

МЕЖДУНАРОДНОЕ ПРАВОСУДИЕ

№ 4 (36) • 2020

**Признают ли международные суды
обязательность своих прецедентов?**

Космос и международное право: перезагрузка

**Социальные сети и международное правосудие:
пределы подотчётности**

Правосудие против войны: случай Колумбии

**Саморегулирование в спорте — новая
правовая реальность?**

Влияние санкций на арбитраж

МЕЖДУНАРОДНОЕ ПРАВОСУДИЕ

№4 (36) • 2020

Учредитель и издатель

Институт права и публичной политики
https://www.ilpp.ru

Редакционный совет

А. И. КОВЛЕР, председатель (Институт законодательства и сравнительного правоведения)
Б. БАУРИНГ (Лондонский университет, Великобритания)
Л. ГАРЛИЦКИЙ (Варшавский университет, Польша)
А. Я. КАПУСТИН (Институт законодательства и сравнительного правоведения)
Р. А. КОЛОДИН (Международный трибунал по морскому праву, Германия)
Т. Н. НЕШАТАЕВА (Суд Евразийского экономического союза, Беларусь)
А. НУССБЕРГЕР (Кельнский университет, Германия)
С. М. ПУНЖИН (Международный Суд ООН, Нидерланды)
А. УШАЦКА (Международный уголовный суд (2006–2015), Латвия)
М. Л. ЭНТИН (МГИМО МИД России)

Редакционная коллегия

Д. С. БОКЛАН (НИУ «Высшая школа экономики»)
А. П. ЕВСЕЕВ (НИУ «Высшая школа экономики»)
Д. В. КРАСИКОВ (Саратовская государственная юридическая академия)
В. О. НЕШАТАЕВА (Российский государственный университет правосудия)
И. В. РАЧКОВ (МГИМО МИД России)
В. Н. РУСИНОВА (НИУ «Высшая школа экономики»)
А. К. СОБОЛЕВА (НИУ «Высшая школа экономики»)
В. В. СТАРЖЕНЕЦКИЙ (НИУ «Высшая школа экономики»)
М. П. ТРУНК-ФЕДОРОВА (Санкт-Петербургский государственный университет)
М. А. ФИЛАТОВА (НИУ «Высшая школа экономики»)
К. В. ЭНТИН (Суд Евразийского экономического союза, Беларусь)

Выпускающий редактор

О. Б. СИДОРОВИЧ (Институт права и публичной политики)

Ответственный секретарь

А. В. КРЕЦУЛ

Редакторы
М. СИДОРОВИЧ
С. Ф. УСПЕНСКАЯ

Корректоры
Л. И. ЕВСТИФЕЕВА
М. СИДОРОВИЧ
С. Ф. УСПЕНСКАЯ

Журнал издаётся при
финансовой поддержке



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 №ФС77-62149 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 24 декабря 2020 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»

117246, г. Москва, проезд Научный, д. 19, этаж 2, ком. 6Д, оф. 202.

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, 2020

TRIBUNА

**РЕШЕНИЯ МЕЖДУНАРОДНЫХ СУДОВ:
СЛЕДОВАНИЕ ПРЕЦЕДЕНТУ ИЛИ ПОСЛЕДОВАТЕЛЬНАЯ ПРАКТИКА?** **3**
Сергей Белов, Сергей Манжосов

SCRIPTORIUM

FORUM INCOGNITA
МЕЖДУНАРОДНОЕ КОСМИЧЕСКОЕ ПРАВО **22**
ЭПОХИ НАЧАЛА БИЗНЕС-КОЛОНИЗАЦИИ КОСМОСА
Алексей Исполинов

OPINION JURIS
ПОЛИТИЗАЦИЯ ПРАВА ИЛИ ЛЕГАЛИЗАЦИЯ ПОЛИТИКИ? **45**
О JUSTICIABILITY И ДОКТРИНЕ «ПОЛИТИЧЕСКОГО ВОПРОСА»
НА ПРИМЕРЕ МЕЖДУНАРОДНОГО ПРАВОСУДИЯ
Михаил Гальперин

JUS DIGITUS
УПРАВА НА FACEBOOK: СОЦИАЛЬНЫЕ СЕТИ **59**
В СВЕТЕ НАРУШЕНИЙ ПРАВ ЧЕЛОВЕКА
Глеб Богуш, Ольга Кудинова

JUS POST BELLUM
ПЕРЕХОДНОЕ ПРАВОСУДИЕ В КОЛУМБИИ: **77**
НЕРЕАЛИЗОВАННЫЙ ПОТЕНЦИАЛ
Александр Евсеев

JUS CRIMINALE
ТЕОРИЯ И ПРАКТИКА СОЧЕТАНИЯ МОДЕЛЕЙ ПРОЦЕССА **100**
В ДЕЯТЕЛЬНОСТИ ПАЛАТЫ ПРЕДВАРИТЕЛЬНОГО ПРОИЗВОДСТВА
МЕЖДУНАРОДНОГО УГОЛОВНОГО СУДА
Денис Печегин

LEX MERCATORIA
МЕЖДУНАРОДНЫЙ ИНВЕСТИЦИОННЫЙ АРБИТРАЖ: **112**
РЕШЕНИЯ 2017–2018 ГОДОВ ПО СУЩЕСТВУ СПОРА
Илья Рачков, Елизавета Рачкова

JUS GENTIUM
ВЛИЯНИЕ САНКЦИЙ НА РАЗРЕШЕНИЕ **144**
ВНЕШНЕЭКОНОМИЧЕСКИХ СПОРОВ: СОХРАНЕНИЕ STATUS QUO
ИЛИ ПОИСК АЛЬТЕРНАТИВНЫХ ЮРИСДИКЦИЙ?
Владислав Старженецкий, Саглар Очинова

LEX SPORTIVA
ФЕНОМЕН LEX SPORTIVA **168**
В МЕЖДУНАРОДНОМ СПОРТИВНОМ ПРАВЕ
Артём Бредихин

INTERNATIONAL JUSTICE

4 (36) • 2020

Founder and Publisher

Institute for Law and Public Policy
<https://www.ilpp.ru>

Scientific Advisory Board

A. KOVLER, Chairman (Institute of Legislation and Comparative Law)
 B. BOWRING (Birkbeck College of the University of London, UK)
 L. GARLICKI (University of Warsaw, Poland)
 A. KAPUSTIN (Institute of Legislation and Comparative Law)
 R. KOLODKIN (International Tribunal for the Law of the Sea, Germany)
 T. NESHATAEVA (Court of the Eurasian Economic Union, Belarus)
 A. NUSSBERGER (University of Cologne, Germany)
 S. PUNZHIN (International Court of Justice, Netherlands)
 A. UŠACKA (International Criminal Court (2006–2015), Latvia)
 M. ENTIN (MGIMO University)

Board of Editors

D. BOKLAN (Higher School of Economics)
 K. ENTIN (Court of the Eurasian Economic Union, Belarus)
 A. EVSEEV (Higher School of Economics)
 M. FILATOVA (Higher School of Economics)
 D. KRASIKOV (Saratov State Law Academy)
 V. NESHATAEVA (Russian State University of Justice)
 I. RACHKOV (MGIMO University)
 V. RUSINOVA (Higher School of Economics)
 A. SOBOLEVA (Higher School of Economics)
 V. STARZHNETSKY (Higher School of Economics)
 M. TRUNK-FEDOROVA (Saint Petersburg State University)

Managing Editor

O. SIDOROVICH (Institute for Law and Public Policy)

Editorial Secretary

A. KRETSUL

Proofreaders

M. SIDOROVICH
 S. USPENSKAYA

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: journal_mp@mail-ilpp.ru

<https://academia.ilpp.ru/en/international-justice/>

© Institute for Law and Public Policy, 2020

TRIBUNAL

**DECISIONS OF INTERNATIONAL COURTS:
 FOLLOWING PRECEDENTS OR CONSISTENT JURISPRUDENCE?** **3**
 Sergey Belov, Sergey Manzhosov

SCRIPTORIUM

FORUM INCOGNITA

**INTERNATIONAL SPACE LAW OF THE ERA OF THE BEGINNING
 OF THE BUSINESS COLONIZATION OF SPACE** **22**
 Alexey Ispolinov

OPINION JURIS

**POLITICISING LAW OR LEGALISING POLITICS?
 JUSTICIABILITY AND THE "POLITICAL QUESTION"
 ON THE EXAMPLES FROM INTERNATIONAL JUSTICE** **45**
 Mikhail Gal'perin

JUS DIGITUS

**HANDLING FACEBOOK: SOCIAL MEDIA
 IN THE LIGHT OF HUMAN RIGHTS VIOLATIONS** **59**
 Gleb Bogush, Olga Kudinova

JUS POST BELLUM

**TRANSITIONAL JUSTICE IN COLOMBIA:
 UNREALIZED POTENTIAL** **77**
 Aleksandr Evseev

JUS CRIMINALE

**THEORY AND PRACTICE OF MIXING PROCEDURAL MODELS
 IN THE PRE-TRIAL CHAMBER OF THE INTERNATIONAL
 CRIMINAL COURT MECHANISM OF FUNCTIONING** **100**
 Denis Pechegin

LEX MERCATORIA

**INTERNATIONAL INVESTMENT ARBITRATION:
 DECISIONS 2017–2018 ON THE MERITS OF THE DISPUTE** **112**
 Iliia Rachkov, Elizaveta Rachkova

JUS GENTIUM

**THE IMPACT OF SANCTIONS ON THE RESOLUTION
 OF INTERNATIONAL BUSINESS DISPUTES: MAINTAINING
 THE STATUS QUO OR LOOKING FOR ALTERNATIVE JURISDICTIONS?** **144**
 Vladislav Starzhenetskiy, Saglar Ochirova

LEX SPORTIVA

**THE LEGAL PHENOMENON OF LEX SPORTIVA
 IN INTERNATIONAL SPORTS LAW** **168**
 Artem Bredikhin

LEX MERCATORIA

Международный инвестиционный арбитраж: решения 2017–2018 годов по существу спора

Илья Рачков, Елизавета Рачкова*

В настоящей статье рассмотрены решения этих арбитражей за тот же период по существу споров. Особое место среди этих решений занимают решения по исковым требованиям иностранных инвесторов о нарушении принимающим государством режима (или стандарта) справедливого и равноправного обращения. Это вполне закономерно: нарушение данного стандарта — наиболее часто встречающееся исковое требование. В 2017–2018 годах особенно много исков, в которых были заявлены подобные требования, было связано с выработкой электроэнергии из возобновляемых источников, в основном — из солнечной энергии. Эти иски опирались на Договор к Энергетической Хартии 1994 года. В статье рассматриваются, в частности, дела по искам, в которых инвесторы требовали возместить ущерб, причинённый изменениями в законодательстве принимающих стран. Перед арбитражами встал вопрос: защищает ли (и до какой степени) стандарт справедливого и равноправного обращения иностранного инвестора от изменений законодательства принимающего государства? Кроме того, в статье рассмотрены такие аспекты, как нарушение государством национального режима, режима наибольшего благоприятствования и стандарта полной защиты и безопасности иностранных инвестиций, а также прямая и косвенная экспроприация. Проанализированы решения, в которых вставал вопрос о полномочиях арбитража пересмотреть свои собственные предварительные решения; влияние экологических аспектов на поведение инвестора и государства; попытки стороны, недовольной решением арбитража, добиться аннулирования или отмены этого решения либо в комитете *ad hoc* Международного центра по урегулированию инвестиционных споров, либо в национальных государственных судах. Анализ приведённых решений позволит выявить некоторые тенденции международного инвестиционного права. Это представляется важным в контексте того, что в инвестиционном арбитраже не может существовать по-настоящему единообразной практики ввиду отсутствия единого источника права и единого органа по разрешению споров. Таким образом, только тщательный анализ практики может подсказать, какая практика является хорошо устоявшейся, а какая нет.

DOI: 10.21128/2226-2059-2020-4-112-143

→ *Международное инвестиционное право; иностранные инвестиции; иностранные инвесторы; принимающие государства; справедливый и равноправный режим; режим наиболее благоприятствуемой нации; «зонтичная» оговорка; прямая и косвенная экспроприация; гарантии инвесторам*

* Рачков Илья Витальевич — кандидат юридических наук, доцент кафедры международного права Московского государственного института международных отношений МИД России, Москва, Россия (e-mail: ilia.rachkov@gmail.com); Рачкова Елизавета Ильинична — магистрант факультета права Научного исследовательского университета «Высшая школа экономики», Москва, Россия (erachkova1328@gmail.com).

1. Справедливый и равноправный режим

1.1. Пределы ответственности принимающего инвестиции государства

Упоминание о режиме справедливого и равноправного обращения содержится в разных формулировках практически во всех инвестиционных договорах и зачастую выступает в качестве резервного аргумента после провала аргумента об экспроприации¹. В деле по иску компаний «Сервин» и «Роне» против Коста-Рики истцы утверждали: государство-ответчик нарушило положение о справедливом и равноправном режиме (англ.: *fair and equitable treatment*), закреплённое в двустороннем инвестиционном договоре (далее — ДИД) между Коста-Рикой и Швейцарией (2000), установив сниженные тарифы на сжиженный углеводородный газ (англ.: *liquefied petroleum gas, LPG*) без учёта финансовой устойчивости участников рынка. По мнению состава арбитража, в положениях ДИДа о справедливом и равноправном режиме обращения государства, принимающего иностранные инвестиции, с иностранными инвесторами закреплён специальный стандарт. Его содержание не совпадает с тем содержанием, которое вкладывает в это понятие международное обычное право, а именно — справедливый и равноправный режим. Элементы этого стандарта обращения с иностранными инвесторами аналогичны тем, которые были определены другим арбитражем в деле по иску MTD против Чили: справедливость, разумность и равенство; они применимы и в рассматриваемом деле².

Состав арбитража постановил: в зависимости от обстоятельств каждого дела правомерные ожидания, отсутствие добросовестности со стороны государства, процессуальной чистоты и надлежащей процедуры, согласованности и последовательности в поведении государства-ответчика, прозрачности и наличие произвола в действиях государства могут привести к нарушениям этого стандарта. Вместе с тем состав арбитража подчеркнул, что одного лишь наличия ошибки в толковании или применении нормативной базы недостаточно для того, чтобы арбитраж пришёл к выводу о нарушении государством своих обязательств по ДИДу.

Как установил состав арбитража, государство-ответчик не отказывалось умышленно от приведённых выше принципов регулирования. Действительно, методология, применяемая регулятором Коста-Рики для установления тарифов на газ, привела к искажению принципа финансового равновесия, а нормативно-правовая база пострадала от недостаточной ясности. Однако, несмотря на это, арбитраж счёл, что предполагаемые недостатки не достигли уровня нарушения обязательства государства по ДИДу. Опираясь на арбитражное решение по делу «Дженерейшн Юкрейн», арбитраж счёл крайне

¹ Подробнее про стандарт справедливого и равноправного обращения см.: *Jacob M., Schill S. W. Fair and Equitable Treatment: Content, Practice, Method // 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. 700–763.*

² В решении международного инвестиционного арбитража по делу MTD сказано следующее: «С точки зрения ДИДа, справедливый и равноправный режим следует понимать как обращение беспристрастным и справедливым образом, которое способствует поощрению иностранных инвестиций. Его условия сформулированы проактивно — “продвигать”, “создавать”, “стимулировать”, а не как рецепты пассивного поведения государства или избегания предвзятого отношения к инвесторам» (*International Centre for Settlement of Investment Disputes (далее — ICSID). MTD Equity Sdn. Bhd. and MTD Chile S.A. v. Chile. Case No. ARB/01/7. Award of 25 May 2004. § 113*).

важным тот факт, что истцы не предпринимали попыток получить разъяснения в судах Коста-Рики³. Признавая, что ДИД не требует от истцов исчерпания местных средств правовой защиты, арбитраж всё же отметил, что у истцов имелись средства правовой защиты, которыми они могли бы воспользоваться в коста-риканских судах, и те могли бы решить этот вопрос⁴.

1.2. Стабильность правовой базы принимающего инвестиции государства

Стабильность и последовательность правовой базы принимающего государства тесно связаны с правомерными ожиданиями инвестора⁵. Вопрос о стабильности правовой базы возник в делах в связи с регулированием возобновляемых источников энергии (далее — ВИЭ). Как правило, произведённая из ВИЭ электроэнергия стоит дороже более традиционной (угольной, атомной, гидро- и так далее). Поэтому государства, поощряющие ВИЭ, вынуждены выстраивать регулирование, которое создавало бы для производителей и для потребителей такой электроэнергии различные «пряники». Одним из таких «пряников» является субсидируемый государством тариф на такую электроэнергию: потребитель оплачивает какую-то часть этой электроэнергии, а остальное по тарифу доплачивает государство. Полагаясь на то, что государство будет продолжать раздавать эти «пряники» в течение длительного времени, иностранные инвесторы начинают инвестировать в сектор ВИЭ в этих государствах. Однако у последних иногда подходят к концу финансовые ресурсы, из-за чего государства, принимающие такие иностранные инвестиции, оказываются вынуждены отменять эти льготы и за это получают от иностранных инвесторов иски в международный инвестиционный арбитраж. Больше всего пострадали от таких исков в 2017–2018 годах Испания, Италия и Чехия. В этих исках речь идёт о генерации электроэнергии при помощи солнечных батарей.

В частности, Испания столкнулась с этим в целом ряде дел по искам таких инвесторов, как «Эйзер» и «Энерджия Солар», «Антин», «Форсайт», «Масдар» и «НовЭнерджия». Все эти иски опирались на Договор к Энергетической хартии (далее — ДЭХ). Исковые требования во всех этих делах возникли в результате изменений в законодательной базе Испании в области возобновляемых источников энергии. В 2007 году в целях стимулирования инвестиций в этот сектор (прежде всего, в солнечную энергию) Испания установила тарифный режим, гарантирующий определённую прибыльность для производителей электрической энергии из ВИЭ. Полагаясь на этот режим, истцы по первому из этих дел создали в Испании три ВИЭ. Однако в 2012–2014 годах Испания столкнулась с растущими издержками на поддержание этого режима в силе. Поэтому Испания официально отменила ранее действовавшую тарифную базу и ввела новый режим. Последний гарантировал «разумную прибыль», основанную на другой экономической модели для расчёта тарифов. Новый режим применялся к уже существующим инвестициям в ВИЭ. В результате доход инвесторов-истцов упал ниже себестоимости, и

³ См.: ICSID. *Cervin Investissements S.A. and Rhone Investissements S.A. v. Republic of Costa Rica*. Case No. ARB/13/2. Award of 7 March 2017. § 452–453, 462, 471, 508, 490, 499, 505–506.

⁴ См.: Ibid. Арбитраж назвал «шокирующим» нарушение Коста-Рикой стандарта справедливого и равноправного обращения, а именно задержку при рассмотрении Коста-Рикой административной жалобы инвесторов на одно из решений регулирующего органа (для решения по этой жалобе потребовалось более двух лет вместо восьми дней, предусмотренных законодательством Коста-Рики). Однако истцы не смогли доказать, что этой задержкой им был причинён конкретный ущерб (Ibid. § 659–703).

⁵ См.: Jacob M., Schill S. W. Op. cit. P. 728.

их испанские операционные компании были вынуждены провести переговоры по реструктуризации долга со своими кредиторами.

В первом из этих дел — по иску компаний «Эйзер» и «Энерджия Солар» против Испании — истцы сочли, что Испания нарушила своё обязательство предоставить иностранным инвесторам справедливый и равноправный режим обращения, как требует статья 10(1) ДЭХ. Арбитраж отметил, что «в отсутствие чётких обязательств, непосредственно распространяющихся на инвесторов и гарантирующих, что государство не будет изменять свои законы или нормативные акты, международные инвестиционные договоры не отменяют права государств изменять свои режимы регулирования в соответствии с меняющимися обстоятельствами и общественными потребностями».

Однако, учитывая контекст ДЭХ, арбитраж пришёл к такому выводу: статья 10(1) ДЭХ (об обязанности предоставить режим справедливого и равноправного обращения) включает в себя обязательство принимающего государства обеспечить фундаментальную стабильность в основных характеристиках правового режима, на которые полагаются иностранные инвесторы, осуществляя долгосрочные инвестиции.

Арбитраж счёл, что ответчик ликвидировал благоприятный режим регулирования, ранее применявшийся к истцам и другим инвесторам для поощрения их инвестиций, и заменил его беспрецедентным и совершенно иным регулятивным подходом, который был глубоко несправедливым и неравноправным по отношению к существующим инвестициям истцов, тем самым лишая истцов практически всей стоимости их инвестиций⁶.

В частности, Испания задним числом применяла эти единые для всех стандарты к существующим инвестициям (таким, как у истцов), которые были спроектированы, профинансированы и построены ранее на основе совершенно иного режима регулирования. При установлении тарифов в соответствии с новым режимом не учитывались конкретные финансовые и эксплуатационные характеристики существующих предприятий⁷. В результате арбитраж присудил инвесторам 128 млн евро плюс проценты.

В деле по иску двух компаний «Антин» к Испании возникли похожие вопросы по существу спора, в частности:

— создала ли Испания своими общеприменимыми законами и нормативными актами у истцов (иностранных инвесторов из Люксембурга и Нидерландов) правомерные ожидания того, что правовое регулирование производства и продажи концентрированной солнечной энергии будет оставаться стабильным; арбитраж ответил на этот вопрос утвердительно;

— запрещает ли ДЭХ государству, принимающему иностранные инвестиции, осуществлять свои полномочия по регулированию в общественных интересах; вполне ожидаемо, что арбитраж ответил на этот вопрос отрицательно;

— вправе ли государство-ответчик радикально менять своё правовое регулирование, специально созданное для привлечения иностранных инвестиций; арбитраж ответил на этот вопрос отрицательно;

⁶ Арбитраж провёл различие между фактами данного дела и фактами в деле *Charanne and Construction Investments v. Spain*: в последнем деле меры Испании лишь незначительно снизили прибыльность инвестиций, но не были столь опустошительными, как полностью новый регуляторный режим, введённый Испанией позднее, как было в деле *Eiser and Energía Solar (Eiser Infrastructure Limited and Energía Solar Luxembourg S.à.r.l. v. Kingdom of Spain. Case No. ARB/13/36. Award of 4 May 2017. § 367–369)*.

⁷ См.: ICSID. *Eiser Infrastructure Limited and Energía Solar Luxembourg S.à.r.l. v. Kingdom of Spain. Case No. ARB/13/36. Award of 4 May 2017. § 144–150, 392, 362, 382, 365, 400.*

— нарушила ли Испания стандарт справедливого и равноправного обращения тем, что подорвала правомерные ожидания истцов; арбитраж ответил на этот вопрос утвердительно⁸.

В результате арбитраж по этому делу присудил инвесторам-истцам сначала 112 млн евро, затем исправил арифметическую ошибку и указал, что инвесторам следует присудить 101 млн евро. Испания подала ходатайство об отмене этого арбитражного решения, которое сейчас рассматривается комитетом *ad hoc* Международного центра по урегулированию инвестиционных споров (*далее* — МЦУИС) по аннулированию.

К похожему выводу о нарушении правомерных ожиданий истцов пришёл арбитраж в деле по иску компании «Форсайт» и других против Испании⁹. Это является нарушением стандарта справедливого и равноправного обращения, предусмотренного в ДЭХ. В этом же деле истцы доказали, что тщательно проверили правовое регулирование в Испании, прежде чем начать инвестировать в её возобновляемую энергетику. Это было важным моментом, поскольку в ином случае истцы не могли бы утверждать, что их правомерные ожидания нарушены принимающим государством. Однако арбитраж не согласился с истцами в том, что Испания нарушила также «зонтичную» оговорку¹⁰, так как Испания не брала на себя никаких конкретных обязательств перед истцами. Кроме того, арбитраж не признал, что поведение Испании (внесение изменений в тарифную схему) достигло размеров экспроприации, так как инвесторы не лишились значительной части своих инвестиций. В результате арбитраж присудил истцам компенсацию в размере 39 млн евро.

В деле *кооператив «Масдар» против Испании*¹¹ арбитраж подтвердил аргументы истца:

— стандарт справедливого и равноправного обращения запрещает государствам вносить неоправданные или неразумные изменения в законодательство, противоречащие конкретным обязательствам, принятым этим государством перед инвестором;

— приняв определённые законы и нормативные акты (как общего применения, так и по конкретным проектам), государство-ответчик создало у иностранных инвесторов — истцов законные ожидания того, что выгоды, предоставляемые правовой базой, существовавшей на момент инвестирования, останутся неизменными;

— оспариваемые меры Испании нарушили правомерные ожидания истцов и тем самым нарушили стандарт справедливого и равноправного обращения.

Арбитраж присудил этим истцам 64,5 млн евро.

Этой же логике следует решение международного арбитража по иску компании «НовЭнерджия» против Испании¹². Однако этот арбитраж не согласился с рядом аргументов истца:

⁸ См.: 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. § 530, 532, 555, 556, 558, 573.

⁹ Stockholm Chamber of Commerce (*далее* — SCC). *Foresight Luxembourg Solar 1 S.À.R.L., Foresight Luxembourg Solar 2 S.À.R.L., Greentech Energy System A/S, GWM Renewable Energy I S.P.A and GWM Renewable Energy II S.P.A v. Kingdom of Spain*. Case No. 2015/150. Award of 14 November 2018, with Partial Dissenting Opinion of Raúl E. Vinuesa.

¹⁰ См.: Маммадов С. «Зонтиковая» оговорка в практике международного инвестиционного спора // Правовые аспекты инвестиционных договоров : сб. ст. / под ред. А. Алиева, С. Крупко, А. Трунка. М. : Норма, 2012. С. 191–226.

¹¹ ICSID. *Masdar Solar & Wind Cooperatief U.A. v. Kingdom of Spain*. Case No. ARB/14/1. Award of 16 May 2018.

¹² SCC. *Novenergia II — Energy & Environment (SCA), SICAR v. Kingdom of Spain*. Case No. 063/2015. Final Arbitral Award of 15 February 2018.

— изменения в испанском законодательстве, принятые в 2010–2013 годах, нарушили стандарт справедливого и равноправного обращения (арбитраж: нет, они не «полностью трансформировали или коренным образом изменили» нормативную базу);

— оспариваемые меры нарушили «зонтичную» оговорку ДЭХ (арбитраж: нет, ответчик не взял на себя никаких конкретных обязательств перед истцом);

— оспариваемые меры представляли собой экспроприацию (арбитраж: нет, они не имели намерения экспроприировать и не имели своим результатом экспроприацию).

В отличие от Испании (которая проиграла вышеописанные дела¹³), Италия выступала как ответчик в подобных делах с переменным успехом. В частности, речь идёт о двух делах — по искам компаний «Блусан» и «Гринтек». В решении по делу компании «Блусан» и другие против Италии арбитраж также проверил введённые Италией изменения в правилах регулирования ВИЭ на предмет их соответствия ДЭХ¹⁴. Иностранные инвесторы пожаловались на то, что Италия нарушила своё обязательство предоставить справедливый и равноправный режим, изменив тариф на присоединение к единой сети электроснабжения (англ.: *feed-in tariffs*) для электроэнергии, вырабатываемой при помощи ВИЭ. По мнению истцов, тем самым Италия разрушила стабильность нормативно-правовой базы, опираясь на которую инвесторы вложили свои инвестиции; это привело к окончательной ликвидации их проекта по использованию солнечной энергии на юге Италии.

Однако арбитраж отклонил эти требования, отметив следующее: хотя статья 10(1) ДЭХ обязывает государства «создавать стабильные, справедливые, благоприятные и прозрачные условия», она также «сохраняет за регулирующим органом принимающего государства право принимать и изменять законы и подзаконные нормативные акты, чтобы приспособить их к изменяющимся потребностям, в том числе фискальным, при условии соблюдения конкретных обязательств, которые принимающее государство могло принять на себя».

Что касается предоставления субсидий, таких как тарифы на присоединение к единой сети электроснабжения, то арбитраж отметил: «если требуется изменить их, то эти изменения должны осуществляться таким образом, чтобы они не были несоразмерны целям изменения законов, и должны учитывать разумно обоснованные интересы реципиентов, которые, возможно, задействовали значительные ресурсы, полагаясь на ранее существовавший режим».

Рассмотрев меры, принятые Италией, арбитраж пришёл к выводу о том, что изменения в тарифах были введены добросовестно и не являлись несоразмерными. Более того, арбитраж постановил, что в данном случае иностранные инвесторы и не могли иметь правомерных ожиданий (англ.: *legitimate expectations*), поскольку итальянское правительство ранее не принимало на себя никаких конкретных обязательств перед этими инвесторами относительно того, что оно не будет изменять соответствующие нормативные акты. Арбитраж отметил, что «до сих пор арбитражи отказывались возводить законы в ранг обещаний». В подтверждение этого арбитраж сослался на решения других арбитражей по делам компании «Шаранн» и «Констракш Инвестментс» против Испании, «Эль Пасо» против Аргентины и «Филип Моррис» против Уругвая. Из

¹³ Речь идёт, конечно, о решениях 2017–2018 годов. Так, Испания выиграла во многом схожее с приведёнными выше делами дело компании «Штадтверке Мюнхен ГмбХ». См.: ICSID. *Stadtwerke München GmbH, RWE Innogy GmbH, and others v. Kingdom of Spain*. Case No. ARB/15/1. Award of 2 December 2019.

¹⁴ Италия является одной из немногих стран, вышедших из ДЭХ, см. информацию с официального сайта Энергетической Хартии: URL: <https://www.energycharter.org/index.php?id=474&L=1> (дата обращения: 17.10.2020).

этих решений явно прослеживается, что сформулированные самым общим образом обязательства или законодательство государства — реципиента инвестиций не представляют собой обещания, которые могли бы быть основанием для возникновения у иностранного инвестора таких правомерных ожиданий¹⁵. Действительно, государство-реципиент обязано воздерживаться от внесения непропорциональных изменений; однако арбитраж придерживался той точки зрения, что исходные обстоятельства со временем меняются, и в отсутствие каких-либо конкретных обязательств со стороны принимающего государства предприниматели должны трезво оценивать и принимать на себя риск таких изменений¹⁶.

В деле по иску компании «Гринтек» и других против Италии¹⁷ ответчик потерпел сокрушительное поражение. Арбитраж постановил большинством голосов (против голосовал только Джорджио Сачердоти, профессор из Италии и бывший член Апелляционного органа Всемирной торговой организации), что:

— Италия дала иностранным инвесторам — истцам неоднократные и точные заверения в том, что стимулирующие тарифы на электроэнергию из ВИЭ будут оставаться фиксированными в течение 20 лет, что породило у инвесторов правомерные ожидания;

— такие гарантии представляют собой «неотменяемые гарантии», нарушение которых со стороны Италии может быть оправдано только форс-мажорными обстоятельствами;

— снижение стимулирующих тарифов представляет собой нарушение стандарта справедливого и равноправного обращения;

— снижение стимулирующих тарифов нарушило «зонтичную» оговорку ДЭХ (которая настолько широка, что охватывает также законы и нормативные акты).

Правда, арбитраж отклонил одно исковое требование: по мнению арбитража, прочие оспариваемые истцами меры Италии (изменение схемы минимальной гарантированной цены, отмена корректировки на инфляцию и введение сборов) не нарушали ДЭХ, так как ответчик не давал иностранным инвесторам конкретных гарантий в отношении этих аспектов. В результате арбитраж присудил истцам компенсацию в размере 11,9 млн евро.

В деле по иску компании JSW Solar и членов семьи Виртген против Чешской Республики арбитраж рассмотрел исковые требования относительно изменения в регулировании, которое действовало в Чехии с 2005 года для привлечения инвестиций в выработку электроэнергии при помощи солнечных батарей. Согласно этому регулированию, установленный государственным регулятором тариф по подключению к сети электрооборудования позволял инвесторам вернуть себе первоначальные инвестиции в течение 15 лет с семипроцентной годовой нормой прибыли (англ.: *annual rate of return*). Эти правила также гарантировали инвесторам освобождение от налога на прибыль в течение пяти лет после начала эксплуатации их солнечных электростанций. Однако несколь-

¹⁵ Со ссылками на: SCC. *Charanne B.V. and Construction Investments S.a.r.l. v. Spain*. Case No.062/2012. Final Award of 21 January 2016. § 510; ICSID. *El Paso Energy International Company v. Argentine Republic*. Case No. ARB/03/15. Award of 31 October 2011. § 372; *Philip Morris Brand Sàrl (Switzerland), Philip Morris Products S.A. (Switzerland) and Abal Hermanos S.A. (Uruguay) v. Oriental Republic of Uruguay*. Case No. ARB/10/7. Award of 8 July 2016. § 426.

¹⁶ См.: ICSID. *Blusun S.A., Jean-Pierre Lecorier and Michael Stein v. Italian Republic*. Case No. ARB/14/3. Award of 27 December 2016. § 170, 319(4), 319(5), 329–330, 642–343, 350, 372–374.

¹⁷ SCC. *Greentech Energy Systems A/S, NovEnergia II Energy & Environment (SCA) SICAR, and NovEnergia II Italian Portfolio SA v. Italian Republic*. Case No. 2015/095. Final Award of 23 December 2018, with Dissenting Opinion of Giorgio Sacerdoti.

ко лет спустя после принятия этой схемы экономические условия на рынке солнечной энергии изменились, что сделало исходную схему нежизнеспособной. Поэтому Чехия провела ряд реформ, которые привели к снижению тарифа для солнечных электростанций и обложению производителей солнечной энергии новым «солнечным» сбором, а также к немедленному прекращению их освобождения от налога на прибыль. Истцы утверждали, что введенные Чехией изменения в тарифную схему нарушили стандарт справедливого и равноправного обращения, предусмотренный ДИДом Чехия — ФРГ (1990). Однако большинство состава арбитража не согласилось с этим: арбитры сочли, что при разработке реформы правительство Чехии старалось не подрывать первоначальные гарантии окупаемости инвестиций в течение 15 лет и семипроцентную норму прибыли. Конкретные инвесторы, которые несоразмерно пострадали от этих изменений, имели право воспользоваться процедурой возмещения ущерба, но для этого инвесторам нужно было обратиться в Министерство финансов Чехии. Большинство арбитров пришло к выводу, что оспариваемые меры были разумными, являясь тщательно откалиброванным ответом на события в чешском секторе солнечной энергетики в период экономической и политической неопределённости. Арбитр Гэри Борн (один из отцов современного международного арбитража) не согласился с этим и отметил следующее: поскольку Чехия гарантировала истцам минимальный уровень тарифных ставок на определённый установленный законом период, снижение тарифов стало «очевидным нарушением» стандарта справедливого и равного обращения¹⁸.

К таким же выводам пришёл арбитраж в деле по иску компании «Антарис Солар ГмбХ» и доктора Михаэля Гёде против Чехии¹⁹.

Вопрос о стабильности регулирования в патентном праве лежал в основе дела крупной фармацевтической компании «Эли Лилли» (США) против Канады. В этом деле инвестор утверждал: Канада нарушила статью 1105 (Минимальный стандарт обращения) Североамериканского соглашения о свободной торговле (*далее* — НАФТА), когда суды Канады якобы совершили «резкие изменения» в канадском патентном праве, что привело к признанию Верховным судом Канады недействительными двух патентов истца. Арбитраж вынес решение в пользу ответчика, отметив, что он «помнит о роли судебной власти в странах общего права», где «эволюция закона посредством судебных решений является естественной, и отступлений от прецедента следует ожидать».

В ответ на утверждение истца о том, что решения канадских судов были беспрецедентными, арбитраж отметил, что некоторые элементы этих решений можно увидеть и в более ранних решениях канадских судов. В то время как один из элементов — обещание со стороны государства — ранее не играл «значительную» роль, он, тем не менее, уже существовал, так что если патентообладатель игнорировал его, то это — его собственная вина».

Более того, хотя арбитраж и признал, что одно из постановлений Верховного суда Канады в самом деле было «неожиданным», он пришёл к выводу, что это не привело к резкому изменению ранее действовавшего закона. Что касается законных ожиданий истца, то арбитраж добавил, что «все патентообладатели, включая истца, понимают, что их патенты могут быть оспорены в судах» и что «[заявитель] должен был и мог бы

¹⁸ См.: Permanent Court of Arbitration (*далее* — PCA). *JSW Solar (zwei) GmbH & Co. KG, Gisela Wirtgen, Jürgen Wirtgen, and Stefan Wirtgen v. Czech Republic*. Case No. 2014-03. Final Award of 11 October 2017. § 16, 369, 375–392, 399, 403, 406; Dissenting Opinion of Gary Born. § 3, 18.

¹⁹ 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.

ожидать, что закон со временем изменится в ходе осуществления судами их функции по вынесению решений». В результате исковые требования инвестора были отклонены²⁰.

1.3. Защита правомерных ожиданий инвестора

Правомерные ожидания (англ.: *legitimate expectations*) иностранного инвестора — это составная часть стандарта справедливого и равноправного обращения. Правомерные ожидания идут рука об руку со стабильностью правового регулирования.

В деле по иску компаний «Сервин» и «Рон» против Коста-Рики заявители утверждали, что государство-ответчик нарушило обязательство предоставить иностранным инвесторам справедливый и равноправный режим, предусмотренный в ДИДе Коста-Рика — Швейцария (2000). Это нарушение заключалось среди прочего в том, что Коста-Рика объявила о некоторых грядущих изменениях в тарифной схеме в 2010 и 2011 годах (тем самым породив у иностранных инвесторов правомерные ожидания), но в конечном итоге так и не приняла соответствующие законы. Однако арбитраж не счёл это нарушением, отметив, что сделанные государством-ответчиком заявления не являются конкретными обязательствами государства.

Арбитраж пришёл к выводу, что заявления, на которые истцы пытались сослаться, были сделаны после того, как они осуществили свои инвестиции в Коста-Рику, и не были достаточно определёнными, чтобы их можно было положить в основу жалобы на то, что государство-ответчик действовало противоречиво. Таким образом, арбитраж пришёл к выводу о том, что эти заявления Коста-Рики не могут служить основанием для каких-либо разумных и правомерных ожиданий истцов. Как пояснил арбитраж, правомерные ожидания, защищаемые международным правом, — это те ожидания, которые инвесторы имеют на момент осуществления инвестиций на основе обязательств или обещаний, принятых на себя или сделанных государством с целью привлечь такие инвестиции²¹.

В деле по иску компании «Тейнвер» и других против Аргентины арбитраж отклонил иск о том, что Аргентина нарушила правомерные ожидания инвесторов, поскольку стала применять к ценам на авиабилеты на внутренние перелёты действовавшие в Аргентине правила. Арбитраж пришёл к выводу о том, что применимое законодательство Аргентины носило весьма общий характер и не отражало каких-либо конкретных обязательств Аргентины по поддержанию определённого уровня цен на авиабилеты, в отличие от того, что заявляли инвесторы.

Кроме того, как отметил арбитраж, инвесторы «очень мало сделали в плане должной осмотрительности», прежде чем инвестировать в авиакомпанию, и «нет доказательств того, что истцы наводили справки или обращались с какими-либо запросами о даче разъяснений или о получении заверений от Аргентины в отношении нормативно-правовой базы». Наконец, что касается фактических решений Аргентины в отношении цен на авиабилеты на внутренние авиаперевозки, арбитраж согласился с тем, что «ответчику следует предоставить определённую свободу действий для нахождения баланса» между соответствующими интересами, о которых идёт речь, такими как поддержание транспортного сообщения между различными частями страны и цены для пользователей.

²⁰ См.: ICSID. *Eli Lilly and Company v. Canada*. Case No. UNCT/14/2. Final Award of 16 March 2017. § 171, 310, 324, 337, 382, 384, 386–387.

²¹ См.: ICSID. *Cervin Investissements S.A. and Rhone Investissements S.A. v. Republic of Costa Rica*. Case No. ARB/13/2. Award of 7 March 2017. § 509, 512–518.

1.4. Нарушение справедливого и равноправного обращения путём нарушения коммерческого контракта

В деле по иску компании «Тейнвер» и другие против Аргентины иностранные инвесторы утверждали, что Аргентина нарушила своё обязательство предоставить справедливое и равноправное обращение, не выполнив условия коммерческого контракта 2008 года, в соответствии с которым инвесторы согласились продать две авиакомпании аргентинскому правительству. Согласно условиям этого контракта, каждая сторона отдельно (и истцы, и ответчик) должны были назначить оценщиков для определения цены авиакомпаний, используя метод дисконтированного денежного потока. Оценщики должны были опираться на конкретные согласованные между сторонами предположения. Ответчик должен был сделать то же самое. Если оценщики, назначенные обеими сторонами, приходят к разным результатам, то цена определяется третьим оценщиком. Оценка, произведённая оценщиком инвесторов, составила от 330 до 540 млн долларов США. Оценка, произведённая оценщиком Аргентины, была отрицательной: минус 832 млн долларов США. Аргентина отвергла оценку инвесторов как недействительную и отказалась согласиться с назначением независимого оценщика.

Большинство членов арбитража поддержало требование инвесторов в том, что своим отказом назначить независимого эксперта для оценки Аргентина нарушила как указанный коммерческий контракт, так и положение о режиме справедливого и равноправного обращения в ДИДе Аргентина — Испания (1991). Большинство состава арбитража постановило, что возражения Аргентины против результатов оценки, проведённой назначенным инвесторами оценщиком, были искусственными и недостаточно прозрачными; этим Аргентина нарушила законные ожидания инвесторов относительно того, что она будет покупать авиакомпании в соответствии с согласованной методологией оценки, и подвергла инвесторов произвольному обращению. Хотя большинство состава арбитража и согласилось с тем, что не все нарушения коммерческого контракта обязательно являются одновременно нарушениями стандарта справедливого и равноправного обращения, арбитры отметили, что рассматриваемый контракт «был не просто коммерческим соглашением», а был заключён для того, чтобы аргентинское правительство выполнило «своё публичное обязательство гарантировать предоставление и непрерывность авиатранспортных услуг в Аргентине».

Один арбитр (назначенный Аргентиной) не согласился с мнением большинства. По его мнению, договор 2008 года был всего лишь «меморандумом для изучения варианта продажи акций», а не обязательным соглашением о покупке акций. Данный арбитр посчитал, что из-за необязательного характера этого договора неспособность сторон договориться о цене покупки или о назначении независимого эксперта не нарушала договор. Он далее отметил, что в свете «очень плохого» финансового положения двух авиакомпаний отрицательная оценка стоимости государства-ответчика кажется ему более надёжной, чем оценка, предоставленная истцами²².

В деле по иску компании «Юнион Феноза Газ, С.А.» против Египта²³ арбитраж постановил: одобрив договор поставки газа, Египет создал у иностранного инвестора —

²² См.: ICSID. *Autobuses Urbanos del Sur S.A., Teinver S.A. and Transportes de Cercanías S.A. v. Argentine Republic*. Case No. ARB/09/1. Award of 21 July 2017. § 444, 673–674, 677, 688, 854, 925, 962, 1010; Dissenting Opinion of Kamal Hossain. § 94, 97.

²³ ICSID. *Uniyn Fenosa Gas, S.A. v. Arab Republic of Egypt*. Case No. ARB/14/4. Award of 31 August 2018, with Dissenting Opinion of Mark Clodfelter.

истца правомерные ожидания того, что Египет не будет вмешиваться в поставку газа. Отказ египетского государственного предприятия «ЕГАЗ» поставлять газ вменяется Египту, так как он (в лице своих органов власти) руководил деяниями «ЕГАЗ». Нарушение Египтом обещания не препятствовать поставке газа представляет собой нарушение стандарта справедливого и равного обращения. Египет попытался обосновать своё поведение тем, что события с истцом совпали по времени с «арабской весной» (когда в Египте был свергнут Президент Мубарак, и к власти пришли «Братья-мусульмане»). По мнению Египта, принятые им меры были вызваны состоянием необходимости (это институт международного обычного права), поэтому Египет не должен нести ответственности. Арбитраж не согласился с этим: поведение Египта было не единственным средством, чтобы защитить его существенные интересы; Египет несоразмерно нарушил права истца. В остальном арбитраж не согласился с ответчиком, который заявил, во-первых, что, прекратив освобождение проекта истца от уплаты налогов, Египет нарушил стандарт справедливого и равноправного обращения (арбитраж: нет, Египет не обещал истцу сохранять этот статус; прекращение безналогового статуса затронуло и другие компании), и во-вторых, что ответчик нарушил национальный режим и обязательство предоставить режим наибольшего благоприятствования и неухудшения положения (англ.: *non-impairment*).

В итоге арбитраж присудил истцу 2 млрд долларов США.

1.5. Отказ в правосудии и произвольное обращение

Отказ в правосудии также является составляющей частью стандарта справедливого и равного обращения²⁴. Справедливое и равноправное обращение подразумевает также, что государство, принимающее инвестиции, не вправе отказывать иностранным инвесторам в правосудии или подвергать их произвольному обращению. Это правило можно продемонстрировать на примере дела по иску Альганима против Иордании: в нём истцы оспаривали законность взимания государством-ответчиком налога на прибыль от продажи истцами лицензии на оказание телекоммуникационных услуг. Ранее истцы безуспешно пытались оспорить взимание этого налога в судах Иордании, в том числе подав окончательную кассационную жалобу в Кассационный суд этой страны. По мнению истцов, принятая Иорданием налоговая мера была произвольным, политически мотивированным решением, а отказ местных судов от предоставления иностранным инвесторам защиты означает отказ в правосудии; это, в свою очередь, является нарушением нескольких материально-правовых гарантий, включая защиту от произвольных мер и режим справедливого и равноправного обращения, закреплённые в ДИДе Иордании — Кувейт (2001).

Состав арбитража сослался на вывод арбитража по другому делу — *Азинян против Мексики*, — в решении которого отмечалось: «Правительственный орган, безусловно, не может быть обвинён в том, что он действует в порядке, одобренном своими судами, если только сами суды не дискредитировали себя на международном уровне... Истцам следует доказать, что судебное решение само по себе является нарушением договора»²⁵. Для того чтобы решить, подверглись ли истцы отказу в правосудии и тем самым про-

²⁴ См.: Dolzer R., Schreuer C. *Principles of International Investment Law*. Oxford : Oxford University Press, 2008. P. 162–166.

²⁵ Ссылаясь на арбитражное решение по делу ICSID. *Robert Azinian, Kenneth Davitian, & Ellen Baca v. The United Mexican States*. Case No. ARB (AF)/97/2. Award of 1 November 1999. § 97–100.

извольному обращению, арбитраж сформулировал стоявший перед ним вопрос так: «Является ли решение Кассационного суда необоснованным (то есть таким, к которому никак не мог прийти ни один разумный компетентный суд)?»²⁶. Применив эти критерии к фактам, большинство состава арбитража постановило: государство-ответчик не нарушило свои обязательства по ДИДу²⁷. Хотя некоторые шаги, предпринятые Иорданией в связи с обложением этой сделки налогом, являлись необычными и даже беспрецедентными, большинство состава арбитража постановило, что все эти шаги были последовательными с точки зрения базовых принципов конституционного управления и правового государства²⁸.

2. Положение о режиме наиболее благоприятствуемой нации и «зонтичная» оговорка²⁹

В деле по иску компании «Тейнвер» и других против Аргентины истцы ссылались на положение о наиболее благоприятствуемой нации (*далее* — НБН) в применимом ДИДе Аргентина — Испания (1991). В другом ДИДе, заключённом Аргентиной, содержалась «зонтичная» оговорка. В ДИДе Аргентина — Испания положение о НБН касалось «всех вопросов, регулируемых настоящим Договором». Арбитраж счёл, что это положение нельзя толковать слишком широко, как предлагали истцы, то есть что оно относится к защите иностранных инвесторов вообще. По мнению арбитража, это положение о НБН не допускает ввести в применимый ДИД «новое право или стандарт обращения, не предусмотренные [в соответствующем] Договоре». Арбитраж пояснил, что «стороны Договора, по всей вероятности, знали о существовании “зонтичных” оговорок, и если бы они намеревались включить такую оговорку в Договор, они бы сделали это»³⁰.

Ещё один пример использования «зонтичной» оговорки — решение арбитража (2018) по иску компаний «Шеврон» и «ТексПет» против Эквадора. Это дело тянется с 1995 года (что необычно долго для рассмотрения дел международными судами вообще и международным инвестиционным арбитражем в частности) и состоит из нескольких десятков судебных и арбитражных процессов — как международных, так и в национальных судах. Сага началась с того, что около 30 000 местных жителей, в том числе пять индейских племён из Амазонии, подали иск против компании «Тексако» (в 2001 году стала частью компании «Шеврон») в 1993 году в суды Эквадора. По мнению истцов, американская нефтяная компания сознательно сбросила 18 млрд галлонов (то есть 68 млрд литров) токсичных сточных вод и ещё 17 млн галлонов сырой нефти в тропиче-

²⁶ ICSID. *Robert Azinian, Kenneth Davitian, & Ellen Baca v. The United Mexican States*. § 366(b).

²⁷ Третий арбитр (Ив Фортье) счёл, что Иордания вела себя произвольно, обложив налогом данную сделку, но согласился с резолютивной частью арбитражного решения: решения Иорданских судов не представляют собой отказ в правосудии. См.: Ibid. Separate Opinion of Yves Fortier. § 18–19.

²⁸ См.: ICSID. *Fouad Alghanim & Sons Co. for General Trading & Contracting, W.L.L. and Mr. Fouad Mohamed Thunyan Alghanim v. Hashemite Kingdom of Jordan*. Case No. ARB/13/38. Award of 14 December 2017. § 187, 218, 227, 293, 366(b), 391, 393, 480–492.

²⁹ «Зонтичная» оговорка (англ.: *umbrella clause*) — это положение ДИДа (или иного международного договора), согласно которому нарушения принимающим государством любого своего обязательства перед иностранным инвестором (например, обязательства, закреплённого в договоре между этим государством и иностранным инвестором) считается нарушением этого международного договора. Подробнее об этом см.: Sinclair A. *Umbrella Clause // International Investment Law: A Handbook* / ed. by M. Bungenberg, J. Griebel, S. Hobe, A. Reinisch. P. 887–958.

³⁰ ICSID. *Autobuses Urbanos del Sur S.A., Teinver S.A. and Transportes de Cercanías S.A. v. Argentine Republic*. Case No. ARB/09/1. Award of 21 July 2017. § 880, 884.

ский лес Амазонии в ходе своей деятельности по добыче нефти на северо-востоке Эквадора. Как заявляли истцы, на границе с Колумбией загрязнённая выбросами территория занимает 4 400 км². Местные жители Эквадора считают, что это загрязнение привело к проблемам со здоровьем (например, вызвало рак и врождённые дефекты). В 2011 году эквадорский суд обязал «Шеврон» заплатить 18,2 млрд долларов США за столь серьёзное загрязнение региона Лаго Агрио. В 2017 году Верховный суд Эквадора снизил сумму компенсации до 9,5 млрд долларов США. Иначе говоря, правительство Эквадора обвинило американскую нефтяную компанию «Шеврон» в нанесении непоправимого ущерба окружающей среде Эквадора и выгнало эту компанию из страны. (Неизвестно, что было первичным: желание Эквадора национализировать имущество «Шеврона» или забота Эквадора об окружающей среде в джунглях Амазонии.) «Шеврон» подал иск против Эквадора в международный инвестиционный арбитраж, а Эквадор провёл в своих национальных судах серию судебных процессов против «Шеврона». Результат: суды Эквадора возложили на «Шеврон» материальную ответственность, сильно превышающую сумму компенсации, которую международный инвестиционный арбитраж присудил иностранному инвестору взыскать с Эквадора.

В решении от 30 августа 2018 года международный арбитраж решил такие вопросы по существу спора:

— Решение суда Эквадора по делу Лаго Агрио не учло мировое соглашение, заключённое в 1995 году между Эквадором и истцами. Это мировое соглашение снимает с истцов ответственность за экологический ущерб (действительно или якобы причинённый Эквадору и местным индейским племенам «Шевроном»). Поэтому решение суда Эквадора по делу Лаго Агрио нарушает «зонтичную» оговорку, содержащуюся в ДИДе Эквадор — США 1993 года (статья II(3)(с): «Каждая Сторона должна соблюдать любое обязательство, которое она могла принять в отношении инвестиций»).

— Эквадору вменяются следующие деяния: во-первых, как доказал «Шеврон» в ходе арбитражного разбирательства, эквадорский судья первой инстанции получил взятку за вынесение решения против «Шеврона». Значительная часть решения эквадорского судьи по делу Лаго Агрио от 14 февраля 2011 года (с уточнениями, внесёнными в это решение определением от 4 марта 2011 года) была написана за судьёю Николаса Самбрано Лосаду (исп.: *Nicolás Zambrano Lozada*) одним или несколькими представителями истцов по этому делу. Эти представители обещали судье взятку в виде процента от суммы, которую истцы смогут взыскать с «Шеврона» в порядке принудительного исполнения решения этого судьи (по-английски это явление называется *ghostwritten judgment* — судебное решение, написанное призраком). Эквадорские суды вышестоящих инстанций (апелляционный, кассационный и Конституционный), в свою очередь, отказались рассматривать эти факты. Всё вместе это представляет собой отказ в правосудии (англ.: *denial of justice*).

— Эквадор обязан приостановить исполнение решения своего суда по делу Лаго Агрио и принять меры, чтобы помешать всем третьим сторонам и государствам исполнять это решение³¹.

В деле по иску компании «Супервижн» против Коста-Рики арбитраж рассмотрел такой вопрос: распространяется ли действие «зонтичной» оговорки на истцов, не являющихся стороной основного договора? «Зонтичная» оговорка содержалась в ДИДе

³¹ См.: PCA. *Chevron Corporation and Texaco Petroleum Company v. The Republic of Ecuador (II)*. Case No. 2009-23. Second Partial Award on Track II of 30 August 2018. § 8.6, 8.11, 8.71, 8.78, 9.3, 9.28, 9.30, 9.32, 10.4, 10.5, 10.6, 10.10, 10.13.

Испания — Коста-Рика (1997). Истец считал, что он вправе ссылаться на эту оговорку в отношении обязательств, установленных договором между Коста-Рикой и другим юридическим лицом — компанией «Ритеве», контролируемой истцом. Арбитраж отметил, что формулировка в «зонтичной» оговорке в данной статье ДИДа «выходит за рамки прямых договорных отношений между инвестором и принимающим государством», но также охватывает обязательства, «относящиеся к инвестициям инвесторов другой Договаривающейся Стороны ДИДа». Учитывая это, большинство состава арбитража пришло к выводу, что «зонтичная» оговорка настолько широка, что охватывает искомые требования истца³².

В деле «ВНС» против Чехии речь шла о похожей ситуации: дочернее предприятие истца являлось стороной соответствующего договора с государством. Однако арбитраж пришёл к прямо противоположному результату. Рассмотрев предшествующие арбитражные решения, арбитры в данном деле постановили: «арбитражи довольно последовательно решают, что они не имеют юрисдикции в силу “зонтичных” положений для рассмотрения договорных обязательств между принимающими государствами и местными дочерними компаниями инвесторов». На основании представленного договора, который не создавал прав или обязательств непосредственно для истца, арбитраж постановил, что он не обладает юрисдикцией в отношении искового требования, основанного на «зонтичном» положении³³.

3. Национальный режим

Национальный режим — это режим не менее благоприятный, чем тот, который государство предоставляет своим собственным инвесторам³⁴. В деле по иску компании «Мерсер Интернешнл, Инк.» против Канады истец заявил, что регулирующие органы в канадской провинции Британская Колумбия не внедрили единообразное обращение по отношению к целлюлозным заводам (и другим потребителям), имеющим собственные мощности по генерации электро- и теплоэнергии в этой провинции, что привело к тому, что дочерней компании истца было отказано в преимуществах, доступных её конкурентам.

В ходе рассмотрения дела возник вопрос: означают ли положения НАФТА о национальном режиме, что государство, принимающее иностранные инвестиции, обязано предоставить иностранному инвестору «наилучшее в своей юрисдикции обращение»? Арбитраж ответил на этот вопрос утвердительно. Однако это всё равно не помогло истцу, так как арбитраж счёл, что те оспариваемые истцом меры Канады, которые находятся в юрисдикции арбитража, не нарушали обязательство НАФТА предоставить национальный режим, поскольку различия в обращении Канады с истцом — инвестором из США и канадскими инвесторами были оправданы конкретными обстоятельствами каждой канадской компании, с которой можно сравнить истца. Кроме того, оспариваемые меры Канады не нарушали и минимальный стандарт обращения с иностранным инвестором, закреплённый в НАФТА: большинство состава арбитража постановило, что этот

³² См.: ICSID. *Supervision y Control S.A. v. Republic of Costa Rica*. Case No. ARB/12/4. Award of 18 January 2017. § 287 (курсив в оригинале арбитражного решения. — И.Р.).

³³ См.: PCA. *WNC Factoring Ltd (WNC) v. The Czech Republic*. Case No. 2014-34. Award of 22 February 2017. § 334, 341.

³⁴ См.: Reinisch A. *National Treatment // International Investment Law: A Handbook* / ed. by M. Bungenberg, J. Griebel, S. Hobe, A. Reinisch. P. 846–869.

стандарт не запрещает принимать дискриминационные меры и не требует прозрачности регулирования, и не обнаружило в действиях ответчика «иррациональности, несправедливости, произвола или нарушения надлежащей правовой процедуры»³⁵.

В деле по иску Георга Гавриловича и других против Хорватии³⁶ между сторонами возник спор по поводу прав истцов на сельскохозяйственные и пастбищные угодья в Хорватии. Эти угодья использовались истцами для их мясоперерабатывающего предприятия. Истцы пытались защитить свои права в судах Хорватии, но потерпели там неудачу. В результате право собственности на спорные земельные участки было зарегистрировано за государством. Истцы заявили исковые требования и в международном инвестиционном арбитраже: Хорватия нарушила национальный режим обращения с иностранными инвесторами, поскольку разрешила гражданину Хорватии зарегистрировать своё право собственности на земельный участок, несмотря на то что в это самое время рассматривался спор между истцами и Хорватией о праве собственности на этот участок. Арбитраж отклонил этот довод: гражданин Хорватии не находился «в схожих обстоятельствах» (англ: *like circumstances*) с истцами.

4. Полная защита и безопасность

Полная защита и безопасность (англ.: *full protection and security*) — ещё один стандарт обращения государства, принимающего инвестиции, с иностранным инвестором.

В деле по иску компании «Ампал-Американ» и других против Египта было признано, что государство-ответчик нарушило своё обязательство предоставить иностранным инвесторам полную защиту и безопасность, как требовал ДИД Египет — США (1986). С февраля 2011 года по апрель 2012 года газопровод, в который были вложены инвестиции истцов, подвергся 13 нападениям со стороны определённых террористических организаций. Арбитраж признал, что ситуация с безопасностью была сложной из-за продолжающихся политических событий в Египте и в регионе в целом и что вооружённые группы боевиков воспользовались политической нестабильностью.

Признав, что у Египта не было возможности предотвратить первые атаки, арбитраж пришёл к выводу, что данные атаки «надо было рассматривать как предупреждение египетскому государству, что могут быть совершены дальнейшие атаки, если не будут приняты меры безопасности». Установив, что египетские власти не предприняли «каких-либо конкретных шагов», чтобы защитить инвестиции истцов от дальнейших нападений третьих сторон, арбитраж заключил, что государство-ответчик нарушило своё обязательство гарантировать полную защиту и безопасность³⁷.

5. Прямая экспроприация

Прямая экспроприация довольно редка в наше время. Как правило, дело обходится косвенной экспроприацией, а нередко не доходит даже до неё, а ограничивается нару-

³⁵ ICSID. *Mercer International, Inc. v. Canada*. Case No. ARB(AF)/12/3. Award of 6 March 2018; Supplementary Decision of 10 December 2018.

³⁶ ICSID. *Georg Gavrilovic and Gavrilovic d.o.o. v. Republic of Croatia*. Case No. ARB/12/39. Award of 26 July 2018.

³⁷ См.: ICSID. *Ampal-American Israel Corp., EGI-Fund (08-10) Investors LLC, EGI-Series Investments LLC, BSS-EMG Investors LLC and David Fischer v. Arab Republic of Egypt*. Case No. ARB/12/11. Decision on Liability and Heads of Loss of 21 February 2017. § 285, 289, 290.

шением принимающим государством какого-то стандарта обращения с иностранным инвестором (чаще всего — стандарта справедливого и равноправного обращения). Однако в деле по иску Георга Гавриловича и других против Хорватии³⁸ в международном инвестиционном арбитраже истцы доказали, что Хорватия подвергла принадлежавшие им земельные участки прямой экспроприации, поскольку право собственности на эти участки было перерегистрировано на государство. Правда, при этом истцы не доказали, что имели право собственности на большую часть земель, которые якобы были экспропрированы. Кроме того, истцы заявили ещё такие исковые требования:

— Хорватия также косвенно экспроприировала некоторую недвижимость истцов, так как не зарегистрировала право собственности истцов на таковую и не провела добросовестные переговоры относительно права собственности на неё же;

— тем же самым Хорватия нарушила стандарт справедливого и равноправного обращения и «зонтичную» оговорку в применимом ДИДе (Австрия — Хорватия), поскольку нарушила договор купли-продажи земли.

Арбитраж ответил на эти исковые требования так: у истцов не было правомерных ожиданий того, что Хорватия действительно зарегистрирует за ними право собственности на указанные объекты недвижимости; Хорватия вела себя добросовестно в ходе переговоров с истцами относительно права собственности; ответчик не был стороной договора купли-продажи. Арбитраж присудил истцам компенсацию, но довольно небольшую (по сравнению с обыкновенно присуждаемыми в международном инвестиционном арбитраже суммами): всего 3,2 млн долларов США.

С точки зрения прямой экспроприации любопытным было дело по иску компании «Олин» к Ливии³⁹. Истец (кипрская компания) построил в Ливии завод по производству молочных продуктов и сока. При рассмотрении дела возник вопрос: имела ли место экспроприация со стороны Ливии? Дело в том, что Ливия не отобрала у иностранного инвестора его имущество окончательно: действительно, власти Ливии вынесли приказ об экспроприации земельного участка «Олин», предъявили инвестору уведомления об эвикции, но так и не изъяли у него этот завод и не разобрали его, чтобы очистить участок. Правда, право инвестора на участок было восстановлено только спустя пять лет. Арбитраж ответил на этот вопрос так: да, экспроприация всё-таки имела место, так как принятые государством меры, даже если и носят временный характер, могут быть с точки зрения результата равнозначны экспроприации, если их продолжительность и влияние на инвестиции оказываются достаточно значительными. Кроме того, арбитраж постановил, что ответчик не смог соблюсти ряд условий для правомерной экспроприации (которые были установлены в ДИДе Кипр — Ливия), а именно:

— не выплатил инвестору компенсацию за экспроприацию;

— нарушил правила должной правовой процедуры (англ.: *due process of law*): закон Ливии об инвестициях запрещал экспроприацию без принятия особого закона или вынесения судебного решения.

В этом деле арбитраж также постановил, что Ливия нарушила национальный режим обращения с иностранными инвесторами: два находившихся неподалёку завода, производивших аналогичную продукцию, что и истец-иностранец, но принадлежавших ливийцам, избежали экспроприации. Ливия также нарушила стандарт справедливого и

³⁸ ICSID. *Georg Gavrilovic and Gavrilovic d.o.o. v. Republic of Croatia*. Case No. ARB/12/39. Award of 26 July 2018.

³⁹ International Criminal Court. *Olin Holdings Limited v. State of Libya*. Case No. 20355/MCP. Final Award of 25 May 2018.

равноправного обращения с иностранным инвестором в двух аспектах. Во-первых, Ливия подорвала правомерные ожидания инвестора: он был вправе ожидать, что Ливия не будет нарушать свой собственный недавно принятый закон об инвестициях. Во-вторых, Ливия создала инвестору ситуацию повышенной неопределённости: хотя завод не был физически уничтожен (разобран), истец был лишён возможности вести на нём производство при нормальных деловых условиях. Единственный аспект, в котором арбитраж не согласился с иностранным инвестором: последний утверждал, что отсутствие должной правовой процедуры в ливийских судах выросло до размера отказа в правосудии. Однако арбитраж постановил, что истец не выполнил лежащее на нём бремя доказывания и не достиг относительно высокого порога доказывания отказа в правосудии, установленного международным правом. В итоге арбитраж присудил истцу взыскать с ответчика убытки в размере 18,2 млн евро.

Прямой экспроприации касалось также дело по иску компании «Саус Американ Силвер Лимитед» против Боливии⁴⁰. Арбитраж постановил, что отзыв лицензий на концессии по добыче серебра в Боливии является прямой экспроприацией. Однако арбитраж согласился в ряде вопросов с Боливией: во-первых, прекращение общественных беспорядков и сохранение мира внутри страны (в месте разработки серебра) является общественной целью, дающей принимающему государству право на экспроприацию. Во-вторых, экспроприация следовала должной правовой процедуре, хотя Боливия и не совещалась с инвестором относительно экспроприации до проведения таковой: по мнению арбитража, должная процедура требует лишь обеспечить условия, при которых у иностранного инвестора будет доступ к средствам правовой защиты, предусмотренным внутренним правом Боливии, чтобы в принципе иметь право обжаловать экспроприацию в самой Боливии (в административном или судебном порядке). Однако, поскольку Боливия не выплатила инвестору компенсацию, экспроприация является неправомерной. Боливия безуспешно пыталась оправдать невыплату компенсации за проведённую экспроприацию состоянием необходимости или доктриной полицейских полномочий (англ.: *police-powers doctrine*): с этим арбитраж не согласился.

Тем не менее арбитраж также подсластил государству-ответчику пилюлю, не согласившись с рядом аргументов истца, во-первых, о том, что Боливия нарушила стандарт справедливого и равноправного обращения: согласно применимому ДИДу Боливия — Соединённое Королевство ответчик имеет право экспроприировать имущество у британских инвесторов; кроме того, поведение самого истца способствовало возникновению общественных беспорядков. Боливия также не нарушила стандарт полной защиты и безопасности, поскольку сначала пыталась смягчить последствия общественных беспорядков для истца иными способами, чем экспроприация.

Наконец, Боливия выдвинула аргумент, к которому с недавних пор всё чаще прибегают государства-ответчики: арбитраж должен применить международные договоры (Американскую конвенцию о правах человека 1969 года, Конвенцию № 169 Международной организации труда о коренных и племенных народах 1989 года) и юридически необязательные документы, например Декларацию ООН о правах коренных народов (2007). Арбитраж отверг этот довод: данные документы не являются международным обычаем, не стали частью общего международного права, а Соединённое Королевство в них не участвует. Поэтому арбитраж отказался применить эти документы. Если бы он

⁴⁰ 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.

применил их, то далеко не факт, что иск был бы удовлетворён, так как эти документы (во всяком случае — международные договоры) можно считать более специальными по отношению к ДИДу. Арбитраж присудил истцу 18,7 млн долларов США.

6. Косвенная экспроприация

В деле по иску компании «ВНС» против Чехии истец утверждал, что меры, принятые государством-ответчиком, привели к косвенной экспроприации инвестиций истца в государственную компанию и к несостоятельности компании после её приватизации. Среди оспариваемых мер было замораживание счетов компании Центральным банком, якобы на основании «ложных и необоснованных обвинений». Состав арбитража постановил, что решение Центрального банка Чехии являлось обычным осуществлением полицейских полномочий в отношении лиц, подозреваемых в отмывании денег, и что государство-ответчик осуществляло свои полномочия добросовестно, в общественных целях и соразмерным и недискриминационным образом⁴¹.

В другом деле — *«А11У Лимитед» против Чехии* — истец оспаривал действия Чехии, якобы дискриминирующие истца. Бизнес истца заключался в предоставлении электронной помощи инвалидам по зрению. Истец заявлял, что Чехия раскрыла ноу-хау его конкурентам и нанесла вред его гудвиллу⁴², предоставив слепым и плохо видящим людям субсидии на получение определённых видов помощи по зрению. Арбитраж счёл, что поведение Чехии укладывалось в рамки добросовестных мер по регулированию.

6.1. Общие исключения и доктрина полицейских полномочий при косвенной экспроприации

В деле по иску компании «Бер Крик Майнинг» против Перу арбитраж постановил, что государство-ответчик косвенно экспроприировало инвестиции истца, приняв указ, который аннулировал некоторые права истца на добычу полезных ископаемых. Это стало ответом правительства Перу на возражения местных властей против дальнейшей реализации проекта. Перу утверждало, что это прекращение прав было действительным осуществлением полицейских полномочий (англ.: *police powers*) принимающим государством, и поэтому нанесённый иностранному инвестору ущерб не подлежит компенсации.

Арбитраж дал оценку этому вопросу через призму соглашения о свободной торговле между Канадой и Перу (2008). Большинство состава арбитража заявило, что с учётом весьма подробных положений этого международного договора, касающихся экспроприации, и включения в текст этого договора положения об общих исключениях, «никакие другие исключения из общего международного права или иные положения не могут считаться применимыми в данном случае». Таким образом, большинство постановило, что доктрина полицейских полномочий в данном случае неприменима.

⁴¹ См.: PCA. *WNC Factoring Ltd (WNC) v. The Czech Republic*. Case No. 2014-34. Award of 22 February 2017. § 389, 394–395.

⁴² Гудвилл (англ.: *goodwill*) — экономический термин, используемый в бухгалтерском учёте и торговых операциях для отражения рыночной стоимости компании за вычетом балансовой стоимости собственного капитала компании. Гудвилл — это товарные знаки и логотипы компании, её наработанные деловые связи, репутация фирмы в мире.

Затем арбитраж рассмотрел вопрос о том, подпадает ли принятая Перу мера под положение об общих исключениях. В итоге арбитраж установил, что не подпадает. Арбитраж согласился с тем, что этот принятый Перу указ мог при определённых обстоятельствах быть допустимым с точки зрения данного международного договора, как мера, ограничивающая свободную торговлю между Перу и Канадой, но необходимая для защиты жизни или здоровья человека. Однако арбитраж отметил, что ничего в этой мере не указывает на то, что защита жизни или здоровья человека фактически является целью её принятия. Даже если бы это исключение действительно применялось, оно не могло бы избавить государство-ответчика от привлечения к ответственности за незаконную экспроприацию. Таким образом, хотя положение об общих исключениях касалось мер, необходимых для защиты жизни или здоровья людей, оно не освобождало Перу от обязанности соблюдать при принятии таких мер положения договора о свободной торговле, касающиеся экспроприации, например о должной правовой процедуре или о выплате компенсации инвестору⁴³.

В деле по иску компании «Ю-Пи энд Си-Ди Холдинг Интернасьональ» против Венгрии⁴⁴ государство-ответчик ввело в действие новое законодательство, которое создало монополию государства в сфере предоплаченных корпоративных ваучеров. По мнению истца, это создало управляемую государством систему ваучеров, условия в которой были более благоприятными, чем для частных операторов. Для начала арбитраж утвердительно ответил на вопрос о том, что права истца вполне могли стать объектом экспроприации, так как истец владел акциями венгерской компании. Кроме того, ответчик косвенно экспроприировал инвестиции истца, изменив законодательство и рыночные условия во вред истцу. Экспроприация была вызвана не необходимостью, а желанием не допустить иностранные компании на рынок (или вытеснить их оттуда). Наконец, имущество истца было экспроприировано с дискриминацией по сравнению с другими иностранными компаниями, которые вели такой же бизнес в Венгрии. В итоге арбитраж присудил истцу 23,2 млн долларов США.

6.2. Пропорциональность и косвенная экспроприация

В деле по иску компании «Пи-Эль Холдингс» против Польши арбитраж установил, что некоторые меры банковского регулирования принимающего государства равнозначны косвенной экспроприации. В частности, арбитраж пришёл к такому выводу: запретив инвестору осуществлять своё право голоса как акционеру и распоряжаться своими инвестициями без ограничений, «[принятые регулирующим органом] меры, серьёзно ограничили... права, которые составляют существенные элементы права собственности... в такой степени, что они представляют собой экспроприацию».

Придя к выводу о том, что принимаемые государством меры имели последствия, подобные экспроприации, арбитраж рассмотрел, были ли эти меры соразмерными. Истец

⁴³ См.: ICSID. *Bear Creek Mining Corporation v. Republic of Peru*. Case No. ARB/14/21. Award of 30 November 2017. § 460, 469, 473, 475, 477–478. Арбитраж также определил, что указ соответствует трём критериям, перечисленным в Приложении 812.1(b) к договору о свободной торговле между Канадой и Перу, — о косвенной экспроприации (экономическое влияние меры; объём вмешательства в ясно очерченные, разумные и подкреплённые инвестициями ожидания; характер меры) (Ibid. § 415–416). Перу заявила, что принятые ею меры не являются косвенной экспроприацией, поскольку она не являлась дискриминационной и была нацелена на решение правомерных задач в сфере благополучия общества, подпадая тем самым под Приложение 812.1(c) договора о свободной торговле (Ibid. § 360).

⁴⁴ ICSID. *UP and C.D Holding Internationale v. Hungary*. Case No. ARB/13/35. Award of 9 October 2018.

сослался на принцип соразмерности в праве как ЕС, так и Польша, утверждая, что оспариваемые меры «были произвольными, неуместными, несоразмерными общественным целям, которые эти меры якобы преследовали, и не принимались добросовестно».

Государство-ответчик утверждало, что анализ пропорциональности требования об экспроприации должен основываться главным образом на польском праве. Как истец, так и ответчик предложили элементы критерия соразмерности, похожие на те, которые использовал и сам арбитраж при проведении своего анализа. Арбитраж отметил, что «принцип [соразмерности] понимается в целом одинаково в разных правовых системах». Затем он рассмотрел вопрос о том, является ли каждая рассматриваемая мера а) «пригодной по своему характеру для достижения законной общественной цели», б) «необходимой для достижения этой цели в том смысле, что обременительной меры будет достаточно», и в) «не чрезмерной в том смысле, что её преимущества превалируют над недостатками». Применив эти критерии к рассматриваемым фактам, арбитраж пришёл к выводу о том, что, строго говоря, принятые Польшей меры не являются ни подходящими, ни необходимыми, ни соразмерными⁴⁵.

6.3. Сложности в приведении в исполнение коммерческого арбитражного решения как экспроприации

В деле по иску компании «Англия» против Чехии истец утверждал, что государство-ответчик осуществило косвенную экспроприацию «основанных на договоре прав истца на возмещение ущерба». В 1997 году международный коммерческий арбитраж вынес решение в пользу истца: бывшему деловому партнёру истца — чешской компании «Кийован» — было предписано возместить ущерб, причинённый истцу. Однако компания «Кийован» обанкротилась и была ликвидирована (вычеркнута из торгового реестра) ещё до того, как решение международного коммерческого арбитража прошло процедуру признания и исполнения. Истец считал, что последнее произошло из-за неоправданных задержек в чешских судах. Истец утверждал, что из-за такого поведения Чехии (в лице её судов) он был лишён возможности получения возмещения в соответствии с арбитражным решением.

Арбитраж отклонил исковые требования об экспроприации, отметив, что в действительности истец смог вернуть 77 % основной суммы долга и, следовательно, не был лишён возможности получения возмещения. Более того, несмотря на то что истец испытывал трудности и задержку в ведении исполнительного производства в чешских судах, арбитраж не был убеждён в том, что «недостатки исполнительного производства в чешских судах можно было считать систематически присущими чешским судам», но в ряде случаев данные недостатки были вызваны собственными решениями истца в ходе судебных разбирательств⁴⁶.

6.4. Экспроприация в силу прекращения действия договора

В деле по иску компании «Ампал-Американ» и других против Египта арбитраж установил, что соответствующие органы государства-ответчика неправомерно прекратили

⁴⁵ См.: SCC. *PL Holdings S.a.r.l. v. Poland*. Case No. 2014/163. Partial Award of 28 June 2017. § 248–250, 256, 278–279, 320–323, 355, 373, 383, 389, 391.

⁴⁶ См.: SCC. *Anglia Auto Accessories Ltd v. The Czech Republic*. Case No. 2014/181. Final Award of 10 March 2017. § 3, 293, 296–297.

долгосрочный контракт поставки, заключённый с истцами. Этот контракт не допускал прекращения из-за неоплаты счёта-фактуры. Кроме того, арбитраж отметил, что прекращение являлось чрезмерным действием государства-ответчика, так как сумма неоплаченного счёта-фактуры предположительно составляла 37 млн долларов США, что являлось небольшой суммой в сравнении с потенциальными экономическими выгодами в миллиарды долларов. Контракт был расторгнут как раз в то время, когда многие в Египте выразили решительное сопротивление поставке газа в Израиль. В результате арбитраж пришёл к заключению о том, что прекращение договора представляло собой незаконную экспроприацию, так как «непоправимое прекращение» инвестиционной деятельности, вызванное чрезмерным действием государства, равносильно экспроприации.

6.5. Экспроприация дискретного права или актива

В том же деле арбитраж также постановил, что государство-ответчик (Египет) приняло меры, равносильные экспроприации, когда аннулировало безналоговый статус инвестиций заявителей. Лицензия на осуществление деятельности в качестве компании, освобождённой от налогообложения, являлась «инвестицией» по смыслу применимого ДИДа. Поэтому арбитраж рассмотрел вопрос о том, являлось ли аннулирование данной лицензии экспроприацией.

Естественно, государство-ответчик утверждало, что прекращение лицензии не может представлять собой экспроприацию, поскольку оно лишило истцов не всей совокупности их инвестиций, а только права осуществлять деятельность без уплаты налогов. Однако арбитраж отклонил этот аргумент⁴⁷. Для этого он сослался на решение другого арбитража — по делу *«ГАМИ» против Мексики*: в нём было установлено, что «изъятие фермы площадью 50 акров в равной степени является экспроприацией, независимо от того, представляют ли собой 50 акров всю ферму или часть»⁴⁸. В деле *«Ампал» против Египта* арбитраж установил, что решение лишить компанию «безналогового статуса исключило определённый и значительный интерес, который был надёжно предоставлен в соответствии с египетским законодательством в то время, когда были осуществлены инвестиции, гарантированные государством на определённый период»⁴⁹.

6.6. Косвенная экспроприация банковских активов?

В деле по иску компании «Марфин Инвестмент Груп Холдингс С.А.», Александра Бакацелоса и других против Кипра фабула дела была такова: в 2013 году власти Кипра издали нормативный акт, по которому участие правительства Кипра в Народном банке Кипра (он же — «Лаики») было сильно увеличено, а доля истцов — размыта. Это привело к переходу управленческого контроля над банком к государству и к последующей неплатёжеспособности банка.

⁴⁷ См.: ICSID. *Ampal-American Israel Corp., EGI-Fund (08-10) Investors LLC, EGI-Series Investments LLC, BSS-EMG Investors LLC and David Fischer v. Arab Republic of Egypt*. Case No. ARB/12/11. Decision on Liability and Heads of Loss of 21 February 2017. § 173–175, 178–183, 183, 187, 331–332, 344, 346–347.

⁴⁸ United Nations Commission on International Trade Law (далее — UNCITRAL) *GAMI Investments, Inc. v. United Mexican States*. Final Award of 15 November 2004. § 126–127.

⁴⁹ ICSID. *Ampal-American Israel Corp., EGI-Fund (08-10) Investors LLC, EGI-Series Investments LLC, BSS-EMG Investors LLC and David Fischer v. Arab Republic of Egypt*. Case No. ARB/12/11. Decision on Liability and Heads of Loss of 21 February 2017. § 183.

Истцы утверждали, в частности, что действия правительства Кипра представляют собой косвенную экспроприацию и что ответчик имел намерение национализировать банк. Однако арбитраж с этим не согласился: во-первых, Кипр просто пытался спасти банк, который финансово пострадал от того, что вложился в государственные облигации Греции, а те оказались ненадёжным активом. Во-вторых, определённые действия самого банка «Лаики» (на тот момент уже контролируемого ответчиком) не могут быть приписаны Кипру, то есть Кипр осуществлял контроль над банком в целом, но не над конкретными действиями. Арбитраж счёл, что меры, принятые Кипром для защиты общественного благосостояния недискриминационным и соразмерным образом, не были необоснованными и не представляли собой произвол или каприз властей, поэтому они не влекут за собой обязанность Кипра выплатить истцам компенсацию. Действия ответчика не были оскорбительными, могли быть обжалованы при помощи надлежащей правовой процедуры на Кипре и не были предназначены для сокрытия неправомерных целей. Нормативные акты Кипра не нарушают ДИДа Греция — Кипр только потому, что они не соответствуют «лучшим международным практикам». Поведение ответчика не нарушает и стандарт справедливого и равноправного обращения, то есть меры Кипра были соразмерными, иными словами, имели разумную связь с рациональной политикой и были адекватны окружающей действительности. Истцы не были подвергнуты со стороны Кипра дискриминационному обращению, и постановление кипрского суда о замораживании средств истцов по всему миру не является отказом в правосудии, так как истцы не исчерпали внутренние средства правовой защиты на Кипре, чтобы обжаловать это постановление; ссылки же истцов на то, что их попытки обжаловать это постановление были бы «бесполезными» (англ.: *futile*), не были приняты арбитражем, поскольку истцам были доступны внутренние средства правовой защиты, которыми те не воспользовались. Наконец, арбитраж постановил, что ответчик не нарушил стандарт «полной защиты и безопасности», так как не нарушал «безопасную инвестиционную среду»⁵⁰.

7. Влияние экологических аспектов на поведение инвестора и государства

Особый интерес представляет собой решение по делу *Авен и другие против Коста-Рики*. В нём речь шла о прекращении государством строительства отеля, пляжного клуба и вилл истцами. Основанием для этого стал отзыв у истцов разрешения на обеспечение экологической жизнеспособности. В свою очередь, это произошло после того, как Коста-Рика обнаружила, что владения истцов включают в себя водно-болотные угодья и охраняемый лес. Кроме того, Коста-Рика начала уголовное расследование в отношении одного из истцов.

В этом деле арбитраж пришёл к выводу о том, что статья 10.11 применимого международного договора Central America Free Trade Agreement (далее — CAFTA), касающаяся защиты окружающей среды, влияет на толкование стандартов обращения с иностранными инвесторами: поведение инвесторов должно быть «чутким к экологическим проблемам», а осуществление государствами природоохранных мер должно быть справедливым, недискриминационным и соблюдать надлежащие правовые процедуры. Од-

⁵⁰ ICSID. *Marfin Investment Group Holdings S.A., Alexandros Bakatselos and others v. Republic of Cyprus*. Case No. ARB/13/27. Award of 26 July 2018.

нако истцы не провели надлежащую проверку экологических ограничений перед тем, как инвестировать в проект. Кроме того, истцы нарушили закон Коста-Рики, так как не раскрыли властям наличие водно-болотных угодий и лесных массивов, когда подавали заявления на одобрение своего инвестиционного проекта в государственные органы Коста-Рики. Истцы проводили работы, затрагивающие водно-болотные угодья и леса, без разрешения государства. Поэтому меры, принятые Коста-Рикой в ответ на поведение истцов, соответствовали законам Коста-Рики и не нарушали положения САФТА о минимальном стандарте обращения с иностранными инвесторами и о косвенной экспроприации. Уголовное преследование одного из истцов в Коста-Рике соответствовало законам этой страны и не представляло собой отказ в правосудии, так как по законам Коста-Рики имелись достаточные основания для предъявления обвинений этому истцу, и истцы не доказали наличие критериев, необходимых и достаточных для обоснования отказа в правосудии.

Кроме того, весьма любопытным является и следующий вывод арбитража: иностранные/международные инвесторы могут считаться субъектами международного права⁵¹, особенно если это касается экологических обязательств. Дело в том, что САФТА устанавливает, «по крайней мере, косвенно», некоторые обязательства для инвесторов в отношении экологического законодательства принимающего государства.

Наконец, что касается встречного иска Коста-Рики к иностранным инвесторам, арбитраж постановил, что он в принципе обладает, на первый взгляд (лат.: *prima facie*), компетенцией рассматривать встречный иск ответчика к истцам о предполагаемых нарушениях истцами законодательства Коста-Рики, но тем не менее этот встречный иск не может быть удовлетворён, поскольку он недостаточно подтверждён фактами⁵².

⁵¹ С точки зрения отечественной доктрины международного права, этот вывод неприемлем: субъекты международного права, во-первых, создают нормы международного права путём заключения международных договоров и создания международных обычаев. Во-вторых, субъекты международного права могут участвовать в международных отношениях: поддерживать дипломатические и консульские сношения, участвовать в международных межправительственных организациях и так далее. В-третьих, субъекты международного права могут нести ответственность по международному праву (а не только по национальному праву того или иного государства) и, наоборот, предъявлять требования другим субъектам международного права, ссылаясь на нарушение последними его норм. Именно поэтому отечественная доктрина не признаёт ни физических, ни юридических лиц субъектами международного права. Однако справедливости ради следует сказать, что иностранные инвесторы, во-первых, могут заключать с государствами, принимающими их инвестиции, инвестиционные контракты (англ.: *investment contracts*), хотя и не международные инвестиционные договоры (англ.: *investment treaties*). Кроме того, в виде исключения существуют международные межправительственные организации, в которых участвуют частные компании, такие как, к примеру, Международная организация труда: в ней участвуют как государства, так и представители работодателей и работников. Что касается участия в международных отношений, то и здесь не всё однозначно: в январе 2017 года Министерство иностранных дел Дании заявило, что планирует учредить должность специального посла для ведения дипломатических отношений с крупными американскими корпорациями (такими как Google, Apple и Microsoft). Как заявил глава МИДа Дании Андерс Самуэльсен в своём интервью газете Politiken, «эти компании стали видом новых стран, и нам необходимо оказать сопротивление» (МИД Дании планирует учредить должность посла по связям с корпорациями США // Коммерсантъ. 2017. 28 января. URL: <https://www.kommersant.ru/doc/3205185> (дата обращения: 17.10.2020)). Наконец, иностранные инвесторы могут предъявлять требования к принимающему государству, например, в Европейский Суд по правам человека (если государство, принимающее инвестиции, участвует в Конвенции о защите прав человека и основных свобод 1950 года) или в международный инвестиционный арбитраж (при наличии соответствующего международного договора), хотя пока ещё и не несут — в отличие от физических лиц — ответственность по международному праву за нарушение норм международного права.

⁵² См.: 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.

8. Полномочия арбитража по пересмотру своих собственных предварительных решений

В ходе рассмотрения вопроса о размере компенсации в деле по иску компании «Бёрлингтон» против Эквадора государство-ответчик обратилось к составу арбитража с просьбой пересмотреть решение этого же арбитража 2012 года об ответственности. Эквадор утверждал: что касается вопроса о том, произошла ли экспроприация в свете определённых исключительных обстоятельств, то арбитражное решение «было принято коренным образом неправильно и изначально было ошибочным»⁵³. Вопреки выводам некоторых предыдущих арбитражей⁵⁴, арбитраж по данному делу счёл, что решения, принятые до принятия итогового решения, не имеют эффекта *res judicata* и что в принципе арбитраж имеет право пересмотреть эти решения.

В этой связи арбитраж постановил, что будет применять по аналогии статью 51 Вашингтонской конвенции об урегулировании инвестиционных споров (1965) о пересмотре арбитражных решений: решение арбитража, вынесенное до решения о размере компенсации (кроме процессуальных приказов или постановлений о принятии временных мер), может быть пересмотрено при одновременном выполнении следующих условий:

- обнаружен такой факт, который ключевым образом влияет на решение арбитража, вынесенное до решения о размере компенсации;
- этот факт был не известен составу арбитража и заявителю, когда такое решение арбитража было вынесено;
- незнание заявителя об этом факте не вызвано его небрежностью;
- требование о пересмотре заявлено в течение 90 дней после обнаружения факта.

Обращаясь к находящемуся на его рассмотрении заявлению Эквадора, арбитраж отметил, что некоторые аспекты ходатайства Эквадора о пересмотре касались предполагаемых юридических ошибок в предыдущем решении арбитража. Поскольку эти аргументы Эквадора, по сути дела, являлись апелляционной жалобой на решение арбитража, арбитраж постановил, что они неприемлемы. Что касается аспектов жалобы, основанных на предположительно новой информации, арбитраж отметил, что эта информация была доступна государству-ответчику с 2011 года и что ему была предоставлена полная возможность передать эту информацию ранее в ходе арбитражного разбирательства. В итоге арбитраж счёл ходатайство несвоевременным, хотя и добавил, что представленная информация не изменила бы результат его предыдущего решения⁵⁵.

9. Решения комитетов *ad hoc* МЦУИС по аннулированию

Статья 52 Вашингтонской конвенции позволяет стороне спора требовать аннулирования арбитражного решения. Однако основания для аннулирования сформулированы достаточно узко, поэтому попытки (как правило, государств-ответчиков) добиться ан-

⁵³ ICSID. *Burlington Resources, Inc. v. Republic of Ecuador*. Case No. ARB/08/5. Decision on Reconsideration and Award of 7 February 2017. § 48–49.

⁵⁴ См.: ICSID. *ConocoPhillips Petrozuata B.V., ConocoPhillips Hamaca B.V. and ConocoPhillips Gulf of Paria B.V. v. Bolivarian Republic of Venezuela*. Case No. ARB/07/30. Decision on Respondent's Request for Reconsideration of 10 March 2014. § 21. В этом контексте арбитраж также ссылался на: ICSID. *Perenco Ecuador Limited v. Republic of Ecuador (Petroecuador)*. Case No. ARB/08/6. Decision on Ecuador's Reconsideration Motion of 10 April 2015. § 43.

⁵⁵ См.: ICSID. *Burlington Resources, Inc. v. Republic of Ecuador*. Case No. ARB/08/5. Decision on Reconsideration and Award of 7 February 2017. § 105, 111, 117–118, 122–124.

нулирования арбитражных решений крайне редко заканчиваются успешно⁵⁶. Комитет вправе отменить арбитражное решение или его часть по любой из следующих причин:

- арбитраж был сформирован ненадлежащим образом;
- арбитраж явно превысил свои полномочия;
- имела место коррупция какого-либо члена арбитража;
- арбитраж серьёзно отступил от какого-либо существенного правила процедуры;
- в арбитражном решении не изложены соображения, на которых оно основано.

Рассмотрим ниже несколько примеров.

9.1. Применение нормы права, не подлежащей применению, как явное превышение полномочий

В деле по иску компании «Мобил» и других против Венесуэлы комитет *ad hoc* МЦУИС частично аннулировал арбитражное решение на сумму 1,6 млрд долларов США, вынесенное в пользу пяти дочерних компаний «Эксон Мобил» (США). Арбитраж пришёл к выводу, что Венесуэла законно экспроприировала инвестиции инвесторов в нефтяной проект, известный как проект «Серро Негро». В своём ходатайстве об аннулировании Венесуэла утверждала, что в соответствии с венесуэльским правом, применяемым согласно ДИДу Нидерланды — Венесуэла (1991), сумма компенсации за экспроприацию должна была быть ограничена. Комитет согласился с этим и постановил, что арбитраж явно превысил свои полномочия и не указал причины, по которым он применил нормы права, не подлежавшие применению, к оценке компенсации за экспроприацию. В частности, комитет отметил, что арбитраж не смог адекватно применить законодательство Венесуэлы (как требовала статья 9(5) ДИДа) и вместо этого применил обычное международное право, проигнорировав условия ДИДа⁵⁷. Как отметил комитет, состав арбитража, похоже, задался целью отклонить любую мысль о том, что национальное законодательство может быть использовано для защиты от нарушения международного обязательства⁵⁸.

⁵⁶ Например, в 2018 году комитеты *ad hoc* по аннулированию рассмотрели ходатайства об аннулировании решений одного африканского государства (Зимбабве) по 2 делам, трёх южноамериканских государств (Аргентины, Боливии и Венесуэлы) по 5 делам и одного инвестора (СЕАС, за которым стоит Олег Дерипаска, в деле против Черногории) по 5 делам, но ни одно из этих решений не было аннулировано: ICSID. *Bernhard von Pezold and others v. Republic of Zimbabwe*. Case No. ARB/10/15. Decision on Annulment of 21 November 2018; *Border Timbers Limited, Timber Products International (Private) Limited, and Hangani Development Co. (Private) Limited v. Republic of Zimbabwe*. Case No. ARB/10/25. Decision on Annulment of 21 November 2018; *CEAC Holdings Limited v. Montenegro*. Case No. ARB/14/8. Decision on Annulment of 1 May 2018; *OI European Group B.V. v. Bolivarian Republic of Venezuela*. Case No. ARB/11/25. Decision on Annulment of 6 December 2018; *Quiborax S.A., Non-Metallic Minerals S.A. v. Plurinational State of Bolivia*. Case No. ARB/06/2. Decision on Annulment of 18 May 2018; *Suez, Sociedad General de Aguas de Barcelona, S.A. and Interagua Servicios Integrales de Agua, S.A. v. Argentine Republic*. Case No. ARB/03/17. Decision on Annulment of 14 December 2018; *Tenaris S.A. and Talta — Trading e Marketing Sociedade Unipessoal Lda v. Bolivarian Republic of Venezuela (I)*. Case No. ARB/11/26. Decision on Annulment of 8 August 2018; *Tenaris S.A. and Talta — Trading e Marketing Sociedade Unipessoal Lda v. Bolivarian Republic of Venezuela (II)*. Case No. ARB/12/23. Decision on Annulment of 28 December 2018.

⁵⁷ Статья 9(5) ДИДа Нидерланды — Венесуэла (1991) гласит: «Арбитражное решение должно быть основано на: i. законодательстве соответствующей Договаривающейся стороны; ii. положениях настоящего Соглашения и других соответствующих соглашений между Договаривающимися Сторонами; iii. положениях специальных соглашений, касающихся инвестиций; iv. общих принципах международного права; и v. таких нормах права, которые могут быть согласованы сторонами спора».

⁵⁸ См.: ICSID. *Mobil Cerro Negro Holding, Ltd., Mobil Cerro Negro, Ltd., Mobil Corporation and others v. Bolivarian Republic of Venezuela*. Case No. ARB/07/27. Decision on Annulment of 9 March 2017. § 151, 156, 159, 187, 188.

9.2. Дисквалификация арбитра

В деле по иску компаний «Суэс» и «Вивенди» против Аргентины (II стадия) комитет *ad hoc* рассмотрел такой вопрос: не ошибся ли состав арбитража, когда отказал ответчику в дисквалификации арбитра Габриэль Кауфманн-Колер, которая «забыла» проинформировать стороны спора о возможном конфликте интересов? Комитет с большим почтением отнёсся к решению состава арбитража и, повторяя решения других комитетов по аннулированию по другим делам⁵⁹, заявил что он не может найти основания для аннулирования в соответствии со статьёй 52(1)(a) или 52(1)(d), если только решение не дисквалифицировать рассматриваемого арбитра не принято настолько явно необоснованно, что ни один разумный человек, принимающий решение, не мог бы прийти к такому решению.

Чтобы проиллюстрировать этот стандарт пересмотра, комитет в качестве примеров привёл ряд ситуаций, когда будет считаться, что у арбитра есть конфликт интересов: например, состав арбитража отклонил заявление истца или ответчика о дисквалификации арбитра, который был назначен в Совет директоров одной из сторон, или когда этот арбитр консультировал одну из сторон ранее по данному делу, или если предложение о дисквалификации было отклонено, хотя оспариваемый арбитр не раскрыл сторонам, что он или она недавно работал в качестве адвоката для одной из сторон. Учитывая, что в настоящем деле не было подобных обстоятельств, комитет отказался аннулировать арбитражное решение.

9.3. Позволяет ли положение об НБН избежать требования рассматривать спор в местных судах в течение 18 месяцев?

Комитет *ad hoc* по делу «Суэц» и «Вивенди» против Аргентины (II стадия) не обнаружил в решении арбитража о применении оговорки об НБН в ДИДе Аргентина — Испания (1991) ошибку, требующую аннулировать арбитражное решение. Арбитраж позволил инвестору избежать 18-месячного срока, предусмотренного ДИДом как предварительное условие для обращения в арбитраж. Аргентина утверждала, что трибунал «явно превысил» свои полномочия, игнорируя условия, выдвинутые государством для выражения его согласия на арбитраж в соответствующем ДИДе. Однако комитет *ad hoc* отметил, что «арбитражные решения МЦУИС далеко не единодушны в вопросе о том, могут ли инвесторы ссылаться на положения об НБН, чтобы извлечь выгоду из более благоприятных положений об урегулировании споров в договорах принимающего государства с третьими государствами»⁶⁰. Признавая, что положение об НБН в ДИДе Аргентина — Испания «вполне может быть пригодно для толкования, которое отличается от толкования, данного арбитражем в настоящем деле», комитет *ad hoc* согласился с комитетом *ad hoc* по аннулированию в деле «Даймлер» против Аргентины⁶¹ в следующем: за исключением крайних обстоятельств, «когда возможно более одного

⁵⁹ См.: ICSID. *EDF International S.A., SAUR International S.A. and León Participaciones Argentinas S.A. v. Argentine Republic*. Case No. ARB/03/23. Decision on Annulment of 5 February 2016. § 145.

⁶⁰ ICSID. *Suez, Sociedad General de Aguas de Barcelona, S.A. and Vivendi Universal, S.A. (formerly Aguas Argentinas, S.A., Suez, Sociedad General de Aguas de Barcelona, S.A. and Vivendi Universal, S.A.) v. Argentine Republic (II)*. Case No. ARB/03/19. Decision on Argentina's Application for Annulment of 5 May 2017. § 133, 189, 252, 261.

⁶¹ ICSID. *Daimler Financial Services AG v. Argentine Republic*. Case No. ARB/05/1. Decision on Annulment of 7 January 2015. § 187.

толкования, арбитражное решение не может быть аннулировано на том основании, что оно страдает от превышения полномочий, а тем более от явного превышения полномочий»⁶².

10. Решения национальных судов

Ниже представлены примеры решений судов разных государств об отмене решений международных инвестиционных арбитражей. Не могут быть отменены государственными судами только решения арбитражей МЦУИС. Отмена относится к компетенции государственных судов по месту арбитража (англ.: *seat of arbitration*). Однако, как правило, государственные суды тоже довольно редко отменяют решения международных инвестиционных арбитражей: например, в 2018 году только в трёх из восьми дел, рассмотренных государственными судами, решения арбитражей были отменены, причём только в первом случае было отменено решение по существу спора:

1. Дело *Акмеа против Словацкой Республики*⁶³. В решении по этому делу Федеральный верховный суд ФРГ отменил окончательное решение, вынесенное арбитражем в 2012 году, установив, что — в соответствии с предварительным постановлением Суда Европейского Союза — между сторонами спора не существовало арбитражного соглашения. Верховный суд ФРГ постановил, что одностороннее предложение Словакии (содержавшееся в ДИДе Нидерланды — Словакия) урегулировать споры между иностранными инвесторами из Нидерландов и государством утратило силу 1 мая 2004 года, когда Словакия стала членом Европейского Союза. Поэтому, когда в 2008 году «Акмеа» инициировала арбитражное разбирательство, между сторонами не могло быть заключено никакого арбитражного соглашения⁶⁴.

⁶² ICSID. *Suez, Sociedad General de Aguas de Barcelona, S.A. and Vivendi Universal, S.A. (formerly Aguas Argentinas, S.A.), Suez, Sociedad General de Aguas de Barcelona, S.A. and Vivendi Universal, S.A.) v. Argentine Republic (II)*. Case No. ARB/03/19. Decision on Argentina's Application for Annulment of 5 May 2017. § 252–253.

⁶³ German Federal Supreme Court. *Achmea B.V. (formerly Eureko B.V.) v. The Slovak Republic (I)*. Case No. 2008-13. Decision of 31 October 2018. Первоначальный спор рассматривался в Постоянной палате третейского суда (далее — ППТС).

⁶⁴ В 2004 году Словакия открыла свой рынок медицинского страхования для иностранных инвесторов, что послужило толчком для инвестиций «Акмеа». После смены правительства в 2006 году Словакия отменила либерализацию рынка медицинского страхования, не позволив «Акмеа» вывести какую-либо прибыль из страны и продать свою местную дочернюю компанию. В октябре 2008 года «Акмеа» начала арбитражное разбирательство в соответствии с ДИДом Нидерланды — Чехословакия и арбитражным регламентом Комиссии ООН по праву международной торговли. Стороны договорились, что местом проведения арбитража будет Франкфурт, Германия. Арбитраж подтвердил, что у него есть юрисдикция рассматривать этот спор по существу (решение о юрисдикции от 26 октября 2010 года), а 7 декабря 2012 года вынес окончательное решение, обязав Словакию выплатить компенсацию в размере 22,1 млн евро плюс проценты. Высший земельный суд Франкфурта оставил в силе арбитражное решение в своём решении от 10 мая 2012 года, а также оставил в силе окончательное арбитражное решение (в своём решении от 18 декабря 2014 года). В частности, Высший земельный суд Франкфурта обосновал, что статья 8 ДИДа (предусматривающая арбитраж между инвесторами и государством) совместима с правом ЕС и что вынесенные решения не противоречат публичному порядку Германии. В своём решении от сентября 2013 года Верховный суд ФРГ отказался пересматривать решение Высшего земельного суда Франкфурта 2012 года, заявив, что может рассматривать только жалобу на окончательное арбитражное решение. Получив в 2016 году жалобу Словакии на решение Высшего земельного суда Франкфурта 2014 года, Верховный суд ФРГ подал в Суд ЕС запрос о предварительном решении, спрашивая, совместима ли статья 8 ДИДа со статьями 344, 267 и 18 Договора о функционировании Европейского Союза. В марте 2018 года Суд ЕС постановил: положения в ДИДе об урегулировании споров между инвесторами из одних стран ЕС и другим государством — членом ЕС в ДИДах, заключённые между двумя государствами — членами ЕС (так называемые *intra-EU BITs*), несовместимы

2. Дело *Джи-Пи-Эф Джи-Пи С.а.р.л. против Польши*⁶⁵. Судья Высокого суда Англии и Уэльса отменил часть промежуточного арбитражного решения, которое подтвердило юрисдикцию арбитража в отношении узкого аспекта дела истца: является ли экспроприацией решение Варшавского суда, позднее подтверждённое Верховным судом Польши? Это постановление английского судьи примечательно тем, что отменяет отказ арбитража от своей юрисдикции в отношении некоторых исковых требований люксембургского инвестора (Griffin Group). В мае 2020 года Польша заявила о том, что выиграла этот спор⁶⁶.

3. Дело *Свиссбург Даймонд Майнс против Лесото*⁶⁷. Апелляционный суд Сингапура оставил в силе решение Сингапурского суда первой инстанции (от 14 августа 2017 года), которым было отменено решение арбитража от 18 апреля 2016 года. Это последнее решение было таково: большинство состава арбитража (двое из трёх арбитров) постановило, что Королевство Лесото нарушило договор об учреждении Южно-Африканского сообщества развития (англ.: *Southern African Development Community, SADC*) и отдельный документ, а именно Протокол SADC о финансах и инвестициях, поскольку участвовало — вместе с другими государствами Южной Африки (ЮАР, Зимбабве и так далее) — в приостановлении, а затем и в прекращении деятельности Суда SADC, в результате чего иностранные инвесторы не смогли больше защищать свои права в этом Суде. В своём решении 2016 года арбитраж не присудил истцам компенсацию за эти нарушения, а предписал Лесото участвовать в новом арбитражном разбирательстве, в рамках которого и должны были быть рассмотрены основные исковые требования инвесторов о предполагаемой экспроприации. В феврале 2019 года арбитраж прекратил второе арбитражное разбирательство. Возможно, истцы нашли выход из ситуации⁶⁸.

В остальных пяти делах 2018 года решения арбитражей были оставлены в силе⁶⁹.

с правом ЕС. 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., Коротеева К. В.* Ветер перемен: актуальные обсуждения реформы системы разрешения споров между иностранными инвесторами и государствами // *Закон*. 2018. № 5. С. 153–163.

⁶⁵ High Court of Justice of England and Wales. *GPF GP S.à.r.l v. Poland*. Case No. 2014/168. Judgment of 2 March 2018. Первоначальный спор рассматривался в Арбитражном институте Торговой палаты Стокгольма.

⁶⁶ См.: *Polska wygrywa spór z deweloperem w sprawie zburzenia koszar przy Łazienkach Królewskich w Warszawie* // *Serwis Rzeczypospolitej Polskiej*. 2020. 30 kwietnia. URL: <https://www.gov.pl/web/kultura/polska-wygrywa-spor-z-deweloperem-w-sprawie-zburzenia-koszar-przy-lazienkach-krolewskich-w-warszawie> (дата обращения: 17.10.2020). В 2011 году иностранный инвестор — истец разрушил в Варшаве казармы лейб-гвардии Гродненского гусарского полка (в этом полку служил, в частности, М. Ю. Лермонтов) вместо того, чтобы реконструировать их.

⁶⁷ Singapore Court of Appeal. *Swissbourn Diamond Mines (Pty) Limited, Josias Van Zyl, The Josias Van Zyl Family Trust and others v. The Kingdom of Lesotho*. Case No. 2013-29. Judgment of 27 November 2018. Первоначальный спор рассматривался в ППТС.

⁶⁸ Арбитраж предложил истцам понести часть расходов Лесото на арбитражное разбирательство (на случай, если иск будет отклонён по существу). Однако истцы отказались нести долю Лесото в аванс на покрытие расходов и попросили арбитраж приостановить разбирательство. Это связано с тем, что истцы начали разбирательство в судах ЮАР в связи с причинением истцам «конституционного ущерба, понесённого в результате незаконного приостановления и затем роспуска Суда SADC». В декабре 2018 года Конституционный суд ЮАР установил, что решение Джейкоба Зумы, тогдашнего Президента Южно-Африканской Республики, поддержать закрытие Суда SADC, было «незаконным, неразумным и неконституционным». Истцы не участвовали в судебном разбирательстве, которое привело к этому решению, но могут попытаться подать новый иск в надежде получить компенсацию от правительства ЮАР.

⁶⁹ Эти пять дел следующие: *United States Court of Appeals for the District of Columbia. AWG Group Ltd. v. The Argentine Republic*. Judgment of 3 July 2018. Первоначальный спор рассматривался по Регламенту арбитра-

10.1. Временные меры и публичный порядок

В деле *Эквадор против компаний «Шеврон» и «ТексПет»* Апелляционный суд Гааги отклонил такой аргумент Эквадора: некоторые временные меры, предписанные арбитражем, нарушали публичный порядок Эквадора и поэтому подлежат отмене. В частности, арбитраж, учреждённый в соответствии с ДИДом Эквадор — США (1993), распорядился, чтобы Эквадор приостановил исполнение ряда решений судов Эквадора. Эквадор утверждал, что, выдав такое распоряжение, арбитраж неправомерно принял на себя роль «всемирного судьи».

Однако голландский суд не согласился с данным утверждением, мотивировав это следующим образом: заключив ДИД, Эквадор подчинился положениям ДИДа об арбитраже, включая положения Арбитражного регламента Комиссии ООН по праву международной торговли, на основании которых ведётся арбитражное разбирательство. Следовательно, Эквадор признал юрисдикцию арбитража по введению временных мер и «подтвердил, что он будет исполнять меры, предписанные арбитражем, без задержек и делать всё возможное для их обеспечения». Суд далее отметил: «Это означает, что Эквадор не может жаловаться на то, что меры, введённые арбитражем, нарушают его суверенитет и подвергают угрозе независимости, если арбитраж принимает решения, находящиеся в пределах его юрисдикции на основе применимых правил». В итоге Суд постановил, что арбитраж не превысил своих полномочий⁷⁰.

10.2. Почтительное отношение к арбитражным решениям

В деле по иску компании «Меса Пауэр» против Канады инвестор обратился в окружной суд США с ходатайством об отмене арбитражного решения, вынесенного в пользу Канады в соответствии с главой 11 НАФТА. Инвестор утверждал, что трибунал превысил свои полномочия, явно пренебрегая законом, когда сделал вывод о толковании понятия «закупка» (англ.: *procurement*) по смыслу статьи 1108 НАФТА, и отнёсся со слишком большой долей почтения к принятию канадскими властями решений по их усмотрению в отношении реализации конкретной субсидии на возобновляемую энергию. Суд США подчеркнул, что его полномочия по отмене решений международного инвестиционного арбитража ограничены, и отклонил ходатайство инвестора по обоим основаниям, заявленным инвестором.

Что касается толкования понятия «закупка», суд постановил, что «арбитраж не проигнорировал или не изменил однозначное положение международного договора», а просто истолковал его текст таким образом, что инвестор оказался с этим не согласен. Касательно того, что арбитраж отнёсся слишком уж уважительно к принятию решений принимающим государством, суд не усмотрел никаких доказательств того, что арбитраж

ража Комиссии ООН по праву международной торговли (далее — ЮНСИТРАЛ); Federal Court of Canada. *Clayton and Bilcon of Delaware Inc. v. Government of Canada*. Judgment of 2 May 2018. Первоначальный спор рассматривался по Регламенту арбитража ЮНСИТРАЛ; Swiss Federal Tribunal. *Crimea-Petrol LLC, Elefteria LLC, Novel-Estate LLC and others v. The Russian Federation*. Case No. 2015-35. Judgment of 16 October 2018. Первоначальный спор рассматривался в ППТС; Swiss Federal Supreme Court. *Deutsche Telekom AG v. The Republic of India*. Case No. 2014-10. Judgment of 11 December 2018. Первоначальный спор рассматривался в ППТС; Swiss Federal Tribunal. *PJSC Ukrnafta v. The Russian Federation*. Case No. 2015-34. Judgment of 16 October 2018. Первоначальный спор рассматривался в ППТС.

⁷⁰ См.: Appeal Court of The Hague. *The Republic of Ecuador v. Chevron Corporation and Texaco Petroleum Company*. Judgment of 18 July 2017. § 12.1, 12.3.

раж отнёсся к сторонам неравно или изменил стандарт доказывания. Скорее, арбитраж просто признал, что правительство может принимать неправильные или ошибочные решения, не нарушая запрет статьи 1105 НАФТА на несправедливое обращение с иностранными инвесторами. Таким образом, арбитраж просто пришёл к юридическому выводу, с которым истец не был согласен⁷¹.

В деле по иску компании «Кристалекс» против Венесуэлы последняя обратилась в окружной суд США с ходатайством об отмене арбитражного решения, присудившего истцу 1,2 млрд долларов США. Венесуэла заявила ряд оснований для отмены: по мнению государства-ответчика, арбитраж превысил полномочия в своём решении о размере компенсации, поскольку взял за основу данные об оценке, предшествующие дате оценки, указанной в ДИДе (для компенсации за неправомерные действия Венесуэлы, направленные на уменьшение стоимости изъятого актива и совершённые до даты оценки). Проявив почтительное отношение к решению арбитража, суд отметил, что аргументы Венесуэлы были представлены арбитражу, но отклонены им. Кроме того, суд отметил: помимо экспроприации, арбитраж установил, что Венесуэла нарушила другие положения договора, например стандарт справедливого и равноправного обращения; кроме того, ДИД ничего не говорил о методе, который арбитражу следует использовать для расчёта компенсации за такие нарушения. Соответственно, суд постановил, что арбитраж не допустил ошибок, применив принцип полного возмещения, установленный обычным международным правом, в качестве руководства для расчёта убытков⁷².

11. Заключение

Анализ арбитражной практики за приведённый период ожидаемо показал отсутствие единообразия в решениях ряда вопросов. Однако всё же некоторые общие выводы из анализа можно сделать. Так, например, решения арбитражей подтверждают, что нарушение инвестиционных контрактов является нарушением стандарта справедливого и равноправного обращения и касается законных ожиданий инвестора. Это значит, что инвестиционные контракты имеют значение в международном инвестиционном арбитраже, даже если в ДИДе нет «зонтичной» оговорки. Это заметно облегчает доказывание нарушения стандарта иностранному инвестору. «Зонтичная» оговорка, как показывает практика, тоже шире, чем можно подумать: она охватывает обязательства, «относящиеся к инвестициям инвесторов другой стороны Договаривающейся Стороны ДИДа» (хотя есть и пример обратного вывода). Кроме того, нет единообразной практики в вопросе о том, могут ли инвесторы ссылаться на положения об НБН, чтобы извлечь выгоду из более благоприятных положений об урегулировании споров в договорах принимающего государства с третьими государствами. Что касается попыток отменить арбитражные решения в арбитражных судах, то в 2017–2018 годах национальные суды в целом не были склонны отменять такие решения.

⁷¹ См.: United States District Court for the District of Columbia. *Mesa Power Group, LLC v. Government of Canada*. Decision of 15 June 2017. P.4, 9–12, 15, 16, 20. URL: <https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/italaw9037.pdf> (дата обращения: 17.10.2020). Первоначальный спор рассматривался в ППТС.

⁷² См.: United States District Court for the District of Columbia. *Crystalex International Corporation v. Bolivarian Republic of Venezuela*. Memorandum Opinion of 25 March 2017. P.24–25. URL: <https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/italaw8579.pdf> (дата обращения: 17.10.2020). Первоначальный спор рассматривался в арбитраже по правилам МЦУИС.

Библиографическое описание:

Рачков И., Е. Рачкова. Международный инвестиционный арбитраж: решения 2017–2018 годов по существу спора // Международное правосудие. 2020. № 4 (36). С. 112–143.

**International investment arbitration:
decisions 2017–2018 on the merits of the dispute**

Iliia Rachkov

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

Elizaveta Rachkova

MA Student, Faculty of Law, Higher School of Economics, Moscow, Russia (erachkova1328@gmail.com).

Abstract

This article reviews the decisions of these arbitrations for the same period on the merits of the disputes. A special place among these decisions is taken by decisions on claims of foreign investors on violation by the host state of the regime (or standard) of fair and equitable treatment. This is quite natural: violation of this standard is the most common claim. In 2017–2018 in particular, many lawsuits in which such claims were made were related to the generation of electricity from renewable sources, mainly from solar energy. These claims were based on the 1994 Energy Charter Treaty. The article examines, in particular, cases of claims in which investors demanded compensation for damage caused by changes in the legislation of the host countries. The question before the arbitrators was: how strongly does the standard of fair and equitable treatment protect against legislative changes? The article also considers such aspects as: violation by the state of the national regime, the most favored nation regime and the standard of full protection and security of foreign investments; direct and indirect expropriation. The solutions in which the question arose about: the power of the arbitral tribunal to review its own preliminary decisions; the impact of environmental aspects on the behavior of the investor and the state; attempts by a party dissatisfied with the arbitration decision to have the decision annulled or overturned either by an *ad hoc* committee of ICSID or by national state courts. An analysis of the above decisions will reveal some trends in international investment law, which is important in the context of the fact that there cannot be truly uniform practice in investment arbitration due to the lack of a single source of law and a single dispute resolution body. Thus, only a careful analysis of the practice can tell which practice is well established and which is not.

Keywords

International Investment Law; foreign investment; foreign investors; host states; fair and equitable treatment; most favored nation treatment; “umbrella” clause; direct and indirect expropriation; guarantees to investors.

Citation

Rachkov I., E. Rachkova (2020) *Mezhdunarodnyy investitsionnyy arbitrazh: resheniya 2017–2018 godov po sushchestvu spora* [International investment arbitration: decisions 2017–2018 on the merits of the dispute]. *Mezhdunarodnoe pravosudie*, vol. 10, no. 4, pp. 112–143. (In Russian).

References

- Dolzer R., Schreuer C. (2008) *Principles of International Investment Law*, Oxford: Oxford University Press.
- Mammadov S. (2012) “Zontikovaya” ogovorka v praktike mezhdunarodnogo investitsionnogo spora [“Umbrella” clause in the practice of international investment dispute]. In: Aliev A., Krupko S., Trunk A. (eds.) *Pravovye aspekty investitsionnykh dogovorov: sbornik statey* [Legal aspects of investment contracts: collection of articles], Moscow: Norma, pp. 191–226. (In Russian).

- Rachkov I. (2019) Obzor resheniy mezhdunarodnykh investitsionnykh arbitrazhey za 2017–2018 gody: voprosy kompetentsii (yurisdiktsii) 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).
- Jacob M., Schill S. W. (2015) Fair and Equitable Treatment: Content, Practice, Method. 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. 700–763.
- Reinisch A. (2015) National 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. 846–869.