

ОСОБОЕ МНЕНИЕ АРБИТРА ДОМИНИКА ПЕЛЛЮ

1. К сожалению, мне не удалось прийти к согласию с моими коллегами-арбитрами по некоторым из вопросов, рассматриваемых в Разделе IV Решения (Юрисдикция). Поскольку эти вопросы имеют решающее значение для исхода арбитражного разбирательства, я считаю целесообразным изложить свои выводы в настоящем Особом мнении.
2. Во избежание сомнений, я согласен со следующими выводами, к которым пришли мои коллеги-арбитры:
 - о том, что Арбитражный суд не обладает компетенцией рассматривать требования Истца на основании ДИС;
 - о том, что Арбитражный суд не обладает компетенцией рассматривать требования Истца, относящиеся к Договору № 53/01, будь то на основании ДИС или ДЭХ; и
 - о том, что Арбитражный суд обладает компетенцией *ratione temporis* и *ratione personae* на основании ДЭХ рассматривать требование Истца, относящееся к Договору № 24/02.
3. Однако я не согласен с выводом своих коллег-арбитров о том, что Арбитражный суд обладает компетенцией *ratione materiae* на основании ДЭХ рассматривать требование Истца, относящееся к Договору № 24/02. В частности, я не согласен с тем, что право требования Истца к Moldtranselectro, возникающее в связи с Договором № 24/02, представляет собой "Инвестицию" для целей ДЭХ. По моему мнению, этот спор вообще не касается "Инвестиции", и, таким образом, Арбитражный суд не обладает компетенцией.
4. Настоящее дело поднимает принципиальный вопрос, может ли кто-либо, кто приобретает право требования, которое первоначально возникло по договору поставки товара, осуществить "Инвестицию" для целей ДЭХ?
5. Конечно, Истец не строит свои доводы исключительно на основе того, что он осуществил свою "Инвестицию", когда он приобрел право требования Derimen. В качестве альтернативы, он заявляет, что он осуществил "Инвестицию" в

момент поставки им электроэнергии по Договору № 24/02, и/или в момент подписания им Договора № 24/02. Однако эти альтернативные доводы не принимают во внимание того, что настоящий спор не касается такой "Инвестиции". Ни одно из прав, которые Истец предположительно приобрел в силу подписания Договора № 24/02 или поставки электроэнергии по нему, никак не было затронуто вынесением Ответчиком Постановления № 1000 или Постановлением Счетной палаты. Договор № 24/02 оставался в силе в течение 2000 года, и, насколько нам известно, Истец продолжал поставлять электроэнергию по нему в течение 2000 года и регулярно получать оплату от Derimen за эти поставки. Кроме того, права требования Истца к Derimen никоим образом не были затронуты действиями Ответчика (Истец ясно указал во время слушания, что он полностью получил оплату от Derimen за всю электроэнергию, поставленную им по Договору № 24/02). Говоря проще, если бы Истец не приобрел право требования Derimen к Moldtranselectro 30 мая 2000 года согласно Договору № 06-20, Истец не начал бы настоящее арбитражное разбирательство.

6. По моему мнению, вышеприведенный вывод не затрагивается положением в Статье 1(6) ДЭХ о том, что "изменение формы, в которой инвестируются активы, не влияет на их характер как инвестиций". Нет никакого фактического основания для того, чтобы полагать, что первоначальная (предполагаемая) "Инвестиция" Истца, в форме либо его "права" поставлять электроэнергию по Договору № 24/02, либо его права требования к Derimen, возникающего по Договору № 24/02, была трансформирована в иную "Инвестицию", в форме его права требования к Moldtranselectro. Как уже было сказано выше, уступка от 30 мая 2000 года не имела такого юридического последствия как расторжение Договора № 24/02. Таким образом, "право" Истца поставлять электроэнергию по Договору № 24/02 сохранилось после 30 мая 2000 года. Более того, нет никаких доказательств или даже утверждений со стороны Истца о том, что его право требования к Derimen было конвертировано в право требования к Moldtranselectro.
7. Таким образом, я возвращаюсь к своему первоначальному вопросу. Осуществил ли Истец "Инвестицию", когда он приобрел право требования Derimen

30 мая 2000 года? Отправной точкой для ответа на этот вопрос должна быть Статья 1(8) ДЭХ, которая предусматривает, что:

"Осуществлять Инвестиции" или "Осуществление Инвестиций" означает осуществление новых Инвестиций, приобретение всей или части существующих Инвестиций или распространение на другие области Инвестиционной деятельности.

8. Следовательно, первая возможность состоит в том, что Истец приобрел существующую "Инвестицию" Derimen 30 мая 2000 года. Однако право требования Derimen к Moldtranselectro не могло быть "Инвестицией", поскольку определение термина "Инвестиция" в Статье 1(6) требует, чтобы "Инвестиция" "находилась в собственности или контролировалась прямо или косвенно Инвестором" (выделение добавлено). Derimen не была надлежащим "Инвестором", поскольку она была учреждена на Британских Виргинских островах, которые не являются стороной ДЭХ. Кроме того, Истец не пытался утверждать (а тем более, доказать), что Истец "контролировал" предполагаемую "Инвестицию" Derimen. Следовательно, Derimen никогда не владела "Инвестицией".
9. Следовательно, единственная возможность состоит в том, что Истец осуществил новую "Инвестицию", когда он приобрел право требования Derimen. Чтобы оценить, действительно ли это произошло, необходимо несколько подробнее изучить значение слова "Инвестиция", как оно используется в ДЭХ.
10. Из определения термина "Инвестиция" в Статье 1(6) ДЭХ становится ясно, в первую очередь, что, для того, чтобы актив квалифицировался как "Инвестиция", он должен быть "связан с Хозяйственной Деятельностью в Энергетическом Секторе". Я согласен со своими коллегами-арбитрами в том, что право требования Истца к Moldtranselectro было "связано с Хозяйственной Деятельностью в Энергетическом Секторе", поскольку оно возникло в результате поставки электроэнергии. Соответственно, это требование не представляет собой препятствия для требования Истца. Однако более трудный

вопрос состоит в том, является ли право требования Истца видом "актива", охватываемого остальной частью определения в Статье 1(6) ДЭХ.

11. Первое, что я хотел бы отметить в этом контексте, это то, что хотя Статья 1(6), как представляется, определяет термин "Инвестиция" как означающий буквально любой актив ("Инвестиция" означает все виды активов...), по моему мнению, при надлежащем истолковании, Статья 1(6) и ДЭХ в целом требуют, чтобы такой актив был приобретен в результате или в связи с экономическим процессом инвестирования (капиталовложения). Я прихожу к такому выводу по следующим причинам.
12. Во-первых, согласно Статье 26(1) ДЭХ настоящий Арбитражный суд имеет компетенцию рассматривать только споры, которые, среди прочего, "касаются утверждений о нарушении обязательства по Части III" ДЭХ. Часть III содержит материально-правовые гарантии защиты в отношении "Инвестиций" и озаглавлена (прописными буквами) "ПООЩРЕНИЕ И ЗАЩИТА КАПИТАЛОВЛОЖЕНИЙ". Следовательно, очевидно, что цель Части III состоит в том, чтобы защитить "капиталовложения", а не просто права собственности в отношении активов.
13. Во-вторых, в ДЭХ имеются положения, которые предполагают, что "Инвестиция" будет иметь экономические качества, которые, как правило, ассоциируются с "инвестицией" в обычном смысле, включая первоначальное вложение капитала и ожидание дохода. Например, Статья 9(1) гарантирует Инвесторам доступ на рынок капитала в принимающем государстве "в целях Инвестиций". Это предполагает, что инвестиции требуют капитала. Статья 14 также предусматривает, что каждая Договаривающаяся Сторона гарантирует:

свободу переводов на свою Территорию и со своей Территории, включая перевод:

(a) первоначального капитала плюс любого дополнительного капитала с целью поддержания и расширения Инвестиции;

(b) Доходов (...).

14. В-третьих, Статья 1(6) ДЭХ ссылается в нескольких местах на слово "инвестиция" со строчной буквы "и". Например, последний параграф начинается:

"Инвестиция" относится к любой инвестиции, связанной с Хозяйственной Деятельностью в Энергетическом Секторе (...)
(Выделение добавлено).

15. Использование строчной буквы "и" предполагает, что слово "инвестиция" намеренно используется в его неспециальном (т.е. обычном) смысле. Аналогичным образом, как отмечено выше, Статья 1(6) содержит слово "инвестировать" со строчной буквы "и":

Изменение формы, в которой инвестируется активы, не влияет на их характер как инвестиций (...)

16. Глагол "инвестировать" здесь, по всей видимости, должен имеет свое обычное значение, вместо значения, вытекающего из термина "Инвестиция" в смысле "актив". Я отмечаю, что такая же формулировка в определении понятия "инвестиция" в двустороннем инвестиционном соглашении между Германией и Украиной была сама по себе достаточной для того, чтобы убедить арбитражный суд в деле *GEA Group против Украины* сделать вывод о том, что:

согласно самому ДИС его условия подлежат толкованию в более широком контексте инвестиционной деятельности.¹

17. В-четвертых, и наконец, ДЭХ в различных контекстах использует прилагательное "Инвестиционный", не определяя его, например, в словосочетании "Инвестиционная деятельность" в Статье 1(8), в словосочетании "инвестиционный климат" в Статье 9(3) и в словосочетании "инвестиционные проекты" в статье 19(1)(i). Ни в одном из этих словосочетаний невозможно приписать прилагательному "инвестиционный" значение, которое вытекает исключительно из термина "Инвестиция" в смысле "актив". Напротив, он должен относиться к экономическому процессу инвестирования.

¹ *GEA Group Aktiengesellschaft против Украины*, дело МЦУИС № ARB/08/16, решение от 31 марта 2011 года, п. 149. ("according to the BIT itself, its terms have to be interpreted in the broader context of an investment operation.").

18. По вышеуказанным причинам я прихожу к выводу о том, что активы, которые считаются "Инвестициями" согласно ДЭХ, должны обладать свойствами, позволяющими охарактеризовать их в качестве "инвестиций" (капиталовложений) в обычном смысле. Этот вывод следует, отчасти, из текста самой Статьи 1(6) (т.е. определения слова "Инвестиция") и, отчасти, из остального текста ДЭХ. По сути, я считаю, что определение в статье 1(6) направлено, в первую очередь, на то, чтобы охватывать форму, которую могут принимать "Инвестиции". При прочтении в сочетании с Частями III и V ДЭХ Статья 1(6) обеспечивает, чтобы все формы активов, которые принадлежат Инвестору в результате осуществления им инвестиционной деятельности/капиталовложения, подлежали защите, даже если они не являются прямым или единственным следствием инвестиционной деятельности. Однако изначально должна иметь место инвестиционная деятельность/капиталовложение.
19. Таким образом, необходимо рассмотреть не только то, приобрел ли Истец "актив", когда он приобрел право требования Derimen к Moldtranselectro (что определено так), но также то, осуществлял ли при этом Истец экономический процесс инвестирования (т.е. капиталовложения).
20. Для этих целей необходимо установить, из чего точно состоит экономический процесс инвестирования (капиталовложения). Разумеется, есть значительное число решений арбитражных судов, сформированных в соответствии с Правилами МЦУИС, относящихся к вопросу о том, что является, а что не является "инвестицией" для целей статьи 25(1) Вашингтонской конвенции. Такая практика не относится напрямую к настоящему делу, поскольку настоящий Арбитражный суд не был сформирован в соответствии с Правилами МЦУИС. Однако, с учетом того, что термин "инвестиция" не определен в статье 25(1) Вашингтонской конвенции, таким образом, что эти арбитражные суды фактически определяют обычное значение слова "инвестиция", я нахожу такую арбитражную практику существенной для своего анализа. Вкратце, я считаю, что обычное значение слова "инвестиция" – это вложение капитала или усилий в ожидании получения некоторого дохода. Я также считаю, что в большинстве случаев это слово также предполагает (i) некоторую задержку (т.е.

"длительность") до того, как доход будет реализован, и (ii) некоторую неопределенность в размере дохода (т.е. коммерческий риск). (Я отмечаю, что обе стороны, посредством своих заявлений, по всей видимости, согласны с тем, что длительность – необходимый элемент "Инвестиции"). Наконец, как заметили мои коллеги-арбитры, инвестиция обычно связана с вкладом в экономику принимающего государства. Я подчеркиваю, что не все эти элементы должны обязательно присутствовать, чтобы инвестиция (в смысле экономического процесса) имела место. Однако чем меньше элементов присутствует, тем менее легко сказать, что Истец осуществил инвестицию.

21. Если применить это толкование к фактам настоящего дела, первая и наиболее очевидная трудность, с которой сталкивается Истец в установлении того, что он осуществил экономический процесс инвестирования (капиталовложения), когда он приобрел право требования Derimen к Moldtranselectro 30 мая 2000 года, состоит в том, что нет никаких доказательств того, что Истец осуществил какие-либо вложения капитала или усилий. Хотя Договор № 06-20 формально предусматривают, что Истец "производит расчет уступленное право требования долга со [Derimen] на условиях, согласованных дополнительным соглашением, которое подписывается [Derimen] и [Истцом]", такое дополнительное соглашение не было предоставлено в качестве доказательства. Во время слушания представитель Истца заявил, что Истец заплатил за данные права, однако он не предоставил доказательств этого. (Я также обращаю внимание на то, что сумма, выплаченная Истцом компании Derimen за право последней, если оплата имела место, могла бы иметь значение для целей определения убытка Истца; однако это не имеет значения для настоящего обсуждения).
22. Я рассмотрел, могло ли иметь место необходимое вложение капитала или усилий в силу получения Ответчиком какой-либо выгоды от Договора № 06-20, в отличие от осуществления Истцом какого-либо платежа. Однако приобретение Истцом своего права требования к Moldtranselectro не было связано с каким-либо кредитованием Истцом Moldtranselectro, поскольку срок оплаты долга уже наступил к моменту его уступки. Истец не предоставил Moldtranselectro какой-либо отсрочки для оплаты. В этом отношении я обращаю внимание на то, что в деле *Fedax против Венесуэлы* арбитражный суд пришел к

выводу, что уступка выгод от векселей представляет собой "инвестицию", несмотря на тот факт, что государство-должник не получило никакого капитала в результате такой уступки, срок платежа по векселям еще не наступил:

В такой ситуации, хотя личность инвестора будет меняться с каждым индоссаментом, сама инвестиция будет оставаться постоянной, в то время как векселедатель будет пользоваться выгодой от длежащего кредита до тех пор, пока не наступит срок платежа по векселям. В той мере, в которой этот кредит предоставляется иностранным векселедержателем, он представляет собой иностранную инвестицию, которая в этом случае охватывается условиями [Вашингтонской конвенции] и [двустороннего инвестиционного соглашения между Нидерландами и Венесуэлой].² (Выделение добавлено).

23. Аналогичным образом, в деле *Societe Generale против Доминиканской Республики*, арбитражный суд должен был рассмотреть, осуществил ли истец, который приобрел долю участия в электрогенерирующей компании в Доминиканской Республике, необходимую "инвестицию" для целей двустороннего инвестиционного соглашения между Францией и Доминиканской Республикой, несмотря на тот факт, что он приобрел свою долю участия всего лишь за два доллара США. Арбитражный суд ответил на этот вопрос утвердительно. Аргументируя свое решение, арбитражный суд отметил:

Предмет конкретного вклада, осуществленного в местную экономику посредством сделки такого рода, возможно, не так просто определить, как если бы был построен завод, но это, разумеется, не делает финансовые инвестиции неподлежащими защите по Соглашению. Истец убедительно определил в качестве части такого вклада продолжение поставок электроэнергии, улучшение распределения и вклад в занятость населения на территории страны. Более того, Истец также выразил свое намерение осуществить вливание капитала в EDE Este, если обязательства, относящиеся к инвестиции, будут исполнены (...); важная роль распределения электроэнергии для общего состояния сложной экономики может рассматриваться как один дополнительный аспект участия Истца в экономике

² *FEDAX N.V против Венесуэлы*, дело МЦУИС № ARB /96/3, решение о юрисдикции от 11 июля 1998 года, п. 40. ("In such a situation, although the identity of the investor will change with every endorsement, the investment itself will remain constant, while the issuer will enjoy a continuous credit benefit until the time the notes become due. To the extent that this credit is provided by a foreign holder of the notes, it constitutes a foreign investment which in this case is encompassed by the terms of the [Washington Convention] and the [bilateral investment treaty between the Netherlands and Venezuela].")

*Доминиканской Республики и его вклада в нее.*³ (Выделение добавлено).

24. Таким образом, если, в то же время, когда Истец приобрел права Derimen, Истец принял бы на себя новые обязательства, которые принесли бы выгоду Ответчику, Истец, вероятно, мог бы заявить, что он осуществил "инвестицию" в обычном смысле, даже без какого-либо доказательства того, что он заплатил за эти права. Однако Истец не принял на себя никаких подобных обязательств.
25. Помимо того факта, что, по моей оценке, Истец не осуществил вложения капитала/усилий, я также обращаю внимание на то, что приобретение долга, срок оплаты по которому уже наступил, не содержит элемента длительности. Напротив, приобретение права требования Derimen было очевидно направлено именно на то, чтобы способствовать взысканию долга в более короткий срок по сравнению с тем, если бы Derimen осталась кредитором Moldtranselectro. Проще говоря, как верно заявляет Ответчик, Истец занимался "коллекторской деятельностью".
26. Наконец, как уже было отмечено, Истец, приобретая данный долг, не сделал вклада в экономику Ответчика. Приобретение данного долга, фактически, наносило ущерб интересам Ответчика, в той мере, в которой оно было призвано способствовать взысканию долга с Moldtranselectro.
27. По этим причинам я не думаю, что приобретение Истцом долга у Derimen можно охарактеризовать как инвестицию в смысле экономического процесса инвестирования (капиталовложения). Следовательно, я не думаю, что актив, который приобрел Истец (а именно, право требования к Moldtranselectro), представляет собой "Инвестицию" в смысле Статьи 1(6) ДЭХ.

³ *Societe Generale (в отношении DR Energy Holdings Limited и Empresa Distribuidora de Electricidad del Este, S.A.) против Доминиканской Республики, дело ЛМАС № UN 7927, решение от 19 сентября 2008 года, п. 35. ("The issue of the specific contribution made to the local economy by a transaction of this kind might not be as easy to identify as if a factory was built, but this of course does not disqualify financial investments from protection under the Treaty. The Claimant has convincingly identified as part of such contribution the continuing supply of electricity, the improvement of distribution and the contribution to employment within the country. Moreover, the Claimant has also expressed its intention to undertake the capitalization of EDE Este if the obligations relating to the investment are met (...) the important role of distribution of electricity in the overall performance of a complex economy can be considered as one additional element of the Claimant's involvement in and contribution to the economy of the Dominican Republic.")*

28. До сих пор я не рассматривал конкретные классы "Инвестиций", перечисленные в Статье 1(6)(с). Однако анализ этих классов поддерживает мой вывод.
29. Истец полагается, в первую очередь, на Статью 1(6)(с) ДЭХ ("право требования по денежным средствам ...по контракту, имеющему экономическую ценность и связанному с Инвестиций").⁴ Однако довод Истца не учитывает действие слов "связанному с Инвестицией". Слово "Инвестиция" в этом контексте, с учетом того, что оно написано с заглавной буквы "И", должно относиться к определению понятия "Инвестиция" в остальной части статьи 1(6). По моему мнению, примером ситуации, в которой применялась бы Статья 1(6)(с), могла бы быть ситуация, в которой завод, принадлежащий Инвестору на территории принимающей стороны, имеет право требования по договору поставки, а принимающая сторона препятствует реализации этого права. Иными словами, право требования должно возникать в контексте отдельной, уже существующей Инвестиции.
30. В нашем деле, я не могу определить какую-либо иную Инвестицию, принадлежащую Истцу, которая подпадает под остальную часть статьи 1(6), с которой было бы связано право требования Истца к Молдтрансэлектро. Хотя я признаю, что право требования Истца к Moldtranselectro было связано с первоначальным "правом" Истца поставлять электроэнергию по Договору № 24/02, по причинам, приведенным ниже, я не считаю, что такое "право" Истца представляло собой "Инвестиции" согласно статье 1(6)(f). Я также обращаю внимание на то, что, в то время, когда Истец приобрел свое право требования к Moldtranselectro, он, очевидно, не имел никаких финансовых требований к Derimen (поскольку он полностью получил оплату от Derimen). Таким образом, он не имел никакого актива, который он приобрел в результате поставки электроэнергии по Договору № 24/02. Если у него не было никакого актива, он не мог иметь какой-либо "Инвестиции".
31. По этим причинам я прихожу к выводу о том, что предполагаемая "Инвестиция" Истца не подпадает под Статью 1(6)(с) ДЭХ.

⁴ Я обращаю внимание на то, что, по всей видимости, в официальной русскоязычной версии Статьи 1(6)(с) имеется типографическая ошибка. Последнее слово должно быть "Инвестицией".

32. Истец ссылается на дело *Remington Worldwide Limited против Украины* в обоснование своего заявления о том, что он владеет надлежащей "Инвестицией" согласно Статье 1(6)(с) ДЭХ. В деле *Remington* истец получил в порядке цессии права требования по денежным средствам, которые первоначально возникли из договора на поставку оборудования для электростанции на территории Ответчика. Арбитражный суд в деле *Remington* сделал вывод, что такие права подпадают под действие как статьи 1(6)(с), так и статьи 1(6)(f) ДЭХ:

в отличие от Global Trading v. Ukraine, 1 декабря 2010 г., МЦУИС, дело № ARD/11, в споре по ДЭХ, даже простая торговая сделка, если она была осуществлена в энергетическом секторе, квалифицируется как Инвестиция (статьи 1(6)(с) и 1(6)(f)).⁵

33. При всем уважении, я не согласен с приведенными выше выводами. Что касается статьи 1(6)(f) ДЭХ, мои выводы приводятся ниже. Что касается статьи 1(6)(с), я обращаю внимание на то, что требование в ДЭХ о том, что права, подпадающие под действие этой статьи, должны возникать по договору, который "связан с Инвестицией", направлено на то, чтобы ограничить сферу действия статьи 1(6)(f), с тем чтобы не все права требования по контракту считались "Инвестицией". Это было отмечено арбитражным судом в деле *Fedax*:

*лишь в исключительных случаях двусторонние инвестиционные соглашения прямо связывают определение активов или транзакций, включенных в это понятие, с такими вопросами, как существование длительных экономических отношений, или специально связывают права требования по денежным средствам и похожие транзакции строго с понятием инвестиции.*⁶ (Выделение добавлено).

34. В деле *Fedax* соответствующее двустороннее инвестиционное соглашение, которое было заключено между Нидерландами и Республикой Венесуэлой, гласило просто: "права требования по денежным средствами, по другим активам

⁵ *Remington Worldwide Limited против Украины*, дело ТПС № V(116/2008), решение от 28 апреля 2011 года, п. 200.

⁶ *FEDAX N.V против Венесуэлы*, дело МЦУИС № ARB /96/3, решение о юрисдикции от 11 июля 1998 года, п. 34. ("only very exceptionally do bilateral investment treaties explicitly relate the definition of the assets or transactions included in this concept to questions such as the existence of a lasting economic relation, or specifically associate titles to money and similar transactions strictly to a concept of investment.").

или в отношении какого-либо исполнения, имеющего экономическую ценность".

35. Аналогичным образом, в деле *Mytilineos против Сербии и Черногории* (где формулировка соответствующего двустороннего инвестиционного соглашения также включала права требования по денежным средствам, не требуя при этом, чтобы они были "связаны с инвестицией"), арбитражный суд отметил, что некоторые международные соглашения:

охватывают "право требования по денежным средствам или право требования в отношении исполнения, имеющего экономическую ценность, и связанное с инвестицией" (выделение добавлено). В этих случаях, очевидно, что займы или права требования в отношении оплаты, возникающие из договоров на продажу, как таковые, не считаются "инвестициями".⁷

36. К такому же выводу пришел арбитражный суд в деле *Global Trading против Украины* (дело, на которое ссылался арбитражный суд в деле *Remington*). Это дело касалось прав требования по денежным средствам по договорам на поставку продукции птицеводства Украине. Перед арбитражным судом стоял вопрос, помимо прочих, о том, подпадают ли такие права под действие определения – "право требования по денежным средствам или право требования в отношении исполнения, имеющего экономическую ценность, и связанное с инвестицией" – в статье I(1)(a)(iii) двустороннего инвестиционного соглашения между Украиной и США. Арбитражный суд пришел к выводу, что:

согласно тексту Статьи I(1)(a) Арбитражный суд приходит к выводу о том, что (как это имеет место в настоящем деле) права требования по денежным средствам, которые, предположительно, подлежат уплате, могут подпадать под сферу действия Статьи I и, следовательно, ДИС в целом, каковы бы ни были обстоятельства, только если они (как прямо говорится в подпункте (a)(iii)) "связаны с инвестицией".

По мнению Арбитражного суда, довод Истцов, основывающийся на этом подпункте, должен быть отклонен в силу того факта, что их контракты были просто контрактами, не "связанными с инвестицией", каковая связь является необходимым фактором.

⁷ *Mytilineos Holdings SA против Сербии и Черногории*, п. 134. ("include 'a claim to money or a claim to performance having economic value, and associated with an investment' (emphasis added). In these cases, it is clear that loans or payment claims arising from sales contracts as such do not qualify as 'investments'.").

Соответственно, исходя из этого, требования Истцов, основанные на Статье I(1)(a)(iii), "явно лишены юридических оснований", как это предусмотрено Правилom 41(5).⁸

37. На мой взгляд, статья 1(6)(с) ДЭХ по существу не отличается от двустороннего соглашения, которое применялось арбитражным судом в деле *Global Trading*. Я согласен с выводами арбитражных судов в делах *Mytilineos* и *Global Trading* о том, что слова "... и связанному с Инвестиций" являются существенными. Я обращаю внимание на то, что этого взгляда также придерживаются двое из авторов, на которых ссылается Истец, Рудольф Дольцер и Кристофер Шроер:

На практике, частью определения нередко будут термины "права, предоставленные контрактами", или "права, предоставленные нормативно-правовыми актами". Если это так, нет необходимости дополнительно развивать или рассуждать о понятии "инвестиция". Дело усложняется, если соответствующая категория сама содержит ссылку на термин "инвестиция" (например, "требование по денежным средствам, относящимся к 'инвестиции'"), что имеет место в положении, содержащемся в Договоре к Энергетической хартии. В таких обстоятельствах будет необходимо обращаться к общему понятию "инвестиция".⁹ (Выделение добавлено).

38. Истолкование мною статьи 1(6)(с) как исключаящей простые права требования по денежным средствам по контрактам на поставку, если эти контракты не "связаны с Инвестицией" (подразумевая Инвестицию в смысле остальной части Статьи 1(6)), согласуется с еще одним обстоятельством, которое является особенностью ДЭХ. А именно, ДЭХ содержит отдельную часть (Часть II), относящуюся к "Торговле". Меры, направленные на либерализацию торговли,

⁸ *Global Trading Resource Corp. и Globex International, Inc. против Украины*, решение от 1 декабря 2010 года, пп. 50-52. ("under the text of Article I(1)(a), the Tribunal finds that (as here) claims to moneys alleged to be due can only fall within the scope of Article I, and therefore of the BIT as a whole, whatever the circumstances, if they are (as sub-paragraph (a)(iii) says in plain words) 'associated with an investment'.

In the tribunal's view, the Claimants' case under this sub-paragraph founders on the fact that their contracts were simply contracts which lacked the necessary connecting factor of being 'associated with an investment'.

Rested on this basis, the Claimants' claims based on Article I(1)(a)(iii) are therefore 'manifestly without legal merit' as provided in Rule 41(5)."

⁹ Рудольф Дольцер и Кристоф Шроер, *Принципы международного инвестиционного права*, Издательство Оксфордского университета, 2008 год, стр. 64-65. ("In practice, the terms 'rights conferred by contracts' or 'rights granted by the general laws' will often be part of the definition. If this is the case, there is no need further to elaborate or speculate on the notion of 'investment'. The matter becomes more complicated if the category in question itself contains a reference to the term 'investment' (e.g. 'a claim to money related to an "investment"'), as is the case in a clause contained in the Energy Charter Treaty. In such circumstances, recourse to a general concept of 'investment' will be necessary.").

являются важной частью Договора, но они отделены от мер, направленных на защиту "Инвестиций"/"капиталовложений".

39. Истец ссылается, во вторую очередь, на статью 1(6)(f) ("право (...) по контракту (...) осуществлять любую Хозяйственную Деятельность в Энергетическом Секторе"). Как уже было отмечено, даже если "право" Истца поставлять электроэнергию по Договору № 24/02 могло бы быть квалифицировано как "Инвестиция" согласно этой статье, настоящий спор не касается такой "Инвестиции". Однако нам необходимо рассмотреть дополнительную возможность, в соответствии с которой "право" Истца поставлять электроэнергию было отдельной "Инвестицией", и что Договор № 06-20 был связан с этой "Инвестицией". Если это было бы так, то право требования Истца по Договору № 06-20 было бы "Инвестицией" согласно Статье 1(6)(c), обсуждавшейся выше.
40. На мой взгляд, "право" Истца поставлять электроэнергию по Договору № 24/02 не было "Инвестицией", подпадающей под Статью 1(6)(f). Вид "права", которое статья 1(6)(f) ДЭХ должна охватывать, представляет собой предоставленное право осуществлять деятельность, которым Инвестор, в противном случае, не обладал бы. Кроме того, это право должно иметь экономическую ценность само по себе (т.е. оно должно обладать свойствами, позволяющими экспроприировать его). Вид права, которое наиболее очевидным образом подпадает под статью 1(6)(f), – это право по концессионному соглашению. В настоящем случае, Истец уже имел право продавать электроэнергию на оптовом рынке Украины; ему не было предоставлено такое право в силу Договора № 24/02.
41. Я также считаю, что Истцу в силу Договора 24/02 не было предоставлено никакое "право", кроме права получать плату от Derimex за поставляемую им электроэнергию. Я не считаю правильным характеризовать обязательство поставлять электроэнергию как "право". Я нахожу подтверждение этому выводу в том факте, что, как уже было отмечено, статья 1(6)(c) ДЭХ предусматривает, что право требования по денежным средствам по контракту может считаться "Инвестицией", только если соответствующий контракт является "связанным с Инвестицией". Не может быть правильным, что Инвестор может избежать этого

ограничения – т.е. заявить, что право требования по денежным средствам по ЛЮБОМУ контракту представляют собой "Инвестицию" – путем переименования такого права "правом" поставлять базовый товар, которое приводит к возникновению такого права требования. Это лишило бы слова "...и связанному с Инвестиций" в статье 1(6)(с) всякого юридического значения.

42. Действительно, договор на поставку товара может представлять собой актив, имеющий измеримую экономическую ценность для поставщика. В принципе, данная ценность – это прибыль, которую поставщик ожидает получить по договору. Однако само по себе заключение такого договора поставщиком обычно не связано с экономическим процессом инвестирования (капиталовложения), описанным выше. Следовательно, по уже указанным причинам, я не думаю, что договор, в отличие от конкретного права по договору, может быть активом, подпадающим под Статью 1(6) ДЭХ.
43. Даже если я ошибаюсь в своем выводе о том, что "право" поставлять товар не является "правом", подпадающим под Статью 1(6)(f), я обращаю внимание на то, что материально-правовые гарантии защиты, указанные в Части III ДЭХ, применяются только к Инвестициям "на Территории" принимающего Государства.¹⁰ "Право" Истца поставлять электроэнергию по Договору № 24/02 очевидно не было правом, находящимся "на территории" Ответчика. Истец не имел физического присутствия в Молдове и поставлял электроэнергию только до молдавской границы (более того, он не имел лицензии на поставку электроэнергии на территории Молдовы). На мой взгляд, вид "Инвестиции", упоминаемой в Статье 1(6)(с) (т.е. "Инвестиция", которая является отдельной от права требования по контракту), должен быть Инвестицией, находящейся на территории принимающего Государства.
44. Истец ссылается на дела *Remington* и *Petrobart против Кыргызстана* в обоснование своего заявления о том, что он владеет надлежащей "Инвестицией" согласно статье 1(6)(f) ДЭХ.

¹⁰ Статья 10(1) предусматривает, например, что каждая Договаривающаяся сторона "поощряет и создает стабильные, равноправные, благоприятные и гласные условия Инвесторам других Договаривающихся Сторон для Осуществления Инвестиций на её Территории" (выделение добавлено).

45. В деле *Petrobart* истец поставлял газовый конденсат государственному предприятию в Кыргызстане, что привело к образованию долга в размере 1,5 млн. долл. США, который, по заявлению истца, был затем экспроприирован вследствие различных действий государства. Арбитражный суд в деле *Petrobart* пришел к выводу о том, что права требования истца подпадают под определение в статье 1(6)(f) ДЭХ:

*предоставленное контрактом право осуществлять экономическую деятельность, касающуюся продажи газового конденсата, является инвестицией согласно ДЭХ. Это также должно включать право на получение оплаты за такие продажи.*¹¹

46. Арбитражный суд в деле *Remington* не привел какого-либо отдельного анализа причин, по которым он также счел, что права требования истца по денежным средствам подпадают под статью 1(6)(f) ДЭХ, помимо статьи 1(6)(с).
47. Я обращаю внимания на то, что обстоятельства дела *Petrobart* отличались от обстоятельств рассматриваемого дела в одном принципиальном отношении: в деле *Petrobart* истец был не коллектором долга, а первоначальным поставщиком/кредитором. Следовательно, арбитражный суд не рассматривал вопрос о том, был ли "Инвестицией" акт приобретения долга коллектором долга. Кроме того, истец добивался компенсации, помимо прочих убытков, в связи с утратой будущей прибыли по договору поставки. Наконец, я также обращаю внимание на то, что арбитражный суд в деле *Petrobart* не имел возможности опираться на какие-либо доводы ответчика (в отличие от истца), о том, осуществил ли или не осуществил истец "Инвестицию" для целей ДЭХ: ответчик заявлял только, что арбитражный суд не может признать наличие у него компетенции в силу доктрины *res judicata*. В любом случае, к сожалению, я вынужден, при всем уважении, не согласиться с выводом арбитражного суда в деле *Petrobart* (и с явным выводом арбитражного суда в деле *Remington*) о том, что "право" на поставку товара является правом, подпадающим под действие статьи 1(6)(f) ДЭХ. Выше я уже привел соответствующие причины.

¹¹ *Petrobart Ltd против Кыргызстана*, дело ТПС №126/2003, решение от 29 марта 2005 года, стр. 72. ("a right conferred by contract to undertake an economic activity concerning the sale of gas condensate is an investment according to the Treaty. This must also include the right to be paid for such a sale.").

48. В заключение, я не считаю, что право требования Истца к Moldtranselectro, которое он приобрел 30 мая 2000 года согласно Договору № 06-20, было "Инвестицией", подпадающей под Статью 1(6)(c) или Статью 1(6)(f) ДЭХ. Следовательно, это подкрепляет мой вывод (к которому я уже пришел, независимо от моего анализа Статьи 1(6)(c) и Статьи 1(6)(f)), о том, что право требования Истца не было связано с экономическим процессом инвестирования и, таким образом, не подпадает под Статью 1(6) ДЭХ в целом.

Dominic Pella

.....
Доминик Пеллью

Дата: 25 / 10 / 13