

Государственные компании как истцы согласно Вашингтонской конвенции 1965 года о порядке разрешения инвестиционных споров между государствами и иностранными лицами¹

Андреева Наталья Сергеевна, Национальный исследовательский университет «Высшая школа экономики», АО «Лучший выбор» (Москва, Российская Федерация)
аспирант, юрист практики разрешения споров и практики международного арбитража;
e-mail: nat.s.andreeva@gmail.com.
ORCID: 0000-0002-6417-4195

Аннотация

В данной статье автор исследует вопрос статуса государственных компаний как истцов согласно Вашингтонской конвенции 1965 года о порядке разрешения инвестиционных споров между государствами и иностранными лицами и компетенции Международного центра по урегулированию инвестиционных споров на рассмотрение требований государственных компаний. В работе рассматриваются возможные ограничения права на иск государственных компаний, отраженные в так называемом тесте Броше. В результате анализа практики международных инвестиционных трибуналов автор делает вывод, что право на обращение в международный инвестиционный арбитраж в любом случае должно быть доступно для государственных компаний, которые выполняют коммерческую функцию. Кроме того, автор предлагает алгоритм для определения наличия права на иск у государственной компании, которая уполномочена осуществлять элементы государственной власти.

Ключевые слова: государственные компании, международный инвестиционный арбитраж, Вашингтонская конвенция, Международный центр по урегулированию инвестиционных споров, право на иск, тест Броше.

State Companies as Claimants Under the 1965 Washington Convention on Investment Disputes Between States and Foreign Persons²

Natalia S. Andreeva, National Research University Higher School of Economics, School of Legal Regulation of Business, Faculty of Law (Moscow, Russian Federation)
postgraduate student, Dispute Resolution and International Arbitration Practice of Better Chance JSC;
e-mail: nat.s.andreeva@gmail.com.
ORCID: 0000-0002-6417-4195

Abstract

In this article, the author examines the status of state-owned companies as claimants under the 1965 Washington Convention on the settlement of investment disputes between States and nationals of other States and the competence of the International Centre for Settlement of Investment Disputes to consider claims of the state-owned companies. The paper considers possible limitations of the right of action of the state-owned companies, reflected in the so-called "Broches test". As a result of the analysis of the case law of international investment tribunals the author concludes that the right of recourse to international investment arbitration shall in any case be available for the state-owned companies which perform a commercial function. In addition, the author proposes an algorithm for determining whether a state-owned company, which is authorized to exercise elements of state power, has the right of action.

Keywords: state-owned entities, international investment arbitration, Washington Convention, International Centre for Settlement of Investment Disputes, right of action, Broches test.

¹ В данной научной работе использованы результаты стратегического проекта «Правовые механизмы преодоления неравенства», выполненного в рамках проектной научно-исследовательской деятельности факультета права НИУ ВШЭ в 2022–2023 уч. году.

² This scientific work uses the results of the strategic project "Legal Mechanisms for Overcoming Inequality", carried out as part of the project research activities of the HSE Faculty of Law in 2022–2023.

Введение

Государственные компании оказывают существенное влияние на экономику и жизнь людей во всем мире. Во многих государствах они предоставляют населению услуги в таких ключевых сферах, как водоснабжение, электроснабжение и транспорт. Государственные компании разнообразны — они отличаются по размеру, сфере деятельности, а также степени государственного контроля. Некоторые из них выполняют государственные функции, иные же в большей степени ориентированы на коммерческую деятельность. При этом крупнейшие государственные компании стали важными игроками в мировой экономике³. Так, согласно исследованию Международного валютного фонда (далее — МВФ) 2020 г., за последнее десятилетие доля активов государственных компаний среди 2000 крупнейших компаний мира удвоилась и достигла 20%. В 2018 г. эти активы составляли 45 трлн долл., что эквивалентно 50% мирового ВВП⁴.

Большое количество государственных компаний является транснациональными. По данным Конференции ООН по торговле и развитию (далее — ЮНКТАД), общее количество транснациональных государственных компаний в 2019 г. составило 1500⁵. При этом их количество растет в том числе в связи с тем, что в эпоху пандемии COVID-19 одним из способов государственной поддержки стало приобретение государствами пакетов акций частных компаний, находящихся в сложном финансовом положении⁶.

Наиболее весомым драйвером роста количества государственных компаний в мире является Китай. Несмотря на то, что экономические реформы в Китае привели к увеличению роли частного сектора, сегодня в Китае все еще существует более 150 тыс. государственных компаний. В 2021 г. 143 китайские компании вошли в список Fortune Global 500, среди которых 82 являются государственными. Большое количество китайских государственных компаний являются транснациональными и активно инвестируют за рубежом, будучи главной опорой в реализации международных программ Китая «Один пояс и один путь» и «Сделано в Китае — 2025»⁷. Помимо Китая, большое количество транснациональных государственных компаний в Российской Федерации, государствах — членах ЕС (главным образом, во Франции, Германии, Италии), Индии, Малайзии, Южно-Африканской Республике и Объединенных Арабских Эмиратах⁸.

Принимая во внимание значительный объем инвестиций государственных компаний, а также политическую нестабильность, создающую повышенные риски экспроприации инвестиций, неудивительно, что государственные компании все чаще прибегают к механизмам разрешения споров между инвесторами и государством, содержащимся в международных инвестиционных соглашениях (далее — МИС). Однако, учитывая тесные связи между государственными компаниями и государствами — сторонами МИС, обоснованно ли утверждать, что государственные компании как инвесторы наделены правом инициировать арбитражное разбирательство против принимающего государства? Иными словами, могут ли государственные компании выступать в качестве истцов в международном инвестиционном арбитраже?

Вопрос является особенно сложным в контексте Вашингтонской конвенции 1965 г. о порядке разрешения инвестиционных споров между государствами и иностранными лицами (далее — Конвенция). Так, исходя из текста ее преамбулы можно сделать вывод о том, что Конвенция была разработана для поощрения международных частных (а не государственных) инвестиций⁹. Кроме того, ст. 25 (1) Конвенции предусматривает, что компетенция Международного центра по урегулированию инвестиционных споров (далее — МЦУИС) ограничивается спорами между договаривающимся государством и лицом другого договаривающегося государства. Следовательно, МЦУИС не обладает компетенцией для рассмотрения споров между двумя государствами, равно как и для рассмотрения споров между двумя частными лицами. В связи с этим возникает вопрос о том, имеют ли государственные компании статус «лица другого договаривающегося государства», необходимый для инициирования разбирательства в МЦУИС, особенно в случае, если государственные компании неразрывно связаны с государством и полностью им контролируются?¹⁰

³ См. *Mohtashami R., El-Hosseny F.* State-Owned Enterprises as Claimants before ICSID: Is the Broches Test on the Ebb? *BCDR International Arbitration Review*, Kluwer Law International, 2016. Vol. 3. Iss. 2. P. 373–374.

⁴ International Monetary Fund, *Fiscal Monitor*, April 2020: Policies to Support People During the COVID-19 Pandemic. P. 49. URL: <https://www.imf.org/en/Publications/FM/Issues/2020/04/17/Fiscal-Monitor-April-2020-Policies-to-Support-People-During-the-COVID-19-Pandemic-49278> (дата обращения: 27.11.2022).

⁵ United Nations Conference on Trade and Development (UNCTAD). 2019. *World Investment Report 2019: Special Economic Zones*. Geneva: United Nations. URL: https://unctad.org/system/files/official-document/wir2019_en.pdf (дата обращения: 27.11.2022).

⁶ UNCTAD, *Global Investment Trends and Prospects*, 2021. URL: https://unctad.org/system/files/official-document/WIR2021_ch01_en.pdf (дата обращения: 27.11.2022).

⁷ *Du M.* The Status of Chinese State-Owned Enterprises in International Investment Arbitration: Much Ado About Nothing? *Chinese Journal of International Law*, 2022. P. 787.

⁸ International Monetary Fund, *Fiscal Monitor*, April 2020: Policies to Support People During the COVID-19 Pandemic. P. 49. URL: <https://www.imf.org/en/Publications/FM/Issues/2020/04/17/Fiscal-Monitor-April-2020-Policies-to-Support-People-During-the-COVID-19-Pandemic-49278> (дата обращения: 27.11.2022).

⁹ «Принимая во внимание потребность в международном сотрудничестве для экономического развития и значение в этом частных иностранных инвестиций...» (выделено нами. — *H. A.*).

¹⁰ См. *Cortesi G. A.* ICSID Jurisdiction with Regard to State-Owned Enterprises — Moving Toward an Approach Based on General International Law. *The Law and Practice of International Courts and Tribunals*, 2017. P. 110–111.

Ограничивают ли МИС право государственных компаний выступать в качестве истцов в международном инвестиционном арбитраже?

Отправной точкой для анализа вопроса возможности государственных компаний выступать в качестве истцов в международном инвестиционном арбитраже являются МИС. Если толкование текста МИС приводит к выводу о невозможности распространения статуса инвестора на государственную компанию, ответ на вопрос о возможности инициирования ею арбитражного разбирательства против принимающего государства также является отрицательным.

М. Фельдман указывает, что действующие МИС лишь за некоторыми исключениями доступны для государственных компаний как истцов — по крайней мере, когда данные компании осуществляют коммерческую деятельность¹¹. Наиболее полное известное автору настоящей статьи исследование текстов МИС на предмет распространения статуса инвестора на государственные компании было осуществлено в 2015 г. Организацией экономического сотрудничества и развития (далее — ОЭСР). В рамках данного исследования было проанализировано 1813 МИС. В результате были сделаны следующие выводы:

- 1) Большая часть МИС не разграничивает инвесторов по критерию собственности.
- 2) В 287 проанализированных МИС (16%) государственные компании прямо указаны в числе лиц, которые охватываются понятием «инвестор». При этом наиболее типичным является использование характеристик «находящиеся в собственности государства» или «контролируемые государством». В МИС, заключенных США, Австралией, Канадой, Японией и Объединенными Арабскими Эмиратами, государственные компании наиболее часто включаются в понятие «инвестор»¹². Например, в двустороннем инвестиционном соглашении (далее — ДИС), заключенном между Японией и Республикой Корея в 2002 г., понятие «инвестор» включает в себя юридических лиц, находящихся в собственности или контролируемых как частными лицами, так и государством¹³. Количество МИС, в которых государственные компании прямо указываются в определении инвестора, растет¹⁴.
- 3) Лишь в трех случаях государственные компании были прямо исключены из определения инвестора. Это соглашения, заключенные Панамой с Германией, Швейцарией и Великобританией в 1983 г. При этом данное исключение является ассиметричным: согласно указанным ДИС инвесторами не являются лишь государственные компании Панамы, но не Германии, Швейцарии и Великобритании¹⁵.
- 4) Некоторые МИС (примерно 6% от общего количества) прямо включают саму договаривающуюся сторону (государство) или ее правительство в понятие «инвестор». Например, в МИС, заключенном между Кувейтом и Южной Африкой в 2005 г., понятие «инвестор» охватывает также сторону соглашения, то есть государство и любые государственные органы¹⁶. В МИС, заключенных Кувейтом, Катаром, Объединенными Арабскими Эмиратами и Саудовской Аравией, правительство наиболее часто прямо включается в понятие «инвестор». ОЭСР связывает данную ситуацию с тем, что в данных государствах правительства играют роль иностранных инвесторов¹⁷.

Таким образом, практически все МИС допускают возможность инициирования разбирательства против принимающего государства государственными компаниями как инвесторами. Тем не менее означает ли это, что все государственные компании, в том числе те, которые выполняют государственную функцию, имеют право инициировать разбирательство против государства? Или же речь идет лишь о государственных компаниях, осуществляющих коммерческие функции?

«Тест Броше» как способ определения компетенции МЦУИС для споров по искам государственных компаний

Главный разработчик Конвенции и генеральный секретарь МЦУИС Арон Броше (Aron Broches) писал, что в процессе согласования текста Конвенции между государствами сложился консенсус, предполагающий, что, поскольку

¹¹ *Feldman M.* State-Owned Enterprises as Claimants in International Investment Arbitration. ICSID Review, 2016. Vol. 31. No. 1. P. 24–35.

¹² *Shima Y.* The Policy Landscape for International Investment by Government-Controlled Investors: A Fact Finding Survey, OECD Working Papers on International Investment. 2015/01. P. 12–13.

¹³ Agreement Between the Government of the Republic of Korea and the Government of Japan for the Liberalization, Promotion and Protection of Investment (signed 22 March 2002, entered into force 1 January 2003), Article 1. URL: <https://investmentpolicy.unctad.org/international-investment-agreements/treaty-files/1727/download> (дата обращения: 27.11.2022).

¹⁴ *Shima Y.* The Policy Landscape for International Investment by Government-Controlled Investors: A Fact Finding Survey, OECD Working Papers on International Investment. 2015/01. P. 11.

¹⁵ *Shima Y.* The Policy Landscape for International Investment by Government-Controlled Investors: A Fact Finding Survey, OECD Working Papers on International Investment. 2015/01. P. 12–13.

¹⁶ Agreement between the Government of the Republic of South Africa and the Government of the State of Kuwait for the Reciprocal Promotion and Protection of Investments (signed 26 September 2005), Article 1. URL: <https://investmentpolicy.unctad.org/international-investment-agreements/treaty-files/6184/download> (дата обращения: 27.11.2022).

¹⁷ *Shima Y.* The Policy Landscape for International Investment by Government-controlled Investors: A Fact Finding Survey, OECD Working Papers on International Investment. 2015/01. P. 13–14.

споры между государствами исключаются из юрисдикции МЦУИС, споры между государствами и государственными компаниями, контролируемые иными иностранными государствами, являющиеся де-факто спорами между государствами, также не относятся к компетенции МЦУИС. Следовательно, государственные компании, контролируемые государством, не могут квалифицироваться в качестве «лица другого договаривающегося государства», согласно Конвенции.

В 1972 г. А. Броше сформулировал утверждение, призванное определить возможность распространения статуса «лица другого договаривающегося государства» согласно Конвенции на компанию с государственным участием: компания с государственным участием может признаваться «лицом другого договаривающегося государства» по смыслу Конвенции, если она не является агентом государства или не выполняет государственную функцию¹⁸. Данное утверждение вошло в историю международного инвестиционного арбитража в качестве «теста Броше».

Таким образом, «тест Броше» рассматривает две ситуации: 1) государственная компания действует под контролем государства, то есть действует в качестве агента; 2) государственная компания осуществляет делегированные правительственные полномочия. Вместе с тем «тест Броше» является не вполне определенным. Нет единого понимания, в каких ситуациях государственная компания, инвестируя в другое государство, будет выступать в качестве агента своего государства или реализовывать государственную функцию этого государства экстерриториально, учитывая, что государства по общему правилу осуществляют свою юрисдикцию на своей территории, а не на территории иностранного государства.

Хрестоматийным делом, в котором международный инвестиционный трибунал применил «тест Броше», является дело *CSOB v. Slovakia*. В данном деле истец был банком, в котором более чем 65% акций принадлежало Чехии, а 24% — Словакии. Как результат «бархатной революции», в Чехии начались трансформационные процессы в сторону рыночной экономики, и CSOB предпринял меры, направленные на функционирование его в качестве независимого коммерческого банка, имея в качестве конечной цели приватизацию. Перед трибуналом стояли вопросы о том, действовал ли CSOB (1) как агент Чешской Республики и (2) выполнял ли он по существу правительственные функции в отношении обстоятельств, имеющих отношение к спору. По итогам рассмотрения данных вопросов трибунал сформулировал несколько важных выводов.

Во-первых, трибунал пришел к выводу, что термин «лицо другого договаривающегося государства», используемый в ст. 25 Конвенции, покрывает не только частные компании, но и также компании, полностью или частично находящиеся в собственности государства¹⁹.

Во-вторых, трибунал использовал тест характера действий государственной компании, который не принимает во внимание мотивы и цели ее деятельности на территории иностранного государства. Так, трибунал пришел к выводу, что при определении того, осуществлял ли CSOB государственные функции в отношении обстоятельств спора, необходимо сосредоточиться на характере этой деятельности, а не на ее цели. Хотя нельзя сомневаться в том, что CSOB действовал согласно правительственной политике, сама деятельность банка (в частности, получение кредита) по своему характеру была коммерческой, а не правительственной. Таким образом, трибунал отклонил юрисдикционные возражения Словакии и установил компетенцию в отношении требований CSOB.

Подход трибунала по делу *CSOB v. Slovakia* подвергается критике. Так, М. Фельдман отметил, что трибунал в данном деле необоснованно сфокусировался исключительно на характере действий CSOB, а не на мотивах и цели его деятельности, которая заключалась в содействии правительственной политике. При этом трибунал не сослался ни на один источник в подтверждение такого подхода. По мнению М. Фельдмана, в качестве ориентира для толкования должны были быть использованы статьи Комиссии международного права об ответственности государства за международно-противоправные деяния (далее — Статьи КМП)²⁰.

В деле *Rumeli Telekom and Telsim Mobil v. Kazakhstan* перед трибуналом встал вопрос о том, является ли основанием для применения «теста Броше» установление контроля Турецкого фонда страхования сберегательных вкладов (далее — TSDIF), турецкого государственного учреждения, над истцами — двумя турецкими телекоммуникационными компаниями. Руководствуясь турецким законодательством, TSDIF назначил в Rumeli Telekom и Telsim Mobil своих управляющих. Казахстан утверждал, что истцы не удовлетворяют условиям ст. 25 Конвенции, поскольку контролируются государством и его органами²¹. Трибунал отклонил данное юрисдикционное возражение Казахстана, поскольку TSDIF не является истцом в данном арбитраже — арбитраж был инициирован компаниями Rumeli Telekom и Telsim Mobil. Как отметил трибунал, роль TSDIF можно в некоторой степени сравнить с ролью арбитражного управляющего или ликвидатора. Неверно утверждать, что в случае победы истцов в арбитраже Турция будет единственным бене-

¹⁸ Broches A. Selected Essays. World Bank, ICSID, and other subjects of public and private international law, 1995. P. 201–202.

¹⁹ *Ceskoslovenska Obchodni Banka, A.S. v. The Slovak Republic*, ICSID Case No. ARB/97/4, Decision on Objections to Jurisdiction, 24 May 1999, para. 16.

²⁰ Feldman M. State-Owned Enterprises as Claimants in International Investment Arbitration. ICSID Review, 2016. Vol. 31. No. 1. P. 24–35. См. также: Cortesi G. A. ICSID Jurisdiction with Regard to State-Owned Enterprises — Moving Toward an Approach Based on General International Law. The Law and Practice of International Courts and Tribunals, 2017. P. 112–113.

²¹ *Rumeli Telekom A. S. Telsim Mobil Telekomunikasyon Hizmetleri A.S. v. The Republic of Kazakhstan*, ICSID Case No. ARB/05/16, Award, 29 July 2008, para. 310.

фициаром денежных средств, присужденных истцам. Данные денежные средства будут использованы для выплаты денежных средств всем кредиторам истцов²².

В деле *Beijing Urban Construction Group (BUCG) v. Yemen* трибунал столкнулся с аналогичными юрисдикционными возражениями государства: 1) BUCG действовала под контролем правительства Китая при осуществлении своей деятельности, которая заключалась в преследовании социальных, промышленных и внешнеполитических целей; 2) BUCG была уполномочена осуществлять элементы государственной власти в Китае. В свою очередь, BUCG утверждала, что любые связи, которые она как китайская государственная компания может иметь с китайским правительством, или тот факт, что она может выполнять определенные функции в Китае, соответствующие политике китайского правительства, не имеют отношения к осуществлению его инвестиций на территории Йемена — строительству терминала аэропорта. BUCG осуществила данные инвестиции после того, как одержала победу на конкурсе, в котором участвовали как частные, так и государственные предприятия.

Трибунал отклонил указанные юрисдикционные возражения Йемена и пришел к выводу, что доказательства по делу не устанавливают, что при осуществлении строительства терминала BUCG действовала как агент китайского государства. Кроме того, трибунал установил, что участие китайского государства в принятии ключевых решений в BUCG не имеет значения для целей определения того, выполняла ли BUCG правительственные функции в данном конкретном случае. Трибунал установил отсутствие доказательств того, что в отношении строительства терминала аэропорта BUCG выполняла государственную, а не коммерческую функцию. При этом трибунал подчеркнул, что BUCG не выполняла правительственные функции Китая на суверенной территории Йемена²³.

Статьи КМП и право на иск государственной компании в международном инвестиционном арбитраже

Элементы «теста Броше» являются «зеркальным отражением» ст. 5 и 8 Статей КМП²⁴. В Статьях КМП кодифицированы нормы о международно-правовой ответственности государств, которые по большей части представляют собой международное обычное право и являются обязательными для соблюдения государствами²⁵.

После дела *CSOB v. Slovakia* ст. 5 и 8 Статей КМП применялись в инвестиционном арбитраже для решения вопросов о том, присваивается ли государству-ответчику поведение государственной компании (вопрос attribution), а также о том, является ли государственная компания «лицом другого договаривающегося государства» в контексте Конвенции. Трибунал в деле *Maffezini v. Spain* установил, что между этими двумя вопросами существует достаточное сходство, которое позволяет использовать практику, сформировавшуюся для одного из них, в контексте другого²⁶. Далее мы рассмотрим статьи КМП как возможный способ конкретизации «теста Броше».

Статья 5 Статей КМП

Ст. 5 Статей КМП предписывает, что поведение лица присваивается государству, если это лицо наделено законом полномочиями осуществлять элементы государственной власти и действует в этом качестве в данном конкретном случае. В контексте инвестиционного арбитража это подразумевает такие действия, как выдача лицензий, одобрение или блокирование коммерческих сделок, введение квот и пошлин.

Согласно комментарии КМП, для применения ст. 5 необходимо рассмотреть такие вопросы, как содержание полномочий, способ наделения лица полномочиями, цели их осуществления и степень подотчетности лица правительству. При этом наличие большего или меньшего участия государства в капитале лица не является решающим критерием для целей присвоения государству действий лица²⁷.

Ст. 5 Статей КМП была впервые применена в деле *Maffezini v. Spain*, в котором Испания утверждала, что спор возник не между Испанией и истцом, а между истцом и компанией *Sociedad para el Desarrollo Industrial de Galicia* (далее — SODIGA). Перед трибуналом стоял вопрос о том, могут ли действия государственной компании SODIGA быть присвоены государству. Трибуналу необходимо было установить: во-первых, является ли SODIGA лицом, уполномоченным в силу применимого права осуществлять элементы государственной власти; во-вторых, являются

²² *Rumeli Telekom A. S., Telsim Mobil Telekomunikasyon Hizmetleri A. S. v. The Republic of Kazakhstan*, ICSID Case No. ARB/05/16, Award, 29 July 2008, para. 327.

²³ *Beijing Urban Construction Group Co. Ltd. v. Republic of Yemen*, ICSID Case No. ARB/14/30, Decision on Jurisdiction, 31 May 2017, paras. 35, 39, 42, 44.

²⁴ *Beijing Urban Construction Group Co. Ltd. v. Republic of Yemen*, ICSID Case No. ARB/14/30, Decision on Jurisdiction, 31 May 2017, para. 34.

²⁵ *Боклан Д. С., Боклан О. С., Сибатян А. С.* Значение Статей об ответственности государств за международно-противоправные деяния для защиты интересов сторон при разрешении споров в рамках ВТО. *Международное правосудие*, 2016. № 4. С. 101.

²⁶ *Emilio Agustín Maffezini v. The Kingdom of Spain*, ICSID Case No. ARB/97/7, Decision on Objections to Jurisdiction, 25 January 2000, para. 79.

²⁷ *Draft Articles on Responsibility of States for Internationally Wrongful Acts, with Commentaries*, in Report of the International Law Commission on the Work of its Fifty-third Session, UN Doc A/56/10 (2001). P. 43.

ли действия SODIGA, в отношении которых заявил требования истец, результатом реализации государственной власти²⁸.

Чтобы определить, является ли SODIGA лицом, уполномоченным в силу применимого права осуществлять элементы государственной власти, трибунал вначале применил формальный тест: если компания находится в государственной собственности или контролируется, прямо или косвенно, государством или если ее целью является выполнение государственных функций, которые по своей природе обычно не выполняются частными лицами, это дает основание для опровержимой презумпции того, что компания является государственной²⁹.

Применив формальный тест, трибунал установил, что контрольный пакет акций SODIGA принадлежит испанскому правительству. Тем не менее трибунал указал на то, что данный тест не может быть использован изолированно и должен быть дополнен функциональным тестом, в рамках которого анализируются функции или роль, которую выполняет компания³⁰. Применив функциональный тест, трибунал установил, что намерением правительства Испании при учреждении SODIGA было создание организации для выполнения государственных функций, включая содействие региональному промышленному развитию автономной области Галисия. Многие из функций, которые выполняла SODIGA, такие как поиск и привлечение новых предприятий для инвестирования в Галисию, по своей природе были типично государственными³¹. Таким образом, трибунал сделал вывод, что SODIGA является лицом, уполномоченным в силу применимого права осуществлять элементы государственной власти.

Статус лица, уполномоченного в силу применимого права осуществлять элементы государственной власти, тем не менее автоматически не влечет за собой присвоение государству действий государственной компании. Для того чтобы установить, должна ли Испания отвечать за действия SODIGA, трибунал вновь применил функциональный тест, чтобы определить, являются ли конкретно те действия SODIGA, в отношении которых подал требование истец, государственными. Трибунал пришел к выводу, что часть видов деятельности SODIGA являются коммерческими по своей природе и не влекут за собой реализацию элементов государственной власти. Но конкретно действия SODIGA в отношении истца (незаконный перевод средств со счета господина Maffezini) должны быть присвоены государству, поскольку они не являются чисто коммерческими по своей природе. В результате трибунал установил, что действия SODIGA представляют собой нарушение Испанией положений применимого ДИС о защите инвестиций³².

Тест, примененный трибуналом в деле *Maffezini v. Spain*, был впоследствии использован трибуналом в деле *Jan de Nul v. Egypt*. В данном деле государство заявило, что в данном деле возник спор между истцом и Управлением Суэцкого канала (далее — УСК), и действия УСК не могут быть присвоены государству. Трибунал установил, что УСК является государственной компанией, осуществляющей элементы государственной власти, поскольку оно было уполномочено издавать указы, связанные с судоходством по Суэцкому каналу, а также устанавливать и взимать плату за проход по каналу³³. Затем трибунал сосредоточился на характере действий УСК, в отношении которых заявил требования истец (заключении контракта по результатам торгов и отказе в продлении контракта), и пришел к выводу, что данные действия не могут быть присвоены государству, поскольку любая частная компания могла действовать аналогичным образом³⁴.

В деле *Toto Costruzioni v. Lebanon* государство заявило, что спор возник между итальянским инвестором и государственной компанией — *Conseil Executif des Grands Projets* (Исполнительный совет по крупным проектам, далее — ИСКП). Трибунал установил, что ИСКП является административным учреждением, связанным с Министерством общественных работ и транспорта, контролируется Советом министров и призвано осуществлять элементы государственной власти³⁵. ИСКП реализует все проекты, порученные ему Советом министров в области реконструкции и развития. В связи с этим трибунал отклонил юрисдикционные возражения государства и установил, что ИСКП осуществлял элементы государственной власти также в рамках контракта с истцом. Следовательно, Ливан может нести ответственность за действия ИСКП согласно ст. 5 Статей КМП³⁶. Тем не менее в отличие от дел *Maffezini v. Spain* и *Jan de Nul v. Egypt* трибунал не анализировал, являются ли конкретно действия ИСКП в рамках контракта с истцом государственными.

В деле *Hamester v. Ghana*, применив описанный выше двуступенчатый тест, трибунал установил, что на Совет по какао Ганы (далее — COCOBOD) были возложены правительственные функции. Основной функцией COCOBOD

²⁸ Emilio Agustín Maffezini v. The Kingdom of Spain, ICSID Case No. ARB/97/7, Award, 13 November 2000, paras. 46, 51.

²⁹ Emilio Agustín Maffezini v. The Kingdom of Spain, ICSID Case No. ARB/97/7, Award, 13 November 2000, paras. 47.

³⁰ Emilio Agustín Maffezini v. The Kingdom of Spain, ICSID Case No. ARB/97/7, Award, 13 November 2000, paras. 50.

³¹ Emilio Agustín Maffezini v. The Kingdom of Spain, ICSID Case No. ARB/97/7, Award, 13 November 2000, para. 50.

³² Emilio Agustín Maffezini v. The Kingdom of Spain, ICSID Case No. ARB/97/7, Award, 13 November 2000, para. 83.

³³ Jan de Nul N. V. and Dredging International N. V. v. Arab Republic of Egypt, ICSID Case No. ARB/04/13, Award, 6 November 2008, para. 166.

³⁴ Jan de Nul N. V. and Dredging International N.V. v. Arab Republic of Egypt, ICSID Case No. ARB/04/13, Award, 6 November 2008, para. 170.

³⁵ Toto Costruzioni Generali S.p.A. v. Republic of Lebanon, ICSID Case No. ARB/07/12, Decision on Jurisdiction, 11 September 2009, para. 52.

³⁶ Toto Costruzioni Generali S.p.A. v. Republic of Lebanon, ICSID Case No. ARB/07/12, Decision on Jurisdiction, 11 September 2009, para. 60.

была закупка какао-продукции у ганских фермеров, а также экспорт данной продукции. Помимо данной сугубо коммерческой функции, в его функции также входило регулирование экспорта какао, стимулирование развития производства какао и другие функции, являющиеся государственными по своему характеру. Для выполнения этих функций СОСОВОД был наделен правительственными полномочиями, такими как принятие нормативных актов и наложение штрафов. Установление того факта, что СОСОВОД является государственной организацией, наделенной определенными правительственными полномочиями, само по себе не решает вопрос о присвоении его действий государству³⁷. Поэтому далее трибунал проанализировал действия СОСОВОД в отношении требований истца и установил, что они были коммерческими по своей природе, а не государственными и, следовательно, не могут быть присвоены государству³⁸.

Таким образом, практически во всех проанализированных делах (за исключением *Toto Costruzioni v. Lebanon*) трибуналы придерживались следующего алгоритма в целях установления возможности присвоения государству действий государственных компаний по смыслу ст. 5 Статей КМП:

- 1) определяли, является ли государственная компания лицом, уполномоченным в силу применимого права осуществлять элементы государственной власти;
- 2) если государственная компания является лицом, уполномоченным в силу применимого права осуществлять элементы государственной власти, определяли, являются ли конкретно те действия государственной компании, в отношении которых заявил требование инвестор, государственными по своей природе.

Статья 8 Статей КМП

Статья 8 Статей КМП относится к первому элементу «теста Броше» — действует ли государственная компания под контролем государства в качестве агента. Согласно ст. 8 Статей КМП поведение лица или группы лиц рассматривается как деяние государства по международному праву, если это лицо или группа лиц фактически действует по указаниям, под руководством или контролем этого государства при осуществлении такого поведения. Для применения ст. 8 Статей КМП достаточно доказать наличие хотя бы одного из перечисленных обстоятельств — указаний, руководства или контроля государства в отношении действий государственной компании³⁹.

В комментарии КМП к ст. 8 поясняется, что для целей доказывания присвоения государству действий юридического лица в соответствии со ст. 8, недостаточно владения государством контрольным пакетом акций (долей) данного лица. Однако если имеются доказательства того, что государство использовало свою долю или контроль над лицом специально для достижения определенного результата, то действия лица могут быть присвоены государству⁴⁰.

В деле *EDF (Services) Limited v. Republic of Romania* трибунал пришел к выводу о наличии доказательств, свидетельствующих о том, что Министерство транспорта Румынии издало инструкции и указания двум государственным компаниям относительно того, как эти две компании должны вести себя при осуществлении своих прав акционеров. Кроме того, румынское государство использовало свой контроль над государственными компаниями для достижения конкретного результата — прекращения договорных отношений с иностранным инвестором. По мнению трибунала, такие действия подпадают под ст. 8 Статей КМП и должны рассматриваться как действия Румынии⁴¹.

В деле *Tulip v. Turkey* перед трибуналом встал вопрос о возможности применения ст. 8 Статей КМП к Турецкому инвестиционному трасту в сфере недвижимости (далее — Emlak). Трибунал пришел к выводу, что большинство голосующих акций Emlak и совет директоров во все соответствующие периоды контролировались ТОКИ, государственным органом, ответственным за государственное жилье и эксплуатацию в Турции. Трибунал установил, что ТОКИ мог осуществлять определенный контроль над Emlak для реализации элементов конкретной государственной цели. В той степени, в которой ТОКИ осуществлял такой правительственный контроль в конкретных случаях для достижения определенного результата, действия Emlak могут быть присвоены государству⁴². Однако трибунал указал, что необходимо определить, контролировал ли ТОКИ траст Emlak именно в отношении конкретной деятельности по исполнению контракта с совместным предприятием Tulip⁴³. Проанализировав доказательства по делу, трибунал пришел к выводу, что, хотя Emlak находился под контролем ТОКИ, в отношении совместного предприятия

³⁷ *Gustav F. W. Hamester GmbH & Co KG v. Republic of Ghana*, ICSID Case No. ARB/07/24, Award, 18 June 2010, para. 190.

³⁸ *Gustav F. W. Hamester GmbH & Co KG v. Republic of Ghana*, ICSID Case No. ARB/07/24, Award, 18 June 2010, para. 250.

³⁹ *Tulip Real Estate Investment and Development Netherlands B. V. v. Republic of Turkey*, ICSID Case No. ARB/11/28 (10 March 2014), Award, para. 303.

⁴⁰ Draft Articles on Responsibility of States for Internationally Wrongful Acts, with Commentaries, in Report of the International Law Commission on the Work of its Fifty-third Session, UN Doc A/56/10 (2001). P. 48.

⁴¹ *EDF (Services) Limited v. Republic of Romania*, ICSID Case No. ARB/05/13, Award, 8 October 2009, para. 213.

⁴² *Tulip Real Estate Investment and Development Netherlands B. V. v. Republic of Turkey*, ICSID Case No. ARB/11/28, Award, 10 March 2014, para. 308.

⁴³ *Tulip Real Estate Investment and Development Netherlands B. V. v. Republic of Turkey*, ICSID Case No. ARB/11/28, Award, 10 March 2014, para. 309.

Emlak руководствовался исключительно своими коммерческими интересами. Следовательно, действия Emlak не могут быть присвоены государству согласно ст. 8 Статей КМП⁴⁴.

Заключение

По итогам анализа практики международных инвестиционных трибуналов можно сделать следующие выводы. Во-первых, несмотря на государственную собственность и государственный контроль, государственные компании способны осуществлять чисто коммерческую деятельность, как и предприятия, находящиеся в частной собственности. Следовательно, защита, предоставляемая МИС (в том числе их положения о возможности обращения в международный инвестиционный арбитраж), в любом случае должна быть доступна для государственных компаний, когда они действуют в своем коммерческом качестве. Во-вторых, даже если государственные компании выполняют некоммерческие функции по указанию государства, это не приводит к автоматическому выводу о том, что государственные компании не имеют права инициировать арбитражное разбирательство против государства. Для того чтобы трибунал отказал в установлении своей компетенции на рассмотрение требований государственной компании, необходимо доказать: 1) что именно те действия государственной компании, которые относятся к ее требованию в арбитраже, являются государственными по своей природе; или 2) наличие указаний, руководства или контроля государства касательно действий государственной компании, которые относятся к ее требованию в арбитраже.

Для определения наличия у государственной компании права инициировать арбитражное разбирательство против государства в МЦУИС, предлагается применять следующий алгоритм:

- 1) Необходимо проанализировать положения МИС на предмет ограничений для распространения статуса инвестора на государственную компанию. Если толкование положений МИС прямо свидетельствует о том, что государственная компания не может выступать в качестве инвестора, у государственной компании нет права инициировать арбитражное разбирательство против государства в МЦУИС.
- 2) В случае отсутствия ограничений в п. 1 выше необходимо определить, является ли государственная компания лицом, уполномоченным в силу применимого права осуществлять элементы государственной власти. Для этого нужно установить:
 - находится ли компания в государственной собственности или контролируется, прямо или косвенно, государством;
 - является ли ее целью выполнение государственных функций, которые по своей природе обычно не выполняются частными лицами.

В случае отрицательного ответа на один или два вопроса выше государственная компания имеет право инициировать арбитражное разбирательство против государства в МЦУИС.

- 1) В случае положительных ответов на оба вопроса в п. 2 выше необходимо установить, являются ли действия государственной компании, в отношении которых она заявила требования в арбитраже, результатом реализации государственной власти. Если ответ и на этот вопрос будет положительным, действия компании должны быть присвоены государству, а значит, у государственной компании нет права на подачу иска в МЦУИС.
- 2) В случае если действия государственной компании, в отношении которых она заявила требования в арбитраже, не являются результатом реализации государственной власти, необходимо применить дополнительный тест — установить, находится ли государственная компания под руководством или контролем государства непосредственно в отношении требований, которые она заявила в арбитраже. В случае положительного ответа действия государственной компании должны быть присвоены государству, а значит, у государственной компании нет права на подачу иска в МЦУИС.

Литература

1. *Боклан Д. С., Боклан О. С., Смбалян А. С.* Значение Статей об ответственности государств за международно-противоправные деяния для защиты интересов сторон при разрешении споров в рамках ВТО. *Международное правосудие*, 2016. № 4. С. 99–113.
2. *Broches A.* Selected Essays. World Bank, ICSID, and other subjects of public and private international law, 1995. P. 201–202.
3. *Cortesi G. A.* ICSID Jurisdiction with Regard to State-Owned Enterprises — Moving Toward an Approach Based on General International Law. *The Law and Practice of International Courts and Tribunals*, 2017. P. 108–138.
4. *Du M.* The Status of Chinese State-owned Enterprises in International Investment Arbitration: Much Ado about Nothing? *Chinese Journal of International Law*, 2022. P. 785–815.
5. *Feldman M.* State-Owned Enterprises as Claimants in International Investment Arbitration. *ICSID Review [Obzor MCIUS]*. 2016. Vol. 31. No. 1. P. 24–35.

⁴⁴ *Tulip Real Estate Investment and Development Netherlands B. V. v. Republic of Turkey*, ICSID Case No. ARB/11/28, Award, 10 March 2014, para. 326.

6. *Mohtashami R., El-Hosseny F.* State-Owned Enterprises as Claimants before ICSID: Is the Broches Test on the Ebb? *BCDR International Arbitration Review*, Kluwer Law International, 2016. Vol. 3, Iss. 2. P. 371–388.
7. *Shima Y.* The Policy Landscape for International Investment by Government-Controlled Investors: A Fact-Finding Survey, *OECD Working Papers on International Investment*. 2015/01. P. 3–22.

References

1. *Boklan, D. S., Boklan, O. S., Smbatyan, A. S.* Relevance of Articles on Responsibility of States for Internationally Wrongful Acts for Legal Defense in WTO Dispute Settlement Mechanism [Znachenie Statej ob otvetstvennosti gosudarstv za mezhdunarodno-protivopravnye dejaniya dlja zashhity interesov storon pri razreshenii sporov v ramkah VTO]. *International Justice [Mezhdunarodnoe pravosudie]*. 2016. No. 4. P. 99–113. (In Rus.)
2. *Broches, A.* Selected Essays. World Bank, ICSID, and Other Subjects of Public and Private International Law, 1995. P. 201–202.
3. *Cortesi, G. A.* ICSID Jurisdiction with Regard to State-Owned Enterprises — Moving Toward an Approach Based on General International Law. *The Law and Practice of International Courts and Tribunals*, 2017. P. 108–138.
4. *Du, M.* The Status of Chinese State-Owned Enterprises in International Investment Arbitration: Much Ado about Nothing? *Chinese Journal of International Law*, 2022. P. 785–815.
5. *Feldman, M.* State-Owned Enterprises as Claimants in International Investment Arbitration. *ICSID Review*. Vol. 31, No. 1, 2016. P. 24–35.
6. *Mohtashami, R., El-Hosseny, F.* State-Owned Enterprises as Claimants before ICSID: Is the Broches Test on the Ebb? *BCDR International Arbitration Review*, Kluwer Law International, 2016. Vol. 3. Iss. 2. P. 371–388.
7. *Shima, Y.* The Policy Landscape for International Investment by Government-Controlled Investors: A Fact-Finding Survey, *OECD Working Papers on International Investment*. 2015/01. P. 3–22.