



**Комиссия Организации Объединенных Наций
по праву международной торговли
Рабочая группа III (Реформирование системы
урегулирования споров между инвесторами
и государствами)****Пятьдесят вторая сессия**

Вена, 22–26 сентября 2025 года

**Возможная работа по реформированию системы
урегулирования споров между инвесторами
и государствами (УСИГ)****Проект рекомендаций по расчету размера ущерба
и возмещения в рамках урегулирования споров между
инвесторами и государствами****Записка Секретариата**

1. В ходе предыдущих обсуждений Рабочая группа выявила среди прочих следующие проблемные моменты: непоследовательность и непредсказуемость решений о возмещении ущерба¹, большие суммы компенсаций, присуждаемых судами по урегулированию споров между инвесторами и государствами (УСИГ), негативно влияющие на способность государств осуществлять регулирование и обеспечивать предоставление общественных благ и услуг², сложность расчета размера ущерба, ведущая к увеличению расходов и сроков³, а также значительная разница между суммой инвестиций и суммой, присуждаемой в качестве компенсации⁴.

2. На тридцать восьмой сессии в октябре 2019 года Секретариату было поручено рассмотреть вопрос о том, каким образом можно было бы проводить работу по возмещению ущерба⁵. Соответственно, Секретариат подготовил записку об оценке ущерба и компенсации⁶. На сорок третьей сессии получила поддержку идея продолжения работы над темой оценки ущерба и компенсации и Секретариату было поручено подготовить проект текста положений и руководящих принципов, которые позволили бы решить проблемы корректности и

¹ A/CN.9/930/Add.1/Rev.1, п. 30.

² A/CN.9/970, пп. 36–38, A/CN.9/1160, п. 99.

³ A/CN.9/1124, п. 91.

⁴ A/CN.9/WG.III/WP.220, п. 5.

⁵ A/CN.9/1004*, п. 104.

⁶ A/CN.9/WG.III/WP.220, п. 10.



последовательности, а также стоимости и продолжительности разбирательства, возникающие в связи с оценкой ущерба и компенсацией⁷.

3. На сорок девятой сессии в сентябре 2024 года было вновь отмечено, что можно было бы подготовить руководящие принципы для оказания судам помощи в вынесении решений, касающихся оценки ущерба и компенсации, и было высказано мнение, что разрабатывать такие руководящие принципы можно было бы параллельно с проектом положения об оценке ущерба и компенсации⁸.

4. Соответственно, в приложении к настоящей записке представлен проект рекомендаций по расчету размера ущерба и возмещения в рамках УСИГ.

5. Рабочая группа, возможно, пожелает принять к сведению, что пересмотренный вариант проекта положения об оценке ущерба и компенсации (проект положения 20) содержится в документе [A/CN.9/WG.III/WP.253](#). К расчету размера ущерба имеет отношение ряд других проектов положений, касающихся процессуальных и сквозных вопросов, включая доказательства, разделение дела, обеспечение покрытия издержек, распределение издержек, встречные иски, финансирование третьей стороной и иски акционеров.

⁷ [A/CN.9/1124](#), п. 100.

⁸ [A/CN.9/1194](#), п. 104.

Приложение

Проект рекомендаций по расчету размера ущерба и возмещения в рамках урегулирования споров между инвесторами и государствами

1. Процесс оценки и расчета размера ущерба и возмещения имеет процедурные, правовые и количественные составляющие. По своей сути он носит экономический характер и в значительной степени опирается на экспертный анализ, что делает необходимым рассмотрение процедурных инструментов, позволяющих определить, какую роль в нем должны играть и как должны быть задействованы эксперты. С юридической точки зрения возмещение ущерба регулируется принципами и арбитражной практикой, определяющими право на возмещение, стандарты доказывания и предельные размеры возмещения. С точки зрения оценки, хотя расчет размера ущерба определяется отраслевыми нормами и практикой, он по-прежнему ограничен применимой законодательной базой. Рекомендации призваны помочь третейским судам в рассмотрении этих элементов.
2. В первую очередь в рекомендациях подробно рассматриваются аналитическая база и изменения в законодательстве. Кроме того, уделяется особое внимание ключевым вопросам, которые должны решить адьюдикаторы, и приводятся примеры передовой практики, которая сложилась в ходе рассмотрения арбитражных дел. В рекомендациях также определяются потенциальные области, требующие проведения реформ, и рассматриваются очертания таких реформ в той мере, в какой они означают отход от действующих принципов и арбитражной практики или выход за их рамки.
3. Дискуссии на эту тему ведутся параллельно и в рамках других международных форумов. Одна из важных инициатив осуществляется под руководством Конференции Организации Объединенных Наций по торговле и развитию (ЮНКТАД). В сентябре 2024 года ЮНКТАД издала аналитическую записку, посвященную международным инвестиционным соглашениям (МИС), в которой описываются различные стратегические варианты решения вопросов компенсации и возмещения ущерба в МИС⁹. В этой аналитической записке описывается несколько видов мер, которые государства могут принимать для устранения проблем, связанных с присуждением крупных сумм возмещения ущерба и проблемами в МИС в отношении правил получения возмещения, например уточнение факторов, определяющих причинно-следственную связь и снижение размера ущерба, принятие обязательных руководств по методам оценки и устранение стимулов для предъявления чрезмерных требований. Работа по этому направлению ведется также в Комиссии международного права (КМП), которая включила тему компенсации за ущерб, причиненный международно-противоправными действиями, в свою программу работы¹⁰. Возможный круг тем включает: условия возмещения, виды ущерба, причинно-следственную связь, финансовое положение государства-ответчика, значение справедливости и общих принципов права, начисление процентов, вину потерпевшей стороны, а также практику различных судов при определении размера компенсации¹¹. Координация этих параллельных инициатив позволила бы не допустить фрагментированности подходов.

⁹ UNCTAD, «IIA Issues Note: Compensation & Damages in Investor-State Dispute Settlement Proceedings», https://unctad.org/system/files/official-document/diaepcbinf2024d3_en.pdf.

¹⁰ A/80/10, пп. 23 и 437.

¹¹ A/79/10, приложение I.

4. В конце каждого раздела приводится ряд рекомендаций, призванных способствовать эффективному и плодотворному проведению разбирательств. Эти рекомендации направлены на то, чтобы помочь третейским судам более эффективно управлять процессом, по возможности оптимизировать его, повысить осведомленность сторон о вопросах, которые могут представлять особый интерес для суда, и стимулировать использование имеющихся процессуальных инструментов. Они призваны способствовать большей ясности и предсказуемости путем установления четких процессуальных стандартов — в идеальной ситуации эти стандарты обсуждаются и согласовываются со сторонами — при одновременном повышении экономической эффективности судебного процесса. С учетом сложившейся арбитражной практики и расхождений в применении некоторых подходов, в том числе в отношении процедур осуществления выплат, расчета и присуждения процентов, рекомендации также направлены на обеспечение большей последовательности и согласованности на практике в целях содействия достижению более логичных и прозрачных результатов.

А. Организация арбитражных разбирательств

5. После вынесения постановления об ответственности третейский суд обычно рассматривает вопросы наличия причинно-следственной связи и возмещения ущерба. Это происходит ближе к концу разбирательства, однако стороны в споре и суд могут уже на более ранней стадии предпринять определенные шаги, которые помогут суду в решении этих вопросов.

6. Первое совещание по процессуальным вопросам и совещание по порядку ведения дела: порядок рассмотрения дела обычно устанавливается с участием сторон на первом совещании по процессуальным вопросам. Уже на этом этапе сторонам и третейскому суду следует определить, какие процедуры лучше всего подойдут для получения заключения эксперта по оценке ущерба, сужения круга вопросов, являющихся предметом спора, и рассмотрения вопросов, подлежащих обсуждению на предварительном заседании суда. Международный институт предупреждения и разрешения споров предлагает в ходе такого совещания предварительно обсудить со сторонами фактические и юридические аспекты возмещения ущерба, включая доказательства, подтверждающие ответственность, связь нарушения с ущербом, а также правовую концепцию причинения вреда¹². Такой подход может помочь уточнить и сузить круг вопросов, а также облегчить третейскому суду понимание дела и ведение разбирательства по делу. Однако на практике может быть затруднительно вести предметное обсуждение на столь ранней стадии, когда стороны еще не вполне определились с характером и содержанием требования о возмещении ущерба. Поэтому могут быть организованы дополнительные совещания по порядку ведения дела, когда уже прояснятся конкретные обстоятельства дела, что позволит третейскому суду рассмотреть основные вопросы, являющиеся предметом спора, включая вопрос о количественной оценке ущерба. Совещания по порядку ведения дела могут назначаться на ключевых этапах арбитражного процесса, например между письменными этапами и перед проведением слушания.

7. Выделенный этап определения размера ущерба: в некоторых случаях может быть целесообразно делить разбирательство на этапы, позволяя тем самым третейскому суду в первую очередь рассматривать вопросы, которые являются диспозитивными или решение которых поможет ему быстрее перейти к

¹² CPR International Committee on Arbitration, «Protocol on Determination of Damages in Arbitration» (2010), <https://static.cpradr.org/docs/CPR-Protocol-on-Determination-of-Damages-in-Arbitration-fnl.pdf>, p. 3.

следующему этапу. Хотя на практике в разбирательстве чаще выделяется юрисдикционный этап, некоторые третейские суды также выделяют в отдельный этап оценку ущерба¹³. Делить разбирательство на этапы позволяет целый ряд арбитражных регламентов. Так, согласно Правилам Международной ассоциации юристов по получению доказательств в международном арбитраже (Правила МАЮ), третейским судам рекомендуется «поставить перед сторонами, как только это будет сочтено целесообразным, любые вопросы, которые... может быть целесообразно разрешить в предварительном порядке» (подпункт (b) пункта 3 статьи 2). Одно из главных преимуществ разделения дела на этапы — эффективность. Рассмотрение вопросов юрисдикции и/или существования спора на начальном этапе может способствовать экономии времени и снижению расходов сторон за счет устранения необходимости представления позиции по вопросу о размере возмещения в случае отклонения иска¹⁴, сужения круга спорных вопросов для этапа определения размера ущерба, а также создания предпосылок для достижения скорейшего урегулирования спора.

8. Вместе с тем разделение разбирательства на этапы не всегда приводит к ожидаемой процессуальной эффективности. Так, данный подход может быть менее уместным в делах, где вопросы ответственности тесно связаны с такими элементами правовой оценки, как установление причинно-следственной связи, проверка принятия мер по снижению ущерба или наличие такого нарушения договорных обязательств, как экспроприация. В таких случаях может возникнуть дублирование анализа доказательств и показаний свидетелей, что нивелирует предполагаемую экономию времени и средств. Кроме того, инвесторы обычно привлекают экспертов по оценке размера убытков и технических экспертов на ранней стадии для обоснования своих требований и оценки размера убытков с целью принятия решения о целесообразности предъявления иска и/или обращения за финансированием. Решение о целесообразности разделения разбирательства на этапы должно приниматься в каждом конкретном случае с учетом: i) временных и финансовых соображений; ii) мнения третейского суда о процессуальной эффективности на последующих этапах; iii) ценности заключений экспертов по оценке ущерба после установления ответственности третейским судом¹⁵. Если вопрос определения размера убытков переносится на более позднюю стадию, третейский суд может счесть целесообразным предложить набор необязательных ориентиров в отсутствие частичного решения, вынесенного по результатам предыдущих этапов разбирательства. Однако в целях соблюдения надлежащей правовой процедуры это не должно лишать стороны возможности представить свою полную позицию по существу дела.

9. Письменные заявления сторон: стороны играют ключевую роль в том, чтобы третейский суд располагал всеми необходимыми доказательствами и сформировал полное представление о деле, включая вопросы наличия и размера убытков, для вынесения решения. Определенные инструменты и методы могут помочь третейскому суду определить основные вопросы, составляющие предмет

¹³ *Suez, Sociedad General de Aguas de Barcelona S.A., and Vivendi Universal S.A. v. Argentina*, ICSID Case No. ARB/03/19, Decision on Liability, 30 July 2010, paras. 272–275; *Electrabel SA v. Hungary*, ICSID Case No. ARB/07/19, Procedural Order No. 3, 27 March 2009, para. 3; *Glencore Finance (Bermuda) Ltd. v. Plurinational State of Bolivia*, PCA Case No. 2016-39 (Glencore Finance v. Bolivia), Procedural Order No. 2 (Decision on Bifurcation), 31 January 2018, para. 56.

¹⁴ *Methanex Corporation v. United States of America*, UNCITRAL, Final Award, 3 August 2005, para. 32.

¹⁵ *Coropi Holdings Limited, Kalemegdan Investments Limited and Erinn Bernard Broshkov v. Republic of Serbia*, ICSID Case No. ARB/22/14, Procedural Order No. 4, 21 August 2023, para. 21.

спора, получить относящиеся к делу доказательства и оценить влияние допущенных экспертов на расчет размера убытков.

10. Одним из таких инструментов может выступать структурированный документ, позволяющий идентифицировать и конкретизировать заявленные требования возмещения, соотнося их с предполагаемыми нарушениями. В инвестиционном арбитраже адвокаты обычно работают со сводными таблицами при представлении документов. Например, полезным инструментом может стать так называемый «график Скотта» — таблица, в которой перечислены отдельные требования, исковая сумма и позиции сторон по каждому пункту¹⁶. Использование таких структурированных форматов способствует системному, поэтапному обоснованию размера убытков.

11. Еще один обычный механизм получения информации, имеющей значение для разрешения спора, — представление документов. Хотя обмен документами, как правило, происходит после первого раунда представления письменных заявлений, некоторые вопросы могут стать очевидными лишь на более поздних этапах разбирательства. В этой связи может оказаться целесообразным предусмотреть в первом процессуальном постановлении возможность повторного рассмотрения ходатайств о представлении документов, касающихся убытков, либо проведения последующей стадии разбирательства для сбора дополнительных доказательств, относящихся к оценке размера убытков. Любые ходатайства должны быть тщательно обоснованы, чтобы не создавать чрезмерных затруднений и не приводить к необоснованным задержкам.

12. Еще одним инструментом, часто применяемым для сужения круга спорных вопросов, является совместный доклад экспертов. Однако он может оказаться неэффективным, если эксперты придерживаются принципиально различных взглядов. Более действенной мерой может быть раскрытие экспертами полученных ими инструкций и ключевых предположений (см. подпункт (b) пункта 2 статьи 5 Правил МАЮ), а также подготовка анализа чувствительности, показывающего, как эти инструкции и предположения влияют на результат оценки¹⁷. Различия в оценке часто обусловлены инструкциями и предположениями, из которых эксперты исходят согласно поручению назначивших их адвокатов, а не реальными расхождениями во взглядах. Если же третейский суд придет к выводу о необходимости корректировки финансовой модели или сочтет более уместным иной метод оценки, сторонам следует дать возможность представить свои позиции по вопросам, ранее не рассматривавшимся, чтобы избежать выхода за пределы заявленных сторонами требований.

13. Организация слушания: третейский суд совместно со сторонами может заранее установить процессуальные правила, направленные на наиболее эффективное использование устных выступлений экспертов. Один из вариантов — обязать экспертов провести совещание и обменяться мнениями до начала слушания. В некоторых случаях третейские суды поручают экспертам сторон совместно подготовить письменный доклад, отражающий как совпадающие позиции, так и разногласия¹⁸. Такой подход может способствовать сужению круга вопросов, подлежащих разрешению третейским судом. Второй вариант касается

¹⁶ ADR Institute of Canada, «Using a ‘Scott Schedule’ in Arbitration» (6 December 2018), <https://adric.ca/using-a-scott-schedule-in-arbitration/>.

¹⁷ Высший институт арбитров придерживается иного подхода (см. Protocol for the Use of Party-Appointed Expert Witnesses in International Arbitration, article 6.1(a)).

¹⁸ *S.D. Myers Inc v. Canada*, UNCITRAL, Procedural Order No. 17, 26 February 2001, para. 12; *Achmea BV v. Slovak Republic*, UNCITRAL PCA Case No. 2008–12, Final Award, 7 December 2012, paras. 61–65; *Anatolie Stati et al. v. Kazakhstan*, SCC Case No. V 116/2010 (Stati et al. v. Kazakhstan), Award, 19 December 2013, para. 118.

правил представления экспертных доказательств. Например, стороны при содействии третейского суда разрабатывают правила, определяющие порядок представления экспертами материалов, объем и продолжительность перекрестного допроса, последовательность допроса свидетелей и экспертов, порядок допроса совместно работающих экспертов, использования наглядных материалов и предварительного обмена ими, работы с конфиденциальной информацией и допустимость новых доказательств. Третий вариант, который третейский суд может рассмотреть, — это совместный опрос экспертов (так называемый «hot-tubbing»; см. подпункт (f) пункта 4 статьи 8 Правил МАЮ). Эта процедура позволяет третейскому суду одновременно опрашивать экспертов обеих сторон с возможностью для сторон задать последующие уточняющие вопросы. Целями совместного опроса являются выявление совпадающих позиций и разногласий, проверка доказательств, прояснение технических вопросов, опровержение слабых доводов и стимулирование дискуссии. Хорошей практикой считается заблаговременное согласование продолжительности этой процедуры, объема участия сторон и перечня вопросов, подлежащих обсуждению, чтобы обеспечить равные условия для всех.

14. Действия после слушания: после завершения слушания третейский суд может нуждаться в дополнительной помощи при рассмотрении вопросов, связанных с определением размера убытков. Третейский суд также может запрашивать у сторон и их экспертов дополнительную информацию или аналитические материалы.

15. Третейский суд может также провести собственный анализ моделей сторон или назначить собственного эксперта. Третейский суд вправе привлекать эксперта в соответствии с большинством арбитражных регламентов и некоторыми МИС. Вместе с тем назначение эксперта целесообразно рассмотреть на более раннем этапе разбирательства, особенно если одна из сторон не привлекла эксперта, либо в сложных делах — для лучшего понимания исходных предположений или применяемых методов¹⁹. Арбитражные регламенты могут различаться, однако хорошей практикой считается согласование третейским судом со сторонами объема участия эксперта, формы его содействия и стоимости его услуг. Кроме того, стороны должны иметь право ознакомиться с докладом эксперта, назначенного третейским судом, представить свои замечания и задать эксперту вопросы на слушании.

16. Несмотря на эти меры, нередко возникает опасение, что эксперт, назначенный третейским судом, может фактически превратиться в арбитра. Чтобы развеять такие опасения, роль такого эксперта можно ограничить функциями технического консультанта (см. Типовую оговорку ЮНСИТРАЛ о технических консультантах). Например, функции эксперта могут сводиться к консультированию третейского суда относительно соответствия модели выводов третейского суда²⁰ или к содействию ему в понимании факторов, лежащих в основе расхождений во взглядах экспертов сторон относительно размера убытков²¹.

17. В распоряжении третейского суда имеется широкий набор средств и способов для рассмотрения вопросов, касающихся причинно-следственной связи и определения размера убытков. На протяжении всего разбирательства третейский

¹⁹ *CMS Gas Transmission Company v. The Republic of Argentina*, ICSID Case No. ARB/01/8 (CMS v. Argentina), Award, 12 May 2005, para. 418.

²⁰ J.A. Trenor, «Strategic Issues in Employing and Deploying Damages Experts» in *The Guide to Damages in International Arbitration*, 3rd edition, Trenor (ed.) (2018), p. 169.

²¹ A. Douglas, «Procedural Tools to Facilitate the Quantification of Damages in Investor-State Arbitration» in *Contemporary and Emerging Issues on the Law of Damages and Valuation in International Investment Arbitration*, Beharry (ed.) (2018), p. 20.

суд, консультируясь со сторонами, может выстроить такую процедуру, которая не только способствует более глубокому пониманию теоретических и методологических аспектов дела, но и повышает эффективность процесса, минимизируя временные и финансовые затраты. Эксперты играют ключевую роль в определении размера убытков, поэтому следует уделять особое внимание вопросам их привлечения в ходе разбирательства. Кроме того, третейский суд может рассмотреть возможность применения новых методов для снижения «эффекта якоря» — например, проведения оценки убытков «вслепую». Стороны можно обязать подготовить и представить анализ своих убытков, включая используемую методологию, предположения и обоснование, не раскрывая при этом третейскому суду окончательной суммы. Такой подход позволит третейскому суду оценить правовую и экономическую аргументацию иска, не поддаваясь влиянию конкретных цифр. Такие оценки, проводимые «вслепую», также могут способствовать содержательной дискуссии о применяемой методике, одновременно снижая риск когнитивного искажения при определении размера убытков третейским судом.

Рекомендации

Третейским судам следует запланировать проведение первоначального совещания по процессуальным вопросам и последующих совещаний по порядку ведения дела, чтобы предварительно рассмотреть концепцию причинения ущерба, обсудить доказательства и сузить круг вопросов, связанных с размером убытков.

Третейским судам следует рассмотреть возможность разделения разбирательства на этапы, выделив отдельный этап для определения размера убытков, принимая во внимание: i) соображения, касающиеся сроков и затрат; ii) эффективность разбирательства; iii) полезность экспертных заключений о размере убытков после установления ответственности.

Третейским судам следует использовать структурированный подход, который обеспечит системный анализ вопросов, связанных с определением размера убытков.

Третейский суд также может рассмотреть возможность пересмотра ранее принятых решений по ходатайствам о представлении документов, относящихся к размеру убытков, либо установить отдельный этап для определения размера убытков, на котором будут представлены соответствующие документы.

Третейским судам следует обязать экспертов раскрывать полученные ими инструкции и ключевые предположения, а также подготавливать анализ чувствительности, демонстрирующий влияние этих инструкций и предположений на результат оценки.

Третейским судам следует подробно определить порядок представления экспертных заключений в ходе разбирательства, например предусмотреть обязанность экспертов указывать спорные вопросы, установить специальные правила представления экспертных доказательств на слушании и определить процедуру совместного опроса экспертов.

Третейским судам следует рассмотреть возможность назначения собственных экспертов или технических консультантов на раннем этапе разбирательства в целях более полного понимания применяемых методов, исходных данных и предположений, в соответствии с подходом, изложенным в Типовой оговорке ЮНСИТРАЛ о технических консультантах.

В. Бремя и стандарт доказывания

18. В международной адьюдикации бремя доказывания факта лежит на стороне, его утверждающей²². Также в некоторых МИС прямо предусматривается, что истец обязан доказать право собственности на инвестиции или контроля над ними, национальную принадлежность инвестора, факт нарушения положений соглашения и порожденные этим убытки. Соответственно, на инвестора-истца возлагается бремя доказывания своих требований, тогда как государство-ответчик должно предъявить доказательства, подтверждающие любые возражения или встречные иски, которые оно заявляет²³. В отношении убытков инвестор должен доказать «сам факт нанесенных ему убытков или ущерба, их оценку в денежном выражении, а также необходимую причинно-следственную связь между убытками или ущербом и нарушением договора»²⁴. Иными словами, инвестор должен доказать: i) наличие ущерба, ii) причинно-следственную связь между причиненным ему ущербом и действиями государства, iii) размер убытков. В свою очередь, государство несет бремя доказывания любых заявленных им возражений, например, наличия иных причин ущерба, обстоятельств, уменьшающих размер возмещения²⁵, или погрешностей в оценке, представленной истцом. Если сторона не в состоянии представить доказательства, например, вследствие утраты доступа к документам, третейский суд может, в зависимости от обстоятельств дела, перераспределить бремя доказывания²⁶.

19. Что касается стандарта доказывания, единообразного подхода в практике третейских судов не сложилось. Третейские суды используют для оценки размера ущерба разные стандарты, в частности такие, как: «перевес доказательств»²⁷, «достаточная определенность»²⁸, «разумная степень определенности»²⁹, «высокая степень вероятности»³⁰, «некоторая степень определенности»³¹ и «вероятно, а не просто возможно»³². Хотя различия в терминологии могут вызывать дискуссии о требуемом уровне достаточности доказательств,

²² D. Sandifer, *Evidence Before International Tribunals* (University Press of Virginia) (1939), pp. 92–93; *Temple of Preah Vihear* (Cambodia v. Thailand), Judgment (Merits), 15 June 1962, p. 16.

²³ *Glencore Finance v. Bolivia*, Award, 8 September 2023, para. 268.

²⁴ *The Rompetrol Group N.V. v. Romania*, ICSID Case No. ARB/06/3, Award, 6 May 2013, para. 190.

²⁵ T. Wälde and B. Sabahi, «Compensation, Damages, and Valuation» in *Oxford Handbook of International Investment Law*, Muchlinski et al. (eds) (2008), p. 1111.

²⁶ *Muhammet Çap & Sehil İnşaat Endüstri ve Ticaret Ltd. Sti. v. Turkmenistan*, ICSID Case No. ARB/12/6, Award, 4 May 2021, para. 722.

²⁷ *Khan Resources Inc., Khan Resources B.V., and Cauc Holding Company Ltd. v. The Government of Mongolia*, PCA Case No. 2011-09 (Khan Resources v. Mongolia), Award, 2 March 2015, para. 375; *Eco Oro Minerals Corp. v. Republic of Colombia*, ICSID Case No. ARB/16/41 (Eco Oro v. Colombia), Award on Damages, 15 July 2024, para. 292; *Gold Reserve Inc v. Venezuela*, ICSID Case No. ARB(AF)/09/1 (Gold Reserve v. Venezuela), Award, 22 September 2014, para. 685.

²⁸ *Autopista Concesionada de Venezuela, C.A. v. Bolivarian Republic of Venezuela*, ICSID Case No. ARB/00/5, Award, 23 September 2003, para. 351.

²⁹ *Rudloff Case*, Mixed Claims Commission, 9 U.N.R.I.A.A. 225 (US v. Venezuela), Decision (Merits), 17 February 1903, p. 258.

³⁰ *Bilcon of Delaware Inc. v. Canada*, PCA Case No. 2009-04, Award on Damages, 10 January 2019, para. 168; *Factory at Chorzów*, PCIJ Series A. No. 17 (Germany v. Poland), Judgment (Merits), 13 September 1928, p. 47.

³¹ *Compañía de Aguas del Aconquija S.A. and Vivendi Universal S.A. v. Argentine Republic (I)*, ICSID Case No. ARB/97/3 (Vivendi v. Argentina I), Award II, 20 August 2007, para. 8.3.3.

³² *Asian Agricultural Products LTD (AAPL) v. Republic of Sri Lanka*, ICSID Case No. ARB/87/3 (AAPL v. Sri Lanka), Final Award, 27 June 1990, para. 104.

приведенные стандарты указывают, что третейский суд по меньшей мере должен установить, что тот или иной факт скорее вероятен, чем нет³³.

20. Судебная практика также различается в вопросе о том, применяется ли одинаковый стандарт доказывания как при установлении самого факта ущерба, так и при расчете размера этого ущерба³⁴. Даже в тех случаях, когда третейские суды применяли более низкий стандарт доказывания при определении размера ущерба, они исходили из того, что оно не может основываться на «догадках или предположениях»³⁵, а должно опираться на «разумную вероятность»³⁶ и «убедительную фактическую основу»³⁷. Споры о достаточности доказательств обычно возникают в связи с требованиями о возмещении упущенной выгоды. В Комментарий к проектам статей КМП об ответственности государств за международно-противоправные деяния (Комментарий КМП) разъясняется, что компенсация за упущенную выгоду обычно присуждалась тогда, когда «предполагаемый поток доходов приобретал свойства, позволяющие считать его законно защищенным интересом с достаточными основаниями для компенсации», например, «на основе договорных соглашений» или «подтвержденной динамики хозяйственной деятельности за прошлые периоды»³⁸. С учетом различий в подходах третейским судам следует проявлять осторожность, исходя из того, что единый подход отсутствует и что стандарт доказывания может различаться в зависимости от характера заявленного требования. Сторонам, в свою очередь, следует учитывать эту неопределенность при подготовке своих процессуальных документов.

21. На практике третейским судам следует внимательно следить за тем, чтобы при оценке доказательств, относящихся к конкретному требованию, сохранялась внутренняя связь между инвестициями, определенными для целей установления юрисдикции; предполагаемыми нарушениями, допущенными в отношении этих инвестиций; экономическим ущербом, который, как утверждается, был нанесен этими нарушениями указанным инвестициям. Дело *Пей Касадо против Чили* служит примером того, как присужденное возмещение ущерба не было конкретно увязано с нарушением, установленным третейским судом. Решение было отменено, поскольку суд присудил возмещение ущерба в связи с нарушением стандарта справедливого и равноправного режима, при этом размер ущерба исчислялся исходя из сценария экспроприации³⁹. Вновь сформированный состав третейского суда впоследствии отклонил этот подход к оценке размера убытков, установив, что истцы не продемонстрировали, «какие именно вред и убытки подтверждены доказательствами как причиненные им вследствие нарушения гарантии справедливого и равноправного режима»⁴⁰. Аналогичным образом третейский суд по делу *Эко Оро против Колумбии* отклонил предложенный истцом метод сопоставимых сделок исходя из предположения о полной утрате стоимости проекта, установив, что этот метод неприменим для оценки ущерба,

³³ S. Ripinsky & K. Williams, *Damages in International Investment Law* (2008) (Ripinsky/Williams), p. 165.

³⁴ *Watkins Holdings S. à r.l. and others v. Kingdom of Spain*, ICSID Case No. ARB/15/44, Award, 21 January 2020, paras. 684–685. Сравн. *Eco Oro Minerals Corp. v. Republic of Colombia*, ICSID Case No. ARB/16/41 (Eco Oro v. Colombia), Award on Damages, 5 July 2024, para. 292.

³⁵ *Mohammad Ammar Al-Bahloul v. The Republic of Tajikistan*, SCC Case No. V064/2008 (Al-Bahloul v. Tajikistan), Final Award, 8 June 2010, para. 39.

³⁶ *Impregilo S. p. A. v. Argentine Republic*, ICSID Case No. ARB/07/17, Award, 21 June 2011, para. 371.

³⁷ *Al-Bahloul v. Tajikistan*, para. 39.

³⁸ Комментарий КМП, комментарий 27 к статье 36.

³⁹ *Victor Pey Casado and President Allende Foundation v. Republic of Chile (I)*, ICSID Case No. ARB/98/2 (Pey Casado v. Chile), Decision on the Application for Annulment, 18 December 2012, paras. 261, 285.

⁴⁰ *Pey Casado v. Chile*, Award, 13 September 2016, para. 244.

причиненного нарушением Колумбией минимального стандарта предоставляемого инвесторам режима, которое привело лишь к утрате возможности подать заявку на получение экологических лицензий⁴¹.

22. В целом, хотя в практике разрешения споров выносились решения относительно бремени доказывания, единообразного подхода к стандарту доказывания, помимо требования о том, что размер убытков должен быть обоснован с разумной степенью достоверности и не носить предположительный характер, не сложилось. Оценка того, соответствует ли расчет размера убытков этому стандарту, будет зависеть от характера требования, наличия и достаточности доказательств, а также применяемой методики. С учетом того, что эта тема имеет отношение к выдвигаемым государствами возражениям и оценке, она также рассматривается в разделах E и F.

Рекомендации

Третейским судам следует возлагать на истцов бремя доказывания заявленных требований, включая факт наличия ущерба, определение его размера и причинно-следственную связь между нарушением и ущербом.

Третейским судам следует требовать от истцов четкого обоснования размера убытков. В частности, истцы должны доказать: i) наличие вреда; ii) причинно-следственную связь между понесенным ущербом и действиями государства; iii) размер убытков. В соответствующих случаях от государств следует требовать доказывания наличия обстоятельств, смягчающих ответственность, или иных факторов, уменьшающих размер компенсации.

Третейским судам следует рассмотреть возможность применения более строгого стандарта доказывания при оценке требований о возмещении убытков. При этом следует учитывать потенциальные последствия для более широких общественных интересов и необходимость тщательной проверки заявленных требований.

Третейским судам следует принять в качестве минимального доказательственный стандарт «перевеса доказательств» при определении наличия ущерба и причинно-следственной связи (т. е. фактические обстоятельства должны быть признаны скорее вероятными, чем нет, независимо от различий в терминах, используемых в разных делах).

Третейским судам следует рассмотреть возможность применения единого стандарта доказывания как для установления факта наличия ущерба, так и для определения его размера. Даже при применении более низкого стандарта для определения размера ущерба третейским судам следует исключать использование оценок, построенных на предположениях, и требовать наличия убедительной фактологической базы, соответствующей принципу достаточной вероятности.

Третейским судам следует присуждать возмещение упущенной выгоды только при наличии достаточной определенности в отношении потока доходов, представляющего защищаемый законом интерес.

⁴¹ *Eco Oro v. Colombia*, paras. 292, 302–5.

С. Наличие причинно-следственной связи

23. Чтобы добиться возмещения убытков, инвестор-истец должен доказать наличие причинно-следственной связи между своими убытками и нарушением, допущенным государством⁴². Существуют разные точки зрения на то, является ли установление причинно-следственной связи неотъемлемой частью установления ответственности, элементом анализа размера убытков⁴³ или же самостоятельным аналитическим этапом, связывающим установление ответственности с определением ущерба⁴⁴. В ряде дел это разграничение может не иметь решающего значения, однако рассмотрение причинно-следственной связи как отдельного вопроса в рамках разбирательства может иметь важное значение, о чем свидетельствуют, например, дела, в которых третейские суды устанавливали ответственность, но отказывали в возмещении ущерба из-за недоказанности причинно-следственной связи между нарушением и заявленным ущербом⁴⁵.

24. В сущности, анализ причинно-следственной связи позволяет определить, какие виды ущерба могут подлежать возмещению, путем выявления тех убытков, которые являются следствием совершенного государством нарушения. Этот подход, отражающий общий принцип права⁴⁶, закреплен в Статьях об ответственности государств за международно-противоправные деяния, в которых предусматривается обязанность государства предоставить полное возмещение вреда, причиненного его противоправным деянием⁴⁷. «Вред» включает любой ущерб, материальный или моральный, нанесенный международно-противоправным деянием государства. Однако ни в Статьях об ответственности государств, ни в Комментариях КМП не дается развернутых разъяснений относительно применения требования о наличии причинно-следственной связи, поскольку необходимый стандарт «необязательно является одинаковым применительно к каждому нарушению международного обязательства»⁴⁸. В МИС вопрос о причинно-следственной связи также рассматривается редко.

25. Для установления причинно-следственной связи инвестор-истец должен доказать как фактическую, так и юридическую связь между совершенным государством нарушением и своими убытками. Фактическая причинная связь предполагает, что инвестор должен доказать, что заявленный ущерб не был бы понесен, если бы предполагаемое нарушение договора не имело места. Поскольку установление фактической причинной связи по сути представляет собой анализ, основанный на фактических обстоятельствах, третейские суды рассматривают этот вопрос с разных позиций, оценивая, «неизбежно» ли противоправное

⁴² *Blusun S.A., et al. v. Italy*, ICSID Case No. ARB/14/3, Award, 27 December 2016, para. 394.

⁴³ *Biwater Gauff (Tanzania) Limited v. United Republic of Tanzania*, ICSID Case No. ARB/05/22 (*Biwater v. Tanzania*), Concurring and Dissenting Opinion of Gary Born, paras. 16–29; *Khan Resources v. Mongolia*, paras. 376–378.

⁴⁴ P. Pearsall, “Causation and the Draft Articles on State Responsibility”, *ICSID Review*, Volume 37, Issue 1–2 (2022), pp. 193–194.

⁴⁵ *Nordzucker AG v. The Republic of Poland*, UNCITRAL (*Nordzucker v. Poland*), Third Partial and Final Award (Damages and Costs), 23 November 2009, para. 64; *Cervin Investissements S.A. and Rhone Investissements S.A. v. Republic of Costa Rica*, ICSID Case No. ARB/13/2, Award, 7 March 2017, paras. 664, 703.

⁴⁶ B. Cheng, *General Principles of Law as Applied by International Courts and Tribunals* (1953), p. 241 ff.

⁴⁷ Статьи об ответственности государств за международно-противоправные деяния, пункт 1 статьи 31, а также статья 34, пункт 1 статьи 36 и пункт 1 статьи 37.

⁴⁸ Комментарий КМП, комментарий 10 к статье 31.

деяние повлекло убытки⁴⁹, было ли оно условием *sine qua non*⁵⁰ или послужило ли оно «основной либо преобладающей» причиной⁵¹.

26. Что касается юридической причинно-следственной связи, то инвестор-истец может требовать возмещения лишь тех убытков, которые находятся в «непосредственной», «предвидимой» или «прямой» связи с нарушением, совершенным государством, исключая убытки, связь которых с нарушением является слишком «отдаленной» или «косвенной»⁵². Эти критерии ограничивают глубину прослеживания причинно-следственной цепочки⁵³. В Комментариях КМП признается значимость юридической причинно-следственной связи, но конкретный критерий не устанавливается⁵⁴. На практике третейские суды применяют широкий спектр подходов, используя свое усмотрение при определении надлежащего критерия. В некоторых случаях суды обращают внимание в первую очередь на то, являлись ли действия государства непосредственной причиной убытков⁵⁵, были ли убытки предвидимым следствием этих действий⁵⁶, существовала ли прямая связь между противоправным деянием и заявленным ущербом⁵⁷, либо применяют эти критерии в различных сочетаниях⁵⁸. В деле *С. Д. Майерс против Канады* третейский суд применил несколько иной подход, заимствованный из договорного и деликтного права, для оценки таких понятий, как предвидимость и отдаленность ущерба⁵⁹. Хотя эти критерии иногда применяются без должного разграничения, их не следует рассматривать как равнозначные, поскольку критерий прямой связи является более строгим, чем критерий отдаленности или предвидимости⁶⁰. На практике применение критериев отдаленности и предвидимости не всегда, но часто приводит к одинаковым результатам. Третейским судам следует применять тот критерий, который они сочтут наиболее подходящим с учетом конкретных обстоятельств дела и характера предполагаемого нарушения. Если государство считает, что более строгий критерий прямой связи является предпочтительным, оно может закрепить соответствующее положение в своих МИС или рассмотреть возможность принятия совместно с другим государством-участником заявления о толковании.

⁴⁹ *Nordzucker v. Poland*, para. 63.

⁵⁰ *Ronald S. Lauder v. Czech Republic*, UNCITRAL (*Lauder v. Czech Republic*), Final Award, 3 September 2001, para. 234.

⁵¹ *Biwater v. Tanzania*, Award, 24 July 2008, para. 786.

⁵² V. Lanovoy, “Causation in the Law of State Responsibility”, *The British Yearbook of International Law*, Volume 90 (2022) (Lanovoy), p. 37.

⁵³ B. Sabahi, et al., “Principles Limiting the Amount of Compensation” in *Contemporary and Emerging Issues on the Law of Damages and Valuation in International Investment Arbitration*, Beharry (ed.) (2018), p. 329.

⁵⁴ I. Marboe, “Damages in Investor-State Arbitration: Current Issues and Challenges” in *International Investment Law and Arbitration* (2018) (Marboe), p. 39.

⁵⁵ *LG&E Energy Corp., LG&E Capital Corp. and LG&E International Inc. v. Argentine Republic*, ICSID Case No. ARB/02/1 (*LG&E v. Argentina*), Final Award, 25 July 2007, para. 50; *Pey Casado v. Chile*, Award, 13 September 2016, para. 218.

⁵⁶ *Amco Asia Corporation and others v. Republic of Indonesia*, ICSID Case No. ARB/81/1 (*Amco v. Indonesia*), Award in Resubmitted Proceeding, 31 May 1990, para. 172; *Burlington Resources, Inc. v. Republic of Ecuador*, ICSID Case No. ARB/08/5 (*Burlington v. Ecuador*), Decision on Reconsideration and Award, 7 February 2017, para. 333.

⁵⁷ *Archer Daniels Midland and Tate & Lyle Ingredients Americas, Inc. v. United Mexican States*, ICSID Case No. ARB(AF)/04/5 (*ADM v. Mexico*), Award, 21 November 2007, para. 282.

⁵⁸ *Joseph Charles Lemire v. Ukraine (II)*, ICSID Case No. ARB/06/18, Award, 28 March 2011, para. 170.

⁵⁹ *S.D. Myers v. Canada*, Second Partial Award, 21 October 2002, paras. 154, 159.

⁶⁰ Lanovoy, pp. 46, 57.

27. Вред также может быть результатом сочетания факторов (т. е. множественных причинно-следственных связей). В Статьях об ответственности государств за международно-противоправные деяния не предусматривается сокращения или смягчения возмещения за ущерб, наступивший в результате совпадающих причин за исключением случаев наличия способствующей вины⁶¹. Однако прервать причинно-следственную связь может привходящая причина⁶². В этом случае государство-ответчик обязано доказать, что именно этот фактор, а не нарушение с его стороны привел к неудаче инвестиционного проекта. Некоторые события могут иметь настолько большое значение, что они разрывают причинную связь, и причинная связь между действиями государства и ущербом становится слишком отдаленной⁶³. На государство возлагается обязанность доказать, что вред, причиненный инвестору, обусловлен другими факторами, например наличием вины либо небрежностью инвестора как потерпевшей стороны⁶⁴. В случаях, когда установлена вина потерпевшей стороны или ее небрежность, некоторые третейские суды сокращают размер возмещения, подлежащего выплате истцу⁶⁵. Если третейский суд считает целесообразным сократить размер возмещения, он может запросить у сторон дополнительные доказательства или письменные пояснения, а также привлечь экспертов по оценке ущерба, чтобы обеспечить более объективное и методическое обоснование такого сокращения. Вина потерпевшей стороны более подробно рассматривается ниже, в разделе E, посвященном выдвигаемым государствами возражениям.

Рекомендации

Третейским судам следует разграничивать фактическую причинно-следственную связь (инвестор не понес бы убытков, если бы не было нарушения) и юридическую причинно-следственную связь (причинная связь между возмещаемыми убытками и нарушением прослеживается в достаточной степени).

Третейским судам следует тщательно анализировать причинно-следственную связь между установленным нарушением и заявленным вредом, чтобы удостовериться в том, что указанный ущерб не является чрезмерно отдаленным или предположительным.

По возможности третейским судам следует проявлять осторожность при признании подлежащими возмещению убытков, которые носят косвенный характер или представляют собой предположительные или непредсказуемые последствия нарушения.

При определении размера убытков третейским судам следует учитывать вину потерпевшей стороны или неприятие ею мер для снижения размера ущерба. Третейский суд может запросить у сторон дополнительные письменные

⁶¹ Комментарий КМП, комментарий 12 к статье 31.

⁶² Там же, п. 13. В качестве примеров дел, в которых причинно-следственная связь не была установлена, см. *Lauder v. Czech Republic*, para. 234; *Biwater v. Tanzania*, paras. 790, 798.

⁶³ *Ioan Micula, et al. v. Romania*, ICSID Case No. ARB/05/20, Award, 11 December 2013, paras. 926–927.

⁶⁴ *Bear Creek Mining Corporation v. Republic of Peru*, ICSID Case No. ARB/14/21 (Bear Creek v. Peru), Award, 30 November 2017, para. 568; *Stati et al. v. Kazakhstan*, para. 1332.

⁶⁵ *MTD Equity Sdn. Bhd. and MTD Chile S.A. v. Chile*, ICSID Case No. ARB/01/7 (MTD v. Chile), Award, 25 May 2004, paras. 242–243; *Copper Mesa Mining Corporation v. Republic of Ecuador*, PCA Case No. 2012-02 (Copper Mesa v. Ecuador), Award, 15 March 2016, paras. 6.100–6.102; *STEAG GmbH v. Kingdom of Spain*, ICSID Case No. ARB/15/4 (STEAG v. Spain), Decision on Jurisdiction, Liability and Directions on Quantum, 8 October 2020, paras. 794–796.

пояснения или заключения экспертов, чтобы обеспечить объективное и методическое обоснование сокращения размера возмещения.

Если ответчик утверждает, что привходящая причина прервала причинно-следственную связь, третейским судам следует оценить, являлось ли это обстоятельство настолько значимым или непредвидимым, чтобы нарушение со стороны государства можно было считать имеющим слишком отдаленную причинную связь для возложения на него ответственности.

D. Стандарт возмещения

28. Расчет размера убытков основывается на применяемом стандарте возмещения. Логично отталкиваться при проведении соответствующего анализа от положений применимого МИС, поскольку в нем определены обязательства государства. Однако возмещение часто рассматривается исключительно в контексте экспроприации. Кроме того, некоторые соглашения предусматривают выплату компенсации только в случае нарушения конкретных обязательств. Ко всем другим нарушениям (включая незаконную экспроприацию) третейские суды применяют нормы обычного международного права, как они были сформулированы в деле *о фабрике в Хожуве* и закреплены в Статьях об ответственности государств за международно-противоправные деяния. Таким образом, стандарт возмещения определяется характером предполагаемого нарушения.

29. Возмещение убытков по своей природе носит компенсационный характер. Это означает, что присуждение возмещения убытков не имеет целью наказание государства⁶⁶. Вместо этого третейский суд должен стремиться восстановить положение потерпевшей стороны, в котором она находилась бы, если бы вред не был причинен.

30. Законная экспроприация: в большинстве МИС указаны условия, при которых экспроприация признается законной. Эти условия предусматривают, что действия государства: i) соответствуют требованиям надлежащей правовой процедуры; ii) не являются дискриминационными; iii) осуществляются в общественных интересах; iv) предусматривают выплату компенсации. Если эти условия не выполняются, третейские суды квалифицируют экспроприацию как незаконную и применяют принцип полного возмещения вреда в соответствии с нормами обычного международного права. Вместе с тем в ряде случаев третейские суды признавали экспроприацию законной, несмотря на отсутствие выплаты компенсации⁶⁷.

31. МИС также, как правило, предусматривают выплату «быстрой, достаточной и эффективной» компенсации, известной как «формула (или правило) Халла». Соответствующие положения содержат ориентиры для определения размера возмещения (т. е. справедливая рыночная стоимость (СРС)), дату оценки (т. е. дату, предшествующую экспроприации), а иногда — применимую процентную ставку. Даже если в договорах используются такие расплывчатые формулировки, как «рыночная стоимость», «подлинная стоимость» или «достаточная» компенсация, они, как правило, толкуются в соответствии со

⁶⁶ Комментарий КМП, комментарий 4 к статье 36.

⁶⁷ *Tidewater v. the Bolivarian Republic of Venezuela*, ICSID Case No. ARB/10/5 (Tidewater v. Bolivarian Republic of Venezuela), Award, 13 March 2015, para. 140; *Venezuela Holdings, B.V., et al v. Bolivarian Republic of Venezuela*, ICSID Case No. ARB/07/27, Award, 9 October 2014, paras. 301, 306.

стандартом СРС⁶⁸. В соответствии с этим стандартом стоимость определяется «ценой... по которой имущество могло бы быть продано гипотетическому, готовому и способному купить покупателю таким же готовым и способным продать продавцом, которые действуют на исключительно коммерческих началах на открытом и свободном рынке, без принуждения к совершению сделки и при наличии у обеих сторон разумной осведомленности о всех существенных обстоятельствах»⁶⁹. Некоторые международные договоры содержат дополнительные указания в отношении оценки стоимости на основании, например, стоимости действующего предприятия, стоимости активов, декларированной бухгалтерской стоимости или иных критериев. Как правило, такой анализ приводит к присуждению возмещения ущерба, равного справедливой рыночной стоимости экспроприированного имущества на момент, непосредственно предшествующий экспроприации, с добавлением применимых процентов. В зависимости от условий соответствующего международного договора третейский суд может быть обязан учитывать иные факторы при определении размера возмещения.

32. Незаконная экспроприация: в случае экспроприации, осуществленной с нарушением установленных требований, третейские суды применяют принцип полного возмещения вреда в соответствии с нормами обычного международного права, закрепленный в статье 31 Статей об ответственности государств за международно-противоправные деяния. Дополнительные указания содержатся в статье 34, которая гласит, что полное возмещение вреда может осуществляться «в форме реституции, компенсации и сатисфакции». Хотя стандарт полного возмещения вреда был выработан в контексте споров между государствами, третейские суды по инвестиционным спорам применяют этот принцип по аналогии для определения размера убытков в спорах между инвестором и государством.

33. Постоянная палата международного правосудия дала дополнительные разъяснения принципа полного возмещения вреда в деле *о Фабрике в Хожуве*, указав, что:

возмещение должно, насколько это возможно, ликвидировать все последствия противоправного деяния и восстановить ситуацию, которая, по всей вероятности, существовала бы, если бы это деяние не было совершено. Реституция натурой или, если это невозможно, выплата суммы, соответствующей размеру реституции в натуре⁷⁰.

34. В деле *о фабрике в Хожуве* было установлено два основных последствия нарушения, составляющего международно-противоправное деяние. Во-первых, первичной обязанностью государства является осуществление реституции, будь то в материальной (например, возвращение незаконно изъятого имущества) или правовой форме (например, отмена нормативного акта). Если реституция невозможна или сопряжена с чрезмерными трудностями, государство может выплатить денежное возмещение. Такая ситуация может возникнуть, например, если имущество было утеряно, уничтожено или претерпело существенные изменения⁷¹. В некоторых МИС третейскому суду предоставляется право присудить либо возмещение, либо реституцию, и в случае назначения реституции государство может избрать выплату денежного возмещения, сумма которого равна СРС экспроприированного имущества. Однако третейские суды редко присуждают

⁶⁸ Marboe, pp. 23–24; UNCTAD, *Bilateral Investment Treaties 1995–2006: Trends in Investment Rulemaking* (2007), p. 48; World Bank, *Guidelines on the Treatment of Foreign Direct Investment* (World Bank Guidelines), Guideline IV.3.

⁶⁹ American Society of Appraisers, *ASA Business Valuation Standards* (2008), p. 23; World Bank Guidelines, Guideline IV.5.

⁷⁰ *Chorzów Factory*, p. 47.

⁷¹ Комментарий КМП, комментарий 4 к статье 35.

реституцию, что, вероятно, связано с опасениями по поводу посягательства на суверенитет государства и сомнениями в исполнимости такого решения⁷².

35. Во-вторых, присуждаемое возмещение должно, «насколько возможно, устранить все последствия международно-противоправного деяния»⁷³. На практике третейские суды рассчитывают размер убытков путем сравнения СРС в гипотетическом сценарии «если бы нарушения не было» с текущей стоимостью в реальной ситуации, принимая разницу между ними за меру убытков. Поскольку в большинстве случаев после экспроприации стоимость в реальной ситуации чаще всего равна нулю, размер убытков, как правило, равен СРС в гипотетическом сценарии «если бы нарушения не было». Такой подход совпадает с методом, применяемым при законной экспроприации, за исключением того, что он может также учитывать прирост стоимости после лишения имущества и сопутствующие расходы⁷⁴. Однако лишь немногие третейские суды присуждают возмещение ущерба с учетом прироста стоимости после нарушения, вероятно, ввиду того, что такая ситуация возникает редко⁷⁵. Таким образом, в большинстве случаев возмещение ущерба по МИС приводит к такому же результату, что и возмещение ущерба, определяемое на основе норм международного обычного права⁷⁶.

36. Реституция может также назначаться в сочетании с другими формами возмещения ущерба, включая компенсацию ущерба, не покрываемого реституцией⁷⁷. При этом третейскому суду необходимо следить за тем, чтобы в совокупности возмещение не составляло двойной компенсации. Широко применяемым средством судебной защиты является также деклараторное решение. Оно представляет собой заявление об ответственности в случае, когда третейский суд устанавливает факт нарушения государством обязательств по МИС. Согласно Комментарию КМП, заявление суда «можно рассматривать как форму удовлетворения», но такие заявления «по существу не связаны с сатисфакцией как средством судебной защиты»⁷⁸. Это, скорее, «необходимая часть процесса определения» правомерности рассматриваемого поведения.

⁷² Дела, по которым была присуждена реституция: *Antoine Goetz and others v. Republic of Burundi*, ICSID Case No. ARB/95/3, Award, 10 February 1999, paras. 135–136; *Mr. Franck Charles Arif v. Republic of Moldova*, ICSID Case No. ARB/11/23 (*Arif v. Moldova*), Award, 8 April 2013, para. 571.

⁷³ *Chorzów Factory*, p. 47. *CME Czech Republic B.V. v. Czech Republic*, UNCITRAL (CME v. Czech Republic), Partial Award, 13 September 2001, para. 618; *Tenaris S.A. and Talta — Trading e Marketing Sociedade Unipessoal Lda. v. Bolivarian Republic of Venezuela*, ICSID Case No. ARB/12/23, Award, 12 December 2016, para. 396.

⁷⁴ *Chorzów Factory*, p. 50; сравн. Dissenting Opinion of Lord Finlay, pp. 70–71; *Hulley Enterprises Ltd. v. Russian Federation*, PCA Case No. 2005–03/AA226, Final Award, 18 July 2014, para. 1769; *ADC Affiliate Limited and ADC & ADMC Management Limited v. Republic of Hungary*, ICSID Case No. ARB/03/16 (*ADC v. Hungary*), Award, 2 October 2006, paras. 496–497; *Siemens A.G. v. The Argentine Republic*, ICSID Case No. ARB/02/8 (*Siemens v. Argentina*), Award, 6 February 2007, para. 352.

⁷⁵ *ADC v. Hungary*, para. 497; *ConocoPhillips Petrozuata B.V., ConocoPhillips Hamaca B.V. and ConocoPhillips Gulf of Paria B.V. v. Bolivarian Republic of Venezuela*, ICSID Case No. ARB/07/30, **Decision on Jurisdiction and the Merits**, 3 September 2013, paras. 343, 401; *Quiborax S.A., Non Metallic Minerals S.A. and Allan Fosk Kaplún v. Plurinational State of Bolivia*, ICSID Case No. ARB/06/2, Award, 16 September 2015, para. 422.

⁷⁶ Ripinsky/Williams, p. 88.

⁷⁷ Статьи об ответственности государств за международно-противоправные деяния, статья 34.

⁷⁸ Комментарий КМП, комментарий 6 к статье 37.

37. Иные нарушения договорных обязательств: иные виды обязательств в рамках МИС, такие как справедливый и равноправный режим, национальный режим, режим наибольшего благоприятствования (РНБ), зонтичные оговорки и требования к эффективности деятельности, также влекут применение принципа полного возмещения вреда в случае отсутствия конкретных положений о возмещении ущерба за нарушение этих обязательств⁷⁹. Когда такие нарушения имеют тот же эффект, что и экспроприация (т. е. инвестор полностью и окончательно лишается права собственности, стоимости имущества или возможности эффективно использовать либо контролировать имущество), третейские суды исчисляют размер ущерба на основе, аналогичной применяемой в случае незаконной экспроприации⁸⁰. Однако присуждение возмещения ущерба за нарушения, не связанные с экспроприацией, в соответствии с той же методикой, которая применяется в делах об экспроприации, чревато смешением концептуально разных видов ущерба. Например, нарушение обязательства обеспечивать справедливый и равноправный режим в отношении действующего предприятия может требовать применения иного стандарта возмещения, чем СРС. Поэтому логично, что третейские суды лишь в редких случаях будут устанавливать факт нарушения, не связанного с экспроприацией, которое влечет постоянное лишение имущества, без одновременного установления факта экспроприации.

38. В случае нарушений, не связанных с экспроприацией, третейские суды должны анализировать конкретный ущерб, причиненный нарушением договорных обязательств, с тем чтобы компенсировать инвестору фактически понесенные убытки⁸¹. Смещение этого различия чревато применением неподходящего метода оценки, поскольку нарушение, не связанное с экспроприацией, может не приводить напрямую к уменьшению стоимости инвестиций, как это подразумевается при сопоставлении их СРС при гипотетическом сценарии «если бы нарушения не было» и в реальной ситуации⁸². Определение соответствующего размера убытков требует учета различных факторов, таких как затронутые интересы (например, акции, долговые обязательства, договорные права), заявленное нарушение и характер вреда (например, было ли инвестиционное вложение уничтожено или временно утратило свою способность приносить доход)⁸³. Такая оценка в основном зависит от конкретных обстоятельств дела. Поэтому третейские суды должны следить за тем, чтобы требования о возмещении ущерба были подкреплены всесторонним анализом, и обязывать стороны представлять расчет конкретного ущерба, непосредственно связанного с нарушением договорных обязательств.

⁷⁹ *Glencore International A.G., C. I. Prodeco S.A., and Sociedad Portuaria Puerto Nuevo S.A. v. Republic of Colombia (II)*, ICSID Case No. ARB/19/22 (*Glencore v. Colombia II*), Award, 19 April 2024, para. 325; *Greentech Energy Systems A/S, NovEnergia II Energy & Environment (SCA) SICAR, and NovEnergia II Italian Portfolio SA v. The Italian Republic*, SCC Case No. V 2015/095, Award, 23 December 2018, para. 548.

⁸⁰ *Murphy Exploration & Production Company International v. Republic of Ecuador*, PCA Case No. 2012-16, Partial Final Award, 6 May 2016, para. 482; *Gemplus, S.A., SLP, S.A., and Gemplus Industrial S.A. de C.V. v. United Mexican States*, ICSID Case No. ARB(AF)/04/3, Award, 16 June 2010, paras. 12–26; *Talsud S.A. v. The United Mexican States*, ICSID Case No. ARB(AF)/04/4, Award, 16 June 2010, paras. 12–52; *CMS v. Argentina*, para. 410.

⁸¹ Комментарий КМП, комментарий 4 к статье 36; M. Kinnear, “Damages in Investment Treaty Arbitration” in *Arbitration Under International Investment Agreements: A Guide to the Key Issues*, K. Yannaca-Small (ed.) (2010), pp. 561–562; A. Cohen Smutny, «Some Observations on the Principles Relating to Compensation in the Investment Treaty Context», *ICSID Review*, Volume 22 (2007), pp. 19–20.

⁸² *PSEG Global and Konya Ilgin Elektrik Üretim ve Ticaret Limited Sirketi v. Turkey*, ICSID Case No. ARB/02/5 (*PSEG v. Turkey*), Award, 19 January 2007, para. 308.

⁸³ Ripinsky/Williams, p. 90.

Рекомендации

Третейским судам следует определить применимый стандарт возмещения, исходя в первую очередь из положений применимого МИС. Если стандарт возмещения для заявленного нарушения в соответствующем договоре прямо не предусмотрен, третейским судам следует для установления стандарта возмещения руководствоваться нормами обычного международного права, общими принципами международного права, Статьями об ответственности государств за международно-противоправные деяния и решениями по делу о *фабрике в Хожуве*.

Третейским судам следует применять принцип полного возмещения вреда в случаях незаконной экспроприации, что включает реституцию, если она возможна, либо компенсацию, эквивалентную стоимости утраченного инвестиционного вложения в гипотетическом сценарии «если бы нарушения не было».

Третейские суды должны следить за тем, чтобы решения о присуждении возмещения убытков носили компенсационный, а не карательный характер. Цель возмещения состоит в восстановлении положения, в котором инвестор находился бы, если бы международно-противоправное деяние не было совершено, а не в наказании государства за совершенное деяние.

В отношении нарушений таких обязательств, как справедливый и равноправный режим, национальный режим, режим наибольшего благоприятствования, зонтичные оговорки или требования к эффективности деятельности, третейским судам следует воздерживаться от систематического применения тех же стандартов возмещения, что и в случае экспроприации. Оценка убытков по СРС не должна производиться автоматически, если нарушение не повлекло за собой полное и окончательное лишение имущества. Вместо этого размер присужденного возмещения должен отражать фактический ущерб с учетом характера вреда и затронутых интересов инвестора.

Третейским судам следует требовать от сторон представления всестороннего, основанного на фактах анализа ущерба и достоверных доказательств, подтверждающих связь между нарушением договорных обязательств и конкретными убытками. Третейским судам следует отклонять спекулятивные или необоснованные требования и поощрять использование данных экспертной оценки в надлежащих случаях.

Е. Возражения государства против присуждения возмещения убытков

39. Государство может сослаться на разные обстоятельства, которые ограничивают размер подлежащей выплате компенсации в ответ на требование о возмещении убытков. Наиболее распространенными возражениями являются: i) наличие вины потерпевшей стороны; ii) непринятие инвестором мер по уменьшению размера вреда; iii) состояние необходимости; iv) несоблюдение инвестором местного законодательства; v) запрет на присуждение возмещения на умозрительной основе.

40. Наличие вины потерпевшей стороны: в соответствии со Статьями об ответственности государств за международно-противоправные деяния, при определении возмещения учитывается «усугубление вреда намеренным или небрежным действием или бездействием потерпевшего государства либо любого лица

или образования, в отношении которого истребуется возмещение»⁸⁴. Это отражает устоявшееся представление о том, что МИС не являются страховыми полисами, покрывающими непродуманные деловые решения инвесторов⁸⁵.

41. После того как инвестор доказал наличие причинно-следственной связи между противоправным поведением государства и нанесенным ущербом, бремя доказывания переходит к государству, которое должно доказать, что инвестор существенным образом способствовал возникновению причиненного ему вреда⁸⁶. Действия инвестора должны были носить «умышленный или небрежный» характер и «материально способствовать ущербу»⁸⁷. Вина потерпевшей стороны также охватывает ненадлежащую оценку риска инвестором или добровольное принятие им на себя риска⁸⁸. После установления вины потерпевшей стороны третейским судам предоставляется право по своему усмотрению определить сумму вычета из присуждаемого возмещения⁸⁹. При принятии этого решения третейские суды могут руководствоваться заключениями экспертов сторон.

42. Непринятие мер по уменьшению размера вреда: согласно общему принципу международного права, потерпевшая сторона обязана предпринять разумные действия для уменьшения своих убытков⁹⁰, и это правило применяется также в контексте инвестиционного права⁹¹. Цель этого принципа состоит в том, чтобы «избежать ситуации, когда потерпевшая сторона не предпринимает никаких действий и лишь ожидает получения возмещения за ущерб, который она могла предотвратить или сократить»⁹². Эта обязанность принять меры по снижению размера ущерба возникает с момента, когда инвестору стало известно об обстоятельствах, составляющих нарушение договорных обязательств⁹³.

⁸⁴ Статьи об ответственности государств за международно-противоправные деяния, статья 39.

⁸⁵ *Emilio Agustín Maffezini v. The Kingdom of Spain*, ICSID Case No. ARB/97/7 (Maffezini v. Spain), Award, 13 November 2000, para. 64; *MTD v. Chile*, Award, para. 178; *El Paso Energy International Company v. The Argentine Republic*, ICSID Case No. ARB/03/15 (El Paso v. Argentina), Award, 31 October 2011, para. 401.

⁸⁶ *LSF-KEB Holdings SCA and others v. Republic of Korea*, ICSID Case No. ARB/12/37, Award, 30 August 2022, paras. 809–810; *Copper Mesa v. Ecuador*, para. 6.88; *Stati et al. v. Kazakhstan*, para. 1454.

⁸⁷ Комментарий КМП, комментарии 1 и 5 к статье 39. *Burlington v. Ecuador*, para. 576; *(DS)2, S.A., Peter de Sutter and Kristof De Sutter v. Republic of Madagascar (II)*, ICSID Case No. ARB/17/18, 17 April 2020, para. 461; *Occidental Petroleum Corporation and Occidental Exploration and Production Company v. The Republic of Ecuador*, ICSID Case No. ARB/06/11 (*Occidental v. Ecuador II*), Award, 5 October 2012, paras. 666–670.

⁸⁸ Ripinsky/Williams, p. 315.

⁸⁹ *MTD v. Chile*, Decision on Annulment, 21 March 2007, para. 101; *STEAG v. Spain*, para. 795; *UAB E energija v. Republic of Latvia*, ICSID Case No. ARB/12/33 (*UAB v. Latvia*), Decision on Annulment, 8 April 2020, para. 197; *Caratube International Oil Company LLP and Devincci Salah Hourani v. Republic of Kazakhstan (II)*, ICSID Case No. ARB/13/13 (*Caratube v. Kazakhstan II*), Award, 27 September 2017, para. 1192; *Occidental v. Ecuador II*, para. 670; см. раздел C выше.

⁹⁰ Комментарий КМП, комментарий 11 к статье 31. *Hrvatska Elektroprivreda d.d. v. Republic of Slovenia*, ICSID Case No. ARB/05/24, Award, 17 December 2015, para. 215.

⁹¹ *Middle East Cement Shipping and Handling Co. S.A. v. Arab Republic of Egypt*, ICSID Case No. ARB/99/6, Award, 12 April 2002, para. 167; *Bridgestone Licensing Services, Inc. and Bridgestone Americas, Inc. v. Republic of Panama*, ICSID Case No. ARB/16/34, Award, 14 August 2020, para. 565.

⁹² *The Islamic Republic of Iran v. The United States of America*, IUSCT AWARD NO. 604-A15 (II:A)/A26 (IV)/B43-FT (*Islamic Republic of Iran v. United States*), 10 March 2020, para. 1797.

⁹³ *CME v. Czech Republic*, Final Award, 14 March 2003, para. 303.

43. Для того чтобы суд мог установить факт непринятия истцом мер по снижению размера ущерба, ответчик должен представить доказательства того, что истец необоснованно бездействовал или совершал неразумные действия после нарушения договора⁹⁴. Обязанность по снижению размера ущерба может потребовать от инвестора продать продукцию, прекратить оказание услуг, попытаться перезаключить договор на новых условиях или отказаться от нерентабельного проекта⁹⁵. Некоторые третейские суды с осторожностью применяют этот принцип, полагая, что разумность усилий инвестора по снижению размера ущерба необходимо оценивать только с учетом всех обстоятельств⁹⁶. Например, третейский суд в деле SPP постановил, что истец не обязан принимать «неподходящую альтернативу»⁹⁷, а третейский суд в деле AIG отметил, что принуждение инвестора к принятию способа решения, являющегося более выгодным для принимающего государства, неправомерно позволит государствам безнаказанно нарушать свои международные обязательства⁹⁸. Следовательно, понесенные инвестором расходы на снижение размера ущерба подлежат возмещению только в том случае, если они были обоснованными и не превышали размера ущерба, который мог бы быть причинен, если бы не были приняты меры по его минимизации⁹⁹. В принципе присуждаемая сумма возмещения должна складываться из общего размера убытков, понесенных в результате причинения вреда, за вычетом любых убытков, которых удалось избежать благодаря принятым мерам по снижению размера ущерба, и расходов, сопряженных с принятием таких мер по снижению размера ущерба. Третейские суды обладают широкой свободой усмотрения при определении суммы такого вычета¹⁰⁰.

44. Необходимость: состояние необходимости является обстоятельством, исключаящим противоправность поведения согласно нормам обычного международного права, и на него можно ссылаться, когда принятая государством мера являлась единственным способом защиты существенного интереса от большой и неминуемой опасности¹⁰¹. Такое возражение позволяет не исполнять то или иное обязательство в период необходимости. Необходимость толкуется ограничительно как относящаяся к «исключительным случаям» и требующая выполнения нескольких условий, главное из которых заключается в том, что государство не должно способствовать возникновению состояния необходимости¹⁰². Статьи КМП сохраняют возможность присуждения возмещения за «материальный ущерб» даже в случае принятия возражения на основании состояния

⁹⁴ *William Ralph Clayton, William Douglas Clayton, Daniel Clayton and Bilcon of Delaware, Inc. v. Government of Canada*, PCA Case No. 2009-04, Award on Damages, 10 January 2019, para. 204; *Cairn Energy PLC and Cairn UK Holdings Limited v. The Republic of India*, PCA Case No. 2016-07 (*Cairn Energy v. India*), Final Award, 21 December 2020, para. 1887.

⁹⁵ *Marboe*, p. 55.

⁹⁶ *Iran v. United States*, paras. 1797–1798.

⁹⁷ *Southern Pacific Properties (Middle East) Limited v. Arab Republic of Egypt*, ICSID Case No. ARB/84/3 (*SPP v. Egypt*), Award, 20 May 1992, para. 172.

⁹⁸ *AIG Capital Partners, Inc. and CJSC Tema Real Estate Company Ltd. v. The Republic of Kazakhstan*, ICSID Case No. ARB/01/6, Award, 7 October 2003, para. 10.6.4(5).

⁹⁹ *Hydro Energy I S.à r.l. and Hydroxana Sweden AB v. Kingdom of Spain*, ICSID Case No. ARB/15/42, Award, 5 August 2020, para. 117.

¹⁰⁰ *MTD v. Chile*, Decision on Annulment, 21 March 2007, para. 101; *STEAG v. Spain*, para. 795; *UAB v. Latvia*, para. 197; *Caratube v. Kazakhstan II*, para. 1192; *Occidental v. Ecuador II*, para. 670.

¹⁰¹ Статьи об ответственности государств за международно-противоправные деяния, статья 25(1); Ripinsky/Williams, p. 339.

¹⁰² Статьи об ответственности государств за международно-противоправные деяния, статья 25(2).

необходимости¹⁰³, однако при этом по-прежнему не ясно, при каких условиях это может произойти¹⁰⁴.

45. В некоторых МИС положения о возражениях на основании состояния необходимости включены в положения о неисключенных мерах или в оговорки об исключениях, связанных с защитой существенных интересов безопасности. Остается спорным вопрос о том, имеют ли эти положения и предусмотренные нормами обычного международного права возражение на основании состояния необходимости одинаковую сферу охвата и действие¹⁰⁵. Эти положения и возражение на основании состояния необходимости широко обсуждались в рамках арбитражных разбирательств по делам, касающимся закона Аргентины о чрезвычайном положении, который был принят в порядке реагирования на финансовый кризис в стране в начале 2000-х годов. Мнения третейских судов относительно толкования положений разошлись: большинство из них отклонили возражение Аргентины¹⁰⁶, и лишь немногие суды сочли, что она отвечает требованиям обычного международного права или положениям договора¹⁰⁷.

46. По сути возражение на основании состояния необходимости может защитить широкий круг интересов, которые часто затрагиваются в инвестиционных спорах. На практике это возражение действительно уже применялось в делах, касающихся военной отрасли¹⁰⁸, а также охраны окружающей среды и здоровья населения¹⁰⁹. Тем не менее, применение этого возражения во многом ограничивается узким толкованием, которое дают ему третейские суды.

47. Соответствие местному законодательству: МИС, как правило, предусматривают защиту только тех инвестиций, которые отвечают требованиям местного законодательства. Соблюдение инвестором местных законов может иметь значение на всех этапах разбирательства, в том числе на этапе определения размера возмещения. Например, третейский суд может вынести определение о неподсудности в случае нарушения инвестором местного законодательства на момент осуществления инвестиций¹¹⁰, или отклонить иск по существу, если установит, что принятая государством мера являлась правомерным ответом на противоправное поведение инвестора¹¹¹. Несоблюдение местного законодательства также может сыграть роль при оценке ущерба, например, в контексте наличия вины потерпевшей стороны (см. пп. 40–41 выше)¹¹².

48. Некоторые МИС первого поколения содержат положения, требующие соблюдения местного законодательства, которые третейские суды обычно толкуют только как исключаящие те инвестиции, которые были *вложены* в нарушение

¹⁰³ Статьи об ответственности государств за международно-противоправные деяния, статья 27(b); Комментарий КМП, комментарии 1 и 4 к статье 27.

¹⁰⁴ F. Paddeu, “Circumstances Precluding Wrongfulness” in *Max Planck Encyclopedia of Public International Law*, paras. 22–29.

¹⁰⁵ Ripinsky/Williams, p. 340.

¹⁰⁶ *El Paso v. Argentina*, para. 665; *CMS v. Argentina*, para. 331; *Sempra Energy International v. The Argentine Republic*, ICSID Case No. ARB/02/16, Award, 28 September 2007, para. 346.

¹⁰⁷ *LG&E v. Argentina*, paras. 258–259; *Continental Casualty Company v. Argentine Republic*, ICSID Case No. ARB/03/9, Award, 5 September 2008, para. 265.

¹⁰⁸ *AAPL v. Sri Lanka*, paras. 63–64.

¹⁰⁹ *Michael Anthony Lee-Chin v. Dominican Republic*, ICSID Case No. UNCT/18/3, Final Award, 6 October 2023, para. 265.

¹¹⁰ *Alvarez and Marin Corporation S.A. v. The Republic of Panama*, ICSID Case No. ARB/15/14, Award, 12 October 2018, para. 135; *Cairn Energy v. India*, para. 709.

¹¹¹ *Bear Creek v. Peru*, para. 335; *Worley International Services Inc. v. Republic of Ecuador*, PCA Case No. 2019-15, Final Award, 22 December 2023, para. 314; *Hesham Talaat M. Al-Warraq v. The Republic of Indonesia*, Final Award, 15 December 2014, para. 645.

¹¹² *Copper Mesa v. Ecuador*, paras. 6.99–6.102; *Occidental v. Ecuador II*, paras. 679–680, 687.

местного законодательства¹¹³. Некоторые суды полагают, что даже в отсутствие в МИС четкого требования соблюдения законодательства предусматриваемая ими защита не должна распространяться на инвестиции, сделанные в нарушение законодательства¹¹⁴. Более того, в новых типовых МИС инвесторам рекомендуется соблюдать международные нормы и отраслевые стандарты, например принципы корпоративной социальной ответственности, корпоративного управления, принципы в области прав человека и экологические стандарты. Для того чтобы внести ясность в вопрос о применимости этих норм и стандартов к инвесторам, в некоторых МИС для инвесторов предусмотрены конкретные требования, тогда как в других МИС инвесторам рекомендуется применять их в своей практике и внутренней политике или же для инвесторов установлены требования соблюдения внутреннего законодательства и нормативных актов, в том числе в области прав человека, охраны окружающей среды и трудового законодательства.

49. Запрет на присуждение возмещения на умозрительной основе: в соответствии со стандартом доказывания (см. пп. 20–22 выше) в международном праве закрепился принцип, согласно которому государствам не может быть присуждено возмещение предполагаемого ущерба¹¹⁵. Об отказе третейских судов от присуждения возмещения предполагаемого ущерба свидетельствуют разные решения. В соответствии с принципом полного возмещения третейские суды присуждают компенсацию только фактически понесенных убытков, а не гипотетического вреда¹¹⁶. Например, в ходе разбирательства по делу *Mobil (I)* третейский суд отказал в возмещении убытков, которые он счел еще не причиненными, поскольку пришел к выводу, что на момент рассмотрения дела в арбитраже инвесторам фактически еще не были причинены заявленные убытки¹¹⁷. При этом третейский суд постановил, что инвесторы могут потребовать возмещения этих убытков, подав новый иск в арбитраж¹¹⁸. Также третейские суды неохотно присуждают возмещение будущей упущенной выгоды, если не представляются доказательствами того, что ожидаемый поток доходов мог быть получен с достаточной степенью уверенности. Такой сценарий возникает в контексте требований возмещения причиненных убытков, рассчитанных на основе модели дисконтированного денежного потока, и может привести к их отклонению (см. пп. 53–55 ниже).

¹¹³ *Khan Resources v. Mongolia*, Decisions on Jurisdiction, 25 July 2012, paras. 383–384; *Urbaser S.A. and Consorcio de Aguas Bilbao Bizkaia, Bilbao Biskaia Ur Partzuergoa v. The Argentine Republic*, ICSID Case No. ARB/07/26, Decisions on Jurisdiction, 19 December 2012, para. 260; *Teinver S.A., Transportes de Cercanías S.A. and Autobuses Urbanos del Sur S.A. v. The Argentine Republic*, ICSID Case No. ARB/09/1, Decisions on Jurisdiction, 21 December 2012, para. 257, citing *Gustav F.W. Hamster GmbH & Co. KG v. Republic of Ghana*, ICSID Case No. ARB/07/24, Award, 18 June 2010, para. 96.

¹¹⁴ *Fraport AG Frankfurt Airport Services Worldwide v. Republic of the Philippines (II)*, ICSID Case No. ARB/11/12, Award, 10 December 2014, para. 332; *SAUR International S.A. v. Argentine Republic*, ICSID Case No. ARB/04/4, Decision on Jurisdiction and Liability, 6 June 2012, para. 308.

¹¹⁵ *Amoco International Finance Corporation v. The Government of the Islamic Republic of Iran*, No. 310-56-3, Partial Award, 14 July 1987, IUSCT, para. 238; M. Kantor, *Valuation for Arbitration: Compensation Standards, Valuation Methods and Expert Evidence* (2008), p. 71.

¹¹⁶ ILC Commentary, Article 36, comment 27; *Chorzów Factory*, at p. 57.

¹¹⁷ *Mobil Investments Canada Inc. and Murphy Oil Corporation v. Government of Canada (I)*, ICSID Case No. ARB(AF)/07/4, Decision on Liability and Principles of Quantum, 22 May 2012, paras. 469–473; *PJSC DTEK Krymenergo v. Russian Federation*, PCA Case No. 2018-41, Award, 1 November 2023, paras. 841–842.

¹¹⁸ Один из инвесторов фактически реализовал этот вариант. После того как арбитражный суд отклонил возражения Канады относительно подсудности на основе временного ограничения и *res judicata*, стороны впоследствии урегулировали спор: *Mobil Investments Canada Inc. v. Canada (II)*, ICSID Case No. ARB/15/6, Award, 4 February 2020.

50. В целом государства в инвестиционных спорах могут выдвинуть несколько возражений. Такие возражения обычно не включаются в МИС, особенно в так называемые МИС первого поколения, но скорее предусматриваются нормами обычного международного права, общими принципами международного права или арбитражной практикой. В связи с этим третейским судам следует активнее привлекать экспертов сторон к участию в расчете вычета из общей суммы ущерба на основании наличия вины потерпевшей стороны или непринятия мер по снижению размера ущерба, чтобы способствовать вынесению более строгих и точных с экономической точки зрения решений.

Рекомендации

Третейским судам следует проводить анализ возражений, представляемых с целью ограничения размера возмещения. В случае установления наличия вины потерпевшей стороны или факта непринятия мер по снижению размера ущерба третейским судам следует определять размер ущерба с учетом этих обстоятельств. Третейским судам следует также следить за тем, чтобы размер ущерба отражал реальный (а не предполагаемый) ущерб, и применять строгие стандарты доказывания в отношении упущенной выгоды и будущих доходов.

Третейским судам следует принимать во внимание соблюдение инвестором местного законодательства и соответствующих международных норм не только на этапах определения подсудности и рассмотрения дела по существу, но и на этапе оценки размера возмещения.

Третейским судам следует помнить о принципах справедливости и соразмерности при оценке размера ущерба, учитывая такие факторы, как экономическое положение государств-ответчиков, положение истцов и другие соответствующие обстоятельства.

Е. Методы оценки

51. В целях определения СРС инвестиционных активов третейские суды пользуются различными перспективными и ретроспективными методами оценки¹¹⁹. При применении перспективных методов оценки в центре внимания находится потенциал получения прибыли от конкретного актива и может использоваться либо доходный, либо рыночный подход¹²⁰. В свою очередь, при применении ретроспективных методов оценки используется подход, предусматривающий рассмотрение конкретных активов исходя из их исторической стоимости.

52. Определение подходящего метода оценки зависит от конкретных фактических обстоятельств и, как правило, еще от целого ряда факторов, включая сектор или отрасль инвестиций, вид актива, стадию разработки проекта, а также качество и количество доступной информации. Следует отметить, что при применении каждого из этих методов оценки могут быть получены разные результаты, и поэтому третейским судам надлежит выбрать тот метод, который будет наиболее точно отражать СРС инвестиционных активов. Цель заключается в том, чтобы поставить инвестора в такое же положение, в котором он находился на момент совершения противоправного деяния¹²¹. Поэтому в качестве

¹¹⁹ Ripinsky/Williams, p. 193; A/CN.9/WG.III/WP.220, pp. 20–26.

¹²⁰ C.L. Beharry and E. Méndez Bräutigam, “Damages and Valuation in International Investment Arbitration” (Beharry/Bräutigam), in *Handbook of International Investment Law and Policy*, J. Chaisse, L. Choukroune, S. Jusoh (eds) (2021), pp. 1438–1439.

¹²¹ Wälde/Sabahi, pp. 1064–1065.

оптимальной практики экспертам рекомендуется пользоваться несколькими методами оценки для определения размера ущерба¹²². Существенная разница в результатах оценки может быть обусловлена необоснованностью некоторых предположений, в связи с чем потребуются разъяснения от сторон.

1. Доходный подход

53. При доходном подходе стоимость актива рассчитывается исходя из его потенциала генерирования доходов в будущем. Наиболее часто используемой разновидностью доходного подхода является метод дисконтированных денежных потоков (ДДП), позволяющий рассчитывать текущую стоимость ожидаемых денежных потоков предприятия¹²³. Если коротко, то метод ДДП заключается в прогнозировании будущих денежных потоков предприятия с применением дисконтной ставки для учета изменения стоимости денег во времени и рисков, связанных с инвестированием в том или ином государстве¹²⁴. Размер дисконтной ставки обычно является существенным предметом разногласий между экспертами по оценке ущерба и может заметно повлиять на конечный результат¹²⁵. Дисконтная ставка должна отражать фактический уровень риска, сопряженного с рассматриваемыми инвестициями, до совершения противоправного деяния¹²⁶. В связи с этим спорным является вопрос о том, следует ли включать надбавку за страновой риск в качестве общего риска экспроприации. С одной стороны, инвесторы должны быть защищены от склонности государства к экспроприации, а государство не должно иметь возможности извлекать выгоду из собственных неправомερных действий¹²⁷. С другой стороны, в СРС должны быть учтены все факторы, которые принял бы во внимание заинтересованный покупатель на рынке, включая общий риск экспроприации¹²⁸. На практике же может оказаться сложным выделить этот фактор в надбавку за страновой риск или рассчитать, в какой мере он учтен в этой надбавке¹²⁹.

54. Метод ДДП как инструмент оценки отличается высокой чувствительностью, и незначительные изменения в исходных данных при его применении могут существенно повлиять на результат оценки¹³⁰. Поэтому его надежность зависит от количества и качества имеющейся информации, например, о доходности активов, расходах на производственные цели, рыночных условиях,

¹²² *Crystallex International Corporation v. Venezuela*, ICSID Case No. ARB(AF)/11/2 (*Crystallex v. Bolivarian Republic of Venezuela*), Award, 4 April 2016, paras. 916–918; *Rusoro Mining v. Bolivarian Republic of Venezuela*, ICSID Case No. ARB(AF)/12/5 (*Rusoro v. Bolivarian Republic of Venezuela*), Award, 22 August 2016, paras. 787–790; *Windstream Energy v. Canada*, PCA Case No. 2013-22 (*Windstream Energy v. Canada*), Award, 27 September 2016, para. 481; *Suris et al. v. Syrian Arab Republic*, ICC Case No. 21845/ZF/AYZ, Final Award, 31 August 2020, para. 338; *Mason Capital L.P. and Mason Management LLC v. Republic of Korea*, Case No. 2018-55, Final Award, 11 April 2024, para. 1034; Marboe, pp. 50–51.

¹²³ Beharry/Bräutigam, p. 1439.

¹²⁴ Marboe, p. 47; Beharry/Bräutigam, p. 1439.

¹²⁵ Beharry/Bräutigam, p. 1439.

¹²⁶ Wälde/Sabahi, p. 1077.

¹²⁷ *Gold Reserve v. Bolivarian Republic of Venezuela*, para. 814.

¹²⁸ *Saint-Gobain Performance Plastics Europe v. Bolivarian Republic of Venezuela*, ICSID Case No. ARB/12/13, Decision on Liability and the Principles of Quantum, 30 December 2016, paras. 717–723.

¹²⁹ J. Searby, “Measuring Country Risk in International Arbitration” in *Contemporary and Emerging Issues on the Law of Damages and Valuation in International Investment Arbitration*, Beharry (ed.) (2018), pp. 255–256.

¹³⁰ *OI European Group B.V. (OIEG) v. Bolivarian Republic of Venezuela*, ICSID Case No. ARB/11/25, Award, 10 Mar 2015, para. 663; *Eiser Infrastructure Limited and Energía Solar Luxembourg S.à r.l. v. Kingdom of Spain*, ICSID Case No. ARB/13/36 (*Eiser v. Spain*), Award, 4 May 2017, para. 465; ILC Commentary, Article 36, comment 26.

финансировании, конкурентных силах и перспективах развития отрасли¹³¹. Соответственно, важное значение имеют использование надежных фактических данных для определения значений параметров и выработка разумных и реалистичных предположений. Третейские суды неохотно применяют результаты оценки, полученные с помощью метода ДДП, когда истцы не могут с достаточной степенью уверенности определить будущую прибыльность своего актива¹³², например, если компания не является функционирующей хозяйственной единицей или не имеет подтвержденных данных о получении прибыли за прошлый период¹³³. В комментариях КМП также отмечается, что достаточная степень уверенности обычно достигается «на основе договорных соглашений или, в некоторых случаях, подтвержденной динамики хозяйственной деятельности за прошлые периоды»¹³⁴.

55. Для того чтобы денежное возмещение ущерба присуждалось на основании удовлетворительных доказательств и не носило по своей сути спекулятивного характера, третейским судам следует применять метод ДДП только при определенных условиях. К полезным критериям для определения целесообразности применения метода ДДП относятся в частности следующие: i) наличие подтвержденных данных о финансовых результатах хозяйственной деятельности за прошлые периоды; ii) надежность данных о прогнозируемых будущих денежных потоках; iii) наличие устойчивого рынка для инвестиций; iv) возможность расчета значимой средневзвешенной стоимости капитала; v) является ли рынок, на котором сделана инвестиция, регулируемым¹³⁵. В целях дополнительной минимизации сомнений относительно применения модели ДДП третейские суды могут обратиться к назначенным сторонами экспертам с требованием указать и обосновать основные предположения, на базе которых они проводили оценку. В качестве варианта третейские суды могут назначить собственных экспертов или консультантов для анализа этих предположений и их влияния на расчет размера ущерба.

2. Рыночный подход

56. При применении методов рыночной оценки стоимость актива определяется на основе общедоступной информации об аналогичных открытых акционерных компаниях или сделках¹³⁶. Такой подход является перспективным, поскольку отражает рыночную оценку перспектив доходности инвестиций¹³⁷. Для определения рыночной стоимости актива эксперты по оценке размера возмещения опираются на несколько источников информации, чаще всего на информацию о сопоставимых компаниях или сделках (сравнительный метод) или на данные, касающиеся конкретных инвестиций (показатели стоимости актива).

¹³¹ Beharry/Bräutigam, p. 1439.

¹³² *Vivendi v. Argentina I*, para. 8.3.5; *SPP v. Egypt*, para. 188; *Metalclad Corporation v. The United Mexican States*, ICSID Case No. ARB(AF)/97/1 (Metalclad v. Mexico), Award, 30 August 2000, para. 120; *NextEra Energy Global Holdings B.V. and NextEra Energy Spain Holdings B.V. v. Kingdom of Spain*, ICSID Case No. ARB/14/11, Decision on Jurisdiction, Liability, and Quantum Principles, 12 March 2019, para. 647.

¹³³ *Deutsche Telekom AG v. Republic of India*, PCA Case No. 2014-10, Final Award, 27 May 2020, paras. 200, 209; *Rand Investments Ltd. and others v. Republic of Serbia*, ICSID Case No. ARB/18/8, Award [Redacted], 29 June 2023, paras. 684–687.

¹³⁴ Комментарий КМП, комментарий 27 к статье 36, содержащий выдержку из Washington, D.C., United States Government Printing Office, *Damages in International Law*, Volume III (1943), p. 1837.

¹³⁵ *Rusoro v. Bolivarian Republic of Venezuela*, para. 759.

¹³⁶ Beharry/Bräutigam, p. 1440; Beharry, p. 205.

¹³⁷ Ibid.

57. Сравнительный метод: данный метод определяет стоимость рассматриваемого актива исходя из стоимости компаний, владеющих аналогичными активами, или коммерческих сделок с сопоставимыми активами или предприятиями по состоянию на дату проведения оценки или в близкий к этой дате период, с внесением корректировок с учетом любых обоснованных различий¹³⁸. Третейские суды, как правило, опираются на данные о сопоставимых компаниях только в тех случаях, когда существует достаточное количество примерно одинаковых компаний с точки зрения производимой ими продукции, их размера, географии и финансового профиля¹³⁹. Оценки на основе информации о сопоставимых сделках проводятся реже из-за ограниченного доступа к информации о купле-продаже. Этот метод, как правило, используется в тех случаях, когда он является стандартным методом оценки активов в данной отрасли (например, недвижимости), отражает коммерческую сделку, активы имеют схожие черты, и сам метод позволяет получить наиболее надежные данные, подтверждающие результаты оценки¹⁴⁰.

58. Сравнительный метод позволяет быстро и легко получить данные, однако он все же в конечном счете отражает внутреннюю стоимость сопоставимых активов, которая может быть неприменима к активам инвестора. Поэтому сравнительный метод подвержен так называемой «ошибке выжившего», когда стоимость актива сравнивается со стоимостью только успешных проектов, приносящих прибыль на протяжении многих лет. Если говорить о проектах на ранних стадиях реализации, то здесь особенно существует риск, что инвестиции не достигнут уровня прибыли сопоставимых компаний, добившихся успеха на рынке. Для того чтобы учесть эту неопределенность, третейские суды могут применить дисконтную ставку или сравнивать проекты на одной и той же стадии реализации.

59. Кроме того, некоторые третейские суды скептически относятся к этому методу из-за высокой степени субъективности, связанной с выбором сопоставимых компаний или сделок. В связи с этими опасениями третейские суды, как правило, используют сопоставимые данные для вторичной проверки, а не в качестве основного метода оценки¹⁴¹.

60. Показатели стоимости актива: еще один рыночный метод, при котором рассматриваются такие показатели стоимости инвестиции, как цены на акции, прошлые сделки или предложения о покупке. Такой метод может подойти, например, в случае, когда инвестиции являются единственным активом открытой акционерной компании. В этом случае стоимость актива можно определить на основе данных о его рыночной капитализации по состоянию на конкретную дату. Однако в том случае, если акции компании торгуются в недостаточном объеме или недостаточно часто, этот метод может оказаться не таким полезным. Аналогичным образом, если фактический сценарий не позволяет указать «чистую» дату оценки, как зачастую бывает при косвенной и ползучей экспроприации, то

¹³⁸ Wälde/Sabahi, pp. 1062–1063.

¹³⁹ *Crystallex v. Bolivarian Republic of Venezuela*, para. 901; *CMS v. Argentina*, para. 412; *Khan Resources v. Mongolia*, para. 399; S. P. Pratt and A. V. Niculita, *Valuing a business: the analysis and appraisal of closely held companies*, 5th edition, (2008) (Pratt/Niculita), p. 262; Wälde/Sabahi, pp. 1070–1071.

¹⁴⁰ Pratt/Niculita, p. 310; *Vestey Group Ltd v. Bolivarian Republic of Venezuela*, ICSID Case No. ARB/06/4 (*Vestey v. Bolivarian Republic of Venezuela*), Award, 15 April 2016, paras. 352–354; *Windstream Energy v. Canada*, para. 476; *Occidental v. Ecuador*, paras. 787–788; *Crystallex v. Bolivarian Republic of Venezuela*, para. 909; Wälde/Sabahi, p. 1071.

¹⁴¹ *Gold Reserve v. Bolivarian Republic of Venezuela*, para. 832; PwC, “International arbitration damages research: Closing the Gap between Claimants and Respondents”, *Journal of Damages in International Arbitration*, Volume 3, No. 1 (PwC) (2015), p. 8.

такой подход может не позволить установить реальные убытки инвестора¹⁴². Фактическим подтверждением стоимости актива могут служить новые коммерческие предложения о покупке актива или сделке с активом, особенно если они поступают примерно в те же дни, когда проводится оценка. Например, в деле *Kahn Resources v. Mongolia* третейский суд опирался на информацию об одном из последних предложений о покупке, которую он скорректировал с учетом противоправных действий государства¹⁴³.

3. Подход, основанный на активах

61. Подход, основанный на активах, является ретроспективным методом оценки, позволяющим определять стоимость предприятия путем суммирования стоимости его материальных и нематериальных активов. Наиболее распространенный подход, основанный на активах, заключается в расчете инвестиционных расходов, понесенных до совершения противоправного деяния. Для получения возмещения на этом основании инвестору необходимо доказать, что расходы: i) были связаны с инвестициями; ii) были понесены инвестором; iii) не являлись явно необоснованными; iv) имеется достаточная подтверждающая информация¹⁴⁴. Другие методы, основанные на активах, заключаются в оценке балансовой стоимости предприятия (общая сумма чистых активов минус общая сумма обязательств за вычетом накопленного износа, истощения, амортизации и обесценения)¹⁴⁵, ликвидационной стоимости (рассчитываемая цена с учетом условий ликвидации)¹⁴⁶ и восстановительной стоимости (сумма, необходимая для замены активов в их текущем состоянии до даты оценки аналогичными активами)¹⁴⁷.

62. Подходы, основанные на активах, как, например, оценка инвестиционных расходов, в сравнении с перспективными методами оценки предполагают произведение более простых расчетов на основе более доступной информации. Поскольку эти цифры основаны на данных, полученных не для судебных разбирательств, они также в меньшей степени подвержены возможному искажению¹⁴⁸. Соответственно, с помощью этих методов размер ущерба может быть определен с относительно высокой степенью достоверности. Несмотря на простоту и однозначность, являющиеся основными преимуществами подходов, основанных на активах, их применение может привести к занижению размера возмещения для инвестора, владеющего высокодоходным активом, или к завышению размера возмещения для истца, инвестиционные расходы которого превышают стоимость его актива¹⁴⁹.

¹⁴² *Crystallex v. Bolivarian Republic of Venezuela*, paras. 889–895; *Rusoro v. Bolivarian Republic of Venezuela*, paras. 767–769, 789.

¹⁴³ *Khan Resources v. Mongolia*, paras. 419–420; *OAO “Tatneft” v. Ukraine*, PCA Case No. 2008-8, Award on the Merits, 29 July 2014, paras. 608–609 (involving share transactions).

¹⁴⁴ Ripinsky/Williams, pp. 266, 271; Beharry/Bräutigam, p. 1443.

¹⁴⁵ *Libyan American Oil Company v. The Government of the Libyan Arab Republic*, Ad hoc Arbitration, Award, 12 April 1977, para. 320; *Enron Corporation and Ponderosa Assets, L.P. v. Argentine Republic*, ICSID Case No. ARB/01/3, Award, 22 May 2007, para. 382; *Tidewater v. Venezuela*, para. 165.

¹⁴⁶ *CME v. Czech Republic*, Final Award, para. 612.

¹⁴⁷ *Petrolane, Inc., et al. v. Islamic Republic of Iran et al.*, IUSCT Case No. 131, Award, 14 August 1991, paras. 106–108; *Vestey v. Venezuela*, paras. 400–414, 424–426; *Antoine Abou Lahoud and Leila Bounafteh-Abou Lahoud v. Congo*, ICSID Case No. ARB/10/4, Award, 7 February 2014, para. 572.

¹⁴⁸ Wälde/Sabahi, p. 1072.

¹⁴⁹ Wälde/Sabahi, p. 1072; Beharry/Bräutigam, p. 1443.

63. Третейские суды чаще применяют способ оценки на основе расходов в случаях, когда: i) проект еще не доведен до стадии реализации; ii) нет достаточных сведений для обоснованного, не умозрительного, прогнозирования будущих денежных потоков; iii) компания не является функционирующей хозяйственной единицей и нет определенности в отношении будущих доходов и расходов; iv) требуемая сумма возмещения значительно отличается от фактического размера инвестиций¹⁵⁰. Инвестиционные расходы также должны рассчитываться за вычетом возмещения (т. е. с учетом всех возмещенных сумм).

64. По-прежнему обсуждается вопрос о том, следует ли ограничивать сумму убытков суммой инвестиций, вложенных истцом, или же их можно рассчитывать исходя из прогнозируемых будущих денежных потоков. По сути речь здесь идет об опасениях по поводу требований несоразмерного возмещения и необходимости недопущения спекуляции. Использование данных только об инвестиционных расходах инвестора не позволяет в полной мере решить проблему присуждения завышенных сумм возмещения, поскольку такой подход не исключает возможности подачи завышенных требований о возмещении ущерба, особенно на ранних этапах реализации капиталоемких проектов, когда размер первоначальных расходов может превышать рыночную стоимость проекта на момент экспроприации. Поэтому третейским судам надлежит руководствоваться соответствующими факторами для определения наиболее подходящего метода оценки в каждом конкретном случае. Для того чтобы определиться с методом, необходимо изучить имеющуюся информацию, потенциальную рентабельность инвестиций и характер причиненного вреда.

Рекомендации

Третейским судам следует предложить сторонам выбирать тот метод оценки и обоснования, который наиболее соответствует характеру инвестиций, их эффективности за прошлые периоды, этапу развития и характеру причиненного вреда.

Если инвестиции являются непрерывными и приносят прибыль, то третейским судам следует предложить сторонам обосновать применение метода ДДП путем представления доказательств выполнения следующих условий: i) наличие данных об их эффективности за прошлые периоды; ii) наличие обоснованного прогноза будущих денежных потоков; iii) наличие устоявшегося рынка для инвестиций; iv) возможность расчета значимой средневзвешенной стоимости капитала; v) функционирование инвестиций на регулируемом рынке. Третейским судам следует четко разъяснить, что метод ДДП является целесообразным только при наличии достаточно надежных фактических и финансовых оснований.

В том случае, если наступил срок погашения инвестиции и имеются подтвержденные данные об инвестиции как функционирующей хозяйственной единице за прошлые периоды, третейским судам следует предложить сторонам пользоваться рыночными методами, обратив при этом внимание на необходимость обеспечения прозрачности и объективности при выборе данных и предположений, на которых будет базироваться оценка. При этом следует проявлять осторожность, не допуская использования субъективных или выборочных данных.

¹⁵⁰ *SAS v. Bolivia*, para. 859.

Третейским судам следует разъяснить, что оценка на основе расходов как метод является более подходящей при выполнении следующих условий: i) проект еще не находится на стадии реализации; ii) нет достаточной информации для обоснованного, не умозрительного, прогнозирования размера будущих денежных потоков; iii) компания не является функционирующей хозяйственной единицей и ее будущие доходы и расходы являются неопределенными; iv) фактический размер инвестиций существенно отличается от размера требуемого возмещения.

G. Проценты

65. Одним из основных компонентов оценки ущерба все чаще признается определение процентов. Однако в большинстве МИС проценты упоминаются только в контексте законной экспроприации. Также в пункте 1 статьи 38 Статей об ответственности государств за международно-противоправные деяния третейским судам предоставляется широкая свобода действий, поскольку он гласит, что проценты «начисляются, когда это необходимо для обеспечения полного возмещения»¹⁵¹. Поэтому в отношении начисления процентов сложились разные виды практики. Основной причиной различий являются разные взгляды третейских судов на цель начисления процентов. С юридической точки зрения проценты — это компенсация за убытки, связанные с невозможностью использования этой суммы в течение периода задержки ее возврата¹⁵². С экономической точки зрения проценты защищают стоимость денег от обесценивания.

66. Хотя проценты обычно рассматриваются с точки зрения инвесторов, они имеют не меньшее значение для государств, поскольку они не только являются частью убытков, которые могут быть возмещены инвестору, но и могут быть потребованы государством с суммы арбитражных расходов и судебных издержек, если оно одержит победу в разбирательстве¹⁵³.

1. Проценты до вынесения решения

67. Охватываемый период: проценты начисляются за период с конкретной даты до даты вынесения арбитражного решения (проценты до вынесения решения) и с этой даты до осуществления платежа (проценты после вынесения решения). Этот принцип отражен в пункте 2 статьи 38 Статей об ответственности государств за международно-противоправные деяния, который гласит, что «проценты начисляются с даты, когда должна была быть выплачена основная сумма, по дату выполнения платежного обязательства». Проценты, начисляемые до вынесения арбитражного решения, компенсируют задержку выплаты сумм, причитающихся вследствие нарушения договора, тогда как проценты, начисляемые после вынесения арбитражного решения, поощряют своевременные выплаты.

¹⁵¹ C. L. Beharry and J. P. Hugues, «Article 38: The Treatment of Interest in International Investment Arbitration», *ICSID Review*, Volume 37, Issue 1–2 (2022), pp. 339–358.

¹⁵² *Illinois Central Railroad Co. (U.S.A.) v. United Mexican States*, General Claims Commission, Award, 6 December 1926, para. 5.

¹⁵³ *Gabriel Resources Ltd. and Gabriel Resources (Jersey) v. Romania (I)*, ICSID Case No. ARB/15/31, Award, 8 March 2024, para. 1358(2)(b)–(c); *Peteris Pildegovics and SIA North Star v. Kingdom of Norway*, ICSID Case No. ARB/20/11, Award, 22 December 2023, para. 626(3)–(5); *Marko Mihaljevic v. Republic of Croatia*, ICSID Case No. ARB/19/35 (*Mihaljevic v. Croatia*), Award, 19 May 2023, para. 152(b)–(c).

68. В качестве отправной точки для расчета размера ущерба могут использоваться разные даты. Третейские суды берут за начало отсчета дату нарушения договорного обязательства¹⁵⁴, дату открытия арбитражного разбирательства¹⁵⁵ или дату вынесения арбитражного решения¹⁵⁶. На практике проценты обычно начисляются с даты нарушения договорного обязательства, что позволяет избежать разрыва между этим событием и датой вынесения арбитражного решения¹⁵⁷. Однако в случаях, когда различные факты указывают на несколько нарушений, могут возникнуть сложности. При таких обстоятельствах для разных мер или видов причиненного вреда третейский суд может брать за точку отсчета разные даты¹⁵⁸. Конечной же датой является обычно дата выполнения платежного обязательства.

69. Процентная ставка: в отсутствие руководящих указаний в Статьях об ответственности государств за международно-противоправные деяния¹⁵⁹ и МИС, третейские суды придерживаются трех основных подходов к процентным ставкам. Во-первых, третейские суды обычно обращают внимание на стоимость заимствований инвестора-истца¹⁶⁰ или государства-ответчика¹⁶¹. Как вариант третейские суды могут применять межбанковские базовые процентные ставки, на которые обычно ориентируется финансовый рынок. Межбанковские ставки применяются вместо фактических ставок, по которым с инвестора взимались бы выплаты, во избежание вынесения решений, зависящих от кредитоспособности инвестора. Некоторые третейские суды также отказались от применения ставки государственного займа¹⁶², сославшись на теорию принудительного займа, согласно которой истец рассматривается как невольный кредитор государства¹⁶³. Этот подход подвергся критике из-за того, что он сосредоточен не на убытках инвестора, а на неосновательном обогащении государства, а также из-за того, что его применение может приводить к необоснованному наказанию развивающихся государств.

70. Во-вторых, установление ставок исходя из доходности инвестиций инвестора базируется на предположении, что истец мог бы вложить невозвращенные средства и получить с них прибыль. При таком подходе размеры ставок могут существенно различаться, в зависимости от того, основывается ли ставка на инвестициях с низкой степенью риска, таких как казначейские векселя¹⁶⁴, на межбанковских ставках (зачастую с надбавкой) или ожидаемой прибыльности

¹⁵⁴ *MTD v. Chile*, Award, para. 247; *AAPL v. Sri Lanka*, para. 114; *Metalclad v. Mexico*, para. 128.

¹⁵⁵ *SwemBalt AB, Sweden v. The Republic of Latvia*, UNCITRAL, Decision by the Court of Arbitration, 23 October 2000, para. 47; *Amco v. Indonesia*, Award, 20 November 1984, para. 281.

¹⁵⁶ *Arif v. Moldova*, para. 618; *ADC v. Hungary*, paras. 520, 522.

¹⁵⁷ M. Beeley, «Approaches to the Award of Interest» in *Contemporary and Emerging Issues on the Law of Damages and Valuation in International Investment Arbitration*, Beharry, (ed.) (2018), p. 393.

¹⁵⁸ *Strabag SE v. Libya*, ICSID Case No. ARB(AF)/15/1, Award, 29 June 2020, para. 964; *Siemens v. Argentina*, para. 397.

¹⁵⁹ Комментарий КМП, комментарий 38 к статье 10.

¹⁶⁰ *Karkey Karadeniz Elektrik Uretim A.S. v. Islamic Republic of Pakistan*, ICSID Case No. ARB/13/1, Award, 22 August 2017, paras. 990, 998; *Mobil Exploration and Development Inc. Suc. Argentina and Mobil Argentina S.A. v. Argentine Republic*, ICSID Case No. ARB/04/16, Award, 25 February 2016, para. 292.

¹⁶¹ *Eiser v. Spain*, paras. 475–478; *Bear Creek v. Peru*, paras. 714–716.

¹⁶² *Tidewater v. Venezuela*, para. 205; *Yukos Universal Limited (Isle of Man) v. The Russian Federation*, PCA Case No. 2005-04/AA227, (*Yukos Universal v. Russia*), Award, 18 July 2014, para. 1679.

¹⁶³ M.S. Knoll and J.M. Colon, «The Calculation of Prejudgment Interest» in *Public Law and Legal Theory Research Paper Series*, Research Paper No. #06–21 (2005).

¹⁶⁴ *Siemens v. Argentina*, para. 396; *ADM v. Mexico*, Award, 21 November 2007, para. 300.

инвестиций истца¹⁶⁵. С учетом существующей неопределенности относительно потенциальной прибыльности инвестиций истца некоторые третейские суды предпочитают применять безрисковую ставку¹⁶⁶.

71. В-третьих, третейские суды применяют фиксированные ставки, предусмотренные национальным законодательством, договорными положениями или установленные с учетом текущей экономической ситуации, не предоставляя при этом подробных разъяснений¹⁶⁷. Если третейские суды применяют такой подход, то они должны убедиться в том, что ставка является обоснованной как с экономической, так и с юридической точки зрения.

72. Согласно данным одного из исследований, чаще всего применяются межбанковские и безрисковые ставки¹⁶⁸. Третейским судам надлежит приводить основания для установления той или иной конкретной процентной ставки (и любой надбавки), обеспечивая ее соответствие принципу полного возмещения. Применяемая ставка должна устанавливаться для той же валюты, в которой выражена присужденная сумма ущерба¹⁶⁹.

73. Способ начисления: раньше на исходную сумму начислялись, как правило, простые проценты¹⁷⁰. Эта практика отражена в статьях об ответственности государств за международно-противоправные деяния¹⁷¹, однако за последние 25 лет ситуация поменялась, и этот способ применяется все реже, хотя некоторые третейские суды по-прежнему продолжают начислять простые проценты¹⁷². Примечательно, что сложные проценты позволяют более точно учесть изменение стоимости денег во времени и отражают реальные финансовые операции¹⁷³. Следует отметить, что эта практика широко распространена в инвестиционном арбитраже, но в других областях разрешения международных споров, включая международный коммерческий арбитраж, встречается нечасто¹⁷⁴.

74. С практической точки зрения коммерческие процентные ставки часто предусматривают определенную периодичность наращения (например, на годовой, полугодовой, ежеквартальной, ежемесячной или ежедневной основе), и установление другого периода наращения может привести к искажению доходности устанавливаемой ставки. В связи с этим третейским судам следует обеспечить надлежащее применение той ставки, которую они принимают.

¹⁶⁵ *SAUR International v. Argentina*, ICSID Case No. ARB/04/4, Award, 22 May 2014, p. 430; *Vivendi v. Argentina I*, para. 9.2.8.

¹⁶⁶ *Sistem Mühendislik İnşaat Sanayi ve Ticaret A.Ş. v. Kyrgyz Republic*, ICSID Case No. ARB(AF)/06/1, Award, 9 September 2009, para. 194.

¹⁶⁷ *Sunlodges v. Tanzania*, para. 502; *AAPL v. Sri Lanka*, para. 115 (applying 10%); *Mr. Franz Sedlmayer v. The Russian Federation*, SCC, Arbitration Award, 7 July 1998, para. 466.

¹⁶⁸ PwC, *International Arbitration Damages Study* (2023), p. 10.

¹⁶⁹ *ADM v. Mexico*, para. 300; *S.D. Myers v. Canada*, Second Partial Award, para. 304; *Odyssey v. Mexico*, Decision on Interpretation of the Award, 16 December 2024, para. 57.

¹⁷⁰ Комментарий КМП, комментарий 8 к статье 38; M.M. Whiteman, 3 *Damages in International Law* (1943).

¹⁷¹ Комментарий КМП, комментарий 9 к статье 38.

¹⁷² *Glencore v. Colombia II*, para. 361(3); *Bank Melli Iran and Bank Saderat Iran v. The Kingdom of Bahrain*, PCA Case No. 2017-25, Final Award, 9 November 2021, para. 836(c); *OperaFund Eco-Invest SICAV PLC and Schwab Holding AG v. Kingdom of Spain*, ICSID Case No. ARB/15/36 (*OperaFund and Schwab Holding v. Spain*), Award, 6 September 2019, para. 746(5).

¹⁷³ F. A. Mann, «Compound Interest as an Item of Damage in International Law», *UC Davis Law Review*, Volume 21 (1988), p. 585.

¹⁷⁴ PwC, *Damages awards in international commercial arbitration: A Study of ICC awards* (2020), p. 20.

2. Проценты после вынесения решения

75. Порядок начисления процентов после вынесения решения аналогичен порядку начисления процентов до вынесения решения¹⁷⁵. На практике некоторые третейские суды не проводят различий между этими двумя подходами при вынесении решения о начислении процентов до даты платежа. Другие третейские суды проводят различия между процентами до и после вынесения решения не только по дате начала начисления процентов, но и по размеру процентной ставки и/или способу начисления. Как правило, при применении процентов после вынесения решения проценты начисляются с даты вынесения решения, хотя некоторые третейские суды предоставляют государствам отсрочку для принятия внутренних мер по организации выплаты¹⁷⁶. Такая практика является оптимальной, если учесть, что большинство государств не могут немедленно осуществить платеж. Если говорить о процентных ставках, то после вынесения решения третейские суды могут применять такую же ставку, которая применяется до вынесения решения, но могут также установить и более высокую процентную ставку¹⁷⁷. Также третейские суды могут применять разные способы начисления, например некоторые третейские суды после вынесения решения начисляют только сложные проценты¹⁷⁸ или используют более короткие интервалы наращивания¹⁷⁹. Эти различия указывают на конкретную цель начисления процентов после вынесения решения, а именно способствовать своевременному выполнению платежных обязательств.

76. Проценты могут существенно повлиять на общую сумму присуждаемого возмещения, которая в некоторых случаях может быть эквивалентной исходной величине капитала или превышать ее¹⁸⁰. В отсутствие правил третейские суды пользуются широкой свободой действий в отношении начисления процентов, следствием которой является отсутствие единообразного подхода к таким ключевым аспектам, как размер ставки, охватываемый период и способ начисления. И по этим вопросам высказываются самые разные мнения.

Рекомендации

Третейским судам следует четко понимать и формулировать цель и правовое обоснование для присуждения процентов.

Третейским судам следует определить и обосновать дату начала начисления процентов и срок.

Третейским судам следует устанавливать прозрачную, разумную процентную ставку в соответствии с принципом полного возмещения ущерба.

Третейским судам следует указывать способ начисления процентов и, в случае применения сложных процентов, конкретно указать периодичность наращивания.

¹⁷⁵ *ADM v. Mexico*, para. 304(5); *PSEG v. Turkey*, para. 354(3); *MTD v. Chile*, Award, para. 253(4).

¹⁷⁶ *Tenaris S.A. and Talta - Trading e Marketing Sociedade Unipessoal Lda. v. Bolivarian Republic of Venezuela (I)*, ICSID Case No. ARB/11/26, Award, 29 January 2016, para. 595; *Yukos Universal v. Russia*, para. 1691; *Wena Hotels Ltd. v. Arab Republic of Egypt*, ICSID Case No. ARB/98/4 (Wena Hotels v. Egypt), Award, 8 December 2000, para. 136.

¹⁷⁷ *Gold Reserve v. Venezuela*, para. 863(ii)–(iii); *Eiser v. Spain*, para. 486(d); *Maffezini v. Spain*, paras. 96–97.

¹⁷⁸ *OperaFund and Schwab Holding v. Spain*, para. 746(5)–(6); *CMS v. Argentina*, para. 471.

¹⁷⁹ *Metalclad v. Mexico*, para. 131; *Maffezini v. Spain*, paras. 96–97.

¹⁸⁰ *Wena Hotels v. Egypt*; *Compañía del Desarrollo de Santa Elena S.A. v. Republic of Costa Rica*, ICSID Case No. ARB/96/1, Award, 17 February 2000; *The American Independent Oil Company (AMINOIL) v. The Government of the State of Kuwait*, Final Award, 24 March 1982.

Третьим судам следует помнить о том, что проценты могут существенно повлиять на окончательную сумму присуждаемого возмещения, которая может быть эквивалентной исходной величине капитала или превышать ее, а также о принципе соразмерности.

Н. Распределение издержек

77. Помимо денежных требований о возмещении ущерба, третейским судам также надлежит вынести решение о порядке распределения издержек между сторонами. К таким издержкам относятся расходы на арбитраж, в частности административные сборы арбитражного учреждения, гонорары и расходы третейского суда, а также судебные издержки сторон, включая гонорары адвокатов и экспертов, расходы на письменный перевод и любые расходы, связанные с поездками. Издержки могут составлять значительную часть присуждаемого возмещения: расходы инвесторов составляют в среднем 6,4 млн долл. США, а расходы государства — 4,7 млн долл. США¹⁸¹.

78. Арбитражные регламенты обычно предоставляют третейским судам широкую свободу действий в отношении решений о распределении издержек.

79. В целом в арбитражной практике можно выделить два подхода: i) платит проигравшая сторона или подход «распределение издержек с учетом результатов», при котором проигравшая сторона возмещает выигравшей стороне понесенные расходы; ii) подход «каждая сторона сама оплачивает свои расходы», при котором каждая сторона самостоятельно оплачивает свои судебные издержки и половину расходов на арбитраж. В инвестиционном арбитраже традиционно предпочтительным являлся подход, при котором каждая сторона сама оплачивает свои расходы, что соответствовало практике международных судов. Однако в последние годы наблюдается постепенный переход к подходу «распределение издержек с учетом результатов»¹⁸². Смешанным вариантом этих подходов является подход на основе относительного успеха, при котором расходы распределяются исходя из относительного успеха доводов каждой стороны в ходе арбитражного разбирательства. Однако присуждение издержек на основе удовлетворенных аспектов требований или этапов является затруднительным на практике¹⁸³.

80. Разработка более подробных руководящих указаний по вопросам распределения издержек позволила бы повысить прозрачность, последовательность и предсказуемость в этом отношении¹⁸⁴. Также распределение издержек может служить эффективным инструментом контроля поведения сторон в ходе арбитражного разбирательства и предотвращения подачи необоснованных исков или завышенных требований о возмещении ущерба. При распределении издержек третейским судам следует также учитывать влияние поведения сторон на размер издержек, например, были ли предоставлены достаточные доказательства для расчета размера ущерба, был ли проведен ясный и четкий анализ (а не

¹⁸¹ M. Hodgson et al., «2021 Empirical Study: Costs, Damages and Duration in Investor-State Arbitration», p. 10; [A/CN.9/WG.III/WP.153](#), pp. 17–21.

¹⁸² Hodgson et al., p. 16; *Georg Gavrilovic and Gavrilovic d.o.o. v. Republic of Croatia*, ICSID Case No. ARB/12/39, Award, 26 July 2018, para. 1316.

¹⁸³ M. Hodgson and A. Campbell, «The Allocation of Costs in Investment Treaty Arbitration» in *Contemporary and Emerging Issues on the Law of Damages and Valuation in International Investment Arbitration*, Beharry (ed.) (2018), pp. 403–404.

¹⁸⁴ S.D. Franck, *Arbitration Costs: Myths and Realities in Investment Treaty Arbitration* (2019), p. 187.

запутанный или чрезмерно сложный), насколько оперативно было проведено арбитражное разбирательство.

Рекомендации

Третейским судам следует распределять издержки в соответствии с применимыми правилами, применять их последовательно и приводить обоснование для распределения издержек.

При распределении издержек третейским судам следует учитывать несоответствие заявленных и присужденных убытков, ясность данных проведенного экспертами анализа убытков, поведение сторон и обоснованность требований.

Третейские суды могут в процессуальном порядке договориться со сторонами о применении конкретных правил распределения издержек. В качестве меры раннего контроля за расходами стороны могут быть обязаны периодически отчитываться о своих расходах.