

Понятие «инвестиция»*

В. Н. АНУРОВ, кандидат юридических наук,
LL.M (Dundee, Scotland); vasily.anurov@gmail.com



*Тема настоящей статьи посвящена одной из интересных проблем, часто поднимаемых принимающим государством в международном инвестиционном арбитраже. Арбитражные трибуналы относят ее в категорию юрисдикционных вопросов по основанию *ratione materiae*. Истцы пытаются убедить арбитров в том, что их деятельность на территории принимающего государства должна быть квалифицирована как инвестиция, а ответчики предпринимают попытку оспорить данное утверждение. Арбитры начинают свой анализ с определения инвестиции и ее признаков. Именно эти вопросы и будут исследованы в настоящей статье с различных точек зрения.*

Ключевые слова: инвестиционный арбитраж, двусторонние/многосторонние инвестиционные соглашения, инвестиция, признаки инвестиции, вклад в экономическое развитие принимающего государства, правомерность инвестиции, добросовестность иностранного инвестора.

Внешние признаки инвестиции

Определить природу общественного явления через раскрытие присущих ему свойств — важная, но не единственная задача исследователя. Объективная действительность, в которой это явление существует и развивается, придает ему необходимую форму. Применительно к инвестиции такой формой может служить любое упоминание о ней в виде запретов или, наоборот, разрешенной модели поведения иностранного инвестора, предусмотренной в международных договорах или внутригосударственном законодательстве. Тем самым внешние признаки инвестиции представляют собой требования, предъявляемые к ней системой правового регулирования при взаимодействии инвестиции с внешним миром, т. е. отношениями, складывающимися между иностранным инвестором и принимающим государством.

Правовой характер накладывает отпечаток на классификацию подходов, применяемых арбитрами при установлении признаков инвестиции. Наряду с типичными характеристиками появляется юрисдикционный подход, требующий наличие всех признаков инвестиции для того, чтобы спор между сторонами мог быть рассмотрен в инвестиционном арбитраже.¹ На первый взгляд, создается впечатление, что юрисдикционный подход полностью воспроизводит основные принципы дедуктивного метода, но под другим названием. Однако это первое впечатление ошибочно. Несмотря на очевидную схожесть,

* Окончание. Начало см.: Третейский суд. 2016. № 2/3. С. 125–141.

¹ «В то время как Юрисдикционный Подход, в его строгом виде, требует, чтобы все установленные признаки «инвестиции» присутствовали до того, как договор мог рассматриваться как «инвестиция», Подход Типичных Характеристик не обязательно означает, что трибунал обнаружил бы инвестицию, даже если один или более установленных признаков отсутствовали» (см.: MHS v. Malaysia (Award of Jurisdiction), par. 70).

юрисдикционный подход делает акцент не на формировании общего представления об инвестиции, а на степени доказывания наличия или отсутствия признаков инвестиции, продемонстрированных спорящими сторонами. Тем самым подчеркивается гибкость рассматриваемой классификации, допускающей переход юрисдикционного подхода в подход, основанный на типичных характеристиках, и наоборот, в зависимости от того, насколько стороны приводят ясные и четкие доводы в поддержку своей позиции.²

Нельзя сказать, что установление этой зависимости помогает арбитражному трибуналу при вынесении им решения о наличии или отсутствии юрисдикции по основанию *ratione materiae*. Очевидно, что выбор применимого подхода носит ретроспективный эффект, поскольку осуществляется после оценки всех доказательств, приведенных сторонами. Если доказательства в глазах арбитров прямо и недвусмысленно свидетельствуют о соответствии фактических обстоятельств понятию «инвестиция», снимаются всякие сомнения в применении юрисдикционного подхода. К тому же последствию приводит и противоположная ситуация, когда из приведенных сторонами доказательств очевидно отсутствие инвестиции в действиях иностранного инвестора. Рассматриваемые случаи хорошо укладываются в общепринятую модель инвестиции и позволяют арбитражному трибуналу придать своим выводам доктринальный характер.

Подход, основанный на типичных характеристиках, применяется в более сложных делах, когда признаки инвестиции проявляются в менее явной форме. Здесь уже отсутствует возможность обратиться к обобщениям, сделанным на доктринальном уровне, и приходится довольствоваться эмпирическим анализом, который, в силу своей природы, не обладает такой же научной достоверностью, как доктрина, но зато не подразумевает построение категорических выводов, что может привести к негативным последствиям, если эти выводы окажутся ошибочными.

Безусловно, эмпирический способ исследования в большей мере соответствует соображениям осторожности при формировании арбитражной практики.³ Вместе с тем, предпосылкой для достижения справедливости —

² «Возможное объяснение очевидной дихотомии между Юрисдикционным Подходом и Подходом Типичных Характеристик является следующим: а) Когда согласованные признаки «инвестиции» явно доказаны (или явно отсутствуют), трибунал с большей степени вероятности будет придерживаться терминологии, которая может быть истолкована как приверженность Юрисдикционному Подходу, потому что он может более легко обосновать свое решение, основываясь на явном соблюдении (или отсутствии) таких признаков; б) Наоборот, если согласованные признаки «инвестиции» присутствуют, но явно не доказаны (с точки зрения природы или степени), трибунал, если он принимает решение о наличии своей юрисдикции, с большей степенью вероятности будет придерживаться терминологии, которая может быть истолкована как приверженность Подходу Типичных Характеристик. Другими словами, выбор подхода зависит от оценки трибуналом обстоятельств дела в отношении установленных признаков инвестиции» (см.: MHS v. Malaysia (Award of Jurisdiction), par. 71).

³ «Подход трибуналов ИКСИД в отношении вопроса «инвестиции» в рамках значения статьи 25 (1) склоняется более к эмпирическому, нежели доктринальному анализу. Подход Типичных Характеристик стремится определить установленные признаки «инвестиции», но предостерегает от оценки их в качестве обязательных условий, что вне всякого сомнения предохраняет от безграничного разнообразия дел, которые могут быть переданы трибуналам ИКСИД и заслуживать включения их в категорию «инвестиции» несмотря на отсутствие, по качественному или количественному показателю, какого-либо отдельного признака «инвестиции», так как эти признаки «инвестиции» могут быть взаимозависимы» (см.: MHS v. Malaysia (Award of Jurisdiction), par. 72).

главной задачи арбитров в арбитражном разбирательстве, служит разработка спорного вопроса на доктринальном уровне, особенно, если он касается юрисдикции инвестиционного арбитража.

Сложность в определении признаков инвестиции объясняется их тесным взаимодействием между собой, нередко переходящим во взаимозависимость. Как юрисдикционный подход, так и подход, основанный на типичных характеристиках, учитывает эту особенность и поэтому допускает случаи, когда исследуемый признак проявляется только во взаимодействии с другим признаком. В этой связи было бы ошибкой излишне упрощать юрисдикционный подход, сводя его применение к правовому анализу каждого признака инвестиции, взятого в отдельности.⁴ Наоборот, правовая оценка действий иностранного инвестора позволяет распространить на них инвестиционный режим, даже если первоначальное действие не содержит в себе признаки инвестиции, но неразрывно связано с другими действиями, которые эти признаки содержат.⁵ В то же время смещение фокуса от правового анализа каждого из них в отдельности к общей совокупности признаков уменьшает доктринальный эффект юрисдикционного подхода и «размывает» границы между ним и подходом, основанным на типичных характеристиках.⁶ Ссылка на взаимозависимость признаков позволяет компенсировать слабость доказательств, подтверждающих наличие одного признака, четким проявлением другого, а стремление к созданию целостной картины — подвергать сомнению полезные свойства составляющих ее элементов.⁷ Все это не способствует, с точки зрения традиционного понимания права, устранению главных недостатков арбитражных решений — непредсказуемости, непоследовательности и субъективности, являющихся закономерным результатом неоправданного расширения дискреционных полномочий арбитров.

Различие между юрисдикционным подходом и подходом, основанном на типичных характеристиках, четко проявляется в первом внешнем признаке инвестиции — вкладе в экономическое развитие принимающего государства (далее — вклад в экономическое развитие).⁸ Уникальность этого признака заключается в том, что в его содержании соединение экономических и правовых категорий представлено в наиболее явной форме. С одной стороны, само его название подразумевает проведение экономического

⁴ «Тем не менее, применяя Юрисдикционный Подход, трибуналы ИКСИД часто отмечают, что эти признаки могут быть взаимосвязаны и должны исследоваться в отношении других признаков так же, как и в отношении других обстоятельств дела» (см.: *MHS v. Malaysia (Award of Jurisdiction)*, par. 72).

⁵ В деле *CSOB v. The Slovak Republic* арбитражный трибунал распространил инвестиционный режим на сделку, не отвечающей признакам инвестиции: «...спор, переданный Центру (МЦУИС — Авт.) на разрешение, должен считаться прямо возникшим из инвестиции, даже если он основан на сделке, которая, взятая в отдельности, не может быть квалифицирована в качестве инвестиции по Конвенции (Вашингтонской конвенции 1965 г. — Авт.), при условии, что эта сделка составляет неотъемлемую часть общей деятельности, квалифицируемой как инвестиция» (см.: *CSOB v. The Slovak Republic (Decision on Jurisdiction)*, par. 72).

⁶ По признанию самого автора юрисдикционного подхода М. Хванга, отказ арбитражного трибунала от оценки каждого признака инвестиции «растворяет Юрисдикционный Подход до такой степени, что, в сущности, он перестает существенно отличаться от Подхода Типичных Характеристик» (см.: *MHS v. Malaysia (Award of Jurisdiction)*, par. 103).

⁷ *MHS v. Malaysia (Award of Jurisdiction)*, par. 106.

⁸ З. Дуглас ставит вклад в экономическое развитие на первое место в общем перечне признаков инвестиции (см.: *Douglas Z. The International Law of Investment Claims*, Cambridge, 2009. P. 191).

анализа, а с другой — оно частично упоминается в международно-правовом источнике — Вашингтонской конвенции 1965 года.⁹ Ее преамбула прямо указывает на необходимость международного сотрудничества по экономическому развитию в качестве одной из предпосылок создания нового конвенционного механизма разрешения инвестиционных споров. После изучения подготовительных материалов (*travaux préparatoires*) снимаются всякие сомнения в том, что речь идет об экономическом развитии договаривающихся государств.¹⁰ Таким образом, вклад в экономическое развитие обретает свою правовую форму и является составной частью правового регулирования инвестиционных отношений. Данная особенность выгодно отличает этот внешний признак инвестиции от ранее рассмотренных внутренних признаков, которые существуют лишь на доктринальном уровне. Его роль в определении инвестиции неоднозначно оценивается в юридическом сообществе и до сих пор вызывает многочисленные споры между учеными и практикующими юристами.

Прежде всего, вклад в экономическое развитие наделяется свойствами признака инвестиции только посредством телеологического толкования.¹¹ Поскольку толкование международного договора может осуществляться в свете его объекта и целей, ключевые понятия Вашингтонской конвенции 1965 года, включая понятие «инвестиция», могут быть раскрыты с помощью преамбулы, в которой изложены основные причины принятия данной Конвенции. Одной из таких причин является необходимость международного сотрудничества по экономическому развитию договаривающихся государств. Следовательно, инвестиции, подпадающие под конвенционный режим, должны быть связаны с экономическим развитием принимающего государства,¹² а иностранный инвестор должен внести свой вклад в такое развитие.

⁹ Можно также сказать, что элементы рассматриваемого признака (вклада в экономическое развитие) содержатся в преамбуле ДЭХ, а именно в той ее части, в которой речь идет о желании «реализовать основную идею инициативы по Европейской Энергетической Хартии, которая должна стать катализатором экономического роста, с помощью мер по либерализации инвестиций в энергетику и торговли энергией». Очевидно, что в этом предложении речь идет об экономическом росте договаривающихся государств, подразумевающим высокий темп их экономического развития.

¹⁰ Интересные доводы в защиту данного тезиса приводит судья М. Шахабуддин (M. Shahabuddeen) при рассмотрении ходатайства истца об отмене арбитражного решения по делу *MHS v. Malaysia*. По его мнению, предположение о том, что экономическое развитие не подразумевает экономическое развитие государств, принимающих инвестиции, лишено логического обоснования. Об этом свидетельствуют и упоминание Международного Банка Реконструкции и Развития (МБРР) в преамбуле Вашингтонской конвенции 1965 года и указание фразы об «укреплении партнерства между государствами для целей их экономического развития» в Отчете Исполнительных директоров (см.: *Malaysian Historical Salvors Sdn, Bnd v. The Government of Malaysia*, ICSID case № ARB/05/10. Dissenting Opinion of Judge Mohamed Shahabuddeen. February 19, 2009 (*MHS v. Malaysia (Dissenting Opinion)*), par. 18–19).

¹¹ *MHS v. Malaysia (Award of Jurisdiction)*, par. 66.

¹² *CSOB v. The Slovak Republic (Decision on Jurisdiction)*, par. 64, *MHS v. Malaysia (Dissenting Opinion)*, par. 17. Правда, необходимо отметить, что Э. Гайяр не согласен с подобной трактовкой арбитражного решения, вынесенного по делу *CSOB v. The Slovak Republic*. По его мнению, ссылка арбитражного трибунала на вклад в экономическое развитие не преследовала цель установить новый критерий, а представляла собой обоснование традиционного критерия — вложения капитала (см.: Gaillard E. *Identity or Define & Reflections on the Evolution of the Concept of Investment in ICSID Practice // International Investment Law for the 21st Century. Essays in Honour of Christoph Schreuer*. OUP. 2009. Ch. Binder, U Kriebaum, A. Reinisch and S. Wittich (eds.). P. 412).

Правовое закрепление рассматриваемого признака инвестиции в преамбуле Вашингтонской конвенции 1965 года предопределяет его самостоятельное положение в случае применения комплексного подхода (*holistic approach*). Влияние внутренних признаков на квалификацию действий иностранного инвестора в качестве инвестиции зависит от того, в какой степени они проявляются в экономическом развитии принимающего государства, и оценки вклада, сделанного иностранным инвестором в такое развитие.¹³ Вместе с тем, в арбитражной практике встречаются случаи, когда арбитры предпочитают не рассматривать вклад в экономическое развитие в качестве отдельного признака, ограничиваясь общим заявлением о его присутствии во внутренних признаках.¹⁴ Данный подход не только умаляет значение вклада в экономическое развитие, но и игнорирует любые попытки перевести решение спорного вопроса в правовую область, оставляя без внимания единственное упоминание этого признака в тексте международного договора. К схожему результату может привести и отказ рассматривать вклад в экономическое развитие в качестве объективного критерия при установлении инвестиции исключительно на основании МИС или ДИС. Если в них не раскрывается данный признак и более того отсутствует какое-либо упоминание о нем, сторонники интуитивного подхода будут выступать против признания арбитражным трибуналом своей юрисдикции по основанию *ratione materiae*.¹⁵

Пожалуй, наиболее дискуссионным вопросом при определении роли рассматриваемого признака в установлении инвестиции является его императивный характер. Будучи упомянутым в Вашингтонской конвенции 1965 года, вклад в экономическое развитие служит единственным ориентиром для арбитров при оценке действий иностранного инвестора.¹⁶ Более того ценность этого ориентира многократно увеличивается, т. к. с правовой точки зрения он представляет собой объективный регулятор, не подверженный

¹³ В деле *MHS v. Malaysia* единоличный арбитр М. Хванг оценил продолжительность договора на проведение спасательных работ и подъему груза с затонувшего в 1817 году у берегов Малайзии британского судна «Диана» (далее — Договор на проведение спасательных работ), в свете вклада малайзийской компании *Malaysian Historical Salvors* в экономическое развитие Малайзии. Поскольку исполнение договора не способствовало достижению этой цели, его продолжительность не удовлетворяла требованиям, предъявляемым к соответствующему признаку инвестиции (см.: *MHS v. Malaysia* (Award of Jurisdiction), par. 111).

¹⁴ В деле *LESI-Dipenta v. Algeria* арбитражный трибунал не стал рассматривать вклад в экономическое развитие в качестве отдельного признака, посчитав, что он подразумеваемым образом охватывается предыдущими тремя характеристиками — внутренними признаками (вложение капитала, продолжительность деятельности иностранного инвестора, наличие риска) (см.: *LESI-Dipenta v. Algeria* (Award), sec. II, par. 13 (iv)). См. также: *Victor Pey Casado et Fondation 'Presidente Allende' v. Republique du Chili*. ICSID case № ARB/98/2. Sentence arbitrale. May 8, 2008 (*Pey Casado v. Chili* (Award), par. 232).

¹⁵ «...юрисдикция Трибунала регулируется Статьей 1 Международного договора (ДИС между Нидерландами и Чешской Республикой — Авт.), и в этой Статье отсутствует какое-либо положение о включении в понятие «инвестиция» значения, которое означало бы экономический процесс с точки зрения внесения значительного вклада в местную экономику или материальное благополучие какой-либо компании, осуществляющей внутри нее деятельность (см.: *Saluka Investment BV (The Netherlands) v. The Czech Republic*. UNCITRAL case. Partial Award. March 17, 2006 (*Saluka v. The Czech Republic* (Partial Award), par. 211).

¹⁶ По меткому замечанию К. Шройера, вклад в экономическое развитие является «единственным возможным указанием на объективное значение термина «инвестиция».

субъективному влиянию сторон на определение инвестиции.¹⁷ Свобода их волеизъявления ограничивается внешними пределами (*outer limits*), которые не позволяют субъективному правотворчеству выйти за рамки объекта и целей международного договора, в данном случае, Вашингтонской конвенции 1965 года. Признание и соблюдение внешних пределов в большей степени способствуют единообразному применению международно-правовых норм, нежели создание контролирующих органов в структуре постоянно действующих арбитражных институтов, обладающих правом отмены арбитражных решений. К сожалению, комиссия *ad hoc*, создаваемая в рамках МЦУИС для рассмотрения ходатайств об отмене арбитражных решений (далее — комиссия *ad hoc*), занимает противоположную позицию и выступает против применения юрисдикционного подхода.¹⁸ Как ни странно, его противники стремятся к использованию правового инструментария при формировании своих аргументов.¹⁹ Однако при их внимательном изучении становится очевидным, что обращение к праву носит поверхностный, а иногда и притворный характер.

Основным возражением против внешних пределов или императивных требований к инвестиции является принцип автономии воли сторон, проявляющийся при даче согласия на арбитраж. Поскольку при согласовании окончательного текста Вашингтонской конвенции 1965 года не было достигнуто компромисса в отношении закрепления четких признаков инвестиции, к примеру, размера капиталовложений и срока реализации инвестиционного проекта, заполнить образовавшийся пробел предполагалось соглашением сторон.²⁰ С течением времени распространенной формой этого соглашения стало согласие на арбитраж, содержащееся в международных инвестиционных соглашениях и по своей юридической природе обладающее свойствами международно-правовой нормы, нежели частноправового соглашения, как изначально предполагалось.

С одной стороны, противники юрисдикционного подхода не отрицают недопустимость отождествления инвестиции с обычной коммерческой сделкой, например, куплей-продажей,²¹ а с другой — выступают против введения четких критериев, обязательных для арбитров при вынесении ими решений о наличии или отсутствии своей юрисдикции. Подобная позиция носит половинчатый характер и не может претендовать на высокий уровень правового регулирования, как раз требующего применения четких критериев. Кроме того, она еще отличается малой убедительной силой, т. к. доказывает правильность утверждения исходя из того, что в правовом источнике не предусмотрено его отрицание. В какой-то мере это напоминает применение

¹⁷ В своем Особом мнении судья М. Шахабуддин во главу угла ставит разделение на субъективную и объективную точки зрения. Первая предусматривает простую зависимость юрисдикции МЦУИС от воли сторон. Вторая обуславливает эту зависимость еще и соблюдением целей, носящих императивный характер в рамках МЦУИС при оценке вклада в экономическое развитие (см.: *MHS v. Malaysia (Dissenting Opinion)*, par. 62).

¹⁸ *Malaysian Historical Salvors Sdn, Bnd v. The Government of Malaysia. ICSID case № ARB/05/10, Decision on the Application for Annulment. April 16, 2009 (MHS v. Malaysia (Decision on Annulment)*, par. 80 (b)).

¹⁹ *Ibid.*, par. 31, 34.

²⁰ *Ibid.*, par. 71.

²¹ Schreuer C. *The ICSID Convention: A Commentary*. Oxford, 2001. P. 125; *MHS v. Malaysia (Decision on Annulment)*, par. 69.

принципа *effet utile*, относящего любые сомнения в пользу действительности арбитражного соглашения о передаче коммерческих споров на рассмотрение международного коммерческого арбитража. В отношении инвестиционных споров считается, что договаривающиеся государства не стали бы в своем ДИС предоставлять возможность иностранному инвестору обратиться за защитой своих интересов в МЦУИС, если бы допускали ограниченное толкование понятия «инвестиция».²² Подобные рассуждения несут на себе отпечаток недоверия к главному средству защиты, имеющемуся у любого лица, — судебной защите, и к судебной системе принимающего государства.

Как было сказано ранее, арбитражная практика содержит многочисленные высказывания арбитров и ученых, подчеркивающие важность вклада в экономическое развитие для определения инвестиции. Различные оговорки, указывающие на недостаточный и спорный характер данного признака, не умаляют его существенности. Несмотря на это оценка вклада в экономическое развитие как обязательное юрисдикционное условие или «конститутивный элемент» не нашла поддержки в арбитражной практике²³ и в итоге не была признано комиссией *ad hoc*.²⁴ Основным доводом против юрисдикционного подхода, по-видимому, стала трактовка преамбулы Вашингтонской конвенции 1965 года, делающей акцент на «желаемом и естественном последствии инвестиции».²⁵ Тем самым вклад в экономическое развитие перестает рассматриваться как цель инвестиции, а просто помещается в последовательный ряд событий, наступающих в результате инвестиционной деятельности иностранного инвестора.²⁶ Признак превращается в фактор, оказывающий влияние на отношения заинтересованных сторон, и утрачивает свой телеологический характер, что приводит к невозможности осуществления телеологического толкования Вашингтонской конвенции 1965 года. Подобная манипуляция с терминами, используемыми в международном договоре, может, конечно, составлять альтернативную точку зрения для обоснования широкого толкования понятия «инвестиция», однако она снимает всякие запреты на произвольное применение международно-правовых норм, поскольку игнорирует даже отрывочные указания на их существование при минимальном правовом регулировании спорного вопроса.²⁷

Юрисдикционный характер первого внешнего признака не является единственной проблемой при его применении. Не менее важной проблемой выступает определение размера вклада в экономическое развитие и степени его

²² MHS v. Malaysia (Decision on Annulment), par. 62.

²³ Pey Casado v. Chili (Award).

²⁴ MHS v. Malaysia (Decision on Annulment), par. 80 (b).

²⁵ Pey Casado v. Chili (Award), par. 232; Saba Fakes v. Turkey (Award), par. 111.

²⁶ «Действительно, «инвестиция может быть полезной или нет для государства, принимающего инвестиции, без утраты своей сущности», но последующие случайные события не имеют ничего общего с вопросом о том, создавалась ли инвестиция, в самом начале, с целью экономического развития государства, принимающего инвестиции; этот вопрос должен быть решен в момент создания инвестиции» (см.: MHS v. Malaysia (Dissenting Opinion), par. 28).

²⁷ Как отмечал в своем Особом мнении судья М. Шахабуддин, «довод противоположного характера (довод против существования внешних пределов, в частности требования о вкладе в экономическое развитие, — Авт.) подчеркивает, что такое требование, прямо не предусмотрено в соответствующем тексте, но много вещей, которые явно не заявлены, являются, тем не менее, правом, если они могут быть извлечены из контекста. А контекст об этом говорит» (см.: MHS v. Malaysia (Dissenting Opinion), par. 14).

влияния на экономику принимающего государства. Не вызывает сомнений, что такое влияние должно привести к положительным результатам, но их масштаб по-разному оценивается учеными и практикующими юристами. Указание на значительность вклада в экономическое развитие содержится во многих арбитражных решениях.²⁸ Однако при рассмотрении пограничных ситуаций, особенно когда арбитры склоняются к принятию решения об отсутствии юрисдикции по основанию *ratione materiae*, с одной стороны, остро чувствуется необходимость в разработке четких критериев, а с другой — всегда существует опасность отмены арбитражного решения, основанного на таких критериях, в свете общей тенденции придерживаться широкого толкования понятия «инвестиция».²⁹ Все же лежащая на арбитражах обязанность приводить мотивы своих решений и простая профессиональная добросовестность не позволяют оставлять без внимания очевидные вопросы, требующие разрешения. В эту категорию можно зачислить вопрос о размере вклада в экономическое развитие, поскольку очевидно, что любая коммерческая сделка, не имеющая признаков инвестиции, способствует увеличению деловой активности, что положительно влияет на экономику принимающего государства. Таким образом, даже коммерческая деятельность иностранного инвестора вносит свой «минимальный» вклад в экономическое развитие, но она не должна квалифицироваться как инвестиция.³⁰

Другим немаловажным вопросом является форма воздействия на экономику принимающего государства. Допустима ли только прямая форма или возможна и косвенная форма, когда вклад в развитие туристической, музейной или другой культурной деятельности в свою очередь влияет на экономическое развитие?³¹

²⁸ В первых делах ИКСИД у арбитражных трибуналов не возникало трудности с оценкой инвестиционной деятельности иностранного инвестора как значительного вклада в экономическое развитие. В деле *Fedax v. Venezuela* на «значительную связь между сделкой и развитием принимающего государства» указывало принятие специального законодательного акта, в соответствии с которыми были выпущены векселя (*Fedax v. Venezuela* (Decision on Objections to Jurisdiction), par. 43). В деле *Salini v. Morocco* наличие первого внешнего признака не вызвало сомнений у арбитражного трибунала из-за публичной заинтересованности в строительстве автомагистрали (*Salini v. Morocco* (Decision on Jurisdiction), par. 57). В последующих делах: деле *Bayindir v. Pakistan*, связанном также со строительством автомагистрали (*Bayindir v. Pakistan* (Decision on Jurisdiction), par. 137) и деле *Jan de Nul v. Egypt*, в котором деятельность иностранного инвестора заключалась в проведении работ по углублению морского дна в Суэцком канале (*Jan de Nul v. Egypt* (Decision on Jurisdiction), par. 92), — ответчики даже не оспаривали вклад в экономическое развитие. Наконец, в деле *PSEG v. Turkey* строительство электростанции в силу самого масштаба инвестиционного проекта подразумевало внесение значительного вклада в энергетический сектор турецкой экономики (*PSEG Global Inc. and Konya Igin Elektrik Uretim ve Ticaret Limited Sirketi v. Republic of Turkey*. ICSID case № ARB/02/5. Award. January 17, 2007 (PSEG v. Turkey) (Award), par. 83).

²⁹ Комиссия *ad hoc* указала в качестве одного из оснований для отмены арбитражного решения по делу *MHS v. Malaysia* применение ограниченного толкования понятия «инвестиция» со ссылкой на ст. 25 (1) Вашингтонской конвенции 1965 года вместо широкого толкования аналогичных терминов в ДИСе, заключенным между Малайзией и Соединенным Королевством (см.: *MHS v. Malaysia* (Decision on Annulment), par. 80 (a)).

³⁰ В деле *MHS v. Malaysia* единоличный арбитр М. Хванг признал, что исполнение Договора на проведение спасательных работ хотя и принесло пользу Малайзии, но оно не может считаться достаточным вкладом в экономическое развитие для целей квалификации его в качестве инвестиции согласно ст. 25 (1) Вашингтонской конвенции 1965 года (см.: *MHS v. Malaysia* (Award of Jurisdiction), par. 143).

³¹ В этой связи интересен ход рассуждения М. Хванг в деле *MHS v. Malaysia*: «Выгода, извлекаемая из Договора (Договора на проведение спасательных работ — Авт.) не отличалась от

Безусловно, не существует готовых ответов на поставленные вопросы, которые надлежит разрешать в зависимости от конкретных обстоятельств дела. К примеру, туристический бизнес или музейное дело в странах, ориентированных на привлечение туристов, может составлять существенную долю ВВП.³² Однако применение общего критерия — значительность вклада в экономическое развитие, не должно вызывать сомнений.³³

Что же касается содержания этого признака, то нельзя сбрасывать со счетов законодательство принимающего государства. В нем могут быть предусмотрены специальные критерии, которые указывают на особое отношение государства к определенным видам инвестиционной деятельности. Одним из таких критериев является стратегическое значение деятельности иностранного инвестора для обеспечения обороны и безопасности государства.³⁴ Поскольку последняя категория носит не только военный, но и экономический характер, сфера действия рассматриваемого критерия может распространяться на такие отрасли производства, как гидрометеорология, геофизика, ядерная энергетика, авиационная промышленность, теле-радиовещание, издательская деятельность, геология и добыча полезных ископаемых и многие другие.³⁵ Для установления стратегического значения деятельности,

выгоды, извлекаемой из исполнения любого обычного договора на оказание услуг. Извлечение выгоды не носило продолжительный характер, который предполагается в публичной инфраструктуре или банковских проектах. Доводы о том, что договоры о проведении исторических морских спасательных работ могут привести к расцвету туристического бизнеса носят спекулятивный характер. Напротив, проекты в публичной инфраструктуре или банковском деле, такие как CSOB, Jan de Nul и Bayindir, могут способствовать положительному экономическому развитию принимающего государства (см.: *MHS v. Malaysia (Award of Jurisdiction)*, par. 144).

³² Так, по мнению Ю. Андреевой, результат спасательных работ, выполненных компанией MHS, не был надлежащим образом оценен М. Хвангом. Выручка от продажи найденных изделий из китайского фарфора являлась значительным вкладом в бюджет Малайзии и самой большой за всю историю спасательных операций. Именно эти критерии должны были быть положены в оценку вклада компании MHS в экономическое развитие Малайзии (см.: *Andreeva Y. Salvaging or Sinking the Investment? MHS v. Malaysia Revisited. The Law and Practice of International Courts and Tribunals 7 (2008). P. 174.*)

³³ Как отметил арбитражный трибунал в деле *Helnan v. Egypt*, вклад в экономическое развитие Египта носит очевидный характер вследствие важности туристической индустрии для экономики Египта (см.: *Helnan International Hotels A/S v. The Arab Republic of Egypt. ICSID case № ARB/05/19. Decision of the tribunal on Objection to Jurisdiction. October 17, 2006 (Helnan v. Egypt (Decision on Jurisdiction), par. 77).*)

³⁴ Данный критерий закреплен в названии одного из основных нормативных актов, регулирующих осуществление инвестиций в России, — Федерального закона Российской Федерации «О порядке осуществления иностранных инвестиций в хозяйственные общества, имеющие стратегическое значение для обеспечения обороны страны и безопасности государства от 29.04.2008 № 57—ФЗ (далее — ФЗ № 57).

³⁵ В соответствии со ст. 6 ФЗ № 57 к видам деятельности, имеющим стратегическое значение для обеспечения обороны страны и безопасности государства, относятся следующие виды деятельности, в том числе: выполнение работ по активному воздействию на гидрометеорологические процессы и явления, выполнение работ по активному воздействию на геофизические процессы и явления, размещение, сооружение, эксплуатация и вывод из эксплуатации ядерных установок, разработка авиационной техники, осуществление телевизионного вещания на территории, в пределах которой проживает население, составляющее половину или более половины численности населения субъекта Российской Федерации, осуществление радиовещания на территории, в пределах которой проживает население, составляющее половину или более половины численности населения субъекта Российской Федерации, геологическое изучение недр и (или) разведка и добыча полезных ископаемых на участках недр федерального значения, осуществление хозяйствующим субъектом деятельности редакции, и (или) издателя, и (или) учредителя периодического печатного издания при условии достижения определенных показателей в отношении совокупного тиража выпускаемой продукции.

осуществляемой в перечисленных отраслях, используются вспомогательные критерии, включающие географический масштаб деятельности, объем выпускаемой продукции, запасов полезных ископаемых, включение иностранного инвестора в реестр субъектов естественных монополий или субъектов, занимающих доминирующее положение на рынке. Все эти критерии могут быть использованы для измерения значимости вклада в экономическое развитие.³⁶ Их безусловное преимущество перед экономическими категориями заключается в том, что в отличие от последних они не носят абстрактный характер, а прямо закреплены в нормативном акте и судебной практике, помогающей разрешить спорные вопросы толкования и применения выше-названных критериев.

Вклад в экономическое развитие не является единственным требованием, предъявляемым к иностранному инвестору со стороны принимающего государства. Для него представляет огромную важность правомерность инвестиции, которая определяется в соответствии с законодательством этого государства. Действия иностранного инвестора должны не только принести пользу экономике принимающего государства, но и не нарушить его право-порядок.

В Вашингтонской конвенции 1965 года не упоминается о правомерности инвестиции,³⁷ в связи с чем некоторые ученые и практикующие юристы не рассматривают данное требование в качестве самостоятельного признака инвестиции.³⁸ В их понимании действия иностранного инвестора могут носить недобросовестный и явно незаконный характер. Вместе с тем такая оценка не должна влиять на их правовую квалификацию. Они продолжают оставаться инвестицией, но утрачивают право на защиту, предоставленную

³⁶ В деле Энергоальянс против Республики Молдова арбитражный трибунал подчеркнул, что «трансграничная поставка электрической энергии на территорию нуждающихся в такой энергии государств (как и в рассматриваемом случае) является необходимым и стратегическим условием для любой производственной и иной экономической деятельности». Исходя из этого передача энергоресурсов было признано арбитрами «значимым ресурсом для поддержания и развития экономики» ответчика (см.: ООО «Энергоальянс против Республики Молдова. Дело ЮНСИТРАЛ (арбитраж ad hoc). Арбитражное решение. 23.10.2013 (Энергоальянс против Республики Молдова (Арбитражное решение) § 248, 249).

³⁷ «Подобным образом принципы добросовестности и законности не могут быть инкорпорированы в Статью 25 (1) Конвенции (Вашингтонской конвенции 1965 года — Авт.) без применения насилия над текстом Конвенции ИКСИД: инвестиция может быть законной или незаконной, осуществлена добросовестно или нет, она тем не менее остается инвестицией. Выражения «законная инвестиция» или «инвестиция, осуществленная добросовестно» не являются плеоназмами, а выражения «незаконная инвестиция» или «инвестиция, осуществленная недобросовестно» — оксюморонами» (см.: *Saba Fakes v. Turkey (Award)*, par. 112).

³⁸ *Quiborax v. Bolivia (Award)*, par. 226. В деле *Saba Fakes v. Turkey* ответчик указывал арбитражному трибуналу на крупнейшее банковское мошенничество в истории Турции, связанное с деятельностью компании Telsim, крупным оператором сотовой связи, и замаскированное под вид инвестиций. Арбитражный трибунал исследовал договоренности, существовавшие между истцом, г-ном Фэйком (Mr. Fakes) и бывшим владельцем акций компании Telsim, против которого в Турции было начато уголовное преследование, и пришел к выводу о том, что истец не приобрел право собственности на акции компании Telsim несмотря на законность сделки по передаче ему временных сертификатов на акции. Этот вывод был на основании допросе свидетелей и других материалах дела, которые подтвердили отсутствие у истца свободного доступа к акциям и права распоряжаться ими без получения предварительного согласия советника бывшего владельца акций. Необходимо отметить, что все факты, по мнению арбитражного трибунала, свидетельствовали не о незаконности инвестиции, а о ее отсутствии, а именно несоответствии трем признакам инвестиции: капиталовложению, продолжительности, наличию риска (см.: *Saba Fakes v. Turkey (Award)*, par. 135, 141, 147, 148).

им международным инвестиционным соглашением.³⁹ Таким образом, правомерность как свойство инвестиции не является составной частью ее понятия, а связано с правовой оценкой ее действительности.⁴⁰ Эту оценку дает режим правового регулирования, который подразумевает существование «инвестиций» и «защищенных инвестиций».⁴¹

Правовое закрепление правомерности инвестиции как особого требования, предъявляемого к деятельности иностранного инвестора, обычно происходит в ДИС. В одно из его положений, раскрывающее содержание инвестиции, добавляется оговорка об обязанности иностранного инвестора соблюдать законодательство принимающего государства. Это положение выступает в качестве специальной нормы по отношению к ст. 25 (1) Вашингтонской конвенции 1965 года,⁴² поскольку конкретизирует намерение двух договаривающихся государств передавать на рассмотрение инвестиционного арбитража споры, соответствующие их уточненным требованиям. Правомерность инвестиции играет роль своеобразного препятствия, не позволяющего иностранному инвестору претендовать на средства правовой защиты ДИС, если он нарушил законодательство принимающего государства.⁴³

В то же время в арбитражной практике преобладает другая точка зрения, указывающая на необходимость квалифицировать ДИС как постоянно действующую оферту принимающего государства, которую может акцептовать иностранный инвестор путем обращения в инвестиционный арбитраж. Следуя этой квалификации, арбитры направляют фокус своего исследования не на понятие «инвестиция» и его признаки, а на установление намерения договаривающихся государств закрепить требование о правомерности инвестиции в своем согласии на арбитраж.⁴⁴ Соответствующее положение ДИС анализируется не в качестве самодостаточной правовой нормы, а как результат творчества сторон, по аналогии с частноправовой сделкой, когда стороны реализуют принцип свободы договора. Тем самым правомерность инвестиции выводится за рамки *ratione materiae*, т. е. за рамки признаков инвестиции, и помещается в группу вопросов, регулирующих автономию воли сторон, — *ratione voluntatis*.⁴⁵

В арбитражной практике можно встретить и другой подход, приводящий к аналогичному результату. Речь идет об общеизвестном разделении арбитражного разбирательства на два этапа: разрешение арбитражным трибуналом вопросов, касающихся юрисдикции, и вопросов по существу спора. Последняя группа вопросов разрешается арбитрами только в случае признания ими своей

³⁹ «Незаконная или недобросовестная инвестиция продолжает оставаться инвестицией. Она может не являться защищенной инвестицией, т. е. не заслужить защиту в смысле предоставления доступа к арбитражу на основании международного договора или материально-правовых гарантий, предусмотренных международным договором, но это уже другой вопрос» (см.: *Quiborax v. Bolivia (Award)*, par. 226).

⁴⁰ *Salini v. Morocco (Decision on Jurisdiction)*, par. 46.

⁴¹ *Phoenix v. Czech Republic (Award)*, par. 100.

⁴² *Fraport v. Philippines (Award)*, par. 305.

⁴³ *Ibid.*, par. 306.

⁴⁴ *Ibid.*, par. 114, 115.

⁴⁵ «Тем не менее, компетенция Арбитражного Трибунала оспаривается по основаниям существования согласия Сальвадора на передачу настоящего спора под юрисдикцию Центра (МЦУИС — Авт.). Иными словами, спор между сторонами касается так называемого *ratione voluntatis*» (см.: *Inseya v. Salvador (Award)*, par. 144).

юрисдикции по спору. Если правомерность инвестиции может быть установлена только в рамках рассмотрения спора по существу, арбитражному трибуналу не следует ставить под сомнения свою юрисдикцию даже при подаче соответствующего возражения со стороны ответчика.⁴⁶ Руководствуясь принципом компетенции компетенции, арбитражный трибунал выносит решение о наличии своей юрисдикции и рассматривает вопрос о неправомерном характере инвестиции в свете материально-правовых гарантий, предусмотренных ДИС. Тем самым арбитры преодолевают запрет, продиктованный самой логикой разграничения между вопросами юрисдикции и существа спора,⁴⁷ и оставляют за собой право вынести решение об отсутствии юрисдикции, тщательно рассмотрев все фактические обстоятельства,⁴⁸ или в целях удобства забыть о вышеназванном разграничении.⁴⁹

В принципе, такой подход оправдан, если правомерность инвестиции не является ее признаком и не может быть отделима от вопросов, разрешаемых арбитрами по существу спора. Им суждено решать очень трудную задачу, если ответчик оспаривает правомерность инвестиции как вопрос юрисдикции. С одной стороны, они должны дать оценку действиям иностранного инвестора с точки зрения соблюдения последним законодательства принимающего государства, а с другой — рискуют быть обвиненными в предрасположенности при формулировании выводов по существу спора. Продолжение арбитражного разбирательства теряет всякий смысл, если решение арбитражного трибунала о наличии своей юрисдикции предопределяет правомерность инвестиции. Поэтому включение данного требования в состав понятия «инвестиции» перестает быть просто теоретическим вопросом и имеет практическое значение при оценке фактических обстоятельств и установлении предмета доказывания. Дополнительным доводом в пользу такого включения является неразрывная связь правомерности инвестиции с ее другим признаком — вкладом

⁴⁶ В деле *Inseysa v. Salvador* истец предложил следующий ход рассуждений, демонстрирующий логическую ошибку при рассмотрении правомерности инвестиции как вопроса юрисдикции: арбитражный трибунал вынужден решать вопрос, относящийся к существу спора, который находится вне его компетенции, или арбитражный трибунал выносит решение об отсутствии у него юрисдикции на основании, относящемся к существу спора, которое он не рассматривал, поскольку не имеет компетенции. По мнению истца, «оба случая являющиеся не только парадоксальными, но и незаконными» (см.: *Inseysa v. Salvador* (Award), par. 75, 146).

⁴⁷ В деле *Hamester v. Ghana* арбитражный трибунал сослался на бремя доказывания как на критерий разграничения между вопросами юрисдикции и вопросами существа спора. По мнению арбитров, факты, положенные в основу юрисдикции, должны быть доказаны при рассмотрении арбитражным трибуналом этого вопроса. В то же время доказывание фактов, связанных с нарушением ДИС, могут быть отложены до рассмотрения спора по существу (см.: *Hamester v. Ghana* (Award), par. 143).

⁴⁸ В деле *Inseysa v. Salvador* арбитражный трибунал заявил о своем праве анализировать все фактические и правовые вопросы, имеющие отношение к его обязательству выносить решение о своей компетенции, и, рассмотрев все доказательства и доводы сторон, признал отсутствие у МЦУИС юрисдикции (см.: *Inseysa v. Salvador* (Award), par. 149, 339).

⁴⁹ В деле *Hamester v. Ghana* арбитражный трибунал сначала квалифицировал вопрос о «причастности» (attribution) принимающего государства к нарушению ДИС как вопрос юрисдикции, но по причине его тесной связи с вопросом о правомерности инвестиции и более эффективного разрешения дела рассмотрел его как вопрос существа спора (см.: *Hamester v. Ghana* (Award), par. 143–145). В деле *Phoenix v. Czech Republic* арбитражный трибунал допустил возможность рассматривать факт нарушения права принимающего государства на юрисдикционной стадии, если такое нарушение носит явный характер, или при разрешении спора по существу, если соответствующее заявление было сделано только на этой стадии, или арбитражный трибунал решил, что так будет удобно для проведения эффективного правового анализа (см.: *Phoenix v. Czech Republic* (Award), par. 102).

в экономическое развитие,⁵⁰ и определением статуса иностранного инвестора. Последний случай представляет особую важность, поскольку предусматривает применение национального права принимающего государства в отношении теории контроля,⁵¹ что способствует обращению арбитров к правовой норме и, соответственно, уменьшению дискреционного начала при принятии ими решений о наличии своей юрисдикции.

Закрепив за правомерностью инвестиции право на включение в состав понятия «инвестиция», следует присвоить ей шестое место в общем порядке и второе среди внешних признаков. По своей природе этот признак выполняет ограничительную функцию, которая в отличие от других признаков проявляется в наиболее радикальной форме. Требование, предъявляемое принимающим государством по соблюдению его законодательства, устанавливает рамки допустимой инвестиционной деятельности. Поскольку законодательство любого государства в современном мире содержит множество нормативных и ненормативных актов, включая распоряжения, постановления, указы, приказы, инструкции и т. п., сужение понятия «инвестиция» может достигнуть значительных масштабов. В этой связи необходимо упомянуть о двух подходах, применяемых в арбитражной практике. Первый направлен на сужение самого рассматриваемого признака и подразумевает под правомерностью инвестиции только случаи, требующие одобрения принимающего государства специальных инвестиционных проектов.⁵² Очевидно, к первому подходу обращаются иностранные инвесторы при опровержении возражений, заявленных принимающим государством против юрисдикции арбитражного трибунала. Второй подход преследует противоположные цели и, соответственно, основан на включении в требование о соблюдении законодательства принимающего государства как можно больше его нормативных и ненормативных актов.⁵³ Интересно отметить, что сторонники этого под-

⁵⁰ «Представляется спорным утверждение о том, что даже инвестиция, которая осуществлена не в соответствии с правом принимающего государства, может иметь для него экономическую ценность. Однако это не является единственной целью этого раздела международного права. Уважение к целостности права принимающего государства представляет собой важную часть развития и заботы международного права» (см.: *Fraport v. Philippines (Award)*, par. 402).

⁵¹ В деле *Fraport v. Philippines* арбитражный трибунал признал отсутствие своей юрисдикции по причине нарушения истцом важных положений филиппинского права, а именно закона «О противодействии фиктивной деятельности» (*Anti-Dummy Law*). Его положения запрещали иностранным лицам осуществлять контроль над национальными корпорациями, в частности филиппинской компанией *PIATCO*. Истцом, компанией *Fraport*, было организовано заключение секретных акционерных соглашений, предоставляющих истцу единственную возможность контролировать и управлять инвестиционным проектом. Арбитражный трибунал расценил такое поведение иностранного инвестора как намеренный обход вышеуказанного закона, что является основанием для отказа в признании юрисдикции (см.: *Fraport v. Philippines (Award)*, par. 401–404).

⁵² В деле *Inseysa v. Salvador* истец утверждал, что оговорка «в соответствии с правом» означает одобрение инвестиции (см.: *Inseysa v. Salvador (Award)*, par. 78). В деле *Fraport v. Philippines* арбитражный трибунал признал неразумным и даже сомнительным (*unreasonable and even doubtful*) применение подобной оговорки только в отношении инвестиционных договоров, напрямую заключаемых иностранным инвестором с правительством принимающего государства (см.: *Fraport v. Philippines (Award)*, par. 343).

⁵³ «Ответчик сделал заявление общего характера о том, что, если инвестиция осуществлена с нарушением любого закона принимающего государства любым способом, такое нарушение «заражает» (*taint*) инвестицию и лишает ее защиты, предоставленной ДИС или Конвенцией ИКСИД. В соответствии с таким утверждением, нарушение любого закона или предписания инициирует применение положения о законности, лишая инвестицию защиты, предложенной ДИС» (см.: *Saba Fakes v. Turkey (Award)*, par. 117).

хода применяют расширительное толкование терминов, предусмотренных в положениях ДИС, т. е. способ, которым руководствуются их оппоненты при обосновании расширительного толкования понятия «инвестиция».⁵⁴

В принципе, оба подхода имеют свои преимущества и недостатки. Если первый неоправданно сужает правомерность инвестиции до соблюдения иностранным инвестором административных процедур, применяемых к единичным инвестиционным проектам, то второй придает положению иностранного инвестора неопределенность и уязвимость со стороны государственных контролирующих органов. Любое, даже незначительное нарушение законодательства принимающего государства может поставить под угрозу обращение иностранного инвестора к средствам защиты, предусмотренным в ДИС, начиная с обращения в инвестиционный арбитраж.⁵⁵

Главным источником для арбитров, прежде всего, выступает положение ДИС, содержащее оговорку о соблюдении законодательства принимающего государства. Если оно придает важное значение правомерности инвестиции как самостоятельному признаку, то ничто не мешает договаривающимся государствам прийти к компромиссу при заключении ДИС и четко обозначить сферу действия рассматриваемого признака. К примеру, общее волеизъявление договаривающихся государств может быть ограничено только законодательством принимающего государства, действующим на момент осуществления инвестиции как индикатор ее правомерности. Все остальные нормативные и ненормативные акты, вступившие в силу после осуществления инвестиции, подлежат исключению из правового анализа арбитров и рассматриваются в рамках предоставления иностранному инвестору материально-правовых гарантий, предусмотренных соответствующим ДИС.⁵⁶

Правомерность инвестиции не подразумевает возложение обязанностей исключительно на иностранного инвестора. Принимающее государство также должно совершать все необходимые действия по защите своих интересов и не создавать у иностранного инвестора впечатление о нейтральном отношении государственных контролирующих органов к нарушениям местного законодательства. Если принимающее государство не предпринимает никаких действий по устранению таких нарушений, иностранный инвестор может расценивать это бездействие как молчаливое согласие со сложившимся положением дел, неформальное принятие (*informal acceptance*) инвестиции.⁵⁷

⁵⁴ В деле *Quiborax v. Bolivia* ответчик считал, что широкое толкование правомерности инвестиции последовательно вытекает из широкого толкования понятия «инвестиция». Арбитражный трибунал отказался применять как широкое, так и узкое толкование рассматриваемого признака в пользу сбалансированного толкования (см.: *Quiborax v. Bolivia (Award)*, par. 240, 263).

⁵⁵ В деле *Saba Fakes v. Turkey* арбитражный трибунал отметил, что такая интерпретация расхожится с задачами и целями правового режима защиты инвестиций, поскольку допускает лишение иностранного инвестора международных средств защиты даже в случаях, когда нарушение национального права не имеет отношения правовому регулированию инвестиций (см.: *Saba Fakes v. Turkey (Award)*, par. 119).

⁵⁶ В деле *Hamester v. Ghana* арбитражный трибунал использовал начальную дату вложения инвестиций в качестве критерия для разграничения вопросов юрисдикции и существования спора. По мнению арбитражного трибунала, правомерность инвестиции на момент ее осуществления является вопросом юрисдикции, а ее правомерность в течение всего периода реализации инвестиционного проекта касается разрешения спора по существу (см.: *Hamester v. Ghana (Award)*, par. 127).

⁵⁷ В деле *Fraport v. Philippines* арбитражный трибунал согласился с истцом в том, что действия правительства принимающего государства могут быть квалифицированы как неформальное принятие инвестиции (см.: *Fraport v. Philippines (Award)*, par. 387).

Сторонники частнопредварительной квалификации согласия на арбитраж могут обнаружить здесь аналогию с гражданско-правовым институтом — одобрением сделки, совершенной неуполномоченным лицом.

Юридический арсенал иностранного инвестора не исчерпывается материально-правовыми средствами защиты при обосновании исключений из правила о правомерности инвестиции. В распоряжении иностранного инвестора имеется также возможность обратиться к применению процессуального института *estoppel*, т. е. заявить о том, что принимающее государство утратило право на возражения, основанные на неправомерном характере инвестиции.⁵⁸

Данная тактика истца по защите своих интересов не может претендовать на неуязвимость. Принимающее государство вправе использовать всю мощь своей судебной системы и других правоохранительных органов, чтобы оперативно реагировать на любые нарушения национального законодательства, совершенные иностранным инвестором. В зависимости от того, насколько эта возможность была реализована принимающим государством, можно смоделировать три ситуации. Первая охватывает случаи, когда вопрос о правомерности инвестиции впервые поднимается в арбитражном разбирательстве. Руководствуясь принципом компетентности компетентности, арбитры дают самостоятельную оценку доказательствам, приводимым спорящими сторонами.⁵⁹ Вторая ситуация связана с неудачной попыткой заинтересованных сторон оспорить правомерность инвестиции в судах принимающего государства или их обращением в правоохранительные органы с этой же целью. Такой сценарий наиболее благоприятен для иностранного инвестора, который обычно ссылается на принцип преюдициальности (*res judicata*) при опровержении доказательств ответчика о неправомерности инвестиции.⁶⁰ Небрежность национальных правоохранительных органов при осуществлении уголовного преследования или защите интересов принимающего государства в суде может привести к отклонению возражений, заявленных ответчиком против

⁵⁸ «Принципы справедливости требуют от трибунала лишить правительство права на возражения, связанные с нарушением своего права, в качестве средства юрисдикционной защиты, когда оно, будучи поставленным в известность о нарушении, не обращает на них внимание и поддерживает инвестицию, осуществленную не в соответствии со своим правом» (см.: *Fraport v. Philippines (Award)*, par. 346). Также см.: *Quiborax v. Bolivia (Award)*, par. 257, 258.

⁵⁹ В арбитражной практике распространена и более радикальная точка зрения, основанная на принципе компетентности компетентности: «...любые резолюции или решения, принятые Договаривающимися государствами, сторонами Соглашения (ДИС, заключенного между Сальвадором и Испанией — Авт.), в отношении законности или незаконности инвестиции, не являются действительными или важными для установления их соответствия требованиям Статьи 25 Конвенции (Вашингтонской конвенции 1965 года — Авт.) и вынесения Арбитражным трибуналом решения о своей компетенции рассматривать переданный на его разрешение спор. Действительно, то, что должен делать настоящий Арбитражный Трибунал, заключается в определении законности инвестиции исключительно для целей вынесения решения о своей компетенции. Это решение не может быть поставлено в зависимость от Судов принимающего Государства, потому что это дало бы Государству возможность повторно определить сферу действия и содержание своего согласия на юрисдикцию Центра (МЦУИС — Авт.) в одностороннем порядке и по своему полному усмотрению» (см.: *Inseysa v. Salvador (Award)*, par. 210, 211). Также см.: *Fraport v. Philippines (Award)*, par. 391.

⁶⁰ В деле *Inseysa v. Salvador* истец полагался на два решения Верховного Суда Сальвадора для обоснования законности проведения тендера. По его мнению, эти решения имели преюдициальную силу для арбитражного трибунала. Арбитры отклонили эти доводы, указав, в том числе на отсутствие двух условий для применения *res judicata*: идентичности сторон и идентичности исковых требований (см.: *Inseysa v. Salvador (Award)*, par. 63, 67, 90, 214).

юрисдикции арбитражного трибунала. Третья ситуация предусматривает случаи, когда неправомерность инвестиции подтверждена в судах принимающего государства.⁶¹ Если арбитры не исключают национальное право из числа правовых источников, подлежащих применению при рассмотрении международных инвестиционных споров, они не могут игнорировать решения национальных судов, в которых вопрос о правомерности инвестиции уже получил юридическую оценку. В особенности, острая необходимость в их наличии ощущается, когда арбитры сталкиваются с наиболее вопиющими нарушениями законодательства принимающего государства: мошенничеством, подделкой документов, предоставлением ложной информацией. Правомерность инвестиции выходит за пределы отдельного признака и становится частью международного публичного порядка, включающего в себя такие известные латинские максимы, как «из обмана не возникает право на иск» (*ex dolo malo non oritur actio*), «не следует быть снисходительным к коварству» (*malitis nos est indulgendum*), «обман не освобождает от ответственности» (*dolos suus neminem relevat*), «в качестве общего правила обман должен быть всегда наказуем» (*in universum autum haec in ea re regula sequenda est, ut dolos omnimodo puniatur*), «каждое лицо должно быть наказано за обман» (*unusquique doli sui poenam sufferat*), «никто не может извлечь прибыли из обмана» (*nemini dolos suos prodesse debet*).⁶² Эти максимы не только требуют от сторон добросовестного поведения, но и затрагивают основные устои общественного устройства. Поэтому их нарушения должны подвергаться негативной оценке независимо от того, содержится или нет оговорка о соблюдении законодательства принимающего государства в ДИС.

Повышенное внимание общества к рассмотренным выше вопиющим нарушениям правовых норм в то же время должно означать и повышенные требования к бремени доказывания, лежащему на заинтересованной стороне. Отсутствие вступившего в силу судебного решения, подтверждающего факт вопиющего нарушения законодательства принимающего государства, серьезно ослабляет его позицию в арбитражном разбирательстве, т. к. сложно объяснить бездействие национальных правоохранительных органов в такой чувствительной для них сфере общественных отношений. В то же время факты, свидетельствующие о проведении государственными органами всех необходимых действий по устранению нарушения, включая меры уголовного преследования, обладают более убедительной силой, чем иные доказательства, представленные спорящими сторонами.⁶³

Все вышеизложенные доводы приведены в поддержку тезиса о необходимости рассматривать правомерность инвестиции в качестве самостоятельного

⁶¹ В деле *Fraport v. Philippines* уже не истец, а ответчик ссылался на судебное решение — решение Верховного Суда Филиппин, опровергающее позицию истца о правомерности инвестиции. Поэтому арбитражный трибунал сделал специальную оговорку о том, что выводы, сделанные арбитрами по делу *Inseysa v. Salvador*, неприменимы к рассматриваемому спору (см.: *Fraport v. Philippines (Award)*, par. 391).

⁶² *Inseysa v. Salvador (Award)*, par. 240.

⁶³ «Даже предполагая, что тест «перевес доказательств» (*preponderance of evidence*), который применяется в гражданском праве, должен уступить тесту «обоснованное сомнение» (*beyond a reasonable doubt*) в этом деле, так как предметом расследования «о соответствии» являлся уголовный закон Филиппин, в настоящем деле «вещь говорит сама за себя» (*res ipsa loquitur*). Все относящиеся к делу факты, обнаруженные в документах *Fraport*, имеют неопровержимый характер» (см.: *Fraport v. Philippines (Award)*, par. 399).

признака. При вынесении решения о своей юрисдикции арбитры не должны основываться на масштабе нарушения с точки зрения правовой системы принимающего государства в целом, а на установлении связи этого нарушения с инвестицией и его роли в принятии иностранным инвестором решения о начале инвестиционной деятельности. Нельзя оценивать правомерность инвестиции в зависимости того, носит ли нарушение законодательства принимающего государства незначительный⁶⁴ или существенный характер.⁶⁵ Арбитрам следует поставить перед собой вопросы, позволяющие исследовать фактические обстоятельства дела в свете совершенных действий как иностранным инвестором, так и принимающим государством. Связано ли нарушение его законодательства с осуществлением инвестиционной деятельности? В какой степени данное нарушение повлияло на решение иностранного инвестора о вложении инвестиций?⁶⁶ Предприняло ли принимающее государство все меры для устранения нарушения или, наоборот, поведение контролирующих государственных органов косвенным образом указывало на отсутствие у них претензий к иностранному инвестору? Особый предмет правового анализа, продиктованный этими вопросами, свидетельствует о том, что правомерность инвестиции играет самостоятельную роль в определении инвестиции.

Также необходимо обратить внимание еще на одну особенность рассматриваемого признака. В отличие от других признаков инвестиции, положения ДИС о соблюдении законодательства принимающего государства прямо закрепляют национальное право как главный правовой источник при установлении правомерности инвестиции.⁶⁷ Даже когда международные инвестиционные соглашения, к примеру, ДЭХ, не содержат такую оговорку, арбитры все равно не могут обойти молчанием законодательство принимающего государства.⁶⁸

Третьим внешним признаком (седьмым в общем перечне) является добросовестность иностранного инвестора. В силу того, что данное требование к поведению сторон является общепризнанным принципом не только национального, но и международного права,⁶⁹ оценка добросовестного харак-

⁶⁴ В деле *Tokios Tokeles v. Ukraine* арбитражный трибунал не стал рассматривать незначительные ошибки в качестве основания для установления неправомочности инвестиции, сославшись на то, что подобный подход противоречил бы объекту и целям соответствующего ДИС (см.: *Tokios Tokeles v. Ukraine*. ICSID case № ARB/02/18. Decision on Jurisdiction. April 29, 2004 (*Tokios Tokeles v. Ukraine* (Decision on Jurisdiction), par. 86). Также см.: *Quiborax v. Bolivia* (Award), par. 248.

⁶⁵ В деле *Saba Fakes v. Turkey* истец связывал незаконность инвестиции только с нарушением фундаментального правового принципа (см.: *Saba Fakes v. Turkey* (Award), par. 118).

⁶⁶ В деле *Hamester v. Ghana* арбитражный трибунал согласился с заявлением истца об отсутствии какого-либо свидетеля со стороны ответчика, который бы мог подтвердить, что «предполагаемые мошеннические действия повлияли на заключение JVA (соглашения о совместном предприятии — Авт.) в такой степени, в какой было установлено введение в заблуждение в делах *Inceysa и Klockner*» (см.: *Hamester v. Ghana* (Award), par. 137).

⁶⁷ В деле *Quiborax v. Bolivia* арбитражный трибунал уделил большое внимание показаниям экспертов о содержании боливийского права при рассмотрении заявления ответчика о десяти нарушениях этого права, совершенных истцом, в том числе: увеличение уставного капитала без получения одобрения регистратора, отсутствие платежа за переданные акции, неуплата налогов, подлежащих начислению в связи с передачей акций и т. д. Как видно из приведенного перечня нарушений, вопрос о неправомочности инвестиции не мог быть разрешен без обращения к боливийскому праву (см.: *Quiborax v. Bolivia* (Award), par. 244, 243, 268–282).

⁶⁸ *Plama v. Bulgaria* (Award), par. 143.

⁶⁹ *Phoenix v. Czech Republic* (Award), par. 107; *Plama v. Bulgaria* (Award), par. 144.

тера инвестиции должна, на первый взгляд, проводиться в рамках вопроса о ее правомерности. Это справедливо, когда недобросовестные действия иностранного инвестора полностью охватываются нарушением законодательства принимающего государства. Задача осложняется, если деятельность иностранного инвестора не преследует главной цели инвестиции, а именно извлечения прибыли, и не имеет каких-либо признаков экономической активности при формальном соблюдении императивных норм национального права. Ярким примером такой деятельности является искусственное создание условий для передачи спора на рассмотрение инвестиционного арбитража.⁷⁰ Поставленная цель достигается путем изменения национальности истца, которая приводится в соответствии со статусом иностранного инвестора, определяемым ДИС или МИС. Если не пресекать подобные попытки, то режим защиты иностранных инвестиций теряет свою узкую направленность и его сфера действия неоправданно расширяется таким образом, что под юрисдикцию инвестиционного арбитража могут подпадать как внутренние споры,⁷¹ так и споры с иностранными инвесторами из третьих стран, не участвующих совместно с принимающим государством в международном инвестиционном соглашении.⁷²

Недобросовестное поведение стороны в использовании альтернативных средств разрешения споров рассматривается в рамках хорошо известных в международном праве институтов: выбора благоприятного правопорядка (*forum shopping*) и процессуальных злоупотреблений (*abuse of process*). Негативное отношение к ним поддерживается большинством ученых и практикующих юристов.

Установление недобросовестности в обращении иностранного инвестора к международному инвестиционному арбитражу обычно связано с коротким

⁷⁰ В деле *Phoenix v. Czech Republic* арбитражный трибунал пришел к выводу о том, что «истец вложил инвестиции не для целей осуществления экономической деятельности, но с единственной целью начать международный процесс против Чешской Республики». Также необходимо отметить, что заявление ответчика о неправомерности инвестиции было отвергнуто арбитражным трибуналом (см.: *Phoenix v. Czech Republic (Award)*, par. 134, 142).

⁷¹ В деле *Phoenix v. Czech Republic* чешский гражданин, г-н Бено, продал принадлежавшие ему две чешские компании, компанию *Benet Group* и компанию *Benet Praha*, специально созданной им израильской компании *Phoenix* (истцу) для приобретения статуса иностранного инвестора по ДИС между Израилем и Чешской Республикой 1997 года. Арбитражный трибунал расценил такое приобретение как недобросовестную сделку, лишённую конвенционной защиты. В поддержку этого вывода свидетельствовали следующие обстоятельства: приобретение истцом чешских компаний после возбуждения гражданского судопроизводства, уголовного преследования и заморозки банковских счетов, извещения ответчика об инвестиционном споре до регистрации права собственности истца на акции в вышеуказанных компаниях, отсутствие какой-либо хозяйственной деятельности истца в принимающем государстве и т. д. (см.: *Phoenix v. Czech Republic (Award)*, par. 136–141).

⁷² В деле *Pac Rim Cayman v. Salvador* ответчик пытался оспорить юрисдикцию арбитражного трибунала, в том числе на основании того, что национальность истца, компании *Pac Rim Cayman LLC*, была изменена его канадской материнской компанией, компанией *Pac Rim Mining Corp.*, для получения статуса иностранного инвестора по Соглашению о свободной торговле между Доминиканской Республикой, Центральной Америкой и США 2004 года (КАФТА). В 2007 году истец перестал считаться компанией Каймановых Островов и стал американской компанией. Ни Канада, ни Каймановы острова не являлись участниками КАФТА. Истец утверждал, что смена национальности являлась частью глобального плана по реструктуризации всего холдинга. Арбитражный трибунал не согласился с доводами ответчиком и признал свою юрисдикцию по спору (см.: *Pac Rim Cayman LLC v. The Republic of El Salvador*. ICSID case № ARB/09/12. Decision on the Respondent's Jurisdictional Objections. June 1, 2012 (*Pac Rim Cayman v. Salvador (Decision on Jurisdiction)* par. 2.16–2.111)).

периодом времени между созданием условий, совершением подготовительных действий для арбитражного разбирательства и предполагаемым нарушением прав иностранного инвестора.⁷³ Как уже было сказано ранее, одним из таких условий, широко применяемым в современном инвестиционном праве, является изменение национальности иностранного инвестора путем продажи контрольного пакета акций национальной компании или компании, через которую осуществлялось вложение инвестиций. Если принимающему государству удастся доказать, что изменение корпоративной структуры обусловлено возникшим или возникающим инвестиционным спором, оно имеет хорошие шансы на оспаривание юрисдикции арбитражного трибунала.

Недобросовестность может проявляться в поведении иностранного инвестора не только при проведении им реструктуризации своей корпоративной структуры. Приобретение права требования у компании, заключившей договор с принимающим государством и не обладающей статусом иностранного инвестора, обязывает арбитров установить действительное намерение цессионария и cedenta при совершении ими такой гражданско-правовой сделки. Если планы цессионария сводились к извлечению прибыли, которую он надеялся получить от понуждения принимающего государства погасить образовавшуюся перед cedentом задолженность, т. е. к осуществлению деятельности коллекторов, использование для этих целей международного инвестиционного арбитража более чем спорно.⁷⁴ Помимо довода о недобросовестности иностранного инвестора следует обратить внимание и на отсутствие признаков инвестиции в отношениях, складывающихся между цессионарием и должником по наступившим обязательствам.⁷⁵ Простая замена кредитора, требующего оплаты долга, не предполагает продолжительность деятельности иностранного инвестора или вклада в экономическое развитие.⁷⁶

Реализация инвестиционного проекта не может происходить вне правовой системы принимающего государства. Любой вид экономической активности иностранного инвестора: привлечение финансовых средств, поставка оборудования, размещение персонала и др., неизбежно должен укладываться

⁷³ В деле *Phoenix v. Czech Republic* истец уведомил Чешскую Республику об инвестиционном споре после двух месяцев с момента приобретения чешских компаний и затем после одиннадцати месяцев обратился с просьбой об арбитраже в МЦУИС (см.: *Phoenix v. Czech Republic* (Award), par. 138).

⁷⁴ В деле *Энергоальянс против Республики Молдова* Д. Пеллью указал на коллекторную деятельность истца как на одно из оснований для отказа в признании юрисдикции арбитражного трибунала (см.: *Энергоальянс против Республики Молдова* (Особое мнение Д. Пеллью). § 25, 47). В то же время в деле *Remington против Украины* явно спекулятивный характер уступки права требования и коллекторный характер деятельности истца не вызвали у арбитров сомнений в наличии своей юрисдикции и удовлетворении исковых требований (см.: *Remington против Украины* (Арбитражное решение). § 363, 364).

⁷⁵ Уступка права требования может рассматриваться как отдельная инвестиция, если это прямо предусмотрено международным инвестиционным соглашением. Напротив, в ст. 1 (6) (с) ДЭХ термин «Инвестиция» связан не с уступкой права требования, а с основным договором, что исключает необходимость обнаружения признаков инвестиции в сделке по замене кредитора. Поэтому трудно согласиться с Д. Пеллью о том, что «активы, которые считаются «Инвестициями» согласно ДЭХ, должны обладать свойствами, позволяющими охарактеризовать их в качестве «инвестиций» (капиталовложений) в обычном смысле» (см.: *Энергоальянс против Республики Молдова* (Особое мнение Д. Пеллью). § 18).

⁷⁶ В деле *Энергоальянс против Республики Молдова* Д. Пеллью отметил, что уступка права требования способствовала «взысканию долга в более короткий срок» и фактическому нанесению ущерба интересам принимающего государства (см.: *Энергоальянс против Республики Молдова* (Особое мнение Д. Пеллью). § 25, 26).

в рамки соответствующей правовой модели, предусмотренной в национальном праве. Любой вид активов, перечисленных в международных инвестиционных соглашениях и конкретизирующих понятие «инвестиция», представляет собой, прежде всего, совокупность прав иностранного инвестора и уже потом инструмент финансового рынка или объект гражданского оборота. Закрепляют ли эти права за иностранным инвестором статус непосредственного владельца вышеназванного актива, или для их осуществления необходим посредник? Какова юридическая природа этих прав, и когда они возникли у иностранного инвестора? Установление признаков инвестиции иногда полностью зависит от ответов на поставленные вопросы. Особое место среди них занимает требование к осуществлению инвестиции на территории принимающего государства.⁷⁷ Оно в первую очередь вызвано необходимостью для иностранного инвестора учитывать особенности национального права при планировании и реализации своего инвестиционного проекта.⁷⁸ Иногда императивные предписания внутригосударственного законодательства служат дополнительными аргументами для совершения сделок за пределами принимающего государства.⁷⁹ Если применить по аналогии один из ключевых принципов международного частного права, принцип наиболее тесной связи, можно определить территорию, на которой иностранный инвестор фактически осуществляет инвестиционную деятельность. Необходимо установить место, где происходит концентрация деловой активности и выполняются задачи, имеющие решающее значение для реализации инвестиционного проекта.⁸⁰

⁷⁷ З. Дуглас придает особую важность территориальному характеру инвестиции: «Должна существовать территориальная связь между принимающим государством–ответчиком и инвестицией, чтобы она находилась под внутренней юрисдикцией принимающего государства» (см.: Douglas Z. Op. cit. P. 171).

⁷⁸ Как было отмечено в деле Энергоальянс против Республики Молдова, «стороны осознавали неполное соответствие частноправового оформления своих взаимоотношений их реальному состоянию и постепенно адаптировали к этому состоянию ранее имевшиеся правовые механизмы» (см.: Энергоальянс против Республики Молдова. (Арбитражное решение). § 196).

⁷⁹ В деле SGS v. Philippines ответчик пытался обратить внимание арбитражного трибунала на то, что истец, оказывая услуги по таможенной инспекции импортируемых товаров, минимизировал свое присутствие и свою деятельность на территории Филиппин в целях оптимизации налогообложения. В соответствии с соглашением об осуществлении полного контроля над импортом услуги по таможенной инспекции должны были быть оказаны за пределами Филиппин. Подразделение истца было создано в Маниле лишь «в информационных целях, а не для целей извлечения дохода». Все эти условия были предусмотрены в соглашении для того, чтобы исключить из налогооблагаемой базы компании SGS выручку, полученную ею за оказанные услуги. Приведенные доводы не убедили арбитражный трибунал в том, что инвестиция была осуществлена за пределами Филиппин (см.: SGS Societe Generale de Surveillance S.A. v. Republic of the Philippines. ICSID case № ARB/02/6. Decision of the Tribunal on Objections to Jurisdiction. January 24, 2004 (SGS v. Philippines (Decision on Jurisdiction), par. 104, 107)).

⁸⁰ В деле SGS v. Pakistan, предшествующем делу SGS v. Philippines и возбужденном по аналогичным фактическим обстоятельствам, арбитражный трибунал отклонил возражения ответчика, подвергнувшего сомнению территориальный характер инвестиции. В числе других доводов арбитры сослались на утверждения истца несения им расходов на территории Пакистана для исполнения соглашения о предотгрузочной инспекции (PSI Соглашения), создания и функционирования своего подразделения (liaison office) в Пакистане (см.: SGS Societe Generale de Surveillance S.A. v. Islamic Republic of Pakistan. ICSID case № ARB/01/13. Decision of the Tribunal on Objections to Jurisdiction. August 6, 2003 (SGS v. Pakistan (Decision on Jurisdiction), par. 135–137, 140)). Выводы арбитров были подвергнуты критике З. Дугласом: «Трибунал, тем не менее, не рассмотрел независимое территориальное требование для инвестиции, чтобы квалифицировать ее как подпадающую под защиту ДИС, за исключением наблюдения о том, что компания SGS вынуждена была нести определенные «относительно низкие» расходы на

Территориальный характер инвестиции может быть отнесен к разряду тех внешних признаков, которые эффективно применяются при условии их явного закрепления в международных инвестиционных соглашениях. Острая необходимость в таком закреплении появляется в случаях, когда иностранный инвестор владеет акциями национальной компании через сложную систему инвестиционных фондов⁸¹ или депозитарных расписок.⁸² Отсутствие у иностранного инвестора статуса акционера ставит под сомнение осуществление им инвестиций на территории принимающего государства. Объем его прав ограничивается договорными отношениями с инвестиционным фондом или банком, которые должны соблюдать его инструкции при управлении национальной компанией и выплачивать причитающиеся иностранному инвестору дивиденды. Таким образом, его права на акции следует квалифицировать как инвестиции не в принимающее государство, а в государство, в котором находится инвестиционный фонд или банк. Нельзя исключить ситуации, когда утрата инвестиционного портфеля связана

территории Пакистана для исполнения своих обязательств по PSI Соглашению. Нет никаких сомнений в том, что значительная часть обязательств компании SGS была исполнена за пределами Пакистана. Место проведения предотгрузочных инспекций естественно находилось за пределами страны назначения товаров. Действительно, компания SGS учредила два подразделения в Пакистане и финансировала их для оказания поддержки при исполнении своих обязательств по PSI Соглашению; тем не менее, эти подразделения не были вовлечены в какую-либо коммерческую деятельность и поэтому не извлекали доход» (см.: Douglas Z. Op. cit. P. 195).

⁸¹ В деле *Gruslin v. Malaysia* объектом инвестиций являлись ценные бумаги, котирующиеся на куала-лумпурской фондовой бирже и входящих в состав единого пула средств люксембургского взаимного инвестиционного фонда (mutual fund). Истец не обладал правом собственности на вышеназванные ценные бумаги, а являлся лишь владельцем пая в капитале фонда. Арбитражный трибунал пришел к выводу о том, что инвестиционный портфель истца сформирован за пределами территории принимающего государства (Малайзии) и вследствие этого лишен международно-правовой защиты (см.: Philippe Gruslin v. Malaysia. ICSID case № ARB/99/3. Award November 27, 2000 (*Gruslin v. Malaysia* (Award), par. 8.1, 10.3, 25.7, 26.1)).

⁸² В деле *Quasar v. The Russian Federation* истцы, испанские фонды, являлись владельцами американских депозитарных расписок (American Depository Receipts (ADR/АДР)), закрепляющих их имущественные права (property interest) на акции ОАО «Нефтяной Компании ЮКОС» (Компании ЮКОС). Выпуск АДР был произведен аффилированным лицом Дойче Банка, инкорпорированным в Нью-Йорке и имеющим статус акционера в Компании ЮКОС. Ответчик возражал против юрисдикции арбитражного трибунала, в том числе по причине того, что инвестиции не были осуществлены на территории Российской Федерации. Об этом свидетельствовала договорная природа обязательств акционера перед владельцами АДР. Арбитражный трибунал не согласился с приведенными ответчиком аргументами, сославшись на широкую известность АДР как ценных бумаг и средство мобилизации капитала, а также отсутствие в ДИС между Испанией и СССР 1991 года указания на территориальный характер инвестиций (см.: *Renta 4 S.V.S.A., Ahorro Corporacion Emergentes F.I., Ahorro Corporacion Eurofondo F.I., Rovime Inversiones SICAV S.A., Quasar de Valores SICAV S.A., Orgor de Valores SICAV S.A., GBI 9000 SICAV S.A. v. The Russian Federation*. SCC case. Award on Preliminary Objections. March 20, 2009 (*Quasar v. The Russian Federation* (Award on Preliminary Objections), par. 137–144). Вопрос о территориальном характере инвестиций не поднимался в последующих решениях, вынесенных по этому делу: *Quasar de Valores SICAV S.A., Orgor de Valores SICAV S.A., GBI 9000 SICAV S.A. v. Russian Federation*. SCC case. Award. July 20, 2012 (*Quasar v. The Russian Federation* (Award), *The Russian Federation v. Quasar de Valores SICAV S.A., Orgor de Valores SICAV S.A., GBI 9000 SICAV S.A.* Stockholm District Court case № T 15045–09. Judgement. September 11, 2014; *Svea Court of Appeal case № T 9128–14*. Judgement. January 18, 2016. Лишь в Особом мнении к решению Апелляционного суда г. Стокгольма, отменившего арбитражное решение по делу *Quasar v. The Russian Federation*, один из судей поддержал позицию Российской Федерации о том, что приобретение испанскими фондами АДР не могут рассматриваться в качестве инвестиций, осуществленных на территории Российской Федерации, т. к. эти фонды не были связаны с Компанией Юкос какими-либо «правами и обязанностями».

с банкротством этих финансовых посредников или другими видами «ползучей» экспроприации их активов, что влечет смену ответчика в инвестиционном споре. Иностранному инвестору вынужден будет подать иск против государства, в котором находится инвестиционный фонд или банк, а не национальная компания.

Связь инвестиции с территорией принимающего государства носит ярко выраженный юрисдикционный характер. Материально-правовая форма активов, перечисленных в международных инвестиционных соглашениях, способствует установлению этой связи, но не предопределяет ее. Вот почему необходимо, чтобы требование к территориальному характеру инвестиции было прямо указано в соответствующем ДИС или МИС. Данное требование может содержаться как в описании конкретного актива, приобретенного иностранным инвестором,⁸³ так и в общем правиле, применимом ко всем активам.⁸⁴ Если положения международного инвестиционного соглашения не позволяют прийти к однозначному выводу о связи инвестиции с территорией принимающего государства, позиция ответчика будет выглядеть менее убедительной для оспаривания юрисдикции арбитражного трибунала.⁸⁵

Требование к территориальному характеру инвестиции выполняет функцию процессуальной нормы, устанавливающей юрисдикцию инвестиционного арбитража, и не входит в состав материально-правового института, в котором упоминается. К примеру, уступка права требования может рассматриваться как самостоятельный актив без привязки к основному обязательству, возникшему между cedentом и должником. В этом случае арбитры должны обнаружить признаки инвестиции в самой цессии.⁸⁶ Таким образом,

⁸³ В качестве примера четкого указания на территориальный характер инвестиций можно привести ст. 1 (6) (с) ДЭХ. В этой связи интересен лингвистический анализ данной статьи, который приводит Д. Пеллью в деле Энергоальянс против Республики Молдова: «Истец полагается, в первую очередь, на Статью 1 (6) (с) ДЭХ («право требования по денежным средствам (...) по контракту, имеющему экономическую ценность и связанному с Инвестицией»). Однако довод Истца не учитывает действие слов «связанному с Инвестицией». Слово «Инвестиция» в этом контексте, с учетом того, что оно написано с заглавной буквы «И», должно относиться к определению понятия «Инвестиция», в остальной части статьи 1 (6)». См.: Энергоальянс против Республики Молдова. Особое мнение Д. Пеллью. § 29).

⁸⁴ Статья 1 Межправительственного соглашения между Малайзией и Экономическим Союзом Бельгии и Люксембурга 1979 года (Gruslin v. Malaysia (Award)).

⁸⁵ В деле Quasar v. The Russian Federation арбитражный трибунал не согласился с ответчиком о том, что ДИС между Испанией и СССР 1991 года содержит указание на территориальный характер инвестиции. Арбитры обратили внимание на ст. 1 (2) ДИС, в которой были перечислены виды активов, конкретизирующих понятие «инвестиция», в том числе: «акции и другие формы участия в предприятиях», «права, вытекающие из любых вкладов, сделанных с целью создания экономических ценностей». Широкая сфера действия приведенных формулировок охватывала приобретение испанскими фондами АДР и исключала требование территориального характера инвестиции (Quasar v. The Russian Federation (Award on Preliminary Objections), par. 143–144). Действительно, упоминание в ст. 1 (1) ДИС территории принимающего государства, связано, скорее, со статусом иностранного инвестора, нежели с определением инвестиции.

⁸⁶ В деле Энергоальянс против Республики Молдова Д. Пеллью не обнаружил признаки инвестиции в цессии: «...я не думаю, что приобретение Истцом (цессionario, украинской компании — Авт.) долга у Derimen (цедента, компании Британских Виргинских островов — Авт.) можно охарактеризовать как инвестицию в смысле экономического процесса инвестирования (капиталовложения). Следовательно, я не думаю, что актив, который приобрел Истец (а именно, право требования к Moldtranselectro (молдавской компании — Авт.) представляет собой «Инвестицию» в смысле Статьи 1(6) ДЭХ». См.: Энергоальянс против Республики Молдова. Особое мнение Д. Пеллью. § 27. Вызывает сомнения сам предмет исследования, поскольку в ст. 1 (6) (с) ДЭХ слова «связанному с Инвестицией» относится к основному договору, а не к праву требования.

цессионарий не обязан доказывать, что основная сделка отвечала всем признакам инвестиции, в том числе цедент обладал статусом иностранного инвестора. Совсем другие последствия возникают, когда в описании права требования добавляется условие о том, что основная сделка должна быть связана с инвестицией, на которую распространяется международно-правовой режим защиты. Тогда тест на наличие признаков инвестиции проходит уже основная сделка. Если в качестве цедента выступала компания, зарегистрированная в стране с низким уровнем налогообложения («налоговой гавани») и вследствие этого не обладающая статусом иностранного инвестора, цессионарий не вправе претендовать на международно-правовую защиту своих расходов по оплате цессии. Здесь уже речь идет не о различных подходах к понятию «инвестиция»: расширенном или ограничительном, а о процессуальном запрете, предусмотренном в ДИС или МИС. Сфера его действия должна определяться на основе прямо выраженной воли договаривающихся государств, а не путем аналогии с гражданско-правовым институтом цессии. Если допустить обратное, т. е. применить правило о переходе права цедента к цессионарию в том объеме и на тех условиях, которые существовали к моменту перехода права, можно получить юридически абсурдный результат. Цессионарий, не обладающий статусом иностранного инвестора, приобрел бы право на обращение в инвестиционный арбитраж, поскольку цедент обладал таким статусом на момент совершения цессии. Данный гипотетический сценарий еще раз подчеркивает опасность применения аналогии с гражданско-правовой сделкой при вынесении решения о наличии юрисдикции по основанию *ratione materiae*.

Общие выводы

Завершая обзор различных подходов, предназначенных для установления признаков инвестиции, можно выделить два направления, сложившиеся в арбитражной практике и вызывающие особое беспокойство, поскольку они способствуют отдалению инвестиционного арбитража от его правовой природы. Первое связано с применением интуитивного метода и типичных характеристик при определении инвестиционного характера спора. Второе отдает предпочтение усмотрению арбитров вместо поиска правовой нормы при решении спорных вопросов.

Использование материально-правовых понятий и институтов при регулировании процессуальных отношений является общераспространенным явлением как в национальном, так и в международном праве. Без них невозможно было бы описать категорию споров, подлежащих передаче на рассмотрение компетентных органов, отправляющих государственное правосудие, или лиц, избираемых сторонами для проведения арбитражного разбирательства. Это отнюдь не влечет за собой утрату соответствующим положением о разрешении споров, предусмотренным в международном инвестиционном соглашении или внутригосударственном законодательстве, своей процессуальной природы и своего главного предназначения — разграничения юрисдикции между государственными судами и инвестиционным арбитражем. Поэтому все вопросы, связанные с установлением признаков

инвестиции, должны решаться арбитрами с учетом правил толкования, применяемых в отношении не материально-правовых, а процессуальных норм.

Общераспространенная склонность арбитров фокусировать свое внимание на международно-правовых источниках может снизить качество выносимых ими арбитражных решений. Это происходит, когда, пытаясь обосновать свою позицию по международным конвенциям или обычаям, арбитры упускают из вида отсутствие в данных источниках нормативного регулирования спорных вопросов. Исправить указанный недостаток возможно путем применения национального права, а именно, права принимающего государства, как это предусмотрено в статье 42 Вашингтонской конвенции 1965 года. На сегодняшний момент она предусматривает единственное универсальное правило об определении применимого права в международных инвестиционных спорах. При установлении любого признака инвестиции арбитры должны руководствоваться данным правилом, что позволит им расширить сферу своего правового анализа и придать ему более весомый характер с точки зрения традиционного взгляда на право и справедливость.

ВНИМАНИЮ АВТОРОВ!

Направляя свою рукопись в редакцию журнала «Третейский суд», автор предлагает ее для воспроизведения и распространения на двух носителях — электронном и бумажном. Электронную версию журнала редакция намерена размещать в правовых информационно-справочных системах.

Направляйте свои работы по электронной почте (приложенным файлом в формате «Word»), либо на электронном носителе. Ссылки на источники публикации нормативных актов и постановлений судебных органов обязательны.

К рукописи должны прилагаться: (i) фотография автора (в формате JPEG, PNG, не внедренная в текстовый редактор), (ii) сведения об авторе: фамилия, имя, отчество, домашний адрес с индексом, контактные телефоны, место работы, должность, (iii) аннотация и ключевые слова произведения на русском и английском языках и перевод заглавия.