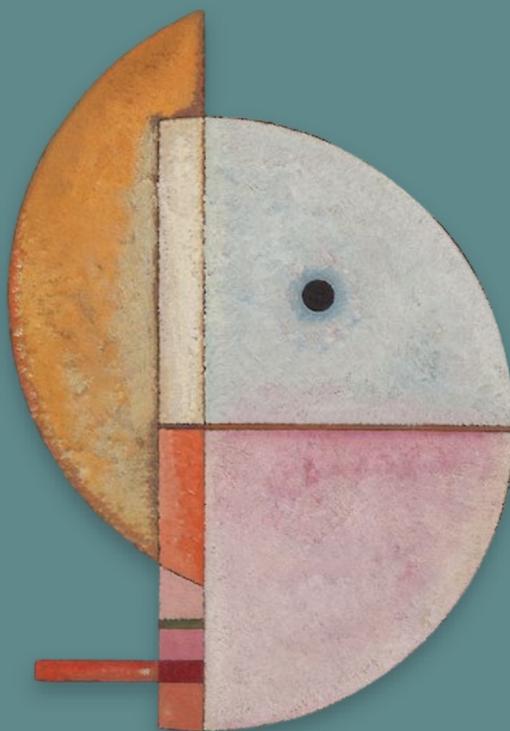


ISSN 2949-5717



ЖУРНАЛ ВШЭ ПО МЕЖДУНАРОДНОМУ ПРАВУ
HSE UNIVERSITY JOURNAL OF INTERNATIONAL LAW

2023 | 2



Журнал ВШЭ по международному праву HSE University Journal of International Law

Учредитель: Национальный исследовательский университет «Высшая школа экономики».
Электронный научный журнал. Издается с 2023 года. Периодичность: 4 раза в год.

Редакция

РУСИНОВА Вера Николаевна,
НИУ ВШЭ, Россия
ГЛАВНЫЙ РЕДАКТОР

БОКЛАН Дарья Сергеевна,
НИУ ВШЭ, Россия
ЗАМЕСТИТЕЛЬ ГЛАВНОГО РЕДАКТОРА

МАРТЫНОВА Екатерина Александровна, НИУ ВШЭ, Россия
ОТВЕТСТВЕННЫЙ СЕКРЕТАРЬ

ЗАХАРОВА Екатерина Андреевна,
НИУ ВШЭ, Россия
РЕДАКТОР

Редакционная коллегия

АКШАЛОВА Роза Джарасовна,
Евразийский национальный университет им. Л.Н. Гумилёва, Казахстан

ИВАНОВ Эдуард Александрович,
НИУ ВШЭ, Россия

СТАРЖЕНЕЦКИЙ Владислав Валерьевич,
НИУ ВШЭ, Россия

БЕЛЛИ Лука,
Правовая школа Фонда Жетулиу Варгаса, Бразилия

КРАСИКОВ Дмитрий Владимирович,
Саратовская государственная юридическая академия, Россия

ТЮРИНА Наталия Евгеньевна,
Казанский (Приволжский) федеральный университет, Россия

БОКЛАН Дарья Сергеевна,
НИУ ВШЭ, Россия

КРСТИЦ Ивана,
Университет Белграда, Сербия

ФИЛАТОВА Мария Анатольевна,
НИУ ВШЭ, Россия

ГОРСКИЙ Йенджей,
Городской университет Гонконга

ЛИФШИЦ Илья Михайлович,
Всероссийская академия внешней торговли, Россия

ШЕСТАКОВА Ксения Дмитриевна,
СПбГУ, Россия

ЕВСЕЕВ Александр Петрович,
НИУ ВШЭ, Россия

РОМАШЕВ Юрий Сергеевич,
НИУ ВШЭ, Россия

ЭНТИН Кирилл Владимирович,
Суд Евразийского экономического союза, НИУ ВШЭ, Россия

Редакционный совет

АБАЙДЕЛЬДИНОВ Ербол Мусинович,
Евразийский национальный университет им. Л.Н. Гумилёва, Казахстан

КОВЛЕР Анатолий Иванович,
судья Европейского суда по правам человека (1998–2012), Институт законодательства и сравнительного правоведения при Правительстве РФ, Россия

МЕЗЯЕВ Александр Борисович,
Университет управления «ТИСБИ», Россия

АБДУЛЛИН Аделъ Ильсиярович,
Казанский (Приволжский) федеральный университет, Россия

КОЛОС Денис Георгиевич,
судья Суда Евразийского экономического союза, Беларусь

МЮЛЛЕРСОН Рейн,
президент Института международного права (2013–2015), почетный профессор Таллиннского университета, Эстония

БОКЛАН Дарья Сергеевна,
НИУ ВШЭ, Россия

КОНГ Киньянг,
Китайский университет политической науки и права, Китайская народная республика

РУСИНОВА Вера Николаевна,
НИУ ВШЭ, Россия

ДЕДОВ Дмитрий Иванович,
судья Европейского суда по правам человека (2013–2022), МГУ им. М.В. Ломоносова, Россия

МАРОЧКИН Сергей Юрьевич,
Тюменский государственный университет, Россия

САФАРОВ Низами Абдулла оглу,
депутат Национального Собрания Азербайджанской Республики, Азербайджан

ЕРПЫЛЁВА Наталия Юрьевна,
НИУ ВШЭ, Россия

МАХАНТА Упасана,
Глобальный университет им. О.П. Жиндала, Индия

СОКОЛОВА Наталья Александровна,
МГЮА им. О.Е. Кутафина, Россия

КАПУСТИН Анатолий Яковлевич,
президент Российской ассоциации международного права, Институт законодательства и сравнительного правоведения при Правительстве РФ, Россия

ЭНТИН Марк Львович,
МГИМО (У) МИД РФ, Россия

Адрес редакции: 109028 Москва, Б. Трехсвятительский пер, 3, кабинет 227.
Тел.: +7 (495) 772-95-90 (23066); e-mail: lawjournal@hse.ru
<https://jil.hse.ru>

Позиция авторов может не совпадать с мнением редакции.

© НИУ ВШЭ, 2023

Журнал ВШЭ по международному праву HSE University Journal of International Law

Founder: National Research University Higher School of Economics.
Electronic scientific journal. Published since 2023. Frequency: 4 times a year.

Editorial Team

Vera RUSINOVA,
HSE University, Russia
EDITOR-IN-CHIEF

Daria BOKLAN,
HSE University, Russia
DEPUTY EDITOR-IN-CHIEF

Ekaterina MARTYNOVA,
HSE University, Russia
EXECUTIVE EDITOR

Ekaterina ZAKHAROVA,
HSE University, Russia
EDITOR

Editorial Board

Roza AKSHALOVA,
L.N. Gumilyov Eurasian National
University, Kazakhstan

Alexander EVSEEV,
HSE University, Russia

Ilya LIFSHITS,
the Russian Foreign Trade Academy, Russia

Luca BELLI,
Fundação Getulio Vargas (FGV)
Law School, Brazil

Maria FILATOVA,
HSE University, Russia

Yury ROMASHEV,
HSE University, Russia

Daria BOKLAN,
HSE University, Russia

Jędrzej GÓRSKI,
research fellow at the City University of
Hong Kong

Vera RUSINOVA,
HSE University, Russia

Kirill ENTIN,
head of the Eurasian sector, Centre for
Comprehensive European and
International Studies (CCEIS), HSE
University, Russia

Eduard IVANOV,
HSE University, Russia

Ksenia SHESTAKOVA,
St Petersburg University, Russia

Dmitry KRASIKOV,
Chair of International Law Department
at Saratov State Academy of Law, Russia

Vladislav STARZHENETSKY,
HSE University, Russia

Ivana KRSTIC,
the University of Belgrade, Serbia

Nataliya TYURINA,
Kazan Federal University, Russia

Editorial Council

Yerbol ABAIDELDINOV,
Eurasian National University named after L.N.
Gumilyov, Kazakhstan

Denis KOLOS,
Judge at the Court of the Eurasian Economic
Union, Belarus

Alexander MEZYAEV,
University of Management "TISBI",
Russia

Adel ABDULLIN,
Kazan Federal University, Russia

Qingjiang KONG,
China University of Political Science and Law,
People's Republic of China

Rein MÜLLERSON,
former President of the Institute of
International Law, Professor Emeritus
at Tallinn University, Estonia

Daria BOKLAN,
HSE University, Russia

Dmitry DEDOV,
former Judge at the European Court of
Human Rights (2013–2022), Moscow State
University named after Lomonosov, Russia

Anatoly KOVLER,
former Judge at the European Court of Human
Rights (1998–2012), the Institute of Legislation
and Comparative Law under the Government of
the Russian Federation, Russia

Vera RUSINOVA,
HSE University, Russia

Mark ENTIN,
Moscow State Institute of International
Relations (University) of the Ministry of
Foreign Affairs of Russia, Russia

Upasana MAHANTA,
O.P. Jindal Global University, India

Nizami Abdulla oglu SAFAROV,
Member of Milli Majlis of the
Republic of Azerbaijan

Anatoly KAPUSTIN,
Moscow State Institute of International
Relations (University) of the Ministry of
Foreign Affairs of Russia, the Institute of
Legislation and Comparative Law under
the Government of the Russian
Federation, Russia

Sergei MAROCHKIN,
Head of the Laboratory of International and
Comparative Law Studies, State University of
Tyumen, Russia

Natalia SOKOLOVA,
Moscow State Law University
named after Kutafin, Russia

Natalia YERPYLEVA,
HSE University, Russia

Editorial address: 109028 Moscow, B. 3, Trekhsvyatitelsky Lane, office 227.
Tel.: +7 (495) 772-95-90 (23066); e-mail: lawjournal@hse.ru
<https://jil.hse.ru>

The authors' opinions do not necessarily reflect the opinions of the editors.

© HSE University, 2023

Содержание / Contents

ТЕОРЕТИЧЕСКИЕ ИЗЫСКАНИЯ / THEORETICAL INQUIRIES

Авдулова А.Е., Косцов В.Н. / Avdulova A.E., Kostsov V.N.

Обязанность вынести исполнимое решение в международном арбитраже: критический анализ / Duty to Render an Enforceable Award in International Arbitration: A Critical Analysis *РУС* 4

Понаморенко В. Е. / Ponomorenko V. E.

Корпоративный комплаенс в механизме международного финансово-правового регулирования / Corporate Compliance in the Mechanism of International Financial and Legal Regulation *РУС* 32

АКТУАЛЬНЫЕ ПРОБЛЕМЫ / TOPICAL ISSUES

Мысливский П. П. / Myslivskiy P. P.

Исполнение актов Суда Евразийского экономического союза: обзор первых проблем и путей их решения / Execution of Acts of the Court of the Eurasian Economic Union: Review of the First Problems and Ways for Their Solution *РУС* 42

Андриянов Д. В. / Andriyanov D.V.

Международно-правовые проблемы установления реальной связи судна и государства флага: торжество формализма над содержанием? / International Legal Problems of Establishing a Genuine Link between the Ship and the Flag State: the Triumph of Formalism over Content? *РУС* 54

ОБСУЖДЕНИЕ РЕФОРМ / REFORM DEBATE

Fomenko A.I. / Фоменко А.И.

Assessment of Damages and Compensation in the Context of Investor-State Dispute Settlement Reform Proposals / Оценка убытков и компенсации в контексте предложений по реформированию системы урегулирования споров между инвесторами и государствами *ENG* 72

МЕЖДИСЦИПЛИНАРНЫЕ ИССЛЕДОВАНИЯ / INTERDISCIPLINARY RESEARCHES

Parkhomenko A.A. / Пархоменко А. А.

Front-of-Pack Nutrition Labelling: are Health Policy Decisions Reconcilable with the WTO Disciplines? / Маркировка продуктов питания на лицевой стороне упаковки: совместимы ли инициативы в сфере здравоохранения с нормами и правилами ВТО? *ENG* 93

КОММЕНТАРИЙ / COMMENTARY

Боклан Д.С., Мурашко Е.А. / Boklan D.S., Murashko E.A.

Опасная практика ВТО: толкование исключения по соображениям безопасности в споре США — Требования к маркировке / Interpretation of the Security Exceptions in United States — Origin Marking Requirement *РУС* 111

ОБЯЗАННОСТЬ ВЫНЕСТИ ИСПОЛНИМОЕ РЕШЕНИЕ В МЕЖДУНАРОДНОМ АРБИТРАЖЕ: КРИТИЧЕСКИЙ АНАЛИЗ

АВДУЛОВА А. Е., КОСЦОВ В. Н.

Авдулова Анна Евгеньевна — магистр права, юрист адвокатского бюро «Иванян и партнеры», Москва, Россия (avdannaevg@gmail.com).

Косцов Владимир Николаевич — LL.M. (Гарвардский университет), советник юридической фирмы Sirota & Partners, Москва, Россия (vladimirkostsov@gmail.com). ORCID: 0000-0001-8444-1142.

Аннотация

Авторы критически анализируют обязанность арбитров вынести исполнимое решение в международном арбитраже, которая нередко рассматривается в качестве отправной точки для разрешения целого ряда правовых вопросов, возникающих при рассмотрении арбитражных споров. В статье обосновывается, что данная обязанность не может подменять другие правовые институты и не имеет самостоятельного значения в вопросах установления арбитрами юрисдикции, выбора применимого права для разрешения спора, а также при рассмотрении дела по существу. Данная обязанность, источником которой выступает арбитражное соглашение, существует в частноправовых интересах самих сторон. Она не может быть использована в качестве инструмента учета публичных интересов государств или международного сообщества. Сам факт, что некоторое решение будет приводиться в исполнение в определенной юрисдикции или же что в этой юрисдикции будет рассматриваться вопрос об отмене решения, не означает наличия у такой юрисдикции связи с предметом спора, достаточной для применения ее права или сверхимперативных норм. И наоборот: тот факт, что некоторое государство не будет местом исполнения или местом вынесения арбитражного решения, не означает, что его право не подлежит применению в международном арбитражном разбирательстве. Данные вопросы урегулированы более нюансированными правилами, касающимися порядка выбора права в международном арбитраже, установления содержания этого права, а также правилами о применении в международном арбитраже сверхимперативных норм третьих стран и норм транснационального публичного порядка. Кроме того, компетенция, которой стороны наделяют арбитров при заключении арбитражного соглашения, предполагает обязанность арбитров самостоятельно определить пределы своей юрисдикции (принцип «компетенция о компетенции») и разрешить спор по существу, проведя собственный юридический анализ применимого права и обстоятельств дела. Если же арбитры подменяют этот анализ попыткой прогнозировать, как на этапе исполнения решения к их решению отнесется тот или иной государственный суд (чье право не является применимым), то их решение также может подлежать отмене как вынесенное с отказом от осуществления юрисдикции (англ.: *negative excess of competence*). В связи с этим в статье обосновывается, что обязанность арбитров вынести исполнимое решение по общему правилу ограничена восполнением пробелов в вопросах арбитражной процедуры и, например, может быть использована для обоснования полномочий арбитров по осуществлению каких-либо процессуальных действий, которые прямо не предусмотрены соглашением сторон или применимым правовым источником. Однако на практике большинство ссылок на эту обязанность ошибочны.

Ключевые слова

международный арбитраж, обязанности арбитра, процедура арбитражного разбирательства, исполнимое решение, отмена решения, признание и приведение решения в исполнение

Для цитирования: Авдулова А. Е., Косцов В. Н. Обязанность вынести исполнимое решение в международном арбитраже: критический анализ // Журнал ВШЭ по международному праву (HSE University Journal of International Law). 2023. Т. 1. № 2. С. 4–31.

<https://doi.org/10.17323/jil.2023.18179>

Введение

В известном деле *Салини против Эфиопии*¹ перед составом арбитража, возглавляемым Э. Гаяром, встал нетривиальный вопрос: связаны ли арбитры выводами государственных судов по месту арбитража об отсутствии у арбитров юрисдикции разрешать спор? В данном деле суды Эфиопии, которая выступала государством-ответчиком и государством места арбитража, вынесли два судебных запрета, предписывающих арбитрам приостановить разбирательство (англ.: *anti-arbitration injunctions*). Ответчик считал, что если арбитры признают компетенцию рассматривать спор вопреки вынесенным запретам, они нарушат свою обязанность вынести исполнимое решение, поскольку будущее арбитражное решение, вероятнее всего, будет отменено в Эфиопии². Состав арбитража признал за собой обязанность прилагать разумные усилия для вынесения исполнимого решения³, однако решил,

¹ *Salini Costruttori S.P.A v. Ethiopia*. ICC Case No. 10623. Award of 7 December 2001.

² *Ibid.* §81–82.

³ *Ibid.* §140.

что доводы ответчика «являются совершенно неверными и, если будут поддержаны, приведут к подрыву соглашения сторон о передаче споров в арбитраж и отказу в правосудии»⁴. В результате арбитры продолжили рассмотрение дела и вынесли решение по существу в пользу заявителя.

Такой подход может вызвать удивление, ведь в дальнейшем суды Эфиопии вполне могут отменить арбитражное решение или отказаться приводить его в исполнение. Исполнимость арбитражного решения нередко ставится практикующими юристами во главу угла при разрешении сложных правовых вопросов⁵. В специализированной доктрине также распространено мнение, что обязанность арбитров вынести исполнимое решение — это главный элемент⁶ и даже смысл существования арбитража⁷ или по меньшей мере отправная точка исполнения арбитром своей функции⁸. В результате обязанность арбитров вынести исполнимое решение становится некой «волшебной таблеткой», чудодейственным средством, которое всегда можно применить вместо анализа более нюансированных юридических концепций.

Ссылки на обязанность вынести исполнимое решение можно встретить как при рассмотрении споров, в которых применим арбитражный регламент, напрямую устанавливающий эту обязанность, так и при рассмотрении споров, в которых применимые источники в принципе ее не упоминают. Вместе с тем какое-либо строгое понимание обязанности вынести исполнимое решение обычно не артикулируется. Ссылки на нее приводятся при рассмотрении практически любых вопросов международного арбитража, начиная с установления юрисдикции и заканчивая существом спора. Не вполне определено и географическое содержание этой обязанности: в каком именно правовом порядке арбитражное решение должно быть исполнимым?

При широком применении обязанности вынести исполнимое решение без определения ее конкретного содержания юристам в области арбитража вообще не требуется проводить собственный юридический анализ: достаточно каждый раз успешно предсказывать подход государственных судов. Например, если спор затрагивает особенно важный интерес государства, в классических судах принято вести речь о так называемых сверхимперативных нормах (нормах непосредственного применения), которые должны действовать независимо от норм применимого права (*lex causae*)⁹. Доктрина сверхимперативных норм может быть задействована и в международном арбитраже, однако с оговоркой о том, что арбитры не имеют *lex fori* и потому в отличие от государственных судов не обязаны автоматически учитывать интерес государства, в котором проводится арбитраж¹⁰. Вместо этого для применения сверхимперативных норм в международном арбитраже разработан более нейтральный юридический тест, предполагающий выбор таких норм исходя из анализа правовых установлений, направленных на защиту публичного интереса, всех потенциально заинтересованных

⁴ Ibid. §146.

⁵ Авторы этой работы несколько лет являются тренерами команды НИУ ВШЭ (кампус в г. Москве), участвующей в конкурсе по международному арбитражу им. Виллема К. Виса, и выступают в роли арбитров. Из года в год команды, участвующие в конкурсе и представляющие различные университеты, ссылаются на неисполнимость будущего решения в качестве аргумента в пользу отклонения арбитрами юрисдикции по спору, при выборе того или иного применимого права либо даже для разрешения спора по существу. Арбитры также нередко по своей инициативе интересуются у сторон, что будет с исполнимостью решения, если они согласятся с тем или иным подходом к разрешению спора. При этом подобные студенческие конкурсы позволяют получить вполне адекватное представление о том, как юристы — причем не только в России, но и по всему миру — мыслят на практике. Например, перед участниками 30-го конкурса им. Виса встал вопрос о действительности арбитражного соглашения, заключенного без согласия министра природных ресурсов и развития, хотя того требовала конституция государства, в котором был инкорпорирован ответчик. Отвечая на данный вопрос, многие команды попытались обосновать применимость этого конституционного требования к арбитражному соглашению и, соответственно, отсутствие у арбитров юрисдикции на рассмотрение дела в связи с недействительностью арбитражного соглашения тем, что суды государства, в котором инкорпорирован ответчик, не приведут в исполнение арбитражное решение, вынесенное в нарушение конституции. Схожей логике были склонны следовать и многие арбитры.

⁶ Lew J. D. M. *Applicable Law in International Arbitration*. Oceana : New York, 1978. P. 537. В России критикуемую нами точку зрения высказывала О. Ф. Засемкова. См. Засемкова О. Ф. *Сверхимперативные нормы: теория и практика*. М. : Инфотропик Медиа. 2018. Гл. 3 («одной из основных обязанностей арбитров является вынесение исполнимого решения»). См. также Аксенов А. Г. *Правовое регулирование международных коммерческих контрактов в условиях экономических санкций* // Вестник арбитражной практики. 2020. № 5. С. 86–100; *Принципы международных коммерческих договоров УНИДРУА 2010* / пер. с англ. А. С. Комарова. М. : Статут. 2013. С. 13–14 (указывается на обязанность вынести исполнимое решение в контексте обязанности арбитров применять сверхимперативные нормы третьих стран, что, на наш взгляд, некорректно, поскольку эта обязанность не зависит от исполнимости решения, а является частью обязанности арбитров по разрешению спора согласно применимому праву).

⁷ Schwartz E. A., Derains Y. *A Guide to the New ICC Rules of Arbitration*. Kluwer Law International, 1998. P. 353.

⁸ Newman L. W., Hill R. D. *Leading Arbitrators' Guide to International Arbitration*. Juris Publishing, Inc., 2014. P. 67.

⁹ О сверхимперативных нормах см., например, Засемкова О. Ф. *Указ.соч.* 2018; Асосков А. В. *Основы коллизионного права*. М. : М-Логос. 2017. С. 139–195.

¹⁰ Жильцов А. Н. *Императивные нормы в международном коммерческом арбитраже* // Вестник международного коммерческого арбитража. 2004. № 2. С. 16–42.

правопорядков¹¹. Однако этот тест становится все менее востребован на практике: ведь всегда можно сослаться на обязанность вынести исполнимое решение и выяснить, будет ли решение отменено или не признано в той или иной юрисдикции.

Подобная оглядка на позицию государственных судов опасна. Она способна подорвать саму суть существования международного арбитража как альтернативы классическому правосудию. Если в каждом споре состав арбитража будет стремиться предсказать, как государственный суд отнесется к его выводам, арбитраж, по сути, мимикрирует под государственные суды. А разрешение спора государственными судами — как раз то, чего стороны хотели избежать, заключив арбитражное соглашение.

В настоящей статье мы продемонстрируем, что сфера действия обязанности арбитров вынести исполнимое решение должна иметь ограниченные пределы и не может поглощать другие правовые институты. Это касается как инвестиционного, так и коммерческого арбитража, поскольку решения арбитров по таким делам подлежат принудительному исполнению и могут быть отменены¹². В некотором смысле обсуждение исполнимости актуально и в классическом межгосударственном арбитраже¹³, однако в этом контексте обязанность вынести исполнимое решение обсуждается редко.

В первом разделе статьи мы анализируем вопрос о том, откуда берет начало обязанность вынести исполнимое решение. Будет обосновано, что она производна от воли сторон и телеологически направлена на защиту их интересов, но не интересов государств или арбитров, рассматривающих спор. Поэтому, если истец (заявитель) готов принять на себя риск неисполнимого решения, в большинстве случаев данная обязанность теряет свою актуальность.

Во втором разделе критической оценке подвергнутся три типовые практические ситуации, в которых стороны ссылаются на обязанность вынести исполнимое решение: установление юрисдикции по спору, выбор применимого права, рассмотрение спора по существу. Мы продемонстрируем, что вопрос об исполнимости решения не имеет самостоятельного значения ни в одной из этих ситуаций, поскольку они подлежат разрешению на основании норм права.

В третьем разделе будет рассмотрен вопрос о том, каково реальное место обязанности вынести исполнимое решение в международном арбитраже. Мы докажем, что ссылки на эту обязанность уместны лишь для восполнения пробелов в применимых правилах арбитража и преимущественно по вопросам арбитражной процедуры, а не материального права. При этом с географической точки зрения эта обязанность по общему правилу ограничена местом арбитража, но не иными юрисдикциями, где потенциально может запрашиваться принудительное исполнение решения.

¹¹ См. Жильцов А. Н. *Применимое право в международном коммерческом арбитраже: императивные нормы*: дис. ... канд. юрид. наук. М., 1998.

¹² Как правило, арбитражные решения по международным инвестиционным спорам действуют так же, как и решения в международном коммерческом арбитраже: они могут быть отменены по месту арбитража и приведены в исполнение в соответствии с положениями Конвенции ООН о признании и приведении в исполнение иностранных арбитражных решений (Нью-Йорк, 1958 год). Иной режим действует только в отношении решений, вынесенных в Международном центре по урегулированию инвестиционных споров: такие решения могут быть отменены *ad hoc* комитетом по аннулированию (а не государственным судом), и им придается такая же сила, как окончательным решениям, вынесенным государственным судом (потому обращение за приведением в исполнение не требуется). См. Конвенция об урегулировании инвестиционных споров между государствами и физическими или юридическими лицами других государств (Вашингтон, 1965 год) (далее — Конвенция МЦУИС). Ст. 52 и 54. У инвестиционных арбитражей по Конвенции МЦУИС нет места арбитража и *lex arbitri*, однако в качестве права, применимого к вопросам арбитражной процедуры, выступает международное процессуальное право, включая саму Конвенцию МЦУИС. О различиях между правовым режимом инвестиционных арбитражей по Конвенции МЦУИС и других инвестиционных арбитражах см., например, Ксенофонтов К. Е. *Экспроприация собственности иностранного инвестора в международном инвестиционном праве*: дис. ... канд. юр. наук. М., 2015. Далее для краткости мы будем обсуждать только арбитражи с местом арбитража (и потому с конкретным *lex arbitri*), однако наши выводы применимы и к арбитражам по Конвенции МЦУИС *mutatis mutandis*.

¹³ У классических межгосударственных арбитражей обычно нет места арбитража, а у государственных судов нет полномочий по осуществлению над ними контроля. Однако вопрос об их юридической действительности может быть оценен другим международным судом, имеющим юрисдикцию (например, Международным Судом), в рамках рассмотрения другого спора (англ.: *collateral attack*). См., например: ICJ. *Arbitral Award of 31 July 1989 (Guinea-Bissau v Senegal)*. Judgment of 12 November 1991. §47–52. В связи с этим и в таких арбитражах теоретически может быть заявлен аргумент о том, что решение не будет признано в рамках последующих разбирательств каким-либо авторитетным органом. Большинство выводов, описываемых в настоящей статье, также фундаментально применимы к подобным ситуациям *mutatis mutandis*.

1. Откуда следует обязанность вынести исполнимое решение, и чьим интересам она служит?

1.1. Нормативный источник обязанности вынести исполнимое решение

Многие авторы сходятся во мнении, что обязанность вынести исполнимое решение в международном арбитраже действительно существует¹⁴. В упомянутом выше деле *Салини против Эфиопии* состав арбитража отметил, что данная обязанность является «общепризнанным принципом международного арбитража»¹⁵. И даже авторы, выступающие с явной критикой этой обязанности, скорее не удовлетворены тем, как она применяется на практике и в каком контексте на нее обычно ссылаются правоприменители и стороны, нежели не согласны с тем, что данную обязанность следует признавать¹⁶. В то же время юристы, ссылающиеся на обязанность арбитра вынести исполнимое решение, редко обосновывают, из какого именно источника она следует.

Эта обязанность, как правило, прямо не закреплена в национальных законах, регулирующих международный арбитраж¹⁷, но нашла отражение в арбитражных регламентах ряда международных арбитражных институтов. Например, статья 42 Арбитражного регламента Международной торговой палаты предусматривает: «во всех вопросах, прямо не урегулированных настоящим Регламентом, Суд и Состав арбитража <...> прилагают все усилия для того, чтобы убедиться, что Арбитражное решение является юридически исполнимым»¹⁸. Похожее положение закреплено в Регламенте Лондонского международного третейского суда (далее — ЛМТС): «По всем вопросам, прямо не предусмотренным в Арбитражном соглашении, Суд ЛМТС, ЛМТС, Регистратор, Состав арбитража, любой секретарь состава арбитража и каждая из сторон <...> должны прилагать все разумные усилия для обеспечения юридического признания и принудительного исполнения арбитражного решения в месте проведения арбитражного разбирательства»¹⁹. Данная обязанность также закреплена в Арбитражном регламенте Арбитражного института торговой палаты Стокгольма²⁰ и Арбитражном регламенте Международного арбитражного центра в Сингапуре²¹.

Однако даже в случаях, когда обязанность вынести исполнимое решение прямо не упомянута в законе или арбитражных правилах, ее источником обычно считается само арбитражное соглашение²². Выбирая арбитраж в качестве способа разрешения споров, стороны ожидают, что вынесенное решение будет исполнимым²³. В международном контексте возможность приведения решения в исполнение по Конвенции ООН о признании и приведении в исполнение иностранных арбитражных решений (Нью-Йорк, 1958 год) (далее — Нью-Йоркская конвенция), к которой присоединились

¹⁴ См., например, Blackaby N., Partasides C., et al. *Redfern and Hunter on International Arbitration (Seventh Edition)*. 7th edition. Oxford University Press. 2023. §11.08; Born G. B. *International Commercial Arbitration (Third Edition)*. 3rd edition. Kluwer Law International. 2021. P. 2136; Waincymer J. *Procedure and Evidence in International Arbitration*. Kluwer Law International. 2012. P. 97; Панов А. А. *Принцип «jura novit curia» в международном коммерческом арбитраже* // Новые горизонты международного арбитража / под ред. А. В. Асоскова, Н. Г. Вилковой, Р. М. Ходыкина. Москва, Берлин : Инфотропик Медиа. 2013. Выпуск 1. С. 278, 288–289; Чупрунов И. С. *Арбитрабельность: применимое право и влияние со стороны сверхимперативных норм* // Там же. С. 338.

¹⁵ *Salini Costruttori S.P.A v. Ethiopia*. §140.

¹⁶ Boog C., Moss V. *Arbitrability, Foreign Mandatory Law and the Lazy Myth of the Arbitral Tribunal's Obligation to Render an Enforceable Award: A Case Note on Swiss Federal Supreme Court Cases 4A_654/2011 and 4A_388/2012*. ASA Bulletin. 2013. Vol. 31. № 3. P. 658.

¹⁷ В России закон, регулирующий внутренний арбитраж, закрепляет, что «стороны и третейский суд прилагают все усилия к тому, чтобы арбитражное решение было юридически исполнимо». См.: Федеральный закон «Об арбитраже (третейском разбирательстве) в Российской Федерации» от 29.12.2015 № 382-ФЗ. Ст. 38.

¹⁸ *ICC Rules of Arbitration*. 2021. Art. 42. URL: <https://iccwbo.org/dispute-resolution/dispute-resolution-services/arbitration/rules-procedure/2021-arbitration-rules/#block-accor-dion-42> (дата обращения: 04.06.2023).

¹⁹ *LCIA Arbitration Rules*. 2020. Art. 32.2. URL: https://www.lcia.org/Dispute_Resolution_Services/lcia-arbitration-rules-2020.aspx (дата обращения: 04.06.2023).

²⁰ *Arbitration Rules of the Arbitration Institute of the Stockholm Chamber of Commerce*. 2017. Art. 2(2). URL: https://sccarbitrationinstitute.se/sites/default/files/2022-11/arbitrationrules_eng_2020.pdf (дата обращения: 04.06.2023).

²¹ *SIAC Rules 2016*. Art. 41.2. URL: <https://siac.org.sg/siac-rules-2016> (дата обращения: 06.06.2023).

²² Авдулова А. Е. *Обязанность арбитра вынести исполнимое решение в международном коммерческом арбитраже* // Молодой ученый. 2019. № 22 (260). С. 266. Данная точка зрения поддерживается также в следующих работах: Platte M. *An Arbitrator's Duty to Render Enforceable Awards* // Journal of International Arbitration. Vol. 20. № 3. 2003. P. 308; Donovan D. F., Greenawalt A. K. A. *Mitsubishi After Twenty Years: Mandatory Rules Before Courts and International Arbitrators* // Pervasive Problems in International Arbitration / ed. by L. Mistelis, J. Lew. International Arbitration Law Library. Vol. 15. 2006. P. 56.

²³ Как верно подметил В. Парк, «спорящие стороны обычно надеются, что арбитражный процесс приведет к чему-то большему, чем просто лист бумаги». Park W. W. *The Four Musketeers of Arbitral Duty: Neither One-For-All nor All-For-One* // Is Arbitration only As Good as the Arbitrator? Status, Powers and Role of the Arbitrator / ed. by Y. Derains, L. Lévy. Dossiers of the ICC Institute of World Business Law. Vol. 8. 2011. P. 27.

172 государства, является одним из преимуществ выбора арбитража в качестве форума для разрешения споров по сравнению с государственными судами²⁴.

Но что именно понимается под этой обязанностью? Опираясь на тексты арбитражных регламентов и практики арбитражей, выделим два подхода: исполнимость может пониматься либо в абстрактном смысле (исходя из общих требований к арбитражному решению, которые разделяются правопорядками на международном уровне)²⁵, либо в привязке к конкретному правопорядку²⁶. В последнем случае исполнимость понимается либо как риск отмены решения по месту арбитража, либо как риск отказа в признании или исполнении арбитражного решения третьими государствами, например государством места нахождения ответчика.

Как будет показано в разделе 2 далее, наиболее проблемным на практике оказывается понимание исполнимости арбитражного решения в привязке к конкретному правопорядку (то есть второй подход): именно в этом значении на обязанность вынести исполнимое решение обычно ссылаются стороны. Во многом это связано с тем, что обязанность вынести исполнимое решение в абстрактном смысле достаточно «беззубая»: при выделении общих требований к арбитражному решению, признаваемых на международном уровне в целом, обычно оказывается, что эти требования неотличимы от правил, регулирующих арбитражную процедуру. Например, право сторон на представление своей позиции (англ.: *right to present the case*) и необходимость уведомить ответчика об арбитражном разбирательстве и так следуют из мандата арбитров разрешить спор в определенной процессуальной форме. При обсуждении данных правил ссылка на обязанность вынести исполнимое решение не требуется и носит характер аналитического «шума»²⁷. Поэтому исполнимость решения в абстрактном смысле во многом представляет собой лозунг-напоминание о необходимости разрешить спор справедливо и не имеет реального нормативного влияния.

По этим причинам в данной работе мы будем исходить из того, что обязанность вынести исполнимое решение существует, однако наш анализ будет преимущественно сконцентрирован на обязанности вынести исполнимое решение с привязкой к конкретному правопорядку.

1.2. Интересы, для защиты которых существует обязанность вынести исполнимое решение

Помимо того, что юристы, ссылающиеся на исполнимость решения, редко обосновывают, какой именно правовой источник предполагает обязанность арбитров вынести исполнимое решение, они часто упускают из виду то, зачем эта обязанность в принципе существует и чьим именно интересам она служит. Между тем это фундаментальный вопрос для определения пределов этой обязанности. Если обязанность существует только для защиты интересов спорящих сторон, вполне очевидно, что арбитры не могут сослаться на нее вопреки их воле. Если же обязанность существует также для защиты интересов общества и государства либо самих арбитров, то она может быть актуальной независимо от желания спорящих сторон.

Во многом ответ на этот вопрос уже следует из описанного нами выше нормативного источника обязанности вынести исполнимое решение. Поскольку источник данной обязанности — это воля

²⁴ Это объясняется тем, что в мире нет универсального международного соглашения о признании и приведении в исполнение иностранных судебных решений, к которому, как к Нью-Йоркской конвенции, присоединились бы почти все государства мира. В 2019 году Гагская конференция по международному частному праву разработала Конвенцию о признании и приведении в исполнение иностранных судебных решений по гражданским и торговым делам (Гаага, 2019 год). Она вступает в силу в 2023 году, однако к ней пока присоединилось ограниченное число государств (Российская Федерация подписала, но не ратифицировала данную конвенцию). Об этом проекте Гагской конференции см., например, Гальперин М. Л. *Исполнительное производство: учебник для вузов*. М. : Юрайт. 2021. С. 88. По этой причине в большинстве юрисдикций признание и приведение в исполнение судебных решений возможно либо в силу принципа взаимности (наличие которой установить достаточно затруднительно), либо если между государством вынесения решения и государством приведения в исполнение заключено соответствующее двустороннее соглашение.

²⁵ Именно в таком значении, видимо, понимается исполнимость арбитражного решения в регламенте Международного арбитражного центра в Сингапуре (SIAC). См.: Choong J., Mangan M., et al. *A Guide to the SIAC Arbitration Rules (Second Edition)*. 2nd ed. Oxford University Press. 2018. P. 306 (“As for enforceability, the SIAC President, SIAC Court members, the Registrar, and the tribunal must perform their functions with a view to ensuring that any award that is rendered is enforceable. That is not to say that these individuals are expected to know all the formal requirements for the enforceability of an award in any given country. It can be expected, however, that they will have regard for certain standards which are common to most countries’ regimes for the enforcement of awards, and indeed are reflected in the New York Convention and the 1985 UNCITRAL Model Law.”).

²⁶ Напрямую отсылка к месту арбитража упомянута в регламенте Лондонского международного третейского суда. LCIA Arbitration Rules. 2020. Art. 32.2. URL: https://www.lcia.org/Dispute_Resolution_Services/Icila-arbitration-rules-2020.aspx (дата обращения: 04.06.2023).

²⁷ Например, следует ссылаться на право сторон представить свою позицию напрямую вместо ссылок на неисполнимость решения, в случае если арбитры не предоставят стороне право представить свою позицию.

самих сторон (которая может быть выражена либо напрямую путем выбора арбитражных правил, предусматривающих данную обязанность, либо подразумеваемым образом), эта обязанность в первую очередь защищает частнопредпринимательский интерес самих спорящих сторон. Если арбитры считают, что вынесение определенного решения соответствует применимому праву, обычно нет никаких причин принимать во внимание риск того, что с толкованием арбитров может не согласиться тот или иной государственный суд (в результате чего решение может оказаться неисполнимым), — при условии, что этот риск принимают сами стороны²⁸.

О состоятельности такого подхода свидетельствует и то, что основной функцией правосудия выступает не принуждение, но разрешение споров о праве путем конкретизации объективного права применительно к фактам конкретного дела (*jurisdiction*). Этот подход является классическим и для национальной науки гражданского процесса²⁹, и тем более для международного права. Международное правосудие в принципе зарождалось для разрешения добросовестных споров о праве, а не для понуждения ответчика к тому или иному поведению вопреки его воле³⁰. При этом отсутствие у классических международных судов принципиальной возможности понудить ответчика к тем или иным действиям не означает, что эти суды не осуществляют правосудие, и потому не влияет на процесс принятия ими решений по существу спора. Ценность таких решений — даже если они остаются неисполненными — в окончательном определении судом того, как абстрактная норма права реализуется в конкретных фактических обстоятельствах³¹. Кроме того, статистически большинство решений международных судов исполняется добровольно, в связи с чем акцент на принуждение лишен не только теоретической, но и практической основы³². Неслучайно термин «юрисдикция», которым описывается природа судебной власти, означает не принуждение, а «власть говорить право».

Поэтому и в арбитраже сам по себе риск того, что с арбитрами не согласится государственный суд (даже если вероятность этого сценария крайне высока, как в описанном нами деле *Салини против Эфиопии*), не может быть основанием для того, чтобы арбитры отказали стороне в судебной защите и опирались на мнение государственных судов. В конце концов, даже если решение будет отменено по месту арбитража, оно все равно в некоторых случаях может быть исполнено³³. Кроме того, решения международных арбитражей исполняются добровольно даже чаще, чем решения классических международных судов³⁴. Во многом это объясняется экономическими соображениями: нежеланием сторон делать спор публичным (что предполагает процедура выдачи экзекватуры в целом ряде правопорядков), заботой о репутации в международной среде, низкой вероятностью успешного оспаривания арбитражного решения в большинстве развитых юрисдикций, а также расходами на ведение процесса в государственном суде, которые часто несоизмеримы вероятности успеха.

Конечно, в некоторых случаях отмена арбитражного решения или отказ в его исполнении может сказаться на репутации арбитра или арбитражного учреждения. Однако данный интерес арбитра или арбитражного учреждения не должен иметь приоритет над обязанностями арбитра перед сторонами

²⁸ См., например, Swiss Federal Supreme Court. Case No. 4A_388/2012. Decision of 18 March 2013 (“it is therefore the parties’ responsibility to weigh such a risk [of unenforceability]”).

²⁹ См., например, *Гражданский процесс. Хрестоматия: Учебное пособие*. 3-е изд. / под ред. М. К. Треушников. М. 2015. С. 414 («по идее своей суд только и может или признавать, или не признавать известные права; ему свойственна лишь *jurisdiction*; никаких принудительных мер в интересе правообладателя, ради осуществления признанного им права, он не принимает; *imperium* он в этом смысле не проявляет»). Принуждение осуществляют не суды, а другие органы. Поэтому принуждение — лишь возможный добавочный продукт, следствие отправления правосудия, но не его имманентная характеристика.

³⁰ Для более подробного обзора истории международного правосудия см., например, Сибатян А. С. *Решения органов международного правосудия в системе международного публичного права*. М., 2012. §1.1.

³¹ Подобный подход к судебному решению является классическим. Например, Т. М. Яблочков указывал, что «решению принадлежит авторитет закона (*lex specialis*); как законодатель возглашает нормы *in abstracto*, так судья возглашает в своем решении норму *in concreto*, должностную определить правоотношение между сторонами» (подчеркивание наше. — А.А., В.К.). См. Яблочков Т. М. *Учебник русского гражданского судопроизводства*. Ярославль, 1912. Цит. по: *Гражданский процесс. Хрестоматия* / ред. Треушников М. К. М.: Городец, 2015. С. 546.

³² См. Warioba J. *Monitoring Compliance with and Enforcement of Binding Decisions of International Courts* // Max Planck Yearbook of United Nations Law. 2001. Vol. 5. P. 50.

³³ Об этом см., например, Darwazeh N. Article V(1)(e) // *Recognition and Enforcement of Foreign Arbitral Awards: A Global Commentary on the New York Convention* / ed. by H. Kronke, P. Nacimiento, et al. 2010. P. 301–379. Ярким примером является Франция, суды которой принимают собственный анализ исполнимости отмененных решений по правилам национального права, которые более благоприятны, чем правила Нью-Йоркской конвенции.

³⁴ Gaillard E., Penushliski I. *State Compliance with Investment Awards* // *ICSID Review - Foreign Investment Law Journal*. Vol. 35. 2020. № 3. P. 540–594; Mistelis L., Baltag C. *Recognition and Enforcement of Arbitral Awards and Settlement in International Arbitration: Corporate Attitudes and Practices* // *The American Review of International Arbitration*. Vol. 18. 2008. P. 322.

спора, которые заключаются в разрешении спора по собственному убеждению, независимо от того, как это решение воспримут третьи лица (включая государственные суды).

Стремление арбитров вынести решение, которое не будет отменено (даже несмотря на интересы сторон), во многом неизбежно в силу тех экономических стимулов, которые действуют на рынке разрешения споров. Как правило, арбитр заинтересован в том, чтобы его назначали для разрешения и других дел (как те же самые стороны, так и другие игроки рынка)³⁵. При этом, поскольку арбитраж ценится в том числе за исполнимость решений³⁶, арбитры действительно имеют некоторые основания опасаться за свою репутацию в глазах других игроков арбитражного рынка в случае, если их решение будет отменено и об этом станет известно³⁷.

Однако в этом смысле арбитраж мало чем отличается от классического государственного правосудия: не секрет, что государственные судьи также беспокоятся о том, чтобы их решение не отменил суд апелляционной или другой вышестоящей инстанции³⁸. Но если бы государственный суд мотивировал судебные акты нежеланием их отмены судом вышестоящей инстанции, это бы было явно неприемлемым³⁹. Неприемлемыми были бы даже ссылки самих сторон на то, что их спор следует решить определенным образом исключительно ввиду риска отмены решения вышестоящим судом. Однако в арбитраже сложилась парадоксальная ситуация: ссылки на исполнимость решения оказались частью юридического дискурса, как если бы исполнимость решения была не внеправовым стимулом (который нужно учитывать, но который сам по себе не является аргументом при разрешении конкретного спора), а полноценным правовым аргументом.

Тот факт, что арбитры не обязаны равняться на государственные суды, не означает, что они принимают концепцию «делокализации» арбитража⁴⁰. Отсутствие подобной обязанности в полной мере характерно и для концепций локализации арбитража: арбитры, будучи связанными правовыми нормами *lex arbitri* по вопросам процедуры, тем не менее не входят в судебную систему страны места арбитража и поэтому не связаны решениями местных судов⁴¹, если они расходятся с их собственным толкованием применимого права. В связи с этим заслуживает критики свойственная российскому арбитражу тенденция ссылаться на решения российских государственных судов без должного обоснования их применимости, как если бы арбитраж был судом первой инстанции в рамках судебной системы Российской Федерации.

Означает ли это, что арбитры могут полностью игнорировать доктрину и судебную практику, сложившуюся в национальном правовом порядке? Нет, не означает. Конечно, право не следует понимать сугубо как текст законодательных положений. Применимое право включает не только законодательные тексты, но и все то, что в зарубежной доктрине нередко именуют «юриспруденцией» (англ.: *jurisprudence*), то есть сложившиеся взгляды на право, выражающиеся в том числе в доктрине и судебной практике⁴². Поэтому арбитры должны учитывать доктрину и практику в отношении права,

³⁵ Posner R. A. *What Do Arbitrators Maximize?* // *Law and Economics of International Arbitration* / ed. by P. Nobel, K. Krehan, P. von Ins. Schulthess. 2014. P. 123 (“the arbitrator, if he’s a career arbitrator, has to consider what effect his decision is going to have on the future demand for his service”). Подобные стимулы имеют и преимущества, поскольку они повышают вероятность того, что арбитры будут действовать не только в интересах спорящих сторон, но и в интересах общества в целом.

³⁶ См., например, Nyarko J. *We’ll See You in... Court! The lack of arbitration clauses in international commercial contracts* // *International Review of Law and Economics*. 2019. Vol. 58. P. 6–24 (“The results suggest that arbitration clauses are less frequently adopted than clauses referring parties to the domestic court system. If they are included, arbitration clauses serve the specific purpose of strategically reducing the discretion granted to the courts enforcing the decision. Absent serious threats to enforcement, parties prefer courts over arbitration, making arbitration a second-best-alternative to a well-functioning domestic judiciary”).

³⁷ Это опасение особенно актуально в свете того, что издержки третьих лиц, связанные с тем, чтобы проанализировать причины отмены и выяснить, действительно ли отмена свидетельствует о низком качестве работы арбитра, высоки.

³⁸ Drahozal C. R. *Judicial Incentives and the Appeals Process* // *SMU Law Review*. 1998. Vol. 51. P. 469. Во многом подобные мотивации следуют из человеческой природы: их можно лишь направить на пользу общества (разработав процессуальные механизмы, учитывающие эти особенности человеческого мышления и синхронизирующие интересы судьи и общества), но нельзя свести на нет. См. также Posner R.A. *What Do Judges and Justices Maximize? (The Same Thing Everybody Else Does)* // *Supreme Court Economic Review*. 1993. Vol. 3. № 1. P. 14–15.

³⁹ Особенно в системе, где отсутствует формальный прецедент как источник права.

⁴⁰ Плеханов В. В., Усоскин С. В. *Автономия международного коммерческого арбитража: к вопросу о координации между различными юрисдикциями в процессе признания и приведения в исполнение решений международного коммерческого арбитража* // *Вестник международного коммерческого арбитража*. 2012. № 1. С. 31–60.

⁴¹ Это справедливо даже в случае, если применимо право, в котором судебный прецедент является первичным источником права, как в англосаксонских юрисдикциях, и вызвано тем, что прецедент также является формально обязательным только для судов той же судебной системы, к которой не относятся арбитры (независимо от места арбитража и применимого права). См., например, Berger K. P. *The International Arbitrators’ Application of Precedents* // *Journal of International Arbitration*. 1992. Vol. 9. №. 4. P. 15.

⁴² Применительно к государственным судам данный принцип закреплен, в частности, в п. 1 ст. 1191 ГК РФ (установление содержания норм иностранного права). Данная норма к арбитражу напрямую не применима. Однако общая методология определения содержания применимого права в арбитраже тождественна государственному суду и основана на ожиданиях сторон при выборе применимого права. См., например, Born G. B. *International Commercial Arbitration...* P. 3501. Иное

которое они считают применимым к разрешению того или иного вопроса. Однако речь здесь идет не об обязанности вынести исполнимое решение, а об обязанности арбитров правильно установить содержание применимого права. Эта обязанность зависит не от рисков отмены (или непризнания) арбитражного решения государственными судами. Она входит в круг обязанностей по разрешению спора по применимому праву, которые возложены на арбитров сторонами. Например, арбитры, применяющие право Индии, должны учитывать то, как это право применяется в Индии, даже если решение не будет исполняться в Индии и Индия не является местом арбитража⁴³. При этом, учитывая международную специфику споров, разрешаемых в арбитраже, арбитры в ряде случаев должны сделать вывод о неприменимости тех или иных национальных подходов к конкретным обстоятельствам дела, используя различную юридическую аргументацию (включая методологию различения (англ: *distinguishing*) фактов тех или иных судебных дел)⁴⁴.

Это не означает, что при разрешении споров арбитры должны игнорировать публичный интерес или право национальных государств, которые могут быть затронуты исходом спора. Но важно, что надлежащим инструментом учета публичных интересов и интересов государств будет выступать не обязанность вынести исполнимое решение (которая, как отмечалось, является частноправовой по природе), а доктрина применения в арбитраже сверхимперативных норм (норм непосредственного применения, которые надлежит учитывать независимо от выбранного права).

Методология выбора арбитрами применимых сверхимперативных норм не имеет прямого отношения к вопросу о том, где будет принудительно исполняться судебное решение. Поскольку арбитры не входят в систему государственных судов какого-либо конкретного правопорядка, они должны определять круг применимых сверхимперативных норм нейтральным по отношению ко всем государствам образом — для международных арбитров регулирование каждого государства равноудалено. Применимость сверхимперативных норм зависит от анализа арбитрами интереса государства в применении своей нормы права к спору, целей, которые она преследует, метода, с помощью которого эта норма достигает свои цели, а также последствий, к которым приведет ее применение⁴⁵. Такой анализ во многом направлен на проверку соответствия сверхимперативных норм заинтересованных государств признаваемым в международном сообществе ценностям, а также общепризнанным пространственным пределам регулирования тех или иных отношений национальными государствами.

При этом конкретное государство может не иметь возможности отменить решение или не признать его, но его интересы все равно должны подлежать учету арбитрами, если сверхимперативные нормы такого государства применимы исходя из описанной методологии. Например, если между сторонами, учрежденными в странах А и Б соответственно, заключено картельное соглашение, предполагающее скоординированные действия сторон в стране В, антимонопольное законодательство страны В может подлежать применению в арбитраже по правилам о сверхимперативных нормах⁴⁶. Это верно даже в случае, если место арбитража и активы сторон спора находятся вне страны В, в связи с чем арбитражное решение никогда не окажется предметом проверки государственных судов страны В⁴⁷.

означало бы, как верно отмечает М. Л. Гальперин, что у российского или другого права есть «как вариант “для внутреннего употребления”, так и “экспортный” вариант. При этом “экспортный” вариант может иметь множество вариаций, в зависимости от того, какой из международных трибуналов его истолковал». Гальперин М. Л. *Политизация права или легализация политики? О justiciability и доктрине «политического вопроса» на примере международного правосудия II* Международное правосудие. 2020. № 4 (36). С. 45–58.

⁴³ Напротив, если Индия выступает местом арбитража или местом исполнения арбитражного решения, этот факт сам по себе не означает, что практика государственных судов Индии должна учитываться арбитрами при вынесении решения, если арбитры не сочтут право Индии применимым согласно правилам выбора права в международном арбитраже (об этом см. раздел 2.2 ниже).

⁴⁴ Например, арбитры могут сделать вывод, что тот или иной сложившийся в национальной практике подход не применим для международной торговли, поскольку выносился сугубо во внутреннем контексте (что, безусловно, требует обоснования и подтверждения). Born G. B. *International Commercial Arbitration*... P. 3501.

⁴⁵ Жильцов А. Н. *Применимое право*... С. 179–182.

⁴⁶ Антимонопольное законодательство страны В, запрещающее картельный сговор, вероятно, будет квалифицировано как сверхимперативная норма, поскольку оно преследует публичный интерес в качестве цели первого уровня. При этом В, очевидно, имеет признаваемый в международном сообществе интерес в таком споре (обществу страны В может быть причинен прямой ущерб в результате действий сторон спора), цели таких норм (защита рынка) являются международно признанными и адекватными сложившейся ситуации, методы их достижения (запрет картельных сговоров) соответствуют подходам большинства стран, а последствия применения норм антимонопольного права В не будут предполагать ущемление прав сторон, учитывая, что в данном примере они обе действовали умышленно и не могли ожидать, что картельный сговор в ущерб интересам В будет признан действительным в арбитраже.

⁴⁷ Руководствуясь схожей логикой, Верховный Суд США в известном деле *Митсубиши* признал арбитрабельными споры о недействительности договора, противоречащего конкурентному законодательству США. Суд позволил сторонам разрешить данный спор в арбитраже с местом нахождения в Японии, несмотря на то что активы сторон находились в различных

Альтернативным основанием для учета арбитрами публичного интереса в подобных случаях может быть доктрина транснационального публичного порядка, которая не зависит от права конкретного государства. В отличие от оговорки о национальном публичном порядке в ст. V Нью-Йоркской конвенции⁴⁸ она не является основанием для отказа государствами в признании арбитражных решений, а непосредственно накладывает на арбитров обязанность обеспечить при разрешении спора соблюдение тех или иных фундаментальных принципов, свойственных международному сообществу в целом⁴⁹.

Таким образом, обязанность арбитров вынести исполнимое решение существует, но не может реализовываться в противовес воле спорящих сторон. Если стороны принимают на себя риск неисполнимости решения, то арбитры обязаны вынести решение, которое соответствует применимому праву в том его истолковании, какое они считают правильным (конечно, с учетом доводов сторон), а также их собственной оценке доказательств (с учетом применимых правил процедуры и доводов сторон). При этом интересы государств подлежат защите при помощи иных правовых инструментов, которые не имеют отношения к обязанности арбитров вынести исполнимое решение.

1.3. Коллизия между частными интересами сторон спора

Вывод о том, что обязанность вынести исполнимое решение направлена исключительно на учет интересов самих спорящих сторон, ставит следующий вопрос: что следует делать арбитрам, если на эту обязанность ссылается только одна сторона (обычно это ответчик), в то время как другая сторона (обычно это истец) заявляет о готовности принять риск неисполнимости решения?

На первый взгляд, ответ в такой ситуации более-менее очевиден: у ответчика, не заявляющего собственных требований, нет заслуживающего защиты интереса в исполнимости решения, его неисполнимость может быть для него лишь благом. Однако при более внимательном рассмотрении проблемы, конечно, оказывается, что этот тезис не вполне корректен. Отмена вынесенного арбитражного решения влечет для ответчика риск того, что он понесет лишние расходы на арбитражное разбирательство, возмещение которых может быть затруднительно (особенно если окажется, что арбитражная оговорка в принципе была недействительна). Кроме того, ответчика может волновать, что государственный суд отменит решение об отказе в исковых требованиях истца, вынесенное в пользу ответчика.

Вместе с тем в большинстве случаев интерес ответчика все же не может перевесить интерес истца в судебной защите. Если выбирать между вышеуказанными довольно ограниченными рисками для

странах, в силу чего было также вероятно, что итоговое арбитражное решение никогда бы не приводилось в исполнение на территории США. См. *Mitsubishi Motors Corp. v. Soler Chrysler-Plymouth, Inc.* 473 U.S. 614. Арбитры обязаны применять сверхимперативные нормы не потому, что иначе их решение не будет исполнено, а потому, что это предполагает юрисдикционную функцию, которую они на себя берут, принимая назначение, а также их обязанность (прямо предусмотренная большинством процедурных правил) осуществить выбор права и разрешить спор с применением норм права.

⁴⁸ Даже в случаях, когда в целях ст. V Нью-Йоркской конвенции ведут речь о «международном» публичном порядке, на самом деле подразумевается национальный публичный порядок конкретной страны — но лишь в той его части, которая применима для споров с иностранным элементом. Теория же транснационального (или подлинно международного) публичного порядка предполагает, что арбитры не связаны пониманием публичного порядка, свойственным какой-либо конкретной стране, а обязаны следовать пониманию, сложившемуся в международном сообществе в целом. См. Lalive P. *Transnational (or Truly International) Public Policy in International Arbitration* // *Comparative Arbitration Practice and Public Policy in Arbitration* / ed. by P. Sanders. New York. 1987. P. 258–318; Renner M. *Towards a Hierarchy of Norms in Transnational Law?* // *Journal of International Arbitration*. 2009. Vol. 26. № 4. P. 533–555.

⁴⁹ Анализ содержания «транснационального публичного порядка» во многом методологически схож с определением содержания норм *jus cogens* в международном публичном праве — это подвижная категория, которая зависит от практики и признания со стороны международных акторов. См., например, Sheppard A. *Interim ILA Report on Public Policy as a Bar to Enforcement of International Arbitral Awards* // *Arbitration International*. 2003. P. 217–248, 220; Chong A. *Transnational public policy in civil and commercial matters* // *Law Quarterly Review*. 2012. P. 88–113. Research Collection School Of Law. De Brabandere E. *The (Ir)relevance of Transnational Public Policy in Investment Treaty Arbitration – A Reply to Jean-Michel Marcoux* // *The Journal of World Investment & Trade*. 2020. Vol. 21. № 6. P. 847–866. Однако к транснациональному публичному порядку, бесспорно, относятся, например, нормы о запрете коррупции, в силу чего арбитры должны, в частности, отказать в принудительном исполнении договора о посредничестве во взяточничестве или ином аналогичном договоре, если имеются основания предполагать, что коррупция имела место в связи с его заключением (независимо от того, нарушают ли конкретные действия антикоррупционное законодательство какого-либо конкретного государства). См., например, *World Duty Free Co. Ltd v. Republic of Kenya*. ICSID Case No. ARB/00/7. Award of 4 October 2006. В целях выявления арбитрами фактов коррупции без участия национальных уголовных органов нередко используется методология поиска «красных флагов» (англ.: *red flags*), которая, по своей сути, означает вполне обычную для различных споров методологию установления фактов при помощи косвенных доказательств и логических умозаключений (англ.: *inferences of fact*). Об этом см., например, Стратис Г. *Международный инвестиционный арбитраж, связанный с вопросами взяточничества и коррупции: некоторые предварительные соображения* // *Международное правосудие*. 2020. № 1. С. 24–32.

ответчика и отказом истцу в полноценной судебной защите только по причине того, что решение может с определенной долей вероятности оказаться неисполнимым, напрашивается вывод о том, что интересы истца, как правило, превалируют. На это вполне справедливо указывается и в авторитетном комментарии к Арбитражному регламенту ЛМТС: «Вполне обычна ситуация, в которой истец принимает на себя риски, связанные с принудительным исполнением. Истец может в полной мере понимать, что решение в его пользу не будет исполнимо в том месте, в котором, наиболее вероятно, будет запрашиваться принудительное исполнение. Однако могут быть другие юрисдикции, в которых у ответчика имеются активы, и в любом случае истцу может требоваться арбитражное решение по какой-либо иной причине, например, для заявления требований по полису страхования»⁵⁰.

Руководствуясь схожей логикой, в деле *Химпурна против Индонезии* состав арбитража вынес решение, несмотря на очевидность того, что суды Индонезии откажут в признании арбитражного решения. Однако поскольку истец заявил о желании продолжить разбирательство, арбитры вынесли решение по существу спора⁵¹. Показательно, что в комментарии к Арбитражному регламенту ЛМТС указывается: подобный исход справедлив не только для арбитража по правилам ЮНСИТРАЛ, которые применялись в данном деле, но и «по любым арбитражным правилам»⁵².

2. Может ли обязанность вынести исполнимое решение влиять на вопросы существования юрисдикции, на выбор права или на исход дела по существу?

2.1. Установление юрисдикции состава арбитража

На практике обязанность арбитра вынести исполнимое решение часто обсуждается составом арбитража в рамках решения вопроса о наличии или отсутствии юрисдикции рассматривать спор. Например, ответчик по делу может заявлять, что состав арбитража должен отказать в рассмотрении спора, потому что признание составом арбитража своей юрисдикции создает риск отмены будущего арбитражного решения или отказа в приведении его в исполнение. Иными словами, ответчик может использовать аргумент о потенциальной неисполнимости арбитражного решения как юрисдикционное возражение.

В качестве иллюстрации можно обратиться к делам *Страбаг и др. против Польши*⁵³ и *СанРезерв против Италии*⁵⁴. В обоих делах перед арбитрами встал вопрос, обладают ли они юрисдикцией на рассмотрение спора, вытекающего из международного договора о поощрении и защите иностранных инвестиций, заключенного между двумя государствами — членами Европейского союза (далее — ЕС), в свете решения Суда ЕС по делу *Словакия против Акмеа БВ* (далее — дело *Акмеа*). В деле *Акмеа* Суд ЕС решил, что положения о разрешении споров в инвестиционном арбитраже, содержащиеся в международных договорах между государствами — членами ЕС, несовместимы с правом ЕС, поскольку допускают толкование права ЕС органами, не входящими в его судебную систему (частными арбитрами, назначенными для рассмотрения спора)⁵⁵.

Ссылаясь на решение Суда ЕС по делу *Акмеа*, и Польша, и Италия в качестве дополнительного аргумента против юрисдикции состава арбитража заявляли, что вынесенное арбитрами решение будет отменено или не будет приведено в исполнение национальными судами государств ЕС⁵⁶. На первый взгляд это кажется разумным, ведь в силу принципа верховенства (примата) права ЕС национальные суды обязаны следовать практике Суда ЕС⁵⁷ и, скорее всего, обратились бы к решению по делу *Акмеа*⁵⁸. Тем не менее в обоих делах арбитры не приняли аргумент государства о потенциальной неисполнимости будущего арбитражного решения в качестве надлежащего

⁵⁰ Turner P. J., Mohtashami R. *A Guide to the LCIA Arbitration Rules*. Oxford University Press. 2009. §9.53.

⁵¹ *Himpurna California Energy Ltd v Republic of Indonesia* (2000) 25 YCA 186; Carbone G. *Interference of the Court of the Seat with International Arbitration, The Symposium II Journal of Dispute Resolution*. 2012. Vol. 2012. № 1. P. 231.

⁵² Turner P. J., Mohtashami R. *Op.cit.* §9.53.

⁵³ *Strabag SE, Raiffeisen Centrobank AG, Syrena Immobilien Holding AG v. The Republic of Poland*. ICSID Case No. ADHOC/15/1. Partial Award on Jurisdiction of 4 March 2020.

⁵⁴ *SunReserve Luxco Holdings SRL v. Italy*. SCC Case No. 132/2016. Final Award of 25 March 2020.

⁵⁵ Court of Justice of the European Union (Grand Chamber). *Slowakische Republik (Slovak Republic) v. Achmea BV*. Case C-284/16. Judgment of 6 March 2018. §58.

⁵⁶ *Strabag SE, Raiffeisen Centrobank AG, Syrena Immobilien Holding AG v. The Republic of Poland*. §8.12; *SunReserve Luxco Holdings SRL v. Italy*. §315.

⁵⁷ См. Декларация 17, прикрепленная к Договору о Европейском союзе (Маастрихт, 1992 год).

⁵⁸ По делу *Страбаг против Польши*, например, промежуточное решение арбитра было в итоге отменено по месту арбитража Апелляционным судом Парижа со ссылкой на дело *Акмеа*. См. Paris Court of Appeal. *The Republic of Poland v. Strabag SE, Raiffeisen Centrobank AG, Syrena Immobilien Holding AG*. Judgment of 19 April 2022. §87–91.

юрисдикционного возражения, отметив, что они не могут «предсказать», каким будет подход государственных судов⁵⁹, и сочли себя компетентными рассматривать спор⁶⁰. Такой подход арбитров к вопросу исполнимости арбитражного решения является верным, однако фактическая невозможность установить, подлежит ли потенциальное арбитражное решение отмене и будет ли оно принудительно исполнено, не является единственным и главным соображением.

Важнее, что в силу принципа «компетенция о компетенции» (нем.: *Kompetenz-Kompetenz*), нашедшего отражение почти во всех известных источниках международного арбитража⁶¹, арбитры уполномочены решать вопрос о своей юрисдикции самостоятельно, то есть без вмешательства государственных судов⁶². Данный принцип в первую очередь нацелен на сохранение контроля над арбитражным процессом за арбитрами и предотвращение попыток сторон воспрепятствовать арбитражному процессу путем оспаривания юрисдикции арбитров в государственном суде⁶³. Даже если вопрос о юрисдикции состава арбитража рассматривался бы в государственном суде параллельно с арбитражным разбирательством (например, если ответчик оспаривает предварительное решение состава арбитража о юрисдикции), арбитры не должны были бы ждать решения национального суда и, например, приостанавливать арбитражное разбирательство⁶⁴. Если они признали за собой юрисдикцию рассматривать спор, то в силу принципа «компетенция о компетенции» вправе продолжить его рассмотрение и вынести решение по существу⁶⁵. Из этого тем более следует, что арбитры не обязаны прерывать рассмотрение спора лишь в силу опасений одной из сторон, связанных с тем, что уже после вынесения решения при обращении за приведением его в исполнение у них могут возникнуть сложности в государственном суде. Как верно подметил состав арбитража в деле *Балкан Энерджи против Ганы*:

То, что национальные суды по месту арбитража или в государствах, где испрашивается приведение в исполнение арбитражного решения, могут осуществлять соответствующий судебный контроль, не подлежит сомнению, но это не умаляет обязанностей и полномочий этого Состава арбитража по осуществлению своей юрисдикции⁶⁶ (курсив наш. — А. А, В. К.).

⁵⁹ *Strabag SE, Raiffeisen Centrobank AG, Syrena Immobilien Holding AG v. The Republic of Poland*. §8.142; *SunReserve Luxco Holdings SRL v. Italy*. §371.

⁶⁰ В частности, арбитры сочли, что право ЕС не является правом, применимым к каким-либо вопросам, которые они должны разрешить, и не может влиять на толкование арбитрами воли сторон на передачу споров в арбитраж. Вместо этого арбитры решили спор на основании международного договора о поощрении и защите инвестиций, на основании которого был сформирован состав арбитража и который на тот момент прекращен не был. В большинстве других дел, вынесенных после дела *Акмеа*, составы арбитража следовали схожей логике. Об этой дискуссии подробнее см., например, Birengel T. *Impact of the Achmea Judgment on Investment Arbitration*. *Erdem & Erdem publications*. October 2018. URL: http://www.erdem-erdem.av.tr/publications/lettre-dinformation/impact-of-the-achmeajudgment-on-investment-arbitration/#_edn14 (дата обращения: 06.06.2023).

⁶¹ См., например, Европейская Конвенция о внешнеторговом арбитраже (Женева, 1961 год). Ст. v(3); Типовой закон ЮНСИТРАЛ о международном коммерческом арбитраже (1985 год, с изменениями, принятыми в 2006 году). Ст. 16(1); Закон РФ «О международном коммерческом арбитраже» от 07.07.1993 № 5338-1. Ст. 16, п. 1; *LCIA Arbitration Rules*. 2020. Art. 23.1. URL: https://www.lcia.org/Dispute_Resolution_Services/lcia-arbitration-rules-2020.aspx (дата обращения: 06.06.2023).

⁶² Fouchard P., Gaillard E., Goldman B. *Fouchard, Gaillard, Goldman on International Commercial Arbitration*. *Kluwer Law International*. 1999. §653; Абесадзе С. А., Андреева Т. К., Ануров В. Н. и др. *Международный коммерческий арбитраж: Учебник* / отв. ред. Т.А. Лунаева; науч. ред. О.Ю. Скворцов, М.Ю. Савранский, Г.В. Севастьянов. 2-е изд., перераб. и доп. СПб. : Редакция журнала «Третейский суд»; М. : Статут. 2018. Вып. 9. §7.7.2.

⁶³ Girsberger D., Voser N. *International Arbitration: Comparative and Swiss Perspectives (Fourth Edition)*. 4th edition. Schulthess Juristische Medien AG. 2021. §555–556; Gaillard E., Banifatemi Y. *Negative effect of competence-competence: the rule of priority in favour of the arbitrators II Enforcement of arbitration agreements and international arbitral awards: the New York Convention in practice*. London : Cameron May. 2008. P. 260.

⁶⁴ Born G. B. *International Commercial Arbitration...* P. 1312; Bentolila D. *Arbitrators as Lawmakers*. *International Arbitration Law Library Series*. Vol. 43. 2017. P. 24, 26. См. также *Christopher Brown Ltd v. Genossenschaft Österreichischer Waldbesitzer Holzwirtschaftsbetriebe* [1953] 1 Lloyd's Rep. 495 ("It is not the law that arbitrators, if their jurisdiction is challenged or questioned, are bound immediately to refuse to act until their jurisdiction has been determined by some court which has the power to determine it finally. Nor is it the law that they are bound to go on without investigating the merits of the challenge and to determine the matter in dispute, leaving the question of their jurisdiction to be held over until it is determined by some Court which had power to determine it. They might then be merely wasting their time and everybody else's. They are not obliged to take either of those courses.")

⁶⁵ См., например, Типовой закон ЮНСИТРАЛ о международном коммерческом арбитраже (1985 год, с изменениями, принятыми в 2006 году). Ст. 16(3); Закон РФ «О международном коммерческом арбитраже» от 07.07.1993 № 5338-1. Ст. 16, п. 3.

⁶⁶ *Balkan Energy (Ghana) Limited v. Republic of Ghana*. PCA Case No. 2010-7. Interim Award of 22 December 2010. §113. В данном деле перед составом арбитража встал вопрос о недействительности арбитражного соглашения вследствие отсутствия парламентского одобрения арбитражной оговорки, требуемого Конституцией Республики Гана. Суд Ганы вынес запрет продолжать арбитражное разбирательство до того, как суд определит, требовалось ли соблюдение парламентского одобрения в этом договоре, однако состав арбитража продолжил рассмотрение спора и вынес решение о признании своей юрисдикции.

При этом арбитры не только вправе решать вопрос о своей юрисдикции самостоятельно, но и перед тем, как приступить к рассмотрению спора по существу, они обязаны убедиться, что у них есть юрисдикция⁶⁷. Для установления своей юрисдикции арбитры должны в первую очередь удостовериться в том, что между сторонами спора заключено арбитражное соглашение, что оно действительно и в полном объеме охватывает требования сторон, а также что спор в принципе может быть передан на рассмотрение в арбитраж⁶⁸. Это предполагает проведение арбитрами самостоятельного юридического анализа в соответствии с положениями применимого права, который не может быть слепо подменен догадками о том, как в последующем государственный суд ответит на эти вопросы или как он оценит позицию арбитров по данным вопросам, когда столкнется с вынесенным арбитрами решением. Отказ арбитра от самостоятельного анализа арбитражного соглашения, по сути, приводил бы к нарушению самого арбитражного соглашения, которым стороны наделили состав арбитража полномочиями по установлению и осуществлению юрисдикции без участия государственных судов.

Это в известной мере объясняет решения арбитров по корпоративным спорам, касающимся российских юридических лиц, в случае когда стороны согласовали место арбитража за пределами России⁶⁹. По российскому праву арбитрабельность корпоративных споров ограничена: в частности, ряд корпоративных споров может быть передан только на рассмотрение в арбитраж, администрируемый постоянно действующим арбитражным учреждением, депонировавшим специальные правила разбирательства корпоративных споров, с местом арбитража в России⁷⁰. Зачастую, желая передать споры в иностранное арбитражное учреждение, не получившее разрешение администрировать споры в России или не депонировавшее специальные правила, стороны потенциального корпоративного спора согласовывают место арбитража за рубежом. Несмотря на то что российский государственный суд, очевидно, не приведет в исполнение решение по такому спору⁷¹, арбитры признают свою юрисдикцию на его рассмотрение, поскольку они не связаны⁷² подходом потенциального места приведения решения в исполнение к арбитрабельности споров.

Таким образом, обязанность арбитров вынести исполнимое решение не может использоваться для подрыва юрисдикции состава арбитража и не отменяет необходимости надлежащего анализа юрисдикционных вопросов. Уважая соглашение сторон о передаче споров в арбитраж, арбитры не должны отказывать в юрисдикции на рассмотрение спора лишь из-за возможной позиции государственных судов.

С практической точки зрения данный вывод разумен в том числе и потому, что далеко не каждое арбитражное решение попадает на рассмотрение государственного суда. В этой связи примечательно, что в деле *СанРезерв против Италии*, которое мы упоминали выше, стороны не обращались в государственный суд после вынесения решения. Состав арбитража вынес решение по существу спора в пользу государства-ответчика, поэтому у ответчика не было причин обращаться за его отменой. Необходимости приводить решение в исполнение у сторон также не возникло (более того, теоретически с учетом принятого в данном деле решения она могла возникнуть только у

⁶⁷ Абесадзе С. А., Андреева Т. К., Ануров В. Н. и др. *Указ.соч.* §6.1. См. также, например, *Aaron C. Berkowitz, Brett E. Berkowitz and Trevor B. Berkowitz v. Republic of Costa Rica*. ICSID Case No. UNCT/13/2. Interim Award of 30 May 2017. §225; *Malicorp Limited v. Arab Republic of Egypt*. ICSID Case No. ARB/08/18. Award of 7 February 2011. §98. См. также, например, *William Ralph Clayton, William Douglas Clayton, Daniel Clayton and Bilcon of Delaware, Inc. v. Government of Canada*, PCA Case No. 2009-04. Award on Jurisdiction and Liability of 17 March 2015. §341; *Wintershall Aktiengesellschaft v. Argentine Republic*. ICSID Case No. ARB/04/14. Award of 8 December 2008. §68.

⁶⁸ Абесадзе С. А., Андреева Т. К., Ануров В. Н. и др. *Указ.соч.* §6.1.

⁶⁹ В качестве иллюстрации такого подхода можно привести, например, дело *Баринг Восток*. Спор возник из соглашения о колл-опционе на право покупки акций ПАО КБ «Восточный» от 26 августа 2016 года, в котором содержалась арбитражная оговорка о передаче споров в арбитраж, администрируемый ЛМТС. В соответствии с п. 7 ст. 13 Федерального закона от 29 декабря 2015 года № 409-ФЗ арбитражные соглашения о передаче в арбитраж корпоративных споров, заключенные до 1 февраля 2017 года, являются неисполнимыми. Учитывая данное положение, международная компания «Финвижн Холдингс» предъявила требование обязать компанию «Эвизон Холдингс Лимитед» акции ПАО КБ «Восточный» в Арбитражный суд Амурской области. Компания «Эвизон Холдингс Лимитед» в свою очередь обратилась в ЛМТС за вынесением запрета прекратить разбирательство в российском государственном суде в нарушение арбитражного соглашения, и такой запрет был вынесен. Ефименко Е. *Все, что надо знать о деле Baring Vostok* // Право.ru. 19 июня 2019 года. URL: <https://pravo.ru/story/210162/> (дата обращения: 05.06.2023).

⁷⁰ Арбитражный процессуальный кодекс Российской Федерации от 24.07.2002 № 95-ФЗ. Ст. 225.1, ч. 3.

⁷¹ Неарбитрабельность спора является основанием, которое государственный суд может применить без заявления стороны, *ex officio*. Нью-Йоркская конвенция, ст. V(2)(a).

⁷² Разумеется, это не означает, что российские нормы не могут быть применены по иному основанию, например, по правилам о сверхимперативных нормах или путем выбора права, применимого к вопросу арбитрабельности, что является предметом отдельной дискуссии. Об этом см., например, Чупрунов И. С. *Указ.соч.* С. 338.

ответчика, которому истцы обязаны были возместить расходы на арбитраж)⁷³. В такой ситуации, даже если какая-либо из сторон обратится в государственный суд после вынесения решения, ответчик вряд ли заявит возражение о том, что у состава арбитража не было юрисдикции в свете дела *Акмеа*, и, соответственно, государственный суд будет оценивать решение состава арбитража по этому вопросу⁷⁴. Если бы состав арбитража превентивно отказал в своей юрисдикции, опасаясь, что государственный суд с оглядкой на дело *Акмеа* констатирует отсутствие юрисдикции у состава арбитража, это было бы несправедливо по отношению к сторонам, которые хотели, чтобы их спор по существу рассматривался именно в арбитраже.

2.2. Выбор применимого права

Другая распространенная на практике ситуация, в которой встречаются ссылки на обязанность арбитров вынести исполнимое решение, — это выбор применимого права по тому или иному вопросу, относящемуся к существу спора.

В большинстве правовых порядков признается, что в отличие от государственного суда, который всегда связан коллизионными нормами *lex fori*, арбитры обладают большой свободой в выборе применимого права. Несмотря на то что в России арбитры по-прежнему без должной рефлексии зачастую ссылаются на российские коллизионные нормы, даже по российскому законодательству арбитры с местом арбитража в России ими не связаны, а могут осуществлять выбор права исходя из коллизионных норм, которые они сочтут применимыми⁷⁵. Такой подход к выбору права в доктрине международного арбитража называется косвенным выбором права (франц.: *voie indirecte*)⁷⁶. Целый ряд арбитражных правил и национальных законов об арбитраже делают еще один шаг вперед и устанавливают, что арбитры в принципе не связаны коллизионными нормами, а могут сделать выбор права напрямую, исходя из всех имеющих значение обстоятельств — такой подход называется прямым выбором права (франц.: *voie directe*)⁷⁷.

Однако относится ли исполнимость арбитражного решения к обстоятельствам, ввиду которых арбитр должен выбирать применимые коллизионные нормы (при косвенном выборе права) или применимое материальное право (при прямом выборе права)? Некоторые арбитражные решения, по-видимому, предполагают положительный ответ на данный вопрос. Например, в одном из дел⁷⁸ состав арбитража счел, что правильный коллизионный анализ влечет применение только бермудского права, которое регулирует соглашения, являющиеся предметом спора. Однако в силу обязанности вынести исполнимое решение арбитры сочли необходимым при обсуждении вопросов законности и действительности этих соглашений учитывать также право Бразилии с учетом того, что место арбитража находилось в Сан-Паулу (Бразилия).

При таком подходе обязанность вынести исполнимое решение начинает действовать в арбитраже как некая квазиколлизионная норма, исключая необходимость классического выбора права. Согласно этой норме все вопросы могут в конечном счете регулироваться правом места арбитража или правом места исполнения решения, а не правом, которое согласовали стороны в договоре или которое применимо исходя из иных обстоятельств. Этот подход нельзя признать корректным: как верно отмечается в доктрине, обязанность вынести исполнимое решение не может перевешивать выбор сторонами применимого права⁷⁹. Поэтому и на практике в большинстве дел арбитры чаще

⁷³ *SunReserve Luxco Holdings SRL v. Italy*. §1043(iv–v).

⁷⁴ Возражение о недействительности арбитражного соглашения должно быть заявлено стороной и не может быть рассмотрено государственным судом *ex officio*. Нью-Йоркская конвенция, ст. V(1)(a).

⁷⁵ См. Закон РФ «О международном коммерческом арбитраже» от 07.07.1993 № 5338-1. Ст. 28, п. 2. Один из подходов к выбору коллизионных норм в рамках косвенного выбора права предполагает восприятие арбитрами коллизионных норм по месту арбитража. См., например, *Международное частное право: учебник*: в 2 т. / А. И. Абдуллин, Н. М. Артемьева, Д. В. Афанасьев и др.; под ред. С. Н. Лебедева, Е. В. Кабатовой. М.: Статут. 2011. Т. 1. Гл. 4.3. Однако скорее сегодня в международном арбитраже этот подход воспринимается как устаревший и иногда описывается как «призрак, который был загнан в могилу», но еще «бродит по земле». См.: Blessing M. *Choice of substantive law in international arbitration*. (Цит. по: Асосков А. В. *Коллизионное регулирование договорных обязательств*. М. 2012. С. 536). В любом случае с учетом требований к мотивированности арбитражных решений выбор арбитрами коллизионных норм по месту арбитража (вместо, например, кумулятивного подхода или подхода, предполагающего анализ общих коллизионных принципов) требует обоснования (а в некоторых случаях и обсуждения со сторонами). Он не должен делаться априорно.

⁷⁶ Асосков А. В. *Коллизионное регулирование...* С. 487.

⁷⁷ Об этом см., например, Дергачев А. А. *Voie directe в международном коммерческом арбитраже* // Третейский суд. 2022. № 1. С. 91–98.

⁷⁸ *LAEP Investments Ltd. v. 1. GLG Emerging Market Special Situations Fund, 2. Emerging Markets Special Situations 3 Limited*. ICC Case No. 17446/JRF/CA. Final Award of 18 March 2013. §234, 238.

⁷⁹ Born G. B. *International Arbitration: Cases and Materials (Second Edition)*. 2nd edition. 2015. P. 981.

применяют право, выбранное сторонами соглашения, независимо от того, какое влияние это окажет на исполнимость арбитражного решения, что в большей степени отвечает интересам международного арбитража⁸⁰.

Более того, свобода арбитров в выборе права не означает безграничную дискрецию, а потому обычно не позволяет обосновать необходимость учета исполнимости решения при выборе права⁸¹. При косвенном подходе к выбору права ссылка арбитров на обязанность вынести исполнимое решение в принципе некорректна, поскольку данная обязанность коллизионной нормой не является. Кроме того, даже в рамках прямого выбора права арбитры не могут игнорировать ожидания сторон относительно применимого права, связь отношений сторон с тем или иным правом (не только географическую), а также иные нормообразующие факторы, влияющие на разрешение коллизии законов⁸². Такая методология во многом соответствует так называемому унилатеральному подходу к выбору права, при котором право выбирается не на основании каких-либо заранее заданных национальными государствами коллизионных норм, а путем толкования пространственно-персональной сферы действия правовых положений всех потенциально заинтересованных правопорядков с оценкой их интереса в предмете спора, целей и методов соответствующих норм, последствий их применения⁸³.

При этом сам по себе факт, что арбитраж находится в определенном государстве, либо что арбитражное решение будет принудительно исполняться в каком-либо государстве, не свидетельствует о тесной связи материального правоотношения сторон с этими государствами или о реальном юридическом интересе соответствующих правопорядков в исходе спора. Право места арбитража в принципе ограничено вопросами арбитражной процедуры и не имеет влияния на разрешение спора по существу⁸⁴. К тому же место исполнения арбитражного решения чаще всего неизвестно заранее (и тем более оно может быть неизвестно сторонам при заключении сделки, являющейся предметом спора), в связи с чем учет права места исполнения при прямом выборе права может нарушить разумные ожидания сторон. Такой подход может также вступить в противоречие с одним из базовых политико-правовых принципов, согласно которому применимое право обычно должно быть предвидимо на момент совершения юридического факта, а не определяться *ex post* только в ходе разрешения спора (что в первую очередь актуально в договорных отношениях, которые чаще всего и передаются на рассмотрение арбитражей)⁸⁵.

В связи с этим следует считать более обоснованным мнение, согласно которому арбитры не могут полагаться на место арбитража или на место исполнения арбитражного решения при выборе применимого права, если с этим не согласны стороны (и тем более по собственной инициативе без обсуждения с последними). Исключением могут быть случаи, когда соответствующие юрисдикции имеют какую-либо иную связь со сторонами или со спором (помимо того, что в этих юрисдикциях

⁸⁰ Donovan D. F., Greenawalt A. K. A. *Op.cit.* P. 56. См. также Swiss Federal Supreme Court. *OTV v. Hilmarton*. Decision of 17 April 1990 // XIX Yearbook of Commercial Arbitration. 1994. P. 214.

⁸¹ Born G. B. *International Commercial Arbitration...* P. 2137 (о необходимости мотивировать выбор права и осуществлять его выбор предсказуемым, юридическим образом — по крайней мере в спорах, не решаемых по соглашению сторон *ex aequo et bono*).

⁸² Асосков А.В. *Коллизионное регулирование...* С. 550–551.

⁸³ Об унилатеральном подходе см., например, Асосков А.В. *Основы коллизионного права*. М., 2017. С. 24–26, 71–133. Нетрудно заметить, что выбор арбитрами применимых сверхимперативных норм права предполагает такую же методологию. Это связано с тем, что доктрина сверхимперативных норм также является проявлением унилатерализма в международном частном праве. См. *Там же*. С. 139–195. При этом унилатерализм — это не единое течение, а описание общего методологического подхода к выбору права. Унилатерализм охватывает самые разные частные методологии, многие из которых свойственны правопорядкам США — включая теории анализа правительственных интересов (доктрина, восходящая к работам Б. Кари), теории сравнения того, какой правопорядок в большей мере испытывает негативные последствия от неприменения (или применения) того или иного права (англ.: *comparative impairment*) и даже такие достаточно одиозные концепции как выбор «лучшего права» (англ.: *better law*). Все эти концепции так или иначе (хоть и в разной степени) направлены на учет одновременно ожиданий сторон и интересов правопорядков. См., например: Brilmayer L., Goldsmith J., O'Connor E. *Conflict of Laws: Cases and Materials (Seventh Edition)*. Wolters Kluwer. 2015. Chapter 3; Kramer L. *Rethinking Choice of Law* // Columbia Law Review. 1990. Vol. 90; Neylan K. M. *Bundled Systems and Better Law: Against the Leflar Method of Resolving Conflicts of Law*. 2015. Право арбитров осуществлять прямой выбор права одновременно предполагает их право выбирать конкретную методологию выбора права — но не право выбирать применимое право дискреционно, без какой-либо юридической методологии.

⁸⁴ Выбор сторонами места арбитража осуществляется с учетом таких процедурных факторов, как его нейтральность и его репутация в качестве юрисдикции, благосклонной к арбитражу, но не факторов, касающихся существа спора. См., например, Born G. B. *International Commercial Arbitration...* P. 1650; Ojedokun O., Akabuiro D. O. *The Concept of the Seat in International Arbitration: Unlocking the Judicial Challenge of Interpretation of Conflict of Laws* // Arbitration: The International Journal of Arbitration, Mediation and Dispute Management. 2022. Vol. 88. № 4. P. 655, 659–662.

⁸⁵ Об этой проблеме см., например, Borchers P. J. *An Essay on Predictability in Choice-of-Law Doctrine and Implications for a Third Conflicts Restatement* // Creighton Law Review. 2016. Vol. 49. № 3; Basedow J., Kono T (eds). *An Economic Analysis of Private International Law*. Tübingen : Mohr Siebeck. 2006; Асосков А.В. *Основы коллизионного права...*

будет принудительно исполняться решение или рассматриваться вопрос о его отмене), например, если договор сторон направлен на нарушение антимонопольного законодательства одной из этих юрисдикций в примере, рассмотренном выше. Однако эти случаи охватываются общими правилами о выборе права в международном арбитраже и доктриной применения сверхимперативных норм. Они не требуют ссылок на исполнимость арбитражного решения.

В связи с этим обязанность вынести исполнимое решение не должна влиять на выбор арбитрами применимого права, которое осуществляется по собственной юридической логике.

2.3. Осуществление юрисдикции (решение дела по существу)

Из изложенного выше также следует, что обязанность арбитров вынести исполнимое решение не имеет отношения к рассмотрению спора по существу. Международный арбитраж — это самостоятельный юрисдикционный орган, который рассматривается как полноценная альтернатива государственному правосудию и классическим международным судам⁸⁶. Стороны выбирают арбитраж и конкретных арбитров, так как хотят, чтобы их спор был по существу рассмотрен именно арбитрами исходя из их опыта, знаний и умений, а не путем предсказания реакции государственных судов. При этом, выбирая арбитраж как альтернативный способ разрешения споров, стороны ожидают, что их требования вполне могут быть рассмотрены иначе, чем в государственном суде — в ином случае они могли бы передать спор в государственный суд напрямую. Как верно отметил Я. Полсон:

Кажется порочным делать вывод о том, что <...> обязанность [арбитров] стремиться к наивысшей степени исполнимости арбитражных решений означает, что арбитры должны отклонять иски, потому что где-то, в месте, где предположительно может быть запрошено приведение в исполнение, существует, возможно, применимое правило, которое может быть истолковано таким образом, что арбитражное решение не будет признано⁸⁷.

Как и любое полномочие, юрисдикция — не только право, но и обязанность арбитров. Заклучая арбитражное соглашение, стороны *обязывают* арбитров разрешить спор *исходя из собственного толкования права арбитрами*. Если же арбитры решают спор без опоры на собственное мнение о том, как право должно применяться к тем или иным обстоятельствам, но с оглядкой на мнение государственных судов, фактически они прямо нарушают обязанность решить спор. При этом нарушение данной обязанности само по себе дает основание для отмены решения или отказа в его приведении в исполнение по процессуальным основаниям — речь идет о так называемом негативном выходе арбитров за пределы своих полномочий (англ.: *negative excess of competence*) путем их неосуществления⁸⁸. Примером могут быть дела, когда арбитражные решения вполне обоснованно отменялись в связи с тем, что арбитры отказались рассматривать по существу вопросы, подпадающие под арбитражную оговорку, посчитав, что они входят в компетенцию другого органа⁸⁹.

По этой причине, например, не является аргументом для отклонения требований истца о присуждении судебной неустойки (астрента) на случай неисполнения немонетарного арбитражного

⁸⁶ Этот тезис вряд ли способен вызвать разногласия на уровне международного правосудия, но иногда подвергается сомнению в российской доктрине применительно к коммерческому арбитражу. Об этом см. также Косцов В.Н. *Арбитрабельность споров и полномочия арбитров: соотношение материального и процессуального права* // Вестник экономического правосудия. 2023. № 6. С. 86–113.

⁸⁷ Paulsson J. *Arbitration in three dimensions* // International & Comparative Law Quarterly. Vol. 60. 2011. № 2. P. 302.

⁸⁸ Нарушение правил о юрисдикции состава арбитража имеет место не только когда арбитры выносят решение по существу при отсутствии юрисдикции по спору, но и когда они не осуществляют свою юрисдикцию (то есть не рассматривают тот или иной вопрос по существу), несмотря на наличие арбитражного соглашения, в предмет которого входит соответствующий вопрос. См., например, *Compañía de Aguas del Aconquija S.A. and Vivendi Universal S.A. v. Argentine Republic (Vivendi I)*. ICSID Case No. ARB/97/3. Decision on Annulment of 3 July 2002. §72, 86; *Blusun S.A., Jean-Pierre Lecorcier and Michael Stein v. Italian Republic*. ICSID Case No. ARB/14/3. Decision on Annulment of 13 April 2020. §282–286; Timmer L. *Manifest Excess of Powers as a Ground for the Annulment of ICSID Awards* // Journal of World Investment and Trade. 2013. Vol. 14. № 5. P. 775. Такая же логика применима в коммерческом арбитраже. См., например, Draetta U., Luzzatto R. *The Chamber of Arbitration of Milan Rules: A Commentary*. 2012. P. 525–527.

⁸⁹ *Vivendi v. Argentina (I) Compañía de Aguas del Aconquija S.A. (formerly Aguas del Aconquija) and Vivendi Universal S.A. (formerly Compagnie Générale des Eaux) v. Argentine Republic (I)*. ICSID Case No. ARB/97/3. Decision on Annulment of 3 July 2002. §76. Аналогичный подход может быть применен и в случае приостановления производства по арбитражному делу до рассмотрения тех или иных вопросов другим органом, если основанием для приостановления будет вывод о том, что арбитры будут связаны выводами другого юрисдикционного органа в нарушение арбитражной оговорки. См., например, *SGS Société Générale de Surveillance S.A. v. Republic of the Philippines*. ICSID Case No. ARB/02/6. Decision of the Tribunal on Objections to Jurisdiction of 29 January 2004 (приостановление производства до разрешения государственным судом вопросов, касающихся договорных отношений сторон; однако документ не был предметом оспаривания ввиду заключения мирового соглашения).

решения тот факт, что государство места исполнения решения считает астрент карательной мерой ответственности, противоречащей национальному публичному порядку⁹⁰. Если арбитры, исходя из собственного анализа норм применимого материального права и анализа своих процессуальных полномочий по праву места арбитража с учетом положений арбитражного соглашения, сочтут, что у них есть основание вынести решение, снабженное астрентом, его неисполнимость в одной из юрисдикций не имеет правового значения. Это справедливо при условии, что истец принимает на себя соответствующий риск и арбитры не придут к выводу, что нормы данного правопорядка подлежат применению по уже описанным выше правилам о применении в арбитраже сверхимперативных норм третьих стран.

Исполнимость решения, следовательно, в принципе не является соображением, имеющим значение при рассмотрении спора по существу. Вынесение арбитрами решения с некритической опорой на то, как решили бы аналогичные дела государственные суды, может само по себе влечь отмену решения или его непризнание в других юрисдикциях, поскольку оно может рассматриваться как отказ арбитров от осуществления собственной юрисдикции для рассмотрения спора⁹¹.

Немаловажно также то, что даже в случаях, когда на первый взгляд нет сомнений в том, что решение будет точно отменено, в конечном счете оно может оказаться исполненным. Именно такая ситуация, вероятно, имела место в рассмотренном выше деле *Салини против Эфиопии*: несмотря на то, что арбитры вынесли решение по делу в нарушение прямого запрета государственных судов на проведение арбитража, сведений о его отмене или неисполнении в публичном доступе не имеется⁹². По-видимому, решение было исполнено добровольно. В схожей ситуации в деле *Балкан Энерджи против Ганы* решение со временем было успешно исполнено в другой юрисдикции⁹³.

Таким образом, обязанность арбитров вынести исполнимое решение не влияет на вопросы установления арбитрами юрисдикции, выбора применимого права, а также разрешения спора по существу.

3. Реальные пределы обязанности вынести исполнимое решение

3.1. Материальные пределы обязанности

Обязанность вынести исполнимое решение, если считать, что она существует, имеет довольно узкую сферу применения. Первое важное ограничение заключается в том, что обязанность вынести исполнимое решение сводится к приложению усилий, а не к достижению результата⁹⁴. Соответственно, арбитр, рассматривающий спор, должен добросовестно предпринять все разумные шаги, нацеленные на вынесение исполнимого решения, но не будет отвечать за то, что его решение в итоге не было приведено в исполнение⁹⁵.

Данный подход представляется разумным ввиду того, что стопроцентную исполнимость решения не может гарантировать никто. Несмотря на то что Нью-Йоркская конвенция содержит закрытый перечень оснований для отказа в признании и приведении решений в исполнение⁹⁶, государственные суды могут истолковать эти положения неожиданным образом, противоречащим международным

⁹⁰ Астрент нередко считается несовместимым с полномочиями арбитров, в том числе по соображениям его совместимости с национальными системами компенсационной ответственности. См., например, *Gater Assets Ltd v Naftogaz Ukrainy*, [2008] EWCH 1108, (Comm) para 27 цит по Гальперин М. Л. *Транснациональное исполнительное производство: взгляд в будущее* // Закон. 2012. Об этой дискуссии в контексте международного гражданского процесса и арбитража см. также Косцов В. Н. *Правовая природа способов правовой защиты через призму международного гражданского процесса* // Вестник гражданского процесса. 2021. Т. 11. № 4. С. 179–228.

⁹¹ См., например, *UEG Araucária Ltda. v. 1. Companhia Paranaense de Energia (COPEL) 2. COPEL GENCO S.A.* ICC Case No. 12656/KGA. Partial Award on Jurisdiction of 6 December 2004. §169.

⁹² См., например, Карточка дела *Salini Costruttori S.P.A v. Ethiopia* в Jus Mundi. URL: <https://jusmundi.com/en/document/decision/en-salini-costruttori-s-p-a-v-the-federal-democratic-republic-of-ethiopia-addis-ababa-water-and-sewerage-authority-award-friday-7th-december-2001> (дата обращения: 06.06.2023).

⁹³ United States District Court for the District of Columbia. *Balkan Energy Limited et al. v. Republic of Ghana*. Case No. 17-cv-00584. Order of 17 July 2018.

⁹⁴ Это, в частности, следует из положений арбитражных регламентов, которые закрепляют обязанность арбитра вынести исполнимое решение. См. также Sabater A., Rezende L. *An Arbitrator's Obligation to Use Reasonable Efforts to Issue an Enforceable Award and Its Interaction with the New York Convention* // Gomez K. F., Lopez-Rodriguez A. M. (eds) *60 Years of the New York Convention: Key Issues and Future Challenges*. Kluwer Law International. 2019. P. 21.

⁹⁵ Lozada F. P. *Duty to Render Enforceable Awards: the Specific Case of Impartiality* // Spain Arbitration Review. Vol. 2016. Issue 27. 2016. P. 73; Platte M. *Op.cit.* P. 311; Blanke G. *The Arbitration Agreement and Arbitrability — EC Competition Law Claims in International Arbitration* // Christian Klausegger, Peter Klein, et al. (eds). *Austrian Arbitration Yearbook*. 2009. P. 38.

⁹⁶ Нью-Йоркская конвенция, ст. V(2)(a); *UNCITRAL Secretariat Guide on the Convention on the Recognition and Enforcement of Foreign Arbitral Awards (New York, 1958)*. 2016. P. 126.

подходам. В частности, одним из оснований для отказа в признании и приведении решения в исполнение выступает противоречие решения публичному порядку государства места исполнения. Термин «публичный порядок» считается каучуковым. Его толкование находится во власти государственного суда⁹⁷, который может не привести решение в исполнение, даже если это будет противоречить национальным концепциям, о которых арбитр может и не знать⁹⁸. Напротив, даже если практика государственных судов отличается консервативностью на момент вынесения арбитражного решения, она вполне может поменяться в благоприятную для арбитража сторону впоследствии. При этом риск отмены или непризнания арбитражного решения в той или иной мере существует всегда. Соответственно, возлагать на арбитров обязанность с точностью предсказывать линию поведения государственного суда невозможно, особенно учитывая, что для составления подобного рода прогнозов у арбитров нет даже минимально надежных инструментов, поскольку они не входят в судебную систему соответствующей страны.

Второе ограничение сферы применения обязанности вынести исполнимое решение заключается в том, что эта обязанность должна касаться процессуальных вопросов, возникающих при разрешении спора, и, как отмечалось выше, не должна затрагивать рассмотрение арбитрами спора по существу. По этой причине вывод некоторых авторов о том, что обязанность вынести исполнимое решение предполагает точное и правильное применение материального права⁹⁹, неверен. На стадии отмены решения или признания и приведения его в исполнение государственные суды в принципе должны воздерживаться от оценки точности и корректности выводов арбитров по существу¹⁰⁰. Именно поэтому основания для отмены решения или отказа в признании и приведении его в исполнение сформулированы достаточно узко и касаются преимущественно процессуальных аспектов. Вопросы материального права могут иметь значение только при оценке соответствия решения «публичному порядку»¹⁰¹, однако возлагать на арбитров обязанность предсказывать, что именно государственный суд может расценить как нарушение публичного порядка, нельзя.

Обязанность вынести исполнимое решение также не следует понимать слишком буквально. Некоторые авторы считают, что во исполнение этой обязанности арбитры должны участвовать в процессе отмены арбитражного решения или приведения решения в исполнение, например, давать пояснения в судебном процессе, если они были привлечены в дело¹⁰², или даже в отдельных случаях разъяснять соответствующим государственным органам важность приведения в исполнение по своей инициативе¹⁰³. Однако данная позиция также не является обоснованной, поскольку в силу доктрины *functus officio* юрисдикция арбитра по общему правилу действует только до вынесения арбитражного решения¹⁰⁴, а в мандат арбитра вряд ли входит помощь сторонам с исполнением решения путем получения экзекватуры.

Какие же разумные шаги должен предпринять арбитр, чтобы вынести исполнимое решение? Очевидно, что для вынесения исполнимого решения арбитр в первую очередь должен четко

⁹⁷ Ferrari F., Rosenfeld F. J. (eds). *Autonomous Versus Domestic Concepts under the New York Convention* // International Arbitration Law Library. Vol. 61. Kluwer Law International. 2021. P. 321–322.

⁹⁸ В то же время с точки зрения толкования Нью-Йоркской конвенции имеется достаточно обоснованное мнение, что государства должны использовать международный публичный порядок в целях применения ее статьи V. См., например: *UNCITRAL Secretariat Guide...* P. 243. Существует и авторитетное мнение, что Нью-Йоркская конвенция не обязывает государства вводить разделение между внутренним и международным публичным порядком, ввиду чего они вправе применять единую концепцию публичного порядка. См., например: Wolff R. *New York Convention: convention on the recognition and enforcement of foreign arbitral awards of June 1958; article-by-article commentary*. Munich, 2019. P. 423. В то же время международный публичный порядок, даже если эта концепция воспринята государством — в любом случае не то же самое, что транснациональный публичный порядок. Международный публичный порядок все равно представляет собой национальный публичный порядок конкретной юрисдикции, но только в той его части, которая настолько важна для этой юрисдикции, чтобы применяться не только во внутренних отношениях, но и в международном контексте. Об этом см. также: Асосков А.В. *Нарушение публичного порядка как основание для отказа в принудительном исполнении решений международных коммерческих арбитражей, принятых на территории Российской Федерации* // Закон. 2018. № 9. С. 134–142; де Варей-Сомьер П., Гетьман-Павлова И. В. *Международный и внутренний публичный порядок при признании и исполнении иностранных арбитражных решений (правоприменительный опыт Франции и России)* // Право. Журнал Высшей школы экономики. 2014. № 1. С. 140–168.

⁹⁹ Horvath G. J. *The Duty of the Tribunal to Render an Enforceable Award* // Journal of International Arbitration. 2001. Vol. 18. № 2. P. 146; Lozada F. P. *Op.cit.* P. 81.

¹⁰⁰ Fouchard P., Gaillard E., Goldman B. *Op.cit.* §1693; Blackaby N., Partasides C., et al. *Op.cit.* §11.55.

¹⁰¹ *UNCITRAL Secretariat Guide...* P. 248.

¹⁰² Clay T. *The Role of the Arbitrator in the Execution of the Award* // ICC Bulletin. 2009. Vol. 20(1). P. 47.

¹⁰³ Bedjaoui M. *The Arbitrator: One Man-Three Roles: Some Independent Comments on the Ethical and Legal Obligations of an Arbitrator* // Journal of International Arbitration. 1988. Vol. 5. № 1. P. 19.

¹⁰⁴ Born G. B. *International Commercial Arbitration...* P. 3148. См. также Типовой закон ЮНСИТРАЛ о международном коммерческом арбитраже (1985 год, с изменениями, принятыми в 2006 году). Ст. 32(3); Закон РФ «О международном коммерческом арбитраже» от 07.07.1993 № 5338-1. Ст. 32, п. 3.

следовать согласованной сторонами процедуре арбитражного разбирательства, а также положениям закона, регулирующего процедуру арбитражного разбирательства по месту арбитража (*lex arbitri*), которые восполняют пробелы в соглашении сторон¹⁰⁵. Несоблюдение соглашения сторон или применимого процессуального права является отдельным основанием для отмены арбитражного решения или для отказа в признании и приведении его в исполнение¹⁰⁶.

Арбитр также должен сосредоточиться на своих базовых обязанностях, то есть определить наличие или отсутствие юрисдикции на рассмотрение спора и, если юрисдикция имеется, разрешить спор между сторонами. Арбитр также обязан соблюдать фундаментальные процессуальные принципы (англ.: *due process*), которые, скорее всего, нашли отражение в применимом арбитражном законе, в том числе оставаться независимым и беспристрастным на протяжении всего рассмотрения спора, обеспечить равное отношение к сторонам и дать возможность обеим сторонам спора представить свою позицию¹⁰⁷.

При разрешении процессуальных вопросов арбитра следует руководствоваться не только текстом национального закона об арбитраже, но и учитывать то, как он толкуется государственными судами в этой стране¹⁰⁸. Многие национальные законы, регулирующие арбитраж, практически идентичны друг другу с точки зрения текста (например, основанные на Типовом законе ЮНСИТРАЛ о международном коммерческом арбитраже), но могут иметь различное наполнение с точки зрения практики их применения. Поэтому, выбирая место арбитража, стороны могут ожидать, что положения соответствующего законодательства будут применяться с учетом тех особенностей, которые сложились в судебной практике юрисдикции, являющейся местом арбитража. Например, Франция известна своим благосклонным подходом к арбитражу, и потому некоторые положения национального закона об арбитраже Франции могут толковаться отлично, например, от схожих положений аналогичного закона КНР.

Однако это, конечно, не означает, что арбитры должны разрешать спорные вопросы исключительно ориентируясь на толкование государственного суда¹⁰⁹. В арбитраже также может быть применим принцип «суд знает право» (*jura novit curia*), в силу которого арбитры могут самостоятельно разрешать любые возникающие в деле правовые вопросы¹¹⁰. Поэтому если арбитр сочтет подход государственного суда к какому-либо вопросу неверным, он не обязан ему следовать¹¹¹. Нельзя, например, исключать, что государственный суд на этапе отмены арбитражного решения или приведения его в исполнение сам пересмотрит свое предыдущее решение. При этом арбитрам следует выносить любой спорный вопрос на обсуждение сторон во избежание так называемого «неожиданного решения»¹¹², которое послужит отдельным основанием для его отмены или отказа в признании и приведении в исполнение¹¹³.

Из сказанного выше следует, что нормативное значение обязанности вынести исполнимое решение в действительности несущественно. Данная обязанность, скорее, должна служить ориентиром для арбитров в случаях, когда какие-либо процессуальные вопросы прямо не разрешены в соглашении сторон (в том числе в выбранном арбитражном регламенте)¹¹⁴ и, например, может выступать источником подразумеваемых полномочий арбитра по ведению арбитражного процесса¹¹⁵. Яркой иллюстрацией такого действия обязанности вынести исполнимое решение служит решение по делу *Хрватска Электропривреда против Словении*, в котором перед арбитром встал неурегулированный в применимых правовых источниках вопрос о полномочии исключить представителя стороны, включенного в команду, представляющую ответчика, на поздней стадии арбитражного разбирательства, вследствие его конфликта интересов с одним из арбитров. Состав

¹⁰⁵ Platte M. *Op.cit.* P. 311–312.

¹⁰⁶ Нью-Йоркская конвенция, ст. V(2)(d).

¹⁰⁷ См., например, Waincymer J. *Op.cit.* P. 420–421.

¹⁰⁸ *Salini Costruttori S.P.A v. Ethiopia*. §140.

¹⁰⁹ *Ibid.* §142.

¹¹⁰ Franco F., Cordero-Moss G. (eds). *Jura novit curia in international arbitration*. Juris. 2018. P. 480.

¹¹¹ См., например, Turner P. J., Mohtashami R. *Op.cit.* §9.51.

¹¹² Abdel Wahab M. S. *Jura Novit Arbiter in International Commercial Arbitration: The Known Unknown // Festschrift Ahmed Sadek El-Kosheri / ed. by N. G. Ziadé Kluwer Law International*. 2015. P. 19–20.

¹¹³ Born G. B. *International Commercial Arbitration...* P. 3866–3877.

¹¹⁴ На такую роль прямо указывают положения арбитражных регламентов, которые упоминают обязанность вынести исполнимое решение. См. также Schwartz E., Derains Y. *Guide to the ICC Rules of Arbitration (Second Edition)*. 2nd edition. Kluwer Law International. 2005. P. 385–386.

¹¹⁵ International Law Association. *Annex to Resolution No. 4/2016: Inherent and Implied Powers of International Arbitral Tribunals: Recommendations*. 2016. §7(c).

арбитража, руководствуясь своей обязанностью приложить все усилия для того, чтобы на арбитражное решение не повлияли какие-либо «процессуальные несовершенства», а также необходимостью разрешения спора беспристрастным составом арбитража¹¹⁶, принял решение исключить представителя из дела.

Таким образом, обязанность вынести исполнимое решение является обязанностью арбитров по приложению усилий и должна применяться лишь по вопросам арбитражной процедуры для восполнения пробелов в соглашении сторон.

3.2. Пространственные пределы обязанности вынести исполнимое решение

Определив, что следует понимать под обязанностью вынести исполнимое решение в материальном смысле (то есть с точки зрения ее содержания), более подробно обсудим, на какой правопорядок должны ориентироваться арбитры при ее реализации. Например, об исполнимости в каких правопорядках следует заботиться арбитрам, восполняющим пробел, выявленный в источниках, регулирующих арбитражную процедуру?

Некоторые авторы предлагают в принципе уклониться от выбора конкретного правопорядка и проверять исполнимость арбитражного решения только в абстрактном смысле, то есть исходя из общепризнанных требований к арбитражному решению на международном уровне (об исполнимости в абстрактном смысле см. раздел 1.1 выше). Обычно под такими требованиями понимаются наиболее общие правила Нью-Йоркской конвенции и Типового закона ЮНСИТРАЛ (который, как считается, отражает широко воспринятые национальными правопорядками принципы в области арбитража)¹¹⁷.

Хотя такой подход элегантен в теории, его трудно реализовать на практике. Нью-Йоркская конвенция практически не содержит субстантивных правил, которые можно было бы применить автономно от национального права для обеспечения исполнимости решения. По большинству вопросов Нью-Йоркская конвенция предполагает применение того или иного национального права¹¹⁸. Типовой закон ЮНСИТРАЛ также содержит рамочное регулирование, оставляя национальным судам существенное пространство для толкования¹¹⁹. К тому же акцент на сугубо международных, а не национальных требованиях к арбитражному решению во многом предполагал бы принятие концепции делокализации арбитража¹²⁰ в ее радикальном прочтении, что может быть не вполне оправданно¹²¹.

В связи с этим вряд ли возможно сделать вывод о том, что при оценке исполнимости решения арбитры должны руководствоваться исключительно международными принципами. Безусловно, международные подходы могут учитываться арбитрами, которые, например, вправе руководствоваться транснациональными принципами организации процесса, принимая во внимание их свободу в определении вопросов процедуры. В то же время из этого не следует вывод о том, что арбитры должны игнорировать связь арбитража с конкретными национальными правопорядками. В большинстве случаев это вряд ли бы соответствовало и ожиданиям самих сторон.

Регулирование каких национальных правопорядков может быть актуально в свете обязанности вынести исполнимое решение? По общему правилу обязанность арбитров принимать разумные усилия для обеспечения исполнимости решения ограничена местом арбитража, что признается как на

¹¹⁶ *Hrvatska Elektroprivreda d.d. v. Republic of Slovenia*. ICSID Case No. ARB/05/24. of 6 May 2008. §15, 30.

¹¹⁷ См., например, Choong J., Mangan M., et al. *Op.cit.* P. 306.

¹¹⁸ Например, в части действительности арбитражного соглашения статья V Нью-Йоркской конвенции отсылает к праву, регулирующему арбитражное соглашение, в части правоспособности — к праву, применимому к лицу, чья правоспособность определяется, в части вступления решения в силу и соблюдения процедуры арбитража — к праву места арбитража (*lex arbitri*) и т. п.

¹¹⁹ Например, государства вправе самостоятельно определить содержание категории публичного порядка для целей отмены арбитражных решений по статье 34 Типового закона ЮНСИТРАЛ.

¹²⁰ Эта теория предполагает, что арбитражное решение — явление международное, а не часть какого-либо конкретного национального правопорядка (включая место арбитража). Об этом см., например, Плеханов В. В., Усоскин С. В. *Указ. соч.*

¹²¹ На текущий момент трудно поддержать какие-либо радикальные взгляды на природу арбитража. Доктринальные дискуссии, «по-видимому, в целом разрешены» в пользу сбалансированной «гибридной теории, [согласно которой] третейские суды хоть и не являются частью какой-либо национальной юрисдикции, но все же зависят от национального права». При этом «хотя арбитраж не может существовать без воли сторон, источником полномочий арбитров является также закон об арбитраже, принятый в месте арбитража». Wainsymer J. *Op.cit.* P. 13. Российская доктрина также исходит из того, что, помимо воли сторон, «правовая сила арбитражного соглашения следует из волеизъявления государства, допускающего несудебный порядок разрешения споров, и из международных соглашений, которые государства заключают для обеспечения реализации указанного несудебного порядка». Вилкова Н. Г. Актуальные вопросы правового регулирования арбитражного соглашения в Российской Федерации // *Международный коммерческий арбитраж и вопросы частного права: сборник статей / Е. Н. Абрамова, Н. Г. Вилкова, И. П. Грешников и др.; отв. ред. И.П. Грешников. 2-е изд., перераб. и доп. М.: Статут, 2019. В связи с этим, хотя международное измерение у арбитража действительно существует, это не означает его полную эмансипацию от права места арбитража.*

уровне доктрины¹²², так и на уровне арбитражных правил, которые прямо предусматривают такую обязанность¹²³. И это логично: арбитры не могут предвидеть, где именно будет исполняться решение, учитывая, что место нахождения активов с течением времени может меняться. Кроме того, в целом ряде споров круг потенциальных юрисдикций, где может запрашиваться исполнение решения по Нью-Йоркской конвенции, неопределенно велик — а их требования могут противоречить друг другу. Поэтому арбитражу нужно одно место, регулирование которого будет применимо напрямую — это место арбитража. Именно процедурные требования места арбитража и подлежат учету в рамках обязанности арбитров вынести исполнимое решение¹²⁴ по тем вопросам, к которым она применима (см. раздел 3.1 выше).

Иные юрисдикции не имеют прямого отношения к делу, особенно учитывая, что риск отказа в исполнении в одной юрисдикции вовсе не означает, что у ответчика не будут выявлены (или не появятся впоследствии) активы в другой стране, которая будет более склонна признать арбитражное решение. Считать, что юрисдикция места исполнения может быть определена заранее (например, со ссылкой на то, где зарегистрирована компания) — довольно распространенная ошибка. Нередко даже сам истец не знает, где в итоге будут обнаружены активы ответчика, которые могут быть самыми разными по природе (права требования, доли в дочерних организациях и т. п.). Поиск активов — довольно сложная задача, и далеко не каждый истец решает ее заранее (тем более нельзя сказать, что у истца есть такая обязанность к моменту обращения в арбитраж). Она является сугубо практической и не должна влиять на процедуру арбитража, который, согласно традиционным воззрениям, имеет некоторую процессуальную привязку только к праву места арбитража, но не к другим правовым порядкам.

В то же время ограничение обязанности арбитров только местом арбитража не стоит понимать чрезмерно императивно¹²⁵. Поскольку нормативным источником этой обязанности является воля самих сторон, они могут договориться о необходимости учесть требования какой-либо иной юрисдикции. Эта договоренность может быть установлена арбитрами и подразумеваемым образом, исходя из обстоятельств дела, имевших место при заключении арбитражного соглашения, — например, если обеим сторонам было очевидно, что решение, наиболее вероятно, будет приводиться в исполнение в конкретной юрисдикции¹²⁶. Кроме того, если стороны «указывают арбитрам на конкретную юрисдикцию», где будет приводиться в исполнение решение, то у арбитров может возникнуть обязанность предпринять усилия для обеспечения исполнимости решения и в этой юрисдикции¹²⁷.

3.3. Процессуальная исполнимость решения

Внимательный читатель мог заметить, что при обсуждении обязанности вынести исполнимое решение до сих пор затрагивался лишь риск отмены решения или риск отказа в его признании и приведении в исполнение в порядке Нью-Йоркской конвенции. Именно такое понимание обязанности арбитров вынести исполнимое решение, которое сводится к обеспечению юридической действительности решения (в широком смысле слова), является классическим для доктрины и практики международного арбитража¹²⁸. Однако оно расходится с тем, как принцип исполнимости решений нередко понимается в национальном процессуальном праве, особенно в российской процессуальной

¹²² См., например, Karrer P. *Must an Arbitral Tribunal Really Ensure that its Award is Enforceable? // Global Reflections on International Law, Commerce and Dispute Resolution. Liber Amicorum Briner*. ICC Publishing. 2005. P. 429. Цит. по: Tschani R. *Specific Issues in Different Types of Contractual Relations: Corporate Disputes // Performance as a remedy: non-monetary relief in international arbitration*. ASA special series. No. 30. 2011. P. 220.

¹²³ См., например, *LCIA Arbitration Rules. 2020. Art. 32.2*. URL: https://www.lcia.org/Dispute_Resolution_Services/lcia-arbitration-rules-2020.aspx (дата обращения: 04.06.2023). Даже арбитражные регламенты, в которых нет прямой отсылки к месту арбитража, зачастую следует толковать именно таким образом, что соотносится с доминирующим взглядом, согласно которому арбитражное решение черпает свою юридическую силу в том числе из правового порядка места арбитража. См., например, Вилкова Н. Г. Указ. соч. В связи с этим отсылка в арбитражных регламентах к «юридически исполнимому решению» должна по общему правилу толковаться как отсылка к исполнимости по месту арбитража.

¹²⁴ См., например, Platte M. *Op.cit.* P. 312; Blanke G. *Op.cit.* P. 37; LCIA Arbitration Rules. 2020. Art. 32.2.

¹²⁵ Platte M. *Op.cit.* P. 307–313.

¹²⁶ Alessi D. *Enforcing Arbitrator's Obligations: Rethinking International Commercial Arbitrators' Liability // Journal of International Arbitration*. 2014. Vol. 31. № 6. P. 766.

¹²⁷ *Ibid.* См. также Redfern A., Hunter M. *Law and Practice of International Commercial Arbitration*. Sweet & Maxwell. 1999. P. 363; Blanke G. *Op.cit.* P. 37.

¹²⁸ См., например, Schneider M. *Non-Monetary Relief in International Arbitration: Principles and Arbitration Practice // Performance as a Remedy: non-monetary relief in international arbitration*. ASA special series. No. 30. New York. 2011. P. 5; Lozada F. P. *Op.cit.* P. 71; Platte M. *Op.cit.* P. 312; *Salini Costruttori S.P.A v. Ethiopia*. §140.

науке. В национальном контексте под исполнимостью обычно понимается не риск отмены решения вышестоящим судом, но практическая реализуемость решения в исполнительном производстве¹²⁹.

Как правило, этот вопрос актуален в контексте немонетарных способов правовой защиты, таких как иски о понуждении к исполнению в натуре. При обсуждении таких правовых инструментов нередко учитываются процессуальные издержки, связанные с понуждением ответчика к тому или иному поведению, в сравнении с интересами истца в получении данного способа правовой защиты¹³⁰. Например, статья 7.2.2 Принципов УНИДРУА устанавливает, что в иске об исполнении в натуре должно быть отказано, если «принудительное исполнение является неразумно обременительным или дорогостоящим», что также можно считать проявлением процессуального принципа исполнимости судебных актов.

Однако фактически доктрина и практика международного арбитража игнорируют исполнимость арбитражного решения в процессуальном смысле (в смысле исполнительного производства и затрат на него), несмотря на свойственное арбитражу внимание к исполнимости применительно к рискам отмены арбитражного решения или отказа в его признании и исполнении. Существует устоявшееся мнение о том, что «арбитрам следует заботиться только об определении прав и обязанностей сторон, но не следует думать об эффективности их решений» с точки зрения их процессуальной исполнимости¹³¹. Такой подход вряд ли заслуживает поддержки. Арбитраж не имеет собственного аппарата принуждения, а полагается в вопросах принудительного исполнения на национальные системы исполнительного производства, которые не всегда рассчитаны, например, на широкое исполнение немонетарных решений. Поэтому нельзя утверждать, что арбитров в принципе не должно волновать то, будет ли исполнение решения чрезмерно обременительным для национальных правопорядков¹³².

Сложности с исполнением немонетарных арбитражных решений (как, например, в деле *Грейсон-Робинсон против Ирис*, где арбитры вынесли решение о понуждении ответчика к исполнению обязательства по строительству дорогостоящего здания в натуре¹³³) даже позволили ряду авторов ставить вопрос о том, что к таким решениям в принципе не должна применяться Нью-Йоркская конвенция¹³⁴. Этот подход представляется неоправданно максималистским: скорее следует говорить о том, что арбитрам надлежит уважительно относиться к интересам национальных правопорядков и проводить «взвешивание» интересов истца в получении такого способа защиты и возможных общественных затрат на его реализацию. Руководствуясь подобной логикой, арбитры в решении по делу *СиЭмЭс против Аргентины* указали, что «решение состава арбитража о том, что ответчик должен вернуться к правовому режиму, действовавшему до принятия им чрезвычайных мер, было бы абсолютно нереалистичным»¹³⁵.

Однако, по сути, и здесь речь не идет об обязанности вынести исполнимое решение в юридическом смысле. Для учета интереса правопорядков в процессуальной исполнимости решения должны применяться другие юридические концепции, включая уже описанную методологию применения в арбитраже сверхимперативных норм третьих стран¹³⁶.

¹²⁹ См., например, Гальперин М. Л. *Невозможность исполнения требования исполнительного документа в неизменном виде: проблема процессуального или материального права?* // Закон. 2017. № 7. С. 27–40; Никифорул Е. О. *Исполнимость как требование к судебным актам* // Исполнительное право. 2013. № 1. С. 40–42.

¹³⁰ Гальперин М.Л. *Невозможность исполнения требования*...С. 61.

¹³¹ См. Mourre A. *Judicial Penalties and Specific Performance* // *International Arbitration in Performance as a remedy: non-monetary relief in international arbitration*. ASA special series. № 30. 2011. P. 368.

¹³² В отличие от исполнимости как риска отмены решения, здесь речь идет не столько о риске истца, сколько о риске для правопорядков, исполняющих третейское решение. В связи с этим сам по себе тот факт, что истец принимает на себя риск неисполнимости третейского акта в процессуальном смысле, не может быть безусловным аргументом для вынесения арбитрами немонетарного решения.

¹³³ *Grayson-Robinson Stores, Inc. v. Iris Constr. Corp.*, 168 NE 2d 377 (NY 1960).

¹³⁴ Elder T. *Case Against Arbitral Awards of Specific Performance in Transnational Commercial Disputes* // *Arbitration International*. 1997. Vol. 13. P. 28.

¹³⁵ *CMS Gas Transmission Company v. The Republic of Argentina*. ICSID Case No. ARB/01/8. Award of 12 May 2005. §406–408.

¹³⁶ Даже в том случае, когда применимое к существу спора договорное право допускает иск об исполнении в натуре, арбитры могут счесть, что ограничения данного иска, свойственные юрисдикции, где предполагается исполнение судебного акта (если это возможно установить с учетом обстоятельств дела), применимы независимо от материального права, если они направлены на защиту данной юрисдикции от непропорциональных общественных издержек, связанных с исполнительным производством по немонетарным решениям. Другим вариантом аргументации (особенно если точное место исполнения определить невозможно) может быть применение арбитрами норм права места арбитража или транснациональных норм, ограничивающих доступность немонетарных способов правовой защиты, включая норму, кодифицированную в статье 7.2.2 Принципов УНИДРУА, которая предполагает взвешивание интересов истца в немонетарном решении и сложностей, связанных с его реализацией. См. Косцов В. Н. *Правовая природа способов правовой защиты*... С. 179–228. В международном публичном праве основанием для такого взвешивания также может выступать быть норма обычного

Выводы

Как показал проведенный анализ, обязанность арбитров вынести исполнимое решение на практике постепенно становится «черной дырой» международного арбитража: арбитры и стороны зачастую подменяют анализ более тонких юридических концепций, включая правила о сверхимперативных нормах, о выборе применимого права и установлении его содержания, об установлении юрисдикции (принцип *Kompetenz-Kompetenz*), ссылаясь на обязанность вынести исполнимое решение и своими догадками относительно того, будет ли решение приведено в исполнение в той или иной юрисдикции. Такой подход способен лишить смысла сам институт международного арбитража, который неизбежно предполагает возможность существенных отличий между разрешением споров в государственном суде и в международном арбитраже даже в случае, когда к отношениям сторон применимо то же самое материальное право.

Во многом ситуация с обязанностью вынести исполнимое решение напоминает дискуссию о существовании в международном публичном праве доктрины «чистых рук» (англ.: *clean hands*), согласно которой заявитель не может обращаться за международной защитой, если он сам был вовлечен в неправомерное поведение¹³⁷. В действительности в международном праве уже есть целый ряд доктрин, которые более тонким и предсказуемым образом разрешают те же самые проблемы, что и доктрина «чистых рук»: принцип *exceptio non adimpleti contractus* (возражение о неисполненном договоре), позволяющий контрагенту приостановить свое исполнение в случае нарушения договора другой стороной¹³⁸, правила об усугублении вреда (англ.: *contributory fault*), позволяющие снизить размер ответственности, если противоправное поведение другой стороны повлияло на последствия нарушения¹³⁹, правила о контрмерах, которые исключают квалификацию поведения ответчика в качестве противоправного деяния¹⁴⁰ и др.¹⁴¹. Однако дискуссия вокруг доктрины «чистых рук» не утихает, поскольку велик соблазн найти более простое и грубое решение тем проблемам, на которые призваны реагировать более нюансированные юридические концепции.

Склонность юристов подменять более тонкий юридический анализ ссылками на исполнимость решения в контексте международного арбитража также вполне объяснима человеческой психологией. Но с соблазном найти простые решения сложным юридическим проблемам следует бороться — в первую очередь путем правильного понимания пределов применения обязанности арбитров вынести исполнимое решение. Вместо ее сугубо лингвистического толкования следует ориентироваться на то, что эта обязанность не должна подменять собой другие институты и не может вступать в противоречие с базовыми обязанностями арбитров по установлению и осуществлению собственной юрисдикции, выбору применимого права, толкованию норм применимого права и разрешению спора согласно внутреннему убеждению и с учетом доводов сторон, а не с оглядкой на мнение государственных судов.

права, кодифицированная в статье 35 Статей об ответственности государств, которая требует пропорциональности применяемого способа правовой защиты последствиям нарушения. *Occidental Petroleum Corporation and Occidental Exploration and Production Company v. Ecuador*. ICSID Case No ARB/06/11. Decision on Provisional Measures of 17 August 2007. §80.

¹³⁷ См., например, Dumberry P. *The Clean Hands Doctrine as a General Principle of International Law* // *The Journal of World Investment & Trade*. 2020. Vol. 21. № 4. P. 489–527; Усоскин С. В. *Соглашения о поощрении и защите инвестиций и национальное законодательство: о чистых руках и не только* // *Международное правосудие*. 2016. № 1. С. 104–112.

¹³⁸ См., например, Венская конвенция о праве международных договоров (Вена, 1969 год). Ст. 60.

¹³⁹ См. Статьи об ответственности государств, подготовленные Комиссией международного права ООН и принятые резолюцией ГА ООН 56/83 от 12 декабря 2001 года. Ст. 39.

¹⁴⁰ Там же. Ст. 22.

¹⁴¹ Конечно, эти принципы касаются разрешения спора по существу, в то время как принцип «чистых рук» нередко предлагается рассматривать в качестве юрисдикционной доктрины, направленной на недопущение использования арбитража в противоправных целях. Однако необходимость отклонения требований именно по юрисдикционным причинам, а не в качестве отклонения иска по существу, не следует из тех политико-правовых причин, по которым предлагается выделять принцип чистых рук. Разделение между юрисдикцией и существом спора также имеет ограниченное практическое значение, особенно в отсутствие бифуркации процедуры. К тому же в международном инвестиционном арбитраже уже есть концепция юрисдикционного возражения о незаконности поведения инвестора при совершении инвестиций (англ.: *plea of illegality*), хотя и необходимость его выделения также не бесспорна. См. Douglas Z. *The Plea of Illegality in Investment Treaty Arbitration* // *ICSID Review*. Vol. 29. № 1. 2014. P. 155–186. Вопрос о принципе «чистых рук» в международном арбитраже выходит за рамки настоящего исследования: для нас важно лишь, что при его обсуждении в литературе и практике редко можно встретить обоснование, как именно он должен соотноситься с уже существующими концепциями, которые имеют схожую политико-правовую логику (включая принцип усугубления вреда), и почему эти принципы недостаточны для разрешения той проблемы, на которую он направлен — что делает ситуацию с этим принципом схожей с рассматриваемой нами проблематикой. Если принцип «чистых рук» будет признан в международном праве, необходимо определить его четкое содержание, чтобы он не подменял уже существующие правовые концепции.

В реальности обязанность вынести исполнимое решение редко актуальна, а большинство ссылок на нее ошибочны. Во многом наш анализ в принципе способен поставить под сомнение целесообразность выделения такой обязанности в международном арбитраже, несмотря на доминирующее в доктрине и практике мнение, учитывая, что ее реальное нормативное значение несущественно. В любом случае данная обязанность представляет собой лишь процессуальный инструмент, который в единичных случаях может восполнить пробелы в правилах процедуры и, например, помочь обосновать то или иное процессуальное полномочие арбитров, которое прямо не предусмотрено в *lex arbitri* или в применимых арбитражных правилах, но необходимо для защиты целостности арбитражной процедуры.

DUTY TO RENDER AN ENFORCEABLE AWARD IN INTERNATIONAL ARBITRATION: A CRITICAL ANALYSIS

AVDULOVA A., KOSTSOV V.

Anna Avdulova — Master of Laws, Associate at Ivanyan and Partners Law Firm, Moscow, Russia (avdannaevg@gmail.com).

Vladimir Kostsov — Master of Laws (Harvard University), Counsel at Sirota & Partners Law Firm, Moscow, Russia (vladimirkostsov@gmail.com).
ORCID: 0000-0001-8444-1142

Abstract

The authors critically analyse the arbitrators' duty to render an enforceable award, which is often considered as a starting point for resolving a number of legal issues arising in the course of arbitration proceedings. The authors prove that this duty cannot replace other legal instruments and has no independent role in resolving issues of jurisdiction, applicable law or merits. This duty originates from the arbitration agreement and serves the private interests of disputing parties. Hence, it cannot be used to take account of the public interests of states or the international community. The mere fact that a future award will be enforced in a particular jurisdiction or can be set aside in this jurisdiction does not mean that this jurisdiction has a sufficient connection with the subject-matter of the dispute for arbitrators to apply its law or its overriding mandatory rules — and vice versa, the mere fact that a particular state is not the seat of arbitration or will not be a place of enforcement of the future award does not mean that its law cannot be applicable in the international arbitration proceedings. These issues are subject to more nuanced legal rules concerning choice of law and establishing the content of applicable law as well as the rules concerning the application of overriding mandatory rules of third states and transnational public policy. On top of that, the competence that the parties confer on arbitrators when concluding an arbitration agreement implies the arbitrators' duty to independently determine their jurisdiction (the competence-competence principle) and resolve the dispute through their own legal analysis of applicable law and circumstances of the case. If arbitrators substitute this analysis with an attempt to predict how a particular state court (whose law is not applicable) will react to their decision at the enforcement stage, then their award may be subject to setting aside as rendered with negative excess of competence. For these reasons, this article demonstrates that the arbitrator's duty to render an enforceable award, as a general rule, merely has a gap-filling role in procedural matters and, for example, can be used to justify arbitrator's implied powers to take certain procedural actions that are not expressly stipulated in the parties' agreement or applicable procedural rules. However, most references to this duty in practice are erroneous.

Key words

international arbitration, arbitrators' duties, arbitration procedure, enforceable award, setting aside, recognition and enforcement

Citation: Avdulova A., Kostsov V. Obyazannost' vynesiti ispolnimoe reshenie v mezhdunarodnom arbitrazhe: kriticheskii analiz [Duty to Render an Enforceable Award in International Arbitration: a Critical Analysis] // Zhurnal VSHÉ po mezhdunarodnomu pravu (HSE University Journal of International Law). 2023. Vol. 1. № 2. P. 4–31.

<https://doi.org/10.17323/jil.2023.18179>

References / Список источников

- Abdel Wahab M. S. (2015) *Iura Novit Arbiter in International Commercial Arbitration: The Known Unknown in Ziadé N. G. (ed.) Festschrift Ahmed Sadek El-Kosheri. Kluwer Law International*, pp. 33–40.
- Aksyonov A. G. (2020) *Pravovoe regulirovanie mezhdunarodnykh kommerchekikh kontraktov v usloviyakh ekonomicheskikh sanktsiy* [Legal Regulation of International Commercial Contracts in the Context of Economic Sanctions]. *Vestnik arbitrazhnoy praktiki*, no. 5, pp. 86–100. (In Russian).
- Alessi D. (2014). *Enforcing Arbitrator's Obligations: Rethinking International Commercial Arbitrators' Liability*. *Journal of International Arbitration*, vol. 31, no. 6, pp. 735–784.
- Asoskov A. V. (2012) *Kollizionnoe regulirovanie dogovornykh obyazatelstv* [Conflict of Laws Regulation of Contractual Obligations]. Moscow: Infotropik Media. (In Russian).

- Asoskov A. V. (2018) Narushenie publichnogo poryadka kak osnovanie dlya otказа v prinuditel'nom ispolnenii resheniy mezhdunarodnykh kommercheskikh arbitrazhey, prinyatykh na territorii Rossiyskoy Federatsii [Violation of public policy as a ground for non-enforcement of international commercial arbitral awards made within the Russian Federation]. *Zakon*, no. 9, pp.134–142. (In Russian).
- Asoskov A. V. (2017) *Osnovy kollizionnogo prava* [Fundamentals of Conflict of Laws], Moscow: M-Logos. (In Russian).
- Avdulova A. E. (2019) Obyazonnost' vynesti ispolnimoe reshenie v mezhdunarodnom kommercheskom arbitrazhe [Arbitrator's Duty to Render an Enforceable Award in International Commercial Arbitration]. *Molodoy Uchyonyy*, vol. 22, no. 260, pp. 266–270. (In Russian).
- Basedow J., Kono T. (eds) (2006) *An Economic Analysis of Private International Law*, Tübingen : Mohr Siebeck.
- Bedjaoui M. (1988) The Arbitrator: One Man-Three Roles: Some Independent Comments on the Ethical and Legal Obligations of an Arbitrator. *Journal of International Arbitration*, vol. 5, no. 1, pp. 7–20.
- Bentolila D. (2017) Arbitrators as Lawmakers. *International Arbitration Law Library Series*, vol. 43, pp. 24–26. Kluwer Law International.
- Berger K. P. (1992) The International Arbitrators' Application of Precedents. *Journal of International Arbitration*, vol. 9, no. 4, pp. 5–22.
- Blackaby N., Partasides C., et al. (2023) *Redfern and Hunter on International Arbitration* (Seventh Edition). 7th ed. Oxford University Press.
- Blanke G. (2009) *The Arbitration Agreement and Arbitrability — EC Competition Law Claims in International Arbitration*. Austrian Arbitration Yearbook. Vienna: CH Beck.
- Bonell M. (2000) The UNIDROIT Principles and Transnational Law. *Uniform Law Review*, vol. 5, no. 2, pp. 199–217.
- Boog C., Moss B. (2013) Arbitrability, Foreign Mandatory Law and the Lazy Myth of the Arbitral Tribunal's Obligation to Render an Enforceable Award: A Case Note on Swiss Federal Supreme Court Cases 4A_654/2011 and 4A_388/2012. *ASA Bulletin*, vol. 31, no. 3, pp. 647–658.
- Borchers P. J. (2016) An Essay on Predictability in Choice-of-Law Doctrine and Implications for a Third Conflicts Restatement. *Creighton Law Review*, vol. 49, no. 3, pp. 495–506.
- Born G. B. (2015) *International Arbitration: Cases and Materials* (Second Edition). 2nd ed. Kluwer Law International.
- Born G. B. (2021) *International Commercial Arbitration* (Third Edition). 3rd ed. Kluwer Law International.
- Brilmayer L., Goldsmith J., O'Connor E. (2015) *Conflict of Laws: Cases and Materials* (Seventh Edition). Wolters Kluwer.
- Carbone G. (2012) Interference of the Court of the Seat with International Arbitration, The Symposium. *Journal of Dispute Resolution*, no. 1, pp. 217–244.
- Chong A. (2012) Transnational public policy in civil and commercial matters. *Law Quarterly Review*, vol. 128, pp. 88–113.
- Choong J., Mangan M., et al. (2018) *A Guide to the SIAC Arbitration Rules* (Second Edition), 2nd ed, Oxford University Press.
- Chuprunov I. S. (2013) Arbitrabel'nost': primenimoe pravo i vliyaniye so storony sverkhimperativnykh norm [Arbitrability: applicable law and the impact of overriding mandatory rules] in Asoskov A. V., Vilkova N. G., Khodykin R. M. (eds) *Novye gorizonty mezhdunarodnogo arbitrazha* [New horizons in international arbitration], Vol. 1, Moscow: Infotropik Media.(In Russian).
- Clay T. (2009) The Role of the Arbitrator in the Execution of the Award. *ICC Bulletin*, vol. 20, no. 1, pp. 43–50.
- Darwazeh N. (2010) Article V(1)(e) in Kronke H., Nacimiento P., et al. (eds) *Recognition and Enforcement of Foreign Arbitral Awards: A Global Commentary on the New York Convention*, Kluwer Law International, pp. 301–343.

- De Brabandere E. (2020) The (Ir)relevance of Transnational Public Policy in Investment Treaty Arbitration – A Reply to Jean-Michel Marcoux. *The Journal of World Investment & Trade*, vol. 21, no. 6, pp. 847–866.
- De Varey-Somm'er P., Getman-Pavlova I. V. (2014) Mezhdunarodnyy i vnutreniy publichnyy poryadok pri priznanii i ispolnenii inostrannykh arbitrazhnykh resheniy (pravoprimeritel'nyy opyt Frantsii i Rossii) [International and Domestic Procedure of Ordre Public to Recognize and Enforce Foreign Arbitral Awards (Enforcement in France and Russia)]. *Pravo. Zhurnal Vysshey Shkoly Ekonomiki*, vol. 1, no. 140–168. (In Russian).
- Dergachyov A. A. (2002) Voie directe v mezhdunarodnom kommercheskom arbitrazhe [Voie Directe in International Commercial Arbitration]. *Tretyeskiy sud*, no. 1, pp. 91–98. (In Russian).
- Donovan D. F., Greenawalt A. K. A. (2006) Mitsubishi After Twenty Years: Mandatory Rules Before Courts and International Arbitrators in Mistelis L., Lew J. (eds) *Pervasive Problems in International Arbitration*. International Arbitration Law Library, no. 15, pp. 11–60.
- Douglas Z. (2014) The Plea of Illegality in Investment Treaty Arbitration. *ICSID Review*. vol. 29, no. 1, pp. 155–186.
- Draetta U., Luzzatto R. (2012) *The Chamber of Arbitration of Milan Rules: A Commentary*. Juris Publishing, Inc.
- Dražozal C. R. (1998) Judicial Incentives and the Appeals Process. *SMU Law Review*, vol. 51, no. 469–503.
- Dumberry P. (2020) The Clean Hands Doctrine as a General Principle of International Law. *The Journal of World Investment & Trade*, vol. 21, no. 4, pp. 489–527.
- Elder T. (1997) Case Against Arbitral Awards of Specific Performance in Transnational Commercial Disputes. *Arbitration International*, vol. 13, pp. 1–32.
- Ferrari F., Rosenfeld F. J. (eds) (2021) *Autonomous Versus Domestic Concepts under the New York Convention*. International Arbitration Law Library Series. Vol. 61. Kluwer Law International.
- Fouchard P., Gaillard E., Goldman B. (1999) *Fouchard, Gaillard, Goldman on International Commercial Arbitration*. Kluwer Law International.
- Franco F., Cordero-Moss G. (eds) (2018) *Iura novit curia in international arbitration*. Juris.
- Gaillard E., Banifatemi Y. (2008) Negative effect of competence-competence: the rule of priority in favour of the arbitrators in Gaillard E., Pietro D. (eds) *Enforcement of arbitration agreements and international arbitral awards: the New York Convention in practice*. London: Cameron May, pp. 257–273.
- Gaillard E., Penushliski I. (2020) State Compliance with Investment Awards. *ICSID Review - Foreign Investment Law Journal*, vol. 35, no. 3, pp. 540–594.
- Galperin M. L. (2021) *Ispolnitel'noe proizvodstvo: uchebnik dlya vuzov [Enforcement proceedings: textbook for universities]*. Moscow: Yurait. (In Russian).
- Galperin M. L. (2017) Nevozmozhnost' ispolneniya trebovaniya ispolnitel'nogo dokumenta v neizmennom vide: problema protsessual'nogo ili material'nogo prava? [Unavoidable alterations in execution: is the challenge procedural or substantive?]. *Zakon*, no. 7, pp. 27–40. (In Russian).
- Galperin M. L. (2020) Politizatsiya prava ili legalizatsiya politiki? O justiciability i doktrine «politicheskogo voprosa» na primere mezhdunarodnogo pravosudiya [Politicking law or legalising politics? Justiciability and the "political question" on the examples from international justice]. *Mezhdunarodnoe pravosudie*, vol. 4, no. 36, pp. 45–58. (In Russian).
- Galperin M. L. (2012) *Transnatsional'noe ispolnitel'noe proizvodstvo: vzglyad v budushhee [Cross-border enforcement proceedings: a look into the future]*. *Zakon*, no. 5, pp. 140–146. (In Russian).
- Girsberger D., Voser N. (2021) *International Arbitration: Comparative and Swiss Perspectives (Fourth Edition)*. 4th ed. Schulthess Juristische Medien AG.
- Horvath G. J. (2001) The Duty of the Tribunal to Render an Enforceable Award // *Journal of International Arbitration*, vol. 18, no. 2, pp. 135–158.
- Karrer P. (2005) Must an Arbitral Tribunal Really Ensure that its Award is Enforceable? in Aksen G. (ed.) *Global Reflections on International Law, Commerce and Dispute Resolution*. Liber Amicorum Briner. ICC Publishing.

- Kostsov V. N. (2023) Arbitrabel'nost' sporov i polnomochiya arbitrov: sootnoshenie material'nogo i protsessual'nogo prava [Substance and Procedure in Arbitrability of Disputes and Powers of Arbitrators]. *Vestnik ekonomicheskogo pravosudiya*, no. 6, pp. 86–113. (In Russian).
- Kostsov V. N. (2021) Pravovaya priroda sposobov pravovoy zashchity cherez prizmu mezhdunarodnogo grazhdanskogo protsessa [Nature of Legal Relief through the Lens of International Civil Procedure]. *Vestnik grazhdanskogo protsessa*, vol. 11, no. 4, pp. 179–228. (In Russian).
- Kramer L. (1990) Rethinking Choice of Law. *Columbia Law Review*, vol. 90, no. 2, pp. 277–345.
- Ksenofontov K. E. (2015) Ekspropriatsiya sobstvennosti inostrannogo investora v mezhdunarodnom investitsionnom prave [Expropriation of a foreign investor's property in international investment law]. PhD thesis. Moscow. (In Russian).
- Lalive P. (1987) Transnational (or Truly International) Public Policy in International Arbitration in Sanders P. (ed). *Comparative Arbitration Practice and Public Policy in Arbitration*. New York.
- Lebedeva S.N., Kabatova E. V. (eds) (2011) *Mezhdunarodnoe chastnoe pravo: uchebnik* [Private international law: Textbook], Moscow: Statut. Vol. 1. (In Russian).
- Lunaeva T. A. (ed.) (2018) *Mezhdunarodnyj kommercheskij arbitrazh: Uchebnik* [International commercial arbitration: Textbook], 2nd ed., Moscow: Statut. (In Russian).
- Lew J. D. M. (1978) *Applicable Law in International Arbitration*. New York: Oceana.
- Lozada F. P. (2016) Duty to Render Enforceable Awards: the Specific Case of Impartiality. *Spain Arbitration Review*, vol. 27, pp. 71–94.
- Michaels R. (2014) The UNIDROIT Principles as Global Background Law. *Uniform Law Review*, vol. 19, no. 4, pp. 643–668.
- Mistelis L., Baltag C. (2008) Recognition and Enforcement of Arbitral Awards and Settlement in International Arbitration: Corporate Attitudes and Practices. *The American Review of International Arbitration*, vol. 19, pp. 319–375.
- Mourre A. (2011) Judicial Penalties and Specific Performance in International Arbitration in Schneider M., Knoll J. (eds) *Performance as a remedy: non-monetary relief in international arbitration*. ASA special series no. 30, pp. 355–378.
- Newman L. W., Hill R. D. (2014) *Leading Arbitrators' Guide to International Arbitration*. Juris Publishing, Inc.
- Neylan K. M. (2015) *Bundled Systems and Better Law: Against the Leflar Method of Resolving Conflicts of Law*. Harvard Law School.
- Nikiforyuk E. O. (2013) Ispolnimost' kak trebovanie k sudebnym aktam [Enforceability as a Requirement for Judicial Acts]. *Ispolnitel'noe pravo*, no. 1, pp. 40–42. (In Russian).
- Nyarko J. (2019) We'll See You in . . . Court! The lack of arbitration clauses in international commercial contracts. *International Review of Law and Economics*, vol. 58, pp. 6–24.
- Ojedokun O., Akabuiro D. O. (2022) The Concept of the Seat in International Arbitration: Unlocking the Judicial Challenge of Interpretation of Conflict of Laws. *Arbitration: The International Journal of Arbitration, Mediation and Dispute Management*, vol. 88, no. 4, pp. 659–662.
- Panov A. A. (2013) *Printsip "jura novit curia" v mezhdunarodnom kommercheskom arbitrazhe* ["Jura novit curia" principle in international commercial arbitration] in Asoskov A.V., Vilkova N.G., Khodykin R.M. (eds) *Novye gorizonty mezhdunarodnogo arbitrazha* [New horizons in international arbitration], Vol. 1, Moscow: Infotropik Media. (In Russian).
- Park W. W. (2011) *The Four Musketeers of Arbitral Duty: Neither One-For-All nor All-For-One* in Derains Y., Lévy L. (eds). *Is Arbitration only As Good as the Arbitrator? Status, Powers and Role of the Arbitrator*. *Dossiers of the ICC Institute of World Business Law*, vol. 8, pp. 25–45.
- Paulsson J. (2011) *Arbitration in three dimensions*. *International & Comparative Law Quarterly*, vol. 60, no. 2, pp. 291–324.
- Platte M. (2003) *An Arbitrator's Duty to Render Enforceable Awards*. *Journal of International Arbitration*, vol. 20, no. 3, pp. 307–313.

- Plekhanov V. V., Usoskin S. V. (2012) *Avtonomiya mezhdunarodnogo kommercheskogo arbitrazha: k voprosu o koordinatsii mezhdurazlichnymi yurisdiksiyami v protsesse priznaniya i privideniya v ispolnenie resheniy mezhdunarodnogo kommercheskogo arbitrazha* [Autonomy of International Commercial Arbitration: On the Issue of Coordination between Different Jurisdictions in the Process of Recognition and Enforcement of International Commercial Arbitration Awards]. *Vestnik mezhdunarodnogo kommercheskogo arbitrazha*, vol. 1, pp. 31–60. (In Russian).
- Posner R. A. (2014) *What Do Arbitrators Maximize?* in Nobel P., Krehan K. and von Ins P. (eds). *Law and Economics of International Arbitration*. Zurich: Schulthess.
- Posner R. A. (1993) *What Do Judges and Justices Maximize? (The Same Thing Everybody Else Does)*. *Supreme Court Economic Review*, vol. 3, no. 1, pp. 1–41.
- Redfern A., Hunter M. (1999) *Law and Practice of International Commercial Arbitration*. Sweet & Maxwell.
- Renner M. (2009) *Towards a Hierarchy of Norms in Transnational Law?* *Journal of International Arbitration*, vol. 26, no. 4, pp. 533–555.
- Sabater A., Rezende L. (2019) *An Arbitrator's Obligation to Use Reasonable Efforts to Issue an Enforceable Award and Its Interaction with the New York Convention* in Gomez K. F., Lopez-Rodriguez A. M. (eds). *60 Years of the New York Convention: Key Issues and Future Challenges*. Kluwer Law International.
- Schneider M. (2011) *Non-Monetary Relief in International Arbitration: Principles and Arbitration Practice* in Schneider M., Knoll J. (eds) *Performance as a remedy: non-monetary relief in international arbitration*. ASA special series no. 30, pp. 3–48.
- Schwartz E. A., Derains Y. (1998) *A Guide to the New ICC Rules of Arbitration*. Kluwer Law International.
- Schwartz E., Derains Y. (2005) *Guide to the ICC Rules of Arbitration (Second Edition)*. 2nd ed. Kluwer Law International.
- Sheppard A. (2003) *Interim ILA Report on Public Policy as a Bar to Enforcement of International Arbitral Awards*. *Arbitration International*, vol. 19, no. 2, pp. 217–248.
- Smbatyan A. S. (2012) *Resheniya organov mezhdunarodnogo pravosudiya v sisteme mezhdunarodnogo publichnogo prava* [Decisions of International Judicial Bodies in the System of Public International Law]. Moscow: Statut. (In Russian).
- Stratis G. (2020) *Mezhdunarodnyy investitsionnyy arbitrazh, svyazanny s voprosami vzyatochnichestva i korrupsii: nekotorye predvaritel'nye soobrazheniya* [International Investment Arbitration Related to Bribery and Corruption: Some Preliminary Considerations]. *Mezhdunarodnoe pravosudie*, no. 1, pp. 24–32. (In Russian).
- Timmer L. (2013) *Manifest Excess of Powers as a Ground for the Annulment of ICSID Awards*. *Journal of World Investment and Trade*, vol. 14, no. 5, pp. 775–803.
- Treushnikov M. K. (ed.) (2015) *Grazhdanskiy protsess. Khrestomatia* [Civil procedure. Anthology]. Moscow: Gorodets.
- Tschani R. (2011) *Specific Issues in Different Types of Contractual Relations: Corporate Disputes* in Schneider M., Knoll J. (eds) *Performance as a remedy: non-monetary relief in international arbitration*. ASA special series no. 30, pp. 211–246.
- Turner P. J., Mohtashami R. (2009) *A Guide to the LCIA Arbitration Rules*. Oxford University Press.
- Usoskin S. V. (2016) *Soglasheniya o pooshchrenii i zashchite investitsiy i natsional'noe zakonodatel'stvo: o chistikh rukakh i ne tol'ko* [Agreements on Encouragement and Protection of Investments and National Legislation: On the Issue of Clean Hands and Not Only]. *Mezhdunarodnoe pravosudie*, vol. 1, pp. 104–112. (In Russian).
- Vilkova N. (2019) *Aktual'nye voprosy pravovogo regulirovaniya arbitrazhnogo soglasheniya v Rossiyskoy Federatsii* [Current Issues of Legal Regulation of an Arbitration Agreement in the Russian Federation] in Greshnikov I. *Mezhdunarodnyy kommercheckiy arbitrazh i voprosi chastnogo prava* [International Commercial Arbitration and Private Law Issues], 2nd ed., Moscow: Statut. (In Russian).
- Waincymer J. (2012) *Procedure and Evidence in International Arbitration*. Kluwer Law International.

Warioba J. (2001) *Monitoring Compliance with and Enforcement of Binding Decisions of International Courts*. Max Planck Yearbook of United Nations Law, vol. 5, pp. 41–52.

Zasemkova O. F. (2018) *Sverkhimperativnye normy: teoriya i praktika* [Overriding mandatory rules: theory and practice], Moscow: Infotropik Media. (In Russian).

Zhiltsov A. N. (2004) *Imperativnye normy v mezhdunarodnom kommercheskom arbitrazhe* [Mandatory rules in international commercial arbitration]. Vestnik mezhdunarodnogo kommercheskogo arbitrazha, no. 2, pp.16–42. (In Russian).

Zhiltsov A. N. (1998) *Primenimoe pravo v mezhdunarodnom kommercheskom arbitrazhe: imperativnye normy*. [Applicable law in international commercial arbitration: mandatory rules] PhD thesis. Moscow. (In Russian).

КОРПОРАТИВНЫЙ КОМПЛАЕНС В МЕХАНИЗМЕ МЕЖДУНАРОДНОГО ФИНАНСОВО-ПРАВОВОГО РЕГУЛИРОВАНИЯ

ПОНАМОРОЕНКО В. Е.

Понаморенко Владислав Евгеньевич — доктор юридических наук, доцент, научный руководитель Института комплаенса и этики бизнеса Высшей школы юриспруденции и администрирования Национального исследовательского университета «Высшая школа экономики», профессор кафедры публичного права ВАРТ Минэкономразвития России и кафедры административного и финансового права МГИМО МИД России, Москва, Россия (vponamorenko@hse.ru).
ORCID: 0000-0002-3071-4405.

Аннотация

Цель статьи состоит в переосмыслении традиционной структуры механизма международно-правового регулирования применительно к конкретной сфере общественных отношений. В этой связи обосновывается специфичность смыслового наполнения элементов механизма международного финансово-правового регулирования, в том числе освещается роль корпоративного комплаенса в международно-правовом механизме финансового регулирования. Автор исходит из того, что специфичность объекта регулирования — финансовых отношений — определяет состав источников их регулирования, что, в свою очередь, предъявляет особые требования к эффективности механизмов имплементации этих источников в национальные правовые системы. В этом свете корпоративный комплаенс предстает необходимым элементом механизма международно-правового регулирования финансовых отношений. В работе использованы формально-юридический метод, функциональный метод и системный подход. Сделаны выводы о том, что в качестве важного фактора, влияющего на степень эффективности международно-правового регулирования финансовых отношений, выступает корпоративный комплаенс. Последний функционирует и в собственных частных, и в публичных интересах, внося существенный вклад в оценку государства по линии ведущих международных финансовых регуляторов. Такая оценка имеет репутационное значение, объективируясь в разного рода списках, рейтингах и индексах, и оказывает решающее влияние на признание государства полноценным участником мировой системы разделения труда. Работа вносит вклад в исследование проблематики международной нормативности, источников международного финансового права, механизма имплементации международного финансового права в национальные правовые системы.

Ключевые слова

мягкое право, международное финансовое право, комплаенс, имплементация, стандарт-сеттеры

Для цитирования: Понаморенко В. Е. Корпоративный комплаенс в механизме международного финансово-правового регулирования // Журнал ВШЭ по международному праву (HSE University Journal of International Law). 2023. Т. 1. № 2. С. 32–41.

<https://doi.org/10.17323/jil.2023.18187>

Введение

Проблематика имплементации норм международного права находится сегодня в фокусе исследований ученых по всему миру. Особую сложность она приобретает в международном финансовом праве — специфической нормативной системе, успешное исследование которой требует от ученых правопонимания, опирающегося на концепт синтетической нормативности¹, плюралистического методологического инструментария, а также неизбежного погружения в экономические характеристики объекта регулирования.

Параллельно развивается научный интерес как к проблематике соответствия нормам международного права (англ.: *theory of compliance with international law*)² и вытекающей из этого

¹ См., например: *Normative Pluralism and International Law: Exploring Global Governance* / ed. by J. Klabbers, T. Piipaerinen. Cambridge : Cambridge University Press 2013; Krisch N. *The Pluralism of Global Administrative Law*. European Journal of International Law. 2006. Vol. 17. № 1. P. 247–278; Heyvaert V. *Hybrid Norms in International Law*. P. 1–26. URL: https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1342366 (дата обращения: 21.09.2023).

² Классический обзор теорий международного права в применении их к проблематике соответствия (комплаенса) международным обязательствам см. в работе: Guzman A. *International Law: A Compliance Based Theory*. Berkeley : UC Berkeley Public Law and Legal Theory Working Paper Series, 2001. P. 24. См. также: Siddiqui L. A. *Compliance with International Law: Theoretical Perspectives*. Dhaka University Law Journal. 2021. Vol. 31. № 1. P. 15–28. URL: <https://www.researchgate.net/publication/357334943> (дата обращения: 21.09.2023); Lutmar C., Carneiro C. *Compliance in*

международно-правовой ответственности государств³, так и к проблематике роли должной осмотрительности (англ.: *due diligence*) и комплаенса в международном публичном правопорядке⁴. В целях терминологической определенности стоит указать, что под «корпоративным комплаенсом» автор понимает систему соответствия деятельности организации правилам (генерируемым различными социальными нормами, а также на различных уровнях нормотворчества)⁵.

Роль корпоративного комплаенса в международном публичном правопорядке особенно ярко проявляется в условиях мягкой нормативности, охватываемой концепциями «*soft law*» и «*ethics*», поэтому в работе уделено внимание проблематике международного мягкого финансового права. В первом разделе статьи вводится авторская структура механизма международно-правового регулирования. Во втором разделе описываются особенности механизма международного финансово-правового регулирования, обусловившие возрастание роли корпоративного комплаенса в этом механизме. В третьем разделе обсуждается эффективность механизма имплементации норм международного финансового права и, прежде всего, роль института корпоративного комплаенса в обеспечении такой эффективности.

1. Механизм международно-правового регулирования: особенности структуры

Механизм правового регулирования видится полезным теоретическим каркасом, при помощи которого можно описывать и анализировать проблематику создания и применения правовых норм. На национальном уровне классическое определение понятия механизма правового регулирования, предложенное А. В. Малько, таково: «это система юридических средств, организованных наиболее последовательным образом в целях упорядочения общественных отношений, содействия удовлетворению интересов субъектов права»⁶. При этом А. В. Малько выделяет пять основных стадий или элементов механизма правового регулирования: 1) нормы права; 2) юридический факт или фактический состав; 3) правоотношение; 4) акты реализации прав и обязанностей; 5) охранительный правоприменительный акт (факультативный элемент).

Здесь необходимо отметить два обстоятельства. Во-первых, данный юридико-позитивистский подход представляется слишком узким, прежде всего, с позиций современной теории права. В актуальном прочтении механизм правового регулирования расширяется за счет многофакторно⁷ обусловленных *предзаконодательной* стадии и стадии *действия* права. В первом случае мы имеем дело с процессом формирования общественных потребностей, притязаний, интересов, нуждающихся в гармонизации, урегулировании посредством различных социальных, в том числе правовых, норм. Во втором — с процессом реализации права в поведении участников общественных отношений и последующей оценкой регулятивного потенциала реализуемых норм⁸. В концепте регуляторной политики Организации экономического сотрудничества и развития (далее — ОЭСР) данный расширительный подход к механизму правового регулирования выражен, в частности, в практиках оценки регулирующего и фактического воздействия.

Во-вторых, такая модель без должной адаптации плохо применима к международному правопорядку, что, впрочем, не помешало инерционно заимствовать ее в отечественную доктрину международного права. Как указывал И. И. Лукашук, «механизм международно-правового регулирования — это совокупность международно-правовых средств и методов воздействия на межгосударственные отношения»⁹.

По мнению автора, более продуктивным для анализа структуры механизма международно-правового регулирования будет выделение следующих элементов (или блоков) такого

International Relations. Oxford Research Encyclopedia of Politics, 2018. URL: https://edisciplinas.usp.br/pluginfile.php/4424948/mod_resource/content/1/Lutmar%20and%20Carneiro%202018.pdf (дата обращения: 21.09.2023).

³ См., например: *Theories of International Responsibility Law* / ed. by S. Besson. Cambridge : Cambridge University Press 2022.

⁴ См., например: *Due Diligence in the International Legal Order* / ed. by H. Kriger, A. Peters, L. Kreuzer. Oxford : Oxford University Press, 2020.

⁵ Более подробно см.: Понаморенко В. Е., Коровяковский Д. Г. *Комплаенс как актуальный концепт* // Таможенное дело. 2017. № 1. С. 28–30.

⁶ Матузов Н. И., Малько А. В. *Теория государства и права*. Москва : Юрист, 2001. С. 472.

⁷ Указанная многофакторность исследуется в рамках социологии и психологии права, юридической конфликтологии, концепции возрожденного естественного права, раскрывается в коммуникативной, феноменологической, герменевтической, конструктивистской, неопозитивистской и иных теориях права.

⁸ Более подробно о механизме правообразования см.: Понаморенко В. Е. *Социологизация правосознания как предпосылка становления института медиации в России* // Вестник Российского нового университета. Серия: Человек и общество. 2011. № 3. С. 43–46.

⁹ Лукашук И. И. *Международное право*. Москва : Wolters Kluwer, 2005. С. 108.

механизма: 1) институциональная среда; 2) регулятивное содержание; 3) механизм имплементации; 4) ответственность государств. Именно на эту структуру автор опирается в своем исследовании, раскрывая особенности указанных элементов в международном финансовом порядке.

2. Особенности механизма международного финансово-правового регулирования

Во-первых, в условиях децентрализации регуляторов финансовой сферы сформировался специфический состав акторов международного финансового регулирования: органы, определяющие политику в данной сфере (англ. *policy-makers*), органы, устанавливающие стандарты (англ. *standard-setting bodies*), влиятельные профессиональные ассоциации и группы¹⁰. С некоторых пор современная институциональная рамка международного финансового регулирования описывается такими специфическими для теории международного права конструкциями как новая международная финансовая архитектура (англ. *new international financial architecture*)¹¹, или транснациональные регулирующие сети (англ. *transnational regulatory networks*)¹². Данная терминология подчеркивает, что взаимодействие международных финансовых регуляторов имеет в большей степени сетевой, нежели иерархический характер, а разноразность международной финансовой архитектуры определяется преимущественно функциональными аспектами.

Соглашаясь с институциональной вертикалью, предлагаемой К. Браммером, К. Стефано и др.¹³, тем не менее следует признать, что организационно-политическим центром глобального регулирования мировой экономики сегодня является именно «Группа Двадцати», в то время как Совет по финансовой стабильности выступает транслятором и монитором инициатив «Группы Двадцати», стандарт-агрегатором и коммуникатором между стандарт-сеттерами и «Группой Двадцати», а также самостоятельным глобальным стандарт-сеттером (в частности, в области макропруденциального регулирования).

В рамках процесса децентрализации регулирования происходит не только функциональное расслоение регуляторов, но и формирование прослойки частного сектора, который, благодаря активной интернационализации бизнеса, становится своего рода заказчиком определенного международного регулирования, тогда как государства выступают иной раз лишь консолидатором, промоутером и оформителем этого запроса на международном уровне. То есть имеет место не столько коллизия между публичными и частными интересами, сколько различные варианты гибридизации, коллаборации таковых.

Очевидно, что государство (как классический субъект международных отношений) уже не может мыслиться как совокупность государственных учреждений, действующих в отрыве от обретших в силу глобализации достаточную степень наднациональности субъектов частного сектора. Так, Г. Кох отмечает: «Вместо того, чтобы рассматривать государства как унитарных акторов, транснациональный правовой процесс имеет в виду более широкую группу лиц, принимающих решения, включая транснациональные корпорации, неправительственные организации, международные организации, частных лиц и других»¹⁴. Отсюда имеет место столь значительная роль групп, ассоциаций, альянсов, создающих условия для взаимодействия разнообразных акторов уже ставшего вполне публично-частным процесса международного правообразования.

Во-вторых, в условиях плюрализации источников регулирования финансовой сферы и деформализации нормотворческих процедур образуется симбиоз разного рода источников правового, неправового и гибридного характера.

Международное финансовое право в этом плане развивается в русле концепта ОЭСР, именуемого регуляторной политикой. Эта политика дефинируется автором настоящей статьи как объект-чувствительная (в том числе риск-ориентированная) система публичного регулирования, основанная на комбинаторике социальных норм. Объект-чувствительность регуляторной политики позволяет оценивать *ex ante* целесообразность принятия нового регулирования и *ex post* — его

¹⁰ В финансовой сфере это «Группа Тридцати», Вольфсбергская группа, группа «Эгмонт», FinCoNet, AFI, INFE, BAFT и другие ассоциации и группы.

¹¹ См., например: Giovanoli M., Devos D. *International Monetary and Financial Law. The Global Crisis*. Oxford : Oxford University Press, 2010. P. 152.

¹² См., например: Stefano C. *Reforming the Governance of International Financial Law in the Era of Post-Globalization* // Journal of International Economic Law. 2017. Vol. 20. № 3. P. 509–533.

¹³ Brummer C. *How International Financial Law Works (and How it Doesn't)* // Georgetown Law Journal. 2011. Vol. 99. P. 257–327; Stefano C. *Op. cit.*

¹⁴ Koh H. *The 1994 Roscoe Pound Lecture: Transnational Legal Process* // Nebraska Law Review. 1994. Vol. 75. № 1. P. 181, 183–184.

эффективность (как указывалось выше). Это завоевание не только экономического анализа права, но и социологии права, правового конструктивизма и иных правовых теорий и течений, «разбавляющих» юридический позитивизм.

Публичная регуляторная политика основана на тех же принципах и имеет тот же нормативный охват, что и корпоративный комплаенс, в связи с чем последний можно считать продолжением (или отражением) публичной регуляторной политики на корпоративном уровне.

Если формально-логически, по-кельзеновски, искать «суверенную норму» в пирамиде международно-правового регулирования, можно обнаружить ее в виде Целей устойчивого развития ООН до 2030 года, под которые подведены все новые регуляторные инициативы на глобальном уровне. Разумеется, в исходящей из этой «суверенной нормы» регуляторной пирамиде нет кельзеновской строгости, соосно тому, как в условной иерархии регуляторов финансовой сферы нет административного соподчинения.

В целом уникальность институционально-регуляторной структуры международного финансового регулирования может быть описана словом «soft» — «мягкий». Это мягкие коммуникации между «Группой Двадцати» и стандарт-сеттерами; мягкая регуляторная документация от «Группы Двадцати» (декларации, коммюнике, принципы, дорожные карты и др.), мягкие регуляции в виде стандартов, регулятивно-значимых докладов.

В этой гибкой пирамиде норм цели устойчивого развития ООН выглядят как светские (по сути *этические*) «заповеди» от инерционно авторитетной и все еще наиболее универсальной международной организации, логично нуждаются в динамичных, более «приземленных» претворителях этой повестки. Поэтому цели устойчивого развития раскрываются и развиваются в *политических* документах «Группы Двадцати», основными положениями которых инфильтруются действующие, либо на их основе создаются новые правовые и этические акты стандарт-сеттеров.

При этом доминирующим источником международного финансового права является так называемое «мягкое право», выступающее прежде всего в форме *международных финансовых стандартов*. При этом ядром системы международных финансовых стандартов является компендиум Совета по финансовой стабильности¹⁵.

В рамках отечественной науки подробный обзор международного «мягкого права» дается в том числе в фундаментальных монографиях В. В. Кудряшова¹⁶, А. В. Демина¹⁷ и Р. М. Халафяна¹⁸. Что касается зарубежной доктрины, то Е. Милано и Н. Цуглиани¹⁹ выделяют следующие три подхода к мягкому праву.

Приверженцы конструктивистского подхода (А. фон Богданди, Ф. Дэнн и М. Голдманн, Э. Т. Гусман, К. Браммер и др.) опираются на эффективность воздействия инструмента и неюридическую мотивацию субъектов к исполнению добровольно взятых на себя обязательств. Позитивистский подход (Я. Клабберс) исходит из того, что международное право воплощается в юридически обязывающих действиях. Согласно неопозитивистскому подходу (Ж. Д'Аспремон) мягкое право, независимо от его характера и содержания, не оказывает правового воздействия на участников международного правопорядка (при этом, в отличие от позитивистов XIX века, неопозитивистские теоретики рассматривают статический формализм как недостаточную концептуальную основу, признавая за деформализацией источников права объективные основания).

Многие ученые признают, что механизм имплементации норм международного права пока еще недостаточно подвергался научной рефлексии, в отличие от международных правотворческих механизмов.

Для понимания специфики механизма финансово-правового регулирования имплементация имеет исключительно важное значение. В целях обеспечения эффективности имплементации международных мягко-правовых норм должны существовать специальные, компенсирующие недостаточность юридической формализации стимулы. Ключевым вопросом здесь является следующий: как мотивировать государства выполнять имеющиеся преимущественно мягко-правовой характер международные нормы в отсутствие юридических стимулов?

¹⁵ URL: https://www.fsb.org/work-of-the-fsb/about-the-compendium-of-standards/key_standards/ (дата обращения: 29.09.2023).

¹⁶ Кудряшов В. В. Международные финансовые стандарты в зарубежной доктрине международного финансового права: монография / ред. В. В. Кудряшов. Москва: ИИФРА-М, 2019.

¹⁷ Демин А. В. «Мягкое право» в эпоху перемен. Опыт компаративного исследования: монография. Москва: Проспект, 2015.

¹⁸ Халафян Р. М. Нормы международного «мягкого права» в правовой системе Российской Федерации. Москва: Норма, 2022.

¹⁹ Milano E., Zugliani N. *Capturing Commitment in Informal, Soft Law Instruments: A Case Study on the Basel Committee* // Journal of International Economic Law. 2019. Vol. 22. P. 163–176.

Традиционно принято считать, что в признанных формах объективации международных обязательств (международный договор и международный обычай) воплощаются международно-правовые нормы, обладающие классической нормативностью и юридико-обязывающим характером. В силу этого же юридико-догматического взгляда принято полагать, что соблюдение *формы* и *процедуры*, а также угроза *санкцией* являются для государств достаточным мотивирующим набором для эффективного выполнения своих международно-правовых обязательств. Однако в эпоху торжества прагматико-ориентированных типов правопонимания (социология права, правовой конструктивизм, правовой неореализм и др.) и вдобавок в риск-ориентированной парадигме финансового регулирования все более актуален вопрос: действительно ли «формально определено» и «юридико-обязывающе» значит «эффективно»?

Интересно, что и с позиций психологической школы права (Л. Петражицкий)²⁰, и с точки зрения представителей юридического конструктивизма (К. Браммер²¹ и Дж. Эллис²²) определяющим является субъективное *восприятие* лицами (государствами) нормы как обязывающей, притом что формально это обязывание может быть не выражено юридико-позитивистскими средствами²³.

К. Лютмар и К. Карнейро в связи с этим задаются вопросом, увеличивает ли принуждение (англ.: enforcement) уровень соблюдения (англ.: compliance)? И в каком дизайне механизма правового регулирования принуждение может увеличить степень соблюдения?²⁴ То есть, другими словами, юридическая санкция может быть недостаточным мотиватором для государства и его частных агентов соблюдать нормы международного права.

В этой связи следует признать, что ключевым мотиватором государств к соблюдению международно-правовых договоренностей выступает *репутация*. Автор настоящей статьи придерживается следующей базовой логики: углубление глобализации детерминирует экономический рост посредством большей включенности государства в мировую систему разделения труда, а репутация является ключевым фактором, дающим государствам «билет» на вход в глобальные цепочки стоимости.

Что мотивирует государства брать на себя и ответственно нести международные мягко-правовые обязательства в финансовой сфере? Представляется, что это, во-первых, излишняя формализация договорных процедур, во-вторых, малая гибкость договорного содержания, что в условиях парадигмы риск-ориентированного регулирования выглядит слабостью, и, в-третьих, чрезмерная строгость формально-юридического обязывания.

Э. Гузман, излагая свою «репутационную теорию», декларирует такую логику: решение государства о соблюдении норм принимается на основе оценки его собственных интересов. Международное право может затрагивать эти личные интересы двумя способами: а) в связи с введением прямых санкций, таких как торговые, военные или дипломатические санкции; б) в связи с потерей репутационного капитала на международной арене. Если прямые и репутационные издержки нарушения международного права перевешиваются вытекающими из этого выгодами, государство нарушит эти нормы права²⁵.

²⁰ Петражицкий называл это «правовыми эмоциями», имеющими «императивно-атрибутивный характер». См.: Теория права и государства в связи с теорией нравственности / Петражицкий Л. И. *Теория права и государства в связи с теорией нравственности*. С.-Пб.: Лань, 2000. С. 121–126.

²¹ К. Браммер указывает: «Хотя легализация помогает подчеркнуть степень серьезности и торжественности, с которой сторона берет на себя обязательство, из этого не обязательно следует, что во всех мягко-правовых нормах отсутствует чувство обязательности (англ.: *sense of commitment*) или репутационных последствий, если сторона решит не выполнять свои обязательства» (Brummer C. *How International Financial Law Works (and How it Doesn't)* // *Georgetown Law Journal*. 2011. Vol. 99. P. 272).

²² Будто находясь под влиянием работ Л. Петражицкого и его психологической теории права, Дж. Эллис пишет: «Правовая норма может функционировать как таковая, только если она порождает чувство юридического обязательства... По прошествии времени норма может приобрести способность генерировать чувство юридического обязательства или потерять эту способность: например, государства, которые формально связаны нормой, могут ее не уважать или же просто игнорировать при разработке правовых аргументов о своем поведении или поведении других лиц. При этом степень, в которой норма порождает чувство юридического обязательства, может находиться под влиянием негосударственных субъектов, поскольку они критикуют (или, реже, хвалят) государственное поведение или высказывают мнения на правовых и политических аренах» (Ellis J. *Shades of Grey: Soft Law and the Validity of Public International Law* // *Leiden Journal of International Law*. 2012. Vol. 25. № 2. P. 313–314).

²³ Например п. 7 Резолюции Совета Безопасности ООН № 1617, принятой Советом Безопасности 29 июля 2005 года, в котором Совет «настоятельно призывает» все государства-члены соблюдать Рекомендации FATФ, де-факто стал обязывающей нормой для государств — членов ООН. Это породило на нижнем этаже регуляторной пирамиды императивно внедряемый, работающий в немалой степени на публичный интерес антиотмывочный комплаенс.

²⁴ Lutmar C., Carneiro C. *Op. cit.*

²⁵ Guzman A. *Op. cit.* P. 24.

Причем Э. Гузман дает интересное двухэтапное прочтение репутационного механизма: на первом этапе государства ведут переговоры о содержании нормы и взятии на себя обязательств; на втором этапе государства решают, выполнять или не выполнять взятые на себя международные обязательства²⁶.

То есть государство, по сути, дважды вкладывается в свою репутацию. Первую модель можно назвать «хочет, но не может» [соответствовать]. Приблизительным аналогом репутационных последствий для этого государства будет погружение в «серый список» ФАТФ. Но это лучше, чем вовсе не брать на себя международные обязательства, — модель «не хочет и не может» (что примерно грозит попаданием в «черный список» ФАТФ).

Таким образом, инструментарий международного мягко-правового регулирования финансового рынка опирается не на юридическую, а на репутационно-экономическую мотивацию, которую можно назвать и квазюридической, а именно: на механизмы давления рынка (англ.: *market pressure*) или давления со стороны равных (англ.: *peer pressure*), а также на «мягкие» средства понуждения к качественной имплементации международных стандартов: принцип «назвать и пристыдить» (англ.: *name and shame*) (ОЭСР, ФАТФ), «соблюдай или объясняй» (англ.: *comply/act or explain approach*) (финансовые органы ЕС — ESRB, EBA, ESMA, EIOPA).

3. Роль корпоративного комплаенса в обеспечении эффективности механизма международного финансового-правового регулирования

Эффективность механизма имплементации норм международного финансового права, по мнению автора, определяется двумя основными институтами. Во-первых, институтом *мониторинга* имплементации норм международного мягкого финансового права в национальные правовые системы. Во-вторых, институтом корпоративного *комплаенса* в его публично-правовой функции. Рассмотрим эти институты подробнее.

3.1. Институт мониторинга

В международном финансовом праве сложилась сложная ступенчатая система мониторинга имплементации международных мягко-правовых норм в национальные правовые системы. Первым уровнем мониторинга являются программы от самих стандарт-сеттеров (Программа оценки российского финансового сектора (англ.: *Financial Sector Assessment Program*) и стандарты и правила ROSC от МВФ, взаимные оценки от ФАТФ, RCAP от Базельского комитета по банковскому надзору и др.). При этом программы МВФ имеют композитный и несколько надсекторальный характер: они не только оценивают уровень имплементации государствами положений Устава МВФ, стандартов и рекомендаций МВФ, но и «домониторивают» 12 сфер за стандарт-сеттерами (программа ROSC) либо надсекторально оценивают финансовую (в лексике МВФ — макрофинансовую) стабильность государств (программа FSAP). Еще выше расположены страновые отчеты, а также отчеты по секторальным уязвимостям от Совета по финансовой стабильности. Венчает мониторинговую пирамиду результирующий отчет Совета по финансовой стабильности для «Группы Двадцати» о соблюдении государствами 5 ключевых сфер, обеспечивающих глобальную финансовую стабильность²⁷.

При этом важно отметить, что не только стандарты и руководства несут регуляторную нагрузку. Дисциплинирующее воздействие на государства оказывают сами мониторинговые программы и завершающие их отчеты с рекомендациями по устранению выявленных в ходе оценки недостатков.

Нельзя не обратить внимание на *минусы* указанных механизмов имплементации: неформализованность государственной репутации; временной лаг между оценкой и последствиями; непредсказуемость глубины реакции оценщика; конкуренция списков/рейтингов/индексов; политизация процедур и выводов (естественно замещающая недостаток юридической формализации); существенное влияние этической составляющей в работе оценщика на результат оценки.

В частности, важным вопросом является невнятная формализация (объективация) репутационного рейтинга государств. Так, К. Лютмар и К. Карнейро пишут о «динамичности» репутации и ее

²⁶ Ibid.

²⁷ Более подробно: Понаморенко В. Е. *Концептуально-правовые основы интеграции в денежно-кредитной сфере в ЕС и ЕАЭС: дисс.... докт. юрид. наук.* МГИМО, 2021. С. 126–133.

«сегментированности» по сферам. Хотя, надо признать, имеет место стихийно проявляющаяся себя тенденция к интегрированности государственной репутации в финансовой сфере (списки ФАТФ как «точка входа» в репутацию государства).

Сегодня эта проблема особенно заметна при настройке инструментария санкционного комплаенса и оверкомплаенса — вида комплаенса, имеющего целью для компании не подпасть под вторичные санкции вследствие коммуникации с подсанкционными государствами и лицами.

3.2. Институт корпоративного комплаенса и его публично-правовая функция

После мирового финансового кризиса 2007–2009 годов обозначились двухслойность и двухпорность международного финансового регулирования. Иными словами, пришло коллективное осознание того, что идентификация рисков и эффективное управление ими возможно только: а) при тесном взаимодействии публичного и корпоративного управления (это можно именовать «регуляторным государственно-частным партнерством»); б) при тесном переплетении правовых и этических регулятивных начал.

В случае с корпоративным комплаенсом мы имеем дело с опубличиванием частноправовой по своей природе функции: государство транслирует частному сектору императив о том, что частный сектор является необходимым первым рубежом на пути противодействия рискам экономической деятельности.

В контексте механизма правового регулирования, публичная миссия комплаенса — обеспечение соответствия правилам, не доходя, по возможности, до факультативной стадии правоприменения. В случае корпоративной комплаенс-функции можно говорить о коллективной *реализации* социальных (в том числе правовых) норм в непосредственной деятельности корпорации.

В тех областях международного регулирования, где правоприменение недостаточно формализовано (например, в международном финансовом праве по сравнению с более юдициализированными правовыми порядками, например, торговым²⁸), на комплаенс возлагается задача компенсировать недостаточность юридической формализации правил и сниженную роль судебного правоприменения в механизме правового регулирования²⁹.

Посему имеются основания включать корпоративный комплаенс в этой его ипостаси в структуру механизма международного финансово-правового регулирования.

Далее необходимо отметить, что нормы международного права «спускаются» на уровень частного сектора *двумя путями*: вертикально (через механизм имплементации в национальную правовую систему) и горизонтально (через *прямую* комплаенс-связь между участниками рынка).

Первый путь (опосредованного комплаенса) симулирует традиционный для международного права механизм имплементации норм твердого права в национальную правовую систему. Здесь тоже имеет место некая развилка: между типичной имплементацией норм международного финансового права через законодательство (классический вариант) и специфичной имплементацией через правовые (в российском исполнении — зачастую и ненормативные) акты центрального банка (что еще раз подчеркивает особую роль центральных банков в формировании и трансляции международной регуляторики).

При этом государство *принуждает* или *понуждает* субъектов частного сектора иметь собственные комплаенс-системы (порождая *императивный* комплаенс-ответ от частного сектора). В качестве видов такого императивного комплаенса можно назвать системы управления рисками, которые участники финансового рынка должны иметь для выполнения пруденциальных (то есть ориентированных на финансовую устойчивость) требований регулятора. Это собственно банковский, страховой, фондовый и т. п. комплаенс.

²⁸ См. подробнее о соотношении международного финансового и торгового правовых порядков: Shaffer G., Weibel M. *The Rise and Fall of Trade and Monetary Legal Orders: From the Interwar Period to Today's Global Imbalances* // Contractual Knowledge: One Hundred Years of Legal Experimentation / ed. by G. Mallard, J. Sgard. New York : Cambridge University Press, 2016. P. 289–323. URL: <https://ssrn.com/abstract=2781259> (дата обращения: 21.09.2023); Thorstensen V., Ramos D., Muller C. *The 'missing link' between the WTO and the IMF*. Journal of International Economic Law. 2013. Vol. 16. № 2. P. 353–381; Gadbow R. M. *Systemic Regulation of Global trade and Finance: A Tale of Two Systems* // Journal of International Economic Law. 2010. Vol. 13. № 3. P. 551–574.

²⁹ О проблематике юдициализации международного правосознания и спорной «центральнойности» судебного правоприменения в доктрине международного права см: Zarbiyev F. *On the Judge Centredness of the International Legal Self* // European Journal of International Law. 2021. Vol. 32. № 4. P. 1139–1166; d'Aspremont J. *If International Judges Say So, It Must Be True: Empiricism or Fetishism?* // ESIL Reflections. 2015. Vol 4. № 9. URL: <https://ssrn.com/abstract=2696721> (дата обращения: 21.09.2023).

Среди кросс-секторальных видов комплаенса к таким императивным видам можно отнести, безусловно, «антиотмывочный комплаенс». Методология взаимных оценок ФАТФ, равно как и институт консультаций с частным сектором у ФАТФ и РГТФ, наиболее ярко демонстрируют, каким образом частный сектор вовлекается в национальную оценку рисков и каков вклад субъектов первичного финансового мониторинга в общую оценку национальной системы ПОД/ФТ.

Механизм *понуждения* к наличию определенной комплаенс-функции может быть проиллюстрирован на примере антимонопольного комплаенса, когда регуляторы зачастую включают факт наличия у организации такого комплаенса в свою систему риск-ориентированного и пропорционального надзора, рассматривая его как фактор, способствующий смягчению надзорного давления (в виде проверок, отчетности, санкций).

Второй путь — *путь прямой комплаенс-связи* — связан с возросшей ролью субъектов частного сектора в мировой экономике и выражается в горизонтальной (без посредничества государств) «комплаентности» данных субъектов нормам международного права и наднациональной бизнес-этики. При взаимодействии прежде всего крупных субъектов частного сектора на второй план отходит вопрос, насколько государство резидентства такого субъекта имплементировало положения международного стандарта в национальную правовую систему. Репутация хозяйствующего субъекта формируется во многом за счет его добровольного декларирования контрагенту факта такого соответствия³⁰. Комплаенс-запрос со стороны рынка удовлетворяется комплаенс-ответом тех его участников, которые готовы сделать вклад в свою репутационную, а значит, и рыночную капитализацию.

Можно предположить, что страновой репутационный потолок, под которым существуют все экономические агенты в этом государстве, во многом заставляет последних, во-первых, осознанно делать вклад в интегральную оценку рисков на уровне государства и, во-вторых, активно формировать свой репутационный капитал в прямых комплаенс-связях с иностранными контрагентами.

Заключение

Современное международное финансовое право характеризуется рядом особенностей. К ним относятся:

- ярко выраженное взаимодействие экономики и права на базе риск-ориентированного подхода и концепта пропорционального регулирования;
- посткризисно обозначившиеся «двухэтажность» (публичный и корпоративный уровни) и «двухопорность» (правовая и этическая компоненты) регулирования финансового рынка;
- кросс-секторальность международного финансового регулирования и корпоративного комплаенса;
- конвергенция публичных и частных начал в управлении (регуляторное государственно-частное партнерство);
- уникальность институционально-регуляторной структуры международного финансового права (стандарт-сеттеры, мягкое право).

Указанные особенности предъявляют особые требования к содержанию механизма финансово-правового регулирования (его регуляторному, институциональному и правоприменительному элементам). В качестве важного фактора, влияющего на степень эффективности международно-правового регулирования финансовых отношений, выступает корпоративный комплаенс. Последний функционирует и в своих собственных частных, и в публичных интересах, делая существенный вклад в репутацию государства по линии ведущих международных финансовых регуляторов. Такая оценка репутации объективируется в разного рода списках, рейтингах и индексах и оказывает в условиях глобализации решающее значение для признания государства полноценным участником мировой системы разделения труда.

³⁰ В качестве примеров можно привести добровольную (прямую) комплаентность экспортных кредитных агентств положениям ДОЭК ОЭСР или банков — требованиям FATCA.

CORPORATE COMPLIANCE IN THE MECHANISM OF INTERNATIONAL FINANCIAL AND LEGAL REGULATION

PONAMORENKO V. E.

Vladislav Ponomorenko — Doctor of Sciences in Law, Associate Professor, Academic Supervisor of the Institute of Compliance and Business Ethics of the Higher School of Law and Administration, HSE University; Professor of the Department of Public Law, the Russian Foreign Trade Academy of the Ministry for Economic Development of Russia and of the Administrative and Financial Law Department, Moscow State Institute of International Relations, HSE University, the Russian Foreign Trade Academy of the Ministry for Economic Development of Russia, MGIMO University, Moscow, Russia (vponamorenko@hse.ru).
ORCID: 0000-0002-3071-4405.

Abstract

The purpose of the article is to reconsider the traditional structure of international legal regulation mechanism in a specific area of social relations. In this regard, the author substantiates the peculiarity of the element set of mechanism of international financial and legal regulation (hereinafter — MIFLR), inter alia defines the role of corporate compliance in the MIFLR. The author assumes that the peculiar character of the object of regulation (financial relations) determines the design of the sources of their regulation. For its part, such peculiarity imposes special requirements on the effectiveness of implementing mechanisms of these sources of regulation in national legal systems. In this regard, the author states that corporate compliance is a necessary element of the mechanism of international legal regulation of financial relations. In the paper the systematic approach and a formal legal method along with a functional method are employed. It is concluded that corporate compliance acts as an important factor that influences the effectiveness of international legal regulation of financial relations. Corporate compliance functions both in its own private interest as well as in public interests, making a significant contribution to a state's assessment by the international financial regulators. This assessment has reputational value, being objectified in various lists, ratings and indices, and is crucial in the context of globalization for a state to be recognized as a full-fledged participant in the international division of labor. The work contributes to the study of the problems of international normativity, the sources of international financial law, the mechanism of implementation of international financial law in national legal systems.

Keywords

soft law, international financial law, compliance, implementation, standard-setters

Citation: Ponomorenko V. Korporativnyi kompliens v mekhanizme mezhdunarodnogo finansovo-pravovogo regulirovaniya [Corporate Compliance in the Mechanism of International Financial Regulation] // Zhurnal VSHÉ po mezhdunarodnomu pravu (HSE University Journal of International Law). 2023. Vol. 1. № 2. P. 32–41.

<https://doi.org/10.17323/jil.2023.18187>

References / Список источников

- Brummer C. (2011) How International Financial Law Works (and How it Doesn't). *Georgetown Law Journal*, vol. 99, pp. 257–327.
- D'Aspremont J. (2015) If International Judges Say So, It Must Be True: Empiricism or Fetishism? *ESIL Reflections*, vol. 4, no. 9. Available at: <https://ssrn.com/abstract=2696721>. (accessed: 21.09.2023).
- Besson S. (ed.) *Theories of International Responsibility Law*, Cambridge: Cambridge University Press.
- Demin A. V. (2015) "Myagkoe pravo" v èpokhu peremen. Opyt komparativnogo issledovaniya: monografiya [‘Soft law’ in changing times: a comparative study: monograph], Moscow: Prospekt. (In Russian).
- Ellis J. (2012) Shades of Grey: Soft Law and the Validity of Public International Law. *Leiden Journal of International Law*, vol. 25, no. 2, pp. 313–334.
- Heyvaert V. (2009) Hybrid Norms in International Law. *LSE Legal Studies Working Paper*, no. 6. pp. 1–26.
- Gadbaw R. M. Systemic Regulation of Global trade and Finance: A tale of Two Systems. *Journal of International Economic Law*, vol. 13, no. 3, pp. 551–574.
- Giovanoli M., Devos D. (2010) *International Monetary and Financial Law. The Global Crisis*, Oxford: Oxford University Press, 2010.
- Guzman A. (2001) *International Law: A Compliance Based Theory*, Berkeley: UC Berkeley Public Law and Legal Theory Working Paper Series.

- Khalafyan R. M. (2022) Normy mezhdunarodnogo “myagkogo prava” v pravovoy sisteme Rossiyskoy Federatsii [Norms of international “soft law” in the legal system of the Russian Federation], Moscow: Norma. (In Russian).
- Klabbers J., Piipaerinen T. (eds.) (2013) Normative Pluralism and International Law: Exploring Global Governance, Cambridge: Cambridge University Press.
- Koh H. (1994) The 1994 Roscoe Pound Lecture: Transnational Legal Process. *Nebraska Law Review*, vol. 75, no. 1, pp. 181–207.
- Krisch N. (2006) The Pluralism of Global Administrative Law. *European Journal of International Law*, vol. 17, no. 1, pp. 247–278.
- Kruger H., Peters A., Kreuzer L. (eds.) (2020) Due Diligence in the International Legal Order, Oxford: Oxford University Press.
- Kudryashov V. V. (2019) Mezhdunarodnye finansovye standarty v zarubezhnoy doktrine mezhdunarodnogo finansovogo prava: monografiya [Overseas doctrinal approaches of the international financial law to the international financial standards: monography], Moscow: INFRA-M. (In Russian).
- Lifshits I., Ponamorenko V. (2020) International Financial Standards in the Global Legal Order and in EU and EAEU Law. *Russian Law Journal*, vol. 8, no. 3, pp. 4–31.
- Lutmar C., Carneiro C. (2018) Compliance in International Relations. *Oxford Research Encyclopedia of Politics*. Available: https://edisciplinas.usp.br/pluginfile.php/4424948/mod_resource/content/1/Lutmar%20and%20Carneiro%202018.pdf (accessed: 21.09.2023).
- Lukashuk I. I. (2005) Mezhdunarodnoe pravo [International Law], Moscow: Wolters Kluwer. (In Russian).
- Matuzov N. I., Mal'ko A. V. (2001) Teoriya gosudarstva i prava [Theory of state and law], Moscow: Yurist. (In Russian).
- Milano E., Zugliani N. (2019) Capturing Commitment in Informal, Soft Law Instruments: A Case Study on the Basel Committee. *Journal of International Economic Law*, vol. 22, no. 2, pp. 163–176.
- Petrazhitskiy L. I. (2020) Teoriya prava i gosudarstva v svyazi s teoriey npravstvennosti [Theory of law and state in connection with the theory of morals], Moscow: Izdatel'stvo Yurayt. (In Russian).
- Ponamorenko V. E. Kontseptual'no-pravovye osnovy integratsii v denezhno-kreditnoi sfere v ES i EAÉS: diss. ... doct. jur. nauk [The conceptual legal fundamentals of EU- and EAEU Integration in monetary sphere], Moscow: MGIMO. (In Russian).
- Ponamorenko V. E., Korovyakovskiy D. G. (2017) Komplains kak aktual'nyi kontsept [Compliance as a modern concept]. *Tamozhennoe delo*, vol. 1, pp. 28–30. (In Russian).
- Ponamorenko V. E. (2011) Sotsiologizatsiya pravosoznaniya kak predposylka stanovleniya instituta mediatsii v Rossii [Sociologisation of legal consciousness as a prerequisite for the establishment of the institution of mediation in Russia]. *Vestnik Rossiyskogo novogo universiteta. Seriya: Chelovek i Obshchestvo*, vol. 3, pp. 43–46. (In Russian).
- Shaffer G., Weibel M. (2016) The Rise and Fall of Trade and Monetary Legal Orders: From the Interwar Period to Today's Global Imbalances. In: Mallard G., Sgard J. (eds.) *Contractual Knowledge: One Hundred Years of Legal Experimentation in Global Markets*, NY: Cambridge University Press. Available at: <https://ssrn.com/abstract=2781259> (accessed: 21.09.2023).
- Siddiqui L. A. (2021) Compliance with International Law: Theoretical Perspectives, vol. 31, no. 1, pp. 15–28. Available at: <https://www.researchgate.net/publication/357334943> (accessed: 29.09.2023).
- Stefano C. (2017) Reforming the Governance of International Financial Law in the Era of Post-Globalization. *Journal of International Economic Law*, vol. 20, no. 3, pp. 509–533.
- Thorstensen V., Ramos D., Muller C. (2013) The 'missing link' between the WTO and the IMF. *Journal of International Economic Law*, vol. 16, no. 2, pp. 353–381.
- Zarbiyev F. (2021) On the Judge Centredness of the International Legal Self. *European journal of International Law*, vol. 32, no. 4, pp. 1139–1166.

ИСПОЛНЕНИЕ АКТОВ СУДА ЕВРАЗИЙСКОГО ЭКОНОМИЧЕСКОГО СОЮЗА: ОБЗОР ПЕРВЫХ ПРОБЛЕМ И ПУТЕЙ ИХ РЕШЕНИЯ

МЫСЛИВСКИЙ П. П.

Мысливский Павел Петрович — кандидат юридических наук, преподаватель кафедры международного права, Российский государственный университет правосудия, Москва, Россия (pavelmyslivskiy@gmail.com). ORCID: 0000-0002-3369-151X.

Аннотация

Суд Евразийского экономического союза — активный и востребованный международный судебный орган, работа которого нацелена на обеспечение единообразного применения права Евразийского экономического союза — интеграционного объединения России, Беларуси, Казахстана, Кыргызстана и Армении в сфере экономики. По существу рассматриваемых дел и в рамках своей компетенции данный судебный орган вправе выносить два вида судебных актов — консультативные заключения и решения — которые исполняются с разной степенью успешности. Так, если рекомендательные консультативные заключения воспринимаются акторами интеграции и, как правило, исполняются, то с обязательными решениями ситуация не столь благоприятная, поскольку действующее нормативное регулирование предусматривает существенную степень дискреции спорящих сторон в этом вопросе. В настоящей статье автором выявляются проблемы, возникавшие в контексте исполнения решений Суда: в частности, рассмотрена актуальная практика Суда по делам, в которых заявителями выступили работающие в сфере угольной промышленности российские компании, а также компании, привлеченные к ответственности за предполагаемое нарушение антимонопольного права Союза. Статья содержит обзор правовых позиций Конституционного и Верховного Суда Российской Федерации по вопросу учета практики Суда Евразийского экономического союза при отправлении правосудия национальными судами. Автор констатирует: основываясь на Статуте Суда, высшие судебные инстанции исходят из того, что действие правовых позиций в правовой системе России не самостоятельно и зависит от исполнения решения Суда Евразийской экономической комиссией. Кроме того, в статье рассматривается практика Конституционного Суда, сложившаяся ввиду закрепленной в Конституции невозможности признания решений Суда в качестве нового обстоятельства для целей пересмотра вступивших в силу судебных актов национальных судов. Автор предлагает варианты совершенствования исполнения решений Суда, в том числе путем комбинирования судебных процессов в Суде и национальных судах, реформирования национального процессуального законодательства с целью придания практике Суда статуса нового обстоятельства для целей пересмотра судебных актов, вступивших в законную силу, создания механизма мониторинга исполнения решений и консультативных заключений Суда, а также установления мер ответственности международных служащих за ненадлежащее исполнение решений Суда.

Ключевые слова

Суд ЕАЭС, исполнение решений, консультативное заключение, новые обстоятельства

Для цитирования: Мысливский П. П. Исполнение актов Суда Евразийского экономического союза: обзор первых проблем и путей их решения // Журнал ВШЭ по международному праву (HSE University Journal of International Law). 2023. Т. 1. № 2. С. 42–53.

<https://doi.org/10.17323/jil.2023.18188>

Введение

В качестве одного из приоритетных направлений деятельности Концепция внешней политики России называет повышение роли Евразийского экономического союза (далее — ЕАЭС, Союз) на международной арене¹. Эта интеграционная площадка с течением времени будет расширяться, охватывая новые предметы ведения² и (возможно) объединяя новых участников³, поэтому работоспособность и эффективность Суда Евразийского экономического союза (далее — Суд ЕАЭС, Суд) и его практика будут приобретать все более важное значение для жизнеспособности евразийской интеграции в целом.

¹ Концепция внешней политики Российской Федерации (утв. Президентом Российской Федерации В.В. Путиным 31 марта 2023 года). Подпункт 4) пункта 19. URL: <https://www.mid.ru/ru/detail-material-page/1860586/> (дата обращения: 12.06.2023).

² Решение Высшего Евразийского экономического совета от 11 декабря 2020 года № 12 «О стратегических направлениях развития евразийской экономической интеграции до 2025 года». URL: https://docs.eaeunion.org/docs/ru-ru/01428320/scd_12012021_12 (дата обращения: 12.06.2023).

³ *В Самарканде прощупали глубину интеграции. Россия и Узбекистан ищут формат расширения сотрудничества* // URL: <https://www.kommersant.ru/doc/5705216>; *Россия рассчитывает на вступление Таджикистана в ЕАЭС* // URL: <https://www.vedomosti.ru/politics/articles/2023/06/07/978990-rossiya-rasschitivaet-na-vstuplenie-tadzhikistana-v-eaes> (дата обращения: 12.06.2023).

В 2021 году в «Московском журнале международного права» вышла статья «Исполнение решений и консультативных заключений Суда Евразийского экономического союза». Сфокусировавшись на теоретико-практических особенностях исполнения решений Суда ЕАЭС⁴, автор этого исследования выявил достаточно оптимистичную тенденцию, согласно которой Суд ЕАЭС содействовал формированию *opinio juris* государств — членов ЕАЭС путем вынесения консультативных заключений, а государства и Евразийская экономическая комиссия (далее — ЕЭК) в целом исполняли решения Суда.

Однако с момента опубликования указанной статьи дали о себе знать первые сложности с исполнением актов Суда ЕАЭС как на наднациональном уровне, так и в Российской Федерации. Поскольку наибольшая доля обращений в Суд приходится на российские компании⁵, исполнение решений по делам с участием данных лиц позволило определить проблемы, решение которых необходимо для сохранения эффективной работы Суда и интеграции в целом. В этой связи настоящая статья продолжает исследование вопроса об исполнении консультативных заключений и решений Суда ЕАЭС, демонстрирует проблемные моменты на примерах российских заявителей, а также предлагает возможные пути их устранения.

В рамках настоящей статьи хотелось бы избежать детального обсуждения компетенции Суда ЕАЭС⁶, поэтому кратко отметим, что в силу пункта 2 Статута Суда⁷ основной целью деятельности данного судебного органа является обеспечение единообразного применения права ЕАЭС. Согласно пункту 39 Статута Суд по общему правилу рассматривает споры между государствами — членами Союза, государствами — членами Союза и ЕЭК, хозяйствующими субъектами и ЕЭК, а также в силу пункта 46 по запросам государств — членов Союза, органов Союза, должностных лиц и органов Союза разъясняет право Союза.

Для реализации цели своего функционирования и компетенции Суд ЕАЭС вправе выносить два вида судебных актов по существу рассматриваемых дел: обязательные решения при рассмотрении споров (пункт 99 Статута) и рекомендательные консультативные заключения при разъяснении права Союза (пункты 46, 98 Статута)⁸. При этом отметим, что процессы исполнения решений и консультативных заключений Суда ЕАЭС различаются по сути: если решение обязательно должно быть исполнено, то консультативное заключение Суда — это рекомендация, которая не предполагает обязательного исполнения.

Крайне важно подчеркнуть, что практика Суда ЕАЭС может влечь правовые последствия не только для сторон спора, но и для неопределенного круга лиц на международном и национальном уровнях⁹, поскольку на основе признанного не соответствующим праву Союза акта ЕЭК ранее могли быть вынесены решения государственных органов (в том числе судебных). Кроме того, правовые позиции Суда могут быть использованы при разрешении различных спорных ситуаций, а также устанавливают основополагающие параметры евразийской интеграции в целом¹⁰.

1. Исполнение консультативных заключений Суда ЕАЭС: «полет нормальный»

Востребованность консультативной юрисдикции, в силу которой Суд ЕАЭС разъясняет право Союза, постоянно проявляется на практике¹¹. Государства — члены Союза и ЕЭК охотно обращаются в Суд ЕАЭС за разъяснением, а также активно используют консультативные заключения в своей

⁴ Мысливский П. П. *Исполнение решений и консультативных заключений Суда Евразийского экономического союза* // Московский журнал международного права. 2021. № 3. С. 78–97.

⁵ Статистические данные о деятельности Суда Евразийского экономического союза по состоянию на 23 декабря 2022 года. С. 3. URL: [https://courteurasian.org/upload/iblock/999/bxxf0h6ddpkja13u0k40i3xjdi1fms3/Статистика%20по%20состоянию%20на%20\(дата%20обращения%2012%20июня%2023%20года\).pdf](https://courteurasian.org/upload/iblock/999/bxxf0h6ddpkja13u0k40i3xjdi1fms3/Статистика%20по%20состоянию%20на%20(дата%20обращения%2012%20июня%2023%20года).pdf)

⁶ Дьяченко Е. Б. Энтин К. В. *Компетенция Суда Евразийского экономического союза: мифы и реальность* // Международное правосудие. 2017. № 3 (23). С. 76–95.

⁷ Статут Суда Евразийского экономического союза (приложение № 2 к Договору о Евразийском экономическом союзе от 29 мая 2014 года) // URL: <https://courteurasian.org/upload/iblock/b30/2%20Статут%20Суда.pdf> (дата обращения: 12.06.2023).

⁸ Нешатаева Т. Н. *Слышать жизнь: действие актов международного суда в национальных правовых системах* // Международное правосудие. 2018. № 1 (25). С. 59–65.

⁹ Толстых В. Л. *Практика Суда ЕАЭС / Суда ЕвразЭС: проблемы правоприменения и некоторые итоги* // Международное правосудие. 2016. № 4 (20). С. 124–126.

¹⁰ Нешатаева Т. Н. *Суд Евразийского экономического союза: от правовой позиции к действующему праву* // Международное правосудие. 2017. № 2. С. 64–79.

¹¹ Кадышева О. В. *Роль консультативных заключений в международном правосудии и в практике Суда ЕАЭС* // Право. Журнал Высшей школы экономики. 2022. Т. 15. № 1. С. 223–227.

деятельности. Статистика показывает, что порядка четверти всех дел было передано на рассмотрение Суда ЕАЭС именно в рамках консультативной процедуры¹².

Благодаря консультативной компетенции работа Суда ЕАЭС охватывает крайне широкий спектр вопросов: государственные (муниципальные) закупки¹³, маркировку товаров¹⁴, регулирование взимания косвенных налогов¹⁵, статус международных служащих Союза¹⁶ и др. Подобное разнообразие направлений деятельности эффективно опровергает тезис¹⁷ о том, что евразийская интеграция касается исключительно вопросов таможенного регулирования.

Радует и то, что установленный в Статуте рекомендательный характер консультативного заключения не сказывается негативно на его исполнении: государства и ЕЭК прислушиваются к правовым позициям Суда. Так, Российская Федерация оперативно исполнила¹⁸ консультативное заключение Суда ЕАЭС от 22 ноября 2022 года¹⁹ по вопросу обеспечения участия хозяйствующих субъектов в процедуре государственных закупок и исправила свое национальное законодательство в соответствии с правовой позицией Суда. Помимо этого, отсутствуют явные пересечения (конфликты) между национальными антимонопольными органами и Евразийской экономической комиссией (далее — ЕЭК, Комиссия)²⁰. Государства — члены Союза согласились с правовой позицией Суда ЕАЭС по вопросу о невозможности применения пенсионного законодательства к международным служащим ЕАЭС с обратной силой²¹ и не возражают относительно толкования понятия «международный служащий», данного Судом²².

Исходя из этого можно констатировать успешность функционирования консультативной процедуры на начальном этапе работы Суда ЕАЭС. Из этого также следует, что консультативная процедура может и должна стать своего рода драйвером, основным процессуальным механизмом вовлеченности Суда в совершенствование правового регулирования в ходе евразийской интеграции. В будущем следует активнее использовать и развивать данную компетенцию Суда ЕАЭС, поскольку очевидна востребованность института консультативного заключения. Данный институт не обязывает, но помогает государствам — членам Союза и ЕЭК в формировании *opinio juris*, то есть стимулирует восприятие конкретной нормы права Союза в прочтении Суда. В итоге это способствует воспроизведению правовой позиции Суда в актах государств-членов, а также при внесении изменений в акты Союза²³. Следовательно, если государства — члены Союза столь позитивно воспринимают рекомендательные акты Суда ЕАЭС, следует рассмотреть развитие консультативной компетенции вплоть до включения большего числа государственных органов, уполномоченных на обращение в Суд

¹² Статистические данные о деятельности Суда Евразийского экономического союза по состоянию на 23 декабря 2022 года. С. 1. URL: [https://courteurasian.org/upload/iblock/999/bxxf0h6ddpkja13u0k40i3xjdj1frns3/Статистика%20по%20состоянию%20на](https://courteurasian.org/upload/iblock/999/bxxf0h6ddpkja13u0k40i3xjdj1frns3/Статистика%20по%20состоянию%20на%20(дата%20обращения%20:12.06.2023).) (дата обращения: 12.06.2023).

¹³ Консультативное заключение Большой коллегии Суда Евразийского экономического союза от 22 ноября 2022 года. URL: <https://courteurasian.org/upload/iblock/462/0h0u020gqdig31q37lhqnar5c0zqk9ja/Консультативное%20заключение%20от%2022.11.2022.pdf> (дата обращения: 12.06.2023).

¹⁴ Консультативное заключение Большой коллегии Суда Евразийского экономического союза от 30 мая 2023 года. URL: <https://courteurasian.org/upload/iblock/6fe/r3zckzo56aimpagfphw74sieow0zdy9/Консультативное%20заключение%20от%2030.05.2023.pdf> (дата обращения: 12.06.2023).

¹⁵ Консультативное заключение Большой коллегии Суда Евразийского экономического союза от 12 октября 2022 года. URL: https://courteurasian.org/upload/iblock/2f2/zgxf3dtge06x8b82inr6112i35wlg5i5/K3_12%2010%202022.pdf (дата обращения: 12.06.2023).

¹⁶ Консультативное заключение Большой коллегии Суда Евразийского экономического союза от 21 марта 2022 года. URL: [https://courteurasian.org/upload/iblock/dbe/Минюст%20РК%20\(служащие\)%20-%20Консультативное%20заключени%2021.03.2022.pdf](https://courteurasian.org/upload/iblock/dbe/Минюст%20РК%20(служащие)%20-%20Консультативное%20заключени%2021.03.2022.pdf) (дата обращения: 12.06.2023).

¹⁷ См., например, выступление В. Л. Толстых в ходе Первого Центрально-Азиатского международно-правового форума. URL: <https://www.youtube.com/watch?v=eTVFaqHRKQ&t=17095s> (дата обращения: 12.06.2023).

¹⁸ Постановление Правительства Российской Федерации от 10 апреля 2023 № 579 «Об особенностях порядка предоставления обеспечения заявок на участие в закупках товаров, работ, услуг для обеспечения государственных или муниципальных нужд участниками таких закупок, являющимися иностранными лицами». URL: <http://publication.pravo.gov.ru/Document/View/0001202304110016> (дата обращения: 12.06.2023).

¹⁹ Консультативное заключение Большой коллегии Суда Евразийского экономического союза от 22 ноября 2022 года. URL: <https://courteurasian.org/upload/iblock/462/0h0u020gqdig31q37lhqnar5c0zqk9ja/Консультативное%20заключение%20от%2022.11.2022.pdf> (дата обращения: 12.06.2023).

²⁰ Консультативное заключение Большой коллегии Суда Евразийского экономического союза от 18 июня 2019 года. URL: https://courteurasian.org/upload/iblock/323/3_18.06.2019%20-%20К3.pdf (дата обращения: 12.06.2023).

²¹ Протокол о внесении изменений в Договор о Евразийском экономическом союзе от 29 мая 2014 года в части пенсионного обеспечения должностных лиц и сотрудников Евразийской экономической комиссии и Суда Евразийского экономического союза, являющихся гражданами Российской Федерации от 24 марта 2023 года // доступ из СПС «Консультант Плюс».

²² Консультативное заключение Большой коллегии Суда Евразийского экономического союза от 21 марта 2022 года. URL: [https://courteurasian.org/upload/iblock/dbe/Минюст%20РК%20\(служащие\)%20-%20Консультативное%20заключени%2021.03.2022.pdf](https://courteurasian.org/upload/iblock/dbe/Минюст%20РК%20(служащие)%20-%20Консультативное%20заключени%2021.03.2022.pdf) (дата обращения: 12.06.2023).

²³ Нешатаева Т. Н. Суд ЕАЭС: от правовой позиции к действующему праву (доклад). URL: <https://courteurasian.org/upload/iblock/614/Доклад.pdf> (дата обращения: 12.06.2023).

ЕАЭС (например, Федеральной антимонопольной службы, Роспатента), объединений предпринимателей, а также физических лиц. Отметим, что такой сценарий не потребует внесения изменений в Статут Суда или другие международные договоры: достаточно скорректировать национальное законодательство²⁴ и предоставить соответствующим органам и лицам право обращаться в Суд ЕАЭС.

2. Исполнение решений Суда ЕАЭС: проблемы правового регулирования и практики

Практика исполнения решений Суда ЕАЭС идет по иному сценарию: по нашему мнению, ЕЭК и органы власти государств — членов Союза демонстрируют не самый дружелюбный подход к обязательным актам наднационального судебного органа. Указанное проявляется как на международном, так и на национальном уровне, в нормах и на практике.

Следует начать с того, что предшественник Суда ЕАЭС, Суд Евразийского экономического сообщества (далее — Суд ЕврАзЭС), действовавший с 1 января 2012 года по 31 декабря 2014 года, в силу пункта 1 статьи 25 своего Статута²⁵ был вправе предусматривать меры для исполнения решений. В некоторых делах Суд ЕврАзЭС воспользовался этим правом²⁶, однако впоследствии данный подход был изменен²⁷ государствами — членами Союза: актуальная редакция Статута Суда дарует спорящим сторонам дискрецию в вопросах исполнения его решений.

Так, в силу пункта 103 Статута стороны спора самостоятельно определяют форму и способ исполнения решения Суда ЕАЭС без ущерба положениям пунктов 111–113 Статута. Они, в свою очередь, предусматривают особенности исполнения решения Суда ЕАЭС: признанные не соответствующими праву Союза решения ЕЭК продолжают действовать до момента исполнения решения Суда; по общему правилу решение Суда ЕАЭС исполняется в течение 60 дней; Суд вправе установить иной срок для исполнения решения. Согласно пункту 112 Статута Суд вправе приостановить решение Комиссии. При оспаривании действия (бездействия) Комиссии данный орган также в течение 60 дней должен исполнить решение Суда (пункт 113 Статута).

Анализ показывает, что указанная конструкция не слишком удачна по своей сути и сопряжена со множеством рисков, которые уже дают знать о себе на практике. Так, «проигравшая» в судебном процессе сторона может поддаться соблазну недобросовестно использовать свою дискрецию и тем самым нарушить публичный порядок²⁸. Кроме того, Статут Суда напрямую не предусматривает сроков вступления в силу решения, которое вносит коррективы в акт, признанный Судом не соответствующим праву Союза. Статут также не отвечает на вопрос о последствиях, которые влечет решение Суда для правоотношений, урегулированных успешно оспоренным нормативным правовым актом ЕЭК, а также не содержит единого стандарта оценки практики Суда национальными судами при разрешении ими конкретных дел.

Безусловно, пункт 103 Статута предусматривает, что «проигравшая» сторона вправе избрать способ исполнения решения «без ущерба» императивным предписаниям, изложенным в пунктах 111–113 Статута. Однако данная норма все же нацелена на защиту интересов Суда и единообразия его практики, но не спорящих сторон, чьи права могут быть повторно нарушены Комиссией в ходе исполнения решений Суда ЕАЭС. Для контроля за стадией исполнения судебных решений у Суда есть право задействовать чрезвычайный механизм, описанный в пунктах 114–115 Статута, и направить обращение в Высший Евразийский экономический совет для принятия мер по исполнению решения Суда, однако на данный момент Суд таким правом не пользовался.

Рассмотрим проблемную практику исполнения (учета) решений Суда ЕАЭС на разных уровнях: ЕЭК, Конституционного и Верховного Суда Российской Федерации.

²⁴ См., например, Указ Президента Республики Казахстан от 6 мая 2015 года № 20 «Об органах и организации, уполномоченных на обращение в Суд Евразийского экономического союза» (с учетом изменений, внесенных Указом Президента Республики Казахстан от 27 февраля 2021 года № 526). URL: <https://adilet.zan.kz/rus/docs/U1500000020> (дата обращения: 12.06.2023).

²⁵ Статут Суда Евразийского экономического сообщества от 5 июля 2010 года (с изменениями на 10 октября 2011 года). URL: <https://docs.cntd.ru/document/902279047> (дата обращения: 12.06.2023).

²⁶ Постановление Суда Евразийского экономического сообщества от 8 апреля 2013 года // доступ из СПС «Консультант Плюс».

²⁷ Исполинов А. С. *Статут Суда ЕАЭС как отражение опасений и сомнений государств-членов Евразийского экономического союза* // Право. Журнал Высшей школы экономики. 2016. № 4. С. 161–162.

²⁸ Седова Ж.И. *Недопустимость нарушения публичного порядка как вид отрицания недобросовестного поведения в праве* // Юридическая наука. 2023. № 2. С. 139–144.

2.1. Оценка практики исполнения решений Суда ЕАЭС Евразийской экономической комиссией

На данный момент ситуация с исполнением решений Суда ЕАЭС Комиссией представляется турбулентной. По меткому утверждению судьи Суда ЕАЭС Т. Н. Нешатаевой, ЕЭК скорее пытается создавать «видимость исполнения судебных актов»²⁹, но не исполнять решения Суда ЕАЭС добросовестно, так как активно пользуется своей дискрецией при выборе способа исполнения судебных актов. Отметим, что количество решений, в которых Суд ЕАЭС удовлетворяет требования хозяйствующих субъектов к ЕЭК, невелико (по состоянию на конец 2022 года в двух делах требования удовлетворены полностью, в четырех делах — в части)³⁰, поэтому любое из таких дел интересно рассмотреть именно применительно к стадии исполнения решения Суда ЕАЭС.

2.1.1. Дела по заявлениям АО «СУЭК-Кузбасс», ООО «Польские машины» против Евразийской экономической комиссии

В первом приближении может показаться, что дела АО «СУЭК-КУЗБАСС» против ЕЭК³¹ и ООО «Польские машины» против ЕЭК³² являются заурядными для Суда ЕАЭС: хозяйствующие субъекты оспаривали нормативные решения ЕЭК в части включения в ТН ВЭД ЕАЭС товарной подсубпозиции 8430 50 000 2 «машины очистные узкозахватные». Суд ЕАЭС в своих решениях от 14 апреля и 15 июля 2021 года признал решение Коллегии ЕЭК № 113 и решение Совета ЕЭК № 101 в части включения в ТН ВЭД ЕАЭС и ЕТТ ЕАЭС этой подсубпозиции не соответствующими Договору о Евразийском экономическом союзе от 29 мая 2014 года (далее — Договор о ЕАЭС) и Таможенному кодексу Евразийского экономического союза от 11 апреля 2017 года (далее — ТК ЕАЭС).

Однако на стадии исполнения Комиссией решения Суда ЕАЭС от 14 апреля 2021 года по делу АО «СУЭК-КУЗБАСС» против ЕЭК возникло множество проблемных вопросов, что в итоге привело к рассмотрению Судом дела ООО «Польские машины» против ЕЭК. Отметим, что форма исполнения Комиссией решения Суда ЕАЭС по делу АО «СУЭК-КУЗБАСС» против ЕЭК повлекла необходимость многократного обращения в Суд со стороны предпринимателей для приведения в исполнение решения Суда. Так, акционерное общество трижды безуспешно обращалось в Суд ЕАЭС с различными ходатайствами (о принятии мер по исполнению решения Коллегии Суда от 14 апреля 2021 года — дважды; о разъяснении решений Суда ЕАЭС — один раз)³³, поскольку полагало, что избранный вариант исполнения направлен на сохранение в праве Союза успешно оспоренных норм.

Суд с осторожностью рассмотрел поданные ходатайства и отказал в их удовлетворении, поддержав дискрецию Комиссии в вопросе выбора способа исполнения решения Суда ЕАЭС, но притом явно указав, что «принятие Комиссией актов или совершение действий (бездействия), направленных на сохранение в праве Союза положений, признанных Судом не соответствующими Договору и (или) международным договорам в рамках Союза, недопустимо»³⁴.

Тем не менее впоследствии вопреки вступившим в силу решениям Суда по делу АО «СУЭК-КУЗБАСС» против ЕЭК, согласно которым решение Коллегии ЕЭК от 10 сентября 2015 года № 113 и решение Совета ЕЭК от 18 октября 2016 года № 101 в части включения в ТН ВЭД ЕАЭС подсубпозиции 8430 50 000 2 «машины очистные узкозахватные» признаны Судом не

²⁹ Особое мнение судьи Суда Евразийского экономического союза от 18 октября 2021 года. URL: <https://courteurasian.org/upload/iblock/623/%D0%9E%D1%81%D0%BE%D0%B1%D0%BE%D0%B5%20%D0%BC%D0%BD%D0%B5%D0%BD%D0%B8%D0%B5%20%D0%9D%D0%B5%D1%88%D0%B0%D1%82%D0%B0%D0%B5%D0%B2%D0%BE%D0%B9.pdf> (дата обращения: 12.06.2023).

³⁰ Статистические данные о деятельности Суда Евразийского экономического союза по состоянию на 23 декабря 2022 года. Раздел 3.3. URL: <https://courteurasian.org/upload/iblock/999/bxxf0h6ddpkja13u0k40i3xj1frns3/Статистика%20по%20состоянию> (дата обращения: 12.06.2023).

³¹ Решение Апелляционной палаты Суда Евразийского экономического союза от 15 июля 2021 года. URL: <https://courteurasian.org/upload/iblock/9b1/%D0%A0%D0%B5%D1%88%D0%B5%D0%BD%D0%B8%D0%B5%20%D0%90%D0%9F%20%D0%BE%D1%82%2015.07.2021.pdf> (дата обращения: 12.06.2023).

³² Решение Апелляционной палаты Суда Евразийского экономического союза от 14 марта 2023 года. URL: <https://courteurasian.org/upload/iblock/01e/iflovsfpdvl3onpf3z1qe2wc5hgvunyx/%D0%A0%D0%B5%D1%88%D0%B5%D0%BD%D0%B8%D0%B5%20%D0%90%D0%9F%20%D0%9F%D0%BE%D0%BB%D1%8C%D1%81%D0%BA%D0%B8%D0%B5%20%D0%BC%D0%B0%D1%88%D0%B8%D0%BD%D1%8B.pdf?ysclid=inefhg03o6534135154> (дата обращения: 12.06.2023).

³³ Список судебных актов по делу АО «СУЭК-КУЗБАСС» против Евразийской экономической комиссии. URL: https://courteurasian.org/court_cases/eaeu/C-1.21/ (дата обращения: 12.06.2023).

³⁴ Постановление Коллегии Суда Евразийского экономического союза от 29 ноября 2021 года. URL: https://courteurasian.org/court_cases/eaeu/C-1.21/ (дата обращения: 12.06.2023).

соответствующими Договору о ЕАЭС и ТК ЕАЭС, Советом Комиссии принято Решение № 80, содержащее идентичную подсубпозицию ТН ВЭД ЕАЭС.

Апелляционная палата Суда в деле ООО «Польские машины» против ЕЭК пришла к выводу о том, что исполнение решения Суда Комиссией, обладающей дискрецией в вопросе выбора формы и способа такого исполнения, должно осуществляться «без ущерба» для правовой позиции Суда, что не допускает замену оспоренного решения на новое решение аналогичного содержания и сохранение в праве Союза нормы, признанной Судом не соответствующей ему. В этой связи Апелляционная палата признала, что принятие Комиссией нового решения аналогичного содержания означает неисполнение решения Суда, а также поддержала приостановление действия оспариваемого решения Совета ЕЭК от 14 сентября 2021 года № 80 в части включения в единую ТН ВЭД ЕАЭС товарной подсубпозиции 8430 50 000 2 «машины очистные узкозахватные».

2.1.2. Дела ЗАО «Дельрус», ТОО «Дельрус-РК» против Евразийской экономической комиссии

Дела по заявлениям компаний ЗАО «Дельрус» и ТОО «Дельрус-РК» связаны со сферой защиты конкуренции на трансграничных рынках и состоят из двух связанных между собой процессов. В первом деле указанные юридические лица успешно оспорили решение Коллегии ЕЭК от 17 сентября 2019 года № 165 «О нарушении общих правил конкуренции на трансграничных рынках» (далее — решение № 165), поскольку Комиссия преждевременно, то есть ошибочно, квалифицировала указанные компании в качестве конкурентов, допустивших сговор на рынке медицинского оборудования России и Казахстана. При этом указанные хозяйствующие субъекты скорее представляли собой трансграничную группу лиц, то есть с точки зрения права Союза являлись единым хозяйствующим субъектом. У них имелся один и тот же контролирующий участник, они осуществляли обмен электронными сообщениями с общими исполнительскими установками, заключали однотипные договоры, использовали общее фирменное наименование³⁵. Соответственно, в силу пункта 100 Статута у Комиссии возникла обязанность исполнить решение Суда ЕАЭС.

Комиссия избрала своеобразный вариант исполнения решения Суда: признала утратившими силу отдельные положения оспоренного решения, попыталась возобновить рассмотрение дела в отношении ЗАО «Дельрус», ТОО «Дельрус-РК» и установила, что решение об исполнении судебного акта вступает в силу спустя 30 дней после его официального опубликования³⁶.

Изложенный выше вариант исполнения решения Суда ЕАЭС не устроил ЗАО «Дельрус» и ТОО «Дельрус-РК». Поэтому компании повторно обратились в Суд ЕАЭС с требованием признать несоответствующим Решение Коллегии ЕЭК от 22 декабря 2020 года № 178 «Об исполнении решения Апелляционной палаты Суда Евразийского экономического союза от 6 ноября 2020 года». Суд пришел к выводу, что Комиссия пропустила срок давности для проведения расследования, прекратил производство по делу и провозгласил, что не допускает «замену этого решения на новое решение аналогичного содержания»³⁷.

Отметим, что в силу избранного варианта исполнения действия компаний «Дельрус» не получили должной правовой оценки со стороны Комиссии в установленный период³⁸, поскольку расследование за пределами пресекательных сроков, установленных для его проведения, невозможно. Вероятнее всего, для надлежащего исполнения решения Суда ЕАЭС ЕЭК следовало оперативно отменить решение № 165 и не менее оперативно изменить квалификацию правонарушения, но не продлевать расследование за пределы трехлетнего срока.

Исходя из изложенного, можно сделать вывод, что на настоящий момент ЕЭК активно пользуется дискрецией при определении варианта исполнения решений Суда ЕАЭС. Комиссия избирает варианты исполнения, которыми скорее пытается подчеркнуть свою правоту и поддержать

³⁵ Решение Апелляционной палаты Суда Евразийского экономического союза от 6 ноября 2020 года. URL: https://courteurasian.org/upload/iblock/a42/Решение_Дельрус_06.11.2020.pdf (дата обращения: 12.06.2023).

³⁶ Решение Коллегии Евразийской экономической комиссии от 22 декабря 2020 года № 178 «Об исполнении решения Апелляционной палаты Суда Евразийского экономического союза от 6 ноября 2020 года». URL: <https://www.alt.ru/tamdoc/20kr0178/> (дата обращения: 12.06.2023).

³⁷ Решение Апелляционной палаты Суда Евразийского экономического союза от 18 октября 2021 года. URL: <https://courteurasian.org/upload/iblock/477/%D0%A0%D0%B5%D1%88%D0%B5%D0%BD%D0%B8%D0%B5%2018.10.2021.pdf> (дата обращения: 12.06.2023).

³⁸ Решение Коллегии Евразийской экономической комиссии от 4 октября 2022 года № 139 «О наличии нарушения общих правил конкуренции на трансграничных рынках». URL: <https://www.alt.ru/tamdoc/20kr0178/> (дата обращения: 12.06.2023).

собственную правоприменительную практику, но не добросовестно внести изменения в правовое регулирование.

2.2. Практика Суда ЕАЭС в правовых позициях Конституционного Суда Российской Федерации: проблемные аспекты

Российский конституционный порядок по общему правилу исходит из благосклонного отношения к международному праву и предполагает, что общепризнанные принципы и нормы международного права и международные договоры Российской Федерации являются составной частью ее правовой системы³⁹. Тем не менее по результатам внесения изменений в Конституцию Российской Федерации в 2020 году Конституционный Суд Российской Федерации (далее — КС РФ) был наделен компетенцией разрешать вопрос о возможности исполнения решений международных судов, в случае если эти решения противоречат основам публичного порядка Российской Федерации⁴⁰. В этой связи отметим, что КС РФ достаточно активно работает с правом ЕАЭС в основном в сфере таможенного регулирования⁴¹. Одновременно КС РФ устанавливает определенный «предел уступчивости»⁴² во взаимоотношениях с Судом ЕАЭС и защищает российский конституционный порядок от той судебной практики, которая не в полной мере соотносится с российскими конституционными принципами — например, в контексте придания регулированию «обратной» силы⁴³.

Кроме того, 10 февраля 2022 года КС РФ вынес определение № 191-О⁴⁴, а впоследствии поддержал изложенные в нем выводы в определении от 21 июля 2022 года № 1972-О⁴⁵, в котором затронул вопрос о конституционности части 3 статьи 311 Арбитражного процессуального кодекса Российской Федерации от 24 июля 2003 года (далее — АПК). Указанная статья содержит исчерпывающий перечень оснований для пересмотра актов российских арбитражных судов по новым обстоятельствам, под которыми понимаются обстоятельства, возникшие после принятия судебного акта, но имеющие существенное значение для правильного разрешения дела (подпункт 2 пункта 1 статьи 311 АПК)⁴⁶.

Необходимость признания решения Суда ЕАЭС в качестве «нового обстоятельства» заключается в том, что решения ЕЭК, признанные не соответствующими праву Союза, могли долгое время применяться государственными органами, включая суды, поскольку в силу пункта 13 Положения о ЕЭК (приложение № 2 к Договору о ЕАЭС) решения данного органа подлежат непосредственному применению на территориях государств-членов Союза. Соответственно, может сложиться ситуация, при которой судебные акты национальных судов вступят в силу, но будут вынесены на основе решения ЕЭК, которое впоследствии признано Судом ЕАЭС не соответствующим праву Союза.

Нынешнее российское процессуальное законодательство не дает ответа на вопрос о том, как национальным судам следует оценивать практику Суда ЕАЭС в ситуации, когда внутренние средства правовой защиты были исчерпаны с применением нормативных правовых актов, которые впоследствии были признаны противоречащими актам более высокого уровня (пункт 3 статьи 311 АПК РФ). Вне всякого сомнения, у Российской Федерации имеется дискреция в вопросе о том, как следует оценивать решение международного суда с точки зрения национального процессуального права. Поэтому вполне обоснованным видится указание КС РФ на то, что сама по себе часть 3 статьи 311 АПК, в которой отсутствует решение Суда ЕАЭС как основание для пересмотра национальных судебных актов по новым обстоятельствам, соответствует Конституции Российской Федерации от 12 декабря 1993 года. Однако КС РФ высказал достаточно спорный вывод, указав, что «акты Суда о признании по заявлению хозяйствующего субъекта решений Комиссии или отдельных их положений

³⁹ Марочкин С.Ю. *Юридические условия действия норм международного права в правовой системе Российской Федерации* // Московский журнал международного права. 1998. № 2. С. 52.

⁴⁰ Капустин А.Я. *Предел уступчивости* // Российская газета. Федеральный выпуск № 5325 (246) от 29 октября 2010 года. URL: <http://www.rg.ru/2010/10/29/zorkin.html> (дата обращения: 12.06.2023).

⁴¹ См., например, Постановление Конституционного Суда Российской Федерации от 19 июля 2019 года № 30-П // доступ из СПС «Консультант Плюс»; Определение Конституционного Суда Российской Федерации от 25 апреля 2023 года № 769.

⁴² Зорькин В.Д. *Предел уступчивости* // Российская газета. Федеральный выпуск № 5325 (246) от 29 октября 2010 года. URL: <http://www.rg.ru/2010/10/29/zorkin.html> (дата обращения: 12.06.2023).

⁴³ См., например, Определение Конституционного суда Российской Федерации от 3 марта 2015 года №417-О // доступ из СПС «Консультант Плюс».

⁴⁴ Определение Конституционного суда Российской Федерации от 10 февраля 2022 года №191-О // СПС «Консультант Плюс».

⁴⁵ Определение Конституционного Суда Российской Федерации от 21 июля 2022 года № 1972-О // СПС «Консультант Плюс».

⁴⁶ Алиев Т.Т., Афанасьев С.Ф. *Правовая природа нового обстоятельства как основание для пересмотра судебных актов в порядке глав 42 ГПК РФ, 37 АПК РФ и 37 КАС РФ в контексте судебной ошибки* // Современное право. 2016. № 3. С.65–71.

не соответствующими Договору и (или) международным договорам в рамках Союза не только не обладают ретроактивным значением, но и сами по себе непосредственно не влекут отмены (недействительности) указанных решений или отдельных их положений»⁴⁷. С КС РФ, безусловно, можно согласиться при буквальном прочтении пунктов 111–113 Статута: формально правовое регулирование в ЕАЭС изменится, когда в силу вступит оспоренное предпринимателем в Суде ЕАЭС решение Комиссии, отменяющее (изменяющее) решение ЕЭК. Однако не следует увязывать корректность правового регулирования Союза с компетенцией Суда ЕАЭС. Решение Суда ЕАЭС — это синтезированное судебное провозглашение несоответствия нормативного правового акта и самостоятельный юридический факт. При этом противоречие между решением ЕЭК и актами права Союза более высокого уровня возникает значительно раньше, в момент издания такого решения. Поэтому более элегантно выходом из ситуации была бы ссылка на пункт 3 статьи 6 Договора о ЕАЭС, согласно которому решения Комиссии не могут противоречить праву Союза, а если такое противоречие установлено Судом ЕАЭС, то решение Комиссии теряет регулирующее воздействие с момента его издания, поскольку именно с этого момента, а не с момента провозглашения противоречия Судом, это решение начинает вступать в противоречие с актами более высокого уровня.

2.3. Учет практики Суда ЕАЭС Верховным Судом Российской Федерации: проблемные аспекты

Абзац третий пункта 2 Постановления Пленума Верховного Суда РФ от 26 ноября 2019 № 49 «О некоторых вопросах, возникающих в судебной практике в связи со вступлением в силу Таможенного кодекса Евразийского экономического союза»⁴⁸ (далее — Постановление Пленума № 49), предусматривает общее правило, согласно которому российским судам следует учитывать акты Суда ЕАЭС. При этом в указанном абзаце не содержится каких-либо указаний относительно того, следует ли распространять действие актов Суда ЕАЭС на правоотношения с обратной силой.

Верховный Суд Российской Федерации (далее — ВС РФ), как и КС РФ, в определении Судебной коллегии по экономическим спорам от 1 июня 2022 года № 304-ЭС21-26344⁴⁹ отказал в рассмотрении практики Суда ЕАЭС как имеющей ретроактивное значение и самостоятельно изменяющей нормативное правовое регулирование ЕАЭС, поскольку пункты 102–103 и 111 Статута предусматривают, что само по себе решение Суда не отменяет (не изменяет) нормы права Союза, у Комиссии имеется дискреция в вопросе исполнения решения Суда ЕАЭС, а признанные не соответствующими праву Союза решения Суда ЕАЭС продолжают действовать до момента их отмены Комиссией.

Однако ВС РФ сделал интересный намек потенциальным заявителям в Суд ЕАЭС, который может помочь установить баланс между дискрецией ЕЭК по вопросу исполнения судебного акта Суда ЕАЭС и наличием у решений Суда ЕАЭС самостоятельного эффекта в правовом порядке Союза. ВС РФ указал на возможность применения института приостановления действия решения Комиссии с момента вступления в силу соответствующего решения Суда (пункт 112 Статута). Вероятнее всего, по замыслу ВС РФ, данный институт может способствовать приданию практике Суда ЕАЭС самостоятельного эффекта (то есть без необходимости ожидания исполнения ЕЭК) на период после вступления в силу решения Суда, но до момента исполнения такого решения ЕЭК.

Исходя из изложенного, можно сделать вывод о том, что процесс исполнения решений Суда ЕАЭС не идеален ни с точки зрения нормативного регулирования на международном и национальном уровнях, ни с точки зрения практики. Статут Суда устанавливает право самостоятельно избирать форму и способ исполнения решения Суда ЕАЭС, при этом де-факто ЕЭК чувствует себя чрезмерно свободной в этом отношении, явно не учитывая, что такое исполнение должно производиться «без ущерба» практике Суда. Учет правовых позиций Суда ЕАЭС в национальной юрисдикции Российской Федерации также является проблемным вопросом, так как КС РФ и ВС РФ не усматривают наличие у практики Суда самостоятельного эффекта в правовой системе России, поскольку в силу Статута

⁴⁷ Определение Конституционного суда Российской Федерации от 10 февраля 2022 года №191-О // СПС «Консультант Плюс».

⁴⁸ Постановление Пленума Верховного Суда Российской Федерации от 26 ноября 2019 года № 49 «О некоторых вопросах, возникающих в судебной практике в связи с вступлением в силу Таможенного кодекса Евразийского экономического союза» // доступ из СПС «Консультант Плюс».

⁴⁹ Определение Судебной коллегии по экономическим спорам Верховного Суда Российской Федерации от 1 июня 2022 года № 304-ЭС21-26344 по делу № А27-11118/2020 // доступ из СПС «Консультант Плюс».

решения Суда ЕАЭС не отменяют и не изменяют нормы права Союза (после вступления в силу решения Суда ЕЭК должна отменять (изменить) такие решения). Кроме того, национальное процессуальное право, а также подход КС РФ не предусматривают возможность учета практики Суда ЕАЭС в качестве основания для пересмотра судебных актов по «новым» обстоятельствам.

3. Совершенствование исполнения решений Суда ЕАЭС

Совершенствование исполнения решений Суда ЕАЭС нуждается в комплексном подходе и осмыслении на тактическом (спорящими сторонами — хозяйствующими субъектами) и стратегическом (государствами — членами Союза) уровне: путем изменения поведения хозяйствующих субъектов при участии в процессах в национальных судах и Суде, а также путем совершенствования нормативного регулирования как на национальном уровне, так и на уровне Союза. Рассмотрим варианты совершенствования исполнения решений Суда ЕАЭС.

3.1. Изменение тактики хозяйствующих субъектов в судебных процессах

Вероятнее всего, только творческое, своевременное и продуманное комбинирование обращений в Суд ЕАЭС и национальные суды позволит защитить свои права в условиях действия пробельного национального процессуального законодательства. Поэтому оперативный способ защиты прав хозяйствующих субъектов лежит в руках самих заявителей и заключается в продуманной тактике оспаривания решений национальных органов. Так, в условиях, когда КС РФ и ВС РФ и российское процессуальное право подходят к практике Суда ЕАЭС достаточно рестриктивно, хозяйствующим субъектам следует более тщательно продумывать последовательность своих процессуальных действий в международном и национальных судах, чтобы добиться защиты своих прав.

В условиях российской правовой системы последовательность действий хозяйствующих субъектов можно представить следующим образом. Первый шаг предпринимателя — инициирование процесса в национальном суде, в ходе которого требуется проверка решения соответствующего национального органа. Следующим шагом должна стать оперативная подача заявления о проверке решения ЕЭК в Суде ЕАЭС, а также ходатайства о приостановлении судебного процесса в национальном суде. Впоследствии спорящим сторонам следует добиться решения в свою пользу в Суде ЕАЭС, а затем возвратиться в национальную юрисдикцию с решением Суда. Такая тактика потенциально позволяет относительно оперативно признать решение Суда ЕАЭС «имеющим значение» (пункт 5 статьи 144 АПК РФ) для рассматриваемого в российском суде дела, не дожидаясь необходимости доказывать наличие ретроактивного эффекта у практики Суда ЕАЭС, а также создать связь между ним и национальными судами.

3.2. Изменение национального процессуального законодательства

Есть основание полагать, что пришло время изменить российское процессуальное законодательство и признать практику Суда ЕАЭС новым обстоятельством с точки зрения пункта 3 статьи 311 АПК РФ, что позволит пересматривать судебные решения национальных судов в соответствии с правовыми позициями, принятыми на уровне Союза.

В основе этого вывода лежит то, что Суд ЕАЭС по сути своей работы близок КС РФ, так как осуществляет контроль за нормативными правовыми актами Комиссии и проверяет их на соответствие праву ЕАЭС, то есть актам более высокого уровня. Здесь же следует упомянуть подпункт 3 пункта 3 статьи 311 АПК РФ, который позволяет пересматривать судебные акты в связи с признанием нормативного правового акта неконституционным согласно правовой позиции Конституционного Суда Российской Федерации. Ранее, в годы участия Российской Федерации в Конвенции о защите прав человека и основных свобод от 4 ноября 1950 года, российское процессуальное законодательство предусматривало, что практика Европейского Суда по правам человека является основанием для пересмотра судебных актов по новым обстоятельствам. Следовательно, признание решения Суда ЕАЭС — международного суда — в качестве нового обстоятельства не стало бы для российского процессуального права чем-то экстраординарным.

3.3. Учреждение органа по мониторингу исполнения решений Суда ЕАЭС

В настоящее время кропотливый мониторинг исполнения решений и консультативных заключений Суда ЕАЭС остается прерогативой научного сообщества и не входит в компетенцию какого-либо из органов Союза. Суд ЕАЭС предоставляет Высшему Евразийскому экономическому совету отчет о своей деятельности за соответствующий календарный год (пункт 120 Статута). На практике Секретариат Суда ЕАЭС подготавливает обзор влияния практики Суда Евразийского экономического союза на нормотворческую деятельность и правоприменительную практику в ЕАЭС⁵⁰, однако представляется, что этого недостаточно для максимальной реализации потенциала Суда и гарантии исполнения его решений.

Возможно, создание органа, осуществляющего мониторинг исполнения решений Суда ЕАЭС, следует начать с учреждения рабочей группы на уровне уполномоченных на обращение в Суд государственных органов, представителей Суда и Комиссии. Отметим, что поскольку на настоящем этапе евразийской интеграции решения Суда ЕАЭС в большинстве своем выносятся в отношении Комиссии, полномочия данной рабочей группы можно ограничить именно мониторингом исполнения решений Суда ЕЭК.

3.4. Введение института ответственности для должностных лиц и сотрудников ЕЭК

Особенностью статуса должностных лиц и сотрудников ЕЭК и Суда ЕАЭС является его международный характер: у указанных лиц имеются международные льготы, привилегии и иммунитеты⁵¹, что подразумевает особый порядок привлечения к ответственности. Так, должностные лица и сотрудники органов евразийской интеграции имеют функциональный иммунитет, что предполагает невозможность привлечения к ответственности на национальном уровне за все действия, совершенные ими при исполнении своих полномочий⁵². При этом неисполнение решений Суда ЕАЭС может происходить именно по вине этих лиц.

В такой ситуации представляется логичным наличие международных мер и механизмов привлечения к ответственности на уровне международной организации — ЕАЭС. Однако в настоящее время международные служащие ЕЭК, непосредственно занятые реализацией евразийской интеграции, не несут какой-либо ответственности за те нарушения, которые допустила ЕЭК по их же вине. В этой связи представляется возможным согласиться с предложением судьи Суда ЕАЭС Т.Н. Нешатаевой рассмотреть вопрос о том, какие меры ответственности следует применять к должностным лицам и сотрудникам в случае неисполнения (ненадлежащего исполнения) решений Суда ЕАЭС⁵³.

Заключение

Успех исполнения во многом зависит от того, к какому именно виду принадлежит акт Суда ЕАЭС. Так, консультативные заключения в основном пользуются поддержкой Комиссии и государств — членом Союза. Их исполнение не вызывает отторжения у названных акторов, что позволяет предложить активнее использовать институт запроса о разъяснении и расширить список уполномоченных на обращение органов и лиц.

С решениями ситуация иная. Существующее регулирование, изложенное в Статуте Суда, позволяет говорить о риске недобросовестности на стадии исполнения, поскольку спорящим сторонам дарована чрезмерная дискреция в вопросе выбора формы и способа исполнения решений Суда. Указанное проявляется на практике, в частности в упомянутых в настоящей статье делах по заявлениям компаний АО «СУЭК-КУЗБАСС», ООО «Польские машины» и ЗАО «Дельрус», ТОО «Дельрус-РК» к ЕЭК. Эти примеры демонстрируют необходимость комплексного подхода к улучшению процесса исполнения (учета) решений Суда ЕАЭС Комиссией на международном и национальном

⁵⁰ Обзор влияния практики Суда Евразийского экономического союза на нормотворческую деятельность и правоприменительную практику в ЕАЭС. URL: <https://courteurasian.org/upload/iblock/27c/%D0%9E%D0%B1%D0%B7%D0%BE%D1%80%20%D0%B2%D0%BB%D0%B8%D1%8F%D0%BD%D0%B8%D1%8F%20%D0%BF%D1%80%D0%B0%D0%BA%D1%82%D0%B8%D0%BA%D0%B8%20%D0%A1%D> (дата обращения: 12.06.2023).

⁵¹ Положение о социальных гарантиях, привилегиях и иммунитетах в Евразийском экономическом союзе (приложение № 32 к Договору о Евразийском экономическом союзе от 29 мая 2014 года) // доступ из СПС «Консультант Плюс».

⁵² Там же. Пункты 19, 25.

⁵³ Выступление судьи Суда ЕАЭС Т.Н. Нешатаевой в рамках сессии «Правовые механизмы развития интеграции на постсоветском пространстве» XI Петербургского международного юридического форума // URL: <https://legalforum.info/programme/business-programme/2833/> (дата обращения: 12.06.2023).

уровнях, в том числе путем изменения тактики спорящих сторон, корректировки российского процессуального законодательства по вопросу пересмотра судебных актов посредством включения практики Суда ЕАЭС в перечень оснований, установленных в пункте 3 статьи 311 АПК РФ, создания механизма мониторинга исполнения решений и консультативных заключений Суда ЕАЭС, а также установления мер международной-правовой ответственности должностных лиц и сотрудников ЕЭК в случае неисполнения решений Суда ЕАЭС.

EXECUTION OF ACTS OF THE COURT OF THE EURASIAN ECONOMIC UNION: REVIEW OF THE FIRST PROBLEMS AND WAYS FOR THEIR SOLUTION

MYSLIVSKIY P. P.

Pavel Myslivskiy — Candidate of Sciences in Law, Lecturer at the Department of International Law, the Russian State University of Justice, Moscow, Russia (pavelmyslivskiy@gmail.com).
ORCID: 0000-0002-3369-151X.

Abstract

The Court of the Eurasian Economic Union is an active and much-demanded international judicial body, work of which is aimed at ensuring the uniform application of the law of the Eurasian Economic Union — the integration organisation of Russia, Belarus, Kazakhstan, Kyrgyzstan and Armenia in the economic sphere. On the merits of the cases under consideration and within the framework of its competence, this judicial body has the right to issue two types of judicial acts — advisory opinions and decisions — which are executed with varying degrees of success. Thus, if advisory opinions are perceived by integration actors and, as a rule, implemented, then the situation with mandatory decisions is not so favorable, since the current regulatory regulation provides for a significant degree of discretion for the disputing parties in this matter. In this article, the author identifies problems that arose in the context of the execution of decisions of the Court of the Eurasian Economic Union in cases based on applications from business entities — in particular, the current practice of the Court in cases in which the applicants were Russian companies operating in the coal industry, as well as those involved in liability for an alleged violation of the Union's competition law. The article contains an overview of the legal positions of the Constitutional and Supreme Courts of the Russian Federation on the issue of taking into account the practice of the Court of the Eurasian Economic Union in the administration of justice by Russian national courts. The author states: based on the Statute of the Court, the highest judicial authorities proceed from the fact that the effect of legal positions in the national legal system of Russia is not independent and depends on the execution of the decision of the Court by the Eurasian Economic Commission. In addition, the article examines the practice of the Constitutional Court, which has developed due to the impossibility of recognizing the decisions of the Court as a new circumstance for the purpose of reviewing judicial acts of national courts that have entered into force, enshrined in the Constitution. The author offers options for improving the execution of Court decisions, including by combining trials in the Court and national courts, reforming national procedural legislation in order to give the Court's practice the status of a new circumstance for the purpose of reviewing judicial acts that have entered into legal force, creating a mechanism for monitoring the execution of decisions and advisory opinions of the Court, as well as establishing measures of responsibility for international officials for improper execution of decisions of the Court.

Key words

EAEU Court, execution of decisions, advisory opinion, new circumstances

Citation: Myslivskiy P. Ispolnenie aktov Suda Evraziyskogo Ekonomicheskogo Souza: obzor pervykh problem i putey ikh resheniya [Execution of Acts of the Court of the Eurasian Economic Union: Review of the First Problems and Ways for Their Solution] // Zhurnal VSHÉ po mezhdunarodnomu pravu (HSE University Journal of International Law). 2023. Vol. 1. № 2. P. 42–53.

<https://doi.org/10.17323/jil.2023.18188>

References / Список источников

Aliev T. T., Afanas'ev S. F. (2016) *Pravovaya priroda novogo obstoyatel'stva kak osnovanie dlya peresmotra sudebnykh aktov v poryadke glav 42 GPK RF, 37 APK RF i 37 KAS RF v kontekste sudebnoy oshibki* [The legal nature of a new circumstance as a basis for reviewing judicial acts in accordance with Chapters 42 of the Code of Civil Procedure of the Russian Federation, 37 of the Arbitration Procedure Code of the Russian Federation and 37 of the Code of Administrative Procedures of the Russian Federation in the context of a judicial error]. *Sovremennoe pravo*, vol. 3, pp. 65–71. (In Russian).

D'yachenko E., Entin K. (2017) *Kompetentsiya Suda Evraziyskogo ekonomicheskogo soyuza: mify i real'nost'* [Competence of the Court of the Eurasian Economic Union: myths and reality]. *Mezhdunarodnoe pravosudie*. vol. 23, no. 3, pp. 76–95. (In Russian).

- Ispolinov A.S. (2016) Statut Suda EAES kak otrazhenie opaseny i somneniy gosudarstv-chlenov Evraziyskogo ekonomicheskogo soyuza [Statute of the EAEU Court as a reflection of the fears and doubts of the member states of the Eurasian Economic Union]. Pravo. ZHurnal Vysshey shkoly ekonomiki, no. 4, pp. 152–166. (In Russian).
- Kadysheva O.V. (2022) Rol' konsul'tativnykh zaklyucheniy v mezhdunarodnom pravosudii i v praktike Suda EAES [The role of advisory opinions in international justice and in the practice of the EAEU Court]. Pravo. ZHurnal Vysshey shkoly ekonomiki, vol. 15, no. 1, pp. 208–231. (In Russian).
- Kapustin A.YA. (2021) Mezhdunarodnoe sudebnoe tolkovanie mezhdunarodnogo dogovora: sovremennye trendy [International judicial interpretation of an international treaty: modern trends]. ZHurnal rossiyskogo prava, no. 8, pp. 104–117. (In Russian).
- Marochkin S.YU. (1998) YUridicheskie usloviya deystviya norm mezhdunarodnogo prava v pravovoy sisteme Rossiyskoy Federatsii [Legal conditions for the operation of international law in the legal system of the Russian Federation]. Moskovskiy zhurnal mezhdunarodnogo prava, no. 2, pp. 52–63. (In Russian).
- Myslivskiy P.P. (2021) Ispolnenie resheniy i konsul'tativnykh zaklyucheniy Suda Evraziyskogo ekonomicheskogo soyuza [Execution of decisions and advisory opinions of the Court of the Eurasian Economic Union]. Moskovskiy zhurnal mezhdunarodnogo prava, no. 3, pp. 78–97. (In Russian).
- Neshataeva T.N. (2017) Sud Evraziyskogo ekonomicheskogo soyuza: ot pravovoy pozitsii k deystvuyushchemu pravu [Court of the Eurasian Economic Union: from legal position to current law]. Mezhdunarodnoe pravosudie, no. 2, pp. 64–79. (In Russian).
- Neshataeva T.N. (2018) Slyshat' zhizn': deystvie aktov mezhdunarodnogo suda v natsional'nykh pravovykh sistemakh [Hearing life: the effect of acts of the international court in national legal systems]. Mezhdunarodnoe pravosudie, vol. 25, no. 1, pp. 53–66. (In Russian).
- Sedova ZH.I. (2023) Nedopustimost' narusheniya publichnogo poryadka kak vid otritsaniya nedobrosovestnogo povedeniya v prave [Inadmissibility of violation of public order as a type of denial of unfair behavior in law], no. 2, pp. 139–144. (In Russian).
- Tolstykh V.L. (2016) Praktika Suda EAES / Suda EvrAzES: problemy pravoprimeneniya i nekotorye itogi [Practice of the EAEU Court / EurAsEC Court: problems of law enforcement and some results]. Mezhdunarodnoe pravosudie, vol. 20, no. 4, pp. 114–128. (In Russian).
- Zor'kin V.D. (2010) Predel ustupchivosti [Compliance limit]. Rossiyskaya gazeta. Federal'nyi vypusk, 5325 (246). (In Russian).

МЕЖДУНАРОДНО-ПРАВОВЫЕ ПРОБЛЕМЫ УСТАНОВЛЕНИЯ РЕАЛЬНОЙ СВЯЗИ СУДНА И ГОСУДАРСТВА ФЛАГА: ТОРЖЕСТВО ФОРМАЛИЗМА НАД СОДЕРЖАНИЕМ?

АНДРИЯНОВ Д. В.

Андрьянов Дмитрий Вадимович — магистр международного частного права (LLM), ведущий консультант Секретариата заместителя Председателя Совета Федерации Федерального Собрания РФ К. И. Косачева, Совет Федерации Федерального Собрания РФ, преподаватель-исследователь юриспруденции, Московский государственный юридический университет имени О. Е. Кутафина (МГЮА), Москва, Россия (andriyanov-msk@yandex.ru).

Аннотация

В статье рассматривается эволюция международно-правовой нормы, устанавливающей требование обеспечения реальной связи между судном и государством флага. Речь идет о том, какие именно действия государство флага должно предпринять для надлежащего осуществления на судне юрисдикции и контроля. Основной проблемой является то, что предусмотренные в международном праве меры по контролю и обеспечению выполнения соответствующих законов и правил, которые государство флага обязано имплементировать и осуществлять, носят индикативный, неисчерпывающий характер. Автор отмечает, что проблемы установления реальной связи актуальны не только в контексте судов, но и искусственных установок и сооружений, а в еще более широком контексте — имеют отношение к институту гражданства физических лиц. Автор проводит сравнительно-правовой анализ институтов гражданства физических лиц и национальности морских судов. В то время как предоставление гражданства человеку зависит от юридического факта рождения (филиация) или соблюдения определенной законом формальной процедуры (натурализация), отношения между государством и физическим лицом имеют еще и некоторую моральную составляющую (взаимное чувство долга, лояльность). Судно, являясь недвижимой вещью (*res*), также обладает национальностью, однако отношения между такой вещью и государством основаны на функциональном подходе. Тем не менее схожесть этих двух категорий в современных условиях прослеживается без труда: продажа государствами своей национальности иностранным гражданам (так называемое «инвестиционное гражданство») приближает сущность этого института к некоторой товарности, традиционно присущей национальности судов (регистрация судна в офшорных (открытых) регистрах и приобретение «удобного флага»). В результате исследования практики предоставления судам национальности автором выявлены две тенденции. Согласно первой, для правомерного приобретения права на флаг достаточно лишь факта регистрации судна в реестре государства флага. По разным оценкам, в мире около 35 государств открытой регистрации предоставляют (продают) «удобный флаг». Другая тенденция заключается в том, что помимо формального внесения в реестр записи, требуется соблюдение ряда условий, обеспечивающих некие фактические отношения государства и судна (реальная связь). Вторая тенденция рассматривается автором как предпочтительная, вследствие чего делается общий вывод о необходимости оценивать, насколько жесткие требования предъявляются к судовладельцам на уровне национального законодательства государства флага, в том числе в таких вопросах, как право собственности, гражданство судовладельцев, капитана и членов экипажа, отчетность, транспарентность и др.

Ключевые слова

реальная связь, национальность, международное морское право, удобный флаг, открытая регистрация, ННН-промысел

Для цитирования: Андрьянов Д. В. Международно-правовые проблемы установления реальной связи судна и государства флага: торжество формализма над содержанием? // Журнал ВШЭ по международному праву (HSE University Journal of International Law). 2023. Т. 1. № 2. С. 54–71.

<https://doi.org/10.17323/jil.2023.18189>

Введение

Предметом исследования является статья 5 Конвенции об открытом море 1958 года¹ и статья 91 Конвенции ООН по морскому праву 1982 года², в соответствии с которыми между государством и судном должна существовать реальная связь. Основной исследовательский вопрос заключается в установлении юридического значения и сущности этой загадочной международно-правовой нормы, поскольку ни одна из конвенций не дает прямого ответа на вопрос, что понимается под реальной связью и какие правовые последствия возникают в случае, если такая связь отсутствует.

¹ Конвенция об открытом море (заключена в г. Женева 29 апреля 1958 года) // Ведомости ВС СССР. 1962. № 46. Ст. 457. (Россия участвует как правопреемник СССР).

² Конвенция ООН по морскому праву (UNCLOS) (заключена в г. Монтего-Бей 10 декабря 1982 года) // СЗ РФ. 1997. № 48. Ст. 5493.

Из этого на первый взгляд теоретического вопроса возникает множество проблем, составляющих практическую значимость исследования. От установления реальной связи зависит решение вопросов, связанных с признанием или непризнанием национальности судов, эффективным осуществлением юрисдикции и контроля, контролем за соблюдением международных санкций в море, дипломатической защитой судна и членов экипажа, международно-правовой ответственностью государства флага, борьбой с незаконным, несообщаемым нерегулируемым рыболовством (далее — ННН-промысел).

Актуальность рассматриваемой темы возрастает в связи с необходимостью защиты интересов Российской Федерации. Прежде всего, при прочтении статьи «от противного» (*contradictio in contrarium*) это касается возможности обходить односторонние экономические меры недружественных иностранных государств и их объединений, например, при танкерных перевозках российской нефти. Кроме того, непосредственное практическое значение имеет вывод о том, что какое-либо государство, у которого есть явные основания полагать, что между судном и государством флага отсутствует реальная связь или юрисдикция осуществляется ненадлежащим образом, должно сообщить о таких обстоятельствах государству флага, которое, в свою очередь, должно провести соответствующее расследование. Особенно ярко это может быть продемонстрировано на примере дела «Арктик Санрайз», рассмотренного арбитражем в Гааге по иску Королевства Нидерланды против Российской Федерации в 2017 году. Очевидно, что еще до инцидента вокруг нефтяной платформы «Приразломная» поведение судна «Арктик Санрайз» (фактически находящееся под контролем и управлением международной неправительственной организации «Гринпис») неоднократно представляло собой нарушение пограничного режима и режима безопасности искусственных установок и сооружений, причем не только российских. При этом, будучи государством флага, Нидерланды не принимали никаких мер по изменению поведения этого судна.

Методологическую основу настоящего исследования в основном составляют частные методы научного познания (историко-правовой, сравнительно-правовой, формально-юридический, лингвистический и др.). Используя эти методы, в первой части статьи предлагается рассмотреть вопросы эволюции самой идеи о реальной связи в международном праве, опираясь на материалы Комиссии международного права ООН и практику Международного Суда. Во второй части рассмотрим понятие и критерии реальной связи судна и государства флага с точки зрения применимых международных конвенций и доктрины. В третьей части предпринимается попытка толкования статьи 91 Конвенции ООН по морскому праву 1982 года. В четвертой части будет проанализирована практика Международного трибунала по морскому праву и Суда Европейского союза. В заключении подведем итоги.

1. Эволюция идеи о реальной связи в международном праве

Кодификация. Комиссия международного права ООН (далее — КМП ООН, Комиссия) начала заниматься кодификацией международного морского права на сессиях, проходивших в период с 1950 по 1956 годы. Предстояло выяснить, действительно ли международное право наделяет государства неограниченной свободой при предоставлении своего флага. Специальным докладчиком Комиссии был назначен голландский профессор Ж.-П. Франсуа. При подготовке доклада он опирался на материалы Института международного права (франц.: *Institut de Droit International*), который еще в 1896 году, исследовав национальные правовые системы XVIII и XIX веков, постановил, что для правомерного приобретения флага не менее половины собственников судна должно принадлежать гражданам или национальной компании, состоящей на 2/3 из граждан соответствующего государства³.

В Российской империи право поднять русский флаг по закону 1865 года⁴ было предоставлено собственникам судна из числа русских подданных. Юридические лица приобретали такое право при условии, что их правление и главные конторы находились в пределах России. Торговый устав 1904 года ужесточил требования. Судно могло считаться российским, если оно всецело принадлежало и управлялось русскими подданными или корпоративным органом (юридическим лицом), состоящим из подданных империи⁵. Главное управление торгового мореплавания России еще

³ Yearbook of the International Law Commission 1951. Documents of the third session. Vol. II. New York. 1957. P. 75–76.

⁴ Полное собрание законов Российской Империи. Собрание Второе. Том XL. Отделение 1. 1865. Тип. II Отделения Собственной Его Императорского Величества Канцелярии. 1867. С. 590.

⁵ Шершеневич Г. Ф. *Курс торгового права в 4 т.* Том 3. Вексельное право. Морское право / Г. Ф. Шершеневич. М. : Издательство Юрайт, 2018. С. 200–201.

в 1903 году указывало, что «национальность зависит не от внешних формальных признаков, а от признаков внутренних, которые не всегда заметны для постороннего наблюдателя, а именно: от национальности лиц, вложивших свои капиталы в мореходное предприятие, а отчасти, но в гораздо слабой степени, и от национальности лиц, которым вверено управление делами предприятия»⁶. На протяжении долгого времени в сознании людей господствовало представление о морском судне как о живом лице, самостоятельном субъекте права, которому также свойственно иметь национальность. Г. Ф. Шершеневич приводит словоупотребления, использовавшиеся в то время: «пароход идет», «пароход бежит», «показался купец», «судно платит»⁷. Окончательное признание судна как недвижимой вещи привело к пониманию его главной международно-правовой особенности — *ex territorialis*: судно является продолжением государственной территории. В этом смысле национальность и есть категория, определяющая принадлежность судна к государству.

Ф. Ф. Мартенс писал, что «все суда признаются в открытом море оторванными частями территории того государства, под флагом которого они плавают»⁸. Отсюда следует, что все происходящее на борту, включая сделки и правонарушения, определяется по закону государства флага (*lex flagi*). Флаг выступает внешним проявлением национальности судов, символизирующим суверенитет над судном в открытом море.

Сходство институтов национальности судна и гражданства физических лиц отмечалось и на сессиях КМП ООН. Присвоение морским судам национальности следует из принципа свободы открытого моря. В пункте 3 доклада Комиссии «Режим открытого моря» от 10 апреля 1951 года отмечается, что именно категория «национальность судов» делает эти недвижимые вещи (*res*) очень похожими на людей, обладающих гражданством. Суда также надлежит контролировать, а возможные злоупотребления, проистекающие из правового режима открытого моря (*mare liberum*), — пресекать. Поэтому выход в открытое море разрешается только судам, обладающим национальностью⁹.

КМП ООН не ставила под сомнение исключительную компетенцию государств на предоставление национальности судам. Данный принцип был уже подробно развит в прецедентном праве. Так, в 1905 году Постоянная палата третейского суда в Гааге по делу «*Muscat Dhows*» подтвердила право государства принимать решение, кому предоставить свой флаг и на каких условиях¹⁰. Аналогичным образом в 1953 году Верховный суд США отметил, что каждое государство по международному праву может определить условия предоставления своей национальности судну, из чего следует не только получение власти над ним, но и принятие ответственности¹¹.

Проект статей. В 1955 году КМП ООН представила проекты статей по открытому морю¹². Обращает на себя внимание проект статьи 5, в котором изначально была заложена идея о признании третьими государствами национальности судна только в том случае, если регистрация отвечает определенному набору правовых условий. КМП ООН определила следующие критерии правомерности несения национального флага: 1) режим государственной собственности на судно; 2) режим частной собственности на судно, однако в таком случае оно должно принадлежать гражданину этого государства или иностранному лицу, которое не только законно, но и фактически проживает на территории соответствующего государства. Если собственник судна — юридическое лицо (компания, партнерство, акционерное общество), то большинство его участников должно быть гражданами этого государства или иностранными лицами, которые не только законно, но и фактически проживают на территории соответствующего государства. При этом юридическое лицо должно быть не только учреждено по праву соответствующей страны (*lex societatis*), но и иметь зарегистрированный офис (деловое обзаведение) на территории этого государства. По итогам работы специальный докладчик КМП ООН Франсуа пришел к выводу, что в отсутствие реальной связи между государством, экипажем и правом собственности государство флага не сможет эффективно управлять судном¹³. КМП ООН была уверена, что редакция проекта статьи 5 будущей конвенции в

⁶ Верещетин В. С. *Свобода судоходства в открытом море*. Москва. Изд. ИМО, 1958. С. 29.

⁷ Шершеневич Г. Ф. *Указ. соч.* С. 198.

⁸ Мартенс Ф. Ф. *Современное международное право цивилизованных народов. В 2-х томах* / под ред. В. А. Томсинова. М. : Зерцало. 2008. — (Серия «Русское юридическое наследие»). Т. 2. С. 162.

⁹ Yearbook of the International Law Commission 1951. Documents of the third session. Vol. II. New York. 1957. P. 75.

¹⁰ Muscat Dhows Case (France v. Great Britain): Award. The Hague, 8 August 1905 // The Hague Justice Portal. URL: <http://www.haguejusticeportal.net/index.php?id=6926> (дата обращения: 28.06.2023).

¹¹ U.S. Supreme Court in the case of «Lauritzen vs. Larsen» (1953) // URL: <https://www.law.cornell.edu/supremecourt/text/345/571> (дата обращения: 28.06.2023).

¹² Yearbook of the International Law Commission, 1955. Documents of the seventh session. Vol. II. New York. 1960. P. 20.

¹³ Yearbook of the International Law Commission, 1951. Documents of the third session. Vol. II. New York. 1957. P. 83.

предложенном виде отражает состояние обычного международного права, поскольку именно такие условия предусмотрены в национальном законодательстве государств. При этом предполагалось, что для достижения реальной связи на практике государства должны инкорпорировать вышеуказанные нормы в свое законодательство, тем самым унифицировав правовые условия предоставления национальности.

Однако не все государства поддержали эту позицию. Так, Нидерланды в своем отзыве на проект статей КМП ООН выразили сомнение в возможности разработки подробных правил, касающихся права государств предоставлять свою национальность судам, предложив ограничиться лишь указанием на существование между ними связи без какой-либо подробной детализации¹⁴. В английском отзыве на проект было предложено включить в текст будущей конвенции правовую норму, содержащую обязательство государств эффективно осуществлять юрисдикцию и контроль над судами, плавающими под его флагом¹⁵. Споры о реальной связи всегда возникали в контексте определенных ограничений свободы государств предоставлять свою национальность судам. При этом оппоненты этого тезиса приводили решение по делу «*Lotus*» 1927 года, заключающееся в том, что ограничения свободы государств нельзя презюмировать, так как международное право оставляет за государствами значительную степень усмотрения, которое ограничивается только прямыми запретительными нормами¹⁶.

Тем не менее на восьмой сессии Комиссия, рассмотрев замечания правительств, сочла необходимым отказаться от этой точки зрения. Сформулированные ею критерии, определенные в статье 5 проекта статей 1955 года, не могли отвечать поставленной перед собой цели. Существующая практика в различных государствах была настолько различной, что это становилось объективным препятствием. Поэтому КМП ООН решила ограничиться провозглашением руководящего принципа реальной связи (англ.: *genuine link*), хотя изначально Франсуа использовал выражение «*real connection*». Основным выводом КМП ООН сводился к тому, что эффективная юрисдикция может осуществляться лишь тогда, когда между государством и судном фактически существуют отношения иные, чем простая регистрация или простая выдача свидетельства о регистрации.

Международный Суд. Важное значение для понимания происхождения и исторического развития принципа реальной связи имеет практика Международного Суда (далее — Суд). Можно отметить несколько прецедентов, в которых Суд затрагивал рассматриваемый нами принцип. Это дело «*Nottebohm*» 1955 года¹⁷, консультативное заключение 1960 года¹⁸ и дело «*Barcelona Traction*» 1970 года¹⁹.

Дело «Nottebohm». Международный Суд подтвердил, что международное право признает за каждым государством компетенцию устанавливать нормы, определяющие приобретение и прекращение своего гражданства. Впервые в истории о гражданстве было заявлено как о юридическом отношении, в основе которого лежит чувство социальной привязанности. В случае двойного гражданства правовая связь определяется в зависимости от того, с каким государством физическое лицо имеет наибольшее число социальных контактов. Гражданство не сводится к правоотношению (наличию взаимных прав и обязанностей), а имеет более сложное содержание, определяемое и физическим проживанием, и сосредоточением интересов на территории соответствующего государства. При определении эффективности гражданства Суд предложил набор критериев, а именно необходимость оценивать образ жизни, фактическое место жительства, центр жизненных интересов, семейных связей, планов на будущее»²⁰.

Думается, что решение Суда по делу *Nottebohm*, вынесенное в 1955 году, когда КМП ООН уже приближалась к завершению кодификационной работы, повлияло и на членов Комиссии, и на формирование позиций государств по итоговому проекту статей. Формулировка «реальная связь» прямо следует из использования Судом категорий «подлинная», «реальная», «эффективная», «истинная» в данном деле. Как верно указывает американский юрист Л. Кунц, принцип реальной

¹⁴ *Ibid* P. 53.

¹⁵ *Ibid*. P. 81.

¹⁶ The «*Lotus*» Case, 7 September 1927. P.C.I.J. Series A. № 10. 1927. P. 18–19.

¹⁷ *Nottebohm Case (Liechtenstein v. Guatemala)*, International Court of Justice, Judgment of 1955. ICJ. Reports 1955. P. 4.

¹⁸ Constitution of the Maritime Safety Committee of the Inter-Governmental Maritime Consultative Organization, Advisory Opinion, I.C.J. Reports 1960. P. 150–172.

¹⁹ *Barcelona Traction, Light and Power Company, Limited*, Judgment, I.C.J. Reports 1970. P.3.

²⁰ Краткое изложение решений, консультативных заключений и постановлений Международного суда 1948–1991. ООН. Нью-Йорк. 1993. С. 42.

связи был распространен КМП ООН на национальность судов точно так же, как он был применен в решении по делу *Ноттебома*²¹.

Консультативное заключение 1960 года. Прямое отношение к проблеме реальной связи имеет дискуссия, проходившая в 1959 году на первой сессии Ассамблеи Межправительственной морской консультативной организации на выборах в Комитет по безопасности мореплавания (далее — Комитет). Легитимность Комитета определялась избранием в него четырнадцати государств со «значительным интересом в обеспечении безопасности», из которых не менее восьми стран должны были иметь наибольший по тоннажу флот (статья 28 Конвенции о Межправительственной морской организации (далее — ИМКО)²²).

На членство претендовали Либерия и Панама, которые по числу зарегистрированного тоннажа занимали третье и восьмое место соответственно. Однако национальные делегации на сессии Ассамблеи ИМКО не нашли оснований для членства Либерии и Панамы в Комитете (несмотря на их активную поддержку со стороны США), что и послужило поводом для обращения в Суд. По предложению Либерии Ассамблея ИМКО приняла резолюцию о запросе консультативного заключения, в которой был поставлен вопрос, образован ли Комитет, избранный 15 января 1959 года, в соответствии с Конвенцией ИМКО. По мнению А. Л. Колодкина, этот вопрос по своей сути касался признания или непризнания реальной связи между странами Панголибко²³ и судами, которые ходили под их флагами. От этого, в свою очередь, зависело признание или непризнание либерийского и панамского судов как национальных флотов этих стран²⁴.

В 1960 году Международный Суд девятью голосами против пяти постановил, что Комитет не был учрежден в соответствии со статьей 28 Конвенции ИМКО 1948 года, поскольку имело место злоупотребление дискреционными полномочиями Ассамблеи (франц.: *détournement de pouvoir*)²⁵. Ассамблее предстояло избрать восемь стран, обладающих наибольшим по тоннажу флотом. Слова статьи 28 Конвенции об ИМКО 1948 года «не менее восьми из которых...» имеют обязательный и императивный характер и точно выражают намерение разработчиков конвенции²⁶. По мнению Суда, выражение «избираемых» (англ.: *electd*) нельзя воспринимать путем ссылки лишь на его обычное или общее значение; применение этого выражения не может превращать назначение в процедуру выборов, которая противоречила бы заранее установленному критерию: наибольший тоннаж и наличие значительного интереса в безопасности. Поэтому Суд посчитал, что государства должны назначаться (англ.: *appointed*)²⁷. Суд также принял во внимание артикль «*the*» перед формулировкой «*largest ship-owning nation*», что также указывает на элемент определенности в отношении назначения восьми государств. По мнению Суда, при решении вопроса о признании в качестве «обладающих наибольшим флотом государств» следует полагаться только на сравнительные данные регистра о тоннаже.

Следует согласиться с оценкой А. Л. Колодкина, который писал, что это консультативное заключение противоречит прежней практике Международного Суда, в частности решению по делу *Ноттебома*, когда Суд заявил, что в вопросе национальности требуется подтвердить, имеется ли фактическая и неподдельная связь, является ли она реальной и эффективной, чтобы быть точным юридическим выражением²⁸.

Несогласный с решением судья М. Кинтана в особом мнении отмечает проблему реальной связи, справедливо полагая, что между регистрацией судна (формальный по своему назначению акт) и подлинным владением торговым флотом (содержательный аспект) существует принципиальная разница. Владение флотом отражает международную экономическую реальность, которая проецируется через установление реальной связи. Судья М. Кинтана считает, что эта идея

²¹ Kunz J. L. *The Nottebohm Judgement* // American Journal of International Law. Vol. 54. 1960. № 3. P. 569.

²² Конвенция о Межправительственной морской консультативной организации (заключена в г. Женеве 6 марта 1948 года) // Сборник действующих договоров, соглашений и конвенций, заключенных СССР с иностранными государствами. Вып. XX. М., 1961. С. 640–658.

²³ Панама, Гондурас, Либерия, Коста-Рика и другие «удобные флаги» (аббревиатура).

²⁴ Колодкин А. Л. *Национальность морского судна и принцип реальной связи* // Советский ежегодник международного права. 1961. М.: Изд-во АН СССР. 1962. С. 234.

²⁵ В комитет были избраны 8 стран, имеющих наибольший торговый флот (США, Англия, Норвегия, Япония, Италия, Нидерланды, Франция и Германия), и шесть стран, особо заинтересованных в безопасности мореплавания (СССР, Греция, ОАР, Пакистан, Аргентина и Канада).

²⁶ Constitution of the Maritime Safety Committee of the Inter-Governmental Maritime Consultative Organization, Advisory Opinion, I.C.J. Reports 1960. P. 158.

²⁷ *Ibid.* P. 161.

²⁸ Колодкин А. Л. Указ. соч. С. 236.

представляет *opinio juris* по рассматриваемому вопросу²⁹. Флаг как высший символ суверенитета должен выражать экономическую свободу государства, а не политические устремления третьих стран или коммерческие интересы влиятельных корпораций.

В известной степени можно говорить о политическом решении, поскольку иное означало бы постановку вопроса о неправомерности «удобных флагов», что затронуло бы интересы крупнейших собственников флота и, как следствие, основы глобальной торговли, так активно отстаиваемые США. Несмотря на неопределенность принципа реальной связи, страны Панголибко, находящиеся под влиянием крупных американских корпораций, стремились избежать его международно-правового признания и закрепления, на что справедливо обращал внимание Г. И. Тункин³⁰.

«*Barcelona Traction*». В контексте темы настоящего исследования исключительный интерес в этом деле представляет особое мнение судьи Ф. Джессопа. Он полагал, что принцип реальной связи объединяет такие родственные категории, как «гражданство» лиц, «национальность» судов и компаний³¹. Применительно к морским судам Ф. Джессоп предложил тест из трех критериев, по которым надлежит оценивать существование реальной связи: управление (предположительно имеется в виду связь между капитаном судна и судовладельцем, а также между ними и официальными должностными лицами государства флага), право собственности (в том числе субъектный состав отношений собственности) и эффективное осуществление юрисдикции и контроля (в том числе действие на судне законов государства флага). Другими словами, критерий управления раскрывает фактическую сторону принципа реальной связи, право собственности отражает его экономический аспект, а осуществление юрисдикции и контроля — политико-правовой. Ф. Джессоп уверен, что при отсутствии данных критериев другие государства не обязаны признавать заявленную национальность судна по международному праву³². Такие случаи именуются «национальностью по расчету» или «удобным гражданством» (англ.: *citizenship of convenience*) по аналогии с «удобным флагом». Данное авторитетное мнение внесло существенный вклад в историческое становление принципа реальной связи. Это одно из немногих заявлений, исходящих не от представителей доктрины, а от действующего на тот момент судьи Международного Суда, который акцентирует внимание на содержательной части принципа (включение ряда возможных критериев) и ставит проблему правовых последствий в случае отсутствия реальной связи.

2. Понятие и критерии реальной связи судна и государства флага

Конвенция ООН по морскому праву 1982 года. По итогам работы третьей конференции ООН по морскому праву (1973–1982 годы) была подписана Конвенция по морскому праву (далее — Конвенция 1982 года), которую нередко определяют в качестве современной «хартии морей и океанов», несмотря на то что в ней до сих пор не участвуют такие крупные морские державы, как США и Турция. Конвенция 1982 года не разъясняет, что понимается под реальной связью и каковы правовые последствия ее отсутствия.

Как представляется, практическая потребность в установлении реальной связи возникает в следующих целях: 1) применение статьи 292 Конвенции 1982 года (в делах о незамедлительном освобождении судов и экипажей большое внимание уделяется регистрации и правомерности несения национального флага); 2) привлечение государства флага к международно-правовой ответственности; 3) дипломатическая защита и консульское содействие; 4) решение вопросов юрисдикции и контроля (например, контроль соблюдения правил безопасности и бортовой дисциплины); 5) осуществление права на военную защиту государства флага, в том числе в порядке статьи 51 Устава ООН; 6) решение вопроса о правомерности торговли между портами одного государства (каботаж); 7) определение в случае войны статуса судна и применения к нему норм международного гуманитарного права; 8) сохранение национальности, несмотря на то, что судно стало пиратским (статья 104 Конвенции 1982 года); 9) возможность осмотра военным кораблем иностранного судна, если это судно не имеет национальности, а также если на нем поднят иностранный флаг или оно отказывается поднять флаг, но это судно в действительности имеет ту же национальность, что и

²⁹ Constitution of the Maritime Safety Committee of the Inter-Governmental Maritime Consultative Organization, Advisory Opinion, I.C.J. Reports 1960. P. 178.

³⁰ Тункин Г. И. *Очерки международного морского права*. Москва : Государственное издательство юридической литературы, 1962. С. 181.

³¹ *Barcelona Traction* (sep. op. Jessup), ICJ. P. 188 //

URL: <https://www.icj-cij.org/public/files/case-related/50/050-19700205-JUD-01-06-EN.pdf> (дата обращения: 28.06.2023).

³² *Ibid.*

данный военный корабль (статья 110 Конвенции 1982 года); 10) применение коллизионной привязки *lex flagi*, поскольку отсутствие реальной связи по смыслу Конвенции 1982 года влечет невозможность эффективного применения «закона государства флага» к целому ряду частно-правовых вопросов; 11) контроль за соблюдением режима международных санкций в море.

Особую актуальность данный принцип приобретает в контексте борьбы мирового сообщества с ННН-промыслом. Морские суда под «удобным» флагом не только подрывают основы рационального использования морских биологических ресурсов, но и совершают экологические правонарушения с трансграничными вредными последствиями, нередко подозреваются в перевозке наркотиков, нелегальных мигрантов, а также других объектов, оборот которых запрещен или ограничен международным правом. Исключительными предстают ситуации, в которых иностранное судно может быть перехвачено в открытом море в целях исполнения резолюции Совета Безопасности ООН (например, если санкции введены в отношении конкретных судовладельцев или самого судна, которое для прикрытия несет флаг третьего государства).

В США рассматривают проблему реальной связи не только применительно к судам, но и к искусственным сооружениям на море. 20 апреля 2010 года в Мексиканском заливе (80 км от штата Луизиана) произошел взрыв нефтяной платформы «*Deepwater Horizon*», эксплуатируемой под флагом Маршалловых островов. В результате катастрофы погибли 11 человек, а в Мексиканский залив вылилось около 200 млн галлонов нефти. Американский юрист Б. Бейкер, подробно анализируя юридические аспекты катастрофы, пришел к выводу о необходимости «возродить принцип реальной связи в современном международном праве»³³.

Конвенция об условиях регистрации судов 1986 года. Важнейшим международно-правовым документом, призванным непосредственно реализовать положения статьи 91 Конвенции 1982 года, является принятая в 1986 году Конвенция ООН об условиях регистрации судов³⁴ (далее — Конвенция 1986 года). В статье 1 прямо указана цель ее принятия: обеспечение реальной связи между государствами флага и судами. Принимая во внимание положения Конвенции 1986 года, следует отметить следующие критерии реальной связи: 1) гражданство собственника судна должно соответствовать государству регистрации (статья 7); 2) гражданство командного состава и членов экипажа судов также должно соответствовать государству регистрации (статья 9); 3) судовладельческая компания и ее дочерние структуры должны быть учреждены и/или иметь свою штаб-квартиру в государстве регистрации судна (статья 10); 4) обеспечение идентификации судовладельцев и операторов в регистре (статья 11).

Будущее Конвенции 1986 года представляется неопределенным. За прошедшие 35 лет со дня ее подписания документ в силу не вступил и вряд ли это когда-нибудь произойдет. Конвенцию ратифицировали всего 15 государств³⁵. СССР подписал конвенцию в 1987 году, но так и не ратифицировал ее. Распространению Конвенции 1986 года по-прежнему противятся офшорные юрисдикции с открытыми регистрами, поддерживаемые транснациональными корпорациями и некоторыми правительствами.

Международно-правовые акты в сфере управления рыболовством. В пункте 91 резолюции 75/89 «Обеспечение устойчивого рыболовства...» от 8 декабря 2020 года³⁶ Генеральная Ассамблея ООН вновь напоминает о необходимости устанавливать реальную связь. Государствам, предоставляющим «удобные флаги», адресован призыв международного сообщества надлежащим образом контролировать рыболовный флот согласно международному праву. Иначе они должны прекратить открытую регистрацию (думается, порядковый номер этого пункта определен неслучайно).

Продовольственная и сельскохозяйственная организация ООН (далее — ФАО) в последние годы со ссылкой на статью 91 Конвенции 1982 года разрабатывает новые подходы к сдерживанию произвольной эксплуатации флота. Общее понимание сводится к тому, что регистрация рыболовных судов в офшорных юрисдикциях используется для уклонения их собственников (судовладельцев) от

³³ Brian B. Flags of Convenience and the Gulf Oil Spill: Problems and Proposed Solutions // *Houston Journal of International Law*. 2012. Vol. 34. № 3. P. 698.

³⁴ Конвенция ООН об условиях регистрации судов (заключена в г. Женеве 7 февраля 1986 года) // Документ опубликован не был.

³⁵ Status of the United Nation Convention on Conditions for Registration of Ships // URL: https://treaties.un.org/pages/ViewDetails.aspx?src=TREATY&mtdsg_no=XII-7&chapter=12&clang=en (дата обращения: 28.06.2023).

³⁶ Резолюция Генеральной Ассамблеи ООН 75/89 от 8 декабря 2020 года. «Обеспечение устойчивого рыболовства...» // URL: <https://documents-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/N20/359/11/PDF/N2035911.pdf?OpenElement> (дата обращения: 28.06.2023).

общепринятых на универсальном и региональном уровнях охранных мер управления морским рыболовством.

В 1993 году было принято Соглашение ФАО о соблюдении международных мер по сохранению живых ресурсов и управлению ими (далее — Соглашение ФАО)³⁷. В статье III (3) данного соглашения выдача государством флага разрешения на рыбный промысел в открытом море поставлена в зависимость от «характера связей» между ним (государством флага) и конкретным рыболовным судном. При принятии положительного решения государство-участник должно удостовериться в своей способности эффективно выполнять обязанности по Соглашению ФАО. Приведенная норма статьи III (ответственность государства флага) как бы препроводит принцип реальной связи в специальном международном соглашении, однако ее формулировки чрезмерно абстрактны и субъективны (оценка «характера связей», «должно удостовериться», «эффективно выполнять»), чтобы судить о каком-либо содержательном наполнении принципа применительно к управлению рыболовством.

31 октября 1995 года в ФАО был принят Кодекс ответственного рыболовства³⁸. Многие его нормы в настоящее время имплементированы в национальное законодательство государств, а также могут применяться как обычное международное право. Принцип реальной связи воплощен в статье 7.8.1 данного Кодекса, согласно которой государства побуждают банки, кредитные и финансовые организации не предъявлять требование, по которому рыболовные (промысловые) суда должны ходить под флагом государства иного, чем государство с преимущественным правом собственности. Речь идет о случаях, когда банки, кредитные и финансовые организации выдвигают собственникам (судовладельцам) условие, по которому для положительного решения о выдаче займа или ссуды под залог недвижимости последние должны зарегистрировать судно в другой юрисдикции. При этом государство должно оценить, что такие требования могут привести к вероятности несоблюдения общепринятых на универсальном и региональном уровнях охранных мер управления морским рыболовством.

Генеральная Ассамблея ООН в ноябре 1999 в резолюции 54/32 выступила с обращением к международному сообществу, прежде всего, к ФАО, Международной морской организации (далее — ИМО), региональным рыбохозяйственным организациям, государствам и другим субъектам об определении понятия реальной связи применительно к рыболовству³⁹ (пункт 8). В настоящее время продолжается работа ФАО и ИМО в направлении разработки практических критериев установления реальной связи.

Доктрина. Прежде чем пытаться сделать какие-либо выводы на основе представленных выше материалов, рассмотрим мнения юристов-международников по обозначенной проблеме. Этот шаг представляется полезным уже потому, что доктрины квалифицированных специалистов различных наций используются в качестве вспомогательного средства определения смысла и значения норм международного права. «Как общий принцип, — по замечанию Я. Броунли, — “реальная связь” представляет ценность, но применительно к специальным проблемам этот принцип оказывается слишком неконкретным и создает больше проблем, чем приносит пользы. Реальность — это очень относительное понятие»⁴⁰.

В 2017 году был обнародован комментарий к Конвенции 1982 года, разработанный коллективом юристов под редакцией Д. Моора и М. Нордквиста⁴¹ (Университет Вирджинии, США). Они опустили определение термина «реальная связь», однако справедливо отметили, что до тех пор, пока не определен набор критериев, оценка наличия этой связи не представляется возможной⁴². В духе американской доктрины права и концепции «национальных интересов США» вполне ожидаемо сделан вывод, согласно которому, исходя из истории и прецедентного права, в случае отсутствия реальной связи непризнание национальности судна не может являться санкцией⁴³.

³⁷ Соглашение о содействии соблюдению рыболовными судами в открытом море международных мер по сохранению живых ресурсов и управлению ими (заключено 23 ноября 1993 года) // URL: http://www.un.org/ru/documents/decl_conv/conventions/fishing_vessels.shtml (дата обращения: 28.06.2023).

³⁸ Кодекс ведения ответственного рыболовства ФАО // Сборник международных конвенций и соглашений РФ по вопросам рыболовства. Под общей редакцией А. А. Крайнего. М., 2010. С. 283–307.

³⁹ Резолюция Генеральной Ассамблеи ООН 54/32 от 24 ноября 1999 года // URL: <https://documents-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/N00/237/95/PDF/N0023795.pdf?OpenElement> (дата обращения: 28.06.2023).

⁴⁰ Броунли Я. *Международное право (в двух книгах)*. Книга вторая. Москва : Издательство «Прогресс», 1977. С. 61.

⁴¹ United Nations Convention on the Law of the Sea: A Commentary / ed. by A. Proelss. С. Н. Beck, Hart, Nomos, 2017.

⁴² *Ibid.* P. 699.

⁴³ *Ibid.*

Г. Гаучи (Великобритания) и К. Аквилена (Мальта) провели в 2017 году сравнительно-правовое исследование институтов гражданства физических лиц и национальности морских судов⁴⁴, заключив, что с появлением возможности покупать гражданство и флаги как товары некоторые правовые системы отошли от классического подхода дела *Ноттебома* относительно существования подлинной, реальной связи. По их мнению, принцип реальной связи в современных условиях представляет собой «торжество формальности над содержанием». С такой оценкой, к сожалению, вынуждены согласиться, принимая во внимание и то, что по своим технико-юридическим характеристикам конструкция статьи 91 Конвенции 1982 года представляет собой фикцию (*fictio juris*).

Взгляды правоведов на значение реальной связи сильно различаются. Можно предпринять попытку классификации их подходов. Так, существует ориентированная на политику школа юриспруденции университета Нью-Хейвена. Ее представители, американские юристы М. МакДугал⁴⁵ и Б. Бочек⁴⁶, стоят на позиции либерализации и выступают за презумпцию реальной связи, обусловленную простым фактом регистрации. По их мнению, это самый двусмысленный критерий, когда-либо разработанный для определения национального характера судна. Р. Слоун (США) также отрицает принцип реальной связи, говоря о его «ошибочном признании»⁴⁷.

Другие авторы, в меньшей степени учитывая политическую составляющую вопроса, тем не менее также выступают против применения рассматриваемого принципа. Данное мнение обосновывается неопределенностью самого термина и отсутствием в международном праве санкции за отсутствие реальной связи⁴⁸. М. МакКоннелл (Канада) отмечает отсутствие юридической точности и ясности формулировок Конвенции 1982 года. Он задается вопросом, является ли реальная связь следствием административного регистрационного акта или же требуется нечто большее, и если да, то что⁴⁹.

Третья группа авторов менее критична в отношении формулировок Конвенции 1982 года⁵⁰. Среди отечественных ученых в поддержку принципа реальной связи высказывались, в частности, А. Л. Колодкин, В. Н. Гуцуляк, Ю. В. Боброва⁵¹, В. В. Голицын, Д. Р. Абгарян⁵² и некоторые другие. Однако мнения по этому вопросу сильно разнятся. Так, если А. Л. Колодкин выступал за поиск критериев реальной связи, то К. А. Бекашев, например, предлагает выводить понятие реальной связи из положений статьи 94 Конвенции 1982 года⁵³. При таком достаточно распространенном в доктрине подходе принцип реальной связи воплощается через имплементацию обязанностей государства флага.

По нашему мнению, это означает автоматическую презумпцию, что в корне неверно. Так, Я. Броунли справедливо обращает внимание, что регистрация (или точнее — внутригосударственный акт о регистрации) может выступать лишь в качестве ненадежного доказательства национальности. При этом действительность регистрации по национальному праву не устраняет вопрос о действительности такой регистрации по международному праву⁵⁴. Реальность связи должна устанавливаться через набор критериев. Это содержательное наполнение принципа противопоставлено формализму регистрационной процедуры. С помощью международно-правовых критериев можно опровергнуть не только действительность регистрации по национальному праву, но и презумпцию соответствия флага (форма) национальности (содержание). Формальное прочтение Конвенции 1982 года приводит к игнорированию ее главной функциональной цели.

⁴⁴ Gauci M., Aquilina K. *The Legal Fiction of a Genuine Link as a Requirement for the Grant of Nationality to Ships and Humans – the Triumph of Formality over Substance* // *International and Comparative Law Review*. 2017. Vol. 17. № 1. P. 167–191.

⁴⁵ McDougal M.S., Burke W.T. *The Public Order of the Oceans*. Chapter 8. New Haven, London : Yale University Press, 1962. P. 1122.

⁴⁶ Boczek B. A. *Flag of Convenience*. *International Legal Study*. Harvard University Press, 1962. P. 2.

⁴⁷ Sloane R. D. *Breaking the Genuine Link: The Contemporary International Legal Regulation of Nationality* // *Harvard International Law Journal*. 2009. Vol. 50. № 1. P. 2.

⁴⁸ Bettinck W. *Open Registry, the Genuine Link and the 1986 Convention on Registration Conditions for Ships* // *Netherlands Yearbook of International Law*. 1987. P. 86.

⁴⁹ McConnell M.L. *Darkening Confusion Mounted Upon Darkening Confusion: The Search for the Elusive Genuine Link* // *Journal of Maritime Law and Commerce*. 1985. № 16. P. 365.

⁵⁰ См., например, Walker G. K. *Definitions for the Law of the Sea. Terms Not Defined by the 1982 Convention*. LEIDEN. Boston, 2012. P. 69; United Nations Convention on the Law of the Sea: A Commentary / ed. by A. Proelss. C. H. Beck, Hart, Nomos, 2017. P. 692–699; Tanaka Y. *The International Law of the Sea*. Second Edition. Cambridge : Cambridge University Press, 2015. P. 164 и др.

⁵¹ Колодкин А. Л., Гуцуляк В. Н., Боброва Ю. В. *Мировой океан. Международно-правовой режим. Основные проблемы*. М. : Статут. 2007.

⁵² Абгарян Д. Р. *Практика международного трибунала по морскому праву: Монография* / ред. Д. Р. Абгарян. М. : Юстицинформ.

⁵³ Бекашев К. А. *Суда под удобными флагами подрывают основы рационального использования водных биологических ресурсов* // *Международное морское право. Статьи памяти А. Л. Колодкина* / сост. Р. А. Колодкин, С. М. Пунжин. М. : Статут. 2014. С. 357.

⁵⁴ Броунли Я. *Указ. соч.* С. 68.

Политико-правовая категория «национальность» и лежащий в ее основе принцип реальной связи призваны обеспечить международный правопорядок в Мировом океане. Иное означает, что строгое международно-правовое обязательство трансформируется в декларативное правило без какого-либо внятного содержания.

Среди ученых не сложился консенсус в понимании рассматриваемого принципа. Будучи юридической фикцией, статья 91 Конвенции 1982 года тем не менее представляет собой международно-правовое обязательство государств. Любая фикция, как известно, должна иметь правовое основание и содержание (*nunquam fictio sine lege*). Исходя из сказанного, следует на международном уровне признать в качестве критериев реальности связи следующие условия: 1) не менее 50 % доли в праве собственности на судно должно принадлежать государству регистрации, его гражданам или юридическим лицам; 2) обязанность постоянного проживания граждан — собственников судна на территории государства флага, а для юридических лиц — наличие коммерческого предприятия на территории государства флага; акционеры и директор должны быть гражданами государства флага; 3) принадлежность капитана и большей части экипажа к гражданству государства флага; 4) регистрация судна в порту государства флага, а также в международном регистре; 5) контроль за судном чиновников государства флага; 6) регулярное возвращение судна в свои порты; 7) имплементация в национальном законодательстве всех предусмотренных международным правом обязанностей государства флага; 8) обеспечение прав человека на судне в соответствии с международными обязательствами государства флага. Данный перечень является при этом неисчерпывающим.

Авторитетное решение относительно того, что подразумевается под принципом реальной связи, может быть вынесено только международным судебным органом, таким как Международный Суд или Международный трибунал по морскому праву. Менее реалистично сегодня выглядит международно-правовое закрепление этих критериев с помощью подписания дополнительного соглашения к Конвенции 1982 года. Наиболее простым способом могла бы стать разработка на уровне ООН или ИМО «теста реальной связи» (англ.: *genuine link test*) — перечня контрольных вопросов, с помощью которых для практических целей была бы возможна оценка соблюдения обязательства государством флага по статье 91 Конвенции 1982 года. При невыполнении этого теста государство не должно регистрировать или содержать судно в реестре.

Современные технологии способствуют объективной оценке соблюдения государствами этого принципа, во всяком случае в том, что касается некоторых фактических аспектов. Так, при рассмотрении в Международном трибунале по морскому праву дела «*The M/V «Norstar»* 2019 года Панама приводила доказательства фактических контактов арестованного судна «Норстар» с государственным побережьем Панамы (съёмки и наблюдения, содержащиеся в навигационных отчетах, а также с помощью документов, полученных на земле и через службы наблюдения и другие данные объективного контроля)⁵⁵. Кроме того, оценка наличия или отсутствия реальной связи между судном и государством флага в каждом конкретном случае должна проводиться путем обращения к национальному праву, проверки его соответствия международным нормам, действующим для государства предполагаемой регистрации судна. Это логически вытекает из содержания самой статьи 91 Конвенции 1982 года, косвенно отсылающей к национальному праву, в котором предусмотрены условия предоставления национальности соответствующего государства.

Нередко в текстах международных договоров используются понятия, которые, как подразумевается, должны пониматься в контексте конкретного внутригосударственного права, от которого они производны. Статья 91 Конвенции 1982 года является примером такого подхода, поэтому обращение и анализ положений национального законодательства о предоставлении судну национальности при оценке соблюдения реальной связи крайне важен. Относительно правовых последствий отсутствия реальной связи не следует исключать возможность непризнания национальности. При этом бремя доказательства того, что связь является реальной, должна лежать на непризнанном государстве. Это соответствует как прецеденту «*Nottebohm*», так и позиции, выраженной судьей Ф. Джессопом в особом мнении в деле «*Barcelona Traction*». Как следствие, при невыполнении статьи 91 Конвенции 1982 года государство флага лишается права осуществлять дипломатическую защиту.

⁵⁵ «*Norstar*» Case (*Panama v. Italy*). Memorial of Panama of 1 April 2017. Par. 18 // URL: https://www.itlos.org/fileadmin/itlos/documents/cases/case_no.25/case_no_25_merits/PART_1_Memorial.pdf (дата обращения: 28.06.2023).

Отметим еще одну формирующуюся в международном праве интересную тенденцию, которая заключается в отказе в правах государствам флага, не выполняющим должным образом свои обязанности по международным договорам. В качестве таких примеров можно привести статью 228 Конвенции 1982 года (приостановление и ограничение возбуждения разбирательства), статью 23 Соглашения об осуществлении положений Конвенции 1982 года, которые касаются сохранения трансграничных рыбных запасов и запасов далеко мигрирующих рыб и управления ими 1995 года⁵⁶ (меры, принимаемые государствами порта). Недавно ратифицированное Российской Федерацией Соглашение о мерах государства порта по предупреждению, сдерживанию и ликвидации ННН-промысла 2009 года в статье 9 предусматривает возможность отказа в заходе в порт судну, занятому ННН-промыслом или связанному с деятельностью в поддержку такого промысла⁵⁷. Специальным правовым последствием отсутствия реальной связи в области рыболовства можно выделить запрет на ведение рыбного промысла.

Таким образом, отказ в праве или его защите предлагается квалифицировать в качестве своеобразной санкции за недобросовестное соблюдение государством флага международных обязательств по обеспечению реальной связи.

3. Существование реальной связи: проблема толкования статьи 91 Конвенции ООН по морскому праву 1982 года

Правила толкования. Правила толкования международных договоров предусмотрены статьями 31–33 Венской конвенции о праве международных договоров 1969 года⁵⁸ (далее — Венская конвенция 1969 года). Однако они применяются только к тем международным договорам, которые заключены после ее вступления в силу (статья 4). Учитывая, что Венская конвенция 1969 года вступила в силу в 1980 году, она как таковая не может применяться к толкованию статьи 5 Конвенции 1958 года, поэтому предлагается сразу перейти к попытке установления смысла статьи 91 Конвенции 1982 года.

Подходы к толкованию. В толковании понятия «реальной связи» субъектами международного права можно выделить три подхода. Первый состоит в установлении реальности связи через соблюдение только международно-правовых норм. Речь идет о ситуациях, когда государство флага толкует искомое понятие через другие применимые нормы международного права, в том числе специальные (например, регулирующие морское рыболовство). Этому следует, в частности, Европейский союз⁵⁹. Второй подход состоит в условиях предоставления судну национальности на уровне внутригосударственного права. Чем больше требований несут в себе эти условия, тем крепче реальная связь. Норвегия, например, инкорпорировала этот принцип в национальное законодательство⁶⁰. Наконец, реальную связь можно понимать как наличие фактических отношений между государством флага и судном (подчинение приказам, управление из этого государства, контакты с государственным побережьем). Такой ответ Генеральному секретарю ООН предложило Марокко⁶¹.

Термин «реальная связь». В первую очередь предлагается истолковать термин «реальная связь», применяя статью 31 Венской конвенции 1969 года. Для этого необходимо рассмотреть три аспекта: обычное значение этого положения, контекст, объект и цель договора. Термин «реальная связь» в обычном смысле означает, что между судном и государством, предоставившим ему национальность, должна существовать подлинная, настоящая связь (управление как фактическая сторона отношений; право собственности — экономический аспект; осуществление юрисдикции и контроля — политико-правовой), а не бутафорная, искусственная, мнимая или случайная. Судья Международного трибунала по морскому праву Д. Андерсен справедливо отмечает, что в формулировке «реальная связь» содержится также элемент добросовестности в слове «реальная»⁶².

⁵⁶ Соглашение об осуществлении положений Конвенции Организации Объединенных Наций по морскому праву от 10 декабря 1982 года, которые касаются сохранения трансграничных рыбных запасов и запасов далеко мигрирующих рыб и управления ими // Собрание законодательства РФ. 2018. № 17. Ст. 2436. (Россия участвует).

⁵⁷ Соглашение о мерах государства порта по предупреждению, сдерживанию и ликвидации незаконного, несообщаемого и нерегулируемого промысла 2009 года // Бюллетень международных договоров. 2021. № 5.

⁵⁸ Венская Конвенция о праве международных договоров (Вена, 23 мая 1969 года) // Ведомости ВС СССР. 1986. № 37. Ст. 772.

⁵⁹ Бекашев К.А. Указ. соч. С. 356.

⁶⁰ Там же.

⁶¹ Там же.

⁶² The M/V Saiga (№ 2). Separate Opinion of Judge Anderson. Par. //

URL: https://www.itlos.org/fileadmin/itlos/documents/cases/case_no_2/published/C2J-1_Jul_99-SO_A.pdf (дата обращения: 28.06.2023).

Контекст договора. Обращает на себя внимание логическая последовательность изложения слов в статье 91 Конвенции 1982 года. Прежде всего, говорится об условиях предоставления национальности, после этого — о регистрации, а затем уже о возникающем праве на флаг. Международно-правовая проблема реальной связи напоминает о себе тогда, когда законодательство одних стран требует выполнения определенных условий, а законодательство других следует презумпции, по которой сам факт регистрации выступает необходимым и достаточным основанием установления такой связи. Для толкования статьи 91 Конвенции 1982 года следует выделить несколько положений, которые в своей взаимосвязи могут рассматриваться как единый контекст.

В первую очередь надлежит упомянуть статью 92, которая касается запрета смены флага. Этим правилом не затрагиваются случаи действительной, подлинной передачи титула и, как следствие, изменения регистрации. Смысл этого положения состоит в том, что смена флага (изменение национальности) не должна происходить случайным образом без какого-либо правового и экономического основания. Таким основанием может являться реальная смена собственника судна при условии, что новый судовладелец имеет некоторую реальную связь с новым государством флага.

Кроме того, как уже отмечалось ранее, в качестве контекста статьи 91 Конвенции 1982 года следует рассматривать статью 94, которая определяет перечень обязанностей государства флага. К ним относятся, например, обязанности вести регистр судов, осуществлять юрисдикцию (законодательную, исполнительную и судебную) в отношении всех лиц и всего происходящего на судне, принимать оперативные меры для обеспечения безопасности в море и другие. При этом само понятие «реальная связь» не должно сводиться к обязанностям государства флага по статье 94. Речь идет об их взаимосвязи, что создает некоторое смысловое единство.

Наконец, полагаем, что в общем контексте необходимо учитывать также статью 217 Конвенции 1982 года (обеспечение выполнения государствами флага). В ней говорится о необходимости государства флага обеспечить согласование национальных законов и международных норм, стандартов (в том числе самой Конвенции 1982 года) по предотвращению загрязнения морской среды со своих судов. В статье 217 содержится обширный перечень дополнительных требований, которые касаются мореходного состояния, комплектования экипажа, проведения осмотров (расследований), наличия определенных документов. Все это стимулирует поддерживать порядок. По нашему мнению, данное положение усиливает обязанности по статье 94. В своей совокупности эти правовые нормы образуют общее представление о принципе реальной связи.

Последующая практика. Наряду с контекстом Венская конвенция 1969 года позволяет учитывать также последующие соглашения сторон, последующую практику применения Конвенции 1982 года, а также любые другие применимые между сторонами международно-правовые нормы (пункт 3 статьи 31). Создается впечатление, что в отношении статьи 91 Конвенции 1982 года не существует практики сторон, которая могла бы учитываться для ее толкования.

Еще при обсуждении проекта Конвенции 1958 года КМП ООН отметила, что национальное законодательство и практика предоставления судам национальности настолько разнообразны, что их едва ли возможно унифицировать с помощью договора. По этой причине такую форму практики нельзя рассматривать для целей толкования. Кроме того, большая часть этого законодательства предшествует Конвенции 1982 года, поэтому такая практика не имеет юридического значения, так как пункт 3 статьи 31 Венской конвенции 1969 года относится лишь к той практике, которая сложилась после заключения соответствующего договора.

Можно упомянуть еще одну возможную практику. Резолюцией Совета Безопасности ООН № 787 от 16 ноября 1992 года были введены принудительные меры в отношении Сербии и Черногории⁶³, которые среди прочего санкционировали возможность остановки и досмотра судов под флагом этих стран. Однако значительный интерес для нашей темы представляет пункт 10 данной резолюции. В нем говорится, что независимо от флага судно рассматривается в качестве сербского или черногорского, если контрольный пакет акций на это судно принадлежит соответственно физическому или юридическому лицу, действующему из Сербии и Черногории.

Вместе с тем указанную резолюцию Совета Безопасности ООН нельзя рассматривать как последующую практику применения Конвенции 1982 года, в том числе в части правовых последствий отсутствия реальной связи. В состав Совета Безопасности, как известно, входят лишь 15 государств,

⁶³ Резолюция Совета Безопасности ООН 787 от 16 ноября 1992 года // Совет Безопасности ООН. URL: [https://undocs.org/ru/S/RES/787\(1992\)](https://undocs.org/ru/S/RES/787(1992)) (дата обращения: 28.06.2023).

но этого числа недостаточно, чтобы говорить о них как обо всех сторонах Конвенции 1982 года. Следует учитывать также и временной аспект, поскольку в 1992 году, когда была принята соответствующая резолюция, Конвенция 1982 года еще не вступила в силу. Наконец, в резолюции прямо указано, что остановка и досмотр сербских и черногорских судов применяется «для целей осуществления» резолюции Совета Безопасности ООН, а не для толкования Конвенции 1982 года или проверки требования реальной связи.

Резолюции Совета Безопасности ООН, которыми вводятся санкции в отношении разных государств, интересны именно своей направленностью. Если проанализировать ряд таких документов, станет очевидно, что своей целью эти принудительные меры имеют отнюдь не флаг судна, который в современных условиях является лишь внешним и формальным атрибутом. Их объектом являются лица, стоящие за тем или иным флагом, корпоративные органы управления морскими судами (их структура, юридические связи). Неслучайно в действующих санкциях Совета Безопасности ООН против КНДР, например, содержится призыв ко всем государствам-членам ООН запрещать лицам, включенным в соответствующие перечни, участвовать в совместных предприятиях или любых других деловых предприятиях. При этом все государства должны отменить регистрацию любого судна, которое принадлежит, управляется или имеет команду из этой страны, и не регистрировать никакие суда, регистрация которых отменена другим государством-членом⁶⁴. Эти резолюции чрезвычайно важны для понимания и осмысления рассматриваемого нами принципа.

Объект и цель Конвенции 1982 года. Из преамбулы Конвенции 1982 года можно вывести ряд целей: 1) установление правового режима морских пространств; 2) международное сообщение; 3) мирное использование морей и океанов; 4) справедливое и эффективное использование ресурсов и сохранение живых ресурсов; 5) изучение, защита и сохранение морской среды. Таким образом, основной целью и задачей этого международного договора является создание универсальной системы регулирования и международно-правового порядка в открытом море. Из этого следует, что государство должно контролировать суда под своим флагом в открытом море для соблюдения последними Конвенции 1982 года и других международных норм, обязательных для государства. Эта связь должна носить такой характер, чтобы позволить ему осуществлять необходимый контроль и юрисдикцию для поддержания порядка в открытом море. Из этого положения преамбулы явно не проистекает значение принципа реальной связи. Применение статьи 31 Венской конвенции 1969 года не проливает никакого света и на правовые последствия, которые вытекают из отсутствия реальной связи. Как отмечалось ранее, Конвенция 1982 года стала итогом работы III конференции ООН по морскому праву. Ее отличительной особенностью является отсутствие подготовительных материалов КМП ООН или какого-либо иного экспертного органа, которые можно было бы рассматривать как *travaux préparatoires*.

Согласно статье 320 Конвенции 1982 года тексты документа, составленного на английском, арабском, испанском, китайском, русском и французском языках, равно аутентичны. Ведущими комментариями к Конвенции 1982 года отмечается отсутствие лексических различий в значении реальной связи («*genuine link*» — в английском языке, «*lien substantiel*» — во французском, «*relación auténtica*» — в испанском). В силу пункта 3 статьи 33 Венской конвенции 1969 года предполагается, что термины договора имеют одинаковое значение в каждом аутентичном тексте.

Таким образом, применение правил толкования международных договоров (статьи 31–32 Венской конвенции 1969 года) позволяет прояснить общий смысл и значение принципа реальной связи, однако не приводит к установлению его содержания (критериев). Следуя известным максимам, «толкование должно быть таким, чтобы соглашение было действенным, а не бездейственным» (*interpretatio fienda est ut res magis valeat quam pereat*), «закон не предписывает бесполезное» (*lex non praecipit inutilia*), «двусмысленные выражения должны толковаться так, чтобы избежать неудобства и нелепости» (*intepretatio talis in ambiguis semper fienda est ut evitetur inconvinens et absurdum*), предлагается оценивать соблюдение статьи 91 Конвенции 1982 года через оценку строгости правовых условий, предъявляемых законодательством предполагаемой регистрации судна.

⁶⁴ Комитет Совета Безопасности, учрежденный резолюцией 1718 (2006) // URL: <https://www.un.org/securitycouncil/ru/sanctions/1718#current%20sanction%20measures> (дата обращения: 28.06.2023).

4. Поиск реальной связи судна и государства флага в практике Международного трибунала по морскому праву и Суда Европейского союза

Дело «M/V «SAIGA» (№2)» 1999 года. Примечательно, что необходимость установления реальной связи возникла в самой ранней практике Международного трибунала по морскому праву. Как известно, во время преследования судна «Сайга» под флагом Сент-Винсента и Гренадины гвинейские пограничники открыли огонь по нефтяному танкеру, в результате чего судно получило повреждения, а два моряка — ранения. «Сайга» и его капитан были арестованы. Иностранец судовладелец «Сайга» (в материалах дела его гражданство не раскрывается) обратился за помощью к государству флага. Сент-Винсент и Гренадины представили в Международный трибунал по морскому праву иск о незамедлительном освобождении судна и членов экипажа (статья 292 Конвенции 1982 года). В качестве аргумента против предъявленных требований Гвинея ссылаясь на статью 91 Конвенции 1982 года, заявив, что собственник «Сайга» и основная часть членов экипажа не имеют гражданства государства флага, следовательно, между ними отсутствует реальная связь. Заявитель, в свою очередь, настаивал на своем праве осуществлять дипломатическую защиту нефтяного танкера под его флагом независимо от гражданства собственника и членов экипажа.

Международный трибунал по морскому праву предпринял попытку толкования статей 91, 92, 94 Конвенции 1982 года с учетом не вступившей в силу Конвенции 1986 года, сделав следующий вывод: «Цель положений Конвенции о необходимости реальной связи между судном и государством флага состоит в том, чтобы обеспечить более эффективное выполнение обязанностей государства флага, а не устанавливать критерии, на основании которых действительность регистрации судов в государстве флага может быть оспорена другими государствами»⁶⁵. Международный трибунал по морскому праву пояснил, что «в современном судоходстве команды часто имеют многонациональный состав, и, если каждый пострадавший будет обращаться за защитой к собственному государству, это вызовет чрезмерные затруднения»⁶⁶. Следовательно, трибунал не признал норму Конвенции 1982 года о реальной связи в качестве необходимого условия сразу для нескольких юридически значимых действий: а) признания национальности судна третьими государствами; б) осуществления дипломатической защиты; в) подачи заявления об освобождении.

Дело «The M/V «Virginia G» 2014 года. Спор возник в связи с арестом властями Гвинеи-Бисау нефтяного танкера «Вирджиния» под флагом Панамы. 21 августа 2009 года к танкеру «Вирджиния», находящемуся в исключительной экономической зоне Гвинеи-Бисау, подошли катера пограничной службы этой страны. Должностные лица поднялись на судно, приказав капитану отплыть в порт Бисау, где и арестовали танкер и всех членов экипажа. Спустя 14 месяцев судно было освобождено, однако ему нанесли серьезный ущерб, что и послужило основанием для обращения в Международный трибунал по морскому праву.

Трибунал в своем решении отметил, что в соответствии со статьей 91 Конвенции 1982 года государство имеет право предоставлять свою национальность судам, напомнив, что в деле «Сайга» (№2) Международный трибунал по морскому праву признал это исключительное право государства флага и, кроме того, признал, что статью 91 Конвенции 1982 года не следует толковать как устанавливающую предварительные условия, которые должны быть выполнены для осуществления права государства флага предоставлять национальность судам. По мнению Международного трибунала по морскому праву, как только судно зарегистрировано, государство флага обязано в соответствии со статьей 94 Конвенции 1982 года осуществлять эффективную юрисдикцию и контроль над этим судном, чтобы обеспечить его функционирование в соответствии с общепринятыми международными правилами, процедурами и практикой, в чем и заключается значение реальной связи. В этой связи якобы нет никаких оснований сомневаться в том, что Панама осуществляла эффективную юрисдикцию и контроль в отношении «Вирджинии». Таким образом, трибунал отверг возражение Гвинеи-Бисау о приемлемости претензий Панамы, основанное на предполагаемом отсутствии реальной связи между Панамой и судном «Вирджиния»⁶⁷.

⁶⁵ The «M/V Saiga» (№ 2) Case (Saint Vincent and the Grenadines v. Guinea). Judgment of 1 July 1999. Par. 83 // URL: https://www.itlos.org/fileadmin/itlos/documents/cases/case_no_2/published/C2-J-1_Jul_99.pdf (дата обращения: 28.06.2023).

⁶⁶ *Ibid.* Par. 107.

⁶⁷ M/V «Virginia G» (Panama/Guinea-Bissau). Judgment of 14 April 2014. Par. 102-118 // URL: https://www.itlos.org/fileadmin/itlos/documents/cases/case_no.19/judgment_published/C19_judgment_140414.pdf (дата обращения: 28.06.2023).

Можно согласиться с Д. Р. Абгарян в том, что «такая аргументация явно имеет не юридическое, а прагматическое основание»⁶⁸. Французский юрист Х. Дипла пишет о «крайне необычном подходе Трибунала к вопросам международного морского права»⁶⁹. Исходя из презумпции реальной связи, обусловленной самим фактом регистрации судна в одном из регистров, трибунал перераспределил бремя доказывания обратного на государство, которое пытается оспорить подлинность связи. В случае с судном «Сайга» Международный трибунал по морскому праву указал на недостаточность доказательств, представленных Республикой Гвинея, для обоснования отсутствия реальной связи между этим судном и государством флага. Такой подход можно охарактеризовать как торжество формализма над содержанием. Прежде всего, следует сказать о достаточно спорной позиции Международного трибунала по морскому праву относительно толкования статьи 91 Конвенции 1982 года: трибунал уклонился от поиска критериев реальной связи, сославшись на статью 94. Такая позиция приводит к опустошению функциональной цели, для которой международное право требует реальной связи. Упомянутая в решении Конвенция 1986 года, напротив, исходит из установления критериев принципа реальной связи. Непризнание правовых последствий отсутствия реальной связи фактически представляет собой отказ от применения каких-либо санкций. При этом Международный трибунал по морскому праву отметил, что в качестве средства правовой защиты, к которому может прибегнуть государство, сомневающееся в правомерности регистрации судна (неосуществление «надлежащей юрисдикции и контроля»), относится обращение к государству флага в соответствии со статьей 94 (6) Конвенции 1982 года. Последнее обязано отреагировать, провести расследование и принять любые необходимые меры.

Практика Суда Европейского союза. Вопрос о реальной связи рассматривался в Суде ЕС, в частности, в известных делах «*Factortame*»⁷⁰. Поводом для их рассмотрения послужила активная регистрация в Англии рыболовных судов испанскими собственниками, которые злоупотребляли либеральным режимом английского законодательства. Затем испанские суда под уже британским флагом начали вести промысел в счет квот, выделенных Соединенному Королевству согласно статье 43 (бывшая статья 37) Договора о функционировании ЕС 1957 года⁷¹. Испанские предприятия преследовали цель освоить больше квот, чем они получали в соответствии с общей рыбохозяйственной политикой ЕС. Эта практика была известна как «скачок (переход) квот» (англ.: *quota hopping*). Реакцией Англии стало принятие закона о торговом судоходстве 1988 года, ужесточающего требования о регистрации судов, собственниками которых являются иностранные граждане. В Суде ЕС правительство Великобритании выступило в защиту принятого закона тезисом о необходимости выполнения требования о реальной связи, содержащегося в статье 5 Конвенции 1958 года.

Суд ЕС по двум делам «*Factortame*» вынес одинаковые решения, суть которых заключается в следующем: 1) государства-члены определяют в соответствии с общими нормами международного права условия предоставления своей национальности судам, однако при осуществлении этих полномочий государства-члены обязаны соблюдать нормы права ЕС; 2) требование национального закона о том, что собственники и бенефициарные владельцы рыболовных судов должны быть гражданами государства-члена или компаниями, зарегистрированными в государстве-члене, противоречит Договору о функционировании ЕС; 3) не противоречит праву ЕС то, что государство-член устанавливает в качестве условия регистрации рыболовного судна требование об управлении данным судном, его эксплуатации и контроле из государства-члена. Было установлено, что новое законодательство Англии в этой части противоречит праву ЕС. Генеральный адвокат Суда ЕС Ж. Мишо поддержал решение суда, отметив при этом, что критерий гражданства судовладельца распространен в международной практике, однако это требование не является частью обычного международного права. Вместе с тем он не исключает, что другие государства могут отказать в признании национальности судна, если между ним и государством флага нет реальной связи⁷².

⁶⁸ Абгарян Д. Р. Указ. соч. С. 70.

⁶⁹ Dipla H. *The role of the ICJ and the ITLOS in the progressive development of the law of the sea // Unresolved Issues and New Challenges to the Law of the Sea.* Vaughan Lowe General Editor, 2006. P. 244.

⁷⁰ Case C-221/89, R v. Secretary of State for Transport ex p. Factortame, [1991] ECR I-3905; and C-Case 246/89, Commission v. United Kingdom, [1991] ECR I-4585.

⁷¹ Договор об учреждении Европейского экономического сообщества (Подписан в г. Риме 25 марта 1957 года) // Договоры, учреждающие европейские сообщества. М. : Право. 1994. С. 95–288.

⁷² Opinion of Mr. Advocate General Mischo by 13 March 1991. Par. 15 // URL: <http://curia.europa.eu/juris/showPdf.jsf?text=&docid=96770&pageIndex=0&doclang=en&mode=lst&dir=&occ=first&part=1&cid=191184> (дата обращения: 28.06.2023).

Эти выводы были подтверждены в решении «*Poulsen*» 1992 года⁷³ и некоторых других делах. Суд ЕС, по-видимому, придерживается мнения, что реальная связь презюмируется фактом регистрации судна, а другие критерии не имеют юридического значения. Можно поставить вопрос, какой юридической силой обладают эти решения и мнения генеральных адвокатов. Очевидно, что Суд ЕС является авторитетным органом в вопросах толкования и применения права ЕС. Однако, как представляется, Суд ЕС менее авторитетен в своих заявлениях по международному публичному праву в сравнении с Международным Судом или Международным трибуналом по морскому праву. Справедливо заметить, что отношение Суда ЕС к международному праву в его прецедентной практике неоднозначное. В практике этого суда наметилась тенденция придерживаться такого подхода к международному праву, который наилучшим образом соответствует его собственной концепции права ЕС в конкретных обстоятельствах. Яркий тому пример — дело «*Factortame*». Этот подход состоит в том, что обязательства государств-членов по праву ЕС имеют преимущественную силу перед обязательствами по международному праву. В правовой системе ЕС безусловным верховенством обладают только нормы права ЕС, при этом Суд ЕС, будучи хранителем этого права, защищает его, в том числе и от возможного негативного влияния международного права.

Заключение

В международном праве отсутствует общепризнанное понимание термина «реальная связь». Между государствами нет консенсуса в отношении того, что подразумевается под требованием статьи 91 Конвенции 1982 года. Об этом свидетельствует как современная практика, так и работа КМП ООН в 1955 году, прения на первой Женевской конференции по морскому праву 1958 года, консультативное заключение Международного Суда 1960 года. Некоторые ученые также утверждают, что требование реальной связи не относится к вопросу национальности судна, а касается только эффективного осуществления юрисдикции и контроля государством флага. На этом же тезисе основывается рассмотренная прецедентная практика Международного трибунала по морскому праву и Суда ЕС.

Данная позиция не представляется объективной. Указание на реальную связь фигурирует в Конвенции 1982 года в статье, озаглавленной «Национальность судов». Кроме того, из истории вопроса становится ясно, что требование о реальной связи имеет прямое отношение к признанию национального характера судов. Предоставление национальности судну через процедуру регистрации *ipso facto* создает связь между судном и государством флага. Однако одного лишь административного акта недостаточно. Если регистрация сама по себе представляла бы собой реальную связь, то формулировки об этом в статье 91 Конвенции 1982 года были бы совершенно излишними.

В этой связи под принципом реальной связи предлагается понимать руководящее положение, основополагающую идею, определяющую содержание международно-правового регулирования предоставления судну национальности, состоящей из совокупности правовых условий регистрации судна, соблюдение которых необходимо для того, чтобы подтвердить презумпцию действительной принадлежности судна к государству флага. Такое представление соответствует Конвенции 1982 года, современным достижениям в области управления морским рыболовством, практике Совета Безопасности ООН, особым мнениям судей Международного Суда (Ф. Джессопа, М. Кинтаны) и Международного трибунала по морскому праву (Д. Андерсена), а также не менее авторитетным мнениям некоторых представителей доктрины.

Тем не менее нежелание государств создать систему, в которой существует реальная связь между судном и государством флага, очевидно хотя бы из того факта, что Конвенция 1986 года так и не вступила в силу. Режим открытой регистрации по-прежнему широко доступен. Более того, между офшорными юрисдикциями, предоставляющими «удобный флаг», существует конкуренция за создание более благоприятных и выгодных условий регистрации иностранных судов. Представляется также, что известная многим правопорядкам концепция бенефициарной собственности не способствует укреплению реальной связи. В некоторых правовых системах предусмотрено существование «двойных регистров». Это явление можно считать ответом традиционных морских государств на маловероятность любых попыток отменить «удобные флаги». Во многом решение этой проблемы в перспективе будет прямо зависеть от эффективности противодействия офшорным юрисдикциям, финансированию терроризма и легализации доходов, полученных преступным путем. С другой стороны, существующее регулирование и правоприменительная практика в данной области

⁷³ Case C-286/90, *Anklagemyndigheden v. Poulsen and Diva Navigation*. [1992]. ECR I-6019.

позволяют для целей осуществления международных морских перевозок обходить режим односторонних принудительных мер, введенных недружественными государствами против Российской Федерации.

В отсутствие согласованных на международном уровне критериев реальной связи соблюдение или несоблюдение государствами обязательств в этой части возможно только через оценку «жесткости» условий, предъявляемых к регистрации национальным законодательством конкретной страны. Так, например, законодательство Российской Федерации выстроено таким образом, что все суда, зарегистрированные под российским флагом, имеют реальную связь с государством. Вместе с тем Российская Федерация предпринимает дополнительные усилия для того, чтобы для отечественных судовладельцев национальный флаг стал более комфортным и удобным. Для этого проводится политика по деофшоризации отечественного торгового флота.

На уровне национального законодательства важнейшим событием стало принятие закона о контролируемых иностранных компаниях⁷⁴. В 2018 году в России был принят Федеральный закон «О международных компаниях»⁷⁵. Примечательно, что принятие этого закона повлекло за собой необходимость одновременных поправок в Кодекс торгового мореплавания Российской Федерации⁷⁶. С помощью данных мер предполагается возвращение в российскую юрисдикцию иностранных судоходных компаний, контролируемых российскими гражданами. Для этих целей созданы благоприятные налоговые, правовые и организационные условия в специальных административных районах на островах Русский и Октябрьский (в том числе через учреждение Российского открытого реестра), однако их рассмотрение остается за рамками настоящего международно-правового исследования.

Россия остается приверженной своим международным обязательствам, в том числе при отстаивании верховенства международного права в Мировом океане и защите своих национальных интересов. Наиважнейшая задача — продолжать укрепление международно-правового режима Мирового океана, частью которого и является принцип реальной связи, для поступательного развития нашей страны, обеспечения ее безопасности и экономического благополучия.

INTERNATIONAL LEGAL PROBLEMS OF ESTABLISHING A GENUINE LINK BETWEEN THE SHIP AND THE FLAG STATE: THE TRIUMPH OF FORMALISM OVER CONTENT?

Andriyanov D. V.

Dmitry Andriyanov — Master of Laws (LLM), Leading Consultant of the Deputy Chairman of the Federation Council of the Federal Assembly of the Russian Federation K. Kosachev, the Federation Council of the Federal Assembly of the Russian Federation, Lecturer and Researcher of Jurisprudence, Kutafin Moscow State Law University, Moscow, Russia (andriyanov-msk@yandex.ru).

Abstract

The article examines the evolution of an international legal norm that establishes the requirement to ensure a genuine link between a ship and the Flag State. It is a question of exactly what actions the Flag State should take to properly exercise jurisdiction and control on the ship. In particular, the list of measures that are to be taken by the Flag State to ensure effective exercise of its jurisdiction and control over ships flying its flag in administrative, technical and social matters is only indicative, not exhaustive. The author notes that the problems of establishing a genuine link are relevant not only in the context of ships, but also artificial installations and structures, and in an even broader context, they relate to the institution of citizenship of individuals. The author conducts a comparative legal analysis of the institutions of citizenship of individuals and the nationality of ships. While the granting of citizenship to a person depends on the legal fact of birth (filiation) or compliance with a formal procedure defined by law (naturalisation), the relationship between the state and an individual also has some moral component (mutual sense of duty, loyalty). A ship, being an immovable thing (*res*), also has a nationality, but the relationship between such a thing and the state is based on a functional approach. Nevertheless, the similarity of these two categories in modern conditions can be traced: the sale by states of their nationality to foreign citizens (the so-called “investment

⁷⁴ Федеральный закон от 24 ноября 2014 года № 376-ФЗ (ред. от 12 ноября 2018 года) «О внесении изменений в части первую и вторую Налогового кодекса Российской Федерации» // Российская газета. 2014. № 272.

⁷⁵ Федеральный закон от 3 августа 2018 года № 290-ФЗ «О международных компаниях» // Российская газета. 2018. № 170.

⁷⁶ Федеральный закон от 3 августа 2018 года № 296-ФЗ «О внесении изменений в Кодекс торгового мореплавания Российской Федерации в части создания Российского открытого реестра судов в связи с принятием Федерального закона «О международных компаниях» и Федерального закона «О специальных административных районах на территориях Калининградской области и Приморского края» // Российская газета. 2018. № 171.

citizenship”) brings the essence of this institution closer to some marketability traditionally inherent in the nationality of ships (registration of a vessel in offshore (open) registers and the acquisition of a “flag of convenience”).

As a result of the study of the practice of granting nationality to ships, the author identified two trends. According to one trend, for the lawful acquisition of the right to the flag, only the fact of registration of the vessel in the register of the Flag State is sufficient. Various estimates show that in the world about 35 states of open registration provide (sell) a “convenient flag”. Another trend is that in addition to the formal entry into the register, a number of conditions are required to ensure some kind of actual relations between the state and the vessel (a genuine link). The second trend is considered by the author as preferable. The general conclusion is made about the need to assess how strict requirements are imposed on shipowners at the level of the national legislation of the Flag State, including in such matters as ownership, citizenship of shipowners, captain and crew members, accountability, transparency, etc.

Key words

genuine link, nationality, international law of the sea, flag of convenience, open registration, IUU fishing

Citation: Andriyanov D. Mezhdunarodno-pravovye problemy ustanovleniya real'noy svyazi sudna i gosudarstva flaga: torzhestvo formalizma nad soderzhanie[m]? [International Legal Problems of Establishing a Genuine Link Between the Ship and the Flag State: The Triumph of Formalism over Content?] // Zhurnal VSHÉ po mezhdunarodnomu pravu (HSE University Journal of International Law). 2023. Vol. 1. № 2. P. 54–71.

<https://doi.org/10.17323/jil.2023.18189>

References / Список источников

- Abgaryan D. R. (2015) *Praktika mezhdunarodnogo tribunala po morskomu pravu* [The practice of International Tribunal for the Law of the Sea]. Monografiya, M.: YUsticinform. (In Russian).
- Alexander Proelss (ed.) (2017) *United Nations Convention on the Law of the Sea: A Commentary*, C. H. Beck, Hart, Nomos.
- Bekyashev K. A. (2014) *Suda pod udobnymi flagami podryvayut osnovy ratsional'nogo ispol'zovaniya vodnyh biologicheskikh resursov* [Vessels flying «flags of convenience» undermine the rational use of marine bio-resources]. *Mezhdunarodnoe morskoe pravo. Stat'i pamyati A.L. Kolodkina, M. : Statut*.
- Bettinck W. (1987) *Open Registry, the Genuine Link and the 1986 Convention on Registration Conditions for Ships*, *Netherlands Yearbook of International Law*, vol. 18, pp. 69–119.
- Boczek A. (1962) *Flag of Convenience*. International Legal Study, Harvard University.
- Brian B. (2012) *Flags of Convenience and the Gulf Oil Spill: Problems and Proposed Solutions*, *Houston Journal of International Law*, vol. 3, pp. 687–695.
- Brounli I. (1977) *Mezhdunarodnoe pravo (v dvuh knigah)*, Kniga vtoraya, Izdatel'stvo «Progress», Moskva. (In Russian).
- Dipla H. (2006). *The role of the ICJ and the ITLOS in the progressive development of the law of the sea, Unresolved Issues and New Challenges to the Law of the Sea: Vaughan Lowe General Editor*.
- Gauci M., Aquilina K. (2017) *The Legal Fiction of a Genuine Link as a Requirement for the Grant of Nationality to Ships and Humans – the Triumph of Formality over Substance?* // *International and Comparative Law Review*, vol. 1, pp. 167–191.
- Kolodkin A. L. (1962) *Natsional'nost' morskogo sudna i princip real'noy svyazi* [Nationality of the ship and the genuine link principle] // *Sovetskiy ezhegodnik mezhdunarodnogo prava, Izd-vo AN SSSR*, pp. 227–240. (In Russian).
- Kolodkin A. L., Guculyak V. N., Bobrova Yu. V. (2007) *Mirovoy okean. Mezhdunarodno-pravovoy rezhim* [World Ocean. International Legal Regime. Main Problems]. *Osnovnye problemy*, M.: Statut.
- Martens F. F. (2008) *Sovremennoe mezhdunarodnoe pravo tsivilizovannykh narodov. V 2-h tomah / Pod redakciej V. A. Tomsinova* [Modern International Law of Civilized Nations]. M.: Zercalo. 2008. (In Russian).
- Sloane R. (2009) *Breaking the Genuine Link: The Contemporary International Legal Regulation of Nationality*, *Harvard International Law Journal*, vol. 50, no. 1, pp. 1–60.
- Tunkin G. I. (1962) *Ocherki mezhdunarodnogo morskogo prava* [Essays of the International Law of the Sea] *Gosudarstvennoe izdatel'stvo yuridicheskoy literatury, Moskva*. (In Russian).
- Walker G. (2012) *Definitions for the Law of the Sea. Terms Not Defined by the 1982 Convention*. LEIDEN. Boston.

ASSESSMENT OF DAMAGES AND COMPENSATION IN THE CONTEXT OF INVESTOR-STATE DISPUTE SETTLEMENT REFORM PROPOSALS

FOMENKO A.

Anastasiya Fomenko — Master of Laws, Junior Lawyer at Sirota & Partners, Moscow, Russia (aifomenko@hse.ru).

Abstract

This article discusses the possible reforms in the assessment of damages and compensation in international investment arbitration. The article highlights the challenges of the valuation leading to the need for reforms, such as the inflation of awards issued in investment arbitration cases, the major gap between the damages claimed and damages awarded, and the difficulties posed by the large damages awards for the developing states. Other reasons for reforms include arbitral tribunals' inconsistency in the valuation, the incorrectness of awards and potential conflicts of interests between arbitrators and damages experts. The author further discusses whether the issues of damages and compensation in investor-state disputes fall within the mandate of the UNCITRAL Working Group III, which is argued to be limited to solely procedural issues. The author concludes that the reforms could and should be developed by the Working Group III. The assessment of damages and compensation in investor-state disputes requires a comprehensive reform process based on procedural solutions as well as substantive suggestions, which the Working Group III can devise. Based on the law and economics theories, the author analyzes the appropriate approach of tackling the quantum issues, concluding that the reforms should be implemented through soft law instruments. The article dwells on viable procedural reforms on the quantification of damages and compensation in investment arbitration. The analysis focuses on the reforms prospecting to address the damages experts' possible conflict of interest, the divergence in the parties' experts damages amounts and the anchoring effect of the claimants' requested amounts on arbitrators, as well as on the option of conducting early damages conferences, drawing on the insights from behavioral economics. Lastly, the article discusses substantive reforms options for the valuation that help promote the consistency and correctness of awards. The author considers the options of clarifying the use of the discounted cash flow method and setting standards that require damages to reflect a balance between the competing interests, providing guidance on the investor's contributory fault, capping compensation to the actually invested amount and the assessment of contextual factors relevant for the calculation of damages.

Key words

damages, compensation, investor-state dispute settlement, reforms

For citation: Fomenko A. Assessment of Damages and Compensation in the Context of Investor-State Dispute Settlement Reform Proposals // Zhurnal VSHÉ po mezhdunarodnomu pravu (HSE University Journal of International Law). 2023. Vol. 1. № 2. P. 72–92.

<https://doi.org/10.17323/jil.2023.18196>

Introduction

The ultimate objective of the claimant in investor-state arbitration is to obtain compensation for the harm it believes it has suffered due to the host state's actions. Concurrently, the respondent state aims to defeat the claim altogether or at least reduce the financial and political impact of a significant arbitral award against it. The assessment of compensation and damages¹ is therefore a central concern for both sides of an investment dispute.

There is no dispute about the basic principles governing damages and compensation in investor-state dispute settlement (hereinafter — ISDS). Most investment treaties provide that compensation for expropriation is to be valued based on the fair market value of an investment. To value the damages due for other breaches of investment treaties, arbitrators generally use the customary “full reparation” standard.² However, there is no consistency in the application of these vague standards in practice. Among valuation methods used by investment tribunals, the discounted cash flow analysis has become the most popular. However, the use of this method requires a certain degree of speculation in determining the discount rate and cash flows for future periods. This raises doubts about the appropriateness of using this method. Other questions have been raised, such as on arbitrators' competence to correctly value damages and the inflation

¹ Within the context of investor-state arbitration, the term “compensation” means the amount of money to be paid by a state to an investor as a requirement for the legality of expropriation, while “damages” means the amount of money due as a remedy for the breach of an investment treaty (both expropriatory and non-expropriatory).

² PCIJ. *Factory at Chorzów (Germany v. Poland)*. Judgment of 13 September 1928 // P.C.I.J. Series A, № 17. 1928. P. 47. E.g., the tribunal in *BG Group v. Argentina* held that the “full reparation” standard articulated in *Chorzów* was crystallised into a rule of customary international law and, thus, was applicable even in the event of a breach of the fair and equitable treatment provision (UNCITRAL. *BG Group Plc. v. The Republic of Argentina*. Final Award of 24 December 2007, §421–429).

of arbitral awards. Due to the mentioned concerns, the quantum question was referred to the United Nations Commission on International Trade Law (hereinafter — UNCITRAL).

The present article seeks to examine if the valuation in investment arbitration requires reforming, and which reform proposals put forth within the UNCITRAL reform process can effectively help overcome the constraints of the ISDS regime in the quantum assessment.³ The article includes two sections. The first section sets out the core reasons for the need for reforms on damages and compensation in ISDS. The second section is dedicated to reforms in the valuation of damages and compensation in ISDS and their possible effectiveness. Its first subsection answers the question whether such reforms can be developed by the UNCITRAL Working Group III, whose mandate is argued to be limited to solely procedural aspects. The second subsection discusses the approaches to tackling the issues of damages and compensation on the reform agenda. The last subsection analyses the appropriateness and effectiveness of procedural and substantive reform options.

The author relies on economic thinking in her analysis. In particular, the author uses the traditional law and economics approach and the behavioural law and economics approach to public international law. The latter applies psychological (behavioural) insights in the context of international law⁴. Although traditional law and economics scholars are sometimes sceptical about the behavioural approach, the author believes that both theories can be fruitfully applied for the analysis of ISDS reform proposals related to damages and compensation as the use of behavioural insights complements the tools of traditional economic analysis, allowing to build more accurate assumptions about human behaviour and more accurate predictions and prescriptions about law.⁵

1. Reasons for reforms in the assessment of damages and compensation in ISDS

In 2017, UNCITRAL mandated its Working Group III (hereinafter — WG III; Working Group) to identify concerns regarding ISDS and develop potential reform solutions. The topic of damages and compensation was added to the agenda of the UNCITRAL reform process implemented by WG III. This happened in view of several challenges that created momentum for reforms in the valuation of damages and compensation in ISDS cases.

The *first* issue that prompted the need for reforms is the heavy inflation of arbitral awards rendered in investment disputes. Bonnitcha and Brewin identify 50 awards issued after 2000 with the granted amounts higher than USD 100 million.⁶ Some awards even reached multi-billion figures, such as those issued in *Tethyan Copper v. Pakistan* (USD 5.84 billion),⁷ *ConocoPhillips v. Venezuela* (USD 8.7 billion).⁸ The largest awarded amount is more than USD 50 billion granted in *Yukos* cases.⁹ The nominal median of damages awards increased by 97 % and the nominal mean increased by 790% between the 2000–2009 and 2010–2019 periods, amounting to a 267 % increase on the average (excluding the *Yukos* cases).¹⁰

Tribunals' tendency to grant large amounts to investors is related to the expansion of the application of the income-based discounted cash flow (hereinafter — DCF) valuation method when calculating damages and compensation. The wide reliance on DCF began with the concurring opinion of Justice Bower to the

³ This article proceeds from the assumption that it is desirable to improve the accuracy of quantum analysis in investment arbitration cases via the ISDS reforms, even though the implementation of reforms might be a costly endeavor. While the steps to develop and implement the reforms might require substantial costs, the author believes that ISDS reforms will lead to a decrease in costs and duration of ISDS in the long run as certainty and predictability of the quantum process in ISDS are increased. Similar idea is expressed, for example, by the delegation of the European Union: "...we think increasing and dealing with the issue of predictability and consistency will help address the issue of costs" (See Roberts A., Bouraoui Z. *UNCITRAL and ISDS Reforms: Concerns about Costs, Transparency, Third Party Funding and Counterclaims* // EJIL:Talk! 6 June 2018. URL: <https://www.ejiltalk.org/uncitral-and-isds-reforms-concerns-about-costs-transparency-third-party-funding-and-counterclaims/> (accessed: 17.09.2023). What is more, the predictability and consistency of quantum assessment resulting from the reforms will help increase the legitimacy of the damages awards, the challenge of which leads to the crisis of the ISDS system.

⁴ Aaken A. *Behavioral International Law and Economics* // Harvard International Law Journal. 2014. Vol. 55. № 2. P. 421–422.

⁵ Jolls C., Sunstein C., Thaler R. *A Behavioral Approach to Law and Economics* // Stanford Law Review. 1998. Vol. 50. P. 1474.

⁶ Bonnitcha J., Brewin S. *Compensation Under Investment Treaties* // ISDS Best Practices Series. 2020.

⁷ ICSID. *Tethyan Copper Company Pty Limited v. Islamic Republic of Pakistan*. Case No. ARB/12/1. Award of 12 July 2019. §1858.

⁸ ICSID. *ConocoPhillips Petrozuata B.V., ConocoPhillips Hamaca B.V. and ConocoPhillips Gulf of Paria B.V. v. Bolivarian Republic of Venezuela*. Case No. ARB/07/30. Award of 8 March 2019. §1010.

⁹ PCA. *Hulley Enterprises Limited (Cyprus) v. The Russian Federation*, Case No. 2005-03/AA226. Final Award of 18 July 2014. §1888; PCA. *Veteran Petroleum Limited (Cyprus) v. The Russian Federation*. Case No. 2005-05/AA228. Award of 18 July 2014. §1888; PCA. *Yukos Universal Limited (Isle of Man) v. The Russian Federation*. Case No 2005-04/AA227. Award of 18 July 2014. §1888.

¹⁰ Bonnitcha J., Langford M., Alvarez-Zarate J. M., Behn D. *Damages and ISDS Reform: Between Procedure and Substance* // Journal of International Dispute Settlement. 2023. Vol. 14. № 2. P. 219.

award issued in *Amoco v. Iran*. While the majority of arbitrators in this case questioned the validity of DCF,¹¹ Justice Bower stated that “[where], however, damages are certain to have occurred, as concededly is the case here, and it is only their proper amount that remains uncertain, such a tribunal must make an award in accordance with the best available evidence, even though this process be inherently speculative”.¹²

Nowadays, based on the principle of full compensation, fair market value (hereinafter — FMV) is considered the commonly accepted standard of value in investment disputes.¹³ In the tribunals’ opinion, this standard justifies the use of DCF in cases where the investment is a “going concern” projected to continue operations after the state’s breach.¹⁴ DCF is used even in cases where the investment is not a “going concern” but is “likely to yield economic benefits”.¹⁵ It became the most widely used method. For instance, between 2011 and 2015, it was used in 69 % of cases where compensation was assessed, compared to only 17 % before 2000.¹⁶

However, assessing damages based on the DCF method places a significant burden on the host state’s finances. As noted by the International Law Commission, DCF should only be used in a narrow range of circumstances, such as when an investor is entitled to a defined income stream under the contract.¹⁷ The wide application of income-based valuation methods leads to heavily inflated awards, especially when the tribunal relies solely on DCF.

Another concern is that large awards of compensation are made in cases where a state’s environmental policies affected the investment. For example, in *Santa Elena v. Costa Rica*, the environmental purpose of the expropriation of the investment was considered immaterial, and the tribunal granted USD 16 million to the claimant.¹⁸ Large compensations were granted to investors specialising in fossil fuel production.¹⁹ In such situations, income-based compensation can have a chilling effect on the adoption of environmental-friendly measures by states and increase the costs of energy transition.²⁰

The *second* problematic issue is a major gap between damages claimed and damages awarded. The mean amount of damages claimed stands at USD 1.5 billion, while the mean amount awarded is USD 438 million, and the median figures were USD 143 million and USD 21 million.²¹ The UNCITRAL Secretariat notes that investors claim on average three – five times the amount they are actually awarded.²²

This gap resulted from investors’ tendency to claim higher amounts, which are then significantly reduced by the tribunals. Investors do so in order to catch the attention of the respondent state and of the tribunal or to create stronger pressure on the state.²³ Another reason for such a gap is the wide divergence of damages amounts presented by the parties’ experts in investment disputes.²⁴ PWC Study 2015 revealed that the amount quantified by respondents’ experts was on average 13 % of the amount quantified by claimants’

¹¹ IUSCT. *Amoco International Finance Corporation v. The Government of the Islamic Republic of Iran, National Iranian Oil Company, National Petrochemical Company and Kharg Chemical Company Limited*. Case No. 56. Partial Award (Award No. 310-56-3) of 14 July 1987. §227–232.

¹² IUSCT. *Amoco International Finance Corporation v. The Government of the Islamic Republic of Iran, National Iranian Oil Company, National Petrochemical Company and Kharg Chemical Company Limited*. Case No. 56. Partial Award (Award No. 310-56-3) of 14 July 1987. Concurring Opinion of Judge Brower. §26.

¹³ ICSID. *AIG Capital Partners, Inc. and CJSC Tema Real Estate Company Ltd. v. The Republic of Kazakhstan*. Case No. ARB/01/6. Award of 7 October 2003. P. 85.

¹⁴ ICSID. *Quiborax S.A., Non Metallic Minerals S.A. and Allan Fosk Kaplún v. Plurinational State of Bolivia*. Case No ARB/06/2. Award of 16 September 2015. §344.

¹⁵ PCA. *CC/Devas (Mauritius) Ltd., Devas Employees Mauritius Private Limited and Telecom Devas Mauritius Limited v. India*. Case No. 2013-09. Award on Quantum of 13 October 2020. §540.

¹⁶ *Possible reform of investor-State dispute settlement (ISDS): Assessment of damages and compensation*, UNCITRAL, Note by the Secretariat, 5 July 2022 (A/CN.9/WG.III/WP.220). §32.

¹⁷ *Report of the International Law Commission on the work of its fifty-third session (23 April–1 June and 2 July–10 August 2001)*, 2001 (A/56/10). P. 104. URL: https://legal.un.org/ilc/publications/yearbooks/english/ilc_2001_v2_p2.pdf (accessed: 05.04.2023).

¹⁸ ICSID. *Compañía del Desarrollo de Santa Elena S.A. v. Republic of Costa Rica*. Case No. ARB/96/1. Award of 17 February 2000. §71, 111.

¹⁹ *Hulley Enterprises v Russia; ConocoPhillips v Venezuela*; ICSID. *Unión Fenosa Gas, S.A. v. Arab Republic of Egypt*. Case No. ARB/14/4. Award of 31 August 2018; ICSID. *Occidental Petroleum Corporation and Occidental Exploration and Production Company v. The Republic of Ecuador*. Case No. ARB/06/11. Award of 5 October 2012.

²⁰ Tienhaara K., Cotula L. *Raising the cost of climate action? Investor-state dispute settlement and compensation for stranded fossil fuel assets* // International Institute For Environment And Development, 2020. P. 6.

²¹ Hodgson M., Kryvoi Y., Hrcka D. *2021 Empirical Study: Costs, Damages and Duration in Investor-State Arbitration* // British Institute of International and Comparative Law. 2021. P. 5. URL: https://www.biicl.org/documents/136_isds-costs-damages-duration_june_2021.pdf (accessed: 11.02.2023).

²² *Possible Reform of Investor-State Dispute Settlement (ISDS): Assessment of Damages and Compensation*, UNCITRAL, Note by the Secretariat, 5 July 2022 (A/CN.9/WG.III/WP.220). §77.

²³ Kudrna J. *Tax Gross-up in Investment Treaty Arbitration: Legitimate Concern or a Method to Inflate Damages?* // The American Review of International Arbitration. 2019. Vol. 30. № 3. P. 329.

²⁴ *Ibid.* §74.

experts.²⁵ This divergence exists since experts are instructed by parties and value damages based on different factual or legal assumptions and questions.

Thirdly, there are concerns that excessive damages awarded in ISDS cases create substantial difficulties for countries with limited financial resources.²⁶ For example, in *Tethyan Copper v. Pakistan* the tribunal awarded 4 billion USD against Pakistan,²⁷ while in *P&ID v. Nigeria* the 6.6 billion USD award was rendered against Nigeria.²⁸ Claims and awards toward developing countries are financially more significant, and the largest damages awards were rendered in disputes against developing countries.

The core of the problem is historical. During decolonization after World War II and the 1980s, there was a debate about the extent and even existence of the obligation to compensate foreign investors for expropriation. After the expropriation of foreign investments by communist and so-called “Third World” states, capital-exporting countries argued that expropriation is only lawful when investors are provided with “prompt, adequate and effective” compensation, amounting to the full FMV of the expropriated assets (the Hull formula). But capital-importing states challenged foreign investors’ right to receive compensation for expropriation on various grounds, such as economic inequalities borne out of “colonial sin” and excessive profits of the investors granted compensation.²⁹ Instead of the Hull formula, the developing countries suggested the Calvo doctrine, under which foreign investors should be afforded no more than the same treatment as nationals and must limit themselves to filing claims in the domestic judicial system.³⁰

The arbitral and treaty practice evolved, and full compensation for expropriation and the principle of full reparation for treaty breaches have been generally recognised. It is beyond question that compensation or damages must be quantified based on FMV. Investment treaties state as a standard prompt, effective and adequate compensation of the expropriated investment (the Hull formula) equivalent to its FMV.³¹

However, the debate between the developing and developed states about compensation took another turn. The developing states complain that the amounts of compensation and damages are disproportionately high and particularly affect them, which can be resolved within the WG III reform process.³² The delegations of WG III representing African states advocated greater intervention to limit the amounts of damages. At the same time, the Western delegations express sceptical views as to the practicability of introducing caps or a prescribed methodology for valuation and suggest that damages are outside the mandate of WG III since they are a substantive, rather than a procedural issue.³³ Such unwillingness to focus on damages and compensation can be explained by the fact that a large number of investors from capital-exporting countries invest billions of money in projects in the developing states, and capital-exporting countries aim to ensure that their nationals are entitled to claim large compensations.

Therefore, the developed and developing states have different views on the quantum question. The former do not wish to limit the existing possibility of granting huge amounts to their investors by investment tribunals, while the latter identify the issue of damages as an important one and especially needs reforms. Given the large sums awarded by tribunals in cases against the developing countries, it can be said that the ISDS system places significant burdens on the developing states,³⁴ which leads to the need for ISDS reforms.

The *fourth* reason for the reforms is the inconsistency of tribunals in valuation. Among others, there is a lack of consistency in the choice of valuation method by arbitral tribunals,³⁵ the choice of the valuation date

²⁵ *International Arbitration Damages Research, Closing the Gap between Claimants and Respondents* // PriceWaterhouseCoopers LLP (PwC), 2015. URL: <https://www.pwc.com/sg/en/publications/assets/international-arbitration-damages-research-2015.pdf> (accessed: 05.05.2023). P. 2.

²⁶ Hodgson M., Kryvoi Y., Hrcak D. *Op.cit.* P. 3.

²⁷ *Tethyan Copper v Pakistan*, §278.

²⁸ *Process and Industrial Developments Ltd. v. The Ministry of Petroleum Resources of the Federal Republic of Nigeria, Ad Hoc Arbitration*, Final Award of 31 January 2017. §110.

²⁹ *Compensation for Expropriation* // International Institute for Sustainable Development. 2013. URL: https://www.iisd.org/system/files/publications/best_practice_compensation_expropriation_en.pdf (accessed: 06.05.2023).

³⁰ Miles K. *The Origins of International Investment Law: Empire, Environment, and the Safeguarding of Capita*. Cambridge : Cambridge University Press, 2013. P. 1000.

³¹ See, e.g., Art. 10.7 of the United States-Dominican Republic-Central America Free Trade Agreement (2004); Art. 5.2 of the Italy-Morocco BIT (1990); Art. 3.1 of the Estonia - United States BIT (1995).

³² Roberts A., St John T. *UNCITRAL and ISDS Reform: What to Expect When You're Expecting* // EJIL: Talk!, 5 October 2022. URL: <https://www.ejiltalk.org/uncitral-and-isds-reform-what-to-expect-when-youre-expecting/> (accessed: 05.04.2023).

³³ Kryvoi Y. *UNCITRAL Investor-State Dispute Settlement Reform Group Makes Progress Despite Disagreements* // British Institute of International and Comparative Law. 2022. URL: <https://www.biiicl.org/blog/44/uncitral-investor-state-dispute-settlement-reform-group-makes-progress-despite-disagreements> (accessed: 21.04.2023).

³⁴ Wegmann V., Hall D. *The Unsustainable Political Economy of Investor-State Dispute Settlement Mechanisms* // International Review of Administrative Sciences. 2021. Vol. 87. № 3.

³⁵ To illustrate, the tribunals came to different conclusions on the application of DCF in *Bear Creek v. Peru* and *Tethyan Copper v. Pakistan*, which both involved mining projects that were never realised. In both cases, the tribunals found that the state's refusal to

used to calculate damages,³⁶ the determination of interest rate,³⁷ the treatment of specialised damages provisions in investment contracts,³⁸ and the application of standards of proof regarding quantification issues.³⁹

Inconsistency in valuation by tribunals leads to uncertainty and unpredictability in this crucial area since the application of different approaches to value damages and compensation can lead to different outcomes on the same facts. Meanwhile, there can be enormous amounts at stake in tribunals' choice of one approach over another. Thus, inconsistency in valuation is among the most salient problems in ISDS and is one of the key issues addressed by the UNCITRAL reform process.

The *fifth* reason for reforms is the problem of correctness. Arbitral tribunals have been criticised for engaging in the so-called practice of “splitting the baby” at the stage of quantification.⁴⁰ Under such practice the monetary awards will involve a compromise for which arbitrators will seek a middle ground between the parties' positions, where a proportionate reduction is made based on the investor's initial damages claim (for example, the sum of the investor's calculation and the state's calculation is divided by two times). Baby-splitting leads to potential arbitrariness in calculating damages, while parties expect well-founded and accurate valuations. Such compromise awards that are not supported by articulated reasons can undermine the legitimacy of valuations.

Another problematic aspect of correctness is the quality of arbitrators' reasoning on damages and compensation. For instance, in *Perenco v. Ecuador*, the Annulment Committee annulled the part of the award with the determination of the claimant's loss of an opportunity of the extension of the contract since no explanation was given on the concept of a nominal value or the reason to award a nominal value of USD 25 million as opposed to any other value.⁴¹

The *sixth* issue that necessitates the reforms in quantum assessment is the experts' conflict of interest. It is crucial that a valuation expert should be impartial and independent of the arbitrators considering the case, and the tribunal can consider any links between the experts and the parties when assessing the probative value of the expert testimony. However, there are no detailed rules for the impartiality and independence of experts in investment arbitration, their relationship with parties and/or arbitrators.

The problem of conflict of interest between arbitrators and experts in ISDS can be illustrated by the case of *Eiser v. Spain*,⁴² in which an ICSID Annulment Committee annulled the award since the arbitrator appointed by the investors, Stanimir Alexandrov, failed to disclose a prior relationship with valuation expert Carlos Lapuerta of the Brattle Group, also appointed by the investors. While the arbitration in *Eiser v. Spain* was pending, Brattle was retained in three other cases for the clients, for which Dr. Alexandrov acted as counsel, and the two cases involved expert Lapuerta. In the Committee's view, this gave rise to an intense working relationship on behalf of a shared client, creating “a manifest appearance of bias on the part of Dr. Alexandrov”.⁴³ Such drastic measures as the annulment of the award were applied due to a relationship between an arbitrator and an expert, even in the lack of express rules governing this situation.

Nevertheless, multiple interactions of arbitrators with experts do not always lead to the presumption of their conflict of interest. For instance, in *Misen v. Ukraine*, the ICSID Chair refused to disqualify Dr. Alexandrov, which did not disclose details about his professional relationship with the expert retained in two arbitrations where Dr. Alexandrov acted as co-counsel. The Chair noted that due to the scarcity of valuation experts for investment arbitration cases the same expert can appear before the same arbitrator on

issue leases or approvals necessary for the projects was an indirect expropriation of the investor's investment and that damages should be valued based on the investment's FMV. In *Tethyan Copper v. Pakistan*, the tribunal applied the DCF analysis and awarded USD 4.1 billion in damages plus interest in favour of the investor. Conversely, the tribunal in *Bear Creek v. Peru* found the proposed mine too speculative for the application of DCF and awarded damages in the amount of USD 18.2 million plus interest based on the amount actually invested by the investor. ICSID. *Bear Creek Mining Corporation v. Republic of Peru*. Case No. ARB/14/21. Award of 30 November 2017.

³⁶ Bekker P., Bello F. *Reimagining the Damages Valuation Framework Underlying Fair and Equitable Treatment Standard Violations through a Three-Stage Contextualized Approach* // ICSID Review – Foreign Investment Law Journal. 2021. Vol. 36. № 2. P. 340.

³⁷ Bonnitche J., Langford M. et al. *Op. cit.* P. 228.

³⁸ Arato J. *The Private Law Critique of International Investment Law* // American Journal of International Law. 2019. Vol. 113. № 1. P. 22–24.

³⁹ Beharry C. L., Bräutigam E. M. *Damages and Valuation in International Investment Arbitration* in Chaisse J., Choukroune L., Jusoh S. *Handbook of International Investment Law and Policy*. Singapore : Springer, 2020. P. 7.

⁴⁰ Langford M., Behn D. *Managing Backlash: The Evolving Investment Arbitrator* // European Journal of International Law. 2018. Vol. 29. № 2. P. 568–569.

⁴¹ ICSID. *Perenco Ecuador Ltd. v. Republic of Ecuador and Empresa Estatal Petróleos del Ecuador (Petroecuador)*. Case No. ARB/08/6. Decision on Annulment of 28 May 2021. §466.

⁴² ICSID. *Eiser Infrastructure Limited and Energía Solar Luxembourg S.à r.l. v. Kingdom of Spain*. Case No. ARB/13/36. Decision on the Kingdom of Spain's Application for Annulment of 11 June 2020.

⁴³ *Ibid.* §229.

multiple occasions.⁴⁴ Since Dr. Alexandrov had not directly worked with the expert to assist him in preparing testimony and deciding on the key valuation matters in the previous arbitrations, the Chair found that the professional relationship between the expert and Dr. Alexandrov does not evidence a manifest lack of independence or impartiality on Dr. Alexandrov's part, for which the closer connection between an arbitrator and an expert is needed.⁴⁵ Thus, while in *Eiser v. Spain* several direct interactions between Dr. Alexandrov and expert Lapuerta in the previous arbitrations were sufficient to conclude on the possible conflict of interest, in *Misen v. Ukraine* the numerous interactions between him and another expert did not lead to the appearance of lack of independence or impartiality.

The party's arguments to disqualify arbitrators might be motivated by the lack of clear procedural principles on the permissible interaction between damages experts and arbitrators and its limits. An arbitrator's professional relationships with experts and failure to disclose those relationships may have a drastic effect on proceedings, resulting even in the annulment of the award. Therefore, the damages experts' conflict of interest is also a problematic issue that requires the development of procedural standards.

Given the above, the present state of investment tribunals' practice in quantum matters is characterised by the inflation of the awards and big gaps between the claimed and awarded damages amounts, not least due to the widespread application of the DCF method. The developing states raise special concerns about exorbitant damages awards rendered against them without taking their interests into account. Due to the abstract regulation on valuation aspects in ISDS, the tribunals have been inconsistent in various quantum matters. The correctness of arbitrators' awards and the lack of sufficient reasoning for valuation have also become the subject of criticism. Another matter of concern is damages experts' possible conflict of interest. All these issues make it necessary to conduct ISDS reforms on damages and compensation.

2. Reforms on damages and compensation in ISDS and their possible effectiveness

2.1. Whether the reforms of the quantum assessment fall under the mandate of UNCITRAL Working Group III: procedural or substantive issue

During the 38th session of October 2019, it was suggested that WG III could be tasked with conducting research on damages, methodologies for their calculation and underlying legal principles, but the question arose as to whether such matters could fall under the mandate of WG III.⁴⁶ This was restricted to procedural reforms,⁴⁷ which was explained by the mandate's focus on ISDS and not treaties and pragmatism, given that there are over 3500 investment treaties. Some delegations expressed concerns that the issues of damages and compensation were substantive in nature and fell outside the mandate of WG III.⁴⁸

Originally, damages were considered as a part of substantive treaty law since compensation levels were calculated based on the wording of investment treaties and not by the design and procedure of arbitration. Investment treaties provide protection to foreign investors through substantive guarantees and standards, such as protection from expropriation, fair and equitable treatment, full protection and security, and allow investors to claim compensation for breaches of those obligations in ISDS proceedings. A number of valuation issues are questions of substance, such as the kind of damage recoverable, the valuation date.

Nevertheless, the interpretation of the WG III mandate as limited to solely procedural matters has been heavily contested. There is no agreement on the exclusion of substantive treaty reform from the mandate. The major reason behind such criticism is that the core concerns created by the ISDS system cannot be corrected without substantive rule reform. To illustrate, South Africa made a comment within WG III that "the Working Group would not be fully discharging its mandate if discussions on the substantive concerns were excluded".⁴⁹ Prominent groups like the Columbia Center for Sustainable Investment (hereinafter — CCSI) argued that the limited ISDS reforms have the effect of locking in a "broken system".⁵⁰

⁴⁴ ICSID. *Misen Energy AB (publ) and Misen Enterprises AB v. Ukraine*. Case No. ARB/21/15. Decision on the Respondent's Proposal to Disqualify Dr. Stanimir A. Alexandrov of 15 April 2022. §141.

⁴⁵ Ibid. §142, 145.

⁴⁶ *Report of Working Group III (Investor-State Dispute Settlement Reform) on the Work of its Thirty-eighth Session* (Vienna, 14–18 October 2019). UNCITRAL, 23 October 2019 (A/CN.9/1004). §102.

⁴⁷ *Report of Working Group III (Investor-State Dispute Settlement Reform) on the Work of its Thirty-fifth Session* (New York, 23–27 April 2018), UNCITRAL, 14 May 2018 (A/CN.9/935). §18.

⁴⁸ *Report of Working Group III (Investor-State Dispute Settlement Reform) on the work of its forty-third session* (Vienna, 5–16 September 2022). UNCITRAL, 7 October 2022 (A/CN.9/1124). §93.

⁴⁹ *Possible Reform of Investor-State Dispute Settlement (ISDS) Submission from the Government of South Africa*. UNCITRAL, 17 July 2019 (A/CN.9/WG.III/WP.176). §20.

⁵⁰ *The UNCITRAL Working Group III Work Plan: Locking in a Broken System? // Columbia Center on Sustainable Investment*, 4 May 2021. URL: <https://ccsi.columbia.edu/news/uncitral-working-group-iii-work-plan-locking-broken-system> (accessed: 15.05.2023).

Furthermore, it has been acknowledged that the strict differentiation between procedural and substantive matters can be illusory. For instance, during the April 2019 session, WG III discussed several topics crossing the procedural-substantive division, including damages. Indonesia stated that a substance — procedure dichotomy in the proposed ISDS reform discussion “may actually defeat the purpose of having a meaningful ISDS mechanism as it is difficult to separate between substance and procedure”⁵¹ since “procedural law is inherently substantive and vice versa”.⁵² The result of this session was a statement that although “the focus of its work should be on the procedural aspects of ISDS, [WG III should take] due note of the interaction with underlying substantive standards”.⁵³

Indeed, concerns about the valuation in ISDS have various procedural dimensions, which represent the primary focus of the UNCITRAL reform process. Valuation issues also have some substantive components (e.g. the choice of valuation date). It is not always easy to determine whether the issues are solely procedural or substantive. However, the development of solutions to the issues substantive in nature should not be excluded because a reform process that only focuses on procedural matters would not adequately address the problem and would have critical gaps. Procedural and substantive concerns are intrinsically linked, and effective reform is unlikely if they are arbitrarily disassociated.⁵⁴

The WG III delegations seem to have come to an agreement that damages and compensation in ISDS should be addressed comprehensively. In the WG III session held in October 2019, delegations demonstrated their willingness to consider damages as crucial follow-up questions under other topics, such as third party funding in ISDS.⁵⁵ During the September 2022 session of WG III, it was recognised that caution should be exercised in order not to embark on work on underlying substantive standards and not to undermine the investor’s right to remedy for a breach of treaty provision, but rather focus on how damages were assessed as well as unjustifiable inconsistency and lack of correctness of decisions regarding quantification.⁵⁶

Therefore, it follows from the WG III discussions that the problem of damages and compensation can be addressed within the mandate of WG III through procedural reforms with the addition of some substantive solutions. Nevertheless, caution should be taken as not to override the substantive guarantees for investors, on which states are to decide bilaterally or plurilaterally.

2.2. The approach of tackling the issues on the Working Group reform agenda

After the delegations agreed to address the issues of damages and compensation within the WG III reform process, the Working Group pointed out the possible areas of work in respect of valuation, including, inter alia, the compensation standard, the valuation method and date, the claimant’s conduct, the role of experts in assessing damages including means of appointment and their ethical regime.⁵⁷

The question arose as to what approach should be taken to address these issues. During the September 2022 session, some delegations supported a narrow approach to tackling the issues in WG III by limiting the focus on problems such as the role of valuation experts and the burden of proof in estimating damages.⁵⁸ They argued that issues of damages were policy issues best left to individual states to negotiate and address on a treaty-by-treaty level.⁵⁹

The narrow approach implies that WG III could explore how only procedural tools might be used to address some of the concerns around damages, which might include options such as facilitating the engagement of tribunal-appointed experts and clarifying rules on the proof required for successful damage

⁵¹ *Possible reform of Investor-State dispute settlement (ISDS) Comments by the Government of Indonesia*. UNCITRAL, 9 November 2019 (A/CN.9/WG.III/WP.156). §1.

⁵² *Ibid.* §2.

⁵³ *Report of Working Group III (Investor-State Dispute Settlement Reform) on the Work of its Thirty-seventh Session (New York, 1–5 April 2019)*. UNCITRAL, 9 April 2019 (A/CN.9/970). §27.

⁵⁴ *Investor-State Arbitration: an Opportunity for Real Reform?* // International Institute for Environment and Development, 7 December 2018. URL: <https://www.iied.org/investor-state-arbitration-opportunity-for-real-reform> (accessed: 16.09.2023).

⁵⁵ *Report of Working Group III (Investor-State Dispute Settlement Reform) on the Work of its Thirty-eighth Session (Vienna, 14–18 October 2019)*. UNCITRAL, 23 October 2019 (A/CN.9/1004). §80.

⁵⁶ *Report of Working Group III (Investor-State Dispute Settlement Reform) on the Work of its Forty-third Session (Vienna, 5–16 September 2022)*. UNCITRAL, 7 October 2022 (A/CN.9/1124). §94.

⁵⁷ *Possible Reform of Investor-State dispute Settlement (ISDS): Assessment of damages and compensation*, UNCITRAL, Note by the Secretariat, 5 July 2022 (A/CN.9/WG.III/WP.220). §65.

⁵⁸ Ostřanský J., Bernasconi-Osterwalder N. *Working Group III and the Assessment of Compensation and Damages: Thinning scope for impactful reform or an opportunity to make a difference?* // International Institute for Sustainable Development. 7 October 2022.

⁵⁹ Johnson L. *UNCITRAL Working Group III: An Update on Certain Key Issues in ISDS Reform* // Curtis, Client Alert, 27 September 2022. URL: <https://www.curtis.com/our-firm/news/uncitral-working-group-iii-an-update-on-certain-key-issues-in-isds-reform> (accessed: 03.05.2023).

claims. This approach will probably not raise debates as to the Working Group's mandate. However, such a narrower approach may not be enough in order to tackle the gaps in the current practice of valuing damages and compensation. The core of the reform process is to address the issues that have arisen from the protection of substantive investors' rights through arbitration. That is why focusing only on some procedural issues such as the role of experts and the burden of proof in estimating damages would drastically diminish the opportunity to address core substantive issues. The overriding need is not for some procedural reforms, but a substantial overhaul of the valuation of damages and compensation in ISDS.

Therefore, the valuation of damages and compensation in ISDS requires a comprehensive reform process based on both procedural solutions and substantive suggestions. In this connection, most states expressed support for a broader approach addressing a range of issues.⁶⁰ Broad discretion was proffered by WG III about solutions it would devise, after considering the view of all states.

The topic of damages and compensation is closely linked with other ISDS issues that require reform, such as early dismissal of speculative, unsubstantiated, and inflated claims; third-party funding; appellate and multilateral standing mechanisms to address procedural and substantive correctness of decisions and to rectify errors in decisions by ISDS tribunals; means to address regulatory chill; and means to address multiple proceedings including on shareholder claims and reflective loss.⁶¹ In particular, claims for shareholder reflective loss create the risks of multiple proceedings⁶² and double recovery,⁶³ leading to excessive damages. Third-party funding increases the number of investor-state arbitration cases, the frivolous claims and the amount of claimed damages. It has been proposed that the review for errors of fact and law through a new appellate mechanism should be extended to damages valuation.⁶⁴ While the analysis of reform options in other areas falls outside the scope of this article, they must also be taken into account when discussing reforms in the quantum assessment in order to address inconsistencies in a more structured and comprehensive way.

Finally, the crucial question of tackling the issues on the ISDS reform agenda is the format of implementing the reforms. The commonly discussed means of implementation include providing particularised rules in the form of draft treaty provisions and/or guidelines. Another format of implementation is the development of model clauses. These are the soft law instruments, i.e. non-binding rules or instruments that interpret or inform the understanding of binding legal rules or represent promises that in turn create expectations about future conduct.⁶⁵

The CCSI, the International Institute for Sustainable Development (hereinafter — IISD) and the International Institute for Environment and Development (hereinafter — IIED) stated that a legally binding multilateral treaty that clarifies, integrates, or amends the provisions of existing bilateral and regional treaties would be the most effective means to address problems linked to compensation.⁶⁶ While the adoption of a treaty is generally considered a preferable form of establishing relationships and obligations between states, now the prospect of the conclusion of a multilateral treaty clarifying or amending the provisions of existing treaties related to damages and compensation is not in sight. First, any treaty will only take legal effect for those states that have expressed their consent to be bound, and states that are not willing to take binding obligations may not grant such consent. Second, the conclusion of treaties typically faces obstacles stemming from domestic (constitutional) law, such as the need to consult with advisory bodies and ratification. Decision-making in a modern state is thoroughly regulated by internal law, and the conclusion of a treaty typically becomes a lengthy procedure that must comply with all the requirements of the state's internal law.

What is more, states treat bilateral investment treaties and other instruments of “hard” international law with much more caution than they used to. Few decades ago, the developing countries largely adopted

⁶⁰ Ostřanský J., Bernasconi-Osterwalder N. *Op. cit.*

⁶¹ *Possible Reform of Investor-State Dispute Settlement (ISDS): Assessment of Damages and Compensation*, UNCITRAL, Note by the Secretariat, 5 July 2022 (A/CN.9/WG.III/WP.220). §78.

⁶² ICSID. *Orascom TMT Investments S.à r.l. v. People's Democratic Republic of Algeria*. Case No. ARB/12/35. Award of 31 May 2017. § 388.

⁶³ ICSID. *Impregilo S.p.A. v. Argentine Republic*. Case No. ARB/07/17. Award of 21 June 2011. §139–140.

⁶⁴ *Report of Working Group III (Investor-State Dispute Settlement Reform) on the Work of Its Resumed Thirty-Eighth Session*, UNCITRAL, 28 January 2020 (A/CN.9/1004/Add.1). §28.

⁶⁵ Guzman A., Meyer T. *International Soft Law // The Journal of Legal Analysis*. 2010. Vol. 2. № 1. P. 174.

⁶⁶ *Possible Reform of Investor-State Dispute Settlement (ISDS): The assessment of damages and compensation*, Submission to UNCITRAL Working Group III on ISDS Reform, contributed by the Columbia Center on Sustainable Investment (CCSI), the International Institute for Environment and Development (IIED), and the International Institute for Sustainable Development (IISD), 12 November 2021. URL: https://ccsi.columbia.edu/sites/default/files/content/docs/CCSI_IISD_IIED%20Submission%20to%20UNCITRAL%20WG%20III%20on%20damages%5B20102%5D.pdf (accessed: 01.05.2023).

bilateral investment treaties as they were presented by developed countries as a risk-free instrument to attract foreign investment.⁶⁷ Nowadays, there is a growing understanding that the traditional model for bilateral investment treaties requires reconsideration. It is argued that such treaties create an unequal distribution of obligations and rights between developing countries, which are the source of most foreign direct investment, and developing countries, which are mainly recipients.⁶⁸ Investment treaties also entail the increased risk of litigation, resulting in the negative impact on the net benefit of investment to recipient countries.⁶⁹ The UN Human Rights Office of the High Commissioner recognises that “investment agreements <...> have undermined development, [having resulted] in the restriction of the type of policies that developing countries can adopt to grow their domestic economies and local industries”.⁷⁰

Under the law and economics “loss avoidance” theory, the choice of soft law rather than hard law can be value maximising for states due to the consequences that states face when they violate a legal commitment. The costs imposed by hard law come in the form of lost reputation, retaliation, or reciprocal non-compliance. Reputational losses are costly since they make it more difficult for a state to enter into value-increasing agreements in the future, while the violated-against state does not enjoy an offsetting gain. Retaliation involves a punishment imposed by one state on the other, and it is costly for both. Indeed, hard law will generate greater compliance pull, but in the case of a violation, hard law imposes greater costs on the violating state than soft law. In this connection, the joint loss in the event of a violation will cause states to choose soft law instead of hard law.⁷¹

States will also choose soft law under the delegation theory as a strategy to deal with uncertainty, for example when it is advantageous to allow a specific state or several states to adjust expectations in the case of changed circumstances.⁷² The delegation theory provides that under certain circumstances, soft law will be an effective way for states to control their uncertainty over the future desirability of legal rules adopted today as soft law increases the feasibility of the process for amending legal rules that can be more efficient than explicitly renegotiating international rules. Non-binding agreements lower the penalty associated with deviating from existing legal rules, encouraging states interested in the content of legal rules to unilaterally innovate. This approach can help avoid the hold-up problem involved in renegotiating contracts in which every state effectively exercises a veto over potential amendments and leads to welfare-enhancing amendments to legal rules.⁷³

Given the debates on the legitimacy of the ISDS system, and states' intense discussions on virtually all issues pertaining to damages and compensation, ISDS reforms and their future effect are an uncertain landscape. The implementation of reforms through soft law instruments will allow states to adapt to changes faster and more easily than unanimity allows and therefore seems more feasible.

Therefore, ISDS reform options must be flexible and adaptable, for which soft law provisions as a form of reform implementation will be the most suitable. In this connection, the specific reform options are discussed below based on the assumption that UNCITRAL WG III can elaborate soft law instruments (draft treaty provisions, guidelines, or model clauses) for their implementation.

2.3. Reform options and their possible effectiveness

The issues of damages and compensation in ISDS that need reforms are wide-ranging. Given that damages and compensation have both procedural and substantive dimensions, reform options can be roughly divided into procedural, which focus on procedural solutions and changes to arbitral proceedings rather than specific valuation standards, and substantive, which concentrate on setting valuation standards and clarifying circumstances in which it is appropriate to use specific valuation methods or reduce compensation.

⁶⁷ Poulsen L. *Bounded Rationality and the Diffusion of Modern Investment Treaties* // *International Studies Quarterly*. 2014. Vol. 58. № 1. P. 12.

⁶⁸ *Why Developing Countries are Dumping Investment Treaties* // *The Conversation*, 23 March 2016. URL: <https://theconversation.com/why-developing-countries-are-dumping-investment-treaties-56448#:~:text=The%20treaties%20create%20an%20unequal,countries%2C%20which%20are%20mainly%20recipients> (accessed: 12.05.2023).

⁶⁹ *Ibid.*

⁷⁰ *Reforming International Investment Agreements*, UN Human Rights Office of the High Commissioner. URL: <https://www.ohchr.org/sites/default/files/documents/issues/development/resources/2022-08-04/Reforming-International-Investment-Agreements.pdf> (accessed: 12.05.2023).

⁷¹ Guzman A., Meyer T. *Op.cit.* P. 177.

⁷² *Ibid.*

⁷³ *Ibid.* P. 197.

2.3.1. Procedural reform options

There is a range of procedural reforms that can address concerns about the quantification of damages and compensation in investor-state disputes.

The notable achievement in the light of the problem of damages experts' conflict of interest is that WG III has prepared the draft Code of Conduct for Arbitrators by July 2023.⁷⁴ Some provisions of this draft Code deal with the issue of the conflict of interest for experts in ISDS, which can also be applicable to damages experts. Under the draft Code of Conduct, arbitrators would be barred for a certain period from acting concurrently as legal representatives or expert witnesses in other cases involving the same measures (Article 4(2), the same or related parties (Article 4(3), and the same rules of the same treaty (Article 4(4)), unless the parties agree otherwise.

The double-hatting issues, including the role of experts, caused hot debates in WG III: some delegations were in favour of the full prohibition of double-hatting (e.g. Lebanon), some delegations wanted no limitations on double-hatting.⁷⁵ After the discussions and finalisation of the draft Code of Conduct, there appears to be an agreement on the text of Article 4, and it is highly likely that double-hatting will be limited under this provision. The Code will increase confidence in not only ISDS arbitrators' but also ISDS experts' impartiality.

Nevertheless, there is still room for improvement in addressing damages experts' possible conflict of interest with arbitrators and parties. The general situation in ISDS is when an expert appears before an arbitrator multiple times, which is insufficient to conclude on the manifest lack of independence and impartiality on their side. Rather, it can be created by a specific connection between an arbitrator and an expert, based on its proximity, dependence, intensity and/or materiality.⁷⁶ The Working Group could develop more detailed clarifications on this matter. Another concern is that quantum experts specialised in investment arbitration cases are few in number,⁷⁷ and the same experts often appear in cases involving completely different industries, such as oil and gas, aviation, tobacco, electricity, etc. Valuation experts may not always have in-depth industry knowledge in numerous fields of business. In this connection, it may be advisable to engage industry specialists who can provide insight into industry knowledge specific to a particular market so that such specialists could assist the valuation experts in investment cases.

The solution to the issue of the wide divergence of damages amounts presented by the parties' experts in ISDS is to enhance the role of tribunal-appointed experts, for instance, by granting tribunals a stronger power to appoint their own experts and not be limited by the parties' consent.⁷⁸ Where there were great differences between the scenarios contemplated by the experts, comparison of their reports is an exercise of limited utility.⁷⁹ Insights from behavioural economics strongly argue for the appointment of tribunal-appointed experts since their inclusion may enrich deliberation by providing further perspectives on the given problem.⁸⁰

In this connection, WG III may consider preparing draft treaty provisions or guidelines on the appointment of experts to assist the tribunals in calculating damages, which might strengthen the impartiality and independence of damages experts. The feasible option is to reformulate the wording of Article 29 of the UNCITRAL Arbitration Rules and Article 39 of the ICSID Arbitration Rules to show the parties' propensity for the inclusion of tribunal-appointed experts, for example by adding the provisions that the parties encourage the tribunal to appoint one or more independent experts.

A more institutional approach is to create a standing commission for damages calculation,⁸¹ for instance within a charter for a multilateral investment court, which could increase consistency and allow you to receive a more impartial and thorough assessment. Such a reform option may help enhance the legitimacy of the award on damages by institutionalising the experts' competence and providing a fully neutral environment for some damages experts. However, the idea of a multilateral investment court may not be realistic or

⁷⁴ *Draft Code of Conduct for Arbitrators in International Investment Dispute Resolution and Commentary*, UNCITRAL, 3–21 July 2023 (A/CN.9/1148).

⁷⁵ Ünüvar G. "Nothing is Agreed until Everything is Agreed": The Code of Conduct and Reflections on the 44th Session of the UNCITRAL Working Group III // International Institute for Sustainable Development. 2023. URL: <https://www.iisd.org/itn/en/2023/04/02/nothing-is-agreed-until-everything-is-agreed-the-code-of-conduct-and-reflections-on-the-44th-session-of-the-uncitral-working-group-iii/> (assessed 03.03.2023).

⁷⁶ ICSID. *Misen Energy AB (publ) and Misen Enterprises AB v. Ukraine*. Case No. ARB/21/15. Decision on the Respondent's Proposal to Disqualify Dr. Stanimir A. Alexandrov of 15 April 2022. §142.

⁷⁷ *Ibid.* §141.

⁷⁸ Bonnitca J., Langford M., Alvarez-Zarate J. M., Behn D. *Op. cit.* P. 236.

⁷⁹ ICSID. *HOCHTIEF Aktiengesellschaft v. Argentine Republic*. Case No. ARB/07/31. Decision on Liability of 29 December 2014. §314.

⁸⁰ Elm J.-P. *Behavioral Insights into International Arbitration: An Analysis of How to De-Bias Arbitrators*. Working Paper No. 2017-01. University of St. Gallen Law School Law and Economics Research Paper Series. 2017. P. 75.

⁸¹ Bonnitca J., Langford M., Alvarez-Zarate J. M., Behn D. *Op. cit.* P. 236.

achievable, given the UNCITRAL delegations' different views on the aspects of the reform and the difficulty in agreeing on specific solutions.⁸²

The alternative solution for the problem of divergence in the parties' experts' damages amounts is developing guidelines for party-appointed damages experts which would require alternative calculations in case of disagreement on facts and legal approaches, a joint statement by the experts explaining the differences, the teaming up of party-appointed experts to issue a joint report and the right of tribunals to direct experts.⁸³ Such guidelines will help to properly manage party-appointed experts to ensure their value to the proceedings. For example, the effective soft law instrument in international commercial arbitration is the 2007 Chartered Institute of Arbitrators Protocol for the Use of Party Appointed Expert Witnesses in International Arbitration,⁸⁴ which provides details about the contents of expert reports, independence of party-appointed experts and privilege. The specialised guidance for party-appointed damages experts in ISDS will bring clarity to the process of valuation by such experts and will yield more weight to the calculations of party-appointed experts.

Another procedural reform option is related to the so-called "anchoring" effect in damage calculations. The anchoring effect was discussed in WG III as a reason for the inflation of awards because investors tend to make exaggerated claims as a legal tactic, counting on a possible cognitive bias of tribunals where exaggerated claims are used as a basis for the valuation of compensation.⁸⁵

The anchoring effect refers to cognitive bias in which human beings rely too much on the first piece of information encountered in their consciousness when they make decisions. Its power in affecting human decision-making is well recognised in the literature of psychology.⁸⁶ Anchoring — requesting an inflated damages award — is effective in investment arbitration,⁸⁷ particularly when arbitrators lack objective means to determine compensation and for this reason use the investor's big initial claim as a baseline.

It is suggested that WG III may wish to consider whether manifest over-statements of the damages amounts could be addressed through the allocation of costs. However, such a reform option aimed at threatening investors to bear more costs will not be sufficient to help overcome the anchoring effect. For greater effectiveness, the means to cure the anchoring effect should include the implementation of tactics to de-bias persons making the decision. Therefore, to escape bias, arbitrators should be invited to do their own thorough research and drop their anchors.

The awareness of the person of the effect that strategic anchors can have on his or her judgement will already reduce the anchoring effect to some extent. For this purpose, explicit provisions that refer to the need for an arbitrator to be careful in order not to take the claimed amounts as an "anchor" might be added to the applicable arbitration rules. For example, it is suggested to include the following provision aimed at reducing anchoring when determining damages amounts in Article 27 of the UNCITRAL Arbitration Rules: "Ensuring accuracy in inferences of damages amounts, the parties wish the arbitral tribunal to explicitly process information more by alternatives than by presented attributes so that initial views will be weighed against contrasting instances".⁸⁸ This is a plausible solution that can be considered by WG III and developed within the UNCITRAL reform process.

The anchoring bias is unconscious, and thus even the most diligent arbitrators will still be susceptible to their own biases. To mitigate the effect of unconscious bias, it is necessary to incorporate an increase in diversity among arbitrators, as a result of which one person's bias is neutralised by another. As Gary Born puts it: "Tribunals often arrive at better, more careful and nuanced decisions precisely because different arbitrators have different perspectives and different (initial) views of the evidence and the law".⁸⁹

However, the ICSID Caseload — Statistics based on cases registered or administered by ICSID as of December 31, 2022 reveal that in terms of distribution of appointments by geographical region 46 % of

⁸² Naish V., Ambrose H. *Progress towards a Multilateral Investment Court? EU Momentum-Building and Divisions in UNCITRAL Working Group III*, Herbert Smith Freehills LLP, 14 May 2018. URL: <https://hsfnotes.com/arbitration/2018/05/15/progress-towards-a-multilateral-investment-court-eu-momentum-building-and-divisions-in-uncitral-working-group-iii/> (accessed: 09.09.2023).

⁸³ *Possible Reform of Investor-State Dispute Settlement (ISDS): Assessment of Damages and Compensation*, UNCITRAL, Note by the Secretariat, 5 July 2022 (A/CN.9/WG.III/WP.220). §77.

⁸⁴ *Chartered Institute of Arbitrators (CI Arb) Protocol for the Use of Party-Appointed Expert Witnesses in International Arbitration 2007*. URL: <https://www.ciarb.org/media/6824/partyappointedexpertsinternationalarbitration.pdf> (accessed: 12.05.2023).

⁸⁵ *Possible reform of investor-State dispute settlement (ISDS): Assessment of damages and compensation*, UNCITRAL, Note by the Secretariat, 5 July 2022 (A/CN.9/WG.III/WP.220). §72.

⁸⁶ Kahneman D., Tversky A. *Judgment under Uncertainty: Heuristics and Biases // Science*. 1974. Vol. 185. № 4157. P. 1128–1129.

⁸⁷ Swinehart M. *Reliability of Expert Evidence in International Disputes // Michigan Journal of International Law*. 2017. Vol. 38. № 2. P. 310.

⁸⁸ Elm J.-P. *Op. cit.* P. 61.

⁸⁹ Born G. *International Commercial Arbitration*. 2nd. ed. Kluwer Law International, 2014. P. 2303.

arbitrators come from Western Europe, 20 % are from North America, while only 3 % of arbitrators come from Eastern Europe and Central Asia and 2 % come from Sub-Saharan Africa.⁹⁰ Appointments by gender are 14 % women and 86 % are men. These statistics divulge the arbitrators diversity concern in investment arbitration, which leads to the related issue of ISDS arbitrators bias.

Thus, to reduce arbitrators' bias in general and anchoring bias specifically, there is a need to promote diversity among arbitrators on the basis of sex, gender, race, nationality, religion, age, education, class, neurodiversity, legal background and a number of other factors. For this purpose, depending on the number of arbitrators that contracting parties deem to be appropriate from a behavioural perspective, they may also opt for more than three arbitrators. The suggestions to include the possibility for parties to choose more than three arbitrators have long been made with regard to the UNCITRAL Arbitration Rules.⁹¹ The same may be proposed for the ICSID Arbitration Rules. Such a reform option appears to be reasonable, given the high complexity of ISDS disputes and biases emerging in the proceedings. However, it will greatly affect costs, which are also a reform process concern.

Ensuring deliberative features in arbitral proceedings is crucial. Dealing with damages can be more effective and predictable if the damages issues are addressed early in the administration of the case by the investment tribunal. An early discussion on the issues of compensation and damages will allow the arbitrators to understand various aspects of the damages problems of the case, such as the strength of the evidence that the claimant will present on liability, the extent to which the liability evidence is organically linked with evidence of damages, and the theories presented by the parties as the bases for their positions on damages.⁹²

To ensure deliberative features early, conducting initial procedural conferences on damages should be encouraged. In this connection, it would be helpful to include in the arbitration rules that as soon as practicable after its constitution, the arbitral tribunal shall convene a case management conference to consult the parties on the quantum issues or provide guidance on this matter. Such early conferences should not be intended to stifle the parties' ability to take different positions on damages at later stages,⁹³ but should be aimed at fostering the arbitrators' comprehension of the damages aspects. However, if a party subsequently presents a position on damages misleading an opponent or increasing its costs, the tribunal should not let it slip quietly.

But then again, arbitrators should be aware of the loss-aversion bias. This can occur where a tribunal may discuss their findings after the hearing and come to one decision, but when drafting the award and setting down all the evidence and arguments realise that a different decision should be reached. In view of the effort, time and energy put into reaching the initial decision, arbitrators can become biased and emotionally attached to their original conclusions.

The above procedural solutions supported by behavioural economics insights can help in prevention of the valuation experts' conflict of interest, enhancing the role of the tribunal-appointed experts, clearing arbitrators from bias and fostering the appointment of early conferences on damages. These procedural reforms can assist in addressing criticisms of the system by tackling the issues of heavy inflation of the damages awards, the gap between the damages claimed and awarded and the divergence in parties' valuation experts' results and the potential experts' conflict of interest. Given the Working Group's mandate for procedural aspects, there are good chances that procedural reforms can be effectively developed and implemented within the WG III reform process.

2.3.2. Substantive reform options

Substantive reform options mainly focus on developing standards for limiting the damages and compensation in ISDS by setting boundaries around the full reparation principle when quantifying the claimant's losses. The Working Group decided to consider developing draft treaty provisions or guidelines to be followed by ISDS tribunals in the three substantive directions:

- The use of valuation methods;
- The capping of compensation, for instance to the amount actually invested by the investor; and

⁹⁰ *The ICSID Caseload — Statistics (Issue 2023–1)*. ICSID. URL: https://icsid.worldbank.org/sites/default/files/Caseload%20Statistics%20Charts/The_ICSID_Caseload_Statistics.1_Edition_ENG.pdf (accessed: 15.05.2023). P. 17.

⁹¹ Binder P. *Analytical Commentary of the UNCITRAL Arbitration Rules*. London : Sweet & Maxwell, 2013. P. 100–101.

⁹² *Protocol on Determination of Damages in Arbitration*. CPR International Committee on Arbitration. URL: <https://drs.cpradr.org/rules/protocols-guidelines/protocol-on-determination-of-damages-in-arbitration> (accessed: 16.05.2023).

⁹³ *Ibid.*

- Contextual factors, such as the host States' ability to pay for the amounts awarded, the potential "crippling effect" of an award on the respondent state, and the benefits of the investment to the state's sustainable development goals.⁹⁴

As for the first direction, it is generally suggested that the Working Group should develop technical clarifications on valuation, for example when it is appropriate to rely upon specific valuation methods. The most discussed valuation method is the DCF analysis.

DCF consists of two parts: the estimation of a company's expected future free cash flows and discounting these cash flows to the valuation using an appropriate discount rate. Cash flows comprise revenues, operating expenses, capital expenses, taxes and changes in working capital. The most commonly applied discount rate is the weighted-average cost of capital⁹⁵ (hereinafter — WACC), which is construed by looking at the time value of money⁹⁶ and other risks related to the investment,⁹⁷ such as sectorial and country risks. Applying DCF, investment tribunals must assess different variables for the entire duration that the investment was anticipated to create a future cash flow, including all future revenues and expenses, capital and operating expenditures, additional capital requirements, and other elements. The accurate determination of these values is very difficult and creates the risk of speculation.

Notwithstanding its drawbacks, DCF-valuation is regarded as the preferred method for valuation of income-earning assets.⁹⁸ The tribunals assume that investors are always entitled to compensation for the loss of the expectation of future profits if there is evidence that the investment could have generated profit, acting as if the right to future profits necessarily exists and not justifying that it does.⁹⁹ In turn, this leads to the misuse of the DCF analysis and a massive inflation of awards.

To tackle DCF, there are suggestions to provide a ban on the use of DCF, at least in cases of early-stage investments without a history of business operations.¹⁰⁰ Given that DCF is considered as the best practice of economics and business and is based on fundamental principles of economics and finance,¹⁰¹ it does not seem reasonable to fully ban the application of DCF by ISDS tribunals. Nevertheless, the DCF analysis should not be applied in every ISDS case, which can be drastically different from factual and economic point of view. In this connection, it would be helpful to set guidelines on the number of factors for its application. For instance, in *Rusoro v. Venezuela*, the tribunal held that DCF cannot be applied to all types of circumstances and would be appropriate if certain criteria are met, such as the enterprise's established historical record of financial performance, the availability of reliable projections of its future cash flow, the possibility to determine the price at which the enterprise will be able to sell its products or services with reasonable certainty, the possibility to calculate a meaningful weighted average cost of capital, including a reasonable country risk premium, etc.¹⁰² These factors can be taken as the basis for the application of the DCF analysis in the guidelines. It is recommended that the arbitrators be careful and thorough in explaining the extent to which they accept or reject DCF.

Thus, the Working Group may consider setting guidelines clarifying the circumstances of the proper application of DCF. Another suggestion is to provide clarifications on the form and strength of evidence required to support projected future cash flows, on determining discount rates and on whether post-award interest on damages should be calculated at a commercial rate or a risk-free rate.¹⁰³ Provision of greater precision has the potential benefit of minimising confusion, setting expectations, and offering guidance to arbitrators about how they must or may exercise their authority.

⁹⁴ *Possible Reform of Investor-State Dispute Settlement (ISDS): Assessment of Damages and Compensation*, UNCITRAL, Note by the Secretariat, 5 July 2022 (A/CN.9/WG.III/WP.220). §69.

⁹⁵ *International Valuation Standards*, International Valuation Standards Council, 2020. §50.31.

⁹⁶ Brealey R., Myers S., Allen F. *Principles of Corporate Finance*. 10th ed. The McGraw-Hill/Irwin Series, 2017. P. 39.

⁹⁷ Ripinsky S., Williams K. *Damages in international investment law*. British Institute of International and Comparative Law, 2008. P. 197.

⁹⁸ *SCC. Novenergia II - Energy & Environment (SCA) (Grand Duchy of Luxembourg), SICAR v. The Kingdom of Spain*. Case No. 2015/063. Award of 15 February 2018. §818.

⁹⁹ Marzal T. *Against DCF Valuation in ISDS: on the Inflation of Awards and the Need to Rethink the Calculation of Compensation for the loss of future profits* // EJIL: Talk!, 26 January 2021. URL: <https://www.ejiltalk.org/against-dcf-valuation-in-isds-on-the-inflation-of-awards-and-the-need-to-rethink-the-calculation-of-compensation-for-the-loss-of-future-profits/> (accessed: 09.04.2023).

¹⁰⁰ *Possible Reform of Investor-State Dispute Settlement (ISDS): The Assessment of Damages and Compensation*, Submission to UNCITRAL Working Group III on ISDS Reform, contributed by the CCSI, the IIED and the IISD, 12 November 2021. URL: https://ccsi.columbia.edu/sites/default/files/content/docs/CCSI_IISD_IIED%20Submission%20to%20UNCITRAL%20WG%20III%20on%20damages%5B2010%5D.pdf (accessed: 01.05.2023).

¹⁰¹ *Novenergia II v Spain*. §818.

¹⁰² *ICSID. Rusoro Mining Ltd. v. Bolivarian Republic of Venezuela*. Case No. ARB(AF)/12/5. Award of 22 August 2016. §759.

¹⁰³ Bonnitcha J., Langford M., Alvarez-Zarate J. M., Behn D. *Op. cit.* P. 238.

Instead of DCF-valuation, it is proposed to set standards that require damages to reflect a balance between a range of competing factors,¹⁰⁴ including the public interest and investors' interests. Following this approach, the model bilateral investment treaty of the South African Development Community provides with regard to compensation for expropriation: "The assessment of fair and adequate compensation shall be based on an equitable balance between the public interest and interest of those affected, having regard for all relevant circumstances and taking into account the current and past use of the property, the history of its acquisition, the fair market value of the property, the purpose of the expropriation, the extent of previous profit made by the foreign investor through the investment, and the duration of the investment".¹⁰⁵ The revised Common Market for Eastern and Southern Africa Investment Agreement sets forth that compensation for expropriation shall be based on FMV but further notes that "where appropriate, the assessment of fair and adequate compensation shall be based on an equitable balance between the public interest and interest of those affected".¹⁰⁶

If this option is adopted, there would be a need for further clarification on the application of this approach in cases of breaches of investment treaties' other provisions, aside from the expropriation provision, as well as for other factors that should be considered in the balancing exercise. Developing model clauses or guidance requiring that compensation reflect a balance between a range of competing factors would allow tribunals to take into account a range of contextual factors for estimating the amount of compensation, but under this approach arbitral tribunals will have wide discretion in finding the relevant circumstances in each dispute and in striking an "equitable balance" between them.¹⁰⁷ What is more complicated is the appearance of FMV in the provisions aimed at setting the balancing rules. It can be argued that FMV is usually calculated according to the DCF method as FMV takes into account the future cash flows of the investment, and DCF becomes applicable again.

One of the issues identified by WG III is the claimant's conduct, which would limit the amount of compensation. This can also be relevant to setting substantive standards for valuation. In this regard, the investor's contributory fault is recognised as a ground limiting the amount of damages and compensation.

The tribunals generally reduce the amount of damages awarded to investors by a percentage to reflect investors' role in the events leading to a loss. However, the grounds for such a percentage are generally not explained. For example, in *Occidental v. Ecuador*, the tribunal decided that the investors contributed to the extent of 25 % to the loss which they suffered from the state's regulatory measures affecting the investment.¹⁰⁸ The reasons for the split (as against any other number) were not explained. Similarly, in *UAB v. Latvia* the tribunal reduced the final damages by 50 % in view of the investor's contributory fault.¹⁰⁹ The state complained of the arbitrariness of the decision, and the ICSID Annulment Committee recognised that "more detailed reasoning could have been provided by the tribunal with respect to its decision that there had been contributory fault".¹¹⁰ Determining contributory fault in *Yukos v. Russia*, the tribunal calculated the percentage to be allocated in the amount of 25 %, which it found "fair and reasonable" in the circumstances of the case,¹¹¹ but it was not supported by objective empirical valuation and scientific basis.

Given the lack of detailed rules for the application of the contributory fault rule to investor-state arbitration, WG III may consider clarification of the circumstances in which a tribunal should reduce damages in view of the investor's contributory negligence. As follows from the analysis of cases, the tribunals often do not explain grounds for the percentage of the reduction of damages, while the current 50/50 or 25/75 analysis that is not supported by the specific reasons seems inappropriate in multi-billion-dollar disputes. In this connection, consistency among tribunals may be increased by developing guidance that the tribunal should explain in detail how the investor contributed to the loss and provide reasons for the specific reduction percentage.

The second reform direction suggested for discussion of WG III is the capping of compensation, for instance to the amount actually invested by the investor (the sunk-costs-based approach). In this context, Jonathan Bonnitcha and Sarah Brewin suggest excluding how much income the investor expects the investment to generate over its lifetime.¹¹² The benefits of this approach are its relative simplicity and

¹⁰⁴ Brewin S. *Op. cit.* P. 32.

¹⁰⁵ *South African Development Community Model Bilateral Investment Treaty*, 2012, art. 6.2.

¹⁰⁶ *Revised Investment Agreement for the COMESA Common Investment Area (CCIA)*, 2017, art. 20.3.

¹⁰⁷ Bonnitcha J., Brewin S. *Op. cit.* P. 33.

¹⁰⁸ *Occidental v Ecuador*. §687.

¹⁰⁹ ICSID. *UAB E energija (Lithuania) v. Republic of Latvia*. Case No. ARB/12/33. Award of 22 December 2017. §1144.

¹¹⁰ ICSID. *UAB E energija (Lithuania) v. Republic of Latvia*. Case No. ARB/12/33. Decision on Annulment of 8 April 2020. §195.

¹¹¹ *Yukos v. Russia*. §1637.

¹¹² Bonnitcha J., Brewin S. *Op. cit.* P. 33.

easiness to obtain the evidence necessary to determine the amount of money actually invested by an investor as compared to the evidence required to estimate damages using DCF.¹¹³ Using such an approach, the tribunal in *Bear Creek v. Peru* held that the early-stage investment in question was too speculative, and damages should be calculated by reference to the amounts actually invested by Bear Creek, the so-called sunk costs.¹¹⁴

The Working Group might consider reflecting this sunk-costs-based approach in guidance and clarification of the circumstances of its application. However, adopting a purely sunk-costs-based approach may not sufficiently compensate claimants for the significant risks they are taking at the time of the respondent state's breaching conduct, which would have the chilling effect of discouraging investors from investing, especially in emerging economies where FDI is most needed.¹¹⁵ The sunk-costs-based approach may be appropriate in some settings, such as in cases where investment projects have not started since the date of the award, but it is unlikely that this approach would replace DCF. Furthermore, the sunk-costs-based approach would require departure from the FMV standard because sunk costs do not correspond to FMV of the investment, while it is FMV that is provided for by both treaties and customary international law. In this connection, the total ban on DCF seems unreasonable. If sufficient data is available, future profitability from projects can be reliably measured and DCF can be applied.

Another reform option in this context aims at requiring a tribunal to consider whether the host state has obtained any benefit from allowing the investment to proceed and then breaching its obligations under the investment treaty. If yes, compensation would be capped at whichever amount is lower between the host state's gain and the investor's expenditure in making the investment; otherwise, no compensation would be owed.¹¹⁶ Integrating gain-based considerations into the estimation of compensation might help to constrain opportunistic conduct by the host state, allowing the state to respond to changing circumstances. However, this approach is a very complex one since it requires two valuation calculations that both rely on historical data. Investment practitioners are not experienced in valuing the amount that a host state has gained from allowing an investment to proceed,¹¹⁷ and, currently, the perspectives of implementing this reform option are too vague. The limitations on the use of DCF are unlikely to succeed due to its extensive use in valuation practice, including outside ISDS. In this connection, the suggestions to provide guidelines on the application of the use of DCF (concerning discount rates, cash flows predictions, etc.) appear much more viable.

The Working Group also identified contextual factors relevant for the estimation of damages and compensation, including the host states' ability to pay for the amounts awarded and the potential "crippling effect" of an award on the respondent state. Large damages awards rendered without taking into account these two factors, contributing to the crisis of the developing state, as represented by the cases of *Tethyan Copper v. Pakistan* and *ConocoPhillips v. Venezuela*. In these two cases, the developing states were obliged to pay the highest damages awards, compromising their capacities to meet their people's basic needs.

The developing states complain of the enormous amounts of damages awarded against them and in this connection challenge the legitimacy of the ISDS system. Indeed, large damages awards could be crippling for the respondent developing states in relation to their economic capacities. The relevance of catastrophic consequences of large damages awards for states was emphasised by ICSID annulment committees¹¹⁸ and WG III.¹¹⁹ Although there can be an argument in favour of excessive compensation as a tool for incentivizing states to avoid breaching investors' rights, this article proceeds from the assumption that the goal of arbitrators in investment disputes is to provide the accurate and equitable amount of damages to the investor, which is also fair to the host state.¹²⁰ In this connection, the ultimate financial burden imposed on a respondent state should not be so excessive, and tribunals should consider the state's economic condition

¹¹³ Ibid. P. 35.

¹¹⁴ *Bear Creek v. Peru*. §604.

¹¹⁵ Burnett H., Miles C. *Mining Disputes in Latin America // Global Arbitration Review*, 2022. URL: <https://globalarbitrationreview.com/guide/the-guide-arbitration-in-latin-america/first-edition/article/mining-disputes-in-latin-america> (accessed: 17.05.2023).

¹¹⁶ Aisbett E., Bonnitca J. *A Pareto-Improving Compensation Rule for Investment Treaties // Journal of International Economic Law*. 2021. Vol. 24. № 1. P. 195.

¹¹⁷ Bonnitca J., Brewin S. *Op. cit.* P. 35.

¹¹⁸ ICSID. *Burlington Resources Inc. v. Republic of Ecuador*. Case No. ARB/08/5. Decision on Stay of Enforcement of the Award of 31 August 2017. §83.

¹¹⁹ *Report of Working Group III (Investor-State Dispute Settlement Reform) on the Work of its Forty-third Session (Vienna, 5–16 September 2022)*. UNCITRAL, 7 October 2022 (A/CN.9/1124). §94.

¹²⁰ Simmons J. *Valuation in Investor-State Arbitration: Toward A More Exact Science // The Berkeley Journal of International Law*. 2012. Vol. 30. № 1. P. 198.

and its capacity to pay.¹²¹ Setting requirements that damages should be adjusted in light of a state's ability to pay and the crippling effect of an award on the state might help achieve a balance between the interests of the developing and developed states.

WG III also suggests considering a causation between the breach and the loss when calculating damages.¹²² Investors bear the burden of proving not only the existence and amount of the losses allegedly suffered, but also that there is a direct causal link between the state's breach of investment obligations and the claimed losses.¹²³ However, investors' damages may be attributed to the existence of an economic or political crisis in the host country, which does not entail any liability for the host state.¹²⁴ A host state may only be financially liable for the consequences of the measures taken by the state in reaction to this crisis that directly and adversely interfere with the investor's rights.¹²⁵ It may be helpful to provide guidelines that any decrease in the value of investment resulting from factors other than those related to the breach of investment treaty guarantees should not be compensated for.

The open question is whether such other factors may include international economic sanctions imposed on a host state. In one investment arbitration, the tribunal considered the dispute between investors from the sanctioned state (Iran) and Bahrein and found that international economic sanctions imposed on the investors constituted a factor militating against an income-based valuation since the investment's record of profitability derived from Iranian exposure was too speculative to project into the future.¹²⁶ However, it is unclear whether arbitral tribunals would apply the same logic when sanctions against the respondent state affect the investment's value. The considerations of fairness allow us to suggest that the decrease in investment's value can be attributed to unilateral economic sanctions for which the host state cannot be responsible, which entails the need to decrease the amount of compensation.

Finally, WG III suggests developing draft treaty provisions or guidelines on the benefits of the investment to the state's sustainable development goal as a contextual factor relevant to the assessment of compensation. This is especially relevant in light of the measures taken by the international community to decarbonise the global energy system. The Paris Agreement¹²⁷ set the goal to limit global warming to 1.5°C above pre-industrial levels, which requires states to shift away from fossil fuels. Given the states' climate change commitments, the Energy Charter Treaty¹²⁸ (hereinafter — ECT) as the treaty aimed at the protection of cross-border investments in the energy sector, including fossil fuels, is practically "dead": several EU states have terminated or announced their withdrawal from this treaty.¹²⁹ On 7 July 2023, the European Commission issued its proposal for a Council decision on the withdrawal of the European Union from the ECT,¹³⁰ which is to be submitted to the Council of the EU for adoption by a qualified majority.

However, under international and domestic legal regulation fossil fuel companies are still entitled to receive large amounts of compensation from states. At the same time, carbon majors are generally successful in ISDS. To illustrate, seven of the top ten largest ISDS awards (exceeding USD 1 billion) have been granted in cases involving fossil fuel investments.¹³¹ Thus, substantial amounts of public funds have

¹²¹ Paparinskis M. *Crippling Compensation in the International Law Commission and Investor–State Arbitration* // ICSID Review. 2022. Vol. 37. № 1–2. P. 302.

¹²² *Possible reform of investor-State dispute settlement (ISDS): Assessment of damages and compensation*, UNCITRAL, Note by the Secretariat, 5 July 2022 (A/CN.9/WG.III/WP.220). §65.

¹²³ ICSID. *United Parcel Service of America Inc. v. Government of Canada*. Case No. UNCT/02/1. Award on the Merits of 24 May 2007. §38.

¹²⁴ IUSCT. *American International Group, Inc. and American Life Insurance Company v. Islamic Republic of Iran and Central Insurance of Iran (Bimeh Markazi Iran)*. Case No. 2. Award of 7 December 1983. §61; ICC. *Cengiz İnşaat Sanayi ve Ticaret A.S v. Libya*. Case No. 21537/ZF/AYZ. Award of 7 November 2018. §613–614.

¹²⁵ *Enron Creditors Recovery Corporation (formerly Enron Corporation) and Ponderosa Assets, L.P. v. Argentine Republic*, ICSID Case No. ARB/01/3, Award of 22 May 2007, §143–144.

¹²⁶ PCA. *Bank Melli Iran and Bank Saderat Iran v. Bahrain*. Case No. 2017–25. Award of 9 November 2021. §763–770.

¹²⁷ *Paris Agreement to the United Nations Framework Convention on Climate Change*, 12 December 2015, T.I.A.S. No. 16–1104.

¹²⁸ *The Energy Charter Treaty and the Energy Charter Protocol on Energy Efficiency and Related Environmental Aspects*, 1994, 2080 U.N.T.S. 100.

¹²⁹ *Will Coordinated European Withdrawal be the Death Knell of the Energy Charter Treaty?* // CMS Law-Now. 16 February 2023. URL: <https://cms-lawnow.com/en/ealerts/2023/02/will-coordinated-european-withdrawal-be-the-death-knell-of-the-energy-charter-treaty> (accessed: 19.05.2023).

¹³⁰ *Proposal for a Council Decision on the Withdrawal of the Union from the Energy Charter Treaty*, European Commission, 7 July 2023. URL: https://energy.ec.europa.eu/system/files/2023-07/COM_2023_447_1_EN_ACT_part1_v1.pdf (accessed: 09.09.2023).

¹³¹ *Unión Fenosa Gas v Egypt; Occidental v Ecuador; ConocoPhillips v Venezuela; Hulley Enterprises v Russia; Yukos v Russia; Veteran Petroleum v. Russia*; ICSID. *Venezuela Holdings, B.V., et al (case formerly known as Mobil Corporation, Venezuela Holdings, B.V., et al.) v. Bolivarian Republic of Venezuela*. Case No. ARB/07/27, Award of 9 October 2014.

been flowing to large fossil fuel companies through ISDS. Furthermore, requiring states to pay large compensations to investors increases the costs of the energy transition¹³² and leads to regulatory chill.¹³³

In this regard, some commentators have argued that certain types of projects, such as development of new fossil fuel reserves or infrastructure, should be excluded from ISDS,¹³⁴ for example by providing a climate-measure carve-out in international investment agreements, which would prevent investors from using ISDS to stop, slow, change, or shift the cost of climate-related policies.¹³⁵ Given the frequency and impact of claims involving fossil fuel assets, as well as the urgency of the climate crisis, climate change and just transition raise the need for fundamental reconceptualisation of damages and compensation in ISDS. The purpose of such reconceptualisation is to exclude exorbitant compensation for investors affected by states' measures in disputes involving fossil fuel companies and climate measures.

A discussion of possible principles or criteria on damages and compensation in the light of a just energy transition in ISDS may be included in the work of UNCITRAL WG III. Being the forum for the states' dialogue, the Working Group can become the place where debate on these complex topics can be conducted and practical approaches that integrate climate change considerations into investment arbitration can be developed. Indeed, some state delegates have highlighted the need to ensure reforms are pursued in a manner that "promote[s] investment policies in line with the three pillars of sustainable development",¹³⁶ which depends on just transition.

To address climate implications, the number of suggestions can be considered for discussion in WG III. According to Martin Dietrich Brauch, Senior Legal and Economics Researcher at the CCSI, equity considerations and frameworks for compensation for climate and energy transition should be based on the principle that any compensation that fossil fuel companies might receive should at a minimum be conditioned upon specific just transition obligations imposed on the company for the benefit of its employees.¹³⁷ Another principle that he proposes to consider is the prohibition for investors of reinvesting any compensation received in fossil fuel projects and related infrastructure.¹³⁸ Some commentators propose that the awards should take into account that investors are increasingly expected to pay for the costs inflicted on society by climate change (such as the social cost of carbon), which should be subtracted from the damages awarded.¹³⁹ Specifically for fossil fuel companies, the valuation techniques capping compensation discussed above may be introduced, such as the balancing of interests, the sunk-costs-based approach or taking into account whether the state benefited from the breach of the investment treaty. The reforms to compensation rules for fossil fuel companies are likely to facilitate climate change and a just transition by mitigating threats of regulatory chill and overcompensation that hamper states' climate actions.

Given the above, there are suggestions to limit compensation for investors specialising in fossil fuel. States have already started taking steps to abide by climate transition policies, such as massive withdrawal from the ECT leading to its "death". In this connection, the UNCITRAL ISDS reform process can specifically focus on damages for fossil fuel-related investments in order to contribute to distributive and procedural justice in climate and energy transition. In disputes involving climate measures, damages in ISDS should be fundamentally reconceptualised to exclude exorbitant compensation for investors affected by states' measures. States might raise the questions of climate change considerations and the contested value of fossil fuel resources in ISDS, and arbitrators have wide discretion to integrate solutions to these issues in their assessments of damages and compensation.

The implementation of both procedural and substantive reforms can make a difference and lead to more balanced and reasonable outcomes of ISDS. UNCITRAL WG III can effectively contribute to the issues of damages and compensation by elaborating procedural and substantive reform options.

¹³² Tienhaara K., Cotula L. *Op. cit.*

¹³³ Tienhaara K. *Regulatory Chill in a Warming World: The Threat to Climate Policy Posed by Investor-State Dispute Settlement II* Transnational Environmental Law. 2018. Vol. 7. № 2. P. 229–250.

¹³⁴ Johnson L., Sachs L., Lobel N. *Aligning International Investment Agreements with the Sustainable Development Goals II* Columbia Journal of Transnational Law. 2019. Vol. 58. P. 71–79.

¹³⁵ van Harten G. *An ISDS carve-out to Support Action on Climate Change*. Research Paper No. 38. Osgoode Legal Studies Research Paper Series, 2015.

¹³⁶ *Draft Report of Working Group III (Investor-State Dispute Settlement Reform) on the Work of Its Thirty-Sixth Session*. UNCITRAL, 6 November 2018 (A/CN.9/964). §16.

¹³⁷ *Event Highlights: Compensation for a Just Energy Transition in International Investment Law and Domestic Law II* Columbia Center on Sustainable Investment, 19 May 2022. URL: <https://ccsi.columbia.edu/sites/default/files/content/docs/publications/CCSI-compensation-just-energy-transition-international-investment-domestic-law.pdf> (accessed: 18.05.2023).

¹³⁸ *Ibid.*

¹³⁹ Burger M., Johnson L., Tienhaara K. *Valuing Fossil Fuel Assets in an Era of Climate Disruption II* International Institute for Sustainable Development, 20 June 2020. URL: <https://www.iisd.org/itn/en/2020/06/20/valuing-fossil-fuel-assets-in-an-era-of-climate-disruption/> (accessed: 13.05.2023).

Conclusion

As the range of cases and economic stakes in investment arbitration has grown, so too has the significance of compensation and damages issues. The issues of valuation have been generally within the discretion of tribunals in the absence of clear guidance from investment treaties. While there is a high level of agreement across decisions concerning the basic principles governing damages in ISDS, there are no detailed rules on how to apply those principles in individual cases.

However, modern arbitral practice is characterised by the inflation of awards (not least due to the application of DCF) and a major gap between damages claimed and damages awarded. The developing states have been increasingly pointing to the issue of compensation in ISDS and its potential to negatively impact their policy space and public spending. This leads to the need for a balance between the interests of developing and developed states in valuation in ISDS. Another big problem is tribunals' inconsistency in valuation. Concerns have also been raised about the incorrectness of awards and potential conflicts of interest between arbitrators and damages experts.

In view of this, the issues of damages and compensation were included on the agenda of the reform process undertaken by UNCITRAL WG III. Although some delegations expressed doubt that issues of damages and compensation are outside the procedural mandate of WG III, the majority of states are calling for reforms on valuation in ISDS to be developed and implemented by WG III. Since there is no clear division between procedure and substance in investment treaty disputes, the issues of damages and compensation can fall under the mandate of WG III. Reforming solely procedural aspects would not allow us to solve problems in a comprehensive way.

The implementation of ISDS reforms through soft law instruments (draft treaty provisions, guidelines, model clauses) appears to be more efficient, which is supported by the "loss avoidance" and delegation theories inferred from law and economics. The valuation of damages and compensation should be reformed by both formulating procedural rules and elaborating substantive reform options for greater efficiency.

There is a number of feasible procedural reform options on the assessment of damages and compensation in ISDS that the UNCITRAL WG III can consider for the discussion and elaboration:

- 1) In addressing the issue of damages experts' potential conflict of interest, the last big achievement was the preparation of the Draft Code of Conduct for Arbitrators that contains some clarifications on how double-hatting can be limited. This issue and the issue of the wide divergence in the parties' experts damages amounts require other efficient procedural solutions, such as developing detailed guidance on these matters, engaging the industry specialists for assisting quantum experts, strengthening the role of the tribunal-appointed expert, creating a standing commission for damages calculation in ISDS.
- 2) Arbitrators can fall victim to the anchoring effect, i.e. when evaluating information relevant for decision-making, arbitrators are influenced by the large amount of damages claimed by investors. It can be tackled by raising awareness of arbitrators of this effect, for example, by including explicit provisions in the arbitration rules as to de-bias arbitrators, as well as by promoting arbitrators' diversity.
- 3) An important procedural step that can make addressing damages issues in ISDS more effective is to encourage the appointment of early conferences on damages, for instance, by providing guidance or inserting provisions to this effect in arbitration rules.

In respect of substantive reform options aiming at clarification of valuation methods and limiting damages and compensation in ISDS, the following conclusions were made:

- 1) The valuation methods should be clarified. Guidance may be developed that arbitrators should apply DCF when estimating damages on a fair and reasoned basis, taking into account such criteria as the record of the enterprise's financial performance, the reliable projections of the future cash flow, etc. The alternative solution is to set standards that require damages to reflect a balance between competing interests, but this requires more detailed clarifications and is unlikely to replace DCF.
- 2) The application of the rule on the investor's contributory fault requires some clarification. Encouraging the more detailed reasoning by arbitrators and providing guidance on the investor's contributory fault can contribute to the consistency of arbitral practice.
- 3) WG III can consider capping compensation to the actually invested amount (the sunk-costs-based approach) and requiring a tribunal to consider whether the state has obtained any benefit from the investment and its breach of investment treaty obligations. However, caution should be exercised in

elaborating these reform options since the sunk-costs-based approach may not sufficiently compensate investors, while integrating gain-based considerations into the estimation of compensation can be quite complex. The total replacement of DCF with other approaches appears to be not realistic due to the widespread use of DCF in valuation in ISDS and outside it.

- 4) Providing guidance on the assessment of contextual factors, such as the respondent state's ability to pay and the potential "crippling effect" of an award on the state might help find a balance between the interests of the developing and developed states.
- 5) Some raise fundamental concerns about the chilling effect of large compensation awards on adopting climate mitigation measures and increasing the cost of the energy transition. Climate implications can be mitigated by introducing valuation techniques capping compensation specifically for fossil fuel companies, such as the balancing of interests, the sunk-costs-based approach or considering whether the state benefited from the breach of the investment treaty.

The issue of valuation of damages and compensation is central to the debate about the legitimacy of the ISDS system. UNCITRAL as one of the key actors capable of influencing the ISDS system should seriously consider suggestions on both procedural and substantive reform options in its current reform process. The delegations participating in the UNCITRAL can seize this opportunity to address these issues at a multilateral level and elaborate a solid framework on damages quantification in investment arbitration for both legal and financial practitioners. Whether the WG III delegations will be able to come together on the issue of compensation and agree on reforms that matter will be seen in the coming months and years. It will depend on the coordinated action of those delegations who wish to advance this issue within WG III.

ОЦЕНКА УБЫТКОВ И КОМПЕНСАЦИИ В КОНТЕКСТЕ ПРЕДЛОЖЕНИЙ ПО РЕФОРМИРОВАНИЮ СИСТЕМЫ УРЕГУЛИРОВАНИЯ СПОРОВ МЕЖДУ ИНВЕСТОРАМИ И ГОСУДАРСТВАМИ

ФОМЕНКО А. И.

Фоменко Анастасия Ивановна — магистр права, младший юрист юридической фирмы Sirota & Partners, Москва, Россия (aifomenko@hse.ru).

Аннотация

В статье рассматриваются реформы в области оценки убытков и компенсации в международном инвестиционном арбитраже. Статья определяет проблемы оценки убытков и компенсации, которые привели к необходимости проведения реформ, такие как инфляция арбитражных решений, принимаемых в инвестиционных арбитражных разбирательствах, большой разрыв между запрашиваемыми суммами убытков и присуждаемыми суммами, а также трудности, создаваемые большими суммами убытков для развивающихся стран. Другие основания для реформ включают непоследовательность арбитражных трибуналов в оценке убытков и компенсации, неточность решений и возможный конфликт интересов между арбитрами и экспертами по оценке. Спорным является вопрос о том, могут ли проблемы убытков и компенсации в спорах между инвесторами и государствами быть решены в рамках мандата Рабочей группы III ЮНСИТРАЛ, в отношении которого утверждается, что мандат ограничен исключительно процессуальными вопросами. Автор приходит к выводу о том, что реформы в области оценки убытков и компенсации могут и должны быть разработаны Рабочей группой III. Оценка убытков и компенсации в инвестиционном арбитраже требует комплексной реформы, включающей как процессуальные решения, так и субстантивные предложения, которые может разработать Рабочая группа III. Опираясь на теории права и экономики, автор приходит к выводу, что реформы должны осуществляться с помощью инструментов мягкого права. Далее в статье представлены целесообразные процессуальные реформы оценки убытков и компенсации в инвестиционном арбитраже. Основное внимание уделяется реформам, направленным на устранение возможного конфликта интересов экспертов по оценке, расхождений в суммах убытков экспертами сторон и эффекта якоря от запрашиваемых истцами сумм для арбитров, а также опции проведения ранних конференций по убыткам. При этом статья обращается к идеям поведенческой экономики. Наконец, в статье обсуждаются субстантивные реформы оценки убытков и компенсации, которые могут улучшить последовательность и корректность арбитражных решений. Автор рассматривает варианты дачи разъяснений по использованию метода дисконтированных денежных потоков, установления стандартов, согласно которым присуждаемые суммы будут отражать баланс между конкурирующими интересами, дачи разъяснений относительно наличия вины инвестора в убытках, ограничения компенсации суммой, фактически вложенной инвестором, а также оценки контекстуальных факторов, имеющих значение для расчета убытков.

Ключевые слова

убытки, компенсация, урегулирование споров между инвесторами и государством, реформы

Для цитирования: Фоменко А. И. Оценка убытков и компенсации в контексте предложений по реформированию системы урегулирования споров между инвесторами и государствами // Журнал ВШЭ по международному праву (HSE University Journal of International Law). 2023. Т. 1. № 2. Р. 72–92.

<https://doi.org/10.17323/jil.2023.18196>

References / Список источников

- Aaken A. (2014) Behavioral International Law and Economics. *Harvard International Law Journal*, vol. 55, no. 2, pp. 421–481.
- Aisbett E., Bonnitcha J. (2021) A Pareto-Improving Compensation Rule for Investment Treaties. *Journal of International Economic Law*, vol. 24, no. 1, pp. 181–202.
- Arato J. (2019) The Private Law Critique of International Investment Law. *American Journal of International Law*, vol. 113, no. 1, pp. 1–53.
- Beharry C. L., Bräutigam E. M. Damages and Valuation in International Investment Arbitration. In: Chaisse J., Choukroune L., Jusoh S. (2020) *Handbook of International Investment Law and Policy*, Singapore: Springer.
- Bekker P., Bello F. (2021) Reimagining the Damages Valuation Framework Underlying Fair and Equitable Treatment Standard Violations through a Three-Stage Contextualized Approach. *ICSID Review - Foreign Investment Law Journal*, vol. 36, no. 2, pp. 339–365.
- Binder P. (2013) *Analytical Commentary of the UNCITRAL Arbitration Rules*, London: Sweet & Maxwell.
- Bonnitcha J., Brewin S. (2020) *Compensation Under Investment Treaties*. ISDS Best Practices Series.
- Bonnitcha J., Langford M., Alvarez-Zarate J. M., Behn D. (2023) Damages and ISDS Reform: Between Procedure and Substance. *Journal of International Dispute Settlement*, vol. 14, no. 2, pp. 213–241.
- Born G. (2014) *International Commercial Arbitration*, 2nd ed., Kluwer Law International.
- Brealey R., Myers S., Allen F. (2017) *Principles of Corporate Finance*, 10th ed., The McGraw-Hill/Irwin Series.
- Burger M., Johnson L., Tienhaara K. (2020) *Valuing Fossil Fuel Assets in an Era of Climate Disruption*. International Institute for Sustainable Development.
- Burnett H., Miles C. (2020) *Mining Disputes in Latin America*. *Global Arbitration Review*.
- Elm J.-P. (2017) *Behavioral Insights into International Arbitration: An Analysis of How to De-Bias Arbitrators*, Working Paper No. 2017-01, University of St. Gallen Law School Law and Economics Research Paper Series.
- Guzman A., Meyer T. (2010) International Soft Law. *The Journal of Legal Analysis*, vol. 2, no. 1, pp. 171–225.
- Hodgson M., Kryvoi Y., Hrcak D. (2021) *Empirical Study: Costs, Damages and Duration in Investor-State Arbitration*. British Institute of International and Comparative Law.
- Johnson L. (2022) *UNCITRAL Working Group III: An Update on Certain Key Issues in ISDS Reform*. Curtis, Client Alert.
- Johnson L., Sachs L., Lobel N. (2019) Aligning international investment agreements with the sustainable development goals. *Columbia Journal of Transnational Law*, vol. 58, pp. 59–120.
- Jolls C., Sunstein C., Thaler R. (1998) A Behavioral Approach to Law and Economics. *Stanford Law Review*, vol. 50, pp. 1471–1550.
- Kahneman D., Tversky A. (1974) Judgment under Uncertainty: Heuristics and Biases. *Science*, vol. 185, no. 4157, pp. 1124–1131.
- Kryvoi Y. (2022) *UNCITRAL investor-state dispute settlement reform group makes progress despite disagreements*. British Institute of International and Comparative Law.
- Kudrna J. (2019) Tax Gross-up in Investment Treaty Arbitration: Legitimate Concern or a Method to Inflate Damages? *The American Review of International Arbitration*, vol. 30, no. 3, pp. 329–347.

- Marzal T. (2021) Against DCF valuation in ISDS: on the inflation of awards and the need to rethink the calculation of compensation for the loss of future profits. *EJIL: Talk!*
- Miles K. (2013) *The Origins of International Investment Law: Empire, Environment, and the Safeguarding of Capita*. Cambridge: Cambridge University Press.
- Langford M., Behn D. (2018) Managing Backlash: The Evolving Investment Arbitrator. *European Journal of International Law*, vol. 29, no. 2, pp. 551–580.
- Ostřanský J., Bernasconi-Osterwalder N. (2022) Working Group III and the Assessment of Compensation and Damages: Thinning scope for impactful reform or an opportunity to make a difference? International Institute for Sustainable Development.
- Paparinskis M. (2022) Crippling Compensation in the International Law Commission and Investor–State Arbitration. *ICSID Review*, vol. 37, no. 1–2, pp. 289–312.
- Poulsen L. (2014) Bounded Rationality and the Diffusion of Modern Investment Treaties. *International Studies Quarterly*, vol. 58, no. 1, pp. 1–14.
- Ripinsky S., Williams K. (2008) Damages in international investment law, *British Institute of International and Comparative Law*.
- Roberts A., Bouraoui Z. (2018) UNCITRAL and ISDS Reforms: Concerns about Costs, Transparency, Third Party Funding and Counterclaims. *EJIL:Talk!*
- Roberts A., St John T. (2022) UNCITRAL and ISDS Reform: What to Expect When You're Expecting. *EJIL: Talk!*
- Simmons J. (2012) Valuation in Investor-State Arbitration: Toward A More Exact Science. *The Berkeley Journal of International Law*, vol. 30, no. 1, pp. 196–250.
- Swinehart M. (2017) Reliability of Expert Evidence in International Disputes. *Michigan Journal of International Law*, vol. 38, no. 2, pp. 287–347.
- Tienhaara K. (2018) Regulatory Chill in a Warming World: The Threat to Climate Policy Posed by Investor-State Dispute Settlement. *Transnational Environmental Law*, vol. 7, no. 2, pp. 229–250.
- Tienhaara K., Cotula L. (2020) Raising the cost of climate action? Investor-state dispute settlement and compensation for stranded fossil fuel assets. International Institute For Environment And Development (IIED).
- Ünüvar G. (2023) “Nothing is agreed until everything is agreed”: The Code of Conduct and Reflections on the 44th Session of the UNCITRAL Working Group III. International Institute for Sustainable Development.
- van Harten G. (2015) An ISDS carve-out to support action on climate change, Research Paper no. 38, Osgoode Legal Studies Research Paper Series.
- Wegmann V., Hall D. (2021) The unsustainable political economy of investor-state dispute settlement mechanisms. *International Review of Administrative Sciences*, vol. 87, no. 3, pp. 480–496.

FRONT-OF-PACK NUTRITION LABELLING: ARE HEALTH POLICY DECISIONS RECONCILABLE WITH THE WTO DISCIPLINES?

PARKHOMENKO A.¹

Anastasia Parkhomenko — Master of Laws, Counsel to the Market Protection Measures Department, Department of International Cooperation and Licensing in Foreign Trade, Ministry of Industry and Trade of the Russian Federation, Moscow, Russia (aaparkhomenko.01@gmail.com).

Abstract

Over the past decade, States have increasingly used various forms of front-of-pack nutrition labelling to prevent the proliferation of obesity and related non-communicable chronic diseases. Some forms of front-of-pack nutrition labelling highlight increased amounts of certain nutrients in foods and are mandatory for compliance. The growing popularity of such measures raises serious concerns amongst the Members of the World Trade Organization, since, to date, no position has been formed on the conformity of such labelling with the core disciplines of the WTO. This article attempts to reach that understanding and to suggest how national legislators may adjust their labelling initiatives so as to bring them in line with the WTO Agreement on Technical Barriers to Trade (TBT Agreement). Section 1 of the paper analyses Article 2.1 of the TBT Agreement (principle of non-discrimination) and concludes that the legislator should take into account all dietary options in order to avoid discrimination against certain types of foods. Unpackaged goods should also be covered by regulatory interventions, since by nutritional composition they are similar to pre-packaged foods. Section 2 looks at Article 2.2 of the TBT Agreement (principle of necessity) and summarises that the adopting Member has to be cautious when setting the goals of the labelling measure, since demonstration of its necessity would further require to separately establish what contribution to any of the stated objectives the measure makes. Moreover, the WTO Member must determine how labelling schemes discourage consumption of various nutrients. Otherwise, there may be a problem in demonstrating the expected regulatory results. The anticipated contribution of front-of-pack labelling could be enhanced by creating a supporting environment of regulatory interventions. Section 3 focuses on Arts. 2.4 and 2.5 of the TBT Agreement (harmonisation principle) and concludes that current international standards recognize the relevance and authority of regional studies, including those examining dietary patterns of locals. Nonetheless, this does not exempt the WTO Members from the need to provide a scientific justification for how the measure relates to the consumption of particular foods and nutrients.

Key words

front-of-pack nutrition labelling, World Trade Organization, TBT Agreement, principle of non-discrimination, harmonisation

Citation: Parkhomenko A. Front-of-Pack Nutrition Labelling: Are Health Policy Decisions Reconcilable with the WTO Disciplines? // Zhurnal VSHÉ po mezhdunarodnomu pravu (HSE University Journal of International Law). 2023. Vol. 1. № 2. P. 93–110.

<https://doi.org/10.17323/jil.2023.18198>

Introduction

It may seem that since the world has been confronted with COVID-19, all other diseases have ceased to exist or lost their significance. However, there is another disease that is apt to bring equally devastating consequences to humankind, slowly conquering generation after generation. According to the World Health Organization (hereinafter — WHO), obesity and overweight have already become an epidemic — the so-called “globesity”.² Since 1975, the rates of global obesity have increased nearly threefold.³ By 2016, already 39 % of adults were overweight, and 13 % were obese.⁴ More than that, obesity and overweight bring with them a range of life-shortening non-communicable diseases (hereinafter — NCDs), such as cancer, diabetes and gastrointestinal disorders.⁵

As one of the “best buys” to stop proliferation of NCDs caused by “obesogenic” factors the WHO recommends governments to implement front-of-pack labelling schemes (hereinafter — FOP labelling)⁶ to complement conventional back-of-pack nutrient declarations that are made mandatory in many countries

^{1*} This article has been prepared strictly in the author’s personal capacity. The views expressed therein should not be attributed to any organisation with which the author is affiliated.

² WHO, *Controlling the Global Obesity Epidemic*. URL: <https://www.who.int/activities/> (accessed: 20.04.2023).

³ WHO, *Fact Sheet: Obesity and Overweight*. 2021. URL: <https://www.who.int/news-room/fact-sheets/> (accessed: 20.04.2023).

⁴ Ibid.

⁵ WHO, *Non-Communicable Diseases Fact Sheet. Key Facts. 13 April 2021*. URL: <https://www.who.int/news-room/> (accessed: 20.04.2023).

⁶ WHO, *Tackling NCDs: “Best Buys” and other Recommended Interventions for the Prevention and Control of Noncommunicable Diseases*. World Health Organization. 2017. P. 11. URL: <https://apps.who.int/iris/handle/10665/259232> (accessed: 20.04.2023).

throughout the globe. In terms of coverage, it is recommended that FOP labelling should target intake of sugars, sodium and fats (including saturated fats), which could be marked as “critical nutrients” for gaining excess weight.⁷ FOP labelling represents a form of supplementary nutrition information and is intended to increase consumers’ understanding of the nutritional value of their foods. Such labels are placed on the front of packaged products and can display various numbers, colours, words, symbols or their combination.⁸

There is a vast variety of FOP labelling schemes to date. Compliance with most such initiatives is voluntary, which effectively secures market access opportunities for products that do not bear prescribed FOP labels. On the other side, the share of mandatory FOP labels which serve as a prerequisite to entering the market and the sole means of conveying nutritional properties of the goods to consumers⁹ is constantly growing.¹⁰ These measures have a lot in common, since they adopt informative colours (red, black) and/or interpretive wording (“high in” a critical nutrient) to convey that foods with particular amounts of critical nutrients must be consumed responsibly.

As an intervening factor for international trade in goods, mandatory FOP labelling has provoked heated debates at the World Trade Organization’s Committee on Technical Barriers to Trade (hereinafter — WTO, TBT Committee, respectively) since 2013.¹¹ During this ten-year period some Members that previously challenged such measures have turned to adopting similar initiatives, whereas other Members with mature export-oriented food industries have held their ground. While regulatory interest in mandatory FOP labelling schemes rises, there is still no uniform understanding on how to ensure their compliance with the WTO law. This problem dictates the need for intersectional research that will account both for the relevant WTO jurisprudence and the accomplishments of the natural sciences.

This article contributes to the scarce body of academic research on the matter¹² by assessing mandatory FOP labelling *in abstracto* against the key disciplines of the WTO Agreement on Technical Barriers to Trade (hereinafter — TBT Agreement). Thus, Section I of the paper will review the non-discrimination principle, Section II — the principle of necessity, and Section III — the harmonisation principle. While the General Agreement on Tariffs and Trade (hereinafter — GATT) also covers labelling measures,¹³ this paper will rather regard the more specific¹⁴ issues of the TBT Agreement. For the purposes of this article, the notion of FOP labelling is further understood to exclusively mean mandatory measures.

1. Non-discrimination

The principle of non-discrimination is embedded in the text of Article 2.1 of the TBT Agreement, which requires that products imported from the territory of any Member shall be accorded treatment no less favourable than that accorded to like products of national origin and to like products originating in any other country. As observed by the Appellate Body, this provision encompasses both Most-Favoured-Nation and National Treatment principles.¹⁵

⁷ Ibid.

⁸ WHO, *Guiding Principles and Framework Manual for Front-of-Pack Labelling for Promoting Healthy Diet*. May 2019. P. 11, 18. URL: <https://www.who.int/publications/m/item/guidingprinciples-labelling-promoting-healthydiet> (accessed: 20.04.2023).

⁹ Appellate Body Report, *United States — Measures Concerning the Importation, Marketing and Sale of Tuna and Tuna Products*, WT/DS381/AB/R, adopted 13 June 2012, DSR 2012:IV, p. 1837 (hereinafter — ABR, US — *Tuna II*), §188.

¹⁰ By the end of 2022 Ecuador, Iran, Sri Lanka, Chile, Mexico, Peru, Uruguay, Argentina, Israel, Colombia and Singapore maintained mandatory FOP labelling schemes.

¹¹ Thow A. M., Jones A., Hawkes C., Ali I., Labonté R. *Nutrition Labelling is a Trade Policy Issue: Lessons From an Analysis of Specific Trade Concerns at the World Trade Organization* // Health Promotion International. 2017. P. 565. WTO Members attend the TBT Committee to raise specific trade concerns (STCs) in response to practices employed by other Members, that they deem to have a negative impact on trade. Through STCs Members could receive clarifications about the forthcoming legislation and (or) question the WTO-compatibility of the enacted initiatives. According to the infographics on the WTO official website, by the end of 2022 WTO Members had raised 779 STCs at the TBT Committee meetings.

¹² One example is Boza Martinez S., Polanco R., Espinoza M. *Nutritional Regulation and International Trade in APEC Economies: The New Chilean Food Labeling Law* // Asian Journal of WTO & International Health Law and Policy. 2019. Vol. 14. № 1. P. 73–113.

¹³ The national treatment obligation of Article III:4 of the GATT would definitely apply. The predominant share of FOP labelling schemes has been introduced as laws, regulations and requirements, which establish product characteristics for obtaining a label. Such requirements may in various ways affect the internal sale of products, for instance, by prohibiting their placement on the market without labels. The most-favoured-nation principle of Article I:1 of the GATT could also apply by virtue of a direct reference to Article III:4 in this provision.

¹⁴ This does not imply that the TBT Agreement is *lex specialis* in relation to the GATT. Since they form part of a “single undertaking” package, they by default apply simultaneously without any hierarchy.

¹⁵ Appellate Body Report, *United States — Measures Affecting the Production and Sale of Clove Cigarettes*, WT/DS406/AB/R, adopted 24 April 2012, DSR 2012:XI. P. 5751 (hereinafter — ABR, US — *Clove Cigarettes*), §87; Appellate Body Reports, *United States — Certain Country of Origin Labelling (COOL) Requirements*, WT/DS384/AB/R / WT/DS386/AB/R, adopted 23 July 2012, DSR 2012:V. P. 2449 (hereinafter — ABR, US — *COOL*), §267.

As is evident from the specific trade concerns, the non-discrimination principle was not extensively discussed, as the Members mainly questioned the necessity of FOP labelling and its consistency with the harmonisation principle. The scarce number of concerns raised in respect of discrimination relate to the Chilean warning labelling which was the first mandatory FOP scheme. For instance, the US highlighted that Chile's traditional foods rich in critical nutrients were exempted from the need to bear warning labels.¹⁶ Brazil in turn requested justification for the exclusion of certain types of food, such as fast food, from the measure's coverage.¹⁷ Switzerland added that the measure "discriminates according to the selling method".¹⁸ It appears that the Members were concerned that the Decree promulgating Chile's FOP labelling specifically excluded foods marketed in bulk and those prepared at the request of the public.¹⁹ Currently, mandatory labelling schemes adopted by Mexico and Sri Lanka contain a similar set of exceptions.²⁰

Therefore, a FOP labelling scheme that does not regulate important distribution channels of foods rich in critical nutrients would raise concerns, since it could discriminate against imported prepackaged foods to the benefit of the local food production. Two questions would thus form the core of legal analysis under Article 2.1: if the groups of compared products are like and if the treatment accorded to imported goods is less favourable than that of like domestic goods.²¹

1.1. Likeness

As a preliminary point, the vagueness of the initial terms forms the main constraint for the analysis of "likeness", since neither of the involved Members specified which goods were subject to discussion. Nonetheless, the importing Members may be assumed to be concerned with the treatment accorded by FOP labelling to ultra-processed foods, which form a considerable share of trade among the Members. Such foods commonly include sugary beverages, sweet and savoury packaged snacks and candy.²² According to the estimates of the Global Panel on Agriculture and Food Systems for Nutrition, the trade volumes of ultra-processed foods are constantly growing in response to rising demand, especially in emerging markets.²³ The key "high in" suspect amongst bulk products is bakery, since it is by definition rich in critical nutrients. Amongst "foods prepared at the request of the public" fast food is likely to be the subject of concern, as it accounts for the largest chunk of spending and is considerably energy-dense.²⁴

Coming to the legal test of Article 2.1, "likeness" is construed as conditions of competition between products in the marketplace. Informed by the understanding of "likeness" in Article III:4 of the GATT, "competitiveness" could be assessed with the use of four non-cumulative, yet interrelated criteria: (1) the properties, nature and quality of the products; (2) the end-uses of the products; (3) consumer tastes and habits; and (4) the tariff classification of the products.²⁵ The latter, arguably, would not form the crux of legal analysis. For instance, in *Japan — Alcoholic Beverages II* the spirits that shared the same classification heading were considered "like", but that conclusion was predominantly based on three other criteria.²⁶ Thus,

¹⁶ WTO TBT Committee, *Minutes of the meeting of 30–31 October 2013*, G/TBT/M/61, §2.128. URL: <https://docs.wto.org/dol2fe/Pages/SS/directdoc.aspx?filename=q:/G/TBT/M61.pdf&Open=True> (accessed: 20.04.2023).

¹⁷ WTO TBT Committee, *Minutes of the meeting of 19–20 March 2014*, G/TBT/M/62, §2.155. URL: <https://docs.wto.org/dol2fe/Pages/SS/directdoc.aspx?filename=q:/G/TBT/M62.pdf&Open=True> (accessed: 20.04.2023).

¹⁸ WTO TBT Committee, *Minutes of the meeting 18–19 June 2014*, G/TBT/M/63, §3.127. URL: <https://docs.wto.org/dol2fe/Pages/SS/directdoc.aspx?filename=q:/G/TBT/M63.pdf&Open=True> (accessed: 20.04.2023).

¹⁹ Chile's Ministry of Health, *Decree No 13 amending Supreme Decree No 977 of 1996, Food sanitary regulations*. Library of the National Congress: Chile Law. 26 June 2015. URL: <https://www.bcn.cl/leychile/navegar?idNorma=1078836%26buscar%3D20606> (accessed: 20.04.2023).

²⁰ Secretariat of Economics, *Amendment to the Official Mexican Standard NOM-051-SCFI/SSA1-2010, General labeling specifications for prepackaged food and non-alcoholic beverages-Commercial and health information, published on April 5, 2010*. Official Gazette. 27 March 2020. URL: http://dof.gob.mx/2020/SEECO/NOM_051.pdf (accessed: 20.04.2023). Minister of Health Nutrition and Indigenous Medicine, *Food (Colour Coding for Sugar, Salt and Fat) Regulations*. The Gazette of the Democratic Socialist Republic of Sri Lanka. 17 April 2019. Schedule I. URL: <https://extranet.who.int/nutrition/ginal/> (accessed: 20.04.2023).

²¹ ABR, US — *Tuna II*, §202, confirming relevance of ABR, US — *Clove Cigarettes*, §87.

²² Cassano O., Horton R. *How to Identify Ultra-Processed Food and What to Eat Instead*. ZOE private health science company. January 2022. URL: <https://joinzoe.com/learn/what-is-ultra-processed-food> (accessed: 20.04.2023).

²³ Global Panel on Agriculture and Food Systems for Nutrition, *Rethinking Trade Policies to Support Healthier Diets*. Policy Brief no. 13. London, UK. 2020. P. 12, 14. URL: <https://www.glopan.org/wp-content/> (accessed: 20.04.2023).

²⁴ Brindal E., Mohr P. et al. *Obesity and The Effects of Choice at a Fast Food Restaurant II* Obesity Research & Clinical Practice. 2008. Vol. 2. № 2. P. 112–113.

²⁵ Appellate Body Report, *European Communities — Measures Affecting Asbestos and Asbestos-Containing Products*, WT/DS135/AB/R, adopted 5 April 2001, DSR 2001:VII. P. 3243 (hereinafter — ABR, EC — *Asbestos*), paras. 99–101; ABR, US — *Clove Cigarettes*, paras. 119–120.

²⁶ Appellate Body Report, *Japan — Taxes on Alcoholic Beverages*, WT/DS8/AB/R, WT/DS10/AB/R, WT/DS11/AB/R, adopted 1 November 1996, DSR 1996:I, p. 97 (hereinafter — ABR, *Japan — Alcoholic Beverages II*). P. 22–23.

under Article 2.1 the relationship between ultra-processed goods, bakery and fast food in the marketplace should be tested against these guiding criteria.

1.1.1. Physical properties

Ultra-processed foods embrace a variety of goods from breakfast cereals and potato chips to sugary yoghurts and soda. However, all these foods contain considerably high levels of one or more critical nutrients.²⁷ This feature predetermines other characteristics of such goods, which are likely to influence their competitive conditions.²⁸

First, density in salt, sugars and/or fats ensures a long shelf-life of ultra-processed foods.²⁹ Second, the nutrient content of these goods makes them “highly palatable” to humans, who soon build an “addiction-like” relationship with them.³⁰ Third, such goods are “ready-to-eat” or “ready-to-heat” dietary options due to their composition.³¹ Fourth, health risks associated with their contents also define the product properties.³² According to The Food and Agriculture Organization (hereinafter — FAO), ultra-processed foods are one of the major causes of NCDs, such as obesity, cardiovascular diseases or gastrointestinal disorders.³³ Bakery goods and fast food arguably share most of these properties, as they pertain to the nutritional content of products. Bakery has been long subject to discussion, as it is traditionally high in salt³⁴ and added sugars.³⁵ Fast food follows suit.³⁶ Further on, sugar and fats contents ensure high palatability³⁷ of all discussed products, whereas salt extends their shelf-life.³⁸ Ultra-processed goods, however, are more durable than the other discussed options, as they undergo more processing stages. Nonetheless, in line with the relevant WTO practice, products do not need to share the same properties to be considered “like”.³⁹ The fact that some products are more durable is unlikely to affect the analysis if the consumers would perceive products as substitutable for their intended end-uses.

1.1.2. End-uses

According to the Appellate Body in *US — Clove Cigarettes*, end-uses are closely related to consumers’ tastes and habits, as the former explains if a product *is apt* to perform certain functions, whereas the latter indicates if consumers *are willing to use* it to perform those functions.⁴⁰ End-uses have to be precisely formulated to ensure a meaningful comparison.⁴¹ In respect of nutrition labelling, it means that “to be consumed” would not at all identify end-uses. In respect of foods, their physical properties may heavily inform the determination of end-uses.⁴² Ultra-processed foods, as well as bakery goods and fast food due to high density in critical nutrients are not satiating in a long-term,⁴³ but rather provide an instant and short-term

²⁷ Fiolet T., Srour B., Sellem L. et al. *Consumption of Ultra-Processed Foods and Cancer Risk: Results from NutriNet-Santé Prospective Cohort* // *The BMJ*. 14 February 2018, citing a range of studies in the introduction.

²⁸ ABR, *EC — Asbestos*, §114.

²⁹ Luiten C. M., Steenhuis I. H. M. et al. *Ultra-Processed Foods Have the Worst Nutrient Profile, Yet They are the Most Available Packaged Products in a Sample of New Zealand Supermarkets* // *Public Health Nutrition*. 2015. Vol. 19. № 3. P. 531.

³⁰ Almeida L. B., Scagliusi F. B. et al. *Barriers to and Facilitators of Ultra-Processed Food Consumption: Perceptions of Brazilian Adults* // *Public Health Nutrition*. 2017. Vol. 21. № 1. P. 72, 74.

³¹ Pongutta S., Chongwatpol P. et al. *Declaration of Nutrition Information on and Nutritional Quality of Thai Ready-To-Eat Packaged Food Products* // *Public Health Nutrition*. 2018. Vol. 21. № 8. P. 1409.

³² ABR, *EC — Asbestos*, §114.

³³ Monteiro C.A., Cannon G. et al. *Ultra-Processed Foods, Diet Quality, and Health Using the NOVA Classification System*. Rome: FAO, 2019. P. 22–25.

³⁴ Saavedra-Garcia L., Sosa-Zevallos V. et al. *Reducing Salt in Bread: A Quasi-Experimental Feasibility Study in a Bakery in Lima, Peru* // *Public Health Nutrition*. 2015. Vol. 19. № 6. P. 976–977.

³⁵ Cediel G., Reyes M., da Costa Louzada M. L. et al. *Ultra-Processed Foods and Added Sugars in the Chilean Diet (2010)* // *Public Health Nutrition*. 2017. Vol. 21. № 1. P. 127.

³⁶ Lewis N., Huang Q., Merkel P. et al. *Differences in the Sugar Content of Fast-Food Products Across Three Countries* // *Public Health Nutrition*. 2020. Vol. 23. № 16. P. 2858.

³⁷ Tarragon E., Cases Ceano-Vivas P. et al. *Perceived Intensity and Palatability of Fatty Culinary Preparations is Associated with Individual Fatty Acid Detection Threshold and the Fatty Acid Profile of Oils Used as Ingredients* // *Chemical Senses*. 2021. Vol. 46. P. 5–8.

³⁸ Tuhumury H. *The Effects of Salt on Bread: Technological Considerations for Reduced Salt Levels* // *Journal of Sustainable Dryland Agriculture (AGRICA)*. 2011. Vol. 4. № 2. P. 135.

³⁹ Panel Report, *United States — Measures Affecting the Production and Sale of Clove Cigarettes*, WT/DS406/R, adopted 24 April 2012, as modified by Appellate Body Report WT/DS406/AB/R, DSR 2012:XI. P. 5865 (hereinafter — PR, *US — Clove Cigarettes*), §7.187, citing ABR, *EC — Asbestos*, §92.

⁴⁰ ABR, *US — Clove Cigarettes*, §125.

⁴¹ *Ibid.* §129.

⁴² PR, *US — Clove Cigarettes*, §7.153.

⁴³ Drewnowski A. *Energy Density, Palatability, and Satiety: Implications for Weight Control* // *Nutrition Reviews*. 1998. Vol. 56. № 12. P. 347–348.

energy boost. Second, their nutritional composition identifies the end-use of creating a pleasurable experience associated with the properties of foods.

Ultra-processed foods may be argued to be far more appealing to consumers due to improving agents usually added to them (e.g., flavours, emulsifiers).⁴⁴ However, “likeness” at the stage of end-uses is concerned with the *capability* to perform a function. The abovementioned body of scientific knowledge shows that consumers highly appreciate all foods that are dense in critical nutrients. Degrees of consumer appreciation arguably lie outside of capabilities analysis.

1.1.3. Consumer tastes and habits

Consumer tastes and habits are highly market-specific. It bears assessing whether *in a given marketplace* consumers are willing to substitute ultra-processed foods with bulk bakery products or foods prepared at request. This paper is not supposed to name and shame any particular measures, but some country-related research may shed light on consumer preferences worldwide.

In general, there are some observations of cross-price elasticity that may be useful, albeit they are not definitive of the product “likeness”.⁴⁵ In economics food (especially, staple foods) is generally considered less price-elastic, since an increase of its price does not significantly affect the demand for food.⁴⁶ However, cross-price elasticity within some food groups exists, although this matter is still under-researched. Studies of Chile’s market found sugary beverages and sweet snacks and desserts to be highly substitutable.⁴⁷ A review of Mexico’s market provided similar results.⁴⁸ The analysis of the US market showed that “food prepared away from home” demonstrated a high rate of demand elasticity within the group.⁴⁹

Thus, energy-dense foods could be considered price-elastic. Considering that such products are nevertheless addictive due to palatability, it is possible to conclude that consumers could switch to other energy-dense foods rather than decrease their consumption altogether. Demand for at least one critical nutrient (sugar) is so persistent that it induces substitution of sugary products across product groups. Hence, consumers may prefer sugary pastry sold in bulk or by street vendors to sugar-dense ultra-processed foods for the end-use of creating a pleasurable experience associated with the properties of foods.

Additionally, in some markets ultra-processed foods and fast food are perceived by children as a sort of reward from parents that provides a pleasurable gastronomic experience.⁵⁰ As for bakery products, in the markets of Chile and Brazil a good share of adolescents consume considerable amounts of bread (not specified whether packaged or in bulk) as part of their diet and prefer it to snacks or processed foods.⁵¹ Since children are most susceptible to consuming palatable energy-dense foods,⁵² their consumer behaviour could heavily inform the analysis of competition. Recalling the Appellate Body’s jurisprudence, even if for some consumers products are highly substitutable, it would determine that the products compete in the marketplace.⁵³ Further on, there is scientific evidence that snacks and food from street vendors are viewed by Chilean adults and children as instant sources of energy, since cooking full meals is considered time-consuming.⁵⁴ This arguably suggests that in some other marketplaces consumers may prefer energy-dense foods for the end-use of an instant and short-term energy boost.

⁴⁴ Monteiro C. A., Cannon, G. et al. *The UN Decade of Nutrition, the NOVA Food Classification and the Trouble with Ultra-Processing II* Public Health Nutrition. 2017. Vol. 21. № 1. P. 10.

⁴⁵ ABR, *Japan — Alcoholic Beverages II*, para. 25.

⁴⁶ Anderson P. L., McLellan R. D., Overton J. P., Wolfram G. L. *Price Elasticity of Demand*. McKinac Center for Public Policy, 1997. P. 58–60.

⁴⁷ Guerrero-López C. M., Unar-Munguía M., Colchero M. A. *Price Elasticity of the Demand for Soft Drinks, other Sugar-Sweetened Beverages and Energy Dense Food in Chile II* BMC Public Health. 2017. Vol. 17. P. 5. Table 4.

⁴⁸ Colchero M. A., Salgado J. C. et al. *Price Elasticity of the Demand for Sugar Sweetened Beverages and Soft Drinks in Mexico II* Economics & Human Biology. 2015. Vol. 19. P. 132. Table 2a.

⁴⁹ Andreyeva T., Long M. W., Brownell K. D. *The Impact of Food Prices on Consumption: A Systematic Review of Research on the Price Elasticity of Demand for Food II* American Journal of Public Health. 2010. Vol. 100. № 2. P. 219. Table 1.

⁵⁰ Turnbull B., Gordon, S. F. et al. *Childhood Obesity in Mexico: A Critical Analysis of the Environmental Factors, Behaviours and Discourses Contributing to the Epidemic II* Health Psychology Open. 2019. Vol. 6. № 1. P. 3–5.

⁵¹ Martínez Arroyo A., Corvalán Aguilar C. et al. *Dietary Patterns of Adolescents from the Chilean Growth and Obesity Cohort Study Indicate Poor Dietary Quality II* Nutrients. 2020. Vol. 12. № 7. P. 9–10.

⁵² WHO, *Noncommunicable diseases: Childhood overweight and obesity*. Q&A. 19 October 2020. URL: <https://www.who.int/> (accessed: 20.04.2023).

⁵³ ABR, *US—Clove Cigarettes*, §142, citing Appellate Body Reports, *Philippines — Taxes on Distilled Spirits*, WT/DS396/AB/R / WT/DS403/AB/R, adopted 20 January 2012, DSR 2012:VIII, p. 4163 (hereinafter — ABR, *Philippines—Distilled Spirits*), §220.

⁵⁴ Martínez Arroyo A., Corvalán Aguilar C. et al. *Op. cit.* P. 9–10.

1.2. Less favourable treatment

In line with the WTO practice, the measure accords less favourable treatment to “like” imports if it *de jure* or *de facto* affects their competitive conditions in the marketplace.⁵⁵ FOP labelling does not encompass *de jure* discrimination by excluding certain food distribution venues, as it applies equally to both imported and domestic goods. Nonetheless, the manner in which the measure operates or is designed to operate in the marketplace could be subject to a *de facto* discrimination claim. Objectively speaking, all labelling measures are by design intended to modify competitive conditions in the market. As rightly pointed out by the *US — Tuna II* panel, “it is the measures themselves that control [application of] the label and [direct] consumers to express their preferences.”⁵⁶ This is especially the case with FOP labelling designed to discourage consumption of labelled foods.

Thus, a step further has to be made to assess all the relevant features of the market, including the particular characteristics of the industry at issue, the relative market shares in a given industry, consumer preferences and historical trade patterns.⁵⁷ What share of the domestic market is occupied by excluded products is one of the core features to consider. For instance, in some Asian, African and Latin American countries eating out and buying from street vendors form a large part of the habitual dietary environment. Moreover, in many developing countries street food trading is occupied predominantly by locals.⁵⁸ Thus, if unregulated food distribution channels hold a considerable share in the domestic market of energy-dense foods, the labelling measure could *de facto* discriminate imports to the benefit of a local food industry.

Nonetheless, in the *US — Clove Cigarettes* and the *US — COOL* the Appellate Body read into Article 2.1 an additional requirement that permits making product distinctions detrimental to competitive opportunities, if such differential treatment “stems exclusively from legitimate regulatory distinctions”.⁵⁹ The Appellate Body, however, introduced a new term without explanation. It was suggested to identify the legitimacy of the drawn distinction through another relative notion of “even-handedness”. The best guess to be made from case law is that technical regulation is applied in an even-handed manner if it treats in the same way products that pose the same risks to the legitimate objective pursued by the measure.⁶⁰ For instance, the US lost its case under Article 2.1 both in the *Clove Cigarettes* and *COOL* proceedings precisely because the challenged measures failed to cover (1) menthol flavoured cigarettes equally attracting young smokers, (2) tuna caught outside the Eastern Tropical Pacific Ocean by fishing methods injurious to dolphins.

Since most of mandatory FOP labelling explicitly mentions human health protection as one of its goals, excluding products dense in critical nutrients, the excessive consumption of which leads to obesity and other NCDs, is unlikely to be considered a legitimate distinction. Nonetheless, the adopting Member could claim products sold in bulk or prepared at request are excluded due to technical constraints, as these foods are not traded in packages to display FOP labels on. Here it may be useful to refer to the position discussed in literature that “even-handedness” is similar to evaluating a degree of contribution under Article 2.2, since it equally requires a genuine link between the measure’s ends and means.⁶¹ For this purpose, measures may be effective as part of a complex regulatory effort.⁶² If the adopting Member could demonstrate that it adopted or is going to adopt supplementary measures suitable for non-packaged foods, FOP labelling may be considered non-discriminatory under Article 2.1. A possible example of a supportive measure could be the requirement to display calorie information on menus and food items, which is gaining popularity nowadays. For instance, in April 2022 the UK government promulgated regulations requiring enterprises with 250 or more employees to display calorie information for non-prepackaged food and drinks that are prepared

⁵⁵ ABR, *US—Clove Cigarettes*, paras. 111, 181–182; ABR, *US—COOL*, §269.

⁵⁶ PR, *US — Tuna II*, §7.287.

⁵⁷ ABR, *US — COOL*, §269.

⁵⁸ Recchi S. *Informal Street Vending: A Comparative Literature Review* // International Journal of Sociology and Social Policy. 2020. Vol. 41. № 7/8. P. 805–825.

⁵⁹ ABR, *US — Clove Cigarettes*, §175.

⁶⁰ ABR, *US — Tuna II*, §297.

⁶¹ Marceau G. *The New TBT Jurisprudence in US — Clove Cigarettes, WTO US — Tuna II, and US — COOL* // Asian Journal of WTO & International Health Law and Policy. 2013. Vol. 8. № 1. P. 28.

⁶² Panel Reports, *Australia — Certain Measures concerning Trademarks, Geographical Indications and other Plain Packaging Requirements applicable to Tobacco Products and Packaging*, WT/DS435/R, Add.1 and Suppl.1 (Honduras) / WT/DS441/R, Add.1 and Suppl.1 (Dominican Republic) / WT/DS458/R, Add.1 and Suppl.1 (Cuba) / WT/DS467/R, Add.1 and Suppl.1 (Indonesia), WT/DS458/R and WT/DS467/R adopted 27 August 2018, DSR 2018:VIII, p. 3925, and WT/DS435/R and WT/DS441/R adopted 29 June 2020, as upheld by Appellate Body Reports WT/DS435/AB/R / WT/DS441/AB/R, DSR 2018:VIII, p. 3925 (hereinafter — PR, *Australia — Tobacco Plain Packaging*), §7.1043.

at request.⁶³ The problem with the lack of packaging was solved through the obligation to display information at the *point of choice* for the customer, such as menus, food delivery platforms and food labels, where possible. Although some scholars have challenged the effectiveness of displaying caloric value instead of nutritional value,⁶⁴ such a regulation is an effective reference point for the adopting Members.

To sum up, legislators will have to ensure that their regulatory intervention objectively covers all foods rich in critical nutrients to avoid risks of discriminating towards specific product groups. If FOP labelling leaves some food distribution channels unregulated, it may violate the NT principle of Article 2.1, as such exceptions could mostly favour domestic production. Due to a similar nutritional composition, such foods would be “like” to processed packaged foods disadvantaged by unpleasant labelling. To secure compliance with Article 2.1 the adopting Member will have to demonstrate that exempted foods are accorded similar treatment through other regulations, which are more suitable for the corresponding distribution channels.

2. Necessity

Under Article 2.2 of the TBT Agreement, the Members shall ensure that technical regulations are not “more trade-restrictive than necessary to fulfil a legitimate objective, taking account of the risks non-fulfilment would create”. The Appellate Body in *US — Tuna II* interpreted this provision to prescribe a “holistic exercise” of reviewing the contested measure as to

- (1) the legitimacy of its objective(s),
- (2) degree of contribution that the measure makes to their achievement,
- (3) the risks non-fulfilment of the objective(s) would create and
- (4) trade-restrictiveness of the measure, compared to alternative measures that are:
 - (a) reasonably available,
 - (b) making an equivalent contribution to pursued objective(s);
 - (c) less trade-restrictive, taking into account the risks of non-fulfilment.⁶⁵

The review of specific trade concerns shows that the majority of the Members questioned the capability of FOP labelling to contribute to the stated objectives. For instance, in respect of Chile and Peru’s measures the Members pointed to the allegedly misleading nature of such labelling, as it portrayed the goods as unhealthy rather than highlighted the nutritional value of the foods.⁶⁶ Instead, the Members proposed a range of other supposedly less trade restrictive alternatives, including other labelling schemes and consumer education.⁶⁷ Therefore, the major issues for the adopting Members to consider in terms of compliance with Article 2.2 are whether the proposed measure is going to contribute to the stated objectives, as well as whether there are less trade-restrictive alternatives reasonably available. Recalling that even if the measure is trade-restrictive, i.e. has some limiting effects on trade, it would not *per se* violate Article 2.2,⁶⁸ the rest of the section does not discuss this part of the test.

2.1. Legitimate objective

In line with the WTO practice under Article 2.2 of the TBT Agreement, technical regulations may pursue a wide range of objectives, which should be “lawful, justifiable or proper”, i.e. *legitimate*.⁶⁹ Designed to combat proliferation of NCDs, mandatory nutrition labelling is likely to pursue the objective of public health protection, which is explicitly mentioned in the text of Article 2.2 as legitimate. The majority of reviewed technical regulations refer to this objective. The measure may pursue an additional goal of providing consumers with information regarding critical nutrients content (e.g. FOP labelling in Uruguay, Chile, Sri Lanka). Importantly,

⁶³ Department of Health and Social Care. *Calorie Labelling on Menus to be Introduced in Cafes, Restaurants and Takeaways*. GOV.UK. 2021. URL: <https://www.gov.uk/government/> (accessed: 20.04.2023).

In addition, the UK maintains a voluntary FOP labelling scheme, which displays a share (%) that the contained amount of a nutrient occupies in the daily intake.

⁶⁴ Yeo G. S. *Is Calorie Labelling on Menus the Solution to Obesity?* // *Nature Reviews Endocrinology*. 2022. Vol. 18. № 8. P. 453–454.

⁶⁵ ABR, *US — Tuna II*, paras. 314, 318–322.

⁶⁶ WTO TBT Committee, *Minutes of the meeting of 8–9 November 2017*. G/TBT/M/73. §2.2.4.11. URL: <https://docs.wto.org/dol2fe/Pages/SS/directdoc.aspx?filename=q:/G/TBT/M73.pdf&Open=True> (accessed: 20.04.2023); WTO TBT Committee, *Minutes of the meeting of 17, 19 and 20 June 2013*. G/TBT/M/60. §3.2.2.23. URL: <https://docs.wto.org/dol2fe/Pages/SS/directdoc.aspx?filename=q:/G/TBT/M60.pdf&Open=True> (accessed: 20.04.2023).

⁶⁷ WTO TBT Committee, *Minutes of the meeting of 6–7 March 2013*. G/TBT/M/59. §2.2.1.4. URL: <https://docs.wto.org/dol2fe/Pages/SS/directdoc.aspx?filename=q:/G/TBT/M59.pdf&Open=True> (accessed: 20.04.2023); WTO TBT Committee, *Minutes of the meeting of 13–14 May 2020*. G/TBT/M/81. §1.3.23. URL: <https://docs.wto.org/dol2fe/Pages/SS/directdoc.aspx?filename=q:/G/TBT/M81.pdf&Open=True> (accessed: 20.04.2023).

⁶⁸ ABR, *US — Tuna II*, §319, ABR, *US — COOL*, §375.

⁶⁹ ABR, *US — Clove Cigarettes*, §115, ABR, *US — Tuna II*, §313.

even if a technical regulation would not explicitly name this goal, in the case of a WTO dispute the panel could reveal the goal from the design and intended operation of the labelling measure, as it is not bound by the parties' characterisation of objectives.⁷⁰ The argument for placing emphasis on the informing function of labelling had been rightly expressed by the panel in *US — Tuna II*, when it found that labels by nature *direct* consumers to express their preferences.⁷¹

The review of specific trade concerns reveals a firm consensus amongst the Members that FOP labelling has a bearing upon both goals, neither of which is being considered illegitimate or unjustified by the Members.⁷² However, concerns were frequently raised with regard to the capability of FOP labelling to achieve either of the aims. While this discussion pertains to the assessment of contribution, proper identification of the measure's objectives predetermines the extent to which such a contribution would be assessed under Article 2.2. In other words, if the measure has two distinct objectives, it must demonstrate a degree of contribution to both of them separately, which complicates the task for the adopting Member.

Based on the existing WTO jurisprudence, there could be two viable options for combining the goal of human health protection with the informing function of the label. First, the adopting Member may argue that informing consumers about the critical nutrients content is not the objective itself, since it is employed as a *means* of raising consumer awareness to combat proliferation of NCDs and thus to protect public health. In *Australia — Tobacco Plain Packaging* the responding party maintained a similar view and claimed that the plain packaging measure had a range of specific objectives in order to influence the smoking behaviour of Australia's population. This set of public health objectives had to be achieved through three "proximal steps", including decreasing the ability of the package to mislead consumers about the harmful effects of tobacco.⁷³

A possible critique of this approach is rooted in the fact that Australia itself did not plead that prevention of misleading practices was one of the legitimate objectives, but rather presented it as one of the "mechanisms" to achieve them.⁷⁴ The corresponding findings of the panel were not appealed by either of the parties. The Appellate Body thus *did not enquire into the matter*. It recollected the facts and stated that "Australia referred to these processes as the TPP mechanisms, as did the Panel".⁷⁵

FOP labelling could be advocated to have two distinct legitimate objectives. Indeed, providing consumer information was viewed as a self-standing objective in the *US — COOL* and the *US — Tuna II* as a form of protection from deceptive practices expressly mentioned in the text of Article 2.2.⁷⁶ This approach, however, has practical limitations. In the *US — COOL* providing consumer information was the sole objective of the measure, not interwoven with other policy concerns. In the *US — Tuna II* the responding party itself advanced the two-fold objective of dolphin-safe labelling and there was no substantive dispute between the parties regarding that.⁷⁷ The panel accepted such reasoning, and the matter was not subsequently raised in appeal.

Thus, the discussion above boils down to advocacy strategies adopted in the case of a dispute, since there is case law in support of both approaches. Drafting the measure in a certain way would not be a panacea from a challenge of its objective(s) in the context of contribution analysis. Nonetheless, as panels have to regard the design of the measure amongst other factors, a reference to informing consumers as a means to protect public health in the text of a measure could be recommended.

2.2. Degree of contribution

Having identified a complex structure of legitimate objectives, it needs to be explained how, if at all, the measure may achieve its aim(s). Notably, Article 2.2 of the TBT Agreement does not imply that FOP labelling must completely achieve its goal(s), it rather has to show a *degree* of contribution.⁷⁸ For this purpose, there must be a "genuine relationship of ends and means" between the stated objective(s) and the contested

⁷⁰ ABR, *US — COOL*, §395.

⁷¹ PR, *US — Tuna II*, §7.287.

⁷² *G/TBT/M/73*, §2.2.4.11; *G/TBT/M/60*, §3.2.2.23; *G/TBT/M/59*, §2.2.1.4; *G/TBT/M/81*, §1.3.23.

⁷³ PR, *Australia — Tobacco Plain Packaging*, §7.223.

⁷⁴ *Ibid.*, §7.204.

⁷⁵ Appellate Body Reports, *Australia — Certain Measures concerning Trademarks, Geographical Indications and other Plain Packaging Requirements applicable to Tobacco Products and Packaging*, WT/DS435/AB/R and Add.1 (Honduras) / WT/DS441/AB/R and Add.1 (Dominican Republic), adopted 29 June 2020 (hereinafter — ABR, *Australia — Tobacco Plain Packaging*), §6.15.

⁷⁶ PR, *US — Tuna II*, §7.437; ABR, *US — COOL*, §445.

⁷⁷ PR, *US — Tuna II*, §7.430.

⁷⁸ ABR, *US — Tuna II*, § 315–316.

measure.⁷⁹ However, in the case of far-reaching preventive measures, such as public health improvement, the effects of a regulatory intervention could not be immediately observed.⁸⁰ The Appellate Body concurred that in such cases one may accord “greater probative weight to the pre-implementation evidence pertaining to *anticipated* effects” of such measures.⁸¹ Such may include, inter alia, the measure’s architecture, intended operation and evidence of application.⁸²

To discuss the issue of contribution it is first necessary to ascertain how FOP labelling is designed. To date, the specific trade concerns have been raised in respect of an alleged inability of FOP labelling to contribute to its objective(s). The adopting Members responding to such concerns constantly state that such measures are apt to improve public health by targeting the excessive consumption of critical nutrients.⁸³

Minding the abovementioned discussion on the informing function of labelling, at this point the structure of aims and means becomes overly complicated and requires explanation. As is evident from the existing WTO case law, measures aimed at human health protection are likely to adopt a consecutive chain of means to fulfil the stated objective. The panel in *Australia — Tobacco Plain Packaging* observed such a structure of the measure (the “mediational” model with “proximal” steps), where public health improvements were to be achieved through several means.⁸⁴

A similar causal pathway for FOP labelling implies that labelling must be apt to (1) reduce the excessive consumption of critical nutrients (2) in order to combat proliferation of NCDs. The panel in *Australia — Tobacco Plain Packaging* concluded that for such “mediational” measures the degree of contribution must be present at *each stage* of implementation,⁸⁵ so that two causal links need to be demonstrated. In respect of complex preventive measures, such causation may not be substantiated by the factual evidence of the measure’s material contribution. On the contrary, in respect of the plain packaging measure, it sufficed that the responding party demonstrated the measure’s *actual effects on the first stage* of implementation and the voluminous body of *scientific proof* that the measure would be effective *at each stage* of its operation.

The scientific evidence of the anticipated contribution could be considered the Achilles’ heel of FOP labelling. It would be less challenging for the adopting Members to corroborate the link between the decrease in excessive consumption of critical nutrients and improvement of public health (the second stage of operation). According to the WHO, the proliferation of NCDs is driven by the increase of obesity rates worldwide. Obesity is defined as abnormal or excessive fat accumulation caused by an energy imbalance between calories consumed and calories expended.⁸⁶ Therefore, to tackle obesity, it is necessary to target both. The WHO recommends to reduce the number of calories consumed from critical nutrients and encourage daily physical activity to keep the balance.⁸⁷ The adopting Members may rely on these recommendations as a reputable scientific source to demonstrate causation.

Nonetheless, such an argumentation could face criticism, as FOP labelling is not apt to influence a sedentary lifestyle of the population. The adopting Members could effectively counter that with evidence that FOP labelling forms part of a *consolidated strategy* including various means of intervention, such as promotion of physical activity and consumer education programs. For instance, plain packaging was introduced to support other Australia’s tobacco control regulations. The panel in that case was satisfied with the argument that the contested measure in synergy with other initiatives was apt to make a meaningful contribution.⁸⁸

With regard to the evidence of the effectiveness of FOP labels in decreasing the excessive consumption of critical nutrients currently there is a plethora of conflicting scientific evidence, which if brought to the WTO dispute could lead to unexpected conclusions. The recent meta-analysis suggests on the basis of interventions in 11 countries that any nutrition labelling (however designed) insignificantly reduces

⁷⁹ ABR, *US — COOL*, § 462, citing Appellate Body Report, *Brazil — Measures Affecting Imports of Retreaded Tyres*, WT/DS332/AB/R, adopted 17 December 2007, DSR 2007:IV, p. 1527 (hereinafter — ABR, *Brazil — Retreaded Tyres*), § 145.

⁸⁰ PR, *Australia — Tobacco Plain Packaging*, § 7.938, citing ABR, *Brazil — Retreaded Tyres*, § 151.

⁸¹ ABR, *Australia — Tobacco Plain Packaging*, § 6.361; ABR, *US — COOL* (Recourse to Article 21.5 of the DSU by Canada and Mexico), §5.209.

⁸² ABR, *US — COOL*, § 461.

⁸³ *G/TBT/M/73*, § 2.2.4.11; *G/TBT/M/60*, § 3.2.2.23; *G/TBT/M/81*, § 1.3.23.

⁸⁴ PR, *Australia — Tobacco Plain Packaging*, § 7.491, 7.493.

⁸⁵ *Ibid.* § 7.564, 7.1030.

⁸⁶ WHO, *Fact sheet: Obesity and Overweight*. URL: <https://www.who.int/news-room/fact-sheets/detail/obesity-and-overweight> (accessed: 20.04.2023).

⁸⁷ WHO, *Obesity. Prevention and Control*. URL: https://www.who.int/health-topics/obesity#tab=tab_3 (accessed: 20.04.2023).

⁸⁸ PR, *Australia — Tobacco Plain Packaging*, § 7.1043.

consumption of fats, but not of other critical nutrients.⁸⁹ Another study reveals that mandatory FOP labelling reduces purchase intentions of “unhealthful” products.⁹⁰ In limitations to that paper the authors acknowledged what arguably forms the core of the scientific discussion on the matter. They stated that there is still a *research gap* between discouraging purchasing intentions and actual intake of different nutrients. The third study maintains that consumers do not change their consumption behaviour because of nutrition labelling.⁹¹ As was rightly pointed out by the recent study, “if consumers switch from labelled products, what do they choose as alternatives?”. This would be the key question that the adopting Member would have to answer to secure the measure’s anticipated contribution. The science still has to reveal changes in actual consumption, whereas the current state of research is full of limitations, which lead to contradictory results.

The adopting Members could also refer to the achievements of other Members who already have FOP labelling in place to show prospects of contribution. Nevertheless, the resulting effect of their interventions is still fairly limited. The study on Ecuador’s FOP labelling concludes that the focus group participants recognised the labels, but not all of them changed their consumption practices tied to packaged processed foods.⁹² Similarly, recent studies of Chile’s “warning” labelling demonstrate that the majority of consumers understand the labelling, but still buy labelled foods after more than five years since the measure was introduced.⁹³

Thus, what is left to the adopting Members is to choose the most reliable and reputable science they could obtain in favour of their measures. It is worth noting that even in the face of a contradictory body of science the Members have a fair chance of showing the necessary degree of contribution on the first stage of the measures’ operation. The panel as a trier of facts does not resolve scientific debates.⁹⁴ Thus, it would rather limit itself to the general analysis of the nature and quality of evidence, including the provenance of studies, their methodological rigour and coherence.⁹⁵

The structure of argumentation may vary depending on the place of the abovementioned informing function of FOP labelling in the complex structure of goals and means. Should it be considered a self-standing objective, a degree of contribution would have to be demonstrated *separately* from the “mediational” model of human health protection. However, if the informing function of the measure is viewed as a means of public health improvement, then it would be built in the “mediational” model as another stage of operation. In such circumstances, the adopting Member must be prepared to show how labelling (1) provides accurate consumer information, which (2) influences the excessive consumption of critical nutrients, (3) having a bearing on combating proliferation of NCDs.

It could be challenging to adduce evidence of providing consumers with accurate information, as some Members have already questioned the thresholds for assigning labels to packaged foods. For instance, the existing thresholds of mandatory FOP labelling are mainly calculated per 100 g (ml) of a product instead of a portion size. The US representative correctly claimed at the TBT Committee meetings that no one consumes 100 g of butter in one serving, but it is labelled as “high in” fat.⁹⁶ The same is true for products sold in portions less than 100 g (ml), which are likely to be wrongfully portrayed as overly dense in critical nutrients. Therefore, the adopting Members have to ensure that their labelling initiatives are backed up with the objectively calculated parameters of adducing a particular label to a particular product.

The abovementioned complexity of the causation pathway apparently makes the contribution stage of analysis a litmus test of the measure’s compliance with Article 2.2 of the TBT Agreement. For this purpose, having a strong scientific basis proving the capability of labelling to reduce consumption of critical nutrients is of utter importance for the adopting Members, since it fuels most of the discussion at the TBT Committee.

⁸⁹ Shangquan S., Afshin A. et al. *A Meta-Analysis of Food Labeling Effects on Consumer Diet Behaviours and Industry Practices* // American Journal of Preventive Medicine. 2019. Vol. 56. № 2. P. 307.

⁹⁰ Song J., Brown M. K. et al. *Impact of Colour-Coded and Warning Nutrition Labelling Schemes: A Systematic Review and Network Meta-Analysis* // PLOS Medicine. 2021. Vol. 18. № 10. P. 16.

⁹¹ Ikonen L., Sotgiu F. et al. *Consumer Effects of Front-of-Package Nutrition Labeling: An Interdisciplinary Meta-Analysis* // Journal of the Academy of Marketing Science. 2019. Vol. 48. № 3. P. 364, 371.

⁹² Freire W. B., Waters W. F. et al. *A Qualitative Study of Consumer Perceptions and Use of Traffic Light Food Labelling in Ecuador* // Public Health Nutrition. 2016. Vol. 20. № 5. P. 805.

⁹³ Silva C. P., Bento, A. C. et al. *The Impact of Front-of-the-Packaging Nutrition Labelling Warnings on Consumer Habits: A Scoping Review Exploring the Case of the Chilean Food Law* // BFJ. 2022. Vol. 124. № 13. P. 74–77.

⁹⁴ PR, Australia — Tobacco Plain Packaging, § 7.514.

⁹⁵ Ibid. § 7.516.

⁹⁶ WTO TBT Committee, *Minutes of the meeting of 5–6 November 2014*. G/TBT/M/64/Rev.1. §2.136. URL: https://docs.wto.org/dol2fe/Pages/FE_Search/FE_S_S009-DP.aspx?language=E&CatalogueIdList=130728 (accessed: 20.04.2023).

Conversely, if a meaningful contribution would not be properly substantiated, there would be no need for further analysis under Article 2.2 due to the lack of justification for this regulatory intervention.⁹⁷

2.3. Comparative analysis

When existing FOP labelling had been discussed at the TBT Committee, the Members concerned with the lack of contribution proposed a range of measures, which compared to mandatory labelling were deemed to be (1) less trade-restrictive (2) reasonably available alternatives, which (3) make an equivalent contribution to the legitimate objective(s), taking risks of its/their non-fulfilment into account.⁹⁸ Suggested regulatory interventions include less stringent forms of labelling prescribed by the Codex Alimentarius, either self-standing or in combination with consumer education initiatives, as well as physical activity programs. In addition, various taxation mechanisms previously employed by some Members to combat obesity and NCDs could be examined as a possible alternative to FOP labelling.

2.3.1. Other labelling schemes

At the TBT Committee meetings the concerned Members suggested that mandatory labelling be substituted with the “low,” “free” and “no added” labels contained in the Codex Alimentarius *Guidelines for Use of Nutrition and Health Claims*.⁹⁹ Another proposal was to adopt the “Nutrient Reference Values” (hereinafter — NRVs) labelling scheme displaying a percentage of the nutrient contained in the product from its estimated daily need.¹⁰⁰

The adopting Member could advance two arguments against the nutrient claims prescribed by the Codex. First, it may argue that such a “positive” signposting, even if effective, is not adequate to the risks of NCDs proliferation, taking into account the epidemiological and sociocultural situation in the adopting Member. As the Appellate Body stated in the *US — Tuna II*, the nature and gravity of the risks of non-fulfilment of the measure’s objective(s) should be considered.¹⁰¹ As regards human health protection, the WTO jurisprudence recognises that it is one of the *vital* values, and the risks of not protecting it are particularly grave.¹⁰² It is safe to assume that the Member adopting a measure targeting human disease identifies the sought level of protection as *prevention to the maximum extent possible*.¹⁰³ This could be a persuasive point for the low- and lower-middle income countries, since their populations are disproportionately susceptible to cheap low-quality food¹⁰⁴ and have a poor level of consumer awareness.¹⁰⁵

Second, the adopting Member could maintain that the measure does not achieve an equivalent degree of contribution, which according to the WTO practice does not require the alternative to make the same contribution as the contested measure.¹⁰⁶ Nonetheless, numerous studies suggest that positive perceptions of a product created by labelling induce overconsumption of such foods.¹⁰⁷ Therefore, consumption of critical nutrients in one sitting may even increase as a result of the measure, which by no means could demonstrate the equivalence of contribution. Taking into consideration grave risks of failure to improve public health through the measure, the prospects of success for NRVs labelling as an alternative measure are fairly limited.

Coming to the NRVs, they are not recommended by the WHO as a form of effective regulatory intervention to combat NCDs due to their non-interpretive nature, i.e., purely numerical contents without understandable symbols, colour or text.¹⁰⁸ Scientific research to date reveals consensus amongst scholars that the NRVs lack effectiveness as a self-standing measure to address consumption of critical nutrients due

⁹⁷ ABR, *US — Tuna II*, § 322, fn. 647.

⁹⁸ *Ibid.*, §319, 322.

⁹⁹ *G/TBT/M/59*, § 2.2.1.4.

¹⁰⁰ *G/TBT/M/64/Rev.1.*, § 2.136.

¹⁰¹ ABR, *US — Tuna II*, § 321.

¹⁰² ABR, *EC — Asbestos*, § 172; ABR, *Brazil — Retreaded Tyres*, § 144; PR, *Australia — Tobacco Plain Packaging*, § 1310.

¹⁰³ ABR, *Brazil — Retreaded Tyres*, § 56; ABR, *US — Tuna*, § 316.

¹⁰⁴ WHO, *Fact sheet: Obesity and Overweight*. URL: <https://www.who.int/news-room/fact-sheets/detail/obesity-and-overweight> (accessed: 20.04.2023).

¹⁰⁵ Flora S. *Health Claims in a Developing Country Context: ‘Food Labels are not a Silver Bullet to Solve the NCD Challenge’* // Food Navigator. 3 August 2021. URL: <https://www.foodnavigator.com/Article/2021/08/03/Health-claims-in-a-developing-country-context-Food-labels-are-not-a-silver-bullet-to-solve-the-NCD-challenge> (accessed: 20.04.2023).

¹⁰⁶ ABR, *US — COOL* (Article 21.5 — Canada and Mexico), § 5.215, 5.254.

¹⁰⁷ Talati Z., Pettigrew S. et al. *Consumers’ Responses to Front-of-Pack Labels That Vary by Interpretive Content* // *Appetite*. 2016. Vol. 101. P. 206.

¹⁰⁸ WHO, *Guiding Principles and Framework Manual for Front-of-Pack Labelling for Promoting Healthy Diet. Box 3, Principle 7*. URL: <https://www.who.int/publications/m/item/guidingprinciples-labelling-promoting-healthydiet> (accessed: 20.04.2023).

to the lack of salience and the inability of consumers to understand the label.¹⁰⁹ The adopting Member could refer to some studies to prove that the suggested alternative is not going to make an equivalent contribution.

However, the concerned Members claim that more complex labelling schemes, such as the NRVs, could be supported by consumer education programs.¹¹⁰ The WTO jurisprudence recognises a possibility for comprehensive regulatory interventions to act as a single alternative. The Appellate Body in the *US — COOL* (para. 21.5) concurred that various methods could jointly achieve a legitimate objective. In such cases, the panels are to assess the synergetic contribution produced by the initiatives.¹¹¹ While in a long term this could increase consumers' understanding of the NRVs, the success of such practices would heavily depend on the socioeconomic status, age and cultural experiences of the participants.¹¹²

Moreover, since it takes little time for consumers to choose particular foods at the point of sale, studies show that they tend to reduce the effort to calculate the overall nutritional benefit of a product, which could neutralise the effect of consumer awareness programs.¹¹³ Finally, the adopting Member could appeal to the lack of time to observe the effects of such intervention due to the harsh epidemiological situation in the region (e.g., progressing morbidity rates, current health expenditure in % of GDP, healthcare system load).

Other less stringent labelling strategies adopted by some Members, including the “Health Star Rating”, the “Healthier Choice Symbol” or the “Nutri-Score” labelling, could also be viewed by the concerned party as a viable alternative to mandatory “high in” labelling. Nonetheless, it would be equally challenging to adduce evidence of the effectiveness of other labelling systems in changing consumption patterns to reduce intake of critical nutrients. Scientific information regarding these measures is still conflicting. Several studies point to the misleading nature of endorsement logos and rating systems, due to the false perceptions of healthiness they may create.¹¹⁴

2.3.2. Promoting physical activity

As noted above, the WHO suggests targeting obesity and associated NCDs through regulating calories consumption and expenditure. Taking into account the objective of human health protection, the Member in line with the WTO practice could decide to achieve it through different means,¹¹⁵ including promotion of physical activity. Nonetheless, the WHO recognizes that some Members would struggle to succeed in increasing physical activity of the population, as some countries are far more susceptible to sedentary lifestyles than others.¹¹⁶ Moreover, as a suggested paradigm shift in society, such policies by definition take a considerable amount of time to achieve a decent result, which could not be available to some Members due to a grave situation with the NCDs in the region. Consequently, the adopting Member could argue that promotion of physical activity as a self-standing alternative would not be adequate to the risks on the NCDs proliferation in the Member.

2.3.3. Taxation

The idea to introduce a new tax to improve public health is not new to the WTO. For instance, in *Australia — Tobacco Plain Packaging* the complainants suggested increases in excise tax on tobacco products instead of maintaining plain packaging measures. Care should be taken when drawing comparisons between tobacco which intake is unhealthy in any form and foods that an ordinary person needs on a daily basis to live. Nonetheless, there are examples of taxation initiatives (so-called “fat taxes”), which either target a critical nutrient (saturated fat tax in Denmark, abandoned in 2013), or a product containing it (soft drinks taxes in Hungary, France, Norway, Chile, Mexico, etc.). The concerned Members could thus suggest implementing a taxation strategy to target critical nutrients without placing unappealing labels on the front-of-pack. A specific

¹⁰⁹ Jones A., Neal B. et al. *Front-of-Pack Nutrition Labelling to Promote Healthier Diets: Current Practice and Opportunities to Strengthen Regulation Worldwide* // BMJ Global Health. 2019. Vol. 4. № 6. P. 5, citing a range of studies.

¹¹⁰ *G/TBT/M/64/Rev.1.*, § 2.136.

¹¹¹ *ABR, US — COOL* (para. 21.5 — Canada and Mexico), § 5.216.

¹¹² *WHO Regional Office for Europe, Manual to Develop and Implement Front-of-Pack Nutrition Labelling: Guidance for Countries on the Selection and Testing of Evidence-Informed Front-of-Pack Nutrition Labelling Systems in the WHO European Region*. P. 36–38. URL: <https://apps.who.int/iris/handle/10665/336988> (accessed 20.04.2023).

¹¹³ Talati Z., Pettigrew S. et al. *Op. cit.* P. 211.

¹¹⁴ Folkvord F., Bergmans N., Pabian S. *The Effect of the Nutri-Score Label on Consumer's Attitudes, Taste Perception and Purchase Intention: An Experimental Pilot Study* // Food Quality and Preference. 2021. Vol. 94. P. 5–6; Dickie S., Woods J. L., Lawrence, M. *Analysing The Use of the Australian Health Star Rating System by Level of Food Processing* // International Journal of Behavioural Nutrition and Physical Activity. 2018. Vol 15. № 1. P. 4.

¹¹⁵ *ABR, US — COOL* (Article 21.5 — Canada and Mexico), § 5.215.

¹¹⁶ *WHO, Global Action Plan on Physical Activity 2018–2030: More Active People for a Healthier World*. P. 15. URL: <https://apps.who.int/iris/bitstream/handle/10665/272722/9789241514187-eng.pdf> (accessed: 20.04.2023).

indirect tax (per unit) could arguably achieve the legitimate objective in a more objective and precise way than *ad valorem* indirect tax (per value), which could open opportunities for tax avoidance.

The adopting Members may respond with two arguments. First, if the informing function of FOP labelling is considered to be a separate legitimate objective, taxation measures would not demonstrate an equivalent contribution, since they do not educate consumers to make dietary choices. Second, taxation measures are unlikely to be less trade-restrictive than mandatory FOP labelling. The economic theory of indirect taxation suggests that the financial burden of a new tax is at least partially shifted on consumers.¹¹⁷ The same results were proven by the research of various fat taxes in Europe.¹¹⁸ Other studies confirm that “fat taxes” as a form of indirect taxation could increase the price of foods to the extent that it could discourage purchasing intentions. For instance, over a year after the introduction of an excise tax on sugary beverages in Mexico, the average price of the product increased by 11 %, whereas its consumption decreased by 6 %.¹¹⁹ As acknowledged in *Australia — Tobacco Plain Packaging*, a tax-induced decrease of goods consumption is likely to affect the volumes of trade in the targeted commodities.¹²⁰ In such circumstances, it would be challenging for the concerned Members to demonstrate that the measure is not equally or more trade-restrictive than FOP labelling. In *Australia — Tobacco Plain Packaging* the complainants failed to persuade the panel.

Summarising the discussion of the FOP measures’ compliance with Article 2.2, it would heavily depend on the outcomes of scientific debates over the meaningful contribution. The more objective and methodologically rigorous studies the Member could refer to, the more realistic are its prospects of success. To justify a one-sided approach to target consumption of critical nutrients, the Member would have to demonstrate a synergetic regulatory effort, which covers both calorie expenditure and calorie consumption, supported by consumer awareness programs. If FOP labelling withstands the contribution analysis, there arguably would be no viable alternative to it, as other measures are unlikely to demonstrate equivalent and urgent results in terms of public health improvement.

3. Harmonisation

Pursuant to Article 2.4 of the TBT Agreement, the Members shall use the relevant international standards, or the relevant parts of them, as a basis for their technical regulations except when such standards would be an ineffective or inappropriate means for the fulfilment of the pursued legitimate objectives. Thus, the measure would be consistent with Article 2.4, if (1) a relevant international standard exists or its completion is imminent, and (2) it is used as a basis for the technical regulation. To create incentives for the Members to harmonise their measures on as large a scale as possible, Article 2.5 of the TBT Agreement establishes a rebuttable presumption of the measures’ compliance with Article 2.2, if they are prepared, adopted or applied for one of the legitimate objectives mentioned in the latter, and are in accordance with the relevant international standards.

At the TBT Committee, the Members frequently voiced concerns regarding compliance of mandatory FOP labelling with the relevant international standards, for instance, the Codex Guidelines for Use of Nutrition and Health Claims (CAC/GL 23-1997) and the Codex Guidelines on Nutrition Labelling (CAC/GL2-1985).¹²¹ It is unlikely that the status of these Guidelines as relevant international standards could be challenged by the Members. As the Appellate Body stated in the *US — Tuna II*, the international standard exists when there is a standard as defined in Annex 1.2 to the TBT Agreement and an international standardizing body in terms of Annex 1.4.¹²² These are undoubtedly documents, containing product-related guidelines for common and repeated use, which fits the TBT definition of a standard. Moreover, the Joint FAO/WHO Codex Alimentarius Commission administering the Codex had been acknowledged as an authoritative international standardizing body in the previous WTO practice and in the SPS Agreement.¹²³

¹¹⁷ *Economics Online, Indirect Taxes*. URL: https://www.economicsonline.co.uk/competitive_markets/indirect_taxes_and_subsidies.html (accessed: 20.04.2023).

¹¹⁸ Thiele S., Roosen J. *Obesity, Fat Taxes and Their Effects on Consumers. Regulating and Managing Food Safety in the EU II* H. Bremmers, K. Purnhagen (eds.) / *Regulating and Managing Food Safety in the EU: A Legal-Economic Perspective*. Cham : Springer, 2018. P. 22.

¹¹⁹ Fernandez M. A., Raine K. D. *Insights on the Influence of Sugar Taxes on Obesity Prevention Efforts II Current Nutrition Reports*. 2019. Vol. 8. № 4. P. 337, citing a range of studies.

¹²⁰ PR, *Australia — Tobacco Plain Packaging*, § 7.1491.

¹²¹ G/TBT/M/59, § 2.2.1.4; G/TBT/M/61, § 2.2.2.23.

¹²² ABR, *US — Tuna II*, § 350–352, 356.

¹²³ Panel Report, *European Communities — Trade Description of Sardines*, WT/DS231/R and Corr.1, adopted 23 Oct. 2002, modified by Appellate Body Report WT/DS231/AB/R, DSR 2002:VIII, p. 3451 (hereinafter — PR, *EC — Sardines*), § 7.66.

It is unclear whether these Guidelines could be used as a basis for mandatory FOP labelling. The Appellate Body clarified in the *EC — Sardines* that the standard is used “as a basis” if it is a principal constituent or a fundamental principle of the measure.¹²⁴ For this purpose, “cherry-picking” from the standard is prohibited, as the measure must incorporate all relevant parts of the standard. The “accordance” with the standard under Article 2.5 is more challenging, since it requires that the measure embodies the international standard completely.¹²⁵ At the TBT Committee the Members claimed that the “high in” FOP labelling is not provided for by the Codex Guidelines either in terms of mandatory compliance, or in respect of a defined threshold to consider foods as rich in critical nutrients. Indeed, there are no upper limits of critical nutrients’ content approved by the Codex to date. Moreover, Sec. 5 of the Guidelines on Nutrition Labelling maintains that the use of supplementary nutrition information on food labels should be *optional*. Up until 2021, the adopting Members could have responded that the Guidelines were *inappropriate or ineffective means* to protect human health by discouraging intake of critical nutrients. The standard is ineffective or inappropriate if it does not have “the function or capacity” to achieve the measure’s objectives.¹²⁶

Since the Codex Guidelines were silent on the possibility of a mandatory FOP labelling that would target predetermined amounts of critical nutrients in foods, the Member could claim that they are largely irrelevant and inadequate to the set objective(s). However, the amendments of late 2021 broke the silence by adding a new annex to the Codex Guidelines on Nutrition Labelling. Resulting from an effort of the Codex Committee on Food Labelling (CCFL), Annex 2 sets Guidelines for FOP labelling. It is explicitly acknowledged in para. 3.2 of this Annex that FOP labelling could be mandatory. Notably, in the course of the 46th Session of the CCFL the Russian Federation opposed this proposition with a reference to the abovementioned Sec. 5 of the Guidelines.¹²⁷ The Codex Secretariat equivocally replied that since the FOP is merely one of the forms that supplementary nutritional information could take, its mandatory nature does not contradict Sec. 5. Objectively speaking, Sec. 5 is to the highest extent unambiguous in stating that *any* supplementary information in the form of labelling should be optional.

Annex 2 further allows the adopting Members to base their measures on the national or regional dietary guidance. In practice this could justify the Members’ use of locally calculated thresholds for assigning particular labels¹²⁸ or differing amounts of the total energy intake. For instance, the WHO considers 2,000 kcal a necessary calorie intake for an average human, whereas in Mexico it amounts to 2,200 kcal for the purposes of calculating the critical nutrients’ thresholds.¹²⁹

Finally, Annex 2 maintains that FOP labelling should help consumers to make appropriate comparisons between foods, as well as that consideration should be given to the nutrients and/or food groups which are discouraged and/or encouraged by FOP labelling. This is arguably where the catch of the new Guidelines lies. To rely on this international standard the Member would still have to demonstrate that the measure is drafted to influence consumers’ purchasing decisions in a manner that decreases not the consumption of goods *per se*, but the consumption of critical nutrients. It could appear to be less challenging, minding that the regional and local studies are encouraged by the Guidelines. However, the research still has to maintain the methodological rigour and scientific precision discussed in this paper with respect to Article 2.2 of the TBT Agreement.

Apparently, this provision was the best that the negotiators managed to arrive at. The Report of the 46th Session shows that there was no consensus at all on the inclusion of the non-discrimination principle in the Guidelines. The initial proposal was to recommend that FOP labelling must not exploit fear in consumers or hinder trade. Notably, the Representative of the WHO went as far as to state that the concept of non-discrimination is contrary to the aims of FOP labelling.

Hence, compliance with Article 2.4 and the prospects of presuming the measure’s necessity under Article 2.5 would heavily depend on the Member’s ability to show the effects of the measure on the consumption of critical nutrients, as is the case under Article 2.2. This is one of the major parts of the new

¹²⁴ Appellate Body Report, *European Communities — Trade Description of Sardines*, WT/DS231/AB/R, adopted 23 October 2002, DSR 2002:VIII, p. 3359 (hereinafter — *ABR, EC — Sardines*), § 243.

¹²⁵ PR, *Australia — Tobacco Plain Packaging*, § 7.274, fn. 959.

¹²⁶ *ABR, EC — Sardines*, § 288.

¹²⁷ *Codex Alimentarius Commission, Report of the Forty-Sixth Session of the Codex Committee on Food Labelling (Virtual)*. REP21/FL. June 2021. § 71. URL:

<https://www.federalregister.gov/documents/1999/07/29/99-19422/codex-alimentarius-commission-forty-sixth-session-of-the-executive-committee-of-the-codex> (accessed: 20.04.2023).

¹²⁸ See, for instance, *Pan American Health Organization Nutrient Profile Model*. URL: <https://iris.paho.org/handle/10665.2/18621> (accessed: 20.04.2023).

¹²⁹ Contreras-Manzano A., Cruz-Casarrubias C. et al. *Evaluation of the Mexican Warning Label Nutrient Profile on Food Products Marketed in Mexico in 2016 and 2017: A Cross-Sectional Analysis* // PLOS Medicine. 2022. Vol. 19. № 4. P. 5.

Guidelines, which could not be omitted or circumvented by the Member to alleviate the burden of compliance. The task is nonetheless simplified by the fact that the Guidelines now recognize the relevance and authority of regional studies, including those examining dietary patterns of locals.

Conclusion

It is possible to adopt a FOP labelling scheme that would be effective in combating obesity-associated NCDs and comply with the key WTO norms and principles. However, as much as a Member may strive to respond promptly to the proliferation of the NCDs, the WTO disciplines would work as a deterrent to strike the balance between the right to regulate and the right to unimpeded trade. Therefore, both effectiveness and WTO-compliance come at a cost.

This article has provided several insights into how to mitigate the risks of FOP labelling schemes' non-compliance with the principles of non-discrimination, necessity and harmonisation established in the TBT Agreement. First, the adopting Members must work toward regulating all products rich in critical nutrients. The similar nutritional composition of these goods increases the chances of them being considered "like" for the purposes of non-discrimination analysis of Article 2.1 of the TBT Agreement. If FOP labelling omits, for instance, unpackaged energy-dense foods, the legislator has to ensure that the excluded products are covered by other regulatory interventions. The UK presents one such example: it administers both a FOP labelling scheme for pre-packaged goods and a requirement to display calorie information on menus and food delivery platforms for unpackaged foods.

Second, the adopting Member has to be cautious when setting the goals of the FOP labelling measure, since demonstration of its necessity would further require to separately establish the measure's contribution to the stated objectives. The more objectives are declared, the more challenging this would be. Further on, the Member has to determine how FOP labelling schemes discourage intake of different nutrients. Otherwise, it could be problematic to demonstrate the anticipated outcomes of the regulation. The expected contribution of the FOP measure could be boosted by framing a supporting environment of regulatory interventions that would address different aspects of the problem — from promoting calorie expenditure to increasing consumers' understanding of nutritional information. Against the backdrop of such a synergy of measures other alternatives would likely fail to equivalently combat obesity-related NCDs.

Finally, the Member could concentrate on the scientific analysis of the critical nutrients' intake of its local population. Existing international standards in the field now explicitly allow the adopting Members to base their conclusions of the measure's contribution on regional studies. This, for instance, could help justify different daily caloric intake thresholds employed by some existing measures. Nevertheless, the impact of international standards should not be overestimated, since presently they do not relieve the Members from the need to appropriately differentiate between goods.

Ultimately, the current state of the WTO jurisprudence is not flexible enough to respond to complex health improvement policies. Since such initiatives are aimed at changing subjective perceptions that humans attach to the objects and processes surrounding them, the effects of such measures are extremely difficult to forecast and even more so to achieve. The rulemaking suggestions offered in this paper may assist the Members in balancing obligations they owe to their populations with their commitments under the WTO.

МАРКИРОВКА ПРОДУКТОВ ПИТАНИЯ НА ЛИЦЕВОЙ СТОРОНЕ УПАКОВКИ: СОВМЕСТИМЫ ЛИ ИНИЦИАТИВЫ В СФЕРЕ ЗДРАВООХРАНЕНИЯ С НОРМАМИ И ПРАВИЛАМИ ВТО?

ПАРХОМЕНКО А. А.¹³⁰

Пархоменко Анастасия Александровна — магистр права, советник отдела мер защиты рынка, Департамент международной кооперации и лицензирования в сфере внешней торговли, Министерство промышленности и торговли Российской Федерации, Москва, Россия (aaparkhomenko.01@gmail.com).

¹³⁰ Мнения, представленные в данной статье, выражают исключительно позицию автора и никоим образом не отражают позицию любого другого лица или организации.

Аннотация

За последнее десятилетие государства стали все чаще использовать различные формы маркировки продуктов питания на лицевой стороне упаковки в целях предотвращения распространения ожирения и связанных с ним неинфекционных хронических заболеваний. Некоторые формы такой маркировки направлены на информирование потребителя о повышенном содержании критически значимых пищевых веществ и являются обязательными для соблюдения. Растущая популярность таких мер вызывает серьезную озабоченность у членов Всемирной торговой организации (ВТО), поскольку к настоящему времени единая позиция относительно соответствия данной маркировки нормам и правилам ВТО не сформировалась. В настоящей статье предпринята попытка достичь понимания по данному вопросу и предложить варианты того, как национальные законодатели могли бы скорректировать свои инициативы по маркировке, чтобы привести их в соответствие с Соглашением ВТО по техническим барьерам в торговле (Соглашение ТБТ). В первой части статьи на основании положений статьи 2.1 Соглашения ТБТ (принцип недискриминации) автор заключает, что в рамках разрабатываемых инициатив законодателю следует регулировать потребление всех видов продуктов питания. Товары, не прошедшие предварительную упаковку и отпускаемые потребителям в местах продажи, также должны стать объектом регулирующего воздействия, поскольку по своему химическому составу они схожи с продуктами питания промышленного производства. Во второй части настоящей статьи на основании статьи 2.2 Соглашения ТБТ (принцип необходимости) автор отмечает, что членам ВТО следует уделить особое внимание определению целей вводимой маркировки, поскольку, чтобы соответствовать принципу необходимости, такая мера должна продемонстрировать вклад в достижение каждой из заявленных целей. Более того, законодатель должен будет определить, как маркировка повлияет на снижение потребления именно критически значимых пищевых веществ, а не отдельных продуктов питания в целом. В связи с этим ожидаемый вклад маркировки в достижение заявленных целей может быть усилен с помощью принятия дополнительных мер, также снижающих потребление критически значимых пищевых веществ. В третьей части статьи автор рассматривает положения статей 2.4 и 2.5 Соглашения ТБТ (принцип гармонизации) и приходит к выводу о том, что в настоящее время международные стандарты признают значимость региональных исследований, в том числе анализирующих специфику и пищевые привычки местного населения. Тем не менее действующая редакция соответствующих международных стандартов не освобождает членов ВТО от необходимости применять научно обоснованные меры, способные позитивно влиять на потребление критически значимых пищевых веществ.

Ключевые слова

маркировка продуктов питания, Всемирная торговая организация, Соглашение по техническим барьерам в торговле, принцип недискриминации, гармонизация

Для цитирования: Пархоменко А. А. Маркировка продуктов питания на лицевой стороне упаковки: совместимы ли инициативы в сфере здравоохранения с нормами и правилами ВТО? // Журнал ВШЭ по международному праву (HSE University Journal of International Law). 2023. Т. 1. № 2. С. 93–110.

<https://doi.org/10.17323/jil.2023.18198>

References / Список источников

- Almeida L. B., Scagliusi F. B., Duran A. C., Jaime P. C. (2017) Barriers to and Facilitators of Ultra-Processed Food Consumption: Perceptions of Brazilian Adults. *Public Health Nutrition*, vol. 21, no. 1, pp. 68–76.
- Anderson P. L., McLellan R. D., Overton J. P., Wolfram G. L. (1997) Price Elasticity of Demand, McKinac Center for Public Policy.
- Andreyeva T., Long M. W., Brownell K. D. (2010) The Impact of Food Prices on Consumption: A Systematic Review of Research on the Price Elasticity of Demand for Food // *American Journal of Public Health*. Vol. 100, no. 2, pp. 216–222.
- Boza Martinez S., Polanco R., Espinoza M. (2019) Nutritional Regulation and International Trade in APEC Economies: The New Chilean Food Labeling Law. *Asian Journal of WTO & International Health Law and Policy*, vol. 14, no. 1, pp. 73–113.
- Bremmers H., Purnhagen K. (eds.) (2018) *Regulating and Managing Food Safety in the EU: A Legal-Economic Perspective*, Cham: Springer.
- Brindal E., Mohr P., Wilson C., Wittert G. (2008) Obesity and The Effects of Choice at a Fast Food Restaurant. *Obesity Research & Clinical Practice*, vol. 2, no. 2, pp. 71–142.
- Cediel G., Reyes M., da Costa Louzada M. L., Martinez Steele E., Monteiro C. A., Corvalán C., Uauy R. (2017) Ultra-Processed Foods and Added Sugars in the Chilean Diet (2010). *Public Health Nutrition*, vol. 21, no. 1, pp. 125–133.
- Colchero M. A., Salgado J. C., Unar-Munguía M., Hernández-Ávila M., Rivera-Dommarco J. A. (2015) Price Elasticity of the Demand for Sugar Sweetened Beverages and Soft Drinks in Mexico. *Economics & Human Biology*, vol. 19, pp. 129–137.

- Contreras-Manzano A., Cruz-Casarrubias C., Munguía A., Jáuregui A., Vargas-Meza J., Nieto C., Tolentino-Mayo L., Barquera S. (2022) Evaluation of the Mexican Warning Label Nutrient Profile on Food Products Marketed in Mexico in 2016 and 2017: A Cross-Sectional Analysis. *PLOS Medicine*, vol. 19, no. 4, pp. 1–20.
- Dickie S., Woods J. L., Lawrence, M. (2018) Analysing The Use of the Australian Health Star Rating System by Level of Food Processing. *International Journal of Behavioural Nutrition and Physical Activity*, vol 15, no. 1, pp. 1–9.
- Drewnowski A. (1998) Energy Density, Palatability, and Satiety: Implications for Weight Control. *Nutrition Reviews*, vol. 56, no. 12, pp. 347–353.
- Fernandez M. A., Raine K. D. (2019) Insights on the Influence of Sugar Taxes on Obesity Prevention Efforts. *Current Nutrition Reports*, vol. 8, no. 4, pp. 333–339.
- Fiolet T., Srour B., Sellem L., Kesse-Guyot E., Allès B., Méjean C., Deschasaux M., Fassier P., Latino-Martel P., Beslay M., Hercberg S., Lavalette C., Monteiro C. A., Julia C., Touvier M. (2018) Consumption of Ultra-Processed Foods and Cancer Risk: Results from NutriNet-Santé Prospective Cohort. *The BMJ*, pp. 1–11.
- Folkvord F., Bergmans N., Pabian S. (2021) The Effect of the Nutri-Score Label on Consumer's Attitudes, Taste Perception and Purchase Intention: An Experimental Pilot Study. *Food Quality and Preference*, vol. 94, pp. 1–7.
- Freire W. B., Waters W. F., Rivas-Mariño G., Nguyen T., Rivas P. A (2016) Qualitative Study of Consumer Perceptions and Use of Traffic Light Food Labelling in Ecuador. *Public Health Nutrition*, vol. 20, no. 5, pp. 805–813.
- Guerrero-López C. M., Unar-Munguía M., Colchero, M. A. (2017) Price Elasticity of the Demand for Soft Drinks, other Sugar-Sweetened Beverages and Energy Dense Food in Chile. *BMC Public Health*, vol. 17, pp. 1–8.
- Ikonen L., Sotgiu F., Aydinli A., Verlegh P. W. J. (2019) Consumer Effects of Front-of-Package Nutrition Labeling: An Interdisciplinary Meta-Analysis. *Journal of the Academy of Marketing Science*, vol. 48, no. 3, pp. 360–383.
- Jones A., Neal B., Reeve B., Ni Mhurchu C., Thow A. M. (2019) Front-of-Pack Nutrition Labelling to Promote Healthier Diets: Current Practice and Opportunities to Strengthen Regulation Worldwide. *BMJ Global Health*, vol. 4, no. 6, pp. 1–16.
- Lewis N., Huang Q., Merkel P., Rhee D. K., Sylvetsky A. C. (2020) Differences in the Sugar Content of Fast-Food Products Across Three Countries. *Public Health Nutrition*, vol. 23, no. 16, pp. 2857–2863.
- Luiten C. M., Steenhuis I.H., Eyles H., Ni Mhurchu C., Waterlander W. E. (2015) Ultra-Processed Foods Have the Worst Nutrient Profile, Yet They are the Most Available Packaged Products in a Sample of New Zealand Supermarkets. *Public Health Nutrition*, vol. 19, no. 3, pp. 530–538.
- Marceau G. (2013) The New TBT Jurisprudence in US — Clove Cigarettes, WTO US — Tuna II, and US — COOL. *Asian Journal of WTO & International Health Law and Policy*, vol. 8, no. 1, pp. 1–39.
- Martínez Arroyo A., Corvalán Aguilar C., Palma Molina X., Ceballos Sanchez X., Fisberg R. M.. (2020) Dietary Patterns of Adolescents from the Chilean Growth and Obesity Cohort Study Indicate Poor Dietary Quality. *Nutrients*, vol. 12, no. 7, pp. 1–14.
- Monteiro C. A., Cannon G., Lawrence M., Costa Louzada M. L. and Pereira Machado P. (2019) Ultra-Processed Foods, Diet Quality, and Health Using the NOVA Classification System, Rome:FAO.
- Monteiro C. A., Cannon G., Moubarac J. C., Levy R. B., Louzada M. L. C., Jaime P. C. (2017) The UN Decade of Nutrition, the NOVA Food Classification and the Trouble with Ultra-Processing. *Public Health Nutrition*, vol. 21, no. 1, pp. 5–17.
- Pongutta S., Chongwatpol P., Tantayapirak P., Vandevijvere S. (2018) Declaration of Nutrition Information on and Nutritional Quality of Thai Ready-To-Eat Packaged Food Products. *Public Health Nutrition*, vol. 21, no. 8, pp. 1409–1417.
- Recchi S. (2020) Informal Street Vending: A Comparative Literature Review. *International Journal of Sociology and Social Policy*, vol. 41, no. 7/8, pp. 805–825.

- Saavedra-Garcia L., Sosa-Zevallos V., Diez-Canseco F., Miranda J. J., Bernabe-Ortiz A. (2015) Reducing Salt in Bread: A Quasi-Experimental Feasibility Study in a Bakery in Lima, Peru. *Public Health Nutrition*, vol. 19, no. 6, pp. 976–982.
- Shangguan S., Afshin A., Shulkin M., Ma W., Marsden D., Smith J., Saheb-Kashaf M., Shi P., Micha R., Imamura F., Mozaffarian D. (2019) A Meta-Analysis of Food Labeling Effects on Consumer Diet Behaviours and Industry Practices. *American Journal of Preventive Medicine*, vol. 56, no. 2, pp. 300–314.
- Silva C. P., Bento, A. C., Guaraldo E. (2022) The Impact of Front-of-the-Packaging Nutrition Labelling Warnings on Consumer Habits: A Scoping Review Exploring the Case of the Chilean Food Law. *BFJ*, vol. 124, no. 13, pp. 66–80.
- Song J., Brown M. K., Tan M., MacGregor G. A., Webster J., Campbell N. R. C., Trieu K., Ni Mhurchu C., Cobb L. K., He F. J. (2021) Impact of Colour-Coded and Warning Nutrition Labelling Schemes: A Systematic Review and Network Meta-Analysis. *PLOS Medicine*, vol. 18, no. 10, pp. 1–28.
- Talati Z., Pettigrew S., Kelly B., Ball K., Dixon H., Shilton T. (2016) Consumers' Responses to Front-of-Pack Labels That Vary by Interpretive Content. *Appetite*, vol. 101, pp. 205–213.
- Tarragon E., Cases Ceano-Vivas P., Gonzalez-Ogazón P., Moreno J. J. (2021) Perceived Intensity and Palatability of Fatty Culinary Preparations is Associated with Individual Fatty Acid Detection Threshold and the Fatty Acid Profile of Oils Used as Ingredients. *Chemical Senses*. 2021, vol. 46, pp. 1–9.
- Thow A. M., Jones A., Hawkes C., Ali I., & Labonté R. (2017) Nutrition Labelling is a Trade Policy Issue: Lessons From an Analysis of Specific Trade Concerns at the World Trade Organization. *Health Promotion International*, pp. 561–571.
- Tuhumury H. (2011) The Effects of Salt on Bread: Technological Considerations for Reduced Salt Levels. *Journal of Sustainable Dryland Agriculture (AGRIC)*, vol. 4, no. 2, p. 134–141.
- Turnbull B., Gordon S. F., Martínez-Andrade G. O., González-Unzaga M. (2019) Childhood Obesity in Mexico: A Critical Analysis of the Environmental Factors, Behaviours and Discourses Contributing to the Epidemic. *Health Psychology Open*, vol. 6, no. 1, pp. 1–8.
- Yeo G. S. (2022) Is Calorie Labelling on Menus the Solution to Obesity? *Nature Reviews Endocrinology*, vol. 18, no. 8, pp. 453–454.

ОПАСНАЯ ПРАКТИКА ВТО: ТОЛКОВАНИЕ ИСКЛЮЧЕНИЯ ПО СООБРАЖЕНИЯМ БЕЗОПАСНОСТИ В СПОРЕ США — ТРЕБОВАНИЯ К МАРКИРОВКЕ

БОКЛАН Д. С., МУРАШКО Е. А.

Боклан Дарья Сергеевна — доктор юридических наук, профессор Департамента международного права, Национальный исследовательский университет «Высшая школа экономики», Москва, Россия (boklan5@yandex.ru). ORCID: 0000-0003-1218-7485.

Мурашко Елена Андреевна — магистр права, аспирант Аспирантской школы по праву факультета права Национального исследовательского университета «Высшая школа экономики», младший юрист адвокатского бюро «Рыбалкин, Горцунян, Дякин и Партнеры», Москва, Россия (elena.murashko@gmail.com). ORCID: 0000-0001-8817-7860.

Исследование осуществлено в рамках проекта «Новые подходы к регулированию международных экономических отношений в целях противодействия санкциям: опыт российско-китайских отношений на глобальном и региональном уровнях» НУЛ исследований защиты государственных интересов в условиях экономических санкций. Мнения, высказанные в статье, являются личными мнениями авторов и могут не совпадать с позицией организаций, в которых они работают.

Аннотация

Впервые с момента создания Всемирной торговой организации (далее — ВТО) в практике Органа по разрешению споров (далее — ОРС) ВТО толкование исключения по соображениям безопасности было дано третейской группой в споре *Российская Федерация — Меры, ограничивающие транзит*. Этот доклад третейской группы был утвержден ОРС ВТО. В данном споре третейская группа использовала комбинированный подход для толкования исключения по соображениям национальной безопасности: для части исключения использовался субъективный подход, а для другой части — объективный. При этом третейская группа применила узкий подход к толкованию термина «чрезвычайная ситуация в международных отношениях», ограничив его рядом объективных критериев, которым должна соответствовать чрезвычайная ситуация, и рассмотрев в качестве международных отношений двусторонние отношения спорящих членов ВТО военного характера или связанные с обеспечением публичного порядка. В дальнейшем в споре *Саудовская Аравия — Меры, касающиеся защиты прав на интеллектуальную собственность* и спорах *США — Некоторые меры в отношении товаров из стали и алюминия* в целом был сохранен комбинированный подход третейской группы, использованный в споре *Российская Федерация — Меры, ограничивающие транзит*. При этом в споре *Саудовская Аравия — Меры, касающиеся защиты прав на интеллектуальную собственность* было дано толкование аналогичного положения, предусмотренного статьей 73(b)(iii) Соглашения о торговых аспектах прав интеллектуальной собственности. В данном споре третейская группа дополнила толкование рядом объективных критериев, основанных на обстоятельствах данного спора. Однако в докладе третейской группы по спору *США — Требования к маркировке* сбалансированная и логичная позиция группы, сформулированная в споре *Российская Федерация — Меры, ограничивающие транзит*, существенно изменилась, поскольку в первом деле третейская группа дала широкое толкование термина «чрезвычайная ситуация в международных отношениях», включив в него такие виды международных отношений как экономические, социальные, политические и культурные, не ограничивая их только двусторонними отношениями между спорящими членами ВТО. Авторы настоящей статьи полагают, что использование широкого подхода может усугубить текущий кризис системы разрешения споров ВТО и способствовать злоупотреблениям со стороны ответчиков при использовании исключения по соображениям безопасности для оправдания мер, нарушающих обязательства, предусмотренные соглашениями ВТО. В результате применения такого широкого толкования возникнет ситуация, при которой право ВТО соблюдается по желанию, поскольку члены ВТО смогут использовать в качестве оправдания протекционистских мер, ограничивающих торговлю, любую ситуацию, связанную с напряжением в любых международных отношениях.

Ключевые слова

исключение по соображениям безопасности, Всемирная торговая организация (ВТО), чрезвычайная ситуация в международных отношениях, существенные интересы безопасности, толкование

Для цитирования: Боклан Д. С., Мурашко Е. А. Опасная практика ВТО: толкование исключения по соображениям безопасности в споре США — Требования к маркировке // Журнал ВШЭ по международному праву (HSE University Journal of International Law). 2023. Т. 1. № 2. С. 111–121.

<https://doi.org/10.17323/jil.2023.18199>

Введение

Положение, предусматривающее исключение по соображениям безопасности, применение которого возможно во время войны или в иной чрезвычайной ситуации в международных отношениях, содержится в статье XXI(b)(iii) Генерального соглашения по тарифам и торговле (далее — ГАТТ),

статье XIV bis Генерального соглашения по торговле услугами (далее — ГАТС) и статье 73 Соглашения о торговых аспектах прав интеллектуальной собственности (далее — ТРИПС).

В соответствии с указанными статьями ГАТТ, ГАТС и ТРИПС — в которых редакции текста исключения по соображениям безопасности практически идентичны друг другу — член ВТО вправе применять меры, «которые он считает необходимыми для защиты его существенных интересов безопасности во время войны или иной чрезвычайной ситуации в международных отношениях» (курсив наш. — Д. Б., Е. М.)¹.

Впервые в практике ОРС ВТО² толкование исключения по соображениям безопасности было дано в споре *Российская Федерация — Меры, ограничивающие транзит* (далее — *Россия — Транзит*)³. Впоследствии в споре *Саудовская Аравия — Меры, касающиеся защиты прав на интеллектуальную собственность* (далее — *Саудовская Аравия — Права интеллектуальной собственности*)⁴ и спорах *США — Некоторые меры в отношении товаров из стали и алюминия*⁵ в целом был сохранен подход третьей группы, использованный в споре *Россия — Транзит*. При этом в споре *Саудовская Аравия — Права интеллектуальной собственности* было дано толкование аналогичного положения, предусмотренного статьей 73(b)(iii) ТРИПС. Кроме того, третейская группа дополнила толкование рядом объективных критериев, основанных на обстоятельствах данного спора. Один из важнейших вопросов, который третейским группам предстояло решить в указанных спорах, касался определения подхода к толкованию исключения по соображениям безопасности. Для толкования данного исключения возможно применение двух различных подходов: субъективного и объективного. При субъективном подходе норма не подлежит толкованию и применению третейской группой и является «самоподсудной» (англ.: *self-judging*)⁶, то есть правом на толкование такой нормы обладает только член ВТО, но не третейская группа. При объективном подходе третейская группа должна обладать юрисдикцией на ее толкование и применение.

В международно-правовой доктрине текст исключения по соображениям национальной безопасности, содержащий фразу «которые он считает необходимыми», рассматривается как указание на «самоподсудный» характер данной нормы и на наличие у члена ВТО права на ее толкование⁷. Одним из основных сторонников субъективного подхода выступают США. В частности,

¹ Приводим текст рассматриваемых статей на английском языке:

Ст. 73 ТРИПС: «Nothing in this Agreement shall be construed... (b) to prevent a Member from taking any action which it considers necessary for the protection of its essential security interests... (iii) taken in time of war or other emergency in international relations...».

Ст. XIV bis ГАТС: «Nothing in this Agreement shall be construed... (b) to prevent any Member from taking any action which it considers necessary for the protection of its essential security interests... (iii) taken in time of war or other emergency in international relations...».

Ст. XXI ГАТТ: «Nothing in this Agreement shall be construed... (b) to prevent any contracting party from taking any action which it considers necessary for the protection of its essential security interests... (iii) taken in time of war or other emergency in international relations...».

² Необходимо отметить, что государства ранее предпринимали попытки оправдать меры, ограничивающие торговлю, исключением по соображениям безопасности. Так, еще в 1949 году, вскоре после того, как переговоры по согласованию текста ГАТТ завершились, США приняли меру, ограничивающую торговлю. Эта мера представляла собой экспортный лицензионный контроль и затрагивала интересы Чехословакии. США оправдывали данную меру тем, что товары, которые по своей природе могут использоваться в целях развития военного потенциала, подпадают под исключение ст. XXI ГАТТ (см. Summary Record of the Twentieth Meeting, 14 June 1949, GATT/CP.3/SR20, Contracting Parties: Third Session, 2 June 1949. P. 3–4). Позже в 1975 году Швеция использовала статью XXI ГАТТ для оправдания введения глобальной импортной квоты на обувь соображениями безопасности (*Sweden — Import Restrictions on Certain Footwear*, 17 November 1975, L/4250. P. 3). Уже после создания ВТО в 2014 году Египет, ссылаясь на соображения безопасности, запретил импорт двухколесных и трехколесных мотоциклов, обосновывая запрет тем, что их малый размер способствует совершению преступлений (*Egypt imposes one-year imports ban on motorcycles, tuk-tuks* // Ahram Online. 12 February 2014. URL: <http://english.ahram.org.eg/NewsContent/3/12/94095/Business/Economy/Egypt-imposes-oneyear-imports-ban-on-motorcycles,-.aspx> (дата обращения: 10.09.2023)). О более ранних попытках применить исключение по соображениям безопасности в период ГАТТ и до образования ВТО более подробно см. Петренко А. В. *Использование исключений по соображениям национальной безопасности как аргумента в торговых спорах в ГАТТ и ВТО* // Торговая политика. 2019. №2/18. С. 9–24; Boklan D., Bahri A. *The First WTO's Ruling on National Security Exception: Balancing Interests or Opening Pandora's Box?* // World Trade Review. Vol. 19. 2020. No. 1. P. 123–136.

³ Panel Report, *Russian Federation — Measures Concerning Traffic in Transit*. WT/DS512/R. Adopted on 26 April 2019.

⁴ Panel Report, *Saudi Arabia — Measures concerning the Protection of Intellectual Property Rights*. WT/DS567/R. Circulated 16 June 2020.

⁵ Panel Report, *United States — Certain Measures on Steel and Aluminium Products* (China). WT/DS544/R. Circulated 9 December 2022. §7.104–7.128; Panel Report, *United States — Certain Measures on Steel and Aluminium Products* (Norway). WT/DS552/R. Circulated 9 December 2022 §7.92–7.116; Panel Report, *United States — Certain Measures on Steel and Aluminium Products* (Switzerland). WT/DS556/R. Circulated 9 December 2022. §7.122–7.146; Panel Report, *United States — Certain Measures on Steel and Aluminium Products* (Turkey). WT/DS564/R. Circulated 9 December 2022 §7.119–7.143.

⁶ В отечественной литературе также встречается термин «себеподсудный». См: Петренко А. В. *Указ. соч.*

⁷ Lindsay P. *The Ambiguity of GATT Article XXI: Subtle Success or Rampant Failure?* // Duke Law Journal. Vol. 52. 2003. P. 1282. Mitchell A. *Sanctions and the World Trade Organization* // *Research Handbook on UN Sanctions and International Law* / L. van den Herik (ed). Edward Elgar, 2017. P. 293; Bhala R. *National Security and International Trade Law: What the GATT Says, and What*

США поясняют, что спор, в котором ответчик ссылается на исключение по соображениям безопасности, является самоподсудным, «поскольку отсутствуют правовые критерии, на основании которых можно определить существенные интересы безопасности члена [ВТО]». Такой подход основан на толковании фразы «которые он считает необходимыми для защиты своих интересов безопасности». По мнению США, эти слова указывают на субъективный характер толкуемого положения. Позиция США заключается в том, что только член ВТО праве определить «свои существенные интересы национальной безопасности»⁸.

Вместе с тем, как справедливо указывают П. ван ден Бош и С. Акпофуре, такое право не должно приводить к нарушению прав других членов ВТО и служить инструментом злоупотребления собственными правами⁹. Так, в соответствии со статьей 3.10 Договора о разрешении споров ВТО

процедура разрешения споров не должна быть направлена или рассматриваться как конфронтационные действия, и в случае возникновения спора, все члены ВТО должны добросовестно принимать участие в такой процедуре с целью разрешения спора¹⁰.

Апелляционный орган ВТО специально указал на то, что принцип добросовестности является общим принципом права и общим принципом международного права, контролирующим реализацию государствами своих прав. Данный принцип запрещает злоупотребление правами государства. Подобное злоупотребление само по себе является правонарушением¹¹. Таким образом, требование о добросовестности в определенной степени объективно и открывает возможность третьей группе использовать объективный подход для толкования исключения по соображениям национальной безопасности¹².

В целях поиска баланса для толкования исключения по соображениям национальной безопасности третья группа в споре *Россия — Транзит* использовала комбинированный подход.

Сначала третья группа определила наличие у нее юрисдикции на рассмотрение спора, в котором ответчик оправдывал применение меры исключением по соображениям национальной безопасности. Далее она определила, соблюдены ли ответчиком требования вводной части статьи XXI(b) ГАТТ, предусматривающей исключение по соображениям национальной безопасности¹³. Для определения наличия юрисдикции третья группа изучила, является ли исключение по соображениям национальной безопасности самоподсудным и, как следствие, обладает ли она юрисдикцией *ratione materiae* для разрешения спора¹⁴. Отвечая на данный вопрос, третья группа в споре *Россия — Транзит* пришла к выводу, что обычное значение статьи XXI(b)(iii) в ее контексте и в свете объекта и цели ГАТТ 1994 и Соглашения ВТО в целом указывает на то, что придаточное предложение «которые он считает» вводной части статьи XXI(b) не определяет обстоятельства, названные в параграфе (iii). Далее третья группа указала на объективный характер таких обстоятельств. По мнению третьей группы, для того чтобы деяние подпадало под действие исключения по соображениям национальной безопасности, оно должно объективно соответствовать критериям параграфов, включая параграф (b)(iii) статьи XXI ГАТТ¹⁵.

Третья группа в споре *Россия — Транзит* выделила два основных критерия для данного параграфа. Первым стал хронологический критерий. Третья группа указала на то, что

the United States Does II University of Pennsylvania Journal of International Economic Law. Vol. 19. 1998. No. 2. P. 268; Schill S., Briesche R. "If the State Consider": Self-Judging Clauses in International Dispute Settlement. 13 Max Planck Yearbook of United Nations Law. 2009. P. 110; Петренко А. В. Экономические санкции и их оспаривание в ВТО в контексте исключений по соображениям национальной безопасности (ст. XXI: (b)(iii) ГАТТ) // Международное правосудие. 2016. №2 (18). С. 69–86; Петренко А.В. Использование исключений по соображениям национальной безопасности как аргумента в торговых спорах в ГАТТ и ВТО // Торговая политика. 2019. №2/18. С. 9–24. См. также: Panel Report, *Russian Federation — Traffic in Transit*. Op. cit. §7.102–7.104.

⁸ См. более подробно: Panel Report, *Russian Federation — Traffic in Transit*. Op. cit. §7.52.

⁹ См. более подробно: van den Bossche P., Akpofure S. *The Use and Abuse of the National Security Exception under Article XXI(b)(iii) of the GATT 1994*. WTI Working Paper No. 03/2020.

¹⁰ Договоренность о правилах и процедурах, регулирующих разрешение споров. Приложение 2 к Марракешскому соглашению о создании Всемирной торговой организации от 15 апреля 1994 года.

¹¹ Appellate Body Report, *United States — Import Prohibition of Certain Shrimp and Shrimp Products (Recourse to Article 21.5 of the DSU)*. WT/DS58/AB/RW. Adopted on 21 November 2001. §158.

¹² Боклан Д., Мурашко Е. Санкции в отношении услуг и национальная безопасность: оправдание или злоупотребление? // Международное правосудие. 2022. № 3 (43). С. 12.

¹³ Подробнее об этом: Boklan D., Bahri A. Op.cit.

¹⁴ Panel Report, *Russian Federation — Traffic in Transit*. Op. cit. §7.57, 7.58, 7.66.

¹⁵ Ibid. §7.82.

оспариваемая мера должна быть принята «во время (англ.: *during*) войны или иной чрезвычайной ситуации в международных отношениях», иными словами, должна присутствовать хронологическая связь между мерой и событием войны или иной чрезвычайной ситуацией в международных отношениях¹⁶. При этом установление факта наличия хронологической связи, по мнению третьей группы, носит объективный характер¹⁷.

Вторым критерием, выделенным третьей группой, стал характер «чрезвычайной ситуации в международных отношениях», о котором речь пойдет далее.

Кроме того, третейская группа указала, что предоставление члену ВТО единоличного права толкования исключения по соображениям национальной безопасности серьезно подрывает надежность и предсказуемость многосторонней торговой системы¹⁸. Основываясь на указанных выводах, третейская группа установила свою юрисдикцию в отношении применения исключения по соображениям безопасности, задействовав объективный подход к толкованию понятия «чрезвычайная ситуация в международных отношениях»¹⁹.

Следующим вопросом для третейской группы стал вопрос о выборе подхода к толкованию вводной части пункта (b) статьи XXI ГАТТ. В этом случае третейская группа использовала субъективный подход и решила, что фразы «которые он считает необходимыми» и «существенные интересы безопасности государства» связаны друг с другом²⁰. Это означает, что член ВТО обладает правом на определение того, что входит в понятие его «существенных интересов национальной безопасности»²¹. Однако третейская группа указала, что к таким интересам относится выполнение «наиболее существенных государственных функций, в частности защита территории и населения государства от внешних угроз и обеспечение законности и публичного порядка» во внутренних делах, и член ВТО обязан добросовестно определить такие интересы²².

Таким образом, третейская группа в споре *Россия — Транзит* использовала субъективный подход для толкования понятия «существенные интересы безопасности государства». Аналогичный подход был использован третейской группой и в споре *Саудовская Аравия — Права интеллектуальной собственности* и третейскими группами в спорах *США — Некоторые меры в отношении товаров из стали и алюминия*²³.

В результате третейские группы в данных спорах использовали комбинированный подход к толкованию исключения по соображениям национальной безопасности. Они применили субъективный подход к толкованию термина «существенные интересы национальной безопасности» и объективный подход к толкованию термина «чрезвычайная ситуация в международных отношениях». При этом третейская группа в споре *Россия — Транзит* применила узкий подход к толкованию термина «чрезвычайная ситуация в международных отношениях», обозначив конкретный перечень объективных критериев, которым должна соответствовать «чрезвычайная ситуация в международных отношениях». Как указывалось ранее, в данном споре третейская группа выделила два основных критерия определения «чрезвычайной ситуации в международных отношениях»: хронологический критерий и характер «чрезвычайной ситуации в международных отношениях». Третейская группа пришла к выводу о том, что чрезвычайная ситуация в международных отношениях включает все военные интересы и интересы, связанные с обороноспособностью, а также обеспечением публичного порядка²⁴. При этом она исключила из сферы «чрезвычайной ситуации в международных отношениях» политические и экономические интересы²⁵. Данный подход третейская группа

¹⁶ *Ibid.* §7.70.

¹⁷ *Ibid.* The phrase “taken in time of” in subparagraph (iii) describes the connection between the action and the events of war or other emergency in international relations in that subparagraph. The Panel understands this phrase to require that the action be taken **during** the war or other emergency in international relations. This **chronological** concurrence is also an objective fact, amenable to **objective** determination (выделено нами. — Д. Б., Е. М.).

¹⁸ *Ibid.* §7.79.

¹⁹ *Ibid.* §7.83.

²⁰ *Ibid.* §7.128.

²¹ *Ibid.* §7.98.

²² *Ibid.* §7.130, §7.138.

²³ *Saudi Arabia — Measures concerning the Protection of Intellectual Property Rights. Op. cit.* §7.241–7.255. Panel Report, *United States — Certain Measures on Steel and Aluminium Products (China)*, WT/DS544/R. Circulated 9 December 2022 §7.104–7.128; Panel Report, *United States — Certain Measures on Steel and Aluminium Products (Norway)*, WT/DS552/R. Circulated 9 December 2022 §7.92–7.116; Panel Report, *United States — Certain Measures on Steel and Aluminium Products (Switzerland)*, WT/DS556/R. Circulated 9 December 2022. §7.122–7.146; Panel Report, *United States — Certain Measures on Steel and Aluminium Products (Turkey)*, WT/DS564/R. Circulated 9 December 2022. §7.119–7.143.

²⁴ *Ibid.* §7.74.

²⁵ *Ibid.* §7.75.

обосновала *контекстом* исключения по соображениям безопасности, указав на то, что все вопросы, затронутые в параграфах статьи XXI(b), связаны с интересами обороны, военными интересами или интересами публичного порядка²⁶. По мнению третейской группы, само содержание параграфов статьи XXI(b) и отсылка к войне непосредственно в параграфе (iii) представляют собой *контекст*, в котором необходимо толковать статью XXI(b)(iii), и этот *контекст* исключает из охвата данной статьи политические и экономические интересы членов ВТО²⁷.

При этом важно отметить, что третейская группа специально указала на то, что чрезвычайная ситуация в международных отношениях должна «затрагивать государство», которое ссылается на исключение по соображениям национальной безопасности²⁸. Дабы определить, затрагивает ли чрезвычайная ситуация в международных отношениях конкретное государство, третейская группа опиралась на такие критерии, как участие государства в чрезвычайной ситуации и влияние ситуации на безопасность на границе между двумя государствами²⁹. При этом третейская группа придала наибольшее значение тому факту, что стороны спора имеют общую границу³⁰, и подчеркнула, что чем дальше государство находится от ситуации вооруженного конфликта, тем менее очевидна необходимость в защите существенных интересов его национальной безопасности. В таком случае член ВТО должен специально обозначить свои существенные интересы национальной безопасности³¹ и продемонстрировать связь меры, ограничивающей торговлю, с такими интересами. Наличие подобной связи, по мнению третейской группы, является минимальным критерием обязательства добросовестности члена ВТО, ссылающегося на исключение по соображениям национальной безопасности³².

В споре *Саудовская Аравия — Права интеллектуальной собственности* в целом третейская группа использовала тот же подход к толкованию исключения по соображениям национальной безопасности, что и в споре *Россия — Транзит*³³. При этом для установления наличия чрезвычайной ситуации в международных отношениях третейская группа приняла во внимание факты полного разрыва дипломатических и консульских отношений между Саудовской Аравией и Катаром³⁴, обвинения со стороны Саудовской Аравии в адрес Катара в поддержке терроризма и экстремизма и необходимость защитить территорию и население Саудовской Аравии от этих угроз, а также полный запрет со стороны Саудовской Аравии на въезд граждан Катара на территорию Саудовской Аравии как часть всеобъемлющей политики Саудовской Аравии в отношении Катара³⁵.

Таким образом, исходя из анализа толкования исключения по соображениям национальной безопасности, очевидно, что обе третейские группы применили узкое толкование для данной нормы права ВТО.

По мнению обеих третейских групп, для оправдания меры, ограничивающей торговлю исключением по соображениям национальной безопасности, ответчику необходимо объективно доказать наличие чрезвычайной ситуации в *двусторонних* отношениях с истцом. Для этого третейские группы принимали во внимание только *военные интересы* и интересы, связанные с обеспечением публичного порядка, и исключили из сферы чрезвычайной ситуации в международных отношениях политические и экономические интересы. Также указанием на чрезвычайную ситуацию в отношениях между истцом и ответчиком послужили факты наличия у них *общей границы, полного разрыва дипломатических отношений* и наличие *всеобъемлющей политики ответчика*, направленной на предотвращение таких серьезных угроз со стороны истца, как терроризм и экстремизм³⁶.

Представленный выше достаточно сбалансированный и логичный подход был существенно изменен в докладе третейской группы по спору *США — Требования к маркировке*³⁷. В отличие от третейских групп в спорах *Россия — Транзит* и *Саудовская Аравия — Права интеллектуальной*

²⁶ *Ibid.* §7.74

²⁷ *Ibid.* §7.74, 7.75

²⁸ *Ibid.* §7.76, 7.111

²⁹ *Ibid.* §7.119

³⁰ *Ibid.* §7.137.

³¹ *Ibid.* §7.135.

³² *Ibid.* §7.138.

³³ Panel Report, *Saudi Arabia — Measures concerning the Protection of Intellectual Property Rights*. *Op. cit.* §7.242–7.255.

³⁴ *Ibid.* §7.258–7.259, 7.266.

³⁵ *Ibid.* §7.263, 7.284, 7.286.

³⁶ Боклан Д., Мурашко Е. *Указ. соч.*

³⁷ Panel Report, *United States — Origin Marking Requirement*. WT/DS597/R. Circulated on 21 December 2022.

собственности³⁸, третейская группа в споре *США — Требования к маркировке* применила широкий подход к толкованию исключения по соображениям безопасности.

2. Содержание спора *США — Требования к маркировке*

Спор был инициирован Гонконгом (Китай) в октябре 2020 года. Стоит отметить, что Гонконг обладает статусом отдельной таможенной территории, в силу которого он действует как самостоятельный и полноправный член ВТО.

В соответствии с Законом о политике в отношении Гонконга 1992 года Конгресс США предоставил Гонконгу отличный от Китая режим в некоторых областях (включая требования к маркировке происхождения товаров) при условии, что Гонконг останется достаточно автономным от Китая. В 2020 году Китай принял Закон о защите национальной безопасности Гонконга, согласно которому любая деятельность, направленная на поддержку суверенитета Гонконга, карается лишением свободы сроком от трех лет вплоть до пожизненного заключения³⁹. После принятия Китаем данного Закона президент США издал указ № 13936, в котором определил, что Гонконг больше не является достаточно автономным, и приостановил действие дифференцированного режима. В соответствии с измененными требованиями законодательства США товары, произведенные в Гонконге, должны иметь маркировку, указывающую на их происхождение, — «Китай» («требование к маркировке происхождения»)⁴⁰. В этой связи Гонконг инициировал спор в ОРС ВТО.

Гонконг заявил, что требование к маркировке происхождения, введенное США, не соответствует статье I:1 (Режим наиболее благоприятствуемой нации) и статье IX ГАТТ (Отметки о происхождении), поскольку оно приводит к тому, что товары, произведенные в Гонконге, должны маркироваться как произведенные в Китае (другом члене ВТО) и, таким образом, к этим товарам применяется менее благоприятный режим, чем к аналогичным товарам других стран. Кроме того, Гонконг выдвинул претензии о несоответствии меры США отдельным положениям Соглашения по правилам происхождения товаров и Соглашения по техническим барьерам в торговле.

В ответ на доводы Гонконга США сослались на исключение по соображениям национальной безопасности (статья XXI ГАТТ). По мнению США, исключение является «самоподсудным», в связи с чем третейская группа должна была прекратить рассмотрение спора и сообщить об этом Органу по разрешению споров ВТО⁴¹. С таким подходом не согласился Гонконг, который утверждал, что третейская группа должна придерживаться того же подхода к толкованию исключения по соображениям безопасности, который был применен в споре *Россия — Транзит*⁴². Аналогичную позицию заняли и третьи стороны: Бразилия, Канада, ЕС, Норвегия и Швейцария⁴³.

3. Выводы третейской группы в споре *США — Требования к маркировке*

Третейская группа решила начать анализ с исключения по соображениям безопасности, поскольку, по мнению США, у третейской группы отсутствует юрисдикция на рассмотрение спора, связанного с вопросами национальной безопасности. Третейская группа не согласилась с США и констатировала, что данное исключение не является «самоподсудным».

Рассмотрев заявления и законодательство США, а также заявления других членов ВТО и публикации в средствах массовой информации, третейская группа пришла к заключению: хотя события в Гонконге и вызывают озабоченность международного сообщества, они не достигают требуемого уровня для того, чтобы квалифицировать их как чрезвычайную ситуацию в международных отношениях в понимании статьи XXI ГАТТ. В этой связи третейская группа решила, что мера США не может быть оправдана исключением в соответствии со статьей XXI ГАТТ.

Третейская группа также пришла к выводу, что США предоставляют товарам, которые они идентифицируют как произведенные, изготовленные, выращенные или существенно преобразованные в Гонконге, режим, отличный от того, который они предоставляют товарам,

³⁸ В спорах *США — Некоторые меры в отношении товаров из стали и алюминия* третейские группы не осуществляли толкование термина «чрезвычайная ситуация в международных отношениях».

³⁹ The Law of the People's Republic of China on Safeguarding National Security in the Hong Kong Special Administrative Region (translated in English), [https://www.elegislation.gov.hk/fwddoc/hk/a406/eng_translation_\(a406\)_en.pdf](https://www.elegislation.gov.hk/fwddoc/hk/a406/eng_translation_(a406)_en.pdf). (дата обращения: 10.09.2023).

⁴⁰ Panel Report, *United States — Origin Marking Requirement*. Op. cit. §2.1.

⁴¹ *Ibid.*, §3.2, 7.17.

⁴² *Ibid.*, §7.19.

⁴³ *Ibid.*

идентифицируемым (на основе тех же правил происхождения) как произведенные, изготовленные, выращенные или существенно преобразованные в любой третьей стране или члене ВТО. Третьей группой также отмечено, что требование маркировки происхождения изменяет условия конкуренции в ущерб товарам из Гонконга и пришла к выводу о том, что требование к маркировке происхождения предоставляет товарам из Гонконга менее благоприятный режим, чем тот, что предоставляется аналогичным товарам любой третьей страны. Следовательно, это требование не соответствует статье IX:1 ГАТТ. В целях процессуальной экономии (англ.: *judicial economy*) третья группа решила не рассматривать остальные аргументы Гонконга.

Несмотря на то, что США проиграли данный спор как по существу заявленных Гонконгом требований, так и в части возможного оправдания оспариваемой меры исключением по соображениям безопасности, толкование, которое третья группа использовала в отношении данного исключения, на наш взгляд, весьма спорно.

4. Толкование третьей группой в споре США — Требования к маркировке исключения по соображениям безопасности

В споре США — Требования к маркировке третья группа начала толкование исключения по соображениям безопасности, предусмотренного статьей XXI(b)(iii) ГАТТ, с анализа грамматической структуры. Третья группа отвечала на вопрос о том, относятся ли слова из вводной части параграфа (b) статьи XXI ГАТТ «которые он считает» с грамматической точки зрения не только к вводной части, но и к параграфу (iii), в котором «чрезвычайная ситуация» указана как обстоятельство, позволяющее применять меры, ограничивающие торговлю.

Третья группа отметила, что определительное придаточное предложение «которые он считает» относится только к тем словам, которые содержатся во вводной части, и связано со словами «существенные интересы безопасности»⁴⁴. С грамматической точки зрения, по мнению третьей группы, между вводной частью и параграфами имеется разрыв⁴⁵. Далее третья группа проанализировала и сопоставила аутентичные тексты рассматриваемого исключения по соображениям безопасности на английском, испанском и французском языках и пришла к выводу о том, что нет оснований для иного толкования текстов на испанском и французском языках, чем то, которое было дано в отношении текста на английском языке⁴⁶.

В результате третья группа, так же как и в спорах, рассмотренных ранее, установила, что положение не является полностью самоподсудным (англ.: *self-judging*) и подлежит толкованию и применению третьей группой⁴⁷.

Далее третья группа перешла к анализу термина «чрезвычайная ситуация в международных отношениях», в результате которого были сделаны выводы, существенно отличающиеся от выводов третейских групп в спорах Россия — Транзит и Саудовская Аравия — Права интеллектуальной собственности.

Третья группа, отойдя от сбалансированного подхода, примененного в двух указанных спорах, отметила, опираясь на Оксфордский словарь английского языка, что международные отношения охватывают различные сферы, в том числе *политические, экономические, социальные и культурные* обмены (курсив наш. — Д. Б., Е. М.)⁴⁸. Такое толкование «международных отношений» является расширительным и противоречит подходам, использованным третейскими группами в спорах Россия — Транзит и Саудовская Аравия — Права интеллектуальной собственности, где был использован узкий подход, в соответствии с которым чрезвычайная ситуация в международных отношениях включает все военные интересы и интересы, связанные с обороноспособностью, а также с обеспечением публичного порядка⁴⁹.

Более того, в споре США — Требования к маркировке третья группа пошла еще дальше и указала на то, что в толкуемом положении под «международными отношениями» понимаются не только двусторонние отношения между двумя спорящими государствами⁵⁰. Такой подход также не

⁴⁴ *Ibid.* §7.51.

⁴⁵ *Ibid.* §7.53, 7.57.

⁴⁶ *Ibid.* §7.87.

⁴⁷ *Ibid.* §7.185.

⁴⁸ *Ibid.* §7.280.

⁴⁹ Panel Report, *Russian Federation — Traffic in Transit*. *Op. cit.* §7.74; Panel Report, *Saudi Arabia — Measures concerning the Protection of Intellectual Property Rights*. *Op. cit.* §7.75.

⁵⁰ Panel Report, *United States — Origin Marking Requirement*. *Op. cit.* §7.280.

соответствует подходам, использованным третейскими группами в предыдущих спорах. Он, на наш взгляд, он не обоснован какими-либо фактами, существовавшими именно в деле США — *Требование к маркировке* (англ.: *case by case approach*). Более того, данный подход влечет серьезные риски злоупотребления исключением по соображениям безопасности, поскольку он позволяет государству, непосредственно не вовлеченному в «чрезвычайную ситуацию в международных отношениях», лишь указав на свою озабоченность, применить любые меры, противоречащие обязательствам такого государства по ГАТТ, ГАТС или ТРИПС.

Единственным «ограничением» толкования термина «чрезвычайная ситуация в международных отношениях», по мнению третейской группы, выступает непосредственная связь между чрезвычайной ситуацией и данными международными отношениями⁵¹. Критерии, которым должна соответствовать такая связь, третейская группа не определила.

Далее третейская группа указала на то, что под «чрезвычайной ситуацией» она понимает предельно серьезную ситуацию, то есть такое состояние отношений, которое представляет собой разрыв или близкое к разрыву состояние⁵². Третейская группа пояснила, что война может непосредственно влиять на отношения между спорящими сторонами, однако она может оказывать и более широкое влияние на международные отношения. Третейская группа подчеркнула, что чрезвычайная ситуация может возникнуть не на территории члена ВТО, который оправдывает нарушение обязательств исключением по соображениям безопасности, и не в рамках двусторонних отношений между спорящими сторонами. Война между двумя или более членами ВТО, по мнению третейской группы, может быть квалифицирована как «чрезвычайная ситуация в международных отношениях» и для других стран⁵³. Показательно, что третейская группа для обоснования такого широкого толкования сослалась на позицию США, выраженную 24 июля 1947 года в ходе переговоров по обсуждению текста исключения по соображениям безопасности ГАТТ. Представитель США заявил тогда следующее:

Под чрезвычайной ситуацией в международных отношениях мы имеем в виду ситуацию, которая существовала до конца 1941 года, то есть до нашего участия в войне. Война шла в Европе уже два года и по мере приближения времени нашего участия, нам необходимо было в целях собственной защиты предпринять меры, запрещенные Уставом. Наш экспорт и импорт были под жестким контролем в связи с тем, что шла война⁵⁴.

Анализируя указанное заявление представителя США в качестве дополнительного средства толкования, предусмотренного ст. 32 Венской конвенции о праве международных договоров 1969 года⁵⁵, третейская группа установила, что шедшая в Европе война, в которой США на тот момент не принимали участие, представляет собой чрезвычайную ситуацию в международных отношениях для целей статьи XXI(b)(iii) ГАТТ⁵⁶. При этом третейская группа фактически проигнорировала наличие в заявлении представителя США указания на то, что США планировали непосредственное участие в войне и что речь шла о мерах, необходимых для подготовки такого участия. Более того, третейская группа специально подчеркнула, что она «воздерживается от того, чтобы рассматривать чрезвычайную ситуацию в международных отношениях только как непосредственно затрагивающую военные и оборонные интересы», как это было заявлено третейской группой в споре *Россия — Транзит*⁵⁷, тем самым еще раз указав на расширительное толкование термина «чрезвычайная ситуация в международных отношениях».

Третейская группа использовала парадоксальную аналогию для обоснования такого расширительного толкования, сравнив чрезвычайную ситуацию в международных отношениях с «субъективными по существу человеческими ощущениями»⁵⁸. В качестве примера таких «субъективных ощущений» третейская группа указала следующее: «так же как мы чувствуем тепло или холод, существуют параметры, указывающие на... разрыв отношений между государствами...

⁵¹ *Ibid.* §7.281.

⁵² *Ibid.* §7.290.

⁵³ *Ibid.* §7.297.

⁵⁴ Minutes of the 24 and 30 July 1947 Negotiation Meetings, (Exhibit USA-30), p. 20. Panel Report, *United States — Origin Marking Requirement*. WT/DS597/R. Circulated on 21 December 2022. Footnote 424.

⁵⁵ Panel Report, *United States — Origin Marking Requirement*. *Op. cit.* §7.164–7.175

⁵⁶ *Ibid.*

⁵⁷ *Ibid.* §7.301.

⁵⁸ *Ibid.* §7.310.

подобно тому, как термометр измеряет температуру»⁵⁹. Используя данную аналогию, третейская группа допустила принципиальную ошибку, поскольку термометр не измеряет субъективные ощущения чувства холода или тепла. Напротив, термометр показывает объективную температуру в виде конкретного цифрового значения. Такое цифровое значение никак не влияет на «субъективные человеческие ощущения тепла или холода», поскольку разные люди ощущают тепло или холод по-разному. Если нам необходимы объективные данные о температуре, при которой замерзает вода, мы руководствуемся цифрой — ноль градусов Цельсия. Однако эта цифра не определяет «человеческие субъективные ощущения». Для одного человека температура ноль градусов Цельсия может быть вполне комфортной для прогулки, а по субъективному ощущению другого, напротив, будет восприниматься как слишком холодная. Данный вывод третейской группы указывает на логическую ошибку в анализе понятия «чрезвычайная ситуация в международных отношениях».

Заключение

Подход, использованный третейской группой в споре *США — Требования к маркировке*, выпадает из ранее выработанной практики толкования исключения по соображениям безопасности и может еще больше усугубить сегодняшний кризис системы разрешения споров ВТО, а также способствовать злоупотреблениям со стороны ответчиков при использовании исключения по соображениям безопасности для оправдания мер, нарушающих обязательства, предусмотренные соглашениями ВТО.

Этот вывод подтверждается тем фактом, что 26 января 2023 года США подали апелляцию на доклад третейской группы по спору *США — Требования к маркировке*⁶⁰ в фактически недействующий Апелляционный орган, то есть «в пустоту», а также негативной реакцией на такое поведение США и выводы третейской группы по обозначенному спору других членов ВТО. Так, Гонконг указал на то, что США, с одной стороны, несмотря на возражения подавляющего большинства членов ВТО, создали тупиковую ситуацию с выбором новых членов Апелляционного органа, а с другой стороны — используют эту ситуацию в целях уклонения от выполнения обязательств, вытекающих из соглашений ВТО⁶¹. Европейский союз полностью согласился с подходом к толкованию термина «чрезвычайная ситуация в международных отношениях», примененным третейской группой в споре *Россия — Транзит*⁶². Российская Федерация справедливо указала: поскольку США не указали конкретный параграф ст. XXI, на который они ссылаются, фактически анализ третейской группы представляет собой *obiter dicta*. Это означает, что третейская группа пустилась в теоретические рассуждения и предположения за рамками существа спора⁶³. Китай указал на то, что США вмешиваются во внутренние дела других членов ВТО, используя кризис Апелляционного органа для уклонения от собственных обязательств⁶⁴.

Данные обстоятельства демонстрируют противоречивые позиции США и целого ряда других членов ВТО как в отношении необходимости восстановления работы Апелляционного органа, так и в отношении толкования исключения по соображениям безопасности. Подход США, выражающийся в субъективном толковании данного исключения и подаче апелляции в парализованный Апелляционный орган, представляет собой злоупотребление как правом применять исключение по соображениям безопасности, так и кризисом Апелляционного органа. Такое злоупотребление противоречит принципу добросовестности и влечет серьезный риск разрушения ВТО. Парадоксально, но несмотря на то, что США проиграли спор *США — Требования к маркировке*, фактически третейская группа в данном споре последовала логике США, применив широкое толкование к термину «чрезвычайная ситуация в международных отношениях». Третейская группа предложила субъективный подход к толкованию данного термина, сравнив его с субъективными человеческими ощущениями холода и тепла. Это противоречит не только выводам третейской группы в споре *Россия — Транзит*, но и изначальному выводу самой третейской группы в споре *США — Требования к маркировке* об объективном характере термина «чрезвычайная ситуация в международных отношениях».

⁵⁹ *Ibid.*

⁶⁰ United States — Origin Marking Requirement (DS579), https://www.wto.org/english/tratop_e/dispu_e/cases_e/ds597_e.htm (дата обращения: 10.09.2023).

⁶¹ Minutes of the DSB meeting WT/DSB/M/475, 13 March 2023. §7.10.

⁶² Panel Report, *United States — Origin Marking Requirement*. *Op. cit.* §7.13.

⁶³ *Ibid.* §7.18

⁶⁴ *Ibid.* §7.20.

В условиях отсутствия функционирующего Апелляционного органа, который бы мог изменить некорректные выводы третейской группы, и во избежание дальнейшего риска злоупотреблений исключением по соображениям безопасности при разрешении споров необходимо применение лишь узкого подхода к толкованию термина «чрезвычайная ситуация в международных отношениях», задействованного третейской группой в споре *Россия — Транзит* в контексте нормы, предусматривающей исключение по соображениям безопасности. Иной подход приведет к ситуации, когда право ВТО соблюдается по желанию — иными словами, когда любую ситуацию, связанную с напряжением в любых международных отношениях, члены ВТО смогут использовать в качестве оправдания протекционистских мер, ограничивающих торговлю.

При этом также необходимо учесть, что решение третейской группы в споре *Россия — Транзит* является единственным решением, принятым (англ.: *adopted*) ОРС ВТО, в котором было истолковано исключение по соображениям безопасности. Это означает, что все члены ВТО согласились с тем, что рекомендации третейской группы в споре *Россия — Транзит*, основанные на толковании исключения по соображениям безопасности, подлежат выполнению на основании ст. 21.3 Договора о разрешении споров.

INTERPRETATION OF THE SECURITY EXCEPTIONS IN UNITED STATES — ORIGIN MARKING REQUIREMENT

BOKLAN D., MURASHKO E.

Daria Boklan — Doctor of Sciences in Law, Professor, School of International Law, Faculty of Law, HSE University, Moscow, Russia (boklan5@yandex.ru).
ORCID: 0000-0003-1218-7485.

Elena Murashko — Doctoral Student, School of International Law, Faculty of Law, HSE University, Junior Associate at Rybalkin, Gortsunyan, Dyakin & Partners, Moscow, Russia (elena.murashko@gmail.com). ORCID: 0000-0001-8817-7860.

The research was carried out within the framework of the project “New Approaches to the Regulation of International Economic Relations to Counter Sanctions: the Experience of Russian-Chinese Relations at the Global and Regional Level” by the Laboratory for the Study of Public Interest Protection under Economic Sanctions. The opinions expressed in the article are the personal opinions of the authors and may not reflect the position of the organizations for which they work.

Abstract

For the first time in the history of the WTO, the security exception was interpreted in the dispute *Russia — Measures Concerning Traffic in Transit*. For the second time, a similar provision was interpreted in the dispute *Saudi Arabia — Measures concerning the Protection of Intellectual Property Rights* concerning the protection of intellectual property rights. The two panels in the two disputes followed a similar approach and used a combined approach to interpret the national security exceptions: a subjective approach for one part of the exception and an objective approach for the other part. In doing so, the panels took a narrow approach to interpreting the term “emergency in international relations”. The described, rather balanced and logical approach was substantially changed in the recent dispute *US — Origin Marking Requirement*. Unlike the panels in the previous two disputes, the Panel in the *US — Origin Marking Requirement* undertook a broad approach to interpreting the term “emergency in international relations”. The use of this approach may further exacerbate the current crisis in the WTO dispute settlement system and facilitate abuse by respondents in using the security exceptions in order to justify measures which are inconsistent with WTO agreements. Applying such a broad interpretation would result in a situation in which WTO law is complied with at will, as WTO Members would be able to rely on any situation involving tension in any international relations in order to justify trade-restrictive protectionists measures.

Key words

security exception, World Trade Organization (WTO), emergency in international relations, essential security interests, interpretation

Citation: Boklan D., Murashko E. *Opasnaya praktika WTO: tolkovanie isklucheniya po soobrazheniyam bezopasnosti v spore SSHA — Trebovaniya k markirovke* [Interpretation of the Security Exceptions in *United States — Origin Marking Requirement*] // Zhurnal VSHĖ po mezhdunarodnomu pravu (HSE University Journal of International Law). 2023. Vol. 1. № 2. P. 111–121.

<https://doi.org/10.17323/jil.2023.18199>

References / Список источников

Boklan D., Bahri A. (2020) The First WTO's Ruling on National Security Exception: Balancing Interests or Opening Pandora's Box? *World Trade Review*, vol. 19, no. 1, pp. 123–136.

Boklan D., Murashko E. (2022) Sanktsii v otnoshenii uslug i natsional'naya bezopasnost': opravdanie ili zloupotreblenie? [Sanctions on trade in services and national security: justification or abuse?] *Mezhdunarodnoe pravosudie*, vol. 12, no. 3, pp. 139–156. (In Russian).

Bossche P., Akpofure S. The Use and Abuse of the National Security Exception under Article XXI(b)(iii) of the GATT 1994. WTI Working Paper No. 03/2020.

Bossche P., Zdouc W. *The Law and Policy of the World Trade Organization*. Cambridge: Cambridge University Press, 2013.

Dispute Settlement Rules: Understanding on Rules and Procedures Governing the Settlement of Disputes. Annex 2 to Marrakesh Agreement Establishing the World Trade Organization of 15 April 1994.

Lindsay P. (2003) The Ambiguity of GATT Article XXI: Subtle Success or Rampant Failure? // *Duke Law Journal*, vol. 52. no. 6, pp. 1277–1313.