

Статус иностранного инвестора в международных инвестиционных спорах*



В. Н. АНУРОВ, кандидат юридических наук;
vasily.anurov@gmail.com

Настоящая статья продолжает серию очерков, посвященных международному арбитражу. Автор анализирует наиболее сложные вопросы, поднимаемые ответчиком на юрисдикционной стадии и касающиеся национальности иностранного инвестора, особенно когда его инвестиции вложены через компанию или группу компаний. Вправе ли акционер предъявлять иск к государству, принимающему инвестиции? Какие подходы должны быть применены для определения национальности компании, созданной иностранным инвестором в государстве, принимающем инвестиции? Эти и другие вопросы рассматриваются автором в настоящей статье.

Ключевые слова: инвестиционный арбитраж, двусторонние/многосторонние инвестиционные соглашения, иностранный инвестор, государство, принимающее инвестиции, национальность иностранного инвестора, теория контроля, отказ от преимуществ.

Контроль над национальной компанией

Отсутствие в Вашингтонской конвенции 1965 г. вышеназванных критериев объясняется не упущением ее создателей, а их осознанным выбором в целях достижения компромисса при обсуждении различных взглядов на теорию контроля и определение национальности юридического лица.¹ Все предложения² были отвергнуты в пользу принципа автономии воли сторон как наиболее оптимального способа решения правовой проблемы.³

* Окончание. Начало см.: Третейский суд. 2015. № 6. С. 77–88.

¹ Во время проведения региональных консультаций многие эксперты выражали скептическое отношение к попыткам дать определение такому неясному явлению как контроль над деятельностью компании, особенно когда большинство акций распределено среди многочисленных акционеров различных национальностей (см.: Broches A. The Convention on the Settlement of Investment Disputes between States and Nationals of Other States // Hague Academy of International Law Collected Courses ("Recueil Des Cours"). 1972. Vol. 136. P. 359–360).

² Например, предварительный проект Вашингтонской конвенции 1965 г. (Preliminary Draft of a Convention on the Settlement of Investment Disputes between States and Nationals of Other States. October 15. 1963) прямо предусматривал письменное подтверждение министра иностранных дел соответствующего государства в качестве достаточного доказательства национальности иностранного инвестора. Критики этого подхода указывали на несправедливое упрощение задачи для иностранного инвестора или создание «фиктивной национальности» (см.: Parra A. The History of ICSID. Oxford, 2012. P. 58–59).

³ На преимущество вышеназванного принципа перед другими способами правового регулирования указывал А. Брокес, Генеральный советник Мирового Банка в 1959–1979 гг. и Генеральный секретарь МЦУИС в 1967–1980 гг.: «При подготовке нового проекта для Правового Комитета, который должен был консультировать Исполнительных Директоров по окончательному тексту, специалисты Мирового Банка, в результате консультаций и исходя из консенсуального характера Конвенции, пришли к выводу о том, что попытки дать дефиниции

Впоследствии арбитражная практика выработала ряд презумпций, последовательно применяющихся в спорных ситуациях и призванных исключить ошибочное толкование Вашингтонской конвенции 1965 года. Эти презумпции могут быть использованы как иностранным инвестором, так и государством, принимающим инвестиции.

Свобода сторон в изменении национальности компании не носит абсолютного характера. Своеобразным ограничителем является цель создания правовой нормы, оставляющей за сторонами право на отклонение от предложенной модели правового регулирования.

Сложность заключается в том, что в тексте Вашингтонской конвенции 1965 г. не содержится описания такой модели, которой стороны могли бы руководствоваться при построении своих инвестиционных отношений. Однако это не означает отсутствие объективного критерия при определении национальности компании, отличающейся сложным составом акционеров различных национальностей.

Формальное согласие государства, принимающего инвестиции, на передачу споров в МЦУИС, не изменяет автоматически национальность компании, в которой инвестор-акционер имеет акции или принимает участие в ее управлении. Ему еще необходимо доказать, что он обладает контролем над компанией, в силу чего ее национальность должна определяться по национальности контролирующего инвестора-акционера несмотря на место ее инкорпорации, нахождения административного центра или ведения основной хозяйственной деятельности — традиционные коллизионные привязки международного частного права.

Если специальный термин, упоминающийся в правовой норме, играет ключевую роль при определении юрисдикции МЦУИС, стороны не вправе настаивать на его произвольном толковании, даже если оно подкреплено их взаимным волеизъявлением. В качестве специального термина выступает слово «контроль», содержание которого раскрывается в юридической литературе и предполагает различные способы его толкования в национально-правовых системах Договаривающихся государств.

Таким образом, наряду с предоставлением возможности для изменения национальности компании, контролируемой инвестором-акционером, Вашингтонская конвенция 1965 г. подразумевает запрет на любое произвольное использование такой возможности.⁴ В противном случае арбитражное разбирательство могло бы утратить правовую основу в самом начале⁵ и тем самым

следует отложить в пользу предоставления наибольшей свободы сторонам при определении обстоятельств, которые позволяют относиться к компании как юридическому лицу, имеющему национальность другого Договаривающегося государства» (Broches A. Op. cit. P. 360).

⁴ В деле *Vacuum Salt v. Ghana* арбитражный трибунал четко очертил свободу сторон при определении «иностранного контроля»: «Поэтому Трибунал возвращается к рассмотрению этого вопроса (наличие «иностранного контроля» — Авт.), т. к. соглашение сторон рассматривать Истца в качестве иностранного лица «по причине иностранного контроля» не влечет *ipso jure* наличие юрисдикции. Ссылка в ст. 25 (2) (b) на «иностранный контроль» обязательно устанавливает объективные конвенционные рамки, за пределами которых юрисдикция МЦУИС не может существовать, и поэтому стороны лишены права на обращение к ней, независимо от того, насколько сильно они желали этого» (*Vacuum Salt Products Limited v. Government of the Republic of Ghana*. ICSID case № ARB/92/1. Award. February 16. 1994 (*Vacuum Salt v. Ghana*), par. 36).

⁵ При толковании ст. 25 (2) (b) Вашингтонской конвенции 1965 г. арбитражный трибунал в деле *Vacuum Salt v. Ghana* обратился к правилу, сформулированному исполнительными директорами в отношении согласия на арбитраж: «Несмотря на то, что согласие сторон является необходимой предпосылкой для юрисдикции Центра, его одного не будет достаточно для передачи спора

поставить под угрозу достижение конвенционных целей.⁶ Именно последний аргумент, заимствованный из правил толкования международных договоров,⁷ оставляет разрешение спорных вопросов в области нормативного регулирования и препятствует низведению их до установления взаимного волеизъявления сторон в частнопредметной сделке. Вместе с тем нельзя отрицать наделение субъектов инвестиционных отношений правом на самостоятельное определение «контроля», если оно не выходит за дозволенные рамки.

Пределы дозволения устанавливает в каждом конкретном деле арбитражный трибунал, оценивая соглашение сторон с точки зрения разумности. В арбитражной практике попадаются явные случаи, когда истец необоснованно настаивает на приобретении компанией национальности одного из ее акционеров без предоставления доказательств, подтверждающих его контроль над компанией.⁸ Наличие в соглашении сторон ссылки на МЦУИС и/или Вашингтонскую конвенцию 1965 г. не означает автоматического признания за компанией национальности инвестора-акционера без применения каких-либо критериев для установления иностранного контроля. Напротив, разумность критерия, предложенного сторонами для определения национальности компании, может также иметь явный характер и не вызывать возражений у арбитров, если этот критерий соответствует общепринятым представлениям о теории контроля.

Одним из таких критериев является принадлежность всех или большинства голосующих акций инвестору-акционеру.⁹ Несмотря на то, что гипотетически контроль инвестора-акционера, установленный подобным способом, может быть оспорен,¹⁰ прямое владение большинством акций в компании

под юрисдикцию Центра. Следуя цели Конвенции, юрисдикция Центра сверх того ограничена ссылкой на природу спора и на его стороны» (см.: Отчет Исполнительных директоров Вашингтонской конвенции 1965 г. (Report of the Executive Directors on the Convention on the Settlement of Investment Disputes between States and Nationals of Other States. September 10. 1964), par. 25)).

⁶ По мнению А. Брохеса, несоответствие соглашения целям Вашингтонской конвенции 1965 г. является основанием для его оспаривания: «Когда Комиссия или Трибунал сталкиваются с оспариванием действительности соглашения, добровольно заключенного между правительством и компанией, которая не инкорпорирована ни в одном Договаривающемся государстве, Комиссия или Трибунал должны поддержать такое оспаривание, только если отказ от совершения этого действия позволит сторонам использовать Конвенцию в целях, для которых она явно не была предназначена» (Broches A. Op.cit. P. 361).

⁷ В соответствии со ст. 31 Венской конвенции о праве международных договоров 1969 г. одним из главных правил толкования международного договора является выяснение его объекта и целей.

⁸ В деле *Vacuum Salt v. Ghana* инвестор-акционер, имевший греческое гражданство, владел 20% акций в компании, предъявившей иск против Республики Гана. По мнению истца, данная компания находилась под контролем греческого инвестора-акционера, поскольку он, вступив в альянс с тремя государственными банками Республики Гана, каждый из которых владел по 10% акций компании, или пятью другими частными акционерами, мог успешно блокировать планы любых других альянсов и оказывать значительное влияние на управление компанией. Однако арбитражный трибунал не согласился с такой позицией (*Vacuum Salt v. Ghana*, par. 41, 53).

⁹ В деле *Autopista v. Venezuela* арбитражный трибунал, признал, что выбранный сторонами критерий для определения иностранного контроля над национальной компанией (прямое владение иностранным инвестором-акционером большинством акций в национальной компании) укладывается в рамки Вашингтонской конвенции 1965 г. и может быть признан разумным (*Autopista Concesionada de Venezuela, C.A. v. Bolivarian Republic of Venezuela*. ICSID case № ARB/00/5. Decision on Jurisdiction. September 27.2001 (*Autopista v. Venezuela*)).

¹⁰ В деле *Vacuum Salt v. Ghana* арбитражный трибунал сослался на подготовительные материалы к Вашингтонской конвенции 1965 г., в которых подчеркивалось, что «контроль фактически может быть приобретен лицами, владеющими 25% уставного капитала, и даже 51% акций могут не обладать свойствами контрольного пакета, в то время как 15% могут быть достаточными» (*Vacuum Salt v. Ghana*, par. 43).

играет ключевую роль в определении ее национальности и может заменить все другие критерии, которые также соответствуют требованиям разумности и добросовестности.¹¹

В то же время сложная структура корпоративных отношений может ставить вопросы, выходящие за рамки согласованной сторонами модели и нахождения ее аналогов в научной доктрине. Ярким примером таких случаев является появление фигуры конечного акционера, контролирующего деятельность национальной компании через многоуровневую сеть промежуточных компаний и совершающего сделки по продаже контрольного пакета акций между ними.¹²

Задача арбитров при вынесении решения о наличии или отсутствия своей юрисдикции сильно осложняется, т. к. истец настаивает на установлении иностранного контроля не на уровне компании, владеющей большинством акций национальной компании, а на уровне акционеров самой материнской компании. Таким образом, цепочка контролирующих лиц продлевается на еще одно звено и может расти дальше, пока не дойдет до конечного акционера или бенефициара.¹³

Нетрудно заметить, что с появлением новых компаний в корпоративной структуре — новых субъектов иностранного контроля, изменяется подход к данному понятию. Под контролем понимается уже не прямое, а косвенное владение большинством акций в национальной компании, не способность влиять на управление национальной компании через право собственности на голосующие акции¹⁴ или делегирование полномочий на управление дочерней компании или независимому исполнителю¹⁵, а осуществление фактического, эффективного контроля.¹⁶ Установление данного вида контроля

¹¹ В деле *Autopista v. Venezuela* арбитражный трибунал не стал применять дополнительные (экономические) критерии для определения иностранного контроля над национальной компанией: участие вице-президента компании ICA group (первоначального владельца 75% акций в компании Ausoven (национальной компании)) во встречах с официальными лицами Венесуэлы, мексиканское гражданство директоров компании Ausoven, продолжение финансирования компанией ICA group компании Ausoven (*Autopista v. Venezuela*, par. 118, 119).

¹² В деле *Autopista v. Venezuela* ответчик настаивал на определении иностранного контроля по конечному акционеру, а не промежуточной компании. По его мнению, передача 75% акций компании Ausoven американской компании Icatech, полностью принадлежащей компании ICA group, не привела к приобретению первой американской национальности, т. к. компания ICA group сохранила контроль над деятельностью компании Ausoven и принятием в ней решений (*Autopista v. Venezuela*, par. 39).

¹³ В отличие от дела *Autopista v. Venezuela* в деле *AdT v. Bolivia* корпоративная структура предусматривала несколько уровней промежуточных компаний между конечным акционером (американской компании Betchel) и национальной компанией (компания AdT). Цепочку собственников 55% акций в национальной компании начинала люксембургская компания SARL, которая через три голландских компании (IWT B.V., IWH B.V., Baywater), последовательно сменяющих друг друга с точки зрения контроля, приводила к конечному акционеру (*Aguas del Tunari, S.A. v. Republic of Bolivia*. ICSID case № ARB/02/3. Decision on Respondent's Objections to Jurisdiction. October 21. 2005 (*AdT v. Bolivia* (Decision on Jurisdiction), par. 318).

¹⁴ *Ibid.*, par. 264.

¹⁵ *Ibid.*, par. 246.

¹⁶ В деле *AdT v. Bolivia* ответчик утверждал, что «слово «контроль» означает больше, чем «собственность». Для Ответчика контроль означал осуществление власти или руководства, а не простую правовую возможность поступать так. Поэтому ответчик использовал такие термины, как «реальный контроль», в своих процессуальных заявлениях для того, чтобы просить большего, нежели определения «реальности юридического лица» (*Ibid.*, par. 222). Еще более радикальную позицию занял арбитр Ж. Альберро-Семерена, комментируя дело *Liberian Eastern Timber Corp v. Republic of Liberia*. ICSID № ARB/83/2. Award. March 31. 1986 (*LETCO*

достигается в результате «прокалывания корпоративной вуали» (*piercing the corporate veil*), под которой скрывается конечный бенефициар. Его обнаружение среди номинальных акционеров, трастовых собственников, компаний-оболочек является главной целью договаривающихся государств, когда они упоминают критерий контроля при определении национальности иностранного инвестора.¹⁷

Безусловно, наибольшую привлекательность представляет собой подход, ограничивающий иностранный контроль первым уровнем собственников национальной компании, если руководствоваться только правовыми понятиями и институтами. При этом нельзя забывать, что происхождение теории контроля связано с отказом от применения традиционных, формально-юридических способов для установления национальности юридического лица: закона инкорпорации, оседлости и центра эксплуатации юридического лица, в пользу обнаружения «действительной, истинной принадлежности юридического лица конкретному государству».¹⁸

Необходимость в применении критериев иного характера, к примеру, экономических критериев, может быть обоснована состоянием войны, которую ведет государство, или наложением санкций международными организациями, особенно Советом Безопасности ООН. В таких чрезвычайных обстоятельствах традиционные методы правового регулирования теряют свою эффективность и возникает потребность в создании новых регуляторов, препятствующих недобросовестным лицам обходить установленные запреты.

Обращение к теории контроля в международном инвестиционном праве было вызвано, прежде всего, особенностями инвестиционного законодательства развивающихся государств, предусматривающих в качестве обязательного условия для вложения инвестиций создание иностранными инвесторами национальной компании.¹⁹ Очевидно, что это требование сводило на нет любые конвенционные меры по защите инвестиций, поскольку иностранный инвестор лишался права на подачу иска против государства, принимающего инвестиции.

Применение теории контроля к инвестиционным отношениям представляло возможность иностранному инвестору стать истцом в результате

v. Liberia) в своем особом мнении по делу *AdT v. Bolivia*: «Даже в случае 100% собственности Трибуналы анализировали «эффективный контроль»: «Этот контроль вытекает не только из факта владения французскими лицами 100% акций в уставном капитале компании LETCO, как указывают компания LETCO и официальные документы правительства Либерии, он также вытекает из того, что проявляется как эффективный контроль, осуществляемый французскими лицами; эффективный контроль, понимаемый как доминирование французских лиц, отдельно от владения акциями французскими акционерами, в процессе принятия корпоративных решений» (*AdT v. Bolivia* (Declaration of Jose Luis Alberro-Semerena), October 11, 2005, pars. 39).

¹⁷ «Если бы трибунал, устанавливая наличие иностранного контроля, проколол корпоративную вуаль национальной компании и остановился на втором уровне вместо того, чтобы объективно идентифицировать реальный источник иностранного контроля, используя тот же самый критерий, с которого он начал, это не соответствовало бы тексту (тексту ст. 25 (2) (b) Вашингтонской конвенции 1965 г. — Авт.)» (*TSA Spectrum de Argentina S.A. v. Argentine Republic*. ICSID case № ARB/05/5. Award. December 19, 2008 (*Spectrum v. Argentina*), par. 147). В этом деле арбитражный трибунал установил, что конечным бенефициаром аргентинской компании (TSA) являлся аргентинский гражданин и она не находилась под иностранным контролем, несмотря на заявление истца о принадлежности 100% акций голландской компании (TSI).

¹⁸ Международное частное право: Учебник. М., 2010. С. 192 (автор главы — Г. К. Дмитриева).

¹⁹ Broches A. Op. cit. P. 358.

признания за национальной компанией права на приобретение национальности инвестора-акционера. Таким образом, было преодолено одно из главных препятствий для передачи инвестиционного спора на рассмотрение инвестиционного арбитража.

Предоставление инвестору-акционеру возможности обойти национальные барьеры не может означать только выгоды и преимущества, которые он может извлечь из международных договоров: Вашингтонской конвенции 1965 г., МИС или ДИС. Правовой характер нормы накладывает определенный отпечаток на содержащиеся в ней предписания и подразумевает неуклонное следование тем целям, для которых она была создана. Любое произвольное или одностороннее толкование, т. е. толкование, осуществляемое только в интересах одной стороны в спорных отношениях, искажает свойства правовой нормы и превращает ее в один из факторов, имеющих рекомендательный, а не обязательный характер для арбитров, в частности, при вынесении ими решения о наличии или отсутствия юрисдикции.

Теория контроля по природе своей выходит за рамки юридических регуляторов, и тем самым арбитры не могут ограничивать ее применение исключительно правовыми понятиями и институтами. Фокус правового анализа должен быть смещен в сторону определения допустимых критериев, используемых для установления иностранного контроля в национальной компании, и тех правовых источников, в которых эти критерии содержатся. Ключевая роль в обнаружении данных источников должна оставаться за национальным правом, а не лингвистическими исследованиями арбитров, носящими, как правило, субъективный характер.²⁰

Другие вопросы, разрешаемые исключительно с помощью юридических регуляторов, лежат в области процессуальных отношений, складывающихся между участниками арбитражного разбирательства. Среди них могут быть названы правовые последствия, наступающие в случае отсутствия достаточных доказательств иностранного контроля,²¹ время и степень

²⁰ Устанавливая обычное значение термина «контроль» арбитражный трибунал в деле *AdT v. Bolivia* пришел к выводу о допустимости двух вариантов толкования: фактического осуществления власти (*power*), полномочия (*authority*) или права, способности реализовывать свою власть над объектом воздействия. Как видно, второй вариант основан на толковании не главного, а вспомогательного термина, что существенно ослабляет его силу, особенно по сравнению с первым вариантом. Напротив, арбитражный трибунал выбрал второй вариант для раскрытия смысла термина «контроль» через право собственности на акции. По его мнению, для выбора первого варианта соответствующий ДИС должен был указывать на «управляемость», а не на «контролируемость» национальной компании (*AdT v. Bolivia* (Decision on Jurisdiction), pars. 227–234). С такой позицией не согласился арбитр Ж. Альберро-Семерена. С его точки зрения, употребление в ДИСе причастия в страдательной форме, «контролируемой», указывает на результат действия, а не на возможность его осуществления. Таким образом, истец должен был доказать, что голландские компании фактически осуществляли контроль над национальной компанией (*AdT v. Bolivia* (Declaration of Jose Luis Alberro-Semerena), October 11, 2005, pars. 26, 32).

²¹ В деле *CCL v. Republic of Kazakhstan*. SCC case № 122/2001. Jurisdictional Award. 2003 (*CCL v. Kazakhstan*) арбитражный трибунал пришел к выводу о том, что истец не смог доказать наличие иностранного контроля над компанией, претендующей на предоставление ей защиты по ДИС между США и Казахстаном. Несмотря на соответствие формальным признакам: американское гражданство президента и большинства акционеров (51%) вышеназванной компании, у арбитражного трибунала возникли «разумные сомнения» (*reasonable doubt*) относительно субъектов фактического контроля. Отказ истца предоставить информацию о составе миноритарной группы акционеров (49%), осуществляющих финансирование компании в совокупности с договоренностями о распределении сумм, присужденных арбитражным решением, послужил основанием для признания отсутствия юрисдикции у арбитражного трибунала.

доказывания,²² процедура раскрытия документов, подтверждающих заявления сторон,²³ и иные специальные вопросы доказательственного права. Несмотря на свой процессуальный характер, некоторые из них также оказывают влияние и на материально-правовые отношения. К примеру, остается открытым вопрос о том, какими правилами должны руководствоваться арбитры в случае неудачной попытки истца доказать существование иностранного контроля на третьем уровне собственников акций? Следует ли арбитрам определять национальность компании по второму или первому уровню собственников акций при условии предоставления истцом достаточных доказательств иностранного контроля, оказываемого инвестором-акционером на данной ступени корпоративной структуры? Следует ли арбитрам вместо предложенного варианта применить традиционные способы для установления национальности юридического лица? Ответы на эти вопросы, безусловно, лежат в правовой области, и выбор надлежащего правового источника будет играть ключевую роль при их разрешении.

В юридической литературе уже высказываются предложения по созданию правовых механизмов для устранения некоторых негативных последствий, вытекающих из применения теории контроля. В частности, речь идет об опасности получения заинтересованными лицами, выступающими на стороне истца в инвестиционном споре, «двойной компенсации» убытков, что само по себе противоречит системному толкованию международных инвестиционных соглашений.²⁴

В качестве обязательного условия для устранения этой опасности выступает пропорциональное удовлетворение требований акционеров в зависимости от степени удаленности их от национальной компании в корпоративной структуре. Материнские компании, владеющие акциями национальной компании напрямую, считаются акционерами «первого уровня», акционеры, владеющие акциями материнской компании, — акционерами «второго уровня» и т. д. до конечного акционера. Акционеры первого уровня обладают приоритетом перед другими акционерами при возмещении убытков, причиненных национальной компанией. Акционеры второго и последующих уровней получают право на защиту своих интересов только после вынесения арбитражного или судебного решения в отношении акционера, стоящего по

²² В том же деле *CCL v. Kazakhstan* арбитражный трибунал сформулировал правило о том, что в случае возникновения разумных сомнений бремя доказывания иностранного контроля возлагается на истца.

²³ Для установления контроля над компанией AdT арбитр Ж. Альберро-Семерена считал необходимым удовлетворить ходатайство ответчика об истребовании доказательств и предложить истцу предоставить следующие документы: (1) всю переписку между компанией AdT и компаниями SARL, IWT B.V., IWH B.V., Baywater, а также переписку этих компаний в отношении компании AdT; (2) все протоколы совета директоров и собраний акционеров компаний AdT, SARL, IWT B.V., IWH B.V., Baywater. (Ibid., par. 42). Арбитражный трибунал большинством голосов отказал в удовлетворении данного ходатайства ответчика.

²⁴ Как отмечает Э. Ву, «в соответствии с добросовестным толкованием ДИС, нельзя, с точки зрения разумности и законности, прийти к выводу о том, что на государство, принимающее инвестиции, будет наложена обязанность по осуществлению многократных, перекрывающих друг друга платежей в целях возмещения убытков инвесторов» (см.: Wu E. Addressing Multiplicity of Shareholder claims in ICSID Arbitrations under Bilateral Investment Treaties: a 'Tiered Approach' to Prioritising Claims? // *Asian International Arbitration Journal*. Vol. 6. № 2. 2010. P. 149).

сравнению с ними на более высоком уровне, и только в размере, пропорциональном их доли и за вычетом уже выплаченных компенсаций. Все начатые арбитражные разбирательства без соблюдения вышеназванного условия должны быть приостановлены.²⁵

Главной трудностью в реализации всех описанных предложений является необходимость реформирования существующих международных инвестиционных соглашений, в особенности, Вашингтонской конвенции 1965 г.²⁶ В этой связи признание за национальным правом ключевой роли при определении иностранного контроля остается единственным практическим способом решения правовой проблемы в рамках сложившейся системы правового регулирования инвестиционных отношений.

Обращение к национальному праву оправдано еще и с точки зрения сохранения одного из важных его свойств — нормативности, которое выгодно отличает его от других факторов, влияющих на регулирование инвестиционных отношений: принципа автономии воли сторон и усмотрения арбитров. Нормативность права способствует привнесению в правовые отношения «принципиальной одинаковости», «общей упорядоченности», основанной на демократическом принципе равенства.²⁷ Правовая норма занимает особое место в системе источников, поскольку воплощает в себе оптимальную степень обобщенности, не нарушая при этом баланс между другими источниками права.²⁸

К сожалению, в арбитражной практике встречаются случаи, когда арбитры, занимаясь толкованием положений ДИС, умаляют их нормативный характер. Если использовать терминологию общеизвестной классификации международных договоров, то применительно к инвестиционному праву можно сделать вывод о том, что «договоры-сделки» вытесняют «договоры-законы», хотя именно последние можно рассматривать в качестве источников международного права.²⁹ В итоге правилам, установленным в ДИС, может придаваться избирательное направление их действия. Яркой иллюстрацией этого являются критерии определения иностранного контроля в национальной компании.

Безусловно, сама постановка этого вопроса в инвестиционных спорах исторически связана с защитой интересов инвестора-акционера. Однако, получив свое отражение в международном договоре, любая правовая проблема подлежит рассмотрению с точки зрения всех заинтересованных лиц. Не являются исключением и правила установления иностранного контроля в национальной компании. Государство, выступающее в качестве договаривающейся стороны в ДИС и в то же время принимающее инвестиции, вправе использовать теорию контроля в своих интересах. В этом случае уже истец, начавший арбитражное разбирательство, вынужден прибегать

²⁵ Э. Ву посвятила специальный раздел описанию своих предложений, которые назвала «уровневым подходом» (tiered approach) (Ibid. P. 141–142).

²⁶ Ibid., P. 144.

²⁷ Алексеев С. С. Теория права. Харьков, 1994. С. 87–90.

²⁸ Давид Р., Жоффре-Спинози К. Основные правовые системы современности (сравнительное право) / Пер. В. А. Туманова. М., 1996. С. 70; Марченко М. Н. Правовые системы современного мира: Учебное пособие. М., 2008. С. 60.

²⁹ Лукашук И. И. Нормы международного права М., 1997. С. 270–271.

к оборонительной тактике и выступать против определения национальности компании исходя из обнаружения в ней иностранного контроля.³⁰

Перед арбитражным трибуналом встает нелегкая задача по принятию решения о наличии или отсутствии своей юрисдикции, поскольку ни одному из процессуальных оппонентов нельзя отказать в разумности и убедительности приводимых им доводов.³¹ Истец обычно подкрепляет свою позицию ссылками на привилегированный статус инвестора, вытекающий из его уязвимости по отношению к государству, принимающему инвестиции, и стандартных формулировок, используемых в преамбуле ДИС для демонстрации намерения договаривающихся государств — предоставить инвесторам широкую защиту их прав и интересов.³² Особое место занимает набор юридических приемов, часто востребованных сторонами при толковании условий частных сделок. Речь идет о применении правила о том, что «явно выраженная одна вещь исключает все другие» (*expression unius est exclusion alterius*),³³ и другого правила о так называемом отказе от преимуществ (*denial of benefits*). Оба правила ставят во главу угла свободу стороны настаивать на внесении в договор положений, которые бы прямо защищали ее интересы, и все негативные последствия в случае их отсутствия в договоре. Применительно к теории контроля это может привести к следующему ходу рассуждений. Если соображения о наличии иностранного контроля в национальной компании принимаются во внимание только в отношении лиц, принадлежащих к третьим государствам, то правило об отказе от преимуществ не может распространяться на лиц, принадлежащих к государству, принимающему инвестиции. Если это государство не проявило должной заботы о придании соответствующей оговорке более широкой сферы действия, считается, оно сделала сознательный выбор в пользу ограниченного применения теории контроля. О правомерности широкого толкования терминов, составляющих понятие «иностраный инвестор», может свидетельствовать и наличие альтернативы при выборе иностранным инвестором надлежащего форума. Если положения ДИС или МИС предусматривают наряду с МЦУИС другие способы разрешения инвестиционного спора, к примеру, применение регламента ЮНИСТРАЛ или Арбитражного института Торговой палаты Стокгольма, нельзя исключать определение национальности иностранного инвестора без учета критериев, закрепленных в Вашингтонской конвенции 1965 г. Тем

³⁰ В известном деле *Tokios Tokeles v. Ukraine* ответчик заявил свои возражения против юрисдикции арбитражного трибунала, основываясь на том, что в силу применения теории контроля компания *Tokios Tokeles*, созданная по праву Литвы, должна быть признана украинской компанией, поскольку украинские лица владели 99% акций компании *Tokios Tokeles*, составляли 2/3 ее руководящих органов, а административный офис находился на Украине. Также, ответчиком было отмечено, что компания *Tokios Tokeles* не осуществляла никакой существенной коммерческой деятельности на территории Литвы (*Tokios Tokeles v. Ukraine*. ICSID case № ARB/02/18. Decision on Jurisdiction. April 29. 2004 (*Tokios Tokeles v. Ukraine* (Decision on Jurisdiction), par. 21). См. также: Гармоза А. П. Указ. соч. С. 138–147; Бардина М. П., Вилкова Н. Г., Земляченко Я. В., Комаров А. С. Указ. соч. С. 100–109.

³¹ В качестве подтверждения этого тезиса можно опять сослаться на дело *Tokios Tokeles v. Ukraine*, в котором председатель арбитражного трибунала П. Вейл не согласился с двумя своими коллегами в применении теории контроля и выразил особое мнение, расходящееся с выводами арбитражного решения (*Tokios Tokeles v. Ukraine*. ICSID case № ARB/02/18. Dissenting Opinion by Prosper Weil. April 29. 2004 (*Tokios Tokeles v. Ukraine* (Dissenting Opinion)).

³² *Tokios Tokeles v. Ukraine* (Decision on Jurisdiction), par. 33.

³³ *Ibid.*, par. 30.

самым, сохраняется возможность различного толкования одного и того же термина, что не может соответствовать намерению договаривающихся государств при разработке международного инвестиционного соглашения.³⁴

Арбитражный трибунал, рассматривая инвестиционный спор с участием такого государства, не может выйти за рамки своей юрисдикции и изменить волю договаривающихся государств.³⁵ Приверженность арбитров формальному толкованию ДИС или МИС не может быть поколеблена ни утверждениями ответчика о мошенничестве, ни возможным злоупотреблением иностранным инвестором своими правами, известным под названием «выбор благоприятного международного договора» (*treaty shopping*) или «выбор благоприятного правопорядка» (*forum shopping*).³⁶

Если позиция истца основана на здравом смысле, вытекающем из буквального толкования соответствующих положений ДИС, то доводы ответчика основаны на здравом смысле, заложенном в самой идее появления МЦУИС и международно-правового регулирования инвестиционных отношений. Трансграничный характер вложения инвестиций, предоставление специальных гарантий по их защите в ДИС или МИС подразумевают создание механизма по разрешению инвестиционных споров между иностранными инвесторами и государством, принимающим инвестиции. Все другие споры, включая претензии инвесторов к своему государству, находятся за рамками вышеназванного механизма. На это указывает само название Вашингтонской конвенции 1965 г., проводящее четкую грань между международными и внутренними инвестиционными спорами по признаку субъекта — иностранного инвестора.³⁷ Кроме того, данная Конвенция играет ключевую роль в определении свободы волеизъявления как сторон инвестиционного договора, заключенного непосредственно между государством и иностранным инвестором, так и договаривающимися государствами в ДИС или МИС. Никакое соглашение сторон не может расширить юрисдикцию арбитражного

³⁴ «Как можно оправдать обращение к доводу, имеющему особое значение для ИКСИД, о том, что намерение Договаривающихся Сторон при заключении ДИС охватывало осуществление контроля? Невозможно представить себе, что определения в ст. 1 имеют одно значение в контексте арбитража ИКСИД и другое — при разрешении споров где-нибудь еще» (*The Rompetrol Group N.V. v. Romania*. ICSID case № ARB/06/3. Decision on Respondent's Preliminary objections on jurisdiction and admissibility. April 18. 2008 (*Rompetrol v. Romania*), par. 107). Вывод арбитражного трибунала несет на себе отпечаток толкования условий частной сделки. Если же рассматривать спорное положение ДИС как правовую норму, то довод о недопустимости различных значений одного и того же термина потеряет свою убедительную силу. К примеру, в международном частном праве это явление известно как конфликт квалификаций.

³⁵ *Ibid.*, par. 36. Также в деле *RosInvest v. Russia* арбитражный трибунал не согласился с ответчиком, утверждающим, что английская компания RosInvest Co UK Ltd. не является инвестором по смыслу ДИС между СССР и Соединенным королевством 1989 г., т. к. она до 24.01.2007 (даты прекращения соглашения об участии) выполняла функции номинального держателя акций, а бенефициарным собственником выступала компания Elliott International L.P., зарегистрированная на Каймановых островах. По мнению арбитражного трибунала, очевидное значение дефиниции иностранного инвестора, содержащейся в вышеназванном ДИС, охватывает компанию истца. Более того, арбитражный трибунал посчитал недопустимым применять к данной дефиниции более строгое толкование, принимая во внимание использование в ней широких формулировок (*RosInvest Co UK Ltd. v. The Russian Federation*. SCC Case № V079/2005. Final Award. September 12. 2010 (*RosInvest v. Russia (Final Award)*), par. 296, 323).

³⁶ *Saluka Investments BV v. The Czech Republic*. UNCITRAL case. Partial Award. March 17. 2006 (*Saluka v. Czech Republic*) par. 229, 230, 240, 241.

³⁷ *Tokios Tokelés v. Ukraine* (Dissenting Opinion), par. 5, 19; Schreuer C. *The ICSID Convention: A Commentary*. Cambridge, 2001. P. 158, 290.

трибунала, проводящего арбитражное разбирательство под эгидой МЦУИС, и выйти за допустимые конвенционные пределы.³⁸ Рассмотрение внутренних инвестиционных споров как раз и является таким неоправданным расширением юрисдикции.³⁹

Представленный подход также не чужд радикализма. Прямо выраженное волеизъявление договаривающихся государств в ДИС или МИС обладает меньшей юридической силой, чем «внешние пределы» (*outer limits*), проявляющиеся лишь в арбитражных решениях по каждому конкретному делу, когда арбитры, руководствуясь собственным пониманием объекта и целей Вашингтонской конвенции 1965 г., рассматривают заявление ответчика о наличии иностранного контроля в национальной компании. Нельзя не согласиться с тем, что в этом случае степень непредсказуемости и неопределенности повышается, что отрицательно сказывается на соблюдении правовых традиций и исключении произвольного начала в арбитражной практике.⁴⁰

Все разногласия спорящих сторон можно свести к одному главному вопросу, являющемуся камнем преткновения для достижения компромисса. Какова юридическая природа правила об установлении иностранного контроля, предусмотренного в международных инвестиционных соглашениях, включая Вашингтонскую конвенцию 1965 г., ДИС и МИС? Обладает ли оно характером нормативности или полностью зависит от волеизъявления сторон?

Решение этого главного, на первый взгляд, сугубо теоретического вопроса, существенным образом влияет на исход конкретных споров, переданных на рассмотрение инвестиционного арбитража. В любом предложении по устранению неопределенности в каких-либо правоотношениях, претендующем на статус правовой нормы, должна быть заложена потенциальная возможность применения этого предложения к тождественным или схожим правоотношениям, «творческая органическая сила», присущая позитивному

³⁸ В своем Особом мнении П. Вейл признал за Договаривающимися государствами в ДИС право исключительно на сужение, а не на расширение юрисдикции арбитражного трибунала МЦУИС, предусмотренной в Вашингтонской конвенции 1965 г. (*Tokios Tokelés v. Ukraine* (Dissenting Opinion), par. 13).

³⁹ Данный вывод применим лишь к тем случаям, когда международное инвестиционное соглашение указывает на наличие иностранного контроля как на критерий определения национальности иностранного инвестора. Если в соответствующем ДИС такого указания нет, и государство, принимающее инвестиции, не является участником Вашингтонской конвенции 1965 г., правомерность обращения к теории контроля может вызвать обоснованные сомнения у арбитражного трибунала. В этой связи представляется интересным исследование И. З. Фархутдинова о практике заключения Россией ДИС (см.: Фархутдинов И. З. Международное инвестиционное право и процесс М., 2015. С. 181–186).

⁴⁰ Позиция П. Вейла подверглась острой критике в юридической литературе и арбитражной практике. В частности, А. П. Гармоза считает, что данная позиция «может внести большую неопределенность в установлении компетенции» (см.: Гармоза А. П. Указ. соч. С. 144), а К. Фигуэйредо находит в ней внутреннее противоречие (см.: Figueiredo R. C. ICSID and Non-Foreign Investment Disputes // *Transnational Dispute Management*. Vol. 4. Iss. 5. September 2007. P. 32). Истец в деле *Romp petrol v. Romania* заявил о том, что позиция П. Вейла «не нашла широкого одобрения в академической и профессиональной литературе, не была принята последующими трибуналами». Арбитражный трибунал в этом деле поддержал Истца и отметил, что ему «в любом случае было бы тяжело применить подход, который не учитывает ясные формулировки, согласованные Сторонами международного договора, а поддерживает широкую политическую дискуссию» (*Romp petrol v. Romania*, par. 85). Также критика позиции П. Вейла содержится в решении по делу *ADC Affiliate Limited and ADC & ADMC Management Limited v. The Republic of Hungary*. ICSID case № ARB/03/16. October 2. 2006 (*ADC v. Hungary*), par. 360.

праву.⁴¹ Наделение правовой нормы указанного свойства раскрывается в традиционных институтах национального права — аналогии закона и аналогии права.⁴² С одной стороны, они гарантируют сторонам, что обнаруженный правовой пробел будет в любом случае устранен с помощью известных им юридических принципов и подходов.⁴³ С другой стороны, данные институты предостерегают законодателя от введения новых юридических принципов, поскольку они могут быть использованы в целях, которые не входили в планы законодателя.⁴⁴ Эта оборотная сторона медали вышеназванных институтов лишней раз подчеркивает опасность необдуманного нормотворчества.

Рассматривая правило об установлении иностранного контроля в качестве правовой нормы, арбитры демонстрируют спорящим сторонам свою приверженность традиционным способам работы с правовыми источниками, в первую очередь, с международными договорами. Упоминание в Вашингтонской конвенции 1965 г. о теории контроля подразумевает ее применение во всех случаях определения национальности истца в инвестиционных спорах, даже если эти случаи прямо не предусмотрены ни в ДИС или МИС, ни в инвестиционном договоре, заключенном национальной компанией с государством, принимающим инвестиции. Необходимость установления иностранного контроля, однажды закрепленная в международном договоре в форме юридического принципа, который подлежит применению между спорящими сторонами, не может иметь избирательную направленность. Привилегированный статус иностранного инвестора не служит убедительным доводом в пользу использования теории контроля исключительно в интересах инвестора-акционера. Государство, принимающее инвестиции, также должно иметь право на защиту от злоупотреблений недобросовестных инвесторов, искусственно создающих условия для обращения в инвестиционный арбитраж. Ярким примером такого рода злоупотреблений является создание

⁴¹ Савиньи Ф. К. Система современного римского права. Т. 1 / Пер. Г. Жигулина; под ред. О. Кутагеладзе, В. Зубаря. М., 2011. С. 433.

⁴² Гражданское право: Учебник / Под. ред. А. П. Сергеева, Ю. К. Толстого. М., 1999. С. 86 (автор главы — Н. Д. Егоров).

⁴³ При описании алгоритма действий при применении правил об аналогии закона и аналогии права Е. В. Васьковский особое внимание уделял юридическому принципу, закрепленному в правовой норме: «Как аналогия закона, так и аналогия права сводятся к следующему логическому процессу: нужно подвергнуть анализу данный случай, отыскать в законодательстве (или добыть из него) норму, регулиющую другой случай, тождественный с данным во всех юридических существенных элементах, рассмотреть юридический принцип, приведенный в этой норме, и применить его к данному случаю» (см.: Васьковский Е. В. Учение о толковании и применении гражданских законов. Одесса, 1901. С. 269–270).

⁴⁴ Крайне радикальную позицию о применении правила об аналогии закона занимает А. И. Муранов. Отрицая распространение на иностранное юридическое лицо запрета, предусмотренного п. 2 ст. 88 ГК РФ (в недействующей редакции) и п. 6 ст. 98 ГК РФ, А. И. Муранов считает, что идентичность правоотношений не предполагает их сходство, вследствие чего вышеназванные нормы не могут быть применены по аналогии к данному лицу: «Выдвигаемое в п. 1 ст. 6 «Применение гражданского законодательства по аналогии» ГК РФ условие, согласно которому должны иметь место два сходных между собой отношения, в случае с только что упомянутым иностранным юридическим лицом отсутствует: выступление последнего, состоящего из одного лица, в качестве единственного участника российского ООО или АО, по своей сути не столько сходно с выступлением российского юридического лица, состоящего из одного лица, в качестве единственного участника российского ООО или АО, сколько идентично ему (различия между ними заключаются только в субъектном составе)» (см.: Муранов А. И. Иностранное юридическое лицо, состоящее из одного лица, как единственный участник российского хозяйственного общества // Законодательство. 2007. № 11).

компании в другом договариваемся государстве, но находящейся под полным контролем акционеров, принадлежащих к государству, в котором планируется осуществлять инвестиционную деятельность.⁴⁵ К сожалению, преобладающий подход в арбитражной практике слишком высоко устанавливает порог возможных злоупотреблений, признавая недопустимым лишь ту реорганизацию корпоративной структуры, которую иностранный инвестор проводит после того, как спор возник, или он узнал о нем, или он мог предвидеть его возникновение с высокой степенью вероятности.⁴⁶ Данный временной критерий охватывает лишь очевидные злоупотребления и не может считаться эффективным средством для защиты государственных интересов в инвестиционном споре.

Если же, напротив, правило об установлении иностранного контроля рассматривается арбитрами по аналогии с частной сделкой, они низводят проблему устранения правового пробела в область доказательственного права, ограничиваясь установлением намерений сторон, их общей действительной воли. Тем самым, арбитры констатируют, что нормативное регулирование вопросов, связанных с определением национальности истца путем применения теории контроля отсутствует, и все неблагоприятные последствия, наступающие для ответчика, — отказ в принятии его возражений против юрисдикции арбитражного трибунала, должен нести он сам, по аналогии со стороной в частной сделке. Если последняя не проявила должную осмотрительность и заботливость при формулировании условий договора и не внесла в него положения, защищающие ее интересы, она несет все риски поражения в судебном процессе или арбитражном разбирательстве. То же самое происходит и с государством, принимающим инвестиции. Если при заключении ДИС или МИС государство не смогло настоять на включении положений, предусматривающих применение теории контроля в своих интересах, например, лишение иностранной компании права на подачу иска в международный арбитраж, когда она полностью контролируется акционерами, принадлежащими к государству-ответчику, все риски также лежат на стороне последнего. Более того, даже закрепление данных положений в международном инвестиционном соглашении не является панацеей от принуждения государства к участию в нежелательном арбитражном разбирательстве.⁴⁷

⁴⁵ Сам факт злоупотребления установить очень сложно, поскольку в представлении западных юристов использование компаний-оболочек не отождествляется с проявлением недобросовестности акционеров. По мнению Д. Салливана и А. Хиендла, «такие компании, несомненно являются законными инструментами организации корпоративной структуры» (см.: Салливан Д., Хиендл А. Указ. соч.). Е. В. Плохенко предлагает рассматривать эту проблему с точки зрения «допустимого планирования национальности», «допустимого поиска выгодного международного договора» (см.: Плохенко Е. В. Планирование национальности инвестора: восстановление баланса между правами иностранных инвесторов и независимых государств // Новые горизонты международного арбитража: Сб. ст.; Под ред. А. В. Асоскова, А. И. Муранова, Р. М. Ходыкина. Вып. 3. М., 2015. С. 110–111).

⁴⁶ Schreuer C. Nationality of Investors: Legitimate Restrictions vs. Business Interests // ICSID Review — Foreign Investment Law. 2009. Vol. 24; Плохенко Е. В. Указ. соч. С. 119–124. Также см.: *Cementownia Cementownia “Nova Huta” S.A. v. Republic of Turkey*, ICSID case № ARB (AF)/06/2, Award, September 17, 2009 (*Nova Huta v. Turkey*), par. 154–157; *Pacific Rim Cayman LLC v. Republic of El Salvador*, ICSID case № ARB/09/12, Decision on the Respondent’s Jurisdiction Objections, June 1, 2012 (*Pacific Rim v. Salvador*), par. 2.47.

⁴⁷ В деле *Plama Consortium Limited v. Republic of Bulgaria*, ICSID case № ARB/03/24, Decision on Jurisdiction, February 8, 2005 (*Plama v. Bulgaria*) арбитражный трибунал признал свою юрисдикцию несмотря на возражения Ответчика. Суть возражений Болгарии сводилась к при-

Наличие оговорки об отказе от преимуществ может оказаться недостаточным основанием для лишения иностранного инвестора права воспользоваться ими. Проводя аналогию с гражданско-правовым договором, арбитры устанавливают факт реализации, а не простого существования права.⁴⁸ Чтобы завершить процедуру отказа от преимуществ, государство в некоторых случаях должно сделать специальное заявление или принять нормативный акт. Правомочность такого требования обосновывается заботой об иностранном инвесторе, который перед вложением инвестиций должен обладать полной информацией об инвестиционном режиме в государстве, принимающем инвестиции.⁴⁹

Подобный подход выхолащивает смысл оговорки об отказе от преимуществ. Главной причиной включения ее в международные инвестиционные соглашения является желание государства исключить из круга иностранных инвесторов, пользующихся преимуществами, компании, принадлежащие и контролируемые лицами из третьих стран. Очевидно, что данный вопрос неразрывно связан с юрисдикцией арбитражного трибунала, поскольку посвящен одному из ее ключевых признаков — *ratione personae*. Отрицание этой связи на основании ограниченной сферы действия вышеназванной оговорки или соображений процессуальной справедливости⁵⁰ носит искусственный характер.

Безусловно, каждый из описанных подходов имеет свои недостатки и преимущества в зависимости от того, к какой правовой культуре, школе права причисляют себя адвокаты спорящих сторон или арбитры. Вместе с тем, необходимо отметить, что сложный порядок заключения международных договоров и вступление их в силу, иногда сопряженный с принятием парламентами договаривающихся государств законодательных актов, кардинальным

мнению ст. 17 (1) ДЭХ, предусматривающей право Договаривающегося государства на отказ от предоставления преимуществ компании, принадлежащей гражданам третьего государства или контролируемой ими, если эта компания не ведет существенной деловой деятельности на территории того Договаривающегося государства, на которой оно создано. Иностранным инвестором в этом деле являлась кипрская компания Plama Consortium Limited, владеющая 75% акций болгарской компанией Nova Plama. По мнению ответчика, кипрская компания Plama Consortium Limited принадлежала и контролировалась юридическими и физическими лицами из стран, не входящих в состав участников ДЭХ: Багамских, Британских Виргинских островов и Норвегии.

⁴⁸ «По мнению трибунала, существование «права» отличается от реализации права. К примеру, сторона может обладать договорным правом на подачу иска в арбитраж; но арбитраж не возникает, пока это право не будет реализовано. Таким же образом, Договаривающаяся Сторона обладает правом по статье 17 (1) ДЭХ отказать инвестору, находящемуся под защитой, в предоставлении преимуществ по Части III; но от не требуется реализовать это право; и она может никогда это не сделать» (*Plama v. Bulgaria*, par. 155).

⁴⁹ Д. Салливан и А. Хиендл указывают на две проблемы, которые возникают на практике в связи с предъявлением этого требования. Первая заключается в отсутствии у государства информации о всех инвестиционных проектах, реализуемых на его территории, что может привести к «злоупотреблениям со стороны мелких инвесторов» (см.: Салливан Д., Хиендл А. Указ. соч.). Вторая проблема может возникнуть, если государства, принимающие инвестиции, учтут негативный опыт Болгарии и будут принимать специальные нормативные акты, направленные на лишение иностранных инвесторов преимуществ, предусмотренных ДЭХ. Очевидно, что придание этому явлению массового характера идет вразрез с объектом и целями ДЭХ (см.: Essig H. Balancing Investors' Interests and State Sovereignty: The ICSID Decision on Jurisdiction Plama Consortium Ltd. v. Republic of Bulgaria // *Transnational Dispute Management*. Vol. 4. Iss. 5. September 2007. P. 10).

⁵⁰ «Если следовать позиции Ответчика, Договаривающееся государство, применяя статью 17 (1), выступает по отношению к инвестору, подпадающему под защиту, судьей в своем собственном деле. Это лицензия на несправедливость...» (*Plama v. Bulgaria*, par. 149).

образом отличается от заключения частной сделки, которая обычно совершается путем проведения одной встречи сторон и подписания ими одного документа. При изменении, денонсации международных договоров, их отличие от частных сделок лишь усиливается. Поэтому неубедительными выглядят попытки некоторых арбитров переложить риски, связанные с отсутствием четкого правового регулирования, на государства, принимающие инвестиции. Хуже того, они провоцируют государства на денонсацию универсальных международных договоров, в частности Вашингтонской конвенции 1965 г., что наносит непоправимый ущерб не только экономике этих государств, но и развитию международного сотрудничества в области иностранных инвестиций.⁵¹

Общие выводы

Общей целью доводов, приведенных в настоящем исследовании, является обоснование нормативного подхода как оптимального способа для устранения непредсказуемости и произвола арбитров в определении статуса иностранного инвестора. Когда лицо, облеченное властью (судья) или мандатом от сторон (арбитр), остается в рамках правового поля и строго придерживается подлежащих применению источников права при разрешении спора, оно успешно избегает двух крайностей, которые были продемонстрированы выше.

Первая крайность проявляется в вопросе о допустимости косвенных исков и исков о возмещении косвенных убытков. Вместо того, чтобы обратиться к общеизвестным правовым принципам корпоративного права или правовой норме законодательства государства, принимающего инвестиции, некоторые арбитры отдают предпочтение абстрактным теоретическим конструкциям или неоправданным аналогиям.

Вторая крайность проявляется в вопросе об установлении иностранного контроля в национальной компании и сводится к прямо противоположной методике решения правовой проблемы. Выдвигается тезис об отсутствии ее правового регулирования, и предлагается руководствоваться только теми положениями, которые закреплены в соответствующем ДИС или МИС. Тем самым, все риски, связанные с пробелом в правовом регулировании несут сами стороны, что означает отказ арбитров от применения аналогии закона или права.

Обе эти крайности порождены частноправовой квалификацией отношений, возникших между государствами-участниками международного инвестиционного соглашения и иностранным инвестором. Выявить ее несостоятельность применительно к международным инвестиционным спорам — задача нормативного подхода, суть которого и была продемонстрирована в настоящем исследовании на примере статуса иностранного инвестора.

⁵¹ Описывая важность проблемы косвенных исков, Э. Ву отмечает, что современные способы ее решения повлекли выход Боливии из Вашингтонской конвенции 1965 г., появление такого намерения у Венесуэлы и Никарагуа, а также намерения Эквадора отказаться от юрисдикции МЦУИС по спорам в нефтяной и горнодобывающей областях (см.: Wu E. Op. cit. P. 135).