

МЕЖДУНАРОДНОЕ ПРАВОСУДИЕ

Vox populi vox Dei:
когда без согласия народа нет международного договора?

Традиционные семейные ценности:
защита семьи в ущерб защиты ребёнка

Как иностранному инвестору выжить под санкциями

Право на правду: реальность или фантом?

Без страха и упрёка:
создание общих принципов права интеграционными судами

Допускать ли финансирование третьей стороной
в инвестиционных спорах?

МЕЖДУНАРОДНОЕ ПРАВОСУДИЕ

№2 (42) • 2022

Учредитель

О. Б. Сидорович

Издатель

ООО «Центр конституционных исследований»

Редакционный совет

А. И. КОВЛЕР, председатель (Институт законодательства и сравнительного правоведения)

Б. БАУРИНГ (Лондонский университет, Великобритания)

Л. ГАРПИЦКИЙ (Варшавский университет, Польша)

А. Я. КАПУСТИН (Институт законодательства и сравнительного правоведения)

Т. Н. НЕШАТАЕВА (Суд Евразийского экономического союза, Беларусь)

А. НУССБЕРГЕР (Кельнский университет, Германия)

С. М. ПУНЖИН (Международный Суд ООН, Нидерланды)

А. УШАЦКА (Международный уголовный суд (2006–2015), Латвия)

М. Л. ЭНТИН (МГИМО МИД России)

Редакционная коллегия

Д. С. БОКЛАН (НИУ «Высшая школа экономики»)

А. П. ЕВСЕЕВ (НИУ «Высшая школа экономики»)

Д. В. КРАСИКОВ (Саратовская государственная юридическая академия)

И. В. РАЧКОВ (МГИМО МИД России)

А. К. СОБОЛЕВА (НИУ «Высшая школа экономики»)

В. В. СТАРЖЕНЕЦКИЙ (НИУ «Высшая школа экономики»)

М. П. ТРУНК-ФЕДОРОВА (Санкт-Петербургский государственный университет)

М. А. ФИЛАТОВА (НИУ «Высшая школа экономики»)

К. В. ЭНТИН (Суд Евразийского экономического союза, Беларусь)

Выпускающий редактор

О. Б. СИДОРОВИЧ (ООО «Центр конституционных исследований»)

Редакторы-корректоры

М. СИДОРОВИЧ

С. Ф. УСПЕНСКАЯ

Журнал издаётся при
финансовой поддержке

Решением ВАК журнал включён в «Перечень ведущих рецензируемых научных журналов и изданий, в которых должны быть опубликованы основные научные результаты диссертации на соискание ученой степени доктора и кандидата наук».

Журнал входит в базу журналов Russian Science Citation Index на платформе Web of Science, а также в базу данных периодических и продолжающихся изданий Ulrich'sPeriodicalsDirectory.

Свидетельство о регистрации ПИ № ФС77-82341 от 23 ноября 2021 года выдано Федеральной службой по надзору в сфере связи, информационных технологий и массовых коммуникаций.

Тираж 500 экз. Периодичность — 4 номера в год.

ISSN 2226-2059. Цена свободная.

Подписано в печать 30 июня 2022 года.

Адрес редакции: 129090 Москва, ул. Щепкина, д. 8.

Для корреспонденции: 129090 Москва, а/я 140.

Тел.: +7 (495) 608-69-59; 608-66-35.

Отпечатано в ООО «Объединенный полиграфический комплекс»

г. Москва, Дерbenevская наб., д. 7с2; info@ork.bz; +7 (499) 130-60-19.

Позиции авторов статей могут не совпадать с мнением редакции.

При цитировании материалов ссылка на журнал и правообладателя обязательна.

Перепечатка разрешена только с письменного согласия правообладателя.

© ООО «Центр конституционных исследований», 2022

SCRIPTORIUM**JUS GENTIUM**

- СОГЛАСИЕ ГОСУДАРСТВА НА ОБЯЗАТЕЛЬНОСТЬ
МЕЖДУНАРОДНОГО ДОГОВОРА:
НА РАЗЛОМЕ МЕЖДУНАРОДНОГО
И НАЦИОНАЛЬНОГО ПРАВА** **3**
Михаил Гальперин, Евгений Булатов

JUS HOMINUM

- ПРАВО НА ПРАВДУ — НОВОЕ ПРАВО ЧЕЛОВЕКА?** **24**
Александр Евсеев

- ИЗЪЯТЬ НЕЛЬЗЯ ОСТАВИТЬ:
ВЗГЛЯД НА РОССИЙСКИЕ РЕАЛИИ ИЗЪЯТИЯ РЕБЁНКА
ИЗ СЕМЬИ ЧЕРЕЗ ПРИЗМУ СТАНДАРТА
ЕВРОПЕЙСКОГО СУДА ПО ПРАВАМ ЧЕЛОВЕКА** **38**
Наталья Кравчук

JUS COMMUNE

- ОБЩИЕ ПРИНЦИПЫ ПРАВА ИНТЕГРАЦИОННЫХ ОБЪЕДИНЕНИЙ
КАК ТАЙНОЕ ОРУЖИЕ СУДА ЕС И СУДА ЕАЭС** **64**
Кирилл Энтин

LEX MERCATORIA

- САНКЦИИ В МЕЖДУНАРОДНОМ ИНВЕСТИЦИОННОМ АРБИТРАЖЕ
(НА ПРИМЕРЕ ОДНОГО ИЗ ДЕЛ)** **84**
Илья Рачков, Елизавета Рачкова

- ТРЕТИЙ ЛИШНИЙ? ФИНАНСИРОВАНИЕ ТРЕТЬЕЙ СТОРОНОЙ
В ИНВЕСТИЦИОННЫХ СПОРАХ: РАЗРАБОТКИ ЮНСИТРАЛ** **113**
Илья Лифшиц, Анастасия Шаталова

- ВОПРОСЫ ЮРИСДИКЦИИ В ПРАКТИКЕ
МЕЖДУНАРОДНОГО ИНВЕСТИЦИОННОГО АРБИТРАЖА
ПО СПОРАМ ВНУТРИ ЕВРОПЕЙСКОГО СОЮЗА,
ВЫТЕКАЮЩИМ ИЗ ДОГОВОРА К ЭНЕРГЕТИЧЕСКОЙ ХАРТИИ** **132**
Алексей Шиянов

INTERNATIONAL JUSTICE

2 (42) • 2022

Founder

O. Sidorovich

Publisher

Center for Constitutional Studies Ltd.

Scientific Advisory Board

A. KOVLER, Chairman (Institute of Legislation and Comparative Law)

B. BOWRING (Birkbeck College of the University of London, UK)

L. GARLICKI (University of Warsaw, Poland)

A. KAPUSTIN (Institute of Legislation and Comparative Law)

T. NESHATAEVA (Court of the Eurasian Economic Union, Belarus)

A. NUSSBERGER (University of Cologne, Germany)

S. PUNZHIN (International Court of Justice, Netherlands)

A. USACKA (International Criminal Court (2006–2015), Latvia)

M. ENTIN (MGIMO University)

Board of Editors

D. BOKLAN (Higher School of Economics)

K. ENTIN (Court of the Eurasian Economic Union, Belarus)

A. EVSEEV (Higher School of Economics)

M. FILATOVA (Higher School of Economics)

D. KRASIKOV (Saratov State Law Academy)

I. RACHKOV (MGIMO University)

A. SOBOLEVA (Higher School of Economics)

V. STARZHNETSKY (Higher School of Economics)

M. TRUNK-FEDOROVA (Saint Petersburg State University)

Managing Editor

O. SIDOROVICH (Center for Constitutional Studies Ltd.)

Proofreaders

M. SIDOROVICH

S. USPENSKAYA

Published under the sponsorship of the



ISSN 2226-2059; e-ISSN 2541-8548

Address: 8, Shchepkin Str., Moscow, 129090, Russian Federation

Mailing Address: P. O. Box 140, Moscow, 129090, Russian Federation

Phones: +7 (495) 608-69-59; 608-66-35

E-mail: info@mp-journal.ru

https://mp-journal.ru

© Center for Constitutional Studies Ltd., 2022

SCRIPTORIUM**JUS GENTIUM**

STATE CONSENT TO ITS TREATY OBLIGATIONS:
THE GAP BETWEEN INTERNATIONAL AND NATIONAL LAW
Mikhail Gal'perin, Evgeniy Bulatov

3

JUS HOMINUM

RIGHT TO TRUTH — A NEW HUMAN RIGHT?
Aleksandr Evseev

24

REMOVING BUT NOT LEAVING: THE RUSSIAN REALITY
OF REMOVING A CHILD FROM ITS FAMILY
AS SEEN THROUGH THE PRISM OF STANDARDS DEVELOPED
IN THE CASE-LAW OF THE EUROPEAN COURT OF HUMAN RIGHTS
Natal'ya Kravchuk

38

JUS COMMUNE

GENERAL PRINCIPLES OF INTEGRATION LAW
AS A SECRET WEAPON OF THE CJEU AND
OF THE EURASIAN ECONOMIC UNION COURT
Kirill Entin

64

LEX MERCATORIA

SANCTIONS IN AN INTERNATIONAL
INVESTMENT ARBITRATION CASE
Il'ya Rachkov, Elizaveta Rachkova

84

THREE IS NONE? THIRD-PARTY FUNDING
IN INVESTMENT DISPUTES:
THE UNCITRAL WORKING DOCUMENT
Ilya Lifshits, Anastasiya Shatalova

113

ISSUES OF JURISDICTION IN THE PRACTICE
OF INTERNATIONAL INVESTMENT ARBITRATION OF DISPUTES
WITHIN THE EUROPEAN UNION ARISING
FROM THE ENERGY CHARTER TREATY
Aleksey Shiyonov

132

Санкции в международном инвестиционном арбитраже (на примере одного из дел)

Илья Рачков, Елизавета Рачкова*

В статье на примере конкретного дела рассматривается подход международных инвестиционных арбитражей к решению споров между истцами из подсанкционного государства (в данном случае — из Ирана) и принимающим государством (Бахрейн). В зависимости от того, как ответчик выстраивает свою защиту, у состава арбитража есть несколько вариантов: (1) расценить подсанкционность истца как основание для того, чтобы признать, (i) что у арбитража нет компетенции (юрисдикции) рассматривать спор по существу либо (ii) что иск является неприемлемым; (2) отказать в удовлетворении иска по существу; (3) удовлетворить иск, но учесть фактор санкции в размере компенсации за нарушение государством-ответчиком как понижающий коэффициент. В данном деле ответчик (Бахрейн) решил использовать санкции против Ирана как основание для отсутствия юрисдикции у состава арбитража и как основание неприемлемости иска. Поэтому особый интерес представляют именно эти возражения ответчика и их оценка составом арбитража. Однако, несмотря на глубоко эшелонированную аргументацию ответчика в этих вопросах, коллегия арбитров не согласилась с ней. Кроме того, между сторонами развернулась целая битва буквально вокруг каждого материально-правового аргумента: стороны дали взаимоисключающую правовую оценку фактическим обстоятельствами дела. Тем не менее коллегия арбитров вынесла решение в целом в пользу истца. Это само по себе удивительно, так как в отношении Ирана действуют как санкции, введённые Советом Безопасности ООН, так и ещё более суровые санкции Европейского Союза и США, а истцы являлись иранскими государственными банками. Как следует из проанализированного решения, происхождение истца из подсанкционного государства как таковое не является препятствием для защиты истцом своих прав, предусмотренных в применимом международном договоре о защите иностранных инвестиций. В свете новых санкций, введённых ЕС, США и другими государствами в отношении различных российских юридических и физических лиц после 24 февраля 2022 года, дело представляет особый интерес для российских потенциальных истцов и для России как потенциального государства-ответчика.

DOI: 10.21128/2226-2059-2022-2-84-112

→ *Международный инвестиционный арбитраж; санкции; юрисдикция и приемлемость иска; право государства регулировать иностранные инвестиции; экспроприация; обеспечение истцом расходов ответчика*

1. Введение

Санкции нечасто становятся предметом рассмотрения в международном инвестиционном арбитраже. Как правило, такие дела связаны с санкциями, введёнными ООН.

* *Рачков Илья Витальевич* — кандидат юридических наук, доцент кафедры международного права МГИМО Министерства иностранных дел Российской Федерации, Москва, Россия (e-mail: ilia.rachkov@gmail.com); *Рачкова Елизавета Ильинична* — магистрант совместной программы Женевского института международных отношений (INEID) и Женевского центра для разрешения международных споров (CIDS), юрист адвокатского бюро «Некторов, Савельев и партнёры», Женева, Швейцария (e-mail: erachkova1328@gmail.com).

Иногда предметом рассмотрения становятся также «санкции» (а на самом деле — ограничительные меры¹), вводимые разными государствами (например, США) или их объединениями (например, Европейский Союз; *далее* — ЕС). В некоторых делах составы арбитражей старательно обходят тему санкций. Например, в деле *Mohammad Reza Dayyani and others v. The Republic of Korea* коллегия арбитров сочла ненужным рассматривать некоторые исковые требования истцов. Одно из них как раз касалось того, что введение Кореей санкций в отношении Ирана представляет собой нарушение двустороннего договора о защите иностранных инвестиций, заключённом между Ираном и Республикой Корея².

В настоящей статье мы бы хотели осветить оценку, которую международный инвестиционный арбитраж недавно дал санкциям ООН, ЕС и США, введённым против Ирана. Эта оценка была дана в недавнем деле по иску иранских банков *Bank Melli and Bank Saderat v. Bahrain*. Истцы подали уведомление об арбитраже в феврале 2017 года, а состав арбитража был сформирован в июле 2017 года. В конце 2021 года стало известно³, что 9 ноября 2021 года арбитраж⁴ вынес решение по этому делу (*далее* —

¹ См.: Рачков И. Экономические санкции с точки зрения права ГАТТ/ВТО // Международное правосудие. 2014. № 3(11). С. 91—113.

² Коллегия арбитров удовлетворила иск, поскольку установила, что Корейская компания по управлению активами (англ.: *Korea Asset Management Company*, КАМСО), которую сама Корея позиционировала как агентство правительства Кореи по урегулированию долгов, не вернула депозит инвесторам из Ирана. По мнению арбитров, это является недобросовестным расторжением договора купли-продажи акций компании «Дэу» (англ.: *Daewoo Electronics*). В свою очередь, это нарушает стандарт справедливого и равного обращения с иностранными инвесторами (англ.: *fair and equitable treatment standard*). Спор возник из-за начатой в 1990-е реструктуризации корейской компании «Дэу». Она сильно пострадала во время азиатского финансового кризиса конца 1990-х годов. В 2005 году кредиторы «Дэу», ответственные за реструктуризацию, решили продать эту компанию. После нескольких безуспешных попыток такой продажи, в апреле 2010 года иранская компания Entekhab Industrial Group (EIG), принадлежащая семье Дайяни, была признана победителем торгов. Однако в июне 2010 года Совет Безопасности ООН ввёл санкции против Ирана. Это усложнило дальнейшие отношения корейских организаций с иранской фирмой. EIG утверждала, что она не попала под адресные санкции Совета Безопасности ООН, но предложила изменить предложенную структуру покупки: использовать сингапурскую компанию D&A как покупателя «Дэу». В ноябре 2010 года с D&A был подписан договор о приобретении «Дэу». Этот договор требовал от D&A предоставить определённые письма-подтверждения от своих инвесторов. Было выдвинуто ещё одно условие: продавцы должны были получить согласие на продажу от основных клиентов «Дэу», подтверждающее, что они продолжают иметь дело с «Дэу» после продажи. D&A внесла депозит — 10 % от цены сделки (что составило около 50 млн долларов США), как того требовал договор. КАМСО владела 48 % голосов в консорциуме кредиторов «Дэу», и это давало ей право блокировать все решения (для чего требовалось большинство в 75 %). D&A представила письма-подтверждения в декабре 2010 года. Однако продавцы утверждали, что их не удовлетворяет содержание некоторых из этих писем. 13 декабря 2010 года, после дальнейших споров между сторонами, продавцы заявили о прекращении действия договора. Затем, после переговоров между сторонами, действие договора было восстановлено в феврале 2011 года. В марте 2011 года продавцы попросили D&A отказаться от условия, требующего согласия от клиентов «Дэу». Например, согласие от европейских клиентов «Дэу», таких как Bosch, было бы трудно получить в свете санкций ЕС против Ирана. D&A согласилась с этим, но взамен потребовала снижения цены покупки. Однако 14 марта 2011 года продавцы не согласились с отказом D&A исключить требование о получении согласия клиентов «Дэу» и восстановили в силе заявленное в декабре 2010 года прекращение действия договора, решив, что они не будут возвращать сумму депозита иранским покупателям. 10 сентября 2015 года истцы подали уведомление об арбитраже.

³ См.: *Bohmer L. Bahrain Is Held Liable in Banking Dispute* // Investment Arbitration Reporter. 2021. 23 November. URL: <https://www.iareporter.com/articles/bahrain-is-held-liable-in-banking-dispute/> (дата обращения: 26.06.2022).

⁴ В составе г-жи Габриэль Кауфманн-Колер (нем.: *Gabrielle Kaufmann-Kohler*), назначенной председателем, профессора Бернара Анотью (фр.: *Bernard Hanotiau*), назначенного истцом, и почтенного лорда Коллинза оф Мэйпсбери (англ.: *The Rt. Hon. Lord Collins of Mapesbury*), назначенного ответчиком. Г-жа Кауфманн-Колер стала председателем после смерти предыдущего председателя — немецкого профессора Рудольфа Дольцера (нем.: *Rudolf Dolzer*, 1944—2020), а профессор Анотью стал истцом после смерти великого

Решение)⁵. Арбитраж признал, что Бахрейн нарушил двусторонний международный договор между Ираном и Бахрейном о взаимном поощрении и защите иностранных инвестиций 2002 года (*далее* — ДИД)⁶. Арбитражное разбирательство проходило в соответствии с Арбитражным регламентом ЮНСИТРАЛ (в редакции 1976 года)⁷. Регистратором по делу выступала Постоянная палата третейского суда в Гааге (*далее* — ППТС)⁸.

Спор возник из-за введения принудительного управления в созданном в Бахрейне банке Future Bank и его дальнейшей ликвидации. В уставный капитал этого банка иранские истцы и вложили свои инвестиции.

Бахрейн требовал, чтобы состав арбитража признал исковые требования иранских банков неприемлемыми (англ.: *inadmissible*), поскольку, по мнению Бахрейна, Future Bank нарушил международные санкции против Ирана. Хотя в материалах арбитражного дела было приведено только «незначительное количество нарушений санкций»⁹, арбитраж выявил несовершенные системы и методы отчётности в банке: из них косвенно следовало, что нарушения санкций были более масштабными. Тем не менее арбитры в конечном итоге не усмотрели достаточных доказательств систематических и серьёзных нарушений принципа верховенства права, которые заставили бы состав арбитража отказать истцам в удовлетворении их исковых требований.

По существу спора состав арбитража решил следующее: бахрейнский регулятор банковской деятельности не представил достаточных оснований для передачи Future Bank под внешнее управление, а также не рассмотрел менее ограничительные (для иностранных инвесторов) альтернативы. С точки зрения арбитров, наряду с более широким политическим контекстом (Бахрейн является ближайшим союзником США в этом регионе мира, а Иран, с точки зрения США, является одним из государств-изгоев) это указывало на то, что такое поведение властей Бахрейна было политически мотивированным и, таким образом, являлось не добросовестной регулятивной мерой, а незаконной экспроприацией иностранных инвестиций.

Эмманюэля Гайара (фр.: *Emmanuel Gaillard*, 1952–2021). Про последнего см.: *Литвинский Д.* Памяти Эмманюэля Гайара, французского профессора, адвоката, авторитета в области международного коммерческого арбитража // *Zakon.ru*. 2021. 5 апреля. URL: https://zakon.ru/blog/2021/04/05/pamyati_emmanuel_gajara_francuzskogo_professora_advokata_avtoriteta_v_oblasti_mezhdunarodnogo_komm (дата обращения: 26.06.2022). Ответчик поднял несколько вопросов, касающихся статуса истцов как «особо определённых граждан» (англ.: *pecially designated nationals*) в соответствии с правилами США о санкциях против Ирана, а также необходимости получения арбитрами разрешения от Управления по контролю за иностранными активами США (англ.: OFAC) в отношении денежных средств, исходящих от истцов. Истцы ответили, что ответчик не вправе ссылаться на вопросы OFAC для отсрочки назначения своего арбитра, и потребовали, чтобы ППТС определила орган, имеющий право назначить арбитра за ответчика. В конечном итоге ответчик согласился с тем, чтобы Генеральный секретарь ППТС выступил в качестве органа, назначающего арбитра. В мае 2017 года ответчик назначил г-на Коллинза, но истцы возражали против этого назначения как несвоевременного. Поэтому ППТС назначил г-на Коллинза арбитром со стороны ответчика. Ранее ППТС также назначил первоначального председателя состава арбитража — профессора Дольцера.

⁵ Опубликованное решение см.: *Bohmer L.* Op. cit.; Permanent Court of Arbitration (*далее* — PCA). *Bank Melli and Bank Saderat v. Bahrain*. Case no. 2017-25. Decision of 9 November 2021. URL: <https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/italaw170015.pdf> (дата обращения: 26.06.2022).

⁶ Текст ДИД опубликован: Bahrain — Iran, Islamic Republic of BIT (2002). URL: <https://investmentpolicy.unctad.org/international-investment-agreements/treaties/bilateral-investment-treaties/345/bahrain---iran-islamic-republic-of-bit-2002-> (дата обращения: 26.06.2022).

⁷ Арбитражный регламент ЮНСИТРАЛ. Пересмотренный вариант. 1977. URL: <https://uncitral.un.org/sites/uncitral.un.org/files/media-documents/uncitral/ru/arb-rules-r.pdf> (дата обращения: 26.06.2022).

⁸ Официальный сайт ППТС см.: URL: <https://pca-cpa.org/en/home/> (дата обращения: 26.06.2022). Как известно, ППТС была создана в результате Гаагских мирных конференций 1899 и 1907 годов, которые были созваны по инициативе Российской империи.

⁹ PCA. *Bank Melli and Bank Saderat v. Bahrain*. § 502.

На основе оценки активов банка состав арбитража присудил истцам возмещение убытков в размере 243 млн евро плюс проценты, а также часть их расходов на арбитраж. Кроме того, арбитраж постановил, что он не вправе (то есть не обладает компетенцией) распорядиться о том, чтобы стороны сделали прямой зачёт этих убытков против денежных средств, которые причитались банку Future Bank от истцов. Однако арбитры также приняли к сведению такое заявление истцов: любые поступления, которые истцы могут получить в результате ликвидации Future Bank, должны быть вычтены из присуждённой арбитражем суммы. При этом арбитраж отклонил ходатайство истцов, требующее от него следующего «бланкетного заявления»: присуждённая арбитражем сумма не может быть зачтена против любых других денежных средств, которые причитаются по законодательству Бахрейна с банка Future Bank, с истцов или с их представителей¹⁰.

Истцов представляла французско-ливанская юридическая фирма «Дерэн и Гарави» (англ.: *Derains & Gharavi*), а ответчиков — знаменитый шведский юрист Ян Паулссон¹¹ и созданная им фирма «Три короны».

После вынесения этого Решения Бахрейн подал в государственный суд Нидерландов (то есть по месту арбитража) ходатайство об исправлении Решения. Бахрейн утверждал, что арбитраж допустил арифметическую ошибку, указав в резолютивной части Решения неверную валюту (евро вместо долларов США) в расчёте убытков. Кроме того, государство-ответчик также заявило о своём намерении требовать отмены Решения (также в государственном суде в Гааге)¹².

Что касается санкций, то арбитраж ответил в решении на вопрос, лишают ли санкции, применяемые к иностранному инвестору или к государству его происхождения, этого инвестора той защиты, которую ему изначально предоставлял применимый двусторонний международный договор о защите инвестиций. Арбитраж ответил на этот вопрос отрицательно: нет, не лишают. Кроме того, им была проведена чёткая граница между санкциями, введёнными Советом Безопасности ООН (*далее* — СБ ООН), и ограниченными мерами, введёнными различными государствами (или их объединениями) в одностороннем порядке. С точки зрения арбитража, только первую категорию можно действительно называть санкциями, которые могут повлиять на судьбу иностранных инвестиций и предоставляемую им международно-правовую защиту.

Помимо собственно правовой оценки международных санкций, составом арбитража в этой статье было уделено внимание таким аспектам Решения, как:

1) Процессуальные аспекты:

— ходатайство Бахрейна об авансировании истцами возможных в будущем расходов ответчика;

— ходатайство истцов о принятии обеспечительных мер против Бахрейна;

¹⁰ См.: PCA. *Bank Melli and Bank Saderat v. Bahrain*. § 790.

¹¹ Ян Паулссон заработал себе имя, среди прочего, блестяще представляя интересы Бахрейна в споре с Катаром в Международном Суде — главном судебном органе ООН в начале 2000-х годов.

¹² Это довольно распространённый ход многих государств-ответчиков. Попытка добиться отмены арбитражного решения государственным судом по месту арбитража позволяет если не уйти полностью от долга, то во всяком случае сильно затянуть процесс выплаты. Например, с 2014 года Россия пытается добиться в судах отмены крупнейшей (по сумме) в истории международного инвестиционного арбитража тройки решений по делам бывших акционеров ЮКОСа против России. Борьба между сторонами идёт с переменным успехом: первая инстанция постановила отменить эти решения; апелляционная инстанция отменила решение первой инстанции; затем Верховный суд Нидерландов отменил частично решение апелляционной инстанции и направил дело обратно в апелляцию — для нового рассмотрения одного из аспектов, который, по мнению Верховного суда, апелляция недостаточно подробно разобрала. Наверно, представители России могут записать себе в актив, что за все эти годы (с 2014 года) Россия ничего так и не заплатила бывшим акционерам ЮКОСа.

2) Какое право — национальное или международное — следует применять к спору?

3) Вопросы приемлемости иска:

— применяется ли положение ДИДа о том, что иностранные средства должны быть инвестированы «в соответствии с законодательством принимающего государства», только к этапу учреждения или также к этапу владения инвестициями?

— могут ли незаконные действия, совершённые после инвестирования денежных средств, привести к неприемлемости иска?

— должно ли предполагаемое противоправное поведение иностранного инвестора быть «серьёзным и широко распространённым» и связанным с иском, рассматриваемым в арбитраже?

— может ли нарушение санкций Совета Безопасности ООН (но не санкций США или ЕС) привести к неприемлемости иска?

— действительно ли истцы настолько значительно нарушили международные санкции, чтобы это повлекло за собой неприемлемость исковых требований?

— подтверждают ли косвенные доказательства несовершенство системы борьбы в банке Future Bank с отмыванием денег, практику «запирывания концов» и использование альтернативной системы обмена сообщениями? Если да: достаточно ли этого для объявления исковых требований неприемлемыми?

— обязаны ли были истцы исчерпать внутренние средства правовой защиты по праву Бахрейна, прежде чем обращаться в арбитраж?

4) Вопросы по существу спора:

— стало ли лишение истцов их доли участия в Future Bank бессрочным?

— равносильны ли меры регулирования в банковском секторе Бахрейна незаконной экспроприации?

— были ли принудительное администрирование и ликвидация Future Bank добросовестной регулятивной мерой?

— была ли экспроприация осуществлена в общественных целях?

— должен ли арбитраж разрешать оставшиеся исковые требования (в свете ответов на предыдущие вопросы по существу спора)?

— как не допустить двойного возмещения в пользу истцов?

— как не допустить, чтобы истцы получили компенсацию за свои нарушения норм права?

— возможен ли зачёт встречных требований между истцами и ответчиком?

— подлежит ли требование о возмещении морального вреда удовлетворению?

— должен ли Бахрейн платить истцам проценты за пользование чужими деньгами (и по какой ставке)?

5) Возмещение расходов истцам.

Перед тем как перейти к анализу перечисленных выше аспектов, следует сказать несколько слов об основаниях для инициирования этого спора.

2. Основания для возбуждения дела

Оба истца — иранские банки «Мелли Иран» (*далее* — БМИ) и «Садерат Иран» (*далее* — БСИ) — работали в Бахрейне с 1971 года. Как известно, в 1979 году в Иране произошла исламская революция, и Иран перестал быть светским государством с монархией.

Иран традиционно сильно влияет на соседние государства (включая Бахрейн). Ситуация в Бахрейне усугубляется тем, что большинство населения этой страны (около

70 %) придерживаются шиитской версии ислама (как и в Иране), в то время как правящая элита состоит в основном из суннитов. Шиитов Бахрейна поддерживает Иран, а королевская семья Бахрейна опирается на Саудовскую Аравию и США. В Бахрейне находится штаб-квартира Пятого флота США. В 2011—2012 годах шииты Бахрейна, недовольные своим подчинённым положением, проводили массовые демонстрации, требуя демократических реформ и перераспределения в свою пользу властных полномочий¹³.

Future Bank был создан в Бахрейне в 2004 году как совместное предприятие БМИ, БСИ и бахрейнского банка Ahli United Bank (AUB). Каждый из трёх акционеров владел равными долями в уставном капитале Future Bank.

Однако несколько лет спустя Совет Безопасности ООН, ЕС и США начали принимать ряд санкций против Ирана в связи с его ядерной программой. В Резолюции 1737 (2006) от 23 декабря 2006 года СБ ООН потребовал, чтобы все государства заморозили средства иранских лиц, перечисленных в приложении к резолюции, и обеспечили, чтобы никакие денежные средства не предоставлялись этим иранским лицам¹⁴. 3 марта 2008 года появилась Резолюция 1803 (2008) СБ ООН: она призвала все государства проявлять бдительность в отношении деятельности финансовых учреждений на их территории с участием банков, зарегистрированных в Иране, в частности БМИ, БСИ и их дочерних компаний¹⁵.

Центральный банк Бахрейна (*далее* — ЦББ) последовал этим двум резолюциям СБ ООН, издав директиву от 12 марта 2008 года. В 2010 году Резолюции 1737 (2006) и 1803 (2008) были заменены Резолюцией 1929 СБ ООН, призывающей государства не предоставлять какие-либо финансовые услуги Ирану¹⁶. Во исполнение этой резолюции ЦББ принял директиву от 8 сентября 2010 года.

27 февраля 2007 года Совет ЕС принял общую позицию 2007/140/CFSP по введению связанных с Ираном санкций в отношении включённых в перечень лиц¹⁷. Несколько месяцев спустя, в октябре 2007 года, ОФАС включило БСИ и БМИ в список организаций, подпадающих под санкции. За этим последовало постановление ОФАС, предусматривающее заморозку имущества БМИ (июнь 2008 года), а также БСИ и Future Bank (в июле 2010 года)¹⁸.

За прошедшие годы ЦББ опубликовал несколько отчётов. В них было установлено, что Future Bank нарушал правила ЦББ. Future Bank отреагировал на это, взяв на себя обязательство внести соответствующие коррективы и назначив внешних аудиторов.

30 апреля 2015 года состоялось заседание группы антикризисного управления ЦББ. Она приняла решение передать Future Bank под внешнее управление. Апелляция на это решение была отклонена. В мае 2015 года ЦББ опубликовал отчёт о расследовании: в нём говорилось о многочисленных предполагаемых нарушениях резолюций СБ ООН со стороны Future Bank, поскольку он оказывал помощь организациям, принадлежащим правительству Ирана. 22 декабря 2016 года ЦББ принял решение о ликвидации Future

¹³ См.: Юсин М. Шииты Бахрейна созрели для революции // Коммерсантъ. 2012. 12 марта. URL: <https://www.kommersant.ru/doc/1890323> (дата обращения: 26.06.2022).

¹⁴ Резолюция 1737 (2006), принятая Советом Безопасности на его 5612-м заседании 23 декабря 2006 года. S/RES/1737 (2006). URL: [https://undocs.org/ru/S/RES/1737\(2006\)](https://undocs.org/ru/S/RES/1737(2006)) (дата обращения: 26.06.2022).

¹⁵ Резолюция 1803 (2008), принятая Советом Безопасности на его 5848-м заседании 3 марта 2008 года. S/RES/1803 (2008). URL: [https://www.undocs.org/ru/S/RES/1803%20\(2008\)](https://www.undocs.org/ru/S/RES/1803%20(2008)) (дата обращения: 26.06.2022).

¹⁶ Резолюция 1929 (2010), принятая Советом Безопасности на его 6335-м заседании 9 июня 2010 года. S/RES/1929 (2010). URL: [https://www.undocs.org/ru/S/RES/1929%20\(2010\)](https://www.undocs.org/ru/S/RES/1929%20(2010)) (дата обращения: 26.06.2022).

¹⁷ Document L:2007:061:TOC // Official Journal of the European Union. L 61. 28.02.2007. P. 49.

¹⁸ PCA. *Bank Melli and Bank Saderat v. Bahrain*. § 192.

Банк (*далее* — Решение ЦББ). На дату вынесения Решения (9 ноября 2021 года) процесс ликвидации ещё не был закончен.

Кроме того, пока шло арбитражное разбирательство, по сообщениям прессы, бахрейские суды привлекли Future Bank к ответственности за отмывание денег в сотрудничестве с Центральным банком Ирана (*далее* — ЦБИ)¹⁹. Это привело к конфискации части активов Future Bank, а недавно послужило поводом для другого иска против Бахрейна. На этот раз истцом выступил ЦБИ²⁰. Этот новый иск основан на том же ДИДе между Бахрейном и Ираном. Однако рассматриваемое в настоящей статье дело не касается событий, которые произошли уже после того, как Future Bank был передан под внешнее управление и ликвидирован.

Теперь следует перейти к процессуальным аспектам спора.

3. Процессуальные аспекты спора

3.1. Ходатайство Бахрейна об авансировании расходов истцами

В августе 2017 года Бахрейн подал ходатайство о том, чтобы арбитраж обязал истцов предоставить обеспечение возможных расходов ответчика (на случай, если арбитраж вынесет решение в пользу ответчика), а также раскрыть информацию о механизмах финансирования арбитражного разбирательства истцами (или третьими лицами).

Ходатайства государств-ответчиков о том, чтобы истцы предоставили обеспечение возможных будущих расходов ответчиков (англ.: *security for costs*), являются излюбленной тактикой многих ответчиков в международном инвестиционном арбитраже²¹. Этот правовой институт появился в англо-саксонской правовой семье. Идея проста: не должно получиться так, что суд вынесет решение против истца (то есть в пользу ответчика) и возложит на истца обязанность возместить судебные расходы ответчика, а у истца на тот момент не окажется денег на это. Ещё одна задача такого ходатайства: финансово подорвать истца, так как он должен будет не только нести расходы на собственных юристов (измеряются, как правило, миллионными гонорарами), но и заморозить на длительный срок (несколько лет) столь же крупные суммы.

В рассматриваемом случае дело осложняется ещё и тем, что иранским компаниям в принципе сложно проводить международные расчёты (неважно в какой валюте) в условиях санкций. Из-за этого в начале января 2022 года Иран даже был ненадолго лишён права голоса на Генеральной Ассамблее ООН: в течение двух лет Иран не платил взносы в ООН, ссылаясь на затруднения с оплатой из-за санкций СБ ООН. 23 января 2022 года МИД Южной Кореи сообщил, что направил более 18 млн долларов США замороженных средств Ирана на погашение долга страны перед ООН. По его сообщению, это было сделано после консультаций с Минфином США²².

¹⁹ См.: High Court of Appeal Upholds Ruling against Future Bank and Officials, Central Bank of Iran and Other Iranian Banks // Bahrain News Agency. 2021. 31 October. URL: <https://www.bna.bh/en/news?cms=q8FmFJgiscL2fwlzON1%2BDj3D0Kqbr8W5hjB5G6BIomQ%3D> (дата обращения: 26.06.2022).

²⁰ См.: Iran's Central Bank Takes Legal Action against Bahrain // Tehran Times. 2021. 3 August. URL: <https://www.tehrantimes.com/news/463688/Iran-s-central-bank-takes-legal-action-against-Bahrain> (дата обращения: 26.06.2022).

²¹ См.: *Nalbandian B. Security for Costs* // Max Planck Encyclopedia of Public International Law. 2020. URL: <https://opil.ouplaw.com/view/10.1093/law-mpeipro/e2766.013.2766/law-mpeipro-e2766> (дата обращения: 26.06.2022).

²² См.: ООН восстановила право голоса Ирана после погашения долгов // Коммерсантъ. 2022. 25 января. URL: <https://www.kommersant.ru/doc/5181529> (дата обращения: 26.06.2022).

В декабре 2018 года состав арбитража отклонил требование ответчика о вынесении промежуточного решения об обеспечении расходов Бахрейна.

3.2. Ходатайство истцов об обеспечительных мерах

Со своей стороны, истцы обратились к составу арбитража с ходатайством о принятии обеспечительных мер. В частности, истцы требовали, чтобы арбитраж распорядился о:

- приостановлении производства в Бахрейне по делу о ликвидации Future Bank;
- сохранении документов ответчиком.

В своём промежуточном решении об обеспечительных мерах от 1 февраля 2018 года²³ состав арбитража отклонил первое ходатайство, но обязал ответчика «защищать, хранить и поддерживать в надлежащем состоянии документацию, касающуюся всей истории управления банком Future Bank, любой передачи третьими лицами и учёта активов Future Bank, имеющих отношение к расчёту потенциального ущерба, причинённого истцам»²⁴.

Кроме того, истцы заявили, что ответчик передал в газету Washington Post аргументы, которыми стороны обменялись в ходе арбитражного разбирательства. (Напомним, что разбирательство в международном инвестиционном арбитраже, как правило, является конфиденциальным: вплоть до того, что общественности может вообще не быть известно о самом факте существования такого спора). В связи с этим истцы попросили состав арбитража обязать Бахрейн сделать заявление, признающее эту утечку, и воздержаться от дальнейшей утечки информации по этому делу. Однако 19 апреля 2018 года арбитраж постановил, что это требование истцов «не относится к категории признанных типов ходатайств сторон в инвестиционном арбитраже»²⁵.

4. Какое право — национальное или международное — следует применять к спору?

В Решении состав арбитража отметил, что законодательство Нидерландов применяется в качестве *lex arbitri*. «Право арбитра» регулирует все вопросы арбитражного разбирательства, которые не урегулированы в применимом арбитражном регламенте. В частности, «право арбитра» отвечает на вопросы о том, является ли арбитражное соглашение между сторонами действительным, и о том, при каких условиях стороны вправе требовать отмены Решения.

Право Нидерландов предусматривает, что в случае отсутствия соглашения между сторонами спора о применимом праве арбитраж «выносит своё решение в соответствии с нормами права, которые он считает целесообразными». Арбитражный регламент ЮНСИТРАЛ 1976 года ссылается в данном случае на применимые коллизионные

²³ PCA. *Bank Melli and Bank Saderat v. Bahrain*. § 49. Здесь раскрывается содержание промежуточного решения об обеспечительных мерах от 1 февраля 2018 года.

²⁴ Состав арбитража под председательством профессора Анотья по делу *ABCI против Туниса* также возложил на государство-ответчик обязанность сохранить доказательства, связанные с управлением банком, фигурировавшим в арбитражном разбирательстве. См.: *Charlotin D. Arbitrators Rule on Provisional Measures, Enjoining Claimant from Pursuing Asset-Freezing Efforts before Arbitration Concludes // Investment Arbitration Reporter*. 2019. 17 October. URL: <https://www.iareporter.com/articles/arbitrators-rule-on-provisional-measures-enjoining-claimant-from-pursuing-asset-freezing-efforts-before-arbitration-concludes/> (дата обращения: 26.06.2022).

²⁵ PCA. *Bank Melli and Bank Saderat v. Bahrain*. § 64.

нормы. Однако состав арбитража счёл, что это различие «не влияет на применимое право».

В результате арбитраж постановил, что он будет «в первую очередь» применять ДИД. Если в ДИДе ничего не сказано по какому-то вопросу, то арбитраж «в каждом случае будет определять, подпадает ли тот или иной вопрос под действие норм международного права (кроме ДИДа) или внутригосударственного права»²⁶.

5. Вопросы приемлемости иска

Как правило, государства-ответчики заявляют возражения против компетенции (англ.: *jurisdiction*) состава арбитража рассматривать спор по существу и/или против приемлемости иска. Как однажды объяснил судья Международного Суда ООН сэръ Джеральд Фицморис (1901—1982), «в судебной практике существует чёткое различие между возражением против компетенции суда и возражением против приемлемости иска по существу. Последнее является доводом в пользу того, что суд должен признать иск неприемлемым по какому-либо иному основанию, чем существо иска; первое представляет собой заявление о том, что суд вообще не вправе выносить какое-либо решение, будь то по существу или с точки зрения приемлемости иска»²⁷.

Возражения против компетенции арбитража нередко выглядят для стороннего наблюдателя как недобросовестное поведение ответчика: понимая, что по существу спора он не прав, ответчик не хочет, чтобы его «засудили», поэтому он цепляется за любой аргумент, лишь бы арбитраж признал, что у него нет компетенции, и не стал рассматривать дело по существу. При этом компетенция арбитража основывается на международном договоре, который подписало само государство-ответчик. В таком случае возникает вопрос: почему же государство-ответчик не продумало, какие положения ему важно закрепить в этом договоре, а только сейчас заявляет о том, что у арбитража нет компетенции? Тем не менее из практики следует, что составы арбитража довольно часто соглашались с ответчиками в том, что у состава отсутствует компетенция рассматривать данный спор²⁸. В этом случае производство по делу завершается, а арбитраж обязывает истца возместить расходы ответчика.

²⁶ PCA. *Bank Mellat and Bank Saderat v. Bahrain*. § 10.

²⁷ Fitzmaurice G. *The Law and Procedure of the International Court of Justice*. Vol. II. Jurisdiction. Cambridge: Grotius, 1986. P. 438–439.

²⁸ Согласно статистике, которую ведёт ЮНКТАД, за весь период рассмотрения споров между иностранными инвесторами и принимающими их государствами (с 1987 года) известно о 740 подобных делах (к концу 2020 года). Результат: около 37 % всех завершённых дел были решены в пользу государства (исковые требования были отклонены либо по юрисдикционным основаниям, либо по существу); около 29 % споров были решены в пользу истцов — иностранных инвесторов (с присуждением денежной компенсации истцам). Около 20 % дел были урегулированы (например, путём заключения мирового соглашения); в большинстве случаев условия урегулирования остались конфиденциальными. В остальных разбирательствах (около 14 % дел) либо дела были прекращены, либо составы арбитража признали, что принимавшее иностранные инвестиции государство нарушило применимый международный договор, но не присудило истцам денежную компенсацию. Из дел, которые были разрешены в пользу государства, около половины были прекращены в связи с отсутствием компетенции у составов арбитража. Что касается арбитражных решений по существу (то есть когда арбитраж определял, нарушала ли оспариваемая мера какое-либо из основных обязательств принимающих государств по соответствующему международному договору), около 57 % решений было принято в пользу инвестора (установлено нарушение, присуждена компенсация убытков). Остальные иски либо были отклонены по существу, либо арбитражи обнаруживали нарушения, но не присуждали истцам возмещения ущерба. См.: United Nations UNCTAD. *Investor-State Dispute Settlement Cases: Facts and Figures 2020*. URL: https://unctad.org/system/files/official-document/diaepcbinf2021d7_en.pdf (дата обращения: 26.06.2022).

Поэтому более «элегантно», чем оспаривание компетенции арбитража, выглядит оспаривание приемлемости иска. Приемлемость конкретного искового требования может зависеть от:

- того, были ли инвестиции сделаны законно (например, не сопровождалась ли они коррупцией);
- исчерпания истцом местных средств правовой защиты;
- предварительного обращения истца в суды принимающего государства;
- соблюдения периода переговоров между истцом и ответчиком;
- отказа истца от альтернативных средств правовой защиты;
- положений контракта между истцом и ответчиком об исключительной юрисдикции;
- положения о «развилке на дороге» (англ.: *fork-in-the-road clauses*);
- доктрины *lis pendens* и *res judicata*;
- срока исковой давности²⁹;
- отсутствия у истца права на иск (англ.: *standing*);
- содержащегося в применимом международном договоре положения об отказе истцу в льготах (англ.: «*denial of benefits*» *provisions*);³⁰
- злоупотребления правами или процессом со стороны истца;
- чистоты арбитражного производства (англ.: *arbitral propriety*).

Из этого «ресторанного меню» Бахрейн выбрал следующее:

- истцы вложили свои инвестиции не «в соответствии с законодательством принимающего государства»;
- уже после вложения инвестиций истцы совершали незаконные действия, что ведёт к неприемлемости иска;
- противоправное поведение иностранного инвестора является «серьёзным и широко распространённым» и связано с иском, рассматриваемым в арбитраже;
- истцы нарушали санкции Совета Безопасности ООН, США или ЕС, которые Бахрейн должен выполнять, что также приводит к неприемлемости иска;
- истцы были обязаны исчерпать внутренние средства правовой защиты по праву Бахрейна, прежде чем обращаться в арбитраж.

Если арбитраж признаёт, что то или иное исковое требование является неприемлемым, он, как правило, не рассматривает это требование вовсе либо (реже) отклоняет его, рассмотрев по существу. Разберём эти аргументы Бахрейна по порядку и реакцию арбитров на них.

²⁹ Большинство ДИДов не предусматривают срок исковой давности. Лишь в тексты ДИДов нового поколения государства стали включать положения о сроке исковой давности. Некоторые комментаторы считают, что отсутствие срока давности для исков иностранных инвесторов к принимающему государству по ДИДу ставит иностранцев в более выгодное положение, чем лиц, требования которых основаны на внутреннем праве и поэтому подпадают под сроки давности.

³⁰ Например, в ходе переговоров между Россией и Азербайджаном о заключении ДИДа Азербайджан требовал включить в текст ДИДа положение о том, что защита по ДИДу не предоставляется российским инвесторам армянского происхождения. Россия отвергла это предложение, и ДИД был заключён без подобного дискриминационного положения. В 2017 году Министерство иностранных дел России выразило возмущение по поводу продолжающихся инцидентов с гражданами Российской Федерации армянского происхождения, которым де-факто было запрещено посещать Азербайджан даже с целью транзита. См.: *Кривошеев К.* МИД России заступился за соотечественников с армянскими корнями // Коммерсантъ. 2017. 6 июля. URL: <https://www.kommersant.ru/doc/3344187> (дата обращения: 26.06.2022).

5.1. Положение ДИДа «в соответствии с законодательством принимающего государства» применяется только к этапу учреждения

Один из излюбленных приёмов государств-ответчиков — заявить, что истец с самого начала вложил свои инвестиции с нарушением законодательства принимающей стороны либо что он нарушал его, пока владел этими инвестициями.

Государства-ответчики пытаются использовать этот довод для обоснования того, что или (i) иск является неприемлемым, или (ii) у состава арбитража нет компетенции рассматривать спор по существу, или (iii) в удовлетворении иска следует отказать.

Арбитраж обратился к этому возражению ответчика: предполагаемая незаконная деятельность Future Bank, а именно нарушение санкций СБ ООН и отмывание денег, является препятствием для компетенции арбитража и допустимости иска.

Сначала арбитраж отметил, что статья 1(1) ДИДа определяет термин «инвестиции» как «любой вид активов, вложенных инвесторами одной Договаривающейся Стороны на территории другой Договаривающейся Стороны в соответствии с законами и правилами другой Договаривающейся Стороны».

Однако арбитры понимают эту формулировку так: они могут признать отсутствие у состава арбитража компетенции рассматривать спор только в том случае, если инвестор вложил свои инвестиции при помощи незаконных действий³¹. Напротив, по мнению состава арбитража, ДИД «не касается последствий каких-либо незаконных действий, которые инвестор мог совершать уже после того, как вложил свои инвестиции».

Арбитраж пояснил: это означает не то, что ДИД «представляет собой страховой полис для инвестора, который занимается незаконной деятельностью», а всего лишь то, что арбитраж обладает компетенцией для рассмотрения спора. Тем не менее арбитраж указал, что может давать оценку любым незаконным действиям инвестора на стадии рассмотрения спора по существу.

В этом смысле состав арбитража провёл различие между этим делом и делом *Валерий Белоконь против Кыргызстана*³². В последнем также фигурировало принудительное управление банком со стороны Кыргызстана: эта страна выдвинула руководителям зарегистрированного в Кыргызстане банка обвинения в отмывании денег. В феврале 2017 года апелляционный суд Парижа отменил арбитражное решение³³, вынесенное в пользу Белоконя, поскольку обнаружил доказательства, что банк занимался отмыванием денег³⁴. В том деле иностранные инвестиции были сделаны путём незаконного сговора иностранного (латвийского) инвестора с властями Кыргызстана с целью участия в отмывании денег.

5.2. Незаконные действия, совершённые после вложения инвестиций, могут привести к неприемлемости иска

Однако на этом анализ незаконности не закончился, поскольку состав арбитража установил, что его предыдущие рассуждения о компетенции не охватывают альтернативный

³¹ См.: PCA. *Bank Melli and Bank Saderat v. Bahrain*. § 355.

³² В деле *Валерий Белоконь против Кыргызстана* адвокат Бахрейна Ян Паулссон был председателем состава арбитража.

³³ Paris Court of Appeals. *Valeri Belokon v. Kyrgyz Republic*. Judgment of 21 February 2017. URL: <https://jusmundi.com/en/document/decision/ir-valeri-belokon-v-kyrgyz-republic-arret-de-la-cour-dappel-de-paris-tuesday-21st-february-2017> (дата обращения: 26.06.2022).

³⁴ Валерий Белоконь обжалует это решение апелляционного суда Парижа в кассационном суде. Решение последнего ожидается в течение 2022 года.

аргумент Бахрейна. Последний был таким: иск является неприемлемым (англ.: *inadmissible*) «в соответствии с доктринами международного публичного порядка и чистых рук».

Следует сказать, что в ранее вынесенных решениях по другим делам составы арбитражей разошлись во мнении относительно того, вправе ли государство ссылаться на доктрину «чистых рук»³⁵ в арбитражном разбирательстве между инвесторами и государством. Например, в решении по делу *Littop v. Ukraine*³⁶ состав арбитража пришёл к выводу, что принцип «чистых рук» «теперь является принципом международного права». Напротив, арбитраж в деле *South American Silver v. Bolivia*³⁷ не нашёл достаточных доказательств того, что доктрина чистых рук является общим принципом права (англ.: *general principle of law*). В решениях по делу бывших акционеров ЮКОСа состав арбитража пришёл к выводу, что доктрина «чистых рук» не существует как общий принцип международного права, который запрещал бы предъявление иска со стороны такого инвестора, каким являлись истцы в данном деле³⁸.

Напомним, что общие принципы права («признанные цивилизованными нациями», как сказано в статье 38 Статута Международного Суда ООН) — это один из источников международного права. Если Международный Суд ООН не может найти международный договор или международный обычай, чтобы решить спор (или какой-то из его аспектов), то он обязан применить тот или иной общий принцип права, чтобы спор не остался неразрешённым (лат.: *non liquet*)³⁹.

В данном же деле арбитраж согласился с ответчиком: «Опираясь на общие принципы добросовестности, международные судебные органы обязаны не рассматривать исковые требования, связанные с нарушением определённых общепризнанных норм»⁴⁰. В частности, ещё со времён римского права существует максима «не выслушивается никто, ссылающийся на собственную безнравственность» (лат.: *nemo auditur propiam turpitudinem allegans*). Арбитраж отметил, что этот принцип был признан предыдущими решениями других арбитражей по другим делам (самое яркое из них — по делу *World Duty Free v. Kenya*⁴¹).

Состав арбитража по Арбитражному регламенту ЮНСИТРАЛ в деле *Littop v. Ukraine* также постановил: арбитры в целом обязаны отказать в рассмотрении спора, если инвестиции были приобретены или осуществлены при помощи коррупции, незаконных действий или иного поведения, неприемлемого с точки зрения международного права (или иным образом запятнаны неприемлемым поведением)⁴². Арбитраж по делу

³⁵ См.: *Schwebel S. M. Clean Hands, Principle* // Max Planck Encyclopedia of Public International Law. 2013. URL: <https://opil.ouplaw.com/view/10.1093/law:epil/9780199231690/law-9780199231690-e18> (дата обращения: 26.06.2022).

³⁶ Stockholm Chamber of Commerce (далее — SCC). *Littop Enterprises Limited, Bridgemont Ventures Limited and Bordo Management Limited v. Ukraine*. Case no. V 2015/092. Final award of 4 February 2021. § 438.

³⁷ PCA. *South American Silver Limited v. The Plurinational State of Bolivia*. Case no. 2013-15. Final award of 22 November 2018.

³⁸ См.: PCA. *Yukos Universal Limited (Isle of Man) v. The Russian Federation*. Case no. 2005-04/AA227. Final award of 18 July 2014. § 1363.

³⁹ См.: *Bodansky D. Non Liqueat* // Max Planck Encyclopedia of Public International Law. 2006. URL: <https://opil.ouplaw.com/view/10.1093/law:epil/9780199231690/law-9780199231690-e1669?prd=MPIL> (дата обращения: 26.06.2022).

⁴⁰ PCA. *Bank Melli and Bank Saderat v. Bahrain*. § 375.

⁴¹ International Centre for Settlement of Investment Disputes (далее — ICSID). *World Duty Free Company v. Republic of Kenya*. Case no. ARB/00/7. Award of 4 October 2006.

⁴² См.: SCC. *Littop Enterprises Limited, Bridgemont Ventures Limited and Bordo Management Limited v. Ukraine*. § 442.

Litpop v. Ukraine признал на этом основании, что у него нет компетенции рассматривать спор, но не счёл сами исковые требования неприемлемыми. Точно так же состав арбитража по делу *Cortec v. Kenya* отказался от компетенции, обнаружив, что истец сам не соблюдал применимые экологические нормы права Кении⁴³.

Кроме того, в деле по иску иранских банков против Бахрейна коллегия арбитров сочла, что в соответствии с «правилом систематической интеграции», выраженным в статье 31(3)(с) Венской конвенции о праве международных договоров, арбитраж должен толковать ДИД с учётом других норм международного права, применимых в отношениях между сторонами ДИДа, включая общие принципы права, такие как добро-совестность и международный публичный порядок⁴⁴.

5.3. Предполагаемое противоправное поведение должно быть «серьёзным и широко распространённым» и связанным с иском, рассматриваемым в арбитраже

Арбитраж пояснил, что предполагаемое «незаконное поведение [инвестора, о котором заявляет государство-ответчик,] должно быть связано с исковыми требованиями, которые инвестор заявляет в арбитражном разбирательстве»⁴⁵. При этом арбитры подчеркнули: это правило приемлемости иска не может действовать «в качестве бланкетной меры, если рассматриваемые нарушения [со стороны истца] не порочат сами исковые требования»⁴⁶.

Как следует из анализа ранее вынесенных решений международных инвестиционных арбитражей по другим делам, подобное требование о том, что между предполагаемыми нарушениями (со стороны истца) и его исковыми требованиями, выдвинутыми в арбитраже, должна иметься связь, было сформулировано впервые. Предыдущие составы арбитражей требовали наличия «причинно-следственной связи» между незаконными действиями истца и инвестициями или же отмечали, что незаконные действия истца должны пронизывать собой самую «сущность инвестиций» (см., например, решения по делам *Fraport v. Philippines* (вторая стадия)⁴⁷ и *South American Silver v. Bolivia*⁴⁸).

Наконец, арбитраж добавил, что рассматриваемое нарушение должно быть «серьёзным и широко распространённым»⁴⁹. В этом контексте арбитры отметили, что в таком сложном и строго регулируемом бизнесе, как банковское дело, определённые нарушения неизбежны⁵⁰. Арбитры добавили, что даже такие серьёзные обвинения, как содействие отмыванию денег, не приведут к неприемлемости исков, «если эти нарушения были нечастыми и банк устранил их последствия и принимал меры во избежание повторения»⁵¹.

⁴³ ICSID. *Cortec Mining Kenya Limited, Cortec (Pty) Limited and Stirling Capital Limited v. Republic of Kenya*. Case no. ARB/15/29. Application for the Annulment of 15 February 2019. § 8.

⁴⁴ См.: PCA. *Bank Melli and Bank Saderat v. Bahrain*. § 371.

⁴⁵ См.: Ibid. § 503.

⁴⁶ Ibid.

⁴⁷ ICSID. *Fraport AG Frankfurt Airport Services Worldwide v. Republic of the Philippines (II)*. Case no. ARB/11/12. Award of 10 December 2014. § 332.

⁴⁸ PCA. *South American Silver Limited v. The Plurinational State of Bolivia*. § 470.

⁴⁹ PCA. *Bank Melli and Bank Saderat v. Bahrain*. § 376.

⁵⁰ См.: Ibid. § 378.

⁵¹ Ibid. Помимо этого, следует отметить, что г-жа Кауфманн-Колер — не новичок в банковском бизнесе. Так, ранее она была неисполнительным членом наблюдательного совета инвестиционного банка UBS (Швейцария). Этот факт фигурировал в нескольких делах против Аргентины.

5.4. Нарушение санкций Совета Безопасности ООН (но не санкций США или ЕС) может привести к неприемлемости иска

Ответчик утверждал, что Future Bank неоднократно нарушал международные санкции против Ирана. Перед тем как рассмотреть это утверждение, состав арбитража проанализировал несколько предварительных вопросов.

Во-первых, коллегия арбитров сочла: для того чтобы обосновать отклонение исковых требований противоправным поведением истца, это поведение должно касаться «фундаментальной нормы права»⁵². Однако, по мнению арбитров, далеко не все международные санкции являются основополагающими нормами международного права, поскольку некоторые из этих санкций «могут быть направлены на продвижение неуниверсальных политических или экономических интересов конкретных государств»⁵³.

Что касается санкций СБ ООН, состав арбитража счёл, что они являются «одними из наиболее фундаментальных норм международного права и как таковые представляют собой часть международного публичного порядка» (англ.: *international public policy*)⁵⁴. По мнению арбитров, это отразилось в том факте, что резолюции СБ ООН могут приниматься только на основе консенсуса постоянных членов СБ ООН⁵⁵ и преобладают над другими международно-правовыми обязательствами государств (в силу статьи 103 Устава ООН). Напротив, арбитры сочли, что национальным и региональным санкциям не хватает универсальности санкций СБ ООН⁵⁶. В частности, коллегия арбитров отметила: находящиеся под санкциями лица и организации, перечисленные США и ЕС, не идентичны спискам СБ ООН, а причины такого расхождения недостаточно ясны⁵⁷. Следовательно, арбитраж счёл, что только нарушение санкций СБ ООН может сделать иски неприемлемыми⁵⁸.

Во-вторых, как отметил состав арбитров, Бахрейн ввёл в действие эти санкции посредством Директивы ЦББ от 8 сентября 2010 года (*далее* — Директива 2010 года). Однако в ней проводилось различие между санкциями СБ ООН (соблюдение которых должны обеспечить все лицензированные в Бахрейне банки) и санкциями США (с которыми все эти банки должны быть «знакомы» и в связи с которыми банкам необходимо «следить за тем, чтобы не нарушать их [санкций] положений»). По мнению состава арбитража, ссылка в Директиве 2010 года на санкции США в этом контексте должна пониматься как «простое предупреждение» финансовых учреждений Бахрейна о соблюдении санкций США, когда это применимо. Это означало, что «санкции, связанные с Ираном, кроме санкций СБ ООН, не были адресованы банку Future Bank ни в соответствии с законодательством Бахрейна, ни в соответствии с международным публичным порядком»⁵⁹.

В-третьих, коллегия арбитров отметила: вновь и вновь в ходе арбитражного разбирательства возникал вопрос о том, как поступать с существующими финансовыми обя-

⁵² PCA. *Bank Melli and Bank Saderat v. Bahrain*. § 381.

⁵³ Ibid. Недавно Парижский апелляционный суд постановил, что нарушение санкций также может быть принято во внимание и на этапе исполнения решения (дело *DNO and others v. Ministry of Oil and Minerals of Yemen and others*).

⁵⁴ Ibid. § 381.

⁵⁵ См.: Ibid. § 382. Это, конечно, странное заявление: резолюции СБ ООН, как правило, принимаются голосованием, а не консенсусом.

⁵⁶ См.: Ibid. § 383.

⁵⁷ См.: Ibid.

⁵⁸ См.: Ibid.

⁵⁹ Ibid. § 390.

зательствами (такими, как кредиты) организаций, которые недавно были включены в санкционный список⁶⁰. Дело в том, что Резолюция 1737 СБ ООН сделала прямое исключение из санкционного режима для платежей по существующим контрактам при условии, что компетентное государство определит, что контракт не связан с запрещёнными объектами. С точки зрения состава арбитража, это означает, что Бахрейн должен был назначить орган, который рассматривал бы такие требования о погашении долга, однако Бахрейн этого не сделал⁶¹. Состав арбитража добавил: даже если принятие таких возвратов кредитных долгов было бы незаконным, то эта незаконность «будет представлять собой менее серьёзное нарушение, чем предоставление нового финансирования организациям, находящимся под санкциями»⁶².

5.5. Арбитры не усмотрели настолько значительного нарушения международных санкций, чтобы это повлекло за собой неприемлемость исковых требований

Затем состав арбитража рассмотрел список сделок между Future Bank и подсанкционными организациями. По мнению ответчика, эти сделки нарушали международные санкции.

Первой транзакцией стал кредит в размере 12,5 млн евро. Future Bank предоставил этот кредит компании National Iran Tanker Co. (Национальная иранская танкерная компания; далее — NITC). Этот кредит был одобрен банком до того, как NITC подверглась санкциям. Однако этот кредит был реструктурирован уже после того, как NITC была включена в список подсанкционных организаций OFAC (и после того, как ЕС заморозил активы NITC). Состав арбитража отметил: NITC не была помещена в список подсанкционных лиц СБ ООН, а реструктуризация кредита — это менее серьёзное действие, чем предоставление нового кредита подсанкционному юридическому лицу⁶³.

Затем арбитраж рассмотрел кредит от Future Bank в пользу «Судоходной компании Исламской Республики Иран» (далее — IRISL). Этот кредит был предоставлен указанному заёмщику до того, как IRISL была включена в санкционный список СБ ООН. Однако срок погашения этого кредита был продлён уже после этого момента. Арбитраж повторил свой предыдущий вывод: простой реструктуризации кредита, предоставленного до того, как организация была включена в санкционный список СБ ООН, недостаточно для отклонения исковых требований⁶⁴.

Арбитраж также не усмотрел никакого нарушения в том, что Future Bank получил свою долю от погашения синдицированного кредита, ранее (до введения санкций) предоставленного компании Petrochemical Industries Investments Iran (ПИИ)⁶⁵. Бахрейн считал, что нарушение со стороны банка заключается в том, что при погашении этого кредита Future Bank не запросил разрешения от соответствующих властей Великобритании.

Ещё одно обвинение ответчика в адрес истцов касалось требования Future Bank о погашении кредита в долларах США (или в валюте, конвертируемой в доллары США), предположительно, в нарушение санкций США. Бахрейн утверждал, что заёмщика в ко-

⁶⁰ См.: PCA. *Bank Melli and Bank Saderat v. Bahrain*. § 391.

⁶¹ См.: Ibid. § 394.

⁶² Ibid. § 395.

⁶³ См.: Ibid. § 403.

⁶⁴ См.: Ibid. § 407.

⁶⁵ См.: Ibid. § 418.

нечном итоге контролировал находящийся под санкциями Корпус стражей исламской революции (Иран). Однако коллегия арбитров не усмотрела нормы, запрещающей предоставление кредита при таких обстоятельствах⁶⁶. Отметив, что выполнение требования Future Bank о погашении кредита в долларах США, «вероятно, приведёт к нарушению» санкций США, арбитраж всё-таки не согласился с тем, что ответчик представил достаточные доказательства того, что такое погашение кредита действительно имело место.

Правда, арбитраж установил, что Future Bank не выполнил свои обязательства по должной осмотрительности (англ.: *due diligence*)⁶⁷, открыв счёт и предоставив кредит компании International Solar Oil Company (*далее* — ISOC). ISOC косвенно принадлежала иранской компании, управляющий директор которой был включён в список лиц под санкциями СБ ООН за его роль в государственной программе Ирана по баллистическим ракетам. Отметив, что это не является прямым нарушением санкций СБ ООН, арбитраж счёл, что Future Bank должен был «проявить повышенную осмотрительность», поддерживая деловые отношения с ISOC, но не сделал этого.

Состав арбитража также принял к сведению тот факт, что банк Future Bank ввёл ЦББ в заблуждение, когда сообщил, что реинвестировании доходов от еврооблигаций, приобретённых банком у компании Pars Oil & Gas Company (*далее* — POGC), является простой пролонгацией (добавив, однако, что эта пролонгация тоже не нарушала санкции)⁶⁸.

Наконец, арбитраж рассмотрел еврооблигации, выпущенные компанией POGC в пользу Future Bank, в качестве обеспечения по кредитам в то время, когда компания POGC уже находилась под санкциями США. Однако арбитраж повторил, что санкции OFAC не были прямо адресованы Future Bank⁶⁹.

Арбитраж пришёл к выводу, что в целом материалы дела «содержат лишь единичные доказательства нарушений применимых санкций со стороны Future Bank»⁷⁰.

5.6. Косвенные доказательства указывают на несовершенство системы в Future Bank по борьбе с отмыванием денег, практику «запирывания концов» и использование альтернативной системы обмена сообщениями; всё это предполагает более масштабные нарушения, однако этого недостаточно для признания исковых требований неприемлемыми

Затем арбитраж обратился к косвенным доказательствам, чтобы определить, были ли нарушения банком Future Bank применимых санкций более распространёнными, чем было задокументировано.

Арбитры отметили, что Future Bank был обязан подавать отчёты о подозрительных транзакциях (англ.: *suspicious transaction reports*, STR), а также разработать политику по борьбе с отмыванием денег (англ.: *anti-money laundering*, AML) и финансированием терроризма (англ.: *counter financing of terrorism*, CFT)⁷¹. Кроме того, по состоянию

⁶⁶ См.: PCA. *Bank Mellī and Bank Saderat v. Bahrain*. § 424.

⁶⁷ См.: *Koivurova T.* Due Diligence // Max Planck Encyclopedia of Public International Law. 2010. URL: <https://opil.ouplaw.com/view/10.1093/law:epil/9780199231690/law-9780199231690-e1034> (дата обращения: 26.06.2022).

⁶⁸ См.: PCA. *Bank Mellī and Bank Saderat v. Bahrain*. § 439.

⁶⁹ См.: Ibid. § 444.

⁷⁰ Ibid. § 448.

⁷¹ См.: Ibid. § 449.

на октябрь 2007 года Future Bank был обязан применять усиленную комплексную проверку в отношении операций, связанных с Ираном.

Истцы не ответили на заявление ЦББ о том, что Future Bank нарушил свою обязанность по предоставлению отчётов о подозрительных транзакциях, проявив «умышленную слепоту» в отношении крупных транзакций с наличными в евро для посольства Ирана без получения соответствующей документации по надлежащей проверке клиентов. Однако, с точки зрения состава арбитража, этот недостаточный надзор всё равно не дотягивает до того, чтобы арбитры отклонили иск (или отказали в компетенции состава арбитража)⁷².

Затем арбитраж установил: истцы признали, что они «прятали концы в воду» (англ.: *wire stripping*), совершали «преднамеренные действия по изменению или удалению существенной информации из электронных платежей или инструкций, что затрудняло или делало невозможным идентификацию плательщика или получателя платежа»⁷³. Тем не менее, после того как ЦББ выразил обеспокоенность этой практикой в 2009 году, Future Bank постепенно отказался от этой практики, как отметила коллегия арбитров, а ответчик не смог доказать, что «прятание концов» является незаконным в соответствии с законодательством Бахрейна.

Ещё одно косвенное доказательство (англ.: *circumstantial evidence*; буквально — доказательство, следующее из окружающей обстановки), представленное Бахрейном, касалось использования Future Bank альтернативной системы обмена сообщениями (*далее* — AMS). Эта система не подвергалась такому же мониторингу, как широко используемая система связи «Общества всемирных межбанковских финансовых телекоммуникаций» (*далее* — SWIFT).

Future Bank не был полностью отключён от системы SWIFT до 2012 года. Однако он использовал AMS уже с 2008 года и не подавал никаких отчётов о подозрительных транзакциях в отношении транзакций, проведённых через AMS. Арбитраж счёл этот факт «необычным и свидетельствующим о ненадлежащем выполнении банком своей обязанности соблюдать должную осмотрительность»⁷⁴. Коллегия арбитров также указала: отказ Future Bank раскрыть информацию о том, что он использовал AMS до 2012 года, а также отсутствие учёта в этом отношении противоречили правилам ЦББ⁷⁵. Арбитры добавили, что согласно отчёту международной аудиторской компании Deloitte 89 % сообщений были переданы по AMS организациям, находящимся под санкциями. В частности, Future Bank обменялся с компанией IRISL 182 сообщениями уже после того, как та была включена в список организаций, подпадающих под санкции СБ ООН, а количество сообщений AMS, которыми обменивался Future Bank, резко увеличилось после того, как Бахрейн стал имплементировать санкции ООН в 2010 году⁷⁶.

По мнению арбитража, вывод о том, что Future Bank использовал AMS для сокрытия транзакций, нарушающих санкции ООН, не является надуманным⁷⁷. В связи с этим арбитраж постановил, что, «возможно, Future Bank нарушал санкции ООН и эти нарушения были более многочисленными», чем было выявлено⁷⁸.

⁷² См.: PCA. *Bank Melli and Bank Saderat v. Bahrain*. § 454.

⁷³ Ibid. § 455.

⁷⁴ Ibid. § 463.

⁷⁵ См.: Ibid. § 469.

⁷⁶ См.: Ibid. § 482.

⁷⁷ См.: Ibid. § 483.

⁷⁸ Ibid. § 484.

Тем не менее арбитраж счёл «недостаточными признаки для установления систематических и/или серьёзных нарушений основных норм права, которые требовали бы признать исковые требования неприемлемыми в качестве общей меры»⁷⁹.

5.7. Предполагаемое поведение истцов недостаточно связано с исковыми требованиями

Наконец, состав арбитража добавил: предполагаемые незаконные действия, на которые ссылался Бахрейн, связаны с отдельными транзакциями, но не с принудительным введением внешнего управления и ликвидацией Future Bank, о которых идёт речь в настоящем арбитражном разбирательстве⁸⁰. Следовательно, эти нарушения не имеют связи, необходимой для того, чтобы незаконное поведение истцов имело последствием признание исковых требований недопустимыми.

С точки зрения арбитража, как раз это и отличает рассматриваемое дело от более ранних решений (таких, как дело *Churchill Mining v. Indonesia*, в котором председателем состава арбитража также была г-жа Кауфманн-Колер⁸¹). В последних незаконность поведения истцов была настолько связана с исками, что арбитражные решения по этим искам позволили бы истцу получить выгоду от собственного незаконного поведения. Коллегия арбитров постановила, что в данном случае таких опасений не было⁸².

Арбитры пояснили, что незаконное поведение Future Bank может оставаться актуальным на этапе рассмотрения существа дела: либо для понимания действий Бахрейна в контексте, либо в качестве соответствующего соображения при расчёте убытков, причинённых истцу действиями ответчика⁸³.

5.8. В отсутствие прямого положения ДИДа и вне контекста заявления об отказе в правосудии истец не обязан исчерпать внутренние средства правовой защиты

Наконец, ещё один аргумент Бахрейна против иска был таким: истцы должны были предъявить свои требования в суды Бахрейна и исчерпать внутренние средства правовой защиты. Арбитраж решил рассмотреть этот аргумент, прежде чем углубляться в существо дела. Вполне может оказаться, что право иностранных инвесторов подавать иски к государству в международный арбитраж без исчерпания средств правовой защиты не соответствует Конституции. Например, часть 3 статьи 46 Конституции России даёт право «каждому» (а по сути — только лицам, находящимся под юрисдикцией России) обращаться в соответствии с международными договорами Российской Федерации в межгосударственные органы по защите прав и свобод человека (то есть прежде всего — в Европейский Суд по правам человека⁸⁴), но только после исчерпания внутренних средств правовой защиты.

⁷⁹ PCA. *Bank Melli and Bank Saderat v. Bahrain*. § 503.

⁸⁰ См.: Ibid. § 505.

⁸¹ См.: Ibid.

⁸² См.: Ibid.

⁸³ См.: Ibid. § 507.

⁸⁴ Разумеется, с момента прекращения действия для России Конвенции о защите прав человека и основных свобод физические и юридические лица утратят возможность обращаться в Европейский Суд по правам человека за защитой своих прав, нарушенных, как они заявляют, Россией.

Арбитраж отметил, что в ДИДе отсутствует конкретное требование о том, что истец должен исчерпать средства правовой защиты по праву Бахрейна, прежде чем подавать иск по ДИДу⁸⁵.

Ответчик попытался переформулировать этот аргумент, подчеркнув, что для установления факта нарушения надлежащей правовой процедуры требуется решение местных властей. Однако арбитраж не согласился с этим. Хотя исчерпание местных средств правовой защиты необходимо для искового требования об отказе в правосудии, состав арбитража счёл, что в отличие от иска об отказе в правосудии предполагаемое истцами нарушение надлежащей правовой процедуры в Бахрейне не основывается на предположении, что судебная система этого государства в целом потерпела неудачу⁸⁶.

Коллегия арбитров отметила, что этот вывод был подкреплён тем фактом, что ДИД содержал положение о «развилке на дороге». Так, если бы истцы обратились со своим иском в суды Бахрейна, они были бы не вправе подать иск по ДИДу⁸⁷.

Аналогичные утверждения о том, что истцы должны сначала исчерпать внутренние средства правовой защиты, но вне контекста отказа в правосудии, высказывались, но также были отвергнуты составами арбитражей в делах *Cairn v. India*⁸⁸ и *Crespo v. Poland*⁸⁹. В целом в международном инвестиционном арбитраже, как правило, нет требования, чтобы инвесторы сначала исчерпали внутренние средства правовой защиты⁹⁰.

6. Существо спора

6.1. Лишение истцов доли участия в Future Bank стало бессрчным

Обращаясь к существу дела, арбитраж сначала рассмотрел исковое требование об экспроприации. Арбитраж признал бесспорным тот факт, что Решение ЦББ приостановило права истцов на владение акциями Future Bank. Хотя принудительное управление, введённое Бахрейном над Future Bank, по своей природе было временным, за ним последовало решение о ликвидации в 2016 году. Кроме того, на момент вынесения Решения ЦББ истцы не получили каких-либо поступлений от ликвидации, а ответчик не представил подробной информации о процессе ликвидации.

При таких обстоятельствах арбитраж пришёл к выводу, что лишение истцов их доли участия в Future Bank стало бессрчным⁹¹.

6.2. Меры регулирования не равносильны неправомерной экспроприации, особенно в строго регулируемом банковском секторе

Однако арбитраж указал, что, помимо не ограниченного каким-либо сроком существенного лишения имущества, анализ экспроприации должен был учитывать «признанные

⁸⁵ См.: PCA. *Bank Mellī and Bank Saderat v. Bahrain*. § 518.

⁸⁶ См.: Ibid. § 521.

⁸⁷ См.: Ibid. § 528.

⁸⁸ PCA. *Cairn Energy PLC and Cairn UK Holdings Limited (CUHL) v. Republic of India*. Case no. 2016-07. Award of 21 December 2020.

⁸⁹ International Criminal Court. *Julian Crespo Santamargarita, Juan Ricardo Crespo Santamargarita, and Valencja v. Poland*. Case no. 11392/KGA/CCO. Award of 22 September 2005.

⁹⁰ См.: *Kriebaum U.* Previous Exhaustion of Local Remedies: Investment Arbitration // Max Planck Encyclopedia of Public International Law. 2018. URL: <https://opil.ouplaw.com/view/10.1093/law-mpeipro/e3332.013.3332/law-mpeipro-e3332> (дата обращения: 26.06.2022).

⁹¹ См.: PCA. *Bank Mellī and Bank Saderat v. Bahrain*. § 629.

ограничения полномочий государства в сфере регулирования банковского сектора»⁹². Если бы оспариваемые меры были добросовестным, недискриминационным и соразмерным ответом на незаконную деятельность, то арбитраж был бы не вправе постановить, что имела место экспроприация, иначе государство могло бы быть привлечено к ответственности за применение своих собственных законов и правил к инвестору⁹³.

С точки зрения арбитров, эта доктрина полномочий государства, принимающего инвестиции, по установлению определённой политики (англ.: *police powers*) особенно актуальна в банковском секторе, где инвесторы обязаны соблюдать «множество правил, разработанных для защиты стабильности финансового сектора и, в более общем плане, общественного благосостояния»⁹⁴. Состав арбитража напомнил: несколько предыдущих решений, касающихся банковского сектора (*Saluka v. The Czech Republic*⁹⁵, *Levi v. Peru*⁹⁶ и *Genin v. Estonia*⁹⁷), подчёркивали данный момент. Этот же аспект актуален и для арбитражного разбирательства по делу *Del Valle and others v. Spain*⁹⁸, в котором г-жа Кауфманн-Колер является председателем состава арбитража.

Следовательно, состав арбитража должен был определить, являются ли доказательства незаконной деятельности, выявленные ЦББ, «подлинной причиной» для возможной ликвидации банка. Коллегия арбитров отметила, что она должна с некоторым уважением отнестись к выводам ЦББ в этом отношении⁹⁹. Кроме того, арбитры сочли, что «настоящие ошибки или неэффективность регулятора» не превращают добросовестное соблюдение банковских правил принимающего государства (то есть Бахрейна) в нарушение ДИДа¹⁰⁰. Однако арбитры добавили, что «серьёзность и множественность ошибок регулятора вполне могут поставить под сомнение истинные намерения государства, принявшего оспариваемые меры»¹⁰¹.

6.3. Принудительное администрирование и ликвидация Future Bank были политически мотивированы и, следовательно, не являлись добросовестной регулятивной мерой

Изучив нормативно-правовую базу ЦББ, арбитраж сначала обнаружил, что материалы дела не содержат каких-либо доказательств, современных соответствующим событиям (англ.: *contemporary evidence*) и излагавших причины Решения ЦББ¹⁰². По мнению состава арбитража, единственным имеющимся доказательством был протокол заседания кризисного комитета ЦББ от 30 апреля 2015 года: в нём указано, что деятельность Future Bank «нанесёт ущерб предоставлению финансовых услуг и в целом интересам Королевства [Бахрейн]»¹⁰³.

⁹² PCA. *Bank Melli and Bank Saderat v. Bahrain*. § 631.

⁹³ См.: Ibid.

⁹⁴ Ibid. § 632.

⁹⁵ PCA. *Saluka Investments BV v. The Czech Republic*. Case no. 2001-04. Partial Award of 17 March 2006.

⁹⁶ ICSID. *Renée Rose Levy de Levi v. Republic of Peru*. Case no. ARB/10/17. Award of 26 February 2014.

⁹⁷ ICSID. *Alex Genin, Eastern Credit Limited, Inc. and A.S. Baltoil v. The Republic of Estonia*. Case no. ARB/99/2. Award of 25 June 2011.

⁹⁸ PCA. *Antonio del Valle Ruiz et al v. Kingdom of Spain*. Case no. 2019-17.

⁹⁹ См.: PCA. *Bank Melli and Bank Saderat v. Bahrain*. § 636.

¹⁰⁰ Ibid.

¹⁰¹ Ibid. § 637.

¹⁰² См.: Ibid. § 652.

¹⁰³ Ibid.

Ограниченные доказательства незаконной деятельности, представленные в арбитражном разбирательстве, были собраны после Решения ЦББ. Это означает, что эти доказательства не могли побудить Бахрейн к введению внешнего управления и дальнейшей ликвидации банка Future Bank. С точки зрения арбитров, это «резко контрастировало» с применимой нормативно-правовой базой, которая требовала тщательного изучения всех соответствующих фактов до принятия решения о принудительном введении внешнего управления в банке¹⁰⁴.

Затем арбитры сочли, что они не могут «игнорировать более широкий политический контекст, существовавший в то время, когда Бахрейн принял оспариваемые меры». Примечательно, что 2 апреля 2015 года, то есть за несколько недель до Решения ЦББ, было объявлено, что Иран согласился с «шестёркой» международных посредников (в составе России, США, Франции, Германии, Великобритании и Китая) ввести определённые ограничения своей ядерной программы в обмен на частичное смягчение санкций СБ ООН. Позже это привело к подписанию Совместного всеобъемлющего плана действий (*далее* — СВПД) (который был затем в центре спора между Ираном и США¹⁰⁵, рассматриваемого в настоящее время в Международном Суде ООН — главном судебном органе ООН)¹⁰⁶.

В сообщениях СМИ, современных тем событиям, указывалось, что Саудовская Аравия решительно выступала против подписания СВПД и оказывала давление на соседние государства, такие как Бахрейн, с целью разорвать отношения с Ираном. В этом отношении арбитраж счёл имеющим значение тот факт, что Бахрейн принял решение передать под внешнее управление ещё одно иранское предприятие — Иранскую страховую компанию — в тот же день, что и Future Bank¹⁰⁷.

Из Решения следует, что Иранская страховая компания подала собственное уведомление об арбитраже против Бахрейна 6 апреля 2018 года. Однако Бахрейн заявил в ходе арбитражного разбирательства, что Иранская страховая компания «не продвигала активно свои требования». Возможно, решение по делу *Bank Melli and Bank Saderat v. Bahrain* подтолкнёт Иранскую страховую компанию к активизации этого иска.

Кроме того, арбитры отметили: вскоре после Решения ЦББ должностное лицо ЦББ заявило, что введение принудительного внешнего управления было «суверенным решением» Бахрейна¹⁰⁸. Арбитры также учли, что ЦББ не делал каких-либо недавних (по отношению к внезапному введению внешнего управления) предупреждений, не выражал обеспокоенности деятельностью Future Bank, не рассматривал менее ограничи-

¹⁰⁴ См.: PCA. *Bank Melli and Bank Saderat v. Bahrain*. § 652.

¹⁰⁵ Дело о предполагаемых нарушениях Договора о дружбе, экономических отношениях и консульских правах 1955 года по иску Ирана к США (англ.: *Alleged Violations of the 1955 Treaty of Amity, Economic Relations, and Consular Rights (Islamic Republic of Iran v. The United States of America)*), начатое в июле 2018 года. 8 октября 2018 года Международный Суд ООН обязал США обеспечить, чтобы «санкции» США против Исламской Республики Иран не помешали последней получать жизненно важные гуманитарные грузы и товары, связанные с полётами гражданской авиации. 3 февраля 2021 года Международный Суд ООН подтвердил, что к его компетенции относится рассмотрение спора между Ираном и США в соответствии с указанным Договором 1955 года. Помимо этого, Международный Суд ООН рассматривает с июня 2016 года ещё одно дело по иску Ирана к США, касающееся некоторых иранских активов (англ.: *Certain Iranian Assets*).

¹⁰⁶ 8 мая 2018 года Администрация Президента США Дональда Трампа вышла из СВПД. Лишь сейчас (февраль 2022 года) участники СВПД приблизились к возобновлению его действия. См.: Черненко Е. «Мы в пяти минутах от финиша» // Коммерсантъ. 2022. 7 февраля. URL: <https://www.kommersant.ru/doc/5205569> (дата обращения: 26.06.2022).

¹⁰⁷ См.: PCA. *Bank Melli and Bank Saderat v. Bahrain*. § 668.

¹⁰⁸ Ibid. § 675.

тельные альтернативы (например, приостановку действия лицензии Future Bank) введению внешнего управления¹⁰⁹.

В свете всего этого арбитраж усмотрел «за оспариваемыми мерами ЦББ убедительные косвенные доказательства мотивации политического возмездия»¹¹⁰. Таким образом, арбитраж пришёл к выводу, что принудительное внешнее управление и дальнейшая ликвидация Future Bank не были добросовестными мерами регулирования со стороны Бахрейна, а представляли собой косвенную экспроприацию¹¹¹.

6.4. Политически мотивированная экспроприация не преследовала общественно-полезные цели и, следовательно, неправомерна

Обращаясь к тому, являлась ли эта косвенная экспроприация правомерной с точки зрения международного права, арбитраж рассмотрел требование ДИДа о том, что экспроприация должна осуществляться в общественных целях. В рамках этого арбитраж признал, что вопрос о том, были ли оспариваемые меры приняты в общественных целях, «в значительной степени пересекается» с анализом полномочий государства по регулированию (англ.: *police power*)¹¹². В этом контексте коллегия арбитров повторила: административные решения и решения о ликвидации были «политически мотивированными, непропорциональными мерами, которым явно не хватало современного тем событиям рационального обоснования»¹¹³.

Отметив, что предыдущие составы арбитражей по другим делам требовали «некоторой степени уважения к определению государством существования общественного интереса», арбитры в данном деле всё же пришли к выводу, что требование общественной цели не было соблюдено. Любопытно, что, например, арбитраж по делу *Vestey v. Venezuela* (председателем в котором была г-жа Кауфманн-Колер) также принял к сведению уважение, которое арбитры должны проявлять к определению государством общественной цели, но настаивал на том, что оспариваемые меры должны быть действительно пригодны для достижения этой цели¹¹⁴.

Добавив, что истцы не получили никакой компенсации, арбитраж пришёл к выводу, что экспроприация была неправомерной с точки зрения международного права¹¹⁵.

6.5. Арбитраж не счёл необходимым разрешать оставшиеся исковые требования

Истцы также заявляли о нарушении положения ДИДа о полной защите и безопасности (пункт 1 статьи 4) и о применении более благоприятных инвестиционных положений, принятых после ратификации ДИДа (статья 5).

Однако международные инвестиционные арбитражи руководствуются принципом процессуальной экономии. Коллегия арбитров отметила, что установление ответственности Бахрейна за возможное нарушение этих положений не изменит анализ суммы компенсации (англ.: *quantum*), подлежащей выплате Бахрейном истцам. Поэтому ар-

¹⁰⁹ См.: PCA. *Bank Melli and Bank Saderat v. Bahrain*. § 677, 683.

¹¹⁰ Ibid. § 689.

¹¹¹ См.: Ibid. § 690.

¹¹² Ibid. § 691.

¹¹³ Ibid.

¹¹⁴ См.: Ibid. § 693.

¹¹⁵ См.: Ibid. § 697.

битраж решил, что в интересах процессуальной экономии ему не следует рассматривать эти исковые требования истцов¹¹⁶.

Состав арбитража признал: некоторые предыдущие арбитражи по другим делам приходили к выводу, что заявление о нарушении само по себе может представлять собой форму возмещения ущерба¹¹⁷. Однако арбитры добавили, что в соответствии со статьёй 37(1) Статей Комиссии международного права об ответственности государств за международно-противоправные деяния¹¹⁸ сатисфакция является лишь одним из вариантов именно в той мере, «в какой ущерб не может быть возмещён реституцией или компенсацией»¹¹⁹. Таким образом, арбитры сочли необязательным рассматривать остальные исковые требования.

Ранее составы арбитражей (например, в деле *Merrill & Ring v. Canada*¹²⁰) устанавливали в своих решениях, что ни одно нарушение международного договора не может возникнуть без ущерба для истца. Однако составы арбитражей, выносившие решения по другим делам позднее (например, *Infinito Gold v. Costa Rica*¹²¹, где состав арбитража также возглавляла г-жа Кауфманн-Колер), хотя и устанавливали нарушения применимого международного договора, но не присуждали истцам возмещения ущерба в связи с именно этими нарушениями.

6.6. Доходы, полученные от ликвидации Future Bank, будут вычтены из возмещения убытков, причитающихся по решению, во избежание двойного возмещения

Одним из жупелов международного инвестиционного арбитража являются опасения, что истец получит «двойное возмещение» (англ.: *double recovery*). Опираясь на экспертное заключение компании Fair Links, истцы потребовали от ответчика компенсацию в размере до 300 млн евро плюс моральный ущерб и судебные издержки. Эксперт ответчика по возмещению убытков — компания Alvarez & Marsal — утверждала, что истцам не причитается возмещение убытков, поскольку стоимость принадлежавших истцам акций Future Bank была значительно выше, чем на момент принятия решения ЦББ.

Сначала арбитраж отклонил утверждение ответчика о том, что истцы не понесли никаких убытков: простое сравнение стоимости принадлежавших истцам акций Future Bank на дату Решения ЦББ и на дату вынесения Решения не может учесть тот факт, что истцы были лишены возможности осуществлять свои права как акционеры этого банка¹²².

Затем арбитры приняли к сведению заявление ответчика о том, что истцы имеют право на получение поступлений от ликвидации Future Bank¹²³. Однако, принимая во

¹¹⁶ См.: PCA. *Bank Melli and Bank Saderat v. Bahrain*. § 699. В делах по искам бывших акционеров ЮКОСа против России арбитраж также воспользовался принципом процессуальной экономии, чтобы не рассматривать часть исковых требований.

¹¹⁷ См.: PCA. *Bank Melli and Bank Saderat v. Bahrain*. § 701.

¹¹⁸ Резолюция Генеральной Ассамблеи ООН от 12 декабря 2001 года № 56/83 «Ответственность государств за международно-противоправные деяния».

¹¹⁹ PCA. *Bank Melli and Bank Saderat v. Bahrain*. § 701.

¹²⁰ ICSID. *Merrill & Ring Forestry L. P. v. Government of Canada*. Case no. UNCT/07/1. Award of 31 March 2010.

¹²¹ ICSID. *Infinito Gold Ltd. v. Costa Rica*. Case no. ARB/14/5. Award of 3 June 2021.

¹²² См.: PCA. *Bank Melli and Bank Saderat v. Bahrain*. § 747.

¹²³ См.: Ibid. § 749.

внимание, что истцы не получали таких доходов в течение шести лет, арбитраж счёл, что перспективы получения этих доходов были «крайне неопределёнными»¹²⁴.

В то же время арбитраж отметил, что не может исключить того, что ответчик выплатит истцам ликвидационную выручку¹²⁵. Это создаёт риск двойного взыскания. Учитывая данное обстоятельство, арбитраж «должным образом принял к сведению обязательство истцов не требовать двойного возмещения и вычесть любую сумму полученных истцами ликвидационных поступлений из суммы компенсации убытков, причитающихся истцам с Бахрейна по настоящему арбитражному решению»¹²⁶.

Состав арбитража добавил, что «последовательная практика» международных инвестиционных арбитражей заключается в следующем: арбитры «делают всё возможное, чтобы избежать двойного взыскания», полагаясь на такие элементы, как обязательства истца, или заявляя, что во избежание двойного взыскания можно положиться на национальные суды¹²⁷. Например, арбитражи следовали первому подходу в деле *Deutsche Bank v. Sri Lanka*¹²⁸, а второму подходу — в деле *Vivendi v. Argentina* (третья стадия)¹²⁹.

6.7. Метод оценки на основе активов сводит к минимуму риск компенсации истцам за нарушения ими применимых правил

Что касается метода оценки компенсации, которую ответчик должен выплатить истцам, то арбитраж отметил, что в целом метод дисконтированных денежных потоков (*далее* — ДДП), выбранный истцами, подходит для отражения справедливой рыночной стоимости действующего предприятия с доказанной рентабельностью, такого как Future Bank¹³⁰. Тем не менее арбитры сочли, что подход ДДП будет в данном случае «спекулятивным», поскольку Future Bank допустил некоторые нарушения применимого законодательства, а бизнес-модель этого банка подразумевала высокую степень зависимости от иранских клиентов¹³¹. По мнению состава арбитража, гипотетический покупатель принадлежащих истцам акций банка должен был бы принять во внимание эти факторы риска¹³².

По тем же причинам арбитры отклонили также и рыночный метод оценки¹³³.

Таким образом, единственным подходящим методом оценки остался метод оценки на основе активов (англ.: *asset-based valuation method*). Обе стороны представили свою модель оценки, основанную на этом методе. При этом истцы достигли оценки в 243 млн долларов США, а эксперт ответчика предложил оценку примерно в 255 млн долларов США (в бахрейнских динарах).

Отметив, что оценка ответчика была выше, арбитры решили принять за основу наименьшую из этих двух цифр. Хотя в арбитражном решении говорится, что арбитраж принял оценку истца в размере 243 млн *долларов США*, в резолютивной части арбитраж-

¹²⁴ PCA. *Bank Melli and Bank Saderat v. Bahrain*. § 750.

¹²⁵ См.: Ibid. § 751.

¹²⁶ Ibid. § 754.

¹²⁷ Ibid. § 755.

¹²⁸ ICSID. *Deutsche Bank AG v. Democratic Socialist Republic of Sri Lanka*. Case no. ARB/09/2. Award of 31 October 2012.

¹²⁹ ICSID. *Suez, Sociedad General de Aguas de Barcelona, S.A. and Vivendi Universal, S.A. v. Argentine Republic*. Case no. ARB/03/19. Award of 9 April 2015.

¹³⁰ См.: PCA. *Bank Melli and Bank Saderat v. Bahrain*. § 761.

¹³¹ См.: Ibid. § 763, 768.

¹³² См.: Ibid. § 770.

¹³³ См.: Ibid. § 772.

ного решения указано, что ответчик должен выплатить компенсацию в размере 243 млн евро. Это несоответствие побудило Бахрейн добиваться исправления арбитражного решения; производство по этому делу сейчас продолжается.

6.8. Отказ в зачёте денежных средств, причитающихся от истцов банку Future Bank, и в удовлетворении ходатайства истцов о том, что зачёт не может быть произведён в отношении присуждённых убытков

Бахрейн утверждал, что истцы всё ещё имеют непогашенную задолженность перед Future Bank в размере около 360 млн долларов США, и просил зачесть эту сумму в счёт присуждённых истцам убытков.

Состав арбитража счёл, что это ходатайство ответчика можно трактовать двояко¹³⁴:

1) арбитраж должен учесть сумму этого долга при оценке стоимости доли истцов (арбитраж отклонил такой подход, поскольку для банка его требования к третьим лицам являются активом, а не обязательством);

2) денежные средства, причитающиеся Future Bank с истцов, должны быть зачтены в счёт любой компенсации, причитающейся истцам с Бахрейна в связи с нарушением ДИДа¹³⁵ (состав арбитража постановил, что Арбитражный регламент ЮНСИТРАЛ разрешает ответчику предъявлять только встречные требования, которые вытекают из того же договора и могут быть приравнены к ДИДу в договорном контексте, однако арбитраж не имеет компетенции проводить зачёт долга, возникшего в результате договорных отношений между истцами и Future Bank, который не был стороной данного арбитражного разбирательства).

Кроме того, арбитраж добавил, что у него нет никаких доказательств того, что долг истцов перед Future Bank не будет погашен¹³⁶. Даже если этот долг не был погашен, уместным действием было бы подать иск в компетентные суды, а не объявлять о зачёте¹³⁷.

Напротив, истцы просили арбитраж вынести такое декларативное решение: любая денежная компенсация от ответчика истцам должна сопровождаться формулировкой, прямо указывающей на то, что эта сумма не подлежит зачёту против любых других сумм, предположительно причитающихся с истцов в пользу Future Bank. Без каких-либо дополнительных указаний в отношении якобы причитающихся сумм состав арбитража заключил, что он должен отклонить такое «общее заявление о невозможности зачёта предполагаемых обязательств».

6.9. Исковое требование о возмещении морального вреда отклонено как необоснованное

Истцы утверждали, что их репутации нанесён ущерб из-за информации, якобы намеренно слитой Бахрейном в Washington Post. Соответственно, истцы потребовали 10 млн евро в качестве компенсации морального вреда.

¹³⁴ См.: PCA. *Bank Melli and Bank Saderat v. Bahrain*. § 777.

¹³⁵ См.: Ibid. § 780.

¹³⁶ См.: Ibid. § 779, 788.

¹³⁷ См.: Ibid. § 788.

Повторяя решение по делу *Pey Casado vs. Chile*¹³⁸, состав арбитража отметил: иск о возмещении морального вреда «не освобождает истца от лежащего на нём бремени доказывания»¹³⁹. Поскольку истцы не представили никаких доказательств в поддержку своего требования о возмещении морального вреда, арбитраж отказал им в удовлетворении этого искового требования¹⁴⁰.

6.10. Проценты за пользование чужими деньгами

Что касается процентов, состав арбитража отклонил довод истцов о том, что в основу расчёта процентов за пользование Бахрейном деньгами истцов следует положить средневзвешенную стоимость капитала Future Bank (англ.: *weighted average cost of capital*). Арбитраж отметил на этот счёт: было бы неоправданно, чтобы проценты компенсировали бизнес-риск, которого больше не существует¹⁴¹. Арбитраж выбрал в качестве процентной ставки за период до вынесения арбитражного решения (начиная с даты Решения ЦББ) и за период после этого момента процентную ставку по пятилетним казначейским облигациям США¹⁴².

7. Истцы возмещают большую часть своих расходов

Касательно арбитражных расходов арбитраж отметил: истцы «в основном выиграли» дело в том, что касается (i) предварительных возражений, заявленных ответчиком против компетенции состава арбитража и приемлемости иска, (ii) ответственности Бахрейна и (iii) суммы компенсации. Однако истцы не смогли убедительно доказать свой метод оценки суммы понесённого ущерба, процентов за пользование чужими деньгами и морального вреда. Кроме того, арбитраж напомнил, что обнаружил определённые нарушения в деятельности Future Bank¹⁴³.

С учётом этих факторов арбитраж обязал ответчика возместить 80 % доли истцов в арбитражных расходах (1,8 млн евро), а также 60 % гонораров юристов истцов и накладных расходов¹⁴⁴. Однако арбитраж пояснил, что эта доля была основана на расходах, оцениваемых в 3,7 млн евро, исходя из затраченного юристами времени, а не на договорённости истцов о вознаграждении с их адвокатами (согласно которой истцы должны были заплатить своим адвокатам 1 млн евро плюс 1,75 % от всех присуждённых истцам сумм)¹⁴⁵.

8. Заключение

Из изложенного выше следует несколько выводов.

Во-первых, коллегия арбитров успешно справилась с ситуацией, когда истец (или страна его происхождения) находится под теми или иными санкциями (введёнными

¹³⁸ ICSID. *Victor Pey Casado and President Allende Foundation v. Republic of Chile*. Case no. ARB/98/2. Award of 13 September 2016. § 243.

¹³⁹ PCA. *Bank Melli and Bank Saderat v. Bahrain*. § 793.

¹⁴⁰ См.: Ibid. § 795.

¹⁴¹ См.: Ibid. § 799.

¹⁴² См.: Ibid. § 802.

¹⁴³ См.: Ibid. § 825.

¹⁴⁴ См.: Ibid. § 828, 834.

¹⁴⁵ См.: Ibid. § 810.

ООН) или «санкциями» (введёнными отдельными государствами и их объединениями). Между тем международный коммерческий арбитраж всё ещё колеблется в этом вопросе: нередки случаи, когда истец, находящийся под санкциями, не может вести арбитражное разбирательство, поскольку из-за санкций у него возникают непреодолимые препятствия с оплатой арбитражных расходов, с назначением арбитра и т. д. Например, банки (в том числе российские) не пропускают платежи от такого истца в адрес уважаемого постоянно действующего арбитражного учреждения — Арбитражного института Стокгольмской торговой палаты¹⁴⁶.

Во-вторых, с точки зрения международного инвестиционного арбитража, даже явная связь с лицами или даже государствами, находящимися под санкциями (в данном случае — Ираном), сама по себе не означает, что иск является неприемлемым, что у состава арбитража отсутствует юрисдикция или что в иске будет отказано по существу. В самом деле, если принимающее иностранные инвестиции государство разрушило инвестиции, вложенные истцом, пускай даже находящимся под санкциями или связанным с подсанкционным лицом, то почему такие действия этого государства не должны иметь в качестве последствия возмещение причинённого ущерба?

В-третьих, для международного инвестиционного права «санкции» ЕС и США не являются теми инструментами, которые дают государству право ущемлять интересы иностранного инвестора, пускай даже уходящего корнями в подсанкционную страну (Иран). Только санкции, наложенные СБ ООН, и меры государства, принимающего иностранные инвестиции, по выполнению этих санкций, могут оправдать экспроприацию иностранных инвестиций, сделав эту экспроприацию правомерной. Однако даже правомерная экспроприация не снимает с государства, совершившего её, обязанность возместить иностранному инвестору причинённый этим ущерб.

В-четвёртых, если иностранный инвестор действительно нарушает санкции, введённые СБ ООН, и государство-ответчик сможет доказать это, то инвестиции таких инвесторов вряд ли могут быть защищены соответствующим международным договором, поскольку согласно Уставу ООН обязательства государств по этому международному договору имеют приоритет перед обязательствами по прочим международным договорам.

Эти выводы могут оказаться важными и для российских компаний, которые инвестируют за рубежом. Иностранные государства также могут слишком рьяно исполнять «санкции», введённые ЕС или США против конкретных лиц или отраслей экономики. Причём исполнение «санкций» ЕС или США сильно зависит от принимающего государства: оно может как перегнуть палку, так и быть в вопросе санкций «святое Папы Римского». В этом случае российским инвесторам впору проанализировать, не будет ли правильным подать иск в международный инвестиционный арбитраж против таких государств в связи с их деятельностью по обеспечению режима санкций.

Это же касается и возможных исков иностранных инвесторов к России в связи с мерами (они же — «контрсанкции»), принимаемыми Россией после начала «специальной военной операции» на Украине 24 февраля 2022 года. В частности, Россия вряд ли сможет эффективно защититься от подобных исков, ссылаясь на введённые ею же меры. Эти меры нарушают буквально все стандарты обращения с иностранными инвесторами, закреплённые в международных инвестиционных договорах. Конечно, Россия могла бы заявить, что она ввела эти меры в ответ на меры «недружественных госу-

¹⁴⁶ См.: Арбитражный суд города Санкт-Петербург и Ленинградской области. Дело по иску ПАО «Силловые машины» — ЗТЛ, ЛМЗ, Электросила, Энегротмашэкспорт» к ООО «ДТЭК Востокэнерго» № А56-57238/2020.

дарств», однако вряд ли эти ссылки будут выглядеть убедительными для большинства арбитров, так как «недружественные» государства приняли свои меры в ответ на нападение России на Украину, которое эти государства открыто называют «войной», «агрессией», «оккупацией», «военным преступлением» и т. д.

Сказанное выше касается и режима санкций ООН: российские компании обязаны соблюдать санкции, введённые резолюциями СБ ООН. Американцы неоднократно обвиняли различные российские компании в нарушении этих санкций¹⁴⁷. Если выяснится, что данные обвинения небезосновательны, то этим российским компаниям вряд ли придётся рассчитывать на защиту своих соответствующих иностранных инвестиций.

Библиографическое описание:

Рачков И., Рачкова Е. Санкции в международном инвестиционном арбитраже (на примере одного из дел) // Международное правосудие. 2022. № 2(42). С. 84–112. EDN HDPKVT.

Sanctions in an international investment arbitration case

Ilya Rachkov

Candidate of Science (Ph.D.) in Law, Associate Professor of the Department of International Law, MGIMO, Ministry of Foreign Affairs of the Russian Federation, Moscow, Russia (e-mail: ilia.rachkov@gmail.com).

Elizaveta Rachkova

LL.M. Candidate of the joint program of the Graduate Institute of International and Development Studies and Centre for International Dispute Settlement, associate of the law firm “Nektorov, Saveliev and Partners”, Geneva, Switzerland (e-mail: erachkova1328@gmail.com).

Abstract

In this article, the authors consider the approach of international investment arbitration tribunals to the resolution of disputes between claimants from a sanctioned state (in this case — Iran) and the host state (Bahrain). Depending on how the defendant builds its defense, the arbitral tribunal may regard the sanctions against the claimant’s State as a basis for declaring that the arbitral tribunal does not have jurisdiction to consider the dispute on the merits; or that the claim is inadmissible, should be dismissed on the merits, or should be satisfied; or for use as a factor in decreasing the amount of compensation for the respondent State’s violation of the investor’s rights. In this case, the defendant (Bahrain) chose to use sanctions against Iran as the basis for objections against the jurisdiction of the arbitral tribunal and against the admissibility of the claim. Therefore, it is precisely these objections of the respondent State and their assessment by the arbitral tribunal that are of particular interest. However, despite the respondent’s deeply layered argumentation on these issues, the panel of arbitrators did not agree with the respondent. In addition, a whole battle unfolded between the parties about every substantive law argument, while the parties gave mutually exclusive legal assessments of the facts of the case. However, the panel of arbitrators ruled generally in favor of the claimant. This in itself is surprising, because Iran is subject both to sanctions imposed by the UN Security Council and even more severe EU and US sanctions, and the claimants were Iranian state-owned banks. As follows from this decision, the claimant’s being from a sanctioned state is not an obstacle for protection of its rights under the applicable international treaty on the protection of foreign investments. In light of the new sanctions imposed by the EU, the US and other states on various Russian entities and individuals after 24 February 2022, the case is of particular interest to potential Russian claimants and to Russia as a potential respondent State.

¹⁴⁷ См.: США наложили санкции на российскую компанию по подозрению в связях с КНДР // Ведомости. 2022. 12 января. URL: <https://www.vedomosti.ru/politics/news/2022/01/12/904503-ssha-nalozhili-sanktsii> (дата обращения: 26.06.2022).

Keywords

international investment arbitration; sanctions; jurisdiction and admissibility of claims; right of the State to regulate foreign investments; expropriation; security for costs.

Citation

Rachkov I., Rachkova E. (2022) Sanktsii v mezhdunarodnom investitsionnom arbitrazhe (na primere odnogo iz del) [Sanctions in an international investment arbitration case]. *Mezhdunarodnoe pravosudie*, vol. 12, no. 2, pp. 84–112. (In Russian).

References

- Bodansky D. (2006) Non Liquet. *Max Planck Encyclopedia of Public International Law*. Available at: <https://opil.ouplaw.com/view/10.1093/law:epil/9780199231690/law-9780199231690-e1669?prd=MPIL> (accessed: 26.06.2022).
- Charlotin D. (2019) Arbitrators Rule on Provisional Measures, Enjoining Claimant from Pursuing Asset-Freezing Efforts before Arbitration Concludes. *Investment Arbitration Reporter*. Available at: <https://www.iareporter.com/articles/arbitrators-rule-on-provisional-measures-enjoining-claimant-from-pursuing-asset-freezing-efforts-before-arbitration-concludes/> (accessed: 26.06.2022).
- Fitzmaurice G. (1986) *The Law and Procedure of the International Court of Justice. Vol. II: Jurisdiction*, Cambridge: Grotius.
- Koivurova T. (2010) Due Diligence. *Max Planck Encyclopedia of Public International Law*. Available at: <https://opil.ouplaw.com/view/10.1093/law:epil/9780199231690/law-9780199231690-e1034> (accessed: 26.06.2022).
- Kriebaum U. (2018) Previous Exhaustion of Local Remedies: Investment Arbitration. *Max Planck Encyclopedia of Public International Law*. Available at: <https://opil.ouplaw.com/view/10.1093/law-mpeipro/e3332.013.3332/law-mpeipro-e3332> (accessed: 26.06.2022).
- Nalbandian B. (2020) Security for Costs. *Max Planck Encyclopedia of Public International Law*. Available at: <https://opil.ouplaw.com/view/10.1093/law-mpeipro/e2766.013.2766/law-mpeipro-e2766> (accessed: 26.06.2022).
- Rachkov I. (2014) Ekonomicheskie sanktsii s tochki zreniya prava GATT/VTO [Economic sanctions from the GATT/WTO standpoint]. *Mezhdunarodnoe pravosudie*, vol. 4, no. 3, pp. 91–113. (In Russian).
- Schwebel S. M. (2013) Clean Hands, Principle. *Max Planck Encyclopedia of Public International Law*. Available at: <https://opil.ouplaw.com/view/10.1093/law:epil/9780199231690/law-9780199231690-e18> (accessed: 26.06.2022).