

Научная статья
УДК 341.637

«ДВОЙНОЙ ПОДХОД» (DOUBLE-BARRELED TEST) КАК СПОСОБ ТОЛКОВАНИЯ ПОНЯТИЯ «ИНВЕСТИЦИИ» ПРИ УСТАНОВЛЕНИИ ПРЕДМЕТНОЙ ЮРИСДИКЦИИ (RATIONE MATERIAE) МЦУИС

Е. А. Лапина

Национальный исследовательский университет «Высшая школа экономики»
(НИУ ВШЭ), Москва, Россия
lap.elizaveta@gmail.com

Аннотация. Статья посвящена одному из ключевых этапов процесса разрешения международных инвестиционных споров в рамках Международного центра по урегулированию инвестиционных споров (МЦУИС) — установлению предметной юрисдикции (*ratione materiae*), в рамках которой поднимается вопрос о содержании термина «инвестиции». В статье рассматриваются особенности используемых в арбитражной практике МЦУИС «двойного подхода» (*double-barreled test*) и «теста Салини» как наиболее распространенных аспектов, способствующих установлению предметной юрисдикции МЦУИС. В результате проведенного исследования автор приходит к выводу, что трибуналами по-разному применяются подходы к определению понятия «инвестиции», что приводит к формированию не единообразной арбитражной практики МЦУИС. В статье предложено иностранным инвесторам, желающим инициировать разбирательство в МЦУИС, соотнести осуществляемую ими инвестиционную деятельность с рассмотренными в статье критериями «теста Салини».

Ключевые слова: МЦУИС, инвестиции, предметная юрисдикция, двойной подход, инвестиционный арбитраж, тест Салини

Для цитирования: Лапина Е. А. «Двойной подход» (*double-barreled test*) как способ толкования понятия «инвестиции» при установлении предметной юрисдикции (*ratione materiae*) МЦУИС. 2024. Т. 6, № 1S. С. S192–S197. URL: <https://smgmt.ru/index.php/smgmt/article/view/164>

Research article

DOUBLE-BARRELED TEST AS AN APPROACH OF INTERPRETING THE CONCEPT OF “INVESTMENT” IN ESTABLISHING THE ICSID SUBJECT-MATTER JURISDICTION (RATIONE MATERIAE)**Ye. A. Lapina**National Research University Higher School of Economics (NRU HSE), Moscow, Russia
lap.elizaveta@gmail.com

Abstract. *The article is dedicated to one of the key stages of the international investment dispute resolution process within the International Centre for Settlement of Investment Disputes (ICSID) — the establishment of subject-matter jurisdiction (ratione materiae), within which the question of the content of the term “investment” is raised. The article examines the features of the “double-barreled test” and “Salini test” used in ICSID arbitration practice as the most common aspects contributing to the establishment of the ICSID subject-matter jurisdiction. As a result of the research, the author comes to the conclusion that the tribunals apply different approaches to the definition of the concept of “investment”, which leads to the formation of non-uniform ICSID arbitration practice. The article suggests that foreign investors wishing to initiate proceedings in ICSID should correlate their investment activities with the criteria of the “Salini test” considered in the article.*

Keywords: *ICSID, investment, ratione materiae, double-barreled test, investment arbitration, Salini test*

For citation: *Lapina YeA. Double-barreled test as an approach of interpreting the concept of “investment” in establishing the ICSID subject-matter jurisdiction (ratione materiae). Sotsialnoe upravlenie [Social Management]. 2024;6(15):S192-197. URL: <https://smgmt.ru/index.php/smgmt/article/view/164> (In Russ.)*

Введение

В условиях глобализации мировой экономики инвестиционная деятельность стала одним из наиболее значимых элементов как любого государства, так и частных лиц. В настоящее время государствами заключено свыше 3000 международных инвестиционных договоров, однако не каждое соглашение добросовестно исполняется сторонами, что зачастую приводит к возникновению международных инвестиционных споров, подлежащих правовому урегулированию. Поэтому на протяжении долгих лет функционирует такой международный специализированный арбитражный институт, как Международный центр по урегулированию инвестиционных споров (далее — МЦУИС, Центр).

В настоящее время арбитражная практика МЦУИС не единообразна в вопросах установления юрисдикции, в том числе

предметной юрисдикции (*ratione materiae*), в связи с чем будущим сторонам арбитражного разбирательства МЦУИС следует быть всесторонне осведомленными о подходах, используемых трибуналами при установлении предметной юрисдикции МЦУИС и содержания понятия «инвестиции».

Обсуждение

Конвенция об урегулировании инвестиционных споров между государствами и физическими или юридическими лицами других государств 1965 года (далее — Вашингтонская конвенция, Конвенция МЦУИС), на основе которой создан МЦУИС, содержит положение о том, что в рамках данного Центра могут рассматриваться только споры правового характера и непосредственно связанные с инвестициями (п. 1 ст. 25). Первоначальный текст Вашингтонской конвенции содержал определения

таких двух терминов, как «правовой спор» и «инвестиции», однако они были даны весьма лаконично. Так, составители текста Вашингтонской конвенции «правовой спор» определили как «спор, касающийся законных прав и обязанностей или факта, релевантного законным правам и обязанностям»¹, а «инвестициями» являлся «любой денежный или иной имущественный вклад, имеющий экономическую ценность, на неограниченный период времени, но не менее чем на пять лет»². При этом в настоящей редакции Конвенции 1965 года понятия «правовой спор» и «инвестиции» не раскрываются, что было сделано целенаправленно: не ограничивать стороны в самостоятельном определении категорий споров, которые могут подлежать разбирательству в Центре.

При рассмотрении предметной юрисдикции, а именно при установлении понятия «инвестиции», трибуналы используют несколько источников. Наиболее распространенными источниками являются двусторонние (далее — ДИС) и многосторонние инвестиционные соглашения, а также национальные законодательства, на основе которых иницируются разбирательства в МЦУИС. В международном инвестиционном праве существует две наиболее популярных обобщенных формулировки определения инвестиций, содержащиеся в вышеуказанных источниках. Так, инвестиции — это либо «все виды имущественных ценностей, которые инвестор одной Договаривающейся Стороны вкладывает на территории другой Договаривающейся Стороны в соответствии с ее законодательством и включает, в частности...»³, либо «все виды активов, находящихся

в собственности или контролируемых прямо или косвенно инвестором, включая...»⁴. За счет использования таких слов, как «в частности» и «включая», после которых перечисляются примеры видов имущественных ценностей и активов, государства определяют инвестиции достаточно широко, делая перечень таких ценностей, которые могут подпадать под предмет инвестиций, открытым, что позволяет сторонам, в большей степени инвесторам, передавать значительное количество разнообразных категорий споров на разбирательство в МЦУИС. В силу того, что одной из причин заключения государствами таких международных соглашений является повышение инвестиционной привлекательности за счет предоставления поощрений и защиты иностранных капиталовложений, такой подход к определению инвестиций оказывает положительное влияние на иностранных инвесторов, которые принимают решение о вложении своих средств и активов на территории иностранных государств, ведь в случае спора, как правило, им проще доказать наличие осуществляемой ими инвестиционной деятельности.

В рамках арбитражного разбирательства МЦУИС ставится вопрос о наличии юрисдикции. Так, в рамках рассмотрения вопроса о наличии предметной юрисдикции в случае, если инициирование разбирательства в МЦУИС происходит со стороны иностранного инвестора государства, как правило, возражают против наличия такой юрисдикции, основывая позицию тем, что осуществляемая иностранным инвестором деятельность не подпадает под защиту, предоставляемую в рамках международного договора, на основе которого было инициировано разбирательство. Второй же стороне спора — иностранному инвестору, — приходится оспаривать выдвинутые со стороны государства возражения относительно юрисдикции. В связи

¹ History of the ICSID Convention. 1970. Vol. 1. P. 116. URL: <https://icsid.worldbank.org/sites/default/files/publications/History%20of%20the%20ICSID%20Convention/History%20of%20ICSID%20Convention%20-%20VOLUME%20I.pdf> (дата обращения: 03.06.2024).

² Там же.

³ Соглашение между Правительством Российской Федерации и Правительством Греческой Республики о поощрении и взаимной защите капиталовложений (Афины 30 июня 1993 года) // Собрание законодательства РФ. 1998. № 3. Ст. 300.

⁴ Agreement between the United States of America and the Socialist Republic of Vietnam on trade relations. P. 44. URL: <https://investmentpolicy.unctad.org/international-investment-agreements/treaty-files/2503/download> (дата обращения: 03.06.2024).

с этим в случае, если международный договор содержит определение понятия «инвестиции» подобное вышеприведенному, то есть такое же широкое и с исчерпывающим перечнем имущественных ценностей, которые могут подпадать под предмет инвестиций, то стороны и трибунал могут прибегнуть к дополнительным источникам, содержащим соответствующие определения, таким, как доктрина, глоссарии и арбитражная практика. Несмотря на то, что арбитры в большинстве случаев приходят к выводу о том, что международные договоры содержат исчерпывающие определения «инвестиций», тем самым исключая необходимость использования иных источников, в последнее время прибегают к применению другого подхода: «при определении значения термина „инвестиции“ в ДИС должно учитываться и его обычное словарное значение, а также признаки, выработанные при толковании аналогичного термина в Вашингтонской конвенции», который в науке и арбитражной практике называется «двойной подход» (*double-barreled test*). Так, в деле *Ambiente Ufficio S.p.A. v. Argentine Republic*¹ Трибунал выделил характеристику природы и юридической значимости «двойного подхода» в отдельный пункт своего решения, определив, что для целей установления юрисдикции *ratione materiae* недостаточно обращаться к определению, содержащееся только в ДИС, но и необходимо учитывать критерии определения понятия «инвестиции» по Вашингтонской конвенции: в первую очередь то, что спор должен быть правовым и возникать непосредственно из инвестиций, а во-вторых, обращаться за руководством к прецедентному праву и мнению ученых, соблюдая таким образом «объективный» характер определения. В связи с этим при определении понятия «инвестиции» Трибунал обратился к известному «тесту Салини», выработанному в рамках дела *Salini Costruttori*

¹ *Ambiente Ufficio S.p.A. and others v. Argentine Republic*, ICSID Case No. ARB/08/9. URL: <https://italaw.com/sites/default/files/case-documents/italaw1276.pdf> (дата обращения: 03.06.2024).

*S.p.A. v. Kingdom of Morocco*², которое возникло по поводу неисполнения со стороны государства договора на строительство скоростной автострады в Марокко итальянскими инвесторами. В данном деле государство-реципиент заявляло, что концессионное соглашение не может являться инвестицией для целей ДИС и Конвенции МЦУИС, однако Трибунал посчитал иначе, дополнительно отметив, что помимо соответствия определению в ДИС, концессионное соглашение должно удовлетворять определению понятия «инвестиции» согласно ст. 25 Конвенции 1965 года, которая хоть и не раскрывает это понятие, но, по мнению Трибунала, подразумевает наличие следующих объективных критериев: (1) наличие вклада в экономическое развитие принимающего государства, (2) определенной длительности этого вложения, (3) инвестиционного риска и (4) такое вложение должно по своей природе носить экономическое содержание. Трибунал также отметил, что все эти критерии должны рассматриваться в совокупности, хоть и были взяты из разных доктринальных источников, что в сумме позволяет расценить такой подход к раскрытию понятия и сущности инвестиций как объективный, именуемый как «тест Салини».

Вышеупомянутые критерии были первоначально предложены Трибуналом в рамках другого дела — *Fedax v. Venezuela*³, а в деле «Салини» лишь переформулированы. Тем не менее в арбитражной практике МЦУИС применение данных критериев широко распространено как «тест Салини». При этом практика МЦУИС в применении данного теста не однообразна. Например, в деле *Biwater Gauff (Tanzania) Ltd. v. United Republic of Tanzania* Трибунал пришел к трем значимым выводам: (1) счел, что нет оснований для соблюдения всех

² *Salini Costruttori S.p.A. and Italstrade S.p.A. v. Kingdom of Morocco*, ICSID Case No. ARB/00/4. P. 620. URL: <https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/ita0738.pdf> (дата обращения: 03.06.2024).

³ *Fedax N. V. v. The Republic of Venezuela*, ICSID Case No. ARB/96/3. P. 1387. URL: https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/ita0315_0.pdf (дата обращения: 03.06.2024).

«критериев Салини», ведь каждое конкретное дело требует индивидуального подхода к разрешению спора и должно рассматриваться в каждом отдельном случае, (2) если любая осуществляемая инвестиционная деятельность должна будет подпадать под все 4 «критерия Салини», то это неблагоприятно скажется на видах сделок, которые перестанут подпадать под сферу применения Конвенции МЦУИС и (3) существующие широкие формулировки понятия «инвестиции», содержащиеся в международных договорах или национальном законодательстве, таким образом предостерегают от строгого применения «теста Салини»¹.

В деле *Phoenix v. Czech Republic* Арбитраж также не счел себя строго связанным критериями Салини, предложив собственную интерпретацию элементов, которые должны быть приняты во внимание для защиты инвестиций в соответствии с Конвенцией МЦУИС, дополнив перечень еще двумя критериями: инвестированные активы должны быть осуществлены (4) добросовестно и (5) в соответствии с законодательством принимающего инвестиции государства. Трибунал также отметил, что юрисдикционные требования Конвенции МЦУИС являются лишь дополнением к юрисдикционным требованиям, предусмотренным ДИС или другими международными соглашениями².

Выводы

На основании изложенного можно сделать следующие выводы:

1) под «двойным подходом» понимается использование более одного источника, содержащего определение понятия «инвестиции»;

2) трибуналы МЦУИС считают, что недостаточно использовать понятие, содержащееся в международном договоре или

национальном законодательстве, на основе которого инициировано разбирательства, для целей определения осуществляемой деятельности в качестве инвестиционной;

3) «тест Салини» содержит четыре основных критерия, основой для формулировок которых являлись различные доктринальные источники;

4) со стороны трибуналов «тест Салини» подвергается критике в рамках арбитражных разбирательств МЦУИС, в связи с чем не был взят за основу при установлении предметной юрисдикции.

Заключение

Таким образом, при использовании «двойного подхода» как способа для определения термина «инвестиции» с целью установления предметной юрисдикции МЦУИС, принимается во внимание не только субъективный характер, содержащийся в международном договоре, но и объективный — через призму понятий, раскрываемых в доктринальных источниках, глоссариях и арбитражной практике. При этом, несмотря на широкую популярность «теста Салини», многие трибуналы подходят к определению термина «инвестиции» в большей степени со ссылкой на международный договор, таким образом не связывая себя критериями, установленными в рамках дела Салини, что подтверждается проведенным анализом Трибунала, ранее приведенного в пример дела³. Однако учитывая неоднообразную арбитражную практику МЦУИС для стороны, желающей инициировать разбирательство, с целью достижения благоприятного для нее исхода дела важно соотносить осуществляемую инвестиционную деятельность с вышеуказанными критериями «теста Салини» ввиду их возможного применения как второй стороной спора, так и арбитрами, что может быть рискованно, особенно если такая деятельность не отвечает хотя бы одному из четырех критериев.

¹ *Biwater Gauff (Tanzania) Ltd. v. United Republic of Tanzania*, ICSID Case No. ARB/05/22. P. 86. URL: <https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/ita0095.pdf> (дата обращения: 03.06.2024).

² *Phoenix Action, Ltd. v. The Czech Republic*, ICSID Case No. ARB/06/5. P. 45. URL: <https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/ita0668.pdf> (дата обращения: 03.06.2024).

³ *Biwater Gauff (Tanzania) Ltd. v. United Republic of Tanzania*, ICSID Case No. ARB/05/22. P. 88.

Список литературы

1. Бабкина Е. В. Международный центр по урегулированию инвестиционных споров как эффективный механизм разрешения споров между инвестором и государством-реципиентом // Актуальные проблемы международного публичного и международного частного права : сб. науч. трудов. Вып. 8. Минск : БГУ, 2016. С. 61–82.
2. Лисица В. Н. Юрисдикция международного центра по урегулированию инвестиционных споров // Вестник Института законодательства и правовой информации Республики Казахстан. 2020. № 1 (59). С. 105–110.
3. Оганезова С. Р. Особенности определения юрисдикции и применимого права в практике Международного центра по урегулированию инвестиционных споров (МЦУИС) : специальность 12.00.03 «Гражданское право; предпринимательское право; семейное право; международное частное право» : дис. ... канд. юрид. наук / Оганезова Светлана Романовна. Моск. гос. ун-т им. О. Е. Кутафина. Москва, 2020. 237 с.
4. Оганезова С. Р. Толкование инвестиций в практике урегулирования споров в рамках МЦУИС // Ленинградский юридический журнал. 2018. № 3 (53). С. 218–226.
5. Рачков И. В. Решение международных инвестиционных арбитражей о компетенции (юрисдикции) и приемлемости исков: обзор наиболее примечательных дел за 2016 год // Международное правосудие. 2018. № 3 (27). С. 93–110.
6. Уоскин С. В. Значение понятия «инвестиция» в двусторонних и многосторонних соглашениях об их защите: так ли оно определено? // Международное правосудие. 2014. № 4 (12). С. 87–95.

References

1. Babkina Ye. V. Mezhdunarodnyy tsentr po uregulirovaniyu investitsionnykh sporov kak effektivnyy mekhanizm razresheniya sporov mezhdru investorom i gosudarstvom-retsipientom // Aktualnye problemy mezhdunarodnogo publichnogo i mezhdunarodnogo chastnogo prava : sb. nauch. trudov. Vyp. 8. Minsk : BGU, 2016. S. 61–82.
2. Lisitsa V. N. Yurisdiksiya mezhdunarodnogo tsentra po uregulirovaniyu investitsionnykh sporov // Vestnik Instituta zakonodatelstva i pravovoy informatsii Respubliki Kazakhstan. 2020. № 1 (59). S. 105–110.
3. Oganezova S. R. Osobennosti opredeleniya yurisdiksii i primenimogo prava v praktike Mezhdunarodnogo tsentra po uregulirovaniyu investitsionnykh sporov (MTsUIS) : spetsialnost 12.00.03 «Grazhdanskoe pravo; predprinimatelskoe pravo; semeynoe pravo; mezhdunarodnoe chastnoe pravo» : dis. ... kand. yurid. nauk / Oganezova Svetlana Romanovna. Mosk. gos. un-t im. O. Ye. Kutafina. Moskva, 2020. 237 s.
4. Oganezova S. R. Tolkovanie investitsiy v praktike uregulirovaniya sporov v ramkakh MTsUIS // Leningradskiy yuridicheskiy zhurnal. 2018. № 3 (53). S. 218–226.
5. Rachkov I. V. Reshenie mezhdunarodnykh investitsionnykh arbitrazhey o kompetentsii (yurisdiksii) i priemlemosti iskov: obzor naibolee primechatelnykh del za 2016 god // Mezhdunarodnoe pravosudie. 2018. № 3 (27). S. 93–110.
6. Usoskin S. V. Znachenie ponyatiya «investitsiya» v dvustoronnikh i mnogostoronnikh soglasheniyakh ob ikh zashchite: tak li ono opredeleno? // Mezhdunarodnoe pravosudie. 2014. № 4 (12). S. 87–95.