных лиц, арбитраж постановил от-

³⁴ ICSID. *AI IY LTD. v. Czech Republic*.

³⁵ *Sturma P.* Reform of Investment Dispute Settlement and Developments in EU Investment Law: Is There Any Future for Investment Treaty Arbitration in Europe? Some Comments in the Light of Achmea Decision // European Society of International Law. Annual Conference (Manchester), 2018. URL: https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=3364013 (дата обращения: 01.12.2019).

³⁶ Сильвестре — природный заповедник в Коста-Рике.

ложить окончательное постановление по этому вопросу до решения дела по существу³⁷.

В деле *Кима и других против Узбекистана* государство-ответчик обвиняло истцов в серьёзном нарушении ими законов Узбекистана в ходе приобретения акций двух местных цементных компаний. В частности, Узбекистан указал, что истцы якобы предоставили ложную информацию о цене, которую они заплатили за акции. По мнению ответчика, это следует квалифицировать как мошенничество в сфере ценных бумаг.

Арбитраж постановил, что требование о том, чтобы инвестиции были «законными» (то есть вложены в соответствии с законом), как предусмотрено в Соглашении Казахстан – Узбекистан (1997), применялось в тот момент, когда инвестор сделал свои инвестиции, а государство приняло меры, которые можно квалифицировать как «закон» с точки зрения правовой системы Узбекистана. Требование о соблюдении иностранным инвестором норм права государства, принимающего инвестиции, необходимо оценивать с точки зрения принципа соразмерности (он же – пропорциональности). Государство вправе отказать иностранному инвестору в предоставлении защиты, предусмотренной ДИДом, лишь при определённых обстоятельствах. Однако такой отказ является слишком жёстким последствием; он соразмерен содеянному иностранным инвестором только в том случае, если это правонарушение задевает действительно очень важные интересы принимающего государства. Большинство состава арбитража пришло к выводу, что ничто из поведения иностранного инвестора (пускай даже неправомерного) не достигло этого уровня, и отклонило это возражение Узбекистана против юрисдикции³⁸. Правда, один из арбитров счёл, что действия истцов следует квалифицировать по Уголовному кодексу Узбекистана как мошенничество, поэтому защита, которой хотят воспользоваться эти иностранные инвесторы по ДИДу, не должна распространяться на них³⁹.

В деле *«Бear Крик Майнинг» против Перу* государство-ответчик заявило: у арбитража нет юрисдикции рассматривать спор на основании соглашения о зоне свободной торговли Соглашения Канада – Перу (2008), поскольку иностранный инвестор незаконно осуществил инвестиции. Однако сложность заключается в том, что в Соглашении Канада – Перу не сказано, что иностранные инвестиции должны быть вложены в соответствии с законами принимающего государства. Тем не менее Перу считал, что международный договор и не должен прямо требовать этого, потому что это и так само собой разумеется. В обоснование этого Перу ссылался на несколько вынесенных ранее решений международных инвестиционных арбитражей по другим делам⁴⁰. Перу считал, что это требование (то есть чтобы иностранные инвестиции были вложены в соответствии с законами принимающего государства) существует само по себе – в силу общеприменимых принципов международного публичного права⁴¹. Возможно, Перу имел в виду под этим «общие принципы права, признанные цивилизованными нациями»⁴², о которых сказано в подпункте «с» пункта 1 статьи 38 Статута Международного Суда, то есть вспомогательный (по отношению к международным договорам и международному обычаю) источник международного права.

Однако арбитраж не согласился с этим аргументом Перу: такого условия к юрисдикции арбитража в соглашении о зоне свободной торговли попросту нет. Поэтому арбитраж не вправе придумать дополнительное требование, которое стороны международного договора не намеревались установить для юрисдикции арбитража. Учитывая это, арбитраж принял спор к рассмотрению по существу, но оговорился, что этот вывод не исключает, что арбитраж вернётся к вопросу о

³⁷ ICSID. *Infito Gold Ltd. v. Republic of Costa Rica*. Case No. ARB/14/5. Decision on Jurisdiction of 4 December 2017. § 122–127, 136–139.

³⁸ ICSID. *Pavel Borissov, Aibar Burkitbayev, Almas Chukin and others v. Republic of Uzbekistan*. Case No. ARB/13/6. Decision on Jurisdiction of 8 March 2017. § 144, 384–411, 413, 541.

³⁹ Ibid. § 440, 541.

⁴⁰ Например: ICSID. *Inceysa Vallisoletana S.L. v. Republic of El Salvador*. Case No. ARB/03/26. Award of 2 August 2006. § 101–122, 231, 239–242; *Plama Consortium Limited v. Republic of Bulgaria*. Case No. ARB/03/24. Award of 27 August 2008. § 138–146; *Gustav F W Hamester GmbH & Co KG v. Republic of Ghana*. Case No. ARB/07/24. Award of 18 June 2010. § 123–124.

⁴¹ ICSID. *Bear Creek Mining Corporation v. Republic of Peru*. Case No. ARB/14/21. Award of 30 November 2017. § 299 (footnote 375), 300–302.

⁴² Gaja G. General Principles of Law // Max Planck Encyclopedia of Public International Law. 2013.

том, соответствовали ли инвестиции законам Перу и действовал ли канадский инвестор добросовестно, при рассмотрении спора по существу⁴³.

В деле по иску компаний «Кортэк Майнинг Кения Лимитед» (Кения), «Кортэк (Пти) Лтд.» и «Стирлинг Кэпитал Лимитед» против Кении (обе компании — Великобритания) речь шла о том, что в 2013 году власти Кении отозвали у истцов лицензию, являющуюся ключевым активом истцов. Истцы называли это экспроприацией, а ответчик утверждал, что лицензия была ничтожна с самого начала (*ab initio*) — в силу незаконности (либо как альтернативная позиция — лицензия была лишь отозвана). Лицензия была признана ничтожной *ab initio* решениями судов Кении. Ответчик заявил, что по этой причине арбитраж должен признать решения кенийских судов и отклонить заявление истцов. Арбитраж постановил, что лицензия была ничтожна *ab initio*, так как, во-первых, двусторонний инвестиционный договор и Вашингтонская конвенция защищают только законные инвестиции: это следует из их формулировок, объекта и цели. Во-вторых, лицензия — это лишь «кусочек бумаги», чья цена заключается в предусмотренных кенийским правом правах. Однако кенийские суды не установили каких-либо прав, привязанных к этой «бумажке». В-третьих, в соответствии с правом Кении и международным правом даже рассмотрение возможности выдачи лицензии на ведение хозяйственной деятельности в данной природоохранной зоне противоправно. В-четвёртых, лицензия выдана недобросовестным чиновником, у которого не было права выдавать её. Наконец, арбитраж отметил, что даже если бы лицензия не была признана ничтожной *ab initio*, арбитраж всё равно отказал бы в защите инвестиции при рассмотрении спора по существу. В результате арбитраж постановил отказать в защите данной иностранной инвестиции по

ДИД и Вашингтонской конвенции — в силу нарушения закона истцами⁴⁴.

В деле компании «Саус Американ Силвер Лимитед» (Бермудские о-ва) против Боливии ответчик заявил, что исковые требования в целом недопустимы, так как истец обратился в арбитраж не с «чистыми руками» (англ.: *clean hands*)⁴⁵, то есть не удовлетворяет требованию о легальности инвестиций. В обоснование этой позиции ответчик, ссылаясь на прочие арбитражные решения и мнения судей Постоянной палаты международного правосудия (предшественница Международного Суда), утверждал, что в международном праве существует принцип, что для доступа к международному правосудию у истца должны быть «чистые руки». По мнению ответчика, нарушив законы Боливии и международное право, истец лишил себя права обращаться с подобным иском в арбитраж, так как международное инвестиционное право защищает только законные, правомерные инвестиции. Как заявила Боливия, сотрудники истца применяли насилие (в том числе сексуальное) к представителям коренных общин на территории, где велась добыча серебра, нарушили их право на самоопределение и самоуправление, сфабриковав согласие коренных общин на разработку месторождения, а также подвергли экологическому риску места проживания коренных общин. Приведённые факты вынудили Боливию осуществить «возврат» («экспроприация» в понимании истца) под государственный контроль горнодобывающих концессий, ранее предоставленных истцу.

⁴³ ICSID. *Bear Creek Mining Corporation v. Republic of Peru*. § 319, 320, 324. Однако, придя к этому выводу, арбитраж постановил, что статья 816 Соглашения о зоне свободной торговли («Особые формальности и требования по информированию») в главе об инвестициях имеет значение для правильного рассмотрения данного дела: «Статья 816 обозначает требование о правомерности как «особую формальность», которую государство, принимающее инвестиции, вправе установить, если желает».

⁴⁴ ICSID. *Cortec Mining Kenya Limited, Cortec (Pty) Limited and Stirling Capital Limited v. Republic of Kenya*. Case No. ARB/15/29. Award of 22 October 2018.

⁴⁵ Про «теорию чистых рук» см.: Рачков И.В. Право на самооборону против свободы торговли: решение Международного Суда ООН по делу о нефтяных платформах (*Иран против США*) от 06.11.2003 // Международное публичное и частное право. 2004. № 4. С.27-33; 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; 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; Рачков И. Вопросы компетенции (юрисдикции) международного инвестиционного арбитража и приемлемости иска: обзор наиболее примечательных дел за 2014–2015 годы // Международное правосудие. 2017. № 2 (21). С. 94–117.

Однако арбитраж пришёл к выводу, что доктрина «чистых рук» не представляет собой устоявшийся принцип международного права. В двустороннем инвестиционном договоре нет определения законности инвестиций, а сам вопрос законности относится к существу дела, а не к юрисдикции или допустимости. Арбитраж также отметил, что ни одно из деяний истца, упомянутых ответчиком (даже если они действительно имели место), не влечёт правовых последствий в виде лишения права собственности на инвестиции. Кроме того, упомянутые нарушения не делают инвестиции автоматически незаконными⁴⁶.

Описанные выше решения соответствуют сложившейся практике международных инвестиционных арбитражей: инвестиции должны соответствовать законам принимающего государства, однако при соблюдении этого принципа необходимо иметь в виду ряд аспектов. Во-первых, должны существовать минимально допустимые пороги терпения: если инвестор допускает незначительные нарушения законов принимающего государства, то это не должно влечь отказ в защите такого иностранного инвестора согласно применимому международному договору. (Безусловно, здесь возникает вопрос, где проходит грань между «значительными» и «незначительными» нарушениями.) Во-вторых, государство не должно сначала годами терпеть нарушения (не важно — крупные или мелкие) своих законов иностранным инвестором, а затем вдруг использовать этот аргумент для защиты от его иска: такое поведение государства противоречило бы принципу эстоппея⁴⁷. В-третьих, инвестор должен соблюдать законы принимающего государства именно в тот момент, когда он вкладывает инвестицию. Таким образом, если иностранный инвестор нарушил эти законы уже в ходе управления своей инвестицией, это не должно инфинсировать его права, закреплённые в международном договоре о защите инвестиций⁴⁸.

4. Насколько широка юрисдикция арбитража?

Истец может быть заинтересован в том, чтобы юрисдикция арбитража была максимально широкой, то есть чтобы арбитраж имел право рассмотреть любые споры, касающиеся предполагаемого нарушения применимого международного договора. Сами арбитры тоже объективно заинтересованы в том, чтобы иметь возможность рассматривать любые споры, основанные на применимом международном договоре. Напротив, ответчик, возможно, заинтересован в том, чтобы эта юрисдикция была максимально узкой. Ключом к решению этой проблемы является именно воля творцов международного договора, то есть государств⁴⁹.

Поэтому в зависимости от конкретных обстоятельств государства сознательно составляют текст соответствующего международного договора либо более широко, либо более узко. В последнем случае государства могут указать в своём договоре, например, что арбитраж вправе рассматривать (только) споры о порядке и размере выплаты компенсации⁵⁰. В таком случае возникает два вопроса:

1) Ограничена ли компетенция арбитража только компенсацией за экспроприацию?

2) Можно ли расширить эту компетенцию, применив РНБ (режим наибольшего благоприятствования)⁵¹?

Что касается первого вопроса, то в деле по иску компании «Хэйлуцзян» и других против Монголии арбитраж применял ДИД КНР — Монголия (1991). В этом ДИДе говорилось о «спорах, касающихся суммы компенсации за экспроприацию». По мнению государства-ответчика, арбитраж не вправе решать, имела ли место экспроприация как таковая⁵². Напротив, истцы утверждали: юрис-

⁴⁶ PCA. *South American Silver Limited v. The Plurinational State of Bolivia*. Case No. 2013-15. Award of 30 August 2018, with Separate Opinion of Francisco Orrego Vicuña and Dissenting Opinion of Osvaldo Cesar Guglielmino.

⁴⁷ Cottier T., Müller J. P. Estoppel // Max Planck Encyclopedia of Public International Law. 2007.

⁴⁸ Diel-Grigol K., Hennecke R. Investment in Accordance with the Law // International Investment Law: A Handbook / ed. by M. Bungenberg, J. Griebel, S. Hobe, A. Reinisch. P. 566–576.

⁴⁹ Подробнее см.: Рачков И. Согласие государства на рассмотрение международных инвестиционных споров // Международное правосудие. 2014. № 4 (12). С. 96–122.

⁵⁰ Именно так сформулированы ДИДы СССР с рядом иностранных государств (ФРГ, Франция, Экономический союз Бельгии и Люксембурга, Соединённое Королевство). Китай взял пример с СССР в ряде своих ДИДов.

⁵¹ См.: Рогозина А. А. Пределы применения оговорок о режиме наибольшего благоприятствования к процессуальным положениям инвестиционных договоров // Российский юридический журнал. 2016. № 3. С. 202–214.

⁵² Такую же позицию занимала в своё время Россия в спорах по искам «RosInvest Co. UK Ltd.» (Великобритания), Владимира и Моисея Бершадеров (Бельгия), «Renta 4» (Испания): соот-

дикция арбитража распространяется как на споры, связанные с тем, имела ли место экспроприация инвестиций истцов и является ли она правомерной, так и на споры относительно возмещения, которое ответчик должен предоставить истцам за экспроприацию. Однако арбитраж отклонил широкое толкование, к которому призывали истцы: он пришёл к выводу, что юрисдикция арбитража ограничивается исключительно спорами, касающимися соблюдения государством-ответчиком обязательства выплатить компенсацию, эквивалентную стоимости экспроприированных инвестиций, и отказался от юрисдикции в отношении этого спора из-за отсутствия у арбитража предметной юрисдикции (*ratione materiae*)⁵³.

В решении по делу «Пекинское городское строительство» против Йемена арбитраж пришёл к прямо противоположному выводу применительно к статье 10(2) ДИДа КНР — Йемен 1998 года. Рассмотрев контекст, объект и цель ДИДа, арбитраж счёл, что словосочетание «относительно размера компенсации за экспроприацию» следует понимать как включающее споры относительно того, имела ли место экспроприация как таковая⁵⁴.

Что касается второго вопроса (вправе ли истец воспользоваться режимом наибольшего благоприятствования, чтобы расширить компетенцию арбитража), то в деле по иску «Пекинское городское строительство» против Йемена истец сослался на положения о РНБ в ДИДе Китай — Йемен 1998 года. Этим истец пытался расширить юрисдикцию арбитража для рассмотрения других исков — помимо исков, прямо поименованных в ДИДе. Арбитраж отметил, что положения о РНБ в ДИДе касаются режима, предоставляемого принимающим государством на его

территории, и истолковал эту ссылку как «ссылающуюся на территориальные пределы, которые направлены на материально-правовые положения в отношении местного режима для инвестиций, но не годятся для описания международного арбитража». Поэтому арбитраж отклонил этот аргумент истца⁵⁵.

В делах по искам компании «Англия Ауто» и Буста (оба иска — против Чешской Республики) заявители пытались расширить сферу юрисдикции арбитража, ссылаясь на положение о режиме наибольшего благоприятствования в ДИДе между Чехословацкой Федеративной Республикой (ЧСФР) и Соединённым Королевством 1990 года. Согласно этому Договору только споры, основанием для которых являются перечисленные исчерпывающим образом статьи этого же ДИДа, могут быть предметом арбитражного разбирательства. Истцы утверждали, что положение о режиме наибольшего благоприятствования в этом ДИДе применяется так, что позволяет расширить перечень этих статей. Однако арбитраж отклонил этот довод (большинством голосов): сама статья в этом Договоре, в котором содержится режим наибольшего благоприятствования, не входит в этот исчерпывающий перечень; следовательно, истец не может ссылаться на положения о РНБ для расширения юрисдикции арбитража. Один из арбитров выразил особое мнение по этому вопросу (в части рассуждений арбитража), но тем не менее согласился с результатом вынесенного арбитражем решения: он отметил, что положение о режиме наибольшего благоприятствования ссылается на обращение с иностранными инвесторами в соответствии с национальным законодательством договаривающихся сторон, поэтому касается только такого обращения, а не режима наибольшего благоприятствования в его широком понимании⁵⁶.

В деле по иску компании «Ansung Housing» против Китайской Народной Республики истец пытался преодолеть установленный в ДИДе КНР — Республика Корея (2007)

ветствующие ДИДы СССР (с Великобританией, Экономическим союзом Бельгии и Люксембурга и с Испанией соответственно) прямо допускали рассмотрение споров между принимающим иностранные инвестиции и государством только по вопросу о размере и порядке выплаты компенсации. Используя в том числе и этот аргумент, Россия смогла в конце концов отбиться от этих исков.

⁵³ PCA. *Beijing Shougang Mining Investment Company Ltd., China Heilongjiang International Economic & Technical Co-operative Corp., and Qinhuangdaoshi Qinlong International Industrial Co. Ltd. v. Mongolia*. § 254, 262, 424, 445, 448–449, 452.

⁵⁴ ICSID. *Beijing Urban Construction Group Co. Ltd. v. Republic of Yemen*. § 51, 87.

⁵⁵ Ibid. § 116.

⁵⁶ Stockholm Chamber of Commerce (*далее* — SCC). *Anglia Auto Accessories Ltd v. The Czech Republic*. Case No. 2014/181. Final Award of 10 March 2017. § 161, 191, 193; *J.P. Busta and I.P. Busta v. The Czech Republic*. Case No. 2015/014. Final Award of 10 March 2017. § 136, 166, 168.

срок давности для подачи подобных исков (три года). Для этого истец воспользовался положением этого ДИДа о режиме наибольшего благоприятствования. Истец также утверждал, что в соответствии с положением о режиме наибольшего благоприятствования могли бы быть применены более выгодные положения о сроках, которые содержались в ином ДИДе, заключённом Китаем. Большинство ДИДов Китая не предусматривают никакого срока давности для подачи иска. Арбитраж заключил, что сфера действия положения того или иного ДИДа о режиме наибольшего благоприятствования зависит от конкретной формулировки. По поводу применения положения о режиме наибольшего благоприятствования в данном споре арбитраж постановил: оно не охватывает согласие государства на арбитраж, а также срок исковой давности в случае обращения иностранного инвестора с иском к государству в международный инвестиционный арбитраж⁵⁷.

Общий вывод, который следует из практики международных инвестиционных арбитражей, таков: если применимый международный договор сформулирован узко (то есть в договоре компетенция арбитража ограничена размером и порядком выплаты компенсации за экспроприацию), то арбитраж не вправе расширить свою компетенцию при помощи режима наибольшего благоприятствования⁵⁸.

5. Исключение налогов из сферы действия ДЭХ?

Государства часто заинтересованы в том, чтобы исключить из сферы действия международного договора определённые чувствительные сферы регулирования. Например, изменения в налоговом праве могут представлять собой нарушение ДИДа: национального режима, РНБ, защиты от экспроприации и т. д. Поэтому нередко государства прямо исключают эти вопросы из сферы действия соответствующего международного договора⁵⁹.

Например, в силу статьи 21 ДЭХ международный инвестиционный арбитраж, как правило, не вправе рассматривать принятые государством-ответчиком налоговые меры. Это так называемое исключение. Оно означает, что нормы ДЭХ не применяются к «налоговым мерам», если только в самой статье 21 ДЭХ не указано иное. Такие нормы, создающие «исключение из исключения» и тем самым возвращающие соответствующие меры обратно в сферу действия ДЭХ, называются положениями «защепи обратно» (англ. *claw back*)⁶⁰.

В деле по иску «*Антарис ГмБХ*» и доктор Михаэль Гёде против Чехии (оба истца — ФРГ) истцы утверждали, что ответчик нарушил свои обязательства по ДЭХ и по ДИД ФРГ — Чехия, поскольку последняя, вопреки своим гарантиям, отменила меры стимулирования для привлечения иностранных инвесторов в производство электроэнергетики при помощи солнечных батарей.

Чехия утверждала, что арбитраж не обладает юрисдикцией по спору, так как статья 21 ДЭХ исключает вопросы налогов из предмета ДЭХ, а принятые Чехией меры представляют собой именно налоговые меры, что подтверждается отношением как ответчика, так и истца к этой мере и наличием элементов налога⁶¹. Кроме того, во французской и итальянской версиях ДЭХ налоговые меры в статье 21 ДЭХ названы «фискальными мерами», что также подтверждает изъятие так называемого солнечного сбора из-под сферы действия ДЭХ. В связи с этим возник вопрос: является ли так называемый солнечный сбор, установленный законодательством Чехии, «налогом» по смыслу ДЭХ?

Арбитраж отметил, что чешские суды по-разному оценивали «солнечный сбор», однако Высший административный суд Чехии признал, что «солнечный сбор» всё-таки не является налогом. Проанализировав ДЭХ в

⁵⁷ ICSID. *Ansung Housing Co., Ltd. v. People's Republic of China*. Case No. ARB/14/25. Award of 9 March 2017. § 124–125, 137, 138.

⁵⁸ Reinisch A. Most favoured Nation Treatment. // *International Investment Law: A Handbook* / ed. by M. Bungenberg, J. Griebel, S. Hobe, A. Reinisch. P. 824–845.

⁵⁹ Подробнее об этом см.: *Gildemeister A. Investment Law and Taxation* // *International Investment Law: A Handbook* / ed. by M. Bungenberg, J. Griebel, S. Hobe, A. Reinisch. P. 1677–1691.

⁶⁰ Об этой же проблематике шла речь в деле бывших акционеров ЮКОСа: *Рачков И. Бывшие акционеры «ЮКОСа» против России*: Комментарий к арбитражному решению под эгидой Постоянной палаты Третейского Суда в Гааге.

⁶¹ Например, см.: пункт 1 статьи 8 Налогового кодекса Российской Федерации: «Под налогом понимается обязательный, индивидуально безвозмездный платеж, взимаемый с организаций и физических лиц в форме отчуждения принадлежащих им на праве собственности, хозяйственного ведения или оперативного управления денежных средств в целях финансового обеспечения деятельности государства и (или) муниципальных образований».

соответствии с Венской конвенцией 1969 года, а также законодательство Чехии и экспортные заключения, арбитраж пришёл к такому выводу: «солнечный сбор» не подпадает под статью 21 ДЭХ, так как его основной целью было уменьшение льготных тарифов на электроэнергию, а не увеличение доходов государства⁶².

6. Множественные арбитражные разбирательства и злоупотребление правами

Как правило, иностранные инвестиции структурированы как слоёный пирог: цепочка владения от конечного бенефициара до операционной компании, ведущей хозяйственную деятельность в государстве, принимающем иностранные инвестиции, может быть довольно длинной. По соображениям налоговой эффективности эти компании могут быть зарегистрированы в разных государствах. В результате в случае нарушения прав одного инвестора — непосредственного владельца инвестиции государство может одновременно нарушить и права другого лица, контролирующего эти инвестиции косвенно, через ряд других компаний. В таком случае каждое из этих лиц вправе подать в арбитраж самостоятельный иск, основываясь на ДИДе между государством своего гражданства/своей корпоративной принадлежности и государства-правонарушителя. Этот феномен называется «*multi-party arbitrations*» (множественные арбитражные разбирательства). Примером является иск Олега Дерипаски против Черногории, поданный на основании ДИД Россия — Югославия после того, как международный инвестиционный арбитраж отказал в удовлетворении иска подконтрольной Олегу Дерипаске компании «СЕАС» (Кипр) к Черногории, поданного на основании ДИДа Кипр — Югославия⁶³.

Множественные арбитражные разбирательства таят в себе, например, тот риск, что арбитражи могут прийти в разных делах к

разным, противоречащим друг другу выводам. Это подрывает стабильность правового регулирования иностранных инвестиций. Для недопущения множественных разбирательств государства могут предусматривать соответствующие положения в своих международных договорах. Пример — статья 1126 НАФТА.

В деле компании «Ораском» против Алжира государство-ответчик потребовало, чтобы арбитраж отказался рассматривать иск инвестора, поскольку арбитражное разбирательство представляет собой, по мнению ответчика, злоупотребление правом. Дело в том, что это разбирательство было одним из трёх арбитражных разбирательств, которые были инициированы разными истцами (однако все они были связаны с истцом по данному делу) на основании различных международных инвестиционных договоров⁶⁴; в любом случае, все эти истцы находились под контролем одного и того же лица. Каждое из трёх арбитражных разбирательств касалось мер государства, которые были «по сути идентичны»; в рамках каждого разбирательства соответствующий истец требовал от государства-ответчика возмещения ущерба, который «по своей экономической сути был одинаковым». Арбитраж отметил, что «структурирование инвестиций через несколько слоёв юридических лиц в разных государствах не является незаконным». В то же время арбитраж признал: в тех случаях, когда несколько международных договоров предоставляют организациям в вертикальной цепочке аналогичные процессуальные права на доступ к арбитражу и сопоставимые материально-правовые гарантии, инициирование нескольких арбитражных разбирательств для восстановления, по существу, одного и того же экономического ущерба повлечёт осуществление прав в целях, не свойственных тем, для которых эти права были установлены. Поэтому арбитраж отказался рассматривать эти искивые требования по существу как недопустимые⁶⁵.

⁶² PCA. *Antaris Solar GmbH and Dr. Michael Göde v. The Czech Republic*. Case No. 2014-01. Award of 2 May 2018 with Dissenting Opinion of Gary Born and Declaration of Peter Tomka.

⁶³ Черногория сообщила о победе в суде по иску Дерипаски на €600 млн // Коммерсантъ. 2019. 17 октября; Джумайло А. Олег Дерипаска сам пойдёт в суд // Коммерсантъ. 2016. 8 декабря.

⁶⁴ Один спор был анонсирован компанией «Weather Investments» на основании ДИДа Алжир — Италия (1991), но арбитражное разбирательство так и не было начато; другое арбитражное разбирательство было начато компанией «Oрасcom Telecom Holding S.A.E.» на основании ДИДа Алжир — Египет (1997, дело Постоянной палаты третейского суда № 2012-20) и завершено в 2015 году.

⁶⁵ ICSID. *Oрасcom TMT Investments S.à r.l. v. People's Democratic Republic of Algeria*. Case No. ARB/12/35. Award of 31 May 2017. § 173, 390, 495, 542, 543, 546.

Тем не менее в этом деле арбитраж подтвердил: ряд арбитражей по другим делам принял решения, использующие различные подходы к схожим предметам спора. Например, так было в делах по искам компании «СМЕ» и Рона Лаудера против Чешской Республики. В этих делах арбитражи удовлетворили иски, основывавшиеся на аналогичных фактах и имевшие своей целью аналогичное возмещение ущерба в соответствии с положениями различных инвестиционных договоров. Арбитраж отметил, что Чешской Республике было неоднократно отказано в объединении производства по данным делам, а также что арбитражи пришли к противоположным выводам; последнее послужило одной из причин широкой критики данных решений. Арбитраж также дал такое пояснение: на протяжении 15 лет, последовавших за рассмотрением данных дел, правовое регулирование в инвестиционных договорах не стояло на месте, а развивалось. В частности, это развитие затронуло и применение принципа недопустимости злоупотребления правом (в том числе процессуальными правами). Обращение к данному принципу позволило арбитражам применять положения инвестиционных договоров таким образом, чтобы избежать последствий, не предвиденных и не желаемых их составителями, а также последствий, вступающих в противоречие с самими целями заключения таких договоров⁶⁶.

7. Параллельные разбирательства в международном инвестиционном арбитраже и в государственных судах

Одновременно с подачей исков в международные инвестиционные арбитражи иностранные инвесторы (или корпоративно связанные с ними лица) могут обращаться в государственные суды. В этом случае государства могут возражать против юрисдикции международных инвестиционных арбитражей.

Например, в деле *Буста против Чешской Республики* государство-ответчик настаивало на неприемлемости иска, ссылаясь на принцип *lis pendens* (лат.: уже рассматриваемое дело): в тот момент чешские госу-

дарственные суды рассматривали другой иск, тесно связанный с иском, поданным в международный инвестиционный арбитраж. Хотя арбитраж и признал применимость принципа *lis pendens* к разбирательствам в международном правосудии, он также установил, что этот принцип не подлежит применению в случаях, когда юрисдикция судов или арбитражей имеет различные основания (или связана с различными основаниями предъявления иска) и когда стороны, участвующие в разбирательствах, а также преследуемые этими лицами цели различны. Рассмотрев представленные факты, арбитраж в данном деле постановил, что принцип *lis pendens* не подлежит применению по следующим причинам⁶⁷:

а) данные дела рассматривались в различных органах правосудия (чешскими судами и международным инвестиционным арбитражем соответственно);

б) истцами по данным делам выступали различные лица: акционеры — в деле, рассматриваемом международным арбитражем, и местная компания — в деле, рассматриваемом судами Чехии;

в) основания исков были различны: требования в связи с нарушением положений международного договора — в международном арбитраже и требования, основанные на внутригосударственном праве, — в судах Чехии.

В деле по иску компании «Сюпервижн» против Коста-Рики ответчик поставил перед арбитражем схожий вопрос. Большинство голосов этот арбитраж принял решение о недопустимости всех исковых требований, основанных на международном инвестиционном договоре и касающихся спора, ранее переданного на рассмотрение судебным органам государства-ответчика. Эти разбирательства в государственных судах Коста-Рики были инициированы компанией, подконтрольной истцу по настоящему делу, и не были прекращены, когда началось разбирательство в международном инвестиционном арбитраже. При сравнении исковых требований, сформулированных в рамках разбирательств в судах государства, принимающего инвестицию,

⁶⁷ SCC. *J.P. Busta and I.P. Busta v. The Czech Republic*. § 180, 210, 212–214. Разбирательство в государственных судах Чехии началось в 2001 году, и ему не было видно конца и края (§ 226).

⁶⁶ ICSID. *Oracom TMT Investments S.à r.l. v. People's Democratic Republic of Algeria*. § 547.

и в международном арбитраже, большинство арбитров обратилось к критерию существенного основания иска. Тем самым данный арбитраж воспользовался подходом, впервые применённым в деле «Пантехники» против Албании⁶⁸. В результате арбитраж (большинством голосов) заключил, что основанием исков в обоих разбирательствах был аналогичный нормативный источник и что иски в конечном счёте преследовали идентичные цели, а именно — возмещение иностранному инвестору выгоды, упущенной им вследствие действий Коста-Рики. На данный вывод не повлияло то, что основания исков в двух упомянутых разбирательствах различались (инвестиционный договор — в одном случае и национальное законодательство — в другом) и что разбирательства были инициированы различными, хотя и связанными между собой истцами, а также тот факт, что конкретные административные акты, на которые ссылались стороны в каждом разбирательстве, скорее всего, не были идентичными⁶⁹.

8. Исковая давность

Как правило, международные договоры о защите иностранных инвестиций не предусматривают никакого срока давности для исков иностранного инвестора против принимающего государства. Возникает вопрос: соответствует ли, например, конституции принимающего государства то, что для исков национальных инвесторов, основанных на национальном праве, действуют сроки давности, а для исков иностранных, основанных на международном договоре, нет никаких сроков давности?

Осознав это, многие государства стали включать в свои международные договоры положения о сроке исковой давности для подобных исков. В частности, в деле по иску компании «Ансунь Хаузинг» против Китая арбитраж отклонил требования иностранного инвестора как «явно не имеющие

юридической силы» в соответствии с правилом 41(5) арбитража МЦУИС. Основанием для этого стало то, что инвестор не предъявил свои исковые требования в течение трёхлетнего срока исковой давности, установленного в ДИДе Китай — Корея (2007).

Однако истец утверждал: поскольку поведение Китая (отказ в предоставлении дополнительных земель для реализации проекта) носило «длящийся характер», инвестор имел право требовать возмещения убытков с более поздней даты, чем та, когда он впервые узнал о продолжающемся нарушении договора Китаем. Арбитраж отклонил этот аргумент истца (а вместе с тем и отказался рассматривать иск по существу): «Если мы позволим истцу скорректировать эту дату, когда он впервые узнал о нарушении своих прав, на дату, с которой истец хочет требовать возмещения за продолжение нарушения, то это будет равнозначно тому, что мы разрешим истцу бесконечно изменять свои претензии на всё более тонкие подкомпоненты нарушения, появляющиеся со временем, в попытке уместить свои исковые требования в пределы срока исковой давности»⁷⁰.

9. Несоблюдение истцом срока ожидания по двустороннему инвестиционному договору

Как правило, международные инвестиционные договоры предусматривают «период охлаждения» (англ.: *cooling-off period*) — срок, в течение которого стороны обязаны попробовать урегулировать спор без обращения в арбитраж. Этот срок имеет смысл только в том случае, если в течение него стороны спора добросовестно ведут переговоры между собой, пытаясь урегулировать спор. Однако, во-первых, иногда этот срок слишком длительный (например, 18 месяцев), поэтому истцы (например, балансирующие на грани банкротства) по тем или иным причинам пренебрегают этим сроком и не выдерживают его. Во-вторых, по общему правилу, в течение этого срока на самом деле ничего не происходит: потенциальный ответчик (государство) просто не выходит на связь с потенциальным истцом, и соблюдение этого срока теряет вся-

⁶⁸ ICSID. *Pantehniki S.A. Contractors & Engineers v. Republic of Albania*. Case No. ARB/07/21. Award of 30 July 2009. § 61–64.

⁶⁹ ICSID. *Supervision y Control S.A. v. Republic of Costa Rica*. Case No. ARB/12/4. Award of 18 January 2017. § 308–315, 329, 330. См. также: Особое мнение арбитра Клока (Dissenting Opinion of J. P. Klock). P.7–10.

⁷⁰ ICSID. *Ansung Housing Co., Ltd. v. People's Republic of China*. Case No. ARB/14/25. § 95, 98, 106, 113–114.

кий смысл. В связи с этим возникает вопрос: вправе ли арбитраж рассматривать спор, если истец не выдержал этот срок ожидания? Некоторые международные инвестиционные арбитражи считали, что этот срок — процессуальная норма, а не условие для осуществления юрисдикции арбитражем, и во всяком случае — не обязательная для соблюдения норма⁷¹. Другие, наоборот, считали, что истец обязательно должен соблюсти период ожидания, а если он этого не сделал, то у арбитража нет юрисдикции⁷².

В деле компании «Сюпервижн» против Коста-Рики арбитраж рассмотрел последствия несоблюдения истцом срока ожидания, установленного в ДИДе Коста-Рика — Испания (1997 год). В соответствии с условиями этого ДИДа инвестор должен письменно известить Коста-Рику о любом споре, включая подробную информацию. Только в том случае, если спор, о котором иностранный инвестор уведомил принимающее государство, не будет разрешён в течение шести месяцев, этот спор может быть передан в арбитраж. В рассматриваемом случае арбитраж установил, что в своём исковом заявлении истец добавил иски, не имеющие прямого отношения к тем, которые ранее были заявлены в его претензии. Поскольку эти новые претензии не выполнили требование к периоду ожидания по ДИДу, арбитраж признал их неприемлемыми⁷³.

В деле по иску компании «A11Y Ltd» (Великобритания) против Чехии ответчик считал, что истец не соблюдал предусмотренный ДИДом Чехия — Соединённое Королевство четырёхмесячный период охлаждения между предъявлением уведомления об обращении в арбитраж и собственно обращением, поскольку истец не сделал ответчику такого уведомления. Однако арбитраж отверг этот довод: истец должным образом уведомил ответчика, так как ввиду фактических обстоятельств ответчик знал о претензиях истца, а

стороны провели несколько встреч для внесудебного разрешения спора. Период охлаждения был соблюден, а отправлять спор назад очевидно бесполезно и неэкономно, постановил арбитраж⁷⁴.

В деле по иску «Антарис ГмбХ» и доктор Михаэль Гёде (оба — ФРГ) против Чехии ответчик указал, что истец не исполнил требование о предварительном письменном уведомлении и «периоде охлаждения», установленные в статье 10(2) ДИД и в статье 26(2) ДЭХ соответственно. Однако арбитраж не согласился с этим: во-первых, истец направил письменное уведомление 10 июня 2011 года; во-вторых, иск по продлению «солнечного сбора» не требует отдельного письменного уведомления и соблюдения «периода охлаждения»⁷⁵.

10. Присвоение деяний юридических лиц государству

В международном праве в целом и в международных инвестиционных арбитражных разбирательствах в частности важнейшим вопросом часто является вопрос присвоения деяний различных лиц (физических и юридических) государству. Как правило, этот вопрос решается при помощи статей КМП ООН об ответственности государств за международно-противоправные деяния. Если эти деяния присваиваются (англ.: *attributed*) государству, то оно несёт ответственность за таковые. Если эти деяния не вменяются государству, то арбитраж не вправе рассматривать иск.

Например, в деле компании «УАБ Энергия» (Литва) против Латвии арбитраж рассмотрел такой вопрос: присваиваются ли деяния двух муниципальных компаний, ответственных за обеспечение теплоснабжения в Латвии, государству как субъекту международного права? Для ответа на этот вопрос арбитраж обратился к статье 5 Статей КМП ООН об ответственности государств и пришёл к выводу, что латвийские компании не осуществляли каких-либо полномочий государственной власти Латвии. Арбитраж отметил: тот факт, что муниципалитет отвечает

⁷¹ ICSID. *Biwater Gauff (Tanzania) Ltd. v. Tanzania*. Case No. ARB/05/22. Award of 24 July 2008. См. также: *Sasson M. Investment Arbitration: Procedure*. В.1: The “Cooling-Off Period” // *International Investment Law: A Handbook* / ed. by M. Bungenberg, J. Griebel, S. Hobe, A. Reinisch. P. 1293–1298.

⁷² ICSID. *Murphy Exploration and Production Company International v. Ecuador*. Case No. ARB/08/4. Award of Jurisdiction of 15 December 2010. § 149.

⁷³ ICSID. *Supervision y Control S.A. v. Republic of Costa Rica*. § 336, 346–348.

⁷⁴ ICSID. *A11Y LTD. v. Czech Republic*.

⁷⁵ PCA. *Antaris Solar GmbH and Dr. Michael Göde v. The Czech Republic*.

за организацию отопления в данном районе, недостаточен для того, чтобы считать такое теплоснабжение (предоставляемое частными или участвующими юридическими лицами) осуществлением государственной власти. Однако затем арбитраж рассмотрел другой аспект: вменяются ли действия теплоснабжающей организации государству на основании статьи 8 Статей об ответственности? Эта статья предусматривает случаи, когда компания действует «по указанию, под руководством или контролем» государства. Арбитраж постановил: вопрос заключается не в том, осуществляло ли государство (Латвия) общий контроль над латвийскими муниципальными компаниями, а именно в том, давало ли государство этим компаниям указания совершать деяния, на которые жаловался истец, руководило ли государство латвийскими компаниями при совершении этих деяний и контролировало ли оно эти деяния. Арбитраж пришёл к выводу: существует достаточное количество косвенных доказательств для того, чтобы вменить/присвоить государству-ответчику некоторые конкретные действия компаний, несмотря на нехватку прямых доказательств⁷⁶.

11. Подача иска после уведомления о денонсации Вашингтонской конвенции

Получив изрядное количество исков от иностранных инвесторов, некоторые государства почли за лучшее выйти из соответствующих международных договоров⁷⁷. Однако далеко не всегда выход из договора означает, что государство обезопасило себя от подобных исков: например, инвесторы вправе подавать иски к России, связанные с нарушением Россией её обязательств по ДЭХ, в течение 20 лет после того, как Россия сообщила о своём намерении не становиться участником ДЭХ, то есть до 2029 года⁷⁸.

В деле компании «Фабрика де Видриос» против Венесуэлы арбитраж по правилам МЦУИС признал, что у него нет компетенции рассматривать дело, поскольку иск был подан после того, как Венесуэла уведомила о денонсации Вашингтонской конвенции (в январе 2012 года). В соответствии со статьёй 71 Вашингтонской конвенции денонсация вступила в силу через шесть месяцев после этого, то есть 25 июля 2012 года. Истцы подали своё требование о проведении арбитражного разбирательства за несколько дней до этой даты. При толковании статей 71 и 72 Вашингтонской конвенции арбитраж пришёл к такому выводу: для того чтобы арбитраж обладал компетенцией (юрисдикцией), согласие на арбитраж должно иметься (то есть быть дано государством-ответчиком и принято иностранным инвестором — истцом) до уведомления о денонсации⁷⁹.

Это решение противоречит некоторым ранее принятым решениям по другим делам (например, по искам компаний «Веноклим»⁸⁰ и «Блю Бэнк»⁸¹): в них арбитражи подтверждали, что у них есть компетенция (юрисдикция) рассматривать иски, поданные до истечения шестимесячного срока с момента уведомления о денонсации. Эти примеры прекрасно демонстрируют отсутствие единого подхода в международном инвестиционном праве и необходимость его реформировать.



Сложно сделать какие-то общие выводы, опираясь на эти решения международных инвестиционных арбитражей. Пожалуй, по результатам исследования напрашивается вывод, что необходимо создать единый свод норм международного инвестиционного права (как процессуальных, так и материальных) и единый орган по разрешению споров между иностранными инвесторами и принимающими их государствами. Усилия в этом направлении уже предпринимают различные международные организации (ООН, ОЭСР), их вспомо-

⁷⁶ ICSID. *UAB Energija (Lithuania) v. Republic of Latvia*. Case No. ARB/12/33. Award of 22 December 2017. § 816, 817, 823, 825–827.

⁷⁷ Например, Эквадор, Боливия и Венесуэла вышли из Вашингтонской конвенции, Италия — из ДЭХ, а Индия и ЮАР взяли курс на денонсацию ранее заключённых ими ДИДов.

⁷⁸ Этим, в частности, воспользовались украинские инвесторы, подавшие иски против России уже после 2009 года в связи с национализацией их энергетических активов в 2014 году в Крыму.

⁷⁹ ICSID. *Fábrica de Vidrios Los Andes, C.A. and Owens-Illinois de Venezuela, C.A. v. Bolivarian Republic of Venezuela*. Case No. ARB/12/21. Award of 13 November 2017. § 250–251, 282, 295–298.

⁸⁰ ICSID. *Venoklim Holding B.V. v. Venezuela*. Case No. ARB/12/22. Award of 3 April 2015.

⁸¹ ICSID. *Blue Bank International & Trust (Barbados) Ltd. v. Bolivarian Republic of Venezuela*.

гательные органы (например, ЮНСИТРАЛ и ЮНКТАД), наднациональные образования (ЕС), группы интересов, лоббирующие те или иные подходы. Важной вехой в этом направлении может стать создание Многостороннего инвестиционного суда, на котором настаивает ЕС⁸².

Библиографическое описание:

Рачков И. Обзор решений международных инвестиционных арбитражей за 2017–2018 годы: вопросы компетенции (юрисдикции) и приемлемости иска // Международное правосудие. 2019. № 4 (32). С. 111–132.

Awards of international investment arbitration tribunals on competence (jurisdiction) and admissibility of claims: an overview of the most remarkable cases for 2017–2018

Iliia Rachkov

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

Abstract

The specificity of the international investment law (IIL) is that it is not based on a single source in which the norms which constitute its nucleus would be codified and progressively developed. This is true for both substantive and procedural parts of the IIL. There exists no international organization or body to settle investment disputes that would facilitate a uniform application and interpretation of IIL rules. Therefore, it is difficult (or even impossible) to predict how an arbitration tribunal would decide the one or the other dispute between a foreign investor and the host state. This entails a legal uncertainty which impedes the IIL to perform the main function of the law – to create certainty and predictability in the relations the law regulates. The analysis of the awards rendered by arbitration tribunals allows forecasting to some extent. Besides, it could reveal the systemic problems of IIL and international investment arbitration with the view to cure them. The respondent States that host foreign investment use all available ways and means in order to prevent the arbitration tribunals from considering the disputes on the merits. For this purpose, the respondents primarily challenge the jurisdiction of those tribunals and the admissibility of claims. The result of this strategy is the following: according to UNCTAD's statistics, as of January 2019, in 70 % of all known cases (456 out of 647) the respondent State cannot complain that the arbitration tribunals handed down awards against them. It is precisely at the first stage of the dispute resolution by arbitration (questions of jurisdiction and admissibility) when the prospects that the dispute will be decided in favor of the respondent State are higher. States are perfectly aware of that; that is why they raise objections against the jurisdiction of arbitration tribunals and/or admissibility of claims. In such cases, arbitration tribunals bifurcate the claim, i. e. they consider first those objections against

jurisdiction and admissibility. Only in case these questions are answered in the affirmative, i. e. the arbitration tribunal accepted the jurisdiction and concluded that the claims are admissible, the tribunals proceed to consider the dispute on its merits. The author examines the specific examples of how States seek to shield themselves against the claims brought forward by foreign investors through challenging the jurisdiction of the arbitration tribunals and/or admissibility of claims through the notions of foreign investor and foreign investment; lawfulness of foreign investment as a precondition for admissibility; scope of the jurisdiction and other notions.

Keywords

international investment law; foreign investment; foreign investors; host States; questions of jurisdiction; admissibility of claims.

Citation

Rachkov I. (2019) *Obzor resheniy mezhdunarodnykh investitsionnykh arbitrazhey za 2017–2018 gody: voprosy kompetentsii (yurisdiksii) i priemlemosti iska* [Overview of the awards rendered by international arbitration tribunals in 2017–2018: the questions of jurisdiction and admissibility of claims]. *Mezhdunarodnoe pravosudie*, vol. 9, no. 4, pp. 111–132. (In Russian).

References

- Bischoff J. A., Happ R. (2015) *Ratione Materiae. A. Notion of Investment*. In: Bungenberg M., Griebel J., Hobe S., Reinisch A. (eds.) *International Investment Law: A Handbook*, Baden-Baden: Nomos; München: C. H. Beck; Oxford: Hart, pp. 516–532.
- Burova E. S., Koroteeva K. V. (2018) *Veter peremen: aktual'nye obsuzhdeniya reform sistemy razresheniya sporov mezhdru inostrannymi investitorami i gosudarstvami* [Wind of change: current discussions on reform of the dispute resolution system between foreign investors and states]. *Zakon*, no. 5, pp. 153–163. (In Russian).
- Diel-Grigol K., Hennecke R. (2015) *Investment in Accordance with the Law*. In: Bungenberg M., Griebel J., Hobe S., Reinisch A. (eds.) *International Investment Law: A Handbook*, Baden-Baden: Nomos; München: C. H. Beck; Oxford: Hart, pp. 566–576.
- Gildemeister A. (2015) *Investment Law and Taxation*. In: Bungenberg M., Griebel J., Hobe S., Reinisch A. (eds.) *International Investment Law: A Handbook*, Baden-Baden: Nomos; München: C. H. Beck; Oxford: Hart, pp. 1677–1691.
- Ispolinov A. (2018) *V poiskakh novoy paradigmy: Sud ES i ESPCh spustya tri goda posle zaklyucheniya no. 2/13* [In search of a new paradigm: the European Court of Justice and the European Court of Human Rights three years after Opinion No. 2/13]. *Mezhdunarodnoe pravosudie*, vol. 8, no. 2, pp. 16–27. (In Russian).
- Konrad S. (2015) *Protection of Investments Owned by States*. In: Bungenberg M., Griebel J., Hobe S., Reinisch A. (eds.) *International Investment Law: A Handbook*, Baden-Baden: Nomos; München: C. H. Beck; Oxford: Hart, pp. 545–554.
- Rachkov I. (2014) *Byvshie aktsionery YUKOSa protiv Rossii [Former "YUKOS" shareholders v. Russia]*. *Mezhdunarodnoe pravosudie*, vol. 4, no. 3, pp. 18–34. (In Russian).
- Rachkov I. (2014) *Soglasie gosudarstva na rassmotrenie mezhdunarodnykh sporov* [States Consent on International Investment Disputes], *Mezhdunarodnoe pravosudie*, vol. 4, no. 4, pp. 96–122. (In Russian).
- 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

⁸² См.: Rachkov I. V., Magomedova O. S. *Investment Court: Review of the EU Initiative* // *Moscow Journal of International Law*. 2019. No. 2. P. 54–69.

- claims: an overview of the most remarkable cases for 2016]. *Mezhdunarodnoe pravosudie*, vol. 8, no. 3, pp. 93–110. (In Russian).
- Rachkov I. V., Magomedova O. S. (2019) Investment Court: Review of the EU Initiative. *Moscow Journal of International Law*, no. 2, pp. 54–69.
- Reinisch A. (2015) Most favoured Nation Treatment. In: Bungenberg M., Griebel J., Hobe S., Reinisch A. (eds.) *International Investment Law: A Handbook*, Baden-Baden: Nomos; München: C. H. Beck; Oxford: Hart, pp. 824–845.
- Rogozina A. A. (2016) Predely primeneniya ogovorok o rezhime naibol'shego blagopriyatstvovaniya k protsessual'nym polozheniyam investitsionnykh dogovorov [The Limits of Application of the Most Favored Nation Clauses to the Procedural Provisions of Investment Contracts], *Rossiyskiy yuridicheskij zhurnal*, no. 3, pp. 202–214. (In Russian).
- Sasson M. (2015) Investment Arbitration: Procedure, § B.1: The “Cooling-Off Period”. In: Bungenberg M., Griebel J., Hobe S., Reinisch A. (eds.) *International Investment Law: A Handbook*, Baden-Baden: Nomos; München: C. H. Beck; Oxford: Hart, pp. 1293–1298.
- Schlemmer E. C. (2008) Investment, Investor, Nationality, and Shareholders. In: Muchlinski P. T., Ortino F., Schreuer Ch. H. (eds.) *The Oxford Handbook of International Investment Law*, Oxford: Oxford University Press, pp. 49–88.
- Sloane R. D. Breaking the Genuine Link: The Contemporary International Legal Regulation of Nationality. *Harvard International Law Review*, vol. 50, no. 1, pp. 1–60.
- Usoskin S. (2016) Soglasheniya o pooshchrenii i zashchite investitsiy i natsional'noe zakonodatel'stvo: o chistykh rukakh i ne tol'ko [Agreements on promotion and protection of investments, national laws, “clean hands” doctrine and other things]. *Mezhdunarodnoe pravosudie*, vol. 6, no. 1, pp. 104–112. (In Russian).