



**МОСКОВСКИЙ ГОСУДАРСТВЕННЫЙ УНИВЕРСИТЕТ имени М.В.
ЛОМОНОСОВА**

ЮРИДИЧЕСКИЙ ФАКУЛЬТЕТ МАГИСТРАТУРА

**Магистерская программа «Международное экономическое
(коммерческое) право»**

Выпускная квалификационная работа

«Ограничение инвестиционного планирования в международных
инвестиционных соглашениях и практике международных инвестиционных
арбитражей»

Гусева Млада Владимировна

Научный руководитель:

Ассистент

Машкова Екатерина Викторовна

Соруководитель:

Д.ю.н., профессор

Голицын Владимир Владимирович

Дата защиты: «__» _____ 2022 г.

Оценка: _____

Работа представлена на кафедру «__» _____ 2022 г.

Работа загружена в ЭБС «__» _____ 2022 г.

Москва
2022 г.

Оглавление

Введение	3
Глава. 1 Понятие и элементы инвестиционного планирования в международном инвестиционном праве.	8
1.1. Понятие и сущность инвестиционного планирования.	8
1.2. Критика инвестиционного планирования в практике арбитражных трибуналов	22
1.3. Критика международного инвестиционного планирования в литературе	32
Глава 2. Ограничения инвестиционного планирования, вытекающие из норм международных инвестиционных соглашений.	40
2.1. Ограничение возможности планирования национальности через определение инвестора в международных инвестиционных соглашениях.	40
2.2 Ограничение возможности планирования национальности инвестора через определение инвестиции в международных инвестиционных соглашениях.	51
2.3 Ограничение возможности планирования национальности инвестора через оговорку об отказе в преимуществах в международных инвестиционных соглашениях.	61
Глава 3. Ограничения инвестиционного планирования, вытекающие из принципа добросовестности.	72
3.1 Значение принципа добросовестности в международных инвестиционных отношениях.	72
3.2 Проявления принципа добросовестности на практике международных инвестиционных арбитражей.	78
3.3 Значение момента реструктуризации инвестиций для применения принципа добросовестности.	86
Заключение	94
Список использованной литературы	99

ВВЕДЕНИЕ

С развитием технологий мобильность капитала частных инвесторов растет, как растет и значимость международного инвестиционного права. Отмена двухсторонних инвестиционных договоров (далее – ДИД) между государствами и заключение между ними новых многосторонних инвестиционных соглашений, примером которого является Всеобъемлющее экономическое и торговое соглашение между Канадой и Европейским союзом (далее – Canada – EU СЕТА), как определяет ЮНКТАД, является одним из основных направлений комплексной реформы режима регулирования международных инвестиционных соглашений с целью устойчивого развития. Однако, несмотря на это, на сегодняшний день наибольший объем правового регулирования международного инвестирования осуществляется с помощью международных инвестиционных соглашений (Далее – МИС), преимущественно двухсторонних.

Эти двухсторонние инвестиционные договоры заключаются государствами в рамках международного публичного правотворчества. Тем не менее они имеют непосредственное практическое значение для международных инвесторов, которыми в основном являются частные лица. Именно МИС регулируют режим международных инвестиций, определяют права инвестора, в том числе на защиту своих инвестиций и обращение за защитой в международные трибуналы. Как было отмечено в деле *Lemire v. Ukraine*, соглашаясь на ДИД, государства предоставляют иностранным инвесторам права, которые недоступны их собственным гражданам.¹ Роль ДИД для регулирования режима инвестиций была так же была рассмотрена в деле *AIG v. Kazakhstan*, где арбитражный трибунал особенно подчеркнул применимость правил поведения, определенных в ДИД между Казахстаном и США для разрешения конкретного спора.²

¹ Joseph Charles Lemire v. Ukraine, ICSID Case No. ARB/06/18, Decision on Jurisdiction and Liability (14 January 2010). Пара.37.

² AIG Capital Partners, Inc. and CJSC Tema Real Estate Company Ltd. v. The Republic of Kazakhstan, ICSID Case No. ARB/01/6, Award (7 October 2003). Пара.10.1.2.

Таким образом, объем прав инвестора и способы разрешения возникающих споров между инвестором и государством зависят от того, какое МИС применяется к возникшим правоотношениям.

Объект исследования. В связи со значением применимого МИС для правового режима иностранных инвестиций, юридические и физические лица, осуществляя свою деятельность, нередко стремятся приобрести национальность, которая позволит им получить доступ к положениям наиболее благоприятного МИС. Эта практика является объектом исследования в данной работе.

В частности, предметом исследования являются ограничения инвестиционного планирования, которые вытекают из правил определения национальности юридического лица.

Предмет исследования ограничен исключительно вопросами определения национальности юридических лиц так как практика инвестиционного планирования более распространена в отношении юридических лиц, в том числе и потому, что смена национальности физического лица сталкивается с практическими трудностями. Это хорошо иллюстрирует замечание арбитражного трибунала в деле *Hussein Nuaman Soufraki v The United Arab Emirates*, где арбитры, установив, что Хуссеин Суфраки не смог доказать, что обладает итальянским гражданством, отметили, что если бы он осуществлял деловую деятельность в Арабских Эмиратах через созданное в Италии юридическое лицо, а не в личном качестве, то никаких проблем бы не возникло.³ Именно поэтому данная работа сосредоточена на рассмотрении ограничений инвестиционного планирования юридического лица в международном инвестиционном праве.

Актуальность исследования. На данный момент практика в отношении инвестиционного планирования не является единообразной и зависит от множества факторов. При этом, определение разумных ограничений

³ *Hussein Nuaman Soufraki v The United Arab Emirates*, ICSID Case No ARB/02/7, Award (7 July 2004). Пара. 83.

планирования национальности юридического лица имеют практическое значение как для иностранного инвестора, так и для государств.

В частности, понимание пределов инвестиционного планирования необходимо иностранному инвестору для того, чтобы минимизировать риски, возникающие при организации и реорганизации юридического лица. На данный момент планирование национальности не является запрещенным, но это не означает, что любая реорганизация юридического лица с целью доступа к положениям наиболее благоприятных МИС будет признана в международном инвестиционном арбитраже как приводящая к желаемому результату.

Что касается государств, то в случаях, когда есть основания, подтверждающие, что инвестор провел реструктуризацию юридического лица таким образом, чтобы удовлетворять определению иностранного инвестора конкретного МИС, государство-ответчик может оспорить юрисдикцию международного инвестиционного арбитража, обратившись к положениям соответствующего МИС или принципу добросовестности.

Анализ пределов инвестиционного планирования в данном случае может помочь определить наиболее эффективную линию аргументации возражений.

Цели и задачи. Соответственно целями выпускной квалификационной работы являются: определение практики инвестиционного планирования и ее сущности, выявление актуальной практики разрешения вопросов определения национальности иностранного инвестора для определения юрисдикции международного инвестиционного арбитража и поиск путей усовершенствования баланса интересов государства и иностранного инвестора в вопросах инвестиционного планирования.

В соответствии с поставленными целями сформулированы следующие задачи:

1. Раскрыть понятие инвестиционного планирования и его сущность.

2. Рассмотреть критику инвестиционного планирования в литературе и практику инвестиционных арбитражей.

3. Проанализировать возможные пути ограничения инвестиционного планирования, вытекающие из правил, сформулированных в применимых МИС.

4. Проанализировать иные способы ограничения инвестиционного планирования, в частности, применение принципа добросовестности.

5. Сформулировать рекомендации по ограничению практики инвестиционного планирования.

В соответствии с поставленными задачами выпускная квалификационная работа делится на 3 главы.

Первая глава посвящена понятию и сущности инвестиционного планирования в международном инвестиционном плане и включает в себя исследование терминологии, применяемой к рассматриваемому явлению, а также критику практики планирования национальности в литературе и практике международного инвестиционного арбитража.

Во второй главе исследовано применение положений, содержащихся в МИС для ограничения практики инвестиционного планирования. В ней рассмотрены отдельно возражения против юрисдикции международных инвестиционных арбитражей, основанные на понятии «инвестора» и «инвестиции» в применимых МИС, а также оговорки об отказе в предоставлении преимуществ.

Третья глава рассматривает применение принципа добросовестности для ограничения инвестиционного планирования, его конкретных проявлений и особенностей их практического применения.

Методологическая основа. Методологической основой выпускной квалификационной работы являются общие и частные методы исследования. В частности, для выделения признаков и характеристик исследуемых явлений и категорий с целью более конкретного их изучения применяется анализ и классификация. Обобщение и сравнение решений международного

инвестиционного арбитража и положений международных договоров, синтез, методы индукции, дедукции и аналогии позволили обобщить полученные выводы. Так же при написании выпускной квалификационной работы были использованы исторический и специально-юридический методы.

Теоретическая и практическая основа. Теоретическую основу представленной работы составляют исследования как отечественных, так и зарубежных авторов: И.З. Фархутдинова, И.В. Рачкова, А.А. Ануфриевой, С.В. Усоскина, Е.В. Попова, Дж. Баумгартнера, М. Фельдмана, Р. Дольцера, К. Шрёера, У. Криебаума, С. Шиля, С. Субеди, М. Сорнараджа и других.

Практическую основу составляют международные договоры, регулирующие режим иностранных инвестиций и решения инвестиционных арбитражей в рамках МЦУИС и ad hoc, так как положения применимого в споре МИС и общие тенденции практики инвестиционных трибуналов являются ключевыми факторами при разрешении вопросов международного инвестиционного планирования.

Научная новизна представленной работы заключается в обобщении и систематизации практики по ограничению инвестиционного планирования в современном международном инвестиционном праве, что может служить основой для дальнейшего изучения и совершенствования режима иностранных инвестиций.

На основе изученной литературы, международных договоров, нормативно-правовых актов и решений международных инвестиционных арбитражей сделаны выводы об ограничении инвестиционного планирования на данный момент и сформулированы рекомендации по разумному ограничению инвестиционного планирования государствами.

Выводы и предложения, представленные в работе, могут быть использованы в последующей практике заключения международных инвестиционных соглашений.

ГЛАВА. 1 ПОНЯТИЕ И ЭЛЕМЕНТЫ ИНВЕСТИЦИОННОГО ПЛАНИРОВАНИЯ В МЕЖДУНАРОДНОМ ИНВЕСТИЦИОННОМ ПРАВЕ.

1.1. Понятие и сущность инвестиционного планирования.

Международное инвестиционное право регулирует режим иностранных инвестиций и предоставляет иностранным инвесторам комплекс специальных прав и механизмов их защиты. Юридическим основанием прав иностранного инвестора являются в большинстве случаев двухсторонние инвестиционные договоры. Ими так же, как правило, предусматривается и особый механизм защиты прав - возможность подачи иска напрямую против государства реализации инвестиционного проекта в международный инвестиционный трибунал.

В случае, если инвестор не удовлетворяет требованиям для того, чтобы считаться иностранным инвестором по соответствующему договору или между государством национальности инвестора и принимающим государством не заключено МИС, в котором предусмотрена возможность разрешения спора в инвестиционном арбитраже, спор между инвестором и государством реализации инвестиционного проекта, вероятнее всего будет решен в судах этого государства. Этот вывод так же подтверждают правила разрешения коллизий права в международном частном праве, так как с большей вероятностью спор будет иметь наиболее тесную связь с местом реализации инвестиционного проекта.⁴

Для инвестора такая ситуация не является желательной, так как он будет опасаться отсутствия беспристрастности со стороны судов государства, против которого он хочет подать иск. Более того, во многих странах независимую судебную систему нельзя воспринимать как нечто само собой разумеющееся, и вмешательство исполнительной власти в судебные

⁴ Dolzer R., Schreuer C., Kriebaum U. Principles of International Investment Law (3rd Edition)/ Ed by. Kriebaum U., Schreuer C., Dolzer R. Oxford: Oxford Scholarly Authorities on International Law, 2022. С. 68.

разбирательства или чувство лояльности судей государству суда могут повлиять на результат.⁵

Более того, к сокращению выгод инвестора могут привести нормативно-правовые акты государства, которые формально не лишают инвесторов права собственности.⁶ Например, оспариваемые меры в деле *Eiser Infrastructure Limited and Energía Solar Luxembourg S.à r.l. v. Kingdom of Spain* включали, в том числе изменения внесенные в Королевский законодательный указ RD 661/2007 в сфере возобновляемой энергии.⁷ В таких случаях, национальные суды при поиске баланса между правами инвестора и властными полномочиями государства вероятнее отдадут приоритет последним.

Подача иска на государство реализации инвестиционного проекта в суды государства национальности инвестора или в третьи государства тоже не является эффективным способом разрешения споров. Обращение к национальным судам за пределами принимающего государства осложнено нормами государственного иммунитета. Принимающие государства, имеющие дело с иностранными инвесторами, часто действуют в порядке осуществления суверенных полномочий (*jure imperii*), а не в коммерческом качестве (*jure gestionis*).⁸ Поэтому даже в странах, которые придерживаются доктрины функционального иммунитета государства судебные иски против иностранных государств, возникающие в связи с инвестиционными спорами, скорее всего, потерпят неудачу.

Это приводит к тому, что механизм разрешения споров, предусмотренный в МИС и других соглашениях, является одной из наиболее важных гарантий защиты прав инвестора наряду с материальными гарантиями, предусмотренными в соглашениях.

⁵ Wehland H. *Forum Shopping: Investment Arbitration* / Max Planck Encyclopedias of International Law [MPIL], 2020. – П. В(1).

⁶ Dolzer R., Schreuer C., Kriebaum U. *Op cit.* С. 89-92; Reinisch, A., *Expropriation.* / Ed. by Muchlinsky, P., Ortino F. and Schreuer, C. Oxford: The Oxford Handbook of International Investment Law, 2008. С. 407-412.

⁷ *Eiser Infrastructure Limited and Energía Solar Luxembourg S.à r.l. v. Kingdom of Spain*, ICSID Case No. ARB/13/36, Final award (4 May 2017). Пара. 363.

⁸ Dolzer R., Schreuer C., Kriebaum U. *Op cit.* С. 63.

Поэтому, в случаях, когда между государством происхождения и реализации инвестиции отсутствуют соответствующие соглашения, или соглашения не предусматривают желаемой защиты инвестиций, инвесторы могут стремиться направить свои инвестиции через третье государство, чтобы обеспечить (или приобрести) наиболее выгодную процедурную или материальную защиту инвестиций, как правило, это происходит путем изменения национальности инвестора или создания конкретных инвестиционных механизмов.⁹

Например, список двухсторонних инвестиционных договоров по конкретным странам, составленный ЮНКТАД, показывает, что большинство африканских стран южнее Сахары, к которым относят 44 государства, экономическое развитие которых на сегодняшний день является одной из глобальных мировых проблем,¹⁰ приняли относительно небольшое количество двухсторонних инвестиционных договоров для защиты прав инвесторов, которые осуществляют инвестиционные проекты на территории этих государств, что значительно ограничивает вероятность предоставления возможности разрешения споров в международном инвестиционном арбитраже. За исключением Южной Африки, Эфиопии, Нигерии и Судана, все африканские государства к югу от Сахары вместе взятые являются сторонами не более восьми ДИД с другими государствами по всему миру.¹¹ Поэтому, инвесторы, желающие реализовать инвестиционные проекты в этих странах, будут стремиться приобрести национальность одного из немногих государств, заключивших с ними МИС.¹²

⁹ Усоскин С.В. Соглашения о поощрении и защите капиталовложений и учет их особенностей на этапе структурирования инвестиций в России и за ее пределами. / Журнал «Закон» № 7, 2011. С. 40. Feldman, M., Setting Limits on Corporate Nationality Planning in Investment Treaty Arbitration. / ICSID Review: Foreign Investment Law Journal, Vol. 27, No 2, 2012. С. 281-302

¹⁰ National urban policy: Sub Saharan Africa report, HS/027/17E, 2017. С.1-2.

¹¹ UNCTAD's International Investment Agreement Navigator [электронный ресурс // URL: <https://investmentpolicy.unctad.org/international-investment-agreements>

¹² Kirtley W.L. The Transfer of Treaty Claims and Treaty-Shopping in Investor-State Disputes // URL: <https://www.international-arbitration-attorney.com/wp-content/uploads/the-transfer-of-treaty-claims-and-treaty-shopping-in-investor-state-disputeswilam-lawton-kirtley.pdf> . С. 429

Вторая ситуация, когда не смотря на наличие двухсторонних инвестиционных договоров между государством осуществления инвестиционного проекта и государством происхождения инвестиции, инвестор все равно может предпочесть спланировать осуществление инвестиции таким образом, чтобы подпасть под защиту двухстороннего инвестиционного договора между государством осуществления инвестиционного проекта и третьим государством, особенно актуально для инвесторов из РФ и осуществляющих инвестиционную деятельность в РФ, так как ранние двухсторонние инвестиционные договоры, заключенные СССР,¹³ предусматривают гораздо более узкую арбитражную оговорку по сравнению с современными, и соответственно, предоставляют менее желаемые условия для инвестора.¹⁴

Так же следует упомянуть Соглашение о прекращении действия двусторонних инвестиционных договоров между государствами-членами Европейского Союза, которое вступило в силу 29 августа 2020 года. Соглашение стало следующим шагом после решения *Achmea v. Slovakia* (C-284/16), в котором Европейский Суд определил, что арбитражные оговорки между инвесторами и государством в ДИД внутри ЕС нарушают

¹³ См., например, Соглашение между Правительством СССР и Правительством Соединенного Королевства Великобритании и Северной Ирландии о поощрении и взаимной защите капиталовложений от 06.04.1989, - Ст. 8; Соглашение между Правительством СССР и Правительствами Королевства Бельгии и Великого Герцогства Люксембург о взаимном поощрении и взаимной защите капиталовложений от 09.02.1989; ст. 10. Российская федерация выразила согласие на обязательность для себя международных договоров, заключенных Союзом Советских Социалистических Республик путем уведомления глав дипломатических представительств Нотой Министерства иностранных дел РФ от 13 января 1992 года N 11-Угп «О выполнении Российской Федерацией обязательств по заключенным СССР международным договорам».

¹⁴ См., например, Соглашение между СССР и Австрийской Республикой о содействии осуществлению и взаимной защите капиталовложений от 8 февраля 1990 года // URL: http://www.consultant.ru/document/cons_doc_LAW_131323/. Ст.10; Соглашение между Правительством СССР и Правительством Соединенного Королевства Великобритании и Северной Ирландии о поощрении и взаимной защите капиталовложений от 6 апреля 1989 года // URL: http://www.consultant.ru/document/cons_doc_LAW_128815/. Ст.10; Договор СССР и Федеративной Республики Германии о содействии осуществлению и взаимной защите капиталовложений от 13 июня 1989 года // URL: http://www.consultant.ru/document/cons_doc_LAW_131322/. Ст.10; Соглашение между СССР и Испанией о содействии осуществлению и взаимной защите капиталовложений от 26 октября 1990 года // URL: http://www.consultant.ru/document/cons_doc_LAW_131324/ Ст.10; Соглашение между Правительством СССР и Правительством Канады о поощрении и взаимной защите капиталовложений от 20 ноября 1989 года // URL: http://www.consultant.ru/document/cons_doc_LAW_128168/, ст.9; Соглашение между Правительством СССР и Правительством Республики Корея о поощрении и взаимной защите капиталовложений от 14 декабря 1990 года // URL: http://www.consultant.ru/document/cons_doc_LAW_128171/. ст.9 п.2; Соглашение между Правительством СССР и Франции о взаимном поощрении и взаимной защите инвестиций от 5 июля 1989 года // http://www.consultant.ru/document/cons_doc_LAW_128816/. Ст.7.

основополагающие принципы автономии и несовместимы с законодательством ЕС, а именно, противоречат статьям 267 и 344 Договора о функционировании Европейского Союза.¹⁵ Соглашение приводит к прекращению действия ДИД внутри ЕС.¹⁶

Таким образом, для инвесторов в ЕС, инвестирующих в другое государство-член ЕС, Соглашение дает дополнительный стимул для планирования структуры организации и инвестиций так, чтобы корпоративная структура включала по крайней мере одно юридическое лицо за пределами ЕС в государстве, которое заключило международное инвестиционное соглашение с соответствующим принимающим государством. Можно предположить, что в будущем это приведет к увеличению случаев инвестиционного планирования.

Рассмотренные случаи показывают, что несмотря на большое количество заключенных ДИД, проблемы инвестиционного планирования не теряют своей актуальности, однако до сих пор как в литературе, так и в практике международных арбитражных трибуналов отсутствует единообразный подход к его определению. Наряду с понятием инвестиционного планирования, в иностранной литературе широко распространено употребление понятия «treaty shopping» (далее – «покупка договоров»),¹⁷ или даже, «treaty abuse»¹⁸ (от англ. «злоупотребление договором») при чем четкое разграничение этих понятий не проводится.

Например, Дж. Браумгатнер использует эти понятия как взаимозаменяемые,¹⁹ но при этом противопоставляет «покупку договоров» и

¹⁵ Achmea B.V. v. The Slovak Republic, UNCITRAL, PCA Case No. 2008-13. Judgement of the Grand Chamber of the European Court of Justice (6 March 2018). С.6-7. Договор о функционировании Европейского Союза от 25.03.1957 (в редакции Лиссабонского договора 2007) /2016/C202/01. Ст. 267, 344.

¹⁶ Исполинов А.С. Принципы автономности и приоритета права ЕС как оружие Суда Европейского Союза в конфликте с инвестиционными арбитражами. Часть 2. После дела Achmea. / Российский юридический журнал № 3 (138) 2021. Екатеринбург: Урал. гос. юрид. акад. С. 45-46.

¹⁷ J.Baumgartner, Treaty Shopping in International Investment Law. С. 7-27; Subedi S. International investment law. Reconciling policy and principle. Portland: Hart Publishing, 2008. С. 179.

¹⁸ Kahale G. The new Dutch sandwich: The issue of treaty abuse./ Columbia FDI Perspectives, No 48 (10 October 2011).

¹⁹ J. Baumgartner. Treaty Shopping in International Investment Law. С.7-11.

«обоснованное инвестиционное планирование».²⁰ Из этого, можно сделать вывод, что главное различие в этих двух явлениях Дж. Браумгатнер видит в субъективном умысле инвестора, а именно в том, соответствует ли инвестиционное планирование принципу добросовестности, который будет подробнее рассмотрен в 3 главе.

С. Субеди использует термины «*treaty shopping*», «*forum shopping*» и «*nationality shopping*», так же не проводя между ними различия и используя разные понятия для обозначения одного и того же случая реструктуризации юридического лица.²¹

Представляется целесообразным все же разграничивать покупку договора и инвестиционное планирование: доктрина и практика подтверждают, что так называемая покупка договора подразумевает под собой не только инвестиционное планирование, но и другие способы выбора наиболее благоприятных для инвестора положений договора. Так, в контексте покупки договора и доступа к защите интересов в международном инвестиционном трибунале, обсуждается возможность использования принципа наибольшего благоприятствования для применения положения с более широкой арбитражной оговоркой одного ДИД к инвестициям, защищаемым в соответствии с другим ДИД с более узкой арбитражной оговоркой. Такой подход к понятию покупки договора соответствует позиции Конференции ООН по торговле и развитию (ЮНКТАД), которая определяет «покупку договоров» через доступ бенефициаров из одной юрисдикции к положениям инвестиционного договора, не применимым к этой юрисдикции.²²

Следует так же подчеркнуть важное различие между инвестиционным планированием и «покупкой форума». Последний, как правило, обозначает стремление участника спора перенести рассмотрение дела в ту юрисдикцию

²⁰ Ibid.

²¹ Subedi S. Op. cit. С. 179-181

²² UNCTAD's reform package for the international investment regime. UNCTAD, 2018. С.97.

или суд, который, по его мнению, способен принять наиболее благоприятное для него решение.²³ При этом практика «покупки форума» предполагает, что у инвестора есть возможность выбрать форум разрешения споров из нескольких возможных.²⁴ В международных инвестиционных отношениях, такой выбор, чаще всего, возникает между обращением в национальные суды, международные инвестиционные трибуналы, предусмотренные соответствующим ДИД или в Международный суд ООН на основании дипломатической защиты.²⁵ Последний способ, с увеличением регулирования международных инвестиционных отношений двухсторонними и многосторонними инвестиционными договорами, предусматривающими механизм разрешения споров между инвестором и государством, утратил свою популярность, в связи с тем, что накладывает дополнительные условия на инвестора, в частности, исчерпание средств правовой защиты в принимающем государстве, но полностью, как показывает дело *A.C. Диалло*,²⁶ не исключен.²⁷ Поэтому часто, планирование национальности или «покупка договора» являются предпосылкой к появлению у инвестора возможности выбора для рассмотрения договора.²⁸

Покупкой форума, в отличие от инвестиционного планирования, так же предполагает ситуацию, когда у иностранного инвестора изначально есть доступ одновременно к нескольким механизмам регулирования спора.²⁹ Более того, несмотря на то, что большее значение вопросы планирования

²³ Black's law dictionary. Ed. by Garner B. Minnesota: West Publishing, 2009. С. 1642; Glossary of international commercial arbitration/ Ed. by Greenberg, S., Kee, C. Cambridge: Cambridge University, 2010. С. 518-526; Katia Y.-S. Improving the System of Investor-State Dispute Settlement: An Overview / Working Papers on International Investment No 2006/1 (OECD 2006) .Папа. 79-80.

²⁴ Gaukrodger D., Gordon K. Investor-State Dispute Settlement: A Scoping Paper for the Investment Policy Community / OECD Working Papers on International Investment, No 2012/3. С.51; Wehland H. Forum Shopping: Investment Arbitration. Max Planck Encyclopedias of International Law, 2020.. Папа.А(1); *National Gas SAE v Arab Republic of Egypt*, ICSID Case No ARB/11/7, Award (3 April 2014). Папа. 146.

²⁵ H.Weiland. Op. cit. - Папа. А(2).

²⁶ *Ahmadou Sadio Diallo (Guinea v Democratic Republic of Congo) (Preliminary Objections)*, 2007. ICJ Rep 582, 614. Папа. 87; *CMS Gas Transmission Company v. The Republic of Argentina*, ICSID Case No. ARB/01/8, Decision of the Tribunal on Objections to Jurisdiction (17 July 2003). Папа. 45.

²⁷ Schreuer C. Investment Protection and International Relations / A. Reinisch U. Kriebaum. The Law of International Relations – Liber Amicorum Hanspeter Neuhold. Netherlands: Eleven International Publishing, 2007. С.347-348.

²⁸ Weiland H. Op. cit. Папа. В(1).

²⁹ Baumgartner J. Treaty Shopping in International Investment Law. С. 16.

национальности инвестора получили на стадии рассмотрения юрисдикции арбитражного трибунала на разрешении споров, инвесторы при инвестиционном планировании далеко не всегда руководствуются исключительно выбором механизма разрешения спора.³⁰

Под инвестиционным планированием в Серии докладов ЮНКТАД по международным инвестиционным соглашениям понимается действия инвесторов по структуризации своих инвестиций через страны-посредники с единственной целью получения преимуществ более выгодного международного инвестиционного соглашения, в т.ч. доступа к разрешению споров в международном инвестиционном арбитраже.³¹

Таким образом, понятие «инвестиционное планирование» помогает наиболее точно определить рассматриваемое явление, и отграничить его от смежных «покупка договора» и «покупка форума». Кроме того, оно помогает избежать смещение практики инвесторов по структуризации своих инвестиций, самой по себе не являющейся недобросовестным поведением, с «покупкой договоров» в международном налоговом праве, которая практически единогласно признается негативным явлением.

Инвестиционное планирование стало активно обсуждаться в решениях трибуналов, международных форумах сотрудничества и литературе только в начале 21 века.³² Зарождение и распространение инвестиционного планирования именно в это время определяется тремя факторами.

В первую очередь, это особенности самого режима регулирования международных инвестиций, сложившегося в международном праве. Считается, что большое количество договоров, заключенных в целях защиты и либерализации иностранных инвестиций, является одним из наиболее значимых явлений международного права за последние несколько

³⁰ Aucoven v. Venezuela ICSID, Decision on Jurisdiction, 27 September 2001. <https://jusmundi.com/en/document/decision/en-autopista-concesionada-de-venezuela-c-a-v-bolivarian-republic-of-venezuela-decision-on-jurisdiction-thursday-27th-september-2001>. Пара. 124.

³¹ UNCTAD Series on Issues in International Investment Agreements II // https://unctad.org/system/files/official-document/diaeia2013d2_en.pdf. С. 29

³² Baumgartner J. Treaty Shopping in International Investment Law. С. 19–20; Emilio Agustín Maffezini v. The Kingdom of Spain, ICSID Case No. ARB/97/7, Award (13 November 2000). Пара. 63.

десятилетий.³³ В 1959 году был подписан первый современный договор по регулированию инвестиций между Германией и Пакистаном.³⁴ С тех пор число ДИД непрерывно росло в течение 30 лет примерно до 1990 года, после чего количество заключенных ДИД начали расти в геометрической прогрессии.³⁵ На момент доклада ЮНКТАД, в 2021 году действовало 2 646 международных инвестиционных соглашений, что более чем в 6 раз превышает количество действующих международных инвестиционных соглашений на конец 1989 г.³⁶

Отдельно следует обратить внимание на то, что такое количество соглашений неизбежно приводит к фрагментации международного инвестиционного права. Справедливо предположить, что в отсутствие универсального соглашения, большое количество схожих, но при этом отличающихся в определенных деталях соглашений, способствуют желанию и, что не менее важно, возможности инвесторов выбрать наиболее благоприятный для себя режим.³⁷ С другой стороны, широкие формулировки, характерные, в особенности для ранних ДИД, предоставляют аналогичные возможности инвесторам из третьих стран.³⁸

Фрагментация международного инвестиционного права не только способствует инвестиционному планированию, но и приводит к непредсказуемости правового режима,³⁹ поэтому неудивительно, что в последнее время, государства предпринимают попытки перейти к региональному регулированию инвестиционного режима, наиболее яркими

³³ Kenneth V. A Brief History of International Investment Agreements / 12(1) UC Davis Journal of International Law and Policy, 2015. С. 157–161.

³⁴ Treaty between the Federal Republic of Germany and Pakistan for the Promotion and Protection of Investments, 25 November 1959. // URL: <https://oxia.ouplaw.com/view/10.1093/law:iic/bt117.regGroup.01/law-iic-bt117>.

³⁵ UNCTAD, 'International Investment Agreements Navigator' (Investment Policy Hub) [электронный ресурс] // <http://investmentpolicyhub.unctad.org/IIA>

³⁶ UNCTAD, Recent developments in the IIA regime: acceleration IIA reform, August 2021 // https://unctad.org/system/files/official-document/diaepcbinf2021d6_en.pdf.

³⁷ Bekker P. Is Arbitration Based on «Treaty Shopping» in Jeopardy / Kluwer Arbitration Blog (17 June 2009) // <http://kluwarbitrationblog.com/2009/06/17/is-arbitration-based-on-treaty-shopping-in-jeopardy>; Kenneth V. Op. cit. С. 157–161.

³⁸ Попов Е.В. Тенденции в процессах разрешения споров между инвесторами и государствами // Российский судья. 2017. № 5. С. 58-63.

³⁹ Piernas C.J., Aronovitz A.M. New Trends in International Economic Law From Relativism to Cooperation / Publications of the Swiss Institute of Comparative Law. Geneva: Schulthess Éditions Romandes, 2018. С.75.

примерами которого являются Canada – EU CETA и Regional Comprehensive Economic Partnership (далее – RCEP), вступивший в силу 1 января 2022 года и объединивший Австралию, Бруней-Даруссалам, Вьетнам, Камбоджу, Китай, Японию, Лаосскую Народно-Демократическую Республику, Новую Зеландию, Сингапур и Таиланд, а так же прекращение действия ДИД внутри ЕС.

Вторым фактором является переход от защиты инвестиций в рамках дипломатической защиты к предоставлению инвесторам права, путем включения положений об урегулировании споров между инвестором и государством в МИС, предъявлять иск против принимающего государства. На сегодняшний день дипломатическая защита в значительной степени вытеснена защитой инвестиций на основе договоров, МС ООН в деле А.С. Диалло утверждал, что международное инвестиционное право в принципе следует рассматривать как *lex specialis* по сравнению с обычным правом дипломатической защиты.⁴⁰

Международные инвестиционные соглашения, не в последнюю очередь разрабатывались с целью устранения недостатков защиты прав инвесторов через дипломатическую защиту.

В частности, одной из основных проблем сложившейся системы являлась политизация коммерческих споров между частным лицом и принимающим государством.⁴¹ Принимая это во внимание, из подготовительных документов Конвенции МЦУИС, например, ясно видно, что она направлена, в том числе, на то, чтобы «вывести споры из сферы дипломатии и вернуть их в сферу права»: как только инвестору было предоставлено право прямого доступа в иностранное государство, он не

⁴⁰ Ahmadou Sadio Diallo (Guinea v Democratic Republic of Congo). Пара. 90.

⁴¹ Salacuse J. The Emerging Global Regime for Investment / 51 Harv Intl L J, 2010. С.42-57; Alvik I. Contracting with Sovereignty, State Contracts and International Arbitration. Oxford: Hart, 2011. Пара.15,16; Baumgartner J. Treaty Shopping in International Investment Law. С.29.

должен иметь права искать защиты у своего собственного государства, и его государство не должно иметь права вмешиваться от его имени.⁴²

Так же, принимая во внимание, что дипломатическая защита – это право, а не обязанность государства,⁴³ и она накладывает дополнительные условия на инвестора – а именно исчерпание местных способов защиты,⁴⁴ вероятность защиты прав инвестора значительно уменьшается.

Наиболее важным же, для целей инвестиционного планирования, отличием защиты прав инвестора через дипломатическую защиту и предоставление ему соответствующего права в МИС является то, что полномочия государства на дипломатическую защиту частного лица, ограничено гораздо более жесткими рамками, что хорошо прослеживается в деле Барселона Трэкшн. В частности, МС ООН подчеркнул четкое различие между компанией и ее акционерами и постановил, что Бельгия, как государство гражданства большинства акционеров, не может подавать иск о дипломатической защите от их имени против Испании, государства пребывания пострадавшей компании. Было установлено, что подать обратиться в МС ООН в данном случае может только государство инкорпорации компании, а именно Канада.⁴⁵

Таким образом, закрепление в МИС права инвестора на обращение за защитой своих интересов на прямую решило определенные проблемы, сложившиеся в обычном праве дипломатической защиты, и обеспечили более эффективную защиту интересов добросовестных инвесторов. Однако возможность прямого обращения и отсутствие четких рамок так же являются

⁴² Convention on the Settlement of Investment Disputes between States and Nationals of Other States, Documents Concerning the Origin and the Formation of the Convention, Vol II. Washington DC, 1968. С.27.

⁴³ Нагиева А.А. Дипломатическая защита: к толкованию международно-правовой клаузулы об исчерпании местных средств защиты. Московский журнал международного права. 2016; С. 79; Содиков, Ш. Д. Дипломатическая защита граждан и юридических лиц: учебное пособие для бакалавриата и магистратуры / Ш. Д. Содиков. — 2-е изд., испр. и доп. — М.: Издательство Юрайт, 2019. С. 24.

⁴⁴ Содиков, Ш. Д. Там же. С. 28; Ведель И.А. Дипломатическая защита и консульское содействие в международном праве: монография. М.: Проспект, 2021. С. 52.

⁴⁵ Barcelona Traction, Light and Power Company, Limited (Belgium v. Spain) (New Application: 1962). Judgement (5 February 1970). // URL: <https://www.icj-cij.org/public/files/case-related/50/050-19700205-JUD-01-00-EN.pdf>. Пара. 46-48.

ключевой предпосылкой для распространения инвестиционного планирования.

Наконец, не менее важным фактором является простота структуризации и реструктуризации инвестора в современных реалиях. Как будет рассмотрено в следующей главе, для удовлетворения определению инвестора в большинстве МИС, достаточно инкорпорации организации в определенной юрисдикции.

В таких условиях, организации, удовлетворяющие критерию инкорпорации без труда, могут быть созданы и, при необходимости, включены в корпоративную структуру для максимальной защиты инвестиций в условиях меняющихся политических рисков в принимающем государстве, как, например, в деле *Phoenix Action Ltd v. Czech Republic*, в котором израильское юридическое лицо было включено в структуру с внутренними чешскими инвестициями уже после возникновения спора с Чешской республикой.⁴⁶ Так же этому способствует взаимозаменяемость и простота перемещения пакетов акций, которые так же позволяет организовать структуру с юридическим лицом с необходимой национальностью. Например, в деле *Aguas del Tunari, S.A.*, после заключения инвестором концессионного договора на водоснабжение и канализацию в 1999 году началась так называемая «водная война», и местное население потребовало расторжения договора из-за опасений, что цены резко возрастут.⁴⁷ В декабре 1999 года инвестор передал пятьдесят пять процентов акций голландской компании, и последующее заявление было рассмотрено в МЦУИС на основании ДИД между Боливией и Нидерландами.

На данный момент инвестиционное планирование юридических лиц осуществляется в основном через реструктуризацию юридического лица или

⁴⁶ *Phoenix Action, Ltd. v. The Czech Republic*, ICSID Case No. ARB/06/5, Award (Apr. 15, 2009). // URL: <https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/ita0668.pdf>. Папа. 24-31.

⁴⁷ *Aguas del Tunari, S.A.*, ICSID Case No. ARB/(P/3, Decision on Respondent's Objections to Jurisdiction (21 October 2005). // URL: https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/italaw10957_0.pdf. Папа. 331.

путем уступки требований. Структуризация или реструктуризация, при этом, без сомнения является самым распространённым способом.⁴⁸

Например, корпорация *Bechtel* перенесла свою регистрацию с Каймановых островов в Нидерланды, чтобы подать в суд на правительство Боливии за убытки, которые она понесла в Боливии, потому что у Каймановых островов не было ДИД с Боливией.⁴⁹

В практике международных инвестиционных трибуналов так же можно найти примеры инвестиционного планирования через уступку требований. Инвестор уступает права требования, вытекающие из предполагаемых нарушений обязательств принимающим государством другому инвестору, на которого распространяется действие желаемого многостороннего или двухстороннего инвестиционного договора, как, например, в делах *Mihaly v Sri Lanka*⁵⁰ и *Loewen Group and Raymond Loewen v United States*.⁵¹ Однако, как можно заметить, такой способ характерен для более ранних споров. Можно предположить, что это связано с тем, что при данном способе инвестиционного планирования неизбежно возникает вопрос момента передачи права требования и его влияния на оценку действий инвестора на соответствие принципу добросовестности.

Подводя итог вышесказанному, инвестиционное планирование представляет собой действия инвесторов по структуризации своих инвестиций

⁴⁸ См., например *Banro American Resources Inc and Société Aurifère du Kivu du Maniema SARL v Democratic Republic of Congo*, ICSID Case No ARB/98/7, Award (1 September 2000) // URL: <https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/italaw6351.pdf>; *Société Générale in Respect of DR Energy Holdings Limited and Empresa Distribuidora de Electricidad del Este, SA ('EDE Este') v Dominican Republic*, LCIA Case No UN 7927, Award on Preliminary Objections to Jurisdiction (19 September 2008) // URL: <https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/ita0798.pdf>; *Autopista Concesionada de Venezuela CA (Aucoven) v Bolivarian Republic of Venezuela*, ICSID Case No ARB/00/5, Decision on Jurisdiction (27 September 2001) URL: <https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/italaw6352.pdf>; *Philip Morris Asia Limited v Commonwealth of Australia*, UNCITRAL, PCA Case No 2012-12, Award on Jurisdiction and Admissibility (17 December 2015) (redacted version) // URL: https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/italaw7303_0.pdf.

⁴⁹ *Agua del Tunari SA v Republic of Bolivia*. Пара. 60-78.

⁵⁰ *Mihaly International Corporation v Democratic Socialist Republic of Sri Lanka*, ICSID Case No ARB/00/2, Award (25 March 2002).) // URL: <https://jsumundi.com/en/document/decision/en-mihaly-international-corporation-v-democratic-socialist-republic-of-sri-lanka-award-friday-15th-march-2002>. Пара. 18-27.

⁵¹ *Loewen Group Inc and Raymond Loewen v United States of America*, ICSID Case No ARB(AF)/98/3, Award (26 June 2003). // URL: <https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/ita0470.pdf>. Пара. 46.

через страны-посредники с единственной целью получения преимуществ более выгодного международного инвестиционного соглашения.

Данное явление стало распространяться в силу фрагментации регулирования международных инвестиционных отношений, переходу от дипломатической защиты к прямому обращению инвестора к механизмам защиты инвестиций, предусмотренных в соответствующих МИС и легкости структуризации инвестиций.

Несмотря на возможные негативные коннотации, сопряженные со смежными инвестиционному планированию, терминами «покупка договора» или «покупка форума», инвестиционное планирование не является по своей природе недобросовестным поведением.

Тем не менее в конечном итоге целью инвестиционных соглашений, является взаимная защита инвесторов Договаривающихся сторон, поэтому разумные ограничения инвестиционного планирования необходимы.

1.2. Критика инвестиционного планирования в практике арбитражных трибуналов

Решения международных инвестиционных трибуналов являются вспомогательным источником международного права.⁵²

Как отмечает Е. Чела, что деятельность арбитра ограничена существующими нормами права и своим решением арбитр не создает новых норм, его назначением является толкование и применение имеющихся норм права к отдельным спорным случаям.⁵³ Таким образом, создание единой судебной практики не является основной целью инвестиционных трибуналов, которые в первую очередь, создаются для мирного урегулирования споров.

В свою очередь Д.А. Патрин приходит к выводу, что некоторые органы международного правосудия через формирование доктрины, толкование нормативного содержания соответствующих институтов международного права и путем влияния на практику государств выполняют функцию содействия развитию международного права.⁵⁴ Аналогично, арбитражные трибуналы на практике способствуют накоплению знаний о значении условий инвестиционного договора, которые неизбежно влияют на решения других арбитров. Таким образом, инвестиционный арбитраж приводит не только к урегулированию споров, но и к накоплению взаимопонимания и прояснению значения права инвестиционных договоров.

Более того, статистическое исследование аргументации, используемой трибуналами МЦУИС, показало, что при решениях инвестиционных трибуналов как МЦУИС, так и *ad hoc*, являются наиболее цитируемыми источниками толкования положений рассматриваемых ими договоров.

⁵² Статут МС ООН, ст. 38;

⁵³ Чела Е. Международный смешанный арбитраж: вопросы теории и практики. Дис. ... канд. юр. наук. М, 2012. С. 14.

⁵⁴ Патрин Д.А. Международное судебное разбирательство: История, понятие, функции. Дис. ... канд. юр. наук. М, 2005. С. 220.

На решения инвестиционных трибуналов приходится 38% от общего числа источников толкования в 98 рассмотренных решениях.⁵⁵ Если прибавить к этому юридическую доктрину, которая составила 16% юридической аргументации,⁵⁶ то можно прийти к выводу, что в совокупности толкование инвестиционных договоров в контексте международного инвестиционного арбитража состоит в основном из диалога между арбитрами и учеными в области международного инвестиционного права.

Несмотря на то, что большинство государств-ответчиков утверждают, что планирование национальности инвестора с целью обеспечить защиту прав иностранного инвестора в международных трибуналах недопустимо, поскольку инвесторы используют организацию юридического лица в своих интересах, в то время как на самом деле они не имеют права на защиту в соответствии с соответствующими МИС,⁵⁷ инвестиционные арбитражные трибуналы далеко не всегда разделяют эту позицию.

Например, в деле *Tokios Tokelés v. Ukraine*, позиция Украины заключалась в том, что подтверждение юрисдикции МЦУИС, доступ к которой был получен фактически с помощью планирования национальности инвестором, было бы равносильно разрешению гражданам Украины обращаться в международный арбитраж против собственного правительства,

⁵⁵ Gordon K., Pohl J. *Investment Treaties over Time - Treaty Practice and Interpretation in a Changing World* / OECD Working Papers on International Investment, 2015/02, OECD Publishing. С.13.

⁵⁶ Ibid.

⁵⁷ См., например, *Tokios Tokelés v. Ukraine*, ICSID Case No. ARB/02/18, Decision on Jurisdiction (Apr. 29, 2004) // URL: <https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/ita0866.pdf>; *Aguas del Tunari, S.A. v. Republic of Bolivia*; *Plama Consortium Ltd. v. Republic of Bulgaria*, ICSID Case No. ARB/03/24, Decision on Jurisdiction (Feb. 8, 2005) // URL: <https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/ita0671.pdf>; *Saluka Investments B.V. v. The Czech Republic*, Partial Award (Mar. 17, 2006) // URL: <https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/ita0739.pdf>; *The Rompetrol Group N.V. v. Romania*, ICSID Case No. ARB/06/3, Decision on Respondent's Preliminary Objection on Jurisdiction and Admissibility (Apr. 18, 2008) // URL: <https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/italaw1408.pdf>; *Phoenix Action, Ltd. v. The Czech Republic*, ICSID Case No. ARB/06/5, Award (Apr. 15, 2009); *Yukos Universal Ltd. (Isle of Man) v. The Russian Federation*, PCA Case No. AA 227, Interim Award on Jurisdiction and Admissibility (Nov. 30, 2009) // URL: <https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/ita0910.pdf>; *Mobil Corp., Venezuela Holdings, B.V. v. Bolivarian Republic of Venezuela*, ICSID Case No. ARB/07/27, Decision on Jurisdiction (June 10, 2010) // URL: <https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/ita0538.pdf>; *Pac Rim Cayman LLC v. Republic of El Salvador*, ICSID Case No. ARB/09/12, Decision on the Respondent's Jurisdictional Objections, (June 1, 2012) // URL: <https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/ita0935.pdf>.

что противоречило бы объекту и цели Конвенции МЦУИС, которыми является обеспечение форума для урегулирования международных споров.⁵⁸

В свою очередь арбитражный трибунал не согласился с доводами ответчика и исходил из принципа согласия, который проявляется в том, что Договаривающиеся стороны могут свободно определять свое согласие на юрисдикцию так узко или широко, как они намерены: они могут использовать тест контроля или оставить за собой право отказать в защите по договору заявителям, которые в противном случае могли бы обратиться за помощью в соответствии с МИС.⁵⁹ Однако, как только это согласие определено, суды должны ввести его в действие, если только это не позволит использовать Конвенцию в целях, для которых она явно не предназначалась.⁶⁰

В качестве примера негативного отношения к инвестиционному планированию часто приводят позицию арбитражного трибунала в более раннем деле *Maffezini v. Spain*, где в решении по юрисдикции была отмечена необходимость проведения различия между правомерным расширением прав и преимуществ инвестора и «покупкой договоров», которая нанесла бы ущерб политическим целям, лежащим в основе договора.⁶¹

На мой взгляд, однако данное решение не является иллюстративным в отношении инвестиционного планирования, так как речь шла об использовании режима наибольшего благоприятствования для получения доступа к положениям другого договора, не применимого к инвесторам Аргентины на территории Испании, что выходит за рамки данного исследования.

А вот в решении по делу *Phoenix v. Czech Republic* устанавливается, что двухсторонними инвестиционными договорами защищаются только инвестиции, сделанные в соответствии с международным принципом добросовестности, которые не пытаются злоупотреблять системой

⁵⁸ *Tokios Tokelés v. Ukraine*. Пара. 22.

⁵⁹ *Ibid.* Пара. 39.

⁶⁰ *Ibid.*

⁶¹ *Emilio Agustín Maffezini v. The Kingdom of Spain*. Пара. 63.

международного инвестиционного права, поэтому иск, основанный на структурировании инвестиций исключительно с целью обеспечения возможности подачи заявления в международный инвестиционный трибунал, является злоупотреблением процессом.⁶²

Мнение о том, что инвестиционное планирование само по себе не является недобросовестным, и тем более запрещенным поведением тем не менее превагирует.

Например, трибунал в деле *Aguas del Tunari*, рассматривая возражения Боливии на юрисдикцию МЦУИС отметил, что на практике такое планирование - это не редкость и – при отсутствии конкретного ограничения – размещение своих операций в юрисдикции, которая, как считается, обеспечивает благоприятную нормативно-правовую среду с точки зрения, например, налогообложения или материального права юрисдикции, включая наличие ДИД, не является запрещенным.⁶³ Хотя с решением большинства арбитров в то время был не согласен Х.Л. Альберо-Семерена, который в отдельной Декларации высказал опасение, что такая практика может привести к тому, что баланс между обязанностями и выгодой принимающего государства может быть нарушен.

Позиция, аналогичная *Aguas del Tunari* была высказана в дальнейшем в *Isolux Netherlands v. Spain*,⁶⁴ *Hydro v. Albania*,⁶⁵ *MNSS v. Montenegro*⁶⁶ и других.

Таким образом, международный инвестиционный трибунал вероятнее будет исходить из того, что структуризация инвестиций с целью обеспечить применение благоприятных для инвестора положений международных инвестиционных договоров, является правомерным инвестиционным

⁶² *Phoenix Action v. Czech Republic Award*. Пара. 113, 144.

⁶³ *Aguas del Tunari, S.A. v. Republic of Bolivia*. Пара. 330.

⁶⁴ *Isolux Netherlands v. Spain*, SCC Case V2013/153, Final award (17 July 2016). // URL: <https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/italaw9219.pdf>. Пара.701,705.

⁶⁵ *Hydro v. Albania*. Пара.548.

⁶⁶ *MNSS v. Montenegro*. Пара.182.

планированием и является основанием для применения соответствующих договоров.

При этом можно заметить, что в последнее десятилетие, отношение международных трибуналов к структурированию инвестиций с целью получения защиты определенных международных инвестиционных соглашений несколько поменялось. Все чаще, не заявляя напрямую о неправомерности такого поведения инвестора, трибуналы поднимают вопросы об ограничении данного права.

Например, в относительно недавнем решении по делу *MNSS B.V. and Recupero Credito Acciaio N.V. v. Montenegro* трибунал так же отметил, что структурирование инвестиций с целью получения защиты ДИД само по себе не является нарушением добросовестности, ожидаемой от инвестора. Однако, инвестор не будет иметь права на защиту соответствующего ДИД в том случае, если гражданство будет изменено после возникновения спора.⁶⁷

Трибунал в *ConocoPhillips v. Venezuela*, опираясь на показания свидетелей установил, что единственная деловая цель реструктуризации заключалась в том, чтобы иметь доступ к процедуре разрешения споров в МЦУИС.⁶⁸ Тем не менее, это не привело к тому, что действия инвестора были автоматически были осуждены трибуналом. Вместо этого, был проведен анализ дальнейших действий *ConocoPhillips* на территории Венесуэлы, которые, по мнению трибунала, являлись достаточным доказательством отсутствия какого-либо злоупотребления правом в конкретном случае.⁶⁹

А частичное решение о юрисдикции в *Strabag v. Poland* отмечает, что инвестиции могут быть правомерно реструктурированы и, соответственно, являться основанием для применения нового инвестиционного договора, если

⁶⁷ *MNSS B.V. and Recupero Credito Acciaio N.V. v. Montenegro*. П.182.

⁶⁸ *ConocoPhillips Petrozuata B.V., ConocoPhillips Hamaca B.V. and ConocoPhillips Gulf of Paria B.V. v. Bolivarian Republic of Venezuela*, ICSID Case No. ARB/07/30. Decision on jurisdiction (3 September 2013). // URL: <https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/italaw1569.pdf>. П. 279.

⁶⁹ *Ibid.* П. 280.

такая реструктуризация не является злоупотреблением.⁷⁰ При этом трибунал приводит примером злоупотребления процессом случаи, когда юридическое лицо осуществляет или реструктурирует свои инвестиции, чтобы получить доступ к защите по договору, когда спор уже возник или может быть предвиден.⁷¹

Обобщив приведенные примеры, можно сделать вывод, что придерживаясь так же позиции, что инвестиционное планирование не является запрещенной практикой, трибуналы стремятся обозначить ее разумные ограничения.

Проанализировав позиции трибуналов в рассмотренных решениях можно отметить следующую закономерность: в большинстве случаев, где международный инвестиционный трибунал высказывался о приемлемости инвестиционного планирования, большее значение при анализе национальности инвестора отдавалось формальным критериям понятия иностранного инвестора и инвестиций, закрепленным в применимом ДИД, в тех же случаях, где трибуналы осуждают практику инвестиционного планирования или иным образом высказываются о ее негативных последствиях, анализ помимо толкования текста применимого МИС опирается так же на принципы добросовестного поведения.

Такую дихотомию в подходах инвестиционных трибуналов можно рассмотреть с точки зрения социологической теории правопонимания, которая рассматривает правовые концепции во взаимосвязи с другими многообразными явлениями общественной жизни.⁷² Так как практика инвестиционного планирования не закреплена и не ограничена напрямую нормами права, а наполняется содержанием и регулируется непосредственно в процессе применения и толкования инвестиционного права его участниками,

⁷⁰ Strabag SE, Raiffeisen Centrobank AG and Syrena Immobilien Holding AG v. Republic of Poland, ICSID Case No. ADHOC/15/1, Partial award on jurisdiction (4 March 2020). // URL: <https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/italaw11770.pdf>. П.7.24.

⁷¹Ibid. П.7.25

⁷² Дубовицкий, В.Н. Социология права: предмет, методология и методы / В.Н Дубовицкий; Белорусский государственный университет. – Минск: Право и экономика, 2010. С.24.

социологический анализ обогащает понимание этой практики через исследование социальных факторов, участвующих в толковании применимых норм и разрешении споров, вытекающих из инвестиционного планирования.

В частности, на стадии разрешения споров необходимо обратить внимание непосредственно на арбитров.

Так называемое в социологических исследованиях «сообщество инвестиционного арбитража»⁷³ состоит из юристов, арбитров, арбитражных учреждений и ученых, специализирующихся на инвестиционном арбитраже.⁷⁴ Члены этого сообщества обладают некоторыми схожими качествами, включая основные качества арбитров, такие как нейтральность, справедливость, конфиденциальность, компетентность и эффективность.⁷⁵

При этом сообщество инвестиционного арбитража можно разделить на две подгруппы специалистов: с преимущественным профессиональным интересом и опытом работы в области частного права и в области международного публичного права.⁷⁶ Т. Вельде подчеркнул разницу между этими двумя подгруппами в их подходах к решению споров в международном инвестиционном арбитраже.⁷⁷ В то время как арбитры с преимущественным опытом работы в области частного права, как правило, подчеркивают принцип «равенства сторон» и баланса интересов частного лица и государства, арбитры, специализирующиеся на международном публичном праве склонны больше значения придавать публичным интересам и интересам государства.⁷⁸

Несомненно, большинство арбитров в международном инвестиционном праве являются экспертами как в области международного публичного права, так и частного. Более того, определенная профессиональная подготовка или

⁷³Dezalay Y., Garth B. *Dealing in Virtue: International Commercial Arbitration and the Construction of a Transnational Legal Order*. Chicago: University of Chicago Press, 1996. С.10

⁷⁴Salacuse J. *Op. cit.* С. 48.

⁷⁵Schultz T., Ortino F. *The Oxford Handbook of International Arbitration*. Oxford: Oxford Handbooks, 2010. П. 30.4.1; Park W. *Arbitrator Integrity: The Transient and the Permanent* / 46 *San Diego Law Review* 629, 2009. С. 653, 658.

⁷⁶Wälde T. *The Present State of Research Carried Out by the English-Speaking Section of the Centre for Studies and Research / Hague Academy Report on International Investment Law*, 2007. П.66ff.

⁷⁷ *Ibid.*

⁷⁸ *Ibid.*

образование не является гарантией формирования единых взглядов.⁷⁹ Тем не менее, образование, профессиональная подготовка и опыт часто способствуют формированию определенного мышления или стилю аргументации.⁸⁰ Это проявляется и в различных источниках, на которые ссылаются арбитры с преимущественным опытом работы в коммерческом арбитраже и арбитры с опытом работы в области международного публичного права в арбитражных решениях, в линии аргументации, которую они выбирают, в методах толкования, которые они предпочитают, и даже в понимании роли арбитров и урегулирования споров.⁸¹

В вопросах планирования национальности инвестора это выражается в том, что первая подгруппа скорее будет опираться на условия, обозначенные в международных инвестиционных соглашениях, ссылаясь на то, что государства должны придерживаться своей диспозитивно выраженной в данных соглашениях воле, а представители второй подгруппы, напротив, вероятнее прибегут к вопросам публичных интересов, интерпретации условий соглашения через его цели, концепцию злоупотребления правом и т.д. В инвестиционном арбитражном сообществе, как ясно видно из приведенных в начале данного параграфа примеров, изначально доминировала парадигма коммерческого арбитража.

Это объясняется целым рядом факторов, преимущественно исторически сложившейся социально-культурной дистанцией между международным инвестиционным правом и другими отраслями международного публичного права, например, правом прав человека.⁸²

Поэтому оценка современных тенденций развития международного инвестиционного права через призму социально-культурной дистанции между ними, помогает объяснить вышеупомянутое смещение практики

⁷⁹Gaillard E. *Sociology of International Arbitration* / 31 *Arbitration International*, 2015. С. 3–9.

⁸⁰Schultz T., Ortino F. *The Oxford Handbook of International Arbitration*, Oxford Scholarly Authorities on International Law [OSAIL], 2020. С. 722.

⁸¹ *Ibid.*

⁸² *Ibid.* С. 726.

международных инвестиционных арбитражей в сторону ограничения инвестиционного планирования.

Сближение особенно заметно в отношении центрального элемента социокультурной дистанции: взаимоотношениям между двумя сообществами.⁸³ Изначально отношения между инвестиционным арбитражем и вопросами публичных интересов в международном публичном праве характеризовались в некотором роде антагонизмом. Это было заметно во время попыток заключить всеобъемлющее многостороннее соглашение по инвестициям (МАИ),⁸⁴ которые потерпели неудачу в 1998 году, а также во время неудачных переговоров по разработке дополнительного соглашения ВТО по инвестициям (1996-2004):⁸⁵ один из существенных факторов, приведших к этим неудачам в переговорах, связан с противодействием с правозащитными и экологическими НПО.⁸⁶

Однако сейчас наблюдается противоположная тенденция: специалисты разных отраслей международного права сотрудничают в целях разработки инструментов, позволяющих обеспечить защиту публичных интересов, реализации целей права прав человека и экологического права в рамках существующих механизмов международного коммерческого и инвестиционного арбитража.⁸⁷ Это сотрудничество уже привело к принятию Руководящих принципов ООН по бизнесу и правам человека, а также к *Hague rules on business and human rights arbitration* (Гаагским правилам по вопросам бизнеса и прав человека в арбитраже).

Из этого следует, что стремление ограничить инвестиционное планирование обосновано поиском баланса интересов иностранного

⁸³ Wälde T. Op. cit. П.66ff.

⁸⁴ Lessons from the MAI / UNCTAD Series on issues in international investment agreements, 1999. UNCTAD/ITE/IIT/MISC. 22. С. 23-27.

⁸⁵ Peter T. Muchlinski, The Rise and Fall of the Multilateral Agreement on Investment: Where Now, 34 INT'L L. (2000). С. 1135-1137.

⁸⁶ Tieleman K. The Failure of the Multilateral Agreement on Investment (MAI) and the Absence of Global Public Policy Network: Case Study for the UN Vision Project on Global Public Policy Networks. Florence: European University Institute Firenze, 2000. С.10-16.

⁸⁷ Доклад Рабочей группы по вопросу о правах человека и транснациональных корпорациях, и других предприятиях, 76 – сессия А/76/238, 21 июля 2021. С. 3-5.

инвестора и государства таким образом, чтобы учесть не только коммерческие интересы сторон договора, но и публичные интересы и интересы мирового сообщества в целом.

Таким образом, в практике инвестиционных трибуналов инвестиционное планирование рассматривается как обычная практика поведения инвесторов.

Как следует из практики инвестиционных арбитражей,⁸⁸ само по себе инвестиционное планирование, даже если оно осуществляется исключительно с целью приобретения защиты в соответствии с наиболее благоприятным ДИД, как правило, не признается арбитражными трибуналами нарушением принципа добросовестности.

Тем не менее, принимая во внимание, что на сегодняшний день, инвестор не всегда является слабой стороной в споре, а также все большее признание необходимости учитывать публичные интересы, абсолютное большинство рассмотренных решений подтверждают необходимость установления определенных ограничений на инвестиционное планирование, чтобы исключить защиту интересов недобросовестных инвесторов.

⁸⁸ См., например, *Mera Investment v. Serbia*, ICSID, Decision on Jurisdiction, 30 November 2018. Пара.153; *Strabag et al. v. Poland*. Пара. 7.24; *Orascom v. Algeria*, ICSID, Award, 31 May 2017. Пара.542; *MNSS and RCA v. Montenegro*. Пара.182; *Niko Resources v. BAPEX & Petrobangla* ICSID, Decision on Jurisdiction, 19 August 2013. Пара. 177-178; *Tidewater v. Venezuela* ICSID, Decision on Jurisdiction, 8 February 2013. Пара. 183 – 184.

1.3. Критика международного инвестиционного планирования в литературе

Отношение исследователей к инвестиционному планированию в литературе не однозначно.

Часть исследователей открыто осуждают планирование национальности инвестора и инвестиций. Например, по мнению В.Д. Роджерса ДИД, в которых определение национальности инвестора широко сформулировано и не ограничено дополнительно оговоркой об отказе в выгодах открывают недобросовестным инвесторам возможность попытаться обосновать неудачные финансовые и деловые решения государственным регулированием, ошибками государственной макроэкономической политики или дискриминационным обращением со стороны государства реализации инвестиций.⁸⁹

Так же и Сурия Субеди, определяет инвестиционное планирование через термин *treaty shopping* как практику изменения места регистрации для получения удобной национальности инвестора без «эффективной экономической деятельности» в соответствующей стране происхождения инвестиций, чтобы воспользоваться преимуществами наиболее благоприятного для инвесторов МИС, если критерии национальности инвестора в таком МИС в этом отношении являются достаточно мягкими.⁹⁰ Автор дает негативную оценку данному явлению и отмечает, что допущение ситуации, когда инвестор может сослаться на ДИД, заключенные между государством реализации инвестиций и третьей стороной может стать разрушительным для законодательства об иностранных инвестициях.⁹¹

Однако не все авторы разделяют негативное отношение как к инвестиционному планированию, так и к более широкой практике «покупки договоров». В частности, ведущие исследователи проблем инвестиционного

⁸⁹ Rogers W.D. Of missionaries, fanatics and lawyers: some thoughts on investment disputes in Latin America / American Journal of International Law, Vol. 72, 1978. С. 121-126.

⁹⁰ Subedi S. Op. cit. С. 181.

⁹¹ Там же, - С. 182.

планирования, такие как Дж. Баумгартнер,⁹² С., К.Шрёер,⁹³ Томас Вельде,⁹⁴ С. Шиль⁹⁵ и Р.Дольцер⁹⁶ подчеркивают, что сама по себе структуризация инвестиций с целью приобретения доступа к наиболее благоприятному ДИД не является ни запрещенной, ни недобросовестной, а наоборот распространенной практикой инвесторов, выделяя при этом обоснованные опасения, которые с ней сопряжены.

В связи с этим рассмотрим подробнее, на чем основывается критика инвестиционного планирования в литературе.

Во-первых, одна из наиболее распространенных причин для критики инвестиционного планирования – это нарушение принципа взаимности.⁹⁷

В сущности, при разрешении вопроса о распространении положений рассматриваемого договора на требования конкретного инвестор, арбитражный трибунал должен установить, охватывает ли инвестиционный договор инвестора и инвестиции в его конкретной форме и конкретные сроки его приобретения.

Инвестиционные договоры, особенно двусторонние, направлены на установление взаимных прав и обязанностей между договаривающимися государствами, как было отмечено в т.ч. в деле *Standard Chartered Bank v Tanzania*.⁹⁸

Принцип взаимности в международном инвестиционном праве исходит из принципа взаимности в общем публичном международном праве. Поэтому

⁹² Baumgartner J. Treaty Shopping in International Investment Law. С. 34 – 69.

⁹³ Schreuer C. Op. cit. С.347.

⁹⁴ Wälde T. Op. cit. П.66ff.

⁹⁵ Mitchell, A.D., Sornarajah, M. & Voon, T. (eds.), *Good Faith and International Economic Law*, Oxford: Oxford University Press, 2015. С. 88-116.

⁹⁶ Dolzer R., Schreuer C., Kriebaum U. Op. cit. С. 68.

⁹⁷ John L. Resolving Concerns of Treaty Shopping in International Investment Arbitration / 5(2) Journal of International Dispute Settlement, 2015. С.358; Feldman M. Setting Limits on Corporate Nationality Planning in Investment Treaty Arbitration / ICSID Review, Vol. 27, No. 2, 2012. С. 94.

⁹⁸ *Standard Chartered Bank v United Republic of Tanzania*, ICSID Case No ARB/10/12, Award (2 November 2012). Пара. 270; Sornarajah M. Good Faith, Corporate Nationality, and Denial of Benefits // *Good Faith and International Economic Law*. Ed. by A.D. Mitchell, M. Sornarajah, T.Voon. С.121; Baumgartner J. Treaty Shopping in International Investment Law. С.39; Waibel M., Kaushal A., Chung K., Balchin C. (eds). *The Backlash against Investment Arbitration / Kluwer Law International*, 2010. С.20–21; Gaukrodger D., Gordon K., *Investor-State Dispute Settlement: A Scoping Paper for the Investment Policy Community / OECD Working Papers on International Investment*, No 2012/3. С.57

для понимания сущности этого принципа, обратимся сначала к общему публичному международному праву.

Бруно Симма определяет взаимность, как базовый элемент любых социальных отношений и, как следствие руководящий принцип создания и применения правовых норм.⁹⁹ Он поясняет, что с учетом отсутствия в международном праве централизованного механизма право применения, принцип взаимности играет важную роль: способствует саморегулированию договорных отношений, стремясь сбалансировать права и обязанности участвующих сторон.¹⁰⁰ Поэтому ожидание взаимности сторон при заключении договора являются важным гарантом стабильности и эффективности договора.

Можно выделить два элемента взаимности в международном праве: объективный, т.е. некоторый статус отношений между двумя и более государствами, при котором поведение одного государства в той или иной мере зависит от поведения другого, и субъективный, т.е. такую зависимость поведения, при которой желаемое или наоборот нежелательное поведения одного государства побуждает другое действовать определенным образом.¹⁰¹

Так же принято различать формальную и фактическую взаимность.¹⁰² Под формальной взаимностью понимается наличие взаимных прав и обязанностей сторон, присущее любому международному договору, а для фактическая взаимность подразумевает уже действительное равенство взаимных выгод сторон.¹⁰³

Международный договор с наибольшей вероятностью будет соблюдаться сторонами, если он построен не только на объективной, но и

⁹⁹ Simma B. Reciprocity / Rüdiger Wolfrum (ed), Max Planck Encyclopedia of Public International Law. Oxford: Oxford University Press, 2012. П.1.

¹⁰⁰ Ibid.

¹⁰¹ Ibid. П.2.

¹⁰² Paulus A. Reciprocity Revisited / Ulrich Fastenrath and others (eds), From Bilateralism to Community Interest-Essays in Honour of Judge Bruno Simma. Oxford: Oxford University Press, 2011. С. 116–117.

¹⁰³ Ibid. С.118.

субъективной взаимности, а предоставление взаимных выгод является движущей силой заключения большинства соглашений.¹⁰⁴

Применительно к международному инвестиционному праву, принцип взаимности действует, в сущности, таким же образом. МИС устанавливают взаимные права и обязанности между Договаривающимися государствами и в большинстве случаев взаимность в поощрении и защите иностранных инвестиций четко оговорена в преамбуле или даже в названии договоров.¹⁰⁵

Таким образом, оба Договаривающихся государства, как правило, связаны одним и тем же набором обязательств, что приводит к формальной и юридической взаимности.¹⁰⁶ Тот факт, что МИС наделяют правами непосредственно инвесторов, а не исключительно государства, так же не означает неприменимости принципа взаимности, так как, несомненно, не любой иностранный инвестор имеет право требовать возмещения ущерба от принимающего государства, но только тот, кто квалифицируется как инвестор в соответствии с определением, согласованным сторонами МИС.

Инвестиционное планирование противоречит этому принципу, так как в определенных случаях предоставляет организациям, не имеющим существенных связей с договаривающимся государством, возможность получить защиту по наиболее благоприятному МИС, даже если реальное государство отправления инвестиций не распространяет защиту на капиталовложения инвесторов из принимающего государства, т.е. государству-участнику желаемого МИС приходится предоставлять преимущества государству, которые ни фактически, ни формально не предоставляет аналогичные преимущества государству-участнику.

¹⁰⁴ Simma B. Op. cit. П.5; Paulus A., Op. cit. С. 117.

¹⁰⁵ См., например, Соглашение между правительством РФ и правительством Греческой Республики о поощрении и взаимной защите капиталовложений от 30 июня 1993 года; Соглашение между правительством РФ и правительством Чешской Республики о поощрении и взаимной защите капиталовложений от 5 апреля 1994 года; Соглашение между правительством РФ и правительством Турецкой Республики о поощрении и взаимной защите капиталовложений от 15 декабря 1997 года.

¹⁰⁶ Dolzer R., Schreuer C., Kriebaum U. Op. cit. С. 22-23

Еще один часто приводимый аргумент против инвестиционного планирования — это отсутствие согласия государств предоставлять преимущества инвестором из третьих государств.

Он исходит из того, что для того, чтобы быть связанным договорными обязательствами по защите и поощрению капиталовложений, государство должно дать на это ясно-выраженное согласие.¹⁰⁷

При этом необходимо учесть, что в 1990-е и 2000-е года, на которые пришлось самое большое количество заключения действующих в настоящее время ДИД, государства еще не сталкивались с инвестиционным планированием. Эта практика стала распространяться уже как следствие фрагментации международного инвестиционного права и особенностей формулирования норм ранних ДИД.

Следовательно, разумно предположить, что, когда государства добровольно брали на себя обязательства в соответствии с заключенными МИС, в т.ч. соглашались защищать иностранных инвесторов и разрешать инвестиционные споры в арбитраже, они не осознавали будущие последствия растущей тенденции к покупке договоров.¹⁰⁸

Более того, до середины 1990-х годов было лишь несколько инвестиционных арбитражных решений, из которых государства могли получить понимание того, какой эффект при толковании будет получать та или иная норма МИС.¹⁰⁹

Из этого следует, что во время подписания и ратифицирования МИС государства не могли знать о последствиях широких формулировок норм заключаемых МИС. Поэтому возникают сомнения, возможно ли вывести согласие государства из их первоначального согласия, учитывая кардинальную смену обстоятельств.

¹⁰⁷ John L. Op. cit. С. 360.

¹⁰⁸ Gordon K., Pohl J. Op. cit. С.360.

¹⁰⁹ Joost P. At the Edge of Chaos? Foreign Investment Law as a Complex Adaptive System, How It Emerged and How It Can Be Reformed / 29(2) ICSID Review, 2014. С. 396., *Aguas del Tunari, S.A. v. Republic of Bolivia*. Пара. 332.

Представляется, что принимая во внимание, рассмотренную выше проблему взаимности и то, что одной из основных целей заключения МИС является взаимное поощрение капиталовложений, государства не стремились взять на себя обязательства в отношении инвестиций физических и юридических лиц, не имеющих реальной связи с другими Договаривающимися государствами по соответствующему МИС.

Интересно, что к согласию государства также обращаются авторы, в попытках оправдать легитимность инвестиционного планирования.¹¹⁰ Если следовать строго формальному подходу, то выбор широких формулировок, которые позволяют инвесторам третьих государств пользоваться защитой соответствующих МИС указывает на то, что государства дали свое согласие на такие действия.¹¹¹ Это рассуждение так же имеет под собой определенную логику: государства ведут переговоры по заключению МИС как суверенные образования, которые вправе соглашаться на такие инвестиционные договоры, которые они считают полезными или необходимыми. Первой стадией создания нормы международного права как раз и является соглашение государств по поводу ее условий, формулированию, широкому или узкому.¹¹²

Однако вопрос согласия государств встает еще более остро, если рассматривать его в контексте развивающихся стран,¹¹³ которые при заключении МИС не готовы были рассматривать лавину претензий, в последствии предъявленных им.¹¹⁴

Помимо этого, все чаще можно встретить критику инвестиционного планирования, связанную с соображениями публичных интересов. Так, существует мнение, что практика инвестиционного планирования может

¹¹⁰ Baumgartener J. Op. cit. C.34, John L. Op. cit. C.360.

¹¹¹ *Agua del Tunari, S.A. v. Republic of Bolivia*. Пара. 332.

¹¹² Тункин Г.И., Теория международного права. М. : Зерцало-М, 2019. С. 81-87.

¹¹³ Попов Е.В. Тенденции в процессах разрешения споров между инвесторами и государствами // Российский судья. 2017. № 5. С. 58-63; Andrew G. Why LDCs Sign Treaties That Hurt Them: Explaining the Popularity of Bilateral Investment Treaties / 38 Virginia Journal of International Law, 1998. С. 678.

¹¹⁴ См., например, Department of Trade and Industry, Republic of South Africa, Bilateral Investment Treaty Policy Framework Review (Government Position Paper), 2009. С. 5.

отрицательно сказаться на подразумеваемой цели многих МИС - поощрении устойчивого развития принимающего государства.¹¹⁵

Как было рассмотрено выше, аспекты устойчивого развития начинают играть более заметную роль в международной инвестиционной политике. Несмотря на то, что пока еще рано говорить о сложившейся практике рассмотрения международного инвестиционного права в свете принципов устойчивого развития, данный подход требует, чтобы обязательства по МИС не мешали, а наоборот способствовали осуществлению повестки дня государств в области устойчивого развития, направленной на содействие экономическому росту и позитивным экологическим и социальным последствиям инвестиций.¹¹⁶

Инвестиционное планирование может, в том числе, мешать достижению целей устойчивого развития, так как расширение круга покрываемых инвестиций неизбежно приводит к увеличению количества исков о нарушении прав инвесторов.¹¹⁷ Соответственно, даже в случае отказа международного трибунала в рассмотрении иска на юрисдикционной стадии, ресурсы, которые могли бы быть направлены на осуществление задач устойчивого развития, уходят на арбитражные издержки.¹¹⁸

Таким образом, международное инвестиционное планирование, не являясь прямо запрещенным в международном инвестиционном праве, сталкивается с критикой в литературе.

В первую очередь возникают обоснованные опасения, в соотношении инвестиционного планирования с принципом взаимности, и необходимости согласия государств для создания нормы международного права. Это еще раз

¹¹⁵ Brundtland H.G. Our Common Future: The Report of the World Commission on Environment and Development. Oxford: Oxford University Press, 1987. С. 54.

¹¹⁶ United Nations Conference on Trade and Development, World Investment Report 2012. United Nations Publication, 2012. С.89.

¹¹⁷ Baumgartner J. Treaty Shopping in International Investment Law. С. 60-61; Cordonier Segger M.C., Gehring M. Sustainable Development in World Investment Law / Global Trade Law Series, Volume 30. Kluwer Law International, 2011. С. 620; Investor-State Dispute Settlement: A Scoping Paper for the Investment Policy Community / OECD Working Papers on International Investment, 2012/03. OECD Publishing, 2012. С. 20.

¹¹⁸ Investor-State Dispute Settlement: A Scoping Paper for the Investment Policy Community / OECD Working Papers on International Investment, 2012/03. OECD Publishing, 2012. С. 20.

показывает, что разрешение вопросов о распространении положений МИС на конкретного инвестора не должно ограничиваться формальной оценкой критериев, предусмотренных в соответствующем МИС, и инвестиционное планирование должно быть ограничено разумными требованиями, вытекающими как из текста норм договоров, так и из толкования договоров в соответствии с принципом добросовестности.

На основании изложенного в первой главе автор приходит к следующим выводам:

1. Инвестиционное планирование представляет собой действия инвесторов по структуризации своих инвестиций через страны-посредники с единственной целью получения преимуществ более выгодного международного инвестиционного соглашения.

2. Инвестиционными трибуналами инвестиционное планирование рассматривается как обычная практика поведения инвесторов и сама по себе не является запрещенной, даже если направлена исключительно на получение доступа к выгодам наиболее благоприятного МИС.

3. При этом инвестиционное планирование содержит в себе некоторые риски для государств осуществления инвестиций: а именно, отсутствие взаимности прав и обязательств со стороны государства отправления инвестиций, отсутствие согласия на защиту прав и интересов иностранного инвестора этого государства, а так же препятствия для устойчивого развития.

4. Для соблюдения баланса между интересами государства и иностранного инвестора, инвестиционное планирование должно быть ограничено разумными требованиями, вытекающими как из текста норм договоров, так и из толкования договоров в соответствии с принципом добросовестности.

ГЛАВА 2. ОГРАНИЧЕНИЯ ИНВЕСТИЦИОННОГО ПЛАНИРОВАНИЯ, ВЫТЕКАЮЩИЕ ИЗ НОРМ МЕЖДУНАРОДНЫХ ИНВЕСТИЦИОННЫХ СОГЛАШЕНИЙ.

2.1. Ограничение возможности планирования национальности через определение инвестора в международных инвестиционных соглашениях.

Как было рассмотрено ранее, одним из механизмов защиты прав иностранного инвестора является право обращения с иском к государству реализации инвестиционного проекта в международный трибунал. Важную роль при этом играет следующее: попадает ли инвестор под определение инвестора и чьи интересы защищаются соответствующим международным инвестиционным соглашением, так как это является ключевым условием для определения возможности такого обращения.¹¹⁹

Например, необходимо учитывать, что при определении круга организаций, охватываемых международным инвестиционным соглашением, стороны могут включать или исключать определенные категории юридических лиц, например: филиалы предприятий, некоммерческие организации и/или государственные организации или организации, не являющиеся юридическими лицами.¹²⁰

При этом несправедливо утверждать, что при отсутствии выраженного включения государственных организаций в качестве охватываемых инвесторов, они не могут быть признаны таковыми для целей разрешения спора в международном инвестиционном арбитраже.

Например, в деле *CSOB v. Slovakia* ответчик оспаривал компетенцию Трибунала, утверждая, что так как заявитель, банк, это - государственное учреждение Чешской Республики, а не независимое коммерческое предприятие, по существу он осуществлял государственную деятельность.

¹¹⁹ Рачков И.В. Обзор решений международных инвестиционных арбитражей за 2017–2018 годы: вопросы компетенции (юрисдикции) и приемлемости иска / Международное правосудие № 4 (32), 2019. С. 111. Subedi S. Op. cit. С. 181.

¹²⁰ UNCTAD Series on Issues in International Investment Agreements II // URL: https://unctad.org/system/files/official-document/diaeia2013d2_en.pdf. С. 53

Трибунал отклонил это утверждение. Он постановил, что доступ к механизму защиты прав через арбитраж не зависит от частичной или полной принадлежности компании государству. Решающим критерием является то, какую деятельность осуществляет компания по существу, о которой следует судить по ее характеру в конкретном случае.¹²¹

Что касается юридических лиц, не зарегистрированных в соответствии с правом соответствующего государства, то, как правило, такие организации и ассоциации не будут пользоваться правовой защитой.¹²² Тем не менее, двухсторонний инвестиционный договор может предусматривать иное. Например, в ДИД между Аргентиной и Германией предусматривается, что «гражданином» для целей договора является «любое юридическое лицо и любая коммерческая или иная компания, или ассоциация, не зависимо от того, является ли она юридическим лицом».¹²³

Однако абсолютное большинство споров, связанных удовлетворением критериев определения инвестора в соответствующем ДИД возникает в связи с определением национальности юридического лица.¹²⁴ Во-первых, материальные и процедурные гарантии, установленные в определенных МИС с целью поощрения инвестиционной деятельности, применяются к ограниченной группе инвесторов - граждан государства - участника данного МИС. Во-вторых, юрисдикция инвестиционного арбитража определяется, среди прочего, национальностью истца. Это приводит к тому, что государства-

¹²¹ Ceskoslovenska Obchodni Banka, A.S. v. The Slovak Republic, ICSID Case No. ARB/97/4. Decision of the tribunal on the objections to jurisdiction. URL: <https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/ita0144.pdf>. Пап. 18.

¹²² Consorzio Groupement LESI—Dipenta v Republique Algerienne, Award (10 January 2005). // URL: <https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/italaw4321.pdf>. Пап. 37-41; Impregilo v Pakistan, Decision on Jurisdiction (22 April 2005). // URL: <https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/ita0422.pdf>. Пап. 131–139.

¹²³ Tratado entre la Republica Federal de Alemania y la Republica Argentina sobre Promocion y Proteccion Reciproca de Inversiones // URL: <https://investmentpolicy.unctad.org/international-investment-agreements/treaty-files/92/download>. Ст.1 (4).

¹²⁴ UNCTAD Series on Issues in International Investment Agreements II // https://unctad.org/system/files/official-document/diaeia2013d2_en.pdf. С. 53

ответчики нередко прибегают к национальности инвестора, как к основному аргументу оспаривания юрисдикции международного трибунала.¹²⁵

Таким образом, понимание концепции национальности и ее значения в инвестиционном праве имеет решающее значение для определения пределов инвестиционного планирования.

При этом универсально признанного определения инвестора-гражданина договаривающейся стороны не существует. Вместо этого государства согласовывают определение в заключаемых МИС.

Для примера обратимся к Вашингтонской Конвенции 1965 года о порядке разрешения инвестиционных споров между государствами и иностранными лицами (Далее – Вашингтонская Конвенция 1965), так как на данный момент, абсолютное большинство инвестиционных споров передаются на рассмотрение в рамках Международного центра по урегулированию инвестиционных споров (Далее – МЦУИС): к 1 января 2021 года было зарегистрировано 1104 публично известных спора между иностранными инвесторами и государствами,¹²⁶ из которых 895 было передано на рассмотрение институциональному арбитражу под эгидой МЦУИС,¹²⁷ популярность которого обоснована в том числе эффективностью исполнения его решений и тем, что передача спора на рассмотрение в МЦУИС предусмотрена в большинстве ДИД.¹²⁸

Статья 25 Вашингтонской Конвенции 1965 устанавливает, что для рассмотрения МЦУИС необходимо, чтобы спор возник между

¹²⁵ См., например, *Tokios Tokelés v. Ukraine*, ICSID Case No. ARB/02/18, Decision on Jurisdiction (Apr. 29, 2004) // URL: <https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/ita0866.pdf>; *Aguas del Tunari, S.A. v. Republic of Bolivia*; *Plama Consortium Ltd. v. Republic of Bulgaria*, ICSID Case No. ARB/03/24, Decision on Jurisdiction (Feb. 8, 2005); *Saluka Investments B.V. v. The Czech Republic*, Partial Award (Mar. 17, 2006); *The Rompetrol Group N.V. v. Romania*, ICSID Case No. ARB/06/3, Decision on Respondent's Preliminary Objection on Jurisdiction and Admissibility (Apr. 18, 2008); *Phoenix Action, Ltd. v. The Czech Republic*, ICSID Case No. ARB/06/5, Award (Apr. 15, 2009); *Yukos Universal Ltd. (Isle of Man) v. The Russian Federation*, PCA Case No. AA 227, Interim Award on Jurisdiction and Admissibility (Nov. 30, 2009); *Mobil Corp., Venezuela Holdings, B.V. v. Bolivarian Republic of Venezuela*, ICSID Case No. ARB/07/27, Decision on Jurisdiction (June 10, 2010); *Pac Rim Cayman LLC v. Republic of El Salvador*, ICSID Case No. ARB/09/12, Decision on the Respondent's Jurisdictional Objections, (June 1, 2012).

¹²⁶ World Investment Report 2021 - Investing in sustainable recovery, UNCTAD/WIR/2021, 21 June 2021. С. 129.

¹²⁷ База дел МЦУИС [электронный ресурс] // <https://icsid.worldbank.org/cases/case-database>

¹²⁸ Ануфриева А.А., Исполинов А.С. Двусторонние договоры государств-членов ЕС о защите иностранных инвестиций и право ЕС / Российское правосудие №8 (76). М.: Статут, 2012. С. 7.

Договаривающимся государством и «гражданином другого Договаривающегося государства». Статья 25(2)(b) в свою очередь определяет «гражданина другого Договаривающегося государства» как «любое юридическое лицо, имеющее гражданство Договаривающегося государства, иного, чем государство-участник спора».

Таким образом, Вашингтонская Конвенция 1965 не закрепляет метод для определения национальности юридических лиц, оставляя эту задачу на разумное усмотрение Договаривающихся Сторон. Широкое определение предоставляет сторонам свободу для согласования значения термина «гражданин принимающего государства» и любого положения о национальности, сделанного в связи с согласительной или арбитражной оговоркой в конкретном МИС.¹²⁹

К тому же выводу приходят исследователи данной проблемы в литературе.

Широкие полномочия Договаривающихся сторон в определении гражданина другой договаривающейся стороны подчеркивает Профессор К. Шройер,¹³⁰ который при этом добавляет, что любое разумное определение национальности юридических лиц, содержащееся в применимом договоре, должно быть принято соответствующей арбитражной комиссией или трибуналом.¹³¹

Дж. Баумгартнер, опираясь на решение МС ООН в споре *Nationality Decrees in Tunis and Morocco*, так же приходит к выводу, что определение гражданства физического или юридического лица является по своей природе внутренним делом государства.¹³² Тем не менее, определение гражданства в международном инвестиционном праве имеет экстерриториальные

¹²⁹ Broches A. *The Convention on the Settlement of Investment Disputes between States and Nationals of Other States*. Volume 136. / *Collected Courses of the Hague Academy of International Law*. Consulted online on 19 March 2022. C. 359-360.

¹³⁰ Schreuer, C., Malintoppi, L., Reinisch, A., & Sinclair, A. *The ICSID Convention: A Commentary* (2nd ed.). Cambridge: Cambridge University Press, 2009. C. 286.

¹³¹ Ibid.

¹³² Advisory Opinion No. 4, *Nationality Decrees Issued in Tunis and Morocco*, 4, Permanent Court of International Justice, 7 February 1923 // URL: <https://www.refworld.org/cases,PCIJ,44e5c9fc4.html> [accessed 19 March 2022] C.70.

юридические последствия, в частности возникновение обязательств предоставления определенных гарантий иностранному инвестору в соответствии с МИС, и поэтому достигается согласованием воле Договаривающихся государств.

Таким образом, критерии определения национальности инвестора зависят от конкретной формулировки в норме международного права, на основании которой инвестор стремится получить доступ к защите своих интересов в международном инвестиционном трибунале, которое чаще всего определено в соответствующем МИС.¹³³

Как правило, в литературе выделяют три критерия определения национальности инвестора, чаще всего предусматриваемых в МИС:¹³⁴ 1 - Тест инкорпорации или, по-другому, места регистрации. 2 - Тест места нахождения администрации или, как его обычно называют в решениях арбитражных трибуналов, *siege social*. 3 - Тест контроля.

Отметим, что тест инкорпорации на данный момент является самым распространенным в действующих МИС.

В том числе и среди действующих МИС РФ. На данный момент от имени правительства РФ и от имени правительства СССР в общей сложности было заключено 82 двухсторонних инвестиционных соглашения, из которых вступили в силу и действуют на сегодняшний день 65, из них 45 содержат единственное требование к национальности юридического лица – место инкорпорации. (См. Приложение 1)

При этом, этот критерий является наиболее благоприятным для инвестиционного планирования. В большинстве случаев, за редким исключением, трибуналы полагаются на формальный критерий гражданства, который договаривающиеся стороны включили в свои МИС, т.е. как правило, для удовлетворения критерия инкорпорации достаточно номинально учредить

¹³³ *Rompetrol v. Romania*. Пара. 81-83.

¹³⁴ Roos V.O., Roeline K. *Dutch Bilateral Investment Treaties: A gateway to 'treaty shopping' for investment protection by multilateral companies*. Amsterdam: Centre for Research on Multinational Corporations, 2011. С.23; M. Feldman. *Op. cit.* С.283.

компанию в соответствии с законодательством желаемого государства происхождения.¹³⁵ Как следствие трибуналы терпимо относятся к практике, при которой инвестор ссылается на гражданство, приобретенное в результате корпоративной реструктуризации, чтобы воспользоваться защитой договора.

Ярким примером является дело *Saluka v. Czech Republic*. Истцом в деле выступило юридическое лицо, зарегистрированное в соответствии с законодательством Нидерландов. Чешская Республика заявила возражения против юрисдикции трибунала *ad hoc*, потому что фактически «*Saluka*» была всего лишь корпоративной структурой для приобретения национальности Нидерландов, которая контролировалась ее японскими владельцами.¹³⁶ При этом в определении инвестора в ДИД между Чехией и Нидерландами, в соответствии с которым решался вопрос о юрисдикции, содержался тест инкорпорации. А именно, в соответствии со ст. 1(b)(ii) понятие «инвестор» включает в себя «юридические лица, созданные в соответствии с законодательством Договаривающегося государства».

Трибунал ясно выразил свою поддержку аргументу о том, что компания, которая не имеет реальной связи с государством - участником ДИД и которая на самом деле является просто подставной компанией, контролируемой другой компанией, которая не учреждена в соответствии с законодательством этого государства, не должна иметь права ссылаться на положения этого договора.¹³⁷

Тем не менее, возражения ответчика все равно были отклонены. Трибунал обосновал свою позицию тем, что фактически он не может навязать сторонам определение термина «инвестор», отличное от того, которое они сами согласовали. Это согласованное определение требовало только того, чтобы заявитель-инвестор был учрежден в соответствии с законодательством Нидерландов, и Трибунал не вправе устанавливать другие требования.¹³⁸

¹³⁵ Baumgartner J. Op. cit. С. 32.

¹³⁶ *Saluka v Czech Republic*. Пара. 1, 73, 183-186.

¹³⁷ Ibid. Пара. 240

¹³⁸ Ibid. Пара. 241.

В связи с этим представляется, что при согласовании последующих МИС между РФ и другими государствами, следует рассмотреть возможность отступления от теста инкорпорации и закрепления более высокого стандарта национальности юридического лица.

Что касается теста места нахождения администрации и теста контроля, они не получили такого же единообразного толкования в практике международных инвестиционных трибуналов и предлагают более эффективную защиту государства от инвестиционного планирования.¹³⁹

Рассмотрим тест места нахождения администрации на примере дела *Tenaris v. Venezuela I*. Трибунал пришел к выводу, что в международном праве не существует устоявшегося содержания данного теста в контексте определения *ratione personae*, и его так же невозможно вывести из практики государств.¹⁴⁰ Однако в любом случае его нельзя толковать как формальный критерий, подразумевающий исключительно адрес юридического лица по корреспонденции или официального офиса.¹⁴¹ Поэтому для определения национальности юридического лица в соответствии с данным тестом, необходимо учитывать фактическую деятельность компании.¹⁴²

А в деле *CEAC v. Montenegro*, В.Парк в своем отдельном мнении, так же руководствуясь тем, что у термина «*siege*», используемого в ДИД между Кипром и Сербией и Черногорией, нет устоявшегося определения, пришел к кардинально противоположному выводу. Он отметил, что если бы государства стремились ограничить охватываемых соглашением инвесторов на основании того, ведут ли они фактическую деятельность по управлению организацией на территории Договаривающихся государств, то они могли бы уточнить этот тест, сформулировав его как место «эффективного» или «фактического» управления. Арбитражный трибунал в свою очередь, по мнению В.Парка, не

¹³⁹ Feldman, M. Op. cit. С. 283.

¹⁴⁰ *Tenaris S.A. and Talta - Trading e Marketing Sociedade Unipessoal Lda. v. Bolivarian Republic of Venezuela I*, ICSID Case No. ARB/11/26, Award (29 January 2016). Пара.144.

¹⁴¹ Ibid. Пара.150.

¹⁴² Ibid. Пара.200.

должен вводить дополнительные требования по своей инициативе.¹⁴³ Такой подход так же разделило большинство арбитров в деле *Mera v. Serbia*.¹⁴⁴

Таким образом, учитывая, относительно небольшое количество дел, в которых юрисдикция *ratione personae* была определена в соответствии с тестом места регистрации, и отсутствие единообразного подхода к его толкованию, существенным минусом этого теста для определения национальности инвестора является отсутствие предсказуемости его применения.

С другой стороны, определяя содержание теста в каждом конкретном случае, в виду отсутствия общепринятого понимания в международном праве трибуналы отмечают необходимость обращения национальному законодательству.¹⁴⁵

Из этого следует, что, если практика государств, заключивших МИС, свидетельствует о том, что они не ограничивают применение теста формальными признаками, он так же может быть эффективен при ограничении инвестиционного планирования.

Что касается теста контроля, он означает, что юридическое лицо считается инвестором того государства, гражданами которого являются владеющие и контролирующие его лица.¹⁴⁶ Применяя этот тест, вместо того, чтобы изучать природу самого юридического лица, необходимо обратиться к гражданству лица (лиц), стоящих за ним. Нельзя не отметить, что при таком подходе, корпорация является скорее инвестиционным инструментом, чем фактическим независимым инвестором. Теория контроля используется не так широко, как два других теста, и фактически в большинстве случаев она сочетается с другими показателями национальности.¹⁴⁷ Например, в МИС, заключенных РФ данный критерий не используется вообще.

¹⁴³ *CEAC Holdings Limited v. Montenegro*, ICSID Case No. ARB/14/8, Separate Opinion of William W. Park, 26 July 2016. Пара.22.

¹⁴⁴ *Mera Investment Fund Limited v. Republic of Serbia*. Пара. 94.

¹⁴⁵ *Mera Investment Fund Limited v. Republic of Serbia*. Пара. 89; *Tenaris S.A. and Talta - Trading e Marketing Sociedade Unipessoal Lda. v. Bolivarian Republic of Venezuela I*. Пара.167, 169.

¹⁴⁶ Baumgartner J. Op. cit. C.73.

¹⁴⁷ Perkams M. *The Determination of Nationality of Investors in International Investment Agreements (IIAs)—Taking Stock of the Criteria Used in Modern Investment Law / ILA German Branch, Determination of the Nationality of Investors under Investment Protection Treaties*, 2011. C.15.

Преимущество этого теста состоит в том, что он исследует реальные экономические связи между инвестором и государством, тем самым избегая потенциальные злоупотребления корпоративной структурой.¹⁴⁸ Однако ее основным слабым местом является сложность в определении контролирующих лиц в сложных корпоративных структурах и, в частности, в случае акционерных компаний, риск частой смены гражданства, поскольку акции, как правило, свободно передаются.¹⁴⁹

В связи с этим, тест контроля не получил большого распространения как самостоятельный критерий в определении понятия «инвестора» в МИС. Однако он имеет большое значение для толкования большинства оговорок об отказе в предоставлении преимуществ.¹⁵⁰

Помимо рассмотренных критериев, на мой взгляд, практика государств по реформированию режима регулирования международных инвестиций подтверждает необходимость выделения дополнительного теста определения национальности инвестора. Это ярко видно на примере трех региональных торговых соглашений, включающих, в т.ч. регулирование инвестиций: RCEP, Canada – EU CETA и USMCA. Все три соглашения предусматривают дополнительный критерий, который прежде не выделялся, как распространенный для регулирования отношений в международном инвестиционном праве: осуществление существенной хозяйственной деятельности на территории государства.¹⁵¹

Как видно из подготовительных документов, в частности Canada – EU CETA, включение требования осуществления существенной хозяйственной деятельности на территории государства в определение «инвестора», было

¹⁴⁸ UNCTAD, Scope and Definition, A Sequel, UNCTAD Series on Issues in International Investment Agreements II. United Nations, 2011 // http://unctad.org/en/Docs/diaeia20102_en.pdf. С.84;

¹⁴⁹ Ester G. Returning to the Issue of Nationality Case Comments / Journal of World Investment and Trade 17, Issue 5, 2016. С. 833-842.

¹⁵⁰ См., например, Agreement between the Government of Canada and the Government of Barbados for the reciprocal promotion and protection of investments (1996) // URL: <https://investmentpolicy.unctad.org/international-investment-agreements/treaty-files/280/download>; Agreement between Canada and The Republic of Peru for the promotion and protection of investments (2004) // URL: <https://investmentpolicy.unctad.org/international-investment-agreements/treaty-files/626/download>.

¹⁵¹ См. Canada – EU CETA, ст. 8.1; Regional Comprehensive Economic Partnership (RCEP), Ст. 10.1; The United States-Mexico-Canada Agreement (USMCA), Ст.14.1.

предложено Канадой как раз в целях того, чтобы сократить возможности инвестиционного планирования со стороны компаний, которые фактически не имеют существенной связи с государством национальности.¹⁵²

При этом требование осуществления существенной хозяйственной деятельности встречалось в МИС и ранее,¹⁵³ и уже подвергались толкованию в арбитраже.¹⁵⁴

Например, в деле *Pac Rim v. El Salvador* было установлено, что в соответствии с требованием «существенной хозяйственной деятельности» необходимо отличать традиционную холдинговую компанию от подставной. Трибунал пришел к выводу, что традиционная холдинговая компания характеризуется обычно «наличием совета директоров, протоколов правления, постоянного физического присутствия на территории государства и банковского счета», а так же «активным владением акциями дочерних компаний и управлением ими» в отличие от «номинальной, пассивной, ограниченной и несущественной деятельности», характерной для корпоративных структур, учрежденных с целью планирования национальности инвестора.¹⁵⁵

Таким образом, государства, заключая между собой МИС, могут согласовать понятие «инвестора» таким образом, чтобы ограничить возможность инвестиционного планирования. Так, при рассмотрении возражений ответчика, основанных на понятии «инвестора», предусматривающего тест места осуществления администрации, контроля или существенной экономической деятельности, Трибунал вероятнее всего будет определять наличие юрисдикции *ratione personae*, основываясь на

¹⁵² Bernasconi-Osterwalder N. Commentary to the Draft Investment Chapter of the Canada-EU Comprehensive Economic and Trade Agreement (CETA) / IISD Report May, 2013. С.8.

¹⁵³ См., например, Agreement between the Czech and Slovak Federal Republic and the Swiss Confederation on the promotion and reciprocal protection of investments (1991) // URL: <https://investmentpolicy.unctad.org/international-investment-agreements/treaty-files/2264/download>; Соглашение между Правительством СССР и Швейцарским Федеральным Советом о поощрении и взаимной защите капиталовложений от 1 декабря 1990 года // URL: http://www.consultant.ru/document/cons_doc_LAW_128170.

¹⁵⁴ *Pac Rim Cayman LLC v Republic of El Salvador*, ICSID Case No ARB/09/12, Decision on the Respondent's Jurisdictional Objections (1 June 2012); *Alps Finance and Trade AG v Slovak Republic*, UNCITRAL, Award (5 March 2011).

¹⁵⁵ *Pac Rim Cayman LLC v Republic of El Salvador*. Пара.4.72, 4.75.

фактических связях инвестора с предполагаемым государством национальности, а не на формальной оценке. Однако, на данный момент, большинство МИС предусматривают тест инкорпорации, как единственное требование для определения национальности. Как показывает практика, в таком случае трибуналы не стремятся выйти за рамки рассмотрения формальной регистрации юридического лица, а значит фактически реструктуризация юридического лица с целью получения доступа к наиболее благоприятному МИС ничем не ограничена.

Из этого следует, что в большинстве случаев ответчику придется полагаться на другие способы ограничения практики инвестиционного планирования.

2.2 Ограничение возможности планирования национальности инвестора через определение инвестиции в международных инвестиционных соглашениях.

Вопрос о том, имеет ли инвестор право на защиту соответствующего МИС, неотделим от вопроса о том, имеют ли право на защиту в соответствии с данным инвестиционным договором сделанные этим инвестором инвестиции. Инвестор должен продемонстрировать не только национальность предполагаемого государства отправления инвестиций, но и то, что инвестиции, по поводу которых возникает спор, защищены в соответствии с указанным инвестиционным договором. При рассмотрении инвестиционного планирования, в связи с этим возникает закономерный вопрос: достаточно ли инвестору, изначально не имеющему соответствующего гражданства, приобрести активы инвестиционной структуры, подпадающие под действие соответствующего МИС для защиты в соответствии с его положениями.

Поэтому, при рассмотрении ограничений планирования национальности инвестора в МИС, необходимо рассматривать не только ограничения по субъектам, но и по объекту спора.

Как и в случае определения инвестора, общепризнанного международно-правового определения понятия инвестиций не существует.

Обратимся вновь к Вашингтонской Конвенции 1965. Статья 25(1) Конвенции ограничивает юрисдикцию МЦУИС *ratione materiae* юридическими спорами, возникающими в связи с покрываемыми инвестициями. Как и в случае с понятием «инвестора», разработчики Конвенции отсутствие определения понятия «инвестиций» обеспечивает гибкость определению понятия Договаривающимися сторонами.¹⁵⁶

Несмотря на то, что в соответствии со сложившейся практикой трибуналы рассматривают инвестиции на соответствие как применимому

¹⁵⁶ UNCTAD, *Scope and Definition, A Sequel*, UNCTAD Series on Issues in International Investment Agreements II. United Nations, 2011 // http://unctad.org/en/Docs/diaeia20102_en.pdf. С.52, Baumgartner J. *Treaty Shopping in International Investment Law*. С.147; Коммерческое (предпринимательское) право: учебник: в 2 т. / под ред. В. Ф. Попондопуло. – 5-е изд., перераб. и доп. – М.: Проспект, 2017. С.405.

МИС, так и Вашингтонской Конвенции 1965,¹⁵⁷ как правило, опираясь при этом на так называемые критерии Салини,¹⁵⁸ все большее число трибуналов рассматривает их в качестве общих характеристик инвестиций, на которые следует опираться для исключения существования инвестиций для целей юрисдикции *ratione materiae* в крайних случаях.¹⁵⁹

Таким образом, содержание «инвестиций» по смыслу статьи 25 Вашингтонской Конвенции 1965 г рассматривается без ущерба для понятия инвестиций, определенного Договаривающимися сторонами в соответствующем МИС.¹⁶⁰

В связи с тем, что целью данного исследования является определение возможности использования понятия «инвестора» в МИС для ограничения практики инвестиционного планирования, представляется целесообразным опустить рассмотрение решений трибуналов по юрисдикции *ratione materiae* в целом, и перейти непосредственно к потенциальным ограничениям.

Как арбитражным трибуналам МЦУИС, так и арбитражным трибуналам *ad hoc* приходилось разрешать вопрос о том, входит ли в юрисдикцию *ratione materiae* трибунала передача акций местных инвестиций в рамках корпоративной группы. Ответчики в таких случаях опираются на то, что передача или приобретение инвестиций в таком случае является не более чем фиктивной сделкой, целью которой является доступ к защите в соответствии

¹⁵⁷ *Ceskoslovenska Obchodni Banka AS (CSOB) v Slovak Republic*. Пара. 68; *Fedax NV v Bolivian Republic of Venezuela*, ICSID Case No ARB/96/3, Award on Jurisdiction (11 July 1997). Пара. 28–29; *Joy Mining Machinery Limited v Arab Republic of Egypt*, ICSID Case No ARB/03/11, Award on Jurisdiction (30 July 2004). Пара. 43, 48; *Toto Costruzioni Generali SpA v Republic of Lebanon*, ICSID Case No ARB/07/12, Decision on Jurisdiction (11 September 2009). Пара. 66; *Malaysian Historical Salvors v Government of Malaysia*, ICSID Case No ARB/05/10, Award (28 May 2007). Пара. 55; *Phoenix Action v Czech Republic*. Пара. 74.

¹⁵⁸ *Salini Costruttori SpA and Italstrade SpA v Kingdom of Morocco*. Пара.52; *Bayindir Insaat Turizm Ticaret Ve Sanayi AS v Islamic Republic of Pakistan*, ICSID Case No ARB/03/29, Decision on Jurisdiction (14 November 2005). Пара.130; *Jan de Nul NV and Dredging International NV v Arab Republic of Egypt*, ICSID Case No ARB/04/13, Decision on Jurisdiction (16 June 2006). Пара. 91.

¹⁵⁹ *Alpha Projektholding GmbH v Ukraine*, ICSID Case No ARB/07/16, Award (8 November 2010). Пара. 311; *Jan Oostergetel and Theodora Laurentius v Slovak Republic*, UNCITRAL, Decision on Jurisdiction (30 April 2010). Пара.162; *Philip Morris Brands Sàrl, Philip Morris Products SA and Abal Hermanos SA v Oriental Republic of Uruguay*. Пара. 206.

¹⁶⁰ *Azurix Corp v Argentine Republic*, ICSID Case No ARB/01/12, Decision on Jurisdiction (8 December 2003). Пара. 62-65.

с МИС.¹⁶¹ В частности, возражения ответчиков могут вытекать из того, что реорганизация активов в корпоративной структуре часто осуществляются за номинальную цену,¹⁶² и со стороны инвестора отсутствует активный вклад в экономику принимающего государства.¹⁶³

Рассмотрим потенциальные возражения в свете практики международных инвестиционных трибуналов.

Спор по поводу приобретения истцами акций в местных инвестициях по номинальной цене возник в деле *Société Générale v Dominican Republic*. Ответчик в возражениях юрисдикции объяснил, что ТСВ заплатила всего 2 доллара США за участие в EDE Este. В поддержку своей позиции ответчик сослался на необходимость толкование норм ДИД в свете его преамбулы в соответствии со ст.31(1) и 31(2) Венской конвенции о праве международных договоров, чтобы определить содержание воли Договаривающихся сторон. Позиция ответчика строится на том, что так как в преамбуле осуществление инвестиций на территории принимающего государства неразрывно связано с вкладом в его экономику, инвестиции, которые не представляли из собой капитальные вложения капитала или даже намерение капитальных вложений на территории принимающего государства, не могут быть рассмотрены как основание юрисдикции *ratione materiae*.¹⁶⁴

Трибунал не согласился с позицией ответчика, и отметил, что не смотря на то, что в преамбуле договора указано, что стороны убеждены в том, «что поощрение и защита инвестиций могут стимулировать движение капитала и технологий между двумя странами в интересах их экономического развития», преамбула определяет общие цели экономических отношений между Францией и Доминиканской Республикой, но это нисколько не умаляет того, что каждая из форм инвестиций, перечисленных в статье 1 ДИД подлежит

¹⁶¹ Например, *Saluka Investments BV v Czech Republic*. Пара. 209; *Phoenix Action v Czech Republic*. Пара. 119; *Caratube International Oil Company LLP v Republic of Kazakhstan*, ICSID Case No ARB/08/12, Award (5 June 2012). Пара. 466.

¹⁶² Там же; *Société Générale v Dominican Republic*. Пара. 36

¹⁶³ *Standard Chartered Bank v United Republic of Tanzania*, ICSID Case No ARB/10/12, Award (2 November 2012). Пара.196-198.

¹⁶⁴ *Société Générale v Dominican Republic*. Пара. 20-21

защите в соответствии с ним. В той мере, в какой акции, уступки по контракту, и претензии и права на любую выгоду, имеющую экономическую ценность, вовлечены в этот спор, они имеют право на такую защиту независимо от того, способствуют ли они движению капитала и технологий.¹⁶⁵

Рассматривая влияние цены покупки по договору на существование инвестиции по смыслу рассматриваемого ДИД, трибунал пришел к выводу, что сам по себе факт приобретения или передачи актива по номинальной цене не исключает существования защищаемой инвестиции.¹⁶⁶

Арбитраж руководствовался тем, что если бы покупка доли в EDE Este было бы единственным элементом сделки, то законные сомнения в существовании инвестиций могли бы возникнуть, но на самом деле сделка включает в себя множество других элементов, в т.ч. потенциальную рыночную стоимость приобретенных акций, права по контракту, связанные с концессией, и другие требования и права на выгоды, имеющие экономическую ценность.

Аргументация трибунала в *Société Générale v Dominican Republic* была воспринята в дальнейшей практике арбитражных трибуналов.¹⁶⁷

Интересным является применение этого подхода в деле *KT Asia v Kazakhstan*, так как в нем трибунал рассмотрел вопрос передачи долей за номинальную цену как раз в контексте перераспределения корпоративных активов цене внутри организаций, в конечном счете контролируемых одним и тем же лицом.¹⁶⁸ Не вызывает сомнения, что это дело является примером инвестиционного планирования, так как истцом в международном инвестиционном арбитраже выступила компания, зарегистрированная в Нидерландах, хотя в конечном итоге контролирующим ее лицом и конечным бенефициаром являлся гражданин Казахстана.¹⁶⁹

¹⁶⁵ *Société Générale v Dominican Republic*, - Пара. 32.

¹⁶⁶ Там же, - Пара.36

¹⁶⁷ *Caratube International Oil Company LLP v Republic of Kazakhstan*. Пара.122; *KT Asia Investment Group BV v Republic of Kazakhstan*, ICSID Case No ARB/09/ 8, Award (17 October 2013). Пара.165-167.

¹⁶⁸ *KT Asia Investment Group BV v Republic of Kazakhstan*. Пара. 203.

¹⁶⁹ *KT Asia Investment Group BV v Republic of Kazakhstan*. Пара. 204.

При этом необходимо отметить, что Казахстан возражал против юрисдикции МЦУИС так же на основании того, что инвестором в данном случае является гражданин Казахстана, а не голландская компания. Однако, трибунал руководствовался определением «инвестора» в ДИД Нидерланды – Казахстан, согласно которому инвестором Договаривающейся Стороны считаются в том числе юридические лица, учрежденные в соответствии с законодательством этой Договаривающейся Стороны.¹⁷⁰ Трибунал в данном случае придерживался общей практики международного инвестиционного арбитража, рассмотренной в предыдущем параграфе, и отклонил дополнительные критерии, предложенные ответчиком, и подтвердил юрисдикцию *ratione personae*.¹⁷¹

Это показывает, что в определенных случаях возражения по объекту спора являются не менее эффективной попыткой ограничения инвестиционного планирования, чем возражения по субъектам спора.

В случае с *KT Asia v Kazakhstan*, арбитражный трибунал принял во внимание, не только тот факт, что акции были приобретены по номинальной цене, но и то, что продавцами акций были две организации, также принадлежащие тому же гражданину Казахстана, а также, что заявитель финансировал покупку акций за счет займа, предоставленного продающими организациями и этот заем так и не был погашен, и нет оснований полагать, что погашение этого займа планировалось в будущем.¹⁷²

Установив эти факты, МЦУИС рассмотрел, необходимо ли для возникновения инвестиции по смыслу ст.25 Вашингтонской Конвенции 1965, осуществление капитального вложения самим предполагаемым инвестором или же он может получать выгоды от вложения, сделанного другим лицом.¹⁷³

Действительно, трибунал в данном случае квалифицировал цель передачи акций как попытку гражданина Аблязова «использовать компании в

¹⁷⁰ Agreement on encouragement and reciprocal protection of Investments between the Republic of Kazakhstan and the Kingdom of the Netherlands (2007). Ст.1.

¹⁷¹ *KT Asia Investment Group BV v Republic of Kazakhstan*. Пара. 110 – 144.

¹⁷² Ibid. Пара. 181-187.

¹⁷³ Ibid. Пара. 192.

качестве своих «карманов», перемещая активы из одной в другую исключительно в соответствии с его собственными целями».

Таким образом, несмотря на то, что KT Asia Investment Group BV была признана защищаемым инвестором по формальному критерию регистрации, трибунал установил, что в отсутствие вложений или намерения осуществить вложения в целях осуществления инвестиций, KT Asia Investment Group BV не смогла продемонстрировать существование инвестиции в соответствии со ст. 25(1) Вашингтонской Конвенции 1965 и ДИД Казахстан-Нидерланды.

Само по себе решение по делу KT Asia v Kazakhstan оставляет вопрос о существовании инвестиции в случае передачи акций в рамках одной и той же корпоративной группы, так как было отдельно отмечено, что в рассматриваемом деле вопрос касался не корпоративной группы, а фактически одного физического лица, которое использовало корпоративные структуры в своих личных интересах. Однако, можно предположить, что решение бы от этого не изменилось. Видится, что определяющим фактором в данной споре являлся не конечный бенефициар, а именно отсутствие вложений и даже намерения их осуществить.

Этот вывод так же следует из того, что трибунал намеренно разграничил факты дела в KT Asia v Kazakhstan от Mobil v. Bolivarian Republic of Venezuela и Saluka v. Czech Republic. В них у истцов так же появились основания для передачи спора в международный инвестиционный арбитраж в результате передачи акций соответствующим юридическим лицам. Однако в отличие от KT Asia Investment Group BV, в Mobil v. Bolivarian Republic of Venezuela истец продолжал инвестировать после приобретения акций,¹⁷⁴ а в Saluka v. Czech Republic, обязательство истца погасить свой долг за покупку акций, оставалось реальным и эффективным.¹⁷⁵

Таким образом, при приобретении требуемой национальности инвестора путем передачи акций по номинальной цене, существование

¹⁷⁴ Mobil Corp., Venezuela Holdings, B.V. v. Bolivarian Republic of Venezuela. Пара. 193-197.

¹⁷⁵ Saluka Investments BV v Czech Republic. Пара. 71-72.

инвестиции может быть оспорено, если предполагаемый инвестор не продолжает или не намеревается вкладывать капитал в соответствующие инвестиции. При этом необходимо отметить, что данный критерий рассматривается, либо в соответствии с тестом, сложившемся в контексте применения ст. 25(1) МЦУИС, либо при наличии требования вклада в экономику принимающего государства в применимом МИС. Опираясь на аргументацию международных инвестиционных трибуналов при рассмотрении юрисдикции *ratione personae*, можно сделать вывод, что при отсутствии соответствующих оснований, международные инвестиционные трибуналы не будут применять дополнительные требования к тем, которые оговорены сторонами в МИС.

Так же важно заметить, что сами по себе косвенные инвестиции, например, держание доли в компании на территории Договаривающейся стороны, как правило, признается инвестицией за исключением тех случаев, когда обратное прямо оговорено в применимом МИС.¹⁷⁶

В частности, *Veteran Petroleum Ltd (Cyprus) v Russian Federation*, трибунал *ad hoc* рассмотрел понятие инвестиции в Договоре к Энергетической хартии (Далее – ДЭХ), и пришел к выводу, что ДЭХ применяется к «инвестициям», номинально принадлежащим «инвестору», и никаких дополнительных требований в ДЭХ не содержится.

Трибунал отклонил утверждение ответчика о том, что простое юридическое владение акциями не квалифицируется как инвестиция в соответствии с рассматриваемой Статьей 1(6)(b) ДЭХ, так как понятие «инвестиции» согласно этой статье включает «любой вид активов», принадлежащий или контролируемый, в т.ч. косвенно, инвестором и распространяется не только на акции компании, но и на ее долг, денежные

¹⁷⁶ *Veteran Petroleum Ltd (Cyprus) v Russian Federation*, UNCITRAL, PCA Case No AA 228, Interim Award on Jurisdiction and Admissibility (30 November 2009) // URL: <https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/ita0891.pdf>. Пара. 477; *RosInvestCo UK Ltd v Russian Federation*, SCC Case No V079/2005, Final Award (12 September 2010) // URL: <https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/ita0719.pdf>. Пара. 381, 388; *Yukos Universal Ltd (Isle of Man) v Russian Federation*, UNCITRAL, PCA Case No AA 227, Interim Award on Jurisdiction and Admissibility (30 November 2009) // URL: <https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/ita0910.pdf>. Пара. 430.

требования и исполнение контрактов, а также на «любое право, предоставляемое законом».¹⁷⁷

В связи с этим рассмотрим возможные ограничения инвестиционного планирования на основании определения инвестиции в Модельном ДИД РФ.

Определение «инвестиции» в Модельном ДИД РФ не упоминает фундаментальные экономические характеристики инвестиций, такие как «вклад в экономику», «риск» и «продолжительность» и, таким образом открыто для расширительного толкования.

Однако формулировка понятия «инвестиции» требует, чтобы инвестиции осуществлялись «на территории Договаривающейся Стороны», что может привести к исключению тех транзакций, в которых иностранные активы не присутствуют на территории принимающего государства, т.е. исключить некоторые виды косвенных инвестиций.

Например, в деле *Berschader v Russia*, трибунал пришел к выводу, что акции бельгийской компании, которыми владели заявители, не были инвестициями «на территории» России.¹⁷⁸

А в деле *Renta 4 SVSA and others v. Russia*, по иску, поданному в соответствии с Соглашением между Испанией и СССР, трибунал, напротив, отклонил аргумент России о том, что американские депозитарные расписки в Нефтяной компании ЮКОС не были сделаны «на территории» России.¹⁷⁹ В свете широкого определения «инвестиции» в соглашении между Испанией и СССР трибунал был убежден, что требования статьи 2 о том, что инвестиции должны «осуществляться... на территории другой Стороны» должны рассматриваться в контексте видов инвестиций, охватываемых статьей 1. А этот перечень, в свою очередь, чрезвычайно широк, и включает, например, «другие формы участия» и «производные права».¹⁸⁰

¹⁷⁷ *Veteran Petroleum Ltd (Cyprus) v Russian Federation*. Пара. 477.

¹⁷⁸ *Vladimir Berschader and Moïse Berschader v. The Russian Federation*, SCC Case No. 080/2004, Award (21 April 2006). Пара. 121.

¹⁷⁹ *Renta 4 SVSA et al v Russia*, SCC No. 24/2007, Award on Preliminary Objections (20 March 2009). Пара. 137–144.

¹⁸⁰ *Ibid.* Пара. 144.

Такое толкование требования осуществления капиталовложений на территории Договаривающейся стороны будет так же справедливо для ДИД СССР – Бельгия и Люксембург, где в п.1.2.4 прямо оговорено, что термин «капиталовложения» включает так же косвенные капиталовложения, осуществленные инвесторами одной из Договаривающихся сторон на территории другой Договаривающейся стороны при посредстве инвестора третьего государства.¹⁸¹

Аналогично все действующие ДИД РФ содержат максимально широкое определение «инвестиции» или «капиталовложения», которое охватывает как прямые, так и косвенные инвестиции. При чем последние как правило подразумеваются в широком определении инвестиций и исключаются из-под защиты МИС только в случае прямого на то указания.¹⁸²

Таким образом, учитывая широкое определение инвестиции, ДИД РФ по своей природе не содержат оснований для ограничения инвестиционного планирования *ratione materiae*.

Что касается споров, которые рассматриваются в рамках МЦУИС, косвенные инвестиции, а также передача акций в рамках корпоративной структуры сами по себе так же не являются доказательствами отсутствия инвестиции для целей определения юрисдикции международного инвестиционного арбитража. Необходимо так же продемонстрировать, что предполагаемый инвестор не осуществлял вклад в экономику принимающего государства и не намеревался это делать.

Из этого следует, что для того, чтобы обеспечить возможность ограничения инвестиционного планирования через определение «инвестиции» в соответствующем МИС, необходимо, чтобы оно не только перечисляло все возможные формы осуществления вложений, как оно

¹⁸¹ Так же, Соглашение между Правительством Российской Федерации и Правительством Королевства Швеция о поощрении и взаимной защите капиталовложений от 19 апреля 1995 года // URL: http://www.consultant.ru/document/cons_doc_LAW_126441/. Ст. 1.1.

¹⁸² *Veteran Petroleum Ltd (Cyprus) v Russian Federation*. Пара. 477; *RosInvestCo UK Ltd v Russian Federation*, SCC Case No V079/2005, Final Award (12 September 2010), - Пара. 381, 388; *Yukos Universal Ltd (Isle of Man) v Russian Federation*. Пара. 430.

сформулировано в действующих ДИД РФ, но и включало экономические характеристики вложения, например, активный вклад в экономику принимающего государства.

2.3 Ограничение возможности планирования национальности инвестора через оговорку об отказе в преимуществах в международных инвестиционных соглашениях.

В тех случаях, когда применимое МИС предусматривает широкое определение инвестора и инвестиции, инвестиционное планирование может быть ограничено через оговорку об отказе в преимуществах.¹⁸³

Несомненно, договаривающиеся стороны сами определяют содержание оговорки, и соответственно формулировки в разных договорах могут отличаться друг от друга. Однако, как правило, там, где Договаривающиеся стороны решили включить подобную оговорку, указывается, что у государства есть право отказать в распространении преимуществ данного МИС на компании, которые не ведут существенной предпринимательской деятельности в своем родном государстве или в других государствах - участниках упомянутого договора, и которые принадлежат или контролируются лицами, гражданами принимающего государства или третьих государств, не являющихся участниками упомянутого договора.¹⁸⁴

Например, в ст. 17(1) ДЭХ установлено, что Договаривающиеся Стороны оставляют за собой право отказывать в преимуществах, предусмотренных части III по поощрению, защите и режиме капиталовложений юридическим лицам, если такое юридическое лицо принадлежит гражданам или подданным третьего государства или контролируется ими и если это юридическое лицо не ведет существенной деловой деятельности на Территории той Договаривающейся стороны, на которой оно создано.

Как пояснил трибунал в деле *Saratube v. Kazakstan*, отказ в преимуществах позволяет каждой из сторон отказывать в преимуществах

¹⁸³ Рачков И.В. Обзор решений международных инвестиционных арбитражей за 2017–2018 годы: вопросы компетенции (юрисдикции) и приемлемости иска / Международное правосудие № 4 (32), 2019. С. 114.

¹⁸⁴ Mistelis L., Baltag C. Denial of Benefits Clause. Max Planck Encyclopedias of International Law [MPIL], July 2019. Para. A(1); Dolzer R., Schreuer C., Kriebaum U. Op. cit. С. 293.

защиты ДИД компании, которая контролируется гражданами третьего государства и не ведет какой-либо существенной деятельности в другом государстве-участнике ДИД.¹⁸⁵

Р. Дольцер и К. Шрёер рассматривают оговорку об отказе в предоставлении преимуществ как «метод противодействия стратегиям, направленным на защиту конкретных договоров путем приобретения благоприятного гражданства»,¹⁸⁶ т.е. как метод ограничения национального планирования. А М.Фельдман более того считает, что оговорки об отказе в преимуществах на данный момент развития международного инвестиционного права являются лучшим способом установить ясные и предсказуемые ограничения на практику инвестиционного планирования.¹⁸⁷

Действительно, в отсутствие оговорки об отказе в предоставлении преимуществ, трибуналы, как правило, не стремятся анализировать корпоративную структуру инвесторов и их экономическую деятельность в предполагаемом государстве национальности. Напротив, арбитражные трибуналы в полной мере применяют формулировки применимых МИС и, в частности, определения понятия «инвестор», предложенное в нем.

Например, в деле *Garanti Koza v Turkmenistan*, арбитражный трибунал отдельно отметил, что ДИД Туркмения – Великобритания ДИД требует только того, чтобы *Garanti Koza* была зарегистрирована в Великобритании, чтобы ее инвестиции подпадали под защиту договора, и ДИД не содержит оговорки об отказе в предоставлении выгод, которая требовала бы, чтобы инвестор из Великобритании осуществлял фактические операции в Великобритании.¹⁸⁸

Поэтому, отказ в предоставлении преимуществ является одним из наиболее эффективных инструментов ограничения инвестиционного

¹⁸⁵ *Garanti Koza LLP v. Turkmenistan*, ICSID Case No. ARB/11/20, Decision on the Objection to Jurisdiction for Lack of Consent (3 July 2013). Пара. 354, Baumgartner J. *Treaty Shopping in International Investment Law*. С.116.

¹⁸⁶ Dolzer R., Schreuer C., Kriebaum U. Op. cit. С. 74.

¹⁸⁷ Feldman, M., *Setting Limits on Corporate Nationality Planning in Investment Treaty Arbitration*, ICSID Review: Foreign Investment Law Journal, Vol. 27, No 2, 2012. С. 302.

¹⁸⁸ *Garanti Koza LLP v Turkmenistan*, Award. Пара. 222.

планирования, которые Договаривающиеся стороны могут предусмотреть. В МИС.¹⁸⁹ При этом, отказ в предоставлении преимуществ не всегда является автоматическим, а зависит от конкретной формулировки оговорки.

Например, ст.2 (2) ДИД между Австралий и Чешской Республикой указывает, что для отказа в предоставлении выгод необходимо активное изъявление воли государства, при чем в согласовании с другой Договаривающейся Стороной путем консультаций: «если компания Договаривающейся Стороны принадлежит или контролируется гражданином или компанией любой третьей страны, Договаривающиеся Стороны могут принять совместное решение в ходе консультаций не распространять права и преимущества настоящего Соглашения на такую компанию».¹⁹⁰

Проблема применения отказа в предоставлении выгод ясно раскрывается на примере ст. 17 ДЭХ.

Отказ в предоставлении выгод, предусмотренный ст.17 ДЭХ не предполагает, что преимущества части III *ipso facto* не распространяются на инвесторов, подпадающих под критерии, выделенные в ст.17.

Это видно из толкования ст. 17 ДЭХ трибуналом в *Amto v Ukraine*. Трибунал пришел к выводу, что Ст. 17 можно рассматривать вместе с определением термина «Инвестор» в статье 1(7) как устанавливающее две группы Инвесторов Договаривающейся стороны для целей ДЭХ.

К первой группе относятся инвесторы, обладающие неотъемлемым правом на защиту инвестиций в соответствии с ДЭХ. К ней относятся граждане другой Договаривающейся стороны – будь то физические или юридические лица, – за исключением тех граждан, которые относятся ко второй группе.¹⁹¹

Вторая группа включает инвесторов, которые имеют оспоримое право на защиту инвестиций в соответствии с ДЭХ, поскольку принимающее

¹⁸⁹ APEC and UNCTAD, Flexibilities and General Exceptions (Denial of Benefits). / International Investment Agreement Negotiators Handbook: APEC/ UNCTAD Modules, 2012. С.105 – 108.

¹⁹⁰ Agreement between Australia and the Czech Republic on the Reciprocal Promotion and Protection of Investments (1993). Ст.2(2).

¹⁹¹ AMTO LLC v Ukraine, SCC Case No 080/2005, ИС 346 (2008), Final award (26 March 2008). Пара.61

государство инвестиций имеет право лишить Инвестора этого права. К этой группе относятся юридические лица, которые удовлетворяют требованиям определения «инвестора» по причине регистрации, но принадлежат или контролируются гражданами третьего государства. Такое иностранное владение или контроль потенциально неприемлемы, когда речь идет о государстве, с которым Принимающее государство не поддерживает нормальных дипломатических или экономических отношений, или когда это не сопровождается существенной деловой деятельностью в государстве регистрации.¹⁹²

Поскольку цель ДЭХ состоит в том, чтобы создать правовую основу «для содействия долгосрочному сотрудничеству в области энергетики, основанному на взаимной выгоде...», то потенциальное исключение предприятий, принадлежащих иностранным компаниям, из сферы защиты инвестиций ДЭХ в соответствии со ст.17 легко понять.¹⁹³ Действительно, вряд ли можно говорить о «долгосрочном экономическом сотрудничестве» или «взаимных выгодах» принимающего государства с государством, которое служит удобным гражданством для инвестиционного механизма, лишенным экономической сущности.

Аргументация трибунала в *Amto v Ukraine* не только раскрывает цель включения оговорок об отказе в предоставлении выгод – а именно обеспечение целей, преследуемых Договаривающимися сторонами при заключении МИС, но и важный аспект применения этой оговорки. Трибунал *Amto v Ukraine* справедливо подчеркнул, что ст.17 ДЭХ содержит лишь право государства отказать в предоставлении выгод определенным инвестором, но это не значит, что лица, подпадающие под критерии ст.17 автоматически исключаются из сферы защиты ДЭХ, или что государство обязательно должно воспользоваться этим правом в случае, если возникнет такая ситуация.

¹⁹² *AMTO LLC v Ukraine*. Пара.61

¹⁹³ См. Договор к Энергетической Хартии, Преамбула; *AMTO LLC v Ukraine*. Пара.61

Этот вывод подтверждается в *Plama v. Bulgaria*, где арбитражный трибунал так же рассматривал оговорку об отказе в предоставлении выгод в ст.17 ДЭХ и установил, что покрываемый инвестор пользуется преимуществами части III, если принимающее государство не осуществляет свое право в соответствии со статьей 17(1) ДЭХ; и предполагаемый застрахованный инвестор имеет законные ожидания от таких преимуществ до осуществления этого права.¹⁹⁴

Трибунал в *Plama v. Bulgaria* так же разграничил оговорку об отказе в предоставлении преимуществ в ст. 17(1) ДЭХ и АСЕАН, в соответствии с которым в предоставлении льгот «должно быть отказано» юридическим лицам, которые созданы в соответствии с законодательством государства-члена, но принадлежат или контролируются лицами государств, не являющихся членами, и не занимаются существенными деловыми операциями на территории государств-членов. Трибунал установил, что в отличие от статьи 17(1) ДЭХ, отказ в предоставлении льгот в соответствии с Рамочным соглашением АСЕАН не требует для применения в конкретном правовом отношении никаких других действий со стороны договаривающегося государства.¹⁹⁵

В связи с тем, что для того, чтобы применить отказ в предоставлении выгод в отношении конкретного инвестора, необходимо осуществление права на отказ государством,¹⁹⁶ возникает ряд практических проблем в применении отказа в предоставлении выгод для ограничения инвестиционного планирования.

В частности, возникает вопрос в какой форме и в какой момент государство должно изъясить свое намерение воспользоваться этим правом.

¹⁹⁴ *Plama v Bulgaria*. Пара. 161. См. так же *Generation Ukraine Inc. v. Ukraine*, ICSID Case No. ARB/00/9, Final Award (16 September 2003); *Hulley Enterprises Limited (Cyprus) v. Russia*, PCA Case No. 2005-03/AA226, Interim Award on Jurisdiction and Admissibility (30 November 2009). Пара. 455-458; *Khan Resources Incorporated and ors v Mongolia and MonAtom LLC (Mongolia)*, PCA Case No 2011-09, ИС 1397, Decision on jurisdiction (25 July 2012). Пара. 419-421.

¹⁹⁵ *Plama v Bulgaria*. Пара. 156-157.

¹⁹⁶ Feldman, M. Op. cit. С.298.

Трибунал в *Plama v. Bulgaria* пришел к выводу, что осуществление права на отказ в предоставлении выгод не может иметь ретроспективный эффект.¹⁹⁷ Данный вывод был воспринят и в последующих спорах, в частности, арбитражные трибуналы в *Liman Caspian Oil v Kazakhstan*,¹⁹⁸ *Ascom and Stati v Kazakhstan*,¹⁹⁹ *Pan American Energy v Argentina*,²⁰⁰ *Khan Resources and others v Mongolia*,²⁰¹ *Yukos Universal Ltd (Isle of Man) v The Russian Federation*²⁰² согласились с тем, что государство должно воспользоваться этим правом в ясно-выраженной форме, сославшись на *Plama v. Bulgaria*.

Таким образом, по мнению трибуналов в указанных делах, осуществление права на отказ в предоставлении преимуществ предполагает уведомление инвестора о своем намерении в той или иной форме: например, в форме общего объявления в официальной газете или обмена письмами с предполагаемым инвестором.²⁰³

Однако многие исследователи высказываются в пользу того, что обязательство государства заранее уведомить инвестора фактически лишают оговорки об отказе в предоставлении выгод эффективности при ограничении инвестиционного планирования,²⁰⁴ так как государство не всегда знает и не может знать тонкости организационной структуры инвесторов на ее территории до того, как возникнет конкретный спор.

Помимо этого, нет единой практики по поводу того, до какого момента государство должно уведомить инвестора об отказе в предоставлении выгод.

¹⁹⁷ *Plama v Bulgaria*. Пара. 158.

¹⁹⁸ *Liman Caspian Oil BV and NCL Dutch Investment BV v Republic of Kazakhstan*, ICSID Case No ARB/07/14, Award (22 June 2010). Пара. 224.

¹⁹⁹ *Ascom and Stati v Republic of Kazakhstan*, SCC Case No. V 116/2010, Award (19 December 2013). Пара. 745.

²⁰⁰ *Pan American Energy LLP and BP Argentina Exploration Company v Argentine Republic*, ICSID Case No ARB/03/13, Decision on Preliminary Objections (27 July 2006). Пара. 204.

²⁰¹ *Khan Resources Incorporated and ors v Mongolia and MonAtom LLC (Mongolia)*. Пара. 410-413.

²⁰² *Yukos Universal Limited (Isle of Man) v The Russian Federation*. Пара. 457.

²⁰³ *Plama v Bulgaria*. Пара. 157.

²⁰⁴ См., например, Feldman, M., *Setting Limits on Corporate Nationality Planning in Investment Treaty Arbitration*, ICSID Review: Foreign Investment Law Journal, Vol. 27, No 2, 2012, - C.300, Dolzer R., Schreuer C., Kriebaum U. Op. cit. C.74.

Толкование оговорки трибуналом в *Plama v Bulgaria*²⁰⁵ и *Khan v Mongolia*,²⁰⁶ на мой взгляд, является наиболее ограничительным для государств, так как из него следует, что инвестиции будут пользоваться защитой применимого МИС до того, как государство ясно воспользуется правом отказать в предоставлении преимуществ. Таким образом государствам следует заявить об отказе в предоставлении преимуществ до того, как будут произведены капиталовложения.²⁰⁷

Такой подход не является эффективным для реагирования на инвестиционное планирование. Во-первых, нельзя ожидать, что государство будет проверять каждого инвестора, осуществляющего капиталовложения на его территории. Во-вторых, корпоративная структура инвестора легко может меняться уже после того, как капиталовложение будет осуществлено.

Арбитражные трибуналы в *Ascom and Stati v Kazakhstan*²⁰⁸ и *Isolux v Spain*²⁰⁹ решили, что государству необходимо выразить отказ в предоставлении преимуществ до того, как возник спор. Как и в случае с выражением отказа до того, как капиталовложение было осуществлено, это приводит к сложностям практического исполнения этого требования со стороны государства, так как правило государство может даже не знать о предполагаемом инвесторе до того, как спор возник.²¹⁰

Наконец, существует третий, более гибкий с точки зрения обязательств государства подход: отказ в предоставлении выгод тот момент, когда инвестор заявляет свое право на них. Так, например, Трибунал в *Gran Colombia v Colombia* установил, что крайний срок, когда государство может воспользоваться правом на отказ в предоставлении выгод в делах в рамках

²⁰⁵ *Plama v Bulgaria*. Пара. 161

²⁰⁶ *Khan Resources Incorporated and ors v Mongolia and MonAtom LLC (Mongolia)*. Пара. 425-430

²⁰⁷ *Plama v Bulgaria*. Пара. 161

²⁰⁸ *Ascom and Stati v Kazakhstan*. Пара. 745

²⁰⁹ *Isolux Netherlands, BV v. Kingdom of Spain*, SCC Case V2013/153, Award (12 July 2016). Пара. 715.

²¹⁰ Feldman, M., *Setting Limits on Corporate Nationality Planning in Investment Treaty Arbitration / ICSID Review: Foreign Investment Law Journal*, Vol. 27, No 2, 2012. С.300.

МЦУИС – это день, к которому ответчик обязан предоставить встречный меморандум.²¹¹

На мой взгляд, это наиболее удачное толкование требования осуществления отказа в предоставлении выгод во времени. Во-первых, фактически только в этом случае, оговорки об отказе в предоставлении выгод имеют практическую ценность для государств. Во-вторых, как правило, текст оговорок об отказе в предоставлении выгод не закрепляет никаких временных рамок осуществления права.²¹² В таком случае толкование текста оговорки таким образом, который противоречит достижению целей этой нормы, не соответствует обычным нормам толкования договора.

Таким образом, чтобы обеспечить возможность государств рассматривать конкретные корпоративные структуры и адресно реагировать на случаи инвестиционного планирования, арбитражным трибуналам следует отойти от аргументации в *Plama v Bulgaria* и учитывать более гибкий подход к сроку осуществления права на отказ государством.

В этой связи так же остается открытым вопрос, на какой стадии рассмотрения спора, должен быть рассмотрен вопрос применения оговорки об отказе в предоставлении преимуществ: при рассмотрении юрисдикции международного инвестиционного трибунала, приемлемости иска или спора по существу.

Как и в случае с моментом осуществления права на отказ, в практике арбитражных трибуналов без труда можно найти примеры в поддержку всех трех стадий спора.

Например, в делах *Isolux Netherlands v. Spain*²¹³ и *Generation Ukraine v. Ukraine*²¹⁴, трибуналами было отдельно подчеркнуто, что оговорка об отказе в предоставлении преимуществ, несмотря на заявление ответчика, является не

²¹¹ *Gran Colombia Gold Corp. v. Republic of Colombia*, ICSID Case No. ARB/18/23, Decision on the Bifurcated Jurisdictional Issue (23 November 2020). Пара.131.

²¹² *Ulysseas, Inc. v. The Republic of Ecuador*, Interim Award (28 September 2010). Пара.172.

²¹³ *Isolux Netherlands v. Spain*. Пара. 711.

²¹⁴ *Generation Ukraine v. Ukraine*. Пара. 15.7.

юрисдикционным препятствием, которое заявитель должен преодолеть при изложении своего дела, а потенциальным фильтром приемлемости иска.²¹⁵

А в *Canera v. Spain*,²¹⁶ *Luxtona v. Russia*²¹⁷ и *Khan v. Mongolia*²¹⁸ трибуналы пришли к выводу, что согласие ответчика на юрисдикцию в соответствии со статьей 26(3) обязательно распространяется на юрисдикцию трибунала для определения того, были ли выполнены условия использования права государства, предусмотренное статьей 17(1) ДЭХ, и если выполнены, то каковы могут быть юридические последствия. Таким образом, трибуналы пришли к выводу о том, что вопрос о применении статьи 17 касается существа дела, а не юрисдикции.²¹⁹

В большинстве дел тем не менее, например в *Yukos Capital v. Russia*,²²⁰ *Pac Rim v. El Salvador*,²²¹ *Ulysseas v. Ecuador*²²² вопрос о применении оговорки об отказе в предоставлении преимуществ был рассмотрен инвестиционными трибуналами на этапе решения о юрисдикции.

В частности, в *Guaracachi v Bolivia* было отмечено, что само согласие на рассмотрение спора в арбитраже в МИС, где содержится оговорка об отказе в предоставлении преимуществ, является условным, и государство имеет право от него отказаться. При этом это не будет нарушением законных ожиданий инвестора, так как это условие прямо выражено в применимом МИС.²²³

Представляется, что применение оговорки об отказе в преимуществах на стадии рассмотрения юрисдикции – это самый эффективный поход с точки зрения реагирования на инвестиционное планирование. Выражение согласия на рассмотрение дела в арбитраже, должно быть рассмотрено в свете оговорки

²¹⁵ Ibid.

²¹⁶ *Canera Green Energy Opportunities I, S.á r.l. and Canera Green Energy Opportunities II, S.á r.l. v. Kingdom of Spain*, ICSID Case No. ARB/19/4, Procedural Order No. 3 (Decision on Bifurcation) (28 August 2020). Папа. 90.

²¹⁷ *Luxtona Limited v. The Russian Federation*, PCA Case No. 2014-09, Interim Award on Respondent's Objections to the Jurisdiction of the Tribunal (22 March 2017). Папа. 239.

²¹⁸ *Khan Resources Inc. v. The Government of Mongolia*. Папа. 411.

²¹⁹ *Luxtona Limited v. The Russian Federation*. Папа. 239.

²²⁰ *Yukos Capital v. Russia PCA*. Папа.548.

²²¹ *Pac Rim v. El Salvador*. Папа. 4.4.

²²² *Ulysseas v. Ecuador*. Папа. 172.

²²³ *Guaracachi America, Inc. and Rurelec PLC v. The Plurinational State of Bolivia, UNCITRAL, PCA Case No. 2011-17, Award (31 January 2014)*.. Папа. 372.

об отказе в предоставлении преимуществ, соответственно, государство оставляет за собой право отказаться от рассмотрения спора в арбитраже, если предполагаемый инвестор контролируется третьими лицами и не ведет существенную экономическую деятельность в государстве отправления или реализации инвестиций.

На основании изложенного в главе второй можно сделать следующие выводы:

1. Государства, заключая между собой МИС, могут согласовать понятие «инвестор» таким образом, чтобы ограничить возможность инвестиционного планирования. В частности, понятие «инвестора», предусматривающего тест места осуществления администрации, контроля или существенной экономической деятельности, при рассмотрении международными инвестиционными трибуналами наличие юрисдикции *ratione personae*, предполагает исследование фактических связей инвестора с предполагаемым государством национальности.

2. Большинство МИС предусматривают тест инкорпорации, как единственное требование для определения национальности. В таком случае трибуналы не стремятся выйти за рамки рассмотрения формальной регистрации юридического лица, а значит фактически реструктуризация юридического лица с целью получения доступа к наиболее благоприятному МИС ничем не ограничена.

3. Определение «инвестора» так же может быть использовано в качестве оснований для возражения против юрисдикции инвестиционного арбитража, при приобретении требуемой национальности инвестора путем передачи акций по номинальной цене, если предполагаемый инвестор не продолжает или не намеревается вкладывать капитал в соответствующие инвестиции.

4. В отсутствие возможности ограничений инвестиционного планирования в определении инвестора или инвестиции, оговорка об отказе в предоставлении выгод может стать эффективным инструментом государства в ситуации, когда предполагаемый инвестор, хоть и отвечает формальному

определению МИС, на самом деле контролируется лицами из третьих государств и не ведет существенной экономической деятельности на территории государства национальности.

Однако на данный момент применение данной оговорки сложно назвать единообразным. Не всегда оговорки об отказе в выгодах толковались в конкретных спорах таким образом, чтобы иметь практическую ценность для государств-ответчиков.

5. Представляется, что государствам следует учесть практику международных инвестиционных трибуналов при заключении новых МИС или изменении ныне действующих.

Во-первых, при определении понятия «иностранного инвестора» необходимо дополнить критерий инкорпорации требованиями, учитывающими фактическую связь инвестора и государство отправления инвестиций. Во-вторых, определение «инвестиции» следует формулировать таким образом, что чтобы оно включало экономические характеристики вложения, например, активный вклад в экономику принимающего государства. И, в-третьих, при включении оговорки об отказе в предоставлении выгод, необходимо закрепить не только в каких случаях она применима, но и каким образом. Например, предусмотреть, что инвестор может быть извещен не только обменом письмами, но и общим объявлением в официальном источнике, а также обозначить, что государство может осуществить право на отказ в предоставлении выгод вплоть до срока сдачи встречного меморандума.

ГЛАВА 3. ОГРАНИЧЕНИЯ ИНВЕСТИЦИОННОГО ПЛАНИРОВАНИЯ, ВЫТЕКАЮЩИЕ ИЗ ПРИНЦИПА ДОБРОСОВЕСТНОСТИ.

3.1 Значение принципа добросовестности в международных инвестиционных отношениях.

Как было отмечено в предыдущей главе, арбитражные трибуналы, рассматривающие споры между инвесторами и государствами все чаще, не подтверждая то, что планирование национальности инвестора само по себе не является неправомерным, стремятся ограничить данную практику, в том числе рассматривая действия инвестора в свете принципа добросовестности.

Международные инвестиционные трибуналы используют принцип добросовестности для разрешения споров на основании обычных правил толкования договоров, предусмотренных ст. 31 Венской конвенции о праве международных договоров.²²⁴

Ст. 31(3) позволяет учитывать вместе с контекстом договора «любые соответствующие нормы международного права применимые в отношениях между сторонами», что, таким образом, позволяет обращаться к нормам обычного международного права и общим принципам права цивилизованных наций, в том числе и к принципу добросовестности.

Принцип добросовестности широко признается общим принципом права цивилизованных наций, как в доктрине,²²⁵ так и в практике международных органов правосудия. Понятие добросовестности возникло

²²⁴ *Hulley Enterprises Limited (Cyprus) v. Russia*. Пара. 4.2.3; *Metalclad Corporation v. United Mexican States*, ICSID Case No. ARB(AF)/97/1, Award (30 August 2000). Пара. 70; *Compañía de Aguas del Aconquija S.A. and Vivendi Universal S.A. v. Argentine Republic*, ICSID Case No. ARB/97/3, Award (20 August 2007). Пара. 7.4.2; *Perenco Ecuador Limited v. Republic of Ecuador*, ICSID Case No. ARB/08/6, Decision on the Remaining Issues of Jurisdiction and on Liability, (12 September 2014). Пара. 512; *European American Investment Bank AG (Austria) v. Slovak Republic*, PCA Case No. 2010-17, Award on Jurisdiction (22 October 2012). Пара. 166.

²²⁵ Поляков Михаил Александрович *Общеправовой принцип добросовестности в современном российском праве* // *Юридическая наука и практика: Вестник Нижегородской академии МВД России*. 2011. №1 (14). Земскова П.Е. *Принцип добросовестности и принцип справедливости как общие принципы права, признанные цивилизованными нациями* // *Юриспруденция*. - М.: Изд-во РГГУ, 2009, № 4 (16). - С. 27-33; Ромашев Ю.С. *Общие принципы права в системе международного права* // *Право. Журнал Высшей школы экономики*. 2021. № 3. С. 148–174; Ziegler Andreas R., Baumgartner J. *Good Faith as a General Principle of (International) Law / Good Faith and International Economic Law*. Ed. by A.D. Mitchell, M. Sornarajah, T.Voon. С. 9-11. Eric De Brabandere and Isabelle Van Damme. *Good Faith in Treaty Interpretation. / Good Faith and International Economic Law*. Ed. by A.D. Mitchell, M. Sornarajah, T.Voon. С.38-40.

еще в древнеримском праве,²²⁶ и этот принцип существует в национальных правовых системах по всему миру и применяется как в частном, так и в публичном праве.²²⁷ Принцип добросовестности существует и в романо-германской²²⁸ и в англо-саксонской правовой семье.²²⁹ Не смотря на то, что понимание принципа добросовестности имеет свои особенности в национальном законодательстве каждого государства, в целом можно выделить, что он требует, чтобы стороны заключали и выполняли свои обязательства по договору честно и способом, приемлемым для их целей.²³⁰

Принцип добросовестности так же получил развитие в международном публичном праве как принцип добросовестного выполнения обязательств.²³¹

К принципу добросовестности так же ни раз обращался МС ООН, например, в Деле о морской и сухопутной границе между Камеруном и Нигерией²³² и в решении по Делу о ядерных испытаниях.²³³

Инвестиционные арбитражные трибуналы так же признают применение принципа добросовестности при разрешении споров между государством и инвестором. При этом содержание этого принципа в международных инвестиционных отношениях вобрало в себя всю полноту принципа добросовестности как в международном публичном, так и в частном праве.

Таким образом, не остается сомнений, что принцип добросовестности является общим принципом права цивилизованных наций, и может быть

²²⁶ Kotzur M. Good Faith (Bona fide) / Rüdiger Wolfrum (ed), Max Planck Encyclopedia of Public International Law, vol IV. Oxford: Oxford University Pres, 2012. Пара. 5,6.

²²⁷ См., например, Гражданский кодекс Франции от 21.03.1804 (с изм. и доп. по состоянию на 01.09.2011) // URL: <https://cloud.consultant.ru/cloud/cgi/online.cgi?req=doc&base=INT&n=55696#RFVje0Tctu32eLe5>. Ст. 1134, Bürgerliches Gesetzbuch (German civil code) // URL: http://www.gesetze-im-internet.de/englisch_bgb/. Ст.242; Federal Constitution of the Swiss Confederation of 18 April 1999 (Status as of 7 March 2021), - Ст. 5(3); Civil Code of the United Arab Emirates, - Ст. 243.

²²⁸ См., например, Гражданский кодекс (Франция [fr]), Книга III "Различные способы приобретения права собственности". Ст. 1134. Гражданский кодекс (с поправками) (Германия [de]) RGBI 1896 195, Книга 2 Обязательственное право. Ст. 242.

²²⁹ См., например, Uniform Commercial Code (United States), 2001. Part 2 General Definitions and Principles of Interpretation. Ст. 1-201.

²³⁰ Powers P., Defining the Undefinable: Good Faith and the United Nations Convention on the Contracts for the International Sale of Goods. J L & Commerce, 2000. С. 341.

²³¹ Устав ООН, ст. 2(2), Венская Конвенция о праве международных договоров от 23.05.1969, ст. 26, 31.

²³² Land and Maritime Boundary, Preliminary Objections (Cameroon/Nigeria) (Judgment) [1998] ICJ Rep 275. С. 38.

²³³ Nuclear Tests Case (New Zealand v France) (Judgment) [1974] ICJ Rep 457. Пара.49.

использован инвестиционными трибуналами при толковании положений применимых МИС.

Представляется, что содержание принципа добросовестности в международном инвестиционном праве можно сформулировать следующим образом: права и обязанности сторон, вытекающие из МИС, должны исполняться не формально, а в соответствии с целями и объектом договора. Обман, скрытность, попытки ввести в заблуждение или получить несправедливое преимущество при этом исключаются. Однако точное определение добросовестности не было выработано ни в доктрине ни в правоприменительной практике, содержание принципа добросовестности раскрывается в его применении для разрешения конкретных споров.

Например, в решении *Inceysa v. El Salvador* было отмечено, что добросовестность «является принципом, который регулирует правовые отношения во всех их аспектах и содержании».²³⁴ Инвестиции, сделанные истцом на территории Сальвадора, которые привели к возникновению спора, по мнению инвестиционного трибунала, были сделаны в нарушение принципа добросовестности.²³⁵

Например, в деле *Phoenix Action v. Czech Republic*, по праву считающимся ключевым в применении принципа добросовестности, был сделан вывод, что в соответствии с этим принципом поведение сторон по отношению друг к другу должно быть честным и справедливым, их мотивы и цели должны быть представлены правдиво и не должны быть направлены на получение несправедливого преимущества.²³⁶

Так же и в решении *Plama v. Bulgaria* было указано, что принцип добросовестности включает, в частности, обязательство инвестора предоставлять принимающему государству соответствующую и существенную информацию, касающуюся инвестора и инвестиций, и это

²³⁴ *Inceysa Vallisoletana S.L. v. Republic of El Salvador*. Пара. 230.

²³⁵ *Ibid.* Пара. 235.

²³⁶ *Phoenix Action Ltd. v. the Czech Republic*. Пара. 42.

обязательство особенно важно, когда информация необходима для получения одобрения государства на инвестиции.²³⁷

Напротив, в споре *Saluka v. Czech Republic* трибунал прямо отклонил аргумент о том, что принцип добросовестности требует от инвестора раскрывать властям конечные цели, к которым стремятся их инвестиции.²³⁸

Таким образом, если исходить из содержания принципа добросовестности в спорах *Phoenix Action v. Czech Republic* и *Plama v. Bulgaria*, то можно предположить, что принцип добросовестности может быть использован для того чтобы преодолеть некоторые проблемы с применением оговорки об отказе в предоставлении преимуществ, а именно невозможность государств заранее проверить и удостовериться в том, что экономическая деятельность и корпоративная структура всех инвесторов на территории государства не подпадает под случаи осуществления права на отказ в предоставлении преимуществ. Однако, аргументация в споре *Saluka v. Czech Republic* позволяет инвестору не раскрывать реальные цели своей деятельности.

Это показывает, что отсутствие единого понимания содержания принципа добросовестности применительно к обязанностям инвестора не способствует единообразному применению этого принципа для разрешения вопросов, связанных с инвестиционным планированием.

Понимание принципа добросовестности в деле *Phoenix Action v. Czech Republic* так же хорошо демонстрирует проблему абстрактности принципа добросовестности в международном инвестиционном праве. Такие понятия как «честность» и «справедливость» строятся на абстрактных идеалах морали. И, как отмечает С.Шиль, часто привязаны к индивидуальному опыту и ценностям арбитра и, следовательно, рискуют быть наполненными субъективными предубеждениями, а не объективными стандартами.²³⁹

²³⁷ *Plama v. Bulgaria*. Пара. 144.

²³⁸ *Saluka v. Czech Republic PCA*. Пара. 209, 232.

²³⁹ Schill S. Good faith limitations on protected investments and corporate structuring / Amsterdam Law School Legal Studies Research Paper No. 2017-16. C.1.

Поэтому для того, чтобы принцип добросовестности действовал в рамках правового порядка, который обеспечивает предсказуемый баланс между конкурирующими интересами, важно избегать злоупотребления этим принципом и конкретизировать его действие и сферу применения.

Проблемы применения так же возникают в связи с тем, что, как правило, действует презумпция того, что стороны спора действовали добросовестно.²⁴⁰

Например, в деле *Renée de Levi v. Peru* трибунал согласился с Перу в отношении значимости принципа добросовестности в международном праве и, в частности, в вопросах инвестиционного арбитража. Однако Ответчику не удалось доказать предполагаемую недобросовестность Истца, и арбитражный трибунал МЦУИС подчеркнул, что то, что недобросовестность не может быть презумпцией – это хорошо известный и общепринятый факт.²⁴¹

Следовательно, для установления факта нарушения принципа добросовестности требуется высокий уровень доказательств.²⁴²

Подводя итог, можно сказать, что принцип добросовестности в международном инвестиционном праве применяется как общий принцип права цивилизованных наций. В силу особенностей международного инвестиционного права, которое является отраслью международного публичного права, но при этом неразрывно связано с экономической деятельностью частных лиц, принцип добросовестности в международном инвестиционном праве воспринял содержание этого принципа как в публичном, так и в частном праве во всей полноте. Это привело к тому, что принцип добросовестности понимается международными инвестиционными арбитражами и как обязанность государств добросовестно исполнять взятые на себя обязательства, так и как требование честного поведения со стороны инвестора.

²⁴⁰ *Renée de Levi v. Peru* ICSID, Award, 26 February 2014. Пара.153; *Renta 4 SVSA et al v Russia*. Пара.181; *Chevron and TexPet v. Ecuador* (I) PCA, Interim Award (1 December 2008). Пара.143.

²⁴¹ *Renée de Levi v. Peru*. Пара.153.

²⁴² *Micula v. Romania* (II), ICSID (Award, 5 March 2020). Пара.378; *ConocoPhillips v. Venezuela*. Пара.275.

Таким образом, принцип добросовестности привносит гибкость в процесс принятия решений, позволяя арбитрам избежать жестких рамок текстуальной интерпретации норм договора.²⁴³ Принцип добросовестности также может быть использован в качестве механизма, дающего арбитражным судам возможность реагировать или адаптироваться к постоянно меняющемуся арбитражному климату, а государствам предлагает инструмент для возражения против инвестиционного планирования в условиях отсутствия ограничений в МИС, рассмотренных в предыдущей главе.

Однако применение принципа добросовестности сопряжено с определенными проблемами в силу его широкой формулировки и отсутствию единого ясного понимания в международном инвестиционном праве.

На мой взгляд, именно попытки конкретизировать понимание принципа добросовестности и адаптировать его для решения вопросов инвестиционного планирования привело к тому, что в решениях международных инвестиционных трибуналов можно встретить разные концепции рассмотрения поведения инвестора, которые фактически сводятся к определению добросовестности поведения инвестора, например, концепция злоупотребления правом, «снятия корпоративной завесы» и мошенничества при осуществлении инвестиций.

²⁴³ Schill S. Op. cit. C.5.

3.2 Проявления принципа добросовестности на практике международных инвестиционных арбитражей.

Как было отмечено в предыдущем параграфе, широкая формулировка принципа добросовестности и отсутствие единого толкования применения этого принципа к вопросам инвестиционного планирования привели к тому, что в практике международных инвестиционных трибуналов можно встретить несколько основных концепций, вытекающих из этого принципа и применяемых международными трибуналами для разрешения споров.

Как правило, в своей аргументации, ссылаясь на принцип добросовестности, государства и арбитры рассматривают действия инвесторов с точки зрения злоупотребления правом, «снятия корпоративной завесы», мошенничества со стороны инвестора.²⁴⁴

Для того чтобы определить, насколько эффективными являются данные возражения, рассмотрим эти конкретные проявления принципа добросовестности в практике инвестиционных трибуналов.

Начнем, с доктрины «снятия корпоративной завесы», к которой не раз обращались государства-ответчики в инвестиционном арбитраже с целью установить, лицо, которое является реальным бенефициаром в конкретном споре.²⁴⁵

Эта доктрина основывается на позиции МС ООН по делу *Barcelona Traction*, где трибунал пришел к выводу, что четкое различие между компанией и ее акционерами при исключительных обстоятельствах может быть проигнорировано.²⁴⁶

МС ООН обратился к практике государств и пришел к выводу, что суду необходимо рассмотреть истинные цели и конечных бенефициаров корпоративной структуры, т.е. «поднять корпоративную завесу» в случаях, когда это необходимо для предотвращения злоупотребления привилегиями

²⁴⁴ Baumgartner J. Op. cit. С.291.

²⁴⁵ *Tokios Tokelés v Ukraine*. Пара. 358.

²⁴⁶ *Barcelona Traction, Light and Power Co (Belgium v Spain) (Judgment) [1970] ICJ Rep 3, 39. Пара. 56.*

юридического лица, в некоторых случаях мошенничества или неправомерных действий, для защиты третьих лиц или для предотвращения уклонения от законных требований или обязательств.²⁴⁷

Однако в спорах, где государства опирались на доктрину снятия корпоративной завесы, инвестиционные арбитражи не стремились применять ее к разрешению вопросов национальности юридического лица.

Арбитражные трибуналы в делах *Tokios Tokelés*,²⁴⁸ *ADC Affiliate v Hungary*,²⁴⁹ *Rumeli Telekom v Kazakhstan*²⁵⁰ и *KT Asia v Kazakhstan*²⁵¹ приводят похожие доводы.

Они исходят из того, что несмотря на то, что такая практика может быть найдена в судебной практике в некоторых национальных юрисдикциях, она применяется редко и всегда осторожно. А в рассматриваемых спорах, она была неприменима, так как когда она применяется только к ситуациям, когда реальный бенефициар злоупотребляет корпоративной структурой для совершения мошенничества²⁵² и уклонения от ответственности.²⁵³

Нежелание инвестиционных арбитражей «приподнимать корпоративную завесу» было так же отмечено исследователем Мутукумарасуами Сорнараджа, который критикует такой подход к арбитрам. Автор говорит о том, что отказ арбитров в инвестиционных спорах рассмотреть действия инвесторов на предмет соответствия принципу добросовестности фактически оправдывает преднамеренные попытки инвесторов совершить мошенничество или уклониться от цели договора, что так же не является добросовестным намерением. В таких обстоятельствах, полагает М. Сорнараджа, недобросовестным является не только поведение инвесторов, которые эксплуатировали метод инкорпорации для получения

²⁴⁷ *Barcelona Traction, Light and Power Co (Belgium v Spain) (Judgment) [1970] ICJ Rep 3, 39.* Пара. 55-58.

²⁴⁸ *Tokios Tokelés v Ukraine.* Пара. 55, 56.

²⁴⁹ *ADC Affiliate Limited and ADC & ADMC Management Limited v. The Republic of Hungary, ICSID Case No. ARB/03/16, Award (2 October 2006).* Пара. 358.

²⁵⁰ *Rumeli Telekom AS and Telsim Mobil Telekomunikasyon Hizmetleri AS v Republic of Kazakhstan, ICSID Case No ARB/05/16, Award (29 July 2008).* Пара. 328.

²⁵¹ *KT Asia v Kazakhstan.* Пара. 126–128.

²⁵² *Tokios Tokelés v Ukraine.* Пара. 55, 56.

²⁵³ *ADC Affiliate v Hungary.* Пара. 358.

наибольших преимуществ, но и арбитров, которые фактически соглашаются на такое поведение.²⁵⁴

Несмотря на то, что согласится с резкой критикой арбитров в данном случае сложно, так как чаще всего этот отказ продиктован нежеланием арбитражных трибуналов расширительно толковать положения применимых МИС, необходимо признать, что требования государств «приподнять корпоративную завесу» истца в инвестиционных спорах между инвестором и государством маловероятно приведут к желаемому результату.

Еще один аргумент, к которому обращаются государства для обоснования возражения против юрисдикции инвестора использующего корпоративную структуру для приобретения доступа к преимуществам МИС, это рассмотрение поведения инвестора с точки зрения мошенничества.

Одним из наиболее определенных проявлений принципа добросовестности является отсутствие мошенничества и халатности со стороны заявителя.²⁵⁵ И инвестиционные арбитражи действительно выносят решения о недобросовестном поведении инвестора в случаях использования инвестиционного планирования в попытках мошенничества.

Интересно рассмотреть аргументацию арбитров в двух похожих по фактам спорах, связанных с попыткой компаний оспорить Закон о рынке электроэнергии, принятый Турцией в 2003 году как экспроприационный: *Cementownia v Turkey*²⁵⁶ и *Europe Cement v Turkey*.²⁵⁷

В обоих делах спор возник по поводу того, что инвесторы–заявители передали акции, а следовательно, и право собственности на рассматриваемые акции с целью мошенничества.

В деле *Cementownia v Turkey*, арбитры вынесли к решению, что поведение Заявителя даже близко не соответствует надлежащему

²⁵⁴ M. Sornarajah, *Good Faith, Corporate Nationality, and Denial of Benefits / Good Faith and International Economic Law*. Ed. by A.D. Mitchell, M. Sornarajah, T.Voon. С. 138.

²⁵⁵ Ibid. С. 117.

²⁵⁶ *Cementownia «Nowa Huta» SA v Republic of Turkey*, ICSID Case No ARB(AF)/06/2, Award (17 September 2009).

²⁵⁷ *Europe Cement Trade & Investment v Republic of Turkey*, ICSID Case No ARB(AF)/07/2, Decision on Jurisdiction (13 August 2009).

добросовестному поведению, в т.ч. потому что Cementownia не смогла доказать, что акции были приобретены ею законно.

Однако, даже если бы Cementownia доказала, что 30 мая 2003 года приобрела акции законно, все еще оставался бы вопрос о том, было ли это недобросовестным корпоративным планированием, в частности, передача экономических интересов юридического лица-гражданина государства осуществления инвестиции иностранной компании в попытке получить защиту в соответствии с МИС.²⁵⁸

Главная проблема состояла в том, что фактически Cementownia даже не была включена в корпоративную структуру, так как передача акций была сфабрикована. Соответственно иск Cementownia по своей сущности безоснователен.²⁵⁹

Арбитраж МЦУИС в данном деле ясно выразил свое неодобрение действиям Cementownia, так как истец намеренно и недобросовестно злоупотребил арбитражным разбирательством, пользуясь гарантиями, предоставляемыми иностранным инвесторам, ясно осознавая, что таковым не является.

Арбитры так же отметили недобросовестное поведение в вопросах процедуры, так как инвестор намеренно затягивал разбирательство, увеличивало расходы обеих сторон.²⁶⁰

Так же и в споре *Europe Cement v Turkey*, арбитры отметили, что в свете предоставленных доказательств заявление о праве собственности на акции в то время, когда была установлена юрисдикция, было сделано обманным путем.²⁶¹

Так же и в споре *Inceysa v El Salvador*, трактуя формулировку «в соответствии с законодательством принимающего государства» в определении государства, арбитраж МЦУИС пришел к выводу, что заявитель

²⁵⁸ *Cementownia v Turkey*. Пара. 156, 157.

²⁵⁹ *Ibid*.

²⁶⁰ *Ibid*. Пара. 159.

²⁶¹ *Europe Cement v Turkey*. Пара. 167.

получил государственный контракт обманным путем, а именно путем искажения своего опыта и финансовых возможностей. Отдельно было отмечено, что мошенничество противоречит не только законодательству принимающего государства, но и принципам, признанным международным правом, включая добросовестность, а также публичным интересам.²⁶²

Как можно заметить, принцип добросовестности является эффективным аргументом для возражения против явно выраженного мошенничества. Тем не менее это очень узкое понимание добросовестности, которое не сможет быть применено в широком круге споров.

Например, обратимся к делу *Tokios Tokeles*. Очевидно, что в этом споре украинская компания так же ясно осознавала, что несмотря на формальное осуществление деятельности через юридическое лицо, зарегистрированное в Литве, целями Украины при заключении ДИД между Украиной и Литвой не преследовала цели защиты своих же инвесторов.

Таким образом, следуя логике арбитров в *Cementownia v Turkey* и *Europe Cement v Turkey* корпоративная реструктуризация была мошенничеством со стороны инвестора. Даже тот факт, что иск был подан через несколько лет после регистрации *Tolios Tokeles* по сути не изменил то, что спор касался активов украинских граждан. Тем не менее, большинство арбитров учли временной промежуток и приняли решение придерживаться строгого толкования договора.²⁶³

Таким образом, рассмотрение поведения инвестора с точки зрения мошенничества, хотя и является эффективным, имеет очень ограниченное применение.

Переходя к следующему проявлению принципа добросовестности, злоупотребление правом со стороны инвестора как возражение юрисдикции международного инвестиционного трибунала постепенно становится наиболее распространенным из них.²⁶⁴

²⁶² *Inceysa Vallisoletana v El Salvador*. Пар. 230-244.

²⁶³ *Tokios Tokelés v. Ukraine*. Пар. 52.

²⁶⁴ *Phoenix Action, Ltd. v. Czech Republic*. Пар. 107.

Д.Баумгартнер объясняет распространение принципа злоупотребления правом увеличением его важности для международного инвестиционного права в силу выполняемых им функций.²⁶⁵ Во-первых, ни одно право не является по своей сущности абсолютным, и все более тесно взаимосвязанные правовые отношения, права и обязанности государств и иных лиц, в данном случае инвесторов, обладают растущим потенциалом ограничения друг друга.²⁶⁶ Во-вторых, доктрина злоупотребления правом помогает скорректировать баланс противоположных интересов, в случаях, когда социально более выгодно ограничить право в пользу интереса общества.²⁶⁷

В решениях по инвестиционным спорам можно так же встретить формулировку «злоупотребление процессом».²⁶⁸

Представляется, однако, что концепция «злоупотребления правом» более широкая и вмещает в себя в том числе и «злоупотреблением процессом».

Это исходит из того, что злоупотребление процедурой – это поведение, которое не является незаконным, но при этом может нанести значительный ущерб стороне, против которой оно направлено, и может подорвать справедливое и упорядоченное разрешение споров посредством международного арбитража.²⁶⁹ Т.е. по крайней мере в контексте возражений *ratione personae* она представляет собой реализацию общей доктрины злоупотребления правами и принципа добросовестности: преследует те же цели, опирается на те же аргументы.

Аналогичный подход можно увидеть в решениях инвестиционных арбитражей, где понятия «злоупотребление правом» и «злоупотребление процессом» на юрисдикционной стадии используются как взаимозаменяемые.²⁷⁰

²⁶⁵ Baumgartner J. Op. cit. С. 233.

²⁶⁶ Lauterpacht H. *The Function of Law in the International Community*. Oxford: Clarendon Press, 1933. С. 299.

²⁶⁷ Baumgartner J. Op. cit. С. 429; Byers M. *Abuse of rights: An Old Principle, A New Age* / 47 McGill L J, 2002. С. 411.

²⁶⁸ *Lao Holdings N.V. v. Lao People's Democratic Republic*. Пар. 75, 76; *Ronald S. Lauder v. Czech Republic, UNCITRAL, Final Award* (3 September 2001). Пар. 174; *The Rompetrol Group N.V. v. Romania*. Пар. 115.

²⁶⁹ Gaillard E. *Abuse of Process in International Arbitration* / ICSID Review, 2017. С. 2.

²⁷⁰ *Chevron and TexPet v. Ecuador (II)*. Пар. 7.8.7; *Mobil and others v. Venezuela*. Пар.175.

И так как при этом «злоупотребление процессом» не предполагает новых критериев оценки поведения инвестора, для целей данной работы целесообразно рассматривать обе концепции вместе в рамках злоупотребления правом.

Впервые этот аргумент был использован Гватемалой в Деле Ноттебом, которая утверждала, что приобретение гражданства с единственной целью получения доступа к международному судебному разбирательству представляет собой злоупотребление правом.

В международном инвестиционном праве к нему обратились, например, в деле *The Phoenix Action*,²⁷¹ где арбитры прямо не признали национальность инвестора для целей обращения к инвестиционному арбитражу, основываясь на злоупотреблении правом. Трибунал исходил из того, что он обязан «обеспечить, чтобы механизм МЦУИС не защищал инвестиции, для защиты которых он не был предназначен»,²⁷² поскольку инвестиции в рассматриваемом споре по сути, являлись внутренними инвестициями, замаскированными под международные инвестиции с единственной целью доступа к этому механизму.²⁷³

При этом возражение, построенное на злоупотреблении правом инвестором, предполагает достаточно высокий порог доказательства и нарушения. Например, в рассмотренном выше решении о юрисдикции в *Tokios Tokelés v. Ukraine* было установлено, что ни одно из действий истца в отношении его статуса юридического лица Литвы не представляло собой злоупотребление правом. По мнению арбитражного трибунала МЦУИС, не было доказано, что предприятие было создано с целью получения доступа к арбитражу МЦУИС в соответствии с ДИД против Украины, так как не было предоставлено достаточных доказательств.²⁷⁴

²⁷¹ *Phoenix Action, Ltd. v. Czech Republic*. Пара. 107.

²⁷² *Ibid.*

²⁷³ *Ibid.* Пара. 143.

²⁷⁴ *Tokios Tokelés v. Ukraine*. Пара. 56.

Таким образом не смотря на то, что принцип добросовестности не является универсальным ответом, который может эффективно помочь разграничить недобросовестное планирование национальности от обычной практики инвесторов, конкретные его проявления способствуют появлению той гибкости, которой порой не хватает в инвестиционном арбитраже.

В практике международных инвестиционных трибуналов сложилось несколько основных концепций, вытекающих из принципа добросовестности. Арбитражные трибуналы неоднократно рассматривали действия инвесторов с точки зрения злоупотребления правом, «снятия корпоративной завесы» и мошенничества со стороны инвестора.

При этом концепция «снятия корпоративной завесы» не является эффективной и редко применяется арбитрами. Её сфера применения ограничивается ситуациями, когда реальный бенефициар злоупотребляет корпоративной структурой для совершения мошенничества и уклонения от исполнения обязательств.

Так же обращение к мошенничеству может быть использовано эффективно только для возражения против явно выраженного мошенничества, например, при нарушении инвестором закона, поэтому оно не применимо в большинстве случаев инвестиционного планирования.

Наиболее эффективными, исходя из практики международных арбитражных трибуналов являются возражения, основанные на злоупотреблении правом. При этом они предполагают высокий порог доказывания.

3.3 Значение момента реструктуризации инвестиций для применения принципа добросовестности.

В тех решениях, где инвестиционные арбитражи принимают во внимание не только формальные критерии, предусмотренные соответствующим МИС, но и анализируют национальность инвестора с точки зрения принципа добросовестности большое внимание имеет момент реструктуризации юридического лица: в частности, давность реструктуризации и то, насколько можно было предвидеть возникновение спора в этот момент.²⁷⁵

Например, в деле *Mobil v. Venezuela* арбитры, рассматривающие спор, приняли во внимание принцип добросовестности при определении национальности инвестора, при чем оно имело решающее значение при определении круга вопросов, в отношении которых у арбитража МЦУИС есть юрисдикция.

В рассматриваемом споре корпорация Mobil и ее филиалы были зарегистрированы в США и на Багамских островах. Они заключили ряд контрактов на разработку, добычу и переработку нефти в нефтяном поясе Ориноко с государственной нефтяной компанией Венесуэлы. Этот период представлял собой время либерализации энергетического рынка Венесуэлы. Однако политический климат в стране изменился, и правительство Венесуэлы приняло ряд мер по реформированию нефтяной промышленности. В 2001 году Венесуэла приняла новый Закон об углеводородах, а в 2004 году он привел к увеличению налогов и ставок роялти, выплачиваемых частными компаниями. В 2006 году Венесуэла ввела новый налог на добычу полезных ископаемых в размере 33,33 процента по сравнению с соглашениями об оказании услуг за

²⁷⁵ См., например, *Pac Rim Cayman LLC v El Salvador*, ICSID Arbitral Tribunal, Case No ARB/09/12, Decision on the Respondent's Jurisdictional Objections (1 June 2012). Пара. 148, 193; *Lao Holdings N.V. v. Lao People's Democratic Republic*. Пара. 76; *Levy v. Peru*, ICSID Case No. ARB/10/17, Award (9 January 2015). Пара.186.

рубежом, одновременно повысив соответствующую ставку подоходного налога с 34 до 50 процентов.²⁷⁶

В 2005 году, на фоне этих изменений в нефтяной промышленности Венесуэлы, Заявитель создал новое юридическое лицо в соответствии с законодательством Нидерландов и включил его в свою корпоративную цепочку в качестве косвенного владельца местных компаний. После национализации проектов, компания инициировала разбирательство в соответствии с ДИД между Нидерландами и Венесуэлой.²⁷⁷

Венесуэла возразила против юрисдикции трибунала, утверждая, что Mobil внедрила голландскую холдинговую компанию в корпоративную структуру с единственной целью получить доступ к более выгодному ДИД.²⁷⁸

Арбитры признали применение концепции злоупотребления правом и принципа добросовестности, но в то же время пришли к выводу, что планирование национальности, в том числе и в целях доступа к механизмам регулирования споров, не является само по себе недобросовестным поведением. Имея это в виду, инвестиционный трибунал основал анализ на рассмотрении момента реструктуризации инвестора в отношении предполагаемых нарушений.²⁷⁹

Суд пришел к выводу, что реструктуризация инвестиций только для того, чтобы получить юрисдикцию в соответствии с ДИД для существующих споров будет представлять собой злоупотребление ДИД.

Как итог, арбитраж МЦУИС признал юрисдикцию в отношении претензий, связанных с национализацией Mobil в 2007 году, но отказался от юрисдикции в отношении претензий, касающихся увеличения роялти и налогов, которые имели место до создания голландского юридического лица.²⁸⁰

²⁷⁶ Mobil Corporation, Venezuela Holdings, B.V., Mobil Cerro Negro Holding, Ltd., Mobil Venezolana de Petróleos Holdings, Inc., Mobil Cerro Negro, Ltd., and Mobil Venezolana de Petróleos, Inc. v. Bolivarian Republic of Venezuela, ICSID Case No. ARB/07/27, Decision on Jurisdiction (10 June 2010). Пара. 19.

²⁷⁷ Ibid. Пара. 21-22.

²⁷⁸ Ibid. Пара. 27.

²⁷⁹ Ibid. Пара. 205.

²⁸⁰ Ibid. Пара. 206.

Однако, определить момент, когда произошло нарушение, в результате которого возник спор, часто сопряжено с определенными трудностями. В частности, потому что определение момента времени будет зависеть от длительности нарушения: нарушение или причиненный им вред могут быть единовременным деянием, продолжающимся деянием или сложной серией деяний, различие между которыми также отражено в статьях Комиссии международного права (КМП) об ответственности государств за международно-противоправные деяния.²⁸¹

При единовременном деянии, например, при принятии закона, препятствующего инвестициям, спор начинается именно в тот момент, когда совершается действие, даже если его последствия будут растянуты во времени.²⁸² Продолжающееся деяние распространяется на период, в течение которого деяние не соответствует договорному обязательству, например, отказ в выдаче разрешения в течение определенного периода времени.²⁸³ И наоборот, составное деяние включает ряд различных действий или бездействий, составляющих противоправное деяние, и моментом совершения считается тот момент, когда происходит последнее соответствующее событие.²⁸⁴

Таким образом, классификация деяния имеет существенное значение в тех случаях, когда национальность инвестора меняется в какой-то момент между первым и последним деянием.

В частности, арбитражный трибунал в Mobil устанавливает четкое правило, что реструктуризация инвестора *ex post*, не является добросовестным поведением. Однако это не означает того, что любая реструктуризация лица до возникновения спора является добросовестной.

²⁸¹ Проект статей об ответственности государств за международно-противоправные деяния 2001 г. / Доклад Комиссии международного права о работе ее пятьдесят третьей сессии: док. ООН А/56/10. Нью-Йорк: ООН, 2001. С. 72. Кешнер М.В. Право международной ответственности: учебник. М: Проспект, 2017. – С. 62-65.

²⁸² *Pac Rim v. El Salvador*. Пара. 2.68.

²⁸³ *Ibid.* Пара. 2.69, 2.73.

²⁸⁴ *Ibid.* Пара. 2.70, 2.74.

Например, в споре *Philip Morris v. Australia* заявитель, бесспорно, завершил свою реструктуризацию и приобрел долю в австралийских инвестициях до возникновения спора. Тем не менее, поведение инвестора не было воспринято как добросовестное инвестиционное планирование, и претензии были отклонены. Арбитры исходили из того, что с учетом конкретных обстоятельства дела инвестор, безусловно, мог предвидеть предстоящий спор с правительством Австралии, и, таким образом, его действия были равносильны злоупотреблению правом.

Для лучшего понимания этого вопроса, необходимо прежде всего прояснить важное различие между давностью реструктуризации в контексте злоупотребления правом и для целей возражения против распространения юрисдикции международного инвестиционного арбитража по времени (*ratione temporis*).

Вопрос о сроках как с точки зрения юрисдикции по времени, так и с точки зрения злоупотребления процессом был рассмотрен арбитрами в споре *Pac Rim v. El Salvador*,²⁸⁵ и проведенное различие было воспринято в споре *Lao Holdings v Lao People's Democratic Republic*²⁸⁶ и *Renée Rose Levy and Gremcitel SA v Republic of Peru*.²⁸⁷

Ключевое различие состоит в том, что временные рамки для определения факта злоупотребления процессом не совпадают с временными рамками для определения *ratione temporis*.

Для юрисдикции *ratione temporis*, соответствующими временными рамками является та дата, «когда имела место мера, действие или факт, в которых заключается предполагаемое нарушение»,²⁸⁸ и, в отличие от случаев, когда необходимо определить злоупотребление правом, нет необходимости рассматривать знание или осведомленность заявителя о предполагаемом нарушении или будущем споре.²⁸⁹

²⁸⁵ *Pac Rim Cayman LLC v El Salvador*. Пара. 2.9.9.

²⁸⁶ *Lao Holdings v Lao People's Democratic Republic*. Пара. 70.

²⁸⁷ *Renée Rose Levy and Gremcitel SA v Republic of Peru*. Пара. 182-186.

²⁸⁸ *Pac Rim Cayman LLC v El Salvador*. Пара. 2.102.

²⁸⁹ *Ibid.* Пара. 2.102.

В случае злоупотребления правом, момент, когда реструктуризация перестает отвечать принципу добросовестности, обязательно должен быть более ранним по времени, чем возникновение юрисдикции трибунала во времени, и при этом знания заявителя играют решающую роль.²⁹⁰

Трибунал исходит из того, что инвестор злоупотребляет национальностью компании, чтобы получить юрисдикцию в соответствии с международным договором в то время, когда осознает, что произошли события, которые негативно влияют на его инвестиции и могут привести к возникновению спора.

Для того, чтобы определить момент, когда инвестор может предвидеть спор, в практике международных инвестиционных трибуналов был выработан тест «предсказуемости спора».

Несмотря на то, что детали определения предсказуемости спора разнятся от решения к решению, из них можно вывести общий подход. Он был разработан в ранее рассмотренном решении *Pac Rim v. El Salvador*, и воспринят арбитрами, например, в *Tidewater v. Venezuela*,²⁹¹ *Lao Holdings v. Laos*²⁹² и *Levy v. Venezuela*.²⁹³

Спор является предсказуемым для целей определения злоупотребления правом, когда соответствующая сторона или видит фактический спор, или может предвидеть конкретный будущий спор с очень высокой вероятностью, а не просто рассматривает его как возможное противоречие между сторонами.²⁹⁴ Более того, такое предвидение должно быть разумным, т.е. основываться на объективных факторах, а не на субъективных взглядах инвестора.²⁹⁵

Как отмечает, Дж. Баумгартнер, в отсутствие критерия «разумности» требование только того, чтобы инвестор мог предвидеть предстоящий спор с

²⁹⁰ *Pac Rim Cayman LLC v El Salvador*. Пара. 2.107.

²⁹¹ *Tidewater v. Venezuela*. Пара. 148, 193.

²⁹² *Lao Holdings N.V. v. Lao People's*. Пара. 76.

²⁹³ *Levy v. Peru*. Пара.186.

²⁹⁴ *Pac Rim Cayman LLC v El Salvador*. Пара. 2.99.

²⁹⁵ *Tidewater v. Venezuela*. Пара. 148, 193.

высокой вероятностью, не способствует установлению баланса между инвесторами и государством, так как в нем отсутствует важный объективный элемент, который предотвратил бы стратегические злоупотребления этим тестом инвестором.²⁹⁶

Таким образом, добавление требования разумности вводит необходимый критерий того, смог бы инвестор, действующий разумно, предвидеть будущий спор.

Однако даже с дополнительным критерием разумности, тест предсказуемости подразумевает оценку предсказуемости определенного спора с учетом ретроспективного анализа и предполагает широкое усмотрение международного инвестиционного трибунала.

Из этого следует, что инвестор заранее не может с высокой вероятностью быть уверенным в том, будет ли реорганизация его корпоративной структуры оценена как добросовестная или нет. Как видно из рассмотренной выше классификации деяний по продолжительности, проблема возникает, в частности, в случае дящихся или составных деяний, когда момент возникновения спора будет определен после комплексного ретроспективного анализа арбитражным трибуналом, на который у инвестора просто нет возможности.

Однако, можно с уверенностью указать, что предсказуемость спора требует высокого порога доказывания. Злоупотребление правом не должно презюмироваться инвестиционными арбитрами, и подтверждается ими только в исключительных обстоятельствах.²⁹⁷ При этом чем ближе реструктурирование к акту, приводящему к спору, тем вероятнее предсказуемость спора.²⁹⁸

Помимо этого, необходимо учитывать, что бремя доказывания того, что поведение инвестора было недобросовестным и совершено с единственной

²⁹⁶ Baumgartner J. The Significance of the Notion of Dispute and Its Foreseeability in an Investment Claim Involving a Corporate Restructuring, 2017/ 18(2) Journal of World Investment and Trade. C.228.

²⁹⁷ *Levy v. Peru*. Пара. 186.

²⁹⁸ *Ibid.* Пара. 187.

целью получения преимуществ соответствующего МИС в виду предсказуемости будущего спора, лежит на государстве-ответчике.²⁹⁹

Так же, можно подчеркнуть, что международные инвестиционные арбитражи сходятся в том, что требование предсказуемости относится к конкретному будущему спору, а не абстрактной возможности разногласий.³⁰⁰

Из этого следует, что общего ухудшения инвестиционного климата будет недостаточно для того, чтобы конкретный инвестиционный спор был признан предсказуемым для инвестора. Соответственно, можно предположить, что если инвестор реструктурирует свои инвестиции на фоне общего ухудшения инвестиционного климата в государстве или общего спада экономики, то такая реструктуризация будет признана добросовестной в международном инвестиционном арбитраже.

На основании изложенного в главе третьей можно сделать следующие выводы:

1. Принцип добросовестности в международном инвестиционном праве предполагает, что права и обязанности сторон, вытекающие из МИС, должны исполняться не формально, а в соответствии с целями и объектом договора. Обман, скрытность, попытки ввести в заблуждение или воспользоваться неточностями в договоре при не совместимы с принципом добросовестности. Он служит инструментом обеспечения некоторой гибкости в процесс принятия решений, даёт арбитражным судам возможность адаптироваться к постоянно меняющемуся арбитражному климату.

2. В практике международных инвестиционных трибуналов сложилось несколько основных концепций, вытекающих из принципа добросовестности, которые применяются арбитражными трибуналами при разрешении споров: злоупотребление правом, «снятие корпоративной завесы» и мошенничество со стороны инвестора.

²⁹⁹ *Cervin Investissements SA & Rhone Investissements SA v La República de Costa Rica*, ICSID Case No ARB/13/2, Decisión sobre Jurisdicción (15 December 2014). Папа. 292.

³⁰⁰ *Pac Rim Cayman LLC v El Salvador*. Папа. 2.99.

Наиболее эффективной, исходя из практики международных арбитражных трибуналов являются возражения, основанные на злоупотреблении правом, которое, в отличие от концепции «снятия корпоративной завесы» и мошенничества имеют более широкую сферу применения.

3. При рассмотрении возражений, основанных на злоупотреблении правом со стороны инвестора, момент реструктуризации инвестиций является ключевым моментом для определения того, являлось ли поведение инвестора добросовестным.

При этом важную роль играет предсказуемость спора в момент реструктуризации. Тест предсказуемости, на мой взгляд, только начинает формироваться в практике инвестиционных арбитражей, и пока не отвечает принципу юридической определенности.

Однако на основе него уже можно дать некоторые советы как инвесторам, так и государствам осуществления инвестиций. В частности, инвестору следует проводить реструктуризацию инвестиций при первых признаках ухудшения инвестиционного климата, а государству рассмотреть возможность заранее обозревать возможные меры, которые могут повлиять на положение инвестора, чтобы увеличить вероятность предсказуемости спора.

ЗАКЛЮЧЕНИЕ

В своей работе автор пришел к следующим выводам:

Первое. Инвестиционное планирование – это действия инвесторов по структуризации своих инвестиций через страны-посредники с единственной целью получения преимуществ более выгодного международного инвестиционного соглашения.

Использование термина «инвестиционное планирование» позволяет разграничить рассматриваемое явление от «покупки договора», которая предполагает, что у инвестора есть возможность выбрать форум разрешения споров из нескольких возможных.

В конечном итоге целью инвестиционных соглашений, является взаимная защита инвесторов Договаривающихся сторон, поэтому государства стремятся установить разумные ограничения для инвестиционного планирования.

Второе. Инвестиционное планирование, не являясь само по себе запрещенным действием, подвергается обоснованной критике в доктрине и практике инвестиционных арбитражных трибуналов.

В частности, инвестиционное планирование противоречит принципу взаимности, так как в определенных случаях предоставляет организациям, не имеющим существенных связей с договариваемым государством, возможность получить защиту по наиболее благоприятному МИС, даже если реальное государство отправления инвестиций не распространяет защиту на капиталовложения инвесторов из принимающего государства, то есть. государству-участнику желаемого МИС приходится предоставлять преимущества государству, которые ни фактически, ни формально не предоставляет аналогичные преимущества государству-участнику.

Помимо этого, во время подписания и ратифицирования МИС государства не могли знать о последствиях широких формулировок норм заключаемых МИС. Поэтому, учитывая кардинальную смену обстоятельств,

нельзя вывести согласие государства на предоставление гарантий инвесторам, не имеющим реальные экономические связи с государством отправления инвестиций, из первоначального согласия государств.

Инвестиционное планирование может, в том числе, мешать достижению целей устойчивого развития, так как ресурсы, которые могли бы быть направлены на осуществление задач устойчивого развития, направляются на арбитражные издержки.

Из этого вытекает необходимость определить пределы и разумно ограничить инвестиционное планирование в международном праве.

Третье. Наиболее эффективным методом ограничения инвестиционного планирования является формулирование МИС таким образом, чтобы противостоять возможности инвестиционного планирования, и одновременно повысить общую определенность в своих инвестиционных режимах. А именно, ограничить инвестиционное планирование в МИС можно через определение «инвестора» или «инвестиции» и оговорку о предоставлении выгод.

1. В первую очередь, следует обратить внимание на определение инвестора, так как именно с него начинается анализ юрисдикции международного инвестиционного арбитража.

В отсутствие общепринятого определения инвестора, критерии определения национальности инвестора зависят от конкретной формулировки в норме международного права, на основании которой инвестор стремится получить доступ к защите своих интересов в международном инвестиционном трибунале, которое чаще всего определено в соответствующем МИС. Выделяют три критерия определения национальности инвестора: тест инкорпорации, тест места нахождения администрации, и тест контроля.

Тест инкорпорации на данный момент является самым распространенным в действующих МИС, в том числе. среди ДИД, действующих для РФ, и он же является самым благоприятным для инвестиционного планирования.

Инвестиционное планирование может быть ограничено закреплением в определении иностранного инвестора теста места нахождения администрации или теста контроля. Наиболее эффективным критерием при этом является требование осуществления существенной хозяйственной деятельности на территории государства. Практика инвестиционных арбитражей показывает, что при рассмотрении критерия существенной хозяйственной деятельности, арбитры опираются прежде всего на фактические экономические связи инвестора и государства отправления инвестиций.

2. В тех случаях, когда инвестор формально подпадает под определение иностранного инвестора в применимом МИС следующим шагом ограничения инвестиционного планирования может стать анализ инвестиции.

Практика международных инвестиционных трибуналов показывает, что для того, чтобы обеспечить возможность ограничения инвестиционного планирования через определение «инвестиции» в соответствующем МИС, необходимо, чтобы оно не только перечисляло все возможные формы осуществления вложений, как оно сформулировано в действующих ДИД РФ, но и включало экономические характеристики вложения, например, активный вклад в экономику принимающего государства.

3. Оговорка об отказе в предоставлении преимуществ позволяет государствам отказываться в преимуществах МИС инвестору, у которого отсутствует существенная экономическая связь с предполагаемым государством отправления инвестиций.

Учитывая некоторые препятствия, с которыми сталкивались государства при применении оговорки об отказе в преимуществах, а именно: с требованием заранее известить инвестора о своем намерении воспользоваться правом отказа в преимуществах, необходимо чтобы оговорка об отказе в предоставлении выгод определяла не только в каких случаях применима оговорка, но и каким образом. В частности, целесообразно предусмотреть, что инвестор может быть извещен не только обменом письмами, но и общим объявлением в официальном источнике, а также

обозначить, что государство может осуществить право на отказ в предоставлении выгод вплоть до срока сдачи встречного меморандума.

Четвертое. В тех же случаях, когда МИС не предусматривает никаких ограничений инвестиционного планирования, государства могут опираться на принцип добросовестности.

Принцип добросовестности в международном инвестиционном праве применяется как общий принцип права цивилизованных наций. В силу особенностей международного инвестиционного права принцип добросовестности в международном инвестиционном праве воспринял содержание этого принципа как в публичном, так и в частном праве во всей полноте. Это привело к тому, что принцип добросовестности понимается международными инвестиционными арбитражами и как обязанность государств добросовестно исполнять взятые на себя обязательства, так и как требование честного поведения со стороны инвестора.

Пятое. Из всех проявлений принципа добросовестности в практике инвестиционных арбитражных трибуналов, наиболее эффективной является доктрина злоупотребления правом. Она помогает скорректировать баланс интересов инвестора и государства.

При обращении к доктрине злоупотребления правом момент реструктуризации инвестиций является ключевым моментом для определения того, являлось ли поведение инвестора добросовестным или злоупотреблением правом. В частности, разрешение вопроса основывается на предсказуемости спора в момент реструктуризации. Тест предсказуемости еще не сформирован окончательно, однако уже можно сказать, что предсказуемым спор является в тот момент, когда соответствующая сторона, действуя разумно, может предвидеть конкретный будущий спор с очень высокой вероятностью, а не просто рассматривает его как возможное противоречие между сторонами.

Подводя итог, следует так же отметить, что на данный момент не существует единого, всеобъемлющего способа ограничения инвестиционного планирования.

Практика показывает, что международные инвестиционные трибуналы при разрешении вопросов инвестиционного планирования, как правило, основываются на текстуальном толковании требований соответствующих МИС и формальных критериях, закрепленных в них.

Однако в последние годы арбитры все чаще обращаются к принципу добросовестности и тем самым развивают направление доктрины злоупотребления правом, которое опирается на то, существовал ли во время смены национальности ранее существовавший спор или будущий спор был предсказуемым.

Дальнейшее развитие международного инвестиционного права покажет, как в будущем будут формироваться ограничения инвестиционного планирования. При этом необходимо помнить, что целью государств и инвестиционных арбитражей должно быть не искоренение практики инвестиционного планирования, а поиск оптимального баланса между интересами государства и частного инвестора.

СПИСОК ИСПОЛЬЗОВАННОЙ ЛИТЕРАТУРЫ

Международные договоры

1. Арбитражный регламент ЮНСИТРАЛ (пересмотрен в 2010 году) (Принят в г. Нью-Йорке 25.06.2010 на 43-ей сессии ЮНСИТРАЛ) // URL: http://www.consultant.ru/document/cons_doc_LAW_144876/.
2. Договор к Энергетической Хартии от 17 декабря 1994 // URL: <https://www.energycharter.org/fileadmin/DocumentsMedia/Legal/ECT-ru.pdf>
3. Договор СССР и Федеративной Республики Германии о содействии осуществлению и взаимной защите капиталовложений от 13 июня 1989 года // URL: http://www.consultant.ru/document/cons_doc_LAW_131322/. Ст.10
4. Конвенция об урегулировании инвестиционных споров между государствами и физическими или юридическими лицами других государств (Вашингтон, 18 марта 1965 г.) // URL: <https://base.garant.ru/2540235>.
5. Проект статей об ответственности государств за международно-противоправные деяния 2001 г. / Доклад Комиссии международного права о работе ее пятьдесят третьей сессии: док. ООН А/56/10. Нью-Йорк: ООН, 2001.
6. Соглашение между СССР и Испанией о содействии осуществлению и взаимной защите капиталовложений от 26 октября 1990 года // URL: http://www.consultant.ru/document/cons_doc_LAW_131324/
7. Соглашение между Правительством СССР и Правительством Канады о поощрении и взаимной защите капиталовложений от 20 ноября 1989 года // URL: http://www.consultant.ru/document/cons_doc_LAW_128168
8. Соглашение между Правительством СССР и Правительством Республики Корея о поощрении и взаимной защите капиталовложений от 14 декабря 1990 года // URL: http://www.consultant.ru/document/cons_doc_LAW_128171
9. Соглашение между СССР и Австрийской Республикой о содействии осуществлению и взаимной защите капиталовложений от 8 февраля 1990 года // URL: http://www.consultant.ru/document/cons_doc_LAW_131323/
10. Соглашение между Правительством СССР и Правительством Соединенного Королевства Великобритании и Северной Ирландии о поощрении и взаимной защите капиталовложений от 6 апреля 1989 года // URL: http://www.consultant.ru/document/cons_doc_LAW_128815/.

11. Соглашение между Правительством СССР и Франции о взаимном поощрении и взаимной защите инвестиций от 5 июля 1989 года // http://www.consultant.ru/document/cons_doc_LAW_128816/.
12. Соглашение между правительством РФ и правительством Греческой Республики о поощрении и взаимной защите капиталовложений от 30 июня 1993 года // URL: http://www.consultant.ru/document/cons_doc_LAW_128039/
13. Соглашение между правительством РФ и правительством Чешской Республики о поощрении и взаимной защите капиталовложений от 5 апреля 1994 года // URL: http://www.consultant.ru/document/cons_doc_LAW_126407/
14. Соглашение между правительством РФ и правительством Турецкой Республики о поощрении и взаимной защите капиталовложений от 15 декабря 1997 года. // URL: http://www.consultant.ru/document/cons_doc_LAW_126100/.
15. Соглашение между Правительством СССР и Швейцарским Федеральным Советом о поощрении и взаимной защите капиталовложений от 1 декабря 1990 года // URL: http://www.consultant.ru/document/cons_doc_LAW_128170.
16. Соглашение между Правительством Российской Федерации и Правительством Королевства Швеция о поощрении и взаимной защите капиталовложений от 19 апреля 1995 года // URL: http://www.consultant.ru/document/cons_doc_LAW_126441/.
17. Статут Международного суда ООН от 26 июня 1945 г.
18. Agreement between Australia and the Czech Republic on the Reciprocal Promotion and Protection of Investments (1993) // URL: <https://oxia.ouplaw.com/view/10.1093/law:iic/bt541.regGroup.1/law-iic-bt541?rskey=zXdoL6&result=48&prd=IC>.
19. Agreement between the Government of Canada and the Government of Barbados for the reciprocal promotion and protection of investments (1996) // URL: <https://investmentpolicy.unctad.org/international-investment-agreements/treaty-files/280/download>
20. Agreement between Canada and The Republic of Peru for the promotion and protection of investments (2004) // URL: <https://investmentpolicy.unctad.org/international-investment-agreements/treaty-files/626/download>
21. Agreement between the Czech and Slovak Federal Republic and the Swiss Confederation on the promotion and reciprocal protection of investments

(1991) // URL: <https://investmentpolicy.unctad.org/international-investment-agreements/treaty-files/2264/download>

22. Agreement on encouragement and reciprocal protection of Investments between the Republic of Kazakhstan and the Kingdom of the Netherlands (2007) // URL: https://www.italaw.com/sites/default/files/laws/italaw6189_0.pdf.

23. EU-Canada Comprehensive Economic and Trade Agreement (CETA)

24. Regional Comprehensive Economic Partnership (RCEP)

25. The United States-Mexico-Canada Agreement (USMCA)

26. Tratado entre la Republica Federal de Alemania y la Republica Argentina sobre Promocion y Proteccion Reciproca de Inversiones // URL: <https://investmentpolicy.unctad.org/international-investment-agreements/treaty-files/92/download>

27. Treaty between the Federal Republic of Germany and Pakistan for the Promotion and Protection of Investments, 25 November 1959 // URL: <https://oxia.ouplaw.com/view/10.1093/law:iic/bt117.regGroup.01/law-iic-bt117>.

28. Решения и консультативные заключения международных судов

29. Advisory Opinion No. 4, Nationality Decrees Issued in Tunis and Morocco, 4, Permanent Court of International Justice, 7 February 1923 // URL: <https://www.refworld.org/cases,PCIJ,44e5c9fc4.html> [accessed 19 March 2022].

30. Ahmadou Sadio Diallo (Guinea v Democratic Republic of Congo) (Preliminary Objections), 2007. ICJ Rep 582, 614.

31. Barcelona Traction, Light and Power Company, Limited (Belgium v. Spain) (New Application: 1962). Judgement (5 February 1970)

32. Case concerning the Loan Agreement between Italy and Costa Rica (dispute arising under a financing agreement), Italy v Costa Rica, (2006) XXV RIAA 21, 26th June 1998.

33. Land and Maritime Boundary, Preliminary Objections (Cameroon/Nigeria) (Judgement) [1998] ICJ Rep 275.

34. Nuclear Tests Case (New Zealand v France) (Judgment) [1974] ICJ Rep 457.

Решения международных инвестиционных арбитражей

35. Achmea B.V. v. The Slovak Republic, UNCITRAL, PCA Case No. 2008-13. Judgement if the Grand Chamber of the European Court of Justice (6 March 2018) // URL: https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/italaw9548_0.pdf

36. ADC Affiliate Limited and ADC & ADMC Management Limited v. The Republic of Hungary, ICSID Case No. ARB/03/16, Award (2 October 2006) // URL: <https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/ita0006.pdf>.
37. Aguas del Tunari, S.A., ICSID Case No. ARB/(P/3, Decision on Respondent's Objections to Jurisdiction (21 October 2005) // URL: https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/italaw10957_0.pdf.
38. AIG Capital Partners, Inc. and CJSC Tema Real Estate Company Ltd. v. The Republic of Kazakhstan, ICSID Case No. ARB/01/6, Award (7 October 2003) // URL: <https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/italaw3077.pdf>.
39. Alpha Projektholding GmbH v Ukraine, ICSID Case No ARB/07/16, Award (8 November 2010) // URL: <https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/ita0026.pdf>.
40. Alps Finance and Trade AG v Slovak Republic, UNCITRAL, Award (5 March 2011) // URL: <https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/ita0027.pdf>.
41. AMTO LLC v Ukraine, SCC Case No 080/2005, IIC 346 (2008), Final award (26 March 2008) // URL: <https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/ita0030.pdf>
42. Ascom and Stati v Republic of Kazakhstan, SCC Case No. V 116/2010, Award (19 December 2013) // URL: <https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/italaw3083.pdf>.
43. Aucoven v. Venezuela ICSID, Decision on Jurisdiction, 27 September 2001 // URL: <https://jsumundi.com/en/document/decision/en-autopista-concesionada-de-venezuela-c-a-v-bolivarian-republic-of-venezuela-decision-on-jurisdiction-thursday-27th-september-2001>.
44. Autopista Concesionada de Venezuela CA (Aucoven) v Bolivarian Republic of Venezuela, ICSID Case No ARB/00/5, Decision on Jurisdiction (27 September 2001) // URL: <https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/italaw6352.pdf>.
45. Azurix Corp v Argentine Republic, ICSID Case No ARB/01/12, Decision on Jurisdiction (8 December 2003) // URL: <https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/ita0060.pdf>.
46. Banro American Resources Inc and Société Aurifère du Kivu du Maniema SARL v Democratic Republic of Congo, ICSID Case No ARB/98/7, Award (1 September 2000) // URL: <https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/italaw6351.pdf>.

47. Bayindir Insaat Turizm Ticaret Ve Sanayi AS v Islamic Republic of Pakistan, ICSID Case No ARB/03/29, Decision on Jurisdiction (14 November 2005) // URL: <https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/ita0074.pdf>.
48. Canepa Green Energy Opportunities I, S.á r.l. and Canepa Green Energy Opportunities II, S.á r.l. v. Kingdom of Spain, ICSID Case No. ARB/19/4, Procedural Order No. 3 (Decision on Bifurcation) (28 August 2020) // URL: <https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/italaw11811.pdf>.
49. Caratube International Oil Company LLP v Republic of Kazakhstan, ICSID Case No ARB/08/12, Award (5 June 2012) // URL: <https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/italaw1100.pdf>.
50. Cementownia «Nowa Huta» SA v Republic of Turkey, ICSID Case No ARB(AF)/06/2, Award (17 September 2009) // URL: <https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/ita0138.pdf>.
51. Ceskoslovenska Obchodni Banka, A.S. v. The Slovak Republic, ICSID Case No. ARB/97/4. Decision of the tribunal on the objections to jurisdiction // URL: <https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/ita0144.pdf>.
52. CEAC Holdings Limited v. Montenegro, ICSID Case No. ARB/14/8, Separate Opinion of William W. Park, 26 July 2016 // URL: <https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/italaw10148.pdf>.
53. Cervin Investissements SA & Rhone Investissements SA v La República de Costa Rica, ICSID Case No ARB/13/2, Decisión sobre Jurisdicción (15 December 2014) // URL: <https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/italaw4081.pdf>.
54. CMS Gas Transmission Company v. The Republic of Argentina, ICSID Case No. ARB/01/8, Decision of the Tribunal on Objections to Jurisdiction (17 July 2003) // URL: <https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/ita0183.pdf>.
55. Compañía de Aguas del Aconquija S.A. and Vivendi Universal S.A. v. Argentine Republic, ICSID Case No. ARB/97/3, Award (20 August 2007) // URL: <https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/ita0215.pdf>.
56. ConocoPhillips Petrozuata B.V., ConocoPhillips Hamaca B.V. and ConocoPhillips Gulf of Paria B.V. v. Bolivarian Republic of Venezuela, ICSID Case No. ARB/07/30. Decision on jurisdiction (3 September 2013) // URL: <https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/italaw1569.pdf>. II. 279.
57. Consorzio Groupement LESI—Dipenta v Republique Algerienne, Award (10 January 2005) // URL: <https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/italaw4321.pdf>.

58. Eiser Infrastructure Limited and Energía Solar Luxembourg S.à r.l. v. Kingdom of Spain, ICSID Case No. ARB/13/36, Final award (4 May 2017) // URL: <https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/italaw9050.pdf>.
59. Emilio Agustín Maffezini v. The Kingdom of Spain, ICSID Case No. ARB/97/7, Award (13 November 2000) // <https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/ita0481.pdf>.
60. Europe Cement Trade & Investment v Republic of Turkey, ICSID Case No ARB(AF)/07/2, Decision on Jurisdiction (13 August 2009) // URL: <https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/ita0311.pdf>.
61. European American Investment Bank AG (Austria) v. Slovak Republic, PCA Case No. 2010-17, Award on Jurisdiction (22 October 2012) // URL: <https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/italaw4226.pdf>.
62. Fedax NV v Bolivian Republic of Venezuela, ICSID Case No ARB/96/3, Award on Jurisdiction (11 July 1997) // URL: https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/ita0316_0.pdf.
63. Garanti Koza LLP v. Turkmenistan, ICSID Case No. ARB/11/20, Decision on the Objection to Jurisdiction for Lack of Consent (3 July 2013) // URL: <https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/italaw1540.pdf>.
64. Generation Ukraine Inc. v. Ukraine, ICSID Case No. ARB/00/9, Final Award (16 September 2003) // URL: <https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/ita0358.pdf>.
65. Gran Colombia Gold Corp. v. Republic of Colombia, ICSID Case No. ARB/18/23, Decision on the Bifurcated Jurisdictional Issue (23 November 2020) // URL: <https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/italaw11995.pdf>.
66. Hulley Enterprises Limited (Cyprus) v. Russia, PCA Case No. 2005-03/AA226, Interim Award on Jurisdiction and Admissibility (30 November 2009) // URL: <https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/ita0411.pdf>.
67. Guaracachi America, Inc. and Rurelec PLC v. The Plurinational State of Bolivia, UNCITRAL, PCA Case No. 2011-17, Award (31 January 2014) // URL: <https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/italaw3293.pdf>.
68. Hussein Nuaman Soufraki v The United Arab Emirates, ICSID Case No ARB/02/7, Award (7 July 2004) // URL: <https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/ita0799.pdf>.
69. Impregilo v Pakistan, Decision on Jurisdiction (22 April 2005) // URL: <https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/ita0422.pdf>.
70. Isolux Netherlands v. Spain, SCC Case V2013/153, Final award (17 July 2016) // URL: <https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/italaw9219.pdf>.

71. Jan de Nul NV and Dredging International NV v Arab Republic of Egypt, ICSID Case No ARB/04/13, Decision on Jurisdiction (16 June 2006) // URL: <https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/ita0439.pdf>.

72. Jan Oostergetel and Theodora Laurentius v Slovak Republic, UNCITRAL, Decision on Jurisdiction (30 April 2010) // URL: https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/ita1073_0.pdf.

73. Joseph Charles Lemire v. Ukraine, ICSID Case No. ARB/06/18, Decision on Jurisdiction and Liability, 2010 // Доступно по ссылке: <https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/ita0453.pdf>.

74. Joy Mining Machinery Limited v Arab Republic of Egypt, ICSID Case No ARB/03/11, Award on Jurisdiction (30 July 2004) // URL: <https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/ita0441.pdf>.

75. Khan Resources Incorporated and ors v Mongolia and MonAtom LLC (Mongolia), PCA Case No 2011-09, IIC 1397, Decision on jurisdiction (25 July 2012) // URL: <https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/italaw4268.pdf>.

76. Kilic Insaat Ithalat Ihracat Sanayi ve Ticaret Anonim Sirketi v. Turkmenistan, ICSID Case No. ARB/10/1, Award (2 July 2013) // URL: https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/italaw1515_0.pdf.

77. KT Asia Investment Group BV v Republic of Kazakhstan, ICSID Case No ARB/09/ 8, Award (17 October 2013) / URL: <https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/italaw3006.pdf>.

78. Lao Holdings NV v The Lao People's Democratic Republic, ICSID Case No ARB(AF)12/6, Decision on Jurisdiction (21 February 2014) // URL: <https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/italaw3108.pdf>.

79. Liman Caspian Oil BV and NCL Dutch Investment BV v Republic of Kazakhstan, ICSID Case No ARB/07/14, Award (22 June 2010) // URL: <https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/italaw1429.pdf>.

80. Loewen Group Inc and Raymond Loewen v United States of America, ICSID Case No ARB(AF)/ 98/3, Award (26 June 2003) // URL: <https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/ita0470.pdf>.

81. Luxtona Limited v. The Russian Federation, PCA Case No. 2014-09, Interim Award on Respondent's Objections to the Jurisdiction of the Tribunal (22 March 2017) // URL: <https://jsumundi.com/en/document/decision/en-luxtona-limited-v-the-russian-federation-decision-on-jurisdiction>.

82. Malaysian Historical Salvors v Government of Malaysia, ICSID Case No ARB/05/10, Award (28 May 2007) // URL: <https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/ita0496.pdf>.

83. Mera Investment v. Serbia, ICSID, Decision on Jurisdiction, 30 November 2018 // URL: <https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/italaw10133.pdf>.
84. Metalclad Corporation v. United Mexican States, ICSID Case No. ARB(AF)/97/1, Award (30 August 2000) // URL: <https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/ita0510.pdf>.
85. Micula v. Romania (II), ICSID (Award, 5 March 2020) // URL: <https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/italaw11284.pdf>
86. Mihaly International Corporation v Democratic Socialist Republic of Sri Lanka, ICSID Case No ARB/00/2, Award (25 March 2002) // URL: <https://jsumundi.com/en/document/decision/en-mihaly-international-corporation-v-democratic-socialist-republic-of-sri-lanka-award-friday-15th-march-2002>.
87. Mobil Corp., Venezuela Holdings, B.V. v. Bolivarian Republic of Venezuela, ICSID Case No. ARB/07/27, Decision on Jurisdiction (June 10, 2010) // URL: <https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/ita0538.pdf>
88. MNSS and RCA v. Montenegro. Παπα.182; Niko Resources v. BAPEX & Petrobangla ICSID, Decision on Jurisdiction, 19 August 2013 // URL: https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/italaw6322_0.pdf.
89. National Gas SAE v Arab Republic of Egypt, ICSID Case No ARB/11/7, Award (3 April 2014) // URL: <https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/italaw4043.pdf>.
90. Orascom v. Algeria, ICSID, Award, 31 May 2017 // URL: <https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/italaw8973.pdf>.
91. Pac Rim Cayman LLC v. Republic of El Salvador, ICSID Case No. ARB/09/12, Decision on the Respondent's Jurisdictional Objections, (June 1, 2012) // URL: <https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/ita0935.pdf>.
92. Pan American Energy LLP and BP Argentina Exploration Company v Argentine Republic, ICSID Case No ARB/03/13, Decision on Preliminary Objections (27 July 2006) // URL: <https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/ita0616.pdf>.
93. Philip Morris Asia Limited v Commonwealth of Australia, UNCITRAL, PCA Case No 2012-12, Award on Jurisdiction and Admissibility (17 December 2015) (redacted version) // URL: https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/italaw7303_0.pdf.
94. Phoenix Action, Ltd. v. The Czech Republic, ICSID Case No. ARB/06/5, Award (Apr. 15, 2009) // URL: <https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/ita0668.pdf>
95. Plama Consortium Ltd. v. Republic of Bulgaria, ICSID Case No. ARB/03/24, Decision on Jurisdiction (Feb. 8, 2005) // URL:

<https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/ita0671.pdf>; Saluka Investments B.V. v. The Czech Republic, Partial Award (Mar. 17, 2006) // URL: <https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/ita0739.pdf>

96. Perenco Ecuador Limited v. Republic of Ecuador, ICSID Case No. ARB/08/6, Decision on the Remaining Issues of Jurisdiction and on Liability, (12 September 2014) // URL: <https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/italaw4003.pdf>.

97. Renée de Levi v. Peru ICSID, Award, 26 February 2014 // URL: <https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/italaw3109.pdf>.

98. Renta 4 SVSA et al v Russia, SCC No. 24/2007, Award on Preliminary Objections (20 March 2009) // URL: <https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/ita0714.pdf>.

99. Ronald S. Lauder v. Czech Republic, UNCITRAL, Final Award (3 September 2001) // URL: <https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/ita0451.pdf>.

100. RosInvestCo UK Ltd v Russian Federation, SCC Case No V079/2005, Final Award (12 September 2010) // URL: <https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/ita0719.pdf>.

101. Rumeli Telekom AS and Telsim Mobil Telekomunikasyon Hizmetleri AS v Republic of Kazakhstan, ICSID Case No ARB/05/16, Award (29 July 2008) // URL: <https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/ita0728.pdf>.

102. Saluka Investments B.V. v. The Czech Republic, Partial Award (Mar. 17, 2006) // URL: <https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/ita0739.pdf>.

103. Société Générale in Respect of DR Energy Holdings Limited and Empresa Distribuidora de Electricidad del Este, SA ('EDE Este') v Dominican Republic, LCIA Case No UN 7927, Award on Preliminary Objections to Jurisdiction (19 September 2008) // URL: <https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/ita0798.pdf>.

104. Standard Chartered Bank v United Republic of Tanzania, ICSID Case No ARB/10/12, Award (2 November 2012) // URL: <https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/italaw1184.pdf>.

105. Strabag SE, Raiffeisen Centrobank AG and Syrena Immobilien Holding AG v. Republic of Poland, ICSID Case No. ADHOC/15/1, Partial award on jurisdiction (4 March 2020) // URL: <https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/italaw11770.pdf>.

106. The Rompetrol Group N.V. v. Romania, ICSID Case No. ARB/06/3, Decision on Respondent's Preliminary Objection on Jurisdiction and Admissibility

(Apr. 18, 2008) // URL: <https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/italaw1408.pdf>.

107. Tenaris S.A. and Talta - Trading e Marketing Sociedade Unipessoal Lda. v. Bolivarian Republic of Venezuela I, ICSID Case No. ARB/11/26, Award (29 January 2016) // URL: <https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/italaw7098.pdf>.

108. Tidewater v. Venezuela ICSID, Decision on Jurisdiction, 8 February 2013 // URL: <https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/italaw1277.pdf>.

109. Tokios Tokelés v. Ukraine, ICSID Case No. ARB/02/18, Decision on Jurisdiction (Apr. 29, 2004) // URL: <https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/ita0866.pdf>.

110. Toto Costruzioni Generali SpA v Republic of Lebanon, ICSID Case No ARB/07/12, Decision on Jurisdiction (11 September 2009) // URL: <https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/ita0869.pdf>.

111. Ulysseas, Inc. v. The Republic of Ecuador, Interim Award (28 September 2010) // URL: <https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/ita1045.pdf>

112. Veteran Petroleum Ltd (Cyprus) v Russian Federation, UNCITRAL, PCA Case No AA 228, Interim Award on Jurisdiction and Admissibility (30 November 2009) // URL: <https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/ita0891.pdf>.

113. Vladimir Berschader and Moïse Berschader v. The Russian Federation, SCC Case No. 080/2004, Award (21 April 2006) // URL: https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/ita0079_0.pdf.

114. Yukos Universal Ltd. (Isle of Man) v. The Russian Federation, PCA Case No. AA 227, Interim Award on Jurisdiction and Admissibility (Nov. 30, 2009) // URL: <https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/ita0910.pdf>

Учебная литература

115. Ведель И.А. Дипломатическая защита и консульское содействие в международном праве : монография. М.: Проспект, 2021. – 176 с.

116. Дубовицкий, В.Н. Социология права: предмет, методология и методы / В.Н Дубовицкий ; Белорусский государственный университет. – Минск : Право и экономика, 2010. – 174 с.

117. Кешнер М.В. Право международной ответственности: учебник. М: Проспект, 2017. – 240 с.

118. Коммерческое (предпринимательское) право: учебник: в 2 т. / под ред. В. Ф. Попондопуло. – 5-е изд., перераб. и доп. – Москва : Проспект, 2017. – 640 с.
119. Содилов, Ш. Д. Дипломатическая защита граждан и юридических лиц : учебное пособие для бакалавриата и магистратуры / Ш. Д. Содилов. — 2-е изд., испр. и доп. — Москва : Издательство Юрайт, 2019. – 136 с.
120. Тункин Г.И., Теория международного права. М. : Зерцало-М, 2019. – 416 с.
121. Фархутдинов И.З. Международное инвестиционное право и процесс: учебник. М.: Проспект, 2014. – 416 с.
122. Dolzer R., Schreuer C., Kriebaum U. Principles of International Investment Law (3rd Edition)/ Ed by. Kriebaum U., Schreuer C., Dolzer R. Oxford: Oxford Scholarly Authorities on International Law, 2022. – 560 с.
123. Oppenheim: International Law 9th Edition Vol. II (Peace) / Ed.by: Sir Robert Jennings QC, Arthur Watts KCMG QC // URL: <https://opil.oup.com/view/10.1093/law/9780582302457.001.0001/law-9780582302457-div1-6?prd=OPIL>, - 1333 с.
124. Subedi S. International investment law. Reconciling policy and principle. Portland: Hart Publishing, 2008. – 224 с.

Специальная литература

125. Ануфриева А.А., Исполинов А.С. Двусторонние договоры государств-членов ЕС о защите иностранных инвестиций и право ЕС / Российское правосудие №8 (76). М.: Статут, 2012. – С. 5-22.
126. Исполинов А.С. Принципы автономности и приоритета права ЕС как оружие Суда Европейского Союза в конфликте с инвестиционными арбитражами. Часть 2. После дела Achmea. / Российский юридический журнал № 3 (138) 2021. Екатеринбург: Урал. гос. юрид. акад. – С. 31-48.
127. Нагиева А.А. Дипломатическая защита: к толкованию международно-правовой клаузулы об исчерпании местных средств защиты. Московский журнал международного права. 2016;(3):77-85
128. Новикова Т. В., Полонская К. Д. Национальность инвестора в практике международного центра по урегулированию инвестиционных споров и трибуналов ЮНСИТРАЛ // Теория и практика общественного развития. 2015. №6. URL: <https://cyberleninka.ru/article/n/natsionalnost-investora-v-praktike-mezhdunarodnogo-tsentra-po-uregulirovaniyu-investitsionnyh-sporov-i-tribunalov-yunsitral> (дата обращения: 18.01.2022).

129. Попов Е.В. Тенденции в процессах разрешения споров между инвесторами и государствами // Российский судья. 2017. № 5. С. 58-63.
130. Рачков И.В. Обзор решений международных инвестиционных арбитражей за 2017–2018 годы: вопросы компетенции (юрисдикции) и приемлемости иска / Международное правосудие № 4 (32), 2019. – С.111-132.
131. Усокин С.В. Соглашения о поощрении и защите капиталовложений и учет их особенностей на этапе структурирования инвестиций в России и за ее пределами. / Журнал «Закон» № 7, 2011. С. 40. Feldman, M., Setting Limits on Corporate Nationality Planning in Investment Treaty Arbitration. / ICSID Review: Foreign Investment Law Journal, Vol. 27, No 2, 2012. С. 281-302
132. Alvik I. Contracting with Sovereignty, State Contracts and International Arbitration. Oxford: Hart, 2011
133. Andrew G. Why LDCs Sign Treaties That Hurt Them: Explaining the Popularity of Bilateral Investment Treaties / 38 Virginia Journal of International Law, 1998. – С. 639-688.
134. APEC and UNCTAD, Flexibilities and General Exceptions (Denial of Benefits). / International Investment Agreement Negotiators Handbook: APEC/ UNCTAD Modules, 2012.
135. Baumgartner J. The Significance of the Notion of Dispute and Its Foreseeability in an Investment Claim Involving a Corporate Restructuring, 2017/ 18(2) Journal of World Investment and Trade. -
136. Baumgartner J. Treaty Shopping in International Investment Law. Oxford University Press, 2016. С. 284; Good Faith and International Economic Law/ Ed.by Mitchell, A.D., Sornarajah, M., Voon. T. Oxford: Oxford University Press, 2015. - 354 с.
137. Bekker P. Is Arbitration Based on «Treaty Shopping» in Jeopardy / Kluwer Arbitration Blog (17 June 2009) // <http://kluwerarbitrationblog.com/2009/06/17/is-arbitration-based-on-treaty-shopping-in-jeopardy>
138. Bernasconi-Osterwalder N. Commentary to the Draft Investment Chapter of the Canada-EU Comprehensive Economic and Trade Agreement (CETA) / IISD Report May, 2013. – 32 с.
139. Broches A. The Convention on the Settlement of Investment Disputes between States and Nationals of Other States. Volume 136. / Collected Courses of the Hague Academy of International Law. Consulted online on 19 March 2022 http://dx.doi.org/10.1163/1875-8096_pplrdc_A9789028606333_03

140. Brundtland H.G. *Our Common Future: The Report of the World Commission on Environment and Development*. Oxford: Oxford University Press, 1987 – 300 c.
141. *Convention on the Settlement of Investment Disputes between States and Nationals of Other States, Documents Concerning the Origin and the Formation of the Convention, Vol II*. Washington DC, 1968.
142. Cordonier Segger M.C., Gehring M. *Sustainable Development in World Investment Law / Global Trade Law Series, Volume 30*. Kluwer Law International, 2011. – 836 c.
143. Dezalay Y., Garth B. *Dealing in Virtue: International Commercial Arbitration and the Construction of a Transnational Legal Order*. Chicago: University of Chicago Press, 1996. – 354 c.
144. Ester G. *Returning to the Issue of Nationality Case Comments / Journal of World Investment and Trade* 17, Issue 5, 2016. C. 833-842.
145. Feldman M. *Setting Limits on Corporate Nationality Planning in Investment Treaty Arbitration / ICSID Review*, Vol. 27, No. 2, 2012. – C. 281-302.
146. Gaillard E. *Sociology of International Arbitration / 31 Arbitration International*, 2015. – 17 c.
147. Gaukrodger D., Gordon K. *Investor-State Dispute Settlement: A Scoping Paper for the Investment Policy Community / OECD Working Papers on International Investment, No 2012/3* // http://www.oecd.org/daf/inv/investment-policy/WP-2012_3.pdf.
148. Gordon K., Pohl J. *Investment Treaties over Time - Treaty Practice and Interpretation in a Changing World / OECD Working Papers on International Investment, 2015/02*, OECD Publishing. – 42 c.
149. *Investor–State Dispute Settlement: A Scoping Paper for the Investment Policy Community / OECD Working Papers on International Investment, 2012/03*. OECD Publishing, 2012. – 101 c.
150. John L. *Resolving Concerns of Treaty Shopping in International Investment Arbitration / 5(2) Journal of International Dispute Settlement*, 2015 – C. 355 – 379.
151. Joost P. *At the Edge of Chaos? Foreign Investment Law as a Complex Adaptive System, How It Emerged and How It Can Be Reformed / 29(2) ICSID Review*, 2014. – C. 372–418.
152. Kahale G. *The new Dutch sandwich: The issue of treaty abuse./ Columbia FDI Perspectives, No 48 (10 October 2011)* // http://ccsi.columbia.edu/files/2014/01/FDI_48.pdf

153. Katia Y.-S. Improving the System of Investor-State Dispute Settlement: An Overview / Working Papers on International Investment No 2006/1 (OECD 2006) // http://www.oecd.org/china/WP-2006_1.pdf.
154. Kenneth V. A Brief History of International Investment Agreements / 12(1) UC Davis Journal of International Law and Policy, 2015. C. 157–161.
155. Kirtley W.L. The Transfer of Treaty Claims and Treaty-Shopping in Investor-State Disputes // URL: <https://www.international-arbitration-attorney.com/wp-content/uploads/the-transfer-of-treaty-claims-and-treaty-shopping-in-investor-state-disputes-wilam-lawton-kirtley.pdf> - C. 427 – 461.
156. Kotzur M. Good Faith (Bona fide) / Rüdiger Wolfrum (ed), Max Planck Encyclopedia of Public International Law, vol IV. Oxford: Oxford University Press, 2012.
157. Lessons from the MAI / UNCTAD Series on issues in international investment agreements, 1999. UNCTAD/ITE/IIT/MISC. 22 - 47 c.
158. Mistelis L., Baltag C. Denial of Benefits Clause. Max Planck Encyclopedias of International Law [MPIL], July 2019 // <https://opil.ouplaw.com/view/10.1093/law-mpeipro/e3286.013.3286/law-mpeipro-e3286?rskey=RvFgcq&result=1&prd=OPIL>.
159. Mitchell, A.D., Sornarajah, M. & Voon, T. (eds.), Good Faith and International Economic Law, Oxford: Oxford University Press, 2015. – 224 c.
160. Paulus A. Reciprocity Revisited / Ulrich Fastenrath and others (eds), From Bilateralism to Community Interest-Essays in Honour of Judge Bruno Simma. Oxford: Oxford University Press, 2011. – 1376 c.
161. Perkams M. The Determination of Nationality of Investors in International Investment Agreements (IIAs)—Taking Stock of the Criteria Used in Modern Investment Law / ILA German Branch, Determination of the Nationality of Investors under Investment Protection Treaties, 2011. – 112 c.
162. Peter T. Muchlinski, The Rise and Fall of the Multilateral Agreement on Investment: Where Now, 34 INT'L L. 1033 (2000) <https://scholar.smu.edu/til/vol34/iss3/11>. - c. 1033-1053.
163. Piernas C.J., Aronovitz A.M. New Trends in International Economic Law From Relativism to Cooperation / Publications of the Swiss Institute of Comparative Law. Geneva: Schulthess Éditions Romandes, 2018. – 582 c.
164. Rogers W.D. Of missionaries, fanatics and lawyers: some thoughts on investment disputes in Latin America / American Journal of International Law, Vol. 72, 1978. – C.121-130.
165. Roos V.O., Roeline K. Dutch Bilateral Investment Treaties: A gateway to 'treaty shopping' for investment protection by multilateral companies. Amsterdam: Centre for Research on Multinational Corporations, 2011.

166. Rigo Sureda A. *Investment Treaty Arbitration, Judging Under Uncertainty*. Cambridge: Cambridge University Press, 2012. – 168 c.
167. Salacuse J. *The Emerging Global Regime for Investment* / 51 *Harv Intl L J*, 2010. – C.42-57.
168. Schill S. *Good faith limitations on protected investments and corporate structuring* / Amsterdam Law School Legal Studies Research Paper No. 2017-16. – 32 c.
169. Schreuer C. *Investment Protection and International Relations* / A. Reinisch U. Kriebaum. *The Law of International Relations – Liber Amicorum Hanspeter Neuhold*. Netherlands: Eleven International Publishing, 2007. – C. 345-358.
170. Schreuer, C., Malintoppi, L., Reinisch, A., & Sinclair, A. *The ICSID Convention: A Commentary* (2nd ed.). Cambridge: Cambridge University Press, 2009. – 1596 c.
171. Schultz T., Ortino F. *The Oxford Handbook of International Arbitration*. Oxford: Oxford Handbooks, 2010. II. 30.4.1; Park W. *Arbitrator Integrity: The Transient and the Permanent* / 46 *San Diego Law Review* 629, 2009
172. Schultz T., Ortino F. *The Oxford Handbook of International Arbitration*, Oxford Scholarly Authorities on International Law [OSAIL], 2020. – 1022 c.
173. Sornarajah M. *Good Faith, Corporate Nationality, and Denial of Benefits* // *Good Faith and International Economic Law*. Ed. by A.D. Mitchell, M. Sornarajah, T.Voon. – C.117-142.
174. Simma B. *Reciprocity* / Rüdiger Wolfrum (ed), *Max Planck Encyclopedia of Public International Law*. Oxford: Oxford University Press, 2012.
175. Sloane R. *Breaking the Genuine Link: The Contemporary International Legal Regulation of Nationality*, 2009 // 50 *Harv Intl L J* 1. - 60 c.
176. Tieleman K. *The Failure of the Multilateral Agreement on Investment (MAI) and the Absence of Global Public Policy Network: Case Study for the UN Vision Project on Global Public Policy Networks*. Florence: European University Institute Firenze, 2000. – 72 c.
177. UNCTAD, *Recent developments in the IIA regime: acceleration IIA reform*, August 2021 // https://unctad.org/system/files/official-document/diaepcbinf2021d6_en.pdf.
178. UNCTAD, *Scope and Definition, A Sequel*, UNCTAD Series on Issues in International Investment Agreements II. United Nations, 2011 // http://unctad.org/en/Docs/diaeia20102_en.pdf.
179. UNCTAD Series on Issues in International Investment Agreements II // https://unctad.org/system/files/official-document/diaeia2013d2_en.pdf

180. United Nations Conference on Trade and Development, World Investment Report 2012. United Nations Publication, 2012. – 239 с.

181. Waibel M., Kaushal A., Chung K., Balchin C. (eds). The Backlash against Investment Arbitration / Kluwer Law International, 2010. – 11 с.

182. Wehland H. Forum Shopping: Investment Arbitration. Max Planck Encyclopedias of International Law, 2020. // <https://opil.ouplaw.com/view/10.1093/law-mpeipro/e3748.013.3748/law-mpeipro-e3748?rskey=nxBczR&result=2&prd=OPII>.

183. World Investment Report 2021 - Investing in sustainable recovery, UNCTAD/WIR/2021, 21 June 2021. – 280 с.

Иные источники

184. База дел МЦУИС [электронный ресурс] // <https://icsid.worldbank.org/cases/case-database>

185. Доклад Рабочей группы по вопросу о правах человека и транснациональных корпорациях, и других предприятиях, 76 – сессия А/76/238, 21 июля 2021 – 30 с.

186. Комиссия по инвестициям, предпринимательству и развитию. Одиннадцатая сессия. Последние изменения в международном инвестиционном режиме: подведение итогов второго этапа реформ, 2 сентября 2019, TD/V/C.II/42

187. Black's law dictionary. Ed. by Garner B. Minnesota: West Publishing, 2009. – 1956 с.

188. Glossary of international commercial arbitration/ Ed. by Greenberg, S., Kee, C. Cambridge: Cambridge University, 2010 – 582 с.

189. National urban policy: Sub Saharan Africa report, HS/027/17E, 2017. – 51 с.

190. UNCTAD's International Investment Agreement Navigator [электронный ресурс] // URL: <https://investmentpolicy.unctad.org/international-investment-agreements>

Приложение 1. Критерии определения гражданства юридического лица в действующих ДИД Российской Федерации.

Государство	Вступление в силу	Критерий гражданства	Требования к инвестициям
Австрия	01.09.1991	Со стороны СССР – место инкорпорации Со стороны Австрии – место инкорпорации и нахождения администрации	Широкое определение, требование вложения на территории
Бельгия и Люксембург	18.08.1991	Место инкорпорации и нахождения администрации	Широкое определение, в т.ч. косвенные капиталовложения, требование вложения на территории
Великобритания	03.07.1991	Место инкорпорации	Широкое определение
Германия	05.08.1991	Место нахождения администрации	Широкое определение, требование вложения на территории
Испания	28.11.1991	Место инкорпорации и нахождения администрации	Широкое определение
Канада	27.06.1991	Место инкорпорации	Широкое определение, требование вложения на территории
Корея, Республика Корея	10.06.1991	Место инкорпорации	Широкое определение, требование вложения на территории
Нидерланды	20.07.1991	Место инкорпорации	Широкое определение, требование вложения на территории

Финляндия	14.08.1991	Место инкорпорации	Широкое определение, требование вложения на территории
Франция	02.05.1991	Место инкорпорации и нахождения администрации	Широкое определение, в т.ч. косвенные капиталовложения, требование вложения на территории
Швейцария	26.08.1991	Место инкорпорации, нахождения администрации и осуществление реальной хозяйственной деятельности	Широкое определение
Болгария	19.12.2005	Место инкорпорации и нахождения администрации	Широкое определение
Греция	23.02.1997	Место инкорпорации и нахождения администрации	Широкое определение, требование вложения на территории
Куба	08.07.1996	Место инкорпорации	Широкое определение, требование вложения на территории
Румыния	20.07.1996	Место инкорпорации и нахождения администрации	Широкое определение, требование вложения на территории
Дания	26.08.1996	Место инкорпорации	Широкое определение, требование вложения на территории

Словакия	02.08.1996	Место инкорпорации нахождения администрации	и Широкое определение, требование вложения на территории
Чехия	06.06.1996	Место инкорпорации нахождения администрации	и Широкое определение, требование вложения на территории
Вьетнам	03.07.1996	Место инкорпорации	Широкое определение, требование вложения на территории
Кувейт	30.05.1996	Место инкорпорации	Широкое определение, требование вложения на территории
Венгрия	29.05.1996	Место инкорпорации	Широкое определение, требование вложения на территории
Албания	29.05.1996	Место инкорпорации	Широкое определение, требование вложения на территории
Швеция	07.07.1996	Место инкорпорации	Широкое определение, в т.ч. косвенные капиталовложения, требование вложения на территории
Норвегия	21.05.1998	Место инкорпорации	Широкое определение, требование вложения на территории
Сербия и Черногория	19.07.1996	Место инкорпорации	Широкое определение, требование вложения на территории
Монголия	26.02.2006	Место инкорпорации	Широкое определение, требование вложения на территории

Италия	07.07.1997	Место нахождения администрации	Широкое определение, требование вложения на территории
Корея, КНДР	09.01.2006	Место инкорпорации	Широкое определение, требование вложения на территории
Лаос	22.03.2006	Место инкорпорации	Широкое определение, требование вложения на территории
Ливан	11.03.2003	Место инкорпорации	Широкое определение, требование вложения на территории
Египет	12.06.200	Место инкорпорации	Широкое определение, требование вложения на территории
Македония	09.07.1998	Место инкорпорации и нахождения администрации	Широкое определение, требование вложения на территории
Турция	15.05.2000	Место инкорпорации	Широкое определение, требование вложения на территории
Молдавия	18.07.2001	Место инкорпорации	Широкое определение, требование вложения на территории
Аргентина	20.11.2000	Место инкорпорации и нахождения администрации	Широкое определение, требование вложения на территории
Казахстан	11.02.2000	Место инкорпорации	Широкое определение, требование вложения на территории
Япония	27.05.2000	Место инкорпорации и	Широкое определение

		нахождения администрации	
ЮАР	12.04.2000	Место инкорпорации	Широкое определение, требование вложения на территории
Украина	27.01.2000	Место инкорпорации	Широкое определение, требование вложения на территории
Литва	24.05.2004	Место инкорпорации	Широкое определение, требование вложения на территории
Армения	08.02.2006	Место инкорпорации	Широкое определение, требование вложения на территории
Йемен	21.07.2005	Место инкорпорации	Широкое определение, требование вложения на территории
Сирия	13.07.2007	Место инкорпорации	Широкое определение, требование вложения на территории
Китай	01.05.2009	Место инкорпорации и нахождения администрации	Широкое определение, требование вложения на территории
Катар	04.06.2009	Место инкорпорации и нахождения администрации	Широкое определение, требование вложения на территории
Иордания	17.06.2009	Место инкорпорации	Широкое определение, требование вложения на территории
Индонезия	15.10.2009	Место инкорпорации и	Широкое определение, требование вложения на территории

		нахождения администрации	
Ливия	15.10.2010	Место инкорпорации	Широкое определение, требование вложения на территории
Венесуэла	26.10.2009	Место инкорпорации	Широкое определение, требование вложения на территории
Государства- члены ЕврАзЭС	21.01.2016	Место инкорпорации	Широкое определение, требование вложения на территории
Туркменистан	23.08.2010	Место инкорпорации	Широкое определение, требование вложения на территории
Ангола	12.01.2011	Место инкорпорации	Широкое определение, требование вложения на территории
Абхазия	10.02.2011	Место инкорпорации	Широкое определение, требование вложения на территории
Южная Осетия	10.02.2011	Место инкорпорации	Широкое определение, требование вложения на территории
Объединенные Арабские Эмираты	19.08.2013	Место инкорпорации	Широкое определение, требование вложения на территории
Сингапур	16.06.2012	Место инкорпорации	Широкое определение, требование вложения на территории
Экваториальная Гвинея	03.03.2016	Место инкорпорации	Широкое определение, требование вложения на территории

Никарагуа	03.09.2019	Место инкорпорации	Широкое определение, требование вложения на территории
Зимбабве	10.09.2014	Место инкорпорации	Широкое определение, требование вложения на территории
Узбекистан	14.01.2014	Место инкорпорации	Широкое определение, требование вложения на территории
Бахрейн	25.12.2015	Место инкорпорации	Широкое определение, требование вложения на территории
Азербайджан	16.11.2015	Место инкорпорации	Широкое определение, требование вложения на территории
Камбоджа	07.03.2016	Место инкорпорации	Широкое определение, требование вложения на территории
Иран	06.04.2017	Место инкорпорации и нахождения администрации	Широкое определение, требование вложения на территории
Палестина	08.11.2017	Место инкорпорации	Широкое определение, требование вложения на территории