



ЛАБОРАТОРИЯ
ПО ИНВЕСТИЦИОННОМУ
ПРАВУ И АРБИТРАЖУ

**Статья участников Лаборатории по
инвестиционному праву и арбитражу**

ИЗМЕНЕНИЯ В РЕГУЛИРОВАНИИ ВСТРЕЧНОГО ИСКА И ОТКАЗА В ЛЬГОТАХ В ИНВЕСТИЦИОННЫХ СПОРАХ: В ПОИСКАХ БАЛАНСА ИНТЕРЕСОВ СТОРОН



Март 2025

О Лаборатории по инвестиционному праву и арбитражу и авторах статьи

Настоящая работа подготовлена группой исследователей в составе Наталии Аржаевой¹, Ильи Ульянова² и Полины Ятаевой³ в рамках Лаборатории по инвестиционному праву и арбитражу — проекта Центра международных и сравнительно-правовых исследований (ЦМСПИ)⁴. Научным руководителем при подготовке статьи выступила Анна Козьякова⁵.

Лаборатория по инвестиционному праву и арбитражу⁶ начала работу в 2023 году и ставит своей целью содействие реформе системы урегулирования споров между инвесторами и государствами, проводимой Рабочей группой III Комиссии Организации Объединённых Наций по праву международной торговли (ЮНСИТРАЛ).

Лаборатория призвана стать экспертной площадкой для исследования различных вопросов реформы: от целесообразности апелляции в инвестиционном арбитраже до установления порядка работы консультационного центра, постоянного инвестиционного суда и др. Материалы, подготовленные в рамках Лаборатории, призваны внести вклад в дискуссию по теме реформы как в Рабочей группе III, так и в экспертных и академических кругах.

Подготовка исследований в рамках Лаборатории осуществляется под научным руководством экспертов в области инвестиционного права и арбитража и при поддержке ЦМСПИ. При этом позиция авторов работы не является отражением позиции ЦМСПИ и научного руководителя.

Центр международных и сравнительно-правовых исследований — российская некоммерческая исследовательская организация, созданная в 2014 году. ЦМСПИ специализируется на изучении, развитии и распространении знаний в области международного права, участвует в работе международных организаций в качестве наблюдателя, создаёт возможности для исследовательской работы и изучения права.

В фокусе внимания ЦМСПИ — общие вопросы международного права и такие актуальные темы, как международная торговля, международные инвестиции, ЕАЭС, биоразнообразие, изменение климата, загрязнение пластмассами, Мировой океан.

ЦМСПИ имеет статус наблюдателя Рабочих групп III, IV и VI Комиссии ООН по праву международной торговли (ЮНСИТРАЛ), Рамочной конвенции ООН об изменении климата, Ассамблеи ООН по окружающей среде.

¹ Студент Российской школы частного права (РШЧП).

² Юрист ООО «Скайсити».

³ Аспирант (международно-правовые науки) Санкт-Петербургского государственного университета (СПбГУ).

⁴ Центр международных и сравнительно-правовых исследований. [URL](#)

⁵ Внешний эксперт Центра международных и сравнительно-правовых исследований, научный эксперт НКО "DRG e.v.", доктор права, Гёттингенский университет имени Георга Августа.

⁶ Лаборатория по инвестиционному праву и арбитражу. (n.d.). Центр международных и сравнительно-правовых исследований. [URL](#)

Аннотация

Статья подготовлена участниками Лаборатории по инвестиционному праву и арбитражу Центра международных и сравнительно-правовых исследований и посвящена анализу проектов документов Рабочей группы III Комиссии ООН по праву международной торговли по реформированию процессуальных положений в рамках системы урегулирования споров между инвесторами и государствами. Одной из проблем, стоящих перед Рабочей группой III, является отсутствие баланса между правами инвесторов и правами государств. С учётом тенденций, существующих в практике, модель развития международного инвестиционного права, ранее фокусировавшаяся на защите инвестора, требует корректировки. Возможность предъявления встречного иска и применения положения о лишении инвестора льгот по инвестиционному соглашению являются примерами инструментов, позволяющих достичь баланса между правами и интересами государств и инвесторов.

Настоящая статья направлена на анализ проектов положений 10 и 17, регулирующих встречный иск и вопросы лишения льгот соответственно. На основании доктрины и сложившейся практики авторы указывают на возможные пути снижения рисков и усовершенствования регулирования, предусмотренного в рассматриваемых проектах положений.

Abstract

The article is the product of a group research within the Investment Law and Arbitration Lab of the International and Comparative Law Research Center and is devoted to the analysis of the draft documents of Working Group III of the UN Commission on International Trade Law on reforming Draft provisions on procedural issues within the framework of the Investor-State Dispute Settlement Reform. One of the problems before the Working Group III concerns the lack of balance between the rights of investors and states. Given the trends set by practice, the model of development of international investment law that was previously focusing on protecting the investor needs to be adjusted. Counterclaims and denial of benefits of an investment agreement are examples of tools to achieve the balance sought.

This article seeks to analyze Draft provisions 10 and 17 governing counterclaims and denial of benefits, respectively. Based on doctrine and practice, the authors point out possible ways to mitigate risks and improve the regulation provided for in the Draft provisions in question.

Оглавление

<i>Сокращения</i>	<i>3</i>
Вступление от научного руководителя	4
Введение	5
Резюме	6
I. Регулирование встречного иска	8
1. Проблема согласия со стороны инвестора в рамках инвестиционных споров	13
1.1. Определение юрисдикции на рассмотрение встречных исков	13
1.2. Связь основного и встречного иска	22
2. Основания для обращения со встречным иском, предложенные в проекте положения 10	28
3. Заключение	31
II. Лишение льгот	33
4. Анализ Проекта положения 17 в части, соотносимой с традиционными оговорками о лишении льгот	34
4.1. Надлежащее время заявления государства о лишении льгот	37
4.2. Ретроактивное или перспективное действие оговорки о лишении льгот	39
4.3. Характер оговорки о лишении льгот	40
5. Анализ Проекта положения 17 в части нововведений	41
5.1. Нарушение правил о финансировании третьей стороной как основание для лишения льгот	41
5.2. Незаконность инвестиций как основание для лишения льгот	43
5.3. Концепция злоупотребления правом в рамках проекта положения о лишении льгот	44
6. Заключение	45

Сокращения

Вашингтонская конвенция	Конвенция об урегулировании инвестиционных споров между государствами и физическими или юридическими лицами других государств (Вашингтон, 18 марта 1965 года)
ДИД	Двусторонний инвестиционный договор
ДЭХ	Договор к Энергетической Хартии от 17 декабря 1994 года
МЦУИС	Международный центр по урегулированию инвестиционных споров
ОЭСР	Организация экономического сотрудничества и развития
Проект положения 10	Проект положения 10 Проектов положений по процессуальным и сквозным вопросам, подготовленного Рабочей группой III, в редакции Записки Секретариата A/CN.9/WG.III/WP.244
Проект положения 12	Проект положения 12 Проектов положений по процессуальным и сквозным вопросам, подготовленного Рабочей группой III, в редакции Записки Секретариата A/CN.9/WG.III/WP.244
Проект положения 17	Положение 17 Проекта положений по процессуальным и сквозным вопросам, подготовленного Рабочей группой III, в редакции Записки Секретариата A/CN.9/WG.III/WP.244
Рабочая группа III	Рабочая группа III ЮНСИТРАЛ: Реформирование системы урегулирования споров между инвесторами и государствами
ЮНСИТРАЛ	Комиссия Организации Объединённых Наций по праву международной торговли
УСИГ	Урегулирование споров между инвесторами и государствами

Вступление от научного руководителя

Усилия Рабочей группы III по реформированию процессуальных положений в рамках системы УСИГ отражены в Записке Секретариата A/CN.9/WG.III/WR.244. Этот документ уже прошёл несколько этапов обсуждений, однако работа над ним продолжается. Окончательный вариант планируется представить Комиссии ЮНСИТРАЛ летом 2026 года.

Мандат Рабочей группы III сосредоточен на процессуальных аспектах разрешения споров. Поэтому процессуальная реформа механизма урегулирования споров между инвесторами и государствами является одним из её приоритетных направлений.

В рамках проекта Лаборатории в 2024–2025 годах часть участников выбрала проект положения 10 о встречном иске и проект положения 17 о лишении льгот для углублённого изучения и оценки предложенного Рабочей группой III текста проектов положений. Объединяющей идеей этих двух самостоятельных проектов положений является акцент на изменении роли инвестора в современном международном инвестиционном праве. Изначально целью международного инвестиционного права была максимальная защита иностранных инвесторов. Однако со временем поведение самих инвесторов постепенно становилось предметом рассмотрения в международных инвестиционных спорах.

Проекты положений о встречном иске и лишении льгот закрепляют процессуальную возможность рассмотрения поведения инвестора. Эти проекты включены в часть В Записки Секретариата как нормы, основанные на действующих процессуальных правилах и инвестиционных соглашениях. Они рассматриваются Рабочей группой III как будущие договорные положения, которые могут быть приняты государствами.

На протяжении нескольких месяцев группа участников Лаборатории изучала и обсуждала проекты положений о встречном иске и лишении льгот, сформулированные Рабочей группой. Поставленная задача включала как общую оценку предложенных формулировок с учётом их соответствия сложившейся практике, так и критический анализ с попыткой предложить возможные улучшения.

Результаты работы оформлены в виде статьи, которую мы рады представить вниманию читателей.

Введение

За последние 10 лет количество инвестиционных споров увеличилось более чем в два раза по сравнению со всей предшествующей историей разрешения инвестиционных споров, преодолев порог в 1 300 дел⁷. При этом статистика показывает, что на данный момент по-прежнему преобладают иски к развивающимся государствам от инвесторов из более «развитых юрисдикций»⁸. Однако во многом образ инвестиционных разбирательств всё же изменился.

Накопление опыта, развитие международного инвестиционного права и арбитража и увеличение количества и объёма трансграничных инвестиций приводят к тому, что модель международного инвестиционного процесса, которая ранее отражала преобладающие идеи о необходимости сфокусироваться на защите инвестора, требует корректировки. Так, в Гааге в 2019 году в ходе восемнадцатой сессии Института международного права была принята резолюция, провозгласившая равенство сторон, участвующих в разбирательствах перед международными инвестиционными трибуналами⁹. Эта резолюция отразила общую тенденцию по изменению режима регулирования разрешения инвестиционных споров — от способа защиты прав инвестора к способу разрешения спора между процессуально равными сторонами.

В некоторой степени идея о равновесии в положении сторон просматривается и в деятельности Рабочей группы III¹⁰. Её участники рассматривают встречные иски как возможный инструмент для корректировки асимметрии режима регулирования иностранных инвестиций¹¹. Государства, участвующие в работе группы, обсуждают необходимость определения процессуальных механизмов, позволяющих достигнуть баланса между правами и интересами инвесторов и правами и интересами государства. Ребалансировка может проявляться в том числе в отходе от идей абсолютной защиты инвестора и в стремлении к усилению роли государства в системе международной защиты иностранных инвестиций (закрепление права на регулирование, особый статус публичных финансов (financial effects on public funds), интересы соблюдения прав человека и защиты окружающей среды).

В настоящей статье будут рассмотрены два инструмента, работа над которыми в рамках Рабочей группы III непосредственно затрагивает корректировку асимметрии положения инвесторов и государств: подача государством встречного иска к инвестору (Проект положения 10) и оговорка о лишении инвестора льгот по инвестиционному соглашению (Проект положения 17).

⁷ UNCTAD. IIA Issues Note, No. 3 (2024). [URL](#)

⁸ Там же.

⁹ McLachlan, C., Equality of Parties Before International Investment Tribunals (2018). Institut de Droit International, 18th Commission, Annuaire 79. P. 474: "[t]he ability of a State against whom a claim has been brought to institute a counterclaim may serve the equality principle in both its procedural and its constitutional dimensions." [URL](#)

¹⁰ ЮНСИТРАЛ. Рабочая группа III: Реформирование системы урегулирования споров между инвесторами и государствами | Комиссия Организации Объединенных Наций по праву международной торговли. [URL](#)

¹¹ UNCITRAL. Working Group III (Investor-State Dispute Settlement Reform). Thirty-eighth session. Submission from the Government of South Africa, Note by the Secretariat, A/CN.9/WG.III/WP.176 (17 July 2019). [URL](#)

Резюме

Проект положения 10 о возможности подачи государством встречного иска против инвестора в его текущей редакции представляет собой проявление тенденции поиска баланса между инвестором и принимающим государством. Проект положения 10 основывается на практике международных инвестиционных трибуналов, рассматривающих всё большее количество встречных исков. При подготовке данного проекта положения Рабочая группа III учла те вопросы юрисдикции, допустимости и оснований для подачи встречных исков, которые обсуждались в делах, рассмотренных за последние три десятилетия. Проект также учитывает актуальные тенденции по борьбе с последствиями изменения климата, расширению защиты прав человека, что в конечном итоге может привести к более эффективному процессу рассмотрения споров.

Текущая формулировка проекта положения 10 расширяет сложившийся на практике перечень возможных оснований для подачи встречных исков. Однако такое расширение представляется чрезмерным и может привести к правовой неопределённости, а также поставить под угрозу предсказуемость системы УСИГ. Это может усложнить процесс разрешения международных инвестиционных споров и несоразмерно увеличить количество заявляемых встречных исков, а также привести к невозможности обеспечить сбалансированный механизм разрешения указанных споров в международных судах и трибуналах.

Исходя из этого, авторы полагают, что проект положения 10 требует доработки в части ограничения оснований для подачи встречных исков для поддержания стабильности, предсказуемости и эффективности разрешения инвестиционных споров, что является ориентиром деятельности Рабочей группы III.

Проект положения 17 о лишении инвестора льгот в формулировке, содержащейся в текущей редакции Проектов положений по процессуальным и сквозным вопросам¹², создаёт возможность для злоупотреблений со стороны государств¹³ и также требует доработки. В частности, в тексте Проекта положения следует уточнить, во-первых, надлежащий срок, в который должно быть сделано заявление о лишении льгот, и, во-вторых, характер действия оговорки о лишении льгот во времени с учётом оценки возможности сочетания ретроспективного и перспективного эффектов.

Что касается пункта 2 проекта положения 17, представляется, что существенное расширение сферы действия оговорки о лишении льгот не только не способствует последовательному развитию оговорки о лишении льгот, но и порождает значительные риски. В частности, расширение числа оснований для лишения льгот создаёт потенциальные противоречия как внутри самих Проектов положений по процессуальным и сквозным вопросам, так и с другими действующими международными инструментами в сфере инвестиционного права. Как следствие, это может привести не к искомой предсказуемости системы УСИГ, а, напротив, к правовой неопределённости.

Авторы полагают, что реформа оговорки о лишении льгот в первую очередь должна сконцентрироваться на совершенствовании механизма в части надлежащего срока заявления о лишении льгот и определении характера действия этого положения во времени, тогда как необоснованные и потенциально дестабилизирующие нововведения, существенно расширяющие сферу действия оговорки, должны быть

¹² ЮНСИТРАЛ. Рабочая группа III (Реформирование системы урегулирования споров между инвесторами и государствами). Сорок девятая сессия. Возможная работа по реформированию системы урегулирования споров между инвесторами и государствами (УСИГ). Проекты положений по процессуальным и сквозным вопросам, Записка Секретариата, A/CN.9/WG.III/WP.244, проект положения 17. [URL](#)

¹³ См. разделы 4.1, 4.2, 5.1, 5.3.

минимизированы. Такой подход позволит укрепить правовую определённость и тем самым обеспечить эффективный баланс между защитой государственных интересов и правами инвесторов.

I. Регулирование встречного иска

1. Встречные иски в спорах между инвесторами и государствами в рамках системы разрешения международных инвестиционных споров обсуждались еще в 1960-х годах, когда группа признанных экспертов-юристов приступила к работе над проектом документа, ставшего впоследствии Вашингтонской конвенцией¹⁴. Учрежденный ей МЦУИС создавался как форум для разрешения споров, а не только как форум для защиты прав инвестора. В докладе исполнительных директоров Международного банка реконструкции и развития в марте 1965 года говорится, что положения Вашингтонской конвенции поддерживают тонкий баланс между интересами инвесторов и принимающих государств, к примеру, предоставляя как инвесторам, так и принимающим государствам возможность начинать разбирательства по инвестиционным спорам¹⁵. Идея рассмотрения требований государств к инвестору на международном уровне не находила широкой поддержки в практике разрешения споров: так, вплоть до 2009 года только 20 государств обратились со встречными исками в рамках разбирательств МЦУИС¹⁶. Это демонстрирует, что встречные иски хотя и были известны системе, не пользовались популярностью как инструмент в разрешении международных инвестиционных споров. При этом нельзя отрицать, что подходы к предъявлению встречного иска в инвестиционных спорах поэтапно развивались.
2. Можно выделить условный начальный этап формирования практики в 1970-80-е годы. В период становления международного инвестиционного арбитража трибуналы уже сталкивались с заявленными в форме встречного иска требованиями государств. Так, в 1977 году Кот-д'Ивуар заявил встречный иск в рамках спора с компанией Adriano Gardella S.p.A.¹⁷. Встречный иск основывался на неправомерном, с точки зрения принимающего государства, прекращении договора и включал в себя требования о компенсации убытков, причиненных этим расторжением¹⁸. Трибунал отказал в удовлетворении встречного иска на стадии рассмотрения дела по существу, не вдаваясь в вопросы юрисдикции¹⁹. Однако уже в 1980-х годах некоторые трибуналы указывали на наличие у них юрисдикции на рассмотрение встречных исков от лица государств, толкуя соглашения сторон²⁰ или указывая на наличие прямой связи заявленного встречного требования с контрактными отношениями сторон²¹. В обоих случаях встречные иски не были удовлетворены, что соответствует магистральной позиции того времени²². В этот период

¹⁴ International Centre for Settlement of Investment Disputes (ICSID). History of the ICSID Convention. Vol. I (1970). [URL](#)

¹⁵ International Bank for Reconstruction and Development. Report of the Executive Directors on the Convention on the Settlement of Investment Disputes Between States and Nationals of Other States (18 March 1965). [URL](#)

¹⁶ Kadhim, N. Counterclaims at ICSID: A Rising Trend? LexisNexis (6 March 2023). [URL](#)

¹⁷ *Adriano Gardella S.p.A. v. Côte d'Ivoire*, ICSID Case No. ARB/74/1, Award, 29 August 1977.

¹⁸ Там же.

¹⁹ Там же.

²⁰ *Benvenuti & Bonfant v. Congo*, ICSID Case No. ARB/77/2, Award, 8 August 1980, paras 4.101-4.104; Protocol of Agreement of 16 April 1973 between B&B and the Government of the People's Republic of the Congo containing an arbitration clause referring to the Convention for the Settlement of Investment Disputes between States and Nationals of other States.

²¹ *Klöckner Industrie-Anlagen GmbH and others v. United Republic of Cameroon and Société Camerounaise des Engrais*, ICSID Case No. ARB/81/2, Award, 21 October 1983. P. 21-23.

²² *Atlantic Triton Company Limited v. People's Revolutionary Republic of Guinea*, ICSID Case No. ARB/84/1, Award, 21 April 1986 (Юрисдикция трибунала частично отсутствует, так как не предусмотрена соглашением сторон); *Amco Asia Corporation and others v. Republic of Indonesia*, ICSID Case No. ARB/81/1,

государства преимущественно рассматривали арбитраж как механизм защиты иностранных инвесторов, а акцент в практике делался на стабильность и безопасность положения иностранных инвесторов. Тем не менее развитие представлений о встречном иске продолжалось. Так, в 1985 году Генеральный секретарь МЦУИС отметил, что использование встречных исков государствами обеспечивает им возможность защитить свою позицию и способствует в конечном счёте достижению большей эффективности системой разрешения споров²³.

3. С 1990-х годов, с ростом количества двусторонних инвестиционных договоров²⁴, а также с увеличением числа международных и инвестиционных споров²⁵ увеличилось число инвестиционных споров, в которых обсуждалась возможность предъявления встречных исков.

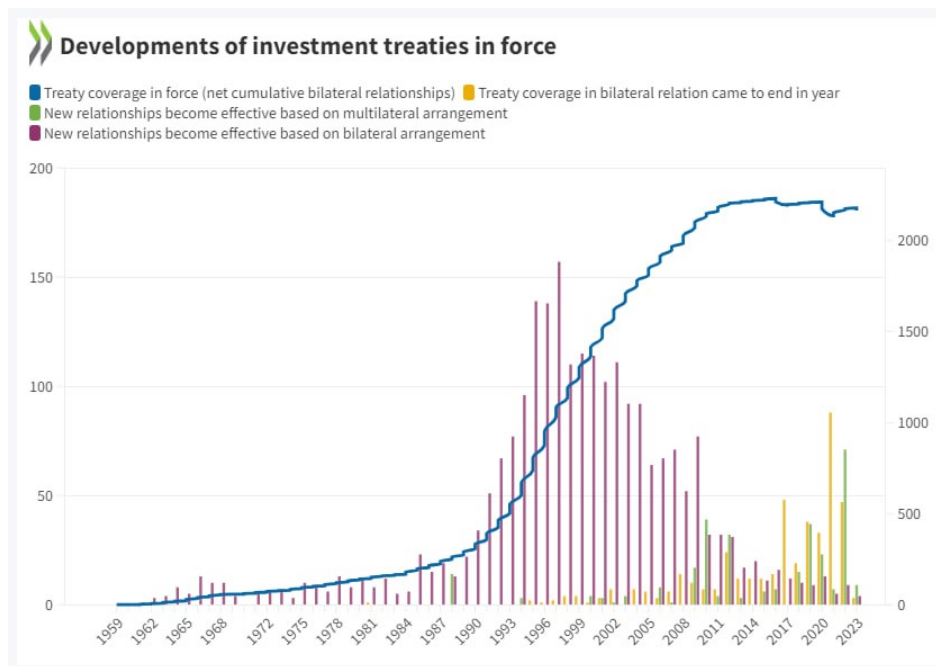


Рисунок 1. График развития системы двусторонних инвестиционных договоров²⁶

4. На этом этапе государства начали задумываться о праве предъявлять встречные иски в случаях, когда действия инвестора нарушают законы принимающего государства или причиняют ущерб его интересам²⁷. Трибуналы начали всё чаще признавать возможность предъявления встречных исков, если

Decision on Jurisdiction in Resubmitted Proceeding, 10 May 1988 (Индонезия также заявляла встречный иск при первичном рассмотрении дела).

²³ ICSID. Annual Report (1985). [URL](#)

²⁴ OECD. The future of investment treaties (2024). [URL](#)

²⁵ UNCTAD. Investor-state dispute settlement cases: Facts and figures 2020, IIA Issues Note (2021). [URL](#)

²⁶ OECD. The future of investment treaties (2024). [URL](#)

²⁷ Kryvoi, Y. (2012). Counterclaims in Investor-State Arbitration. *Minnesota Journal of International Law*, 321. P. 216-252. [URL](#)

они связаны с фактически существующими нарушениями и имеют прямую связь с первоначальными требованиями инвестора²⁸.

5. В начале XXI века можно отметить значительный поворот в подходах к встречным искам. В период с 2000 по 2010 год в арбитражной практике начали оформляться более чёткие критерии и требования к предъявлению встречных исков. Ряд арбитражных институтов пришли к последовательному применению правил и процедур, которые позволяли государствам в некоторых случаях предъявлять встречные иски против инвесторов, особенно если эти иски касались вопросов, связанных с правомерностью их инвестиций или нарушением обязательств инвесторами²⁹.

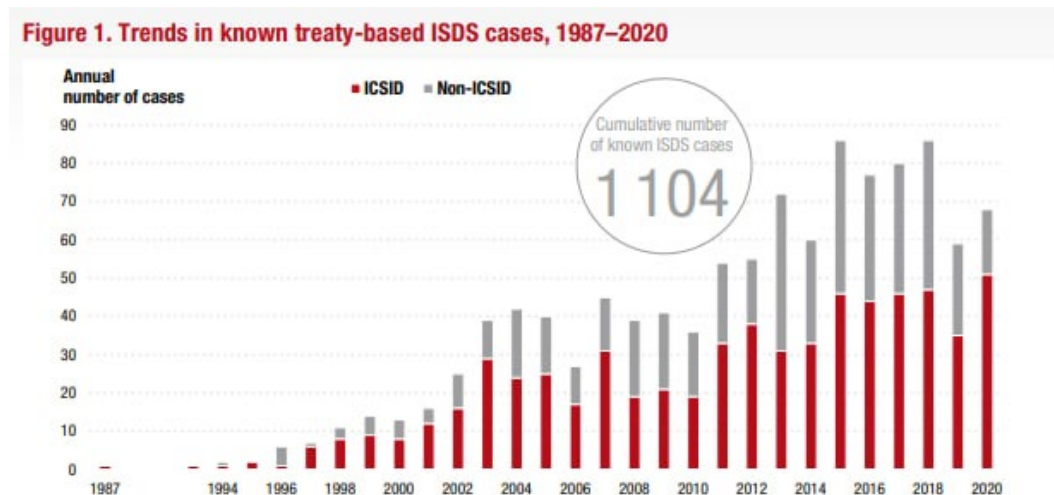


Рисунок 2. График увеличения числа международных инвестиционных споров³⁰

6. Тенденция в сторону ребалансировки процесса проявляется во всё чаще подаваемых встречных исках и в отказе в льготах, выступающих способами заявления государствами требований к инвесторам³¹. С 2010 года и особенно в последние десятилетия концепция встречных исков приобрела ещё большую

²⁸ Poon, F., & Popova, I. C. (2015). From Perpetual Respondent to Aspiring Counterclaimant? State Counterclaims in the New Wave of Investment Treaties. *BCDR International Arbitration Review*, 2. P. 223-260. [URL](#)

²⁹ Трибуналы продолжали отказывать в признании юрисдикции на рассмотрение встречных исков по различным основаниям: принадлежность права требования лицу, не являющемуся участником арбитражного разбирательства (*Gustav F W Hamester GmbH & Co KG v. Republic of Ghana*, ICSID Case No. ARB/07/24, Award, 18 June 2010), нарушения национального законодательства, не входящие в компетенцию трибуналов (*Saluka Investments B.V. v. The Czech Republic*, Decision on Jurisdiction over the Czech Republic's Counterclaim, 7 May 2004), отсутствие основания для заявления встречного требования в применимом праве (*Limited Liability Company Amto v. Ukraine*, SCC Case No. 080/2005, Award, 26 March 2008).

Однако, в большем числе дел трибуналы рассматривали встречные иски государств, принимая решения по существу заявленных требований (*Alex Genin, Eastern Credit Limited, Inc. and A.S. Baltoil v. The Republic of Estonia*, ICSID Case No. ARB/99/2, Award, 25 June 2001; *Patrick Mitchell v. Democratic Republic of the Congo*, ICSID Case No. ARB/99/7, Award, 9 February 2004; *Zeevi Holdings v. The Republic of Bulgaria and the Privatization Agency of Bulgaria*, UNCITRAL Case No. UNC 39/DK, Award, 25 October 2006; *Desert Line Projects LLC v. Republic of Yemen*, ICSID Case No. ARB/05/17, Award, 6 February 2008; *RSM Production Corp. v. Grenada*, ICSID Case No. ARB/05/14, Award, 13 March 2009).

³⁰ UNCTAD. Investor-state dispute settlement cases: Facts and figures 2020, IIA Issues Note (2021). [URL](#)

³¹ Bjorklund, A. K. (2022). International Investment Law. In H. R. Fabri & E. Stoppioni (Eds.), *International Investment Law: An Analysis of the Major Decisions*, 7. Hart Publishing. P. 275-276. [URL](#)

актуальность. Это связано с ростом числа арбитражных дел, а также с развитием новых стандартов для защиты прав принимающего государства³². На этом этапе международное сообщество начало активно обсуждать баланс прав инвестора и государства, учитывая необходимость защиты общественных интересов и правомерных интересов государств в контексте глобальных вызовов, таких как изменение климата, устойчивое развитие и соблюдение прав человека³³.

7. В этом контексте арбитражные трибуналы начали чаще допускать возможность предъявления встречных исков, особенно если эти иски имели прямую связь с действиями инвесторов. Важным аспектом стало признание, что такие иски могут быть поданы не только на основе нарушения национального законодательства, но и на основе общих принципов международного права, таких как злоупотребление правами или недобросовестное поведение³⁴. Так, к примеру, в решении 2016 года по делу *Urbaser v. Argentina*³⁵, впервые в истории международного инвестиционного арбитража трибунал подтвердил возможность подачи встречного иска от государства к инвестору на основании нарушения инвестором прав человека (в деле – права на воду)³⁶. Трибунал постановил, что государство может предъявить встречный иск, если действия инвестора нарушают обязательства в области прав человека или экологической безопасности³⁷. Встречный иск не был удовлетворён, однако, решение трибунала по делу демонстрирует формирование общего понимания принципиальной возможности подачи государством встречных исков в инвестиционном арбитраже, в том числе в связи с нарушениями прав человека³⁸.
8. В целом, в последние годы трибуналы более охотно принимают к рассмотрению встречные иски, лишь коротко обосновывая свою компетенцию на их рассмотрение³⁹.
9. В этом контексте переговоры и работа над положением о встречных исках в рамках Рабочей группы III следуют актуальным трендам и направлены на разрешение правовых вопросов, остро стоящих перед органами разрешения инвестиционных споров, таких как эффективность процесса, отсутствие

³² Beechey, J. (2009). New Generation of Bilateral Investment Treaties: Consensus or Divergence? In A. W. Rovine (Ed.). *Contemporary Issues in International Arbitration and Mediation: The Fordham Papers*. Leiden, The Netherlands: Brill | Nijhoff. P. 5-25. [URL](#)

³³ Nedeва, S. (2024). The Neglected Public Interest in Investor-State Dispute Settlement: Environmental and Human Rights Considerations. *European Energy and Environmental Law Review*, 33(5). P. 214-231. [URL](#)

³⁴ Crow, K., Lorenzoni-Escobar, L. (2022). From Traction to Treaty-Bound: Jus Cogens, Erga Omnes and Corporate Subjectivity in International Investment Arbitration. *Journal of International Dispute Settlement*, 13(1). P. 121-152. [URL](#)

³⁵ *Urbaser S.A. and Consorcio de Aguas Bilbao Bizkaia, Bilbao Biskaia Ur Partzuergoa v. The Argentine Republic*, ICSID Case No. ARB/07/26, Award, 8 December 2016, paras. 1110-1143.

³⁶ Там же; Guntrip, E. *Urbaser v. Argentina: The Origins of a Host State Human Rights Counterclaim in ICSID Arbitration?* EJIL: Talk! (10 Feb. 2017). [URL](#); Возможность (теоретическая) обращения со встречным иском к инвестору на основании нарушения прав человека была кристаллизована также, к примеру, в делах *Spyridon Roussalis v. Romania*, ICSID Case No. ARB/06/1, Award, 7 December 2011, paras. 747-877; *Antoine Goetz et consorts v. République du Burundi*, ICSID Case No. ARB/95/3, Awards, 10 February 1999, paras. 37-53.

³⁷ *Urbaser S.A. and Consorcio de Aguas Bilbao Bizkaia, Bilbao Biskaia Ur Partzuergoa v. The Argentine Republic*, ICSID Case No. ARB/07/26, Award, 8 December 2016, paras. 1211-1221.

³⁸ Трибунал не углубился в анализ соотношения обязательств инвестора с правами человека.

³⁹ *Gardabani Holdings B.V. and Silk Road Holdings B.V. v. Georgia*, ICSID Case No. ARB/17/29, Award, 27 October 2022, paras. 734-736.

противоречащих друг другу решений, доступность защиты прав на международном уровне.

10. Учитывая складывающуюся практику и работая над усовершенствованием системы разрешений инвестиционных споров, Рабочая группа III представила проект положения 10 в следующей редакции⁴⁰:

«1. Когда иск предъявлен для урегулирования, ответчик может предъявить

встречный иск:

- а) вытекающий непосредственно из предмета иска;
- б) в связи с фактическим и правовым основанием иска;
- с) в связи с тем, что истец не выполнил свои обязательства в соответствии с Соглашением, внутренним законодательством, любым соответствующим инвестиционным контрактом или любым другим документом, имеющим для истца обязательную силу.

2. Во избежание сомнений согласие ответчика на предъявление иска истцом возможно при условии, что истец согласен на любое представление встречного иска, упомянутого в пункте 1.

3. Встречный иск предъявляется не позднее, чем в возражениях по иску, если Суд не сочтёт, что задержка была оправдана в данных обстоятельствах⁴¹».

11. В рамках первой части настоящей статьи мы проанализируем предложенную редакцию положения в сравнении со сложившейся практикой и с учётом заявленных ориентиров реформы системы УСИГ.

⁴⁰ Следует отметить, что уже в ходе 49-й сессии Рабочей группы III участниками был предложен к обсуждению текст проекта положения 10 в новой редакции:

«1. Когда иск предъявлен для урегулирования, ответчик может предъявить встречный иск:

а) вытекающий непосредственно из предмета иска или [тесно] связанный с фактическим или правовым основанием иска;

б) в связи с тем, что истец не выполнил свои обязательства в соответствии с Соглашением, внутренним законодательством, любым соответствующим инвестиционным контрактом или любым другим документом, имеющим для истца обязательную силу.

2. Предъявление иска истцом означает его согласие на предъявление любого встречного иска ответчиком в соответствии с пунктом 1.

3. Встречный иск предъявляется не позднее, чем в возражениях по иску, если Суд не сочтет, что задержка была оправдана в данных обстоятельствах».

См. ЮНСИТРАЛ. Рабочая группа III (Реформирование системы урегулирования споров между инвесторами и государствами). Сорок девятая сессия. Доклад о работе сорок девятой сессии, A/CN.9/1194 (16 октября 2024 года). [URL](#)

⁴¹ ЮНСИТРАЛ. Рабочая группа III (Реформирование системы урегулирования споров между инвесторами и государствами). Сорок девятая сессия. Возможная работа по реформированию системы урегулирования споров между инвесторами и государствами (УСИГ). Проекты положений по процессуальным и сквозным вопросам, Записка Секретариата, A/CN.9/WG.III/WP.244, проект положения 10. [URL](#)

1. Проблема согласия со стороны инвестора в рамках инвестиционных споров

1.1. Определение юрисдикции на рассмотрение встречных исков

(а) Подходы арбитражных трибуналов к определению юрисдикции на рассмотрение споров

12. Подача встречных исков со стороны государства в рамках международных инвестиционных споров не является новым явлением, но встречается достаточно редко. Как уже было указано в примерах выше, на практике международные арбитражные трибуналы уже сталкивались с ситуациями, когда государства в процессе рассмотрения инвестиционного спора подают встречные иски против инвесторов. Такие случаи обратили внимание на вопрос пределов согласия инвестора, выраженного через арбитражную оговорку в а) ДИДах или б) инвестиционных контрактах, и потребовали анализа того, охватывает ли это согласие право государства на подачу встречных исков.
13. Привлечение иностранного инвестора к международно-правовой ответственности путём подачи встречных исков в международный инвестиционный арбитраж возможна в тех случаях, когда арбитражный трибунал обладает компетенцией на их рассмотрение⁴². Компетенция арбитражного трибунала в свою очередь вытекает из двух ключевых составляющих: 1) согласие сторон (соглашение между сторонами спора о формировании состава арбитража и наделении его полномочиями по разрешению спора посредством процедуры арбитража⁴³) и 2) применимые правила арбитража⁴⁴.
14. Наиболее часто встречающиеся применимые правила арбитража в рамках международных инвестиционных споров:
- а) **Арбитражный регламент ЮНСИТРАЛ (1976)**: допускает «встречные иски, вытекающие из того же договора»⁴⁵, и учитывает в большей степени споры в рамках международного коммерческого арбитража.
- б) **Арбитражный регламент ЮНСИТРАЛ (2010)**: более адаптирован к международным инвестиционным спорам и позволяет ответчику подавать встречный иск «при условии, что арбитражный суд обладает компетенцией на их рассмотрение»⁴⁶.

⁴² Guntrip, E. (20 June 2024). Counterclaims in Investment Arbitration Holding Foreign Investors Accountable for violations of International Law. Leiden, The Netherlands: Brill | Nijhoff. P. 21-53. [URL](#)

⁴³ Кискачи, М. (2024). Глава 14. Встречные иски и обязательства инвестора. Международное инвестиционное право. Астана: Казахстаника. С. 311. [URL](#)

⁴⁴ Amerasinghe, C. (2011). International Arbitral Jurisdiction. Leiden, The Netherlands: Brill | Nijhoff. P. 55. [URL](#); Radović, R. (17 June 2021). Beyond Consent: revisiting jurisdiction in investment treaty arbitration. Leiden, The Netherlands: Brill | Nijhoff. P. 45 [URL](#); Veenstra-Kjos, E.H. (2007). Counterclaims by Host States in Investment Dispute Arbitration "without Privity" in Khan, P., & Wälde, T. (eds). (2007) New Aspects of International Investment Law. Nijhoff. P. 599. [URL](#); Bjorklund, A. & Vanhonnaeker, L. (2022). The Powers, Duties, and Rights of International Arbitrators in Kröll, S., Bjorklund, A., & Ferrari, F. (eds). Cambridge Compendium of International Commercial and Investment Arbitration. Cambridge: Cambridge University Press. [URL](#)

⁴⁵ Арбитражный регламент ЮНСИТРАЛ (1976), ст. 19(3). [URL](#)

⁴⁶ Арбитражный регламент ЮНСИТРАЛ (2010), ст. 21(3) [URL](#)

- с) **Вашингтонская конвенция** содержит два основных требования к встречным искам: «[связанность] непосредственно с предметом спора» и наличие «[согласия] сторон о порядке разрешения споров и компетенции Центра»⁴⁷. Правило 48 **Регламента МЦУИС (2022)**⁴⁸ и Правило 40 **Регламента МЦУИС (2006)**⁴⁹ дублируют требования Вашингтонской конвенции.
- d) **Арбитражный Регламент Стокгольмской Торговой Палаты**⁵⁰ и **Арбитражный Регламент Международной Торговой Палаты (2021)**⁵¹.
15. Если в рамках инвестиционных контрактов между государством и инвестором согласие инвестора не вызывает сомнений арбитражного трибунала (он является одной из сторон договора), то ситуация в рамках существующих ДИДов является более неоднозначной⁵². Инвестор не имеет возможности дать своё предварительное согласие на подачу встречных исков. Он оказывается в ситуации, которую можно описать словами Яна Полссона: “arbitration without privity”⁵³. В доктрине описываются несколько способов обхода данного препятствия. Один из них подразумевает, что условия, которые были согласованы государствами в ДИДах, являются арбитражной офертой, которую иностранный инвестор может только акцептовать, изменение оговорки или частичное согласие только на некоторые условия не допускается – так называемый take it or leave it approach⁵⁴. Данный подход к возможности иностранного инвестора сузить своё согласие нашёл отражение в арбитражной практике: например, в деле *Urbaser v. Argentina*⁵⁵.
16. Арбитражные оговорки в ДИДах могут быть сформулированы по-разному:
- **Споры относительно обязательства государства-ответчика:** «споры между инвестором Договаривающей Стороны и другой Договаривающейся Стороной, касающиеся обязательства последней по настоящему Соглашению в отношении инвестиций первой»⁵⁶.
 - **Споры относительно обязательств любой из сторон:** «(все/любые) [с]поры, возникающие между Стороной и инвестором другой Стороны в связи с инвестициями в значении настоящего Соглашения, должны,

⁴⁷ Вашингтонская конвенция, ст. 46. [URL](#)

⁴⁸ ICSID Arbitration Rules (2022). [URL](#)

⁴⁹ ICSID. Rules of Procedure for Arbitration Proceedings (Arbitration Rules) (2006). [URL](#)

⁵⁰ SCC Arbitration Rules (2023), Art. 9(1)(iii). [URL](#)

⁵¹ ICC Rules of Arbitration (2021), Art. 5(5). [URL](#)

⁵² Veenstra-Kjos, E.H. (2007). Counterclaims by Host States in Investment Dispute Arbitration “without Privity” in Khan, P., & Wälde, T. (eds). (2007) *New Aspects of International Investment Law*. Nijhoff. P. 6-7. [URL](#)

⁵³ Paulsson, J. (1995). Arbitration Without Privity. *ICSID Review - Foreign Investment Law Journal*, 10(2). P. 232-257. [URL](#)

⁵⁴ Lalive, P. & Halonen, L. (2011). On the Availability of Counterclaims in Investment Treaty Arbitration. *Czech Yearbook of International Law*, 2. P. 150, para. 7.30. [URL](#)

⁵⁵ *Urbaser S.A. and Consorcio de Aguas Bilbao Bizkaia, Bilbao Biskaia Ur Partzuergoa v. The Argentine Republic*, ICSID Case No. ARB/07/26, Award, 8 December 2016, para. 1147: “[e]ven if it is argued that Claimants’ acceptance was more restricted in its scope than the Argentine Republic’s offer to arbitrate contained in Article X of the BIT, the appropriate conclusion would have been that no agreement had been concluded between the Parties.”

⁵⁶ France-Mexico BIT (1998), Art. 9. [URL](#); Energy Charter Treaty (1994), Art. 26. [URL](#); Canada-Ukraine BIT (1994), Art. 13. [URL](#); Netherlands - Venezuela, Bolivarian Republic of BIT (1991), Art. 9(1). [URL](#)

насколько это возможно, разрешаться мирным путём между сторонами в споре»⁵⁷.

- **Право инвестора инициировать арбитражное разбирательство:** «инвестор может обратиться в арбитраж»⁵⁸.
- **Право любой стороны инициировать арбитражное разбирательство:** «любая из сторон может обратиться в арбитраж».

17. Некоторые современные ДИДы напрямую допускают возможность подачи встречных исков⁵⁹:

- **Право государства на подачу встречных исков при несоблюдении внутреннего законодательства инвестором:** государство может заявить «в качестве ... встречного иска ... если инвестор КОМЕСА [Общий рынок Восточной и Южной Африки] ... не выполнил своих обязательств по настоящему Соглашению, включая обязательства по соблюдению всех применимых внутренних мер...»⁶⁰.

18. Другие ДИДы представляют новаторский подход к балансу прав и обязанностей между инвестором и соответствующим принимающим государством, налагая на инвесторов дополнительные обязательства:

- **Право государства на регулирование:** возможность для принимающего государства «принимать регулирующие меры для обеспечения того, чтобы развитие на его территории соответствовало целям и принципам устойчивого развития, а также другим законным целям социальной и экономической политики»⁶¹.

19. Анализируя вопрос согласия сторон (юрисдикции) на подачу встречных исков, арбитражные трибуналы прежде всего обращаются к формулировкам арбитражных оговорок в самих ДИДах. Данный подход нашёл отражение в подавляющем большинстве инвестиционных споров (*Saluka v. Czech Republic*⁶²,

⁵⁷ Spain-Albania BIT (2003), Art. 11. [URL](#); Argentina-Finland BIT (1993), Art. 13. [URL](#); Czech and Slovak Federal Republic – Norway BIT (1991), Art. 8. [URL](#); Denmark – Russia BIT (1993), Art. 8. [URL](#)

⁵⁸ Mongolia-Turkey BIT (1998), Art. 7(2): “if these disputes cannot be settled in this way within six months following the date of the written notification mentioned in paragraph 1, the dispute can be submitted. as the investor may choose....” [URL](#)

⁵⁹ Iran – Slovakia BIT (2016), Art. 14(3): “...respondent may assert as a defense, counterclaim, right of set off or other similar claim that the claimant has not fulfilled its obligations under this Agreement to comply with the Host State law or that it has not taken all reasonable steps to mitigate possible damages” [URL](#); Argentina – United Arab Emirates BIT (2018), Art. 28(4). “...the respondent may submit a counter-claim directly related with the dispute, provided that the disputing party shall specify precisely the basis for the counter-claim.” [URL](#)

⁶⁰ Investment Agreement for the COMESA Common Investment Area (2007), Art. 36(7). [URL](#)

⁶¹ Morocco – Nigeria BIT (2016), Art. 23: “[i]n accordance with customary international law and other general principles of international law, the Host State has the right to take regulatory or other measures to ensure that development in its territory is consistent with the goals and principles of sustainable development, and with other legitimate social and economic policy objectives.” [URL](#)

⁶² *Saluka Investments BV v. Czech Republic*, Decision on Jurisdiction over the Czech Republic’s Counterclaim, 7 May 2004, para. 21: “[t]he Tribunal’s jurisdiction is governed primarily by Article 8 of the Treaty [arbitration clause].”

*Spyridon Roussalis v. Romania*⁶³, *Paushok v. Mongolia*⁶⁴, *Smurfit v. Venezuela*⁶⁵, *Urbaser v. Argentina*⁶⁶, *Rusoro v. Venezuela*⁶⁷, *Gavazzi v. Romania*⁶⁸), которые поднимали вопросы встречных исков.

20. Арбитражные трибуналы подтверждали свою юрисдикцию на рассмотрение встречных исков в тех случаях, когда арбитражная оговорка была сформулирована широко и охватывала встречные иски.
21. Например, в *Saluka* арбитражный трибунал согласился, что «юрисдикция, предоставленная ему ст. 8 ДИД⁶⁹, особенно если читать её вместе со статьёй 19.3⁷⁰, 19.4⁷¹ и 21.3⁷² Правил ЮНСИТРАЛ [1976], в принципе достаточно широка, чтобы охватить встречные иски ... при условии, конечно, что также соблюдены другие соответствующие требования»⁷³. Похожий вывод был сделан в деле *Paushok v. Mongolia*, где арбитражный трибунал указал, что «[с]татья 8

⁶³ *Spyridon Roussalis v. Romania*, ICSID Case No. ARB/06/1, Award, 7 December 2011, para. 866: "[t]he investor's consent to the BIT's arbitration clause can only exist in relation to counterclaims if such counterclaims come within the consent of the host State as expressed in the BIT."

⁶⁴ *Sergei Paushok, CJSC Golden East Company and CJSC Vostokneftegaz Company v. The Government of Mongolia*, UNCITRAL, Award on Jurisdiction and Liability, 28 April 2011, para. 685: "[t]he first point to note is that the jurisdiction of the Tribunal rests on the Treaty and not on any contractual relationship between the Parties..."

⁶⁵ *Smurfit Holdings B.V. v. Bolivarian Republic of Venezuela*, ICSID Case No. ARB/18/49, Award, 28 August 2024, para. 353: "regarding the second element, the Tribunal begins with Article 9(4) of the Treaty on consent."

⁶⁶ *Urbaser S.A. and Consorcio de Aguas Bilbao Bizkaia, Bilbao Biskaia Ur Partzuergoa v. The Argentine Republic*, ICSID Case No. ARB/07/26, Award, 8 December 2016, para. 1117: "...The jurisdiction and competence requirements to be satisfied are established in other provisions, including Article 25 of the ICSID Convention and the applicable BIT..."

⁶⁷ *Rusoro Mining Ltd. v. Bolivarian Republic of Venezuela*, ICSID Case No. ARB(AF)/12/5, Award, 22 August 2016, para. 621: "AF Rules permit the submission of counter-claims, but subject to the condition that the counter-claim fall within the scope of the arbitration agreement. In the present case, the arbitration agreement is to be found in Art. XII of the Treaty – it is from this provision from where the Tribunal derives its jurisdiction."

⁶⁸ *Marco Gavazzi and Stefano Gavazzi v. Romania*, ICSID Case No. ARB/12/25, Decision on Jurisdiction, Admissibility and Liability, 21 April 2015, para. 154: "[t]he majority considers that it is the letter of the BIT, interpreted under international law, that binds the Parties. Where there is no jurisdiction provided by the wording of the BIT in relation to a counterclaim, no jurisdiction can be inferred merely from the "spirit" of the BIT."

⁶⁹ "All disputes between one Contracting Party and an investor of the other Contracting Party concerning an investment of the latter shall, if possible, be settled amicably" («все споры/споры ... касающиеся инвестиций»).

⁷⁰ «В своих возражениях по иску или на более поздней стадии процесса, если арбитражный суд признает, что при данных обстоятельствах задержка была оправданной, ответчик может предъявить встречный иск, вытекающий из того же договора, или заявить требование, вытекающее из того же договора, в целях зачета».

⁷¹ «В отношении встречного иска и требования, заявляемого в целях зачета, применяются положения пункта 2 статьи 18».

⁷² «3. Отвод арбитражного суда по неподсудности должен быть заявлен не позднее представления возражений по иску или в отношении встречного иска возражений по встречному иску».

⁷³ *Saluka Investments BV v. Czech Republic*, UNCITRAL, Decision on Jurisdiction over the Czech Republic's Counterclaim, 7 May 2004, para. 39: "[t]he language of Article 8, in referring to "All disputes," is wide enough to include disputes giving rise to counterclaims, so long, of course, as other relevant requirements are also met."

ДИДа из дела *Saluka* аналогична ст. 6 рассматриваемого ДИДа ... и нет никаких оснований проводить различия между ними»⁷⁴.

22. Интересно отметить, что в процессе определения юрисдикции в *Saluka* арбитражный трибунал толковал арбитражную оговорку в ДИДе вместе с положениями применимых правил арбитража, которые касались встречных исков. Очевидно, что кроме широкой формулировки арбитражной оговорки важно и то, допускают ли сами правила арбитража подачу встречных исков. Арбитражный трибунал также высказался в конце решения по поводу «иных требований», объясняя, что «в отношении конкретно встречных исков необходимо, чтобы они также удовлетворяли те условия, которые обычно регулируют отношения между встречным иском и основным иском ... должен иметь тесную связь с встречным иском»⁷⁵.
23. В рамках системы МЦУИС возражение об отсутствии у арбитражного трибунала юрисдикции на рассмотрение встречного иска, поданного в рамках процедуры, основанной на ДИДе и Вашингтонской конвенции, было впервые рассмотрено в деле *Spyridon Roussalis v. Romania*⁷⁶. Толкуя арбитражную оговорку (статья 9 ДИД между Грецией и Румынией⁷⁷), арбитражный трибунал пришёл к выводу, что её формулировка ограничивает его юрисдикцию спорами, предъявленными инвесторами в связи с обязательствами принимающего государства⁷⁸. В таких случаях ДИД не допускает предъявление встречных исков. Арбитражный трибунал также указал на то, что подача встречных исков, основанных на нормах внутреннего законодательства, возможна только в тех случаях, когда ДИД напрямую включает «национальное право» в качестве применимого права⁷⁹.
24. Проблема узких формулировок остаётся актуальной и по сей день. В недавнем деле *Smurfit Holdings B.V. v. Bolivarian Republic of Venezuela*, арбитражный трибунал отказал во встречном иске, так как существующая формулировка статьи 9(1) ДИД⁸⁰ касалась только споров, вытекающих из обязательств принимающего государства. В её формулировке отсутствовали любые ссылки на споры, вытекающие из нарушений инвестором законодательства договаривающейся стороны»⁸¹.

⁷⁴ *Paushok v. Government of Mongolia*, UNCITRAL, Award on Jurisdiction and Liability, 28 April 2011, para. 689: "Article 8 of the Saluka BIT is similar to Article 6 of the Treaty, the first one referring to "all Disputes" while the second refers to "disputes" and there is no reason to make a difference between the two."

⁷⁵ *Saluka Investments BV v. Czech Republic*, UNCITRAL, Decision on Jurisdiction over the Czech Republic's Counterclaim, 7 May 2004, para. 61: "[i]n relation specifically to counterclaims, it is necessary that they must also satisfy those conditions which customarily govern the relationship between a counterclaim and the primary claim must have a close connection with the primary claim to which it is a response."

⁷⁶ Кискачи, М. Глава 14. Встречные иски и обязательства инвестора. С. 312.

⁷⁷ «Споры между инвестором Договаривающейся Стороны и другой Договаривающейся Стороной, касающиеся обязательства последней по настоящему Соглашению в отношении инвестиций первой, по возможности, разрешаются сторонами в споре мирным путем».

⁷⁸ *Spyridon Roussalis v. Romania*, ICSID Case No. ARB/06/1, Award, 7 December 2011, para. 869: "the references made in the text of Article 9(1) of the BIT to "disputes ... concerning an obligation of the latter" undoubtedly limit jurisdiction to claims brought by investors about obligations of the host State ..."

⁷⁹ Там же, para. 871.

⁸⁰ "Disputes between one Contracting Party and a national of the other Contracting Party concerning an obligation of the former under this Agreement in relation to an investment of the latter, shall at the request of the national concerned be submitted to the International Centre for Settlement of Investment Disputes, for settlement by arbitration or conciliation [...]."

⁸¹ *Smurfit Holdings B.V. v. Bolivarian Republic of Venezuela*, ICSID Case No. ARB/18/49, Award, 28 August 2024, para. 355: "[t]he text of the article posits only one scenario, the disputes between one Contracting Party and a national of the other Contracting Party, i.e., between a State and the investor of another Contracting

25. Будет справедливо отметить, что подход большинства арбитров в *Spyridon Roussalis v. Romania* несёт в себе определённые риски: не получив возможность предъявить встречный иск, государство может обратиться с иском к инвестору в национальные суды, следствием которого могут быть параллельные разбирательства и противоречащие решения. Подход большинства подвергся критике одним из арбитров по делу, профессором Ризманом, который предложил иной подход к определению согласия сторон: вместо первичного анализа самой арбитражной оговорки ДИД, стоит обратиться к правилам арбитража (в данном споре это был Регламент МЦУИС и Вашингтонская конвенция). По его мнению, «компонент согласия ст. 46 Вашингтонской конвенции ipso facto становится частью любого арбитража МЦУИС, который инвестор решает [инициировать]»⁸². Подход профессора Ризмана был поддержан в рамках другого инвестиционного разбирательства *Goetz v. Burundi*⁸³, но не получил широкую поддержку на практике⁸⁴. Позиция профессора Ризмана не получила поддержки в научной доктрине. Например, Дафина Атанасова придерживается взгляда, что «включение встречных исков в сферу действия соглашения сторон в инвестиционном арбитраже не может подразумеваться исключительно ссылкой в арбитражной оговорке на определённый вид арбитражных правил»⁸⁵.
26. Помимо предметной юрисдикции арбитражные трибуналы также обращают внимание на вопросы персональной юрисдикции (*rationa personae*), а именно являются ли стороны спора надлежащими истцами и ответчиками в отношении предъявленных встречных требований. Так, в уже упомянутом выше деле *Saluka v. Czech Republic* он отметил, что формулировка арбитражной оговорки статьи 8 ДИД: «между одной договаривающейся стороной и инвестором другой договаривающейся стороны» не означает, что только инвестор может быть инициатором требований⁸⁶. Иными словами, данная широкая формулировка допускает возможность подачи встречных исков. Данный подход применяется также и в спорах в рамках системы МЦУИС. Например, в деле *Urbaser v. Argentina*, при анализе широкой арбитражной оговорки, арбитражный трибунал указал, что «положение [ДИД] абсолютно нейтрально по отношению к личности истца или ответчика в инвестиционном споре, возникающем между сторонами»⁸⁷. Он отметил формулировку статьи 10.2 ДИД: «одна из сторон» и

Party concerning an "obligation of the former," i.e., of the State, in relation to an "investment of the latter," i.e., of the investor. Article 9(1) does not refer in any way to disputes concerning a breach by the investor of the law of the Contracting Party nor what such a breach could have entailed for the State."

⁸² *Spyridon Roussalis v. Romania*, Declaration of W Michael Reisman, ICSID Case No. ARB/06/01, 28 November 2011.

⁸³ *Antoine Goetz & Others and S.A. Affinage des Metaux v. Republic of Burundi*, ICSID Case No. ARB/01/2, Award 21 June 2012, para. 279: "[d]ès lors, peu importe que le TPI ne contienne aucune disposition donnant compétence au Tribunal pour connaître des demandes reconventionnelles. Comme le souligne le professeur Reisman dans la Déclaration qu'il a jointe à la sentence arbitrale dans l'affaire Spyridon Roussalis c. Roumanie du 7 décembre 2011, "[...] when the States Parties to a BIT contingently consent, inter alia, to ICSID jurisdiction, the consent component of Article 46 of the Washington Convention is ipso facto imported into any ICSID arbitration which an investor then elects to pursue".

⁸⁴ Кискачи, М. Глава 14. Встречные иски и обязательства инвестора. С. 316.

⁸⁵ Atanasova, D., Martínez Benoit, A., & Ostřanský, J. (2014). The Legal Framework for Counterclaims in Investment Treaty Arbitration. *Journal of International Arbitration*, 31. P. 358. [URL](#)

⁸⁶ *Saluka Investments BV v. Czech Republic*, UNCITRAL, Decision on Jurisdiction over the Czech Republic's Counterclaim, 7 May 2004, para. 39: "[t]he need for a dispute, if it is to fall within the Tribunal's jurisdiction, to be "between one Contracting Party and an investor of the other Contracting Party" carries with it no implication that Article 8 applies only to disputes in which it is an investor which initiates claims."

⁸⁷ *Urbaser v. Argentina*, ICSID Case No. ARB/07/26, Award on Jurisdiction and Liability, 08 December 2016, para. 1143: "[t]his provision is completely neutral as to the identity of the claimant or respondent in an investment dispute arising between the parties."

«любая из сторон»⁸⁸ и статьи 10.3 ДИД: «по просьбе любой из сторон спора»⁸⁹. Арбитражный трибунал особенно отметил отличие арбитражной оговорки в *Urbaser v. Argentina* от иных дел о встречных исках, в которых фигурировала более узкая арбитражная формулировка или связь между спором и встречным иском отсутствовала.

27. Вопросы персональной юрисдикции приобретают проблемный характер, когда ДИД с широко сформулированной арбитражной оговоркой предоставляет возможность инициировать разбирательство исключительно иностранному инвестору. Например, в деле *Gavazzi and Gavazzi v. Romania* арбитражный трибунал постановил, что «если формулировка ДИД не устанавливает компетенцию в отношении встречного иска, то никакая компетенция не может быть выведена просто из «духа» ДИД ... нет ничего необычного в том, что стороны при возникновении спора, касающегося ДИД, занимают асимметричные позиции»⁹⁰.
28. Арбитражный трибунал столкнулся с аналогичной проблемой в деле *Rusoro v. Venezuela*, где была рассмотрена широкая арбитражная оговорка с ограничениями персональной юрисдикции⁹¹. Арбитражный трибунал руководствовался «буквальной формулировкой» (literal wording) арбитражной оговорки ДИД и постановил, что «договор [ДИД] предоставляет инвесторам, и только инвесторам, право подавать иски в арбитраж против принимающих государств»⁹². Иными словами, арбитражная оговорка ДИД ограничивает сферу арбитражных споров только теми спорами, которые вытекают из обязательств государства по ДИД. Стоит отметить, что согласно мнению арбитражного трибунала, основная цель арбитража состоит в разрешении споров, «[связанных] с иском инвестора о том, что мера, принятая или не принятая принимающим государством, является нарушением настоящего Соглашения...»⁹³.
29. Рассмотренные дела иллюстрируют несколько сложностей. Первый вопрос, с которым сталкиваются арбитражные трибуналы: должно ли согласие на рассмотрение встречных исков содержаться в самом ДИДе или же согласие может подразумеваться в процессуальных положениях, относящихся к встречным искам, в применимых правилах арбитража⁹⁴. Доминирующим подходом остаётся механизм использования арбитражной оговорки для определения согласия сторон. Наличие узких арбитражных оговорок, которые ссылаются исключительно на «обязательство принимающего государства» или ограничивают круг лиц, которые могут в принципе инициировать спор согласно ДИД, также остаётся открытым проблемным вопросом. Арбитражные трибуналы

⁸⁸ Там же, para. 1143: “[w]hen no settlement had been reached within six months from the date on which one of the parties to the dispute instigated it, it shall, at the request of either party, be submitted to the competent tribunals of the host State.”

⁸⁹ Там же, para. 1143: “[i]n certain circumstances the dispute may be submitted to an international arbitral tribunal at the request of either party to the dispute.”

⁹⁰ *Marco Gavazzi and Stefano Gavazzi v. Romania*, ICSID Case No. ARB/12/25, Decision on Jurisdiction, Admissibility and Liability, 21 April 2015, para. 154.

⁹¹ Canada - Venezuela, Bolivarian Republic of BIT (1996), Art. 12(1): “any dispute between one Contracting Party and an investor of the other Contracting Party, relating to a claim by the investor.” [URL](#)

⁹² *Rusoro Mining Limited v. Venezuela*, ICSID Case No. ARB(AF)/12/5, Award, 22 August 2016, para. 627.

⁹³ Там же.

⁹⁴ Bjorklund, A. (2022). Chapter 17: Counterclaims in Ruiz, F.H. Stoppioni, E. (Eds.), International Investment Law: An Analysis of the Major Decisions. Oxford: Hart Publishing. P. 277-278. [URL](#)

часто отказывают в юрисдикции на рассмотрение встречных исков в этих ситуациях⁹⁵.

(b) Критический анализ пункта 2 проекта положения 10: наличие юрисдикции

30. В связи с этим заслуживает внимания пункт 2 проекта положения 10, в котором чётко определяется, что «согласие ответчика на предъявление иска истцом возможно при условии, что истец согласен на любое представление встречного иска, упомянутого в пункте 1»⁹⁶. Данный подход видится разумным и взвешенным решением и пытается учесть опыт практики и решить проблемные вопросы согласия сторон.
31. Однако встаёт вопрос, как этот пункт будет сочетаться с узкими оговорками. Представляется, что ответ на него зависит от того, как именно рассматриваемый проект положения будет имплементирован на практике. Некоторые исследователи предлагают в качестве модели Маврикийскую конвенцию о прозрачности, которая, по их мнению, поможет решить вопрос фрагментации ДИДов посредством имплементации единого многостороннего документа⁹⁷. При имплементации проектов положений в качестве конвенции (международный договор), стоит учесть несколько проблемных вопросов, которые остаются в подвешенном состоянии. Обязательность положений конвенции (например, статьи о встречных исках) для сторон инвестиционных споров будет зависеть от того, подпишут ли государства, между которыми заключены ДИДы с узкими оговорками, данный документ. В противном случае данная конвенция будет неэффективна, так как не сможет решить проблему юрисдикционных ограничений на рассмотрение встречных исков в спорах, где предметом анализа арбитражного трибунала является узкая арбитражная оговорка. Вместо конвенции существует возможность включения проектов положений в качестве дополнительных правил/дополнений к существующим арбитражным регламентам, например, к Арбитражному регламенту ЮНСИТРАЛ. Данный подход также может столкнуться с аналогичными проблемами: стороны ДИД с узкими оговорками должны будут дать согласие на включение данного дополнения в качестве применимых правил арбитража в соответствующих спорах.
32. Процесс включения положений, которые бы допускали встречные иски на основе внутреннего законодательства, может занять достаточно долгое время. Анализируя проблемы, с которыми трибуналы сталкиваются в рамках встречных исков о защите окружающей среды, Тед Глисон предлагает Рабочей группе III разработать пояснительные записки. По его мнению, они могут содержать общие толкования регулярно повторяющихся формулировок, встречающихся с ДИДах с узкими оговорками, и позволили бы государствам согласовать позицию по таким спорным вопросам: могут ли встречные иски

⁹⁵ Ishikawa, T. (2005). Counterclaims and the Rule of Law in Investment Arbitration. *AJIL Unbound*, 113. P. 33-37. [URL](#)

⁹⁶ ЮНСИТРАЛ. Рабочая группа III (Реформирование системы урегулирования споров между инвесторами и государствами). Сорок девятая сессия. Возможная работа по реформированию системы урегулирования споров между инвесторами и государствами (УСИГ). Проекты положений по процессуальным и сквозным вопросам, Записка Секретариата, A/CN.9/WG.III/WP.244. [URL](#)

⁹⁷ Potesta, M. & Kaufmann-Kohler, G. (03 June 2016). Can the Mauritius Convention Serve as a Model for the Reform of Investor-State Arbitration in Connection with the Introduction of a Permanent Investment Tribunal or an Appeal Mechanism? – Analysis and Roadmap. P. 93-94. [URL](#)

основываться на внутреннем законодательстве, можно ли налагать определённые обязательства по правам человека и другие⁹⁸.

33. Очевидно, что для более эффективного решения данных проблемных вопросов требуется их синхронная проработка не только на международном уровне в рамках Рабочей группы III, но и на уровне государств путём внесения существенных изменений в их ДИДы.
34. Проблему узких оговорок можно решить и иным способом. Например, Мээс Брэнникмайер и Фабиен Гелинас ставят под сомнение доминирующее в настоящее время представление о юрисдикции как узко сосредоточенной на согласии сторон на рассмотрение иска, вытекающего из договора (в данном случае речь идёт о ДИД), и предлагают так называемый комплексный подход (integrated approach). По их мнению, наличие юрисдикции в отношении встречных исков зависит от того, является ли встречный иск частью того же спора, что и первоначальный иск для установления вспомогательной юрисдикции (ancillary jurisdiction)⁹⁹.
35. Однако сами авторы подчёркивают, что у их подхода, который допускает встречные иски из разных правовых источников на основе вспомогательной юрисдикции, есть несколько ограничений¹⁰⁰. Во-первых, существует распространённая ситуация, когда инвестиционный контракт (между государством и иностранным инвестором) содержит свою собственную арбитражную оговорку об урегулировании споров¹⁰¹. Основываясь на предложенном комплексном подходе, арбитражный трибунал теоретически мог бы обладать юрисдикцией на рассмотрение встречных исков. Однако на практике всегда отдавался приоритет арбитражной оговорке, содержащейся в инвестиционном контракте. Другие проблемные вопросы касаются применимого права в ДИДе¹⁰² и риска отмены решения при таком расширительном подходе арбитражных трибуналов к юрисдикции.
36. Стоит согласиться с предложением членов Рабочей группы III¹⁰³, которое допускает возможность добавления оговорки о «развилке дорог»¹⁰⁴. Наличие такого пункта уравнивает автоматическое согласие истца на встречные иски и предотвращает параллельные разбирательства по аналогичным основаниям на национальном уровне, но оставляет открытые вопросы, которые требуют анализа со стороны арбитражного трибунала. Например, является ли

⁹⁸ Gleason, T. (2021). Examining Host-State counterclaims for environmental damage in investor-State dispute settlement from human rights and transnational public policy perspectives. *International Environmental Agreements: Politics, Law and Economics*, 21. P. 441. [URL](#)

⁹⁹ Brenninkmeijer, M. & Gélinas, F. (2023). Counterclaims in Investment Arbitration: Towards an Integrated Approach. *ICSID Review - Foreign Investment Law Journal*, 38(3). P. 569. [URL](#)

¹⁰⁰ Там же. P. 589-593.

¹⁰¹ Donnelly, S. (2020). Conflicting Forum-Selection Agreements in Treaty and Contract. *International and Comparative Law Quarterly*, 69. P.759. [URL](#)

¹⁰² Есть ли ссылка на внутреннее законодательство, на котором основывается встречный иск.

¹⁰³ ЮНСИТРАЛ. Доклад Рабочей группы III (Реформирование системы урегулирования споров между инвесторами и государствами) о работе ее сорок девятой сессии (Вена, 23–27 сентября 2024 года). A/CN.9/1194, п. 81. [URL](#)

¹⁰⁴ Отказ от права возбуждать любое другое разбирательство по урегулированию спора в связи с тем же требованием, какое заявлено во встречном иске (fork-in-the road clause). Petsche, M. (2019). The Fork in the Road Revisited: An Attempt to Overcome the Clash Between Formalistic and Pragmatic Approaches. *Washington University Global Studies Law Review*, 18(2). P. 393. [URL](#)

спор, переданный на рассмотрение национального суда и/или арбитражного суда, аналогичным переданному на рассмотрение арбитражного трибунала¹⁰⁵.

37. Может показаться, что проект положения Рабочей группы III предоставляет слишком широкие возможности государствам для защиты собственных интересов в рамках инвестиционных споров – иными словами, баланс смещён в сторону защиты государств. Данная ситуация не так однозначна. Во-первых, нельзя не отметить, что теоретически возможны ситуации, в которых иностранный инвестор выступает в роли ответчика и подаёт встречный иск к государству в ответ на изначальный иск. Сама формулировка рассматриваемого проекта положения использует термины «истец» и «ответчик», а не «иностранный инвестор» и «принимающее государство»: не ограничивает право на подачу встречных исков только государством. Особенно, если учитывать, что всё больше ДИДов включают в себя не только обязательства государств на соблюдение ДИДов, но также и обязательство инвестора в отношении государств. Закрепление возможности подачи встречных исков в проекте положения поддерживает идею баланса между интересами инвесторов и интересами принимающих государств¹⁰⁶.
38. Автоматическое согласие истца на встречные иски, вытекающее из пункта 2 проекта положения 10, способно частично решить только юрисдикционные вопросы, которые изучаются на первом этапе рассмотрения инвестиционного спора. На втором этапе рассматривается связь между встречным и основным иском в рамках приемлемости (admissibility) встречных исков, который будет рассмотрен в следующей части.

1.2. Связь основного и встречного иска

(а) Подходы арбитражных трибуналов к определению требования связанности спора и встречного иска

39. Помимо определения согласия сторон на подачу встречных исков (данный критерий был рассмотрен выше), встречные иски должны отвечать требованию связанности, которое относится к вопросам приемлемости. Важность и необходимость этого требования становится наиболее очевидной, если принять во внимание совокупность законов, которым подчиняется инвестор на национальном уровне. Стоит согласиться с мнением Андреа Бьорклунд, которая считает, что «не может и не должно быть так, чтобы государство могло предъявлять любые иски к инвестору, если инвестор инициирует арбитражное разбирательство в соответствии с ДИДом»¹⁰⁷.
40. Единая формулировка требования связанности отсутствует в рассмотренных арбитражных регламентах. Согласно статье 46 Вашингтонской конвенции и Правилу 48 Арбитражного регламента МЦУИС (2022), встречные иски должны вытекать «непосредственно из предмета спора». Статья 19(3) Арбитражного регламента ЮНСИТРАЛ 1976 упоминает встречный иск, «вытекающий из того же договора». Обновлённый Арбитражный регламент ЮНСИТРАЛ 2010 и Арбитражный регламент Международной торговой палаты (МТП) вообще не содержат какие-либо требования связанности в своих положениях.

¹⁰⁵ Там же. Р. 398. [URL](#)

¹⁰⁶ Brenninkmeijer, M. & Gélinas, F. (2023). P. 570; Bjorklund, A. (2013). The Role of Counterclaims in Rebalancing Investment Law. *Lewis & Clark Law Review*, 17(2). P. 465. [URL](#)

¹⁰⁷ Bjorklund, A. (2022). Chapter 17: Counterclaims in Ruiz, F.H. Stoppioni, E. (Eds.), *International Investment Law: An Analysis of the Major Decisions*. Oxford: Hart Publishing. P. 281. [URL](#)

41. По мнению Андреа Бьорклунд, наличие или отсутствие требования связанности в применимых правилах арбитража никак не влияет на анализ со стороны арбитражного трибунала – данное требование просто подразумевается¹⁰⁸. Хелен Бубровски считает требование связанности между иском инвестора и встречным иском ответчика «общим правовым принципом»¹⁰⁹. Практика также показывает, что арбитражные трибуналы обращаются к этому требованию даже при его отсутствии в применимых правилах арбитража и считают его «общим правовым принципом»¹¹⁰.
42. В арбитражных разбирательствах, инициированных на основании ДИДов, арбитры анализируют требование связанности между правовым основанием основного и встречного исков, используя два равнозначных подхода: фактическая связанность и юридическая связанность. Применение одного или другого подхода всё ещё остаётся дискуссионным вопросом¹¹¹.
43. При анализе связанности встречного иска с основным иском в рассмотренном ранее деле *Saluka v. Czech Republic* арбитражный трибунал не нашёл схожих решений (широкую формулировку ДИД в рамках ЮНСИТРАЛ) и решил обратиться к похожим решениям в рамках системы МЦУИС¹¹² и Трибунала по урегулированию взаимных претензий Ирана и США¹¹³. Арбитражный трибунал подтвердил, что требование связанности содержится в той или иной форме в трёх правовых инструментах: Регламенте ЮНСИТРАЛ¹¹⁴, Вашингтонской конвенции¹¹⁵ и Ирано-американской декларации об урегулировании претензий¹¹⁶. Руководствуясь данным подходом, арбитражный трибунал отказал Чешской Республике в заявленных встречных требованиях, так как они не «могли рассматриваться как составляющие неделимое целое с основным требованием, заявленным истцом», и должны рассматриваться на национальном уровне¹¹⁷. Иными словами, арбитражный трибунал подтвердил требование юридической связи: основной иск и встречный иск должны вытекать из одного правового документа.

¹⁰⁸ Там же.

¹⁰⁹ Bubrowski, H. (2013). *Balancing IIA Arbitration through the Use of Counterclaims in Mestral*, A. & Levesque, C. (eds), *Improving International Investment Agreements*. London Routledge. [URL](#)

¹¹⁰ *Oxus Gold v. Republic of Uzbekistan*, UNCITRAL, Final Award, 17 December 2015, para. 953: “principle means that in order for the Arbitral Tribunal to have jurisdiction over the counter-claims, it is necessary that there be a close connection between them and the primary claim from which they arose in the sense that the counter-claims must be sufficiently connected to the claims, i.e. arise out of the investment and thereto relating obligations, and may not be matters merely covered by the general law of the Respondent”; *Saluka Investments BV v. Czech Republic*, UNCITRAL, Decision on Jurisdiction over the Czech Republic’s Counterclaim, 7 May 2004, para. 76: “Tribunal is satisfied that those provisions, as interpreted and applied by the decisions which have been referred to, reflect a general legal principle as to the nature of the close connection which a counterclaim must have with the primary claim if a tribunal with jurisdiction over the primary claim is to have jurisdiction also over the counterclaim.”

¹¹¹ Кискачи, М. Глава 14. Встречные иски и обязательства инвестора. С. 318.

¹¹² *Klöckner Industrie-Anlagen GmbH and others v. United Republic of Cameroon and Société Camerounaise des Engrais*, ICSID Case No. ARB/81/2, Award, 21 October 1983.

¹¹³ *Harris International Telecommunications, Inc. v. Iran*, Iran-US Claims Tribunal, Partial Award, 2 November 1987, Vol. 17. P. 31.

¹¹⁴ The counterclaim must arise out of the “same contract” (UNCITRAL Arbitration Rules, Art. 19.3).

¹¹⁵ ICSID Convention (1965), Art. 25(1): “any legal dispute arising directly out of an investment”; Там же, Art. 46: “counterclaims arising directly out of the subject-matter of the dispute.” [URL](#)

¹¹⁶ The counterclaim must arise “out of the same contract, transaction or occurrence that constitutes the subject matter of [the primary] claims” (Art. 2(1) of the Claims Settlement Declaration).

¹¹⁷ *Saluka Investments BV v. Czech Republic*, UNCITRAL, Decision on Jurisdiction over the Czech Republic’s Counterclaim, 7 May 2004, para. 79.

44. Применимый подход юридической связанности подвергся критике как избыточно ограничивающий возможность подачи встречных исков¹¹⁸. В большинстве ДИДов отсутствуют закреплённые обязательства со стороны иностранных инвесторов (фокус на обязательствах со стороны принимающего государства) и, следовательно, отсутствует основание для встречного иска¹¹⁹. В таких ситуациях, независимо от того, подтвердил ли арбитражный трибунал свою юрисдикцию на рассмотрение встречного иска, основываясь на арбитражной оговорке, применение данного подхода приведёт к исключению встречных исков из большинства инвестиционных арбитражных разбирательств. Ведь зачастую источником обязательств инвестора, при их наличии, является внутреннее законодательство, а не сам ДИД. Без указания в самом ДИДе на национальное право в качестве применимого права встречные иски будут отклонены арбитражными трибуналами.
45. Иной подход толкования связанности встречного и основного иска был предложен в деле *Urbaser v. Argentina*. Арбитражная оговорка в ДИДе между Аргентиной и Испанией была сформулирована широко, как в спорах выше, и арбитражный трибунал подтвердил саму возможность подачи встречного иска. Подход арбитражного трибунала к требованию связанности основывался на фактической связи между встречным иском и основанием иска вместо юридической связи, которая была сформулирована ранее в деле *Saluka*.
46. Во-первых, арбитражный трибунал отметил, что «фактическая связь между двумя исками очевидна. Как основной иск, так и противопоставленный ему иск основаны на одних и тех же инвестициях или предполагаемом отсутствии достаточных инвестиций в отношении одной и той же Концессии», и признал это «достаточным для юрисдикции в отношении встречного иска»¹²⁰. Во-вторых, арбитражный трибунал подчеркнул важность принципа «разумного отправления правосудия» и цель «недопущения потенциально непоследовательного результата»¹²¹. Стоит отметить, что принцип разумного отправления правосудия (*reasonable administration of justice*) фигурировал и в ранее рассмотренных делах, например, в деле *Spyridon Roussalis v. Romania*¹²². Ограничивать право государств на встречные иски в рамках инвестиционного арбитража не имеет большого практического смысла, так как государство сможет заявить иск к инвестору в своих национальных судах. В таком случае, присутствует риск открытия параллельного производства.
47. Несколько исследователей придерживаются мнения, что наличие широкой арбитражной оговорки и фактической связи между встречным и основным иском является достаточным для подачи встречных исков на основании внутреннего законодательства¹²³. Иными словами, наличие указания на

¹¹⁸ Hoffmann, A. (2015) Counterclaims in Kinnear, M. & al (eds.), *Building International Investment Law: The First 50 Years of ICSID*. Kluwer Law International. P. 383-384 [URL](#); Kalnina, E. & Godbole, A. (2019). In Fourer, J. & al (Eds.) *The ICSID Convention, Regulations and Rules: A Practical Commentary*. Edward Elgar Publishing. P. 425. [URL](#)

¹¹⁹ Bjorklund, A. (2013). The Role of Counterclaims in Rebalancing Investment Law. *Lewis & Clark Law Review*, 17. P. 461. [URL](#)

¹²⁰ *Urbaser S.A. and Consorcio de Aguas Bilbao Bizkaia, Bilbao Biskaia Ur Partzuergoa v. The Argentine Republic*, ICSID Case No. ARB/07/26, Award, 8 December 2016, para. 1151.

¹²¹ Там же.

¹²² *Spyridon Roussalis v. Romania*, Declaration of W Michael Reisman, ICSID Case No ARB/06/01, 28 November 2011.

¹²³ Douglas, Z. (2013). The enforcement of environmental norms in investment treaty arbitration. In P. M. Dupuy & J. Viñuales (Eds.), *Harnessing foreign investment to promote environmental protection*. Cambridge: Cambridge University Press. P. 424, 442, 443-444.; Lalive, P., & Halonen, L. (2011). On the availability of counterclaims in investment treaty arbitration. *Czech Yearbook of International Law*. P. 141-156.

внутреннее право (национальное законодательство) в качестве применимого права в ДИДе не требуется. Однако, справедливо отметить, что прямого указания на применение данного подхода со стороны арбитров в арбитражной практике не было выявлено. Рабочая группа III пожелала включить подпункт с) в пункт 1 проекта положения 10 о возможности предъявления встречного иска «в связи с тем, что истец не выполнил свои обязательства в соответствии с ... внутренним законодательством»¹²⁴, в связи с которым данный вопрос теряет свою актуальность.

48. Второе требование связанности, которое фигурирует в проекте положения 10 подразумевает, что встречный иск «вытекает из предмета спора». В настоящее время наиболее схожая формулировка требования связанности предмета иска и встречного иска с предложенной формулировкой Секретариата в пункте 1(а) проекта положения 10 закреплена в статье 46 Вашингтонской конвенции¹²⁵ и в статье 48 Регламента МЦУИС (2022)¹²⁶. Основная цель статьи 46 Вашингтонской конвенции заключается в рассмотрении тесно связанных требований в рамках одного разбирательства. В противном случае, есть риски возникновения параллельных и последовательных разбирательств, которые могут не только нести в себе дополнительные финансовые обременения для сторон спора, но и приводить к противоречивым результатам и возможной фрагментации самой системы¹²⁷.
49. Арбитражная практика, которая бы рассматривала данный критерий связанности, достаточно ограничена, так как по мнению Кристофера Шроера, связь либо «была слишком очевидна», «не была поднята в качестве аргумента одной из сторон» или «просто не рассматривалась арбитражным трибуналом»¹²⁸. Важно сделать несколько уточнений. Во-первых, требование статьи 46 Вашингтонской конвенции гласит: тесная связь с предметом спора касается вопроса допустимости (admissibility), тогда как требование статьи 20 той же Конвенции говорит о том, что тесная связь с инвестицией касается вопроса юрисдикции (jurisdiction)¹²⁹. Во-вторых, в арбитражной практике наличие тесной связи (вопрос допустимости) не всегда отделяется от вопроса юрисдикции. Иногда, данное требование вовсе не учитывается, потому что арбитражный трибунал не подтверждает свою юрисдикцию¹³⁰. В недавнем деле

¹²⁴ ЮНСИТРАЛ. Рабочая группа III (Реформирование системы урегулирования споров между инвесторами и государствами). Сорок девятая сессия. Возможная работа по реформированию системы урегулирования споров между инвесторами и государствами (УСИГ). Проекты положений по процессуальным и сквозным вопросам, Записка Секретариата, A/CN.9/WG.III/WP.244, проект положения 10(1)(c). [URL](#)

¹²⁵ Вашингтонская конвенция, ст. 46: «[е]сли стороны не договорились об ином, Арбитраж по требованию одной из сторон выносит решение касательно дополнительных или встречных требований, связанных непосредственно с предметом спора, при условии, что это соответствует соглашению сторон о порядке разрешения споров и компетенции Центра».

¹²⁶ ICSID Arbitration Rules (2022), Art. 48: “unless the parties agree otherwise, a party may file an incidental or additional claim or a counterclaim (“ancillary claim”) arising directly out of the subject-matter of the dispute, provided that such ancillary claim is within the scope of the consent of the parties and the jurisdiction of the Centre.” [URL](#)

¹²⁷ Reinisch, A., Schill, S. W., Malintoppi, L., Schreuer, C. H., & Sinclair, A. (Eds.) (2022). *Schreuer’s Commentary on the ICSID Convention: A Commentary on the Convention on the Settlement of Investment Disputes between States and Nationals of Other States*. (3 ed.) Cambridge University Press. P. 1026.

¹²⁸ Там же. P. 1045.

¹²⁹ Hoffman, A. (2013). Counterclaims in Investment Arbitration. *ICSID Review*, 28(2). P. 438-453. [URL](#); *Antoine Goetz & Consorts and SA Affinage des Metaux v. Burundi*, ICSID Case No ARB/01/2, Award, 21 June 2012, paras. 282-283.

¹³⁰ Reinisch, A., Schill, S. W., Malintoppi, L., Schreuer, C. H., & Sinclair, A. (Eds.) (2022). *Schreuer’s Commentary on the ICSID Convention: A Commentary on the Convention on the Settlement of Investment Disputes between States and Nationals of Other States*. (3 ed.) Cambridge University Press. P. 1044.

Burlington v. Ecuador, рассматривая вопрос юрисдикции, арбитражный трибунал подтвердил в своём решении, что встречный иск ответчика соответствует требованиям статьи 46 Вашингтонской конвенции: «встречные требования вытекают непосредственно из предмета спора, а именно из инвестиций Burlington в блоки 7 и 21»¹³¹. Интересно также отметить определённую взаимосвязь между требованием связанности подпункта а) пункта 1 проекта положения 10 («вытекающий непосредственно из предмета спора») и подпункта б) пункта 1 проекта положения 10 («юридическая и фактическая связь с правовым основание иска»).

50. Елена Бурова, наряду с другими специалистами в области международного инвестиционного права, отмечает, что при проверке условия о непосредственной связи встречного требования с предметом спора следует отдавать предпочтение толкованию, подразумевающему фактическую, а не исключительно юридическую связь¹³². Подобный подход получает всё более широкую поддержку в научной и практической среде, поскольку он позволяет арбитражным трибуналам эффективно рассматривать встречные иски государства, связанные с тем же инвестиционным проектом, в связи с которым инвестор предъявил свои требования. Следует отметить, что этот подход не разделяется рядом авторов, которые указывают на недостаточность фактической связи для обоснования юрисдикции трибунала в отсутствие согласия сторон на рассмотрения спора¹³³.

(b) Критический анализ пункта 1 подпунктов а) и б) проекта положения 10: требование связанности

51. Предположительно мотивом для закрепления самой возможности подачи встречных исков в проектах положений Рабочей группы III¹³⁴ является выработка унифицированного подхода к данному вопросу для предотвращения дальнейшей фрагментации. В своей записке Секретариат ЮНСИТРАЛ перечисляет положительные стороны недавно заключённых ДИДов, которые разрешают подачу встречных исков: «повышение степени определённости в отношении их допустимости»; «способствование справедливости» и «обеспечение равновесия между сторонами». В дополнении к вышеперечисленному Секретариат говорит про «процессуальную эффективность» и «исключение открытия нескольких производств в разных судах с участием одних и тех же сторон»¹³⁵.

¹³¹ *Burlington Resources Inc. v. Republic of Ecuador*, Decision on Counterclaims, ICSID Case No. ARB/08/5, Decision on Counterclaims, 7 February 2017, para. 62.

¹³² Бурова, Е. (2020). Инвестиционный арбитраж как двусторонняя дорога: встречные иски государств к иностранным инвесторам в свете последней практики и нового поколения международных инвестиционных договоров. Новые горизонты международного арбитража. С. 364. [URL](#); Douglas, Z. (2013). The enforcement of environmental norms in investment treaty arbitration. In P.-M. Dupuy & J. E. Viñuales (Eds.), *Harnessing Foreign Investment to Promote Environmental Protection: Incentives and Safeguards* (pp. 415–444). chapter, Cambridge: Cambridge University Press. [URL](#)

¹³³ См. Kjos, H.E. Applicable Law in Investor-State Arbitration. P. 129-130, 144-145. [URL](#)

¹³⁴ ЮНСИТРАЛ. Рабочая группа III (Реформирование системы урегулирования споров между инвесторами и государствами). Тридцать девятая сессия. Возможная работа по реформированию системы урегулирования споров между инвесторами и государствами (УСИГ). Множественные производства и встречные иски, Записка Секретариата, A/CN.9/WG.III/WP.193, п. 24. [URL](#)

¹³⁵ ЮНСИТРАЛ. Доклад Рабочей группы III (Реформирование системы урегулирования споров между инвесторами и государствами) о работе ее сорок девятой сессии (Вена, 23–27 сентября 2024 года). A/CN.9/1194, п. 71. [URL](#)

52. Рабочая группа III отделила вопросы юрисдикции (анализируются в первую очередь арбитражными трибуналами) от вопросов допустимости (анализ после юрисдикции), включив каждый в отдельный пункт проекта положения.
53. Среди членов Рабочей группы III отсутствует окончательное понимание того, как следует зафиксировать требование связанности в проекте положения и стоит ли отдавать приоритет одному или другому подходу. Некоторые члены Рабочей группы отметили, что достаточно оставить только один из двух подпунктов в окончательной редакции проекта положения, так как «положения подпунктов (a) и (b) пересекаются»¹³⁶. Другие предложили объединить оба требования в рамках единой статьи. Учитывая, что само требование связанности сформулировано по-разному в этих двух подпунктах, в проекте положения рекомендуется оставить ссылки на оба варианта. Возможно, стоит объединить эти два требования в один подпункт и соединить их союзами «или» (связанный с фактическим «или» правовым основанием иска), как уже было предложено на 49-й сессии Рабочей группы III, вместо «и» (связанный с фактическим «и» правовым основанием иска). Таким образом, все подходы к требованию связанности содержались бы в одном подпункте. Если в ранней редакции (с союзом «и») арбитражный трибунал, скорее всего, взвешивал бы оба требования, то в новой редакции (с союзом «или») у арбитров уже есть право на выбор подхода. Как уже было отмечено при анализе практики, тест юридической связи является достаточно строгим и необоснованно ограничивает возможности подачи встречных исков. Отсутствуют веские причины настаивать на юридической связи между встречным иском и правовым основанием иска.
54. Существующая формулировка пункта 1 проекта положения 10 выделяет три условия, при наступлении одного или нескольких из которых подача встречных исков считается обоснованной. Каждое требование содержится в отдельном пункте и может применяться по отдельности (не кумулятивно). Например, подпункт с) пункта 1 допускает встречные иски «в связи с нарушением инвестором своих обязательств, указывая источники данных обязательств (ДИД, внутреннее законодательство, инвестиционный контракт, любой другой документ, имеющий обязательную силу для истца). Во-первых, в данном пункте не сформулированы сами обязательства инвестора. Во-вторых, согласно действующему проекту, де-факто наличие связи (фактической или юридической) не является обязательным требованием. При такой широкой формулировке подпункта с) наличие подпунктов а) и b) теряет всякий смысл. Секретариат ЮНСИТРАЛ рекомендовал рассмотреть вопрос о том, должны ли применяться условия к встречным искам, содержащиеся в пункте 1 проекта положения, суммарно или выборочно. Секретариат даже привёл пример суммарного подхода в действующем ДИД: статья 10.30(1) Расширенного рамочного соглашения между ЕС и Чили (2023): «Ответчик может предъявить встречный иск из-за несоблюдения инвестором международного обязательства, применимого на территории обеих сторон, в связи с фактическим основанием для первичного иска». В нём комбинируются два условия: подпункты b) и c) пункта 1 проекта положения 10. Условия, которые содержатся в проекте положения 10, должны применяться кумулятивно для их максимальной эффективности¹³⁷.

¹³⁶ Там же п. 72. [URL](#)

¹³⁷ ЮНСИТРАЛ. Рабочая группа III (Реформирование системы урегулирования споров между инвесторами и государствами). Сорок девятая сессия. Возможная работа по реформированию системы урегулирования споров между инвесторами и государствами (УСИГ). Аннотации к проектам положений по процессуальным и сквозным вопросам, Записка Секретариата, A/CN.9/WG.III/WP.245, п. 38. [URL](#)

2. Основания для обращения со встречным иском, предложенные в проекте положения 10

55. Одним из наиболее часто звучавших укоров в адрес системы разрешения инвестиционных споров является указание на предвзятость в отношении государств. Это свойство характерно для самой структуры, которая вынуждает государства исключительно защищаться при разрешении инвестиционных споров¹³⁸. Как отмечают исследователи, исход отдельно взятого спора для инвестора может быть положительным или отрицательным, а государство считается всегда проигравшим, в том числе, потому что возможности заявления встречного иска были ограничены¹³⁹.
56. Определяя баланс интересов сторон международных инвестиционных споров, Рабочая группа III предложила следующую формулировку: «[...] ответчик может предъявить встречный иск [...] в связи с тем, что истец не выполнил свои обязательства в соответствии с Соглашением [применимое международное инвестиционное соглашение¹⁴⁰], внутренним законодательством, любым соответствующим инвестиционным контрактом или любым другим документом, имеющим для истца обязательную силу»¹⁴¹.
57. Посыл устранения асимметрии в процессуальных возможностях сторон просматривается и в этой формулировке. Теоретически предоставление широких оснований для заявления встречного иска в системе разрешения международных инвестиционных споров может привести к более целостному подходу трибуналов к вынесению решений¹⁴². В большом масштабе это может способствовать продвижению идей международного правосудия в целом и противодействовать критике легитимности системы разрешения международных споров¹⁴³.
58. Предложение по списку оснований для заявления встречного иска актуально в рамках международной повестки и практики международных судов и трибуналов. Большой интерес международного сообщества вызывает изменение инвестиционных соглашений между государствами (investment treaties) в направлении устойчивого развития и предотвращения дальнейшего резкого изменения климата¹⁴⁴. Например, ОЭСР уделяет внимание взаимосвязи инвестиционных соглашений, Парижского соглашения¹⁴⁵ и необходимости ограничить глобальное потепление и защитить окружающую среду¹⁴⁶. При этом

¹³⁸ Waibel, M., Kaushal, A., Liz, K.-H., Balchin, C. C., Chung, K.-H., Balchin, C. (2010). The Backlash Against Investment Arbitration: Perceptions and Reality in Waibel, M., Kaushal, A., Chung, K.-H., Balchin, C. London: Kluwer Law International. P. 1-3. [URL](#)

¹³⁹ Nedeva, S. (2024). The Neglected Public Interest in Investor-State Dispute Settlement: Environmental and Human Rights Considerations. *European Energy and Environmental Law Review*, 33(5). P. 214-216. [URL](#)

¹⁴⁰ ЮНСИТРАЛ. Рабочая группа III (Реформирование системы урегулирования споров между инвесторами и государствами). Сорок девятая сессия. Возможная работа по реформированию системы урегулирования споров между инвесторами и государствами (УСИГ). Проекты положений по процессуальным и сквозным вопросам, Записка Секретариата, A/CN.9/WG.III/ WP.244, п. 7. [URL](#)

¹⁴¹ ЮНСИТРАЛ. Доклад Рабочей группы III (Реформирование системы урегулирования споров между инвесторами и государствами) о работе ее сорок девятой сессии (Вена, 23–27 сентября 2024 года). [URL](#)

¹⁴² De Luca, A. UNCITRAL Working Group III: Counterclaims in ISDS - Challenges and Prospects in Light of the UNCITRAL Reform Process - Kluwer Arbitration Blog. Kluwer Arbitration Blog (28 March 2020). [URL](#)

¹⁴³ Там же.

¹⁴⁴ Alarcon, M. J. 2023 in Review: Climate Change and ISDS - Reshaping Investment Arbitration to Achieve Climate Goals. Kluwer Arbitration Blog (31 January 2024). [URL](#)

¹⁴⁵ Paris Agreement, 12 December 2015. [URL](#)

¹⁴⁶ OECD. The Future of Investment Treaties (6 May 2024). [URL](#)

в отчёте 2021 года ОЭСР указывает, что будущее инвестиционных соглашений – в том числе в учёте экологических стандартов, прав человека, обеспечении здоровья и условий труда¹⁴⁷.

59. Практика трибуналов по разрешению инвестиционных споров также свидетельствует об многократном возрастании числа ссылок на экологические вопросы и изменение климата в рамках инвестиционных споров¹⁴⁸. Более того, на инвестиционные разбирательства могут (и с большой вероятностью будут) влиять Консультативное заключение Международного трибунала по морскому праву в отношении изменения климата¹⁴⁹, а также планируемые в этом году заключения по изменению климата от Международного суда¹⁵⁰ и Межамериканского суда по правам человека¹⁵¹.
60. Отчёт, разработанный ОЭСР, и практика в отношении изменения климата действительно свидетельствуют об изменении подхода мирового сообщества в целом к экологическим вопросам, а следовательно, и к регулированию инвестиционной деятельности. Однако, в отличие от проекта положения 10, приведённые выше отчёт ОЭСР и практика фокусируются на международных нормах и правилах, которые могут или должны быть известны инвесторам. Проект положения 10, в свою очередь, включает «внутреннее законодательство» как основание для потенциальных встречных исков от государств к инвесторам, категорию, подвластную государствам и неопределённо объёмную.
61. Некоторые более современные соглашения уже включают в себя ссылки на право государства заявлять встречный иск. Так, модельный ДИД Марокко предоставляет государству право заявить встречный иск, если инвестор нарушил внутреннее законодательство или совершил преступление (коррупционные составы, отмывание денег, финансирование терроризма)¹⁵². Будучи примером ДИДа нового поколения, модельный ДИД Марокко содержит указания на обязательства инвестора и стандарты поведения¹⁵³. В ДИДе Марокко-Нигерия можно увидеть ссылку непосредственно на обязательство инвесторов соблюдать права человека¹⁵⁴, хотя подобные формулировки являются скорее редким исключением, чем правилом¹⁵⁵. Соглашения о свободной торговле признают право государств на регулирование и указывают на обязательства инвесторов соблюдать экологические требования

¹⁴⁷ OECD. The future of investment treaties - possible directions. In OECD Working Papers on International Investment (2021). Например, в соответствии с отчетом инвестиционные соглашения могут включать обязательства государств присоединиться и следовать основным международным инструментам и стандартам в сфере экологии, прав человека, здоровья и труда. [URL](#)

¹⁴⁸ Baltag, C., Joshi, R., & Duggal, K. (2023). Recent Trends in Investment Arbitration on the Right to Regulate, Environment, Health and Corporate Social Responsibility: Too Much or Too Little? *ICSID Review - Foreign Investment Law Journal*, 38(2). [URL](#)

¹⁴⁹ International Tribunal for the Law of the Sea Request for an Advisory Opinion Submitted by the Commission of Small Island States on Climate Change and International Law, Advisory opinion, 21 May 2024. [URL](#)

¹⁵⁰ Obligations of States in respect of Climate Change, [www.icj-cij.org](#) (ICJ). Retrieved February 24, 2025. [URL](#)

¹⁵¹ A Request for an Advisory Opinion from the Inter-American Court of Human Rights Concerning the Interpretation of Article 1(1), 4(1) and 5(1) of the American Convention on Human Rights - Climate Change Litigation. Climate Change Litigation (28 July 2023). [URL](#)

¹⁵² Electronic Database of Investment Treaties. Morocco Model BIT (2019). [URL](#)

¹⁵³ Banerjee, A., & Weber, S. (2021). The 2019 Morocco Model BIT: Moving Forwards, Backwards or Roundabout in Circles? *ICSID Review - Foreign Investment Law Journal*, 36(3). P. 536-562. [URL](#)

¹⁵⁴ Reciprocal Investment Promotion and Protection Agreement Between the Government of the Kingdom of Morocco and the Government of the Federal Republic of Nigeria, 3 December 2016. [URL](#)

¹⁵⁵ Gong, Y., & Hong, J. Counterclaims. Lexology (21 July 2023). [URL](#)

к ведению бизнеса, а также права человека, в том числе коренных народов¹⁵⁶.

62. Приведённые примеры свидетельствуют о том, что в современном регулировании иностранных инвестиций поддержание экологии и соблюдение связанных с этим прав человека становится важнейшим фактором, трансформирующимся в обязательства как государств, так и инвесторов¹⁵⁷. Это становится крепкой опорой для дальнейшего развития системы разрешения международных споров, предоставляя государствам не только возможность отстаивать своё право на регулирование, но и инструмент для воздействия на инвесторов, которые в ходе инвестиционной деятельности причиняют вред публичным интересам (public welfare)¹⁵⁸.
63. В доктрине и практике встречаются указания на стремление к симметрии между требованиями инвесторов, основанными на инвестиционных соглашениях, и правами/интересами принимающих государств (экологическими, правами человека), сводящимися к публичным интересам – социальным, экономическим, интересам «всеобщего благоденствия»¹⁵⁹ и так далее. Встречные иски могут быть особенно уместны в контексте требований о защите прав человека, поскольку они оказывают более широкий политический, экономический и социальный эффект. Примеры показывают, что государства всё больше обеспокоены не только своим правом на регулирование в общественных интересах в целом, но и мотивированы решать вопросы, связанные с правами человека, которые непосредственно затрагивают их граждан. Эта тенденция последовательно ведет к признанию корпоративной обязанности уважать и соблюдать международные стандарты прав человека, гарантом которых выступает государство в том числе через обязанность минимизировать последствия изменения климата, обеспечивать соблюдение экологических норм и связанных с экологией и климатом прав человека. Это новое направление реформы в итоге может оказать положительное влияние на систему разрешения инвестиционных споров и общество в целом.
64. Тем не менее текущая формулировка проекта положения предоставляет государствам-участникам инвестиционных споров возможность заявить встречный иск на основаниях, сформулированных чрезвычайно объёмно. Вероятно, истоки замысла разработчиков проекта положения 10 можно найти в праве государств на регулирование, которое позволяет государствам осуществлять суверенную власть и принимать любые меры по отношению к

¹⁵⁶ Canada-Ukraine Free Trade Agreement (2023), Chapter 17: Investment, Art. 17.4 and 17.15. [URL](#); European Union, & Members of the Organization of African, Caribbean and Pacific States (2023); Partnership Agreement between the European Union and its Member States, of the one part, and the Members of the Organization of African, Caribbean and Pacific States, of the other part (2023). [URL](#); European Union & Republic of Angola (2023); Sustainable Investment Facilitation Agreement between the European Union and the Republic of Angola (2024). [URL](#)

¹⁵⁷ Nedeva, S. (2024). The Neglected Public Interest in Investor-State Dispute Settlement: Environmental and Human Rights Considerations. *European Energy and Environmental Law Review*, 33(5). P. 214-231. [URL](#)

¹⁵⁸ Там же.

¹⁵⁹ Там же.

инвестициям в интересах всеобщего блага (welfare)¹⁶⁰. Однако практика¹⁶¹ и доктрина ограничивают право на регулирование легитимностью целей такого регулирования¹⁶². Так, указание на публичный интерес требует наличия подлинных интересов общества, а не формальной ссылки на него¹⁶³.

65. Видится, что указание на нарушение внутреннего законодательства принимающего государства как на основание для обращения этим государством со встречным иском против инвестора является чрезмерно широким и требует дополнительной проработки. Два возможных пути ограничения оснований для обращения со встречным иском могут быть восприняты из практики, приведённой выше. Первое – через перечисление сфер регулирования, в которых внутреннее законодательство может послужить основанием для встречного иска, как, например, в ДИДе Марокко-Нигерия. Второй – через указание на публичный интерес, в рамках которого было принято внутреннее законодательство, лежащее в основании встречного иска, как в доктрине и практике, посвящённым праву на регулирование. В противном случае столь желанная корректировка асимметрии положений инвестора и государства может привести к обратному искривлению – на смену системе, защищающей преимущественно инвестора, может прийти система, дающая волюнтаристские полномочия принимающим государствам.

3. Заключение

66. Проект положения 10 в его текущей редакции представляет собой проявление тенденции поиска баланса ролей инвестора и принимающего государства. С одной стороны, проект положения 10 вобрал в себя практику международных инвестиционных трибуналов, рассматривающих все большее количество встречных исков. Рабочая группа III учла те вопросы юрисдикции, допустимости и оснований встречных исков, которые обсуждались в делах, рассмотренных за последние три десятилетия. С другой стороны, в проекте отражены актуальные тенденции по борьбе с последствиями изменения

¹⁶⁰ Baltag, C. (2020). Investment Arbitration and Police Powers: Emerging Issues. *European Investment Law and Arbitration Review Online*, 5(1). P. 392–399: “[t]he doctrine of police powers has established itself as a State defense which provides that an act of the State, amounting to non-discriminatory taking of property, without compensation, and for public interest, could be lawful under public international law. The doctrine of police powers represents an attempt by investment tribunals to reconcile the sovereign right of the State, as the guardian of the general public interest, to regulate economic activities on its territory with its treaty or contractual obligations.” [URL](#)

¹⁶¹ *Biwater Gauff Ltd. v United Republic of Tanzania*, Award, 24 July 2008, para. 434: “[f]urther, in deciding how best to address the crisis, including how to carry out the repossession of the leased assets at DAWASA’s request, the Republic was entitled to a measure of appreciation. Water and sanitation services are vitally important, and the Republic has more than a right to protect such services in case of a crisis: it has a moral and perhaps even a legal obligation to do so” [URL](#); Investment Agreement between the Government of Australia and the Government of the Hong Kong Special Administrative Region of the People’s Republic of China (signed 26 March 2019, entered into force 17 January 2020) Preamble: “RECOGNISING their right to regulate and resolving to preserve their flexibility to set legislative and regulatory priorities, safeguard public welfare and protect legitimate public welfare objectives.” [URL](#)

¹⁶² Baltag, C., Joshi, R., Duggal, K. (2023). Recent Trends in Investment Arbitration on the Right to Regulate, Environment, Health and Corporate Social Responsibility: Too Much or Too Little? *ICSID Review - Foreign Investment Law Journal*, 38(2). P. 385. [URL](#)

¹⁶³ *ADC Affiliate Limited and ADC & ADMC Management Limited v. The Republic of Hungary*, ICSID Case No. ARB/03/16, Award, 2 October 2006, para. 432: “[i]n the Tribunal’s opinion, a treaty requirement for “public interest” requires some genuine interest of the public. If mere reference to “public interest” can magically put such interest into existence and therefore satisfy this requirement, then this requirement would be rendered meaningless since the Tribunal can imagine no situation where this requirement would not have been met.” [URL](#)

климата, расширению защиты прав человека, поиску наиболее эффективного процесса рассмотрения споров.

67. Однако, расширение возможных оснований потенциальных встречных исков кажется чрезмерным и может привести к правовой неопределённости, а также поставить под угрозу предсказуемость системы разрешений инвестиционных споров. Текущая формулировка проекта положения 10 в части оснований иска порождает риски усложнения процесса разрешения международных инвестиционных споров и несоразмерного увеличения количества заявляемых встречных исков, что в свою очередь может привести к невозможности обеспечения сбалансированного механизма в международных судах и трибуналах.
68. Исходя из этого, мы полагаем, что проект положения 10 требует доработки в части ограничения оснований встречных исков для поддержания идей стабильности, предсказуемости и эффективности разрешения инвестиционных споров, в канве которых действует Рабочая группа III.

II. Лишение льгот

69. Как было указано выше, положение о лишении льгот является ещё одним из инструментов, направленных на достижение баланса и взаимности между правами инвесторов и государств, которые рассматриваются в рамках реформы процессуальных и сквозных вопросов¹⁶⁴.
70. Как отмечается в доктрине, целью включения оговорок о лишении льгот является борьба с таким явлением, как "treaty shopping"¹⁶⁵. Иными словами, этот инструмент предотвращает распространение преимуществ соглашения на тех, кто формально хотя и является инвестором, но связан с государством только для получения защиты по соглашению¹⁶⁶.
71. Ряд недавно заключённых соглашений, содержащих положение о лишении льгот, также подтверждают направленность данного инструмента на борьбу с явлением "treaty shopping". Так, например, положение о лишении льгот, содержащееся в Соглашении о свободной торговле между правительством Китайской Народной Республики и правительством Республики Никарагуа, предусматривает две группы случаев, в которых в льготах может быть отказано. Первая группа случаев охватывает ситуации, когда инвестиции контролируются государствами или лицами из государств, с которыми договаривающаяся сторона либо не поддерживает дипломатические отношения, либо в отношении которых договаривающаяся сторона вводит ограничительные меры¹⁶⁷. Вторая группа случаев, в которых может быть отказано в льготах, касается так называемых компаний – почтовых ящиков, не ведущих существенную коммерческую деятельность на территории другой договаривающейся стороны и контролируемых либо третьим государством, либо лицами, обладающими национальностью третьего государства или договаривающейся стороны, непосредственно отказывающей в предоставлении льгот. Аналогичный подход наблюдается и в других международных инвестиционных договорах¹⁶⁸.
72. Актуальная редакция Проектов положений по процессуальным и сквозным вопросам предусматривает следующую формулировку положения о лишении льгот (Проект положения 17):

¹⁶⁴ ЮНСИТРАЛ. Рабочая группа III (Реформирование системы урегулирования споров между инвесторами и государствами). Сорок девятая сессия. Возможная работа по реформированию системы урегулирования споров между инвесторами и государствами (УСИГ). Проекты положений по процессуальным и сквозным вопросам, Записка Секретариата, A/CN.9/WG.III/WP.244, проект положения 17. [URL](#); Mistelis, L. A., & Baltag, C. M. (2009). Denial of benefits and Article 17 of the Energy Charter Treaty. *Dickinson Law Review*, 113(4). P. 1303. [URL](#)

¹⁶⁵ Gastrell, L., & Cannu, P. L. (2015). Procedural requirements of "Denial-of-Benefits" clauses in investment treaties: A review of arbitral decisions. *ICSID Review - Foreign Investment Law Journal*, 30(1). P. 81-82. [URL](#)

¹⁶⁶ Dolzer, R., Kriebaum, U., & Schreuer C. (2022). *Principles of International Investment Law*. Oxford University Press. P. 74; North American Free Trade Agreement between Canada, The United States of America and Mexico (NAFTA) (1992), Art. 1113, [URL](#); The Energy Charter Treaty (1994), Art. 17, [URL](#); Free Trade Agreement between Canada and the Republic of Chile (1996), Art. G-13, [URL](#); The United States of America – Australia Free Trade Agreement (2004), Art. 11.12, [URL](#); Australia – Thailand Free Trade Agreement (2004), Art. 804, [URL](#); Canada – Colombia Free Trade Agreement (2008), Art. 814, [URL](#); Peru – Singapore Free Trade Agreement (2008), Art. 10.15, [URL](#); Chile – Uruguay BIT (2010), Art. 13, [URL](#)

¹⁶⁷ Free Trade Agreement between the Government of the People's Republic of China and the Government of the Republic of Nicaragua (2023), Art. 11.13(1), [URL](#)

¹⁶⁸ Bahrain – Japan BIT (2022), Art. 25, [URL](#); Comprehensive Economic Cooperation and Partnership Agreement (CECPA) between the Republic of Mauritius and the Republic of India (2021), Art. 6.22, [URL](#); Japan – Morocco BIT (2020), Art. 20, [URL](#)

«1. Договаривающаяся сторона может лишить льгот, предусмотренных в Соглашении, инвестора из другой Договаривающейся стороны, который является предприятием этой Договаривающейся стороны, и инвестиции этого инвестора, если это предприятие принадлежит лицу или контролируется лицом из государства, не являющегося Договаривающейся стороной, и:

а) это предприятие не ведет существенной коммерческой деятельности на территории какой-либо Договаривающейся стороны, кроме лишающей льгот Договаривающейся стороны; или

б) лишающая льгот Договаривающаяся сторона принимает или сохраняет в отношении государства, не являющегося Договаривающейся стороной, или лица из государства, не являющегося Договаривающейся стороной, меры, которые запрещают сделки с этим предприятием или которые были бы нарушены или обойдены, если бы льготы, предусмотренные в Соглашении, были предоставлены этому предприятию или его инвестициям.

2. Договаривающаяся сторона может лишить льгот, предусмотренных в Соглашении, инвестора из другой Договаривающейся стороны и инвестиции этого инвестора, если:

а) инвестор получает финансирование третьей стороной способом, несовместимым с проектом положения 12;

б) инвестиции были сделаны в нарушение законов и правил Договаривающейся стороны, лишающей льгот;

с) инвестиции являются следствием или сделаны в результате коррупции, мошенничества или обмана; или

д) предъявление иска будет представлять собой неправомерное использование Соглашения и его целей»¹⁶⁹.

73. Как видно из проекта положения 17, помимо обычных условий для лишения льгот, направленных на борьбу с явлением "treaty shopping", указанный проект положения вводит ряд дополнительных оснований, значительно расширяющих сферу применения механизма лишения льгот. В связи с этим рассмотрение проекта будет разделено на две части. Первая часть сосредоточится на анализе традиционных для инструмента условий с целью определить, насколько они отражают развитие практики. Вторая часть будет посвящена исследованию практического значения расширения круга оснований для отказа в льготах.

4. Анализ Проекта положения 17 в части, соотносимой с традиционными оговорками о лишении льгот

74. В пункте 1 проекта положения 17 можно выделить следующие условия, характерные для оговорки о лишении льгот. Во-первых, предприятие должно принадлежать лицу или контролироваться лицом из государства, не являющегося Договаривающейся стороной. Во-вторых, это предприятие либо не должно вести существенной деятельности на территории иной Договаривающейся стороны (подпункт (а) пункта 1), либо Договаривающейся

¹⁶⁹ ЮНСИТРАЛ. Рабочая группа III (Реформирование системы урегулирования споров между инвесторами и государствами). Сорок девятая сессия. Возможная работа по реформированию системы урегулирования споров между инвесторами и государствами (УСИГ). Проекты положений по процессуальным и сквозным вопросам, Записка Секретариата, A/CN.9/WG.III/ WP.244, проект положения 17. [URL](#)

стороной должны быть введены ограничительные меры в отношении третьего государства или лица из этого государства, которые могут быть преодолены ввиду предоставления предприятию льгот (подпункт (b) пункта 1). Соответственно, в проекте положения 17 нашли отражение такие категории, как 1) категория существенной деятельности, а также 2) категории собственности и контроля.

75. В отношении категории существенной деятельности отмечается, что значение имеет не масштаб бизнеса, а сам факт осуществления предпринимательской деятельности¹⁷⁰. Так, ведение предпринимательской деятельности может подтверждаться с помощью различных фактов, включая наличие сотрудников, фактами заключения сделок, проведением необходимых корпоративных процедур и т. п.¹⁷¹ Вместе с тем попытка исчерпывающим образом перечислить все возможные «индикаторы», свидетельствующие о существенном характере деятельности, равно как и попытка дать общее определение, могут негативно сказаться на возможностях по оценке обстоятельств конкретного дела¹⁷². Как следствие, подавляющее количество инвестиционных соглашений отказывается от конкретизации категории существенной деятельности¹⁷³. Ввиду этого представляется, что аналогичный подход, избранный для проекта положения 17, является оптимальным.
76. Что касается категорий собственности и контроля, общая формулировка, содержащаяся в проекте положения 17, также кажется наиболее предпочтительной. Установление собственности и контроля может быть затруднительным как с фактической, так и с аналитической точки зрения¹⁷⁴. Подобный взгляд находит отражение в широком толковании понятий собственности и контроля в арбитражной практике. Так, состав арбитража в деле *Plama v. Bulgaria* отказался от буквального толкования собственности, указав на то, что под собственностью может в том числе пониматься бенефициарная собственность, тогда как контроль представляет собой возможность в принципе оказывать влияние на менеджмент и определять его состав, не указывая на необходимость наличия соответствующего правового основания для такого влияния¹⁷⁵. В деле *Yukos v. Russia* состав арбитража

¹⁷⁰ Baltag, C., Denial of Benefits of Investment Treaties: A Step Further?, in Bobei R. B. (Ed.). (2015) Revista Română de Arbitraj. Wolters Kluwer România, 9(2). P. 5-6, [URL](#); *Limited Liability Company Amto v. Ukraine*, SCC Case No. 080/2005, Final Award, 26 March 2008, para. 69; *Masdar Solar & Wind Cooperatief U.A. v. Kingdom of Spain*, ICSID Case No. ARB/14/1, Award, 16 May 2018, paras. 253-254.

¹⁷¹ Mistelis, L. A., & Baltag, C. (2018). 'Denial of benefits' clause in investment treaty arbitration. *SSRN Electronic Journal*. P.35. [URL](#)

¹⁷² Oke, O. D. (2019). Towards limiting treating shopping in international investment law and arbitration: a critical analysis of the effectiveness of the denial of benefits clause. P. 160-161. [URL](#)

¹⁷³ Напр., Kenya - Singapore BIT (2018), Art. 23, [URL](#); United States - Mexico - Canada Free Trade Agreement (USMCA) (Chapter 14) (2018), Art. 14.14, [URL](#). Исключение составляет модельный ДИД Нидерландов, предусматривающий перечень факторов, которые могут быть учтены при анализе того, является ли деятельность существенной. Вместе с тем необходимо подчеркнуть, что перечисленные факторы, перечень которых представляется открытым в силу диспозитивности формулировки, не носят абсолютного характера и подлежат предметному анализу в каждом конкретном случае: Dutch Model BIT (2019), Art. 1(c). [URL](#)

¹⁷⁴ Doucleff J., & Thorn, R., Disregarding the Corporate Veil and Denial of Benefits Clause: Testing Treaty language and the Concept of Investor in Waibel, M., Kaushal, A., Liz, K.-H., Balchin, C. C., Chung, K.-H., & Balchin, C. (2010). The Backlash Against Investment Arbitration: Perceptions and The Backlash Against Investment Arbitration: Perceptions and Reality Reality Citation Details Citation Details. In Asha Kaushal. Kluwer Law International. P. 3. [URL](#)

¹⁷⁵ *Plama Consortium Limited v. Republic of Bulgaria*, ICSID Case No ARB/03/24, Decision on Jurisdiction, 8 February 2005, para. 170.

указал на то, что более 50% доли предприятия уже достаточно для установления собственности¹⁷⁶.

77. Представляется, что широкий подход, выдержанный в указанных делах, в действительности в наибольшей степени отвечает запросам практики с точки зрения как международного инвестиционного, так и корпоративного права, учитывая возможности по созданию запутанной структуры для маскировки конечных контролирующих лиц или бенефициаров. Вместе с тем нельзя отрицать того, что в практике заключения инвестиционных соглашений предпринимаются попытки дать лаконичные определения понятиям контроля и собственности. Например, в Соглашении о свободной торговле между Израилем и Республикой Корея отмечается, что для целей оговорки о лишении льгот предприятие находится в собственности инвестора, если он «является бенефициарным собственником более 50% доли в уставном капитале», тогда как контроль присутствует в том случае, если имеется «право назначать большинство директоров или иным образом юридически руководить действиями [предприятия]»¹⁷⁷. Аналогичным образом понятия собственности и контроля раскрыты и в Соглашении об инвестициях между правительствами Специального административного района Гонконг Китайской Народной Республики и государствами – членами Ассоциации государств Юго-Восточной Азии¹⁷⁸.
78. Попытки раскрытия понятий собственности и контроля непосредственно в оговорке о лишении льгот, рассмотренные выше, нельзя оценить однозначно. С одной стороны, явно прослеживается закрепление широкого подхода к собственности, озвученного в деле *Yukos v. Russia*. С другой стороны, в рассмотренных примерах понятие контроля необоснованно сужается до юридической возможности влиять на управление предприятием. Как следствие, такое узкое понимание контроля потенциально не пресекает, но лишь способствует развитию замысловатых конструкций с целью манипулирования национальностью инвестора и получения льгот по соответствующему инвестиционному соглашению. В отсутствие же таких уточнений вопросы собственности и контроля в каждом отдельном случае могут быть проанализированы более полным образом.
79. Таким образом, можно говорить о том, что категории существенной деятельности, а также контроля и собственности закреплены в проекте положения 17 в наиболее оптимальной формулировке, избранной в ряде недавно заключённых инвестиционных соглашений и соответствующей развитию практики.
80. Наряду с удачными формулировками в части закрепления категорий, рассмотренных выше, стоит отметить, что ряд проблемных вопросов, существующих в практике, не нашли отражения в формулировке проекта положения 17, более подробно речь о которых пойдёт ниже.

¹⁷⁶ *Yukos Universal Limited (Isle of Man) v. The Russian Federation*, PCA Case №2005-04/AA227, Interim Award on Jurisdiction and Admissibility, 30 November 2009, paras. 500-537.

¹⁷⁷ Israel - Korea, Republic of FTA (2021), Art. 9.11. [URL](#)

¹⁷⁸ Agreement on Investment among the Governments of the Hong Kong Special Administrative Region of the People's Republic of China and the Member States of the Association of Southeast Asian Nations (2017), Art. 19, [URL](#)

1.3. Надлежащее время заявления государства о лишении льгот

81. Актуальная формулировка проекта положения 17 относит вопрос лишения льгот к числу тех, усмотрение по которым принадлежит договаривающемуся государству. В частности, проект положения 17 содержит формулировку, согласно которой Договаривающаяся сторона «может» лишить льгот, ввиду чего, как и в соответствии с большинством оговорок о лишении льгот, речи об автоматическом применении рассматриваемого инструмента не идёт¹⁷⁹. Вместе с тем актуальными остаются вопросы о том, когда и в какой форме государство может осуществить соответствующее право.
82. Переходя к вопросу о том, какое заявление о лишении льгот можно считать своевременным, стоит отметить, что на текущий момент в рамках ответа на данный вопрос в практике сформировалось два противоположных подхода.
83. Согласно первому подходу, оговорка о лишении льгот не подразумевает возможности сделать соответствующее заявление после начала арбитражного разбирательства¹⁸⁰.
84. Например, в деле *Khan Resources v. Mongolia* состав арбитража отмечает, что инвестор должен быть уведомлён о лишении льгот до начала арбитражного разбирательства, поскольку иное толкование противоречит целям ДЭХ по обеспечению предсказуемых правовых рамок для осуществления инвестиций¹⁸¹. Аналогичная позиция высказана по делу *Ascom v. Kazakhstan*, в котором состав арбитража прямо указывает на то, что положение о лишении льгот, содержащееся в ДЭХ, должно применяться только в том случае, если государство ссылается на него до начала арбитражного разбирательства¹⁸².
85. С другой стороны, нельзя отрицать того, что подобный подход встречает сопротивление как в доктрине, так и в практике. Отмечается, что у государств отсутствуют ресурсы для постоянного мониторинга всех иностранных инвестиций в пределах их границ на предмет того, выполняются ли основания для лишения льгот¹⁸³. Как следствие, второй подход, сформировавшийся в практике применения положения о лишении льгот, напротив, допускает возможность ссылаться на положение о лишении льгот после начала разбирательства. В частности, возможность ссылаться на положение о лишении льгот тогда, когда истец заявляет о тех или иных преимуществах по инвестиционному соглашению, трактуется как возможность заявить указанные

¹⁷⁹ Lemoine, S. & Kittelmann, C., Chapter Eight of CETA, Article 8.16 [Denial of benefits], in Keller, M. (Ed.). (2023). EU Investment Protection Law-Article-by-Article Commentary, para. 31. [URL](#); Gastrell, L., & Cannu, P. L. (2015). Procedural requirements of "Denial-of-Benefits" clauses in investment treaties: A review of arbitral decisions. *ICSID Review - Foreign Investment Law Journal*, 30(1). P. 82-83. [URL](#)

¹⁸⁰ *Plama Consortium Limited v. Republic of Bulgaria*, ICSID Case No. ARB/03/24, Decision on Jurisdiction, 8 February 2005, paras. 159-161; *Ampal-American Israel Corporation and others v. Arab Republic of Egypt*, ICSID Case No. ARB/12/11, Decision on Jurisdiction, 1 February 2016, para. 170; *Masdar Solar & Wind Cooperatief U.A. v. Kingdom of Spain*, ICSID Case No. ARB/14/1, Award, 16 May 2018, paras. 232-239.

¹⁸¹ *Khan Resources Inc., Khan Resources B.V., and Cauc Holding Company Ltd. v. The Government of Mongolia*, UNCITRAL, Decision on Jurisdiction, 25 July 2012, paras. 426-429.

¹⁸² *Ascom Group S.A., Anatolie Stati, Gabriel Stati and Terra Raf Trans Trading Ltd. v. Republic of Kazakhstan (I)*, SCC Case No. 116/2010, Award, 19 December 2013, para. 716.

¹⁸³ Doucleff J., & Thorn, R., Disregarding the Corporate Veil and Denial of Benefits Clause: Testing Treaty language and the Concept of Investor in Waibel, M., Kaushal, A., Liz, K.-H., Balchin, C. C., Chung, K.-H., & Balchin, C. (2010). The Backlash Against Investment Arbitration: Perceptions and The Backlash Against Investment Arbitration: Perceptions and Reality Reality Citation Details Citation Details. In Asha Kaushal. Kluwer Law International. P. 26. [URL](#)

возражения в ответном меморандуме¹⁸⁴. Так, в деле *Pac Rim v. El Salvador* состав арбитража указывает, что поскольку само положение о лишении льгот не содержит прямо обозначенных сроков, которые ограничивали бы возможность ссылаться на такое положение, ответчик ограничен лишь сроками, предусмотренными для подачи ответного меморандума¹⁸⁵. При этом, в отличие от ряда дел, рассмотренных по ДЭХ, состав арбитража не акцентирует внимание на том, что заявление о лишении льгот после начала спора противоречит цели по достижению предсказуемости для инвестора¹⁸⁶.

86. К аналогичному заключению приходит и состав арбитража в деле *Aris Mining v. Colombia*. Опираясь на статью 31(1) Венской конвенции о праве международных договоров, состав арбитража отмечает, что при толковании договора важно оценивать не только то, что в них содержится, но и факт того, что определённые положения не были включены в договор. На основании этого состав арбитража подчёркивает, что в отсутствие каких-либо доказательств намерения государств установить временные рамки, в которые может быть заявлено о лишении льгот, «в компетенции трибунала установление такого дополнительного ограничения не входит»¹⁸⁷.
87. Наличие противоречивой практики по вопросу о том, когда государство может ссылаться на положение о лишении льгот, нашло отражение в ряде инвестиционных соглашений нового поколения. Так, например, о праве государства ссылаться на положение о лишении льгот в любое время говорит ранее упоминавшееся Соглашение о свободной торговле между правительством Китайской Народной Республики и правительством Республики Никарагуа¹⁸⁸. Аналогичным образом уточнена возможность в любое время ссылаться на положение о лишении льгот и разработчиками Соглашения об инвестициях между правительствами Специального административного района Гонконг Китайской Народной Республики и государствами – членами Ассоциации государств Юго-Восточной Азии¹⁸⁹.
88. Также необходимо отметить, что рассматриваемая проблема не осталась без внимания членов Рабочей группы. В частности, соответствующие предложения представила Колумбия, подчёркнувшая необходимость ясного указания на то, когда может быть заявлено возражение о лишении льгот с целью повышения эффективности применения данного института. Так, Колумбия предложила включить в положение о лишении льгот формулировку о том, что «[в] льготах может быть отказано в любое время, даже после того, как был подан иск в

¹⁸⁴ *Ulysseas, Inc. v. The Republic of Ecuador*, PCA Case № 2009-19, Interim Award, 28 September 2010, para. 172; *Guaracachi America, Inc. and Rurelec PLC v. Plurinational State of Bolivia*, PCA Case No. 2011-17, Award, 31 January 2014, para. 378.

¹⁸⁵ *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, para. 4.85.

¹⁸⁶ Free Trade Agreement between Central America, the Dominican Republic and the United States of America (CAFTA), Preamble. [URL](#)

¹⁸⁷ *Aris Mining Corporation (formerly known as GCM Mining Corp. and Gran Colombia Gold Corp.) v. Republic of Colombia*, ICSID Case No. ARB/18/23, Decision on the Bifurcated Jurisdictional Issue, 23 November 2020, paras. 126-132.

¹⁸⁸ Free Trade Agreement between the Government of the People's Republic of China and the Government of the Republic of Nicaragua (2023), Art. 11.13. [URL](#)

¹⁸⁹ Agreement on Investment among the Governments of the Hong Kong Special Administrative Region of the People's Republic of China and the Member States of the Association of Southeast Asian Nations (2017), Art. 19(5). [URL](#)

рамках механизма разрешения споров»¹⁹⁰. Аналогичное предложение было также сделано Аргентиной¹⁹¹.

89. С одной стороны, как примеры уже имеющих оговорку с указанием на возможность заявления возражений о лишении льгот, так и соответствующие предложения Колумбии и Аргентины в рамках их участия в Рабочей группе III носят положительный характер, поскольку так или иначе вносят некоторую ясность в проблему своевременности заявления о лишении льгот.
90. С другой стороны, представляется, что столь широкая формулировка повышает риск злоупотреблений со стороны государств. Так, в отличие от подхода, нашедшего отражение в практике и предполагающего возможность заявить о лишении льгот не позднее подачи ответного меморандума¹⁹², указание на возможность сделать соответствующее заявление «в любое время» создаёт почву для ситуаций, когда возражения о лишении льгот будут заявляться на заключительных стадиях разбирательства и тем самым нарушать нормальный ход процесса. Ввиду этого в целях учёта как интересов государств, так и интересов инвесторов предлагается прямо указать, что заявление о лишении льгот можно сделать не позднее подачи ответного меморандума, и тем самым привести проект положения 17 в соответствие с подходом, нашедшим отражение в практике.

1.4. Ретроактивное или перспективное действие оговорки о лишении льгот

91. Иным проблемным вопросом в применении оговорки о лишении льгот является вопрос о том, обладает ли данная оговорка ретроспективным действием. Стоит отметить, что в практике ответ на данный вопрос зачастую зависел от ответа на вопрос о том, когда государство может заявить о лишении льгот, и базировался примерно на тех же аргументах.
92. Так, в делах, в которых состав арбитража признавал необходимость предварительного уведомления о лишении льгот в целях обеспечения предсказуемых правовых рамок осуществления инвестиций, в целях обеспечения той же предсказуемости говорилось о возможности лишь перспективного действия оговорки о лишении льгот, т. е. с момента, когда было сделано соответствующее заявление¹⁹³.
93. Напротив, в делах, в которых была допущена возможность заявления о лишении льгот уже после инициирования спора, говорилось и о ретроспективном действии такого заявления¹⁹⁴.

¹⁹⁰ UNCITRAL. Working Group III (Investor-State Dispute Settlement Reform). Forty-seven session. Comments from the Republic of Colombia on the Draft provisions on procedural and cross-cutting issues (12 January 2024), para. 13. [URL](#)

¹⁹¹ UNCITRAL. Working Group III (Investor-State Dispute Settlement Reform). Forty-seven session. Comentarios de la República Argentina sobre el documento A/CN.9/WG.III/WP.231, Disposición 9. [URL](#)

¹⁹² *Ulysseas, Inc v. The Republic of Ecuador*, UNCITRAL, Interim Award, 28 September 2010, paras. 172-174; *Guaracachi America, Inc and Rurelec PLC v. The Plurinational State of Bolivia*, UNCITRAL, PCA Case No 2011-17, Award, 31 January 2014, paras. 376-384.

¹⁹³ *Plama Consortium Limited v. Republic of Bulgaria*, ICSID Case No ARB/03/24, Decision on Jurisdiction, 8 February 2005, paras. 160-165; *Liman Caspian Oil BV and NCL Dutch Investment BV v. Republic of Kazakhstan*, ICSID Case No ARB/07/14, Award, 22 June 2010, para. 225.

¹⁹⁴ *Littop Enterprises Limited, Bridgemont Ventures Limited and Bordo Management Limited v. Ukraine*, SCC Case No. V2015/092, Final Award, 4 February 2021, paras. 605-606; *Guaracachi America, Inc and Rurelec PLC v. The Plurinational State of Bolivia*, UNCITRAL, PCA Case No 2011-17, Award, 31 January 2014, paras. 376-

94. С нашей точки зрения, ни один из указанных подходов не является действительно сбалансированным ввиду различий между основаниями, указанными в подпунктах (а) и (b) пункта 1 проекта положения 17. Тогда как подпункт (а) рассчитан на применение к тем случаям, когда «компания – почтовый ящик» создавалась и использовалась непосредственно для недобросовестного извлечения преимуществ из инвестиционного соглашения, в ситуации с подпунктом (b) может быть много примеров, когда лишение льгот нельзя будет заблаговременно предсказать. Так, практика последних лет, в течение которых произошёл лавинообразный рост числа ограничительных мер, принятых рядом государств, демонстрирует, что подобные меры могут в том числе затрагивать контролирующих лиц тех предприятий, которые осуществляли инвестиции в принимающем государстве в течение многих лет до введения таких мер.
95. Ввиду этого действительно сбалансированным и учитывающим как интересы инвесторов, так и интересы принимающего государства, представляется сочетание ретроспективного и перспективного действия положения о лишении льгот. В частности, в тех случаях, когда доказан умысел на манипулирование национальностью с целью получения льгот по инвестиционному соглашению, действие проекта положения 17 должно распространяться на временной период, предшествующий заявлению о лишении льгот. В остальных же случаях должна идти речь о перспективном характере действия рассматриваемого инструмента.

1.5. Характер оговорки о лишении льгот

96. Наконец, не менее значимым является вопрос о том, является ли оговорка о лишении льгот вопросом существа спора, юрисдикции или приемлемости иска. У этого вопроса есть практические последствия ввиду потенциальной возможности отмены решения по юрисдикционным основаниям¹⁹⁵.
97. Стоит отметить, что ответ на данный вопрос во многом зависит от формулировки конкретной оговорки о лишении льгот. Так, признание оговорки о лишении льгот вопросом по существу спора¹⁹⁶ или вопросом его приемлемости характерно прежде всего для споров по ДЭХ, оговорка о лишении льгот в которой прямо ограничена материально-правовыми стандартами, содержащимися в части III ДЭХ, а не положениями об урегулировании споров, содержащихся в части V¹⁹⁷. В делах же, рассмотренных на основании других инструментов, не содержащих подобных ограничений в оговорках о лишении льгот, применение оговорки зачастую расценивается как вопрос юрисдикции¹⁹⁸.
98. Поскольку проект положения 17 не содержит ограничений по применению этого инструмента лишь к вопросам по существу спора, его формулировка на текущий момент свидетельствует о том, что оговорка рассматривается как

384; *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, paras. 4.83-4.91.

¹⁹⁵ Mistelis, L. A., & Baltag, C. (2018). 'Denial of benefits' clause in investment treaty arbitration. *SSRN Electronic Journal*. P.18. [URL](#)

¹⁹⁶ *Plama v. Bulgaria*, Decision on Jurisdiction, 8 February 2005, paras. 148–151; *Hulley Enterprises Limited (Cyprus) v. Russia*, PCA Case No. 2005-03/AA226, Interim Award on Jurisdiction and Admissibility, 30 November 2009, paras. 440-442; *Khan v. Mongolia*, Decision on Jurisdiction, 25 July 2012, para. 411; *Stati v. Kazakhstan*, Award, 19 December 2013, para. 745.

¹⁹⁷ ДЭХ, ст. 17.

¹⁹⁸ *Guaracachi America, Inc. and Rurelec PLC v. Plurinational State of Bolivia*, PCA Case No. 2011-17, Award, 31 January 2014, para. 381; *Ulysseas, Inc. v. Ecuador*, Interim Award, 28 September 2010, para. 172.

вопрос юрисдикции. Ввиду этого дополнительное уточнение формулировки по этому вопросу не является обязательным.

5. Анализ Проекта положения 17 в части нововведений

99. Как указывалось выше (абз. 72), проект положения 17 предусматривает не только стандартные основания для лишения льгот (пункт 1), но и основания, касающиеся несоблюдения порядка финансирования третьими лицами, незаконности инвестиций, совершения инвестиций в результате коррупции, мошенничества или обмана, а также недобросовестного использования соглашения и его целей (пункт 2).
100. Учитывая тот факт, что каждое из указанных оснований является самостоятельным стандартом, основным вопросом в данной части является вопрос о том, может ли включение их в оговорку о лишении льгот положительно сказаться на развитии как этих стандартов, так и самой оговорки?

1.6. Нарушение правил о финансировании третьей стороной как основание для лишения льгот

101. Первым из нововведений, содержащихся в рамках проекта положения 17, является включение в оговорку основания, согласно которому инвестор может быть лишён льгот в том случае получения финансирования третьей стороной, несовместимого с проектом положения 12.
102. Если кратко обратиться к самому институту стороннего финансирования, ещё в начале 2010-х годов финансирование арбитражных разбирательств между государствами и инвесторами третьими сторонами было крайне редким явлением¹⁹⁹. Отсутствие обширной практики обращения к такому инструменту приводило к отсутствию правил раскрытия источников финансирования арбитражного разбирательства²⁰⁰.
103. В последующие годы применение данного института стало приобретать всё более распространённый характер. Это обнажило и подсветило ряд проблем, связанных с независимостью и беспристрастностью арбитров в случае привлечения такого финансирования. Кроме того, были подняты вопросы относительно того, как институт финансирования третьей стороной влияет на систему финансирования арбитражного разбирательства и систему УСИГ в целом²⁰¹.
104. Как следствие, несмотря на то что и на сегодняшний день институт финансирования третьей стороной во многом остаётся неурегулированным²⁰², данная проблема стала получать всё большее внимание в доктрине и постепенно начала находить отражение в арбитражных регламентах²⁰³,

¹⁹⁹ Nieuwveld L. B. & Sahani V.S. (2017). Third-Party Funding in International Arbitration (2nd Ed.). Kluwer Law International. P. 259. [URL](#)

²⁰⁰ Goeler, J. (2016). Third-Party Funding in International Arbitration and its Impact on Procedure, International Arbitration Law Library. *Kluwer Law International*, 35. P. 126. [URL](#)

²⁰¹ ЮНСИТРАЛ. Рабочая группа III (Реформирование системы урегулирования споров между инвесторами и государствами). Тридцать восьмая сессия. Финансирование третьими сторонами. Возможные решения, Записка Секретариата, A/CN.9/WG.III/WP.172, п. 5.

²⁰² Там же, п. 7.

²⁰³ См., например, Hong Kong International Arbitration Centre Administered Arbitration Rules (2018), Art. 44; Hong Kong International Arbitration Centre Administered Arbitration Rules (2024), Art. 44; Arbitration Rules of

некоторых инвестиционных соглашениях²⁰⁴, а также непосредственно в Проектах положений по процессуальным и сквозным вопросам.

105. Учитывая сущностный для проводимой реформы УСИГ характер вопросов, связанных с привлечением стороннего финансирования, положение о финансировании третьей стороной нашло отражение в проекте положения 12. В частности, текущая редакция Проектов положений предусматривает широкую дискрецию арбитражного органа на случай несоблюдения обязательств по раскрытию информации, в частности, начиная от предписаний предоставить обеспечение покрытия издержек или принятия данного факта во внимание при распределении издержек до приостановления или прекращения разбирательства²⁰⁵.
106. Казалось бы, последствия, обычно связанные с нарушением обязательств по раскрытию информации о стороннем финансировании, уже включены в проект положения 12. Вместе с тем текущая редакция Проектов положений делает неожиданный шаг и предпринимает попытку рассматривать нарушение обязательств по раскрытию информации о стороннем финансировании как основание для лишения льгот.
107. Аннотация к Проектам положений по процессуальным и сквозным вопросам²⁰⁶ подтверждает, что на текущий момент аналогичные примеры отсутствуют как в регламентах арбитражных институтов, так и в инвестиционных соглашениях. Соответственно, в данном контексте возникает несколько вопросов. Во-первых, какие цели преследуются подобным расширением сферы применения положения об отказе в льготах. И во-вторых, какие потенциальные проблемы возникают в результате включения этого критерия в качестве основания для лишения в льготах.
108. Документы Рабочей группы III не обосновывают в достаточной мере включение положения о финансировании третьей стороной в число оснований для отказа в льготах. Так, в Аннотациях к Проектам положений Секретариат лишь лаконично указывает, что данный шаг направлен на учёт той озабоченности, которая была выражена в отношении использования финансирования третьих сторон²⁰⁷. Вместе с тем письменные комментарии, подготовленные членами Рабочей группы, не содержат доводов, которые бы говорили в пользу рассмотрения оговорки о лишении льгот в качестве действенного инструмента для решения проблем, связанных с использованием такого финансирования.
109. Отсутствие исходящих от членов Рабочей группы предложений по расширению основания для лишения льгот в целях решения проблемных вопросов, связанных с использованием стороннего финансирования, видится рациональным ввиду следующих причин. Во-первых, на решение вопросов,

the Singapore International Arbitration Centre (7th ed., 2025), Art. 38; ICSID Rules, Rule 14; ICC Arbitration Rules, Art. 11(7).

²⁰⁴ См., например, Canada-European Union Comprehensive Economic and Trade Agreement (CETA), Art. 8.1; Canada-Chile Free Trade Agreement (CCFTA), Art. G-23 bis; Argentina-United Arab Emirates Agreement for the Reciprocal Promotion and Protection of Investments (2018), Art. 24.

²⁰⁵ ЮНСИТРАЛ. Рабочая группа III (Реформирование системы урегулирования споров между инвесторами и государствами). Сорок девятая сессия. Возможная работа по реформированию системы урегулирования споров между инвесторами и государствами (УСИГ). Проекты положений по процессуальным и сквозным вопросам, Записка Секретариата, A/CN.9/WG.III/WP.244, проект положения 12. [URL](#)

²⁰⁶ ЮНСИТРАЛ. Рабочая группа III (Реформирование системы урегулирования споров между инвесторами и государствами). Сорок девятая сессия. Возможная работа по реформированию системы урегулирования споров между инвесторами и государствами (УСИГ). Проекты положений по процессуальным и сквозным вопросам. Записка Секретариата, A/CN.9/WG.III/WP.245, п. 64. [URL](#)

²⁰⁷ Там же.

связанных с финансированием третьей стороной, направлено отдельное положение, а именно ранее упоминавшийся проект положения 12. Соответственно, если последствия нарушения обязательств по раскрытию информации о финансировании третьей стороной будут содержаться как в самом положении о финансировании третьей стороной, так и в положении об отказе в льготах, это будет способствовать возникновению потенциальных коллизий между этими положениями. В частности, например, возникает вопрос относительно того, сохраняет ли сторона право заявить о лишении льгот в связи с нарушением правил раскрытия информации о привлечении стороннего финансирования, если суд в рамках своей дискреции уже предписал предоставить обеспечение покрытия издержек. Также напрашивается и более общий вопрос, а именно насколько пропорциональной мерой является отказ в льготах в случае незначительного нарушения правил, установленных проектом положения 12.

110. Кроме того, учитывая, что вопросы, касающиеся сроков заявления о лишении льгот, а также ретроспективного или перспективного действия этого инструмента на текущий момент в проекте положения 17 не решены²⁰⁸, возникает вопрос, как будут соотноситься сроки для заявления возражений в соответствии с проектом положения 17 и проектом положения 12.
111. Таким образом, расширение оснований для отказа в льготах за счёт положений о финансировании третьими лицами в текущей формулировке создаёт лишь ряд дополнительных неопределённостей. В связи с этим введение дополнительного основания для отказа в льготах в виде нарушения обязанности представить информацию о финансировании третьей стороной представляется избыточным.

1.7. Незаконность инвестиций как основание для лишения льгот

112. Подпункты (b) и (c) пункта 2 проекта положения 17 предусматривают достаточно широкий круг оснований для лишения льгот, связанных с законностью инвестиций, а именно в льготах может быть отказано, если «инвестиции были сделаны в нарушение законов и правил Договаривающейся стороны, лишаящей льгот»; а также если «инвестиции являются следствием или сделаны в результате коррупции, мошенничества или обмана».
113. Говоря о критерии законности инвестиций стоит отметить, что практика неоднократно сталкивалась с вопросом незаконности инвестиций²⁰⁹, и большинство двусторонних и многосторонних инвестиционных соглашений содержат положение о том, что инвестиции должны быть осуществлены в соответствии с национальным правом договаривающегося государства²¹⁰.
114. В арбитражной практике сформировалось несколько подходов к тому, какой характер носят последствия применения оговорки о незаконности инвестиций²¹¹. Согласно наиболее распространённому подходу оговорка о

²⁰⁸ См. выше разделы 4.1, 4.2 настоящей статьи.

²⁰⁹ Schill, S. W. (2012). Illegal investments in international arbitration. SSRN Electronic Journal. [URL](#)

²¹⁰ Usoskin, S. (2014). Illegal Investments and Actions Attributable to a State under International Law. Brill | Nijhoff eBooks. P. 334. [URL](#); Bottini, G., Part III Chapter 12: Legality of Investments under ICSID Jurisprudence, in Waibel, M., Kaushal, A., Liz, K.-H., Balchin, C. C., Chung, K.-H., & Balchin, C. (2010). The Backlash Against Investment Arbitration: Perceptions and The Backlash Against Investment Arbitration: Perceptions and Reality Reality Citation Details Citation Details. In Asha Kaushal. Kluwer Law International. P. 298. [URL](#)

²¹¹ Kriebaum, Ur., Chapter V: Investment Arbitration - Illegal Investments, in Zeiler, G., Welser, Ir., et al. (eds), Austrian Yearbook on International Arbitration 2010, Vol. 2010. P. 319.

незаконности инвестиций представляет собой вопрос юрисдикции²¹², поскольку рассматривается вопрос о том, даёт ли государство в таком случае согласие на арбитраж²¹³. Одновременно с этим отмечается, что в рамках вопросов юрисдикции на предмет законности оценивается то поведение, которое имело место во время приобретения инвестиций. Если же речь идёт о незаконном поведении *ex post*, оценка соответствующих фактов производится уже в рамках рассмотрения дела по существу²¹⁴.

115. Если обратиться к англоязычной версии подпунктов (b) и (c) пункта 2 проекта положения 17, можно увидеть, что соответствующими формулировками они охватывают незаконное поведение как на этапе приобретения инвестиций, так и в последующем²¹⁵. Таким образом, учитывая, что, как и подавляющее большинство оговорок о лишении льгот, проект положения 17 не ограничен материально-правовыми стандартами и ввиду этого представляет собой вопрос юрисдикции, проект положения 17 смешивает вопросы юрисдикции и существа спора, тем самым создавая почву для последующих необоснованных отмен.
116. Кроме того, необходимо понимать, что стандарты незаконного поведения могут в той или иной степени отличаться от одного инвестиционного соглашения к другому. Как итог, включение оснований, касающихся незаконности инвестиций, в оговорку о лишении льгот потенциально провоцирует коллизии со стандартами, заложенными в конкретном применимом инвестиционном соглашении.

1.8. Концепция злоупотребления правом в рамках проекта положения о лишении льгот

117. Наиболее важным нововведением проекта положения 17 является подпункт d), «представля[ющий] собой всеобъемлющее положение, направленное на борьбу с *любым* злоупотреблением или неправомерным использованием защиты, предоставляемой Соглашением»²¹⁶. Иными словами, в подпункте d) делается попытка закрепления принципа добросовестности и запрета на злоупотребление правом в качестве оснований для лишения льгот.
118. В международном инвестиционном праве запрет на злоупотребление правом нашёл свое применение главным образом в процессуальном контексте в рамках возражений принимающих государств против приемлемости исковых заявлений инвесторов²¹⁷. Например, в деле *Philip Morris v. Australia* состав арбитража установил, что группа инвестора осуществила корпоративную реорганизацию с

²¹² *Fraport AG v. the Republic of the Philippines*, ICSID Case No. ARB/03/25, Award, 16 August 2007, paras. 334, 401 in Schill, Stephan W., *Illegal Investments in International Arbitration* (4 January 2012). P. 5.

²¹³ *Inceysa Vallisoletana v. Republic of El Salvador*, ICSID Case No. ARB/03/26, Award, 2 August 2006, paras. 142 et seq. in Schill, Stephan W., *Illegal Investments in International Arbitration* (4 January 2012). P. 6.

²¹⁴ Douglas, Z. (2014). The plea of illegality in investment treaty arbitration. *ICSID Review - Foreign Investment Law Journal*, 29(1). P. 156. [URL](#)

²¹⁵ С нашей точки зрения, англоязычная и русскоязычная версии подпункта c) пункта 2 проекта положения 17 не являются идентичными. В частности, тогда как англоязычная версия в переводе на русский говорит о том, что «[и]нвестиции были связаны или осуществлены путем коррупции, мошенничества или обманного поведения», русскоязычная версия содержит формулировку «[и]нвестиции являются следствием или сделаны в результате коррупции, мошенничества или обманного поведения».

²¹⁶ ЮНСИТРАЛ. Рабочая группа III (Реформирование системы урегулирования споров между инвесторами и государствами). Сорок девятая сессия. Возможная работа по реформированию системы урегулирования споров между инвесторами и государствами (УСИГ). Проекты положений по процессуальным и сквозным вопросам, Записка Секретариата, A/CN.9/WG.III/WP.245, п. 65. [URL](#)

²¹⁷ *Philip Morris v. Australia*, UNCITRAL, Award on Jurisdiction and Admissibility, 17 December 2015, paras. 555-584; *Orascom v. Algeria*, ICSID Case No ARB/12/35, Award, 31 May 2017, paras. 539-548.

единственной целью получить доступ к инвестиционному арбитражу, когда спор с принимающим государством уже можно было разумно предвидеть²¹⁸. В частности, в рамках реструктуризации австралийские дочерние компании были включены в гонконгскую группу компаний, дабы акции в них защищал международный договор о защите инвестиций между Гонконгом и Австралией, когда Австралия уже планировала принять меры, впоследствии ставшие спорными. На этом основании состав арбитража посчитал инициирование инвестиционного арбитража злоупотреблением правом (процедурой), а исковое заявление инвестора – неприемлемым²¹⁹.

119. С указанным подходом соотносится и мнение о том, что с точки зрения государства применение оговорки о лишении льгот и доктрины злоупотребления правом, в сущности, приводит к одному и тому же результату, а именно отсутствию юрисдикции²²⁰. Вместе с тем отмечается, что в случае наличия оговорки о лишении льгот предпочтение должно отдаваться именно ей, а не применению доктрины злоупотребления правом. Основаниями для подобного утверждения помимо прочего служат следующие соображения. Во-первых, «положения о лишении льгот отражают выраженное и разделяемое сторонами договора мнение относительно обстоятельств, при которых в предоставлении выгод по договору может быть отказано на основании отсутствия у истца значимой связи с предполагаемым государством происхождения». Во-вторых, «широкое применение <...> принципа злоупотребления правом побудит истцов к разработке собственных теорий злоупотребления правом со стороны государств, что, в свою очередь, приведёт к усилению ответственности государств по двусторонним инвестиционным договорам и подорвёт стабильность арбитража по спорам между инвесторами и государствами»²²¹. Таким образом, применение доктрины злоупотребления правом должно носить исключительный характер, дабы способствовать предсказуемости в отношениях между инвесторами и государствами.
120. Текущая формулировка, включающая в оговорку о лишении льгот доктрину злоупотребления правом, нарушает такой двухступенчатый механизм и тем самым превращает проект положения 17 в инструмент с неограниченными возможностями, потенциально провоцирующими увеличение неоправданных попыток по лишению льгот.

6. Заключение

121. Без сомнения, оговорка о лишении льгот является мощным механизмом для защиты прав государства в рамках системы УСИГ. Вместе с тем анализ проекта положения 17 демонстрирует, что дабы этот механизм не стал инструментом для злоупотреблений со стороны государства, проект положения требует доработки.
122. В части стандартных для оговорки о лишении льгот положений в проекте положения 17 должны быть уточнены, во-первых, надлежащий срок, в который государство должно заявить о лишении льгот, и, во-вторых, характер действия

²¹⁸ *Philip Morris v. Australia*, UNCITRAL, Award on Jurisdiction and Admissibility, 17 December 2015, paras. 555-569.

²¹⁹ Там же, paras. 535-584.

²²⁰ Mistelis, L. A., & Baltag, C. (2018). Denial of benefits clause in investment treaty arbitration. *SSRN Electronic Journal*. P. 2-3. [URL](#)

²²¹ Feldman, M. (2012). Setting limits on corporate nationality planning in investment treaty arbitration. *ICSID Review - Foreign Investment Law Journal*, 27(2). P. 283. [URL](#)

оговорки во времени с учётом оценки возможности сочетания ретроспективного и перспективного эффектов.

123. Что касается пункта 2 проекта положения 17, представляется, что существенное расширение сферы действия оговорки о лишении льгот не только не способствует последовательному развитию оговорки о лишении льгот, но и порождает значительные риски. В частности, расширение числа оснований для лишения льгот создаёт потенциальные противоречия как внутри самих Проектов положений по процессуальным и сквозным вопросам, так и с другими действующими международными инструментами в сфере инвестиционного права. Как следствие, это может привести не к искомой предсказуемости системы УСИГ, а, напротив, к правовой неопределённости.
124. Исходя из этого, мы считаем, что реформа оговорки о лишении льгот в первую очередь должна сконцентрироваться на совершенствовании механизма в части надлежащего срока заявления о лишении льгот и определении характера действия этого положения во времени, тогда как необоснованные и потенциально дестабилизирующие нововведения, существенно расширяющие сферу действия оговорки, должны быть минимизированы. Такой подход позволит укрепить правовую определённость и тем самым обеспечить эффективный баланс между защитой государственных интересов и правами инвесторов.