

## РОЗДІЛ 2

# ЦИВІЛЬНЕ ПРАВО І ЦИВІЛЬНИЙ ПРОЦЕС; СІМЕЙНЕ ПРАВО; МІЖНАРОДНЕ ПРИВАТНЕ ПРАВО

УДК 341.63

### ПРИМЕНЕНИЕ ПРИНЦИПА LIS PENDENS В МЕЖДУНАРОДНЫХ ИНВЕСТИЦИОННЫХ СПОРАХ

### APPLICATION OF THE LIS PENDENS PRINCIPLE IN INTERNATIONAL INVESTMENT DISPUTES

**Ашихмин И.М.,**  
руководитель группы по вопросам  
корпоративных прав Дирекции по правовой работе  
ПАО «Черниговоблэнерго»

В статье рассматривается применение принципа *lis pendens* при разрешении международных инвестиционных споров. Многогранность международных частноправовых отношений нередко приводит к сложностям при разрешении споров, в частности в инвестиционно-правовой плоскости. Принцип множественности процессов (*lis pendens*) направлен на предотвращение злоупотреблений правом участниками разбирательств. Однако далеко не всегда судьям (арбитрам) удается одинаково определить подсудность спора, о чем свидетельствуют судебные и арбитражные решения.

**Ключевые слова:** международные инвестиционные споры, *lis pendens*, арбитраж, множественность процессов, подсудность, двусторонние инвестиционные договоры (соглашения) (ДИД/ДИС), экспроприация иностранных инвестиций.

У статті розглядається застосування принципу *lis pendens* у вирішенні міжнародних інвестиційних спорів. Багатогранність міжнародних приватноправових відносин нерідко призводить до складнощів у вирішенні спорів, зокрема в інвестиційно-правовій площині. Принцип множинності процесів (*lis pendens*) спрямований на уникнення зловживань правом учасниками проваджень. Однак далеко не завжди суддям (арбітрам) вдається однаково визначити підсудність спору, про що свідчать судові та арбітражні рішення.

**Ключові слова:** міжнародні інвестиційні спори, *lis pendens*, арбітраж, множинність процесів, підсудність, двосторонні інвестиційні договори (ДІД), експропріація іноземних інвестицій.

The article considers the application of the *lis pendens* principle in resolving of international investment disputes. The versatility of international private law relations frequently leads to difficulties in disputes resolution, in particular, in the investment legal terms. The *lis pendens* principle is aimed at avoiding abuse of rights by the parties to the proceedings. However, not always can judges (arbiters) determine the jurisdiction of a dispute, as it is evidenced by judgments and arbitration awards.

The *lis pendens* principle serves to restrict the right to apply to a court or arbitration in a case when proceeding between the same parties for the same subject of the dispute has already started. The main purpose of application of the *lis pendens* principle is to protect the rights of parties to the dispute from several different decisions on the same subject of the dispute, which would preclude the emergence of a conflict of interests and the problem of the execution of a judgement or arbitration award.

The problem of application of the *lis pendens* principle may arise in the case when the investor has the option to file a suit either under a contract or under a BIT, or both as a contractual requirement and a claim under a BIT. In this case, it is obvious that the dualism between BITs and contractual requirements increases the risk of parallel proceedings. As can be noted, the difference between contractual claims and claims under a BIT is very urgent, as they are one of the most significant sources for parallel arbitrations. It is also necessary to take into account the fact that claims under contractual obligations and under a BIT are not necessarily regulated by the same normative acts, and it is, therefore, possible that in two arbitration courts considering the dispute from the same relationship, different decisions will be awarded.

One of the key moments in the prevention of parallel arbitration proceedings is the cooperation of the tribunals. However, due to the completely decentralized dispute settlement mechanism, consolidation of processes is not always possible.

**Key words:** international investment disputes, *lis pendens*, arbitration, multiplicity of processes, jurisdiction, bilateral investment treaties (BITs), expropriation of foreign investments.

Устранение вероятности параллельного судебного и арбитражного разбирательства является не редкой дилеммой для участников инвестиционных споров. Последствия множественности процессов могут приводить к тому, что участники спора больше времени и средств тратят на споры относительно юрисдикции, нежели на рассмотрение дела по сути.

Принцип *lis pendens* (он же принцип контролируемой множественности процессов) направлен на ограничение права на обращение в суд или арбитраж по делу, когда между теми же сторонами, по тому же предмету спора процедура рассмотрения уже начата. Главной целью применения данного принципа является защита прав участников спора от вынесения нескольких разных решений по одному и тому же предмету спора, что исключило бы возникновение конфликта интересов и проблемы исполнения судебного (арбитражного) решения.

В таком случае основной вопрос, который подлежит разрешению, кроется в недопустимости подачи иска по одному и тому же предмету спора, одними и теми же сторонами в суды (или арбитражи) нескольких государств, т. е. в недопустимости применения альтернативной подсудности. При возникновении такой проблемы, должен ли один из судов (арбитражей) оставить иск без рассмотрения либо прекратить производство по делу на том основании, что в суде (арбитраже) другого государства уже начато рассмотрение данного спора?

Основной целью проведения данного исследования является ответ на выше поставленный вопрос в сфере инвестиционных отношений. Существует необходимость проанализировать существующую нормативную базу, а также судебную и арбитражную практику в сфере применения принципа *lis pendens* в международных инвестиционных спорах.

Данное исследование усложнено наличием коллизии между принципом *lis pendens* и общепризнанной арбитражной теорией «компетенции компетенции». В связи с этим необходимо выявить, в каких случаях и почему в судебных и арбитражных решениях по-разному определяется подсудность спора.

Если государство не выполнило договорные обязательства, ущемленный нарушением своих прав иностранный инвестор может инициировать арбитраж для восстановления нарушенных прав, используя различные формы арбитража и судебной защиты.

Для применения принципа *lis pendens* необходимы условия «тройной идентичности» исковых требований:

- одни и те же стороны разбирательства;
- одинаковый предмет спора;
- одинаковые основания иска.

Таким образом, последующие или параллельные процессы могут быть организованы, если, например, истец принимает решение предъявить иск по другому предмету или на других основаниях, либо даже в случае изменения процессуального положения сторон в параллельных процессах.

Возможность объединения производств является необходимым средством достижения юридической определенности по разрешению спора, но требует согласия всех сторон разбирательства. Необходимо привести в соответствие внутригосударственные законы, арбитражные регламенты и международные соглашения, которые уже являются обязательными условиями консолидации средств судебной (арбитражной) защиты.

Следует отметить, что ни в Типовом законе ЮНСИТРАЛ о международном торговом арбитраже, ни в Арбитражном Регламенте ЮНСИТРАЛ не содержатся условия о консолидации аналогичных арбитражных разбирательств.

На данный момент вследствие усовершенствования формата двусторонних инвестиционных договоров (соглашений) (далее – ДИД / ДИС) урегулирование инвестиционных споров исключает возможность параллельного, судебного или арбитражного механизма разрешения споров. Пример модернизации ДИС и шаг к решению проблемы множественности процессов продемонстрирован в п. 5 ст. 10 ДИС между Правительством Украины и Правительством Иорданского Хашимитского Королевства: «инвестор, который уже передал спор в национальный суд <...> в один из арбитражных судов <...>, не имеет права передавать этот спор в другой суд. Выбор инвестором суда или арбитражного суда является окончательным и обязательным» [1].

Джованни Зарра описывает явление *lis pendens* в инвестиционном арбитраже как «несколько разбирательств, ожидающих рассмотрения в двух (или более) арбитражных судах, в которых стороны, юридическое обоснование, а также одно или более требований являются всецело (либо только по смыслу) одинаковыми» [2, с. 6].

Это означает, что параллельные процессы:

- 1) имеют ту же цель;
- 2) имеют одинаковые фактические обстоятельства;
- 3) имеют с материальной точки зрения одну и ту же правовую основу;
- 4) охватывают стороны, которые если не в значительной степени идентичны, то представляют собой тот же центр интересов.

В инвестиционном арбитраже *lis pendens* может иметь место в трех разных ситуациях:

- одна и та же сторона начинает параллельные процессы в рамках инвестиционного договора и ДИС между государствами;
- разные акционеры одной и той же компании, осуществляющей иностранные инвестиции, начинают несколько параллельных разбирательств в отношении государства, принимающего инвестиции;

- несколько компаний, принадлежащих к одной и той же группе компаний (представляющих собой корпорацию, которая фактически владеет инвестициями), инициируют параллельные разбирательства в отношении государства, принимающего инвестиции.

Одним из ключевых моментов в исключении параллелизма арбитражных разбирательств является сотрудничество (кооперация) трибуналов. Однако ввиду полностью децентрализованного механизма урегулирования споров, консолидация процессов не всегда бывает возможной. Примером того, как инвестор может инициировать два параллельных разбирательства в отношении одного и того же государства, в отношении одного и того же предмета спора, в рамках двух разных ДИС, являются разбирательства по искам Рональда С. Лаудера и компании *CME Czech Republic BV (Ronald S. Lauder and CME Czech Republic BV Cases)* [3]. В связи с экспроприацией инвестиций Рональда Лаудер, гражданин Соединенных Штатов Америки, инициировал в 1999 году арбитражное разбирательство в Лондоне, ссылаясь на положения ДИС между США и Чешской Республикой. Затем подконтрольная ему компания, *CME Czech Republic BV*, приступила к разбирательству в Стокгольме, основываясь на ДИС между Королевством Нидерланды и Чешской Республикой, предъявив те же требования, основанные на тех же самых фактах, что и в первом случае. В результате два процесса (в рамках двух разных ДИС), включающие в себя однородные факты, продолжались одновременно [4].

Проблема параллельного разбирательства в государствах ЕС урегулирована, в частности, в Луганской Конвенции о юрисдикции, признании и приведении в исполнение судебных решений по гражданским и коммерческим делам 2007 г. (известной также как II Луганская Конвенция, или Лугано II), статьи 27-30 которой закрепляют положения, посвященные взаимосвязанным искам. В соответствии с ними в случае если дела, возбужденные по одному основанию и между теми же сторонами, приняты к производству в судах разных договаривающихся государств, то каждый из них, кроме суда, который первым принял исковое заявление, приостанавливает по собственной инициативе производство до момента установления юрисдикции суда, первым принявшего это дело. Когда юрисдикция суда, который первым принял исковое заявление, установлена, все другие суды отказывают в рассмотрении этого дела в пользу первого суда. Даже если несколько судов обладают исключительной юрисдикцией дело рассматривает суд, который принял его изначально. Аналогичная позиция отражена и в Регламенте Совета ЕС № 44/2001 от 22 декабря 2000 года «О юрисдикции признания и приведения в исполнение судебных решений по гражданским и коммерческим делам» (Брюссель I).

В целом объем положений Регламента Брюссель I ограничивается гражданскими и коммерческими вопросами. Обязательным условием их применения является то, что несколько производств должны быть открыты в судах разных государств. Если они находятся на рассмотрении в судах одного и того же государства, то подразумевается, что вопрос юрисдикции разрешается в соответствии с национальным законодательством.

Глубокий пробел относительно добросовестного рассмотрения исков отображен в разбирательстве по делу *Allianz SpA and Generali Assicurazioni Generali SpA v. West Tankers Inc.* [5], ввиду того, что у любой недобросовестной стороны есть возможность обойти арбитражную оговорку, выбрав наиболее удобный для рассмотрения вопроса по существу суд. В решении было установлено, что любые иные суды должны приостановить судопроизводство, если решение суда, первым принявшего дело к своему рассмотрению, по вопросу юрисдикции еще не принято. В результате суды государства, указанного в арбитражной оговорке, не имели никакой возможности предпринять

какие-либо действия в отношении арбитража (например, проверить компетенцию арбитров) и вынуждены были ждать решения суда, первым принявшего дело к рассмотрению. Если же подобный суд выносил свое решение, оно подлежало признанию и исполнению в соответствии с правилами Регламента № 44/2001 (Брюссель I). Вследствие этого подрывалась роль судов государства, указанного в арбитражной оговорке: они обязаны были признавать решение даже при несогласии с зарубежным судом в его трактовке. Более того положения Нью-Йоркской конвенции о признании и приведении в исполнение иностранных арбитражных решений 1958 г. и в целом потенциал арбитража как альтернативного способа разрешения гражданских и коммерческих споров не могли быть применены [6]. Вышеуказанный кейс подчеркнул тщетность дополнительных соглашений об исключительной юрисдикции и арбитражных оговорок.

В деле *SwemBalt Aktiebolag vs the Republic of Latvia* нарушение принципа *lis pendens* было определено как «факультативное препятствие». Латвия ссылаясь на принцип *lis pendens* как основание того, что арбитраж превысил свои полномочия, поскольку дело находится на рассмотрении в Морском и коммерческом суде Дании (*Danish Maritime and Commercial Court*), и во избежание противоречивых решений Апелляционный суд округа Свеа (*Svea Court of Appeal*) не должен принимать решения по вопросу о принудительном исполнении решения до того момента, пока вопрос о действительности арбитражного решения не будет окончательно решен. Однако суд в своем решении указал: «Арбитражное решение, вынесенное в противоречии с принципом *lis pendens*, не может считаться неприемлемым с использованием правила, касающегося *ordre public* в § 33 второй статьи Арбитражного акта, но должно рассматриваться как факультативное препятствие для судебного разбирательства. Обстоятельства по этому делу не подтверждают мнение о том, что это явно противоречит судебной системе Швеции в целях обеспечения соблюдения арбитражного решения. Также нет никаких препятствий тому, чтобы подать заявление *SwemBalt* на принудительное исполнение арбитражного решения без одобрения» [7].

Согласно Регламенту (ЕС) № 1215/2012 Европейского Парламента и Совета от 12 декабря 2012 года «О подсудности и признании и исполнении судебных решений по гражданским и торговым делам» (полностью заменившему собой предыдущий Регламент Брюссель I (о чем прямо говорит его ст. 80, устанавливающая, что все ссылки на прежний Регламент № 44/2001 должны признаваться ссылками на Регламент № 1215/2012) и получившему в юридических кругах наименование «Брюссель Ia», или также «Брюссель I bis») в том случае, когда суд государства-члена ЕС, имеющий исключительную юрисдикцию в соответствии с соглашением сторон, принимает дело к рассмотрению, любой суд государства-члена ЕС приостанавливает рассмотрение дела, пока указанный суд не примет решение об отсутствии у себя компетенции в соответствии с соглашением. Если суд, указанный в соглашении, выносит решение о наличии юрисдикции в соответствии с соглашением, суд другого государства-члена ЕС выносит решение об отсутствии у себя юрисдикции в пользу указанного суда (п.п. 2, 3 ст. 31 Регламента Брюссель I bis).

Проблема применения принципа *lis pendens* может возникнуть также в случае, когда у инвестора есть выбор предъявить претензию либо по договору, либо по ДИС, либо как договорное требование, так и требование по ДИС. В таком случае очевидно, что дуализм между ДИС и договорными требованиями создает (увеличивает) риск параллельных разбирательств.

Так, в деле *Rachel S. Grynberg, Stephen M. Grynberg, Miriam Z. Grynberg and RSM Production Corporation v Grenada* [8] Гренада отменила лицензию на добычу неф-

ти, предоставленную *RSM Production Corporation*, вследствие несвоевременного её использования последней. *RSM Production Corporation* начала арбитражное разбирательство в МЦУИС (на основании инвестиционного контракта), в результате которого арбитраж не обнаружил каких-либо нарушений Гренадой обязательств. Затем *RSM Production Corporation* подала ходатайство об отмене арбитражного решения [9] (которое позднее было отклонено вследствие неуплаты *RSM Production Corporation* арбитражного сбора). В то же время акционеры *RSM Production Corporation* (совместно с корпорацией) подали другой иск, основываясь на двустороннем инвестиционном соглашении между США и Гренадой, в основание которого легли те же факты. Второй иск также был отклонен арбитражем.

Также сюда можно отнести и дело *Compañía de Aguas del Aconquija S.A. and Vivendi Universal S.A. v Argentine Republic* [10]. Место разрешения инвестиционного спора определялось в договоре концессии на воду, заключенном с провинцией Тукуман (т. е. Аргентинская Республика непосредственно не была стороной договора), в соответствии с которым все споры, связанные с концессией, должны быть представлены в исключительной юрисдикции административных судов принимающего инвестиции государства. Провинция прекратила действие договора после нескольких споров между сторонами. Затем иностранные инвесторы инициировали арбитражное разбирательство против Аргентинской Республики не в соответствии с арбитражной оговоркой, содержащейся в концессионном соглашении, а на основании положений ДИС (международного двустороннего соглашения о поощрении и защите инвестиций, заключенного между правительствами Франции и Республики Аргентины), согласно которому споры с иностранным инвестором должны были разрешаться арбитражем МЦУИС, заявив, что государство нарушило договорные обязательства, не гарантировав выполнение договора провинцией. До прекращения действия договора Аргентинская Республика оказывала помощь провинции в переговорах с инвестором.

Аргентинская Республика возражала против юрисдикции арбитража, акцентируя, что не давала согласия на подчинение юрисдикции МЦУИС, как это требуется в соответствии с положениями Вашингтонской конвенции об урегулировании инвестиционных споров между государствами и гражданами других государств 1965 года. Французский инвестор предоставил дополнительные доказательства того, что действия администрации провинции Тукуман имели характер суверенных действий и являлись нарушением международных обязательств Аргентинской Республики, вытекающих из двустороннего франко-аргентинского соглашения о защите инвестиций. Арбитраж МЦУИС признал суверенный характер действий администрации провинции Тукуман, отклонил возращение Аргентины относительно юрисдикции, посчитав, что иск иностранных инвесторов против провинции Тукуман в административных судах провинции Тукуман за нарушение сроков по концессионному договору не лишает истцов права на обращение за правовой защитой против Аргентины, как это предусмотрено в ДИС и Вашингтонской конвенции. Однако при рассмотрении дела по существу арбитраж отклонил требования инвестора.

Затем предприятие инициировало отмену арбитражного решения. Комитет по отмене решения удовлетворил требования *Compañía de Aguas del Aconquija S.A. and Vivendi Universal S.A.* в ряде последующих присуждений. Он постановил, что государство может нарушать ДИД, не нарушая договорные обязательства с иностранным частным инвестором, и наоборот, поскольку соглашения устанавливают «независимый стандарт» и «в соответствии с этим общим принципом (который, несомненно, является постулатом общего международного права), независимо

от того, было нарушение ДИС или же было нарушение контракта» [11]. Следовательно, согласно позиции Комитета по отмене арбитражного решения, каждое требование должно определяться со ссылкой на его надлежащий закон: «<...> в случае ДИС – в соответствии с международным правом; в случае концессионного договора – по соответствующему положению договора» [11]. Специальный Комитет пришел к выводу, что государство не может полагаться на положение о договорной юрисдикции, чтобы избежать неправомерного поведения относительно международного права.

Как можно заметить, разница между договорными претензиями и претензиями согласно ДИС очень актуальна, поскольку они являются одним из наиболее значимых источников параллельного арбитражного разбирательства. Также необходимо учитывать тот факт, что претензии по договорным обязательствам и ДИС необязательно регулируются одними и теми же нормативными актами, в связи с чем возможно, что в двух арбитражах, рассматривающих спор из одних и тех же отношений, будут вынесены различные друг от друга решения.

Права и обязанности одной из сторон, вытекающие из ДИС, существуют на уровне международного права. Следовательно, сторона в споре, отстаивающая свои права и оправдывая невыполнение договорных обязательств, не может полагаться на свое национальное законодательство. В частности, государство не должно в одностороннем порядке освобождать себя от своих договорных обязательств на основании национального законодательства [12, с. 39].

Различие между национальным и международным правом рассматривалось арбитражем по делу *GAMI Investments Inc. v. The Government of the United Mexican States*, в котором говорилось: «В конечном итоге каждый судебный (арбитражный) орган несет ответственность в пределах своей юрисдикции за применение закона, в соответствии с которым он осуществляет свои полномочия. Суды Мексики должны были определить, является ли экспроприация законной в соответствии с законодательством Мексики. Настоящий арбитраж судит о том, было ли на-

рушено международное право какими-либо органами мексиканского правительства» [12, с. 40].

Следовательно, необходимо определить, будут ли предполагаемые действия нарушением инвестиционного контракта или нарушением ДИС, чтобы провести различие между средствами правовой защиты национально-го и международного права. Нарушение контракта само по себе не является нарушением обязательства из ДИС. С другой стороны, если принимающее государство при осуществлении своих государственных (политических) функций будет действовать как сторона, которая злоупотребляет своим положением и выходит за рамки контрактных обязательств, это будет только нарушением ДИС. Таким образом, данные понятия нельзя отождествлять. Как постановил арбитражный суд в деле *Impregilo v Pakistan*, даже если требования по ДИС и по контракту полностью совпадают, «они все равно отличаются» [12, с. 40].

**Выводы.** Проблематика множественности процессов затрудняет достижение конечного результата разрешения спора – исполнение решения. Применение принципа *lis pendens* является эффективным инструментом разрешения вопросов конкуренции юрисдикций арбитража (суда) при параллельных разбирательствах. К сожалению, в таких ситуациях не существует четких правил, арбитры могут в какой-то мере исходить из собственного опыта и знаний; безусловно, оказывают на них влияние при проведении арбитражных процедура и правовые традиции. На данный момент и Луганской Конвенцией, и Брюссельским Регламентом более или менее прозрачно урегулирован порядок инициирования споров и предотвращения так называемых «торпедных процедур». Об этом свидетельствует гораздо меньшее количество споров относительно юрисдикции в инвестиционных спорах, нежели в прошлом десятилетии. Тем не менее пробелы еще существуют, в связи с чем различия и множественность процессов необходимо рассценивать как причину и повод всецелого сотрудничества судебных и арбитражных органов в целях пресечения таких вариаций для вынесения единого решения уполномоченным органом.

#### ЛИТЕРАТУРА

1. Угода між Кабінетом Міністрів України та Урядом Йорданського Королівства про взаємне сприяння та захист інвестицій від 30.11.2005 р. URL: [http://zakon5.rada.gov.ua/laws/show/400\\_010](http://zakon5.rada.gov.ua/laws/show/400_010).
2. Amir I. Summary of Young-OGEMID Symposium No. 6: "Double Trouble: Parallel Proceedings in International Arbitration (9-18 October 2017)". *Transnational Dispute Management*. March 2018. P. 3–16.
3. *Lauder v. Czech Republic*, Final Award of September 3, 2001; *CME Republic B.V. v. Czech Republic*, Partial Award of September 13, 2001. URL: <https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/ita0451.pdf>.
4. Final Award of March 14, 2003; *Svea Court of Appeal*, Judgment of May 15, 2003. URL: <https://www.arbitration.sccinstitute.com/views/pages/getfile.ashx?portalId=89&docId=1242805&propId=1578>.
5. *Allianz SpA and Generali Assicurazioni Generali SpA v West Tankers Inc.*, Case C-185/07, para. 21.
6. Терехов В.В. Основные нововведения реформированного Регламента ЕС о юрисдикции и признании и исполнении решений. *Отрасли права*. 2015. URL: <http://xn----7sbbaj7auwnffhk.xn--p1ai/article/352>.
7. Judgment of Svea Court of Appeal, 29 October 2002, Case No Ö 7192-01 URL: [https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/italaw7717\\_0.pdf](https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/italaw7717_0.pdf).
8. *RSM Production Corporation v Grenada*, ICSID Case No ARB/05/14, Award, 13 March 2009.
9. Rachel S. Grynberg, Stephen M. Grynberg, Miriam Z. Grynberg, and *RSM Production Corporation v Grenada*, ICSID Case No ARB/10/6, 10 December 2010.
10. *Compañía de Aguas del Aconquija S.A. and Vivendi Universal S.A. v. Argentine Republic* (ICSID Case No ARB/97/3), Award of 21 November 2000.
11. *Compañía de Aguas del Aconquija S.A. and Vivendi Universal S.A. v. Argentine Republic*, Decision on Annulment of July 3, 2002, ICSID Case No. ARB/97/3.
12. Brengesjö E. *Lis Alibi Pendens in International Arbitration Reflections on the Swedish Position in the Context of International Trends and Approaches*. Thesis in Procedural Law. Stockholm. 2013. 79 p.