

Анатол Стати, Габриэль Стати, Ascom Group, S.A. и Terra

Raf Trans Traiding («Стороны Стати»)

против

Республики Казахстан («Казахстан»)

Экспертно-правовое заключение Кристофа Шройера

Введение

1. Адвокат со стороны Казахстана обратился ко мне за юридическим заключением по вопросу о влиянии ложных или мошеннических доказательств на решение по делу Анатола Стати, Габриэля Стати, Ascom Group SA и Terra Raf Trans Traiding Ltd против Казахстана, дело SCC №. V 116/2010 от 19 декабря 2013 года (**«Решение»**).

2. Для подготовки настоящего юридического заключения адвокатом со стороны Казахстана были предоставлены мне следующие документы:

Решение арбитражного суда от 19 декабря 2013 года
Четвертое показание свидетеля Патрисии Насимиенто от 27 августа 2015 года
Решение Апелляционного суда Швеции от 9 декабря 2016 года
Пятое показание свидетеля Патрисии Насимиенто от 13 января 2017 года
Экспертный отчет доктора Патрика Шольдстрема
Решение судьи Ноулза от 6 июня 2017 года
Декларация Ф. Каррингтона от 1 апреля 2019 года
Аффидевит (свидетельские показания) М. Кёртланда от 9 мая 2019 года
Декларация А. Фёрстера от 10 мая 2019 года
Письмо КПМГ в адрес HSF от 21 августа 2019 года
Переписка в КПМГ получена от Министерства Юстиции 25 октября 2019 года
Отчет ПрайсуотерхаусКуперс от 21 января 2020 года
Постановление Апелляционного суда Брюсселя от 3 декабря 2019 года.

3. Из этих документов явствует, что Казахстану с момента принятия решения и до конца октября 2019 года стал доступен новый набор доказательств, что свидетельствует о том, что в ходе арбитражного разбирательства в соответствии с Договором к Энергетической хартии (**«Арбитраж ДЭХ»**) Стороны Стати представили ложные заявления и доказательства, чтобы

получить решение в свою пользу. Одним из таких новых доказательств является переписка между бывшими аудиторами Сторон Стати с ТОО «КПМГ Аудит» («КПМГ»), Сторонами Стати и адвокатом со стороны Казахстана в период с февраля 2016 года по октябрь 2019 года («Переписка с КПМГ»). На основании переписки КПМГ аудиторы отзывали все аудиторские отчетности, выпущенные для двадцати шести финансовых отчетностей Tristan Oil Ltd., ТОО «Толкыннефтегаз» и ТОО «Казполмунай» (совместно именуемых «компания Стати») в период 2007 - 2009 гг. («финансовая отчетность») ввиду наличия ряда существенных искажений, сделанных Сторонами Стати в процессе аудита. Кроме того, в своем письме от 21 августа 2019 года на имя Анатолия Стати КПМГ сделала следующее заявление:

«Таким образом, мы информируем вас, что вы должны немедленно предпринять все необходимые шаги, чтобы предотвратить дальнейшую или будущую зависимость от следующих аудиторских отчетов, выпущенных ТОО «КПМГ Аудит»...

4. Из отчета ТОО «ПрайсуотерхаусКуперс» («PwC») от 21 января 2020 года я понимаю, что это действия КПМГ демонстрируют факт существенного искажения финансовой отчетности и финансовых учетных документов компаний Стати.

5. Я также понимаю, что аудиторские отчеты и финансовая отчетность были представлены в Арбитражный трибунал Сторонами Стати в ходе арбитражного разбирательства ДЭХ и использовались сторонами, их экспертами, свидетелями и Арбитражным трибуналом. Я отмечаю, что, оценивая эти и другие факты, PwC пришла к выводу, что Переписка с КПМГ, среди прочего, «полностью подрывает уверенность в надежности общей финансовой информации компаний Tristan, ТНГ и КРМ и всего, что получено из нее или на ее основе (включая но не ограничиваясь этим, любые письменные и устные показания в арбитражном разбирательстве ДЭХ, заключения экспертов и заявления адвоката, основанные на такой финансовой информации)».

6. Я не обладаю независимыми знаниями о фактах. Моя юридическая оценка основана исключительно на фактических доказательствах, предоставленных мне адвокатом Казахстана, и как описано в Отчете PwC от 21 января 2020 года. Для целей настоящего юридического заключения я предполагаю, что предоставленная мне информация является правдивой.

7. В приложении заявление о моей квалификации и соответствии требованиям написания данного заключения.

А. Значение принципа добросовестности

8. Добросовестность является основополагающим правовым принципом. В юридическом словаре Блэка¹ дается определение добросовестности в следующей интерпретации:

Образ мышления, заключающийся в (1) честности убеждений или целей, (2) верности своему долгу или обязательству, (3) соблюдении разумных коммерческих стандартов добросовестного ведения дел в торговой сфере или бизнесе или (4) отсутствии намерения обманывать или добиваться каких-либо преимуществ нечестным путем. - Также «честное намерение».

9. Добросовестность находит выражение в той или иной форме во всех правовых системах и культурах.² В международном праве оно закреплено в ряде основных документов, таких как Устав Организации Объединенных Наций³ и Венская конвенция о праве международных договоров (VCLT).⁴ В Декларации о принципах международного права, касающихся дружественных отношений⁵ подчеркивается, что принцип добросовестности пронизывает всю структуру международного права. Поэтому добросовестность является основополагающим составным принципом международного права.

10. Энциклопедия международного публичного права Макса Планка описывает применение добросовестности (или честного намерения) в международных судебных разбирательствах в следующих терминах:

Добросовестность является наиболее фундаментальным принципом материального права, применимым также к разбирательствам в международных судах и трибуналах. Общая обязанность лояльных отношений между сторонами может рассматриваться как важнейший стандарт добросовестности. Тем не менее, честное намерение имеет ряд конкретизаций в области процессуального права (...). Среди них, запрет на неправомерное злоупотребление процессуальными средствами, принцип «запрет на противоречивое поведение» (лат. *venire contra factum proprium*) или «эстоппель» (лат. *estoppel*) и принцип «никто не может извлечь выгоду из своего противоправного деяния» (лат. *nemo ex propria turpitudine commodum capere potest*), последние также имеют

¹ 10-е издание (2014 г.), стр. 808.

² М. Коцур, добросовестность (честное намерение), Энциклопедия публичного международного права Макса Планка, вып. IV, стр. 509.

³ Статья 2 (2).

⁴ Статьи 18, 26, 31.

⁵ Декларация о принципах международного права, касающихся дружественных отношений и сотрудничества между государствами в соответствии с Уставом Организации Объединенных Наций, принятая Генеральной Ассамблеей 24 октября 1970 года. Резолюция 26/25 (XXV).

эквиваленты в материальном праве.⁶

11. Принцип добросовестности применяется в многочисленных решениях Международного Суда и других международных судов и трибуналов.⁷ В деле «Ядерные испытания» Международный Суд (МС) подтвердил следующее:

одним из основных принципов, определяющих создание и исполнение правовых обязательств, независимо от их источника, является принцип добросовестности.⁸

12. В некоторых вопросах о взаимной помощи по уголовным делам Международный Суд установил, что даже если договорные положения предоставляют государству значительную свободу действий, «это усмотрение по-прежнему подпадает под действие обязательства добросовестности, закрепленного в статье 26 Венской конвенции 1969 года о Праве международных договоров.⁹

13. Существует также широкий авторитет в отношении важности добросовестности в инвестиционном арбитраже.¹⁰ Арбитражные суды, например, подтвердили, что добросовестность присуща справедливому и равноправному обращению.¹¹

14. В деле *Остергетель против Словакии*,¹² Трибунал описал требование добросовестности и установил, что использование правовых инструментов в целях, отличных от тех, для которых они были созданы, является примером недобросовестных действий, которые могут нарушать стандарт справедливого и равного обращения:

227. Наконец, с учетом того, то это является общим принципом национального и международного права, понятие добросовестности было проанализировано инвестиционными трибуналами в качестве элемента стандарта FET.

⁶ М. Коцур, добросовестность (честное намерение), Энциклопедия публичного международного права Макса Планка, вып. IV, стр. 514.

⁷ М. Коцур, цит. стр. 512.

⁸ Ядерные испытания (Австралия / Новая Зеландия против Франции), 1974 год, пункт 46 (решение от 20 декабря).

⁹ Дело, касающееся некоторых вопросов взаимной помощи по уголовным делам (Джибути против Франции), 2008 г., МС 177, 229, абз. 145 (решение от 4 июня).

¹⁰ См. Э. Сипиорски, Добросовестность в международном инвестиционном арбитраже (2019 г.).

¹¹ *Нордзукер против Польши*, ЮНСИТРАЛ, Второе частичное решение (критерии), 28 января 2009 г., пп. 92-94; *Йоан Микула, Виорел Микула, S.C. European Food S.A, S.C. Starmill S.R.L. и S.C. Multipack S.R.L. против Румынии*, дело МЦУИС № ARB/05/20, окончательное решение, 11 декабря 2013 г., пп. 828-863; *Генин, Ист-Кредит Лтд. Инк. И А.С. Балтуил против Эстонской Республики*, решение от 25 июня 2001 г. 367; *Tecnicas Medioambientales Tecmed S. A. против Мексиканских Соединенных Штатов*, премия от 29 мая 2003 года, пара. 123; *Waste Management, Inc. против Мексиканских Соединенных Штатов*, премия от 30 апреля 2004 г., пара. 138; *Saluka Investments BV (Нидерланды) против Чешской Республики*, ЮНСИТРАЛ, Частичное решение, 17 марта 2006 г., пара. 307; *Сименс против Аргентины*, решение от 6 февраля 2007 г., пара. 308; *Frontier Petroleum против Czech Republic*, ЮНСИТРАЛ, Финальная награда, 12 ноября 2010 г., пара. 300.

¹² *Ян Остергетел и Теодора Лаврентиус против Словацкой Республики*, ЮНСИТРАЛ, итоговое решение, 23 апреля 2012 г.

Такие действия, как сговор государственных органов с целью причинения ущерба инвестиционной деятельности или использование правовых инструментов для целей, отличных от тех, для которых они были созданы, трибуналы приводят в качестве примеров недобросовестных действий, которые могут представлять собой нарушение стандарта. При этом ясно, что стандарт FET может быть нарушен, даже если государство не действует недобросовестно.¹³

15. В деле Семпра против Аргентины¹⁴ Трибунал при обсуждении стандарта FET назвал добросовестность «общим руководящим ориентиром». Он также установил, что искажение информации истцом нарушило принцип добросовестности, «который лежит в основе концепции справедливого и равного обращения». Более того, требование добросовестности «пронизывает весь подход к защите, предоставляемой в соответствии с договорами и контрактами».¹⁵

16. Принцип добросовестности является важным инструментом в борьбе с неправомерными действиями инвестора.¹⁶ Аттила Танзи описал эту ситуацию в следующих терминах:

Представление о том, что требование (actio) не может возникнуть в результате правонарушения (causa turpi), является прямым применением принципа добросовестности. Аналогичным образом, само собой разумеется, что право не может возникнуть в результате правонарушения, не говоря уже о мошенническом поведении. ... Добросовестность предстает в качестве герменевтического инструмента, который позволяет трибуналу найти справедливость в каждом конкретном случае и выявить случаи правонарушений, которые требуют отказа в защите.¹⁷

17. В публикации ЮНКТАД¹⁸ описываются последствия нечестного поведения инвестора следующим образом:

Мошенничество или искажение информации со стороны инвестора может послужить основанием для законного вмешательства регулирующих органов в его права. В таких случаях даже прямое прекращение инвестиций может быть оправдано при условии, что оно является соразмерным ответом на поведение

¹³ Пункт 227.

¹⁴ Sempra Energy International против Аргентины, решение, от 28 сентября 2007 г.

¹⁵ По пп. 297-299. В аналогичном смысле: Siag против Египта, 1 июня 2009 года, п. 450.

¹⁶ А.С. Коэн Смутни и П. Поласек, «Незаконное и недобросовестное поведение в качестве препятствия для претензий в инвестиционном арбитраже», в: Liber Amicorum Thomas Walde, Закон за пределами обычной мысли (Дж. Вернер, А. Хайдер Али, ред. 2009 год) стр. 277.

¹⁷ А. Танзи, Актуальность добросовестности иностранного инвестора, в: Общих принципах права и международного инвестиционного арбитража (А. Гаттини, А. Танзи, Ф. Фонтанелли, ред. 2018 год) стр. 193, 202.

¹⁸ Справедливое и равноправное отношение, серия публикаций ЮНКТАД по вопросам международных инвестиционных соглашений II, 2012 год.

инвестора в свете соответствующих внутренних законов государства пребывания¹⁹

18. Трибунал по делу Inceysa против Сальвадора²⁰ придает огромное значение принципу добросовестности:

Добросовестность является высшим принципом, который регулирует правовые отношения во всех их аспектах и полном содержании.²¹

19. Трибунал установил, что, предоставляя ложную информацию о своей способности осуществлять инвестиции, инвестор нарушил принцип добросовестности, ведущий к потере прав в рамках двустороннего инвестиционного договора (ВИТ):

Для Трибунала очевидным является то, что инвестиции, сделанные Inceysa на территории Сальвадора, которая привела к настоящему спору, были сделаны в нарушение принципа добросовестности. ... Столкнувшись с этой ситуацией, данный Трибунал может только заявить о своей некомпетентности, чтобы выслушать жалобу Inceysa, поскольку его инвестиции не могут пользоваться защитой двустороннего инвестиционного договора ...²²

20. Другие инвестиционные трибуналы, которые выявили недобросовестное поведение со стороны инвесторов, также недвусмысленно осудили данное поведение. Во всех этих случаях трибуналы приняли решение против инвесторов.

21. В деле Плама против Болгарии,²³ инвестор скрыл свою настоящую личность от государства пребывания. Трибунал установил, что это было нарушением принципа добросовестности:

Трибунал считает, что поведение истца противоречит принципу добросовестности, который является частью не только болгарского права ..., но и международного права, - как отметил трибунал по делу Inceysa. Принцип добросовестности включает, в частности, обязанность инвестора предоставлять государству пребывания соответствующую и существенную информацию, касающуюся инвестора и инвестиций.²⁴

22. В деле Phoenix против Чешской Республики²⁵ истец пытался получить защиту выгодного двустороннего инвестиционного договора после возникновения спора. Трибунал установил,

¹⁹ Стр. 84.

²⁰ Inceysa Vallisoletana, S.L. против Республики Сальвадор, решение от 2 августа 2006 года.

²¹ Пункт 230.

²² Пункты 234, 239.

²³ Плама Консорциум Лимитед против Республики Болгария, решение от 27 августа 2008 года.

²⁴ Пункт 144.

²⁵ Phoenix Action, Ltd. против Чешской Республики, решение от 15 апреля 2009 года.

что создание компании задним числом для получения защиты по договору не является добросовестным инвестированием.²⁶ Трибунал заявил:

По мнению Трибунала, нельзя считать, что государства предоставляют доступ к механизму урегулирования споров МЦУИС для инвестиций, которые не были сделаны добросовестно. Защита международного инвестиционного арбитража не может быть предоставлена, если такая защита будет противоречить общим принципам международного права, среди которых принцип добросовестности имеет первостепенное значение.²⁷

Уникальная цель «инвестиций» состояла в том, чтобы превратить ранее существовавший внутренний спор в международный спор, подлежащий арбитражу МЦУИС в соответствии с двусторонним инвестиционным договором. Данный вид сделки не является добросовестным и не является инвестицией, подлежащей защите в рамках системы МЦУИС.²⁸

23. В деле *Cementownia* против Турции,²⁹ Трибунал отклонил иск, поскольку он был основан на сфабрикованной сделке. Трибунал заявил:

Стороны арбитражного разбирательства должны вести себя добросовестно. По мнению суда *Methanex*, это является обязанностью, как всех сторон спора, так и Трибунала.³⁰

24. Трибунал по делу *Маликорп* против Египта³¹ также придал первостепенное значение принципу добросовестности:

Это не вызывает сомнения, и это Третейский суд может только подтвердить, что сохранение принципа добросовестности является одним из основополагающих принципов международного права и закона инвестиций.³²

25. Наиболее четкое одобрение и применение принципа добросовестности произошло в деле *Sanum* против Лаоса.³³ В этом случае инвестор недобросовестно обращался с правительством в процессе осуществления и принятия решений по инвестициям, а также в разбирательстве в

²⁶ Пункт 100.

²⁷ Пункт 106. См. также пункт 113.

²⁸ Пункт 142.

²⁹ *Cementownia "Nowa Huta" S.A.* против Турецкой Республики, решение от 17 сентября 2009 года.

³⁰ пункт 153.

³¹ *Malicorp Limited* против Арабской Республики Египет, решение от 7 февраля 2011 г.

³² Пункт 116.

³³ *Sanum Investments Limited* против Лаосской Народно-Демократической Республики, решение от 6 августа 2019 года.

Трибунале.³⁴ Трибунал заявил:

Принцип добросовестности возникает в инвестиционных договорах арбитража в различных контекстах. Разумеется, трибуналы, регулярно ссылаются на статью 31 (1) Венской Конвенции о праве международных договоров (VCLT) для определения правила, согласно которому договоры должны толковаться согласно принципу добросовестности. Обязательство распространяется на обязанность сторон осуществлять добросовестный арбитраж. В деле «Phoenix против Чешской Республики» трибунал назвал «инициирование и проведение этого арбитража Phoenix» «злоупотреблением системой международного инвестиционного арбитража МЦУИС».³⁵

...

Хорошо известно, что недобросовестное поведение инвестора имеет отношение к предоставлению помощи в соответствии с инвестиционным договором.³⁶

...

Трибунал пожелал бы оставить без сомнения свой вывод о том, что г-н Болдуин и Sanum проявили недобросовестность в различных усилиях, направленных не только на то, чтобы манипулировать правительством с целью продвижения своих игорных инициатив, но, в случае мадам Сенгкео, на манипулирование самим арбитражным процессом.³⁷

26. В других случаях трибуналы, ведя расследование по делам обвинения в недобросовестности со стороны инвесторов, обнаружили, что респонденты не доказали каких-либо нарушений добросовестности.³⁸

27. Приведенные выше данные свидетельствуют о том, что, несмотря на высокий уровень абстракции, инвестиционные трибуналы выдвинули требование, чтобы инвестор действовал добросовестно и оперативно. Недобросовестные выводы со стороны инвесторов неизменно приводили к отклонению их требований.

³⁴ Пункт 171.

³⁵ Пункт 172. Сноски опущены.

³⁶ Пункт 175 Сноски опущены.

³⁷ Пункт 177.

³⁸ Cortec Mining Kenya Limited, Cortec (Pty) Limited и Stirling Capital Limited против Республики Кения, решение от 22 октября 2018 года, пп. 303-308; Glencore International A.G. и C.I. Prodeco S.A. против Республики Колумбия, решение от 27 августа 2019 года, пп. 748, 826, 844, 855, 859, 1534-1537.

В. Доктрина «чистых рук»

28. Конкретизация добросовестности - это принцип «чистых рук». Доктрина и принцип «чистых рук» исключает претензию в ситуации, которая была вызвана проступком истца. Таково предписание принципа добросовестности. Принцип «чистых рук» также находит свое выражение в латинском выражении «никто не может пользоваться безнравственным поведением» (лат. *nemo audet propriam turpitudinem allegans*). Аналогичными понятиями в международной арбитражной практике являются принципы «право не жидется на несправедливости» (лат. *ex iniuria ius non oritur*) и «нельзя получить выгоду из нарушения права» (лат. *ex dolo malo non oritur actio, nullus commodum capere potest de iniuria sua propria*).³⁹

29. Политика данного принципа двойка. В целом, суды и трибуналы не будут предлагать средства правовой защиты в ситуациях, вызванных незаконными или аморальными методами. Кроме того, знание о том, что в такой ситуации не будет доступно никаких средств правовой защиты, призвано служить сдерживающим фактором против незаконного или неэтичного поведения.

30. Согласно Бин Ченгу в его оригинальном исследовании об общих принципах права:

‘противоправное деяние не может служить основанием для действия по закону». Принцип *ex delicto non oritur actio* обычно поддерживается международными трибуналами.⁴⁰

31. Сэр Джеральд Фицморис заявил в своих лекциях в Гааге следующее:

«Тот, кто приходит к справедливости за помощью, должен прийти с чистыми руками». Таким образом, государство, виновное в незаконном поведении, может быть лишено необходимого права или возможности обратиться с иском в суд (лат. *locus standi in iudicio*) за жалобу на соответствующие противоправные действия со стороны других государств, особенно если они были предприняты, чтобы противостоять его собственной незаконности – в целом, были спровоцированы им.⁴¹

32. Принцип «чистых рук» неоднократно рассматривался Постоянной палатой международного правосудия в Гааге (РСИД) и Международным судом ООН (МС). Наиболее заметным в этом контексте является дело «Отвод воды из реки Маас», когда РСИД интерпретировал договор 1963 года о режиме отвода воды из реки Маас. Нидерланды

³⁹ С. Швельбел, «Чистые руки, принцип», в онлайн-версии Р. Вольфрум (ред.), том Энциклопедия международного права Макса Планка (ред. 2013 г.), п. 1.

⁴⁰ Б. Ченг, Общие принципы права в применении международных судов и трибуналов (1953 г.) 155.

⁴¹ Г. Фицморис, «Общие принципы международного права, рассматриваемые с точки зрения верховенства права», 92 RDC (1958 г.) 119.

возбудили дело против Бельгии, утверждая, что Бельгия выполняла определенные работы, противоречащие договору. Бельгия отвергла это, указав, что Нидерланды построили заграждение Боргхарена в нарушение договора, и поэтому представления Нидерландов были необоснованными. РСЦ согласился с Бельгией. В свете противоправного поведения Нидерландов было заключено следующее:

трудно признать, что в настоящее время в Нидерландах есть основания для жалоб на строительство и эксплуатацию шлюза, примером которого они сами стали в прошлом.⁴²

33. В своем консультативном заключении по Намибии МС пояснил следующее:

один из основополагающих принципов, регулирующих установленные таким образом международные отношения, заключается в том, что сторона, которая отказывается от своих собственных обязательств или не выполняет их, не может сохранять требуемые права, которые, как она утверждает, вытекают из отношений.⁴³

34. В своем особом мнении по делу Никарагуа против Соединенных Штатов судья Швებель в большой степени опирался на доктрину и принципы «чистых рук». Судья Швებель решительно утверждал, что Никарагуа должно быть отказано в присутствии перед Международным Судом, потому что он пришел с «нечистыми руками». По словам судьи Швებеля: «Нечистые руки Никарагуа требуют от Суда в любом случае отклонения его требований».⁴⁴ Аргументируя твердое укоренение «доктрины чистых рук» в международном праве, судья Швებель указал на многочисленные авторитеты, в том числе и на сэра Джеральда Фицмориса.:

271. Совсем недавно сэр Джеральд Фицморис - тогдашний юрисконсульт Министерства иностранных дел, который вскоре стал судьей данного Суда [МС], - зафиксировал применение в международной сфере принципов общего права: «Тот, кто ищет справедливости, должен творить справедливость» и «Тот, кто приходит к справедливости за помощью, должен прийти с чистыми руками» и пришел к следующему выводу:

Таким образом, государство, виновное в незаконном поведении, может быть лишено необходимого права или возможности обратиться с иском в суд (лат. *locus standi in judicio*) за жалобу на соответствующие противоправные действия со стороны других

⁴² Отвод воды из реки Маас, 1937 г. РСЦ, серии А / В (№ 70) (решение от 28 июня), стр. 25.

⁴³ Юридические последствия для государств, вызываемые продолжающимся присутствием Южной Африки в Намибии (Юго-Западная Африка), несмотря на резолюцию 276 (1970 г.) Совета Безопасности 1971 года, ICJ 16, 46, пункт 94 (консультативное заключение от 21 июня)

⁴⁴ Военная и военизированная деятельность в Никарагуа и против Никарагуа (Никарагуа против Соединенных Штатов Америки) (по существу), 1986 г. МС 259, 394 (решение от 27 июня) (Дисс. Соч. Судьи Швებеля).

государств, особенно если они были предприняты, чтобы противостоять его собственной незаконности – в целом, были спровоцированы им». («Общие принципы международного права», 92 Сборник курсов, Академия международного права, Гаага, (1957-II), стр. 119. За дальнейшую недавнюю поддержку авторитета Суда применять доктрину «чистых рук», см. Оскар Шахтэр, «Международное право в условиях кризиса с заложниками», «Американские заложники в Иране», 1985 г., стр. 344).⁴⁵

35. Судья Швобель также подтвердил:

Доктрина «чистых рук» находит прямую поддержку не только в деле отвода воды из реки Маас, но и в качестве меры поддержки в решении суда по делу «палестинские концессии Мавромматиса»...,⁴⁶

36. Кроме того, судья Анзилотти придерживался своего особого мнения по делу «Правовой статус Восточной Гренландии» в отношении запроса Норвегии о заявлении Суда о том, что оккупация, осуществляемая норвежским правительством, была законной и действительной, что «незаконный акт не может служить основанием иска в суде».⁴⁷

37. Кроме того, МС в заявлении по делу проекта Габчиково-Надьмарош заявил, что не может:

не принимать во внимание тот факт, что Договор не был полностью осуществлен ни одной из сторон на протяжении многих лет, и что их акты совершения и упущения способствовали созданию фактической ситуации, которая сохраняется в настоящее время. Он также не может упускать из виду ту фактическую ситуацию - или практические возможности и невозможности, которые она порождает - при принятии решения о правовых требованиях для будущего поведения Сторон. Это не означает, что факты - в данном случае факты, вытекающие из противоправного поведения - определяют закон. Принцип *ex injuria jus non oritur* подтверждается выводом Европейского Суда о том, что правовые отношения, созданные в соответствии с Договором 1977 года, сохраняются и в этом случае не могут рассматриваться как аннулированные

⁴⁵ Военная и военизированная деятельность в Никарагуа и против Никарагуа (Никарагуа против Соединенных Штатов Америки) (по существу), 1986 г. МС 259, 393, пункт 270 (решение от 27 июня) (дисс. Соч. Судьи Швобеля).

⁴⁶ Военная и военизированная деятельность в Никарагуа и против Никарагуа (Никарагуа против Соединенных Штатов Америки) (по существу), 1986 г. МС 259, 393, пункт 270 (решение от 27 июня) (дисс. Соч. Судьи Швобеля). Его заявление основано на следующих отрывках из сообщения по делу «Отвод воды реки Маас»: «Казалось бы, важным принципом справедливости является то, что, когда две стороны приняли на себя одинаковое или взаимное обязательство, одна сторона участвует в продолжающемся - нельзя допускать, чтобы выполнение этого обязательства воспользовалось аналогичным неисполнением этого обязательства другой стороной [...], и трибунал, связанный международным правом, не должен уклоняться от применения принципа такой очевидной справедливости». (Отвод воды из реки Маас, РСИД 1937 года, серия А / В (№ 70) (решение от 28 июня), индивидуальное заключение г-на Хадсона, стр. 77). Как уже упоминалось выше, большинство согласилось с этим мнением. Касательно Мавромматиса Суд постановил, что: «М. Мавромматис был обязан совершать действия, которые он действительно совершал, чтобы не допустить расторжения его контрактов, как это было бы в противном случае». [Выделено судьей Швобелем].

⁴⁷ Правовой статус Восточной Гренландии, 1933 год, РСИД, серия А / В (№ 53) (решение от 5 апреля) (опровержение судьи Анзилотти), стр. 95.

противоправным поведением.⁴⁸

38. Различные комиссии по искам также опирались на доктрину «чистых рук». В «Медее» (или «Случаи получения прибыли») ⁴⁹ гражданин США капитан Кларк незаконно захватил испанские суда во время войны между Испанией / Португалией и Бандо Ориенталь / Венесуэлой. Затем Кларк попытался отстоять свои «права» в различных комиссиях по рассмотрению претензий. Особенно поразительны слова американского комиссара Хассаурека из Эквадорско-объединенной комиссии по претензиям.⁵⁰ Хассаурек указал, что поведение Кларка нарушает муниципальное законодательство США, а также положения договора между Соединенными Штатами и Испанией, и заявил следующее:

Какое право в этих обстоятельствах имеет капитан Кларк или его представители, чтобы призвать Соединенные Штаты обеспечить соблюдение своих требований в отношении колумбийских республик? Можно ли ему позволить, насколько это касается США, извлекать выгоду из собственной ошибки? *Nemo ex suo delicto meliorem suam conditionem facit.* ... Я считаю своим долгом американского правительства и своим личным долгом как комиссара заявить, что в этом случае г-н Кларк не имеет статуса американского гражданина. Сторона, которая просит возмещения, должна представить себя с точки зрения доктрины «чистых рук».⁵¹

39. В деле Пеллетье в 1885 году государственный секретарь США прекратил преследование по иску некоего Пеллетье против Гаити на основании правонарушения Пеллетье:

Ex turpi causa non oritur actio: данный принцип применялся в бесчисленных решениях по римскому общему праву, как это принято народами, придерживающимися латинских традиций, и по общему праву, принятому в Англии и Соединенных Штатах.⁵²

40. Ссылка на принцип *ex delicto non oritur actio*, кроме того, делается в ряде других случаев в международной практике.⁵³

⁴⁸ Проект Габчиково-Надьмарош (Венгрия против Словакии), 1997 г. МС 7, 76, пара. 133 (решение от 25 сентября).

⁴⁹ 3 междунар. арб. 2731 и далее, как цитирует Б. Ченг, «Общие принципы права, применяемые международными судами и трибуналами» (1953 г.), 155 и далее.

⁵⁰ Несмотря на то, что претензии Кларка были разрешены до рассмотрения первой Комиссией по претензиям Гренадина и Соединенных Штатов (1857 г.), все последующие комиссии между Соединенными Штатами и Гренадой (1864 г.), а также между Соединенными Штатами и Венесуэлой (1885 г.) отклонили его претензии, полагаясь на доктрину «чистых рук».

⁵¹ 3 междунар. арб. 2731, в 2738-2739.

⁵² Международные отношения Соединенных Штатов Америки, 1887 г., стр. 607 (цитируется Б. Ченгом, «Общие принципы права применительно к международным судам и трибуналам» (1953 г.) 157).

⁵³ Например, «Лоуренс» (1855 г.), касавшийся захвата судна, занятого работорговлей, акт, запрещенный законодательством государства-заявителя и законодательством государств. Владельцы «Лоуренса» не могли претендовать на защиту своего правительства, и поэтому, по моему мнению, не могут иметь никаких претензий до этой комиссии». (Британско-американская комиссия по претензиям (1853 г.), Доклад Хорнби, 397, на 398). Дело Браннана, в котором иск возник из-за ненужных услуг, оказываемых в нарушение законодательства собственного государства-заявителя: «Судья не может поверить, что эта международная комиссия оправдана в удовлетворении иска, основанного на неуважении и нарушении закона одной из заинтересованных стран» (Комиссия по претензиям США и Мексики (1868 г.), 3 междунар. арб. 2757, в 2758).

41. В международном инвестиционном праве есть также основа для принципа «чистых рук». Ряд авторов пришли к выводу, что доктрина «нечистых рук» твердо установлена. Ричард Крейндлер сделал следующий вывод из практики:

В соответствии с доктриной «нечистых рук» трибунал может и должен отказывать в предоставлении помощи заявителю, «чье поведение в отношении предмета судебного разбирательства было ненадлежащим» ... Поскольку доктрина «нечистых рук» встречается во внутренних правовых постановлениях многих стран. Государства, как правило, должны квалифицироваться как общим принципом права и, следовательно, как источником международного права в соответствии со статьей 38 (1) (с) Статута Международного Суда.⁵⁴

42. Алоизиус Лламзон сделал следующий вывод из принципа «чистых рук»:

Как только правонарушение инвестора - коррупция, мошенничество или какое-либо другое незаконное или даже недобросовестное правовое поведение - доказано, его требования могут быть отклонены полностью, без какого-либо дальнейшего расследования любых незаконных действий, которые могло совершить государство пребывания.⁵⁵

43. Ламм, Фам и Молу сформулировали данный принцип в следующих терминах:

Заявитель, совершивший значительные мошеннические или коррупционные действия в связи со своими инвестициями, не будет иметь права полагаться на существенную правовую защиту, содержащуюся в инвестиционном договоре, т.е. его требования будут неприемлемы в результате доктрины «чистых рук» в международном праве. ... Согласно этой доктрине, заявителю, который с нечистыми руками приходит в суд и предъявляет требования в связи со своими инвестициями, должно быть отказано в предъявлении таких требований для защиты этих инвестиций. В соответствии с этим предложением заявитель, совершивший значительное мошенничество или коррупцию в отношении своих инвестиций, независимо от того, нарушают ли эти действия транснациональную государственную политику, совершил противоправное поведение, достаточно, чтобы предотвратить преследование требований, доверие к которым было подорвано этим поведением.⁵⁶

44. Другие авторы, хотя и поддерживают доктрину «чистых рук», оставили открытым вопрос о

См. дальнейшую ссылку Б. Ченг, Общие принципы права, применяемые международными судами и трибуналами (1953 г.) 155 и далее см. также особые мнения судей Морозова и Тарази в дипломатическом и консульском штабе Соединенных Штатов в Тегеране (Соединенные Штаты Америки против Ирана) (по существу), 1980 г. МС 51 (в 53–55), 58 (в 62–63) (решение от 24 мая).

⁵⁴ Р. Крейндлер, Коррупция в международном инвестиционном арбитраже: юрисдикция и доктрина нечистых рук, в кн.: Между Востоком и Западом: очерки в честь Ульфа Франке (К. Хобер, А. Магнуссон, М. Орстром, ред. 2010 г.) 309, 316- 317.

⁵⁵ А. Лламзон, ЮКОС Универсал (остров Мэн) против Российской Федерации Состояние доктрины «нечистых рук» в международном инвестиционном праве: «ЮКОС как омега и альфа», 30 ICSID обзор (2015 г.) 315, 317.

⁵⁶ С.Б. Ламм, Х. Т. Фам, Р. Молу, Мошенничество и коррупция в международном арбитраже, в: *Liber Amicorum Bernardo Cremades* (М.А. Fernandez-Ballesteros, D. Arias ред. 2010 г.) 699, 720, 724.

том, переросла ли она в общий принцип права.⁵⁷

45. В практике инвестиционных трибуналов также поддерживается принцип «чистых рук». В деле Fraport против Филиппин⁵⁸ заявитель использовал тактику для обхода ограничений в соответствии с законодательством государства пребывания об иностранном контроле в крупных инфраструктурных проектах. Трибунал установил, что это лишило инвестора защиты договора:

Случаи инвестиционного договора подтверждают, что такие договоры не предоставляют защиту незаконным инвестициям либо на основе положений договоров, как в настоящем случае согласно приведенному выше анализу, либо, в отсутствие явного положения в договоре, основанном на нормах международного права, такие как доктрина «чистых рук» или доктрины с тем же эффектом.⁵⁹

46. Дело Хешам Талаат М. Аль-Варрак против Индонезии⁶⁰ - явное подтверждение принципа «чистых рук» в международном инвестиционном праве. Трибунал установил, что заявитель нарушил местные законы в банковском секторе. Тем самым он лишил себя защиты Соглашения ОИК.⁶¹ Трибунал заявил:

Трибунал считает, что доктрина «чистых рук» делает требование истца неприемлемым. Как отмечает профессор Джеймс Кроуфорд, принцип «чистых рук» использовался в контексте приемлемости требований в международных судах и трибуналах. Также Трибунал ссылается на решение лорда Мэнсфилда в деле Холмена против Джонсона (1775), в котором говорится:

«Ни один суд не окажет помощи человеку, который основывает свое дело на аморальном или незаконном действии. Если, согласно собственному заявлению истцов или иным образом, причина иска, по-видимому, возникает ex turpi causa или в нарушение позитивного права этой страны, в таком случае суд заявляет, что он не имеет права на помощь».

Трибунал считает, что поведение Истца подпадает под сферу применения доктрины «чистых рук», и поэтому не может пользоваться защитой,

⁵⁷ П. Дамбери, Состояние замешательства: доктрина «чистых рук» в инвестиционном арбитраже после присуждения решения ЮКОС, 17 Журнал мировых инвестиций и торговли (2016 год) 229-259; А. Танзи, Актуальность добросовестности иностранного инвестора, в: Общие принципы права и международного инвестиционного арбитража (А. Гаттини, А. Танзи, Ф. Фонтанелли, ред. 2018 г.) стр. 193.

⁵⁸ Fraport AG Frankfurt Airport Services Worldwide против Республики Филиппины, дело ICSID № ARB / 11/12, решение от 10 декабря 2014 года.

⁵⁹ Пункт 328. Сноски опущены.

⁶⁰ Хешам Т. М. Аль-Варрак против Республики Индонезия, итоговое решение, 15 декабря 2014 год.

⁶¹ Соглашение о поощрении, защите и гарантировании инвестиций между государствами-членами Организации Исламская конференция (1981 г.).

предоставляемой Соглашением ОИК.⁶²

47. Трибунал Аль-Варрак подчеркнул, что, хотя заявитель не получил справедливого и равноправного обращения, он не мог удовлетворить свой иск, поскольку доктрина «чистых рук» препятствовала возмещению убытков.⁶³

48. В деле Churchill Mining против Индонезии,⁶⁴ Трибунал установил, что заявитель представил поддельные документы.⁶⁵ При отклонении иска он также опирался на доктрину «чистых рук»:

особенно серьезные случаи мошеннического поведения, такого как коррупция, считаются противоречащими международной или транснациональной государственной политике. Доктрина общего права о «нечистых руках», запрещающих претензии, основанные на незаконном поведении, также нашла свое выражение на международном уровне, хотя ее статус и точные критерии являются предметом дискуссий и по-разному рассматриваются международными трибуналами.⁶⁶

49. Однако практика трибуналов по принципу «чистых рук» не является полностью последовательной. Некоторые суды определили его ограничительно⁶⁷ или поставили под сомнение существование общего принципа права. Таким образом, в деле ЮКОСа⁶⁸ Трибунал постановил следующее:

Трибунал не убежден в том, что существует «общий принцип права, признанный цивилизованными нациями» в значении статьи 38 (1) (с) Устава МС, который запретил бы инвестору предъявлять иск в арбитражный суд по инвестиционный договор, потому что он имеет так называемые «нечистые руки».⁶⁹

50. Несмотря на значительные доказательства существования принципа «чистых рук» в международном праве, имеются и отдельные разногласия среди властей. Даже если доктрина

⁶² Пункты 646, 647.

⁶³ Пункты 648, 652, 654.

⁶⁴ Churchill Mining PLC и Planet Mining Pty Ltd против Республики Индонезия, решение от 6 декабря 2016 г.

⁶⁵ Дело обсуждается более подробно ниже в пп. 61-64.

⁶⁶ Пункт 493.

⁶⁷ Niko Resources (Bangladesh) Ltd. против Народной Республики Бангладеш, Решение о юрисдикции, 19 августа 2013 г., пп. 476-485.

⁶⁸ ЮКОС Универсал Лимитед (остров Мэн) против Российской Федерации, финальная награда, 18 июля 2014 г., пп. 1357-1363. См. Также «Гайана против Суринама», PCA, решение от 17 сентября 2007 года (согласно UNCLOS ч. VII), пункт. 418.

⁶⁹ В пункте 1358 см. Также South American Silver Ltd. (Бермудские острова) против Многонационального Государства Боливия, решение от 22 ноября 2018 года, пп. 439-453, где Трибунал постановил, что Боливия не представила достаточных доказательств, подтверждающих, что доктрина «чистых рук» имеет статус общего принципа права.

«нечистых рук» как таковая не нашла всеобщего признания, некоторые эманации, основанные на ее основной идее, хорошо известны. Как заявил Ори Помсон:

Принимая во внимание, что некоторые формы доктрины «чистых рук» имеют относительно устойчивое признание в судебной практике международных судов и трибуналов, это не относится ко всем формам доктрины «чистых рук».⁷⁰

51. Одной из форм доктрины «чистых рук», которая хорошо известна, является осуждение коррупции с последствием, которое, если оно будет установлено, приведет к отклонению иска.⁷¹ Другой хорошо зарекомендовавший себя принцип «чистых рук» - это потеря защиты от инвестиций, сделанных незаконными средствами, особенно мошенничеством и обманом.⁷² Третье выражение принципа «чистых рук», которое является общепринятым, - это отклонение иска, когда истец представил ложные или мошеннические доказательства в суд.

⁷⁰ О. Помсон, Доктрина «Чистые руки» в решениях ЮКОСа: Ответ Патрику Дамбери, 18-й выпуск журнала «Международные инвестиции и торговля» (2017 г.) 712, 726.

⁷¹ Подробнее об этом см. Р. Крейнделер, «Коррупция в международном инвестиционном арбитраже: юрисдикция и доктрина «нечистых рук», в книге «Между Востоком и Западом: очерки в честь Ульфа Франке» (К. Хобер, А. Магнуссон, М. Орстрём, ред. 2010 г.) 309; В. К. Гринвальд, Дж. А. Айверс, Рассмотрение обвинений в коррупции в международном арбитраже, 2.3 Международное инвестиционное право и арбитраж (2018 г.) 1; Э. Гайяр, Появление транснациональных мер противодействия коррупции в международном арбитраже, 35 Международный арбитраж (2019 г.) 1.

⁷² Б. Кремейдс, Защита инвестиций и соблюдение местного законодательства, 24 Обзор ICSID (2009 г.) 557; А. К. Коут Смутни и П. Поласек, «Незаконное и недобросовестное поведение», как препятствие для претензий в инвестиционном арбитраже, в: *Liber Amicorum*, Томас Уолде, Закон за пределами обычной мысли (Дж. Вернер, А. Хайдер Али, ред. 2009 г.) стр. 277; Дж. Калицки, Д. Евсеев и М. Сильберман, Законность инвестиций: Построение международного инвестиционного права, первые 50 лет ICSID (М. Киннеар и другие, ред. 2016 г.) 127.

С. Ложные доказательства

52. Инвестиционные трибуналы последовательно отклоняли требования, основанные на нерегулярных или ложных доказательствах.⁷³ Причины, выдвинутые трибуналами, заключались в том, что заявители действовали вопреки принципу добросовестности, что их поведение представляло собой злоупотребление процессом, а процессуальное мошенничество противоречило государственной политике.

53. Нарушения распространялись на способы, которыми заявители получили доказательства. В деле «Methanex против Соединенных Штатов»⁷⁴ заявители незаконно вошли на территорию собственности для сбора улик из мусорных контейнеров. Трибунал отклонил доказательственную ценность документов, полученных путем посягательства. Трибунал заявил:

Трибунал решил, что эта документация была приобретена Methanex незаконно; и что было бы неправильно позволять Methanex вводить эту документацию в текущие разбирательства в нарушение общего долга добросовестности, установленного правилами ЮНСИТРАЛ, и, действительно, на всех, кто участвует в международном арбитраже, без которых он не может работать.⁷⁵

54. В деле EDF против Румынии⁷⁶ спор о доказательствах касался способа, которым истец получил его, а также его подлинности. Трибунал заявил:

Предлагаемое аудио было получено незаконным способом, поскольку было сделано тайно в нарушение основного права на личную жизнь записанного лица. Наконец, звук не аутентифицирован, неполон и изобилует манипуляциями, которые лишают его всей доказательной ценности.⁷⁷

⁷³ В отличие от этого, по всей видимости практика МС не рассматривает случаи ложных доказательств, представленных в опубликованных решениях. Говорят, что причиной этого является страх оскорбить национальную честь суверенных наций. См. М. Рейсман и К. Скиннер, «Мошеннические доказательства в международных публичных трибуналах» (2014 г.).

⁷⁴ Methanex Corporation против Соединенных Штатов Америки, итоговое решение от 3 августа 2005 г.

⁷⁵ Решение, часть II, глава I, п. 58.

⁷⁶ EDF (Services) Limited против Румынии, процессуальный приказ № 3 от 29 августа 2008 г.; решение от 8 октября 2009 г.

⁷⁷ Процессуальный приказ № 3, п. 4. См. Также решение в пп. 221-237.

55. В деле *Europe Cement против Турции*,⁷⁸ Трибунал пришел к выводу, что заявитель пытался обосновать свою претензию на владение акциями «недостоверными документами и что иск был мошенническим».⁷⁹ Трибунал заявил следующее:

В инвестиционных арбитражах общепризнанно, что принцип добросовестности является принципом международного права, применимым к толкованию и применению обязательств по международным инвестиционным соглашениям. По мнению Трибунала, это в равной степени относится к делам, возбужденным в соответствии с Договором к Энергетической хартии.⁸⁰

...

Недобросовестность заключается в утверждении инвестиций на основании документов, которые в соответствии с представленными доказательствами не являются подлинными. Заявитель подтвердил свою юрисдикцию на основании требования о владении акциями, которое, согласно неопровержимым доказательствам, представленным Трибуналом, было ложным. Нельзя сказать, что такое утверждение было сделано добросовестным путем.⁸¹

...

По мнению Трибунала, поведение, которое связано с мошенничеством и злоупотреблением процессом, заслуживает осуждения. В настоящем деле Трибунал пришел к выводу, что требование о владении акциями *CEAS* и *Kerez* было основано на документах, которые, по-видимому, были проверены задним числом и, таким образом, имели мошеннический характер.⁸²

56. Трибунал постановил, что иск, основанный на ложных утверждениях о праве собственности, представляет собой злоупотребление процессом,⁸³ и отклонил иск полностью ввиду отсутствия юрисдикции.

57. В деле *Cementownia против Турции*⁸⁴ представлены аналогичные факты. Заявитель

⁷⁸ *Europe Cement Investment & Trade S.A. против Турецкой Республики*, решение от 13 августа 2009 г.

⁷⁹ Пункт 163

⁸⁰ Пункт 171. Сноски опущены.

⁸¹ Пункт 175.

⁸² Пункт 180.

⁸³ Пункт 175.

⁸⁴ *Cementownia Nowa Huta S.A. против Турецкой Республики*, решение от 17 сентября 2009 г. At para. 136.

сфабриковал сделку, в соответствии с которой он приобрел бы предполагаемые инвестиции.⁸⁵

Трибунал установил, что соответствующие сделки никогда не совершались и что иск был фиктивным.⁸⁶ Трибунал заявил следующее:

В данном случае поведение Истца даже близко не соответствует надлежащему поведению. ... Сделка, которая поставит вопрос о том, нужно ли пробивать корпоративную завесу, была сфабрикована.⁸⁷

58. Поведение заявителя не соответствовало стандартам добросовестности и было злоупотреблением правом.⁸⁸ Заключение Трибунала состояло в следующем:

В свете всех вышеизложенных соображений Арбитражный суд считает, что истец умышленно и недобросовестно злоупотребил арбитражем; он считался инвестором, когда знал, что это не так. Это действительно злоупотребление процессом. Кроме того, истец виновен в процессуальных проступках: после начала арбитражного разбирательства ...⁸⁹

59. Трибунал отклонил иск. Кроме того, он сделал заявление о том, что истец подал мошенническую претензию.⁹⁰

60. В деле *Levy and Grencitel* против Перу⁹¹ заявители представили Трибуналу сфабрикованные доказательства для установления юрисдикции Трибунала. Соответствующие документы были составлены задним числом, чтобы установить, что передача акций произошла в то время, когда спор еще не возник или не был предсказуем. Трибунал заявил:

Таким образом, глобальная оценка фактов, связанных с попытками заявителей установить юрисдикцию, выявляет модель манипулятивного поведения, которая плохо освещает их действия.

195. В свете вышеизложенных фактов Трибунал не может не прийти к выводу о том, что корпоративная реструктуризация, в результате которой г-жа Леви стала основным акционером *Grencitel* 9 октября 2007 года, представляет собой злоупотребление процессом. Поэтому Трибунал лишен возможности осуществлять юрисдикцию в отношении этого спора.⁹²

⁸⁵ Пункт 136.

⁸⁶ Пункт 147.

⁸⁷ Пункт 156.

⁸⁸ Пункты 157, 158.

⁸⁹ Пункты 159.

⁹⁰ Пункт 163.

⁹¹ Рене Роуз Леви и Гремсител С.А. против Республики Перу, премия, 9 января 2015 г.

⁹² Пункты 194/195.

61. Наиболее подробное обсуждение ложных доказательств по делу об инвестициях было вынесено по делу Churchill Mining против Индонезии.⁹³ Трибунал установил, что 34 документа, представленных заявителями в обоснование своего дела, были «не подлинными и не санкционированными».⁹⁴ Трибунал провел детальное изучение судебных доказательств, связанных с документами,⁹⁵ и обнаружил «повторяющиеся подделки».⁹⁶

62. Трибунал установил, что мошенническое поведение противоречит принципу добросовестности и представляет собой злоупотребление:

Международные трибуналы обнаружили мошенническое поведение, нарушающее принцип добросовестности, представляющее собой злоупотребление правом или, при определенных обстоятельствах, злоупотребление процессом. Различные трибуналы подчеркивали фундаментальный характер и давнее признание принципа добросовестности как вопроса внутреннего и международного права, включая инвестиционное право.⁹⁷

63. Трибунал также установил, что иски, основанные на мошенничестве и подлоге, противоречат государственной политике:

Трибунал согласен с Ответчиком в том, что претензии, вытекающие из прав, основанных на мошенничестве или подделке, которые истец умышленно или необоснованно игнорировал, являются неприемлемыми с точки зрения международной государственной политики.⁹⁸

64. По мнению Трибунала, серьезность мошеннических действий подрвали доверие к инвестициям:

Серьезность, изощренность и масштаб схемы таковы, что мошенничество подрвало доверие ко всем инвестициям Заявителей в ЕКСП.⁹⁹ В результате общий принцип добросовестности и запрет на злоупотребление процессом влекут за собой то, что иски, поданные в этот Трибунал, не могут быть использованы от защиты инвестиций в соответствии с договорами и, следовательно, считаются недопустимыми.¹⁰⁰

65. Представленные органы власти убедительно показывают, что представление ложных

⁹³ Churchill Mining PLC и Planet Mining Pty Ltd против Республики Индонезия, решение от 6 декабря 2016 года.

⁹⁴ Пункт 254.

⁹⁵ Пункт 255-443.

⁹⁶ Пункт 444.

⁹⁷ Пункт 491. Сноски опущены.

⁹⁸ Пункт 508. Сноски опущены.

⁹⁹ Угольный проект Восточного Кутая.

¹⁰⁰ Пункт 528. См. также пункт 509.

доказательств в ходе разбирательства в инвестиционных трибуналах противоречит принципу добросовестности, является злоупотреблением процессом и нарушением государственной политики. Трибунал, который выявляет такие действия, должен неизменно отклонить иск, полностью опровергнутый мошенническим поведением).

66. Ламм, Фам и Молу суммировали юридические последствия мошеннических доказательств следующим образом:

В международном арбитраже существует установившаяся транснациональная государственная политика по борьбе с мошенничеством и коррупцией, которую необходимо учитывать. Эта транснациональная государственная политика применяется в контексте договорного арбитража как часть применимого права. ... Если трибунал обнаружит, что сторона прежде занималась существенной мошеннической или коррупционной деятельностью в отношении предмета спора, эта сторона не может предъявлять свои требования. В контексте договорного арбитража трибунал может лишить истца возможности ссылаться на согласие государства в инвестиционном договоре, тем самым отрицая юрисдикцию. ... Если трибунал обнаружит, что он обладает юрисдикцией, требования истца, скорее всего, будут признаны неприемлемыми, будь то в результате доктрины «чистых рук» или транснациональной государственной политики.¹⁰¹

Заключение

67. Принцип добросовестности является основополагающим для всех правовых систем, включая международное право. Мошенническое поведение истца в инвестиционном трибунале, в частности представление ложных доказательств, является нарушением принципа добросовестности и противоречит публичному порядку. Инвестиционные трибуналы последовательно отклоняли требования инвесторов, которые включали элементы недобросовестности.

68. Принцип «чистых рук» исключает истца, который стремится полагаться на свои собственные проступки. Это спецификация и развитие принципа добросовестности. Инвестиционные трибуналы однозначно приняли принцип «чистых рук» в контексте коррупции, незаконных инвестиций, а также ложных или мошеннических доказательств.

¹⁰¹ С. Б. Ламм, Х.Т. Фам, Р. Молу, Мошенничество и коррупция в международном арбитраже: *Liber Amicorum Bernardo Cremades* (М. А. Фернандес-Бальестерос, Д. Ариас, ред. 2010 год.) 699, 731.

69. В инвестиционном арбитраже представление ложными или мошенническими доказательствами заявителями неизменно приводило к отклонению требований. Трибуналы основывают свои решения об отклонении требований в этих обстоятельствах на принципах добросовестности и «чистых рук», доктрине злоупотребления процессом и на том основании, что использование мошеннических доказательств противоречит государственной политике.

70. В рамках государственной политики арбитражное решение не должно применяться, если оно является результатом мошеннических доказательств, представленных в суд. Это было бы несовместимо с последовательной практикой инвестиционных трибуналов. Кроме того, исполнение решения, основанного на ложных показаниях, противоречило бы принципам добросовестности и «чистых рук».

71. В данном случае вывод кажется неизбежным, что переписка КПМГ имела бы существенное влияние на арбитраж ДЭХ и арбитражное решение. Необычный и серьезный шаг аудиторов, отзывавших свои аудиторские отчетности, потому что их клиент предоставил им ложную информацию, делает всю финансовую информацию, касающуюся инвестиций, ненадежной и, таким образом, лишает решение полномочий на компенсацию убытков, связанных с такими инвестициями, на какой-либо надежной основе.

72. Доказательства, которые теперь стали доступны, включая переписку КПМГ и ложную финансовую отчетность, ясно демонстрируют незаконное поведение и недобросовестность Сторон Стати. Наличие этих доказательств в Арбитражном суде имело бы решающее значение для определения его юрисдикции, приемлемости претензий Сторон Стати и обязательств Казахстана.

Вена, 21 января 2020 года

/Подпись/



Кристоф Шройер

ЗАЯВЛЕНИЕ О КВАЛИФИКАЦИИ

Кристоф Шройер

Октябрь 2009 г. по настоящее время: **Независимый арбитр и правовой эксперт**
Октябрь 2000 г. – сентябрь 2009 г. **Венский университет, юридический факультет, факультет международного права и международных отношений:** профессор права
Июль 1992 г. - июнь 2000 г. **Школа передовых международных исследований, Университет Джонса Хопкинса:** Эдвард Б. Берлинг, профессор международного права и организации; Директор: Международное право и институты.
Сентябрь 1970 г. – сентябрь 2000 г. - **Зальцбургский университет, юридический факультет, факультет международного права:** профессор права (январь 1978 года - сентябрь 2000 года); заведующий кафедрой (октябрь 1982 года - июнь 1986 года); Доцент Университета (доцент) (июнь 1976 - январь 1978); Старший преподаватель (доцент (сентябрь 1970 года - май 1976 года).

ОБРАЗОВАНИЕ

1979 г. – доктор юридических наук, Йельская юридическая школа
1976 г. - Университет Зальцбургского университета (*venia legendi*) диплом в 1972 г. -
Международный юридический университет Кембриджа
1970 г. – бакалавр права, Кембриджский университет, степень магистра права в 1986 году
1966 г. - Доктор юридических наук, Венский университет.

АРБИТРАЖНЫЙ ОПЫТ

- Член Постоянной палаты третейского суда 2008-2014 гг.
- Член группы посредников и арбитров МЦУИС
- Председатель, Комитет Ассоциации международного права по праву иностранных инвестиций (2003-2008 гг.)
- Член Международного арбитражного института
- Арбитр в арбитражах МЦУИС и ЮНСИТРАЛ
- Многочисленные юридические заключения в инвестиционных арбитражах МЦУИС и других странах.
- Назначение полномочий в арбитраже ЮНСИТРАЛ.

ОСНОВНЫЕ ПУБЛИКАЦИИ

- Рассмотрение актов международных органов государственными судами, 381 стр. (Duncker & Humblot, 1977 г.).
- Решения международных учреждений перед национальными судами, 407 стр. (Osena, 1981 г.).
- Государственный иммунитет. Некоторые недавние разработки, 200 стр. (Grotius, 1988 г.).
- Принципы международного инвестиционного права (с Р. Долцером), 433 стр. (Издательство Оксфордского университета, 2008 г., второе издание 2012 г.).
- Конвенция МЦУИС: комментарий, 1466 стр. (Издательство Кембриджского университета, 2001 г.).
- Второе издание с Лореттой Малинтоппи, Августом Рейнишем и Энтони Синклером, 1524

- стр. (Издательство Кембриджского университета, 2009 г.).
- Более 100 статей по различным предметам международного права.
 - Многочисленные статьи по международному инвестиционному праву.