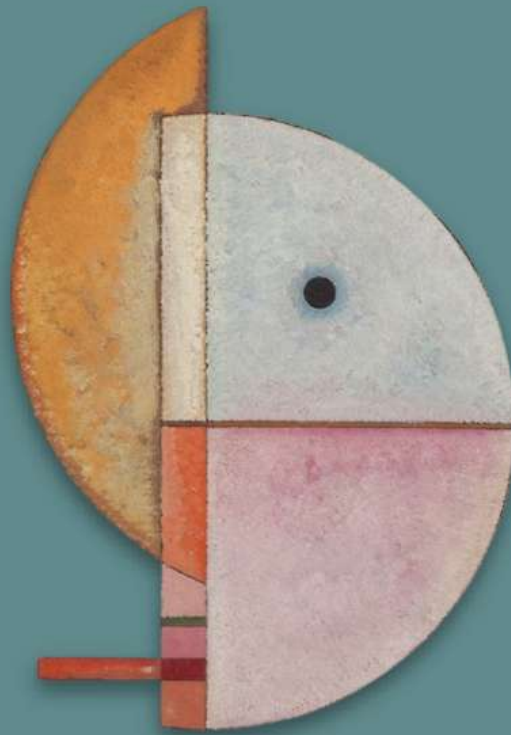


ISSN 2949-5717



**ЖУРНАЛ ВШЭ ПО МЕЖДУНАРОДНОМУ ПРАВУ**  
HSE UNIVERSITY JOURNAL OF INTERNATIONAL LAW

2023 | 3



# 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. ISSN: 2949-5717.

## 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

**БЕЛЛИ Лука,**  
Правовая школа Фонда Жетулиу  
Варгаса, Бразилия

**БОКЛАН Дарья Сергеевна,**  
НИУ ВШЭ, Россия

**ГОРСКИЙ Йенджер,**  
Городской университет Гонконга

**ЕВСЕЕВ Александр Петрович,**  
НИУ ВШЭ, Россия

**ИВАНОВ Эдуард Александрович,**  
НИУ ВШЭ, Россия

**КРАСИКОВ Дмитрий Владимирович,**  
Саратовская государственная  
юридическая академия, Россия

**КРСТИЦ Ивана,**  
Университет Белграда, Сербия

**ЛИФШИЦ Илья Михайлович,**  
Всероссийская академия внешней  
торговли, Россия

**РОМАШЕВ Юрий Сергеевич,**  
НИУ ВШЭ, Россия

**РУСИНОВА Вера Николаевна,**  
НИУ ВШЭ, Россия

**СОЛНЦЕВ Александр Михайлович,**  
Российский университет дружбы народов,  
Россия

**СТАРЖЕНЕЦКИЙ Владислав Валерьевич,**  
НИУ ВШЭ, Россия

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

**ШЕСТАКОВА Ксения Дмитриевна,**  
СПбГУ, Россия

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

## Редакционный совет

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

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

**БОКЛАН Дарья Сергеевна,**  
НИУ ВШЭ, Россия

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

**ЕРПЫЛЁВА Наталия Юрьевна,**  
НИУ ВШЭ, Россия

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

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

**КОЛОС Денис Георгиевич,**  
судья Суда Евразийского экономического  
союза, Беларусь

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

**МАРОЧКИН Сергей Юрьевич,**  
Тюменский государственный университет,  
Россия

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

**МЕЗЯЕВ Александр Борисович,**  
Университет управления «ТИСБИ», Россия

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

**РУСИНОВА Вера Николаевна,**  
НИУ ВШЭ, Россия

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

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

**ТОЛСТЫХ Владислав Леонидович,**  
МГИМО (У) МИД России, Институт  
востоковедения РАН, 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](mailto:lawjournal@hse.ru)  
<https://jil.hse.ru>

Позиция авторов может не совпадать с мнением редакции.

© НИУ ВШЭ, 2024

# 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. ISSN: 2949-5717.

## 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

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

**Daria BOKLAN,**  
HSE University, Russia

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

**Alexander EVSEEV,**  
HSE University, Russia

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

**Eduard IVANOV,**  
HSE University, Russia

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

**Ivana KRSTIC,**  
the University of Belgrade, Serbia

**Ilya LIFSHITS,**  
the Russian Foreign Trade Academy, Russia

**Yury ROMASHEV,**  
HSE University, Russia

**Vera RUSINOVA,**  
HSE University, Russia

**Alexandr SOLNTSEV,**  
RUDN University

**Ksenia SHESTAKOVA,**  
St Petersburg University, Russia

**Vladislav STARZHENETSKY,**  
HSE University, Russia

**Nataliya TYURINA,**  
Kazan Federal University, Russia

## Editorial Council

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

**Adel ABDULLIN,**  
Kazan Federal University, Russia

**Daria BOKLAN,**  
HSE University, Russia

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

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

**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

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

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

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

**Anatoly KOVLER,**  
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

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

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

**Alexander MEZYAEV,**  
University of Management "TISBI",  
Russia

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

**Vera RUSINOVA,**  
HSE University, Russia

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

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

**Vladislav TOSTYKH,**  
Moscow State Institute of  
International Relations (University) of  
the Ministry of Foreign Affairs of  
Russia; Institute of Oriental Studies,  
Russian Academy of Science,  
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](mailto:lawjournal@hse.ru)  
<https://jil.hse.ru>

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

© HSE University, 2024

# Содержание / Contents

## ТЕОРЕТИЧЕСКИЕ ИЗЫСКАНИЯ / THEORETICAL INQUIRIES

### Assaf A. / Ассаф А.

Violations of Sovereignty in “Cyberspace” under the United Nations Charter / Нарушение государственного суверенитета в «киберпространстве»: взгляд через призму Устава ООН ENG ..... 4

### Varga K. / Варга К.

Arbitrating Investment Disputes Involving States with Competing Governments (on the Example of Venezuela) / Рассмотрение инвестиционных споров в арбитраже с участием государств с конкурирующими правительствами (на примере Венесуэлы) ENG ..... 21

## АКТУАЛЬНЫЕ ПРОБЛЕМЫ / TOPICAL ISSUES

### Ровнов Ю. Е., Кинзикеева К. Р. / Rovnov Y., Kinzikeyeva K.

Решения внутригосударственных судов по искам о понуждении к сокращению выбросов парниковых газов: пространство дискреции государств / Domestic Climate Litigation: Discretion of States in Defining Emission Reduction Targets РУС ..... 36

### Ishchenko A. / Ильченко А. А.

Interpretation of “Investments” and “Investors” in the Russia-Belgium/Luxembourg BIT: Seeking Ways to Resolve the Case of NSD / Толкование понятий «инвестиции» и «инвесторы» в российско-бельгийско-люксембургском двустороннем инвестиционном договоре: поиск путей разрешения дела НСД ENG ..... 57

### Polshakova V. / Польшакова В. В.

Moral Damages in International Investment Law / Моральный вред в международном инвестиционном праве ENG ..... 73

## СРАВНИТЕЛЬНО-ПРАВОВЫЕ ИССЛЕДОВАНИЯ / COMPARATIVE LEGAL RESEARCH

Белова О. С. / Belova O. Энергетический союз Европейского союза как механизм правового регулирования развития внутреннего электроэнергетического рынка / European Union Energy Union as a Mechanism for Legal Regulation of the Internal Electricity Market Development РУС ..... 85

## КОММЕНТАРИЙ / COMMENTARY

### Polshakova V. / Польшакова В. В.

Комментарий к решению Международного Суда от 30 марта 2023 года по делу «Некоторые иранские активы (Исламская Республика Иран против Соединенных Штатов Америки)» / Commentary on the Judgment of the International Court of Justice of 30 March 2023, *On Certain Iranian Assets (Islamic Republic of Iran v. United States of America)* РУС ..... 98

## VIOLATIONS OF SOVEREIGNTY IN “CYBERSPACE” UNDER THE UNITED NATIONS CHARTER

ASSAF A.

Alaa Assaf — Specialist in International Law, Damascus, Syria  
(alaa.assaf89@gmail.com). ORCID: 0000-0003-4714-1401

### Abstract

Affirming that violating State sovereignty through and against “cyber” infrastructure could be covered by the scope of Art. 2(4) and (7) of the United Nations Charter is one of the most pressing challenges that faces international law today. This article aims to address this issue by expanding on a general taxonomy outlined in the Tallinn Manual 2.0 on violations of sovereignty in “cyberspace”. These violations are categorised as conducts leading to either “infringement upon the target State’s territorial integrity” or “interference or usurpation of inherently governmental functions”. In order to map the taxonomy of the Tallinn Manual 2.0 onto Art. 2(4) and (7), it is necessary to highlight the convergence between territorial sovereignty and “cyberspace” that allows for extending the scope of application of Art. 2. Through recognising data as “assets” that can be subject to a functional sovereignty, that in turn could be subject to unlawful use of force in violation of the general ban codified in Art. 2(4) as an “infringement upon the target State’s territorial integrity”. Extending the scope of Art. 2(7) is contingent upon defining the concept of intervention as a conduct aiming to unlawfully assume an exclusive competence of a State by another State. Under this concept, intervention in “cyberspace” could be envisaged as attempts to gain control over the functionality of certain “cyberspace” infrastructure that is instrumental for the manifestation of State exclusive competences. A process that demands taking control of that entity to an extent impinging the regular functioning of the targeted entity beyond the mere manipulation of data. Under the proposed definition of intervention such conduct of “interference or usurpation of inherently governmental functions” can constitute a violation to the principle of non-intervention as codified by Art. 2(7).

### Key words

“cyberspace”, Tallinn Manual 2.0, cyber operations, United Nations Charter, functional sovereignty, use of force, principle of non-intervention, inherently governmental functions, critical infrastructure

**Citation:** Assaf A. Violations of Sovereignty in “Cyberspace” under the United Nations Charter // Zhurnal VSHÉ po mezhdunarodnomu pravu (HSE University Journal of International Law). 2023. Vol. 1. № 3. P. 4–20.

<https://doi.org/10.17323/jil.2023.18848>

### Introduction

One of the key problems for international lawyers today is to configure political interactions in the *dominium* of “cyberspace”<sup>1</sup> with operational *lex lata*, especially those related to violations of sovereignty. Difficulties range from those related to scarcity of legal instruments on “cyberspace” that could have allowed lawyers to extrapolate norms and rules through interpretation efforts to those related to the lack of adequate knowledge on the technical aspects of “cyberspace” by lawyers.<sup>2</sup>

“Cyberspace” could be defined as a “domain characterised by the use of electronics and the electromagnetic spectrum to store, modify, and exchange data via networked systems and associated physical infrastructures”.<sup>3</sup> “Cyberspace” is a form of Information and Communications Technology (hereinafter — ICT) that facilitates the exchange of data, with data conceived as “given” digital representations by and of actors over “cyberspace”.<sup>4</sup> The Tallinn Manual 2.0 on the International Law Applicable to Cyber Operations (hereinafter — Tallinn Manual 2.0) — with its *lex lata* approach — recognised the extension of sovereignty into “cyberspace”, accepted to be applying *ratione loci* and

<sup>1</sup> Tsagourias N. *The Legal Status of Cyberspace: Sovereignty Redux?* // *Research Handbook on International Law and Cyberspace* / ed. by N. Tsagourias, R. Buchan. Edward Elgar Publishing, 2021.

<sup>2</sup> Radziwill Y. *Cyber-Attacks and the Exploitable Imperfections of International Law*. Brill, 2015. P. 7.

<sup>3</sup> United States Chairman of the Joint Chiefs of Staff. *National Military Strategy for Cyberspace Operations (U)* // Homeland Security Digital Library. 30 November 2006. URL: <https://www.hsdl.org/?view&did=35693> (accessed: 14 June 2020); Defence Strategy for Operating in Cyberspace // Netherlands Ministry of Defence. 27 June 2012. URL: [https://www.itu.int/en/ITU-D/Cybersecurity/Documents/National\\_Strategies\\_Repository/Netherlands\\_2012\\_NDL-Cyber\\_Strategy\\_Eng.pdf](https://www.itu.int/en/ITU-D/Cybersecurity/Documents/National_Strategies_Repository/Netherlands_2012_NDL-Cyber_Strategy_Eng.pdf) (accessed: 12.01.2023); *Stratégie Nationale Sécurité Numérique* // Agence nationale de la sécurité des systèmes d’information. 16 October 2015. URL: [https://www.ssi.gouv.fr/uploads/2015/10/strategie\\_nationale\\_securite\\_numerique\\_fr.pdf](https://www.ssi.gouv.fr/uploads/2015/10/strategie_nationale_securite_numerique_fr.pdf) (accessed: 15.06.2020).

<sup>4</sup> Humphreys S. *Data: The Given / International Law’s Objects* / ed. by J. Hohmann, D. Joce. Oxford University Press, 2018.

*ratione personae*.<sup>5</sup> Conceiving “cyberspace” as constructed of three layers, all of which are encompassed by the principle of sovereignty: first, the physical layer; second, the logical layer, and, third, the social layer.<sup>6</sup>

With “cyberspace” being recognised as intrinsically physical, the issue of violating the sovereignty of States through “cyberspace” might seem straightforward: any material attack on material subjects or the material manifestations of a State is governed by the corpus of *jus ad bellum*. However, the issue at hand is far more complex than deciding the *locus*. Instead, it is to assess how damages can be done through, across, and against “cyberspace” against the sovereignty of a State in a manner that might not constitute any physical consequences. Such modalities of violations are commonly described as “cyber operations”: activities that involve the use of cyber infrastructure or employ cyber means to affect the operation of such infrastructure (cyber act), to achieve certain objects in or through “cyberspace” (a context).<sup>7</sup>

The question now is how to navigate international legislative silence surrounding “cyberspace”? In such situation the most reasonable approach is to conduct empirical inquiries beyond the tautology of positivism. In the case of developing new international legal rules, relying on empirical inquiries might eventually lead up to a behaviouralist inquiry.<sup>8</sup> Legal behaviouralism could be described as a legal technicality that emphasises on exposing cognitive biases and heuristics to “explain” what actors might reveal rather than to help “understand” the meaning of their actions. With that said, behaviouralism might be accused of over-justifying indeliberate heuristic reasoning and deploying persuasive sampling strategies to construct an apologetic legal argument.<sup>9</sup> Such criticism, while valid, must factor in the initial state of the discourse of legal governance of “cyberspace” that lacks *grundnorm* to assess derived norms against. In this case, behaviouralism can provide a rudimentary foundation for a prospect development of new international legal rules or principles beyond legal formalism, by transcending governmental bureaucracies into evaluating the social actualities and fluidities of practice of power by selected organs of multiple States, arranged as a discursive analysis on the *governmentality* of the production of reality,<sup>10</sup> and perhaps also space. A social, empirical practice of legal determination substitutes validity in legal ascertainment with questions of facts of those social practices by actors of a legal system.<sup>11</sup>

While behaviouralism is essentially a social inquiry, that can contribute to formal legal frameworks as that of formal sources of international law. Behaviouralism can be informative of new legal semantics associated with the practice of power, or to contribute to an emerging *opinio juris* as an aggregation of law-abiding motivations from individual States “intrinsic” to a certain practice of power in a certain political context. And even if behaviouralism might suffer from failing to address less-orthodox constructs of *opinio juris* in the creation of a new rule of customary international law, as in crediting normative rules through mutual recognition.<sup>12</sup> Yet in the normative circumstances surrounding “cyberspace” governance, criticism of policy-oriented approaches as behaviouralism can be tolerated.

Having decided on a methodology, I shall turn now to sketch a legal framework on sovereignty violations across “cyberspace”. The Tallinn Manual 2.0 provided a general taxonomy on what constitutes a violation of sovereignty *ratione loci* and *ratione personae* across the material manifestations of “cyberspace” through “cyber operations”. The first category of sovereignty violations refers to “infringement upon the target State’s territorial integrity”, while the second category refers to “interference or usurpation of inherently governmental functions”.<sup>13</sup> This taxonomy was endorsed by a number of

<sup>5</sup> Tallinn Manual 2.0 on The International Law Applicable to Cyber Operations / ed by. Schmitt M. Cambridge, MA, USA : Cambridge University Press, 2017; UN Doc A/68/98 2013; UN Doc A/70/174 (Group of Governmental Experts on Developments in the Field of Information and Telecommunications in the Context of International Security) 2015; UN Doc A/AC.290/2021/CRP.2 2021.

<sup>6</sup> Tallinn Manual 2.0... P. 12. Rule 1. Para 4.

<sup>7</sup> *Ibid.* P. 564.

<sup>8</sup> Brodeur T. *Behavioral International Law: An Introduction* // *Opinio Juris*. 9 October 2013. URL: <http://opiniojuris.org/2013/10/09/behavioral-international-law-introduction/> (accessed: 19.03.2023). See generally McDougal M. *International Law, Power, and Policy: A Contemporary Conception* // *Collected Courses of the Hague Academy of International Law*. Brill, 1953.

<sup>9</sup> Cho S. *A Social Critique of Behavioral Approaches to International Law* // *AJIL Unbound*. Vol. 115. 2021. P. 248, 249.

<sup>10</sup> Cox N. *Technology and Legal Systems*. Farnham, UK : Ashgate Publishing Ltd, 2006. P. 87.

<sup>11</sup> d’Aspremont J. *Formalism and the Sources of International Law: A Theory of the Ascertainment of Legal Rules*. Oxford University Press, 2011. P. 216.

<sup>12</sup> Cho S. *Op. cit.* P. 249.

<sup>13</sup> Tallinn Manual 2.0... P. 20. Rule 4. Para 10.

States such as the Netherlands,<sup>14</sup> Sweden,<sup>15</sup> Switzerland,<sup>16</sup> Canada,<sup>17</sup> and Norway.<sup>18</sup> Moreover, the terminology adopted by the International Group of Experts (hereinafter — IGE) — the working group which drafted the Tallinn Manual 2.0, arguably reflective of an attempt to map “cyber operations” into the framework of United Nations Charter (hereinafter — UN Charter), precisely to map the “infringement upon the target State’s territorial integrity” into Art. 2(4) (the general ban on the use of force), and to map “interference or usurpation of inherently governmental functions” into Art. 2(7) (the principle of non-intervention). Accordingly, the aim of this paper is to further the taxonomy of the Tallinn Manual 2.0 along with the biases, heuristics, and vocational factors that contributed to its emergence and endorsement by some States,<sup>19</sup> to inquire if international law can accommodate such taxonomy or not.

## 1. The infringement upon the target state’s territorial integrity

The IGE tried to provide a general roadmap to categorise infringement upon State’s “territorial integrity”. These were: inflicting physical damage, loss of functionality, and infringement upon territorial integrity falling below the threshold of loss of functionality.<sup>20</sup> With this roadmap, the IGE fuelled confusion regarding the suggested semantics, despite pushing a case-to-case approach as a defence, but without success.<sup>21</sup> This unfortunate conclusion resulted from confusing material and immaterial aspects of “cyberspace” by equating “cyber operations” causing physical damage with those causing only functional, immaterial damages or infringements. All for the sake of forcefully mapping both modalities into the legal framework governing what is referred to as “territorial sovereignty”: the intrinsically-material, spatial manifestation of sovereignty. The better solution is to set aside functional issues for now, and to isolate “cyber operations” causing “physical damages” as the proper representation of violations of a State’s spatial territory.

### 1.1. Assessing the physical damage of “cyber operations”

The concept of “physical damages” was endorsed to be the legal standard for sovereignty violations across the material layers of “cyberspace”. International law is indecisive on the definition of damage, particularly in relation to the concept of injury, since the issue is heavily contextual ranging from damages to “respected” interests caused by a use of force to those committed against the environment.<sup>22</sup> Tort law recognises *damnum sine injuria* (damage for which there is no remedy in law), and *injuria sine damno* (legal wrong not causing actual damage),<sup>23</sup> and international law seems to accord. The *travaux* of Draft articles on Responsibility of States for Internationally Wrongful Acts rejected that injury “consists” of damage(s), instead adopting “injury” as an umbrella term that “includes” any damage, material or moral, that give rise to reparation as the central standard. Accordingly, to claim reparation from a physical or material injury it is then required for the damage to be “actionable”:<sup>24</sup> a rule known in common law as the *legal-injury rule*, stating that the damage, or some of it, should be already sustained and assessable in

<sup>14</sup> Letter to the parliament on the international legal order in cyberspace: “Appendix: International law in cyberspace” // Government of the Netherlands. 26 September 2019. P. 3. URL: <https://www.government.nl/documents/parliamentary-documents/2019/09/26/letter-to-the-parliament-on-the-international-legal-order-in-cyberspace> (accessed: 22.03.2023).

<sup>15</sup> Position Paper on the Application of International Law in Cyberspace // Regeringskansliet. 7 January 2022. P. 2. URL: <https://www.government.se/reports/2022/07/position-paper-on-the-application-of-international-law-in-cyberspace> (accessed: 29.03.2023).

<sup>16</sup> Switzerland’s position paper on the application of international law in cyberspace - Annex UN GGE 2019/2021 // Eidgenössisches Departement für auswärtige Angelegenheiten. 27 May 2021. P. 3. URL: [https://www.eda.admin.ch/dam/eda/en/documents/aussenpolitik/voelkerrecht/20210527-Schweiz-Annex-UN-GGE-Cybersecurity-2019-2021\\_EN.pdf](https://www.eda.admin.ch/dam/eda/en/documents/aussenpolitik/voelkerrecht/20210527-Schweiz-Annex-UN-GGE-Cybersecurity-2019-2021_EN.pdf) (accessed 23.01. 2023).

<sup>17</sup> International Law Applicable in Cyberspace // Government of Canada. 22 April 2022. Para. 13. URL: [https://www.international.gc.ca/world-monde/issues\\_developpement-enjeux\\_developpement/peace\\_security-paix\\_securite/cyberspace\\_law-cyberspace\\_droit.aspx?lang=eng](https://www.international.gc.ca/world-monde/issues_developpement-enjeux_developpement/peace_security-paix_securite/cyberspace_law-cyberspace_droit.aspx?lang=eng) (accessed: 22.03.2023).

<sup>18</sup> UN Doc A/76/136 2021 65–68.

<sup>19</sup> Adams M. A Warning About Tallinn 2.0... Whatever It Says // Lawfare. 4 January 2017. URL: <https://www.lawfareblog.com/warning-about-tallinn-20-%E2%80%A6-whatever-it-says> (accessed 5.02.2023); Tallinn Manual 2.0... P. i.

<sup>20</sup> Tallinn Manual 2.0... P. 20. Rule 4. Para 10.

<sup>21</sup> Ibidem. Rule 4. Paras 11–14.

<sup>22</sup> Legality of the Threat or Use of Nuclear Weapons (Advisory Opinion) [1996] ICJ Reports 226, 241–242. Paras 29–31.

<sup>23</sup> Damage // Oxford Dictionary of Law / ed. by J. Law, E. Martin. 7th ed., Oxford University Press, 2013.

<sup>24</sup> Crawford J. The International Law Commission’s Articles on State Responsibility: Introduction, Text and Commentaries. Cambridge, UK : Cambridge University Press, 2002. P. 29–31, 202–203; UNGA A/RES/56/83 (Responsibility of States for Internationally Wrongful Acts), 2002. Art. 31; Factory at Chorzów [1927] PCIJ, Series A, No 09 3, 47; Rainbow Warrior (New Zealand v France) [1990] XX RIAA 215, 266–267, paras 107–110.

financial terms so a legal claim could rise (*de minimis non curat lex*).<sup>25</sup> The IGE's argument of "cyber operations" "infringing" on the spatial territory of a State within the intended meaning of Art. 2(4) of the UN Charter can only be sustained in cases of actual pecuniary, physical damage, regardless of the need to assert a loss of functionality of a related physical-layer object.

In 2010, the Natanz fuel enrichment plant in Iran was hit by a malware referred to as "Stuxnet" that managed to infiltrate industrial control systems of centrifuges used to enrich the uranium, altering their movement speed and causing physical damage. Iran admitted damages without providing estimations.<sup>26</sup> In 2012, Saudi Aramco was hit by malware initially thought to be a wiper virus dubbed later as "Shamoon". This malware did more than erasure of data logically,<sup>27</sup> since it managed to corrupt Hard Disk Drives' (hereinafter — HDD) Master Boot Record,<sup>28</sup> hence "destroying" Aramco's data storage hardware consisting of over 30000 devices, forcing Saudi Arabia to rush physical replacements.<sup>29</sup> The "Stuxnet" and "Shamoon" malwares' factual causation<sup>30</sup> to the sustained financially assessable physical damages stand as examples of violation of sovereignty through "cyber operations". In the case of "Stuxnet", Iran did not accuse any State, but the political narrative surrounding Iran's nuclear program made it convincing to read "Stuxnet" as a "cyber operation" conducted against Iran by a foe State, notably Israel and/or the United States.<sup>31</sup> Giving its physical remoteness, it would be difficult to ascribe "Stuxnet" as an infringement on the "territorial integrity" of a State, as such description traditionally held a connotation of a physical cross-border activity or belligerent occupation.<sup>32</sup> Against this backdrop, "Stuxnet" was essentially inquired as a violation of Art. 2(4) of the UN Charter, and the first ensuing legal question was whether "Stuxnet" could qualify as a use of force. The Tallinn Manual 2.0 that recognised the *Nicaragua* definition of an intervention as a low-threshold use of force, agreed that "Stuxnet" was indeed a use of force within the meaning of Art. 2(4), but the IGE did not reach a conclusive answer if "Stuxnet" reached the threshold of an "armed attack" for the purpose of invoking Art. 51 of the UN Charter.<sup>33</sup>

Bearing in mind, *arguendo*, the likelihood of "Stuxnet" being attributable to a State,<sup>34</sup> the existence of physical damage was fundamental for this assessment, forcing scholars to adopt a holistic approach to circumvent the rigid criteria surrounding the assessment of the use of force in a classic sense, enquiring multiple standards as immediacy, directness, severity, and invasiveness. Those standards hold inherent forensic materiality that are inapplicable to "cyber operations", hence were abrogated by *post hoc* analysis of the gravity of the conclusion of the act.<sup>35</sup> M. Roscini further argued that introducing precise parameters for a gravity factor cannot be feasible, since the text of Art. 2(4) of the UN Charter does not include any such threshold, even Rapporteur R. Ago once mentioned that Art. 2(4) prohibits "any kind of conduct involving any assault whatsoever on the territorial sovereignty of another State, irrespective of its

<sup>25</sup> *Damage // Black's Law Dictionary* / ed. by H. Campbell Black, B. Garner. St. Paul, MN : Thomson Reuters, 2019.

<sup>26</sup> Albright D., Brannan P., Walrond C. *Did Stuxnet Take Out 1,000 Centrifuges at the Natanz Enrichment Plant?* // Institute for Science and International Security. 22 December 2010. URL: <https://isis-online.org/isis-reports/detail/did-stuxnet-take-out-1000-centrifuges-at-the-natanz-enrichment-plant/> (accessed: 24.03. 2023).

<sup>27</sup> See generally on the difference between software-based "deleting" and "erasing" digital data in Gutmann A., Warner M. *Fight to Be Forgotten: Exploring the Efficacy of Data Erasure in Popular Operating Systems // Privacy Technologies and Policy* / ed. by M. Naldi et. al. Springer, 2019.

<sup>28</sup> Tarakanov D. *Shamoon The Wiper: Further Details (Part II)* // Securelist Kaspersky. 11 September 2012. URL: <https://securelist.com/shamoon-the-wiper-further-details-part-ii/57784/> (accessed 24.03. 2023). See on MBR malwares Kim D., Solomon M. *Fundamentals of Information Systems Security*. 4th ed. Jones & Bartlett Learning, 2021. P. 258–259.

<sup>29</sup> Saudi Aramco Says Cyber Attack Targeted Kingdom's Economy // *Al Arabiya English*. 9 December 2012. URL: <https://english.alarabiya.net/articles/2012/12/09/254162> (accessed: 24.03.2023).

<sup>30</sup> Regarding causation, International Law, even if vaguely, seems to follow Tort law's factual causation assessment, despite suffering from discrepancies in the choice of causation tests, See Crawford J. *Op. cit.* P. 203–204. Para. 9; Plakokefalos I. *Causation in the Law of State Responsibility and the Problem of Overdetermination: In Search of Clarity* // European Journal of International Law. Vol. 26. 2015. P. 471, 486–491. See notably *Responsabilité de l'Allemagne à raison des dommages causés dans les colonies portugaises du sud de l'Afrique (sentence sur le principe de la responsabilité) (Portugal contre Allemagne)* [1928] II RIAA 1011, 1019–1025. Compare with *Application of the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide (Bosnia and Herzegovina v Serbia and Montenegro) (Judgment)* [2007] ICJ Reports 43, 233–234, para 462.

<sup>31</sup> Heckman K. et. al. *Cyber Denial, Deception and Counter Deception: A Framework for Supporting Active Cyber Defense*. Springer, 2015. P. 53–62.

<sup>32</sup> Trapp K. *Boots (on the Ground)* // *International Law's Objects* / ed. by D. Joyce. Oxford University Press, 2018. P. 156–158.

<sup>33</sup> *Tallinn Manual 2.0...* P. 321, 342, 384. Rule 66. Para 26. Rule 71. Para 10. Rule 82. Para 15.

<sup>34</sup> Because of the practical nature of attribution in international law, this article is not concerned with such legal technicalities, but only with grounding doctrinal debates. Hence attribution to a State will be presumed. See on the issue of attribution in relation to "cyber operations" Banks W. *Cyber Attribution and State Responsibility* // International Law Studies. Vol. 97. 2021. P. 1039, 1046–1054.

<sup>35</sup> Foltz A. *Stuxnet, Schmitt Analysis, and the Cyber Use-of-Force Debate* // National Defense University, Joint Force Quarterly. Vol. 47. 2012. P. 40, 42–43.



magnitude, duration or purposes”.<sup>36</sup> However, Roscini argues that according to Art. 32 of the Vienna Convention on the Law of Treaties<sup>37</sup> a minimal threshold should exist, otherwise a literal interpretation of Art. 2(4) will lead to results that are “manifestly absurd or unreasonable”. It would be “absurd or unreasonable” to consider a “cyber operation” causing physical damage to one computer or a server as an act of use of force,<sup>38</sup> let alone against the sovereignty of a State.

Applying the same conclusion on the “Shamoon” attack might be difficult, since the damage caused was not physical in the sense of changing the physical characteristics or the form of the target devices through burning, breaking, or melting, as what was caused by “Stuxnet”. The “Shamoon” attack is unique in the sense it had effects equal to those caused by physical attack requiring physical remedy through replacing the HDDs, but without causing any tangible physical damage to those devices. Unlike with “Stuxnet”, international law scholars were reluctant to address the “Shamoon” attack as a use of force.<sup>39</sup> Yet, to avoid confessing a legal vacuum, some scholars attempted to categorise “Shamoon” as unlawful intervention through shifting the attention into the functionality of the operation, depicting such malwares as a “coercion” below the threshold of a use of force as argued in *Nicaragua*,<sup>40</sup> that caused a loss or disturbance of functionality.<sup>41</sup> Such approach will bring the doctrinal debate back to square one: the necessity of providing intervention with a conceptual autonomy outside the use of force. Even from a technical point of view, the damages caused by “Shamoon” cannot be equated to attacks that can cause only “logical damages” that could be remedied exclusively through “logical” assistance without permanent data loss.<sup>42</sup> Whilst damaged HDDs could be restored to operation through “logical” software remedies, yet it is impossible to restore the “physically” lost data.<sup>43</sup> Moreover, it would be economically sound to have them quickly replaced with “clean” new HDDs as Aramco did.

Examples of such “logical” attacks are the Distributed-Denial-of-Service (DDoS)<sup>44</sup> attacks in Georgia and Russia during the 2008 South Ossetia war,<sup>45</sup> and against Kyrgyzstan in 2009 that crippled the internet across the whole country,<sup>46</sup> or even DDoS attacks against Estonia in 2007 that had the effect of shutting down the governmental electronic-based services.<sup>47</sup> Despite such financially considerable damages, none could be described as physical, or requiring physical alteration to damaged objects thus changing their identity.<sup>48</sup> It appears the “Shamoon” attack stands somewhere in the middle between physically damaging malware such as “Stuxnet”, and “logically” incapacitating acts such as DoS attacks. Some scholars suggest that while “Stuxnet” ostensibly constitutes a use of force within the meaning of Art. 2(4) of the UN Charter, “Shamoon” and DDoSs are “logical” interventions causing loss of functionality, “permanent” in the former while “temporary” in the latter.<sup>49</sup> Nevertheless, such solution builds on the flawed conception of intervention adopted in *Nicaragua* as a legislative gap-filler for low-threshold

<sup>36</sup> Roscini M. *Cyber Operations and the Use of Force in International Law*. Oxford University Press, 2014. P. 54.

<sup>37</sup> Vienna Convention on the Law of Treaties (adopted 23 May 1969, entered into force 27 January 1980) 1155 UNTS 331, Art. 32.

<sup>38</sup> Roscini M. *Op. cit.* P. 54. See also Buchan R., Tsaourias N. *Op. cit.* P. 22–24. See also on this regard the practice of the ICJ applying “natural and reasonable interpretation of this concept [the use of force]” in *Fisheries Jurisdiction (Spain v Canada) (Jurisdiction of the Court)* [1998] ICJ Reports 431, 466, para 84.

<sup>39</sup> Chircop L. *Territorial Sovereignty in Cyberspace after “Tallinn Manual 2.0”* // Melbourne Journal of International Law. 2019. Vol. 20. P. 349, 361.

<sup>40</sup> *Military and Paramilitary Activities in and against Nicaragua (Nicaragua v United States of America) (Merits, Judgment)* [1986] ICJ Reports 14, 110–111, 127, paras 210–211, 249.

<sup>41</sup> Roscini M. *Op. cit.* P. 310,313–315.

<sup>42</sup> Joint CISA FBI MS-ISAC Guide on Responding to DDoS Attacks and DDoS Guidance for Federal Agencies: Understanding and Responding to Distributed Denial-of-Service Attacks // *Cybersecurity and Infrastructure Security Agency CISA*. 28 October 2022. URL: [https://www.cisa.gov/sites/default/files/publications/understanding-and-responding-to-ddos-attacks\\_508c.pdf](https://www.cisa.gov/sites/default/files/publications/understanding-and-responding-to-ddos-attacks_508c.pdf) (accessed 25.03.2023). (“Although a DDoS attack is unlikely to impact the confidentiality or integrity of a system and associated data, it does affect availability by interfering with the legitimate use of that system”). See also Identifying and Protecting against the Largest DDoS Attacks // *Google Cloud Blog*. 17 October 2020. URL: <https://cloud.google.com/blog/products/identity-security/identifying-and-protecting-against-the-largest-ddos-attacks> (accessed 25.03.2023).

<sup>43</sup> Kim D., Solomon M. *Op. cit.* P. 259.

<sup>44</sup> Morley D., Parker C. *Understanding Computers: Today and Tomorrow*. 16th edition. Cengage Learning, 2016. P. 361. (DDoS attack is an “act of sabotage that attempts to flood a network server or Web server with so many requests for action that it shuts down or simply can no longer handle requests, causing legitimate users to be denied service”).

<sup>45</sup> Deibert R., Rohozinski R., Crete-Nishihata M. *Cyclones in Cyberspace: Information Shaping and Denial in the 2008 Russia–Georgia War* // *Security Dialogue*, 2012. Vol. 43. P. 3.

<sup>46</sup> Rhoads C. *Kyrgyzstan Knocked Offline* // *Wall Street Journal*. 28 January 2009. URL: <https://www.wsj.com/articles/SB123310906904622741> (accessed 25.03.2023).

<sup>47</sup> Herzog S. *Revisiting the Estonian Cyber Attacks: Digital Threats and Multinational Responses* // *Journal of Strategic Security*. 2011. Vol. 4. P. 49.

<sup>48</sup> I borrowed this argument from the “Ship of Theseus” paradox concerning object’s identity, as whether the object that has replaced each of its components remains essentially the same object. See one of the rare legal applications of the “Ship of Theseus” paradox in the case of *Calidad Pty Ltd v Seiko Epson Corporation* [2020] High Court of Australia S329/2019.

<sup>49</sup> Chircop L. *Op. cit.* P. 359–360.

coercion.<sup>50</sup> Furthermore, this argument neglects the physical damages caused to data that qualifies being labelled as a use of force. Hence, for the task of providing data with a physical aspect we have to look elsewhere.

## 1.2. The proprietary argument of states' digital assets

To recognise data as objects capable of being physically targeted through “cyber operations”, data should be recognised as a property.<sup>51</sup> While such idea was generally frowned upon, recently it is becoming more acceptable giving concerns of economic efficiency, civil liberties, and avoidance of unjust interferences through data usage, giving rise to arguments for granting data a legal protection akin to that of private property.<sup>52</sup> The vehicle behind such narratives is indeed technological, however data is now conceived as decentralised, controllable and collectable commodity that can be dematerialised, moved, and then re-materialised or *vice versa*, all while maintaining data's contextual integrity and identity.<sup>53</sup> Moreover, individual “givers” of data can aggregate their collection and processing by third parties.<sup>54</sup> Against this backdrop, few legislators reflected through user or individual-centric instruments recognising “personally identifiable information” and “personal data” as interests subject to statutory protection, notably the EU's General Data Protection Regulation (hereinafter — GDPR) in 2016 and California Consumer Privacy Act (hereinafter — CCPA) in 2018.<sup>55</sup> Both GDPR and CCPA relied on civil law analogy to define “personal data” of natural and artificial persons as possible object of ownership since data, in general, is now thought of as enjoying clearly delineable boundaries as the case with user-held data, provides economic value and, and data can -in principle- always be disposed of.<sup>56</sup>

In the same vein, the UK Law Commission condoned the proprietary approach to data referred to as “digital assets”, arguing that even if digital assets can neither fall under the existing trite law categories of *choses* in possession since data does not have a tangible form *stricto sensu* that define their very being through physical form (gold, house, car...), nor they can be considered as *choses* in action since they are not claimable or enforceable by legal action.<sup>57</sup> However, current technical and legal developments in relevant treaty-law, case-law, and literature have started to recognise digital assets with the same “function” of proprietary objects, as a third category *tertium quid*. Data represented in an electronic medium allows for its definability and retrievability without the very data becoming *choses* in possession,<sup>58</sup> hence granting the foundation for the controllability of data. Data as objects exist independently of persons, they are relational to an “owner”, and not part of the “owner”, allowing for changes in owner's identity and even being abandoned. Accordingly, data rights are similar to property rights related to “things” asserted against persons generally, unlike personal rights that are asserted only against the

<sup>50</sup> *Military and Paramilitary Activities in and against Nicaragua (Nicaragua v United States of America*. Dissenting opinion of Judge Schwebel. [1986] ICJ Reports 259, 340–341, paras 160–161. Nicaragua's stance on the principle of non-intervention is noteworthy. Nicaragua further initiated proceedings against Honduras, asserting the distinct legal taxonomy of the principle of non-intervention and the principle of the prohibition of the use of force. ICJ Pleadings, Border and Transborder Armed Actions (*Nicaragua v Honduras*) (1986) I 6, paras 23, 26.

<sup>51</sup> Murphy J. *Cyber War and International Law: Does the International Legal Process Constitute a Threat to U.S. Vital Interests?* // *International Law Studies*. 2013. Vol. 89. P. 309, 325.

<sup>52</sup> Hummel P., Braun M., Dabrock P. *Own Data? Ethical Reflections on Data Ownership* // *Philosophy & Technology*. 2021. Vol. 34. P. 545, 547.

<sup>53</sup> Käll J. *The Materiality of Data as Property* // *Harvard International Law Journal Frontiers*. 2020. Vol. 61. P. 1–11; Mignon V. *Blockchains - Perspectives and Challenges* // *Blockchains, Smart Contracts, Decentralised Autonomous Organisations and the Law* / ed by. Kraus D., Obrist T., Hari O. Edward Elgar Publishing, 2019.

<sup>54</sup> Jurcys P. et al. *Ownership of User-Held Data: Why Property Law Is the Right Approach* // *Harvard Journal of Law and Technology Digest*. September 2020. P. 7–8. URL: <https://jolt.law.harvard.edu/assets/digestImages/Paulius-Jurcys-Feb-19-article-PJ.pdf> (accessed: 23.11.2023).

<sup>55</sup> Regulation (EU) 2016/679 of the European Parliament and of the Council of 27 April 2016 on the protection of natural persons with regard to the processing of personal data and on the free movement of such data, and repealing Directive 95/46/EC (General Data Protection Regulation) 2016 (OJ L); California Consumer Privacy Act 2018 [AB-375].

<sup>56</sup> Jurcys P. et. al. *Op. cit.* P. 10; California Consumer Privacy Act (n 57)1798.140(e), 1798.105 (a); Regulation (EU) 2016/679 of the European Parliament and of the Council of 27 April 2016 on the protection of natural persons with regard to the processing of personal data and on the free movement of such data, and repealing Directive 95/46/EC (General Data Protection Regulation). Art. 4, 16–20.

<sup>57</sup> *Digital Assets: Consultation Paper 256* // UK Law Commission. 28 July 2022. P. 51–60. URL: <https://s3-eu-west-2.amazonaws.com/lawcom-prod-storage-11jsxou24uy7q/uploads/2022/07/Digital-Assets-Consultation-Paper-Law-Commission-1.pdf> (accessed 25.03.2023). International law recognised proprietary categories of *choses* in possession and *choses* in action in, Vienna Convention on Succession of States in Respect of State Property, Archives and Debts (adopted 8 April 1983, not yet in force; pending Art. 50) UN Doc A/CONF.117/14.

<sup>58</sup> *Digital Assets: Consultation Paper 256* // UK Law Commission. 28 July 2022. P. 79–81. URL: <https://s3-eu-west-2.amazonaws.com/lawcom-prod-storage-11jsxou24uy7q/uploads/2022/07/Digital-Assets-Consultation-Paper-Law-Commission-1.pdf> (accessed: 25.03.2023).

particular person to whom they relate.<sup>59</sup> Furthermore, data are independent of the legal system, they are neither a creation of law nor recoverable only by legal action such as the case of intellectual property rights.<sup>60</sup> Finally, data rights are also rivalrous, meaning that property law should allocate rivalrous objects between persons, and to protect their liberty to use those objects free from the interference of others, this feature has a declaratory aspect requiring practical, legal and moral considerations to recognise this characteristic as a content of a prospect law.<sup>61</sup> The examples of GDPR and CCPA and their focus on the concept of data privacy serve as an indication of the excludability of data whose protection serves as the object and purpose of those instruments.<sup>62</sup> Technical examples using Blockchains protocol such as crypto-currencies and Non-Fungible Tokens further support the rivalrousness of “data assets” as an inherent feature in the data-object itself.<sup>63</sup>

International law seems also to be heading in the same path of recognising data with proprietary legal status. The 2023 International Institute for the Unification of Private Law (hereinafter — UNIDROIT) Draft Principles on Digital Assets and Private Law Art. 2(2) recognised that “digital asset” means an electronic record which is capable of being subject to control.<sup>64</sup> Art. 3(1) added that “digital asset” can be the subject of proprietary rights.<sup>65</sup> The emphasis on the control is central for the UNIDROIT and is reflective of the core conclusions of the UK Law Commission mentioned above (data represented in an electronic medium, independent existence, and rivalrousness), Art. 6(1)(a) defined, that if a person has “control” of a digital asset, this person possess, firstly, the exclusive ability to prevent others from obtaining substantially all of the benefit from the digital asset; secondly, the ability to obtain substantially all the benefit from the digital asset, and, thirdly, the exclusive ability to transfer the abilities in subparagraphs (a)(i), (a)(ii) and (a)(iii) to another person (a “change of control”).<sup>66</sup>

Data as *res* provides that it can be subject to political rule, thus *territorialised* vis-à-vis the national legal order. The issue now is how to frame this *territorialisation* under international law, or as a question of *in rem* or competence. Literature on the issue of property in international law concerns individual rights, and very little attention was paid to property rights of States under international law.<sup>67</sup> The International Court of Justice (hereinafter — ICJ) had a unique opportunity to tackle the issue of immunities *ratione materiae* against State assets while addressing a claim concerning the seizure of Timorese governmental documents by Australia. Timor-Leste contended that the seized documents and data are protected properties under international law, arguing that the inviolability of State property and State immunity is a well-established rule of customary international law.<sup>68</sup> Against that particular point Australia replied that there is *no general* inviolability of State property, indicating that inviolability and foreign State immunity are different concepts and should not be confused, as the law of inviolability applies to specific subjects under specific legal regimes, which do not apply in this case.<sup>69</sup> Despite the unfortunate discontinuance by Timor-Leste, the Australian counter-arguments are worth noting. International treaty-law supports the Australian stance, ranging from instruments regulating diplomatic immunity of subjects located within the spatial territory of a State,<sup>70</sup> to those regulating State-owned vessels outside that spatial territory.<sup>71</sup>

<sup>59</sup> *Ibid.* P. 82–84.

<sup>60</sup> *Ibid.* P. 84–87; Humphreys S. *Op. cit.* P. 200.

<sup>61</sup> Digital Assets: Consultation Paper 256. P. 87–94.

<sup>62</sup> Hijmans H. *Article 1 Subject-Matter and Objectives // The EU General Data Protection Regulation (GDPR): A Commentary* / ed. by C. Kuner et al. Oxford University Press, 2020; Pardau S. *The California Consumer Privacy Act: Towards a European-Style Privacy Regime in the United States // Journal of Technology Law & Policy*. 2018. Vol. 23. P. 68.

<sup>63</sup> Digital Assets: Consultation Paper 256. P. 90.

<sup>64</sup> Draft Principles and Commentary on Digital Assets and Private Law, LXXXII-W.G.8. Doc. 2. The International Institute for the Unification of Private Law, 2023. Art. 2(2). URL: <https://www.unidroit.org/wp-content/uploads/2023/03/W.G.8-Doc.-2-Draft-Principles-and-Commentary-Clean.pdf> (accessed: 26.03.2023).

<sup>65</sup> *Ibid.* Art. 3(1).

<sup>66</sup> *Ibid.* Art. 6(1)(a).

<sup>67</sup> Sprankling J. *The International Law of Property*. Oxford : Oxford University Press, 2014; Tzeng P. The State’s Right to Property Under International Law // *Yale Law Journal*. 2016. Vol. 125. № 6. P. 1805–1806.

<sup>68</sup> *Questions relating to the Seizure and Detention of Certain Documents and Data (Timor-Leste v Australia) (Memorial of Timor-Leste, 28 April 2014)* 35–37, paras 5.3–5.14. Citing chiefly, *Jurisdictional Immunities of the State (Germany v Italy: Greece intervening)* [2012] ICJ Reports 99, 123–124, paras 56–57.

<sup>69</sup> *Questions relating to the Seizure and Detention of Certain Documents and Data (Timor-Leste v Australia) (Counter-Memorial of Australia, 28 July 2014)* 104–107, paras 5.58–5.65. [*emphasis in original*].

<sup>70</sup> Vienna Convention on Diplomatic Relations (adopted 18 April 1961, entered into force 24 April 1964) 500 UNTS 95. Art. 22–28; Vienna Convention on Consular Relations (adopted 24 April 1963, entered into force 19 March 1967) 596 UNTS 261. Art. 31–36; Convention on Special Missions (adopted 8 December 1969, entered into force 21 June 1985) 1400 UNTS 231, Art. 24–28.

<sup>71</sup> Convention Relating to the Regulation of Aerial Navigation (adopted 13 October 1919, entered into force 13 October 1919) 11 LNTS 173, Art. 32; International Convention for the Unification of Certain Rules relating to the Immunity of State-owned Vessels, signed at Brussels, April 10th 1926, and Additional Protocol, signed at Brussels, May 24 (adopted 10 April 1926, 24 May 1934,

While it is plausible to argue that inviolability of State properties has been exclusively governed through *lex specialis* regimes through a reactive piecemeal approach rather than a general proactive approach.<sup>72</sup> Still, States can own property in their sovereign capacity, and the sovereignty that applies on such property could be described as essentially sovereignty *ratione materiae* or functional sovereignty.<sup>73</sup> And if we take into consideration that data does qualify as a property, hence nothing prevents the extension of sovereignty on State-owned data. The key example that describes the attempt to merge State-owned property (including public property) with functional sovereign immunity is Estonia's "data embassy" that was inaugurated in Luxembourg following a bilateral agreement in 2017, that referred in its preamble to the insufficiency of current diplomatic relation *lex lata* to set a general legal framework for hosting of data and information systems. Still the agreement was admitted as being concluded in the spirit of the Vienna Convention on Diplomatic Relations.<sup>74</sup> The "data embassy" is a "data centre" to host Estonian data storage systems or "assets" located in "premises" provided by Luxembourg.<sup>75</sup> Art. 3(1) of the agreement explicitly provides that the "premises shall be *inviolable* and thus exempt from search, requisition, attachment or execution".<sup>76</sup>

Within the proposed framework of "functional sovereignty" over State-owned data a question might rise what if an attributable State-sponsored "cyber operation" like "Shamoon" managed to breach encryption defences<sup>77</sup> of State-owned digital assets and caused "physical" data loss beyond "logical" restoration. In such a case will such conduct amount to an unlawful use of force? M. Schmitt suggested that attacks on data designed to be immediately convertible into tangible objects, like banking data, could be "reasonably" described as a use of force based on qualitative assessments of the damages.<sup>78</sup> In this reasoning the centrality of the property element is undeniable. Norway categorises "cyber operations" causing total loss of data among sovereignty violations amounting for infringements upon the target State's territorial integrity just as physical attacks, and not as a usurpation of "inherently governmental functions".<sup>79</sup> It can be argued that an attack as "Shamoon" violates the sovereignty of the State *ratione loci* as unlawful use of force contrary to Art. 2(4) of the UN Charter. And also violates the "functional sovereignty" of the State(s) owning the damaged digital assets on the same basis, but only if the digital assets were inviolable according to *lex specialis* regimes, not exclusive to diplomatic "digital embassies".

## 2. Interference or usurpation of inherently governmental functions

The second category suggested by the Tallinn Manual 2.0 describing sovereignty violations in "cyberspace" is "interference or usurpation of inherently governmental functions". Clearly, the first element to be inquired in this context is what exactly are inherently governmental functions? The IGE could not define inherently governmental functions, nor could reach a consensus on whether such conducts need to (physically) manifest on "cyber" infrastructure of the victim State.<sup>80</sup> The only indicative trace they left was a footnote referring to *acta jure imperii* used in the context of State immunity to assess the inherently governmental nature of targeted entity.<sup>81</sup> Furthermore, the academic literature is not as elaborate on the matter of interference or usurpation of inherently governmental functions, as it is regarding "territorial integrity" infringements. Either trying to merge both concepts within the context of "territorial inviolability",<sup>82</sup>

---

entered into force 8 January 1936) 176 LNTS 199. Art. 3; Convention on the High Seas (adopted 29 April 1958, entered into force 30 September 1962) 450 UNTS 11. Art. 9; United Nations Convention on the Law of the Sea (adopted 10 December 1982, entered in force 16 November 1994) 1833 UNTS 3, Art. 95–96; Treaty on Principles Governing the Activities of States in the Exploration and Use of Outer Space, including the Moon and Other Celestial Bodies (adopted 27 January 1967, entered into force 10 October 1967) 610 UNTS 205, Art. VIII.

<sup>72</sup> Tzeng P. P. *Op. cit.* 1809–1811, 1814.

<sup>73</sup> Conforti B. The Theory of Competence in Verdross // *European Journal of International Law*. 1995. Vol. 6. P. 70. (Functional sovereignty, or sovereignty *ratione materiae* can be defined as an exclusive competence of a State exercisable only, and within the limits of which it is necessary, in order to reach a definite object, to satisfy a definite interest, and this competence cannot be presumed unlike for example the spatial sovereignty of a State inside its spatial territory).

<sup>74</sup> Agreement between the Republic of Estonia and the Grand Duchy of Luxembourg on the hosting of data and information systems 2017. Preamble.

<sup>75</sup> *Ibid.* Art. 1–2.

<sup>76</sup> *Ibid.* Art. 3(1) [*emphasis added*].

<sup>77</sup> Tallinn Manual 2.0... P. 14. Rule 2. Para 6.

<sup>78</sup> Schmitt M. *Cyber Operations in International Law: The Use of Force, Collective Security, Self-Defense, and Armed Conflict*. National Academies Press, 2010. P. 164.

<sup>79</sup> UN Doc A/76/136. P. 67–68.

<sup>80</sup> Tallinn Manual 2.0... P. 22. Rule 4. Para 16.

<sup>81</sup> *Ibid.* Rule 4. Para 17.

<sup>82</sup> Lahmann H. *On the Politics and Ideologies of the Sovereignty Discourse in Cyberspace* // *Duke Journal of Comparative & International Law*. 2022. Vol. 32. P. 61, 98–101.

or to criticise the very category of inherently governmental function for the lack of granularity and the difficulty in applying the concept of coercion in “cyberspace” within the framework of non-intervention to begin with.<sup>83</sup>

## 2.1. Conceptualising intervention in “cyberspace”

The objection concerning the relation between coercion and non-intervention raised by *Nicaragua* can be answered by suggesting *arguendo* that intervention should be understood as usurpation or dictatorial interference with sovereign prerogatives and functions, a much broader scope than cross-border physical coercion.<sup>84</sup> However, the objection concerning the vagueness surrounding the concept of inherently governmental functions is more legitimate. In order to eliminate this vagueness, it is necessary to traceback its origins. The earliest verbatim usages of this expression can be found in the US Federal Activities Inventory Reform Act (hereinafter — FAIR) of 1998.<sup>85</sup> Art. 5 of the Act defined inherently governmental functions as those activities “so intimately related to the public interest as to require performance by Federal Government employees”.<sup>86</sup> Those activities are “among other things, the interpretation and execution of the laws of the United States”.<sup>87</sup>

The American legislator was reluctant to use an umbrella term to describe the subject matter of the provision, unlike the IGE who were more relaxed — even if with a footnote — to use the description of *acta jure imperii*, and this understandable given that the FAIR Act was intended to be a regulation rather than a law. That said, it is regrettable the IGE did not draw any interpretive reference to the arguably borrowed expression. Surely reference to *acta jure imperii* provides some insights on the content of expression under international law. But bridging between national laws and regulations and international law is not straightforward, giving the normative discordant that plagues the relation between the two orders. In policy terms, inherently governmental functions could be simply descriptive of public governance areas that require officials to exercise discretion.<sup>88</sup> Hence national laws related to these functions will be presumed teleologically under the disguise of *acta jure imperii* as acting virtue of a rule of competence under international law.<sup>89</sup> The maxims of *civitas quae superiorem non recogno* and *par in parem non habet imperium* do lend support to this hypothesis. This time the issue here concerns the content of those competences within the context of “cyber operations”. On this matter governmental “cyber” policy instruments might give some insight.

Australia links directly between prohibited intervention as encapsulated by Art. 2(7) of the UN Charter and “[C]oercive means are those that effectively deprive or are intended to deprive the State of the ability to control, decide upon or govern matters of an inherently sovereign nature”.<sup>90</sup> Switzerland's position is more nuanced in describing what could constitute sovereignty violations through interference with or usurpation of inherently governmental functions, by focusing on the concept of “control” where related data has been altered interfering with the operation and control of public infrastructure, public services (social services, conducting elections and referendums, taxes...), or public decision-making processes.<sup>91</sup>

---

<sup>83</sup> Kilovaty I. *The International Law of Cyber Intervention // Research Handbook on International Law and Cyberspace* / ed. by Tsagourias N., Russell B. Edward Elgar Publishing, 2021. P. 100, 105–106.

<sup>84</sup> Rosenau J. *Intervention as a Scientific Concept // The Journal of Conflict Resolution*. 1969. Vol. 13. P. 149; *ICJ Pleadings, Military and Paramilitary Activities in and against Nicaragua (Nicaragua v United States of America)* (1985) V 229; Higgins R. *Intervention and International Law. Themes and Theories*. Oxford University Press, 2009. P. 274.

<sup>85</sup> Maurer T. *Cyber Mercenaries*. Cambridge, MA, USA : Cambridge University Press, 2018. P. 143.

<sup>86</sup> Federal Activities Inventory Reform Act (112 Stat. 2382, 105-270) 1998, Art. 5(2)(A).

<sup>87</sup> *Ibid.* Art. 5(2)(B).

<sup>88</sup> Manuel K. *Definitions of “Inherently Governmental Function” in Federal Procurement Law and Guidance’ // Congressional Research Service reports*. 23 December 2014. P. 3. URL: <https://www.everycrsreport.com/reports/R42325.html> (accessed: 29.03.2023); Nightingale E. et. al. *Evaluating Options for Civil Space Situational Awareness (SSA)*. Institute for Defense Analyses, 2016. P. 95. URL: <http://www.jstor.org/stable/resrep22883> (accessed: 29.03.2023).

<sup>89</sup> *Jurisdictional Immunities of the State (Germany v Italy: Greece intervening)* 127–128, paras 64–65. See also O’Keefe R. *Jurisdictional Immunities // The Development of International Law by the International Court of Justice* / ed. by C. Tams, J. Sloan. Oxford University Press, 2013. P. 132–135.

<sup>90</sup> UN Doc A/76/136. P. 5, 16.

<sup>91</sup> Switzerland's position paper on the application of international law in cyberspace - Annex UN GGE 2019/2021. P. 3. Also see the same approach by Czechia in *Statement by Mr. Richard Kadlčák Special Envoy for Cyberspace Director of Cybersecurity Department // Národní úřad pro kybernetickou a informační bezpečnost [The National Cyber and Information Security Agency]*. 11 February 2020. P. 3. URL: [https://www.nukib.cz/download/publications\\_en/CZ%20Statement%20-%20OEWG%20-%20International%20Law%2011.02.2020.pdf](https://www.nukib.cz/download/publications_en/CZ%20Statement%20-%20OEWG%20-%20International%20Law%2011.02.2020.pdf) (accessed: 29.03.2023). Also, this was the approach taken by Canada, see *International Law Applicable in Cyberspace // Government of Canada*. 22 April 2022. Para. 18. URL: [https://www.international.gc.ca/world-monde/issues\\_development-enjeux\\_developpement/peace\\_security-paix\\_securite/cyberspace\\_law-cyberspace\\_droit.aspx?lang=eng](https://www.international.gc.ca/world-monde/issues_development-enjeux_developpement/peace_security-paix_securite/cyberspace_law-cyberspace_droit.aspx?lang=eng) (accessed: 22.03.2023).

Norway also went into the same direction interpreting functionality loss or disturbance as the loss of control over public infrastructure and services regardless of the need to prove physical damages.<sup>92</sup>

Out of the above, four commonalities could be extracted: first, the element of “control” informs the notions of “interference” and “usurpation”; second, the target of the “cyber operation” must qualify as an inherently governmental function; third, actual manifestations should already be sustained and noted, and causally linked to a State-sponsored “cyber operation”. The mere loss or interference of control does not suffice, and; fourth, physical damage is not a requirement; its occurrence will instead trigger the use of force framework as encapsulated by Art. 2(4) of the UN Charter.

## 2.2. Mapping “cyber” intervention against inherently governmental functions

In 2015, the national power grid of Ukraine fell victim to a malware dubbed “BlackEnergy”, allegedly attributed to Russia.<sup>93</sup> “BlackEnergy” caused widespread electricity outages across Ukraine, as it managed to “take control” of the control systems of certain power stations and executed shutdown operations at substations. Failures of infrastructure were also reported alongside the “destruction” of data on servers and denied support services to subscribers. The “BlackEnergy” was described as “the world’s first case of a successful ‘cyberattack’ on energy facilities”.<sup>94</sup>

Whether “BlackEnergy”, and indeed similar “cyber operations”, could amount as an “interference or usurpation” of inherently governmental functions in violation of Art. 2(7) of the UN Charter required the first criterion to determine if the element of “control” was present. “Control” as a word of law refers to the direct or indirect power to govern the management and policies of a person or entity, whether through ownership of voting securities, by contract, or otherwise.<sup>95</sup> “Control” in the context of Information and Communication Technology is only different on the level of subjects, as it means to regulate, direct, command, or govern a “system”, and a “system” in turn is a collection or arrangement of elements (subsystems). A “control system” is hence an arrangement of physical components connected or related in such a manner as to command, regulate, direct, or govern itself or another system. A control system is delimited through identifying the process(s) of input(s) and output(s) across that system, the input(s) represents the stimulus reflecting intended outcome(s), while the output(s) represents a response reflecting the actual outcome(s).<sup>96</sup> The process of input(s) and output(s) of a system is managed through a System Control Software or a “control program”.<sup>97</sup> In “cyberspace” terms, control refers to a “logical” arrangement that governs the input(s) and output(s) of a “physical” system. Consequently, “control” as a technical arrangement is better conceived as a question of fact, not as a question of law<sup>98</sup> informing a *prima facie* legal trigger, since such “logical” “cognitive” formulation is inscrutable by a behaviourist international law. In the case of “BlackEnergy”, the criterion of control was arguably fulfilled even if only at a “logical” level, since “BlackEnergy” managed to “take control” of the functions of inputs and outputs of the affected power systems.

The second criterion requires answering whether electricity grids could qualify as an inherently governmental function. Strikingly, outside the US and the Tallinn Manual 2.0 the concept of cannot be found. This concept even proved troublesome for the American legislator when applied to contractors, with expandable duties closely associated with inherently governmental functions without sufficient supervision or control on the part of the government. Regulative suggestions aimed to alter the focus for the assessment of an inherently governmental function on the nature of the function instead of checking an exhaustive list of what constitutes these functions.<sup>99</sup> Moreover, the concept of “critical functions” was

<sup>92</sup> UN Doc A/76/136. P. 68.

<sup>93</sup> Broeders D. et al. *Revisiting Past Cyber Operations in Light of New Cyber Norms and Interpretations of International Law: Inching towards Lines in the Sand?* // Journal of Cyber Policy. 2022. Vol. 7. P. 97, 108–109.

<sup>94</sup> Маргарита [Margarita] Крамінська [Kraminska]. Міненерговугілля: перший у світі випадок вдалої кібератаки на об’єкти енергетики зареєстровано в Україні [Ministry of Energy and Coal: the world’s first case of a successful cyberattack on energy facilities was registered in Ukraine] (In Ukrainian) // Українські Національні Новини [Ukrainian National News], 12 February 2016. URL: <https://www.unn.com.ua/uk/news/1552689-minenergovugillya-pershiy-u-sviti-vipadok-vdaloyi-kiberataki-na-obyekti-energetiki-zareyestrovano-v-ukrayini> (accessed: 30.03.2023).

<sup>95</sup> *Control* // *Black’s Law Dictionary* (11th ed.) / ed. by H. Campbell Black, B. Garner. St. Paul, MN : Thomson Reuters, 2019.

<sup>96</sup> Dukkpati R. *Solving Engineering System Dynamics Problems with MATLAB*. New Age International, 2007. P. 1.

<sup>97</sup> Kaur D. *An Introduction to System Software*. Alpha Science International, 2021. P. 1.4.

<sup>98</sup> On the subject of technical delegation see Becker M. The Challenges for the ICJ in the Reliance on UN Fact-Finding Reports in the Case against Myanmar // *EJIL: Talk!*. 14 December 2019. URL: <https://www.ejiltalk.org/the-challenges-for-the-icj-in-the-reliance-on-un-fact-finding-reports-in-the-case-against-myanmar/> (accessed 31.03.2023).

<sup>99</sup> Policy Letter 11-01, Performance of Inherently Governmental and Critical Functions. The Office of Federal Procurement Policy, 2012. P. 76. *Federal Register* 56227, 56228.

suggested to assist in identifying inherently governmental functions, referring to those functions that are necessary to the agency to effectively perform and maintain control of its mission and operations.<sup>100</sup> The American law-maker tried to establish a subcategory of inherently governmental functions that are critical for governmental functions but could be nonetheless delegated to a contractor, unlike the original approach of inherently governmental function in the FAIR Act that distinguished these functions through deciding if the function could be delegated to a contractor or not.<sup>101</sup> By introducing the dichotomy inherently governmental functions and “critical functions” the attention of security policies was shifted into the latter, as demonstrated by the US Critical Infrastructure Security and Resilience Presidential Policy Directive (hereinafter — PPD-21) that designated 16 specific critical infrastructure sectors (communications, defence, energy, food and agriculture, healthcare...) the protection of which now qualifies as a national security interest under the auspice of US Department of Homeland Security.<sup>102</sup>

The translation of the development of the American approach to the protection of critical infrastructure and functions begs inquiring national policies to determine what constitutes an inherently governmental function or a “critical function”, yet it is difficult to envisage any normative string between the American national practice and that of other States that needs to bounce back at the conclusions of the Tallinn Manuals. The only option to extrapolate the American practice into international law is to dwell on common semantics of States who might also adopt a contextually identical concept of critical function, even at the expense of playing down some of the semantics concluded by the Tallinn Manuals. Put differently, the criterion of inherently governmental function will be replaced by the “critical functions” of States for the purpose of the assessment of interventionist “cyber operations” contrary to Art. 2(7) of the UN Charter, as this term reflects the acculturated behaviour of States that could yield normativity if mapped within a constructivist framework of compliance, created through an endorsement of a desired mutual obligation<sup>103</sup> that could be later captured by one of the tools of sources of international law.

Surely, inquiring State practice for shared semantics requires laborious data compiling.<sup>104</sup> Therefore, one should rely only on relevant regional or international instruments to check the fish after being captured by the net. The key *fishnets* are an EU — hard law — directive and a UN — soft law — report prepared by United Nations Office for Disaster Risk Reduction (hereinafter — UNDRR). The UNDRR report provided the most elaborate disaster risk reduction terminology on a global level. The terminology identified “critical infrastructure” as the “physical structures, facilities, networks and other assets which provide services that are essential to the social and economic functioning of a community or society”.<sup>105</sup> By prioritising “infrastructure” the definition shifts the attention away from the functionality into the materiality of the subject-matter of protection to be fixed within a spatial network of jurisdiction, however, the functionality remains determinative for designating certain infrastructure as “critical”. The 2022 EU Directive 2022/2557 concerning the resilience of “critical entities” also used the same functionality-based general criteria to identify “entities” that are deemed critical by a State. The directive followed the PPD-21 in suggesting specific 11 categories of what constitute a “critical entity”,<sup>106</sup> States are only guided by a certain objective checklist that constrains their subjective qualification of an entity to be classified as “critical”. The objective constraints demands the entity concerned to “provides one or more essential services”<sup>107</sup> the disruptive of which can be significant (the “significant disruptive effect”), that is measurable in geographical, social, and economical terms.<sup>108</sup>

<sup>100</sup> *Ibid.* Federal Register 56233, 56236.

<sup>101</sup> Maurer T. *Op. cit.* P. 142.

<sup>102</sup> Presidential Policy Directive (PPD-21) – Critical Infrastructure Security and Resilience // The White House. 12 February 2013. URL: <https://obamawhitehouse.archives.gov/the-press-office/2013/02/12/presidential-policy-directive-critical-infrastructure-security-and-resil> (accessed: 1.04.2023).

<sup>103</sup> Luckner K., Fikfak V. *Not All Nations at All Times: How States Imitate Each Other's Behavior Towards Non-Compliance with International Law Norms: An ABM Proposal.* 16 February 2023. P. 7. URL: <https://papers.ssrn.com/abstract=4361321> (accessed: 1.04.2023). See generally Brunnée J. A Constructivist Theory of International Law? // *EJIL: Talk!* 23 September 2015. URL: <https://www.ejiltalk.org/a-constructivist-theory-of-international-law/> (accessed: 1.04.2023).

<sup>104</sup> See for example The Critical Infrastructure Preparedness and Resilience Research Network, *Critical Infrastructure Sector: National Definitions* // *CIPedia*. 6 March 2023. URL: [https://websites.fraunhofer.de/CIPedia/index.php/Critical\\_Infrastructure\\_Sector#National\\_Definitions](https://websites.fraunhofer.de/CIPedia/index.php/Critical_Infrastructure_Sector#National_Definitions) (accessed: 31.03.2023).

<sup>105</sup> UN Doc A/71/644 (Report of the open-ended intergovernmental expert working group on indicators and terminology relating to disaster risk reduction), 2015. P. 12.

<sup>106</sup> Directive (EU) 2022/2557 of the European Parliament and of the Council of 14 December 2022 on the resilience of critical entities and repealing Council Directive 2008/114/EC 2022 (OJ L), Annex: SECTORS, SUBSECTORS AND CATEGORIES OF ENTITIES.

<sup>107</sup> *Ibid.* Art. 6(2).

<sup>108</sup> *Ibid.* Art. 7.

The significance of Directive 2022/2557 is that it recognised “critical entities”, whether public or private, governmental, or non-governmental, as interests worthy of legal protection on an international EU level. While the directive identified critical entities in terms of jurisdiction *ratione loci* following their infrastructure,<sup>109</sup> yet interestingly, the directive added in Art. 17 extra measures for protection to critical entities of “Particular European Significance” that provide essential services for “six or more” EU States.<sup>110</sup> By introducing such legal framework, the directive effectively recognised the possibility to externalise the protection of such entities in application of the concept of *domaine réservé* the subject-matter of which is particularly susceptible to violations resulting from control alternation.<sup>111</sup> But more crucially, the possibility of applying the concept of *domaine réservé* informs matters that should be treated by international law as sovereign functions of a State; sovereignty *ratione materiae*.

That said, if designating “critical entities” as an internal affair of a State, then States who are not party to a legally binding multilateral cooperation framework -as with Directive 2022/2557- cannot be bound by unilateral acts of a third-party State. This argument is certainly true; however, the aim of this analysis is not to scrutinise *lex lata*, but rather to contemplate *de lege ferenda*. The rising importance of “critical entities” and the accelerated regional and global efforts to ascribe certain legal protection to those “critical entities” will make State-attributed disruptive effects against their functionality very plausible candidates as sovereignty violations, since wrongful acts against “critical entities” are no longer mere questions of wrongful acts against *res*, rather a subject-matter of violation of public rights *in rem*.<sup>112</sup> Accordingly, a disruptive effect through a State-attributed “cyber operation” against electric energy networks, causing total loss of functionality even if temporarily as the case with “BlackEnergy”, is arguably describable as a violation of an inherent internal affair of a State. The same logic could extend to disruptive DDoS attacks against the “public good” of the internet.<sup>113</sup>

The third and fourth requirements are interrelated, they both concern the assessment of the consequences of the wrongful acts. The notion of “damage” is already exhausted by the assessment of “infringement upon the target State’s territorial integrity”. Therefore, a different standard should be adopted to avoid the confusion associated with depicting intervention as a low-threshold use of force. Here the issue concerns the assessment of the consequences resulting from the loss of control over the functionality of a critical entity, without directly leading to a physical damage. Without a doubt this is a very challenging task for a concrete legal order as international law. The Tallinn Manual 2.0 confronted this issue as the treatment by international law of “cyber operations” that results in neither physical damage nor a permanent loss of functionality but only temporarily. Only a minority of the IGE recognised such “cyber operations” as violations of sovereignty, based on a teleological interpretation of the concept of sovereignty “that affords States the full control over access to and activities on their territory”.<sup>114</sup> Since in a different *physical* scenario as that concerning the function of use of force, the loss of control could be measured applying the “territorial integrity” test. Hence with lack of spatial delineation of function, the attention can be shifted into the very function of critical entities, such as that of electricity grids to produce and provide electricity, thus any reported disruption of that functionality informs a violation.

While this logic might seem entertainable in the case of the energy sector, identifying the functionality of different types of critical entities can get far more complicated than staring at some light bulbs. For instance, what is the critical functionality of an administrative entity conducting an election or a referendum process? Since participation in elections could be disturbed by much more than blocking or spoofing access to voting platforms, as in inserting, manipulating, or deleting data related to the voting process. M. Schmitt suggested that a “rule of reason” should be applied to adhere with assessment to violations against States’ *domaine réservé* that centres the focus on acts that deprive States from acting vis-à-vis the targeted *domaine réservé*, instead of the acts or attitudes of the beneficiaries of those critical entities, since the very depriving of a State from control constitutes the requirement of coercion necessary to invoke the non-intervention framework.<sup>115</sup> This rationale suggests that since the concept of physical

<sup>109</sup> *Ibid.* Art. 6(2)(b).

<sup>110</sup> *Ibid.* Art. 17.

<sup>111</sup> Compare with Tallinn Manual 2.0... P. 24. Rule 4. Para 22.

<sup>112</sup> Willis H. *Subject-Matter* // Columbia Law Review. 1909. Vol. 9. № 5. P. 419, 419–422.

<sup>113</sup> Goldsmith J., Wu T., *Who Controls the Internet?: Illusions of a Borderless World*. Oxford University Press, 2006. P. 73.

<sup>114</sup> Tallinn Manual 2.0... P. 21. Rule 4. Para 14; UN Doc A/76/135 (Group of Governmental Experts on Advancing Responsible State Behaviour in Cyberspace in the Context of International Security), 2021. P. 12.

<sup>115</sup> Schmitt M. *Foreign Cyber Interference in Elections* // International Law Studies. 2021. Vol. 97. P. 739, 746.



damage could not be utilised in cases of *prima facie* intervention, then a general notion of “harm”<sup>116</sup> will substitute “damage” to assess the coercion through the consequences attendant upon the “harm” caused by the deprivation of control. Harm will be measured in relation to a *de minimis* approach to the assessment of the effect of a “cyber operation”, since the concept of sovereignty is informative of a relative “strict inviolability” rule that prohibits all sovereignty degradation attempts as long as they exceed a specific *de minimis* threshold, then, control-related, interventionist, sovereignty degradations should be scaled according to the degree of their interference with the functionality of a targeted “cyber” entity.<sup>117</sup> For example, a “cyber operation” causing only control takeover, or leading to access, stealing, and leaking data, such harm is below the *de minimis* threshold for a prohibited intervention, since such conduct is equitable in its consequences to espionage; a widely permitted conduct under international law during both wartime and peacetime, at least in the case of former when targeting acts of the instrumentalities of States or during the exercise of governmental functions, acting in sovereign or public capacity (*acta jure imperii*).<sup>118</sup> State practice as digested by the IGE concurred with this conclusion.<sup>119</sup>

However, if this control-related, interventionist, “cyber operation” managed to not merely breach the *borders* of encryption,<sup>120</sup> but also to manipulate data through inserting, deleting or (re)encrypting without causing any direct or indirect damage. Such cases include attacks of power grid systems as in “BlackEnergy” and a similar “NotPetya” ransomware attack in 2017. Both attacks manipulated data in a manner that caused the targeted critical entities to lose functionality without causing any physical damages. “NotPetya” was deemed by the UK a “disregard for Ukrainian sovereignty” by Russia.<sup>121</sup> The US further accused the “Russian military” of conducting the “most destructive and costly cyber-attack in history” that “will be met with international consequences”.<sup>122</sup>

A less pronounced harm caused by “cyber operations” as that caused by “BlackEnergy” and “NotPetya” could also be classified as violation of sovereignty. Such cases include data manipulation without causing any loss of functionality of the targeted critical entity. The 2014 Sony Pictures Entertainment “cyber operation” caused deleting and leaking data related to media production from its database located in New York, notably against a then-upcoming satirical movie “*The Interview*” that depicted an assassination attempt against North Korean Supreme Leader Kim Jong-Un. The US considered the act as “cybervandalism, not war” against “modern business landscape”, hinting at target’s critical functionality being a commercial facility,<sup>123</sup> and promising to take proportionate measures against North Korea.<sup>124</sup>

Two interesting cases of “cyber operations” targeting the election process are worth noting. The 2017 “MacronLeaks” “cyber operation” caused leaking of thousands of confidential emails belonging to the presidential campaign of Emmanuel Macron. The attack was interestingly described by the then-president Macron as “*immixtion*”/[interference],<sup>125</sup> a francophone term usually associated with low-intensity

<sup>116</sup> See *International Humanitarian Law and Cyber Operations during Armed Conflicts* // International Committee of The Red Cross (ICRC), 2019. P. 7–8. URL: <https://www.icrc.org/en/document/international-humanitarian-law-and-cyber-operations-during-armed-conflicts> (accessed: 30.03.2023).

<sup>117</sup> Chircop L. *Op. cit.* P. 362. A key State that supports the “strict inviolability” approach is France, see *Stratégie Nationale Sécurité Numérique* // Agence nationale de la sécurité des systèmes d’information. 16 October 2015. URL: [https://www.ssi.gouv.fr/uploads/2015/10/strategie\\_nationale\\_securite\\_numerique\\_fr.pdf](https://www.ssi.gouv.fr/uploads/2015/10/strategie_nationale_securite_numerique_fr.pdf) (accessed: 15.06.2020). P. 7.

<sup>118</sup> Buchan R. *Cyber Espionage and International Law*. Bloomsbury, 2018.

<sup>119</sup> *Tallinn Manual 2.0...* P. 168. Rule 32.

<sup>120</sup> Fridbertsson N. *Technological Innovation For Future Warfare* // NATO Parliamentary Assembly. 20 November 2022. P. 7. URL: <https://www.nato-pa.int/document/2022-future-warfare-report-fridbertsson-025-stctts> (accessed: 15.03.2023). Para 29; Tonin M. *Dark Dealings: How Terrorists Use Encrypted Messaging, the Dark Web and Cryptocurrencies* // NATO Parliamentary Assembly. 18 November 2018. URL: <https://www.nato-pa.int/document/2018-dark-dealings-tonin-report-182-stctts-18-e-fin> (accessed: 15.03.2023); Moore D., Rid T. *Cryptopolitik and the Darknet* // Survival. 2016. Vol. 58. P. 7; Korhonen O., Markovich E. *Mapping Power in Cyberspace* // *Research Handbook on International Law and Cyberspace* / ed. by N. Tsagourias, R. Buchan. Edward Elgar Publishing, 2021. P. 54–55.

<sup>121</sup> Foreign Office Minister Condemns Russia for NotPetya Attacks // UK Government. 15 February 2018. URL: <https://www.gov.uk/government/news/foreign-office-minister-condemns-russia-for-notpetya-attacks> (accessed: 8.04.2023).

<sup>122</sup> *Statement from the Press Secretary* // The White House. 15 February 2018. URL: <https://trumpwhitehouse.archives.gov/briefings-statements/statement-press-secretary-25/> (accessed 8.04.2023).

<sup>123</sup> *Presidential Policy Directive (PPD-21) - Critical Infrastructure Security and Resilience* // The White House. 12 February 2013. URL: <https://obamawhitehouse.archives.gov/the-press-office/2013/02/12/presidential-policy-directive-critical-infrastructure-security-and-resil> (accessed: 1.04.2023).

<sup>124</sup> Bradner E. *Obama: North Korea’s Hack Not War, but “Cybervandalism”* // CNN. 21 December 2014. URL: <https://www.cnn.com/2014/12/21/politics/obama-north-koreas-hack-not-war-but-cyber-vandalism/index.html> (accessed: 9.04.2023).

<sup>125</sup> Untersinger M. «MacronLeaks»: *ouverture d’une enquête judiciaire en France* // Le Monde. 6 May 2017. URL: [https://www.lemonde.fr/pixels/article/2017/05/06/macronleaks-debut-d-un-long-et-fastidieux-travail-d-enquete\\_5123577\\_4408996.html](https://www.lemonde.fr/pixels/article/2017/05/06/macronleaks-debut-d-un-long-et-fastidieux-travail-d-enquete_5123577_4408996.html) (accessed: 9.04.2023).

interventions against State sovereignty not including any use of force or physical coercion, nonetheless a wrongful act under international law.<sup>126</sup> Similarly in 2016, Russia was “accused” of hacking into the Democratic National Committee (hereinafter — DNC) of the US Democratic Party, and leaking thousands of confidential emails disclosing the DNCs policies for the then-upcoming 2016 presidential election.<sup>127</sup> The official response came almost identical to that of the “MacronLeaks” by describing the incident as an “interference” that “undermine established international norms of behaviour”, promising to “response to Russia’s aggressive activities” by “take[ing] a variety of actions at a time and place of our choosing”, and “to holding Russia accountable for what it has done”.<sup>128</sup>

State practice described above indicates “cyber operations” leading only to a manipulation of data whether overtly or covertly, are increasingly dealt with by States as violations of international law informing acts of retorsion, without necessarily constituting a violation of sovereignty. On the other hand, States are willing to accept control-based “cyber operations” as a violation of the sovereignty of the State whose *domaine réservé* was targeted to the degree of losing control, without the need to invoke the framework of the use of force. In this regard Australia’s stance is of particular importance giving the direct reference to Art. 2(7) of the UN Charter as the governing frameworks of such violations to sovereignty *ratione materiae*. I will conclude the results of this Part regarding “cyber-based” sovereignty violations that qualify as interference or usurpation of States’ critical functions, governed by the principle of non-intervention encapsulated by Art. 2(7) of the UN Charter in the following table (Table 1):

Table 1. Classification of acts of interference or usurpation of States’ critical functions vis-a-vis International Law

Control	Data manipulation	Impact on the functionality of a critical entity	International legal consequences
Access	No	No	No
Access	Yes	No	Interference with the <i>domaine réservé</i> of a State below the threshold of triggering UN Charter Art. 2(7)
Access	Yes	Yes	Violation of sovereignty <i>ratione materiae</i> of a State under UN Charter Art. 2(7)

### Conclusion

This article illustrated that the taxonomy suggested by the Tallinn Manual 2.0 is defensible under international law. Hence the behaviour of endorsements and reflection by States to the IGE taxonomy is not void of legal value that in turn could accumulate for a normative basis for future assessments.

Accordingly, it can be argued that Art. 2(4) and (7) do apply to “cyberspace”. Art. 2(4) in the context of “cyberspace” describes “infringement upon the target State’s territorial integrity” manifested causing physically tangible damages or logically irreversible losses to data that are “actionable” under a

<sup>126</sup> *Armed Activities on the Territory of the Congo (DRC v Uganda) (Application instituting proceedings) (1999)* 15; Jean-Baptiste Jeangène Vilmer, “De la mythologie française du droit d’ingérence à la responsabilité de protéger. Une clarification terminologique” (2014) XIII Annuaire Français de Relations Internationales 81, 83.

<sup>127</sup> Nakashima E. *Russian Government Hackers Penetrated DNC, Stole Opposition Research on Trump* // Washington Post. 14 June 2016. URL: [https://www.washingtonpost.com/world/national-security/russian-government-hackers-penetrated-dnc-stole-opposition-research-on-trump/2016/06/14/cf006cb4-316e-11e6-8ff7-7b6c1998b7a0\\_story.html](https://www.washingtonpost.com/world/national-security/russian-government-hackers-penetrated-dnc-stole-opposition-research-on-trump/2016/06/14/cf006cb4-316e-11e6-8ff7-7b6c1998b7a0_story.html) (accessed: 9.04.2023).

<sup>128</sup> *Statement by the President on Actions in Response to Russian Malicious Cyber Activity and Harassment* // The White House. 29 December 2016. URL: <https://obamawhitehouse.archives.gov/the-press-office/2016/12/29/statement-president-actions-response-russian-malicious-cyber-activity> (accessed: 9.04.2023).

proprietary approach to “digital assets”. Such “cyber operation” will qualify as a use of force in violation of Art. 2(4) if the criterion of attribution could be satisfied.

As for the application of Art. 2(7) a key point should be clarified regarding the concept of intervention in international law. Intervention does not refer to the unauthorised cross-border conduct between States, rather it is a reference to attempts to usurp an exclusive competence of a State, regardless of the question of *locus*. Accordingly, an inherently governmental function could be usurped by a State through “cyber operation” even if conducted through the “logical layer” with no physical manifestations. The key here is to confirm a loss of control over and inherently governmental functions in a manner that impinges the very functionality of those functions. In such cases the interventionist conduct of States — if attributable — can qualify as a violation of the principle of non-intervention as codified by Art. 2(7) of the UN Charter. Under the current status of international law, the mere access of control over an inherently governmental function does not qualify as an unlawful intervention or give rise to international legal responsibility. Although in cases of data manipulation, the corpus of secondary rules could be triggered.

---

## НАРУШЕНИЕ ГОСУДАРСТВЕННОГО СУВЕРЕНИТЕТА В «КИБЕРПРОСТРАНСТВЕ»: ВЗГЛЯД ЧЕРЕЗ ПРИЗМУ УСТАВА ООН

Ассаф А.

Алаа Ассаф — специалист по международному праву, Дамаск, Сирия (alaa.assaf89@gmail.com). ORCID: 0000-0003-4714-1401

### Аннотация

Вопрос о том, может ли нарушение государственного суверенитета посредством и против кибернетической инфраструктуры подпадать под действие п. 4 и 7 ст. 2 Устава Организации Объединенных Наций, является одним из наиболее насущных вопросов современного международного права. В настоящей статье предпринята попытка ответить на него путем развития общей классификации, предусмотренной Таллинским руководством 2.0 в отношении нарушений суверенитета в «киберпространстве», которое классифицирует эти нарушения как действия, ведущие к «посягательству на территориальную целостность государства-мишени» или к «вмешательству в осуществление функций, присущих государству, или узурпации таких функций». Сближение концепций территориального суверенитета и «киберпространства» позволяет расширить сферу применения ст. 2 и, таким образом, установить соответствие классификации Таллиннского руководства 2.0 п. 4 и 7 ст. 2 Устава ООН. Признание данных в качестве актива, на который может распространяться функциональный суверенитет государства, и который может стать объектом незаконного применения силы в нарушение общего запрета, закрепленного в п. 4 ст. 2, позволяет признать атаку на данные «посягательством на территориальную целостность государства-мишени». Расширение сферы действия п. 7 ст. 2 зависит от определения понятия вмешательства как поведения, направленного на неправомерное присвоение внутренней компетенции одного государства другим. В рамках такой концепции вмешательство в «киберпространство» можно рассматривать как попытку получить контроль над функциональностью определенной кибернетической инфраструктуры, которая используется государством для осуществления им своих суверенных функций. Речь идет о получении контроля над объектом инфраструктуры в такой степени, что это нарушает его нормальное функционирование, то есть вмешательство выходит за рамки простого манипулирования данными. Автор полагает, что в таком случае «вмешательство в осуществление функций, присущих государству, или узурпация таких функций» может представлять собой нарушение принципа невмешательства, закрепленного в п. 7 ст. 2 Устава ООН.

### Ключевые слова

«киберпространство», Таллинское руководство 2.0, Устав ООН, функциональный суверенитет, применение силы, принцип невмешательства, внутренние дела государства, критическая инфраструктура

**Для цитирования:** Ассаф А. Нарушение государственного суверенитета в «киберпространстве»: взгляд через призму Устава ООН // Журнал ВШЭ по международному праву (HSE University Journal of International Law). 2023. Т. 1. № 3. С. 4–20.

<https://doi.org/10.17323/jil.2023.18848>

---

### References / Список источников

Banks W. (2021) Cyber Attribution and State Responsibility. *International Law Studies*, vol. 97, pp. 1039–1072.

Broeders D. et al. (2022) Revisiting Past Cyber Operations in Light of New Cyber Norms and Interpretations of International Law: Inching towards Lines in the Sand? *Journal of Cyber Policy*, vol. 7, no. 1, pp. 97–135.

Buchan R. (2018) *Cyber Espionage and International Law*. Bloomsbury.

- Buchan R., Tsagourias N. (2021) *Regulating the Use of Force in International Law: Stability and Change*. Edward Elgar Publishing.
- Chircop L. (2019) Territorial Sovereignty in Cyberspace after "Tallinn Manual 2.0". *Melbourne Journal of International Law*, vol. 20, no. 2, pp. 349–377.
- Cho S. (2021) A Social Critique of Behavioral Approaches to International Law. *AJIL Unbound*, vol. 115, pp. 248–252.
- Conforti B. (1995) The Theory of Competence in Verdross. *European Journal of International Law*, vol. 6, pp. 70–77.
- Cox N. (2006) *Technology and Legal Systems*. Farnham, UK: Ashgate Publishing Ltd.
- Crawford J. (2002) *The International Law Commission's Articles on State Responsibility: Introduction, Text and Commentaries*. Cambridge, UK: Cambridge University Press.
- d'Aspremont J. (2011) *Formalism and the Sources of International Law: A Theory of the Ascertainment of Legal Rules*. Oxford, UK: Oxford University Press.
- Deibert R., Rohozinski R., Crete-Nishihata M. (2012) Cyclones in Cyberspace: Information Shaping and Denial in the 2008 Russia–Georgia War. *Security Dialogue*, vol. 43, no. 1, pp. 3–24.
- Dukkipati R. V. (2007) *Solving Engineering System Dynamics Problems with MATLAB*. New Age International.
- Foltz A. C. (2012) Stuxnet, Schmitt Analysis, and the Cyber Use-of-Force Debate. *National Defense University, Joint Force Quarterly*, vol. 47, pp. 40–48.
- Goldsmith J., Wu T. (2006) *Who Controls the Internet?: Illusions of a Borderless World*. Oxford: Oxford University Press.
- Gutmann A., Warner M. (2019) Fight to Be Forgotten: Exploring the Efficacy of Data Erasure in Popular Operating Systems. In: Naldi M. et al. (eds.) *Privacy Technologies and Policy*, Springer.
- Heckman K. E. et al. (2015) *Cyber Denial, Deception and Counter Deception: A Framework for Supporting Active Cyber Defense*, Springer.
- Herzog S. (2011) Revisiting the Estonian Cyber Attacks: Digital Threats and Multinational Responses. *Journal of Strategic Security*, vol. 4, no. 2, pp. 49–60.
- Higgins R. (2009) *Intervention and International Law: Themes and Theories*. Oxford: Oxford University Press.
- Hijmans H. (2020) Article 1 Subject-Matter and Objectives. In: Kuner C. et al (eds.) *The EU General Data Protection Regulation (GDPR): A Commentary*. Oxford, UK: Oxford University Press.
- Hummel P., Braun M., Dabrock P. (2021) Own Data? Ethical Reflections on Data Ownership. *Philosophy & Technology*, vol. 34, pp. 545–572.
- Humphreys S. (2018) Data: The Given. In: Hohmann J., Joyce D. (eds.) *International Law's Objects*. (Oxford, UK: Oxford University Press.
- Jeangène Vilmer J-B. (2014) De la mythologie française du droit d'ingérence à la responsabilité de protéger. Une clarification terminologique. *Annuaire Français de Relations Internationales*, vol. XIII, pp. 81–100.
- Käll J. (2020) The Materiality of Data as Property. *Harvard International Law Journal Frontiers*, vol. 61, pp. 1–11.
- Kaur D. (2021) *An Introduction to System Software*. Alpha Science International.
- O' Keefe R. (2013) Jurisdictional Immunities. In: Tams C., Sloan J. (eds.) *The Development of International Law by the International Court of Justice*. Oxford: Oxford University Press.
- Kilovaty I. (2021) The International Law of Cyber Intervention. In: Tsagourias N., Buchan R. (eds.) *Research Handbook on International Law and Cyberspace*. Edward Elgar Publishing.
- Kim D., Solomon M. G. (2021) *Fundamentals of Information Systems Security*, 4th ed., Jones & Bartlett Learning.

- Korhonen O., Markovich E. (2021) Mapping Power in Cyberspace. In: Tsagourias N., Buchan R. (eds.) Research Handbook on International Law and Cyberspace. Edward Elgar Publishing.
- Lahmann H. (2022) On the Politics and Ideologies of the Sovereignty Discourse in Cyberspace. *Duke Journal of Comparative & International Law*, vol. 32, pp. 61–107.
- Maurer T. (2018) *Cyber Mercenaries*. Cambridge, MA, USA: Cambridge University Press.
- Mignon V. (2019) Blockchains – Perspectives and Challenges. In: Kraus D., Obrist T., Hari O. (eds.) *Blockchains, Smart Contracts, Decentralised Autonomous Organisations and the Law*. Edward Elgar Publishing.
- Moore D., Rid T. (2016) Cryptopolitik and the Darknet. *Survival*, vol. 58, no. 1, pp. 7–38.
- Morley D., Parker C. S. (2016) *Understanding Computers: Today and Tomorrow*, 16th ed., New York, NY, USA: Cengage Learning.
- Murphy J. (2013) Cyber War and International Law: Does the International Legal Process Constitute a Threat to U.S. Vital Interests? *International Law Studies*, vol. 89, pp. 309–340.
- Pardau S.L. (2018) The California Consumer Privacy Act: Towards a European-Style Privacy Regime in the United States. *Journal of Technology Law & Policy*, vol. 23, no. 1, pp. 68–114.
- Plakokefalos I. (2015) Causation in the Law of State Responsibility and the Problem of Overdetermination: In Search of Clarity. *European Journal of International Law*, vol. 26, pp. 471–492.
- Radziwill Y. (2015) *Cyber-Attacks and the Exploitable Imperfections of International Law*, Brill.
- Roscini M. (2014) *Cyber Operations and the Use of Force in International Law*, Oxford, UK: Oxford University Press.
- Roscini M. (2021) Cyber Operations as a Use of Force. In: Tsagourias N., Buchan R. (eds.) *Research Handbook on International Law and Cyberspace*, Edward Elgar Publishing.
- Rosenau J. N. (1969) Intervention as a Scientific Concept. *The Journal of Conflict Resolution*, vol. 13, no. 2, pp. 149–171.
- Mcdougal M. (1953) *International Law, Power, and Policy: A Contemporary Conception*. Collected Courses of the Hague Academy of International Law, Brill.
- Schmitt M. (2021) Foreign Cyber Interference in Elections. *International Law Studies*, vol. 97, pp. 739–764.
- Schmitt M. (2010) *Cyber Operations in International Law: The Use of Force, Collective Security, Self-Defense, and Armed Conflict*, National Academies Press.
- Schmitt M. (ed.) *Tallinn Manual 2.0 on The International Law Applicable to Cyber Operations*. Cambridge, MA, USA: Cambridge University Press.
- Sprankling J. G. (2014) *The International Law of Property*. Oxford, UK: Oxford University Press.
- Trapp K. (2018) Boots (on the Ground). In: Joyce D. (ed.) *International Law's Objects* Oxford, UK: Oxford University Press.
- Tsagourias N. (2021) The Legal Status of Cyberspace: Sovereignty Redux?. In: Tsagourias N., Buchan R. (eds.) *Research Handbook on International Law and Cyberspace*, Edward Elgar Publishing.
- Tzeng P. (2016) The State's Right to Property Under International Law. *Yale Law Journal*, vol. 125, no. 6, pp. 1805–1806.
- Willis H. (1909) Subject-Matter. *Columbia Law Review*, vol. 9, no. 5, pp. 419–426.

---

## ARBITRATING INVESTMENT DISPUTES INVOLVING STATES WITH COMPETING GOVERNMENTS (ON THE EXAMPLE OF VENEZUELA)

VARGA K.<sup>1</sup>

**Kata Varga** — Master of Laws, Associate, Monastyrsky, Zyuba, Stepanov & Partners, Moscow, Russia (kata.varga@yandex.ru).  
ORCID: 0009-0001-7808-4561

### Abstract

The present article analyses whether investment tribunals are competent to determine which representatives are entitled to act on behalf of respondent states with competing governments. The examination of existing case law and theoretical background suggests that investment tribunals have incidental jurisdiction to decide on the representation issue. In this case, the representation issue is resolved for the sole purpose of proceeding to consideration of claims, which are properly within the tribunals' jurisdiction *ratione materiae* and the decision on this issue is not included in the *dispositif* of the awards and lacks *res judicata* effect. The most plausible approach to decide the representation issue is to conduct a substantive analysis of the government's entitlement to act on behalf of the state. The alternative avoidance techniques to resolve the representation issue are questionable from the perspectives of their logical coherence, practical convenience and safeguarding the parties' procedural rights. This analysis should be conducted in accordance with the criteria of customary international law. The legitimacy of a government's origin is just one of these criteria and has a limited role in the overall test for identifying the government which is entitled to act on behalf of the state. Finally, this analysis should also take into account the considerations of procedural fairness, which depends on the factual circumstances of each specific case.

### Key words

investment arbitration, representation of states in arbitration, Venezuela, inherent jurisdiction, incidental jurisdiction, recognition of governments

**Citation:** Varga K. Arbitrating Investment Disputes Involving States with Competing Governments (on the Example of Venezuela) // Zhurnal VSHÉ po mezhdunarodnomu pravu (HSE University Journal of International Law). 2023. Vol. 1. № 3. P. 21–35.

<https://doi.org/10.17323/jil.2023.18753>

---

### Introduction

In the recent arbitrations against Venezuela, investment tribunals have faced the issue concerning Venezuela's representation by two competing governments (hereinafter — representation issue). This issue arose from the 2019 presidential crisis in Venezuela. As a result, Juan Guaidó, who proclaimed himself the interim president of Venezuela and was recognised as the legitimate head of state by numerous states, fled the country, while Nicolás Maduro, whose presidency has been extended for a second term due to disputed presidential elections, remains Venezuela's *de facto* and effective leader. However, the lack of effectiveness did not preclude Mr Guaidó from appointing his nominees as high-ranking Venezuelan public officials. Mr Guaidó's appointment of José Ignacio Hernández as the Special Attorney General on 27 February 2019 enabled the latter to intervene into Venezuela's ongoing investment arbitration proceedings as the state's representative and instruct another law firm to assist Venezuela.

This article aims to determine (i) whether arbitral tribunals have jurisdiction to decide the representation issue, and, if so, (ii) what are the proper techniques to identify a state's representative. This task is accomplished against the background of limited academic writing on this issue.<sup>2</sup>

Accordingly, this article examines whether arbitral tribunals are entitled under bilateral investment treaties (hereinafter — BITs) to decide on the representation issue; whether the doctrines of inherent

---

<sup>1</sup> The views expressed in this article are the author's personal views and do not belong to Monastyrsky, Zyuba, Stepanov & Partners.

<sup>2</sup> As of the time of writing, the topic of the present article had been discussed only in the following contributions: Baptista K. *New Actors in Investment Arbitration: The Legitimate Government // Transnational Actors in International Investment Law I* ed. by A. Gourgourinis. Cham : Springer, 2021; Papp R. *Representation of States in Investment Arbitrations Involving Governments Competing for International Recognition // Investments in Conflict Zones: The Role of International Investment Law in Armed Conflicts, Disputed Territories, and 'Frozen' Conflicts I* ed. by T. Ackermann., S. Wuschka. Leiden : Brill | Nijhoff, 2021; Mancaux S. *The Representation of States before ICSID Tribunals // Journal of International Dispute Settlement*. Vol. 2. 2011. № 1. P. 87–96.

powers and incidental jurisdiction expand the tribunals' jurisdiction to resolve this issue; and which additional considerations should be given effect by tribunals while performing this task.

In line with this, Section 1 gives an outline of the representation issue, the related theoretical and practical challenges, and describes the approaches of other international dispute settlement bodies. Section 2 analyses whether investment tribunals have jurisdiction to decide on the representation issue, including on the basis of the doctrines of inherent powers and incidental jurisdiction. Section 3 describes other aspects that should be considered by tribunals while deciding on the representation issue, such as issues of applicable law, annulment and enforcement concerns, procedural fairness, and judicial propriety. The inferences drawn from this analysis are summarised in the Conclusion.

## 1. Mapping the issue: competing governments before international courts and tribunals

The present Section outlines the factual background that led to the emergence of the representation issue in the Venezuelan investment proceedings and describes the approaches taken by the respective tribunals. The solutions proposed by these tribunals are then considered in the light of the case law of other international courts and tribunals.

### 1.1. Background of the Venezuelan precedents

In 2018, presidential elections took place in Venezuela for the upcoming 5-year presidential term. Although the elections resulted in the re-election of Nicolás Maduro, it was commonly believed that the elections were deeply flawed.<sup>3</sup> Numerous states refused to recognise the legitimacy of the elections.<sup>4</sup>

The crisis resulted in the self-proclamation of Juan Guaidó, the opposition leader at the National Assembly, as the Interim President pursuant to Article 233 of the Venezuelan Constitution on 23 January 2019.<sup>5</sup> He was recognised by approximately 60 states.<sup>6</sup>

On 5 February 2019, the National Assembly passed the so-called Statute Governing the Transition to Democracy and the Reestablishment of the Constitution (hereinafter — Transition Statute), which incorporated the desired political changes.<sup>7</sup> It also empowered Mr Guaidó to appoint senior officials, including the Special Attorney General representing Venezuela in international arbitration proceedings.<sup>8</sup> Mr Guaidó appointed José Ignacio Hernández as the Special Attorney General.

However, the Transition Statute was annulled by the Supreme Tribunal of Justice (hereinafter — STJ), as it was adopted by the National Assembly in violation of the Constitution.<sup>9</sup> The STJ also annulled the appointment of Mr Hernández as the Special Attorney General on 11 April 2019.<sup>10</sup> Despite this, Mr Hernández — later replaced by Enrique Sánchez Falcón — started intervening into Venezuela's ICSID arbitration proceedings,<sup>11</sup> which were being managed by Reinaldo Enrique Muñoz Pedroza, the Venezuelan Attorney General appointed by Mr Maduro.<sup>12</sup> While Mr Pedroza instructed De Jesús & De

<sup>3</sup> Faiola A. *Venezuelan President Nicolás Maduro wins reelection amid charges of irregularities* // The Washington Post. 20 May 2018. URL: [https://www.washingtonpost.com/world/the\\_americas/crisis-weary-venezuelans-are-voting-in-election-decried-as-a-maduro-power-grab/2018/05/20/cb7b579e-57d6-11e8-9889-07bcc1327f4b\\_story.html](https://www.washingtonpost.com/world/the_americas/crisis-weary-venezuelans-are-voting-in-election-decried-as-a-maduro-power-grab/2018/05/20/cb7b579e-57d6-11e8-9889-07bcc1327f4b_story.html) (accessed: 18.06.2023).

<sup>4</sup> Sequera V., Buitrago D. *U.S., EU say they do not recognize Venezuela parliamentary vote* // Reuters. 7 December 2020. URL: <https://www.reuters.com/article/us-venezuela-election-results-idCAKBN28H0L3> (accessed: 18.06.2023).

<sup>5</sup> Hernandez A., Melimpoulos E. *Venezuela opposition leader declares himself interim president* // Aljazeera. 24 January 2019. URL: <https://www.aljazeera.com/news/2019/1/24/venezuela-opposition-leader-declares-himself-interim-president> (accessed: 15.12.2023).

<sup>6</sup> Paddeu F., Dunkelberg A. *Recognition of Governments: Legitimacy and Control Six Months after Guaidó* // *Opinio Juris*. 18 July 2019. URL: <http://opiniojuris.org/2019/07/18/recognition-of-governments-legitimacy-and-control-six-months-after-guaido/> (accessed: 18.06.2023).

<sup>7</sup> *Venezuelan Parliament approves law governing political transition* // The Quint World. 6 February 2019. URL: <https://www.thequint.com/news/hot-news/venezuelan-parliament-approves-law-governing-political-transition> (accessed: 18.06.2023).

<sup>8</sup> Hernández J. I. *The Statute that Governs the Transition to Democracy and the International Recognition of the Venezuela Interim President* // *International Legal Materials*. Vol. 61. 2022. № 5. P. 820.

<sup>9</sup> *El TSJ de Venezuela declara nulo el Estatuto de la Transición aprobado por el Parlamento* // *Notimérica*. 11 February 2019. URL: <https://www.notimerica.com/politica/noticia-tsj-venezuela-declara-nulo-estatuto-transicion-aprobado-parlamento-20190211121618.html> (accessed: 18.06.2023).

<sup>10</sup> *Deutsche Bank AG London Branch v. Central Bank of Venezuela* [2022] EWHC 2040 (Comm), §101.

<sup>11</sup> *Valores Mundiales S.L. and Consorcio Andino S.L. v. Venezuela*, ICSID Case № ARB/13/11, Annulment Proceedings, Procedural Order № 2, 29 August 2019, §1; *Mobil Cerro Negro Holding et al. v. Venezuela*, ICSID Case № ARB/07/27, Decision on the Respondent's Representation in this Proceeding, §8, 24.

<sup>12</sup> *Valores Mundiales S.L. and Consorcio Andino S.L. v. Venezuela*, Award, 25 July 2017, p. i (list of party representatives); *Mobil Cerro Negro Holding et al. v. Venezuela*, ICSID Case № ARB/07/27, Decision on the Respondent's Representation in this Proceeding, §2.

Jesús, Mr Falcón instructed Curtis, Mallet-Prevost, Colt & Mosle LLP as counsel.<sup>13</sup> Against this background, several ICSID tribunals considered the representation issue in separate procedural decisions.

## 1.2. Jurisdiction and applicable law in the Venezuelan precedents

In general, ICSID tribunals considered that they are entitled to decide on the representation issue — to a limited extent — because this is merely a procedural issue. In *Valores Mundiales v. Venezuela* and *Mobil Cerro v. Venezuela*, the tribunals held that they lack powers to identify the legitimate representative but noted that there was no need for such an exercise, as the decision on the representation is made strictly for the purposes of the proper conduct of proceedings and thus is a procedural decision.<sup>14</sup> The tribunals cited Article 44 of the ICSID Convention, under which “[i]f any question of procedure arises which is not covered by... the Arbitration Rules or any rules agreed by the parties, the Tribunal shall decide the question”.<sup>15</sup> Still, in *Heemsen v. Venezuela* and *Longreef v. Venezuela*, the tribunals held that they lack jurisdiction to resolve the related matter whether the procedural actions of Mr Pedroza could be declared invalid in the light of the National Assembly’s statement on the illegality of his authority.<sup>16</sup>

No less controversial is the question which law should be applied while deciding the representation issue. Some tribunals thoroughly analysed the authority of the competing representatives. Thus, in *Mobil Cerro v. Venezuela* and *Valores Mundiales v. Venezuela*, the tribunals examined the issue from the perspective of both national and international law. Both tribunals found that, in terms of international law, it is the effective government that should represent the state in the proceedings.<sup>17</sup> But they also took cognizance of the fact that the STJ had declared the appointment of Mr Hernández invalid and stated that only Mr Pedroza can represent Venezuela in the proceedings.<sup>18</sup>

## 1.3. Various approaches to the representation issue in the Venezuelan precedents

The first approach adopted by tribunals can be characterised as the *status quo* approach. It boils down to allowing the counsel on the record, i.e. Mr Pedroza and De Jesús, to continue Venezuela’s representation.<sup>19</sup> Its main advantage is simplicity. It also preserves the respondent state’s procedural rights and ensures that the investor does not have to face an additional legal team advancing its opponent’s interests, which would definitely place extra procedural burden on the claimant. Still, this solution is more practical than legal. Furthermore, neither tribunal, which followed the described approach, supported its conclusion with a strong line of legal arguments.

More nuanced is the approach of the *Mobil Cerro* tribunal.<sup>20</sup> It started its analysis by outlining the reasonableness of the *status quo* approach, which “provides continuity in the interest of orderly proceedings and the right of defence of the Respondent”.<sup>21</sup> This conclusion was backed by a substantive analysis of the representatives’ entitlement to act on behalf of Venezuela. From the perspective of Venezuelan law, after noting the STJ’s annulment of the “the basis of the appointment of Mr Falcón’s predecessor”, the tribunal held that it “has not been convinced that Mr Falcón’s appointment is formally valid under domestic Venezuelan law”.<sup>22</sup> As regards international law, the tribunal noted that “Mr. Falcón has not been shown to be the representative of an effective government”.<sup>23</sup> In addition, Mr Guaidó’s recognition by other states, in the tribunal’s view, often expressed mere political support rather than abrogated Mr Maduro’s powers as the state’s effective leader.<sup>24</sup>

This solution appears to be preferable compared to the first one, as it engages in an analysis of the entitlement to represent the respondent state and arrives at a decision, which is legally justified rather than convenient. Moreover, selecting the “incorrect” representative can jeopardise the respondent state’s

<sup>13</sup> *Ibid.* §7, 29.

<sup>14</sup> *Valores Mundiales v. Venezuela*, Procedural Order № 2, §31–38; *Mobil Cerro v. Venezuela*, §43–46.

<sup>15</sup> Convention on the settlement of investment disputes between States and nationals of other States, 575 U.N.T.S. 159 (1965).

<sup>16</sup> *Enrique Heemsen and Jorge Heemsen v. Venezuela*, PCA Case № 2017–18 and *Longreef Investments AVV v. Venezuela*, ICSID Case № ARB/11/5, Annulment Procedure, cited in *Valores Mundiales v. Venezuela*, Procedural Order № 2, §36.

<sup>17</sup> *Valores Mundiales v. Venezuela*, Procedural Order № 2, §42; *Mobil Cerro v. Venezuela*, §56.

<sup>18</sup> *Valores Mundiales v. Venezuela*, Procedural Order № 2, §43–47; *Mobil Cerro v. Venezuela*, §55–57.

<sup>19</sup> *Agroinsumos Ibero-Americanos S.L. et al. v. Venezuela*, ICSID Case № ARB/16/23, Procedural Order № 13, 13 January 2020, cited in *ConocoPhillips Petrozuata B.V. et al. v. Venezuela*, ICSID Case № ARB/07/30, Recommendation, 10 July 2020, §40.

<sup>20</sup> For a similar line of argumentation see also *Valores Mundiales v. Venezuela*, Procedural Order № 2, §42–49.

<sup>21</sup> *Mobil Cerro v. Venezuela*, §52.

<sup>22</sup> *Ibid.* §55.

<sup>23</sup> *Ibid.* §56–57.

<sup>24</sup> *Ibid.* §60.



right to be heard. This, in turn, would adversely affect the claimant's interest in enforcing the arbitral award, as a substantial violation of the right to be heard might lead to annulment or serve as a ground for denying recognition and enforcement.<sup>25</sup> Thus, in *ConocoPhillips v. Venezuela*, the investor considered these enforcement-related risks sufficiently substantial to ask the tribunal to allow the participation of both representatives for Venezuela.<sup>26</sup>

A third approach was adopted in *ConocoPhillips v. Venezuela*, where both representatives were allowed to represent Venezuela. In the Decision of Rectification, the tribunal considered that at that stage the issue of representation was moot, as no conflicting submissions were filed by Curtis and De Jesús, which would jeopardise the proceeding.<sup>27</sup> The issue was also considered in the Order on Respondent's Representation issued by the Annulment Committee upon De Jesús' request to exclude Curtis from the proceedings.<sup>28</sup> De Jesús' request was filed after both firms concurrently applied for the annulment of the award and commented on the schedule of proceedings.<sup>29</sup> Although the Order on Representation admitted the existence of a risk that the representatives might make different arguments, the Annulment Committee opined that this "does not mean that their arguments and theses would not be heard and answered, separately" and that, in any case, it is Conoco who bears the burden of answering two lines of defences.<sup>30</sup> Finally, the issue was discussed once again in Lord Phillips' Recommendation on De Jesús' proposal to disqualify all members of the ICSID Annulment Committee because "the terms of the Order on Representation demonstrate that each of the three members of the Committee cannot be relied upon to exercise independent judgment".<sup>31</sup> Lord Phillips noted that the concurrent work of two legal teams complementing each other would be beneficial for Venezuela.<sup>32</sup> But he also made a disclaimer that where there is a "conflict between the cases that the two [representatives] sought to advance", "it would cease to be procedurally viable for them both to represent Venezuela".<sup>33</sup> Consequently, this situation "might lead to a procedural impasse".<sup>34</sup> The only solution, in Lord Phillips' opinion, would be the cancellation of the Order on Representation.<sup>35</sup> Finally, he also noted that, possibly, "the appropriate course that the Committee should have taken was to resolve, as best it could, the question of which of the two rival contenders had the better case to represent Venezuela".<sup>36</sup>

Lord Phillips' comments clearly show the main drawbacks of concurrent representation by two non-cooperating legal teams. Where their positions are contradictory, it is unclear whose arguments should be given prevalence by the tribunal. It is also imaginable — if the representation issue arises early in the proceeding — that the legal teams might present conflicting facts, further complicating the case. Finally, the opposing party has to defend itself against two concurrent lines of arguments, which increases its expenses on the proceeding and the time required to adequately answer all arguments. This scenario thus also raises concerns about preserving the equality of parties. Although this latter problem did not occur in *ConocoPhillips* (as Conoco expressly agreed to bear this additional procedural burden to avoid enforcement-related risks),<sup>37</sup> it might well play a substantial role in cases initiated by claimants lacking the requisite financial resources. An adequate solution to avoid such complications, as admitted by Lord Phillips, is to choose one representative. In the author's view, the *ConocoPhillips* approach would only be at least viable if the rival counsels work hand-in-hand and produce a single position for the respondent state. But it is very unlikely that in circumstances similar to Venezuela's case such cooperation can be achieved.

<sup>25</sup> Article 52(1)(d) of the ICSID Convention; Article V(1)(b) of the Convention on the Recognition and Enforcement of Foreign Arbitral Awards, 330 U.N.T.S. 3 (1958).

<sup>26</sup> *ConocoPhillips v. Venezuela*, Order on Applicant's Representation, 3 April 2020, §28.

<sup>27</sup> *ConocoPhillips v. Venezuela*, Decision on rectification, 29 August 2019, §25.

<sup>28</sup> *ConocoPhillips v. Venezuela*, Order on Applicant's Representation, §17.

<sup>29</sup> *Ibid.* §1–10.

<sup>30</sup> *Ibid.* §36.

<sup>31</sup> *ConocoPhillips v. Venezuela*, Recommendation, §9.

<sup>32</sup> *Ibid.*

<sup>33</sup> *Ibid.*

<sup>34</sup> *Ibid.*

<sup>35</sup> *Ibid.* §112.

<sup>36</sup> *Ibid.*, §123. The same idea was expressed in *Kimberly-Clark Dutch Holdings B.V. et al. v. Venezuela*, ICSID Case № ARB(AF)/18/3, 15 October 2019, Order on Venezuela's Representation, cited in *ConocoPhillips v. Venezuela*, Recommendation, §38: "the arbitration cannot proceed with two representatives of one and the same party who are in conflict with each other".

<sup>37</sup> See above fn. 25.

Finally, another option considered in *Valores Mundiales v. Venezuela* is to defer the decision on the representation issue to another body, namely the Administrative Council of the ICSID.<sup>38</sup> But it was rejected, as due to Venezuela's denunciation of the ICSID Convention it was no longer represented in the Council.<sup>39</sup> Still, one could imagine the possibility of deferring this question, e.g. to the International Court of Justice (hereinafter — ICJ), which can decide “all cases which the parties refer to it”.<sup>40</sup> But this approach does not seem to provide a sound solution. The problem is that the ICJ cannot decide the question without proper jurisdictional bases. In any case, the ultimate course of action for the tribunal in regards to the ongoing arbitration proceedings while the ICJ is considering the representation issue remains unclear. The suspension of proceedings for a long time is a serious prejudice to the rights of both parties. And if tribunals have jurisdiction to decide the representation issue (see below), such an approach would result in a denial of justice for the parties.<sup>41</sup>

Thus, while there was a consensus among the tribunals that they lack jurisdiction to determine who is Venezuela's legitimate representative, they adopted various techniques to manage the proceedings. Some techniques — such as allowing the counsel on the record to continue representing the state (*status quo* approach) and allowing both representatives to act for the state — provide rather practical solutions and were adopted without a detailed legal analysis. Nevertheless, other tribunals combined the *status quo* approach with a substantive analysis of the respective representatives' entitlement to act on Venezuela's behalf under both national and international law.

#### 1.4. The representation issue before other international fora

The representation issue was also considered in other fora. In *Cyprus v. Turkey*, the European Commission of Human Rights faced Turkey's argument that Cyprus lacked standing for lodging an application, as the government lodging the application was not the legitimate government of Cyprus. This argument was rejected by the Commission, which referred to related Security Council resolutions recognising the government in the proceeding and the fact that the representatives of this government consistently acted on behalf of Cyprus in ratifying treaties and no objections were raised against these acts.<sup>42</sup>

Yugoslavia made a similar argument in the *Bosnian Genocide* case, where it argued that the president of Bosnia and Herzegovina was not authorised to file claims with the ICJ due to the violation of domestic procedures. The ICJ considered that municipal law is irrelevant to the question and opined that under international law “there is no doubt that every Head of State is presumed to be able to act on behalf of the State in its international relations”. The Court referred to the recognition of Mr Izetbegović's presidential status by the UN and the fact that he signed numerous treaties.<sup>43</sup>

The representation issue also arose before the Prosecutor of the International Criminal Court (hereinafter — ICC)<sup>44</sup> when the ex-president of Egypt, Mr Morsi, communicated to the ICC his request to initiate an investigation with respect to governmental activities taken in times of civil unrest in Egypt in 2013 with a declaration for Egypt's accession to the Rome Statute. However, the ICC Prosecutor decided that the documents were filed by unauthorised persons and, thus, Egypt's consent for the exercise of the ICC's jurisdiction could not be established. The Prosecutor argued that according to official UN documents other persons are listed as Egypt's president, prime minister and minister of foreign affairs, even though the international community refused to recognise the new government. The Prosecutor also considered that under international law the test of effective control shall be determinative of a government's power to act on behalf of the state. Considering that the Morsi government was ineffective, the Prosecutor decided not to proceed with the communication and the declaration.<sup>45</sup>

<sup>38</sup> *Ibid.* §62.

<sup>39</sup> *Ibid.*

<sup>40</sup> Article 36(1) of the Statute of the International Court of Justice, XV U.N.C.I.O. 355 (1945).

<sup>41</sup> *Maritime Delimitation in the Indian Ocean (Somalia v. Kenya)*, Preliminary Objections, Judgment of 2 February 2017, I.C.J. Reports 2017, §132.

<sup>42</sup> *Cyprus v. Turkey*, European Commission on Human Rights, (Applications Nos. 6780/74 6 and 6950/75), Decision of 26 May 1975. P. 135–136.

<sup>43</sup> *Application of the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide (Bosnia and Herzegovina v. Serbia and Montenegro)*, Judgment of 11 July 1996, I.C.J. Reports 1996, §44.

<sup>44</sup> Although the ICC Prosecutor is not a dispute resolution body, for the purposes of the present Article this difference plays a limited role.

<sup>45</sup> *The determination of the Office of the Prosecutor on the communication received in relation to Egypt* // Press Release of the Office of the Prosecutor of the International Criminal Court. ICC-OTP-20140508-PR1003. 8 May 2014. URL: <https://www.icc-cpi.int/news/determination-office-prosecutor-communication-received-relation-egypt> (accessed: 18.06.2023).

The above conclusions differ from the ones reflected in the Venezuelan precedents. The European Commission of Human Rights, the ICJ and even the ICC Prosecutor considered that they are entitled to identify governments. There is also a consensus among them that the question must be resolved exclusively on the basis of international law.

## 2. Jurisdiction of investment tribunals over issues concerning state representation

### 2.1. Jurisdiction of investment arbitration tribunals over issues extraneous to the applicable BIT

The scope of investment tribunals' jurisdiction depends on the wording of BITs' dispute resolution clauses. Some provide for jurisdiction over disputes relating to the breach of the BIT or matters regulated thereby.<sup>46</sup> Others contain clauses allowing to arbitrate *all* or *any* disputes relating to an investment.<sup>47</sup>

This broad wording does not limit tribunals' jurisdiction solely to breaches of the applicable BIT and could encompass not only BIT claims, but also contractual claims and claims under national law or treaties extraneous to the BIT. However, the possibility of such a broad interpretation remains unsettled, as evidenced by the notorious example of the *SGS v. Philippines*<sup>48</sup> and *SGS v. Pakistan*<sup>49</sup> cases, in which tribunals interpreted identical dispute resolution clauses differently. In *SGS v. Philippines*, the tribunal opined that the phrase "disputes with respect to investments" is sufficiently broad to include contractual claims, and only express wording to the opposite could exclude such claims from the tribunal's jurisdiction.<sup>50</sup> On the contrary, in *SGS v. Pakistan*, an identically drafted clause was interpreted as allowing to bring within the tribunal's purview only violations of the BIT.<sup>51</sup>

Such a narrow interpretation does not seem completely inapposite. It is logical to assume that BITs' dispute resolution clauses provide for a forum to consider violations of the respective BIT rather than extending arbitral jurisdiction to issues under other legal instruments.<sup>52</sup> Still — at least in the academic community — the expansive interpretation seems to prevail, so that BITs' broad dispute resolution clauses allow bringing claims under other treaties or customary international law insofar as they relate to an investment.<sup>53</sup>

But even broadly worded dispute resolution clauses cannot justify the resolution of the representation issue by an investment tribunal, as this issue does not relate to an investment.<sup>54</sup> Therefore, investment tribunals lack jurisdiction to decide the representation issue as a separate claim.

### 2.2. Inherent powers as a potential basis for resolving the representation issue

The majority of the Venezuelan precedents confirm that investment tribunals have jurisdiction to resolve the representation issue as a procedural question pursuant to Article 44 of the ICSID Convention.<sup>55</sup> This

<sup>46</sup> Examples of such BITs are provided, e.g. in Schreuer C. *Jurisdiction and Applicable Law in Investment Treaty Arbitration* // McGill Journal of Dispute Resolution. Vol. 1. 2014. № 1. P. 7–8.

<sup>47</sup> *Ibid.*

<sup>48</sup> *SGS Société Générale de Surveillance S.A. v. Republic of the Philippines*, ICSID Case № ARB/02/6, Decision of the Tribunal on Objections to Jurisdiction, 29 January 2004.

<sup>49</sup> *SGS Société Générale de Surveillance S.A. v. Islamic Republic of Pakistan*, ICSID Case № ARB/01/13, Decision of the Tribunal on Objections to Jurisdiction, 6 August 2003.

<sup>50</sup> *SGS v. Philippines*, §132. For similar argument see, e.g. *Salini Costruttori S.p.A. and Italstrade S.p.A. v. Kingdom of Morocco [I]*, ICSID Case № ARB/00/4, Decision on Jurisdiction, 31 July 2001, §59.

<sup>51</sup> *SGS v. Pakistan*, §161. For similar argument see, e.g. *Consortium Groupement L.E.S.I.- DIPENTA v. République algérienne démocratique et populaire*, ICSID Case № ARB/03/08, Award, 10 January 2005, §25.

<sup>52</sup> Gaillard E. *Treaty-Based Jurisdiction: Broad Dispute Resolution Clauses* // New York Law Journal. Vol. 234. 2005. № 68. P. 3.

<sup>53</sup> Schreuer C. *Jurisdiction and Applicable Law...* P. 7–9; Douglas Z. *The Enforcement of Environmental Norms in Investment Treaty Arbitration // Harnessing Foreign Investment to Promote Environmental Incentives and Safeguards* / ed. by P.-M. Dupuy, J. Viñuales. Cambridge : Cambridge University Press, 2013. P. 415, 424–425; Viñuales J. E. *Foreign Investment and the Environment in International Law: An Ambiguous Relationship* // British Yearbook of International Law. Vol. 80. 2009. № 1. P. 256–257; Demirkol B. *Non-treaty Claims in Investment Treaty Arbitration* // Leiden Journal of International Law. Vol 31. 2017. № 1. P. 66; Alexandrov S. *Breach of Treaty Claims and Breach of Contract Claims: When Can an International Tribunal Exercise Jurisdiction? // Arbitration Under International Investment Agreements: A Guide to the Key Issues* / ed. by K. Yannaca-Small K. Oxford : Oxford University Press. 2<sup>nd</sup> ed. 2018. P. 375–376, §15.22–15.24.

<sup>54</sup> There are several ways to interpret the phrase "relating" to an investment. Some authors consider that a claim under an extraneous treaty (i.e. extraneous to the BIT) meets this test if the violation of this treaty affects the investment or is directed at it, see Demirkol B. *Non-treaty Claims...* P. 56–57. Another possible interpretation is that this wording includes "any disputes that are factually related to investments", see Douglas Z. *The International Law of Investment Claims*. New York : Cambridge University Press. 2009. P. 238. The representation issue thus cannot be considered as "relating" to an investment under either of these approaches.

<sup>55</sup> Article 44 of the ICSID Convention states in the relevant part: "If any question of procedure arises which is not covered by this Section or the Arbitration Rules or any rules agreed by the parties, the Tribunal shall decide the question".

provision incorporates the inherent powers of tribunals to “resolve procedural questions in the event of *lacunae*”.<sup>56</sup> These powers entitle tribunals to take measures necessary for the administration of justice,<sup>57</sup> i.e. have a functional justification.<sup>58</sup> The oft-cited examples of inherent powers include *compétence de la compétence*, the power to issue procedural orders, interpret the parties’ claims, impose interim measures, permit intervention, allow the participation of *amici curiae*, bifurcate the proceedings, decide on issues of evidence, decide counterclaims, interpret and revise decisions.<sup>59</sup>

Despite the existence of scholarly opinion that the inherent powers doctrine entitles the tribunals to decide the representation issue,<sup>60</sup> the present article takes the opposite view. Inherent powers are mostly applicable to procedural issues.<sup>61</sup> But the representation issue cannot be characterised as a purely procedural one.<sup>62</sup> As shown below, the logical prerequisite to the resolution of the representation issue is the determination of the government, which is entitled to act on behalf of the state. This question of entitlement is an issue of substance rather than procedure.<sup>63</sup> Therefore, the inherent powers doctrine cannot *per se* serve as a basis for rendering a decision on the representation issue.

## 2.3. Incidental jurisdiction over substantive issues

### 2.3.1. Incidental jurisdiction in general

The doctrine of incidental jurisdiction is invoked in cases, where international courts and tribunals are required to consider issues falling outside of the scope of their jurisdiction (i.e. external issues). This doctrine allows to bring within the scope of arbitral jurisdiction external issues, which are *incidental* or *ancillary* to issues that are properly within their jurisdiction (i.e. inside issue), for the purpose of deciding on such inside issues.<sup>64</sup> Thus, incidental jurisdiction should be distinguished from the doctrine of inherent powers, which relates to the exercise of procedural powers.<sup>65</sup>

The consent-based nature of arbitral jurisdiction serves as a reason for criticising the doctrine of incidental jurisdiction<sup>66</sup> — which does not require the parties’ consent<sup>67</sup> — or, at the very least, for urging to exercise cautiousness in its application.<sup>68</sup> But one should also avoid the opposite extreme when the exercise of jurisdiction is denied without sufficient grounds.<sup>69</sup>

<sup>56</sup> Schreuer C. et al. *The ICSID Convention: A Commentary*. Cambridge: Cambridge University Press, 2010. P. 688, §54; Paparinskis M. *Inherent Powers of ICSID Tribunals: Broad and Rightly So // Investment Treaty Arbitration and International Law* / ed. by I. Laird, T. Weiler. Juris Publishing, 2012. P. 9.

<sup>57</sup> Shelton D. *Form, Function, and the Powers of International Courts // Chicago Journal of International Law*. Vol. 9. 2009. № 2. P. 546; Bjorklund A., Brosseau J. *Sources of Inherent Powers in International Adjudication // European International Arbitration Review*. Vol. 6. 2018. № 2. P. 5.

<sup>58</sup> Paparinskis M. *Inherent Powers of ICSID Tribunals...* P. 9; Brown C. *Inherent Powers in International Adjudication // The Oxford Handbook of International Adjudication* / ed. by C. Romano et al. New York : Oxford University Press, 2014. P. 838–840; Orakhelashvili A. *The Concept of International Judicial Jurisdiction // The Law & Practice of International Courts and Tribunals*. Vol. 2. 2003. № 3. P. 536.

<sup>59</sup> Pauwelyn J. *Conflict of Norms in Public International Law: How WTO Law Relates to Other Rules of International Law*. Cambridge: Cambridge University Press, 2003. P. 447–448.

<sup>60</sup> Papp R. *Representation of States in Investment Arbitrations...* P. 264–267.

<sup>61</sup> Brown C. *Inherent Powers ...* P. 846: “the exercise of such powers usually relates to procedural issues, rather than the endgame of international proceedings”; Weiss F. *Inherent Powers of National and International Courts: The Practice of the Iran-US Claims Tribunal // International Investment Law for the 21st Century: Essays in Honour of Christoph Schreuer* / C. Binder et al. Oxford : Oxford University Press, 2009. P. 188: “Inherent powers... are therefore needed to enable courts and tribunals ... to deal with a great many procedural matters occurring in proceedings”.

<sup>62</sup> Baptista K. *New Actors in Investment Arbitration...* P. 90.

<sup>63</sup> See generally *Valores Mundiales v. Venezuela*, Procedural Order № 2, §36. There, the tribunal considered that a request to declare the procedural acts performed by the purported state representative was of a *substantive* nature. In the author’s view, this position applies in a more general manner. If the choice of an unauthorised representative leads to the invalidity of his acts and thus produces substantive effects, a decision on the representation issue is properly characterised as an issue of substance.

<sup>64</sup> Devaney J. *Introduction to the Symposium on Incidental Jurisdiction // AJIL Unbound*. Vol. 116. 2022. P. 160.

<sup>65</sup> Tzeng P. *The Implicated Issue Problem: Indispensable Issues and Incidental Jurisdiction // New York University Journal of International Law and Politics*. Vol. 50. 2018. № 2. P. 454, fn. 31; Marotti L. *Between Consent and Effectiveness: Incidental Determinations and the Expansion of the Jurisdiction of UNCLOS Tribunals // Interpretations of the United Nations Convention on the Law of the Sea by International Courts and Tribunals* / ed. by A. del Vecchio, R. Virzo. Cham : Springer, 2019. P. 389.

<sup>66</sup> Advocate General Warner in his Opinion to *Camera Care Ltd v. Commission*, Case 792/79R, 1980 ECR 119, 135.

<sup>67</sup> García-Revilla M. G. *The Contentious and Advisory Jurisdiction of the International Tribunal for the Law of the Sea*. Leiden : Brill | Nijhoff, 2015. P. 203; Radović R. *Incidental Jurisdiction in Investment Treaty Arbitration and the Question of Party Consent // AJIL Unbound*. 2022. Vol. 116. P. 184.

<sup>68</sup> Cassese A. *The Nicaragua and Tadić Tests Revisited in Light of the ICJ Judgment on Genocide in Bosnia // European Journal of International Law*. Vol. 18. 2007. № 4. P. 662–663.

<sup>69</sup> Akhavan P., Borge E. *Between Consent and Coherence: Incidental Questions in an Imperfect World // AJIL Unbound*. Vol. 116. 2022. P. 165; *Prosecutor v. Dusko Tadić*, Decision on the Defence Motion for Interlocutory Appeal on Jurisdiction, 2 October 1995, §11.

## 2.3.2. Criteria of exercising incidental jurisdiction in the case law of international courts and tribunals

### A. Characterisation and logic-based approaches

International case law suggests that there are two competing tests for determining whether incidental jurisdiction can be exercised or not. In P. Tzeng's terminology, these approaches can be labelled as the "characterisation approach" and "logic-based approach".<sup>70</sup> According to the former, one has to determine where the centre of the dispute's gravity lies: if it relates to the inside issue, then it is possible to exercise incidental jurisdiction, but in case it rather pertains to the external issue, there is no jurisdiction.<sup>71</sup>

Under the latter approach the tribunal has to establish the logical relationship between the external and inside issues: if the resolution of the inside issue is impossible without a prior determination of the outside issue, the tribunal cannot exercise incidental jurisdiction to overcome this deficiency.<sup>72</sup> But the below practice reveals the absence of consensus on the proper approach.

One of the first cases involving incidental questions was *Certain German Interests in Polish Upper Silesia* decided by the Permanent Court of International Justice (hereinafter — PCIJ). The dispute arose from Poland's nationalisation of the Chorzow nitrate factory owned by German companies. Germany contended that Poland's actions were in breach of Articles 92 and 297 of the Treaty of Versailles and Article 6 of the Geneva Convention concerning Upper Silesia. Poland argued that the PCIJ lacked jurisdiction to consider these claims, as they were not encompassed by the compromissory clause in Article 23 of the Geneva Convention, which referred to "differences of opinion respecting the construction and application of Articles 6 to 22 [of the Geneva Convention] that arise between the German and Polish Governments".<sup>73</sup> According to Poland, German nationals never had had property rights to the facility in question in accordance with Article 256 of the Treaty of Versailles and the Protocol of Spa. Considering that the dispute thus concerned obligations arising out of the Treaty of Versailles and the Protocol of Spa, Poland submitted that this dispute fell outside the scope of Article 23 of the Geneva Convention.<sup>74</sup> However, the PCIJ did not side with Poland's position and stated that although "the application of the Geneva Convention is hardly possible without interpreting Article 256 of the Treaty of Versailles," these are questions *preliminary* or *incidental* to the inside issue, i.e. the claim under the Geneva Convention.<sup>75</sup> The PCIJ concluded that "the interpretation of other international agreements is indisputably within the competence of the Court if such interpretation must be regarded as incidental to a decision on a point in regard to which it has jurisdiction".<sup>76</sup> The PCIJ thus adopted the characterisation approach, as it regarded the issue of the interpretation of extraneous instruments as a *preliminary* or *incidental*, i.e. minor, issue.

The characterisation approach was again relied on in the *Chagos Marine Protected Area Arbitration*.<sup>77</sup> Mauritius instituted these proceedings after the UK established a Marine Protected Area around the Chagos Archipelago in 2010. It claimed that this was contrary to the 1982 United Nations Convention on the Law of the Sea (hereinafter — UNCLOS), as the UK was not the "coastal State" within the meaning of the UNCLOS.<sup>78</sup> The tribunal opined that the relevant test boils down to determining "where the relative weight of the dispute lies".<sup>79</sup> The tribunal allowed "making such findings of fact or ancillary determinations of law as are necessary to resolve the dispute presented to it," insofar as the "real issue" relates to the UNCLOS.<sup>80</sup> The tribunal characterised the dispute as one concerning sovereignty over the Chagos Archipelago and declined to exercise jurisdiction over the claim.<sup>81</sup> Nevertheless, the tribunal noted that the possibility of deciding sovereignty issues cannot be altogether excluded where this issue is actually ancillary to the claims under the UNCLOS.<sup>82</sup>

<sup>70</sup> Tzeng P. *The Implicated Issue Problem...* P. 473.

<sup>71</sup> *Ibid.*

<sup>72</sup> *Ibid.*

<sup>73</sup> *Certain German Interests in Polish Upper Silesia (Germany v. Poland)*, Judgment of 25 August 1925, P.C.I.J. Series A, № 6. P. 13.

<sup>74</sup> *Ibid.* P. 15–17.

<sup>75</sup> *Ibid.* P. 18.

<sup>76</sup> *Ibid.*

<sup>77</sup> *Chagos Marine Protected Area Arbitration (Mauritius v. UK)*, PCA Case № 2011-03, Award, 18 March 2015.

<sup>78</sup> *Ibid.* §5–7.

<sup>79</sup> *Ibid.* §211.

<sup>80</sup> *Ibid.* §220.

<sup>81</sup> *Ibid.* §212, 547(A)(1).

<sup>82</sup> *Ibid.* §221.

The logic-based approach was relied on in the *South China Sea Arbitration* in the course of deciding whether the tribunal can rule on the parties' sovereignty over certain maritime features in the South China Sea.<sup>83</sup> The tribunal held that the dispute might be deemed a sovereignty dispute, if "(a) the resolution of the Philippines' claims would require the Tribunal to first render a decision on sovereignty, either expressly or implicitly; or (b) the actual objective of the Philippines' claims was to advance its position in the Parties' dispute over sovereignty".<sup>84</sup> However, the tribunal found that this test was not met, as there was no need to render a decision on the sovereignty issue. The tribunal considered that it was possible to proceed on the assumption that China has sovereignty over certain features.<sup>85</sup>

All in all, international adjudicatory bodies remain split on the relevant test for the permissibility of exercising incidental jurisdiction. While the characterisation approach is sometimes reprimanded for being too subjective and obscure,<sup>86</sup> strict adherence to the logic-based approach would leave most tribunals without jurisdiction over the main dispute.<sup>87</sup> This problem of the logic-based approach is well illustrated in the *South China Sea Arbitration*, where the tribunal tried to circumvent the limitations imposed by the logic-based approach by introducing a presumption that China has sovereign rights over certain marine features. While it would appear to be acceptable to make a factual presumption, it is hard to see any justification for introducing a legal presumption about the existence of disputed rights. Therefore, the characterisation approach is more suitable for determining whether the power to make incidental determinations might be used.

## B. *Res judicata* effect

Another significant aspect in defining the limits of incidental jurisdiction is the issue whether determinations on incidental questions have a *res judicata* effect. It is settled that courts and tribunals cannot include their incidental determinations in the *dispositif* and give a *res judicata* effect thereto.

This aspect was highlighted by Judge D. Anzilotti in his dissenting opinion to the *Interpretation of Judgments Nos. 7 and 8 (Factory at Chorzów)* case.<sup>88</sup> When considering the effect of the incidental determination on the German owner's rights over the nitrate factory, he expressly stated that such an incidental finding has no *res judicata* effect and cannot be binding on the parties in other proceedings.<sup>89</sup>

In the *Arctic Sunrise Arbitration*, the tribunal found itself incompetent to reach a conclusion on the issue whether the arrest and detention of the vessel's crew violated human rights law.<sup>90</sup> However, the tribunal did not exclude the possibility of taking into account international human rights standards in order to determine whether the arrest and detention were compatible with the UNCLOS.<sup>91</sup>

In *Croatia v. Serbia*, the ICJ admitted that Article IX of the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide (hereinafter — the Genocide Convention) limits its jurisdiction to disputes relating to the interpretation and application of the Genocide Convention.<sup>92</sup> But this "does not prevent the Court from considering, in its reasoning, whether a violation of international humanitarian law or international human rights law has occurred to the extent that this is relevant for the Court's determination of whether or not there has been a breach of an obligation under the Genocide Convention".<sup>93</sup>

This practice suggests the existence of a clear consensus that incidental issues cannot be decided as independent claims, included in the *dispositif* and have a *res judicata* effect. These aspects are also supported by existing doctrine.<sup>94</sup>

<sup>83</sup> *The South China Sea Arbitration (The Republic of Philippines v. The People's Republic of China)*, PCA Case № 2013–19, Award on Jurisdiction and Admissibility, 29 October 2015.

<sup>84</sup> *Ibid.*, §153.

<sup>85</sup> *Ibid.*

<sup>86</sup> Papadaki M. *Incidental Questions as a Gatekeeping Doctrine* // AJIL Unbound. Vol. 116. 2022. P. 170; Marotti L. *Between Consent and Effectiveness...* P. 393–394.

<sup>87</sup> Tzeng P. *The Implicated Issue Problem...* P. 499.

<sup>88</sup> *Interpretation of Judgments Nos. 7 and 8 (Factory at Chorzów) (Germany v. Poland)*, Judgment of 16 December 1927, P.C.I.J. Ser. A № 13, Dissenting Opinion of Judge Anzilotti.

<sup>89</sup> *Ibid.*, P. 16; *Factory at Chorzów (Merits) (Germany v. Poland)*, Judgment of 13 September 1928, Dissenting Opinion by Judge Ehrlich. P. 76.

<sup>90</sup> *Arctic Sunrise Arbitration (Netherlands v. Russia)*, PCA Case № 2014-02, Award on the Merits, 14 August 2015, §198.

<sup>91</sup> *Ibid.* See also *Duzgit Integrity Arbitration (Malta v. São Tomé and Príncipe)*, PCA Case № 2014-07, Award, 5 September 2016, §207–210; *The "Enrica Lexie" Incident (Italy v. India)*, PCA Case № 2015-28, Award, 21 May 2020, §808–809, 1094(B)(2).

<sup>92</sup> *Application of the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide (Croatia v. Serbia)*, Judgment of 3 February 2015, I.C.J. Reports 2015, §85.

<sup>93</sup> *Ibid.* See also *Jadhav (India v. Pakistan)*, Judgment of 17 July 2019, I.C.J. Reports 2019, §36–37.

<sup>94</sup> Cheng B. *General Principles of Law as Applied by International Courts and Tribunals*. Cambridge: Cambridge University Press, 1953, 2006. P. 267; Radović R. *Incidental Jurisdiction in Investment Treaty Arbitration ...* P. 184; Harris C. *Incidental*

### C. Necessity for the sole purpose of deciding the inside issue

Another important aspect of having recourse to incidental jurisdiction is that it can be exercised only insofar as this is necessary for the resolution of the claims within the scope of mainline jurisdiction.

In this respect, a significant precedent was set by the ICTY's Appeals Chamber in *Prosecutor v. Dusko Tadić*, where the defendant raised as a jurisdictional objection relating to the illegality of the ICTY's creation. The Appeals Chamber considered that its Statute defines only the ICTY's *primary* jurisdiction, but this is without prejudice to its *incidental* jurisdiction, which "derives automatically from the exercise of the judicial function".<sup>95</sup> The Appeals Chamber held that the question of the legality of its establishment is an incidental issue and has to be decided for the *sole purpose* of exercising its mainline jurisdiction over the criminal case and, thus, it can review the legality of its establishment.<sup>96</sup>

In the *Qatar ICAO Appeal* cases, the ICJ noted that the "integrity of the Council's dispute settlement function would not be affected if the Council examined issues outside matters of civil aviation for the exclusive purpose of deciding a dispute, which falls within its jurisdiction".<sup>97</sup>

The necessity criterion suggests that incidental determinations should not be superfluous or have the character of an *obiter dictum*. Instead, they should lead the tribunal to the resolution of the inside issue.

#### 2.3.3. Conclusion on incidental jurisdiction

In general, investment arbitration tribunals have the power to make incidental legal determinations, where (i) the resolution of the incidental question is necessary for deciding on the main claims and (ii) the incidental issue does not form the centre of gravity of the dispute or remains a peripheral issue, (iii) the incidental findings are not included in the *dispositif*.

The application of this test to the representation issue suggests that investment arbitration tribunals do have the power to make incidental determinations on the representation issue. The resolution of the representation issues is necessary for deciding on the BIT claims, as otherwise the conduct of proceedings would be hardly imaginable. Further, the representation issue clearly remains an ancillary issue and does not go to the heart of the investment dispute.

### 3. Resolving the representation issue: balanced argumentation and judicial propriety

The overview of case law on the representation issue displayed the multitude of possible ways to approach the issue and find a convenient solution thereto. The present Chapter focuses on finding a reasonable and balanced argumentation to identify the authorised state representative. For this purpose, the issues of applicable law, enforcement, procedural fairness, and judicial propriety are considered.

#### 3.1. Applicable law and issues of recognition and legitimacy

Existing case law on the representation issue demonstrates the lack of consensus regarding the applicable law. While the Venezuelan precedents paid attention to Venezuelan law, the decisions in *Cyprus v. Turkey*, *Bosnian Genocide* case, and the ICC Prosecutor's determination with respect to Egypt's communication reflect the reluctance to consider municipal law.

The latter approach is the preferable one. International law has its own criteria of governments, and national law has a limited role in this analysis.<sup>98</sup> There is little dispute that under international law a

---

*Determinations in Proceedings Under Compromissory Clauses* // International & Comparative Law Quarterly Vol. 70. 2021. № 2. P. 425–426.

<sup>95</sup> *Prosecutor v. Dusko Tadić*, §14.

<sup>96</sup> *Ibid.*, §20–22.

<sup>97</sup> *Appeal relating to the Jurisdiction of the ICAO Council under Article 84 of the Convention on International Civil Aviation (Bahrain, Egypt, Saudi Arabia and UAE v. Qatar)*, Judgment of 14 July 2020, I.C.J. Reports 2020, §61; *Appeal relating to the Jurisdiction of the ICAO Council under Article II, Section 2, of the 1944 International Air Services Transit Agreement (Bahrain, Egypt and UAE v. Qatar)*, Judgment of 14 July 2020, I.C.J. Reports 2020, §61. See also *The "Enrica Lexie" Incident*, §808; *Chagos Marine Protected Area Arbitration*, §220.

<sup>98</sup> Magiera S. *Governments* // Max Planck Encyclopedias of International Law, 2007. §13–27. URL: <https://opil.ouplaw.com/display/10.1093/law:epil/9780199231690/law-9780199231690-e1048?prd=EPIL> (accessed: 18.06.2023); Pavlopoulos N. *Contested Governments and State Representation before International Courts and Tribunals* // EJIL: Talk! 29 September 2021. URL: <https://www.ejiltalk.org/contested-governments-and-state-representation-before-international-courts-and-tribunals/> (accessed: 18.06.2023).

government must meet — at the very least — the criteria of effectiveness,<sup>99</sup> independence and a certain level of international recognition.<sup>100</sup> In controversial cases — where the constitutionality of the government is questionable — the criterion of recognition might be in tension with the criterion of effectiveness. As shown above, in such circumstances the ICC Prosecutor relied on the effectiveness of Mr Mansour's government, even despite the recognition concerns.<sup>101</sup> Thus, it seems that where the Security Council has not taken a stance on the legitimacy or recognition of a government, effectiveness prevails over considerations of legality and recognition.<sup>102</sup>

The reason for this is that the right to democratic governance<sup>103</sup> is supported by only a handful of examples and remains a doctrinal concept.<sup>104</sup> It is premature to speak of an emerging rule of customary international law in this respect.<sup>105</sup> In any case, recognition has several meanings<sup>106</sup> and is often granted or withheld based on political rather than legal reasons.<sup>107</sup> Recognition by other states should thus be carefully analysed on a case-by-case basis without giving it much evidential weight automatically.<sup>108</sup> In the light of this, both recognition — if furnished not by the Security Council or, arguably, if not universal — and legitimacy play a limited role in the analysis of a government's entitlement to act on behalf of a state under international law.

All in all, the question of a government's entitlement to represent a state should be decided based on the criteria under international law, i.e. effectiveness, independence, recognition, and legitimacy. Despite the sympathy that arbitrators might feel towards constitutionally elected or illegitimately overthrown governments, considerations of recognition, legitimacy and democracy play a secondary role with the rare exceptions of Security Council or universal recognition.

### 3.2. Annulment and enforcement concerns

Another potential concern is the effect of this decision on the future enforcement of the award,<sup>109</sup> which is, undoubtedly, the claimants' ultimate interest in any arbitral proceeding. Arguably, deficiencies might lead to the annulment of an award pursuant to Article 52(1)(d) of the ICSID Convention or the denial of recognition and enforcement based on Article V(1)(b) of the New York Convention.<sup>110</sup> Both provisions address irregularities of procedure, which can encompass situations where a party failed to present its case due to its representation by authorised persons.<sup>111</sup>

<sup>99</sup> International Law Association, *Recognition/Non-Recognition in International Law* // Johannesburg Conference. Third Report. 2016. P. 3; International Law Association, *Recognition/Non-Recognition in International Law* // Sydney Conference. Fourth (Final) Report. 2018. P. 479; *Tinoco Concessions Arbitration*, 1923, I RIAA 369, 381.

<sup>100</sup> Magiera S. *Governments*, §13–27; Talmon S. *Who is a legitimate government in exile? Towards normative criteria for governmental legitimacy in international law* // *The Reality of International Law. Essays in Honour of Ian Brownlie* / ed. by G. Goodwin-Gill, S. Talmon. Oxford : Oxford University Press, 1999. P. 34. URL: [https://www.ilsa.org/Jessup/Jessup12/Talmon\\_Who%20is%20a%20legitimate%20government%20in%20exile.pdf](https://www.ilsa.org/Jessup/Jessup12/Talmon_Who%20is%20a%20legitimate%20government%20in%20exile.pdf) (accessed: 18.06.2023).

<sup>101</sup> Yihdego Z. *Democracy, Peoples' Uprising and Unconstitutional Change of Government in Egypt: The African Union Principles and Responses* // EJIL: Talk! 8 July 2013. URL: <https://www.ejiltalk.org/democracy-peoples-uprising-and-unconstitutional-change-of-government-in-egypt-the-african-union-principles-and-responses/> (accessed: 18.06.2023).

<sup>102</sup> Shaw M. *International Law*. Cambridge: Cambridge University Press, 2017. P. 338: "Where recognition has been refused because of the illegitimacy or irregularity of origin of the government in question, rather than because of the lack of effectiveness of its control in the country, such non-recognition loses some of its evidential weight".

<sup>103</sup> Franck T. *The Emerging Right to Democratic Governance* // *American Journal of International Law*. Vol. 86. 1992. № 1. P. 50; d'Aspremont J. *Legitimacy of Governments in the Age of Democracy* // *New York University Journal of International Law and Politics*. 2006. Vol. 38. P. 903.

<sup>104</sup> Marks S. *What has Become of the Emerging Right to Democratic Governance?* // *European Journal of International Law*. Vol. 22. 2011. № 2. P. 511–513; Talmon S. *Who is a legitimate government in exile? Towards normative criteria for governmental legitimacy in international law...* P. 10.

<sup>105</sup> Murphy S. *Democratic Legitimacy and the Recognition of States and Governments* // *International and Comparative Law Quarterly*. Vol. 48. 1999. № 3. P. 574.

<sup>106</sup> Talmon S. *Recognition of Governments in International Law: With Particular Reference to Governments in Exile*. Oxford: Oxford University Press, 2011. P. 21–23.

<sup>107</sup> Crawford J. *Brownlie's Principles of Public International Law*. Oxford: Oxford University Press, 9<sup>th</sup> ed., 2012. P. 143; International Law Association, *Recognition/Non-Recognition in International Law...* P. 482. Also see *Salimoff v. Standard Oil Co.* (1933) 262 NY 220, 224: "The refusal of the Government of the United States to accord recognition to the Soviet regime is not based on the ground that the regime does not exercise control and authority in territory of the former Russian Empire, but on other facts".

<sup>108</sup> Talmon S. *Recognition of Governments in International Law...* P. 42. For the limited role of Mr Guaidó's recognition as Venezuela's Interim President see Janik R. *European Recognition Practice on Venezuela: The Devil in the Details* // *Opinio Juris*. 8 February 2019. URL: <https://opiniojuris.org/2019/02/08/european-recognition-practice-on-venezuela-the-devil-in-the-details/> (accessed: 18.06.2023).

<sup>109</sup> Horvath G. *The Duty of the Tribunal to Render an Enforceable Award* // *Journal of International Arbitration*. Vol. 18. 2001. № 2. P. 135–158.

<sup>110</sup> The Convention does not provide for the grounds for setting aside an arbitral award. In practice these grounds often mirror the ones for denying recognition and enforcement. Therefore, the present analysis is also relevant for the setting aside of awards.

<sup>111</sup> Schreuer C. et al. *The ICSID Convention: A Commentary...* P. 990, §317; Baptista K. *New Actors in Investment Arbitration...* P. 94–98.



But there is a clear tendency to treat tribunals' procedural decisions with great deference in the light of their general procedural discretion to design proceedings.<sup>112</sup> Therefore, in cases where the tribunal gives sufficient consideration and weight to the parties' arguments in rendering a decision on the representation issue, it can be hardly argued that this constitutes an abuse of discretion and, accordingly, a procedural irregularity, which serves as a ground for annulment or denying recognition and enforcement.<sup>113</sup>

Another potential risk is the risk of denying recognition and enforcement due to the violation of the enforcement forum's public policy.<sup>114</sup> Still, it seems questionable whether the enforcing state's policy of recognising governments is an issue of public policy.<sup>115</sup>

Finally, considerations relating to the future enforceability of an award are usually speculative and ultimately can serve merely as a "guiding light" for the tribunal.<sup>116</sup> The enforcement forum can remain unknown during the conduct of proceedings or there might be multiple enforcement forums. It is therefore highly doubtful that the tribunal should give much weight to this argument.

### 3.3. Procedural fairness and judicial propriety

A final point in deciding on the representation issue is the issue of procedural fairness and judicial propriety. The tribunals in the Venezuelan precedents placed much emphasis on the issue of procedural fairness and decided the representation issue mainly by having regard to the parties' procedural interests. But procedural fairness remains only one aspect of a complex problem.

Substituting holistic argumentation — which considers all the relevant aspects — by this one aspect is questionable. It is likely that tribunals opted for this technique to avoid deciding on a sensitive and politicised question. But if tribunals lack jurisdiction to deal with the representation issue in the first place, it is highly doubtful whether the absence of jurisdiction can be cured by such circumvention.

Investment tribunals are entitled to resolve the representation issue by exercising incidental jurisdiction. It is questionable whether refraining from exercising these powers would serve the interests of the parties or judicial propriety. The approach adopted by most tribunals, whereby it is the representative on the record who is entitled to continue to act on behalf of the respondent state, creates a risk that the award will be annulled or denied recognition and enforcement due to procedural irregularities, which affected the state's right to present its case. The only reasonable possibility to exclude this risk is to identify the persons who are authorised to act on behalf of the state.

Finally, investment tribunals do not exist in a legal vacuum. The application of extraneous norms of public international law could contribute to the increase of coordination with other dispute settlement bodies, consistency with other areas of international law and eventually to the mitigation of the ongoing fragmentation of international law.

## Conclusion

The present article analysed whether investment tribunals are competent to identify governments that are entitled to act on behalf of states. Investment tribunals have incidental jurisdiction to decide on the representation issue for the sole purpose of considering claims that are properly within their jurisdiction and if the decision on this issue is not included in the *dispositif* of the awards and lacks *res judicata* effect.

The most plausible approach to decide the representation issue is to conduct a substantive analysis of the government's entitlement to act on behalf of the state. Alternative avoidance techniques to resolve the representation issue are questionable from the perspectives of their logical coherence, practical convenience and safeguarding the parties' procedural rights.

<sup>112</sup> Born G. *International Commercial Arbitration*. The Hague: Kluwer International, 2023. §26.05[C][5][a][iii].

<sup>113</sup> Report and Recommendation of the United States District Court for the District of Columbia, *Valores Mundiales v. Venezuela*, Case № 19-cv-46-FYP-RMM, 3 August 2022: "ICSID decided the question about Venezuela's proper representation for purposes of the ICSID arbitration and consistent with ICSID's arbitration rules and procedures, including ICSID's rules for conflicts of law. Now, 'having been unsuccessful in convincing the ad hoc committee' of its position, representatives of Mr. Guaidó's government may not 'reopen those questions in a collateral attack' in this Court".

<sup>114</sup> Article V(2)(b) of the New York Convention. Arguably, such an approach is expected from the French courts, see Baptista K. *New Actors in Investment Arbitration...* P. 96–97 (referring to a French case in which France's recognition of Libya's National Transitional Council as the government had a direct effect on the treatment of claims filed by the representative appointed by the Gaddafi government with the French courts).

<sup>115</sup> *Parsons & Whittemore Overseas v. Société Générale de L'Industrie du Papier (RAKTA)*, 508 F.2d 969, 974 (2d Cir. 1974); *National Oil Corp. v. Libyan Sun Oil Co.*, 733 F. Supp. 800, 820 (D. Del. 1990).

<sup>116</sup> Boog C. *The Lazy Myth of the Arbitral Tribunal's Duty to Render an Enforceable Award* // Kluwer Arbitration Blog. 28 January 2013. URL: <https://arbitrationblog.kluwerarbitration.com/2013/01/28/the-lazy-myth-of-the-arbitral-tribunals-duty-to-render-an-enforceable-award/> (accessed: 18.06.2023).

This analysis should be conducted in accordance with the criteria of customary international law. The issue of the legitimacy of a government's origin is but one of these criteria and has a limited role in the overall test for identifying the government, which is entitled to act on behalf of the state. Finally, this analysis should also consider procedural fairness, which depends on the factual circumstances of each specific case.

## РАССМОТРЕНИЕ ИНВЕСТИЦИОННЫХ СПОРОВ В АРБИТРАЖЕ С УЧАСТИЕМ ГОСУДАРСТВ С КОНКУРИРУЮЩИМИ ПРАВИТЕЛЬСТВАМИ (НА ПРИМЕРЕ ВЕНЕСУЭЛЫ)

Варга К.<sup>117</sup>

Ката Варга — магистр права, юрист, Коллегия адвокатов «Монастырский, Зюба, Степанов и Партнеры», Москва, Россия (kata.varga@yandex.ru). ORCID: 0009-0001-7808-4561

### Аннотация

В настоящей статье рассматривается вопрос о наличии у составов арбитража, рассматривающих инвестиционные споры, компетенции определять представителей, имеющих право действовать от имени государств-ответчиков с конкурирующими правительствами. Изучение имеющейся международной практики и доктрины позволяет предположить, что составы арбитража обладают «сопутствующей» компетенцией для решения вопроса об уполномоченном представителе. В этом случае вопрос об уполномоченном представителе решается с единственной целью перейти к рассмотрению требований, которые надлежащим образом входят в компетенцию составов арбитража, и решение по этому вопросу не включается в резолютивную часть арбитражных решений и не обладает свойством исключительности. Наиболее приемлемым подходом к решению вопроса о представительстве является проведение материально-правового анализа права правительства выступать от имени государства. Альтернативные «обходные» методы для решения вопроса о представительстве сомнительны с точки зрения их логической последовательности, практичности и обеспечения процессуальных прав сторон. Данный анализ должен проводиться в соответствии с критериями обычного международного права. Вопрос легитимности правительства является лишь одним из этих критериев и играет ограниченную роль в общем тесте для определения правительства, которое имеет право действовать от имени государства. Наконец, также необходимо учитывать соображения процессуальной справедливости, которая зависит от фактических обстоятельств каждого конкретного дела.

### Ключевые слова

инвестиционный арбитраж, представление государств в арбитраже, Венесуэла, неотъемлемая компетенция, компетенция в отношении сопутствующих вопросов, признание правительств

**Для цитирования:** Варга К. Рассмотрение инвестиционных споров в арбитраже с участием государств с конкурирующими правительствами (на примере Венесуэлы) // Журнал ВШЭ по международному праву (HSE University Journal of International Law). 2023. Т. 1. № 3. С. 21–35.

<https://doi.org/10.17323/jil.2023.18753>

### References / Список источников

- Akhavan P., Bjorge E. (2022) *Between Consent and Coherence: Incidental Questions in an Imperfect World*. AJIL Unbound, vol. 116, pp. 164–169.
- Alexandrov S. (2018) *Breach of Treaty Claims and Breach of Contract Claims: When Can an International Tribunal Exercise Jurisdiction?* in Yannaca-Small K. (ed.) *Arbitration Under International Investment Agreements: A Guide to the Key Issues*. Oxford: Oxford University Press. 2<sup>nd</sup> ed, pp. 370–394.
- Baptista K. (2021) *New Actors in Investment Arbitration: The Legitimate Government* in Gourgourinis A. (ed.) *Transnational Actors in International Investment Law*. Cham: Springer, pp. 73–103.
- Bjorklund A. Brosseau J. (2018) *Sources of Inherent Powers in International Adjudication*. European International Arbitration Review, vol. 6, no. 2, pp. 1–49.
- Born G. (2023) *International Commercial Arbitration*. The Hague: Kluwer International.

<sup>117</sup> Мнения, представленные в настоящей статье, выражают исключительно позицию автора и никоим образом не отражают позицию любого другого лица или организации, в частности Коллегии адвокатов «Монастырский, Зюба, Степанов и Партнеры».

- Brown C. (2014) *Inherent Powers in International Adjudication* in Romano C., Alter K., Shany Y. (eds.) *The Oxford Handbook of International Adjudication*. New York: Oxford University Press, pp. 828–847.
- Cassese A. (2007) *The Nicaragua and Tadić Tests Revisited in Light of the ICJ Judgment on Genocide in Bosnia*. *European Journal of International Law*, vol. 18, no. 4, pp. 649–668.
- Cheng B. (2006) [1953] *General Principles of Law as Applied by International Courts and Tribunals*. Cambridge: Cambridge University Press.
- Crawford J. (2012) *Brownlie's Principles of Public International Law*. Oxford: Oxford University Press, 9<sup>th</sup> ed.
- d'Aspremont J. (2006) *Legitimacy of Governments in the Age of Democracy*. *New York University Journal of International Law and Politics*, vol. 38, pp. 877–917.
- Demirkol B. (2017) *Non-treaty Claims in Investment Treaty Arbitration*. *Leiden Journal of International Law*, vol. 31, no. 1, pp. 59–91.
- Devaney J. (2022) *Introduction to the Symposium on Incidental Jurisdiction*. *AJIL Unbound*, vol. 116, pp. 160–163.
- Douglas Z. (2013) *The Enforcement of Environmental Norms in Investment Treaty Arbitration* in Dupuy P.-M., Viñuales J. E. (eds.) *Harnessing Foreign Investment to Promote Environmental Incentives and Safeguards*. Cambridge: Cambridge University Press, pp. 415–444.
- Douglas Z. (2009) *The International Law of Investment Claims*. New York: Cambridge University Press.
- Franck T. (1992) *The Emerging Right to Democratic Governance*. *American Journal of International Law*, vol. 86, no. 1, pp. 46–91.
- Gaillard E. (2005) *Treaty-Based Jurisdiction: Broad Dispute Resolution Clauses*. *New York Law Journal*, vol. 234, no. 68, pp. 1–3.
- García-Revilla M. G. (2005) *The Contentious and Advisory Jurisdiction of the International Tribunal for the Law of the Sea*. Leiden: Brill | Nijhoff.
- Harris C. (2021) *Incidental Determinations in Proceedings Under Compromissory Clauses*. *International & Comparative Law Quarterly*, vol. 70, no. 2, pp. 417–447.
- Horvath G. (2001) *The Duty of the Tribunal to Render an Enforceable Award*. *Journal of International Arbitration*, vol. 18, no. 2, pp. 135–158.
- International Law Association (2016) *Recognition/Non-Recognition in International Law*. Johannesburg Conference. Third Report.
- International Law Association (2018) *Recognition/Non-Recognition in International Law*. Sydney Conference. Fourth (Final) Report.
- Magiera S. (2007) *Governments*. *Max Planck Encyclopedias of International Law*. Available at: <https://opil.ouplaw.com/display/10.1093/law:epil/9780199231690/law-9780199231690-e1048?prd=EPIL> (accessed: 18.06.2023).
- Manciaux S. (2011) *The Representation of States before ICSID Tribunals*. *Journal of International Dispute Settlement*, vol. 2, no. 1, pp. 87–96.
- Marks S. (2011) *What has Become of the Emerging Right to Democratic Governance?*. *European Journal of International Law*, vol. 22, no. 2, pp. 507–524.
- Marotti L. (2019) *Between Consent and Effectiveness: Incidental Determinations and the Expansion of the Jurisdiction of UNCLOS Tribunals* in del Vecchio A., Virzo R. (eds.) *Interpretations of the United Nations Convention on the Law of the Sea by International Courts and Tribunals*. Cham: Springer, pp. 383–406.
- Murphy S. (1999) *Democratic Legitimacy and the Recognition of States and Governments*. *International and Comparative Law Quarterly*, vol. 48, no. 3, pp. 545–581.
- Orakhelashvili A. (2003) *The Concept of International Judicial Jurisdiction*. *The Law & Practice of International Courts and Tribunals*, vol. 2, no. 3, pp. 501–550.

- Papadaki M. (2022) *Incidental Questions as a Gatekeeping Doctrine*. AJIL Unbound, vol. 116, pp. 170–175.
- Paparinskis M. (2012) *Inherent Powers of ICSID Tribunals: Broad and Rightly So* in Laird I., Weiler T. (eds.) *Investment Treaty Arbitration and International Law*. Juris Publishing, pp. 1–31.
- Papp R. (2021) *Representation of States in Investment Arbitrations Involving Governments Competing for International Recognition* in Ackermann T., Wuschka S. (eds.) *Investments in Conflict Zones: The Role of International Investment Law in Armed Conflicts, Disputed Territories, and 'Frozen' Conflicts*. Leiden: Brill | Nijhoff, pp. 246–279.
- Pauwelyn J. (2003) *Conflict of Norms in Public International Law: How WTO Law Relates to Other Rules of International Law*. Cambridge: Cambridge University Press.
- Radović R. (2022) *Incidental Jurisdiction in Investment Treaty Arbitration and the Question of Party Consent*. AJIL Unbound, vol. 116, pp. 181–185.
- Schreuer C. (2014) *Jurisdiction and Applicable Law in Investment Treaty Arbitration*. McGill Journal of Dispute Resolution, vol. 1, no. 1, pp. 1–25.
- Schreuer C., Malintoppi L., Reinisch A., Sinclair A. (2010) *The ICSID Convention: A Commentary*. Cambridge: Cambridge University Press.
- Shaw M. (2017) *International Law*. Cambridge: Cambridge University Press.
- Shelton D. (2009) *Form, Function, and the Powers of International Courts*. Chicago Journal of International Law, vol. 9, no. 2, pp. 537–571.
- Talmon S. (2011) *Recognition of Governments in International Law: With Particular Reference to Governments in Exile*. Oxford: Oxford University Press.
- Talmon S. (1999) *Who is a legitimate government in exile? Towards normative criteria for governmental legitimacy in international law* in Goodwin-Gill G., Talmon S. (eds.) *The Reality of International Law. Essays in Honour of Ian Brownlie*. Oxford: Oxford University Press, pp. 499–538. Available at: [https://www.ilsa.org/Jessup/Jessup12/Talmon\\_Who%20is%20a%20legitimate%20government%20in%20exile.pdf](https://www.ilsa.org/Jessup/Jessup12/Talmon_Who%20is%20a%20legitimate%20government%20in%20exile.pdf) (accessed: 18.06.2023).
- Tzeng P. (2018) *The Implicated Issue Problem: Indispensable Issues and Incidental Jurisdiction* // New York University Journal of International Law and Politics, vol. 50, no. 2, pp. 447–507.
- Viñuales J. E. (2009) *Foreign Investment and the Environment in International Law: An Ambiguous Relationship*. British Yearbook of International Law, vol. 80, no. 1, pp. 244–332.
- Weiss F. (2009) *Inherent Powers of National and International Courts: The Practice of the Iran-US Claims Tribunal* in Binder C., Kriebaum U., Reinisch A., Wittich S. (eds.) *International Investment Law for the 21st Century: Essays in Honour of Christoph Schreuer*. Oxford: Oxford University Press, pp. 185–199.

## РЕШЕНИЯ ВНУТРИГОСУДАРСТВЕННЫХ СУДОВ ПО ИСКАМ О ПОНУЖДЕНИИ К СОКРАЩЕНИЮ ВЫБРОСОВ ПАРНИКОВЫХ ГАЗОВ: ПРОСТРАНСТВО ДИСКРЕЦИИ ГОСУДАРСТВ

РОВНОВ Ю.Е., КИНЗИКЕЕВА К.Р.

Ровнов Юрий Евгеньевич — старший научный сотрудник Международного центра конкурентного права и политики БРИКС, старший преподаватель департамента международного права факультета права Национального исследовательского университета «Высшая школа экономики», Москва, Россия (yrovnov@hse.ru). ORCID: 0000-0001-7376-7251.

Кинзикеева Камилла Рустемовна — стажер-исследователь научно-учебной лаборатории международного правосудия департамента международного права факультета права Национального исследовательского университета «Высшая школа экономики», Москва, Россия (kkinzikeeva@hse.ru). ORCID: 0009-0005-9417-9551.

### Аннотация

В 2022–2023 годах в Международный трибунал по морскому праву, Международный Суд и Межамериканский суд по правам человека поступили запросы о вынесении консультативных заключений об обязательствах государств по защите климатической системы Земли от антропогенных выбросов парниковых газов. За официальными формулировками запросов скрывается вопрос о том, сформировалась ли международно-правовая норма, обязывающая государства действовать более амбициозно в сфере смягчения антропогенного воздействия на выбросы парниковых газов, чем это предусматривает Парижское соглашение и поданные к настоящему времени «определяемые на национальном уровне вклады» (далее — ОНУВ). На аналогичный вопрос, но в сфере внутригосударственного права, уже успели ответить суды ряда государств. Самыми известными являются решения нидерландских судебных инстанций, которые предписали нидерландскому государству обеспечить сокращение совокупных выбросов парниковых газов страны к концу 2020 года до уровня на 25% ниже 1990 года, а крупнейшему юридическому лицу страны *Royal Dutch Shell* — сократить выбросы CO<sub>2</sub> по всей товаропроводящей цепи к концу 2030 года до уровня на 45% ниже 2019 года. В основу исковых требований истцов и решений судов по таким делам ложатся, прежде всего, доклады Межправительственной группы экспертов по изменению климата (далее — МГЭИК) AR4, AR5 и SR15 и содержащиеся в них оценки о необходимых уровнях сокращения выбросов. Но если остроту климатической проблемы внутригосударственные суды оценивают одинаково, их выводы относительно юридических обязанностей государств разнятся. Решения нидерландских судов, полностью заимствовавших цифры сокращений из докладов МГЭИК, являются скорее исключением, чем правилом. В статье рассмотрены различные подходы внутригосударственных судов к толкованию обязанности государств в сфере сокращения выбросов парниковых газов: описаны мотивы, положенные судами Нидерландов в основание вышеупомянутых постановлений, и представлена альтернативная точка зрения судов иных государств, в частности Конституционного суда Германии и судов первой и апелляционной инстанции Брюсселя (Бельгия). Сделаны выводы о том, какие вопросы, вероятно, встанут перед международными судами при вынесении консультативных заключений в свете рассмотренной практики внутригосударственных судов.

### Ключевые слова

изменение климата, МГЭИК, РКК ООН, Парижское соглашение, сокращение выбросов, смягчение изменения климата, надлежащее усердие

**Для цитирования:** Ровнов Ю.Е., Кинзикеева К.Р. Решения внутригосударственных судов по искам о понуждении к сокращению выбросов парниковых газов: пространство дискреции государств // Журнал ВШЭ по международному праву (HSE University Journal of International Law). 2023. Т. 1. № 3. С. 36–56.

<https://doi.org/10.17323/jil.2023.17434>

### Введение

29 марта 2023 года по инициативе тихоокеанских островных государств Генеральная Ассамблея ООН обратилась в Международный Суд с запросом о вынесении консультативного заключения об обязательствах государств по защите климатической системы Земли от

антропогенных выбросов парниковых газов и о последствиях неисполнения этих обязательств<sup>1</sup>. Аналогичное обращение об обязательствах по защите морской среды было подано в декабре 2022 года в Международный трибунал по морскому праву Комиссией малых островных государств по изменению климата и международному праву<sup>2</sup>. Появление этих запросов обусловлено положением островных государств, наиболее уязвимых перед последствиями изменения климата, в частности подъемом уровня мирового океана. По оценкам МГЭИК, к 2050 году среднемировой уровень моря повысится на 0,24–0,32 м, что будет сопровождаться, среди прочего, как безвозвратным затоплением низколежащих территорий, так и значительным увеличением частотности экстремальных погодных явлений (например, штормовых нагонов воды на прибрежные районы)<sup>3</sup>.

Согласно последнему сводному докладу секретариата Рамочной Конвенции ООН об изменении климата (далее — РКИК ООН), даже полная реализация запланированных на текущий момент государствами мер (ОНУВ) не позволит добиться температурных целей, установленных Парижским соглашением<sup>4</sup>, то есть сдержать рост средней приповерхностной температуры планеты на уровне «значительно ниже» 2°C, а лучше — не более 1,5°C сверх доиндустриальных значений, и приведет к росту температуры в течение этого века на 2,1–2,9°C<sup>5</sup>. Из оценочных докладов МГЭИК, кроме того, можно сделать вывод, что достигнутая на сегодня концентрация парниковых газов (417 млн<sup>-1</sup> CO<sub>2</sub> в 2022 году<sup>6</sup> или 465 млн<sup>-1</sup> CO<sub>2</sub>-эквивалента смеси парниковых газов в 2020 году<sup>7</sup>) уже предполагает стабилизацию температуры в течение ближайших десятилетий на уровне 2,0–2,4°C или даже 2,4–2,8°C сверх доиндустриальных уровней<sup>8</sup>.

Поданные запросы являются, таким образом, попыткой наиболее уязвимых к изменению климата государств повлиять на общемировую динамику развертывания мер по сокращению выбросов парниковых газов «сверху». Не добившись результатов инструментами дипломатии, они решили пойти юридическим путем: получить акты международных судебных органов, в которых были бы сформулированы международно-правовые обязательства государств, предполагающие необходимость увеличения амбициозности их ОНУВ.

Параллельно с этим в разных странах мира (прежде всего, относящихся к Глобальному Северу, но все чаще и в странах Глобального Юга) физические и юридические лица (в основном некоммерческие организации и объединения)<sup>9</sup> все активнее предпринимают попытки повлиять на

<sup>1</sup> UN General Assembly. *Request for an advisory opinion of the International Court of Justice on the obligations of States in respect of climate change*. A/77/L.58. URL: <https://undocs.org/A/77/L.58> (дата обращения: 28.07.2023).

<sup>2</sup> Commission of Small Island States on Climate Change and International Law. *Request for advisory opinion of 12 December 2022*. URL: [https://www.itlos.org/fileadmin/itlos/documents/cases/31/Request\\_for\\_Advisory\\_Opinion\\_COSIS\\_12.12.22.pdf](https://www.itlos.org/fileadmin/itlos/documents/cases/31/Request_for_Advisory_Opinion_COSIS_12.12.22.pdf) (дата обращения: 28.07.2023).

<sup>3</sup> Oppenheimer M. et al. *Sea Level Rise and Implications for Low-Lying Islands, Coasts and Communities // IPCC Special Report on the Ocean and Cryosphere in a Changing Climate* / ed. by H.-O. Pörtner, D. C. Roberts, V. Masson-Delmotte, P. Zhai, M. Tignor, E. Poloczanska, K. Mintenbeck, A. Alegria, M. Nicolai, A. Okem, J. Petzold, B. Rama, N. M. Weyer. Cambridge, UK and New York, NY : Cambridge University Press, 2019. Ch. 4. P. 327–328. URL: <https://doi.org/10.1017/9781009157964.006> (дата обращения: 28.07.2023).

<sup>4</sup> П. 1(а) ст. 2 Парижского соглашения (Конференция Рамочной конвенции ООН об изменении климата, *Решение 1/CP.21: Принятие Парижского соглашения 12 декабря 2015 года*. URL: <https://unfccc.int/resource/docs/2015/cop21/rus/10a01r.pdf> (дата обращения: 28.07.2023)).

<sup>5</sup> UNFCCC. *Nationally determined contributions under the Paris Agreement. Synthesis report by the secretariat // Conference of the Parties serving as the meeting of the Parties to the Paris Agreement, Fourth session, Sharm el-Sheikh, 6–18 November 2022, §16–17*. URL: [https://unfccc.int/sites/default/files/resource/cma2022\\_04.pdf](https://unfccc.int/sites/default/files/resource/cma2022_04.pdf) (дата обращения: 28.07.2023).

<sup>6</sup> Copernicus: 2022 was a year of climate extremes, with record high temperatures and rising concentrations of greenhouse gases // Copernicus. 9 January 2023. URL: <https://climate.copernicus.eu/copernicus-2022-was-year-climate-extremes-record-high-temperatures-and-rising-concentrations> (дата обращения: 28.07.2023).

<sup>7</sup> European Environment Agency. *Atmospheric greenhouse gas concentrations*. URL: <https://www.eea.europa.eu/ims/atmospheric-greenhouse-gas-concentrations> (дата обращения: 28.07.2023).

<sup>8</sup> Fisher B.S. *Issues Related to Mitigation in the Long-Term Context // Climate Change 2007: Mitigation. Contribution of Working Group III to the Fourth Assessment Report of the Intergovernmental Panel on Climate Change* / ed by B. Metz, O.R. Davidson, P.R. Bosch, R. Dave, L. A. Meyer. Cambridge, UK and New York, NY : Cambridge University Press, 2007. Ch. 3. P. 229 (Table 3.10). URL: [https://www.ipcc.ch/site/assets/uploads/2018/03/ar4\\_wg3\\_full\\_report-1.pdf](https://www.ipcc.ch/site/assets/uploads/2018/03/ar4_wg3_full_report-1.pdf) (дата обращения: 28.07.2023). В самом свежем на сегодня Шестом оценочном докладе подтверждена «наилучшая оценка» чувствительности климата, то есть равновесного роста температуры при удвоении концентрации CO<sub>2</sub> в атмосфере (3,0°C), на которой основан диапазон 2,0–2,4°C: Arias P. A. et al. *Technical Summary // Climate Change 2021: The Physical Science Basis. Contribution of Working Group I to the Sixth Assessment Report of the Intergovernmental Panel on Climate Change* / ed. by V. Masson-Delmotte, P. Zhai, A. Pirani, S. L. Connors, C. Péan, S. Berger, N. Caud, Y. Chen, L. Goldfarb, M. I. Gomis, M. Huang, K. Leitzell, E. Lonnoy, J. B. R. Matthews, T. K. Maycock, T. Waterfield, O. Yelekçi, R. Yu, B. Zhou. Cambridge, UK and New York, NY : Cambridge University Press, 2021. P. 93. URL: [doi.org/10.1017/9781009157896.002](https://doi.org/10.1017/9781009157896.002) (дата обращения: 28.07.2023).

<sup>9</sup> В 2022 году 70% обращений в суд, поданных в мире по делам, касающимся изменения климата, поступило от неправительственных организаций, еще 20% — от физических лиц: Setzer J., Higham C. *Global Trends in Climate Change Litigation: 2022 Snapshot // Grantham Research Institute on Climate Change and the Environment and Centre for Climate*

динамику декарбонизации «снизу» — через обращения во внутригосударственные судебные инстанции. Среди таких дел особое место занимают иски о признании текущих действий государств и компаний по сокращению выбросов парниковых газов недостаточными и по этой причине незаконными и о понуждении их к сокращению выбросов на ту или иную величину, связанную с достижением температурных целей Парижского соглашения.

Пионером в этом отношении стали Нидерланды, значительная часть территории которых расположена ниже уровня моря. В конце 2019 года Верховный суд страны подтвердил<sup>10</sup> законность постановлений нижестоящих инстанций, вынесенных в 2015<sup>11</sup> и 2018<sup>12</sup> годах, о наличии у государства обязанности сократить выбросы парниковых газов к 2020 году до уровня не менее чем на 25% ниже значений 1990 года, в то время как на момент разбирательства планировалось сокращение лишь до уровня на 14–17% ниже уровня 1990 года.

В 2021 году окружной суд Гааги пошел еще дальше, обнаружив схожую обязанность уже не у органов публичной власти, а у крупнейшего юридического лица страны — *Royal Dutch Shell plc* (далее — *RDS*), которое с тех пор перевело (вернее сказать, вернуло) штаб-квартиру из Гааги в Лондон (Великобритания) и сократило название до *Shell plc* (далее — *Shell*)<sup>13</sup>. Опираясь, среди прочего, на специальный доклад МГЭИК о последствиях потепления на 1,5°C<sup>14</sup>, суд предписал *RDS* к 2030 году обеспечить сокращение нетто-выбросов<sup>15</sup> CO<sub>2</sub> по всей товаропроводящей цепи, включая выбросы покупателей ее продукции, не менее чем на 45% относительно уровня 2019 года<sup>16</sup>. В настоящее время дело находится на рассмотрении апелляционного суда Гааги.

Получившие широкую известность решения нидерландских судов, полностью заимствовавших цифры сокращений из докладов МГЭИК, тем не менее являются скорее исключением, чем правилом. До последнего времени ни один другой суд не считал возможным сделать вывод о наличии у государства обязанности сократить выбросы парниковых газов на ту или иную определенную величину. Лишь в ноябре 2023 года Апелляционный суд Брюсселя, не согласившись с выводами суда первой инстанции, предписал бельгийскому государству и двум регионам Бельгии<sup>17</sup> коллективно обеспечить снижение объема выбросов парниковых газов на территории Бельгии на 55% относительно уровня 1990 года<sup>18</sup>, что, однако, лишь соответствует уровню сокращений, принятому в качестве целевого на уровне Европейского союза.

В настоящей статье рассматриваются различные подходы внутригосударственных судов к толкованию обязанностей государств в делах по искам о понуждении ответчиков к сокращению выбросов парниковых газов на ту или иную величину (соответствующую температурным целям Парижского соглашения). В разделах 1 и 2 описываются мотивы, положенные судами Нидерландов

---

Change Economics and Policy. London School of Economics and Political Science. 2022. P. 2. URL: <https://www.lse.ac.uk/granthaminstitute/wp-content/uploads/2022/08/Global-trends-in-climate-change-litigation-2022-snapshot.pdf> (дата обращения: 28.07.2023).

<sup>10</sup> Supreme Court of the Netherlands. Ruling of 20 December 2019. *Urgenda Foundation v. The State of the Netherlands*. C/09/456689 / HA ZA 13-1396. URL: <https://uitspraken.rechtspraak.nl/#!/details?id=ECLI:NL:HR:2019:2007> (неофициальный перевод на английский язык, представленный судом) (дата обращения: 28.07.2023). Оригинальный текст решения размещен по адресу: <https://uitspraken.rechtspraak.nl/#!/details?id=ECLI:NL:HR:2019:2006> (дата обращения: 28.07.2023).

<sup>11</sup> Hague District Court. *Judgment of 24 June 2015 in Urgenda Foundation v. The State of the Netherlands*. C/09/456689 / HA ZA 13-1396. URL: <https://uitspraken.rechtspraak.nl/#!/details?id=ECLI:NL:RBDHA:2015:7196> (неофициальный перевод на английский язык, представленный судом) (дата обращения: 28.07.2023). Оригинальный текст решения размещен по адресу: <https://uitspraken.rechtspraak.nl/#!/details?id=ECLI:NL:RBDHA:2015:7145> (дата обращения: 28.07.2023).

<sup>12</sup> Hague Court of Appeal. Ruling of 9 October 2018 in *Urgenda Foundation v. The State of the Netherlands*. C/09/456689 / HA ZA 13-1396. URL: <https://uitspraken.rechtspraak.nl/#!/details?id=ECLI:NL:GHDHA:2018:2610> (неофициальный перевод на английский язык, представленный судом) (дата обращения: 28.07.2023). Оригинальный текст решения размещен по адресу: <https://uitspraken.rechtspraak.nl/#!/details?id=ECLI:NL:GHDHA:2018:2591> (дата обращения: 28.07.2023).

<sup>13</sup> *Shell*. Royal Dutch Shell plc Changes its Name to Shell plc. 21 January 2022. URL: <https://www.shell.com/media/news-and-media-releases/2022/royal-dutch-shell-plc-changes-its-name-to-shell-plc.html> (дата обращения: 28.07.2023).

<sup>14</sup> *Global Warming of 1.5°C. An IPCC Special Report on the impacts of global warming of 1.5°C above pre-industrial levels and related global greenhouse gas emission pathways, in the context of strengthening the global response to the threat of climate change, sustainable development, and efforts to eradicate poverty* / V. Masson-Delmotte, P. Zhai, H.-O. Pörtner, D. Roberts, J. Skea, P. R. Shukla, A. Pirani, W. Moufouma-Okia, C. Péan, R. Pidcock, S. Connors, J. B. R. Matthews, Y. Chen, X. Zhou, M. I. Gomis, E. Lonnoy, T. Maycock, M. Tignor, T. Waterfield. Cambridge, UK and New York, NY : Cambridge University Press. URL: <https://doi.org/10.1017/9781009157940> (дата обращения: 28.07.2023).

<sup>15</sup> То есть выбросов за вычетом поглощений.

<sup>16</sup> Hague District Court (2021). Judgment of 26 May 2021 in *Milieudefensie et al. v. Royal Dutch Shell plc*. C/09/571932 / HA ZA 19-379. §5.3. URL: <https://uitspraken.rechtspraak.nl/#!/details?id=ECLI:NL:RBDHA:2021:5339> (дата обращения: 28.07.2023).

<sup>17</sup> В действиях Валлонии, которая к 2020 году сократила выбросы примерно на 40% относительно уровня 1990 года, суд не нашел нарушений, а потому оставил требования к ней без удовлетворения.

<sup>18</sup> Cour d'appel de Bruxelles, 2<sup>ème</sup> chambre F affaires civiles. *Klimaatzaak v l'État Belge et al* // Arrêt (30.11.2023) (на французском языке). URL: [https://climatecasechart.com/wp-content/uploads/non-us-case-documents/2023/20231130\\_2660\\_judgment-1.pdf](https://climatecasechart.com/wp-content/uploads/non-us-case-documents/2023/20231130_2660_judgment-1.pdf) (дата обращения: 15.12.2023). P. 158.

в основание вышеупомянутых постановлений, а в разделе 3 — альтернативная точка зрения иных внутригосударственных судов, в частности Конституционного суда Германии и суда первой инстанции Брюсселя (Бельгия). В разделе 4 сделаны выводы о том, какие вопросы, вероятно, встанут перед международными судами при вынесении консультативных заключений в свете рассмотренной практики национальных судов.

## 1. Дело *Urgenda Foundation v. The State of the Netherlands*

### 1.1. Окружной суд Гааги (первая инстанция)

Истцом по делу, которое рассматривалось в суде первой инстанции в 2015 году, выступил нидерландский фонд *Urgenda*<sup>19</sup>, занимающийся разработкой планов и мер по предотвращению изменения климата<sup>20</sup>. От имени государства в процессе выступало министерство инфраструктуры и окружающей среды Нидерландов. Исходя из планов государства обеспечить снижение выбросов парниковых газов в 2020 году (на момент разбирательства — в будущем) до уровня лишь на 14–17% ниже значений 1990 года, истец просил суд, среди прочего, признать такой уровень снижения незаконным и обязать государство обеспечить снижение выбросов парниковых газов на конец 2020 года «до уровня на 40% ниже, но в любом случае не менее чем на 25% ниже» уровня 1990 года или (в случае неудовлетворения судом этого требования) на конец 2030 года до уровня не менее чем на 40% ниже уровня 1990 года<sup>21</sup>.

Окружной суд счел, что спор сторон сводится к вопросу о наличии у государства юридической обязанности перед истцом<sup>22</sup> снизить выбросы парниковых газов на большую величину, чем это было предусмотрено планами правительства Нидерландов, действующего от имени государства<sup>23</sup>. Суды пришли к выводу, что такая обязанность у государства существует.

#### 1.1.1. *Обстоятельства дела, установленные судом: серьезность климатической угрозы и необходимый уровень сокращения выбросов парниковых газов для ее предотвращения*

Основным источником сведений о состоянии научного знания в сфере изменения климата для судов стали «оценочные доклады»<sup>24</sup> МГЭИК — межправительственной научной организации, учрежденной в 1988 году под эгидой ООН Программой ООН по окружающей среде и Всемирной метеорологической организацией<sup>25</sup>. В докладах МГЭИК содержатся результаты оценки всех научных публикаций по теме изменения климата, вышедших в мире к моменту составления очередного доклада, и делаются выводы о причинах и последствиях изменения климата и возможных мерах реагирования.

Опираясь на Четвертый и Пятый доклады МГЭИК, вышедшие, соответственно, в 2007 и 2013 годах, доклады научно-исследовательских учреждений Нидерландов и ряд международно-правовых актов (решений), принятых, в том числе в рамках РКИК ООН, суд первой инстанции установил следующие обстоятельства.

Во-первых, деятельность человека, в частности сжигание ископаемых видов топлива и обезлесение, с высокой вероятностью<sup>26</sup> является основной причиной глобального потепления климата начиная с середины XIX века<sup>27</sup>. Во-вторых, глобальное потепление приводит, среди прочего, к повышению уровня моря вследствие таяния льдов на полюсах Земли и альпийских

<sup>19</sup> Сокращение от англ. *urgent agenda*, что можно перевести как «дело, не терпящее отлагательств».

<sup>20</sup> Hague District Court (2015). §2.1.

<sup>21</sup> Там же. §3.1.

<sup>22</sup> Гражданский кодекс Нидерландов наделяет экологические организации правом на обращение в суд с требованиями о защите окружающей среды, в том числе в отсутствие определенного круга лиц, чьи права нуждаются в защите (там же. §4.6).

<sup>23</sup> Там же. §4.1.

<sup>24</sup> Англ.: *assessment reports*.

<sup>25</sup> Hague District Court (2015). §2.9, 4.12.

<sup>26</sup> Англ.: *very likely*.

<sup>27</sup> Hague District Court (2015). §4.14. В Шестом докладе МГЭИК 2021 года о причинно-следственной связи между деятельностью человека и потеплением атмосферы, мирового океана и суши говорится как о «несомненном» (англ.: *unequivocal*) факте: IPCC. *Summary for Policymakers // Climate Change 2021: The Physical Science Basis. Contribution of Working Group I to the Sixth Assessment Report of the Intergovernmental Panel on Climate Change I* ed. by V. Masson-Delmotte, P. Zhai, A. Pirani, S. L. Connors, C. Péan, S. Berger, N. Caud, Y. Chen, L. Goldfarb, M. I. Gomis, M. Huang, K. Leitzell, E. Lonnoy, J. B. R. Matthews, T. K. Maycock, T. Waterfield, O. Yelekçi, R. Yu, B. Zhou. Cambridge, UK and New York, NY : Cambridge University Press, 2021. P. 4 (para A.1). URL: doi.org/10.1017/9781009157896.001 (дата обращения: 28.07.2023).



ледников, увеличению ураганной активности из-за повышения температуры океанов, расширению площади пустынных земель, исчезновению видов животных, затруднению производства продовольствия, росту людской смертности от высоких температур воздуха<sup>28</sup>. В-третьих, в Нидерландах потепление приведет к повышению уровня моря, повышению интенсивности и периодичности осадков, увеличению вероятности возникновения периодов аномальной жары, засолению почв прибрежных районов и дефициту воды для сельскохозяйственных нужд<sup>29</sup>. В-четвертых, потепление на 2°C сверх доиндустриальных значений (то есть с 1850 года<sup>30</sup>) создает угрозу необратимости этих последствий, в связи с чем государствами была сформулирована цель о недопущении роста температуры более чем на 2°C<sup>31</sup>. При этом для ряда стран Тихоокеанского бассейна опасные последствия, грозящие полным разрушением их территорий, вероятно, наступят уже при повышении температуры на 1,5°C, в связи с чем на климатической конференции в Канкуне (Мексика) в 2010 году участники РКИК ООН приняли решение рассмотреть возможность установить в качестве цели недопущение роста температуры более чем на 1,5°C<sup>32</sup>. В-пятых, для достижения цели в 2°C требуется стабилизация концентрации парниковых газов в атмосфере на уровне 450 млн<sup>-1</sup> (то есть 450 миллионных объемных долей или 450 мл/м<sup>3</sup>)<sup>33</sup>.

В Четвертом оценочном докладе МГЭИК содержалась таблица соответствия между ростом концентрации парниковых газов в атмосфере и повышением средней глобальной приповерхностной температуры Земли (таблица 1)<sup>34</sup>. Это соотношение было выведено из оценки чувствительности климата, то есть величины, на которую вырастет температура при удвоении концентрации углекислого газа в атмосфере. За вероятный диапазон чувствительности<sup>35</sup> на тот момент был принят коридор 2,0–4,5°C, а за «наилучшую оценку» (то есть наиболее вероятное значение)<sup>36</sup> чувствительности — 3°C<sup>37</sup>. Другими словами, научные данные, по мнению МГЭИК, позволяли говорить о том, что при удвоении концентрации CO<sub>2</sub> приповерхностная температура Земли с вероятностью 66% увеличится на 2,0–4,5°C, а скорее всего — на 3°C. (В Шестом оценочном докладе 2021 года наилучшая оценка была подтверждена, а вероятный диапазон — сужен до 2,5–4°C<sup>38</sup>.)

Таблица 1 — Уровни стабилизации средней глобальной приповерхностной температуры Земли при различных диапазонах роста концентрации парниковых газов, представленные в Четвертом оценочном докладе МГЭИК<sup>39</sup>

Категория [сценариев роста концентрации парниковых газов]	Концентрация CO <sub>2</sub> (млн <sup>-1</sup> )	Концентрация смеси всех парниковых газов в	Превышение средней температуры над доиндустриальными значениями в состоянии равновесия исходя из
-----------------------------------------------------------	---------------------------------------------------	--------------------------------------------	--------------------------------------------------------------------------------------------------

<sup>28</sup> Hague District Court (2015). §4.16.

<sup>29</sup> Там же. §4.17.

<sup>30</sup> В решении окружного суда в качестве отсечки доиндустриального периода упоминается 1750 год (там же. §4.17), однако в докладах МГЭИК говорится о том, что доиндустриальный период охватывает временной отрезок с 1850 по 1900 год в связи с отсутствием более ранних данных (см., например: *Global Warming of 1.5°C. An IPCC Special Report on the impacts of global warming of 1.5°C above pre-industrial levels and related global greenhouse gas emission pathways, in the context of strengthening the global response to the threat of climate change, sustainable development, and efforts to eradicate poverty* / ed. by V. Masson-Delmotte, P. Zhai, H.-O. Pörtner, D. Roberts, J. Skeea, P.R. Shukla, A. Pirani, W. Moufouma-Okia, C. Péan, R. Pidcock, S. Connors, J. B. R. Matthews, Y. Chen, X. Zhou, M. I. Gomis, E. Lonnoy, T. Maycock, M. Tignor, T. Waterfield. Cambridge, UK and New York, NY, USA : Cambridge University Press, 2018. P. vii. URL: <https://doi.org/10.1017/9781009157940> (дата обращения: 28.07.2023).

<sup>31</sup> Hague District Court (2015). §2.12, 4.14, 4.16.

<sup>32</sup> Там же. §4.14. См.: UNFCCC Conference of the Parties. *Decision 1/CP.16: The Cancun Agreements: Outcome of the work of the Ad Hoc Working Group on Long-term Cooperative Action under the Convention*. URL: <https://unfccc.int/resource/docs/2010/cop16/eng/07a01.pdf> (дата обращения: 28.07.2023). Позднее эти температурные цели были зафиксированы в Парижском соглашении 2015 года.

<sup>33</sup> Hague District Court (2015). §4.20.

<sup>34</sup> Там же. §2.13.

<sup>35</sup> То есть диапазон, в котором действительная чувствительность находится с вероятностью 66%.

<sup>36</sup> В терминах математической статистики — мода.

<sup>37</sup> Hague District Court (2015). §2.13.

<sup>38</sup> Arias P.A. et al. *Technical Summary II Climate Change 2021: The Physical Science Basis. Contribution of Working Group I to the Sixth Assessment Report of the Intergovernmental Panel on Climate Change* / ed. by V. Masson-Delmotte, P. Zhai, A. Pirani, S.L. Connors, C. Péan, S. Berger, N. Caud, Y. Chen, L. Goldfarb, M.I. Gomis, M. Huang, K. Leitzell, E. Lonnoy, J. B. R. Matthews, T. K. Maycock, T. Waterfield, O. Yelekçi, R. Yu, B. Zhou. Cambridge, UK and New York, NY : Cambridge University Press, 2021. P. 93. URL: [doi.org/10.1017/9781009157896.002](https://doi.org/10.1017/9781009157896.002) (дата обращения: 28.07.2023).

<sup>39</sup> Это выдержка из таблицы, приведенной в Fisher B.S. *Issues Related to Mitigation in the Long-Term Context II Climate Change 2007: Mitigation. Contribution of Working Group III to the Fourth Assessment Report of the Intergovernmental Panel on Climate Change* / ed. by B. Metz, O.R. Davidson, P.R. Bosch, R. Dave, L.A. Meyer. Cambridge, UK and New York, NY : Cambridge University Press, 2007. Ch. 3. P. 229 (Table 3.10). URL: [https://www.ipcc.ch/site/assets/uploads/2018/03/ar4\\_wg3\\_full\\_report-1.pdf](https://www.ipcc.ch/site/assets/uploads/2018/03/ar4_wg3_full_report-1.pdf) (дата обращения: 28.07.2023).

		CO <sub>2</sub> -эквиваленте (млн <sup>1</sup> )	«наилучшей оценки» чувствительности климата (°C)
I	350–400	445–490	2,0–2,4
II	400–440	490–535	2,4–2,8
III	440–485	535–590	2,8–3,2
IV	485–570	590–710	3,2–4,0
V	570–660	710–855	4,0–4,9
VI	660–790	855–1130	4,9–6,1

Из представленного в таблице соотношения суд сделал (не оспаривавшийся сторонами) вывод о том, что недопущение прироста температуры сверх 2°C требует ограничения концентрации смеси парниковых газов на уровне около 450 млн<sup>1</sup> (нижний диапазон первой категории сценариев)<sup>40</sup>, а превышение этой концентрации влечет за собой значительные риски опасных изменений климата<sup>41</sup>.

В-шестых, суд указал, что непревышение концентрации парниковых газов в 450 млн<sup>1</sup> предполагает необходимость сокращения выбросов парниковых газов к 2020 году в странах, указанных в Приложении I РКИК, до уровня на 25–40% ниже значений 1990 года, а в ряде других стран — на «значительную» величину относительно (возможно, иного) базового года<sup>42</sup>.

Этот вывод также был сделан на основании Четвертого доклада МГЭИК, в котором была приведена таблица соотношения целевых концентраций и необходимых уровней сокращения выбросов к 2020 и 2050 годам (таблица 2). В основе принятого в РКИК ООН и Киотском протоколе разделения на «стороны, указанные в Приложении I» (то есть более промышленно развитые страны<sup>43</sup>) и иные стороны лежал принцип «общей, но дифференцированной ответственности»<sup>44</sup>, в соответствии с которым страны, извлекавшие большую выгоду из выбросов парниковых газов и имеющие больше финансовых и технологических возможностей по их сокращению, несут и больший объем обязательств.

Поскольку Нидерланды и ЕС в целом относятся к числу стран, указанных в Приложении I, на них распространяется вывод о необходимости сокращения выбросов до уровня на 25–40% ниже значений 1990 года<sup>45</sup>. Суд также обратил внимание на то, что по результатам климатической конференции 2010 года в Канкуне (Мексика) Конференция сторон РКИК ООН призвала развитые страны повысить цели по сокращению выбросов и привести их в соответствие с выводами Четвертого доклада МГЭИК<sup>46</sup>.

Таблица 2 — Соотношение целевых концентраций и необходимых уровней сокращения выбросов к 2020 и 2050 годам по группам стран<sup>47</sup>

Категория сценария	Регион	2020 год	2050 год
А: 450 млн <sup>1</sup> CO <sub>2</sub> -эквивалента	Стороны, указанные в Приложении I	от -25 до -40%	от -80 до -95%
	Стороны, не указанные в Приложении I	Значительное отклонение от базового уровня в Латинской Америке, на Ближнем Востоке, Восточной Азии и в странах Азии с плановой экономикой	Значительное отклонение от базового уровня во всех регионах

<sup>40</sup> Hague District Court (2015). §2.14, 4.20 (При этом если в Четвертом докладе вероятность непревышения 2°C при такой концентрации парниковых газов оценивалась в 50%, то в Пятом — в 66% (там же. §4.20–4.21).

<sup>41</sup> Там же. §4.22.

<sup>42</sup> Там же. §2.15, 4.23.

<sup>43</sup> В их число были включены члены Организации экономического сотрудничества и развития (ОЭСР) и некоторые страны, классифицировавшиеся на тот момент как страны с переходной экономикой, включая Россию.

<sup>44</sup> Англ.: *common but differentiated responsibilities (CBDR)*.

<sup>45</sup> Там же. §4.23.

<sup>46</sup> Там же. §4.24. См. также: UNFCCC Conference of the Parties. *Decision 1/CP.16: The Cancun Agreements: Outcome of the work of the Ad Hoc Working Group on Long-term Cooperative Action under the Convention*. Para 37. URL: <https://unfccc.int/resource/docs/2010/cop16/eng/07a01.pdf> (дата обращения: 28.07.2023).

<sup>47</sup> Там же. §2.15. Первоначальный источник: Gupta S. et al. *Policies, Instruments and Co-operative Arrangements // Climate Change 2007: Mitigation. Contribution of Working Group III to the Fourth Assessment Report of the Intergovernmental Panel on Climate Change* / ed. by B. Metz, O.R. Davidson, P.R. Bosch, R. Dave, L.A. Meyer. Cambridge, UK and New York, NY: Cambridge University Press, 2007. P. 776 (Box 13.7). URL: [https://www.ipcc.ch/site/assets/uploads/2018/03/ar4\\_wg3\\_full\\_report-1.pdf](https://www.ipcc.ch/site/assets/uploads/2018/03/ar4_wg3_full_report-1.pdf) (дата обращения: 28.07.2023).

В: 550 млн <sup>1</sup> СО <sub>2</sub> -эквивалента	Стороны, указанные в Приложении I	от -10 до -30%	от -40 до -90%
	Стороны, не указанные в Приложении I	Отклонение от базового уровня в Латинской Америке, на Ближнем Востоке и в Восточной Азии	Отклонение от базового уровня в большинстве регионов, особенно в Латинской Америке и на Ближнем Востоке
С: 650 млн <sup>1</sup> СО <sub>2</sub> -эквивалента	Стороны, указанные в Приложении I	от -0 до -25%	от -30 до -80%
	Стороны, не указанные в Приложении I	Базовый уровень	Отклонение от базового уровня в Латинской Америке, на Ближнем Востоке и в Восточной Азии

В связи с этим суд отметил, что Европейский Совет — высший политический орган Европейского союза — первоначально высказался за то, чтобы установить целевой показатель сокращения выбросов парниковых газов к 2020 году в рамках союза на уровне 30% при условии, что другие промышленно развитые страны установят для себя в равной степени амбициозные цели. Поскольку это условие не было выполнено, Европейский союз поставил цель снизить объем выбросов лишь до уровня на 20% ниже значений 1990 года, хотя в ряде официальных документов признавалось, что эта цель не соответствует выводам МГЭИК о необходимом уровне сокращения выбросов<sup>48</sup>.

При этом Нидерланды также изначально (в 2007–2009 годах) исходили из цели сокращения выбросов в 2020 году до уровня на 30% ниже значения 1990 года. Позднее, однако, государство отказалось от этих планов и установило цель сокращения выбросов в секторах, подпадающих под действие европейской системы торговли выбросами, в размере 21%, а в иных секторах — на 16%, что означало сокращение по экономике в целом на 14–17%<sup>49</sup>.

В-седьмых, как заключил суд, сроки выхода на предельную концентрацию имеют значение, поскольку газы накапливаются в атмосфере и оказывают парниковый эффект на протяжении столетий (углекислый газ) или десятилетий (например, метан)<sup>50</sup>.

Таким образом, превышение предельно допустимой концентрации парниковых газов сегодня с последующим снижением означает накопление в атмосфере большего количества парниковых газов и больший уровень потепления, чем в сценарии с недопущением роста концентрации сверх предельного уровня. Больший уровень концентрации означает более высокую зависимость от наличия промышленных технологий удаления парниковых газов из атмосферы, которые на момент разбирательства (равно как и на момент написания настоящей статьи) находятся лишь на начальном этапе развития и не могут использоваться в сколько-нибудь значительных масштабах<sup>51</sup>.

Суд, кроме того, отдельно отметил вывод Четвертого доклада МГЭИК о том, что меры по предотвращению (смягчению) изменения климата предпочтительнее мер по адаптации — в том числе потому, что действенность первых по предотвращению ущерба на горизонте ближайших десятилетий будет значительно выше эффективности последних<sup>52</sup>.

### **1.1.2. Нарушение государством норм материального права: не проявление «надлежащего усердия»**

Окружной суд пришел к выводу, что, установив менее амбициозную цель по сокращению выбросов для Нидерландов, чем предполагается в Четвертом докладе МГЭИК, государство нарушает обязанность действовать в соответствии с общепризнанным гражданско-правовым принципом

<sup>48</sup> Hague District Court (2015). §4.25.

<sup>49</sup> Там же. §4.26.

<sup>50</sup> Там же. §4.20.

<sup>51</sup> Там же. §4.32, 4.85.

<sup>52</sup> Там же. §2.17.

«надлежащего усердия»<sup>53</sup>, в частности при реализации требований статьи 21 Конституции Нидерландов поддерживать страну в пригодном для проживания состоянии, а также защищать и улучшать окружающую среду в ней<sup>54</sup>. Хотя органы публичной власти обладают широкой дискрецией в вопросе о том, каким образом обязанность проявлять надлежащее усердие будет реализовываться на практике, эта дискреция не является неограниченной: государство не может прилагать усердие ниже минимально допустимого уровня<sup>55</sup>. «Учитывая серьезность последствий изменения климата и значительный риск их наступления без принятия мер по смягчению», заключил суд, Нидерланды должны принять меры по недопущению роста концентрации парниковых газов в атмосфере выше 450 млн<sup>-1</sup>, поскольку это является минимальным требованием для предотвращения опасных изменений климата<sup>56</sup>.

Хотя международно-правовые акты (например, РКИК ООН, Киотский протокол, Договор о функционировании Европейского союза), а также принципы международного права (например, принцип непричинения трансграничного вреда), на которые ссылался истец, не имеют прямого действия во внутрисударственном праве Нидерландов, а потому не могут служить непосредственным правовым основанием для удовлетворения иска, такие акты и принципы, по словам суда, «находят отражение»<sup>57</sup> во внутрисударственном праве и могут использоваться судом при толковании его норм, поскольку презюмируется намерение государства действовать в соответствии со своими международно-правовыми обязательствами<sup>58</sup>.

Аналогичный вывод суд сделал и в отношении статей 2 «Право на жизнь» и 8 «Право на уважение частной и семейной жизни» Конвенции о защите прав человека и основных свобод (далее — ЕКПЧ), посчитав, что, поскольку *Urgenda* не может быть жертвой нарушения прав по этим статьям по смыслу статьи 34 ЕКПЧ, она не может ссылаться на них в качестве непосредственного правового основания своих требований. Судебная практика Европейского Суда по правам человека (далее — ЕСПЧ) по этим статьям тем не менее может использоваться при толковании норм права Нидерландов, включая принцип надлежащего усердия<sup>59</sup>. Суд, в частности, обратил внимание на то, что: статьи 2 и 8 ЕКПЧ устанавливают позитивное обязательство по защите соответствующих прав, то есть требуют от государств принятия мер по защите прав, даже если угроза исходит от лиц или действий, не имеющих прямой связи с государством; статья 2 может применяться до момента утраты жизни; содержание обязательств по статье 2 зависит, среди прочего, от степени вреда, причиняемого соответствующей деятельностью, или от предсказуемости связанных с ней рисков для жизни человека; в контексте статьи 8 необходимо наличие причинно-следственной связи между причиняющей вред деятельностью и ее негативным влиянием на человека; наконец, статья 8 защищает от вреда, превышающего определенный порог<sup>60</sup>.

Делая вывод о недостаточности усилий государства, то есть неисполнения им обязанности проявлять надлежащее усердие, суд принял во внимание следующие четыре фактора<sup>61</sup>.

В качестве первого он указал на вероятность вредоносного изменения климата, характер и степень вреда, наносимого изменением климата, предсказуемость такого вреда. Суд пришел к выводу, что по причине высокого риска наступления вредоносных последствий изменения климата

<sup>53</sup> Нидерл. *zorgvuldigheid*, англ. *due care* (используется в переводе решения окружного суда Гааги, предоставленном судом) или *due diligence*. В документах Верховного суда РФ используется термин «должная осмотрительность» (см., например, Верховный суд РФ. Обобщение практики и правовых позиций международных договорных и внедоговорных органов, действующих в сфере защиты прав и свобод человека, по вопросам защиты права лица на жизнь // утв. Управлением систематизации законодательства и анализа судебной практики Верховного Суда РФ. 2021. URL: [http://supcourt.ru/documents/international\\_practice/30129/](http://supcourt.ru/documents/international_practice/30129/) (дата обращения: 28.07.2023)). Полагаем, однако, что в контексте защиты прав слово «осмотрительность» (то есть осторожность) не вполне верно раскрывает суть позитивного обязательства, о котором идет речь. Термин «надлежащее усердие» как аналог *due diligence* используется в русскоязычных документах Совета по правам человека ООН (см., например: СПЧ ООН. Рекомендация № 11 Экспертного механизма в отношении коренных народов и свободного, предварительного и осознанного согласия // Свободное, предварительное и осознанное согласие: правозащитный подход. Исследование Экспертного механизма по правам коренных народов. A/HRC/39/62. 10 августа 2018 года. С. 21 (п. 4).

<sup>54</sup> Hague District Court (2015). § 4.36.

<sup>55</sup> Там же. § 4.36, 4.53.

<sup>56</sup> Там же. § 4.83.

<sup>57</sup> Здесь и далее, если не указано иное, перевод наш. — Ю.Р., К.К.

<sup>58</sup> Hague District Court (2015). § 4.42–4.44, 4.63.

<sup>59</sup> Там же. § 4.45–4.46.

<sup>60</sup> Там же. § 4.49–4.50.

<sup>61</sup> Там же. § 4.63.

на государство возлагается весомая<sup>62</sup> обязанность по принятию мер, направленных на предотвращение таких изменений. В частности, без повышения амбициозности целей по сокращению выбросов парниковых газов сдерживание роста температуры в пределах 2°C станет невозможным, что будет иметь серьезные негативные последствия для человека и окружающей среды. В связи с этим меры по сокращению выбросов должны приниматься без промедления. Суд использовал предложенную истцом аналогию с нефтяным танкером, двигатели которого должны выключаться за несколько сотен километров до берега: «Если выключить двигатель только после того, как причал покажется в поле зрения, танкер рано или поздно врежется в него»<sup>63</sup>.

Вторым фактором, который был принят судом во внимание, была роль действий (или бездействия) государства. В силу ключевой роли, которую государство играет в обеспечении перехода к устойчивому общественному устройству, оно должно прилагать значительные усилия, чтобы сформировать адекватную нормативно-правовую базу для сокращения выбросов парниковых газов в Нидерландах. Не являясь непосредственным эмитентом (основного объема) парниковых газов, государство тем не менее может осуществлять и осуществляет воздействие на общий уровень выбросов парниковых газов в стране. Интересы третьих лиц, включая граждан Нидерландов и истца, требуют от государства подходить к вопросу выбросов парниковых газов с особой тщательностью. Кроме того, в рамках РКИК ООН и Киотского протокола государство явным образом приняло на себя ответственность за выбросы парниковых газов в стране и их сокращение в той степени, в которой это необходимо для предотвращения опасных изменений климата. Возможности бизнеса и граждан по переходу к устойчивой общественной модели зависят от наличия неископаемых («зеленых») источников энергии, которое в некоторой степени обеспечивает государство<sup>64</sup>.

Третьим фактором, на который сослался суд, являлась обременительность мер предосторожности. Суд пришел к выводу о том, что более экономически эффективным, то есть менее обременительным для государства, является принятие мер по сокращению выбросов как можно раньше, а потому государство несет обязанность прилагать усилия к тому, чтобы сокращать их как можно скорее и как можно больше. Суд принял во внимание тот факт, что до 2010 года Нидерланды исходили из планов сокращения выбросов в 2020 году до уровня на 30% ниже значения 1990 года, а тогдашнее правительство подтверждало необходимость сокращения выбросов сторонами, указанными в Приложении I РКИК, до уровня на 25–40% ниже для сдерживания роста температуры в пределах 2°C. «Очевидно, эта цель представлялась в тот момент экономически эффективной», — заявил суд<sup>65</sup>. При этом государство не привело ни научных, ни экономических оснований для изменения целеполагания. Более того, на одном из заседаний суда представитель государства прямо подтвердил, что сокращение выбросов до уровня на 30% ниже уровня 1990 года остается возможным<sup>66</sup>.

Суд также принял во внимание научный консенсус о том, что в силу накопительного эффекта (сохранение парниковых газов в атмосфере в течение длительных периодов времени) принятие мер в ближайшей перспективе экономически более выгодно по сравнению с их принятием в отдаленной перспективе, а единственно действенным способом предотвращения наступления опасных последствий изменения климата является сокращение концентрации парниковых газов, в то время как адаптация к изменению климата позволяет лишь смягчить последствия, но не предотвратить их. При этом расчет на возможность использования в будущем промышленных технологий удаления накопленных парниковых газов из атмосферы является необоснованным, поскольку такие технологии в настоящее время находятся лишь на начальном этапе развития и перспективы их использования в сколько-нибудь значимых масштабах остаются неясными<sup>67</sup>.

В качестве четвертого фактора, повлиявшего на вывод суда, были выделены рамки усмотрения государства. По мнению суда, дискреция государства ограничивается<sup>68</sup>, во-первых, приоритетом мер по смягчению изменения климата перед мерами по адаптации; во-вторых, принципом справедливости, который выражается в том, что страны, указанные в Приложении I, обязуются

<sup>62</sup> Нидерл.: *zware*.

<sup>63</sup> Там же. § 4.65.

<sup>64</sup> Там же. § 4.66.

<sup>65</sup> Там же. § 4.70.

<sup>66</sup> Там же.

<sup>67</sup> Там же. § 4.71–4.72. Это утверждение остается справедливым и на момент написания настоящей статьи.

<sup>68</sup> Там же. § 4.75–4.77.

внести большой вклад в сокращение выбросов, а также в необходимости «разумного» распределения бремени между нынешним и будущими поколениями; в-третьих, принципом предосторожности и принципом предотвращения.

Основанием для отхода от этих принципов могли бы послужить высокие затраты на смягчение изменения климата (то есть сокращение выбросов), поскольку на государство не могут возлагаться непосильные или непропорционально обременительные обязанности, однако, как упоминалось выше, вывод о финансовой обременительности мер не следует из обстоятельств дела.

По мнению суда, государство не может ссылаться на то, что доля Нидерландов в совокупном объеме выбросов является незначительной (около 0,5%), а потому ужесточение целей по сокращению выбросов не повлияет на изменение климата в общемировом масштабе. На государствах, по мнению суда, лежит как коллективная, так и индивидуальная обязанность по сокращению выбросов, и каждое сокращение вносит свой вклад в сокращение общего объема выбросов. Суд также отверг довод о невозможности принятия Нидерландами более жестких мер в отношении секторов, входящих в европейскую систему торговли квотами на выбросы, чем это предусмотрено общеевропейской политикой, а также довод о возможной «утечке углерода» (то есть переводе производств в другие страны) и создании несправедливых условий конкуренции для нидерландских компаний, сочтя соответствующие риски недоказанными<sup>69</sup>.

По совокупности этих оснований суд обязал Нидерланды обеспечить на конец 2020 года сокращение ежегодного совокупного объема выбросов в стране до уровня не менее чем на 25% ниже значения 1990 года<sup>70</sup> и объявил решение вступившим в силу на временной основе<sup>71</sup>. Суд пояснил, что его решение не нарушает принцип разделения властей<sup>72</sup> и не предопределяет законодательные или политические меры, которые должно принять государство для его исполнения<sup>73</sup>. В ответ на довод о том, что решение в пользу истца может ухудшить переговорную позицию Нидерландов на конференции сторон РКИК ООН в Париже в 2015 году, суд заметил лишь, что ему «следует проявить сдержанность, поскольку последствия решения суда сложно оценить»<sup>74</sup>.

## 1.2. Апелляционный суд Гааги и Верховный суд Нидерландов

И апелляционный суд, и Верховный суд Нидерландов подтвердили правильность основных выводов суда первой инстанции — за одним исключением. Если окружной суд использовал статьи 2 и 8 ЕКПЧ лишь как вспомогательные инструменты при толковании частнопроводного принципа надлежащего усердия, вышестоящие инстанции признали нарушение ответчиком статей 2 и 8 ЕКПЧ (а именно обязанности проявлять надлежащее усердие при защите соответствующих прав) как действующих непосредственно<sup>75</sup>.

Позицию всех трех судов можно выразить следующим образом: характер угрозы, связанной с изменением климата (как для мира в целом, так и для Нидерландов в частности), а также возможные последствия неснижения концентрации парниковых газов в ближайшем будущем с точки зрения увеличения этих угроз таковы, что снижение выбросов в 2020 году до уровня не менее чем на 25% ниже уровня 1990 года — это минимум (отражающий научный консенсус и общую позицию участников РКИК ООН, включая ЕС и Нидерланды), который Нидерланды как государство, обязанное проявлять надлежащее усердие по защите прав своих граждан на жизнь, а также на уважение частной и семейной жизни в соответствии со статьями 2 и 8 ЕКПЧ, обязано обеспечить. Дискреция государства распространяется лишь на выбор мер для достижения этой цели, но не на выбор самой цели.

При этом суды вышестоящих инстанций заострили некоторые выводы окружного суда о климатических рисках и недостаточности действий государства по их смягчению.

Ссылки государства на альтернативные сценарии сокращения выбросов (меньший объем сокращения выбросов в ближайшей перспективе с более масштабным использованием технологий поглощения в будущем), рассмотренные в Пятом докладе МГЭИК, суды признали

<sup>69</sup> Там же. §4.78–4.82.

<sup>70</sup> Там же. §5.1.

<sup>71</sup> Там же. §5.3.

<sup>72</sup> Там же. §4.102.

<sup>73</sup> Там же. §4.101.

<sup>74</sup> Там же. §4.100.

<sup>75</sup> Hague Court of Appeal. §35, 76; Supreme Court of the Netherlands. §5.8, 5.9.1, 5.9.3, 9.

несостоятельными по причине высокой неопределенности относительно перспектив развития технологий поглощения. Сценарии, предполагающие большие объемы поглощения в будущем, апелляционный суд назвал «не очень реалистичными» и заявил, что «картина, нарисованная в Пятом оценочном докладе МГЭИК, возможно, слишком радужна», а Верховный суд уточнил, что опираться на такие сценарии нельзя в силу принципа предосторожности<sup>76</sup>. Вышестоящие инстанции отметили при этом, что в свете новых научных данных недопущение опасных климатических изменений обеспечивается только сдерживанием роста температуры на уровне не более 1,5°C и, соответственно, недопущением роста концентрации парниковых газов выше 430 млн<sup>-1</sup>, а поэтому вменяемая государству обязанность не допустить роста концентрации свыше 450 млн<sup>-1</sup> представляется «не столь пессимистичной»<sup>77</sup>.

Довод о том, что цель в 25–40% предложена в Четвертом докладе МГЭИК для всех стран, включенных в Приложение I, в совокупности, а не для каждой отдельно, суды отменили, сославшись на высокий уровень выбросов на душу населения и высокий ВВП на душу населения в Нидерландах (последний, в частности, используется для распределения обязательств по сокращению выбросов в рамках ЕС)<sup>78</sup>. При этом принцип предосторожности, закрепленный в РКИК и в практике ЕСПЧ, по мнению судов, не позволяет ответчику ссылаться на научную неопределенность относительно изменения климата<sup>79</sup>.

Аргумент государства об отсутствии причинно-следственной связи между его действиями и изменением климата суды также не сочли убедительными. Апелляционный суд указал, что, поскольку речь идет не о возмещении вреда, а о понуждении к совершению определенных действий, достаточно существования «реального риска» возникновения опасных последствий, в отношении которых должны быть приняты меры<sup>80</sup>. «Если бы суд принял позицию государства, он признал бы отсутствие юридических средств решения глобальной проблемы такого уровня сложности. Каждое государство могло бы утверждать, что не обязано принимать меры, если другие государства не будут делать то же самое. Такой результат неприемлем в том числе потому, что *Urgenda* не может обратиться с иском в нидерландский суд ко всем таким государствам», — заключила апелляционная инстанция<sup>81</sup>. Верховный суд пошел еще дальше и заметил в связи с этим, что и РКИК ООН, и Парижское соглашение предполагают индивидуальную обязанность государств, поэтому «в принципе, цели, обозначенные в Четвертом оценочном докладе, относятся и к каждому отдельному государству из группы указанных в Приложении I»<sup>82</sup>.

## 2. Дело *Milieudefensie et al. v. Royal Dutch Shell plc*.

Основным истцом по коллективному иску к одной из крупнейших нефтяных компаний мира *Royal Dutch Shell plc*<sup>83</sup> выступила нидерландская ассоциация *Milieudefensie*, работающая в том числе в сфере защиты окружающей среды. Ответчик — холдинговая компания группы *Shell* (состоит из более чем 1100 компаний по всему миру), определяющая ее общую политику. Правление *RDS* осуществляет, среди прочего, общее руководство в сфере управления рисками, связанными с изменением климата<sup>84</sup>.

Удовлетворяя требования истца, суд постановил, что на ответчике лежит обязанность посредством корпоративной политики обеспечить сокращение совокупного нетто-объема собственных выбросов CO<sub>2</sub> группы *Shell* в 2030 году до уровня на 45% ниже уровня 2019 года («обязательство результата») и прилагать максимальные усилия к тому, чтобы обеспечить такой же объем сокращения выбросов CO<sub>2</sub> контрагентов группы *Shell*, включая конечных пользователей («обязательство поведения»)<sup>85</sup>.

<sup>76</sup> Hague Court of Appeal. §49. Supreme Court of the Netherlands. §7.2.5.

<sup>77</sup> Hague Court of Appeal. §50. Вероятно, суд имел в виду «не столь обременительной». См. также Supreme Court of the Netherlands. §4.3.

<sup>78</sup> Hague Court of Appeal. §60. См. также Supreme Court of the Netherlands. §7.3.4.

<sup>79</sup> Hague Court of Appeal. §63. См. также Supreme Court of the Netherlands. §5.3.2, 5.6.2, 7.2.5.

<sup>80</sup> Hague Court of Appeal. §64.

<sup>81</sup> Там же.

<sup>82</sup> Supreme Court of the Netherlands. §7.3.2.

<sup>83</sup> В 2023 году группа *Shell* занимает 11-ю строчку в рейтинге крупнейших компаний мира *Forbes* 2000. Ее опережают только две компании нефтегазового сектора: *Saudi Arabian Oil Company* и *ExxonMobil*. URL: <https://www.forbes.com/lists/global2000> (дата обращения: 28.07.2023).

<sup>84</sup> Hague District Court (2021). §2.5.1.

<sup>85</sup> Hague District Court (2021). §4.4.55.

Как и в деле *Urgenda*, суд обнаружил, что обязанность *RDS* по сокращению выбросов вытекает из неписаного требования прилагать надлежащее усердие, которое в данном случае возлагает на компанию Гражданский кодекс Нидерландов<sup>86</sup> (в деле *Urgenda* апелляционный и Верховный суды ссылались также на статьи 2 и 8 ЕКПЧ, а окружной суд — на статью 21 Конституции Нидерландов). Свои выводы о содержании этого требования применительно к *RDS* окружной суд мотивировал серьезностью угрозы изменения климата и ролью группы *Shell* в создании или предотвращении этой угрозы<sup>87</sup>.

Суд, в частности, указал, что<sup>88</sup>, во-первых, в Нидерландах наблюдается в два раза более быстрый рост приповерхностной температуры, чем в среднем по миру (по состоянию на момент разбирательства она увеличилась на 1,7°C и 0,8°C соответственно). Изменение климата, вызываемое выбросами CO<sub>2</sub>, будет иметь «серьезные» и «необратимые» последствия для Нидерландов и района Ваттового моря (часть Северного моря у берегов Нидерландов, Германии и Дании), включая проблемы населения со здоровьем и рост смертности от жары, распространение инфекционных заболеваний, снижение качества воздуха, более интенсивное воздействие ультрафиолетового излучения, распространение заболеваний, передающихся с пищей и водой. По наиболее пессимистическим сценариям району Ваттового моря грозит полное затопление<sup>89</sup>.

Во-вторых, право жителей Нидерландов и района Ваттового моря на жизнь и уважение частной и семейной жизни закреплено в статьях 2 и 8 ЕКПЧ и статьях 6 и 17 Международного пакта о гражданских и политических правах. Хотя истец не может ссылаться на эти нормы, поскольку они применяются к отношениям между государством и гражданами, при толковании принципа надлежащего усердия суд учитывает их и выражаемые ими ценности, в том числе защиту от опасных изменений климата<sup>90</sup>.

В-третьих, руководящие принципы предпринимательской деятельности в аспекте прав человека ООН предполагают необходимость соблюдения прав человека субъектами предпринимательской деятельности. Хотя сами Руководящие принципы не являются юридически обязывающим документом, они выступают авторитетным источником «мягкого права», выражающим актуальное представление международного сообщества о нормах поведения бизнеса, и соответствуют иным пользующимся широкой поддержкой инструментам «мягкого права», таким как Глобальный договор ООН и Руководящие принципы Организации экономического сотрудничества и развития для многонациональных предприятий.

В-четвертых, *RDS* является лицом, определяющим стратегическую политику группы *Shell*<sup>91</sup>.

В-пятых, Совокупный объем выбросов CO<sub>2</sub> группы *Shell* по трем областям охвата (то есть включая выбросы контрагентов и конечных пользователей продукции) превышает объем выбросов CO<sub>2</sub> многих государств, включая Нидерланды, и вносит свой вклад в потепление климата в мире и в районе Ваттового моря.

В-шестых, на *RDS* возлагается индивидуальная обязанность участвовать в смягчении изменения климата в той степени, в какой это позволяют ее возможности<sup>92</sup>. С учетом влияния *RDS* на выбросы группы *Shell* и на рынок ископаемых видов топлива, значительного объема выбросов, превышающего показатели многих государств, и вызываемых этими выбросами необратимых последствий и рисков для прав человека жителей Нидерландов и района Ваттового моря, *RDS* обязана обеспечить определенный уровень сокращения *собственных* выбросов группы *Shell* (то есть несет «обязательство результата»). В отношении выбросов *контрагентов и конечных пользователей* продукции группы *Shell* — на которые *RDS* влияет, в частности, через свою закупочную политику и через формирование портфеля своей продукции, который она может изменить если не сразу (ввиду договорных обязательств и долгосрочных инвестиций в освоение месторождений), то со временем — *RDS* несет обязательство прилагать максимальные усилия по сокращению выбросов до определенного уровня (то есть несет «обязательство поведения»)<sup>93</sup>.

<sup>86</sup> Hague District Court (2021). §4.1.3, 4.4.1. Статья 6:162 ГК Нидерландов квалифицирует как деликт «неисполнение установленной законом обязанности или неписаных норм надлежащего общественного поведения в отсутствие оправдывающих оснований».

<sup>87</sup> Hague District Court (2021). §4.4.54.

<sup>88</sup> Там же. §4.4.4–4.4.54.

<sup>89</sup> Hague District Court (2021). §4.4.6.

<sup>90</sup> Hague District Court (2021). §4.4.9–4.4.10.

<sup>91</sup> Hague District Court (2021). §4.4.4.

<sup>92</sup> Там же. §4.4.37.

<sup>93</sup> Там же. §4.4.22–4.4.25, 4.4.37, 4.4.39.



В-седьмых, сокращение выбросов CO<sub>2</sub> и смягчение изменений климата невозможно без участия в этом процессе негосударственных структур, требования к которым должны определяться исходя из остроты климатической проблемы и международного консенсуса о необходимости сдерживания роста температуры на уровне «намного ниже» 2°C, а лучше 1,5°C и, соответственно, недопущения роста концентрации парниковых газов сверх 450 млн<sup>-1</sup>, а лучше 430 млн<sup>-1</sup> (хотя эти цифры, по заверению суда, не являются «юридически обязывающим стандартом» в сфере предотвращения опасных изменений климата в Нидерландах и в района Ваттового моря)<sup>94</sup>.

В-восьмых, согласно специальному докладу МГЭИК 2018 года, 50% вероятность сдерживания роста температуры на уровне 1,5°C и 85% вероятность ее сдерживания на уровне 2°C обеспечивается лишь при сокращении выбросов CO<sub>2</sub> в 2030 году до уровня на 45% ниже, чем в 2010 году. Такая динамика, соответственно, позволяет «с наибольшей вероятностью предотвратить самые серьезные последствия опасных изменений климата» и отражает «широкий консенсус» относительно необходимых действий в этой сфере. Этот консенсус предполагает, в частности, использование технологий поглощения парниковых газов из атмосферы для компенсации части выбросов, то есть не означает требования сократить брутто-выбросы до уровня на 45% ниже, чем в 2010 году, без учета поглощений<sup>95</sup>. Необходимость использования компенсационных механизмов (то есть технологий поглощения парниковых газов для компенсации выбросов) может быть обусловлена невозможностью немедленного отказа от ископаемого топлива и необходимостью широких изменений в обществе для энергетического перехода<sup>96</sup>. Поскольку истец в своих требованиях использует в качестве базового 2019 год (в котором выбросы группы *Shell* были выше, чем в 2010 году), что выгодно для ответчика (сокращение до уровня на 45% ниже, чем в 2010 году, было бы более масштабным, чем до уровня на 45% ниже, чем в 2019 году), суд согласился<sup>97</sup> с тем, что корпоративная политика группы *Shell* должна предусматривать сокращение *нетто*-выбросов CO<sub>2</sub> в 2030 году до уровня на 45% ниже 2019 года<sup>98</sup>.

В-девятых, обязательства *RDS* не умягчаются необходимостью удовлетворения спроса на энергоносители со стороны растущего населения Земли одновременно с сокращением выбросов (англ.: *the twin challenge*)<sup>99</sup>. Так, Цель №7 в области устойчивого развития ООН «Обеспечение всеобщего доступа к недорогим, надежным, устойчивым и современным источникам энергии для всех» не влияет на цели Парижского соглашения и на Цель №13 «Принятие срочных мер по борьбе с изменением климата и его последствиями».

В-десятых, равным образом обязательства *RDS* по сокращению выбросов, вытекающие из требования надлежащего усердия, не зависят от обязательств группы *Shell* в рамках систем квотирования выбросов и торговли квотами (англ.: *cap and trade*), в том числе в рамках европейской системы торговли: в случае превышения первых над вторыми *RDS* должна обеспечить сокращение сверх предусмотренного системами торговли<sup>100</sup>.

Ссылаясь на высокую значимость интересов, защита которых обеспечивается сокращением выбросов, и на индивидуальную ответственность каждого субъекта, суд заявил, что теоретическая вероятность замещения выбросов *RDS* другими эмитентами не освобождает *RDS* от индивидуальной обязанности по сокращению, тем более что любое сокращение увеличивает остаточный углеродный бюджет<sup>101</sup> (то есть количество парниковых газов, которое еще можно выбросить в атмосферу, не допустив потепления сверх предельных температур — например, сверх температурных целей Парижского соглашения). Кроме того, необходимость коллективных действий по сокращению выбросов в мировом масштабе не освобождает *RDS* от индивидуальной обязанности по сокращению: существует международный консенсус о необходимости индивидуальных усилий по сокращению со стороны каждой компании. Действия *RDS* не могут ограничиваться отслеживаемой ситуацией и соблюдением предъявляемых к группе *Shell* юридических требований в регионах ее присутствия<sup>102</sup>. Хотя обязанность по сокращению имеет «далеко идущие последствия» для группы *Shell*, включая необходимость изменения ее продуктового портфеля с

<sup>94</sup> Там же. §4.4.27.

<sup>95</sup> Там же. §4.4.29.

<sup>96</sup> Там же. §4.4.31.

<sup>97</sup> Там же. §4.4.38–4.4.39.

<sup>98</sup> Там же. §4.4.32.

<sup>99</sup> Там же. §4.4.40.

<sup>100</sup> Там же. §4.4.44–4.4.48.

<sup>101</sup> Там же. §4.4.49.

<sup>102</sup> Там же. §4.4.52.

перспективой замедления роста группы, высокая значимость общественных интересов, защита которых обеспечивается сокращением выбросов, имеет приоритет перед коммерческими интересами группы *Shell* и предполагает необходимость принятия решительных мер и принесения финансовых жертв<sup>103</sup>.

### 3. Решения по делам *Urgenda* и *RDS* в контексте решений иных внутригосударственных судов

О причинах столь радикальной позиции нидерландских судов можно только догадываться. Возможно, она стала результатом не одного фактора, но их совокупности, включая как особую уязвимость территории этой страны перед изменением климата, обусловленную географическим положением (достаточно вспомнить этимологию названия страны), так и объективную готовность и возможность государства ставить и реализовывать более амбициозные цели по сокращению выбросов парниковых газов, подтверждавшуюся и прошлыми планами, и заявлениями представителей государства в суде.

Суды других юрисдикций, однако, не спешат воспринимать логику нидерландских судов во всей ее полноте. Единственная правовая позиция, находящаяся, как представляется, безоговорочную поддержку европейских судов, — это вывод о том, что обязанность государства по сокращению выбросов парниковых газов является индивидуальной: ее исполнение не обусловлено исполнением аналогичной обязанности другими государствами<sup>104</sup>. Более того, Конституционный суд Германии заявил, что конституционное требование об исполнении государствами собственных обязательств в этой сфере прямо проистекает из необходимости международной кооперации: неисполнение обязательств одним государством подталкивает другие государства к неисполнению их собственных обязательств<sup>105</sup>.

Нидерланды остаются единственной юрисдикцией, в которой судебная власть не только признала цели государства по сокращению выбросов парниковых газов недостаточными, а потому незаконными, но и установила минимальный объем сокращения выбросов на уровне, указанном исключительно в научной литературе — а именно, в Четвертом оценочном докладе МГЭИК. Иные суды, признававшие иски, аналогичные поданному фондом *Urgenda*, до последнего времени воздерживались от обязания государств увеличить объем сокращений на ту или иную величину.

Так, Конституционный суд Германии постановил, что выработка стратегий и выбор мер защиты от рисков является прерогативой законодателя<sup>106</sup>. Суды же не полномочны устанавливать температурные цели или количественные цели по сокращению выбросов<sup>107</sup>. В этой связи Конституционный суд может признать обязанность государства по защите основных прав (на жизнь, здоровье, собственность) нарушенной лишь в том случае, если государство не принимает вообще никаких мер или если принимаемые меры являются «очевидно неподходящими» или «абсолютно недостаточными»<sup>108</sup> для достижения целей защиты<sup>109</sup>. Научная неопределенность, характеризующая выводы докладов МГЭИК, а также возможность принятия мер адаптации не позволили суду согласиться с истцами в том, что сделанный законодателем выбор в пользу сокращения выбросов парниковых газов в рамках температурной цели 2°C (а не 1,5°C, как того требовали истцы) соответствует этим критериям, хотя и может быть охарактеризован как «политически неамбициозный»<sup>110</sup>. Обнаружив нарушение конституционных свобод в том, что допускаемые действующим законодательством объемы выбросов на горизонте до 2030 года создают несоразмерные риски быстрого исчерпания углеродного бюджета и необходимости

<sup>103</sup> Там же. §4.4.53.

<sup>104</sup> См., например: Federal Constitutional Court of the Federative Republic of Germany. *Neubauer and Others v Germany* (2021) // 1 BvR 2656/18, 1 BvR 96/20, 1 BvR 78/20, 1 BvR 288/20, 1 BvR 96/20, 1 BvR 78/20 (официальный перевод на английский язык). P. 43, 59, 60. URL: [https://climatecasechart.com/wp-content/uploads/non-us-case-documents/2021/20210324\\_11817\\_order-1.pdf](https://climatecasechart.com/wp-content/uploads/non-us-case-documents/2021/20210324_11817_order-1.pdf) (дата обращения: 28.07.2023); Tribunal de première instance francophone de Bruxelles, Section Civile. *Klimaatzaak v l'État Belge et al* // Jugement (17.06.2021) (на французском языке). URL: [https://climatecasechart.com/wp-content/uploads/non-us-case-documents/2021/20210617\\_2660\\_judgment.pdf](https://climatecasechart.com/wp-content/uploads/non-us-case-documents/2021/20210617_2660_judgment.pdf) (дата обращения: 28.07.2023). P. 61; Cour d'appel de Bruxelles. Para 160.

<sup>105</sup> Federal Constitutional Court of the Federative Republic of Germany. P. 60.

<sup>106</sup> Federal Constitutional Court of the Federative Republic of Germany. P. 44.

<sup>107</sup> Там же. P. 62.

<sup>108</sup> Англ.: *manifestly unsuitable* и *completely inadequate*.

<sup>109</sup> Federal Constitutional Court of the Federative Republic of Germany. P. 44.

<sup>110</sup> Там же. P. 46–50.

массированного сокращения выбросов после 2030 года, Конституционный суд Германии тем не менее воздержался от постановки каких-либо количественных целей, ограничившись выводом о том, что законодателю надлежит установить требования по сокращению и на период после 2030 года, с тем чтобы заложить необходимую базу для разработки требующихся климатических решений<sup>111</sup>.

Еще более категоричную позицию в отношении количественных целей занял в 2021 году суд первой инстанции Брюсселя (Бельгия)<sup>112</sup>. Отклонив доводы ответчиков о том, что само рассмотрение деликтного иска некоммерческого объединения *Klimatzaak* (и ряда иных истцов) к бельгийскому государству и трем его регионам о недостаточности принимаемых ими мер в сфере изменения климата нарушает принцип разделения властей<sup>113</sup>, суд заявил, что именно в силу этого принципа судебный контроль в этой сфере тем не менее является максимально ограниченным<sup>114</sup> как в частноправовом аспекте (причинение вреда), так и в части заявляемого истцами нарушения статей 2 и 8 ЕКПЧ, которые налагают на государство обязательства поведения, а не результата<sup>115</sup>. Единственным международно-правовым обязательством Бельгии в части количественных показателей сокращения выбросов парниковых газов является обязательство в рамках Киотского протокола (и Дохийской поправки) сократить выбросы до уровня на 20% ниже значения 1990 года<sup>116</sup>. Хотя представленные в Четвертом докладе МГЭИК уровни сокращений для сторон, указанных в Приложении I (25–40%), выражают сложившийся «научный и дипломатический консенсус», они не накладывают на Бельгию юридических обязательств<sup>117</sup>: «...несмотря на политические декларации о необходимости общемирового сокращения выбросов парниковых газов на уровне 25–40%, суд констатирует, что государства — участники РКИК ООН и Киотского протокола воздержались от принятия на себя соответствующих коллективных или индивидуальных обязательств»<sup>118</sup>.

Сделав вывод о том, что Бельгия не исполнила свои международные обязательства (не сократила выбросы парниковых газов до уровня на 20% ниже 1990 года)<sup>119</sup> и обязательства в рамках ЕС (не сократила выбросы парниковых газов до уровня на 15% ниже 2005 года)<sup>120</sup>; система государственного управления Бельгии в сфере изменения климата «глубоко неадекватна»<sup>121</sup> требованиям (в частности, отсутствует достаточная кооперация между федеральным центром и тремя регионами, что приводит к несогласованности принимаемых мер)<sup>122</sup>; в течение десяти лет с 2011 по 2021 годы органы ЕС постоянно констатировали сложности Бельгии с достижением климатических целей, суд заключил, что органы публичной власти ответчиков, зная об остроте климатической угрозы, не проявляли надлежащего усердия в целях недопущения причинения вреда<sup>123</sup>. Одновременно с этим суд отказался удовлетворять требование истцов о понуждении ответчиков к снижению выбросов на ту или иную величину, поскольку это привело бы к нарушению принципа разделения властей и лишило органы публичной власти дискреции, которой они наделены<sup>124</sup>. Доклады МГЭИК, заключил суд, «представляют собой лишь экспертные оценки, призванные помочь органам публичной власти в выработке климатической политики; они не являются юридически обязательными ни для ответчиков, ни для суда»<sup>125</sup>. По мнению суда первой инстанции, «выбор способа участия Бельгии в глобальном снижении выбросов парниковых газов относится к сфере компетенции законодательной и исполнительной властей», а «масштаб и темпы сокращения... будут определены в результате политического процесса, в который судебная власть не может вмешиваться»<sup>126</sup>.

<sup>111</sup> Там же. Р. 53–58, 72.

<sup>112</sup> В настоящее время дело находится на рассмотрении в апелляции.

<sup>113</sup> Tribunal de première instance francophone de Bruxelles. Р. 45.

<sup>114</sup> Фр.: *contrôle nécessairement marginal*.

<sup>115</sup> Tribunal de première instance francophone de Bruxelles. Р. 59, 62.

<sup>116</sup> Там же. Р. 66–67.

<sup>117</sup> Там же. Р. 66.

<sup>118</sup> Там же.

<sup>119</sup> Там же. Р. 67.

<sup>120</sup> Там же. Р. 70.

<sup>121</sup> Фр.: *foncièrement inadapté*.

<sup>122</sup> Там же. Р. 79.

<sup>123</sup> Там же.

<sup>124</sup> Там же. Р. 80, 82.

<sup>125</sup> Там же. Р. 82.

<sup>126</sup> Там же.

В определении от 30 ноября 2023 года с этими выводами не согласился Апелляционный суд Брюсселя. Не найдя оснований понуждать ответчиков к сокращению выбросов на 81% или как минимум 61% от уровня 1990 года — объемы, заимствованные заявителями апелляционной жалобы из научного доклада от марта 2023 года о «справедливой» доле Бельгии в остаточном глобальном углеродном бюджете, — суд тем не менее счел возможным предписать государственным и региональным властям Бельгии (кроме Валлонии в индивидуальном качестве) обеспечить сокращение выбросов на 55%. Этот объем соответствует общесоюзной цели ЕС. Правовым основанием (частичного) удовлетворения требований, как и в Нидерландах, стали ст. 2 и 8 ЕКПЧ и обязанность проявлять осмотрительность (фр.: *prudence*) в целях непричинения вреда<sup>127</sup>.

Комментаторы уже отмечали, что в подобного рода судебных делах ключевой темой становится вопрос о нарушении принципа разделения властей<sup>128</sup>, и, насколько нам известно, пока только нидерландские суды посчитали, что в политико-правовой системе их страны понуждение государства (и юридического лица) к достижению количественных целей по сокращению выбросов парниковых газов, не установленных никакими нормативно-правовыми актами и не предусмотренных (по крайней мере, в явном виде) международно-правовыми обязательствами страны, не является вмешательством суда в сферу полномочий других ветвей власти<sup>129</sup>. В этой связи Верховный суд Ирландии, например, указал, что принятый правительством Ирландии Национальный план смягчения изменения климата<sup>130</sup> может быть объектом судебного контроля лишь потому, что он был принят во исполнение действующего закона Ирландии «О климатической политике и низкоуглеродном развитии»<sup>131</sup>, то есть его соответствие требованиям этого закона является вопросом правовой оценки, а не вопросом предпочтений в сфере климатической политики. При этом положения плана, в отношении которых закон не устанавливает конкретных требований (например, о распределении количественных целей сокращения выбросов по секторам экономики), могут и не подлежать судебному контролю<sup>132</sup>.

Хотя позиция Апелляционного суда Брюсселя является все же менее радикальной, чем позиция нидерландских судов, поскольку предписанный Апелляционным судом Брюсселя объем сокращений выбросов не выходит за пределы общесоюзной цели ЕС, отдельные заявления суда относительно дискреции государства заслуживают отдельного внимания. Как упоминалось выше, Конституционный суд Германии сделал особый акцент на научной неопределенности, пронизывающей содержание докладов МГЭИК, отметив, что она находит свое отражение в значительной дискреции законодателя при исполнении обязанности по защите основных прав — особенно с учетом необходимости одновременной защиты интересов, входящих в противоречие с целью защиты здоровья человека<sup>133</sup>. Отвергнув позицию суда первой инстанции, Апелляционный суд Брюсселя заявил, что, опираясь на «самый низкий порог» осмотрительности, он не нарушает принцип разделения властей: с учетом масштабов последствий, которые могут наступить при сохранении текущей климатической политики, государство утрачивает свободу усмотрения, в том числе в части расстановки приоритетов между сохранением климата и иными общественными интересами, включая экономический рост<sup>134</sup>. Отвечая на доводы ответчиков, Апелляционный суд заметил, что этим он не придает научным докладом (на которых основана цифра 55%) юридическую силу и не превращает их косвенным образом в источник позитивного права<sup>135</sup>. По сути солидаризируясь с судами Нидерландов, судьи апелляционной инстанции Брюсселя заявили, что проявляющее должные осмотрительность и усердие государство должно было придерживаться

<sup>127</sup> Cour d'appel de Bruxelles. Paras 184–212, 214, 249.

<sup>128</sup> Maxwell L., Mead S., van Berkel D. *Standards for Adjudicating the Next Generation of Urgenda-Style Climate Cases* // Journal of Human Rights and the Environment. 2022. Vol. 13. No. 1. P. 38; Loth M. A. *The Civil Court as a Risk Regulator: The Issue of Its Legitimacy* // European Journal of Risk Regulation. 2018. Vol. 9. P. 68.

<sup>129</sup> Суд первой инстанции заметил при этом, что в праве Нидерландов действует, скорее, не принцип разделения властей, а принцип баланса властей (Hague District Court (2015). P. 50).

Англ.: *National Mitigation Plan*.

<sup>130</sup> Climate Action and Law Carbon Development Act 2015.

<sup>132</sup> The Supreme Court of Ireland. *Friends of the Irish Environment v Ireland*. Judgment (31.07.2020), §6.27. URL: [https://climatecasechart.com/wp-content/uploads/non-us-case-documents/2020/20200731\\_2017-No.-793-JR\\_opinion.pdf](https://climatecasechart.com/wp-content/uploads/non-us-case-documents/2020/20200731_2017-No.-793-JR_opinion.pdf) (дата обращения: 28.07.2023). Судья Верховного суда Ирландии пришел к выводу, что план не соответствует закону из-за недостаточной детализации предусмотренных в нем мер и слишком короткого горизонта планирования, не простирающегося до 2050 года (там же. §6.45–6.46).

<sup>133</sup> Federal Constitutional Court of the Federative Republic of Germany. §162.

<sup>134</sup> Cour d'appel de Bruxelles. Para 240.

<sup>135</sup> Там же.

принципа предосторожности<sup>136</sup> и изначально исходить из необходимости сокращения выбросов к концу 2020 года не менее чем на 25 % относительно уровня 1990 года, а после вступления в силу Парижского соглашения, в котором зафиксировано стремление не допустить рост глобальной температуры выше 1,5°C, — увеличить объем сокращений к 2020 году как минимум до 30%<sup>137</sup>.

Суды Нидерландов и Апелляционный суд Брюсселя отличает особая позиция о нормативном характере температурных порогов в 1,5°C (и 2°C) и вытекающих из них объемов сокращения выбросов. Ссылаясь на ряд политических заявлений, сделанных сторонами РКИК ООН (включая ЕС) по итогам работы Конференций Сторон разных лет, суды Нидерландов говорят о сформировавшемся «международном консенсусе» по поводу необходимости сокращения выбросов в масштабах, предусмотренных докладами МГЭИК<sup>138</sup>. Размышляя в схожем ключе, Апелляционный суд Брюсселя обнаруживает у бельгийского государства существование в прошлом обязанности (как по ст. 2 и 8 ЕКПЧ, так и в рамках деликтных норм) обеспечить объемы сокращений, фигурирующие в Четвертом докладе МГЭИК (не менее 25% к 2020 году), а с выходом в 2018 году Специального доклада МГЭИК о последствиях потепления на 1,5°C — обязанности переориентировать объемы сокращений с температурного порога 2°C на порог 1,5°C<sup>139</sup>. Эти выводы контрастируют с упомянутой позицией Конституционного суда Германии о допустимости, хотя и неамбициозности, цели «значительно ниже 2°C». Можно заметить в этой связи, что констатируемая секретариатом РКИК ООН недостаточность ОНУВ, предоставляемых сторонами для достижения температурных целей Парижского соглашения, ставит под серьезное сомнение тезис о наличии, по выражению окружного суда Гааги, «широкого консенсуса»<sup>140</sup> относительно необходимости следования тем или иным траекториям сокращения, соответствующим максимально амбициозным температурным целям.

В равной степени дискуссионными представляются и ссылки судов Нидерландов на то, что этот консенсус выражает «общую позицию», «общие ценности» и «практику» членов Совета Европы, которые в соответствии с практикой ЕСПЧ должны приниматься во внимание при толковании обязательств государств по ЕКПЧ, в том числе по статьям 2 и 8<sup>141</sup>. В этой связи примечательны слова действующего премьер-министра Великобритании, который в августе 2023 года, защищая решение о выдаче более 100 новых лицензий на добычу нефти и газа в Северном море, заявил, что его страна не должна «слушать ничьи лекции» о климатической политике<sup>142</sup>. В 2017 году премьер-министр Канады — страны, которая была локомотивом включения сверхамбициозной температурной цели 1,5°C в Парижское соглашение — защищая решение об освоении крупнейших в мире месторождений битуминозных (нефтяных) песков, добыча нефти из которых сопряжена с исключительно высокими выбросами парниковых газов, сказал: «Ни одна страна, найдя 173 миллиарда баррелей нефти, не оставила бы их просто лежать в земле»<sup>143</sup>.

Выделяется и взгляд судов Нидерландов на роль мер адаптации в исполнении государствами обязательств по защите основных прав. В то время как нидерландские суды всех уровней сошлись во мнении, что принятие адаптационных мер не может рассматриваться даже как частичное исполнение обязанности по защите от опасных изменений климата, поскольку такие меры не могут повлиять на само изменение климата, а лишь в некоторой степени ограждают от его последствий<sup>144</sup>, Конституционный суд Германии занял намного менее однозначную позицию. Вступая в заочный диалог с судами по делу *Urgenda*, он заявил: «Хотя с помощью мер адаптации изменение климата как таковое предотвратить нельзя, и потому все усилия должны быть направлены на ограничение глобального потепления, дополнительная защита от рисков жизни и здоровью посредством мер адаптации, в принципе, возможна... Поэтому если исполнительная и законодательная ветви власти полагают, что... последствия изменения климата в Германии можно

<sup>136</sup> Там же. Para 169.

<sup>137</sup> Там же. Para 241.

<sup>138</sup> См., например, Supreme Court of the Netherlands. §7.2.7, 7.2.11.

<sup>139</sup> Cour d'appel de Bruxelles. Paras 169, 214, 238.

<sup>140</sup> Hague District Court (2021). §4.4.29.

<sup>141</sup> Supreme Court of the Netherlands. §5.4.2, 7.2.11.

<sup>142</sup> Smout A. *PM Sunak Says Uk Climate Record 'better Than Everyone Else's* // Reuters (03.08.2023). URL: <https://www.reuters.com/world/uk/pm-sunak-defends-britains-climate-record-2023-08-02> (дата обращения: 18.08.2023).

<sup>143</sup> Crooks E. *Canadian Operators Buy Oil Sands Assets As Foreign Groups Retreat* // Financial Times (02.04.2017). URL: <https://www.ft.com/content/7120aa16-1794-11e7-9c35-0dd2cb31823a> (дата обращения: 18.08.2023).

<sup>144</sup> Hague District Court (2015). §4.71 («Хотя меры по адаптации могут уменьшить воздействие изменения климата, они не устраняют саму опасность изменения климата». См. также там же. §4.75; Hague Court of Appeal. §59; Supreme Court of the Netherlands. §7.5.2.

ослабить с помощью мер адаптации, обеспечив при этом [установленный законом] уровень защиты, они — по меньшей мере в настоящее время — не выходят за пределы дискреции, которой они наделены при исполнении обязанности по защите основных прав»<sup>145</sup>.

В отличие от рассмотренных европейских судов, Федеральный суд Канады отказался рассматривать иск о признании неконституционной проводимой государством климатической политики в части объема выбросов парниковых газов, сославшись на то, что поставленные перед судом вопросы являются слишком политическими, а потому не подлежат разрешению судом<sup>146</sup>. Судья провел аналогию между мерами реагирования на изменение климата и выбором способа регулирования в иных сферах, которые канадские суды ранее признавали входящими в сферу полномочий иных ветвей власти, включая, например, выбор системы здравоохранения, регулирование оборота наркотических средств и прочие<sup>147</sup>.

#### 4. Заключение: вопросы для международных судов

В настоящей статье рассмотрены решения нидерландских судов по делам *Urgenda* и *RDS* в контексте решений судов иных юрисдикций по спорам со схожими исковыми требованиями. Показано, что суды, хотя и сходятся в необходимости индивидуальных действий каждого государства по смягчению антропогенного воздействия на климат, не обусловленных принятием мер в этой сфере другими государствами, по-разному отвечают на вопрос о пределах дискреции исполнительной и законодательной властей в части постановки климатических целей.

В отличие от внутригосударственных судов, Международный Суд, Международный трибунал по морскому праву и Межамериканский суд по правам человека в своих будущих консультативных заключениях будут оценивать содержание исключительно международно-правовых обязательств государств. Тем не менее сущностно им предстоит ответить на тот же вопрос, что и внутригосударственным судам: существует ли (в данном случае — международно-правовая) норма и (или) стандарт поведения, предполагающие обязанность государств действовать в сфере ограничения и сокращения выбросов парниковых газов более амбициозно, чем это предполагают положения Парижского соглашения и сформированные на настоящий момент ОНУВ. Так, позиция Комиссии малых островных государств состоит в том, что «объективную основу обязанностей государств [по защите морской среды от загрязнения парниковыми газами] составляет научный консенсус о [необходимости сдерживания роста температуры на] уровне не более 1,5°C»<sup>148</sup>. Ссылка на якобы существующий научный консенсус о необходимости сдерживания роста температур на уровне не более 1,5°C содержится и в запросе о вынесении консультативного заключения об обязанностях государств в связи с изменением климата, поданном в Межамериканский суд по правам человека Колумбией и Чили<sup>149</sup>. Об обязанности государств предпринимать все необходимые меры для неперевышения порога в 1,5°C утверждается и в заявлениях, находящихся в настоящее время на рассмотрении в ЕСПЧ<sup>150</sup>.

Представляется высоковероятным, что, как и внутригосударственные суды, международные судебные инстанции при ответе на этот вопрос будут прежде всего исходить из своего понимания остроты проблемы климатических изменений. В этой связи в выступлениях представителей Комиссии малых островных государств на публичных слушаниях по делу о консультативном заключении многократно использовались ссылки на надвигающуюся «катастрофу» (англ.: *catastrophe*), «разрушительные последствия» (англ.: *devastating impacts, devastating consequences*)

<sup>145</sup> Federal Constitutional Court of the Federative Republic of Germany. §164–165. См. также там же, §167.

<sup>146</sup> Англ.: *there are some questions that are so political that the Courts are incapable or unsuited to deal with them*. См. Federal Court of Canada. *La Rose v Her Majesty the Queen*. Order (27.10.2020) 2020 FC 1008. Para 40. В настоящее время дело находится на апелляции.

<sup>147</sup> Там же. Para 44.

<sup>148</sup> COSIS. Выступление Ютты Брюне (Jutta Brunnée) на публичных слушаниях в Международном трибунале по морскому праву по запросу Комиссии малых островных государств по изменению климата и международному праву о вынесении консультативного заключения (11 сентября 2023 года). URL: <https://www.itlos.org/en/main/cases/webcast/webcast-archives-case-no-31>, видео №5, 40:14 (дата обращения: 05.11.2023).

<sup>149</sup> Republic of Columbia and Republic of Chile. Request for an advisory opinion on the Climate Emergency and Human Rights submitted to the Inter-American Court of Human Rights by the Republic of Colombia and the Republic of Chile (9 January 2023). P. 8. URL: [https://www.corteidh.or.cr/docs/opiniones/soc\\_1\\_2023\\_en.pdf](https://www.corteidh.or.cr/docs/opiniones/soc_1_2023_en.pdf) (дата обращения: 05.11.2023).

<sup>150</sup> См., например, ECtHR. *Verein KlimaSeniorinnen Schweiz and Others v. Switzerland*. Application no. 53600/20. URL: [https://climatecasechart.com/wp-content/uploads/non-us-case-documents/2020/20201126\\_Application-no.-5360020\\_appliation-1.pdf](https://climatecasechart.com/wp-content/uploads/non-us-case-documents/2020/20201126_Application-no.-5360020_appliation-1.pdf) (дата обращения: 05.11.2023).

антропогенных выбросов парниковых газов и «шокирующую близость» (англ.: *shockingly close*) истощения углеродного бюджета<sup>151</sup>.

Как и в решениях внутригосударственных судов, центральное место в консультативных заключениях международных судебных инстанций неизбежно займут доклады МГЭИК: именно на них основываются как заявления истцов в разных юрисдикциях о серьезности климатической угрозы, так и вытекающие из них требования о понуждении ответчиков к повышению амбициозности целей по сокращению выбросов парниковых газов. При этом судам предстоит так или иначе ответить на вопрос о том, как соотносится «научный и дипломатический» консенсус<sup>152</sup> (выражаясь терминами брюссельского суда первой инстанции) относительно насущной необходимости принятия мер с очевидным отсутствием консенсуса практико-юридического, что выражается и в самой структуре Парижского соглашения (не предусматривающего, в отличие от Киотского протокола, обязательств по сокращению выбросов парниковых газов), и в констатируемой секретариатом РКИК ООН недостаточности поданных на настоящее время ОНУВ для достижения температурных целей Парижского соглашения.

В этой связи решения внутригосударственных судов обнажают различное понимание ими принципа предосторожности и его влияния на содержание обязанности проявлять надлежащее усердие. Показательна позиция Конституционного суда Германии, который полагает, что заложенная в докладах МГЭИК научная неопределенность означает наличие у государства дискреции при защите основных прав и что «пока государство не отказывается от цели достижения углеродной нейтральности в ближайшем будущем» и предпринимает для этого некоторые меры, предусматривающие, в том числе постоянное сокращение объема разрешенных выбросов, оно — по меньшей мере на сегодня — не допускает очевидного нарушения обязанности по обеспечению должного уровня защиты здоровья граждан<sup>153</sup>. Нидерландские суды и Апелляционный суд Брюсселя при этом исходят из того, что принцип предосторожности не позволяет ответчикам ссылаться на научную неопределенность докладов МГЭИК для обоснования свободы выбора мер по смягчению антропогенного воздействия на климат.

Международный Суд до сих пор избегал высказываний о содержании международно-правового принципа предосторожности и его применении к отношениям сторон споров<sup>154</sup>. При рассмотрении консультативных заключений о климатических обязательствах едва ли удастся оставить этот вопрос без внимания, если международные суды не сочтут, что определенность угрозы опасных изменений климата позволяет говорить о необходимости действий исходя из принципа предотвращения, а не принципа предосторожности.

Важным, вероятно, станет и поднимавшийся во внутригосударственных судах вопрос о возможности исполнения обязанностей в климатической сфере с помощью мер адаптации как (в некоторой степени) альтернативы мерам смягчения. Как показано выше, внутригосударственные суды приходят к разным выводам по этому вопросу. Если нидерландские суды отказались рассматривать их в контексте исполнения обязанности государства по защите от опасных изменений климата, Конституционный суд Германии счел, что меры по адаптации могут вносить вклад в защиту здоровья граждан, а потому и в исполнение обязанности обеспечивать такую защиту.

---

<sup>151</sup> COSIS. *Выступление Ютты Брюне...* 42:20; COSIS. *Выступление Кэтрин Амирфар (Catherine Amirfar) на публичных слушаниях в Международном трибунале по морскому праву по запросу Комиссии малых островных государств по изменению климата и международному праву о вынесении консультативного заключения (11 сентября 2023 года)*. URL: <https://www.itlos.org/en/main/cases/webcast/webcast-archives-case-no-31>, видео №6, 06:40, 16:21 (дата обращения: 05.11.2023).

<sup>152</sup> Строго говоря, даже существование «научного консенсуса» о необходимости преодоления того или иного температурного порога является по меньшей мере дискуссионным вопросом, поскольку наука лишь выясняет причины и последствия климатических изменений, а также возможные варианты реагирования на них; выбор же предпочтительного варианта реагирования, в том числе приемлемости того или уровня потепления и связанных с ним рисков, относится к вопросам климатической политики, но не климатической науки.

<sup>153</sup> Federal Constitutional Court of the Federative Republic of Germany. §167.

<sup>154</sup> См., например, особое мнение судьи Международного Суда А. А. Кансадо Триндаде в деле «Целлюлозные заводы на реке Уругвай», в котором он высказывает сожаление по поводу отказа суда применять этот принцип, на который ссылались обе стороны: *Pulp Mills on the River Uruguay (Argentina v. Uruguay)*. Judgment (20.04.2010). Separate opinion of Judge Cançado Trindade, §46. URL: <https://www.icj-cij.org/sites/default/files/case-related/135/135-20100420-JUD-01-04-EN.pdf> (дата обращения: 18.07.2023).

## DOMESTIC CLIMATE LITIGATION: DISCRETION OF STATES IN DEFINING EMISSION REDUCTION TARGETS

ROVNOV Y., KINZIKEYVA K.

Yury Rovnov — Senior Research Fellow, BRICS Competition Law and Policy Centre; Senior Lecturer, School of International Law, Faculty of Law, HSE University, Moscow, Russia (yrovnov@hse.ru). ORCID: 0000-0001-7376-7251.

Kamilla Kinzikeyeva — Research Assistant, International Justice Laboratory, School of International Law, Faculty of Law, HSE University, Moscow, Russia (kkinzikeyeva@hse.ru). ORCID: 0009-0005-9417-9551.

### Abstract

In 2022 and 2023, requests for advisory opinions were submitted to the International Tribunal for the Law of the Sea, the International Court of Justice and the Inter-American Court of Human Rights asking the judges to clarify the obligations of States under international law to protect the Earth's climate system from anthropogenic greenhouse gas (GHG) emissions. Behind the at times verbose phrasing of the requests hides a basic question: Does international law require States to take more ambitious climate action than what the Paris Agreement and the nationally determined contributions (NDCs) submitted thus far provide for? Several domestic courts have had a chance to answer a similar question under municipal law. Among them, the Dutch courts gained worldwide prominence for ordering the State of the Netherlands to reduce the country's total GHG emissions by the end of 2020 to at least 25% below the 1990 level and the country's then-largest corporation, Royal Dutch Shell, to cut its total CO<sub>2</sub> emissions across scopes 1 to 3 by the end of 2030 to at least 45% below the 2019 level. IPCC reports (in particular, AR4, AR5 and SR15) and estimates of required emission reductions contained therein have been central to both arguments put forward by claimants and the reasoning by the domestic courts across jurisdictions. However, while the courts agree on the urgency of the climate challenge, they differ in conclusions as to the States' ensuing legal obligations. The judgements of the Dutch courts which borrowed verbatim the reduction figures from the IPCC reports are rather an exception than the rule. This article reviews the different approaches to interpreting States' climate mitigation obligations by contrasting the reasoning of the Dutch courts with that of the other domestic courts which were faced with similar claims — in particular, the Constitutional Court of Germany, the Tribunal of First Instance of Brussels and the Court of Appeal of Brussels (Belgium), among others. Some thoughts are offered on the range of interpretive choices that international courts and tribunals are likely to face in the pending advisory proceedings in the light of this domestic litigation background.

### Keywords

climate change, IPCC, UNFCCC, Paris Agreement, GHG emission reduction, climate mitigation, due diligence

**Citation:** Rovnov Y., Kinzikeyeva K. Resheniya vnutrigosudarstvennykh sudov po iskam o ponuzhdenii k sokrascheniyu vybrosov parnikovyykh gazov: prostranstvo diskretnosti gosudarstv [Domestic Climate Litigation: Discretion of States in Defining Emission Reduction Targets]. *Zhurnal VSHÉ po mezhdunarodnomu pravu* (HSE University Journal of International Law). 2023. Vol. 1. No. 3. P. 36–56. (In Russian).

<https://doi.org/10.17323/jil.2023.17434>.

---

### References / Список источников

Arias P. A. et al (2021) Technical Summary in Masson-Delmotte V., Zhai P., Pirani A., Connors S. L., Péan C., Berger S., Caud N., Chen Y., Goldfarb L., Gomis M. I., Huang M., Leitzell K., Lonnoy E., Matthews J. B. R., Maycock T. K., Waterfield T., Yelekçi O., Yu R., Zhou B. (eds.) *Climate Change 2021: The Physical Science Basis. Contribution of Working Group I to the Sixth Assessment Report of the Intergovernmental Panel on Climate Change*. Cambridge, UK and New York, NY: Cambridge University Press, pp. 33–34.

Ermakova P. A. (2020) *Sudebnyye iski k pravitelstvam i chastnym kompaniyam stran Evropy o zaschite klimata v ramkakh Parizhskogo soglasheniya 2015 g. (Velikobritaniya, GERmaniya, Niderlandy, Frantsiya)* [Lawsuits Against Governments and Private Companies of European Countries Over Climate Protection Under the Paris Agreement 2015 (UK, Netherlands, Germany and France)]. *Vestnik Permskogo Universiteta. Yuridicheskiye Nauki*, no. 49, pp. 604–625. (In Russian).

Fisher B.S. (2007) Issues Related to Mitigation in the Long-Term Context in Metz B., Davidson O. R., Bosch P. R., Dave R., Meyer L. A. (eds.) *Climate Change 2007: Mitigation. Contribution of Working Group III to the Fourth Assessment Report of the Intergovernmental Panel on Climate Change*. Cambridge, UK and New York, NY: Cambridge University Press, ch. 3. Available at: [https://www.ipcc.ch/site/assets/uploads/2018/03/ar4\\_wg3\\_full\\_report-1.pdf](https://www.ipcc.ch/site/assets/uploads/2018/03/ar4_wg3_full_report-1.pdf).



Gupta S. et al. (2007) Policies, Instruments and Co-operative Arrangements in Metz B., Davidson O. R., Bosch P. R., Dave R., Meyer L. A. (eds). *Climate Change 2007: Mitigation. Contribution of Working Group III to the Fourth Assessment Report of the Intergovernmental Panel on Climate Change*. Cambridge, UK and New York, NY: Cambridge University Press. Available at: [https://www.ipcc.ch/site/assets/uploads/2018/03/ar4\\_wg3\\_full\\_report-1.pdf](https://www.ipcc.ch/site/assets/uploads/2018/03/ar4_wg3_full_report-1.pdf).

IPCC (2021) Summary for Policymakers in Masson-Delmotte V., Zhai P., Pirani A., Connors S. L., Péan C., Berger S., Caud N., Chen Y., Goldfarb L., Gomis M. I., Huang M., Leitzell K., Lonnoy E., Matthews J. B. R., Maycock T. K., Waterfield T., Yelekçi O., Yu R., Zhou B. (eds.) *Climate Change 2021: The Physical Science Basis. Contribution of Working Group I to the Sixth Assessment Report of the Intergovernmental Panel on Climate Change*. Cambridge, UK and New York, NY: Cambridge University Press. URL: [doi.org/10.1017/9781009157896.001](https://doi.org/10.1017/9781009157896.001).

Kilinski J. (2009) International Climate Change Liability: a Myth or a Reality? *Journal of Transnational Law & Policy*, vol. 18, p. 377–417.

Kuznetsov D. A. (2021) *Delo Urgenda: problema razdeleniya vlastei v kontekste implementatsii ekologicheskikh obyazatelstv gosudarstv (Chast I)* [The Urgenda Case: The Separation of Powers in the Implementation of Environmental Obligations of States (Part I)]. *Zhurnal Konstitutsionnogo Pravosudiya*, vol. 3, no. 81, pp. 33–38. (In Russian).

Kuznetsov D. A. (2021) *Delo Urgenda: problema razdeleniya vlastei v kontekste implementatsii ekologicheskikh obyazatelstv gosudarstv (Chast II)* [The Urgenda Case: The Separation of Powers in the Implementation of Environmental Obligations of States (Part II)]. *Zhurnal Konstitutsionnogo Pravosudiya*, vol. 4, no. 82, pp. 30–38. (In Russian).

Lin J. (2015) The First Successful Climate Negligence Case: a Comment on *Urgenda Foundation v The State of the Netherlands, Ministry of Infrastructure and the Environment*. *Climate Law*, vol. 5, p. 65.

Loth M. A. (2018) The Civil Court as a Risk Regulator: The Issue of Its Legitimacy. *European Journal of Risk Regulation*, vol. 9, p. 66–78.

Masson-Delmotte V., Zhai P., Pirani A., Connors S. L., Péan C., Berger S., Caud N., Chen Y., Goldfarb L., Gomis M. I., Huang M., Leitzell K., Lonnoy E., Matthews J. B. R., Maycock T. K., Waterfield T., Yelekçi O., Yu R., Zhou B. (eds.) (2018) *Global Warming of 1.5°C. An IPCC Special Report on the Impacts of Global Warming of 1.5°C Above Pre-Industrial Levels and Related Global Greenhouse Gas Emission Pathways, in the Context of Strengthening the Global Response to the Threat of Climate Change, Sustainable Development, and Efforts to Eradicate Poverty*. Cambridge, UK and New York, NY: Cambridge University Press. Available at: <https://doi.org/10.1017/9781009157940>.

Maxwell L., Mead S., van Berkel D. (2022) Standards for Adjudicating the Next Generation of Urgenda-Style Climate Cases. *Journal of Human Rights and the Environment*, vol. 13, no. 1, pp. 1–30.

Oppenheimer M. et al. (2019) Sea Level Rise and Implications for Low-Lying Islands, Coasts and Communities in Pörtner H.-O., Roberts D. C., Masson-Delmotte V., Zhai P., Tignor M., Poloczanska E., K. Mintenbeck K., Alegría A., Nicolai M., Okem A., Petzold J., Rama B., Weyer N. M. (eds.). *IPCC Special Report on the Ocean and Cryosphere in a Changing Climate*. Cambridge, UK and New York, NY: Cambridge University Press, ch. 4. Available at: <https://doi.org/10.1017/9781009157964.006>.

Roy S. (2019) Urgenda II and its Discontents. *Carbon & Climate Law Review*, vol. 13, no. 2, pp. 130–141.

Setzer J. and Higham C. (2022) *Global Trends in Climate Change Litigation: 2022 Snapshot*. Grantham Research Institute on Climate Change and the Environment and Centre for Climate Change Economics and Policy. London School of Economics and Political Science. Available at: <https://www.lse.ac.uk/granthaminstitute/wp-content/uploads/2022/08/Global-trends-in-climate-change-litigation-2022-snapshot.pdf>.

## INTERPRETATION OF “INVESTMENTS” AND “INVESTORS” IN THE RUSSIA-BELGIUM/LUXEMBOURG BIT: SEEKING WAYS TO RESOLVE THE CASE OF NSD

ILCHENKO A.A.

Alyona Ilchenko — Junior lawyer, Ivanyan&Partners, Moscow, Russia (alna.ilchenko.cp@gmail.com). ORCID: 0009-0009-3879-4065.

### Abstract

The paper addresses jurisdictional issues on the case of NSD initiating investment arbitration against Belgium/Luxembourg. Under the Russia-Belgium/Luxembourg BIT, the states undertake to prevent expropriation of investments and, if it does happen, to pay timely and fair compensation. Such “expropriation” may also occur due to sanctions. Being a Russian intermediate custodian for a number of foreign securities, the NSD has accounts with the centralized European securities *Euroclear/Clearstream* depositories. Since the inclusion of the NSD in the list of entities provided for in Annex I of EU Regulation no. 269/2014 in June 2022, transactions with the securities were suspended, NSD’s account with *Euroclear/Clearstream* was blocked. Because the NSD accounts with foreign securities depositories were blocked, it became impossible to transfer non-Russian securities from a securities account opened with the NSD to another Russian or foreign securities depository. One of the ways to challenge the consequences of *Euroclear/Clearstream* actions is to file a claim with the investment tribunal against Belgium/Luxembourg. The case has two potential solutions: mass claim from the end-investors or one single claim by the NSD as a “nominee holder” of the end-investors’ securities. The first option might seem time- and resource-costly, which is why a claim by the NSD might seem more attractive. Hence, using the interpretation instruments of public international law, the paper aims at assessing the perspectives of initiating investment arbitration proceedings by the NSD, thereby focusing on interpretation of the two central terms in the Russia-Belgium/Luxembourg BIT — “investor” and “investment”. The paper concludes that *prima facie* the investment tribunal would have jurisdiction over the case *rationae personae* nonetheless the “nominee holder” status of the NSD, as well as jurisdiction *ratione materiae*, where the blocked securities could constitute an “investment” in the sense of the BIT. Consequently, the paper defines the legal capacity of nominee holders to initiate arbitration. Since the issue has never been raised before, the paper draws an analogy with the case law on shell companies.

### Key words

investment arbitration, NSD, blocked assets, jurisdiction, BIT interpretation

**Citation:** Ilchenko A.A. Interpretation of “Investments” and “Investors” in the Russia-Belgium/Luxembourg BIT: Seeking Ways to Resolve the Case of NSD // Zhurnal VSHÉ po mezhdunarodnomu pravu (HSE University Journal of International Law). 2023. Vol. 1. № 3. P. 57–72.

<https://doi.org/10.17323/jil.2023.18791>

## 1. Restrictive measures against the NSD: defining the frame of the problem

Since 2022, sanctions have become a major issue in the field of international law. Mostly, sanctions are discussed in three respects: the legality of sanctions,<sup>1</sup> the process of delisting<sup>2</sup> and their impact on arbitration as a “victim” of sanctions.<sup>3</sup>

One of the most painful blows both to the state and its citizens was the suspension of services for the National Settlement Depository,<sup>4</sup> essentially depriving Russian and international investors of the ability to

<sup>1</sup> Hofer A. *The Developed/Developing Divide on Unilateral Coercive Measures: Legitimate Enforcement or Illegitimate Intervention?* // Oxford University Press. 2017. Vol. 175 № 16. P. 186–189. Ruys T., Ryngaert C. *Secondary Sanctions: A Weapon Out Of Control? The International Legality Of, And European Responses To, Us Secondary Sanctions* // The British Yearbook of International Law. 2020. 018. doi:10.1093/bybil/bra2a007. P. 9. Ruys T., Angelet N. *Immunity, inviolability and countermeasures a closer look at non-UN targeted sanctions* // Cambridge Handbook on Immunities and International Law. 2022. See generally, Aaken, van, A. *International Investment Law and Decentralized Targeted Sanctions: An Uneasy Relationship* // Columbia FDI Perspectives. 2015. № 164. Menkes M.J. *The Legality of US Investment Sanctions against Iran before the ICJ: A Watershed Moment for the Essential Security and Necessity Exceptions* // Annuaire canadien de droit international, 2019. P. 328.

<sup>2</sup> Niederberger A., Biersteker T. *UN Individual Sanctions Listing and Delisting Patterns and Their Interaction with Autonomous Measures: Considerations for Mediators* // Sanctions and Mediation Policy Memo Series: Policy Memo 3/3, New York : United Nations University. 2022. Eriksson M. *In Search of a Due Process – Listing and Delisting Practices of the European Union* // Department of Peace and Conflict Research Uppsala University. 2009. P. 8–52.

<sup>3</sup> Ahn T. *The Applicability of Economic Sanctions to the Merits in International Arbitration Proceedings: With a Focus on the Dynamics between Public International Law Principles, Private International Law Rules and International Arbitration Theories* // Pepperdine Dispute Resolution Journal. 2018. Vol. 18. P. 299–323.

<sup>4</sup> The NSD is a central settlement depository of Russia, constituted under the Federal Law № 414-FZ dated 7 December 2011 “On the Central Securities Depository” (hereinafter — CSD). The CSDs, initially, served as an instrument to replace the “paper certificates” circulated originally. These companies facilitated the “immobilization” of financial instruments and their centralized

manage their holdings with Moscow and SPB Exchange. This happened in March 2022 when Euroclear<sup>5</sup> stopped carrying out any instructions received from the NSD, followed by the Clearstream<sup>6</sup> blocking the NSD account a week later. It was a direct sequence of the forthcoming NSD inclusion in the list of designated persons under the EU Regulation no. 269/2014 on the 3 June 2022. The inclusion of the NSD in Annex I to the Regulation, coupled with Article 2(2) of the Regulation, implies it is no longer possible to instruct any transaction which may “result in any charge payable” to the NSD or any other funds or economic resources to or for the “benefit” of NSD,<sup>7</sup> directly or indirectly.

As a result of sanctions against the NSD, millions of investors,<sup>8</sup> who held the securities through the NSD<sup>9</sup> cannot dispose of those securities, cannot get return on their investments (e.g. dividends, trading margin or conversion of depositary receipts), and cannot transfer their investments to a different non-designated depository, since every single operation involves respective fees paid to the NSD, constituting the impermissible “charge payable to the benefit” of the NSD.<sup>10</sup> Consequently, the NSD cannot process depositary service fees,<sup>11</sup> which form the NSD’s own damages (distinct from the end-investors’ damages of the lost (or stuck) dividends and coupons, and the lost profit from intra-day trading and general volatility in stock prices, forcing the end-investors to miss the buy-and-sell moments). Additionally, Russian companies listed on the EU stock exchanges were deprived of the ability to pay dividends in Euros, which forced the Russian companies to issue “replacement securities” to replace the Eurobonds (or other securities) and make the payments in rubles (under Federal Law no. 292-FZ dated 14 July 2022). This caused additional expenses for the Russian issuers — and entailed losses of the Russian end-investors due to currency rate differences.

An additional risk for the blocked assets is the newly implemented Article 5a of the Regulation 269/2014, which allows to confiscate assets “in the public interest”,<sup>12</sup> and which is already discussed in Germany as a mechanism to confiscate the end-investors’ assets held by the NSD for the NSD own infringements.<sup>13</sup>

Presently, the investors have four ways to recover the access to their assets held through the NSD. The first option is for the NSD to obtain a general license, which became possible as an *ad hoc* resolution after the NSD has agreed to lift the fees chargeable for the transfers and provided that the end-investors

---

accounting. For instance, now the Russian CSD, represented by the NSD provides post-clearing settlements and thus interacts with clearing houses, makes cash transfers for Moscow Exchange (MOEX) trades, on-exchange or OTC trades, as well as transfers in connection with Bank of Russia's refinancing of credit institutions and Bank of Russia's open market operations.

<sup>5</sup> Euroclear Belgium is a Belgian CSD, which, first, settles and clears securities transactions executed on European exchanges (securities transactions, including bonds, shares, derivatives and investment funds; covers a wide range of international trading fixed and floating rate debt instruments, convertibles, warrants and equities), second, the Chamber also functions as a central securities depository, where it is the custodian of major financial institutions participating in European markets, third, processes orders for fixed-income securities and derivatives. Every payment of coupons on Eurobonds and dividends will eventually pass with participation of Euroclear. Euroclear Bank has links with CSDs in 45 major countries, the Russian ruble is already one of 54 settlement currencies in Euroclear Bank.

<sup>6</sup> Clearstream is a Luxembourgian CSD with similar functions: it settles domestic and cross-border securities transactions, including bonds, shares, derivatives and investment funds; covers a wide range of international trading fixed and floating rate debt instruments, convertibles, warrants and equities.

<sup>7</sup> Therefore, all activities that involve, directly or indirectly, paying a fee to the NSD or making funds or economic resources available to or for its benefit are prohibited. Under Article 2(2) of Council Regulation (EU) No 269/2014, activities may continue that are not otherwise subject to sanctions and where NSD does not receive or benefit from fees or other funds or economic resources as a direct or indirect consequence. Note that ‘funds’ and ‘economic resources’ are defined broadly in Council Regulation (EU) No 269/2014. For further explanations see the *FAQ of the EU on the CSDs*. URL: [https://finance.ec.europa.eu/system/files/2023-06/faqs-sanctions-russia-central-securities-depositories\\_en.pdf](https://finance.ec.europa.eu/system/files/2023-06/faqs-sanctions-russia-central-securities-depositories_en.pdf) (accessed at: 03.05.2023).

<sup>8</sup> Hereafter, the term investor and end-investor is used to denote an investor on stock markets, while “investor” (in quotation marks breaks) refers to the term in a treaty.

<sup>9</sup> See the structure of the end-investor – NSD – Euroclear/Clearstream further below. Bech M. L., Hancock J., Wadsworth A. Central securities depositories and securities settlement systems // *BIS Quarterly Review*. 2020. URL: [https://www.bis.org/publ/qtrpdf/r\\_qt2003y.htm](https://www.bis.org/publ/qtrpdf/r_qt2003y.htm) (accessed: 22.11.2023). Principles for financial market infrastructures // *BIS CPMI Paper* 2012. № 101. P. 92.

<sup>10</sup> The respective illegality was pronounced by the EU in FAQ, see Q 22. URL: [https://finance.ec.europa.eu/system/files/2023-06/faqs-sanctions-russia-central-securities-depositories\\_en.pdf](https://finance.ec.europa.eu/system/files/2023-06/faqs-sanctions-russia-central-securities-depositories_en.pdf) (accessed: 22.11.2023).

<sup>11</sup> Fee schedule see: URL: <https://www.nsd.ru/en/tariffs/>; *Fee Schedule for NSD's Withholding Agent Services* see: URL: [https://www.nsd.ru/upload/tariffs/en/tariffs\\_nalog\\_2021\\_10\\_01\\_en.pdf](https://www.nsd.ru/upload/tariffs/en/tariffs_nalog_2021_10_01_en.pdf) (accessed: 22.11.2023); URL: <https://www.nsd.ru/en/publications/news/operational-news/nsd-to-extend-marketing-period-for-its-depository-services-fees/> (accessed: 22.11.2023).

<sup>12</sup> Amendments of 18 December: “...deprive in the public interest a natural or legal person, entity or body listed in Annex I of funds or economic resources belonging to, owned by or controlled by such person, entity or body, provided that compensation paid for such deprivation of funds or economic resources is frozen.”

<sup>13</sup> *Genprokuratura Germanii reshila izyat rossijskie aktivy na €720 mln*. URL: <https://www.rbc.ru/politics/20/12/2023/6582af679a79475639d7863c> (accessed: 26.12.2023).

terminate all agreements with the NSD.<sup>14</sup> The second option is for investors to obtain a specific license with the administrative bodies in Belgium/Luxembourg.<sup>15</sup> These options are reserved to direct applications and do not represent a mass and universal solution, do not allow for indemnification, and require termination of relations with the NSD, meaning the NSD as a central settlement depository (hereinafter — CSD) of Russia stays inoperative. Currently, the third option has been pending since August 2022, where the NSD has filed a lawsuit with the General Court of the European Court of Justice (hereinafter — ECJ). On the surface, the third option seems an effective solution. However, the practice of challenging the designations is to the utmost unfavorable. The ECJ set out the basic principles in the early cases brought by the People’s Mojahedin of Iran (MEK) and Yassin Kadi: whether the Council, while giving designation, stated “adequate reasons” without them being “excessively vague” and whether the Council committed a “manifest error of assessment” in deciding whether the evidence is sufficient to justify the listing, coupled with an analysis of proportionality<sup>16</sup> of the measure. Precisely these arguments were brought by the NSD in the General Court pending case,<sup>17</sup> and precisely these arguments are consistently denied by the ECJ as grounds for an annulment. Finally, the licensing mechanism and challenges with the ECJ are solely aimed at obtaining an annulment on the listings, and do not allow for indemnification of the damages incurred.<sup>18</sup> The fourth alternative option would involve a mass claim in investment arbitration brought by the end-investors. This is even more appealing since arbitration provides for means of the losses compensating<sup>19</sup> which would be unavailable in the ECJ.<sup>20</sup> However, it sprouts huge organizational drawbacks in assembling the numerous claims and the controversial position that a special consent by the respondent is required in the event of a mass claim.<sup>21</sup>

Precisely these are the reasons why the present paper proposes a different option — to commence arbitration by the NSD as a nominee holder of the end-investors’ assets. In that sense, the paper suggests resolving the first and primary question: would the investment tribunal have jurisdiction over the NSD claim?

For the NSD, the damages could include the lost fees, where the transactions were stopped, depending on the statistical analysis of the usual fee income for the period, as well as adjusted for the expected amount of end-investors’ growth depending on the market sentiment (planned IPOs during the blocked period, expiration date of features, etc.). For the end-investors, the damages could be calculated within their investment strategy (assessed through their previous investment behavior, the predictability of the market; or assessed through their investment plan for the upcoming year in written), by calculating the lost profit (interest, dividends, asset value difference) from the missed transactions (buy-sell). The choice of the NSD as a claimant is also driven by the fact, that if the case of the NSD (an indirect holder of the investment rights) stands before arbitration, then the direct investors and investments in the sanctioning states would undeniably enjoy a similar, or even a higher degree of protection.

The prerequisite for the investor-State arbitration are the concepts of an “investment” and an “investor” which define applicability of the BIT to the case of NSD. The definition of an “investment” and “investor” thus sets ground for establishing the jurisdiction of the arbitral tribunal *rationae personae*, i.e. being an investor of a state party to the treaty is a necessary condition of eligibility to bring a claim, and jurisdiction

<sup>14</sup> Luxembourg (Clearstream) has issued a general license that permits unblocking assets of Russian investors held in the accounts of the Russian NSD (was valid from 20 December 2022 to 7 January 2023). According to the general license, after brokers and depositories of the investors withdraw their accounts from the NSD, they have to submit to the Luxembourg Ministry of Finance: first, written evidence of the termination of any agreements concluded with NSD within 10 days from its termination and no later than 5 business days beginning 7 January 2023; second, written evidence that the agreements concluded with NSD were concluded prior to 3 June 2022. General authorization pursuant to article 6b paragraph 5 of Council Regulation (EU) № 269/2014 of 17 March 2014 concerning restrictive measures in respect of actions that undermine or threaten the territorial integrity, sovereignty and independence of Ukraine, as amended. URL: <https://mfin.gouvernement.lu/dam-assets/dossiers/sanctions-financieres-internationales/documentation/general-authorization-ru-sanctions-269-2014-art6-para-5.pdf> (accessed at: 28.11.2023).

<sup>15</sup> Clarifications of the European Commission, issued on 12 August 2022.

<sup>16</sup> On the basis of Articles 16 and 17 of the EU Charter of Fundamental Rights.

<sup>17</sup> *NSD v Council*, Case T-494/22, action brought on 12 August 2022. URL: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/PDF/?uri=CELEX:62022TN0494> (accessed: 13.11.2023).

<sup>18</sup> Article 275 Treaty on the Functioning of the European Union does not confer any jurisdiction on the EU Courts to hear and determine any action for damages. For the application of the logic see, for instance, a claim for challenging the designation in Case C-134/19 P Bank Refah Kargaran v Council of the European Union.

<sup>19</sup> *BP Exploration Company v Libya*, Award on the Merits, 10 December 1973, (1979) 53 ILR 297, 353–354.

<sup>20</sup> See footnote 17.

<sup>21</sup> For instance, a tribunal has reasoned that silence of a treaty on mass claims as a “qualified silence” prohibits collective proceedings, is “contrary to the purpose of the BIT and to the spirit of [treaty].” *Theodoros Adamakopoulos v. Republic of Cyprus*, ICSID Case № ARB/15/49, Decision on Jurisdiction. 7 February 2020.

*rationae materiae* on the definition of an investment.<sup>22</sup> Hence, the present paper is reserved to the fundamental question of whether the NSD has procedural ability to commence arbitration against Luxembourg/Belgium,<sup>23</sup> by assessing the terms “investor” and “investment”.

Since the Vienna Convention on the Law of Treaties (hereinafter — VCLT) entered into force for Belgium and Luxembourg after the BIT in question (1992 and 2003, respectively vs. 1989), the VCLT could not be applied in an investment tribunal directly (Article 4 VCLT), but its norms still apply as a customary rule.<sup>24</sup> Consequently, the paper interprets the Russia-Luxembourg/Belgium BIT 1989 (hereinafter — BIT)<sup>25</sup> clause by clause using the interpretation methods provided by Articles 31 and 32 VCLT.

## 2. Interpretation of the term “investor” in the Russia-Luxembourg/Belgium BIT

### 2.1. The NSD as an “investor” under the ordinary meaning

According to Article 1(1.2) of the BIT, an investor is defined either as “any legal entity (a) established under Soviet, Belgian or Luxembourg law and having its registered office in the territory of [the USSR, Belgium, Luxembourg] which (b) may, in accordance with the laws of its country, make investments<sup>26</sup> in the territory of the other Contracting Party” (points added by the author), or “any natural person who, under [the domestic legislation] shall be deemed to be a national of [the USSR, Belgium, Luxembourg] respectively, and who may, under the law of his country, make investments in the territory of the other Contracting Party” (hereafter translation from Russian — the author). First, following the primary rule of interpretation<sup>27</sup> mandated by Article 31(1) VCLT,<sup>28</sup> this section analyzes the term “investor” based on its ordinary meaning of the terms included in the definition. Second, the section expands the analysis to the object and purpose interpretation of the term “investor”.

#### 2.1.1. “[E]stablished under Soviet, Belgian or Luxembourg law and having its registered office in the territory of [the USSR, Belgium, Luxembourg] respectively”

The first part of Article 1(1.2) of the BIT sets out a nationality requirement for qualifying as an investor. The NSD is a company established under the laws of the Russian Federation by the Order

<sup>22</sup> Amado J., Kern J., Doe Rodriguez M. *Jurisdiction Ratione Personae: The Foreign Investor / Arbitrating the Conduct of International Investors*. Cambridge : Cambridge University Press, 2018. P. 118.

<sup>23</sup> The choice of Luxembourg/Belgium as host states is driven by the fact that these are the states of Euroclear/Clearstream registration. Respectfully, end-investors make investments on their territory since these entities form the taxable base for Belgium/Luxembourg. Illustratively, Euroclear during the 9 month “freezing” period has gained €3 billion, paying Belgium €740mn in taxes. See information on taxes on: <https://www.ft.com/content/88ff88c4-6efe-40b7-b635-80eb6bd73c2c> (accessed: 29.12.2023).

<sup>24</sup> See, for instance, reasoning in *Saluka Investments B.V. v. The Czech Republic*, under UNCITRAL Rules, Partial Award 17 March 2006, § 5.4.1: “...this does not preclude interpretation of the treaty based on the general principles laid down in Article 31 *et seq* of the VCLT since these essentially codify customary international law and correspond to the practice of the Federal Tribunal (BGE 122 II 234 para 4c with references). In accordance with Article 31(1) VCLT, a treaty must be interpreted in good faith in accordance with the ordinary meaning to be given to the terms of the treaty in their context and in the light of its object and purpose. According to the relevant federal jurisprudence, the interpretation of an international treaty must primarily start from the text of the treaty as understood by the contracting parties with the view to the purpose of the treaty based on the principle of good faith. If the meaning of the text, as it arises from common language usage as well as the object and purpose of the treaty, does not appear to be manifestly absurd, an interpretation that goes beyond the wording – whether expanding or restricting it – is only possible if, based on the context or the circumstances of the treaty’s conclusion, it can be concluded with certainty that the contracting States had jointly intended to deviate from the wording (BGE 127 III 461 para 3; 125 V 503 para 4b; 124 III 382 para 6c p 394, all with references).”

<sup>25</sup> *Accord entre les Gouvernements du Royaume de Belgique et du Grand duché de Luxembourg et le Gouvernement de l'Union des républiques socialistes soviétiques, concernant l'encouragement et la protection réciproque des investissements*. Signed on 09.02.1989, entered into force 18.08.1991. URL: <https://investmentpolicy.unctad.org/international-investment-agreements/treaties/bit/3645/belgium-luxembourg---russian-federation-bit-1989-> (accessed: 20.11.2023).

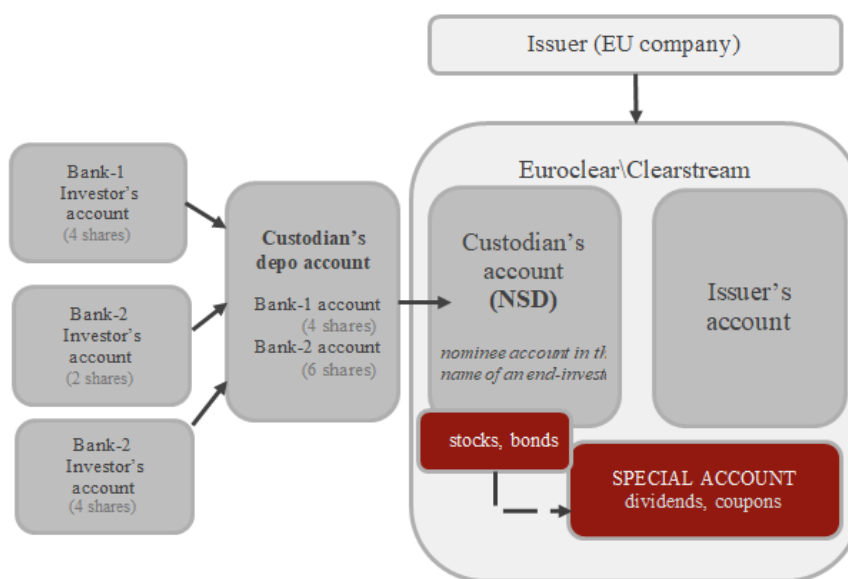
<sup>26</sup> From Russian “капиталовложения”.

<sup>27</sup> The ILC Commission unanimously included these words had to be a “starting point of interpretation”: “logic indicates” that “the ordinary meaning to be given to the terms of the treaty in their context and in the light of its object and purpose” should be the first element to be mentioned. See *Draft Articles VCLT 1966*. Yearbook of the International Law Commission, 1966, Vol. II. P. 220.

<sup>28</sup> In accordance with Article 31(1) of the Vienna Convention on the Law of Treaties, “a treaty must be interpreted in good faith in accordance with the ordinary meaning to be given to the terms of the treaty in their context and in the light of its object and purpose.” Vienna Convention on the Law of Treaties, 23 May 1969, 1155 U.N.T.S. 331 (hereinafter — VCLT).

no. 12-2761/PZ-I dated 6 November 2012, with a registered office in Moscow, Russia.<sup>29</sup> On its face, it seems the NSD would have the status of an “investor” in the terms of Article 1(1.2). Here, the primary concern however would be that the tribunal may be inclined to limit the scope of Article 1 so as to exclude nominee holders, and apply the second part of Article 1(1.2) to the end-investors, which names “any natural person” as an appropriate “investor” in the sense of the BIT. The reason for such limitation is that the plain language of Article 1(1.2), expressing the nationality requirement and the “ability to make investments,” does not include legal entities which do not make these investments themselves. Recently, investment tribunals have been using an effective nationality test to determine protection, resulting in trustees being denied BIT protection, which is instead limited to the beneficiaries.<sup>30</sup> Simultaneously, the International Law Commission, when drafting the VCLT, explained that if a treaty “is open to two interpretations one of which does and the other does not enable the treaty to have appropriate effects” good faith and the objects and purposes of the treaty demand that “the former interpretation should be adopted”.<sup>31</sup>

This logic, seemingly, may lead an investment tribunal to deny protection to a nominee holder which is, precisely, the status of the NSD in the end-investors-Euroclear/Clearstream relations. To briefly explain the NSD nominee status, being a CSD, Euroclear/Clearstream maintain “omnibus” accounts of the end-investors, where the issuers open similar accounts to issue the securities. The same does the NSD which consolidates and maintains securities of the end-investors on its account held through banks or brokers. Where the issuer and the investor belong to different legal systems, the end-investors have no “direct” access to the issuer.<sup>32</sup> The CSDs thus establish “bridges” among themselves<sup>33</sup> and act as nominee holders of the securities on foreign markets in the name of the end-investors,<sup>34</sup> collect their customers’ holdings in a common securities account in Euroclear/Clearstream system, called a nominee account.<sup>35</sup> Currently, the profits from their holdings are transferred to non-trading special accounts.



Scheme 1. Frozen asset holding structure.

<sup>29</sup> EGRUL website. URL: <https://egrul.nalog.ru/index.html> (accessed 19.11.2023).

<sup>30</sup> *Blue Bank International & Trust (Barbados) Ltd. v. Bolivarian Republic of Venezuela*, ICSID Case № ARB/12/20, Final Award, 26 April 2017. For an opposing award see: *Leopoldo Castillo Bozo v. Panama*, Caso CPA № 2019-40, Award (8 November 2022).

<sup>31</sup> Draft Articles VCLT 1966 // Yearbook of the International Law Commission, 1966, Vol. II. P. 220. P. 219.

<sup>32</sup> Unless under the domestic law, the end-investor has access to foreign stock-exchange markets directly through foreign brokers.

<sup>33</sup> See the list of the established bridges by the NSD. URL: <https://www.nsd.ru/services/depozitariy/operatsii-s-tsennymi-bumagami/vnebirzhevye-raschety/mesta-raschetov-po-tsennym-bumagam/> (accessed at: 03.05.2023).

<sup>34</sup> *Principles for financial market infrastructures* // BIS CPMI Paper 2012. № 101. See the list of the established bridges by the NSD. URL: <https://www.nsd.ru/services/depozitariy/operatsii-s-tsennymi-bumagami/vnebirzhevye-raschety/mesta-raschetov-po-tsennym-bumagam/> (accessed at: 03.05.2023).

<sup>35</sup> *Euroclear Sweden, Answers to questions from private individuals*. URL: <https://www.euroclear.com/sweden/en/banker/bankkontor.html> (accessed: 26.12.2023).

Hence, the question stands, can the NSD, given his “nominee holder” status, act as an “investor”, and the blocked securities, bonds, dividends and coupons constitute an “investment” under the Russia-Belgium/Luxembourg BIT.

An illustrative example would be the Lithuania-Ukraine BIT in the *Tokios Tokelés v. Ukraine* case.<sup>36</sup> The tribunal analyzed a BIT provision with a word-to-word similar wording to the present case<sup>37</sup> and held that unless the BIT provides otherwise it is not for the tribunals to impose limits on the scope of BITs not found in the text:

According to the ordinary meaning of the terms of the Treaty, the Claimant is an ‘investor’ of Lithuania if it is a thing of real legal existence that was founded on a secure basis in the territory of Lithuania in conformity with its laws and regulations. The Treaty contains no additional requirements for an entity to qualify as an ‘investor’ of Lithuania.<sup>38</sup>

Even though the tribunal faced a question of piercing the corporate veil,<sup>39</sup> the *Tokios Tokelés v. Ukraine* case arose out of a dispute between a state and a first-level shareholder, which has some margin of independence and its own legal tools of control over the investment. For instance, when the company shareholders are balanced with the company board of directors, which precludes the company from losing its own legal “personality”).

In contrast to the *Tokios Tokelés v. Ukraine*, the object of the present paper is the NSD — a nominee holder without any rights for the proposed “investments” which conceivably may not enjoy the rights granted to the end-investors, whose capital flow increases the economy of the host state.<sup>40</sup> For this very reason a perfect analogy for the NSD as a nominee holder would be to compare the NSD to a shell company, since both a nominee holder of securities (the NSD) and a nominee holder of shares (a shell company) have no interest of their own, neither they benefit from an investment themselves, nor they are under a total control of their beneficiaries (or end-investors).<sup>41</sup> As for the last element, “control” is often interpreted broadly so as to include any type of control, such as by providing “access to supplies, access to markets, access to capital, know-how and authoritative reputation”.<sup>42</sup> The rights to stocks (and other blocked financial instruments) belong solely to the end-investors and the NSD merely exercises the instructions (or orders) of the end-investors. Therefore, with regard to the blocked assets the NSD is under the “control” of its end-investors in the language of the investment treaty, which allows driving a comparison with the shell companies bringing cases to investment arbitration.

An objection that the “investor” is a controlled shell company was raised in the *Saluka v. The Czech Republic*.<sup>43</sup> The case arose out of the acquisition of the Czech state-owned bank IPB by Saluka Investments BV, a Dutch Company. Czech Republic, as the host state, argued that “Saluka is a mere shell used by Nomura [an English company] for its own purposes”<sup>44</sup> and has “no interest in the IPB shares”, eventually making Saluka fail to meet the definition of an investor under the BIT.<sup>45</sup> The tribunal denied the Czech argument, stating that to exclude a company meeting formal requirements of incorporation under the BIT the parties to the BIT need to “exclude wholly-owned subsidiaries”<sup>46</sup> explicitly

<sup>36</sup> *Tokios Tokelés v. Ukraine*, Case № ARB/02/18, 29 April 2004.

<sup>37</sup> “Any entity established in the territory of the Republic of Lithuania in conformity with its laws and regulations.”

<sup>38</sup> *Ibid.* §28.

<sup>39</sup> I.e. looking beyond the company as a legal person down the chain of its beneficiaries: “piercing” or “lifting” the corporate veil in the Anglo-American tradition, *durchgriffshaftung* in the German tradition, “abuse of law,” fraud (*fraude la loi*), simulation and fictitiousness (*fictivite*) in the French tradition. See more in Vandekerckhove K. *Piercing The Corporate Veil // European Company Law*. Vol. 4. № 5. P. 191–200; see also Ventoruzzo M. et al. *Comparative Corporate Law: Look no Further*. West Academic Press, 2015. P. 151.

<sup>40</sup> Notably, (i) substantial commitment; and (ii) significance for the host state’s development can be set as the criteria for establishing an investment under the ICSID Convention. See *Salini Costruttori S.p.A. and Italstrade S.p.A. v. Jordan*, Award, ICSID Case No ARB/02/13, IIC 208 (2006), 31 January 2006, ICSID.

<sup>41</sup> Nougayrede D. *After the Panama Papers: A Private Law Critique of Shell Companies*, 52 INT’L L. 327 (2020). See also *Eurofood IFSC*, 2006 E.C.R. 1-3813.

<sup>42</sup> *International Thunderbird Gaming Corporation v. United Mexican States*, Award, 26 January 2006. §180. The tribunal gave interpretation to what constituted “control” under the NAFTA Agreement.

<sup>43</sup> *Saluka Investments B.V. v. The Czech Republic*, under UNCITRAL Rules, Partial Award 17 March 2006.

<sup>44</sup> *Ibid.* §42.

<sup>45</sup> *Ibid.* §227.

<sup>46</sup> *Ibid.* §229. “In dealing with the consequences of that way of acting, the Tribunal must always bear in mind the terms of the Treaty under which it operates. Those terms expressly give a legal person constituted under the laws of The Netherlands — such as, in this case, Saluka — the right to invoke the protection of the Treaty. To depart from that conclusion requires clear language in the Treaty, but there is none. The parties to the Treaty could have included in their agreed definition of “investor” some words which would have served, for example, to exclude wholly-owned subsidiaries of companies constituted under the

from the BIT which was not the case in *Saluka*. For instance, such an exclusion was included in the US-Ukraine BIT<sup>47</sup> where the parties excluded companies which had “no substantial business activities in the [host] territory”.

For a long time, the tribunals have upheld the practice of protecting the claims of “shell” investors: in *ADC v. Hungary*,<sup>48</sup> *Mobil v. Venezuela*,<sup>49</sup> and *Aguas del Tunari v. Bolivia*.<sup>50</sup> This created a robust body of investment case law forwarding the shell companies and promoting treaty shopping where the beneficiary investors did not belong to a BIT party.<sup>51</sup> The reason is that the tribunals have adopted a literal understanding of the nationality requirement, consistently explaining that it would be “tantamount to set aside the clear language agreed upon by the treaty Parties”<sup>52</sup> and “to substitute [their] views of the definition of the term ‘investor’ to that of the Contracting Parties to a BIT”.<sup>53</sup> This led the practice to reject arguments that “economic reality should prevail over formal legal structure when it comes to the interpretation of [the BIT]”.<sup>54</sup> Even in the *CME v. Czech Republic* and *Lauder v. Czech Republic*, where two parallel proceedings of the same claims were initiated by a beneficiary and a direct shareholder, the tribunals rejected jurisdictional objections of the Czech Republic on the abuse of process by the investors.<sup>55</sup>

This approach, while optimistic for the NSD, is actually rather positivistic and cannot suffice the continuously evolving practice of economic considerations. Even the ICJ in the *Barcelona Traction* concluded that “the veil is lifted... to prevent the misuse of the privileges of legal personality, as in certain of... malfeasance... or to prevent the evasion of legal requirements or of obligations”.<sup>56</sup> In the same vein, Russia has fairly argued in the *Yukos* case that a company cannot be allowed protection if it was created “for no discernable *bona fide* purpose”.<sup>57</sup> The latter argument was not accepted by the PCA in *Yukos*, but let one imagine the practice taking a turn to strengthen the application of the nationality requirement. The potential widened perspective on the problem is realistically close. For instance in the *Pac Rim* the tribunal distinguished between geographical business activities and nationality of the investor, concluding that the company was “akin to a shell company with no geographical location for its nominal, passive, limited and insubstantial activities”.<sup>58</sup> This paragraph does not reflect the term “investor” as analyzed through a shell-structure<sup>59</sup> (but rather application of the CAFTA denial of benefits clause), however shows possibilities of the practice extension, and probable risks to nominees.

For the NSD, it means two potential tests. If the NSD was considered akin to a shell company, the tribunal would rule in favor of the NSD as an issue of the positivistic approach (one-tier test). However, the test could be hardened by the economic and good faith criteria (three-tier test), if we were to adopt the failed arguments of the host states in previous practice. On the one hand, the investor’s bad faith stems from treaty-shopping.<sup>60</sup> Since both the NSD and the end-investors belong to Russia, it is difficult to imagine the NSD acting in bad faith in this regard. Rather conversely, the sole reason for the NSD to

---

laws of third States, but they did not do so. The parties having agreed that any legal person constituted under their laws is entitled to invoke the protection of the Treaty, and having so agreed without reference to any question of their relationship to some other third State corporation, it is beyond the powers of this Tribunal to import into the definition of “investor” some requirement relating to such a relationship having the effect of excluding from the Treaty’s protection a company which the language agreed by the parties included within it.”

<sup>47</sup> Article 1(2).

<sup>48</sup> *DC Affiliate Ltd. et al. v. Republic of Hungary*, ICSID Case № ARB/03/16, Award of the Tribunal, 1 334-35, 2 October 2006.

<sup>49</sup> *Mobil Corp. et al. v. Bolivarian Republic of Venezuela*, ICSID Case № ARB/07/27, Decision on Jurisdiction, 10 June 2010.

<sup>50</sup> *Aguas del Tunari, S.A. v. Republic of Bolivia*, ICSID Case № ARB/02/3, Decisions on Respondent’s Objections to Jurisdiction, T 154, 21 October, 2005.

<sup>51</sup> See Burgstaller M. *Nationality of Corporate Investors and International Claims Against the Investor’s Own State* // 7 J. World Investment & Trade 857. 2006.

<sup>52</sup> *Rompetrol*, §85.

<sup>53</sup> *Rumeli Telekom A.S. et al. v. Republic of Kazakhstan*, ICSID Case № ARB/05/16, Award, 190, 29 July 2008.

<sup>54</sup> *Rompetrol*, §85.

<sup>55</sup> *CME Czech Republic BV v Czech Republic*, Final award, March 2003, Ad Hoc Tribunal (UNCITRAL). *Lauder v. Czech Republic*, Award, 3 Sept 2001, Ad Hoc Tribunal (UNCITRAL).

<sup>56</sup> *Barcelona Traction, Light and Power Co. Ltd. (Belgium. v. Spain)*, 1970 I.C.J., Reports 3, §58.

<sup>57</sup> *Yukos Universal Ltd. (Isle of Man) v. Russian Federation*, (Permanent Court of Arbitration 2009), §71(44), 407.

<sup>58</sup> *Pac Rim Cayman LLC v. Republic of El Salvador*, ICSID Case № ARB/09/12, §4.75.

<sup>59</sup> The investor-company was relocated, however maintained its business in a different jurisdiction, which triggered application of the denial of benefits clause to Chapter 10 CAFTA.

<sup>60</sup> For instance, see *Cementownia NowaHuta S.A.*, ICSID Case № ARB(AF)/06/2, Award: the tribunal found that Cementownia’s claim was “manifestly ill-founded,” Cementownia “intentionally and in bad faith abused the arbitration [because] it purported to be an investor when it knew that this was not the case.”



initiate a case instead of the end-investors is to facilitate thousands of investors to have a consolidated case led by a massive entity. This would have positive economic implications for the end-investors, since investment arbitration is one of the priciest ways to resolve a dispute (where the fees may go as high as USD 1 million<sup>61</sup>). Thus, for a regular investor, investment arbitration might not be a favorable approach to seek compensation from the blocked assets, unless the investors join in a class claim.<sup>62</sup> A class claim, however, would cause substantial losses in order to assemble the end-investors around Russia and harmonize a legal position around them.

Moreover, the investors themselves do not lose an autonomous right to initiate their own investment arbitration, as will be discussed below. They would be entitled to recover their own damages in a separate proceeding or claim for consolidation of proceedings. Even though there is no define procedure for consolidation except for the ICSID cases where one center administers the case,<sup>63</sup> consolidation is exercised in practice, as was done in the *EDF International S.A., SAUR International S.A., and León Participaciones Argentinas S.A. v Argentine Republic* (where the investors asserted their rights under different BITs) and *Suez, Sociedad General de Aguas de Barcelona S.A., and InterAguas Servicios Integrales del Agua* (where the claims were based on a single BIT).

Therefore, in terms of good faith and economic considerations the NSD seems an appropriate claimant for the investment arbitration case, and it is able to pass both one-tier and three-tier tests for establishing its “investor” status.

### 2.1.2. “[W]hich may, in accordance with the laws of its country, make investments in the territory of the other Contracting Party”

In 2007 Euroclear and the NSD signed a Memorandum of Understanding<sup>64</sup> laying out the foundation for launching a legal link between the institutions. In 2014, Euroclear Bank in Belgium and NSD in Russia established a “bridge” to provide cross-border services for Russian domestic securities.<sup>65</sup> This led Belgium to recognize the NSD as Russia’s central securities depository and allowed it to open a “foreign nominee account” with the Euroclear Bank to develop a direct link between them.<sup>66</sup> Furthermore, NSD provides cross-border services with respect to securities under Russian domestic legislation: under the Federal Law no. 414-FZ dated 7 December 2011 “On the Central Securities Depository”.

Therefore, the NSD meets the formal requirements of the BIT, if interpreted in accordance with the BIT ordinary meaning. Indeed, the NSD is entitled by the domestic legislation of both states to act as a CSD. However, the function is purely intermediary, meaning that in accordance with the ordinary meaning of the phrase, the NSD would not qualify as a legal entity “mak[ing] investments in the territory of the other Contracting Party,” since the economic contribution originates in the end-investor’s funds.

Accordingly, to establish whether these considerations preclude the NSD from having a standing, the interpretation needs to expand to the object and purpose of the treaty.

---

<sup>61</sup> The costs of arbitration include (1) arbitrator fees and institutional administrative expenses, (2) legal fees and expenses, (3) expert costs and (4) hearing and witness costs. Illustratively, the ICSID, the Schedule of Fees (the latest of which dates from 1 January 2019) provides that only the arbitrators are entitled to receive a fee of USD 3,000 per day, making an average of USD 875,907 fee per case. At the same time, arbitration costs are under 10% of the total arbitral costs, meaning that in reality the costs would reach much higher levels. See the study of Kirtley W. *How To Reduce the Overall Costs of Investment Treaty Arbitration* // Aceris Law LLC. 2022. URL: <https://www.acerislaw.com/how-to-reduce-the-overall-cost-of-investment-treaty-arbitration-to-less-than-usd-1-million/> (accessed: 23.11.2023). See also *Arbitrating Small Value Claims in Investment Arbitration*. URL: <https://www.ibanet.org/document?id=Arbitrating-Small-Value-Claims-in-Investment-Arbitration-2022> (accessed: 23.11.2023).

<sup>62</sup> The present paper does not assess the perspectives of mass claims in investment arbitration, since the topic is comprehensive enough for a separate study. More on the perspectives of a class claim in investment arbitration see in Strong S.I. *Class, Mass, and Collective Arbitration in National and International Law*. New York, NY, USA : Oxford University Press, 2013; McCarl R. *ICSID Jurisdiction over International Mass Investment Arbitrations: Due Process and Default Rules* // *Stanford Journal of International Law*. 2015. P. 173–194.

<sup>63</sup> ICSID Arbitration Rule 46(2).

<sup>64</sup> A non-binding agreement establishing opportunities for cooperation.

<sup>65</sup> *Euroclear Bank and NSD launch cross-border services for Russian corporate and municipal bonds*. URL: [https://www.finyear.com/Euroclear-Bank-and-NSD-launch-cross-border-services-for-Russian-corporate-and-municipal-bonds\\_a28291.html](https://www.finyear.com/Euroclear-Bank-and-NSD-launch-cross-border-services-for-Russian-corporate-and-municipal-bonds_a28291.html) (accessed: 23.11.2023).

<sup>66</sup> *Euroclear/NSD link offers cross-border opportunities in Russia*. URL: <https://www.thetradenews.com/euroclear-nsd-link-offers-cross-border-opportunities-in-russia/> (accessed: 23.11.2023).

## 2.2. “Investor” as an entity which “may make investments” through the object and purpose of the BIT

The “object and purpose” of the Russia-Belgium/Luxembourg BIT is the second step of interpretation under Article 31(1) VCLT.<sup>67</sup>

As was handsomely noted by a tribunal in *Aguas de Tunari v. Bolivia*, the purpose of an investment treaty is to serve as “portals through which investments are structured, organised, and, most importantly, encouraged through the availability of a neutral forum”.<sup>68</sup> As A. Broches once noted, the purpose of the control test in the investment treaties is to expand the jurisdiction and thus promote investment.<sup>69</sup> In the same vein, the preamble to the Russia-Belgium/Luxembourg BIT states that its aim is “to create favorable conditions for investors... taking into account the positive effect that [the BIT] may have in improving business contacts and building confidence in the field of investment”.

Establishment of a “bridge” between the NSD and Euroclear/Clearstream was the first step to build business contacts between the CSDs, which can only become attractive for the CSDs and the end-investors provided they get adequate protection of their assets located abroad. The concern outlined in paragraph 2.1(b) related to the situation where the NSD, whose functions are purely intermediary, does not make its own financial contribution and thus cannot be treated as an “investor” under the ordinary meaning of the term.

That is precisely why in 1998 the tribunals recognized a notion of a “*de facto* investor”. In *Sedelmayer v. Russia*,<sup>70</sup> the Tribunal allowed protection of a beneficiary from a third state (Mr. Sedelmayer, a German national) under the German-Russia BIT (with a similar wording) through an investment of an intermediary incorporated in the USA. This approach was further adopted and shows that the tribunals might not stick to logic where the claimant has to make a direct financial contribution (*Enron v Argentina*,<sup>71</sup> *CMS v Argentina*,<sup>72</sup> *CME v Czech Republic*,<sup>73</sup> *Gas Natural v Argentina*,<sup>74</sup> and *Maffezini v Spain*<sup>75</sup>).

Therefore, the second part of Article 1(1.2) of the Russia-Belgium/Luxembourg BIT, setting down the requirement of the investor to be able “to make investments under the laws of the sending state”, does not preclude establishing the jurisdiction *ratione personae* over the NSD claim.

## 2.3. A case initiated by the end-investors: an alternative or a risk of losing the claimant's right of the NSD?

Even though the case practice of parallel proceedings is fairly liberal, and the tribunals tend to find jurisdiction nonetheless the arguments on the abuse of rights,<sup>76</sup> the risk of the tribunals turning the practice around the “most appropriate” claimant cannot be completely excluded. This section briefly touches upon the right of the end-investors to initiate investment arbitration bypassing the nominee holder

<sup>67</sup> *Competence of the ILO to Regulate Agricultural Labour*. P.C.I.J. (1922). Series B. № 2–3. P. 2:

In considering the question before the Court upon the language of the Treaty, it is obvious that the Treaty must be read as a whole, and that its meaning is not to be determined merely upon particular phrases which, if detached from the context, may be interpreted in more than one sense.

*Interpretation of Peace Treaties Advisory Opinion*. I.C.J. Reports 1950. P. 229.

The principle of interpretation expressed in the maxim: *ut res magis valeat quam pereat*, often referred to as the rule of effectiveness, cannot justify the Court in attributing to the provisions for the settlement of disputes in the Peace Treaties a meaning which... would be contrary to their letter and spirit.

<sup>68</sup> *Aguas de Tunari v. Bolivia*, ICSID case № ARB/02/03, Decision on Jurisdiction, 21 October 2005. §332. Luxemburg/Belgium-Russian BIT BIT in its preamble similarly provides for “creating favourable conditions for investors” and “improving business contacts and building confidence in the field of investment.”

<sup>69</sup> Broches A. *The convention on the settlement of investment disputes between states and nationals of other states* // Selected Essays. Brill Nijhoff, 1995. P. 358–359, 361.

<sup>70</sup> *Franz Sedelmayer v. The Russian Federation*, SCC Award, 7 July 1998.

<sup>71</sup> *Enron Creditors Recovery Corporation and Ponderosa Assets, L.P. v. Argentine Republic*, ICSID Case № ARB/01/03, Award, 22 May 2007.

<sup>72</sup> *CMS Gas Transmission Company v Republic of Argentina*, ICSID Case № ARB/OJ/S, Decision on Objections to Jurisdiction, 17 July 2003.

<sup>73</sup> *CME Czech Republic B.V. (The Netherlands) vs. Czech Republic*, Partial Award, 3 September 2001.

<sup>74</sup> *Gas Natural v Argentina*, ICSID Case № ARB/03/10, Decision on Jurisdiction, 17 June 2005.

<sup>75</sup> *Emilio Agustín Maffezini v. The Kingdom of Spain*, ICSID Case № ARB/97/7, Award, 13 November 2000.

<sup>76</sup> *IBM v Ecuador*, Award, 22 December 2003. *Sempra v Argentina*, Award, 11 May 2005. *Desert Line Products v Yemen*, Award, 6 February 2008. *CME Czech Republic B.V. (The Netherlands) vs. Czech Republic*, Partial Award, 3 September 2001. For instance, In *Eureko v Poland*, the tribunal allowed an investor’s claim to proceed under the treaty in spite of an exclusive jurisdiction clause, stating that the investor “advances claims for breach of Treaty... [and] every one of those claims must be heard and judged by this Tribunal.” See *Eureko v Poland*, Award, 19 August 2005. §113.

of their rights, the NSD. If the BIT does not allow beneficiary's actions,<sup>77</sup> then the NSD would have a stronger jurisdictional claim, since the NSD would be the only available and appropriate claimant and otherwise, the blocked assets would lose any available protection in investment treaty arbitration.

### 2.3.1. Ordinary meaning of the term “investor” in the context of the end-investors rights to initiate investment arbitration

Even though the practice tends not to limit the scope of interpretation of the term “investor” (as explained above in sub-section 2.1.1), the scope of interpretation cannot be unjustly expanded.

For instance, an illustrative example would be the *Fedax NV. v. Venezuela*<sup>78</sup> case. The case concerned promissory notes, initially acknowledging a debt owed to a Venezuelan company, but then assigned to Fedax by way of endorsement. The tribunal concluded that the Venezuelan company was excluded from the host state-investor relationship and has lost its claiming rights. Nonetheless it was the transaction of the Venezuelan company that constituted an investment. The case reflects the NSD situation perfectly as it considers the source of investment not as relevant as the controlling rights and rights of disposal, which the NSD, effectively, lacks.

While the alignment of the NSD case with the shell companies looks more convincing, every kind of risk shall be taken in the account throughout the analysis. The present situation may be similarly qualified as not accepting the NSD participation in the transaction, since the transactions (stock purchases) are made exclusively by the end-investors. For instance, in the case of *Gas Natural SDG S.A. v. Argentina* the tribunal analyzed a provision from the Argentina-Spain BIT, fairly similar to the present BIT (no additional requirements except for a change in wording<sup>79</sup>). While Argentina maintained that the claimant did not qualify as an “investor” given he was an indirect shareholder of the Gas Natural (i.e. he was a beneficiary in a long chain of companies), the tribunal has found that the wording of Article 1(1) of the Argentina-Spain BIT does not allow interpretation in the vein of excluding indirect investors from its scope of application.<sup>80</sup>

Even though the language of provisions of the Argentina-Spain BIT and Russia-Belgium/Luxembourg BIT are comparable, the *Gas Natural* reasoning would not limit the scope of interpretation of the Russia-Belgium/Luxembourg BIT. This is because the latter includes an additional paragraph stating: “[t]he term ‘investment’ also means an indirect investment made by investors of one Contracting Party in the territory of the other Contracting Party through an investor of a third State”. This express reference to indirect investments limits the scope of the indirect investments only to those relating to the intermediaries in the third states, and, in fact, expand application of the BIT (i.e. the end-investor is Russian, intermediary is located in a third state, and the host state is Belgium/Luxembourg, where intermediary is entitled to claim). This means that in the NSD case, both NSD and the end-investors preserve the right to claim. Even more, had the intermediary NSD been incorporated in a third state, the Russian end-investors also would have been able to bring a claim under the BIT.

The express language of other BITs that have allowed indirect investors by a clear reference to long corporate chains, support that conclusion. For instance, the Netherlands-Bulgaria BIT<sup>81</sup> provides for “legal persons constituted under the law of that Contracting Party” or, if not constituted, then “controlled directly,

<sup>77</sup> The appropriateness of the “derivative action” notion is a matter of discussion. The present paper uses the concept by analogy to the derivative actions by the shareholders of a company, where the claim is filed on behalf of the company.

<sup>78</sup> *Fedax N.V. v Venezuela*, ICSID Case № ARB/96/3, Decision on Jurisdiction of 11 July 1997 at §24, reprinted at 371LM 1378 (1998).

<sup>79</sup> Agreement Between The Argentine Republic And The Kingdom Of Spain On The Reciprocal Promotion And Protection Of Investments, 1992. Article 1(1):

“...the term “investors” shall mean:

(a) Individuals having their domicile in either Party and the nationality of that Party, in accordance with the agreements in force on this matter between the two countries;

(b) Legal entities, including companies, groups of companies, trading companies and other organizations constituted in accordance with the legislation of that Party and having their main office in the territory of that Party.”

<sup>80</sup> “...Assertion that a claimant under a Bilateral Investment Treaty lacked standing because it was only an indirect investor in the enterprise that had a contract with or a franchise from the State party to the BIT, has been made numerous times, never, so far as the Tribunal has been made aware, with success.” *Gas Natural SDG S.A. v. Argentina*, Decision of the Tribunal on Preliminary Questions on Jurisdiction Case № ARB/03/10, 17 June 2005.

<sup>81</sup> Netherlands Bulgaria BIT, entered into force on 1 March 2001.

or indirectly by natural persons as defined in or by legal persons". Similarly, Article 1 of the Sweden-India BIT<sup>82</sup> uses a combination of incorporation, ownership and control tests and provides that:

'companies' mean any corporations, firms and associations incorporated or constituted under the law in force in the territory of either Contracting Party, or in a third country if at least 51 per cent of the equity interest is owned by investors of that Contracting Party, or in which investors of that Contracting Party control at least 51 per cent of the voting rights in respect of shares owned by them.

Conversely, a different approach is used in the Belgium/Luxembourg-Philippines BIT (2003). While the text<sup>83</sup> itself suggests similar to the Russia-Belgium/Luxembourg BIT wording, the text of the Belgium/Luxembourg-Philippines BIT does not contain the restrictive paragraph, which would allow for a wide interpretation as described in the case practice above.

### 2.3.2. The end-investors in the light of the "subsequent agreements and practice" interpretation

Subsequent agreements between the parties regarding the interpretation and practice in the application of the treaty are taken into account for the purposes of interpretation as a third step of interpretation (after the "ordinary meaning" and the "context and object and purpose") under Article 31(3) VCLT. For instance, in *Fraport v. Philippine* the tribunal determined that an "instrument of ratification" that the Philippines had exchanged with Germany three months after the conclusion of the BIT was relevant for determination of the "investment" under Article 31(3)(b) VCLT (i.e., subsequent practice).

The investment arbitration case practice knows one case in the application of the Russia-Belgium/Luxembourg BIT — *Berschader v. Russia*.<sup>84</sup> There, the tribunal adopted a similar reasoning developed above: a Russian company itself automatically constitutes an "investor" under Article 1.1. Additionally, under Article 1.2 the BIT extends coverage to the investments made through the intermediaries in a third state.

The study thus shows that the Russia-Belgium/Luxembourg BIT does not protect "any" indirect investor but only those where the end-investor is incorporated in Russia (or Belgium/Luxembourg). Since both the NSD and the end-investors belong to Russia, the tribunal could potentially find jurisdiction *ratione personae* in both instances. The end-investors qualifying under the "investor" requirements mean a potential risk of the tribunal rejecting the claim of the NSD as a nominee holder. However, the risk is purely theoretical, since no similar instances have been found, and shell companies, fairly resembling the nominee status of the NSD by lack of their own economic interest in the dispute, have been successful to argue jurisdiction *ratione personae*. Most importantly, as it was previously shown the NSD as an investor of the first tier can qualify under the existing positivistic approach of investment tribunals, and under the advanced three-tier test of economic and good faith considerations. However, if the tribunal denies jurisdiction over the NSD's claim, the mass derivative claim by the end-investors would be an adequate alternative way to resolve the case of the blocked assets in Euroclear/Clearstream.

### 3. Blocked assets as an "investment" under the Russia-Belgium/Luxembourg BIT

The preamble of the Russia-Belgium/Luxembourg BIT specifically mentions the Parties desire "to create favorable conditions for investments by investors of one Contracting Party in the territory of the other Contracting Party" and to "the positive effect that the present Treaty can have on fostering business contacts and strengthening trust in the area of investments". Similar wording of BITs was previously interpreted so as to give wide interpretation to the "investment". However, the *Berschader v. Russia* case<sup>85</sup> (interpreting the Russia-Belgium/Luxembourg BIT) noted that the broad interpretation does not mean including every kind of investment, be that direct or indirect. The present section analyzes whether the blocked assets (securities, bonds, dividends and coupons) constitute an "investment" under the BIT.

<sup>82</sup> Sweden-India BIT, entered into force on 1 April 2001.

<sup>83</sup> Belgium/Luxembourg-Philippines BIT, entered into force on 19 December 2003: "Investor' shall mean... the 'companies', i.e. with respect to both Contracting Parties, a legal person constituted on the territory of one Contracting Party in accordance with the legislation of that Party having its head office on the territory of that Party, or controlled directly or indirectly by the nationals of one Contracting Party, or by legal persons having their head office in the territory of one Contracting Party and constituted in accordance with the legislation of that Party."

<sup>84</sup> *Vladimir Berschader and Moïse Berschader v. The Russian Federation*, SCC Case № 080/2004.

<sup>85</sup> *Ibid.* §139.

### 3.1. Types of “investment” definitions

An investment agreement may allow a non-exhaustive or an exhaustive list of investments. For instance, an exhaustive approach is reflected in the Canadian Model Foreign Investment Protection Agreement (2003).<sup>86</sup> The indicative factor for an exhaustive list is an article enumerating the types of investments without any reference to a broad wording of “every asset.” The latter is exactly the most-frequently used wording in BITs, for instance, a non-exhaustive clause is contained in the U.S. Model BIT (2004),<sup>87</sup> US–Rwanda BIT (2008):

Investment” means *every asset* that an investor owns or controls, directly or indirectly, that has the *characteristics* of an investment, including such characteristics as the commitment of capital or other resources, the expectation of gain or profit, or the assumption of risk. Forms that an investment *may take* include.

However, having adopted a broad definition, the abovementioned BITs have also limited the scope of investments with a number of characteristics: commitment of capital, expectations of gain, assumption of risk. Inclusion of these characteristics follows the later practice of the *Salini Costruttori S.p.A. v. Kingdom of Morocco*,<sup>88</sup> which defined precisely five conditions to identify an investment under the ICSID Convention: duration, regularity of profit and return, assumption of risk substantial commitment, and significance for the host state’s development. Since the Russia-Belgium/Luxembourg BIT was concluded prior to the *Salini* case, the absence of these criteria is understandable. However, would that mean that with the later case practice the tribunal would implement the named characteristics in the older treaties?

It is highly unlikely. Above it was already described how the tribunals tend to approach the definitions strictly so as not to give excessively wide interpretations. The interpretation could also not be given under the rule of the “subsequent practice” under Article 31(3)(b) VCLT since it requires “the agreement of the parties regarding its interpretation” rather than an opinion of the arbitral tribunal in interpreting a few of the BITs with no general application. Furthermore, the *Salini* test is not applied universally, for example if some adopt a modified version of the *Salini* test and others rely on the definition of “investment” in the applicable BIT.<sup>89</sup>

Therefore, if the Russia-Belgium/Luxembourg BIT enshrines a non-exhaustive list of investments with no additional requirements, the blocked assets would most likely constitute an “investment”.

### 3.2. “Investments” under the Russia-Belgium/Luxembourg BIT

Article 1(2) of the Russia-Belgium/Luxembourg BIT describes the term “investments” as “every type of asset which investors of one Contracting Party invest in the territory of the other Contracting Party in accordance with its law, including in particular:

- (1.2.1) property (buildings, facilities, equipment and other tangible assets),
- (1.2.2) funds, shares and other kinds of interest in companies and rights of demand related thereto,
- (1.2.3) claims<sup>90</sup> relating to any services of economic value,
- (1.2.4) IP rights, and “indirect investments” made by investors of one Contracting Party in the territory of the other Contracting Party through an investor of a third State.

---

<sup>86</sup> “Investment means: (I) an enterprise; (II) an equity security of an enterprise; (III) a debt security of an enterprise (i) where the enterprise is an affiliate of the investor, or (ii) where the original maturity of the debt security is at least three years, but does not include a debt security, regardless of original maturity, of a state enterprise; (IV) a loan to an enterprise <...> (VI) an interest in an enterprise that entitles the owner to share in income or profits of the enterprise; (VII) an interest in an enterprise that entitles the owner to share in the assets of that enterprise on dissolution, other than a debt security or a loan excluded from subparagraphs (III) (IV) or (V); (VIII) real estate or other property, tangible or intangible, acquired in the expectation or used for the purpose of economic benefit or other business purposes; and (IX) interests arising from the commitment of capital or other resources in the territory of a Party to economic activity in such territory <...> (IV) or (V); and (XI) any other claims to money...”

<sup>87</sup> The U.S. Model BIT contains provisions developed by the U.S. Administration to address the investment negotiating objectives of the Bipartisan Trade Promotion Authority Act of 2002, which incorporated many of the principles from existing U.S. BITs. The U.S. Model BIT is substantively similar to the investment chapters of the free trade agreements the U.S. has concluded since the 2002 Act. URL: [www.ustr.gov](http://www.ustr.gov) (accessed: 23.11.2023).

<sup>88</sup> *Salini Costruttori S.p.A. and Italstrade S.p.A. v. Jordan*, Award, ICSID Case № ARB/02/13, IIC 208 (2006), 31 January 2006, ICSID.

<sup>89</sup> Bischoff H. *International investment Law a Handbook*. P. 503, §17.

<sup>90</sup> From Russian “права требования”.

The first remarkable element to notice is that the BIT uses the words “every type of asset” and “including in particular”. This wording indicates that Article 1(2) provides a non-exhaustive list of investments, giving us the road to a broad interpretation of the term.

Notably, the BIT also uses a phrase “every type of assets” instead of “every asset”,<sup>91</sup> which would be a more frequent term to include in a BIT. The wording of the BIT is undeniably broader in a sense that “every type of asset”, on its face, suggests that the article allows broadening the scope of application to the “new types” of assets invented by states in the course of time: for instance, crypto-currencies which normally are not defined either as funds or as financial but rather as *sui generis*. Therefore, the ordinary meaning of the elements forming the definition of an “investment” suggests that the BIT allows interpreting the term so as to include such types of assets as bonds, shares publicly offered on the financial markets, dividends distributed through the stock exchange markets.

Finally, the Russia-Belgium/Luxembourg BIT does not provide for the limitations, such as the US-Rwanda BIT described earlier, which eliminates the risk of denying the qualification of the blocked assets as an “investment”.

To speak more broadly, an “investment” generally refers to “real” investments in “real” economic resource needed in production of goods and services, such as machines and buildings.<sup>92</sup> The “real” material meaning is encompassed in the paragraphs (1.2.1), (1.2.2) and (1.2.3) extend the investments to financial assets. Practice of the “ordinary meaning” interpretation shows that paragraph (1.2.3) will normally give rise to investments derived from commercial transactions (for instance, as established in the *Petrobart v. Kyrgyz Republic*<sup>93</sup>). The most important category for the NSD case would be paragraphs (1.2.2) and (1.2.3).

Paragraph (1.2.2) — “other kinds of interest in companies and rights of demand related thereto” — is wide and can be interpreted to the extent beyond participatory interest in a company. For instance, that is why investment agreements would exclude particular kinds of investments as done in the COMESA Investment Agreement which expressly excludes “portfolio investment”. However, it is doubtful that the blocked assets would qualify under the paragraph (1.2.2). Contrary to paragraph (1.2.2), the end-investors are not deprived of the shares and the dividends itself, since the sums are still deposited to their accounts, even though the access to the accounts is prohibited<sup>94</sup> (for instance, Section 13(2)(a) UK Regulation 2018 provides for an exception from the financial sanctions that “enable[s] interest or other earnings on accounts to accrue, provided that any such interest, other earnings and payments will also be frozen”). Rather, the limitation to the end-investors economical right refers more to the right to *dispose* of the assets and thus gain profit, and to receive the dividends in order to *withdraw* the sums from the brokerage account. In its essence, these actions rather represent a *blocked right to demand*, which would preclude the investors to claim paragraph (1.2.2).

However, the next paragraph reads: “right to demand relating to any services of economic value”. In this regard, frequently, the BITs cover only “claim to money” or “title to money” that “has been used to create an economic value or to any performance having an economic value”,<sup>95</sup> meaning the claims can be exclusively monetary. The Russia-Belgium/Luxembourg BIT, however, broadens the definition so as to include *any type of demand*, including a direct indication of the demand for “performance of services”.

An illustrative case of the “ordinary meaning” interpretation to wording, similar to paragraphs (1.2.2) and (1.2.3), would be the *Eureko B.V. v. Poland*,<sup>96</sup> where Eureko claimed that “corporate governance” and an “international public offering” amounted to an “investment.” In that case, Article 1 of the Denmark-Poland BIT, the term “investment” was formulated as “ii) rights derived from shares, bonds and

<sup>91</sup> Which in Russian would be “любое имущество” — as compared to “все виды имущественных ценностей” in the Russia-Belgium/Luxembourg BIT.

<sup>92</sup> Heiskanen V. *Of Capital Import: The Definition of “Investment” In International Investment Law* // ASA Special Series. 2010. № 34. Hoffman A. *Protection of Foreign Investments through Modern Treaty Arbitration* // Association suisse de l'arbitrage. 2010. P. 55.

<sup>93</sup> *Petrobart v. Kyrgyz Republic*, Stockholm Chamber Case № 126/2003, Final Award, 29 March 2005.

<sup>94</sup> The situation would be different if the money were unilaterally written off by the States and, for instance, transferred to Ukraine.

<sup>95</sup> Germany/Singapore BIT (1973) (Treaty between the Federal Republic of Germany and the Republic of Singapore concerning the Encouragement and Reciprocal Protection of Investments, signed on 3 October 1973); Germany-Nigeria BIT (2000) (Treaty between the Federal Republic of Germany and the Federal Republic of Nigeria concerning the Encouragement and Reciprocal Protection of Investments, signed on 28 March 2000); Dutch-Polish BIT; Japan-Laos BIT (2008) (Agreement between Japan and the Kingdom of Cambodia for the Liberalization, Promotion and Protection of Investment, signed on 14 June 2007); Japan-Cambodia BIT (2007) (Agreement between Japan and the Kingdom of Cambodia for the Liberalization, Promotion and Protection of Investment signed on 14 June 2007).

<sup>96</sup> *Eureko B.V. v. Republic of Poland*, Partial Award on Liability, 19 August 2005.

other kind of interests in companies and joint ventures; iii) title to money and other assets and to any performance having an economic value <...> v) right to conduct economic activity... granted under contract.” The tribunal concluded that corporate governance rights had “economic value”, derived from the shares in a company, and thus Euroko was entitled to protection under the BIT.

In another case, a tribunal analyzed the UK-Czech BIT, which defined “investment” as “claims to money or to any performance under contract having a financial value”.<sup>97</sup> The claimant alleged that the term included the rights under the contract of cooperation. However, the tribunal stated that the purpose of the agreement was to “obtain a license” — a non-financial interest with non-financial rights. Since financial value exists only when “it appears to be well-founded or at the very least creates a legitimate expectation of performance in the future”, cooperation rights could not qualify as an investment.<sup>98</sup> That means, that the purpose of the investment under the BIT in question and the rights under the agreement may serve as limitations as to what can be an “investment”.

In the NSD case, the initial purpose of the investors (and the NSD itself) is to gain profit on the currency and stock markets. As was described in section 1, in the NSD case the investment comprises blocked financial instruments, held by the NSD through Euroclear/Clearstream, which serve its end-investors coupons and dividends, this includes bonds, Eurobonds which by their nature constitute a debt, as well as rights of selling these instruments in for a profitable sales price on the volatility of the stock markets. These elements have economic value, and thus the financial instruments themselves would qualify as an “investment” under paragraph (1.2.2) and the rights related thereto would suffice paragraph (1.2.3). Notably, this goes in line with the reasoning in the *Berschader v. Russia*, where the “investment” under the Russia-Belgium/Luxembourg BIT was seen as comprising shares, construction contracts, property rights in buildings and a debt.<sup>99</sup>

## Conclusion

In 2022 designation of the NSD as a sanctioned person entailed suspension of all transactions with foreign securities held at that depository, from purchase and sale transactions to receipt of coupons and dividends. The present paper thus took route to analyze the perspectives of the NSD filing a claim with an investment tribunal against Belgium/Luxembourg — the states of the two major central settlement depositories, Eurostream and Clearstream, which have suspended the depository “bridge” with the NSD. The case would have been based on the Russia-Belgium/Luxembourg BIT (1989). The paper narrowed down the question to interpreting two core terms of the BIT so as to establish the jurisdiction of the tribunal: the terms “investor” and “investment”.

First and foremost, the paper came to the conclusion that the NSD is a nominee holder of the financial instruments stuck in the blocked accounts. The structure of the “bridge” end-investors — NSD — Euroclear/Clearstream thus resembles shell companies' structure, which allows using the instruments of corporate law in order to investigate case practice on the investor — shell-companies standings in investment arbitration. Consequently, the practice of the BIT interpretation showed that the tribunals do not use the doctrine of corporate veil to diminish the right of a nominee to file a claim. And even if the tribunals did apply the heightened standards of jurisdiction under the good faith and economic utility of initiating the dispute, that the host-states for decades tried to argue (unsuccessfully), the NSD would still satisfy this three-tier test.

Nonetheless, the conclusion on the NSD also does not preclude the end-investors to file a separate claim themselves; the BIT contains a clause on the “indirect investments” established in the state-party to the BIT (regardless of the place of its registration). At the same time, investment arbitration practice allows parallel proceedings, leading to the conclusion that the tribunal would be unlikely to deny jurisdiction on the “most appropriate claimant” grounds.

As to the meaning of the “investment”, the Russia-Belgium/Luxembourg BIT has adopted one of the widest wordings (“every type of asset”) and has included a specific provision (“right to demand relating to any services of economic value” and “funds, shares and other kinds of interest in companies and rights of demand related thereto”) both of which could be potentially interpreted so as to include the blocked assets – and thus allow the NSD to establish an “investment” under the BIT.

---

<sup>97</sup> *William Nagel v. Czech Republic*, SCC Case 49/2002, Award 9 September 2003. §17.

<sup>98</sup> *Ibid.* §301.

<sup>99</sup> *Vladimir Berschader and Moïse Berschader v. The Russian Federation*, SCC Case № 080/2004. §114–123.

Therefore, the NSD could build a *prima facie* case in investment arbitration, since the tribunal would be likely to find jurisdiction *ratione personae* and *ratione materiae*. This, in turn, would resolve a low-success chance of the NSD in the CJEU in its mission to unblock the frozen assets, and provide an open door for future challenges of designations in international investment tribunals.

## ТОЛКОВАНИЕ ПОНЯТИЙ «ИНВЕСТИЦИИ» И «ИНВЕСТОРЫ» В РОССИЙСКО-БЕЛЬГИЙСКО-ЛЮКСЕМБУРГСКОМ ДВУСТОРОННЕМ ИНВЕСТИЦИОННОМ ДОГОВОРЕ: ПОИСК ПУТЕЙ РАЗРЕШЕНИЯ ДЕЛА НСД

ИЛЬЧЕНКО А. А.

Ильченко Алёна Андреевна — младший юрист, адвокатское бюро «Иванян и Партнеры», Москва, Россия (alna.ilchenko.cp@gmail.com). ORCID: 0009-0009-3879-4065

### Аннотация

Статья исследует юрисдикцию инвестиционного трибунала по двустороннему инвестиционному договору между Россией и Бельгией/Люксембургом на рассмотрение дела об оспаривании санкционных ограничений в случае его инициирования НРД. Согласно российско-бельгийско-люксембургскому ДИД, государства обязуются не допускать экспроприации инвестиций, а если она все же происходит, то выплачивать своевременную и справедливую компенсацию. Такая «экспроприация» может произойти и в результате санкций. Являясь российским депозитарием по ряду иностранных ценных бумаг, НРД имеет счета в централизованных европейских депозитариях Euroclear/Clearstream. С момента включения НРД в список подсанкционных организаций ЕС согласно Регламенту ЕС no. 269/2014 в июне 2022 года операции с ценными бумагами были приостановлены, а счет НРД в Euroclear/Clearstream был заблокирован. В связи с тем, что счета НРД в иностранных депозитариях были заблокированы, перевод иностранных ценных бумаг со счета депо, открытого в НРД, в другой российский или иностранный депозитарий стал невозможен. Одним из способов оспаривания таких последствий является подача иска в инвестиционный трибунал против Бельгии/Люксембурга. Дело имеет два возможных решения: массовый иск от конечных инвесторов или единый иск НРД как «номинального держателя» ценных бумаг конечных инвесторов. Первый вариант может оказаться чрезмерно время- и организационно-затратным, поэтому иск от НРД может показаться более привлекательным. Таким образом, применяя инструменты толкования международного публичного права, автор ставит задачу оценить перспективы инициирования НРД инвестиционного арбитражного разбирательства. Автор сосредоточился на толковании двух центральных терминов российско-бельгийско-люксембургского ДИД: «инвестор» и «инвестиции». В работе делается вывод о том, что инвестиционный арбитраж *prima facie* будет обладать юрисдикцией по делу *ratione personae*, несмотря на статус «номинального держателя» НРД, а также юрисдикцией *ratione materiae*, поскольку заблокированные ценные бумаги и доходность от них представляют собой «инвестиции» по смыслу ДИД. В связи с этим в статье определяется процессуальная правоспособность номинальных держателей инициировать арбитраж. Поскольку ранее этот вопрос не поднимался ни в доктрине, ни в практике, в статье проводится аналогия с прецедентным правом в отношении «технических» компаний.

### Ключевые слова

инвестиционный арбитраж, НРД, заблокированные активы, юрисдикция, толкование ДИД

**Для цитирования:** Ильченко А. А. Толкование понятий «инвестиции» и «инвесторы» в российско-бельгийско-люксембургском двустороннем инвестиционном договоре: поиск путей разрешения дела НСД // Журнал ВШЭ по международному праву (HSE University Journal of International Law). 2023. Т. 1. № 3. С. 57–72.

<https://doi.org/10.17323/jil.2023.18791>

### References / Список источников

- Aaken, van, A. (2015) *International Investment Law and Decentralized Targeted Sanctions: An Uneasy Relationship*. Columbia FDI Perspectives.
- Allen F., Gale D. (1994) *Financial Innovation and Risk Sharing*. Cambridge. Massachusetts: MIT Press.
- Ahn T. (2018) *The Applicability of Economic Sanctions to the Merits in International Arbitration Proceedings: With a Focus on the Dynamics between Public International Law Principles, Private International Law Rules and International Arbitration Theories*. Pepperdine Dispute Resolution Journal, vol. 18, pp. 299–323.
- Amado J., Kern J., Doe Rodriguez M. (2018) *Jurisdiction Ratione Personae: The Foreign Investor*. In: *Arbitrating the Conduct of International Investors*. Cambridge. Cambridge University Press, pp. 82–97.
- Bakos A. C. (2022) *Economic sanctions in International Investment Arbitration*. JusMundi.



- Binns J. (2023) *Challenging UK sanctions designations under SAMLA 2018*. LexisNexis.
- Bischoff J., Happ R. (2015) “*The Notion of Investment*”. In: Bungenberg M. et al (eds.) *International Investment Law: A Handbook*. Portland: Hart Publishing.
- Broches A. (1972) *The Convention on the Settlement of Investment Disputes Between States and Nationals of Other States*. Brill Nijhoff.
- Burgstaller M. (2006) *Nationality of Corporate Investors and International Claims Against the Investor's Own State*. *The Journal World Investment & Trade*, vol. 7, no. 6, pp. 857–881.
- Dumberry P. (2018) *A Guide to State Succession in International Investment Law*. Edward Elgar Publishing.
- Eriksson M. (2009) *In Search of a Due Process – Listing and Delisting Practices of the European Union*. Department of Peace and Conflict Research Uppsala University.
- Heiskanen V. (2010) *Of Capital Import: The Definition of “Investment” In International Investment Law*. In: Hoffman A. (ed.) *Protection of Foreign Investments through Modern Treaty Arbitration*. ASA Special Series, no. 34. pp. 51–73.
- Hofer A. (2017) *The Developed/Developing Divide on Unilateral Coercive Measures: Legitimate Enforcement or Illegitimate Intervention?* Oxford University Press, vol. 16, no. 2. pp. 175–214.
- Khalilov B. (2022) *Securities That Are Impacted By Sanctions Against Russia. Legal And Practical Implications For Noteholders*. ThoughtLeaders4 Disputes Magazine.
- Kirtley W. (2020) *How To Reduce the Overall Costs of Investment Treaty Arbitration*. Aceris Law LLC.
- Kracht T.M., Newton W.L., Membiela G.J. et. al. (2022) *Investment Losses from Russian Economic Retaliation May be Recoverable in International Arbitration*. Lexology.
- Levashova Y., Mercédeh A. (2022) *Investment Claims Against Russia in the Economic Sanctions Era*. Kluwer Arbitration Blog.
- Masahiko A. (2020) *Economic Sanctions in International Law and Practice*. Routledge Publishing.
- McCarl R. (2015) *ICSID Jurisdiction over International Mass Investment Arbitrations: Due Process and Default Rules*. *Stanford Journal of International Law*, vol. 51, pp. 173–194.
- Menkes M.J. (2019) *The Legality of US Investment Sanctions against Iran before the ICJ: A Watershed Moment for the Essential Security and Necessity Exception*. *Annuaire Canadien de Droit International*, vol. 56. pp. 328–364.
- Niederberger A., Biersteker T. (2022) *UN Individual Sanctions Listing and Delisting Patterns and Their Interaction with Autonomous Measures: Considerations for Mediators*. Sanctions and Mediation Policy Memo Series: Policy Memo 3/3, New York: United Nations University.
- Nougayrede D. (2020) *After the Panama Papers: A Private Law Critique of Shell Companies*, *The International Lawyer*, vol. 52, no. 357.
- Nystedt J. (1994) *Derivative Market Competition: OTC Markets Versus Organized Derivative Exchanges*. IMF Working Paper WP/04/61.
- Ruys T., Ryngaert C. (2020) *Secondary Sanctions: A Weapon Out of Control? The International Legality Of, And European Responses To, Us Secondary Sanctions*. *The British Yearbook of International Law*.
- Ruys T., Angelet N. (2022) *Immunity, inviolability and countermeasures – a closer look at non-UN targeted sanctions*. *Cambridge Handbook on Immunities and International Law*.
- Strong S.I. (2013) *Class, Mass, and Collective Arbitration in National and International Law*. New York, NY, USA: Oxford University Press.
- Vandekerckhove K. (2007) *Piercing The Corporate Veil*. *European Company Law*, vol. 4, no. 5., pp. 191–200.
- Ventoruzzo M. (2015) *Comparative Corporate Law*. West Academic Press, 2015.
- Zrilić J. (2022) *Are We in for a New Wave of Investment Arbitrations? Russia's Measures Against Foreign Investors and Investment Treaty Implications*. VerfBlog.

---

## MORAL DAMAGES IN INTERNATIONAL INVESTMENT LAW

POLSHAKOVA V.V.

**Victoria Polshakova** — Junior Associate, “Kovalev, Tugushi and Partners”,<sup>1</sup> Moscow, Russia (polshakovavv@yandex.ru).  
ORCID: 0009-0008-8121-839X

### Abstract

This article discusses the notion of moral damages in international investment arbitration. Although there are currently more than 2500 bilateral investment agreements (hereinafter — BIT) in force, none of them regulates moral damages. The analysis focuses on the historical background of moral damages, which shows that international law has not been overly concerned with their assessment within the last hundred years. As such, despite their almost universal acceptance by international courts and tribunals, there is still no guidance for tribunals on how to approach moral damages, making their assessment a topical issue of modern international law. The article highlights the reasons tribunals give for either completely disregarding such claims, or granting merely symbolic sums, such as non-tangible nature of moral damages, lack of any concrete evidence, or an extremely high threshold. The author concludes that international law still lacks a strict and uniform test, when it comes to moral damages, which are bound to face rather broad and subjective decisions rendered by the tribunals. The author further discusses the problem of assessing moral damages, which also lacks established methodology, and often refers to national law of domestic legal systems instead of a unified standard. In some cases, tribunals do not provide any reasoning or legal basis for their assessment. The author concludes that in the absence of a strict test, investment tribunals may turn to human rights instruments to make the assessment of moral damages clearer and more consistent.

### Key words

moral damages, compensation, investor-state dispute settlement

**Citation:** Polshakova V.V. Moral Damages in International Investment Law // Zhurnal VSHÉ po mezhdunarodnomu pravu (HSE University Journal of International Law). 2023. Vol. 1. No. 3. P. 73–84.

<https://doi.org/10.17323/jil.2023.18757>

---

### Introduction

The notion of moral has long been a driving force in many international public law cases. Still, it seems to be unusual to reiterate its definition in the context of international investment law. Does international investment law even have a place for moral? The nature of international investment arbitration claims, which involve the disputes between states and investors adversely affected by the state conduct, gives an affirmative answer to this question. Hence, it seems reasonable that investors who have suffered moral damages must be compensated as if they had suffered physical damages. Still, it remains unclear whether the notion of moral damages even fits into the category of compensation in the context of public international law, since moral damages were primarily born out of private law, rather than public.

As was highlighted by G. Arangio-Ruiz, moral losses should be compensated “as an integral part of the principal damage suffered by the injured state”.<sup>2</sup> Indeed, his words ring true to this day. As of today, both practical and academic importance of the topic has increased exponentially. The scientific research regarding moral damages shows the growing division between the proponents and opponents of moral damages. This division stems from the very nature of moral damages to the tests deployed by the tribunals. As such, it is natural to suggest that scientific research on moral damages has particular importance for its development, as the recent works tend to overlook the critical significance of such damages and the implications of granting such compensation claims in international law. Hence, the research goal of the present article is to identify the critical problems that turned moral damages into the modern enigma of international investment law, as well as possible solutions for making the assessment of moral damages by arbitral tribunals clearer.

---

<sup>1</sup> Information about the author's place of work is relevant at the time of acceptance of the article for publication.

<sup>2</sup> Second Report on State Responsibility by ILC Special Rapporteur Arangio-Ruiz of 22 June 1989.

Although most authors criticise the rigid approach adopted by the *Lemiere* tribunal,<sup>3</sup> existing academic literature on moral damages remains to be scarce due to the “elusive”<sup>4</sup> nature of this concept. As such, although some even go as far as developing their own definition of moral damages,<sup>5</sup> most authors tend to analyse moral damages by recognizing their alien nature as the first step.<sup>6</sup> Instead, this article suggests looking at the same picture backwards. The author believes that moral damages share the same framework as other forms of reparations. And moral damages, despite their duality, are very real. An extensive analysis of the case law proposed by the author proves this theory.

The article is structured in the following way. In the first section the origins of the concept are presented, including various approaches to its definition, and different types of damages. The second section is devoted to the analysis of different tests applied by international tribunals for the award of moral damages, including such tests as exceptional circumstances and the *Lemiere* test. And finally, the last section is focused on the issue of quantification of moral damages. As will be shown, the quantification of damages remains one of the difficult tasks in the context of compensation in general, yet evaluation of moral damages presents to be even a bigger problem for international tribunals due to the inability to effectively quantify such damages because of their very specific nature. Moreover, the section also looks at the problem of moral damages evaluation in investment law from the perspective of human rights law, and makes the conclusions with regard to the increasing interconnection between the two.

## 1. The concept origins

Naturally, the obligation to repair moral damages reflects the obligation under customary international law<sup>7</sup> of full reparation and injury as provided in the ILC Articles on the Responsibility of States for Internationally Wrongful Acts<sup>8</sup> (hereinafter — ARSIWA). Under Article 31(2) ARSIWA, “the responsible State is under an obligation to make full reparation for the injury caused by the internationally wrongful act”, while such “injury includes any damage, whether material or moral, caused by the internationally wrongful act of a State”.

In the landmark *Lusitania* case concerning the sinking of the British ocean liner, RMS Lusitania, by a German submarine during World War I, which resulted in the deaths of 1,198 passengers, the tribunal characterised moral damages as “very real”,<sup>9</sup> amounting to “mental suffering, injury to [one’s] feelings, humiliation, shame, degradation, loss of social position or injury to [one’s] credit or to [one’s] reputation, and entailing compensation <...> commensurate to the injury”.<sup>10</sup>

The Mixed Claims Commission established that “non-material damage is financially assessable and may be subject of a claim of compensation” as “mental suffering is a fact just as real as physical suffering, and susceptible of measurement by the same standards”,<sup>11</sup> hence why “the mere fact that they are difficult to measure or estimate <...> affords no reason why the injured person should not be compensated”.<sup>12</sup> Such definitive approach clearly aligns with the customary principle<sup>13</sup> of full reparation later encapsulated in *Chorzów Factory*, which aims to “as far as possible, wipe out all the consequences of the illegal act and reestablish the situation which would, in all probability, have existed if that act had not been committed”.<sup>14</sup>

The importance of *Lusitania* is also reflected in the Commission’s attempts to assess moral damages through domestic law of Britain, France, Germany, and the U.S. By relying on different national systems

<sup>3</sup> Ehle B., Dawidowicz M. *Moral Damages in Investment Arbitration. Commercial Arbitration and WTO Litigation* in J. Goldman et al. *WTO Litigation, Investment Arbitration, and Commercial Arbitration*. Kluwer Law International. 2013. P. 293, 304, 307, 310; Conway B. *Moral Damages in Investment Arbitration: A Role for Human Rights? // Journal of International Dispute Settlement*. 2012. Vol. 3. № 2. P. 371, 378–379, 394; Lawry-White M. *Are Moral Damages an Exceptional Case? // International Arbitration Law Review*. 2012. Vol. 15. № 6. P. 236, 239.

<sup>4</sup> Dumberry P. *Moral damages in Contemporary and Emerging Issues on the Law of Damages and Valuation in International Investment Arbitration*. Leiden : Brill Nijhoff, 2018. P. 142; Jagusch S., Sebastian T. *Moral Damages in Investment Arbitration: Punitive Damages in Compensatory Clothing? // Arbitration International*. 2013. Vol. 29. № 1. P. 45.

<sup>5</sup> Wittich S. *Non-Material Damage and Monetary Reparation in International Law // Finnish Yearbook of International Law*. 2004. P. 321, 329–330.

<sup>6</sup> Dumberry P. *Op.cit.* P. 142.

<sup>7</sup> PCIJ. *Factory at Chorzów (Germany v. Poland)*. Judgement of 13 September 1928 // P.C.I.J. Series A, № 17. 1928. P. 47.

<sup>8</sup> International Law Commission. *Articles on State Responsibility for Internationally Wrongful Acts // YBILC 2 (Part 2)*. 2001.

<sup>9</sup> Mixed Claims Commission. *Opinion in the Lusitania cases (United States v. Germany)*. Decision of 1 November 1923. 7 RIAA. P. 40.

<sup>10</sup> *Ibid.*

<sup>11</sup> *Ibid.* P. 36.

<sup>12</sup> *Ibid.* P. 40.

<sup>13</sup> UNCITRAL. *BG Group Plc. v. The Republic of Argentina*. Final Award of 24 December 2007. §421–429.

<sup>14</sup> PCIJ. *Factory at Chorzów (Germany v. Poland)*. P. 47. §124.

as guidance, the Commission understood moral damages as a general principle of law, which could also be found in international law.

In the end, *Lusitania* was the first case of its kind where compensation was awarded to the families of victims “for such mental suffering or shock, if any, caused by the violent severing of family ties, as Claimant may actually have sustained by reason of such death”.<sup>15</sup> Thus, it not only legitimised understanding of the definition of moral damages in the legal sense, but also paved the way for others to claim damages for their non-material suffering in future cases.

Indeed, moral damages have been often invoked by international tribunals.<sup>16</sup> For instance, in 2010 the International Labor Organization Administrative Tribunal awarded EUR 10 thousand of moral damages to an employee of the International Fund for Agricultural Development due to her suffering after the termination of her employment contract.<sup>17</sup> Likewise, the European Court of Human Rights has on numerous occasions recognized the existence of moral damages,<sup>18</sup> and even turned to the rules of state responsibility to specify their content under the ECHR. For example, in the case *Papamichalopoulos and others v. Greece*, which declared the supremacy of the *restitutio in integrum* principle,<sup>19</sup> the Court stated that “while the Contracting States that are parties to a case are in principle free to choose the means whereby they will comply with a judgement in which the Court has found a breach, <...> if the nature of the breach allows of *restitutio in integrum*, it is for the respondent State to effect it”,<sup>20</sup> and further noted that “this discretion as to the manner of execution of a judgement reflects the freedom of choice attached to the primary obligation of the Contracting States under the Convention to secure the rights and freedoms guaranteed”.<sup>21</sup> The Court then proceeded to award 6.3 million drachmas for “non-pecuniary damage arising from the feeling of helplessness and frustration”.<sup>22</sup> In a similar fashion, Inter-American Court of Human Rights has also accepted the existence of moral damages.<sup>23</sup>

State practice has also on numerous occasions recognized moral damages.<sup>24</sup> It has been confirmed to be “settled amongst legal systems that at least in some instances non-pecuniary loss may be recoverable”.<sup>25</sup> For example, Canadian Supreme Court in *Augustus v. Gosset* affirmed that “according to the general civil law rule, any prejudice, whether moral or material, even if it is difficult to assess, is compensable if proven”.<sup>26</sup>

<sup>15</sup> Mixed Claims Commission. *Opinion in the Lusitania cases*. §35.

<sup>16</sup> *Madame Chevreau (France v. United Kingdom)*. 11 RIAA 1113. 1931. P. 1143; IACtHR. *Velasquez Rodriguez*. Judgement of 29 July 1989. §27; ECtHR. *BB v. UK*. Application no. 53760.00. Decision of 10 February 2004. §36; ICJ. *Ahmadou Sadio Diallo (Guinea v. Congo)*. Judgement of 19 June 2012. §18.

<sup>17</sup> ILOAT. *Mrs. A. T. S. G. v. Int'l Fund for Agric. Dev.* Judgement of 3 February 2010. P. 5.

<sup>18</sup> ECtHR. *Byrzykowski v. Poland*. Application no. 11562/095. Judgement of 27 June 2006; ECtHR. *Papamichalopoulos v. Greece*. Judgement of 31 October 1995; ECtHR. *Case of Elci and Others v. Turk*. Application no. 23145/93. Judgement of 13 November 2003; ECtHR. *Perks and others v. the U.K.* Application no. 25277/94. Judgement of 12 October 1999; ECtHR. *Cf. Ruiz Torija v. Spain*. Judgement of 9 December 1994. §33; ECtHR. *Boner v. the United Kingdom*. Judgement of 28 October 1994. §46; ECtHR. *Kroon and Others v. the Netherlands*. Judgement of 27 October 1994. §45; ECtHR. *Darby v. Sweden*. Judgement of 23 October 1990. §39–40; ECtHR. *Koendjibiarie v. the Netherlands*. Judgement of 25 October 1990. §34; ECtHR. *McCallum v. the United Kingdom*. Judgement of 30 October 1990. §35.

<sup>19</sup> Ichim O. *Just Satisfaction under the European Convention on Human Rights / Just Satisfaction under the European Convention on Human Rights* / ed. by O. Ichim. Cambridge : Cambridge University Press. 2014.

<sup>20</sup> ECtHR. *Papamichalopoulos v. Greece*... §31, 34, 36.

<sup>21</sup> *Ibid.* §34.

<sup>22</sup> *Ibid.* §43.

<sup>23</sup> IACtHR. *Villagrán-Morales et al. v. Guatemala*. Judgement of 26 May 2001. §88; IACtHR. *Ivcher Bronstein v. Peru*, Judgment of 6 February 2001. §183; IACtHR. *Olmedo Bustos et al. v. Chile*. Judgement of 5 February 2001. §99; IACtHR. *Baena Ricardo et al. v. Panama*. Judgement of 2 February 2001. §206; IACtHR. *Case of the Constitutional Court v. Peru*. Judgement of 31 January 2001. §122; IACtHR. *Blake Case*. Judgement of 22 January 1999. §42.

<sup>24</sup> Trenor J. A. *Guide to Damages in International Arbitration* // Global Arbitration Review. 2022. P. 40–41; Ruling of the Plenary Session of the Supreme Court of the Russian Federation of 24 February 2005. §1; Ruling of the Supreme Court of Chile of 26 September 2013. Case no. 375/2013; Egyptian Civil Code, Article 222(1); *Simmons v. Castle*. Judgement of 2013. 1 W.L.R. P. 1239, 1252 in Lunney M., Nolan D. *Tort Law: Text and Materials*. Oxford University Press. 2017. P. 904; Ripinsky S., Williams K. *Damages in International Investment Law*. British Institute of International and Comparative Law. 2015. P. 307.

<sup>25</sup> Schwenzer I. & Hachem P. *Moral Damages in International Investment Arbitration // International Arbitration and International Commercial Law: Synergy, Convergence and Evolution* / ed. by S. Kröll. Liber Amicorum Eric Bergsten. Alphen aan den Rijn, Netherlands : Kluwer. 2011. P. 417.

<sup>26</sup> Supreme Court of Canada. *Augustus v. Gosset*. Judgement of 10 March 2003. P. 270.

However, although there are currently more than 2500 BITs in force, none of them include provisions that would regulate moral damages. Yet, they are not alien to investment arbitration.<sup>27</sup> As such, the tribunal in *Cementownia v. Turkey* confirmed that “there is nothing in the ICSID Convention, Arbitration Rules, and Additional Facility which prevents an arbitral tribunal from granting moral damages”.<sup>28</sup> At the same time, due to the newness<sup>29</sup> of the concept of moral damages in international investment law, very few tribunals actually grant the claimants requests to award moral damages due to their elusive nature,<sup>30</sup> and a high threshold.<sup>31</sup> Thus, in *OI European Group BV v. Bolivarian Republic of Venezuela*, the tribunal found that behaviour of the respondent did not amount to an additional compensation for moral damages as it did not include physical threats, illegal detention or ill-treatment.<sup>32</sup>

While there is no precise definition of moral damages in international investment law, they have been generally understood as “a damage that is not material”.<sup>33</sup> Another example for understanding the substance of moral damages can be provided by the Harvard Draft Convention on the International Responsibility of States for Injuries to Aliens, which considers moral damages as “damages for bodily or mental harm, for mistreatment during detention, or for deprivation of liberty shall include compensation for past and prospective: (a) harm to the body or mind; (b) pain, suffering and emotional distress”.<sup>34</sup>

Hence, material damage is reflected in monetary terms, but moral damages “cannot be objectively quantified”,<sup>35</sup> since they primarily involve different notions of moral sufferings that cannot be evaluated in the same way as material harm. Therefore, although moral damages have been gradually recognized in recent years, most investment tribunals have been cautious in granting moral damages claims.<sup>36</sup>

Generally, moral damages can be understood in three dimensions:<sup>37</sup> (i) as damage to personality rights of individuals; (ii) as damage to reputation,<sup>38</sup> and (iii) as legal damage.<sup>39</sup> Naturally, damage to the personality rights of individuals is understood as “perhaps the most common and obvious form of moral damage”.<sup>40</sup> Such damage may include “individual pain and suffering, loss of loved ones or personal affront associated with an intrusion on one’s home or private life”.<sup>41</sup> However, it is still unclear whether a Respondent state involved in investment disputes can also be awarded moral damages. On the one hand, states have often claimed moral damages in their arguments<sup>42</sup> as the “personification of the legal order and honour of the nation enjoys respect for its moral and political personality”.<sup>43</sup> On the other hand, it is noteworthy that there is no case law confirming that moral damages have ever been awarded to them. For instance, in *Benvenuti & Bonfant v. People’s Republic of the Congo* the government of Congo in its counterclaim requested the same amount of prejudice moral as the Claimant. The government

<sup>27</sup> ICSID. *Pey Casado v. Chile* (I). Case no. ARB/98/2. Decision on Annulment of 8 January 2020. §716; CIRDI. *Lundin Tunisia B.V. v. Republic of Tunisia*. Case no. ARB/12/30. Sentence (extraits) of 22 December 2015. §374; ICSID. *Border Timbers v. Zimbabwe*. Case no. ARB/10/25. Award of 28 July 2015. §905; ICSID. *von Pezold and others v. Zimbabwe*. Case no. ARB/10/15. Award of 28 July 2015. §908; ICSID. *OIEG v. Venezuela*. Case no. ARB/11/25. Award of 10 March 2015. §906; ICSID. *Lemire v. Ukraine* (II). Case no. ARB/06/18. Decision on Jurisdiction and Liability of 14 January 2010. §476; Houtte H., McAsey B. *Future Damages in Investment Arbitration — a Tribunal with a Crystal Ball? / Practising Virtue / ed. by D.D. Caron, S.W. Schill, A. Smutny, E.E. Triantafyllou*. Oxford University Press. 2015. P. 2; Marchili S. *Unexceptional Circumstances: Moral Damages in International Investment Law // Third Annual Investment Treaty Arbitration*. 2010. P. 213, 223.

<sup>28</sup> ICSID. *Cementownia “Nowa Huta” S.A. v. Republic of Turkey*. Case no. ARB(AF)/06/2. Award of 17 September 2009, §169.

<sup>29</sup> ICSID. *Border Timbers v. Zimbabwe*. §906; ICSID. *von Pezold and others v. Zimbabwe*. §909; ICJ. *Ahmadou Sadio Diallo (Republic of Guinea v. Democratic Republic of the Congo)*. §18.

<sup>30</sup> Dumberry P. *Satisfaction as a Form of Reputation for Moral Damages Suffered by Investors and Respondent States in Investor-State Arbitration Disputes // Journal of International Dispute Settlement*. 2012. Vol. 3. № 1. P. 5.

<sup>31</sup> *Ibid.*

<sup>32</sup> ICSID. *OIEG v. Venezuela OI European Group B.V. v. Bolivarian Republic of Venezuela*. Case no. ARB/11/25. Award of 10 March 2015.

<sup>33</sup> ICJ. *Ahmadou Sadio Diallo (Republic of Guinea v. Democratic Republic of the Congo)*... §18.

<sup>34</sup> Sohn L.B., Baxter B.B. *Draft Convention on the International Responsibility of States for Injuries to Aliens // American Journal of International Law*. 1961. Vol. 55. № 3. P. 548–584.

<sup>35</sup> Weber S. *Demystifying Moral Damages in International Investment Arbitration // The Law and Practice of International Courts and Tribunals*. 2020. Vol. 19. P. 417–450.

<sup>36</sup> ICSID. *OI European Group BV v. Bolivarian Republic of Venezuela*. Case no. ARB/11/25. Award of 10 March 2015. §910–917; ICSID. *Lemire v. Ukraine*. Decision on Jurisdiction and Liability of 14 January 2010. §333; ICSID. *Desert Line Projects LLC v. Republic of Yemen*. Case no. ARB/05/17. Award of 6 February 2008. §291.

<sup>37</sup> Sabahi B. *Compensation and Restitution in Investor-State Arbitration*. Oxford : Oxford University Press. 2011. P. 136–7.

<sup>38</sup> UNCITRAL. *Zhongshan Fucheng v. Nigeria*. Final Award of 26 March 2021. §177; ICSID. *Desert Line Projects LLC v. Republic of Yemen*. §290.

<sup>39</sup> ICSID. *Desert Line Projects LLC v. Republic of Yemen*. §289; CCJA. *Africard Co Ltd. v. State of Niger*. Case no. 003/2013/ARB. Final Award of 6 December 2014. §45; ICSID. *Benvenuti & Bonfant v. Congo*. Case no. ARB/77/2. Award of 8 August 1980. §4.96.

<sup>40</sup> Ehle B., Dawidowicz M. *Op.cit.* P. 294.

<sup>41</sup> ARSIWA, with commentaries. Article 36. §16. P. 32, 40.

<sup>42</sup> SCC. *Limited Liability Company Amto v. Ukraine*. Case no. 080/2005. Award of 26 March 2008. §116–118.

<sup>43</sup> Wittich S. *Op.cit.* P. 321, 336.

argued that the water production plant was unfinished, the sanitary standards were not complied with, and the fact of being brought before the tribunal was unjust.<sup>44</sup> However, the tribunal unsurprisingly concluded that this was all due to the own actions of the respondent, hence “there is no question of the Government having suffered prejudice moral and that for this reason its counterclaim has no basis in law at all”.<sup>45</sup>

A similar argument was brought by Turkey in *Europe Cement v. Turkey*, when it asked the tribunal to award it compensation “for the moral damage it has suffered to its reputation and international standing through the bringing of a claim that is baseless and founded on fabricated documents”.<sup>46</sup> Notably, Turkey relied on *Desert Line v. Yemen*, in which the tribunal awarded US\$1 million in moral damages for reputational harm. In turn, Europe Cement argued that the facts of the two cases were completely different, as there was no physical duress of the respondent in the way there was in *Desert Line*. In the end, the tribunal did not award moral damages as it could not conclude that “exceptional circumstances such as physical duress are present in this case to justify moral damages”.<sup>47</sup>

Another case where the state had tried to claim moral damages was *Cementownia v. Turkey*, in which Turkey argued that the conduct of the claimant had been “egregious and malicious”.<sup>48</sup> Namely, Turkey insisted that Cementownia made spurious allegations with the intent of “damaging Turkey’s international stature and reputation”.<sup>49</sup> However, the tribunal found it “doubtful that such a general principle [of abuse of process] may constitute a sufficient legal basis for granting compensation for moral damages”.<sup>50</sup> Hence, the request of the respondent for moral damages was dismissed.

Given the above, the historical background behind moral damages sheds a light on their place in international law. At the first glance, moral damages reflect the international customary principle of full reparation, which was codified by ARSIWA, and further reflected in *Lusitania* case. On the other hand, it is clear that international law has not been overly concerned with their assessment within the last hundred years. As such, despite their almost universal acceptance by international courts and tribunals, neither BITs, nor any other investment law document provide any guidance for tribunals on how to approach moral damages, making their assessment a modern enigma of international law.

## 2. Tests applied by tribunals for the award of moral damages

There is no shortage of opinions among international tribunals on the test to be applied in awarding moral damages. Since there is no consistency, tribunals often have to create their own tests based on rejections of certain principles, rather than on affirmative findings. As such, tribunals have already rejected the abuse of process and absence of economic harm as reasonable grounds for the award of moral damages.<sup>51</sup> In the meanwhile, the doctrine of “clean hands” has been known to preclude the award of moral damages.<sup>52</sup> Notably, it is easier to say what makes arbitrators reject moral damages rather than award them. As such, moral damages claims are usually rejected due to the lack of proof,<sup>53</sup> lack of tribunal competence,<sup>54</sup> non-existence of the treaty breach,<sup>55</sup> lack of entitlement under the applicable domestic law,<sup>56</sup> absence of the fee payment.<sup>57</sup>

<sup>44</sup> ICSID. *Benvenuti & Bonfant v. People’s Republic of the Congo*... §4.120.

<sup>45</sup> *Ibid.*, §4.121–4.122.

<sup>46</sup> ICSID. *Europe Cement Inv. & Trade S.A. v. Republic of Turkey*. Case no. ARB(AF)/07/2. Award of 13 August 2009. §177.

<sup>47</sup> *Ibid.*, §181.

<sup>48</sup> ICSID. *Cementownia “Nowa Huta” S.A. v. Republic of Turkey*. §165.

<sup>49</sup> *Ibid.*

<sup>50</sup> *Ibid.*, §170.

<sup>51</sup> *Ibid.*; ICSID. *Rompetrol v. Romania*. Case no. ARB/06/3. Award of 6 May 2013. §293.

<sup>52</sup> PCA. *KCI v. Gabon*. Case no. 2015–25. Final award of 23 December 2016. §285; CNUDCI. *Al Warraq v. Indonesia*. Final Award of 15 December 2014. §654.

<sup>53</sup> PCA. *Bank Melli and Bank Saderat v. Bahrain*. Case no. 2017–25. Final Award of 9 November 2021. §793, 794; ICSID. *Funnekotter v. Zimbabwe*. Case no. ARB/05/6. Award of 22 April 2009. §139, 140; ICSID. *Arif v. Moldova*. Case no. ARB/11/23. Award of 8 April 2013. §584, 590–593, 597, 602–615; ICSID. *Toto v. Lebanon*. Case no. ARB/07/12. Award of 7 June 2012. §255; ICSID. *Caratube v. Kazakhstan (I)*. Case no. ARB/08/12. Award of 5 June 2012. §212, 468, 469, 470; ICSID. *Inmaris Perestroika v. Ukraine*. Case no. ARB/08/8. Award of 1 March 2012. §428; ICSID. *Roussalis v. Romania*. Case no. ARB/06/1. Award of 7 December 2011. §166, 167; ICSID. *MMS v. Central African Republic*. Case no. ARB/07/10. Award of 12 May 2011. §423, 435; SCC. *Bogdanov v. Moldova (III)*. Case no. 114/2009. Final Award of 30 March 2010. §37, 61, 98.

<sup>54</sup> PCA. *Bahgat v. Egypt (I)*. Case no. 2012–07. Final Award of 23 December 2019. §519–521.

<sup>55</sup> ICSID. *Aven and others v. Costa Rica*. Case no. UNCT/15/3. Final Award of 18 September 2018. §688.

<sup>56</sup> SCC. *Bogdanov v. Moldova (III)*... §98.

<sup>57</sup> MCCI. *OKKV v. Kyrgyzstan*. Case no. A–213/10. Award of 21 November 2013. §158.

Therefore, as different tribunals apply different approaches it can be hard to find some common ground with regard to the test to be applied. However, the case law within investment arbitration compensates for the lack of such unified test by providing a number of tests with different requirements.

## 2.1. The problem of evidence

Investment tribunals have numerous referred to the insufficiency of evidence in the context of moral damages in investment claims.<sup>58</sup> As such, evidence “must be sufficiently clear to prove a chain of causality that is sufficiently proximate”.<sup>59</sup> Hence, the following question inevitably arises: do moral damages always entail a certain degree of arbitrariness and speculation?

For instance, in *Benvenuti & Bonfant v. People’s Republic of the Congo* the claimant initiated arbitration with regard to the alleged expropriation that had taken place due to the actions of People’s Republic of the Congo. As a result of the respondent breaches, the claimant requested CFA 250 million for moral damages arising out of, inter alia, “lost work and investment opportunities in Italy”.<sup>60</sup>

Although the tribunal awarded *prejudice moral* to the investor in the amount of CFA 5 million, it highlighted that the investor had presented “simple statements, unsupported by any concrete evidence”.<sup>61</sup> As such, the tribunal was not convinced that even “after receiving the compensation owed to it, with interest, [the claimant] would have the possibility to work or to invest or to resume its activities in Italy or elsewhere”.<sup>62</sup> Further, the tribunal “had reason to doubt”<sup>63</sup> that the claimant “lost its credit with its suppliers or bankers or that it could not obtain the necessary personnel”.<sup>64</sup> It is also notable that although the tribunal did not elaborate on the legal test employed, it relied on Congolese law which akin to French law<sup>65</sup> allowed moral damages.

In a similar manner, in *Rompetrol v. Romania* the tribunal denied moral damages to the claimant since it failed “to produce any reliably concrete evidence of actual losses”.<sup>66</sup> In that case, the tribunal was unprepared to “subvert the burden of proof and the rules of evidence”<sup>67</sup> by resorting to a “purely discretionary award of moral solace”.<sup>68</sup> Following this line of reasoning, the tribunal in *Amoco v. Iran* asserted that “one of the best settled rules of the law of international responsibility of States” is that “no reparation for speculative or uncertain damages can be awarded”.<sup>69</sup>

In another case of *Tecmed v. Mexico* the tribunal granted compensation to a Spanish company, which claimed that Mexico had indirectly expropriated the claimant’s investment, and breached fair and equitable treatment standard. However, the tribunal denied moral damages “due to the absence of evidence proving that the actions attributable to the respondent <...> affected the Claimant reputation and therefore caused the loss of business opportunities for the Claimant”.<sup>70</sup>

## 2.2. Exceptional circumstances test

In the meanwhile, despite the promising search for the perfect test to evaluate moral damages, it has long been established that only exceptional events may serve as grounds for the award of moral damages.<sup>71</sup>

The exceptional circumstances test proposed by the *Desert Line* tribunal, which held that “a party may, in exceptional circumstances, ask for compensation for moral damages”,<sup>72</sup> is often relied upon in the

<sup>58</sup> ICSID. *Técnicas Medioambientales Tecmed, SA v. United Mexican States*. Case no. ARB(AF)/00/2. Award of 29 May 2003. §198.

<sup>59</sup> Weber S. *Op.cit.* P. 449.

<sup>60</sup> ICSID. *Benvenuti & Bonfant SARL v. People’s Republic of Congo*. §4.95.

<sup>61</sup> *Ibid.*, §4.96.

<sup>62</sup> *Ibid.*

<sup>63</sup> *Ibid.*

<sup>64</sup> *Ibid.*, §4.95.

<sup>65</sup> French Civil Code, Article 1382.

<sup>66</sup> ICSID. *Rompetrol v. Romania*. §293.

<sup>67</sup> *Ibid.*, §289.

<sup>68</sup> *Ibid.*, §293.

<sup>69</sup> Iran-United States Claims Tribunal. *Amoco International Finance Corp. v. Islamic Republic of Iran*. Case no. 56. Partial Award of 14 July 1987. §238.

<sup>70</sup> ICSID. *Técnicas Medioambientales ‘Tecmed’, S.A. v. Mexico*. §198.

<sup>71</sup> ICSID. *Desert Line Projects LLC v. Republic of Yemen*. §289; ICSID. *Joseph Charles Lemire v. Ukraine*. Case no. ARB/06/18. Award of 28 March 2011. §326; ICSID. *Arif v. Moldova*, §584; ICSID. *Quiborax S.A. v. Plurinational State of Bolivia*. Case no. ARB/06/2. Award of 16 September 2015. §618; UNCITRAL. *Oxus Gold v. The Republic of Uzbekistan*. Final Award of 17 December 2015. §895.

<sup>72</sup> ICSID. *Desert Line Projects LLC v. Republic of Yemen*. §289.

practice of international tribunals both by parties and tribunals.<sup>73</sup> Following the violent events between the claimant personnel, the respondent and armed groups, Yemen manipulated the claimant into privately signing a settlement agreement, which the company had no intention of signing but did anyway to avoid being harmed by the state. Hence, Desert Line argued that the respondent “created severe pressures both economic and relating to the physical security of claimant’s investment — to build up in such a manner so as to coerce Claimant into the Settlement Agreement dictated by the Respondent”.<sup>74</sup>

As a result, the claimant requested a sum of over US\$ 100 million of moral damages on the basis of emotional distress and reputational harm suffered by the investor due to Yemen’s actions. In particular, the investor sought moral damages including loss of reputation for having suffered “the stress and anxiety of being harassed, threatened and detained by the Respondent as well as by armed tribes”.<sup>75</sup>

In its decision the tribunal again referred to *Lusitania* case by calling the non-material damages “very real”.<sup>76</sup> The tribunal further concluded that the claimant has suffered the “malicious” and “constitutive of a fault-based liability” due to “physical duress exerted on the executives of Claimant”.<sup>77</sup> Hence, Yemen was “liable to reparation for the injury suffered <...> whether it be bodily, moral or material in nature”.<sup>78</sup> Nevertheless, the tribunal concluded that the amount requested by the claimant was disproportionate and “exaggerated”, and therefore awarded US\$1 million for moral damages, which was “more than symbolic yet modest”.<sup>79</sup> The tribunal did not specify the objective criteria on which arbitrators based their decision on.

Hence, however small, compensation for moral damages was awarded for the first time in history. Yet in the absence of a strict test, it is clear that tribunals exercise subjective quantification of damages, calling the sum they personally deem inappropriate “exaggerated”. Furthermore, the tribunal did not introduce or explain the idea behind its method for quantifying damages based on the exceptional circumstances test. That said, it also considered the existence of fault to be a necessary pre-requisite for the award of moral damages, which partially contradicts the common approach.<sup>80</sup>

All in all, even though the *Desert Line* tribunal made a groundbreaking decision by being the first to award compensation for moral damages, the assessment of which are “difficult if not impossible”,<sup>81</sup> the way of reliance on exceptional circumstances test had been far from perfect. Unsurprisingly, the test has often been called a “wildcard”<sup>82</sup> or “another undefined term”<sup>83</sup> as it merely provided tribunals an opportunity to evaluate compensation claims at their own discretion.

### 2.3. The *Lemire* test

In *Lemire*, which concerned the alleged breach by Ukraine of the USA-Ukraine BIT, the tribunal introduced a three-part test for the award of moral damages which allowed the award of moral damages in the following cases: first, “the State’s actions imply physical threat, illegal detention or other analogous situations in which the ill-treatment contravenes the norms according to which civilised nations are expected to act; second, the State’s actions cause a deterioration of health, stress, anxiety, other mental suffering such as humiliation, shame and degradation, or loss of reputation, credit and social position; third, both cause and effect are grave or substantial”.<sup>84</sup>

In its submission the claimant, a US investor in a Ukraine broadcasting company, relied on the infamous *Lusitania* case to argue that “injuries that result in mental suffering, injury to his feelings, humiliation”<sup>85</sup> are entitled to compensation. Mr Lemire sought moral damages due to the actions of the

<sup>73</sup> Ad Hoc Tribunal. *Oxus Gold v. Uzbekistan*. Final Award of 17 December 2015, §895; ICSID. *Quiborax v. Bolivia*, §618; ICSID. *Border Timbers v. Zimbabwe*, §905; ICSID. *von Pezold and others v. Zimbabwe*, §908; ICSID. *Arif v. Moldova*, §592, 606; ICSID. *Tza Yap Shum v. Peru*. Case no. ARB/07/6. Award of 7 July 2011. §281.

<sup>74</sup> ICSID. *Desert Line Projects LLC v. Republic of Yemen*. §146.

<sup>75</sup> *Ibid.*, §286.

<sup>76</sup> *Ibid.*, §289.

<sup>77</sup> *Ibid.*, §290.

<sup>78</sup> *Ibid.*

<sup>79</sup> *Ibid.*

<sup>80</sup> ICSID. *CMS Gas Transmission Co. v. Argentina*. Case no. ARB/01/8. Award of 12 May 2005. §280; LCIA. *Occidental Exploration & Production Company v. Ecuador*. Award of 1 July 2004. Case no. UN 3467. §186.

<sup>81</sup> ICSID. *Desert Line Projects LLC v. Republic of Yemen*. §289.

<sup>82</sup> Weber S. *Op.cit.* P. 447.

<sup>83</sup> *Ibid.*

<sup>84</sup> ICSID. *Joseph Charles Lemire v. Ukraine (II)*. §333.

<sup>85</sup> Mixed Claims Commission. *Opinion in the Lusitania cases*. P. 40.



Ukrainian authorities, which denied the claimant applications for new radio frequencies. In turn, Ukraine contested that the conditions for the test had not been complied with while referring to the *Siag* case, where the tribunal rejected the claim as “the exceptional circumstances threshold is very high and applies only to extreme cases of harassment”.<sup>86</sup>

Although the tribunal acknowledged the ill-treatment the claimant had suffered in the *Lemire* case it found that “the moral aspects of his injuries have already been compensated by <...> economic compensation, while the extraordinary tests required for the recognition of separate and additional moral damages have not been met in this case”,<sup>87</sup> hence why a separate redress for moral damages<sup>88</sup> was not necessary. Interestingly, the tribunal confirmed that no precise definition of exceptional circumstances exists, and it “must be induced from case law”.<sup>89</sup> In this regard, one can also suggest that due to the inconsistency of case law, such *inducing* would inevitably lead to the tribunals awarding moral damages at their discretion.

The tribunal also highlighted that the claimant conduct towards the Ukrainian authorities “may have appeared rude and disrespectful”,<sup>90</sup> which “reinforce[d] the conclusion that a separate redress for moral damages is not appropriate”.<sup>91</sup> The tribunal’s remark may illustrate the shift that occurred in the nature of moral damages which started turning away from compensatory towards more equitable.

In *Quiborax S.A. v. Plurinational State of Bolivia*, the tribunal also confirmed the high level of threshold to award moral damages.<sup>92</sup> It is worth noting, however, that the given approach indeed sets out rather strict conditions for the exceptional circumstances test to be met, and has often been criticised due to its unreasonable harshness. For example, the tribunal in the case *Arif v. Moldova* characterised it as “based on a limited discussion of three cases, with no broader consideration of underlying principles or policies, <...> which should not be taken as a cumulative list of criteria that must be demonstrated for an award of moral damages”.<sup>93</sup> It thus rejected the claim for moral damages as “it did not reach a level of gravity and intensity which would allow it to conclude that there were exceptional circumstances which would entail the need for a pecuniary compensation for moral damages”.<sup>94</sup>

Nevertheless, even though the moral damages claim was rejected, the tribunal still made a number of very important findings. As such, it once again reestablished the high threshold of exceptional circumstances, setting a very strong ground for future rejections of moral damages claims due to the inconsistency with such threshold,<sup>95</sup> as well as for the effect of overpowering between moral and economic.

Another important case is *Pezold v. Zimbabwe*, which concerned the alleged seizure by Zimbabwe of the farms and farmland belonging to the Pezold family. The claimant requested the moral damages to be awarded in the amount similar to the one requested by the claimant in the *Lemire* case, asserting that it had suffered losses due to the respondent’s threats, attacks, and humiliations.

Relying on *Desert Line*, the tribunal argued that “although it is difficult to substantiate an appropriate sum for moral damages, [it] should not be a deterrent”.<sup>96</sup> Further using the *Lemire* test, the tribunal analysed moral damages from the point of view of all claimants, and awarded moral damages in the amount of US\$ 1 million for stress and anxiety.

Therefore, although the tribunal was consistent in once again using the *Lemire* test, it did not analyse the nature of the awarded amount. Indeed, due to the absence of an objective standard in quantification of damages, the existing case law raises more flaws and questions than answers. Hence, it would have provided an effective approach if the tribunals explored the notion behind such symbolic awards.

<sup>86</sup> ICSID. *Joseph Charles Lemire v. Ukraine (II)*. §321.

<sup>87</sup> *Ibid.*, §344.

<sup>88</sup> *Ibid.*, §345.

<sup>89</sup> *Ibid.*, §326.

<sup>90</sup> *Ibid.*, §345.

<sup>91</sup> *Ibid.*

<sup>92</sup> ICSID. *Quiborax S.A. v. Plurinational State of Bolivia*. §618.

<sup>93</sup> ICSID. *Arif v. Moldova*. §590.

<sup>94</sup> *Ibid.*, §615.

<sup>95</sup> SCC. *Ascom Group S.A., Anatolie Stati, Gabriel Stati and Terra Raf Trans Trading Ltd. v. Republic of Kazakhstan (I)*. Case no. 116/2010. Award of 19 December 2013. §1782.

<sup>96</sup> ICSID. *Bernhard von Pezold and others v. Republic of Zimbabwe*. Case no. ARB/10/15. Award of 8 July 2010. §910.

### 3. Evaluation of moral damages and the problem of methodology: a human way out?

Naturally, determining the quantum of damages is one of the most difficult<sup>97</sup> issues in the context of compensation in international investment arbitration. Evaluating moral damages is even more challenging because these damages are intangible, hence not easy to quantify. And though the issue of evaluation of damages now attracts attention of a great number of scholars, as well as arbitrators in investment disputes, this was not always the case.<sup>98</sup>

As such, moral damages have typically been awarded as compensation<sup>99</sup> or satisfaction.<sup>100</sup> The ICJ in the *Guinea v. Democratic Republic of the Congo* case suggested taking into account the “equitable considerations” for the quantum of moral damages.<sup>101</sup> As was stated by the tribunal in the landmark *Lusitania* case, evaluation of moral damages is “manifestly impossible to compute mathematically or with any degree of accuracy or by any use of any precise formula”.<sup>102</sup> That said, this inevitably creates a risk that the tribunal “will pick a figure out of the air”.<sup>103</sup>

The fact of these difficulties “furnishes no reason the wrongdoer should escape repairing his wrong or why he who has suffered should not receive reparation therefore measured by rules as nearly approximating accuracy as human ingenuity can devise”.<sup>104</sup> Likewise, in *Desert Line v. Yemen* it was asserted that “it is difficult, if not impossible, to substantiate a prejudice of this kind”,<sup>105</sup> still characterising moral damages as “very real”.<sup>106</sup> In the end, the tribunal in *Desert Line* awarded moral damages in the amount of US\$1 million, describing the initial amount requested by the claimant as exaggerated.

Due to the lack of consensus among investment tribunals<sup>107</sup> as regards the method of evaluation of moral damages, no uniform approach exists. In some cases, tribunals may rely on domestic law to quantify the amount of moral damages. For instance, in *Al-Kharafi & Sons Co. v. The Government of the State of Libya* the tribunal granted an investor US\$30 million of moral damages relying on the Libyan Civil Code which provides that compensation covers moral injury.<sup>108</sup> Similarly, in another case the tribunal relied on Egyptian law when awarding US\$2 million of moral damages to a state tourism authority because a private firm created a “very bad image of the country”.<sup>109</sup> In contrast, in *Generation v. Ukraine* the tribunal rejected a claim due to the fact that the law applicable to the claim for moral damages was Ukrainian law and thus outside the scope of the tribunal’s jurisdiction *ratione materiae*.<sup>110</sup>

Notably, international human rights law has often dealt with the issue of moral damages in the practice of ECtHR and other tribunals in a more extensive way.<sup>111</sup> For this reason, quantification of moral damages in investment law may rely on human rights jurisprudence. For instance, in the *Diallo* case the ICJ awarded the claimant US\$85 thousand for “moral and mental harm, including emotional pain, suffering and shock, as well as the loss of his position in society and injury to his reputation as a result of his

<sup>97</sup> ICSID. *Desert Line Projects LLC v. Republic of Yemen*. §289.

<sup>98</sup> Aaken A. van *Primary and Secondary Remedies in International Investment Law and National State Liability: A Functional and Comparative View // International Investment Law and Public Law* / ed. by S. Schill. Oxford : Oxford University Press, 2010. P. 721–754, 722.

<sup>99</sup> Ad hoc Arbitration. *Zhongshan Fucheng v. Nigeria*. Final Award of 26 March 2021. §178; ICSID. *Border Timbers v. Zimbabwe*. §916; ICSID. *von Pezold and others v. Zimbabwe*. §920, 921.

<sup>100</sup> ICSID. *Europe Cement v. Turkey*. §180, 181; CIRDI. *Pey Casado v. Chile (I)*. Sentence of 8 May 2008. §704.

<sup>101</sup> ICJ. *Ahmadou Sadio Diallo (Republic of Guinea v. Democratic Republic of the Congo)*. §24.

<sup>102</sup> Mixed Claims Commission. *Opinion in the Lusitania cases*. P. 36.

<sup>103</sup> Parish M., Nelson A., Rosenberg C. *Awarding Moral Damages to Respondent States in Investment Arbitration // Berkeley Journal of International Law*. 2011. Vol. 29. № 1. P. 225.

<sup>104</sup> *Ibid.*

<sup>105</sup> ICSID. *Desert Line Projects LLC v. The Republic of Yemen*. §289.

<sup>106</sup> *Ibid.*

<sup>107</sup> ICSID. *Rompotrol v. Romania*. §289; ICSID. *Desert Line Projects LLC v. Republic of Yemen*. §291; ICSID. *Benvenuti & Bonfant v. Congo*. §4.96.

<sup>108</sup> Libyan Civil Code, Article 225(1); *Mohamed Abdulmohsen Al-Kharafi and Sons v. Libya, Economy Ministry of Libya*. Finance Ministry of Libya and General Board of Investment Promotion and Privatization and the Libyan Investment Authority. Award of 22 March 2013. §365–370.

<sup>109</sup> CRCICA. Case no. 117/1998. Final award of 17 March 1999 / *Arbitral Awards of the Cairo Regional Centre for International Commercial Arbitration II 1997–2000* / ed. by M. I. Alamedin. Kluwer Law International. 2003. P. 125–128; Egyptian Civil Code, Article 222(1).

<sup>110</sup> ICSID. *Generation Ukraine, Inc. v. Ukraine*. Case no. ARB/00/9. Award of 16 September 2003. §17.6.

<sup>111</sup> ECtHR. *Byrzykowski v. Poland*. Application no. 11562/095. Judgement of 27 June 2006. §50, 127; ECtHR. *Papamichalopoulos v. Greece*. §41–43; ECtHR. *Case of Elci and Others v. Turk*. Application no. 23145/93. Judgement of 13 November 2003. §723–729; ECtHR. *Perks and others v. The U.K.* Application no. 25277/94. Judgement of 12 October 1999. §78–82; ECtHR. *Cf. Ruiz Torija v. Spain*. Judgement of 9 December 1994. §33; ECtHR. *Boner v. the United Kingdom*. Judgement of 28 October 1994. §46; *Kroon and Others v. the Netherlands*. Judgement of 27 October 1994. §45; ECtHR. *Darby v. Sweden*. Judgement of 23 October 1990. §39–40; ECtHR. *Koendjibiharie v. the Netherlands*. Judgement of 25 October 1990. §34; ECtHR. *McCallum v. the United Kingdom*. Judgement of 30 October 1990. §35; Shelton D. *Remedies in International Human Rights Law*. Oxford University Press. 2005. P. 248.

arrests, detentions and expulsion by the DRC”.<sup>112</sup> When making its decision the Court relied on the United Nations Human Rights Committee, the African Commission on Human and People’s Rights, and decisions of other international organs. Such a systemic approach seems reasonable in case of human rights violations.

On the other hand, the approach of relying on international human rights law in calculation of investment damages has long been deemed “inadequate”,<sup>113</sup> and taken with a certain degree of caution. While investment law aims at providing protection to foreign investors, the very notion of human rights law is concerned with protecting the rights of the people under the state jurisdiction. And finally, it is argued that the approach of rapprochement between compensation in investment arbitration and human rights can lead to inadequate compensation sums<sup>114</sup> awarded by tribunals. Nevertheless, despite the possible critique, investment tribunals should not turn a blind eye to the existing practice of human rights instruments as “international investment protection and human rights are not separate worlds”<sup>115</sup> but rather very close “in their protection of the individual against the power of the State”.<sup>116</sup>

The precise amount of damages awarded indeed varies from case to case. Generally, it seems like tribunals are more prone to either awarding a symbolic sum,<sup>117</sup> or a medium number of US\$1 million.<sup>118</sup> Indeed, it is very rare that tribunals award large sums.<sup>119</sup> In this regard, it seems *unfair* that victims of state violations cannot rely on a strict test of quantification set down specifically for evaluation of moral damages. On the one hand, it is true that human rights cases differ from investor-state disputes where tribunals are generally more concerned with compensating rather than with punishing the wrongdoer (hence the allegedly compensatory nature of moral damages). On the other hand, the recent practice shows that there is a growing pattern<sup>120</sup> of invoking human rights law with regard to those affected by investors’ actions, rather than with regard to investors suffering because of the state.<sup>121</sup>

Additionally, one also cannot ignore the impact of the chilling effect on compensation awards. The chilling effect is related to regulatory chill, which is the phenomenon “when governments will respond to a high threat of investment arbitration by failing to enact or enforce *bona fide* regulatory measures (or by modifying measures to such an extent that their original intent is undermined or their effectiveness is severely diminished)”.<sup>122</sup> As such, this phenomenon can adversely affect the enactment of particularly needed provisions in the areas of international environmental law or human rights law.

It is worth noting that the practice with respect to the interest in the award of moral damages also differs. According to Article 38 ARSIWA, “interest on any principal sum due under this chapter shall be payable, when necessary, in order to ensure full reparation”. For instance, in *Benvenuti & Bonfant*, which had been analysed above, the tribunal also awarded interest on compensation for moral damages. That said, in the *Desert Line* case the tribunal asserted that with regard to moral damages, “there should not be granted any interest because this amount is at the entire discretion of the Arbitral Tribunal”.<sup>123</sup>

As for pre- and post-award interest, some tribunals do not differentiate between the two. For instance, in the *Micula v. Romania* the tribunal stated that “does not see why the cost of the deprivation of money (which interest compensates) should be different before and after the Award”.<sup>124</sup> On the other hand, some tribunals do. As was confirmed in the *Gold Reserve v. Venezuela* case, “the purpose of post-Award

<sup>112</sup> ICJ. *Ahmadou Sadio Diallo (Republic of Guinea v. Democratic Republic of the Congo)*. §19.

<sup>113</sup> Weber S. *Op.cit.* P. 417–450.

<sup>114</sup> Ad hoc Arbitration. *Zhongshan Fucheng v. Nigeria*. Final Award of 26 March 2021. §178; ICSID. *Benvenuti & Bonfant v. Congo*. §4.96.

<sup>115</sup> Simma B. *Foreign Investment Arbitration: A Place for Human Rights? II International and Comparative Law Quarterly*. Vol. 60. 2011. P. 576.

<sup>116</sup> *Ibid.*

<sup>117</sup> Ad hoc Arbitration. *Zhongshan Fucheng v. Nigeria*. §178; ICSID. *Benvenuti & Bonfant v. Congo*. §4.96.

<sup>118</sup> ICSID. *Border Timbers v. Zimbabwe*. §927; ICSID. *von Pezold and others v. Zimbabwe*. §932; ICSID. *Desert Line v. Yemen*. §291.

<sup>119</sup> *Africard Co Ltd. v. State of Niger*. Case No. 003/2013/ARB. Final Award of 6 December 2014. §45.

<sup>120</sup> ICSID. *Urbaser S.A. and Consorcio de Aguas Bilbao Bizkaia, Bilbao Biskaia Ur Partzuergoa v. The Argentine Republic* Award of 8 December 2016. §1187–1192, 1195–1199; Supreme Court of Canada. *Nevsun Resources Ltd. v. Gize Yebeyo Araya, Kesete Tekle Fshazion and Mihretab Yemane Tekle*, Case no. 37919. Judgement of 28 February 2020. §132.

<sup>121</sup> ICSID. *Urbaser S.A. and Consorcio de Aguas Bilbao Bizkaia, Bilbao Biskaia Ur Partzuergoa v. The Argentine Republic*. §1187–1192, 1195–1199, 1187–1192, 1195–1199.

<sup>122</sup> Tienhaara K. *Regulatory chill and the threat of arbitration: A view from political science II Evolution in Investment Treaty Law and Arbitration* / ed. by C. Brown, K. Miles. Cambridge: Cambridge University Press, 2011. P. 606–628.

<sup>123</sup> ICSID. *Desert Line Projects LLC v. Republic of Yemen*. §297.

<sup>124</sup> ICSID. *Micula v. Romania*. Award of 11 December 2013. §1269.

interest is arguably different — damages become due as at the date of the Award, and from this time, Respondent is essentially in default of payment”.<sup>125</sup>

Therefore, despite the lack of consensus in the existing case-law it only seems reasonable to suggest that post-award interest on moral damages should be granted as the money belongs to the claimant at that time, and until the moment of payment the claimant might not be able to invest it.

## Conclusion

To sum up, in recent years there has been an increased recognition of the importance of moral damages in international investment law. This recognition represents a significant step forward in protecting the rights of foreign investors and promoting a more equitable and predictable investment environment. Yet, the same problems persist.

The analysed case law illustratively shows that although moral damages claims are not alien to international law, they continue to hold one of the vaguest definitions in international investment law which allegedly does not always have a place for moral. Clearly, this is not true. Unsurprisingly, the problems associated with moral damages claims appear to be just as vague. In the area of international law where case law is both a starting and an end point, dealing with undefined notions can be a rather dangerous practice.

Although moral damages align with the international customary principle of full reparation, it is evident that international law has not prioritised their assessment in the past century. Despite their widespread acceptance by international courts and tribunals, neither BITs nor any other investment law documents provide guidance on how to approach moral damages. As a result, their assessment has become an unsolved problem of modern international law.

In addition, the absence of an unified test for quantification of moral damages claims leads to either a very high threshold as established by the *Lemire* tribunal, or the lack of such whatsoever, which again leads to rather broad and subjective decisions rendered by the tribunals. As a result, the harsh reality of most claims related to moral damages is either the lack of the award as such, or a merely symbolic sum awarded by the tribunal. However, there is always a silver lining. In this regard, in the absence of a clearly defined standard, it may be reasonable for investment tribunals to rely on human rights law, which has extensively dealt with the issue of moral damages, and continue advocating for the need for moral damages to be more *moral*.

---

## МОРАЛЬНЫЙ ВРЕД В МЕЖДУНАРОДНОМ ИНВЕСТИЦИОННОМ ПРАВЕ

ПОЛЬШАКОВА В. В.

Польшакова Виктория Владимировна — младший юрист, коллегия адвокатов «Ковалёв, Тугуши и Партнёры»<sup>126</sup>, Москва, Россия (polshakovavv@yandex.ru). ORCID: 0009-0008-8121-839X

### Аннотация

В данной статье рассматривается понятие морального вреда в международном инвестиционном арбитраже. Хотя в настоящее время действует более 2500 двусторонних инвестиционных договоров, ни один из них не регулирует моральный вред. Автор исследует исторический контекст, в котором формировался институт морального вреда, и приходит к выводу, что на протяжении последнего столетия международное право не уделяло должного внимания проблеме оценки такого ущерба. В результате, несмотря на едва ли не универсальное признание этого института международными судами и трибуналами, для трибуналов до сих пор не существует руководящих указаний о том, как подходить к возмещению морального вреда, что делает проблему его оценки актуальной для международного права. В статье освещаются причины, по которым суды либо полностью игнорируют требования о возмещении морального вреда, либо присуждают лишь символические суммы, связывая незначительные объемы возмещения с нематериальным характером морального вреда, отсутствием каких-либо конкретных доказательств или чрезвычайно высоким порогом доказывания. Автор приходит к выводу, что международному праву до сих пор не хватает четкого критерия для определения возмещения морального вреда. В отсутствие методологии оценки морального вреда трибуналы часто ссылаются на национальное право отечественных правовых систем вместо единого стандарта. В некоторых случаях трибуналы не приводят никаких обоснований или правовых оснований для такой оценки. Автор приходит к выводу, что при отсутствии единообразного стандарта инвестиционные трибуналы могут обратиться к инструментам, применяемым в области защиты прав человека, чтобы сделать оценку морального вреда более четкой и последовательной.

<sup>125</sup> ICSID. *Gold Reserve v. Venezuela*. Case No. ARB(AF)/09/1. Award of 22 September 2014. §856; Marboe I. *Calculation of Compensation and Damages in International Investment Law*. Oxford University Press, 2009. §6.243–6.246.

<sup>126</sup> Место работы автора, актуальное на момент принятия статьи к публикации.

## Ключевые слова

моральный вред, компенсация, урегулирование споров между инвесторами и государством

**Для цитирования:** Польшакова В.В. Моральный вред в международном инвестиционном праве // Журнал ВШЭ по международному праву (HSE University Journal of International Law). 2023. Т. 1. №. 3. P. 73–84.

<https://doi.org/10.17323/jil.2023.18757>

---

## References / Список источников

- Aaken A. van (2010) *Primary and Secondary Remedies in International Investment Law and National State Liability: A Functional and Comparative View*. In: Schill S. (ed.) *International Investment Law and Public Law*, Oxford: Oxford University Press.
- Conway B. (2012). *Moral Damages in Investment Arbitration: A Role for Human Rights?* *Journal of International Dispute Settlement*, vol. 3, no. 2, pp. 371–407.
- Dawidowicz M. (2013) *Moral Damages in Investment Arbitration*. In: J. Goldman (ed.) *WTO Litigation, Investment Arbitration, and Commercial Arbitration*, Alphen aan den Rijn, Netherlands: Kluwer Law International.
- Dumberry P. (2018). *Moral Damages in Contemporary and Emerging Issues on the Law of Damages and Valuation in International Investment Arbitration*. Leiden: Brill Nijhoff.
- Ehle B., Dawidowicz M. (2013) *Moral Damages in Investment Arbitration, Commercial Arbitration and WTO Litigation*. In: Goldman J. (ed.) *WTO Litigation, Investment Arbitration, and Commercial Arbitration*, Alphen aan den Rijn, Netherlands: Kluwer Law International.
- Houtte H. (2015) *Future Damages in Investment Arbitration — a Tribunal with a Crystal Ball?* In: Caron D., Schill S., Smutny S., Triantafilou E. (eds.) *Practicing Virtue*, Oxford: Oxford University Press.
- Ichim O. (2014) *Just Satisfaction under the European Convention on Human Rights*. In: Ichim O. (ed.) *Just Satisfaction under the European Convention on Human Rights*. Cambridge: Cambridge University Press.
- Jagusch S., Sebastian T. (2013) *Moral Damages in Investment Arbitration: Punitive Damages in Compensatory Clothing?* *Arbitration International*, vol. 29, no. 1, pp. 45–62.
- Lawry-White M. (2012) *Are Moral Damages an Exceptional Case?* *International Arbitration Law Review*, vol. 15, no. 6, pp. 236–239.
- Lunney M., Nolan D. (2017) *Tort Law: Text and Materials*. Oxford University Press.
- Marboe I. (2017) *Calculation of Compensation and Damages in International Investment Law*. Oxford University Press, 2nd ed.
- Marchili S. (2010) *Unexceptional Circumstances: Moral Damages in International Investment Law*. *Third Annual Investment Treaty Arbitration*.
- Parish M., Nelson A. (2011) *Awarding Moral Damages to Respondent States in Investment Arbitration*. *Berkeley Journal of International Law*, vol. 29, no. 1, pp. 235–238.
- Ripinsky S., Williams K. (2015) *Damages in International Investment Law*. British Institute of International and Comparative Law.
- Sabahi B. (2011) *Compensation and Restitution in Investor-State Arbitration*. Oxford University Press.
- Shelton D. (2005) *Remedies in International Human Rights Law*. Oxford University Press.
- Schwenzer I., Hachem P. (2011) *Moral Damages in International Investment Arbitration*. In: Kröll S. (ed.) *International Arbitration and International Commercial Law: Synergy, Convergence and Evolution*. Liber Amicorum Eric Bergsten, Alphen aan den Rijn, Netherlands: Kluwer.
- Tienhaara K. (2011) *Regulatory Chill and the Threat of Arbitration: A View from Political Science*. In: Brown C., Miles K. (eds.) *Evolution in Investment Treaty Law and Arbitration*, Cambridge University Press.
- Trenor J. A. (2022) *Guide to Damages in International Arbitration*. *Global Arbitration Review*.
- Weber S. (2020) *Demystifying Moral Damages in International Investment Arbitration*. *The Law and Practice of International Courts and Tribunals*, vol. 3, no. 19, pp. 417–450.
- Wittich S. (2004) *Non-Material Damage and Monetary Reparation in International Law*. *Finnish Yearbook of International Law*, pp. 321–368.

## ЭНЕРГЕТИЧЕСКИЙ СОЮЗ ЕВРОПЕЙСКОГО СОЮЗА КАК МЕХАНИЗМ ПРАВОВОГО РЕГУЛИРОВАНИЯ РАЗВИТИЯ ВНУТРЕННЕГО ЭЛЕКТРОЭНЕРГЕТИЧЕСКОГО РЫНКА

БЕЛОВА О.С.

**Белова Ольга Сергеевна** — кандидат юридических наук, специалист по международному энергетическому праву, Москва, Россия (osebelova@gmail.com). ORCID: 0000-0002-6559-6429

### Аннотация

В международных отношениях союз традиционно понимают как объединение, сотрудничество субъектов международного права. В данной работе рассматривается Энергетический союз Европейского союза — не как новый союз государств, но как механизм правового регулирования развития внутреннего электроэнергетического рынка Европейского союза. В соответствии с документами Европейского союза Энергетический союз представляет собой стратегию, определяющую механизмы правового регулирования и цели в области климатической нейтральности. При этом данные механизмы не подразумевают унификации национального законодательства государств — членов Европейского союза. В статье рассмотрены особенности реализации Энергетического союза как стратегии по двум направлениям: нормативное регулирование правоотношений в рамках формирования и функционирования внутреннего электроэнергетического рынка Европейского союза и создание системы планирования, мониторинга и управления реформированием внутреннего электроэнергетического рынка Европейского союза. В работе проведен анализ предпосылок и целей реформы внутреннего электроэнергетического рынка Европейского союза, включая рамочную программу в отношении политики в области энергетики и климата Европейского союза на период до 2030 года и Парижское соглашение об изменении климата. Рассмотрено состояние внутреннего электроэнергетического рынка и энергетической инфраструктуры Европейского союза после внедрения документов «третьего энергопакета» и перспективы реформы внутреннего электроэнергетического рынка Европейского союза, приведена оценка эффективности «четвертого энергопакета» Европейского союза.

### Ключевые слова

внутренний электроэнергетический рынок Европейского союза, Энергетический союз Европейского союза, устойчивое развитие, низкоуглеродная энергетика.

**Для цитирования:** Белова О. С. Энергетический союз Европейского союза как механизм правового регулирования развития внутреннего электроэнергетического рынка // Журнал ВШЭ по международному праву (HSE University Journal of International Law). 2023. Т. 1. №. 3. С. 85–97.

<https://doi.org/10.17323/jil.2023.18930>

### Введение

В 2023 году в Российской Федерации вступил в силу ряд комплексных изменений в законодательство, затронувших реформирование системы перспективного развития электроэнергетики<sup>1</sup>. Параллельно в Российской Федерации и Евразийском экономическом союзе (далее — ЕАЭС) проводится работа по созданию механизмов правового регулирования в целях реформирования и развития системы цифровой сертификации электроэнергии, производимой на возобновляемых (низкоуглеродных) источниках, и созданию системы обращения «зеленых» сертификатов. При разработке указанного Федерального закона учитывалась необходимость достижения целей Парижского соглашения<sup>2</sup> и Целей устойчивого развития ООН<sup>3</sup>, равно как и необходимость решения задач, обеспечивающих достижение Российской Федерацией углеродной нейтральности не позднее 2060 года и внедрение общепринятого в мировой практике экономико-правового инструментария, используемого на рынках «зеленой» электрической энергии и при количественном определении косвенных выбросов парниковых газов, связанных с

<sup>1</sup> Федеральный закон от 11.06.2022 № 174-ФЗ «О внесении изменений в Федеральный закон «Об электроэнергетике» и отдельные законодательные акты Российской Федерации» // <http://publication.pravo.gov.ru/Document/View/0001202206110023?ysclid=lqo8jfl0lxv984039755>, дата опубликования: 11.06.2022; Постановление Правительства Российской Федерации от 30.12.2022 № 2556 «Об утверждении Правил разработки и утверждения документов перспективного развития электроэнергетики, изменении и признании утратившими силу некоторых актов и отдельных положений некоторых актов Правительства Российской Федерации» // <http://publication.pravo.gov.ru/Document/View/0001202301230025?ysclid=lqo8gtnlja5578706616>, дата опубликования: 23.01.2023.

<sup>2</sup> Парижское Соглашение (Париж, 12 декабря 2015 года) // Официальный интернет-портал правовой информации ([www.pravo.gov.ru](http://www.pravo.gov.ru)) 6 ноября 2019 года, Бюллетень международных договоров, апрель 2020 года. № 4.

<sup>3</sup> Преобразование нашего мира. Повестка дня в области устойчивого развития на период до 2030 года. URL: <https://undocs.org/ru/A/RES/70/1> (дата обращения: 06.03.2023).

производством электрической энергии, получаемой потребителями от генерирующих объектов. Актуальность создания механизмов развития низкоуглеродной энергетики подтверждается и на уровне ЕАЭС<sup>4</sup>.

Схожие задачи в опережающем режиме решаются и в рамках другого интеграционного объединения — Европейского союза (далее также — ЕС). По прошествии десяти лет со времени принятия документов «третьего энергопакета»<sup>5</sup> в акты, регулирующие внутренний электроэнергетический рынок ЕС, были внесены комплексные изменения посредством принятия ряда нормативных документов в составе так называемого пакета «Чистая энергия для всех европейцев»<sup>6</sup>. Поскольку данными актами предусмотрено дальнейшее развитие модели внутреннего рынка электроэнергии и системы распределения уровней и сфер регулирования трансграничной торговли электроэнергией между союзным и внутригосударственным уровнями, создание новых субъектов и введение новых механизмов международно-правового регулирования сотрудничества в сфере трансграничной торговли электроэнергией, представляется обоснованным именовать новые документы «четвертым энергопакетом в области электроэнергетики»<sup>7</sup> (далее — «четвертый энергопакет»).

Исследовательский интерес вызывают подходы, которые использует Европейский союз, и проблемы правового регулирования, с которыми он сталкивается на внутреннем электроэнергетическом рынке в рамках энергетического перехода, продвижения низкоуглеродной энергетики и развития возобновляемых источников энергии.

В целях анализа преимуществ и недостатков применения механизмов стратегического управления и правового регулирования планирования и оценки результативности планирования в сфере электроэнергетики проведен анализ механизмов и особенностей международно-правового регулирования, способствующих преодолению ключевых рубежей процесса реформирования внутреннего электроэнергетического рынка Европейского союза в рамках Энергетического союза.

В настоящей статье анализируется комплекс реформ, нацеленных на формирование и развитие внутреннего электроэнергетического рынка Европейского союза и механизмов регулирования и планирования в рамках Энергетического союза. В исследовании рассмотрено, как правовые механизмы, последовательно созданные четырьмя энергопакетами и направленные

<sup>4</sup> Распоряжение Коллегии ЕЭК №58 «О проекте решения Совета Евразийской экономической комиссии «О проекте решения Высшего Евразийского экономического совета «Об основных ориентирах макроэкономической политики государств — членов Евразийского экономического союза на 2022–2023 годы» // [https://docs.eaeunion.org/docs/ru-ru/01432189/err\\_18042022\\_57](https://docs.eaeunion.org/docs/ru-ru/01432189/err_18042022_57); Банк низкоуглеродных и цифровых технологий ЕАЭС // [https://eec.eaeunion.org/upload/medialibrary/47f/Bank-Tekhnologii\\_-31.pdf](https://eec.eaeunion.org/upload/medialibrary/47f/Bank-Tekhnologii_-31.pdf)

<sup>5</sup> «Третий энергопакет» включал в себя: Directive 2009/72/EC of the European Parliament and of the Council of July, 13, 2009, concerning common rules for the internal market in electricity and repealing Directive 2003/54/EC // Official Journal of the European Union (OJ), №: L 211/55, 14/08/2009 (документ утратил силу в связи со вступлением в силу Directive (EU) 2019/944 of the European Parliament and of the Council of 5 June 2019 on common rules for the internal market for electricity and amending Directive 2012/27/EU // Official Journal of the European Union (OJ), №: L 158/125, 14/06/2019. P. 125–199); Regulation (EC) № 714/2009 of the European Parliament and of the Council of July, 13, 2009 on conditions for access to the network for cross-border exchanges in electricity and repealing Regulations (EC) № 1228/2003 // Official Journal of the European Union (OJ), № L 211/15, 14/08/2009 (документ утратил силу в связи со вступлением в силу Regulation (EU) 2019/943 of the European Parliament and of the Council of 5 June 2019 on the internal market for electricity // Official Journal of the European Union (OJ), №: L 158/54, 14/06/2019. P. 54–124); Directive 2009/73/EC of the European Parliament and of the Council of July, 13, 2009, concerning common rules for the internal market in natural gas and repealing Directive 2003/55/EC // Official Journal of the European Union (OJ), № L 211/55, 14/08/2009; Regulation (EC) № 715/2009 of the European Parliament and of the Council of July, 13, 2009 on conditions for access to the natural gas transmission networks and repealing Regulations (EC) № 1775/2005 // Official Journal of the European Union (OJ), № L 211/36, 14/08/2009; Regulation (EC) № 713/2009 of the European Parliament and of the Council of July, 13, 2009 establishing an Agency for the Cooperation of Energy Regulators // Official Journal of the European Union (OJ), № L 211/1, 14/08/2009 (документ утратил силу в связи со вступлением в силу Regulation (EU) 2019/942 of the European Parliament and of the Council of 5 June 2019 establishing a European Union Agency for the Cooperation of Energy Regulators // Official Journal of the European Union (OJ), №: L 158/22, 14/06/2019. P. 22–53).

<sup>6</sup> Clean energy for all Europeans. URL: [https://ec.europa.eu/energy/topics/energy-strategy/clean-energy-all-europeans\\_en](https://ec.europa.eu/energy/topics/energy-strategy/clean-energy-all-europeans_en) (дата обращения: 10.03.2023).

<sup>7</sup> Directive (EU) 2019/944 of the European Parliament and of the Council of 5 June 2019 on common rules for the internal market for electricity and amending Directive 2012/27/EU // Official Journal of the European Union (OJ), №: L 158/125, 14/06/2019. P. 125–199; Regulation (EU) 2019/943 of the European Parliament and of the Council of 5 June 2019 on the internal market for electricity // Official Journal of the European Union (OJ), №: L 158/54, 14/06/2019. P. 54–124; Regulation (EU) 2019/942 of the European Parliament and of the Council of 5 June 2019 establishing a European Union Agency for the Cooperation of Energy Regulators // Official Journal of the European Union (OJ), № L 158/22, 14/06/2019. P. 22–53; Regulation (EU) 2019/941 of the European Parliament and of the Council of 5 June 2019 on risk-preparedness in the electricity sector and repealing Directive 2005/89/EC // Official Journal of the European Union (OJ), №: L 158/1, 14/06/2019. P. 1–21; Regulation (EU) 2022/869 of the European Parliament and of the Council of 30 May 2022 on guidelines for trans-European energy infrastructure, amending Regulations (EC) № 715/2009, (EU) 2019/942 and (EU) 2019/943 and Directives 2009/73/EC and (EU) 2019/944, and repealing Regulation (EU) № 347/2013 // Official Journal of the European Union (OJ), № L 152, 3.6.2022. P. 45–102.

на формирование и обеспечение эффективного функционирования внутреннего электроэнергетического рынка Европейского союза, позволяют стимулировать привлечение инвестиций и развитие новых технологий в электроэнергетической сфере.

Данный подход к исследованию такого сложного междисциплинарного института, как внутренний электроэнергетический рынок, предоставил возможность определить и структурировать основные элементы интеграции энергосистем государств, установить закономерность между их функционированием и применяемыми моделями международно-правового регулирования. Кроме того, при проведении анализа источников публично-правового регулирования национального и международного уровня, проектов международных актов, а также при моделировании правовых последствий применения определенных правовых механизмов автором использовался метод оценки регулирующего воздействия.

С учетом изложенных целей и задач в настоящей статье рассмотрены особенности реализации стратегии Энергетического союза по двум направлениям: нормативное регулирование правоотношений в рамках формирования и функционирования внутреннего электроэнергетического рынка Европейского союза и создание системы планирования, мониторинга и управления реформированием внутреннего электроэнергетического рынка Европейского союза.

## 1. Предпосылки и цели реформы внутреннего электроэнергетического рынка Европейского союза

### 1.1. Рамочная программа в отношении политики в области энергетики и климата Европейского союза на период до 2030 года и Парижское соглашение об изменении климата

В своих заключениях от 23 и 24 октября 2014 года Европейский Совет одобрил Рамочную программу в отношении политики в области энергетики и климата Европейского союза на период до 2030 года<sup>8</sup>, основанную на четырех главных целевых показателях на уровне Европейского союза: сокращение повсеместных выбросов парниковых газов как минимум на 40%, ориентировочная цель повышения энергетической эффективности как минимум на 27%, которая к 2020 году должна быть пересмотрена в целях повышения указанного уровня до 30%, повышение доли возобновляемых источников энергии, потребляемых в ЕС, до уровня не менее 27% рациональной структуры генерирующих мощностей и объединение энергосистем как минимум 15%. В заключениях уточнялось, что целевой показатель по возобновляемым источникам энергии является обязательным на уровне ЕС и что он будет выполняться за счет вкладов государств — членов ЕС, руководствующихся необходимостью коллективного достижения целевого показателя. Новая редакция Директивы 2009/28/ЕС Европейского Парламента и Совета ЕС<sup>9</sup> ввела дополнительный обязательный целевой показатель для ЕС: к 2030 году доля энергии из возобновляемых источников должна составлять как минимум 32% рациональной структуры генерирующих мощностей. Кроме того, эта же редакция Директивы 2009/28/ЕС предусматривает положение о пересмотре указанного показателя на уровне ЕС к 2023 году в целях его увеличения. Изменения, внесенные в Директиву 2012/27/ЕС Европейского Парламента и Совета ЕС<sup>10</sup>, установили целевой показатель на уровне ЕС для повышения энергетической эффективности к 2030 году не менее 32,5%, а также предусмотрели положение о пересмотре целевых показателей государств — членов ЕС.

5 октября 2016 года Европейский союз ратифицировал Парижское соглашение, которое вступило в силу 4 ноября того же года. Оно заменяет подход к ограничению и сокращению выбросов, принятый в рамках Киотского протокола 1997 года, который был одобрен ЕС

<sup>8</sup> 2030 climate and energy policy framework. URL: <https://data.consilium.europa.eu/doc/document/ST-169-2014-INIT/en/pdf> (Дата обращения: 20.11.2023).

<sup>9</sup> Директива 2009/28/ЕС Европейского Парламента и Совета ЕС от 23 апреля 2009 года о стимулировании использования энергии из возобновляемых источников, внесении изменений и дальнейшей отмене Директив 2001/77/ЕС и 2003/30/ЕС (Official Journal of the European Union (OJ), №: L 140, 5.6.2009. С. 16).

<sup>10</sup> Директива 2012/27/ЕС Европейского Парламента и Совета ЕС от 25 октября 2012 года об энергетической эффективности, об изменении Директив 2009/125/ЕС и 2010/30/ЕС и об отмене Директив 2004/8/ЕС и 2006/32/ЕС (Official Journal of the European Union (OJ), №: L 315, 14.11.2012. С. 1).



посредством Решения 2002/358/ЕС Совета ЕС<sup>11</sup> и который перестал применяться по окончании 2020 года. Система ЕС в отношении мониторинга выбросов и их улавливания, а также в отношении отчетности по ним должна была быть соответствующим образом усовершенствована.

Парижское соглашение повысило уровень глобального стремления смягчить последствия изменения климата и установило долгосрочную цель в соответствии с целью удержания роста средней температуры в мире значительно ниже 2°C сверх доиндустриальных уровней и приложения усилий по ограничению роста температуры до 1,5°C сверх доиндустриальных уровней.

В стремлении к реализации температурных целей Парижского соглашения ЕС в кратчайшие сроки должен был достичь оптимального соотношения между антропогенными выбросами парниковых газов из источников и улавливанием указанных выбросов поглотителями и в случаях, когда это соотношение достигнуто, взял на себя обязательство впоследствии достичь отрицательного уровня выбросов.

Указанные предпосылки обусловили решения Европейского Совета о необходимости разработки надежного и прозрачного механизма правового регулирования без административных барьеров и достаточно гибкого с точки зрения государств — членов ЕС, дабы обеспечить условия для достижения Европейским союзом целей энергетической политики при полном уважении свободы государств — членов определять свою структуру потребления энергии.

В своих заключениях от 26 ноября 2015 года о системе управления Энергетическим союзом<sup>12</sup> Совет ЕС подчеркнул, что механизм правового регулирования должен основываться на принципах интеграции стратегического планирования и представления отчетности об имплементации политики в области климата и энергетики и о координации действий между субъектами, отвечающими за указанную политику, на уровне ЕС и национальном уровне. Совет ЕС также подчеркнул, что механизм управления должен гарантировать достижение согласованных целевых показателей в области климата и энергетики на период до 2030 года и должен контролировать коллективный прогресс ЕС в отношении достижения политических целей.

Достижение целей и целевых показателей Энергетического союза должно быть гарантировано сочетанием инициатив ЕС и согласованных национальных мер, определенных в комплексных национальных планах в области энергетики и климата. Отраслевое законодательство ЕС в области энергетики и климата устанавливает требования к планированию, представляющие полезными инструментами стимулирования изменений на национальном уровне. Внедрение этих требований в разное время привело к частичному совпадению отраслевых требований в области энергетики и отраслевых требований в области климата, а также недостаточному учету синергизма и взаимодействия между областями политики в ущерб экономической эффективности. Следовательно, раздельное планирование, отчетность и мониторинг в области энергетики и климата должны быть по мере возможности упорядочены и интегрированы.

## **1.2. Состояние внутреннего электроэнергетического рынка и энергетической инфраструктуры Европейского союза после внедрения документов «третьего энергопакета»**

После вступления в действие и имплементации в Европейском союзе документов «третьего энергопакета» была создана система регулирования энергетики на уровне союза, но на практике в ЕС действовали также 27 национальных нормативных систем. Это не способствовало формированию эффективного, конкурентного и инвестиционно привлекательного внутреннего электроэнергетического рынка. Интегрированный энергетический рынок необходим для создания большей конкуренции, более эффективного использования мощностей по производству энергии по всему ЕС и обеспечения доступных цен для потребителей.

По оценке Европейской Комиссии, в 2015 году розничный рынок не функционировал должным образом. У многих бытовых потребителей был слишком ограниченный выбор поставщиков энергии

<sup>11</sup> Решение 2002/358/ЕС Совета ЕС от 25 апреля 2002 года об одобрении от имени Европейского Сообщества Киотского протокола к Рамочной Конвенции ООН об изменении климата и о совместном выполнении обязательств по Протоколу (Official Journal of the European Union (OJ), №: L 130, 15.05.2002. С. 1).

<sup>12</sup> Council conclusions on the governance system of the Energy Union. URL: Council conclusions on the governance system of the Energy Union – Consilium (europa.eu) (дата обращения: 27.11.2023).

и слишком слабый контроль над своими расходами на электроэнергию<sup>13</sup>. Высокий процент европейских домохозяйств не мог позволить себе оплачивать счета за электроэнергию<sup>14</sup>. Устаревшая энергетическая инфраструктура не приспособлена к увеличению производства за счет возобновляемых источников энергии. Согласно указанным заключениям Европейской Комиссии существовала необходимость привлечения инвестиций, но нынешняя структура рынка и национальная политика на тот момент не создавали действенных стимулов и не обеспечивали достаточной предсказуемости для потенциальных инвесторов.

Энергетические острова (изолированные энергосистемы) продолжали существовать, поскольку многие электроэнергетические рынки должным образом не были связаны со своими соседями. Это увеличивало расходы, с которыми сталкивались потребители, и создавало уязвимость с точки зрения энергетической безопасности.

Уже в 2015 году стало понятно, что неизбежная проблема перехода к низкоуглеродной экономике усугубляется экономическими, социальными и экологическими издержками, связанными с фрагментацией национальных энергетических рынков.

По итогам оценки состояния внутреннего электроэнергетического рынка и энергетической инфраструктуры Европейская Комиссия сформулировала цель реформы энергетики: предоставить потребителям ЕС — домашним хозяйствам и предприятиям — безопасную, устойчивую, конкурентоспособную и доступную энергию<sup>15</sup>. Достижение этой цели потребует фундаментальной трансформации энергетической системы Европы.

Чтобы достичь этой цели, ЕС требовалось отойти от экономики, основанной на ископаемом топливе, то есть экономики, в которой энергетика основана на централизованном подходе к поставкам и которая опирается на старые технологии и устаревшие бизнес-модели. Была поставлена задача расширять возможности потребителей, предоставляя им информацию, выбор и создавая условия для управления спросом и предложением. Цель реформы заключается в отказе от фрагментированной системы, характеризующейся несогласованной национальной политикой, рыночными барьерами и энергетически изолированными районами. В качестве задач реформы Европейской Комиссией были определены создание интегрированной энергетической системы на всем континенте, где энергия свободно перетекает через государственные границы, основанной на конкуренции и оптимальном использовании ресурсов, а также, где это необходимо, создание устойчивой, низкоуглеродной и благоприятной для климата экономики, рассчитанной на длительный срок, создание сильных, инновационных и конкурентоспособных субъектов энергетического рынка<sup>16</sup>.

Исследования показывают, что планирование, финансирование и управление проектами энергетической инфраструктуры осуществляется преимущественно по национальному принципу<sup>17</sup>. У каждого государства-члена есть национальный регулятор в сфере энергетики. Каждый регулирующий орган стремится заботиться об интересах своего государства, национальные интересы преобладают.

Таким образом, области, требующие правового регулирования, вышли далеко за пределы вопросов торговли электроэнергией, формирования и функционирования внутреннего рынка электроэнергии ЕС, возникла потребность в новом комплексном механизме планирования и регулирования процессов реформирования энергетической отрасли.

В качестве метода реформирования по указанным областям правового регулирования Европейской Комиссией была предложена стратегия Энергетического союза. Стратегия включает пять тесно взаимосвязанных направлений, призванных обеспечить большую энергетическую

<sup>13</sup> Communication From the Commission To The European Parliament, The Council, The European Economic And Social Committee, The Committee Of The Regions And The European Investment Bank. A Framework Strategy for a Resilient Energy Union with a Forward-Looking Climate Change Policy / COM/2015/080 final. URL: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/en/ALL/?uri=CELEX:52015DC0080> (дата обращения: 27.11.2023).

<sup>14</sup> Communication From the Commission To The European Parliament, The Council, The European Economic And Social Committee, The Committee Of The Regions And The European Investment Bank. A Framework Strategy for a Resilient Energy Union with a Forward-Looking Climate Change Policy / COM/2015/080 final. URL: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/en/ALL/?uri=CELEX:52015DC0080> (дата обращения: 27.11.2023).

<sup>15</sup> Там же.

<sup>16</sup> Подробнее см.: Weishaar S., Kim E., Tiche F. *Climate and Energy Law and Policy in the EU and East Asia*. Elgar Studies in Climate Law. 2023; Jones C., Kettlewell W.-J. *EU Energy Law Volume I: The Internal Energy Market*. 5th edition. EU Energy Law series. Claeys and Casteels. 2020.

<sup>17</sup> van der Horst J.A.G. *Does the «Energy Union» help to solve European energy infrastructure problems?* URL: [https://essay.utwente.nl/68073/1/van\\_der\\_Horst\\_MA\\_MB.pdf](https://essay.utwente.nl/68073/1/van_der_Horst_MA_MB.pdf) (дата обращения: 27.11.2023).

безопасность, устойчивость и конкурентоспособность<sup>18</sup>. К ним относятся: энергетическая безопасность, солидарность и доверие; полностью интегрированный европейский энергетический рынок; энергоэффективность, способствующая корректировке спроса; низкоуглеродная экономика; исследования, инновации и конкурентоспособность. Предполагалось, что долгосрочное планирование государствами-членами, в равной степени охватывающее все пять направлений стратегии, повысит стабильность и предсказуемость инвестиционного климата. Система управления будет учитывать различный характер и масштабы обязательных для ЕС или ориентировочных целевых показателей в области климата и энергетики на 2030 год, а также конкретных целевых показателей и более общих политических задач, относящихся к пяти направлениям. Реформирование будет сопровождаться пересмотром и разработкой законодательства, связанного с сокращением выбросов, энергоэффективностью и возобновляемыми источниками энергии, призванного обеспечить достижение целей, согласованных на период до 2030 года.

Сущность концепции Энергетического союза сформулированная в стратегии, разработанной Европейской Комиссией,<sup>19</sup> сводится к пониманию того, что энергетические проблемы не могут быть решены в рамках национальных границ или изолированно друг от друга. ЕС создает внешнее измерение энергетической политики с помощью стратегии Энергетического союза и соответствующего плана ее реализации. В основу Энергетического союза легли три так называемых энергопакета. При этом стратегия Энергетического союза предполагает, что все 27 европейских энергетических рынков должны быть объединены в один союз, чтобы активнее взаимодействовать друг с другом, позволяя при этом государствам-членам сохранять собственную энергетическую политику.

Стратегия Энергетического союза — это проект Европейской Комиссии по координации трансформации европейского энергетического рынка и системы энергетической инфраструктуры.

Особенностью стратегии Энергетического союза является интегрированный процесс управления и мониторинга, позволяющий убедиться, что связанные с энергетикой действия на европейском, региональном, национальном и местном уровнях способствуют достижению целей Энергетического союза. Процесс управления должен служить целям<sup>20</sup> объединения действий в области энергетики и климата, равно как и целям действий в других соответствующих областях политики, что должно привести к большей и долгосрочной согласованности политики, развить внутренний энергетический рынок и упростить реализацию рамочной программы по энергетике и климату на период до 2030 года, в частности обеспечить реализацию согласованных целей на период до 2030 года в области возобновляемых источников энергии, энергоэффективности, системы торговли без выбросов и взаимосвязей, упростить текущие требования к планированию и отчетности, избегая ненужной административной нагрузки, обеспечить вовлечение в энергетический диалог с заинтересованными сторонами для информирования при разработке политики и поддержки активного участия в управлении энергетическим переходом.

## 2. Реформа внутреннего электроэнергетического рынка Европейского союза

### 2.1. Внесение изменений в систему регулирования внутреннего электроэнергетического рынка Европейского союза

Документы «четвертого энергопакета» изложили в новой редакции документы «третьего энергопакета» в сфере электроэнергетики. В частности, Директива (ЕС) 2019/944 от 5 июня 2019 года об общих правилах внутреннего рынка электроэнергии и внесении изменений в Директиву 2012/27/ЕС (далее — Директива 2019/944) отменила с 1 января 2021 года действие Директивы 2009 года. Несмотря на это «четвертый энергопакет» сохраняет заложенную в «третьем энергопакете» концепцию и систему формирования правового и институционального элементов внутреннего электроэнергетического рынка, развивая и дополняя их посредством введения новых

<sup>18</sup> Communication from the Commission to the European Parliament, the Council, the European Economic and Social Committee, the Committee of the Regions and the European Investment Bank «A Framework Strategy for a Resilient Energy Union with a Forward-Looking Climate Change Policy», COM(2015) 80 final, 25 February 2015. URL: [http://eur-lex.europa.eu/resource.html?uri=cellar:1bd46c90-bdd4-11e4-bbe1-01aa75ed71a1.0001.03/DOC\\_1&format=PDF](http://eur-lex.europa.eu/resource.html?uri=cellar:1bd46c90-bdd4-11e4-bbe1-01aa75ed71a1.0001.03/DOC_1&format=PDF) (дата обращения: 20.11.2023).

<sup>19</sup> Там же.

<sup>20</sup> Там же.

методов регулирования для формирования обновленной модели рынка. Новые акты ввели методологию принятия регулирующих решений, перераспределение уровней и сфер регулирования между уровнем ЕС и национальным уровнем и предусмотрели механизмы адаптации институциональной структуры внутреннего рынка электроэнергии ЕС к изменившимся реалиям системы электроснабжения, расширив функций и полномочия Агентства по сотрудничеству регуляторов энергетики (*ACER — Agency on cooperation of energy regulators*) (далее — Агентство), ENTSO-E и создав новых субъектов рынка. В этой связи, учитывая прекращение действия документов «третьего энергопакета» с момента вступления в силу документов «четвертого энергопакета», положения указанных документов следует рассматривать во взаимосвязи как этапы единого процесса.

В рамках разработки документов «четвертого энергопакета» активно обсуждалась необходимость формирования отраслевого регулирующего органа, а также технические требования к сетевой инфраструктуре и системной надежности в условиях развития возобновляемой энергетики, распределенной генерации и «умных сетей» (англ.: *smart grids*)<sup>21</sup>. Обсуждался также статус субъектов, осуществляющих производство электроэнергии для собственных нужд, называемых «*prosumers*», (англ.: *producer plus consumer*)<sup>22</sup>. Кроме того, нерешенной оставалась проблема распространения полномочий Агентства на государства, заключившие с ЕС Соглашение об Энергетическом сообществе Юго-Восточной Европы, поскольку эти государства не являются членами ЕС и в формировании Агентства не участвуют<sup>23</sup>.

Указанным пакетом регулирующих документов проведена реформа регулирующего надзора на общеевропейском уровне в целях адаптации деятельности новых субъектов к новым реалиям внутреннего электроэнергетического рынка ЕС.

В целях обеспечения более быстрого и эффективного принятия решений по трансграничным вопросам документами «четвертого энергопакета» предусмотрено усиление полномочий Агентства в отношении тех трансграничных проблем, которые требуют скоординированного регионального решения<sup>24</sup>.

В соответствии с документами «четвертого энергопакета» Агентству стали подотчетны как ранее действовавшие субъекты: ENTSO-E, операторы системы передачи электроэнергии (англ.: *transmission system operators*), сертифицированный оператор электроэнергетического рынка NEMO (англ.: *Nominated Electricity Market Operator*)<sup>25</sup>, так и новые субъекты: Европейская организация операторов распределительных систем (англ.: *EU DSO entity*)<sup>26</sup>, региональные координационные центры (англ.: *regional coordination centres*)<sup>27</sup>.

Созданию региональных координационных центров сопутствует введение наднационального мониторинга, который будет выполнять Агентство, поскольку деятельность региональных координационных центров будет охватывать несколько государств-членов.

Функции Агентства включают в себя оказание содействия государственным регулирующим органам в реализации на уровне ЕС публично-правовых полномочий, выполняемых в юрисдикциях государств-членов, а также, при необходимости, координацию их действий, посредничество и урегулирование разногласий между ними<sup>28</sup> в соответствии со статьей 6(10) Регламента 942. Агентство также вносит свой вклад в создание практики регулирования и надзора, способствуя тем самым последовательному, эффективному и действенному применению законодательства ЕС для достижения целей ЕС в области климата и энергетики<sup>29</sup>. При выполнении своих задач Агентство

<sup>21</sup> *Electricity Network Regulation in the EU, The Challenges Ahead for Transmission and Distribution* / ed. by Meeus L., Glachant J.-M. Edward Elgar Publishing : Cheltenham, UK; Northampton, MA, USA. 2018. P. 74. См. также: *International energy law in perspective. Routledge Handbook of Energy Law* / ed. by T. Hunter, I. Herrera, P. Crossley, G. Alvarez. Ernst Nordtveit. 2020; Talus K. *Research Handbook on International Energy Law*. 2014.

<sup>22</sup> Meeus L., Glachant J.-M. (eds.) *Op. cit.* P. 74.

<sup>23</sup> Padgett S. *Multilateral institutions, accession conditionality and rule transfer in the European Union: The Energy Community in South East Europe* // *Journal of Public Policy*. 2012. Vol. 32. № 3. P. 261–282.

<sup>24</sup> Regulation 943 (preamble, para 40).

<sup>25</sup> Commission Regulation (EU) 2015/1222 of 24 July 2015 establishing a guideline on capacity allocation and congestion management // *Official Journal of the European Union (OJ)*, №: L 197/24, 25/07/2015. P. 24–72.

<sup>26</sup> Regulation (EU) 2019/943 of the European Parliament and of the Council of 5 June 2019 on the internal market for electricity // *Official Journal of the European Union (OJ)*, №: L 158/54, 14/06/2019. P. 54–124. Article 52 (далее — Regulation 943).

<sup>27</sup> Regulation 943. Article 35.

<sup>28</sup> Regulation (EU) 2019/942 of the European Parliament and of the Council of 5 June 2019 establishing a European Union Agency for the Cooperation of Energy Regulators // *Official Journal of the European Union (OJ)*, №: L 158/22, 14/06/2019. P. 22–53. Article 6, para 10. (Далее — Regulation 942).

<sup>29</sup> Regulation 942. Article 1.

должно действовать независимо, объективно и в интересах ЕС. Агентство уполномочено принимать самостоятельные решения, независимо от частных и корпоративных интересов<sup>30</sup>.

В рамках реформы «четвертого энергопакета» расширены полномочия Агентства в том числе в части типов и форм принимаемых индивидуальных решений и актов рекомендательного значения. Агентство наделено полномочиями издавать заключения и рекомендации, адресованные операторам систем передачи, ENTSO-E, ENTSO-G, Европейской организации операторов распределительных систем (EU DSO entity), региональным координационным центрам и сертифицированным операторам электроэнергетического рынка NEMO, а также заключения и рекомендации, адресованные государственным регулирующим органам, заключения и рекомендации, адресованные Европейскому Парламенту, Совету или Комиссии, и индивидуальные решения, в частности о предоставлении информации; об утверждении методологий, условий и положений; об обзорах торговых зон; о технических вопросах; об арбитраже между государственными регулирующими органами; связанные с региональными координационными центрами; об утверждении и внесении изменений в методологии, расчеты и технические спецификации; об инфраструктуре; о вопросах, связанных с целостностью и прозрачностью оптового рынка, представить Европейской Комиссии необязательные рамочные руководящие принципы<sup>31</sup>.

Таким образом, основная роль Агентства как координирующего органа ЕС сохранена. При этом Агентству предоставлены дополнительные полномочия в тех областях, где фрагментированное принятие решений государственных регулирующих органов (далее — ГРО) по вопросам, имеющим трансграничную актуальность, может привести к проблемам или несоответствиям для внутреннего электроэнергетического рынка ЕС. ГРО, принимающие решения в рамках Агентства по этим вопросам большинством голосов, будут по-прежнему полностью вовлечены в данный процесс. Более того, перечень функций Агентства не является исчерпывающим и может быть расширен в случаях, определенных Европейской Комиссией в сетевых кодексах и руководящих принципах, а также в случаях, затрагивающих вопросы, связанные с целью, для которой создавалось Агентство<sup>32</sup>.

Основной акцент документов «четвертого энергопакета» сделан на введении новых методов регулирования, способствующих формированию обновленной модели рынка, таких как введение методологий принятия регулирующих решений<sup>33</sup>, перераспределение уровней и сфер регулирования между Европейским союзом и национальным уровнем, а также на адаптации институциональной структуры внутреннего рынка электроэнергии ЕС к новым реалиям системы электроснабжения, в частности расширению функций и полномочий Агентства, ENTSO-E, созданию новых субъектов рынка: Европейской организации операторов распределительных систем<sup>34</sup> (англ.: *EU DSO entity*), региональных координационных центров<sup>35</sup>). Изменения в институциональной структуре учитывают потребность в дополнительном региональном сотрудничестве и существующих и ожидаемых пробелах в регулировании на энергетическом рынке, обеспечивая тем самым гибкость путем сочетания подходов «снизу вверх» и «сверху вниз».

Отдельным достижением «четвертого энергопакета» является введение положений, регулирующих пересмотр и определение новых границ торговых зон (англ.: *bidding zones*)<sup>36</sup> — ключевого элемента современной модели внутреннего электроэнергетического рынка

---

<sup>30</sup> *Ibid.*

<sup>31</sup> Regulation 942. Article 2.

<sup>32</sup> Regulation 942. Article 13.

<sup>33</sup> Regulation 943. Article 23.

<sup>34</sup> Regulation 943. Articles 52, 53, 54, 55.

<sup>35</sup> Regulation 943. Article 34.

<sup>36</sup> Regulation 943. Article 14. Торговая зона означает самую большую географическую зону, в пределах которой участники рынка могут обмениваться энергией без применения механизмов распределения пропускной способности сетей. (См. также: First Edition of The Bidding Zone Review. 2018. P. 27. URL: <https://consultations.entsoe.eu/markets/first-edition-bidding-zone-review/> дата обращения: 10.03.2023). См. также: Memorandum of Understanding between the Agency for the Cooperation of Energy Regulators and Nord Pool Spot AS concerning cooperation on market monitoring under Regulation (EU) № 1227/2011 of the European Parliament and of the Council on wholesale energy market integrity and transparency (REMIT). URL: [https://nordpoolgroup.com/globalassets/download-center/rules-and-regulations/mou\\_acer-nord-pool-spot\\_24032014.pdf](https://nordpoolgroup.com/globalassets/download-center/rules-and-regulations/mou_acer-nord-pool-spot_24032014.pdf) (дата обращения: 04.03.2018); All NEMO proposal for the MCO Plan 13th April 2017. URL: [https://nordpoolgroup.com/globalassets/download-center/pcr/mco\\_plan.pdf](https://nordpoolgroup.com/globalassets/download-center/pcr/mco_plan.pdf) (дата обращения: 10.03.2023).

Европейского союза, определяющего разделение области регулирования<sup>37</sup>. Кросс-зональная торговля и торговые площадки организованы между такими торговыми зонами и основаны на рассчитанной территориальными сетевыми организациями пропускной способности сетей. В то же время торговля внутри торговой зоны не предусматривает каких-либо ограничений.

Растущая взаимосвязь рынков электроэнергии ЕС требует более тесной координации между национальными субъектами. Государственные меры поддержки в секторе электроэнергетики оказывают непосредственное влияние на соседние государства ввиду энергетической взаимозависимости и функционирования объединенных энергосетей. Все труднее решать вопрос обеспечения стабильности и эффективной работы энергосистемы с оглядкой сугубо на национальный уровень, так как растущая трансграничная торговля, распространение децентрализованной генерации и расширение участия потребителей увеличивают потенциал побочных эффектов. Ни одно государство Европейского союза не может эффективно действовать в одиночку, и последствия односторонних действий со временем стали более заметными. Этот общий принцип применяется ко всему спектру мер, введенных документами «четвертого энергопакета», касаются ли они торговли электроэнергией, функционирования энергосистемы и эффективного участия потребителей<sup>38</sup>.

Изменения, вводимые документами «четвертого энергопакета», направлены на создание большего сопряжения внутренних рынков электроэнергии государств — членов ЕС в целях создания условий для развития конкуренции, развития и применения передовых технологий в сфере электроэнергетики и цифровизации, позволяют ставить цели и планировать диверсификацию источников электроэнергии.

## 2.2. Формирование системы управления Энергетическим союзом

В целях обеспечения реализации стратегии Энергетического союза скоординированным и последовательным образом по всем ее пяти направлениям, а также достижения ЕС своих целей, в частности целей Рамочной политики в области климата и энергетики на период до 2030 года и Парижского соглашения об изменении климата, был принят Регламент Европейского Парламента и Совета Европейского Союза 2018/1999 от 11 декабря 2018 года об управлении Энергетическим союзом и действиями в области климата, об изменении Регламентов (ЕС) 663/2009 и (ЕС) 715/2009 Европейского Парламента и Совета ЕС, Директив 94/22/ЕС, 98/70/ЕС, 2009/31/ЕС, 2009/73/ЕС, 2010/31/ЕС, 2012/27/ЕС и 2013/30/ЕС Европейского Парламента и Совета ЕС, Директив 2009/119/ЕС и (ЕС) 2015/652 Совета ЕС и об отмене Регламента (ЕС) 525/2013 Европейского Парламента и Совета ЕС (далее — Регламент)<sup>39</sup>.

Регламент устанавливает механизмы управления для имплементации стратегий и мер, направленных на достижение целей и целевых показателей Энергетического союза и исполнение долгосрочных обязательств ЕС по снижению выбросов парниковых газов в соответствии с Парижским соглашением, в частности цели ЕС в области климатической нейтральности, установленной в статье 2(1) Регламента (ЕС) 2021/1119 Европейского Парламента и Совета ЕС<sup>40</sup>, а также в отношении первого десятилетнего периода с 2021 по 2030 год, в частности целевых показателей ЕС в области энергетики и климата до 2030 года. Положения Регламента направлены на содействие большей регулятивной определенности, создание определенности для инвесторов и помощи в использовании в полной мере возможностей экономического развития, стимулирование сотрудничества между государствами — членами ЕС, в том числе, при необходимости, на региональном уровне, для достижения целей и целевых показателей Энергетического союза.

<sup>37</sup> Commission Regulation (EU) 2015/1222 of 24 July 2015 establishing a Guideline on Capacity Allocation and Congestion Management // Official Journal of the European Union, L 197, 25 July 2015. §32–33.

<sup>38</sup> О потенциале развития общих рынков ЕС см. также: Энтин М. *Безальтернативный характер развития ЕС // Современная Европа*. 2020. № 4. С. 25–36.

<sup>39</sup> Regulation (EU) 2018/1999 of the European Parliament and of the Council of 11 December 2018 on the Governance of the Energy Union and Climate Action, amending Regulations (EC) № 663/2009 and (EC) № 715/2009 of the European Parliament and of the Council, Directives 94/22/EC, 98/70/EC, 2009/31/EC, 2009/73/EC, 2010/31/EU, 2012/27/EU and 2013/30/EU of the European Parliament and of the Council, Council Directives 2009/119/EC and (EU) 2015/652 and repealing Regulation (EU) № 525/2013 of the European Parliament and of the Council (OJ L 328, 21.12.2018. P. 1–77).

<sup>40</sup> Регламент Европейского Парламента и Совета Европейского Союза 2021/1119 от 30 июня 2021 года об установлении правовых рамок для достижения климатической нейтральности и о внесении изменений в Регламенты (ЕС) 401/2009 и (ЕС) 2018/1999 («Закон о европейском климате»).

Механизм управления основывается на национальных долгосрочных стратегиях, интегрированных национальных планах в области энергетики и климата, охватывающих десятилетний период с 2021 по 2030 год, на соответствующих комплексных отчетах государств — членов ЕС о прогрессе в области энергетики и климата и комплексных механизмах мониторинга Европейской Комиссией. Механизм управления гарантирует эффективные возможности для участия общественности в подготовке указанных национальных планов и долгосрочных стратегий. Он включает в себя структурированный, прозрачный, циклический процесс взаимодействия между Европейской Комиссией и государствами — членами ЕС в целях завершения разработки комплексных национальных планов в области энергетики и климата и их последующего осуществления, в том числе в отношении регионального сотрудничества, а также соответствующих действий Европейской Комиссии.

Регламент применяется в отношении пяти аспектов Энергетического союза, которые тесно взаимосвязаны и дополняют друг друга: энергетической безопасности, внутреннего рынка электроэнергии, эффективности использования электроэнергии, декарбонизации и научных исследований, инновациях и конкурентоспособности.

Выделяются следующие ключевые особенности Регламента: во-первых, устанавливаются обязательства государств — членов ЕС подготовить национальные комплексные планы в области энергетики и климата на 2021–2030 годы к 31 декабря 2019 года, а затем к 1 января 2029 года и каждые десять лет после этого, долгосрочные стратегии с низким уровнем выбросов на 50-летнюю перспективу, готовить двухгодичные отчеты о ходе реализации планов начиная с 15 марта 2023 года для отслеживания прогресса по пяти направлениям Энергетического союза. Во-вторых, Регламент устанавливает процесс повторных консультаций между Европейской Комиссией и государствами — членами ЕС и способствует региональному сотрудничеству между государствами-членами, особенно до завершения разработки планов, а затем каждые 10 лет в течение следующих 10-летних периодов. На 2021–2030 годы планы должны быть обновлены к 30 июня 2024 года. В-третьих, Регламент предусматривает дополнительные полномочия Европейской Комиссии по отслеживанию и оценке прогресса государств — членов ЕС в достижении целевых показателей, задач и вклада, установленных в их национальных планах. В-четвертых, в Регламенте излагаются требования к национальным системам инвентаризации выбросов парниковых газов и системам ЕС, политике, мерам и прогнозам.

В дополнение, для того чтобы ограничить административную нагрузку на государства — члены ЕС и Европейскую Комиссию, последняя должна создать онлайн-платформу (электронную платформу) для содействия коммуникации, стимулирования сотрудничества и облегчения доступа общественности к информации<sup>41</sup>. Предполагается, что указанная электронная платформа будет способствовать своевременной передаче отчетов, а также повышению прозрачности национальной отчетности. Электронная платформа должна дополнять, развивать и использовать существующие практики отчетности, базы данных и электронные инструменты, такие как Европейское агентство по окружающей среде, Евростат, Совместный исследовательский центр, и опыт, полученный в рамках Схемы ЕС о рациональном использовании и аудите окружающей среды.

Правовые механизмы стимулирования сокращения антропогенных выбросов парниковых газов установлены Регламентом Европейского Парламента и Совета Европейского Союза 2021/1119 от 30 июня 2021 года об установлении правовых рамок для достижения климатической нейтральности и о внесении изменений в Регламенты (ЕС) 401/2009 и (ЕС) 2018/1999 («Закон о европейском климате», далее — Регламент 2021/1119). Регламент 2021/1119 устанавливает обязательную цель по достижению климатической нейтральности Европейского Союза к 2050 году в стремлении к долгосрочной цели по температуре, установленной в пункте (а) статьи 2(1) Парижского соглашения, и обеспечивает основу для достижения прогресса на пути к глобальной цели по адаптации, установленной в статье 7 Парижского соглашения. Данный Регламент также устанавливает обязательную цель ЕС по сокращению внутренних нетто-выбросов парниковых газов к 2030 году и определяет правовые основы установления цели по климатической нейтральности, адаптации к изменению климата, оценке прогресса и эффективности мер на уровне ЕС и на национальном уровне государств — членов ЕС.

<sup>41</sup> Energy Union. URL: [Energy union \(europa.eu\)](https://energyunion.europa.eu) (дата обращения: 23.11.2023).

### 3. Эффективность «четвертого энергопакета» Европейского союза

Существует мнение, что, продвигая концепцию Энергетического союза, «Европейская Комиссия и несколько государств — членов ЕС рассматривают ее как возможную историю успеха, которая может улучшить имидж Европейского союза, испытывающего все возрастающие трудности в решении насущных проблем валютной интеграции, иммиграции и терроризма и справляющегося с ростом популистского евроскептицизма во многих государствах-членах»<sup>42</sup>. Таким образом, подчеркивается политическая составляющая нового витка энергетической реформы ЕС.

Вместе с тем Энергетический союз может быть рассмотрен как форма системного подхода к последовательному развитию правового регулирования реформирования энергетической сферы в рамках Европейского союза. Реализация механизмов правового регулирования, как на уровне Европейского союза, так и на национальном уровне государств — членов ЕС, позволяет обеспечить комплексное планирование, мониторинг, управление полномочиями на всех уровнях регулирования в целях обеспечения достижения целей последовательного реформирования энергетической отрасли.

Создание и имплементация механизмов управления Энергетического союза как стратегии развития энергетической отрасли Европейского союза позволяет обеспечить согласованный подход к правовому регулированию отрасли, сокращению правовой неопределенности и противоречий между 27 национальными энергетическими рынками. Реализация механизмов Энергетического союза придает новую значимость процедуре оценки регулирующего воздействия всех элементов нормотворчества в правовом регулировании энергетического сектора ЕС. Таким образом, на текущем этапе особенностью реформы энергетической отрасли ЕС с применением механизмов стратегического управления и правового регулирования Энергетического союза является формирование системного правового регулирования на всех уровнях и создание механизмов мониторинга результатов применяемых мер, оценки прогресса, и принятия корректирующих мер.

Для обеспечения соответствующего мониторинга и принятия своевременных корректирующих мер государствами — членами ЕС и Европейской Комиссией, а также во избежание эффекта «безбилетника», ориентировочные траектории всех государств — членов ЕС и, как следствие, ориентировочная траектория ЕС, должны согласно Регламенту достичь в 2022, 2025 и 2027 гг., по крайней мере, определенных минимальных процентов от общего прироста возобновляемой энергии, предусмотренного на 2030 год. Достижение указанных «целевых ориентиров» в 2022 году, 2025 и 2027 гг. будет оцениваться Европейской Комиссией на основе, *inter alia*, комплексных национальных отчетов государств — членов ЕС о прогрессе в области энергетики и климата, которые должны быть представлены государствами — членами ЕС<sup>43</sup>. Государства — члены ЕС, находящиеся ниже своих целевых ориентиров, должны будут объяснить в своем следующем отчете о прогрессе, каким образом они будут восполнять пробел. Если индикативные целевые ориентиры ЕС не будут достигнуты, государства — члены ЕС, которые не достигли своих целевых ориентиров, должны восполнить пробелы посредством принятия дополнительных мер<sup>44</sup>.

Таким образом, на текущий момент оценить экономическую результативность рассмотренных механизмов регулирования не представляется возможным, поскольку Европейский союз еще не оценил уровень достижения ключевых вех рассматриваемой реформы. Между тем уже на текущем этапе развития Энергетического союза к преимуществам его механизмов управления следует отнести возможность государств — членов ЕС реализовывать свой суверенитет в энергетической

<sup>42</sup> Keay M., Buchan D. Europe's Energy Union: a problem of governance // OXFORD ENERGY COMMENT. <https://www.oxfordenergy.org/wpcms/wp-content/uploads/2016/02/Europes-Energy-Union-a-problem-of-governance.pdf>. См. также: Michalis Mathioulakis. Aspects of the Energy Union. Application and Effects of European Energy Policies in SE Europe and Eastern Mediterranean. Springer International Publishing, January 2021; Emmanuel Tuchscherer. Towards Energy Union Act II: a new European energy-climate leadership // Climate and energy. 12 March 2018. URL: <https://www.robert-schuman.eu/en/european-issues/0465-towards-energy-union-act-ii-a-new-european-energy-climate-leadership>; Talus K. *Introduction to EU Energy Law*. First Edition. Oxford : Oxford University Press, 2016; Leal-Arcas R. *European Energy Studies Volume VIII: The European Energy Union*. Claeys and Casteels, 2016.

<sup>43</sup> Регламент Европейского Парламента и Совета Европейского Союза 2021/1119 от 30 июня 2021 года об установлении правовых рамок для достижения климатической нейтральности и о внесении изменений в Регламенты (ЕС) 401/2009 и (ЕС) 2018/1999 ("Закон о европейском климате").

<sup>44</sup> Регламент Европейского Парламента и Совета Европейского Союза 2021/1119 от 30 июня 2021 года об установлении правовых рамок для достижения климатической нейтральности и о внесении изменений в Регламенты (ЕС) 401/2009 и (ЕС) 2018/1999 ("Закон о европейском климате").



сфере и энергетической безопасности посредством самостоятельного регулирования и планирования через имплементацию стратегий и мер, направленных на достижение целей Энергетического союза и долгосрочных обязательств сотрудничества между государствами — членами ЕС, в том числе, при необходимости, на региональном уровне, для достижения целей и целевых показателей Энергетического союза. Кроме того, механизмы регулирования и управления Энергетического союза позволяют создать гарантии своевременности, прозрачности, точности, последовательности, сопоставимости и полноты отчетности ЕС и его государств-членов, обеспечивают большую регулятивную определенность, а также большую определенность для инвесторов и помощь в использовании в полной мере возможностей экономического развития, стимулирование инвестиций и создание рабочих мест. Механизм управления также предоставляет эффективные возможности для участия общественности в подготовке указанных национальных планов и указанных долгосрочных стратегий.

К недостаткам могут быть отнесены методы оценки результативности реализации долгосрочных стратегий с низким уровнем выбросов на 50-летнюю перспективу. Так, если стратегии разрабатываются исходя из комплексного подхода по всем направлениям регулирования Энергетического союза: энергетическая безопасность, внутренний рынок электроэнергии, эффективность использования электроэнергии, декарбонизация и научные исследования, инновации и конкурентоспособность, то оценка результативности реализации таких стратегий осуществляется по узкому перечню параметров<sup>45</sup> соответствия цели по климатической нейтральности, указанной в статье 2(1) Регламента, национальным мерам, принятым на основе интегрированных национальных планов по энергетике и климату, национальных долгосрочных стратегий и двухлетних отчетов о ходе работы, имеющих значение для достижения цели по климатической нейтральности, установленной в статье 2(1) Регламента, а также соответствия релевантных национальных мер обеспечению прогресса по адаптации к изменению климата. При этом не предусмотрена оценка национальных мер исходя из рентабельности и экономической эффективности, энергетической эффективности и принципа первоочередности энергоэффективности, доступности энергии и надежности энергоснабжения, инвестиционных потребностей и возможностей среди государств — членов ЕС и внутри них. Справедливости ради следует отметить, что данные параметры предполагается учитывать<sup>46</sup> при внесении предложений Европейской Комиссии о достижении цели по климатической нейтральности Союза 2040.

## Выводы

Успех реформы внутреннего электроэнергетического рынка Европейского союза с применением механизмов Энергетического союза будет зависеть от последовательной работы в области формирования системных механизмов правового регулирования функционирования рынков, планирования и развития в сфере электроэнергетики, а также в обеспечении реформы системы правового регулирования на всех уровнях перед проведением структурных реформ в электроэнергетике.

Применение рассматриваемого механизма регулирования ведет и к большему сопряжению национальных рынков, их большей взаимозависимости. Данные факторы в условиях кризиса могут приводить к противоположным эффектам для более устойчивых систем и для систем, более подверженным кризисам. Представляется, что эффективность такого механизма правового регулирования как Энергетический союз, будет обусловлена его способностью создать предпосылки для своевременного и вариативного реагирования на выявляемые несоответствия целям развития энергетического сектора и политики климатической нейтральности.

---

<sup>45</sup> Регламент 2021/1119, ст. 7.

<sup>46</sup> Регламент 2021/1119, ст. 4.

## EUROPEAN UNION ENERGY UNION AS A MECHANISM FOR LEGAL REGULATION OF THE INTERNAL ELECTRICITY MARKET DEVELOPMENT

Belova O.

**Olga Belova** — Candidate of Legal Sciences, specialist in international energy law, Moscow, Russia (osebelova@gmail.com).  
ORCID: 0000-0002-6559-6429.

### Abstract

In international relations, a union is traditionally understood as an association, cooperation of subjects of international law. In this paper, the European Energy Union is considered not as a new union of states, but as a mechanism for legal regulation of the development of the European Union internal electricity market. In accordance with the European Union acts, the Energy Union is a strategy that defines the mechanisms of legal regulation and goals for climate neutrality. At the same time, these mechanisms do not imply the unification of the national legislation of the European Union member States. The paper considers the specifics of the Energy Union strategy implementation in two directions: legal regulation within the framework of the formation and functioning of the European Union internal electricity market and the creation of a system for planning, monitoring and managing the reform of the European Union internal electricity market. The paper analyzes the background and objectives of the European Union's internal electricity market reform, including the European Union's 2030 Energy and Climate Policy Framework and the Paris Agreement on Climate Change. The state of the European Union internal electricity market and energy infrastructure after the implementation of the documents of the "third energy package" and the prospects for reform of the internal electricity market of the European Union are considered, and an assessment of the effectiveness of the "fourth energy package" of the European Union is provided.

### Key words

European Union internal electricity market, European Energy Union, sustainable development, low-carbon energy

**Citation:** Belova O. Energeticheskiy Souz Evropeiskogo Soyuza kak Mekhanizm Pravovogo Regulirovaniya Razvitiya Vnutrennego Elektoroenergeticheskogo Rynka [European Union Energy Union as a Mechanism for Legal Regulation of the Internal Electricity Market Development] // Zhurnal VSHÉ po mezhdunarodnomu pravu [HSE University Journal of International Law]. 2023. Vol. 1. No 3. P. 85–97. (in Russian).

<https://doi.org/10.17323/jil.2023.18930>

---

### References / СПИСОК ИСТОЧНИКОВ

- Èntin M. L. (2020) Bezal'ternativanyi karakter razvitiya ES [The uncontested nature of the EU's development]. *Sovremennaya Evropa*, no. 4, pp. 25–36.
- Horst, van der, J.A.G. (2015) Does the «Energy Union» help to solve European energy infrastructure problems? University of Twente, Enschede, Netherlands. Available at: [https://essay.utwente.nl/68073/1/van\\_der\\_Horst\\_MA\\_MB.pdf](https://essay.utwente.nl/68073/1/van_der_Horst_MA_MB.pdf).
- Hunter T., Herrera I., Crossley P., Alvarez G. (eds) (2020) *International energy law in perspective*. Routledge Handbook of Energy Law. Routledge: Abingdon, UK; New York, NY, USA.
- Jones C., Kettlewell W.-J. (eds) (2020) *EU Energy Law Volume I: The Internal Energy Market*. 5th edition. EU Energy Law series. 5th edition. Claeys and Casteels.
- Keay M., Buchan D. (eds) (2015) *Europe's Energy Union: a problem of governance*. Edward Elgar Publishing: Cheltenham, UK; Northampton, MA, USA.
- Mathioulakis M. (ed) (2021) *Aspects of the Energy Union. Application and Effects of European Energy Policies in SE Europe and Eastern Mediterranean*. Springer International Publishing.
- Leal-Arcas R. (2016). *European Energy Studies Volume VIII: The European Energy Union. The Quest for Secure, Affordable and Sustainable Energy* 1st edition. Claeys and Casteels.
- Meeus L., Glachant J.-M. (eds) (2018) *Electricity Network Regulation in the EU, The Challenges Ahead for Transmission and Distribution*. Edward Elgar Publishing: Cheltenham, UK; Northampton, MA, USA.
- Padgett S. (2012) Multilateral institutions, accession conditionality and rule transfer in the European Union: The Energy Community in South East Europe // *Journal of Public Policy*, vol. 32, pp. 261–282.
- Talus K. (ed) (2014) *Research Handbook on International Energy Law. Europe's Energy Union: a problem of governance*. Edward Elgar Publishing: Cheltenham, UK; Northampton, MA, USA.
- Talus K. (2016) *Introduction to EU Energy Law*. First Edition, Oxford University Press.
- Weishaar S., Kim E., Tiche F. (eds) (2023) *Climate and Energy Law and Policy in the EU and East Asia*. Elgar Studies in Climate Law.

## КОММЕНТАРИЙ К РЕШЕНИЮ МЕЖДУНАРОДНОГО СУДА ОТ 30 МАРТА 2023 ГОДА ПО ДЕЛУ «НЕКОТОРЫЕ ИРАНСКИЕ АКТИВЫ (ИСЛАМСКАЯ РЕСПУБЛИКА ИРАН ПРОТИВ СОЕДИНЕННЫХ ШТАТОВ АМЕРИКИ)»

ПОЛЬШАКОВА В. В.

Польшакова Виктория Владимировна — младший юрист, коллегия адвокатов «Ковалёв, Тугуши и Партнёры»<sup>1</sup>, Москва, Россия (polshakovavv@yandex.ru). ORCID: 0009-0008-8121-839X

### Аннотация

В статье проводится анализ решения Международного Суда по делу «Некоторые иранские активы (Исламская Республика Иран против Соединенных Штатов Америки)» (англ.: *Certain Iranian Assets (Islamic Republic of Iran v. United States of America)*), которое касается предполагаемых нарушений Договора о дружбе, экономических отношениях и консульских правах, заключенного между США и Ираном 15 августа 1955 года, допущенных со стороны США. Автор рассматривает особенности и исторические предпосылки законодательной политики США в сфере борьбы с терроризмом, а также акты законодательных и исполнительных органов власти США, установившие ограничительные меры в отношении Ирана. Несмотря на то что на сегодняшний день существует около трехсот многосторонних и двусторонних договоров, предусматривающих юрисдикцию Суда в случае возникновения спора, за последнее время только несколько споров, связанных с экономическими санкциями, дошли до Суда, что делает настоящее решение особенно ценным. В статье проводится анализ аргументации Суда, в том числе вопросов о юрисдикции и приемлемости ввиду юридического статуса Центрального банка Ирана, а также вопроса исчерпания внутренних средств защиты. Автор приходит к выводу, что Суд склонился к консервативному пониманию статуса Центрального Банка как государственного органа, предложив четкие разъяснения относительно понимания природы центральных банков в международном праве. При этом в статье также обсуждаются вопросы о статусе и применимости доктрины «чистых рук» в международном праве, доктрины злоупотребления правом, исключениях, связанных с производством оружия и соображениями безопасности, а также о правосубъектности иранских компаний и дискриминации. Особенностью решения автор считает и то, что Суд рассмотрел вопросы международного инвестиционного права, в частности стандарты справедливого и равного обращения и разумности. Автор приходит к выводу, что Суд применил стандарт разумности в качестве теста для определения незаконности экспроприации, отклонившись от стандарта, принятого в международном праве. В статье также обсуждаются особые мнения и декларации, написанные тринадцатью из пятнадцати судей. Наконец, автор статьи задается вопросом, являются ли выводы, сделанные Судом по данному делу, строгим очерчиванием рамок экономических санкций или же осторожной попыткой поиска равновесия между *правовым* и *справедливым*.

### Ключевые слова

экономические санкции, ограничительные меры, Международный Суд, юрисдикция Международного Суда, американо-иранский конфликт, иммунитеты государств

**Для цитирования:** Польшакова В. В. Комментарий к решению Международного Суда от 30 марта 2023 года по делу «Некоторые иранские активы (Исламская Республика Иран против Соединенных Штатов Америки)» // Журнал ВШЭ по международному праву (HSE University Journal of International Law). 2023. Т. 1. № 3. С. 98–111.

<https://doi.org/10.17323/jil.2023.18752>

### Введение

Вынесенное 30 марта 2023 года решение Международного Суда (далее — Суд) по делу *Некоторые иранские активы*, в котором главный орган международного правосудия ООН рассмотрел применение Соединенными Штатами Америки односторонних экономических санкций<sup>2</sup> по отношению к Исламской Республике Иран, по праву можно считать одним из самых знаковых в практике Суда за последнее время.

14 июня 2016 года Иран подал иск против США в Международный Суд, утверждая, что США нарушили положения Договора о дружбе, экономических отношениях и консульских правах (далее — Договор о дружбе, Договор)<sup>3</sup>, а также нормы международного права о государственном иммунитете, разрешив частным лицам подавать иски против Ирана и арестовав иранские активы.

<sup>1</sup> Место работы автора, актуальное на момент принятия статьи к публикации.

<sup>2</sup> Термины «экономические санкции» и «ограничительные меры» используются в статье как синонимичные.

<sup>3</sup> Treaty of Amity, Economic Relations, and Consular Rights Between the United States of America and Iran, 15 August 1955, UNTS 284, 93 (Treaty of Amity). URL: <https://www.state.gov/wp-content/uploads/2019/05/Treaty-of-Amity-Economic-Relations-and-Consular-Rights-between-the-United-States-of-America-and-Iran-Aug.-15-1955.pdf> (дата обращения: 27.11.2023).

Иск был подан вскоре после решения Верховного суда США по делу «Банк Маркази против Питерсона» (англ.: *Bank Markazi v. Peterson*), которое утвердило право жертв террористических атак на иски против Центрального Банка Ирана Маркази (далее — Банк Маркази, Банк, Центробанк) и обращение взыскания на его активы.

За последние несколько десятилетий США не только открыли дорогу подобным искам в своих национальных судах, но также использовали ряд экономических и законодательных механизмов для поддержания жесткой санкционной политики в отношении Ирана. В своем последнем решении по делу *Некоторые иранские активы* Суд встал на сторону Ирана и не согласился с необоснованными и дискриминационными ограничениями, введенными США в отношении иранских компаний, признав нарушение Договора о дружбе 1955 года.

В связи с этим возникает вопрос: может ли государство, обратившееся в Международный Суд, успешно оспорить введение экономических санкций? И каким образом должны сойтись звезды, чтобы оспаривание было успешным по ключевым элементам любого спора — юрисдикции и материально-правовым нормам?

## 1. Фактические обстоятельства дела

В основе иска Ирана лежал аргумент о нарушении положений Договора о дружбе со стороны США. Примечательно, что данное дело стало уже четвертым по счету, отсылающим к положениям данного Договора<sup>4</sup>.

Претензии Ирана были основаны на Договоре о дружбе и поданы в отношении нескольких актов, принятых органами законодательной и исполнительной власти США в связи с предполагаемой причастностью Ирана к террористическим действиям в качестве государства — спонсора терроризма.

Введение ограничительных мер США по отношению к Ирану началось после захвата американского посольства 7 ноября 1979 года: группа радикально настроенных иранских студентов 444 дня держала в заложниках 52 человека. Спустя неделю после захвата США объявили о введении ряда ограничительных мер, включая заморозку активов Правительства Ирана, в том числе Центрального Банка Ирана, в банках США<sup>5</sup>. 7 апреля 1980 года США разорвали дипломатические отношения с Ираном и запретили любым лицам, находящимся под юрисдикцией США, участвовать в финансовых операциях с Ираном<sup>6</sup>. После освобождения заложников в рамках мирных переговоров только часть ограничений была снята<sup>7</sup>. Таким образом, несмотря на проведение экономических<sup>8</sup> и военных<sup>9</sup> операций в целях скорейшего освобождения американских граждан, к желаемому результату данные меры не привели.

В 1983 году в результате атаки на казармы американских миротворцев в Бейруте санкции против Ирана были введены вновь. Вскоре после этого, 19 января 1984 года, Государственный департамент США внес Иран в список государств — спонсоров терроризма<sup>10</sup>. Впоследствии США предприняли ряд шагов, направленных на предоставление жертвам террористических атак возможности обращаться с иском в национальные суды против государств, спонсирующих терроризм. В 1996 году в Закон об иммунитете иностранных государств (далее — FSIA<sup>11</sup>) была внесена поправка о терроризме (англ.: *terrorism exception*)<sup>12</sup>, закрепившая возможность пренебрегать юрисдикционным иммунитетом иностранного государства — спонсора терроризма

<sup>4</sup> ICJ. *United States Diplomatic and Consular Staff in Tehran (Tehran Hostages) (United States v. Iran)*. Merits. Judgment of 24 May 1980 // I.C.J. Reports 1980. P. 3; ICJ. *Aerial Incident of 3 July 1988 (Iran v. United States)*. Order of 22 February 1996 // I.C.J. Reports 1996. P. 9; ICJ. *Oil Platforms (Iran v. United States)*. Merits. Judgment of 6 November 2003. ICJ Reports 2003. P. 161.

<sup>5</sup> Executive Order 12170 (November 14, 1979).

<sup>6</sup> Executive Order 12205: Prohibiting certain transactions with Iran (April 7, 1980); Economic Sanctions Against Iran. Message to the Congress Reporting U.S. Actions (April 14, 1980).

<sup>7</sup> Executive Order 12282: Revocation of Prohibitions against Transactions Involving Iran (January 19, 1981).

<sup>8</sup> Executive Order 12170: Prohibiting Certain Transactions with Iran (November 14, 1980).

<sup>9</sup> В частности, речь идет об операции «Орлиный коготь», проведенной вооруженными силами США в апреле 1980 года. Операция не увенчалась успехом и повлекла смерть 16 человек.

<sup>10</sup> State Sponsors of Terrorism. URL: <https://www.state.gov/state-sponsors-of-terrorism/> (дата обращения: 27.11.2023).

<sup>11</sup> Foreign Sovereign Immunities Act. URL: <https://www.govinfo.gov/content/pkg/USCODE-2011-title28/html/USCODE-2011-title28-partIV-chap97.htm> (дата обращения: 27.11.2023).

<sup>12</sup> 28 U.S. Code § 1605A - Terrorism Exception to the Jurisdictional Immunity of a Foreign State. URL: <https://www.govinfo.gov/content/pkg/USCODE-2011-title28/html/USCODE-2011-title28-partIV-chap97.htm> (дата обращения: 27.11.2023).

при наличии гражданско-правовых требований о возмещении денежных убытков, выдвинутых субъектами, находящимися под юрисдикцией США.

В том же году в соответствии с Актом о санкциях в отношении Ирана и Ливии 1996 года (далее — ILSA<sup>13</sup>) США наложили ограничения на компании, ежегодно инвестировавшие более 40 миллионов долларов в нефтегазовые отрасли. Введенные санкции впервые коснулись не только компаний США, но и компаний из третьих стран, что породило споры о легальности экстратерриториальной природы данного акта<sup>14</sup>.

Следующим санкционным механизмом стал Закон о страховании от террористических рисков (далее — TRIA<sup>15</sup>), принятый США в 2002 году. TRIA разрешил применять меры по обеспечению исполнения судебных решений, вынесенных в соответствии с поправкой 1996 года к FSIA. Важно отметить: TRIA предусматривает, что активы организации, обозначенной как «террористическая», подлежат изъятию или аресту в целях исполнения решений судов.

В 2001 году жертвы атаки в Бейруте подали иск к Ирану в деле «Петерсон против Ирана» (англ.: *Peterson v. Islamic Republic of Iran*). Хотя Иран отрицал свою причастность к событиям 1983 года, окружной суд США в 2003 году признал Тегеран ответственным за произошедшее. В одном из постановлений суда говорилось, что посол Ирана в Сирии вступил в контакт с активным сторонником исламской революции, которому передал распоряжение иранских властей организовать взрыв казарм миротворцев<sup>16</sup>. Таким образом, в своем решении суд заявил о необходимости выплаты компенсации семьям пострадавших в размере почти трех миллиардов долларов.

После одиннадцати лет жесточайшей санкционной политики в отношении Ирана США издали исполнительный указ № 13599 от 5 февраля 2012 года «Блокирование имущества правительства Ирана и иранских финансовых учреждений» (англ.: *Blocking Property of the Government of Iran and Iranian Financial Institutions*), в силу которого все активы иранского правительства, в том числе активы Банка Маркази и других финансовых учреждений, находящихся в пределах юрисдикции США, были заблокированы.

Следующим крупным санкционным механизмом стало принятие Конгрессом США закона «О снижении угрозы со стороны Ирана и правах человека в Сирии» (англ.: *Iran Threat Reduction and Syria Human Rights Act*), в соответствии с которым активы Банка Маркази были арестованы для удовлетворения заочных решений судов США против Ирана<sup>17</sup>. Несмотря на то что Банку Маркази почти удалось оспорить введенные меры в деле «Банк Маркази против Петерсона», Верховный суд одобрил использование активов Центробанка на сумму почти 1,75 миллиарда долларов в соответствии с поправкой FSIA о терроризме с целью обеспечить исполнение судебных решений, вынесенных в пользу жертв терроризма.

Результатом этих событий стала подача Ираном 14 июня 2016 года иска против США в Международный Суд.

## 2. Об оспаривании санкций в Суде: вопросы юрисдикции и приемлемости

На сегодняшний день существует около трехсот многосторонних и двусторонних договоров, предусматривающих юрисдикцию Суда в случае возникновения спора<sup>18</sup>. Впрочем, когда дело касается экономических санкций, ответ никогда не лежит на поверхности: в международном праве существует неопределенность относительно юридических требований к введению ограничительных мер и возможных аргументов в пользу их введения.

<sup>13</sup> Iran and Libya Sanctions Act.

<sup>14</sup> *Research Handbook on UN Sanctions and International Law* / ed. by L. van den Herik. Cheltenham, UK: Edward Elgar Publishing, 2016; Meyer J. A. *Second Thoughts on Secondary Sanctions*. University of Pennsylvania Journal of International Law. 2009. Vol. 30. P. 905–968.

<sup>15</sup> Terrorism Risk Insurance Act (TRIA) of 2002. URL: <https://www.govinfo.gov/content/pkg/PLAW-107publ297/html/PLAW-107publ297.htm> (дата обращения: 27.11.2023).

<sup>16</sup> *Peterson v. Islamic Republic of Iran*. Civil Action № 01-2094 (RCL). Civil Action № 01-2684 (RCL) United States District Court. D. Columbia. §54.

<sup>17</sup> Iran Threat Reduction and Syria Human Rights Act. URL: <https://www.congress.gov/112/plaws/publ158/PLAW-112publ158.pdf> (дата обращения: 27.11.2023).

<sup>18</sup> Treaties. URL: <https://www.icj-cij.org/treaties> (дата обращения: 27.11.2023); Handbook on Accepting the Jurisdiction of the International Court of Justice. URL: [https://legal.un.org/avl/pdf/rs/other\\_resources/Manual%20sobre%20la%20aceptacion%20jurisdiccion%20CIJ-ingles.pdf](https://legal.un.org/avl/pdf/rs/other_resources/Manual%20sobre%20la%20aceptacion%20jurisdiccion%20CIJ-ingles.pdf) (дата обращения: 27.11.2023).

За последнее время лишь несколько судебных споров, связанных с экономическими санкциями, дошли до Международного Суда. Как уже отмечалось, Иран инициировал два дела против Соединенных Штатов: первое из них, касавшееся суверенного иммунитета, — в 2016 году, а второе — о санкциях, вновь введенных после выхода Соединенных Штатов из Совместного всеобъемлющего плана действий по иранской ядерной программе, — в 2018 году. В иске Ирана по последнему делу содержится просьба к Суду обязать Соединенные Штаты отменить все санкции. В постановлении о временных мерах от 3 октября 2018 года Суд десятки раз заключает термин «санкции» в кавычки, не давая ему определения, но, очевидно, имея в виду все меры, на которые жалуется Иран<sup>19</sup>.

Еще одно дело было инициировано Катаром против Объединенных Арабских Эмиратов. По утверждению катарской стороны, экономическое эмбарго и другие принудительные меры, введенные против Катара ОАЭ и другими странами Персидского залива, нарушают права Катара и катарских граждан в соответствии с Международной конвенцией о ликвидации всех форм расовой дискриминации<sup>20</sup>.

### 2.1. Статус Банка Маркази

В своем решении от 30 марта 2023 года в деле об *иранских активах* Суд вернулся к вопросу о юрисдикции<sup>21</sup> и определил, что у него отсутствует юрисдикция в отношении требований Ирана, касающихся предполагаемых нарушений Договора о дружбе со стороны США, затронувших Банк Маркази. США успешно доказали, что Банк Маркази не является «компанией» по смыслу Договора, и, следовательно, не защищен Договором. Это юрисдикционное определение имело особое значение, поскольку оно охватывало активы на сумму около 1,75 миллиарда долларов, что составляло большую часть общих денежных требований Ирана.

Иран настаивал на том, что на активы распространяется иммунитет в соответствии с международным обычным правом, так как они представляют собой государственную собственность. В то же время иранская сторона утверждала, что Центральный банк является компанией по смыслу Договора о дружбе, в связи с чем на него распространяются гарантии, предоставляемые Договором. Таким образом, особенность аргументации Ирана заключалась в двойственном представлении правового статуса Центробанка для целей его квалификации в качестве компании.

Относительно характера деятельности Банка Иран заявил следующее. Во-первых, Банк Маркази не только выполняет суверенные функции, свойственные любому центральному банку, но и в то же время занимается другой финансовой и банковской деятельностью, коммерческой по своей природе и идентичной той, что выполняют частные компании. Во-вторых, Иран сослался на инвестиционную деятельность Банка и ценные бумаги, хранившиеся на депозитарном счете в Ситибанке в Нью-Йорке. По мнению Ирана, для характеристики деятельности как коммерческой, нужно рассматривать именно *природу* такой деятельности, а не ее основополагающую цель.

США, в свою очередь, заявили о том, что при принятии решения о квалификации статуса Банка Маркази Суду стоит опираться на заявления, сделанные самим Банком. Они также сочли, что покупка Банком гарантийных прав в облигациях относится к осуществлению Ираном функции управления валютными резервами, то есть к суверенной функции, а не коммерческой. В своем решении Суд отметил, что, несмотря на коммерческий характер покупки Банком облигаций на рынках США, этого недостаточно для квалификации деятельности Банка как коммерческой. Помимо этого, Суд посчитал, что при оценке характера деятельности Банка особого внимания также заслуживает связь между покупкой бондов и осуществлением Банком своей суверенной функции.

Таким образом, Суд установил, что Банк Маркази не может характеризоваться как компания по смыслу Договора о дружбе, тем самым поддержав юрисдикционные возражения, выдвинутые США, и заключив, что у него отсутствует юрисдикция по рассмотрению вопросов, относящихся к

<sup>19</sup> ICJ. *Certain Iranian Assets (Islamic Republic of Iran v. United States of America)*. Judgement of 30 March 2023. § 16, 18-22, 31, 33, 37, 55-61, 72, 80, 84, 86.

<sup>20</sup> ICJ. *Application of the International Convention on the Elimination of All Forms of Racial Discrimination (Qatar v. U.A.E.)*. Provisional Measures. Order of 23 July 2018.

<sup>21</sup> В решении 2019 года говорилось о том, что юрисдикция Суда не охватывает требования Ирана, касающиеся нарушений международного права суверенных иммунитетов.

активам Центробанка. Тем самым Суд склонился к консервативному пониманию статуса Банка как государственного органа, дав четкие разъяснения относительно понимания природы центральных банков в международном праве.

## 2.2. Исчерпание внутренних средств защиты

Суд отклонил возражения США относительно оспаривания приемлемости дела на основании неисчерпания Ираном внутренних средств правовой защиты. Согласно обычному международному праву государство, предъявляющее в международную инстанцию от имени своих граждан иск на основании дипломатической защиты, должно исчерпать внутренние средства правовой защиты, прежде чем иск может быть заслушан. Это требование также считается выполненным, когда отсутствуют внутренние средства правовой защиты, дающие потерпевшим разумную возможность получить возмещение.

В данном деле Суд отметил, что каждый раз, когда иранские организации добивались отмены положений федерального законодательства, поскольку эти положения несовместимы с правами, предусмотренными Договором о дружбе, суд США разрешал противоречие между Договором и национальным законодательством в пользу национального законодательства по причине более позднего времени его принятия (по сравнению с Договором). Суд пришел к выводу, что иранские организации «не имели разумной возможности успешно отстаивать свои права в судебных разбирательствах в Соединенных Штатах», и отклонил возражение США в отношении оспаривания приемлемости дела на основании неисчерпания внутренних средств правовой защиты.

## 3. Рассмотрение аргументов по существу

### 3.1. О применении доктрины «чистых рук»

В первую очередь США, сославшись на действие доктрины «чистых рук», просили Суд отклонить все требования Ирана на том основании, что Иран обратился в Суд с недобросовестной жалобой. В частности, США указывали на атаку казарм миротворцев в Бейруте в 1983 году, результатом которой стала смерть американских военнослужащих. По мнению США, Иран, ссылаясь на Договор о дружбе, пытался избежать выплаты компенсации жертвам атаки. Любопытно, что данный вопрос уже рассматривался в части аргументов, относящихся к вопросу о юрисдикции, однако США ничего нового в стадию рассмотрения спора по существу не привнесли. При этом Суд в итоге отметил, что не берется утверждать, представляет ли собой доктрина «чистых рук» (англ.: *clean hands*) обычай или общий принцип права.

В соответствии с данной доктриной истцу может быть отказано в иске, в случае если он не соблюдает правовые нормы<sup>22</sup>. В решении по делу *Джадхав* (англ.: *Jadhav*) Суд уже отмечал, что считает невозможным использование данной доктрины в качестве обоснования неприемлемости дела<sup>23</sup>. Более того, в решении от 2019 года Суд уточнил, что не обязан квалифицировать правовой статус доктрины, но обратил внимание, что Комиссия по международному праву в своем Проекте статей об ответственности государств за международно-противоправные деяния (далее — Проект статей) также отказалась рассматривать невыполнение условий добросовестности в соответствии с доктриной «чистых рук» в качестве основания для исключения противоправности<sup>24</sup>.

В деле об *иранских активах* США предложили Суду использовать следующий тест: во-первых, наличие правонарушения или неправомерного поведения; во-вторых, вменение противоправных действий государству-истцу; в-третьих, наличие связи между правонарушением и заявлениями государства-истца; в-четвертых, достаточная степень серьезности правонарушения; в-пятых,

<sup>22</sup> Идея доктрины заключается в следующем: «тот, кто приходит за правосудием, должен приходиться с чистыми руками». *Precision Instrument Mfg. Co. v. Automotive Co.* 324 U.S. 806. 1945. Cheng B. *General Principles of Law as Applied by International Courts and Tribunals*. New York: Cambridge University Press. 1953. P. 155; Brownlie I. *Principles of Public International Law*. 7th ed. New York: Oxford University Press. 2008. P. 503; Lauterpacht H. *Recognition in International Law*. London: Cambridge University Press. 1947. P. 420–442. Schwebel M. *Clean Hands, Principle*. Max Planck Encyclopedia of Public International Law Online. 2009. URL: <https://opil.ouplaw.com/display/10.1093/law/epil/9780199231690/law-9780199231690-e18?prd=EPIL> (accessed: 27.11.2023).

<sup>23</sup> *Jadhav (India v. Pakistan)*. Judgment of 17 July 2017 // I.C.J. Reports 2017 (II).

<sup>24</sup> В мае 2005 года специальный докладчик Д. Р. Дугард в рамках Комиссии международного права отметил, что несмотря на особую роль, которую играет данная доктрина в международном праве, Комиссии следует разобраться, насколько она имеет тесную связь с темой дипломатической защиты для того, чтобы включить ее в Проект статей. В результате доклада Д. Р. Дугарда Комиссия приняла решение не включать доктрину «чистых рук» в Проект статей.

наличие аналогичного правонарушения или неправомерного поведения со стороны государства-ответчика, которое позволило бы Суду отклонить применение данной доктрины.

Суд счел применимыми первый и третий пункты теста: «США не доказали, что Иран нарушил Договор о дружбе осуществлением тех действий, которые вменяли ему США»<sup>25</sup>, а также то, что между вменяемым противоправным действием и заявлениями самого Ирана отсутствует достаточная связь<sup>26</sup>. Таким образом, Суд установил, что США не предоставили достаточных оснований для использования доктрины «чистых рук» в качестве убедительного аргумента защиты по существу дела.

Таким образом, несмотря на то что Суд отклонил аргументы США, сам факт рассмотрения такого теста Судом имеет особое значение. В отличие от своего предыдущего взаимодействия с доктриной «чистых рук»<sup>27</sup>, Суд не отказался рассматривать аргумент, основанный на этой доктрине, как это было во всех остальных случаях. Более того, при анализе восьми дел, в которых одна из сторон обращалась к данной доктрине, становится очевидно, что ни в одном из них Суд не признавал и не опирался на какой-либо тест<sup>28</sup>. Вместе с этим нельзя не признать и то, что Суд в итоге оценил данный тест именно в той трактовке, в которой его предложили США, сделав выводы о неясном статусе данной доктрины, а также невыполненных условиях ее применения (согласно критериям, предложенным США).

Действительно, на данный момент не существует устоявшегося мнения относительно правового статуса доктрины «чистых рук», несмотря на ее неоднократное упоминание сторонами дела<sup>29</sup>. Таким образом, отклонение данной доктрины в этом деле очередной раз подтвердило «молчаливую» позицию Суда относительно доктрины «чистых рук».

С другой стороны, нельзя не заметить, что хотя Суд и постарался избежать однозначной трактовки, он как будто признал: факт того, что США не выполнили условия своего же теста, является лишь альтернативной аргументацией, в то время как главное — «искусственность» таких критериев.

### 3.2. Злоупотребление правом

Понятие «злоупотребление правом» в международном праве описывает ситуацию, когда одно государство осуществляет свое право таким образом, что это «препятствует осуществлению своих прав другими государствами, либо же их осуществление происходит в целях, существенно отличных от тех, ради которых изначально создавались эти права»<sup>30</sup>.

В обоснование заявления о том, что требования Ирана представляют собой злоупотребление правом, США выдвинули два тезиса. Во-первых, заявляя претензии, Иран пытается искусственно расширить свои права по Договору таким образом, который не предполагался при его заключении. Во-вторых, по мнению США, Иран пытался уклониться от обязательства по выплате репараций жертвам террористических актов. В ответ на это Иран обвинил США в подмене понятий. По мнению Ирана, вопрос злоупотребления процессуальными правами уже рассматривался Судом в решении от 2019 года, а его юридические основания и объект совпадали с аргументом о злоупотреблении правом<sup>31</sup>. Более того, Иран отметил, что успешность такого аргумента была

<sup>25</sup> ICJ. *Certain Iranian Assets (Islamic Republic of Iran v. United States of America)*. Judgment of 30 March 2023. § 83.

<sup>26</sup> *Ibid.*

<sup>27</sup> ICJ. *Certain Iranian Assets (Islamic Republic of Iran v. six United States of America)*. Judgment of 13 February 2019 // I.C.J. Reports 2019. P. 7. § 122.

<sup>28</sup> *Certain Phosphate Lands in Nauru (Nauru v. Australia)*. § 37–38; *LaGrand (Germany v. United States of America)*. § 61–63; *Avena and Other Mexican Nationals (Mexico v. United States of America)*. § 45–47; *Oil Platforms (Islamic Republic of Iran v. United States)*. § 27–30; *Legal Consequences of the Construction of a Wall in the Occupied Palestinian Territory*. § 63–64; *Maritime Delimitation in the Indian Ocean (Somalia v. Kenya)*. § 135–144; *Jadhav Case (India v. Pakistan)*. § 59–61; *Certain Iranian Assets (Preliminary Objections) (Iran v. United States)*.

<sup>29</sup> PCA. *Guyana v. Suriname*. Award of 17 September 2007. § 418; ICJ. *Barcelona Traction, Light, and Power Company Limited (Belgium v. Spain)*. Judgment of 5 February 1970 // I.C.J. Reports 1970; ICJ. *Phosphate Lands in Nauru (Nauru v. Australia)*. Judgment of 26 June 1992 // I.C.J. Reports 1992. § 37–38; ICJ. *LaGrand (Germany v. United States of America)*. Judgment of 27 June 2001 // I.C.J. Reports 2001. § 61, 63; ICJ. *Avena and Other Mexican Nationals (Mexico v. United States of America)*. Judgment of 31 March 2004 // I.C.J. Reports 2004. § 45–47; ICJ. *Oil Platforms (Islamic Republic of Iran v. United States of America)*. Judgment of 6 November 2003 // I.C.J. Reports 2003. § 29–30; ICJ. *Legal Consequences of the Construction of a Wall in the Occupied Palestinian Territory*. Advisory Opinion of 9 July 2004 // I.C.J. Reports 2004. § 63–64; ICJ. *Ahmadou Sadio Diallo (Republic of Guinea v. Democratic Republic of the Congo)*. Judgment of 24 May 2007 // I.C.J. Reports 2007.

<sup>30</sup> Kiss A. *Abuse of Rights*. Max Planck Encyclopedia of Public International Law Online. 2006. URL: <https://opil.ouplaw.com/display/10.1093/law:epil/9780199231690/law-9780199231690-e1371> (accessed: 27.11.2023).

<sup>31</sup> ICJ. *Certain Iranian Assets (Islamic Republic of Iran v. United States of America)*. Judgment of 30 March 2023. § 86.



возможна только в том случае, если бы имелись доказательства недобросовестности его действий<sup>32</sup>.

Суд заключил, что США не смогли продемонстрировать доказательства того, что права, принятые Ираном по Договору, осуществлялись вразрез с целями, изначально установленными для них, и что это происходило в ущерб США. По вопросу возражения относительно «идентичности» аргументов о «злоупотреблении правом» и «злоупотреблении процессуальными правами» Суд также не согласился с доводами США, обратив внимание на их различную природу: одни относились к вопросу приемлемости, а другие — к существу спора<sup>33</sup>.

### 3.3. Исключения, связанные с производством оружия и соображениями безопасности

Исключения по соображениям безопасности (англ.: *security exception*) широко применяются на практике в рамках Всемирной торговой организации (далее — ВТО) и Генерального соглашения по тарифам и торговле (далее — ГАТТ)<sup>34</sup>, отражая потребность в «автономии для обеспечения собственной безопасности и интересов многосторонней торговой системы»<sup>35</sup>.

В своем решении Суд отклонил аргумент США о том, что исполнительный указ № 13599, блокирующий собственность иранского правительства и связанных с ним финансовых организаций, подпадает под два исключения из Договора: *меры, регулирующие производство или торговлю оружием*, и *меры, которые необходимы для основных интересов безопасности договаривающейся стороны*.

Суд не согласился с тем, что исполнительный указ подпадает под одно из названных исключений, так как меры, предусмотренные указом, лишь косвенно повлияли на производство и торговлю оружием Ираном. Кроме того, Суд постановил, что исполнительный указ не был необходим для защиты основных интересов безопасности США, отметив, что обоснования, изложенные в самом исполнительном указе, были в первую очередь финансовыми, а не связанными с соображениями безопасности.

Таким образом, Суд применил достаточно жесткий подход при толковании исключений по соображениям безопасности. Отвергнув доводы США, Суд предложил собственный критерий для определения таких исключений. В основу этого подхода легло установление причинно-следственной связи между угрозой национальной безопасности и введенными мерами. Безусловно, этот вывод Суда потенциально может иметь большое значение для интерпретации соображений безопасности в международном праве.

### 3.4. О материально-правовых нормах: нарушение Договора о дружбе со стороны США

Иран заявил о нарушении сразу шести положений различных статей Договора о дружбе. В основе заявленных Ираном нарушений лежала совокупность законодательных, исполнительных и судебных мер США, принятых с 2002 года (в частности, речь идет о пункте 201(a) TRIA, 1610 (g) (1) FSIA, а также об исполнительном указе 2012 года № 13599).

Примечательно, что Суд отказался рассматривать исполнительный указ № 13599 в той части, в какой он затрагивал Банк, так как ранее Суд уже постановил, что не обладает юрисдикцией для рассмотрения нарушений статей 3, 4 и 5 Договора о дружбе, связанных с Центробанком.

### 3.5. О правосубъектности иранских компаний и дискриминации

Пункт 1 статьи 4 Договора о дружбе предусматривает справедливое и равное обращение (далее — ФЕТ) и запрещает США и Ирану принимать необоснованные или дискриминационные меры в отношении граждан или компаний друг друга.

Иран утверждал, что США игнорировали правосубъектность иранских компаний на своей территории и что меры США в соответствии с разделом 201 (a) TRIA, разделом 1610 (g) FSIA и исполнительным указом № 13599, были необоснованными. В частности, речь шла о следующих мерах:

<sup>32</sup> *Ibid.* § 87.

<sup>33</sup> *Ibid.* § 88.

<sup>34</sup> *Russia—Measures Concerning Traffic in Transit; United Arab Emirates—Measures Relating to Trade in Goods and Services; Trade-Related Aspects of Intellectual Property Rights; United States—Certain Measures on Steel and Aluminium Products; Saudi Arabia – Measures Concerning the Protection of Intellectual Property Rights.*

<sup>35</sup> Voon T. *The Security Exception In WTO Law: Entering a New Era*. AJIL Unbound, 2009. Vol. 113. P. 45–50.

1) согласно разделу 201 (a) TRIA, в случае если лицо получало судебное решение в отношении требования о возмещении вреда, причиненного в результате террористического акта, или требования, в рамках которого в отношении террористической стороны не действует иммунитет, предусмотренный разделом 1605 (a) (7) FSIA, то активы лица или организации, обозначенных как «террористическая сторона», в соответствии с законодательством США подлежат аресту и впоследствии используются для компенсации ущерба, причиненного террористической стороной;

2) поправки к разделу 1610 FSIA, которые расширяли категории активов, доступных для удовлетворения судебных требований, и включали в них все имущество государственных организаций государств из списка «государств — спонсоров терроризма»;

3) согласно исполнительному указу № 13599, все активы правительства Ирана должны были быть заблокированы, включая активы Банка Маркази и других иранских финансовых институтов, если эти активы находились на территории США или «во владении или под контролем любого американского лица, включая любой иностранный филиал».

В своих требованиях Иран заявил, что, во-первых, принцип справедливого и равноправного обращения не совпадает с минимальным стандартом обращения. Во-вторых, он заявил, что установление нарушения, затрагивающего обеспечение справедливого и равноправного обращения, требует определить: во-первых, произвольность действий; во-вторых, дискриминационный характер; в-третьих, отсутствие надлежащей правовой процедуры или, в-четвертых, несоответствие законным ожиданиям граждан и компаний. Иран утверждал, что даже при ограничительном толковании имел место отказ в правосудии, поскольку введенные ограничения ущемляли правосубъектность иранских компаний.

США, в свою очередь, ответили, что справедливое и равноправное обращение отражает один из главных компонентов минимального стандарта обращения, а именно защиту от отказа в правосудии. При этом положения о дискриминационных и эффективных мерах по смыслу статьи Договора не устанавливают определенных обязанностей по соблюдению этих мер. США также отметили, что принятые ими меры были направлены на борьбу с террористическими актами, а введенные санкции касались только государственных акторов, а не частных компаний Ирана.

В своих выводах Суд заявил о том, что Договор не предусматривает применения минимального стандарта обращения. Далее он заключил, что мера будет считаться необоснованной в соответствии с Договором о дружбе, если она не преследует законной общественной цели, если между преследуемой целью и принятой мерой нет надлежащей связи или если она явно чрезмерна по отношению к цели.

Несмотря на то, что меры США теоретически могли бы преследовать законную публичную цель предоставления эффективных средств правовой защиты истцам, которым присуждено возмещение убытков, Суд счел законодательные меры явно чрезмерными. Так как законодательные акты США использовали очень широкие термины, они могли охватить любое юридическое лицо, независимо от степени или типа контроля над ним со стороны Ирана. В этом смысле США несправедливо сняли «корпоративную завесу» (англ.: *corporate veil*), рассмотренную Судом ранее в деле «Барселона Трэкин», и проигнорировали самостоятельную правосубъектность иранских компаний.

Кроме того, Суд счел исполнительный указ № 13599 явно чрезмерным по отношению к цели реагирования на «постоянную поддержку террористических актов»<sup>36</sup> Ираном, поскольку он слишком широко применялся к «любому иранскому финансовому учреждению»<sup>37</sup>.

Таким образом, Суд дал широкое толкование стандарта справедливого и равноправного обращения, отвергнув позицию США о том, что применимый стандарт для FET был просто минимальным стандартом обращения в соответствии с обычным международным правом, поскольку Договор о дружбе не содержал подобного прямого ограничения.

<sup>36</sup> ICJ. *Certain Iranian Assets (Islamic Republic of Iran v. United States of America)*. Judgment of 30 March 2023. § 157.

<sup>37</sup> *Ibid.*

### 3.6. О стандарте справедливого и равного обращения, разумности и дискриминации: что есть разумность?

Еще одной особенностью решения Суда в деле *Некоторые иранские активы* стало использование и интерпретация стандартов и принципов международного инвестиционного права, а также толкование стандарта разумности.

Параграф 1 статьи 4 Договора обязал стороны придерживаться принципа справедливого и равного обращения, а также воздерживаться от применения неразумных или дискриминационных мер, нарушающих их законные права и интересы.

Иран заявил, что стандарт справедливого и равного обращения не привязан к минимальному стандарту обращения, закрепленному в международном обычном праве. По его мнению, доказывание нарушения этого стандарта должно подчиняться следующей логике: во-первых, установить, является ли поведение государства произвольным, вопиющим, несправедливым, уникальным, во-вторых, дискриминационным, в-третьих, отступающим от надлежащей правовой процедуры, либо же, в-четвертых, подрывающим законные ожидания иранских граждан и компаний.

По вопросу о разумных и дискриминационных мерах Иран указал, что критерий разумности предполагает доказывание надлежащей взаимосвязи между целями государственной политики и мерами, принимаемыми для ее реализации, при этом отметив, что при оценке разумности суды также часто ссылаются на концепцию пропорциональности или соразмерности.

США отвергли аргумент Ирана о стандарте справедливого и равного обращения, заявив, что последний отражает минимальный стандарт обращения, а «разумные или дискриминационные меры» не составляют самостоятельных обязательств, являясь частью стандарта ФЕТ. Однако даже при принятии критериев, предложенных Ираном, США заявили, что не нарушили параграф 1 статьи 4 Договора ввиду того, что оспариваемые меры разумно относились к политике сдерживания терроризма через арест государственных, а не частных активов, а потому были пропорциональными. По мнению США, меры также сложно считать дискриминационными ввиду их применения ко всем государствам — спонсорам терроризма, а не только к Ирану.

В своем решении Суд опроверг интерпретацию, предложенную США, согласно которой обязательства, закрепленные в статье 4, стоит рассматривать в совокупности, так как они не составляют самостоятельных обязательств. Анализ содержания минимального стандарта защиты, по мнению Суда, также не являлся необходимым ввиду отсутствия упоминания такого стандарта в тексте статьи. Более того, суд также разграничил неразумность и дискриминационность как два разных стандарта, при этом начав с оценки неразумности мер.

По мнению суда, понятие «неразумный» означает «нечто, лишенное рационального обоснования»<sup>38</sup>. Так, например, в деле *Коста-Рика против Никарагуа* Суд заявил, что для анализа разумности требуется не просто заявление в общем виде, но конкретные и специфические обстоятельства дела, которые в итоге определяют решение суда<sup>39</sup>. Таким образом, Суд отметил, что понимание разумности может меняться от дела к делу в зависимости от обстоятельств, при этом сразу же пояснив, что в данном деле будет определять неразумность меры по смыслу Договора о дружбе на основании определенных критериев.

В этой связи Суд обозначил три элемента для определения «разумности» меры: законная общественная цель, связь между средствами и целями и соразмерность между целью и результатами.

Во-первых, Суд посчитал законной целью предоставление компенсации жертвам террористических атак, ответственным за которые суды США признали Иран. Суд отметил, что обеспечение эффективных средств правовой защиты тем истцам, кому была присуждена компенсация, составляет легитимную общественную цель. Во-вторых, для теста также необходимо установление связи между преследуемой целью и принимаемой мерой. По мнению Суда, арест может соответствовать цели предоставления компенсации. Наконец, немалую роль играет и соразмерность цели и результатов. В частности, мера не будет считаться разумной, если ее негативное воздействие чрезмерно по отношению к преследуемой цели. Например, в деле

<sup>38</sup> ICJ. *Certain Iranian Assets (Islamic Republic of Iran v. United States of America)*. Judgment of 30 March 2023. § 146.

<sup>39</sup> ICJ. *Dispute regarding Navigational and Related Rights (Costa Rica v. Nicaragua)*. Judgment of 13 July 2009 // I.C.J. Reports 2009. P. 253. § 101.

*Коста-Рика против Никарагуа* Суд дал следующее определение термину разумности: «Мера не должна быть неразумной в том смысле, что ее негативное воздействие на осуществление права не должно быть чрезмерным в сравнении с той защитой, которая предоставляется изначальной цели»<sup>40</sup>.

Однако Суд посчитал, что даже если законодательные положения США и их применение судами преследовало легитимную общественную цель, они нанесли чрезмерный ущерб иранским компаниям, а это несоразмерно изначальной цели. Так, например, Суд обратил внимание на то, что цель введения исполнительного указа № 13599 заключалась не в предоставлении компенсации, но в ответе на поддержку Ираном террористической деятельности. Так как сфера действия данного указа распространялась на всю собственность любого иранского учреждения, такая мера, по мнению суда, была явно чрезмерной по отношению к своей цели.

В довершение всего Суд заключил, что положение параграфа 1 статьи 4 Договора о дружбе не является кумулятивным критерием, так как разделительный союз «или» свидетельствует о том, что для нарушения нормы достаточно будет доказать одно из двух: либо неразумность мер, либо их недискриминационный характер. В связи с этим Суд логично посчитал необязательным рассматривать вопрос дискриминации, так как неразумность мер уже была установлена.

Таким образом, поскольку в международном праве отсутствует общепринятый подход к определению разумности, спор относительно содержания этого понятия как никогда актуален. Отсутствие у сторон четкого представления о том, как следует понимать разумность, — как стандарт, концепцию, принцип или метод установления фактов — может обернуться не только спором между сторонами относительно определения этого понятия, но и противоречиями в логике суда. И хотя Суд в деле *Некоторые иранские активы* выделил собственный тест для оценки разумности действий США, применение этого теста к обстоятельствам дела кажется поспешным. Суду стоило уделить больше внимания стандарту, ставшему главным яблоком раздора не только в аргументации сторон настоящего дела.

### 3.7. О защите права собственности и экспроприации

Параграф 2 статьи 4 Договора о дружбе закрепил принцип постоянной защиты и безопасности (далее — ФПС), а также установил запрет изъятия имущества, кроме как в общественных целях и при условии своевременной выплаты справедливой компенсации. Нарушения, заявленные Ираном, заключались в незаконной экспроприации США иранских активов, а также в нарушении стандарта защиты и безопасности. В ответ на предложенную США в качестве аргумента «полицейскую доктрину» Иран отметил, что данная доктрина не упоминается ни в тексте, ни в *travaux préparatoires* Договора. Более того, введенные меры не были направлены на всеобщее благо и являлись дискриминационными. Таким образом, Суду предстояло снова рассмотреть вопросы, в основном касающиеся стандартов международного инвестиционного права.

США заявили, что принцип постоянной защиты и безопасности не распространяется на юридическую защиту. Так как собственность иранских компаний никогда не подвергалась захвату или другим формам ущерба, США не нарушили данный стандарт.

При этом Суд отметил, что судебное решение относительно распоряжения собственностью само по себе не может быть приравнено к экспроприации. Вместо этого, чтобы экспроприация подлежала компенсации, в таком решении должен присутствовать элемент противоправности. Суд далее указал, что элемент противоправности встречается, например, в результате отказа в правосудии. Для этого он счел нужным проанализировать законодательные, исполнительные и судебные акты США в совокупности.

В итоге Суд постановил, что изъятие активов с помощью судебных мер в сочетании с определенным элементом незаконности, таким как отказ в правосудии или незаконное осуществление властных полномочий, может быть равносильно незаконному изъятию или экспроприации. Любопытно, что Суд также вновь обратился к понятию разумности, определив ее как одно из условий, ограничивающих осуществление государственной власти и заключив, что меры, предпринятые США, были «неразумными», а потому являлись не законным осуществлением своих полномочий, а экспроприацией в нарушение статьи 4 Договора.

<sup>40</sup> ICJ. *Dispute regarding Navigational and Related Rights (Costa Rica v. Nicaragua)*. Judgment of 13 July 2009 // I.C.J. Reports 2009. P. 249–250. § 87.

Далее, в отношении применимости доктрины «полицейских полномочий государства» (англ.: *police powers doctrine*), Суд заметил, что хотя государственные полномочия могут осуществляться для защиты общественного блага, такие полномочия не безграничны.

В отношении предоставления полной защиты и безопасности Суд отметил, что ключевым элементом ФПС считает принцип защиты собственности от физического вреда, а не юридического. Более того, Суд предупредил об опасности размывания стандарта в случае включения в него юридической защиты наряду с физической.

Таким образом, несмотря на то, что Суд отказался применять широкое толкование положения о ФПС, не включив в него понятие юридической защиты, доводы Суда относительно приравнивания к незаконной экспроприации мер, принятых США, предстают логичными и обоснованными. В итоге Суд показал, что введение экономических ограничений не всегда совпадает с осуществлением обычных регуляторных полномочий, а государствам необходимо внимательно следить за тем, чтобы ни первые, ни вторые не оказывали деструктивного влияния на ведение бизнеса.

В то же время Суд применил стандарт неразумности в качестве теста для определения незаконности экспроприации, отклонившись от стандарта, принятого в международном праве.

### 3.8. О свободе торговли

В своем решении 2023 года Суд согласился с доводом Ирана о том, что США нарушили свои обязательства в соответствии с пунктом 1 статьи 10 Договора о дружбе по обеспечению «свободы торговли» для иранских компаний. По мнению Суда, понятие «торговли» следует интерпретировать широко, включая в него все виды коммерческой деятельности.

Суд сделал любопытное замечание, обратив внимание на тот факт, что на момент принятия ограничительных мер торговые отношения между сторонами все еще существовали. В итоге Суд заключил, что исполнительный указ № 13599, а также меры, принятые в соответствии с TRIA и FSIA, могут быть квалифицированы как фактическое препятствие любой финансовой операции, проводимой Ираном или иранскими финансовыми учреждениями в США.

При этом судья Х. Чарльзворф в особом мнении заявила, что Иран не представил достаточных доказательств того, что США нарушили статью о свободе торговли. Она сослалась на решение по делу *Нефтяные платформы* (англ.: *Oil Platforms*), в котором Суд указал на необходимость доказательства реального вмешательства в торговлю для установления нарушения.

### 4. О выплате компенсации

В заключение Суд установил, что Иран имеет право на компенсацию за ущерб, причиненный нарушениями со стороны США, которые были установлены Судом. При этом он отметил, что соответствующий ущерб и размер компенсации могут быть оценены только на последующем этапе разбирательства. В том же случае, если стороны не смогут договориться о сумме компенсации Ирану в течение 24 месяцев, Суд по просьбе любой из сторон определит такую сумму. В связи с этим можно предположить, что в свете напряженных отношений между странами договориться сторонам вряд ли удастся и Суду предстоит вновь обращаться к данному делу.

### 5. Об особых мнениях

Нельзя оставить без внимания и беспрецедентное количество особых мнений и деклараций, подготовленных судьями Международного Суда в рамках данного дела: 13 из 15 судей опубликовали отдельные и особые мнения относительно ключевых вопросов спора.

Так, одной из главных правовых проблем, вызвавших разногласия среди судей, стал вопрос о статусе Центробанка и распространении на него юрисдикции Международного Суда. В своем решении по предварительным возражениям от 2019 года Суд указал, что «ничто *a priori* не препятствует тому, чтобы одна организация занималась как деятельностью коммерческого характера (или, в более широком смысле, предпринимательской деятельностью), так и суверенной деятельностью»<sup>41</sup>. Помимо этого, Суд посчитал, что «поскольку именно *характер* фактически осуществляемой деятельности определяет квалификацию, данное юридическое лицо должно рассматриваться как «компания» по смыслу Договора в той мере, в какой оно занимается

<sup>41</sup> ICJ. *Certain Iranian Assets (Islamic Republic of Iran v. United States of America)*. Preliminary Objections. Judgment of 13 February 2019 // *I.C.J. Reports 2019 (I)*. P. 38–39. § 44.

деятельностью коммерческого характера, даже если она не является его основной деятельностью»<sup>42</sup>.

Именно применение Судом теста, отличного от теста, примененного им же несколькими годами ранее, привело к тому, что некоторые судьи посчитали более правильным следовать стандарту решения 2019 года. И действительно: почему Суд, изначально оценивший характер деятельности как ключевой фактор для квалификации юридического лица как коммерческой компании, несколько лет спустя неожиданно выбрал главным критерием цель деятельности, а не ее характер? Неудивительно, что такое непостоянство методологии и логики Суда стало основой для острых разногласий среди судей. Например, как заявил судья А. Юсуф в своем отдельном мнении, анализ Суда противоречит критериям, установленным им же в 2019 году. По мнению судьи, «суть спора» заключалась не в том, чтобы охарактеризовать Банк Маркази как коммерческую компанию, а в том, чтобы сделать это «в свете тех операций, которыми занимался Банк на территории США в соответствующее время»<sup>43</sup>. Таким образом, суверенная функция Банка не может исключать осуществления им деятельности, коммерческой по своей природе.

Помимо этого, нюансы такого решения, связанные с определением размера компенсации также не остались незамеченными<sup>44</sup>. Дело в том, что требования Ирана, связанные с Банком Маркази, составляли почти 2 миллиарда долларов, в то время как остальные его требования едва превышали 25 миллионов. В свете этого представляется любопытным, на чем в действительности основывалось решение Суда отступить от своей аргументации в отношении характеристики Банка.

Таким образом, как верно заметил судья М. Беннуна, в данном деле отсутствует преемственность между аргументацией решения 2019 года по предварительным возражениям и аргументацией решения по существу 2023 года<sup>45</sup>. Тем не менее преемственность очевидно необходима для поддержания доверия не только к Суду, но и авторитета международного права в целом. Непоследовательность логики суда в решении по предварительным возражениям и решении по существу представляет собой исключительный случай. Безусловно, подобное возможно при наличии «веских причин»<sup>46</sup>, однако в данном деле такие причины либо отсутствовали, либо вовсе не были затронуты самим Судом.

Следующим вопросом, разделившим мнения судей, стала проблема оценивания незаконной экспроприации, а также принцип разумности, примененный судом в данном контексте. Судья Д. Сибутинде в своем особом мнении заявила о несогласии с тем, что действия США являлись экспроприацией. По ее мнению, действия США были *bona fide* недискриминационным осуществлением полицейских полномочий государства, направленных на достижение законных целей: защиту жертв террористических атак<sup>47</sup>. В то же время, как верно заметила судья Х. Чарльзворф, остается неясным, почему в решении Суда понятие «неразумности» вытесняет устоявшиеся стандарты определения законности экспроприации<sup>48</sup>. В связи с этим вновь кажется очевидным, что Суду в аргументации своего решения стоило уделить больше внимания интерпретации одного из самых противоречивых стандартов международного права, а также обоснованности его применения в контексте экспроприации.

Помимо этого, решение Суда относительно того, что своими действиями США нарушили положение договора о свободе торговли, также вызвало разногласия среди судей. Так, например, по мнению некоторых судей, Иран не предоставил достаточных доказательств вмешательства США. В частности, судья П. Томка посчитал, что такие действия США были вызваны необходимостью «исполнения судебных решений», о чем в 10 статье не говорится вовсе<sup>49</sup>. Более

<sup>42</sup> *Ibid.*

<sup>43</sup> ICJ. *Certain Iranian Assets (Islamic Republic of Iran v. United States of America)*. Judgment of 30 March 2023. Separate opinion of Judge Yusuf. § 15.

<sup>44</sup> ICJ. *Certain Iranian Assets (Islamic Republic of Iran v. United States of America)*. Judgment of 30 March 2023. Separate Opinion of Judge Bennouna. § 1.

<sup>45</sup> ICJ. *Certain Iranian Assets (Islamic Republic of Iran v. United States of America)*. Judgment of 30 March 2023. Separate Opinion of Judge Bennouna. § 12.

<sup>46</sup> *Ibid.*; ICJ. *Application of the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide (Croatia v. Serbia)*. Preliminary Objections. Judgment of 18 November 2008 // I.C.J. Reports 2008. P. 429. § 54.

<sup>47</sup> ICJ. *Certain Iranian Assets (Islamic Republic of Iran v. United States of America)*. Judgment of 30 March 2023. Separate Opinion of Judge Sebutinde. § 30.

<sup>48</sup> ICJ. *Certain Iranian Assets (Islamic Republic of Iran v. United States of America)*. Judgment of 30 March 2023. Separate Opinion of Judge Charlesworth. § 2.

<sup>49</sup> ICJ. *Certain Iranian Assets (Islamic Republic of Iran v. United States of America)*. Judgment of 30 March 2023. Separate Opinion of Judge Tomka. § 33.

того, как отметила судья Х. Чарльзворф, многие действия государств, в том числе регулятивные меры, неизбежно влияют на состояние торговли прямым или косвенным образом<sup>50</sup>.

Кроме того, вызывает вопросы аргументация Суда в отношении правового статуса, а также применимости доктрины «чистых рук» к обстоятельствам дела. Так, несмотря на то, что Суд отметил правовую неопределенность данного принципа, в той же части решения Суд поспешил установить тест для анализа «чистых рук» как одного из главных аргументов США. В связи с этим кажется странным то обстоятельство, что ни один из судей не выразил мнения относительно вопроса применения доктрины «чистых рук». Однако именно особые мнения позволили разглядеть главные точки расхождения взглядов судей, вынесших решение по данному делу.

## Заключение

На сегодняшний день международному праву не чуждо отражение политических ценностей, интересов и предпочтений различных международных акторов<sup>51</sup>. Однако решение Суда в деле *Некоторые иранские активы* говорит не только о способности государств оспаривать экономические санкции в Международном Суде, но и об открытости Суда к оцениванию как материально-правовых норм, так и различных доктрин при вынесении решения о легальности ограничительных мер (например, доктрины «чистых рук»).

Действительно, решение по делу *Некоторые иранские активы* представляется одним из самых ярких в практике Суда за последнее время: и с точки зрения оценки правовой природы экономических санкций, данной Судом через призму Договора, и с точки зрения вопросов определения статуса Центробанка, доктрины «чистых рук» и другого. В то же время подход Суда в данном деле сложно назвать определенным. Так, Суд отступает от многих своих заявлений, сделанных в решении 2019 года, тем самым избегая признания юрисдикции над Центральным банком Ирана, что демонстрирует степень осторожности, с которой Суд оценивает легальность экономических санкций. Неоднозначной можно считать и половинчатую «победу», о которой на данный момент заявили обе стороны спора. И хотя решение Суда неизбежно способствует росту прецедентов оспаривания экономических санкций США со стороны других стран, США уже обозначили решение Суда как «крупный успех»<sup>52</sup>, в то время как Министерство иностранных дел Ирана назвало решение «доказательством правоты Ирана и нарушений стороны США»<sup>53</sup>. Действительно, хотя в свете напряженной политической обстановки в мире, а также в отсутствие выплаченной компенсации заверения об однозначной победе одной из сторон кажутся преждевременными, настоящее решение Суда сложно не назвать судьбоносным в долгосрочной перспективе: именно оно приоткрыло завесу над тем, где заканчиваются границы экономического принуждения и — что главное — можно ли их оспорить.

---

## COMMENTARY ON THE JUDGMENT OF THE INTERNATIONAL COURT OF JUSTICE OF 30 MARCH 2023, ON CERTAIN IRANIAN ASSETS (ISLAMIC REPUBLIC OF IRAN V. UNITED STATES OF AMERICA)

POLSHAKOVA V.

Victoria Polshakova — Junior Associate, “Kovalev, Tugushi and Partners”<sup>54</sup>, Moscow, Russia (polshakovavv@yandex.ru).  
ORCID: 0009-0008-8121-839X

## Abstract

This article discusses the judgment of the International Court of Justice in the case *Certain Iranian Assets (Islamic Republic of Iran v. United States of America)* concerning the US' alleged violations of Treaty of Amity, Economic Relations and Consular Rights, which had been concluded between the US and Iran on 15 August 1955. The author discusses the features and historical

---

<sup>50</sup> ICJ. *Certain Iranian Assets (Islamic Republic of Iran v. United States of America)*. Judgment of 30 March 2023. Separate Opinion of Judge Charlesworth, Separate Opinion of Judge Charlesworth. § 9.

<sup>51</sup> Koskeniemi M. *From Apology to Utopia: The Structure of International Legal Argument*. New York : Cambridge University Press. 2005.

<sup>52</sup> Press Statement of Vedant Patel, Principal Deputy Spokesperson, on Judgment in Certain Iranian Assets Case dated March 30. URL: <https://www.state.gov/judgment-in-certain-iranian-assets-case/> (дата обращения: 27.11.2023).

<sup>53</sup> Iranian Foreign Ministry's Statement About the Ruling of the International Court of Justice Dated March 30. URL: <https://en.mfa.ir/portal/newsview/715766> (дата обращения: 27.11.2023).

<sup>54</sup> Information about the author's place of work is relevant at the time of acceptance of the article for publication.

background of the US counter-terrorism legislative policy, as well as the subsequent judicial responses of the US legislative and executive bodies imposing restrictive measures against Iran. Notably, despite the fact that there are currently about 300 multilateral and bilateral treaties providing for the jurisdiction of the ICJ in the event of a dispute, only a handful of disputes concerning economic sanctions have reached the ICJ, making the recent judgment particularly important. The article mirrors the Court's reasoning, starting with questions of jurisdiction and admissibility with respect to the legal status of the Central Bank of Iran Markazi and the exhaustion of local remedies. The author concludes that in its characterization of Markazi, the Court leaned towards a conservative understanding of the Central Bank's status as a state organ, offering clear argumentation on the understanding of the nature of central banks in international law. The author also discusses substantive issues, including the status and applicability of the "clean hands" doctrine in international law, the "abuse of right" doctrine, the arms production and security exceptions, the legal personality of Iranian companies, and discrimination. In its judgment the Court even considered international investment law issues, i.e., the standards of fair and equitable treatment and reasonableness. The author concludes that the Court applied the "reasonableness" standard as a test for determining the unlawfulness of expropriation, thus deviating from the standard accepted in international law. The article also discusses the dissenting opinions and declarations written by 13 of the 15 ICJ judges in the case. Finally, the author raises a question on whether the Court's findings constitute the revolutionary approach at identifying the legal borders of economic sanctions, or rather a cautious one aimed at finding the balance between *legal* and *fair*.

## Keywords

due diligence economic sanctions, restrictive economic measures, International Court of Justice, jurisdiction of the ICJ, US-Iran conflict, immunities of states

**Citation:** Polshakova V.V. Kommentarii k resheniyu Mezhdunarodnogo Suda ot 30 marta 2023 goda po delu "Nekotorye iranskie aktivy (Islamskaya respublika Iran protiv Soedinennykh Shtatov Ameriki)" [Commentary on the Judgment of the International Court of Justice of 30 March 2023, *On Certain Iranian Assets (Islamic Republic of Iran v. United States of America)*]. Zhurnal VSHÉ po mezhdunarodnomu pravu (HSE University Journal of International Law). 2023. Vol. 1. No. 3. P. 98–111. (In Russian).

<https://doi.org/10.17323/jil.2023.18752>

---

## References / СПИСОК ИСТОЧНИКОВ

- Brownlie I. (2008). *Principles of Public International Law*, 7th ed. New York: Oxford University Press.
- Cheng B. (1953). *General Principles of Law as Applied by International Courts and Tribunals*. New York: Cambridge University Press.
- Goldmann M. (2022). Hot War and Cold Freezes. *Verfassungsblog on matters constitutional*. Available at: <https://verfassungsblog.de/hot-war-and-cold-freezes/>.
- Herik L. (ed) (2016). *Research Handbook on UN Sanctions and International Law*. Cheltenham, UK: Edward Elgar Publishing.
- Kiss A. (2006). Abuse of Rights. *Max Planck Encyclopedia of Public International Law Online*. Available at: <https://opil.ouplaw.com/display/10.1093/law:epil/9780199231690/law-9780199231690-e1371>.
- Koskenniemi M. (2005). *From Apology to Utopia: The Structure of International Legal Argument*. New York: Cambridge University Press.
- Lauterpacht H. (1947). *Recognition in International Law*. London: Cambridge University Press.
- Meyer J. (2009). Second Thoughts on Secondary Sanctions. *University of Pennsylvania Journal of International Law*, vol. 30, pp. 905–968.
- Schwebel M. (2009). Clean Hands, Principle. *Max Planck Encyclopedia of Public International Law Online*. Available at: <https://opil.ouplaw.com/display/10.1093/law:epil/9780199231690/law-9780199231690-e18?prd=EPIL>.
- Voon T. (2019). The Security Exception In WTO Law: Entering a New Era. *American Journal of International Law*, vol. 113, pp. 45–50.