

ПОВЕСТКА О ВРУЧЕНИИ

Сегодня, десятого ноября две тысячи четырнадцатого (2014) года, по запросу РОССИЙСКОЙ ФЕДЕРАЦИИ, с местом нахождения в Москве, Российская Федерация, избравшей в качестве своего адреса для вручения повесток адрес офиса фирмы Nanotiau & van den Berg, 480 Авеню Луиз Б.9 (АйТи Тауэр, 9-й этаж), 1050 Брюссель, Бельгия (480 Avenue Louise B.9 (IT Tower, 9th floor), 1050 Brussels, Belgium), представитель которой, профессор, доктор А. Я. ван ден Берг будет выступать в качестве адвоката по этому делу, а также адрес офиса фирмы Wessel Tideman en Sassen, Ван Столквег, д. 8 в (2585 JP), Гаага (Van Stolkweg 8 in (2585 JP) The Hague), представитель которой, г-н Л.Ф.Дж. барон ван Утенхове будет выступать в качестве консультанта по праву Нидерландов,

Я

ВРУЧИЛ:

компании, учрежденной в соответствии с, и регулируемой законодательством Кипра, **VETERAN PETROLEUM LIMITED** (включенной в Торговый реестр Кипра за № HE 118058), юридический и фактический адрес которой находится в Спироу Киприану, д. 20А, Чапо Централ, этаж 1, квартира/офис 3, 1075, Никосия, Кипр (Σπυρού Κυπριάνου, 20Α, Чапо Central, Floor 1, Flat/Office 3, 1075, Nicosia, Cyprus) («**Ответчик**»), таким образом, не имеющую домицилия или фактического места нахождения в Нидерландах, однако имеющую известный адрес за рубежом, и, следовательно, в соответствии со Статьей 56(2) голландского Гражданского процессуального кодекса, и действуя в качестве передающего агента по смыслу Регламента (ЕС) №. 1393/2007 Европейского Парламента и Совета от 13 ноября 2007 г. о вручении в Государствах-членах судебных и внесудебных документов по гражданским или торговым делам (Регламент о вручении), я

ПЕРЕДАЛ СЛЕДУЮЩЕМУ ПРИНИМАЮЩЕМУ АГЕНТСТВУ:

Министерство юстиции и общественного порядка

Авеню Аталасса 125

СУ-1461 Лефкосия (Никосия)

Кипр

(Athalassa Avenue 125, CY-1461 Lefkosia (Nikosia), Cyprus)

две копии настоящего уведомления о возбуждении разбирательства (приложения к которому будут представлены в первый день судебных слушаний). Эта передача осуществляется сегодня курьерами UPS и включает в себя следующие документы:

- две копии перевода на английский язык настоящего уведомления о возбуждении разбирательства, и
- форму, указанную в Статье 4(3) упомянутого Регламента о вручении, заполненную на английском языке,

Я обратился к принимающему агентству с просьбой вручить это уведомление о возбуждении разбирательства, вместе с переводом настоящего уведомления о возбуждении разбирательства на английский язык компании VETERAN PETROLEUM LIMITED в порядке, предусмотренном в пункте 5 вышеупомянутой формы «ходатайства о вручении документов», т.е. вручение в соответствии с законодательством запрашиваемого Государства (форма, п. 5.1).

КРОМЕ ТОГО, ДЛЯ ЦЕЛЕЙ ВРУЧЕНИЯ ВЫШЕУПОМЯНУТОЙ КОМПАНИИ VETERAN PETROLEUM LIMITED,

Я отправлю копию настоящего уведомления о возбуждении разбирательства, а также перевод настоящего уведомления о возбуждении разбирательства на английский язык, сегодня, в соответствии со Статьей 56(3) голландского Гражданского процессуального кодекса и Статьей 14 вышеупомянутого Регламента о вручении, курьером UPS по адресу вышеупомянутой компании VETERAN PETROLEUM LIMITED, в сопровождении стандартной формы, упомянутой в Статье 8 Регламента о вручении, включенной в Приложение II к Регламенту о вручении, с уведомлением о том, что компания VETERAN PETROLEUM LIMITED может отказаться принять данный документ, если он не составлен на соответствующем языке или не сопровождается переводом на соответствующий язык в соответствии со Статьей 8(1) Регламента о вручении, и что документы, в принятии которых было отказано, должны быть возвращены в течение срока, предусмотренного указанной Статьей,

И, КРОМЕ ТОГО,

Для целей вручения вышеупомянутой компании VETERAN PETROLEUM LIMITED, я вручил мое уведомление о возбуждении разбирательства г-ну **РОДНИ САЙМОНУ ХОДЖЕСУ** (директору компании VETERAN PETROLEUM LIMITED), проживающему по адресу Ситон Плейс, 17-19, Сьют 12, Санкт-Хельер, JE2 JQL, Джерси, Нормандские острова (Seaton Place 17-19, Suite 12, St. Helier JE2 JQL, Jersey, Channel Islands), таким образом, не имеющего места жительства или фактического проживания в Нидерландах, но имеющего известный адрес за рубежом, в связи с чем я вручил мое уведомление о возбуждении разбирательства уполномоченному лицу гражданской Прокуратуры при окружном суде Гааги, Нидерланды, расположенной по адресу: Принс Клауслаан, № 60, Гаага, Нидерланды (Prins Clauslaan no. 60, The Hague, the Netherlands), а также оставил две копии настоящего уведомления о возбуждении разбирательства (приложения будут представлены в первый день судебных слушаний) и перевод настоящего уведомления о возбуждении дела на английский язык:

, работающему по указанному адресу,

с указанием, что вручение настоящего уведомления о возбуждении разбирательства требуется в соответствии со Статьями 3-6 Конвенции о вручении в Государствах-членах Европейского Союза судебных и внесудебных документов по гражданским или торговым делам от 15 ноября 1965 г., путем вручения лично, или – если это невозможно – вручением в соответствии с местным законодательством, в обоих случаях с одновременным вручением квитанции, и что третий экземпляр настоящего уведомления о возбуждении разбирательства в сопровождении

перевода на английский язык настоящего уведомления о возбуждении разбирательства будет отправлен по почте заказным письмом г-ну РОДНИ САЙМОНУ ХОДЖЕСУ по вышеуказанному адресу, и что четвертый экземпляр настоящего уведомления о возбуждении разбирательства в сопровождении перевода на английский язык настоящего уведомления о возбуждении разбирательства будет отправлен курьером UPS по адресу вышеупомянутого г-на РОДНИ САЙМОНА ХОДЖЕСА.

КАСАТЕЛЬНО:

1. **явки в среду 28 января 2015 г. в 10:00 по центрально-европейскому времени, не лично, но через представительство юридического консультанта, на заседание окружного суда Гааги, которое будет проводиться в Гааге, гражданско-правовой сектор, и состоится в здании суда во Дворце правосудия по адресу Принс Клауслаан № 60 (2595 AJ), Гаага, Нидерланды (Prins Clauslaan no. 60 in (2595 AJ) The Hague, the Netherlands);**
2. **с уведомлением о том, что** если компания VETERAN PETROLEUM LIMITED не явится на вышеупомянутое заседание в лице юридического консультанта, или своевременно не уплатит судебный сбор, причитающийся в связи с ее явкой, окружной суд предоставит разрешение продолжить разбирательство без участия компании VETERAN PETROLEUM LIMITED и удовлетворит нижеизложенное требование, за исключением случаев, если не были соблюдены формальные требования и условия вызова в суд и/или суд сочтет исковое заявление неправомерным или безосновательным;
3. **с уведомлением о том, что** если компания VETERAN PETROLEUM LIMITED явится, компания VETERAN PETROLEUM LIMITED будет обязана оплатить судебный сбор в течение 4 (четырёх) недель с момента явки компании VETERAN PETROLEUM LIMITED в суд, сумма которого опубликована в последней версии приложения к Закону о судебных издержках (гражданские дела) (*Wet griffierechten burgerlijke zaken*), опубликованному на сайте <http://www.rechtspraak.nl/Procedures/Tarieven-griffierecht/Pages/Griffierecht-bij-de-rechtbank.aspx>, и что лицо с ограниченными средствами должно уплатить сумму, которая определяется законом или на основании закона, при условии подачи таким лицом в дату оплаты судебного сбора:
 - копии решения об уступке по смыслу Статьи 29 Закона о правовой помощи (*Wet op de rechtsbijstand*) или, если это невозможно в связи с обстоятельствами, не зависящими от данного лица, копии заявления по смыслу Статьи 24(2) Закона о правовой помощи, или
 - заявления от Совета по оказанию правовой помощи, по смыслу Статьи 7(3)(e) Закона о правовой помощи, подтверждающего, что его доход не превышает доход, указанный в указе совета в соответствии со Статьей 35(2) этого Закона,

С Т Е М, Ч Т О Б Ы:

Обеспечить слушание и рассмотрение следующего ходатайства от имени Российской Федерации:

ОГЛАВЛЕНИЕ

	Стр.
I. ВВЕДЕНИЕ	11
II. ОПИСАНИЕ СПОРА.....	19
A. ОАО «НК «ЮКОС»	20
(a) <i>Обстоятельства приобретения олигархами ОАО «НК «ЮКОС»</i> <i>контроля над ОАО «НК «ЮКОС»</i>	20
(b) <i>Основные черты схемы ОАО «НК «ЮКОС» по уклонению от уплаты</i> <i>налогов, которая занимает центральное место в споре Сторон</i>	28
(c) <i>Меры российских органов власти по взысканию налога на прибыль</i> <i>организаций и НДС, которые были доначислены ОАО «НК «ЮКОС»</i>	33
B. ДЭХ и Арбитражные разбирательства.....	35
(a) <i>История принятия и цель Договора к Энергетической хартии</i>	35
(b) <i>Исковые требования, заявленные Истцами на основании ДЭХ</i>	37
(c) <i>Процессуальная история Арбитражных разбирательств</i>	38
(d) <i>Краткое изложение Окончательных арбитражных решений</i>	42
III. КРАТКОЕ ИЗЛОЖЕНИЕ ОСНОВАНИЙ ОТМЕНЫ АРБИТРАЖНЫХ РЕШЕНИЙ ПО ДЕЛУ ОАО «НК «ЮКОС» В СООТВЕТСТВИИ СО СТАТЬЕЙ 1065(1) ГПК	46
IV. ПЕРВОЕ ОСНОВАНИЕ ДЛЯ ОТМЕНЫ: ОТСУТСТВИЕ ДЕЙСТВИТЕЛЬНОГО АРБИТРАЖНОГО СОГЛАШЕНИЯ (СТАТЬЯ 1065(1)(А) ГОЛЛАНДСКОГО ГРАЖДАНСКОГО ПРОЦЕССУАЛЬНОГО КОДЕКСА)	48
A. Введение.....	48
B. Правовое регулирование	49
C. Первое юрисдикционное основание – Третейский суд не обладал юрисдикцией в соответствии со Статьей 45 ДЭХ.....	51
(a) <i>Введение</i>	51
(b) <i>Статья 45(1) ДЭХ ограничивает временное применение только теми</i> <i>положениями ДЭХ, которые соответствуют Конституции, законам или</i> <i>нормативным актам Российской Федерации</i>	60
(c) <i>Передача требований Истцов на рассмотрение в третейский суд в</i> <i>соответствии со Статьей 26 ДЭХ противоречит Конституции, законам и</i> <i>нормативным актам Российской Федерации</i>	80
(d) <i>Заключение</i>	102
D. Второе юрисдикционное основание – Третейский суд не обладал юрисдикцией, поскольку акции Истцов в ОАО «НК «ЮКОС» не защищены в соответствии с ДЭХ	102
(a) <i>Введение</i>	102
(b) <i>Истцы являются подставными компаниями-пустышками, чьими</i> <i>бенефициарными собственниками и контролирующими лицами являются</i> <i>российские граждане</i>	105

	(c) ДЭХ не защищает инвестиции Истцов в ОАО «НК «ЮКОС», поскольку эти инвестиции осуществлены гражданами Договаривающегося государства на территории и с использованием ресурсов того же Договаривающегося Государства	107
E.	Третье юрисдикционное основание – Третейский суд не обладал юрисдикцией в соответствии со Статьей 21(1) ДЭХ	113
	(a) Введение.....	113
	(b) У Третейского суда отсутствовала юрисдикция, поскольку меры, которые он признал неотъемлемым элементом экспроприации, подпадают под действие налоговой оговорки в Статье 21(1) ДЭХ и при этом не включаются в сферу применения ДЭХ согласно Статье 21(5) ДЭХ.....	117
	(c) Третейский суд также не обладал юрисдикцией, поскольку налоговая оговорка в Статье 21(1) ДЭХ распространяется на любую меру, принятую явно во исполнение налогового законодательства, какими были налоговые меры в настоящем деле.....	122
	(d) Определения ЕСПЧ подтверждают, что меры, являющиеся предметом спора, были законным осуществлением полномочий Российской Федерации по налогообложению и, таким образом, подпадают под налоговую оговорку Статьи 21(1) ДЭХ.....	150
	(e) Налоговые меры, принятые российскими государственными органами, соответствуют всемирно признанной налоговой политике и практике и, в частности, голландской налоговой политике и практике	154
F.	Заключение	158
V.	ВТОРОЕ ОСНОВАНИЕ ДЛЯ ОТМЕНЫ: НЕВЫПОЛНЕНИЕ ТРЕТЕЙСКИМ СУДОМ СВОЕГО МАНДАТА (СТАТЬЯ 1065(1)(С) ГПК)	159
A.	Введение.....	159
B.	Правовое регулирование	159
	(a) Формальный аспект мандата.....	160
	(b) Материальный аспект мандата	160
C.	Первое основание нарушения мандата – Третейский суд не выполнил свой мандат, поскольку он должен был, но не передал требования Истцов из экспроприации на рассмотрение компетентных налоговых органов	160
	(a) Введение.....	161
	(b) В соответствии со Статьей 21(5) ДЭХ Третейский суд был обязан передать требования Истцов на рассмотрение «Компетентных налоговых органов»	162
	(c) Если бы Третейский суд выполнил требование о передаче по Статье 21(5) ДЭХ, он мог бы избежать своих явно ошибочных заключений касательно российского налогового права	165
	(d) Заключение.....	167
D.	Второе основание нарушения мандата – Третейский суд вынес неожиданное решение при оценке размера убытков и не предоставил Российской Федерации возможность быть заслушанной, в нарушение своего мандата и публичного порядка	168
	(a) Третейский суд не признал оценку стоимости Истцов	169

	(b)	<i>Третейский суд разработал собственную методологию расчета убытков без предоставления сторонам возможности быть выслушанными</i>	175
	(c)	<i>Новая методика расчета убытков Третейского суда привела к присуждению необоснованных убытков на сумму несколько миллиардов долларов</i>	185
	(d)	<i>Лишение Российской Федерации права быть выслушанной отчасти стало результатом решения Третейского суда не разделять процесс</i>	195
	(e)	<i>Оценка Третейским судом ОАО «НК «ЮКОС» на дату Окончательных арбитражных решений является нарушением его полномочий</i>	198
E.		Третье основание нарушения полномочий – Арбитры не выполнили свой мандат лично	199
	(a)	<i>Введение</i>	199
	(b)	<i>Задачи Арбитров</i>	200
	(c)	<i>Задача административного секретаря</i>	201
	(d)	<i>Задачи помощника третейского суда</i>	204
	(e)	<i>Помощник в настоящем деле сыграл решающую роль в Арбитражных разбирательствах</i>	205
	(f)	<i>Заключение</i>	213
F.		Заключение	213
VI.		ТРЕТЬЕ ОСНОВАНИЕ ДЛЯ ОТМЕНЫ: НЕНАДЛЕЖАЩИЙ СОСТАВ ТРЕТЕЙСКОГО СУДА (СТАТЬЯ 1065(1)(В) ГПК)	213
A.		Введение	213
B.		Правовое регулирование	214
C.		Перекрестные ссылки	214
D.		Заключение	214
VII.		ЧЕТВЕРТОЕ ОСНОВАНИЕ ОТМЕНЫ: АРБИТРАЖНЫЕ РЕШЕНИЯ НЕ СОДЕРЖАТ ОБОСНОВАНИЯ (СТАТЬЯ 1065(1) (D) ГПК)	215
A.		Введение	215
B.		Правовое регулирование	215
C.		Первое основание нарушения обязанности по изложению обоснования – решение об определении размера убытков не основывается на ясном обосновании	217
D.		Второе основание нарушения обязанности по изложению обоснования – Третейский суд не учел многотомные доказательства, свидетельствующие о том, что мордовские торговые компании ОАО «НК «ЮКОС» были пустышками; соответственно, Окончательные арбитражные решения не содержат ясного обоснования	218
E.		Третье основание нарушения обязанности по изложению обоснования – построение предположений не равнозначно допустимой мотивировке	219
F.		Четвертое основание нарушения обязанности по изложению обоснования – внутренне противоречивые заключения Третейского суда касательно торгов по продаже акций ЮНГ	222
G.		Заключение	223

VIII.	ПЯТОЕ ОСНОВАНИЕ ДЛЯ ОТМЕНЫ: АРБИТРАЖНЫЕ РЕШЕНИЯ ПО ДЕЛУ ОАО «НК «ЮКОС» ПРОТИВОРЕЧАТ ПУБЛИЧНОМУ ПОРЯДКУ (СТАТЬЯ 1065(1) (Е) ГПК).....	223
A.	Введение.....	223
B.	Правовое регулирование	223
	(a) <i>Право обеих сторон быть выслушанными</i>	224
	(b) <i>Равное отношение к сторонам</i>	225
	(c) <i>Беспристрастность и независимость</i>	226
C.	Арбитражные решения по делу ОАО «НК «ЮКОС» были вынесены в нарушение публичного порядка и нравственности	227
	(a) <i>Первое основание нарушения публичного порядка – принятие Третейским судом решений путем предположений</i>	229
	(b) <i>Второе основание нарушения публичного порядка – Третейский суд опирался на собственное мнение о том, каким должно быть российское право</i> 234	
	(c) <i>Третье основание нарушения публичного порядка – Заключение Третейского суда в отношении продажи ЮНГ противоречит его другим заключениям и основано лишь на «подозрении»</i>	235
	(d) <i>Заключение</i>	238
IX.	ПРОЦЕССУАЛЬНЫЕ ВОПРОСЫ И ЗАКЛЮЧЕНИЕ	239
A.	Приложения и предложения касательно представления доказательств	239
B.	Возражения Ответчика и основания для отмены	240
C.	Объединение производства	240
D.	Заключение	242
X.	ДОПОЛНЕНИЯ И ПРИЛОЖЕНИЯ.....	243

I. ВВЕДЕНИЕ

1. Настоящее дело возникло из российского налогового спора между российскими олигархами и Российской Федерацией касательно решений о доначислении налогов российскими органами в отношении российской компании, находившейся в собственности и под контролем российских олигархов. Эта компания, Открытое акционерное общество «Нефтяная компания «ЮКОС» («ОАО «НК «ЮКОС»)), уклонилась от уплаты российского налога на прибыль организаций и других налогов на сумму в несколько сотен миллиардов рублей, а затем отказалась платить налоги, которые, как можно было ожидать, были доначислены ей российскими органами власти, когда они, наконец, раскрыли ранее скрытую схему уклонения от уплаты налогов компании. Эти же российские олигархи на настоящий момент контролируют Истцов, и, согласно сложившейся на сегодняшний день ситуации, указанные олигархи могут получить более 50 млрд долл. США в соответствии с арбитражными решениями, которые являются предметом настоящего Уведомления о возбуждении разбирательства, даже несмотря на то, что олигарх, который имеет право получить несравнимо большую часть – примерно 30 млрд долл. США – открыто признал, что он ничего не заплатил за его акции в ОАО «НК «ЮКОС».¹
2. Решения о доначислении налогов ОАО «НК «ЮКОС» основывались на применении основополагающих принципов налогового права, которые повсеместно используются для борьбы с уклонением от уплаты налогов по всему миру, в том числе в Нидерландах, и были оставлены в силе российскими судами первой и апелляционной инстанций, а также единогласными решениями двух отдельных Палат Европейского суда по правам человека («ЕСПЧ»).
3. Несмотря на усилия российских властей по взысканию налогов, ОАО «НК «ЮКОС» продолжало отказываться выплачивать свои налоговые обязательства. Оно также не исполнило свои обязательства по кредиту, полученному от консорциума частных банков. Со временем против ОАО «НК «ЮКОС» было возбуждено дело о банкротстве, а его активы были проданы на публичных торгах, чтобы частично удовлетворить требования его кредиторов.
4. Даже при том, что это дело касается российского налогового спора, российским олигархам удалось превратить их внутренний спор в три параллельных международных арбитража на основании международного инвестиционного соглашения (далее –

¹ При использовании в настоящем Уведомлении о возбуждении разбирательства термин «Истцы» относится к трем ответчикам: Hulley Enterprises Limited, Veteran Petroleum Limited и Yukos Universal Limited, которые являлись Истцами в рамках арбитражных разбирательств, составляющих предмет настоящего Уведомления о возбуждении разбирательства.

- «**Арбитражные разбирательства**») в соответствии с Договором к Энергетической Хартии («ДЭХ»). В конечном итоге, эти разбирательства завершились присуждением убытков на беспрецедентную сумму, превышающую более чем в 20 раз сумму убытков, присужденных в рамках каких-либо международных арбитражей, которые имели место в прошлом.
5. В частности, олигархи пытались превратить (и, по сути, добиться повторного рассмотрения) свой внутренний спор с налоговыми органами своей страны в международный инвестиционный арбитраж, заявив свои требования через Истцов, три оффшорные компании-пустышки, которые олигархи создали для владения их акциями ОАО «НК «ЮКОС». Олигархи зарегистрировали эти компании-пустышки в зонах с льготным налогообложением, на Кипре – в случаях с Истцами, компаниями Hulley Enterprises Limited («**Hulley**») и Veteran Petroleum Limited («**VPL**») – и на о. Мэн, в случае с одним из Истцов, компанией Yukos Universal Limited («**YUL**»). И Кипр, и о. Мэн (через Соединенное королевство) являются участниками ДЭХ.
 6. Объект и цель ДЭХ, однако, состояли в том, чтобы извлечь выгоду из взаимодополняемости между нефтедобывающими Государствами на Востоке – в основном, Российской Федерацией – и Государствами-потребителями нефти на Западе, в основном, членами Европейского союза. ДЭХ не был предназначен для предоставления форума для разрешения внутренних споров между Государством и гражданами или юридическими лицами этого Государства, не касающихся инвестиции иностранного капитала, как было в настоящем деле. Эта цель была бы полностью разрушена, если бы внутренним инвесторам было позволено подавать иски в рамках ДЭХ против собственного Государства путем обеспечения подачи таких исков компаниями-пустышками, учрежденными в соответствии с законодательством одной из стран-участниц ДЭХ, которые не ведут в такой стране никакой хозяйственной деятельности, что опять же имело место в настоящем деле.
 7. Российская Федерация возражала против юрисдикции третейского суда, назначенного для рассмотрения требований Истцов («**Третейский суд**») по ряду оснований. 30 ноября 2009 г. Третейский суд вынес три параллельных Промежуточных арбитражных решения по вопросам юрисдикции и допустимости иска («**Промежуточные арбитражные решения**»), отклонив возражения Российской Федерации против юрисдикции Третейского суда. Промежуточные арбитражные решения поданы в рамках настоящего разбирательства как Приложение RF-1.

8. Одно из возражений Российской Федерации против юрисдикции, которое Третейский суд отклонил, было основано на том, что Российская Федерация никогда не ратифицировала ДЭХ, а только согласилась применять его на временной основе в соответствии со Статьей 45 ДЭХ *«в той мере, в которой такое временное применение»* не противоречит Конституции РФ, ее законам или подзаконным нормативным актам. Российское право не позволяет передавать публично-правовые споры (включая налоговые споры и споры из исков об экспроприации) на разрешение в арбитраж, кроме как на основании федерального закона или ратифицированного международного договора. ДЭХ не был никогда ратифицирован, и ни один российский закон не предусматривает разрешение таких споров в арбитраже. Передача требований Истцов в арбитраж в соответствии с механизмом урегулирования споров между инвестором и Государством по ДЭХ, соответственно, противоречит законодательству Российской Федерации, и Третейский суд не обладал юрисдикцией рассматривать иски Истцов.
9. Третейский суд также отклонил возражение Российской Федерации против юрисдикции на основании Статей 1(6) и 1(7) ДЭХ, которая дает определение инвесторам и инвестициям, подлежащим защите в соответствии с Договором, несмотря на то, что Истцы являются компаниями-пустышками, действующими от имени российских граждан, и, таким образом, не имеют права прибегать к средствам правовой защиты против их собственной страны, предусмотренным ДЭХ для инвестиций граждан или юридических лиц другого Государства, которое является участником ДЭХ.
10. Российская Федерация также возражала против юрисдикции Третейского суда, поскольку Статья 21(1) ДЭХ предусматривает, что *«ничто в настоящем Договоре не должно создавать права или налагать обязанности в отношении Налоговых мер»*, а требования Истцов явно касались *«Налоговых мер»*, в частности, решений о доначислении налогов и связанных с ними мер по взысканию налогов, которые Третейский суд впоследствии счел мерами, равноценными экспроприации долей Истцов в ОАО «НК «ЮКОС». В Промежуточных арбитражных решениях Третейский суд отложил решение по данному возражению против его юрисдикции до рассмотрения дела по существу.
11. После представления сторонами доказательств и меморандумов по существу дела и после того, как состоялось слушание дела по существу в Гааге с 10 октября по 9 ноября 2012 года, Третейский суд вынес три параллельных Окончательных арбитражных решения (далее – **«Окончательные арбитражные решения»**) (совместно с Промежуточными арбитражными решениями именуемые **«Арбитражные решения по**

делу ОАО «НК «ЮКОС»») 18 июля 2014 г. Окончательные арбитражные решения поданы в рамках настоящего разбирательства как Приложение RF-2.² В Окончательных арбитражных решениях Третейский суд постановил, что он обладал юрисдикцией, несмотря на положения Статьи 21 ДЭХ, и что доначисление налогов ОАО «НК «ЮКОС» и другие меры, принятые российскими властями, являлись мерами, имеющими последствия, «аналогичные национализации или экспроприации», в нарушение обязательств Российской Федерации в соответствии со Статьей 13(1) ДЭХ.

12. Постановив, что он обладал юрисдикцией рассматривать иски Истцов, несмотря на положения Статьи 21 ДЭХ, Третейский суд пренебрег буквальным значением текста ДЭХ и основополагающими принципами толкования международных договоров, а также объектом и целью договора.
13. Удовлетворив требование Истцов в отношении экспроприации в соответствии со Статьей 13(1) ДЭХ, Третейский суд (а) пренебрег устоявшимися принципами российского налогового права, которые соответствуют международной налоговой практике, в том числе голландской, обосновав свое решение его собственным видением того, что *должно* из себя представлять российское налоговое законодательство, вместо того, каким оно является *на самом деле*; (b) не учел принципы международного права; (c) полагался на внутренне противоречивые выводы о фактах, в том числе в отношении того, что Третейский суд описал как одну из «*непременных*» причин его решения касательно экспроприации; и (d) открыто признал, что некоторые из его решений были основаны на его собственных предположениях касательно того, что Российская Федерация *могла* сделать, например, если бы ОАО «НК «ЮКОС» надлежащим образом погасило свою задолженность по налогам, а не на доказанных фактах относительно того, что Российская Федерация *на самом деле* сделала.
14. Третейский суд также превысил свои полномочия, присудив Истцам более 50 млрд. долл. США в качестве убытков, основываясь на дате оценки и своей собственной нестандартной методологии, которые значительно отклонялись от доводов сторон и выходили за рамки спора между сторонами. Если бы Российской Федерации была предоставлена возможность быть выслушанной касательно методики, которую Третейский суд разработал по собственной инициативе, она бы доказала, что эта методика в действительности дважды учитывала значительную часть заявленных убытков Истцов, и, кроме того, не учитывала соответствующие корректировки,

² В Приложении RF-3 содержатся полные материалы по трем арбитражным разбирательствам и, для удобства Суда, они были сохранены на носитель данных USB. При приведении ссылок на документы, содержащиеся в указанных материалах, используется нумерация, принятая для материалов дела. Приложение RF-3 также содержит перечень сокращений, используемых для документов, входящих в материалы дела.

внесенные Третейским судом в данные, представленные сторонами. Эти недочеты собственной нестандартной методологии Третейского суда привели к непредсказуемому решению и экономически необоснованному присуждению убытков на сумму не менее 21,651 млрд. долл. США, которая сама по себе более, чем в восемь раз превышает крупнейшую сумму убытков, когда-либо присужденную в рамках прошлых международных арбитражей.

15. Этот внутренний российский налоговый спор – между гражданами Российской Федерации и Российской Федерацией в отношении доначислений российских налогов против российской компании – ни в коем случае не должен был стать предметом арбитража на основании международного инвестиционного соглашения, и, конечно, не должен был привести к в корне неверным, по очень многим основаниям, арбитражным решениям, таким как Арбитражные решения по делу ОАО «НК «ЮКОС». Поэтому Российская Федерация подает данное Уведомление о возбуждении разбирательства и почтительно просит Суд отменить Арбитражные решения по делу ОАО «НК «ЮКОС»:

- (a) в соответствии со Статьей 1065(1)(a) ГПК, поскольку отсутствовало какое-либо действительное арбитражное соглашение между Истцами и Российской Федерацией в отношении предмета исковых требований Истцов, и, следовательно, Третейский суд не обладал юрисдикцией рассматривать исковые требования Истцов;
- (b) в соответствии со Статьей 1065(1)(c) ГПК, поскольку Третейский суд нарушил во многих отношениях свой мандат;
- (c) в соответствии со Статьей 1065(1)(b) ГПК, поскольку состав Третейского суда был сформирован ненадлежащим образом;
- (d) в соответствии со Статьей 1065(1)(d) ГПК, поскольку Третейский суд не привел обоснования некоторых ключевых аспектов своих решений; и
- (e) в соответствии со Статьей 1065(1)(e) ГПК, поскольку Арбитражные решения по делу ОАО «НК «ЮКОС» отражают пристрастность и предвзятость Третейского суда, а также нарушают голландский публичный порядок и нравственность, включая основополагающее право Российской Федерации на надлежащую правовую процедуру.

16. Суд обладает юрисдикцией на принятие к производству настоящего Уведомления о возбуждении разбирательства. Местом проведения Арбитражных разбирательств по

смыслу Статей 1037(1) и 1073(1) ГПК была Гаага, и Промежуточные и Окончательные арбитражные решения были переданы на хранение регистратору настоящего Суда 11 августа 2014 г. в соответствии со Статьей 1058(1)(b) ГПК. Таким образом, в соответствии со Статьей 1064(2) ГПК, в сочетании со Статьей 1058(1) ГПК, данный Суд обладает юрисдикцией рассматривать запрос Российской Федерации об отмене Арбитражных решений по делу ОАО «НК «ЮКОС».

17. После раздела с описанием спора, в остальной части настоящего Уведомления о возбуждении разбирательства подробно, в пяти разделах, описываются причины, по которым Суд должен отменить Арбитражные решения по делу ОАО «НК «ЮКОС». Каждая из этих причин в отдельности представляет собой независимое основание, по которому эти арбитражные решения должны быть отменены. Затем следует заключительный раздел, посвященный приложениям, объединению разбирательств и расходам. Для удобства отсылок, вопросы, затрагиваемые в каждом разделе, кратко изложены ниже.
18. *Раздел II* содержит обзор сведений об обстоятельствах дела, в том числе о (a) мошенническом приобретении и консолидации контроля над ОАО «НК «ЮКОС» российскими олигархами; (b) основных чертах схемы уклонения от уплаты налогов ОАО «НК «ЮКОС»; (c) усилиях российских органов власти по принудительному взысканию неуплаченных налогов ОАО «НК «ЮКОС»; (d) истории принятия и цели ДЭХ; (e) исковых требованиях, заявленных Истцами по ДЭХ; (f) процессуальной истории Арбитражных разбирательств; и (g) краткое изложение Арбитражных решений по делу ОАО «НК ЮКОС». Эти вопросы изложены в пунктах 26-99.
19. *Раздел III* содержит, в пунктах 100-105, краткий обзор оснований отмены Арбитражных решений ОАО «НК «ЮКОС» в соответствии со Статьей 1065(1)(a) ГПК, Статьей 1065(1)(b) ГПК, Статьей 1065(1)(c) ГПК, Статьей 1065(1)(d) ГПК и Статьей 1065(1)(e) ГПК.
20. *Раздел IV* устанавливает, в пунктах 106-362, что Суд должен отменить Арбитражные решения по делу ОАО «НК «ЮКОС» в соответствии со Статьей 1065(1)(a) ГПК ввиду отсутствия какого-либо действительного арбитражного соглашения между Истцами и Российской Федерацией в отношении исковых требований Истцов, и, соответственно, Третейский суд не обладал юрисдикцией рассматривать эти иски. В частности, в Разделе IV доказывалось, что Третейский суд не обладал юрисдикцией в отношении исковых требований Истцов:

- (a) в соответствии со Статьей 45 ДЭХ, так как (i) Российская Федерация никогда не ратифицировала ДЭХ, а вместо этого согласилась применять его на временной основе в соответствии со Статьей 45(1) ДЭХ, только *«в той мере, в которой такое временное применение»* не противоречит законодательству Российской Федерации, и (ii) передача в арбитраж требований Истцов в соответствии с механизмом урегулирования споров по ДЭХ между инвестором и Государством противоречит российскому праву;
 - (b) в соответствии со Статьей 1(6) и (7) ДЭХ, поскольку (i) Истцы являются подконтрольными российским гражданам компаниями-пустышками, которые не инвестировали какой-либо иностранный капитал в Российскую Федерацию, и (ii) следовательно, их акции в ОАО «НК «ЮКОС» не являются инвестициями, к которым применяются льготы по ДЭХ; и
 - (c) в соответствии со Статьей 21 ДЭХ, поскольку (i) Статья 21(1) ДЭХ предусматривает, что *«ничто в настоящем Договоре не должно создавать права или налагать обязательства в отношении Налоговых мер Договаривающихся Сторон»*; и (ii) постановление Третейского суда о том, что Российская Федерация экспроприировала долю Истцов в ОАО «НК «ЮКОС», основано на *«Налоговых мерах»* (помимо *«налогов»*), принятых российскими органами власти.
21. *Раздел V* показывает, в пунктах 363-510, что Суд должен отменить Арбитражные решения по делу ОАО «НК «ЮКОС» в соответствии со Статьей 1065(1)(c) ГПК, поскольку Третейский суд нарушил свой мандат в трех ключевых аспектах. В частности, Третейский суд нарушил свой мандат:
- (a) поскольку он не выполнил свои обязательства по Статье 21(5)(b)(i) ДЭХ, которая требовала, чтобы Третейский суд передал требования Истцов из экспроприации на рассмотрение соответствующих налоговых органов Кипра (в случае Hulleу и VPL), Соединенного Королевства (в случае YUL) и Российской Федерации, чтобы они могли представить свои выводы относительно этих требований Третейскому суду;
 - (b) поскольку Третейский суд присудил Истцам возмещение, основываясь на изобретенной самим Третейским судом и в корне ошибочной методике, (i) которая значительно отклонялась от доводов сторон и выходила за рамки спора между сторонами; (ii) по которой сторонам не была предоставлена возможность быть выслушанными; и (iii) которая привела к присуждению десятков миллиардов долларов Истцам без какого-либо экономического обоснования; и

- (с) поскольку арбитры не выполнили лично свой мандат, исходя их сведений, недавно предоставленных сторонам и свидетельствующих о том, что помощник Третейского суда, ранее представленный Третейским судом как лицо, ответственное исключительно за выполнение административной работы, в действительности посвятил значительно больше времени Арбитражным разбирательствам, чем кто-либо из членов Третейского суда и, таким образом, почти наверняка сыграл значительную роль в анализе доказательств, обсуждениях Третейского суда и подготовке Окончательных арбитражных решений, в нарушение мандата Третейского суда, требовавшего личного выполнения этих задач.
22. В *Разделе VI* доказывается, в пунктах 511-515, что Окончательные арбитражные решения должны быть отменены в соответствии со Статьей 1065(1)(b) ГПК, поскольку Третейский суд был сформирован ненадлежащим образом. Этот аргумент основывается на очевидном выполнении помощником Третейского суда значительной роли в анализе доказательств, обсуждении Третейским судом разбирательств и подготовке Окончательных арбитражных решений, одной из причин того, почему Третейский суд нарушил свой мандат, как пояснено в параграфе выше.
23. В *Разделе VII* доказывается, в пунктах 516-535, что Арбитражные решения по делу ОАО «НК «ЮКОС» должны быть отменены в соответствии со Статьей 1065(1)(d) ГПК, так как Третейский суд не привел обоснования в отношении ряда аспектов его постановлений, включая его постановление о присуждении убытков, непринятие им во внимание доказательств, обосновывающих доначисление ОАО «НК «ЮКОС» налога на прибыль организаций, открытое обоснование его выводов собственными предположениями Третейского суда, а также его внутренне противоречивыми заключениями касательно торгов в отношении одной из нефтедобывающих дочерних компаний ОАО «НК «ЮКОС».
24. *Раздел VIII* устанавливает, в пунктах 536-578, что Суд должен отменить Арбитражные решения по делу ОАО «НК «ЮКОС» в соответствии со Статьей 1065(1)(e) ГПК, потому что они отражают пристрастность и предвзятость Третейского суда, а также нарушение голландского публичного порядка и нравственности, включая право Российской Федерации на надлежащую правовую процедуру. В частности:
- (a) поскольку Третейский суд основал многие свои решения на том, что он открыто называл его собственными предположениями относительно того, что Российская

Федерация могла сделать, а не на том, что согласно материалам дела она сделала на самом деле;

- (b) поскольку, постановив, что доначисление НДС ОАО «НК «ЮКОС» было неправомерным, Третейский суд явно опирался на свое собственное понимание относительно того, что российское налоговое законодательство должно предусматривать, а не на то, что оно на самом деле предусматривает;
 - (c) поскольку, постановив, что торги по продаже акций одной из добывающих дочерних компаний ОАО «НК «ЮКОС» были «сфальсифицированы», Третейский суд полагался на собственные предположения, а не на доказанные факты, противореча собственным выводам о цене, установленной на торгах; и
 - (d) по тем же причинам, по которым Третейский суд нарушил свой мандат, что доказывается в Разделе V.
25. *Раздел IX* касается приложений, объединения разбирательств и расходов, и охватывает пункты 579-584.

II. ОПИСАНИЕ СПОРА

26. В части А настоящего Раздела приводится краткое описание (а) обстоятельств, окружающих приобретение контроля над ОАО «НК «ЮКОС» теми же российскими олигархами – в основном, Михаилом Ходорковским, Леонидом Невзлиным, Владимиром Дубовым и Платоном Лебедевым – которые в настоящее время контролируют Истцов, (b) основных черт схемы ОАО «НК «ЮКОС» по уклонению от налогообложения, которая находится в центре спора между сторонами, и (c) попытки российских властей по сбору налога на прибыль организаций и НДС, которые были начислены ОАО «НК «ЮКОС».
27. При составлении этого обзора Российская Федерация учитывает, что настоящий Суд не выступает в качестве апелляционной инстанции при рассмотрении Арбитражных решений по делу ОАО «НК «ЮКОС» и что правовые пороки, связанные с учреждением ОАО «НК «ЮКОС», не являются одним из оснований, на которых Российская Федерация испрашивает отмены Арбитражных решений по делу ОАО «НК «ЮКОС». Российская Федерация, тем не менее, полагает, что эта справка с описанием фактических обстоятельств может быть полезна Суду для понимания действий, предпринятых Истцами после учреждения ОАО «НК «ЮКОС».

28. Представленное ниже описание основано на фактах, которые либо не оспариваются Истцами, либо широко освещены в западной прессе ответственными журналистами, были установлены единогласными решениями двух различных Палат ЕСПЧ или российскими судами нескольких уровней, либо были впоследствии признаны самими олигархами ОАО «НК «ЮКОС».
29. Далее в Части В настоящего Раздела кратко обобщаются (а) история заключения и цель Договора к Энергетической хартии, (b) требования, заявленные Истцами по Договору к Энергетической хартии, (c) процессуальная история Арбитражных разбирательств, и (d) Арбитражные решения по делу ОАО «НК «ЮКОС», которые более подробно анализируются в последующих Разделах настоящего Уведомления о возбуждении разбирательства.

А. ОАО «НК «ЮКОС»

*(a) **Обстоятельства приобретения олигархами ОАО «НК «ЮКОС» контроля над ОАО «НК «ЮКОС»***

(a)(i) 1993-1996 гг.: приобретение олигархами ОАО «НК «ЮКОС» контролирующей доли участия в ОАО «НК «ЮКОС»

30. ОАО «НК «ЮКОС» было учреждено российским Правительством в 1993 году в рамках масштабной реорганизации бывшей советской нефтедобывающей и нефтеперерабатывающей отраслей. В марте 1995 года консорциум российских коммерческих банков, включая Банк «Менатеп», входящий в Группу «Менатеп», предложил предоставить заемные средства испытывавшему на тот момент нехватку денежных средств российскому Правительству под обеспечение залогом акций в ряде крупных государственных компаний, включая ОАО «НК «ЮКОС». Михаил Ходорковский, на тот момент занимавший должность Председателя Банка «Менатеп», стал одним из первых и убежденных сторонников предложения банков.³
31. В августе 1995 года, российское Правительство приняло измененную редакцию плана, который стал известен как программа «кредитов под залог акций». Согласно этой программе акции в каждой участвующей государственной компании предоставлялись в залог кредитору, который предложит наиболее крупный заем в обмен на право управления этой компанией в течение срока кредита. При наступлении срока погашения

³ План был изначально отклонен многими предпринимателями, политиками и обозревателями как слишком дерзкий, чтобы быть успешным. См. Дэвид Хоффман, Олигархи: Богатство и власть в Новой России (2002 г.), стр. 309 (Приложение RME-4); Кристия Фриленд, Продажа века: История второй русской революции изнутри (2005 г.), стр. 165-166 (Приложение RME-5); Ира В. Либерман и Роги Вайметра, *Погоня за государственными долями на «Клондайке» капитализма на Диком Западе: Кредиты под залог акций в России*, стр. 29 Вестника международного права и экономики Университета им. Джорджа Вашингтона (1996 г.), стр. 737-738 (Приложение RME-6).

российское Правительство могло либо погасить заем и истребовать заложенные акции, либо позволить кредитору продать акции, при условии получения Правительством 70% от разницы между ценой реализации и суммой займа и сохранения за кредитором остатка.⁴

32. В случае с ОАО «НК «ЮКОС», планируемое выставление его акций на аукцион для продажи участнику, который предложит наибольшую цену, по многим источникам, подверглось диверсионным действиям со стороны российских олигархов, которые на тот момент контролировали Банк «Менатеп»,⁵ а в настоящее время контролируют Истцов. Сам г-н Невзлин позже признал, что он и его коллеги нарушили честность аукциона по продаже ОАО «НК «ЮКОС», договорившись с другими потенциальными российскими кредиторами о том, чтобы Банк «Менатеп» выиграл торги. Как выразился г-н Невзлин: *«Мы достигли соглашения о том, кому что достанется. Мы договорились не вставать друг у друга на пути [...] В этом отношении присутствовал элемент инсайдерской сделки».*⁶
33. Банк «Менатеп» обеспечил назначение его организатором торгов по продаже акций ОАО «НК «ЮКОС», а впоследствии обеспечил приобретение контроля над ОАО «НК «ЮКОС» за незначительную часть его рыночной стоимости. Предупредив других российских участников не участвовать,⁷ а также отговорив потенциальных российских конкурентов от сотрудничества с иностранными банками,⁸ Банк «Менатеп» обошел запрет на его собственное участие путем учреждения двух подставных компаний (АОЗТ «Лагуна» и АОЗТ «Регент») для подачи заявок от его лица,⁹ создав ложное представление о том, что они были двумя независимыми участниками, что требовалось по закону.
34. Когда в декабре 1995 года состоялись торги, АОЗТ «Лагуна», при поручительстве Банка «Менатеп», «выиграло» право собственности и управления 45% долей в ОАО «НК «ЮКОС» в качестве обеспечения, как сообщалось, кредита российскому Правительству в размере 159 млн долларов США. АОЗТ «Лагуна» также обязалось инвестировать еще 200 млн долларов США в ОАО «НК «ЮКОС» и отдельно приобрело дополнительные 33%

⁴ См. Фриленд, стр. 172 (Приложение RME-5); Джульетта Джонсон, *Российские развивающиеся финансово-промышленные группы*, 13 Журнал пост-советского бизнеса (1997 г.), стр. 333, 355 (Приложение RME-8).

⁵ См. Экспертное заключение профессора Райнера Краакмана от 1 апреля 2011 г. («**Заключение Краакмана**»), п. 24.

⁶ Фриленд, стр. 166 (Приложение RME-5).

⁷ Павел Хлебников, *Крестный отец Кремля Борис Березовский или история разграбления России* (2000 г.), стр. 204 (Приложение RME-9).

⁸ Фриленд, стр. 175-176 (Приложение RME-5).

⁹ См. Распоряжение Комитета Российской Федерации по управлению государственным имуществом № 1458-р (10 октября 1995 г.), п. 26, Приложение 1 (Приложение RME-10).

в ОАО «НК «ЮКОС», обязавшись осуществить дальнейшие капиталовложения в сумме чуть более 150 млн долларов США в рамках одновременно проведенного «инвестиционного конкурса». Отсутствуют доказательства того, осуществило ли АОЗТ «Лагуна» какие-либо из обещанных инвестиций. Банк «Менатеп» завершил свое приобретение контрольного пакета акций в ОАО «НК «ЮКОС» за крайне малую часть его справедливой стоимости, приобретя долю АОЗТ «Лагуна» в ОАО «НК «ЮКОС» согласно норме, по которой права участника переходили к поручителю, если участник не предоставлял бухгалтерский баланс аукционной комиссии, что, как и можно было ожидать, сделало АОЗТ «Лагуна».¹⁰

35. Позднее обнаружилось, что часть кредита Банка «Менатеп» российскому Правительству также была не тем, чем предполагалось, поскольку, как оказалось, она финансировалась из собственных вкладов российского Правительства в Банке «Менатеп». Таким образом, помимо обеспечения продажи акций ОАО «НК «ЮКОС» с аукциона по цене, меньшей, чем их справедливая стоимость, Банк «Менатеп» «победил» на аукционе, фактически выдав российскому Правительству кредит из собственных средств последнего.¹¹
36. В 1996 году Банк «Менатеп» использовал еще один аукцион, который он «организовал», и еще одну аффилированную компанию-пустышку, которую он учредил для приобретения (за 160,1 млн долларов США) 45% доли в ОАО «НК «ЮКОС», которую Банк «Менатеп» купил у АОЗТ «Лагуна», таким образом, получив контрольный пакет акций в ОАО «НК «ЮКОС» в размере 85% за приблизительно 300 млн долларов США. Несколько месяцев спустя ОАО «НК «ЮКОС» было оценено на российской фондовой бирже в размере 6 млрд долларов США.¹²
37. Много лет спустя, высокопоставленное должностное лицо ОАО «НК «ЮКОС» предупредило во внутренней служебной записке, что *«раскрыв бенефициарных собственников акций и способы, при помощи которых они их приобрели, Общество может вызвать попытки пересмотра всей приватизации»*.¹³

¹⁰ См. Вадим Кравец, *Юкос и Менатеп: Три года, которые потрясли всех*, Журнал «Нефть и капитал», Том 2 (1999 г.) (Приложение RME-11); ФРИЛЕНД, стр. 178 (Приложение RME-5); Либерман и Вайметра, стр. 751 (Приложение RME-6).

¹¹ См. Отчет Счетной Палаты за 2004 год, Анализ процессов приватизации государственной собственности в Российской Федерации за период с 1993 по 2003 гг., стр. 60-62 (Приложение RME-19).

¹² Павел Хлебников, *Дело Ходорковского*, Журнал Уолл Стрит (17 ноября 2003 г.), стр. A20 (Приложение RME-15).

¹³ Записка П.Н. Малого Вице-Президенту / Директору департамента корпоративных финансов О.В. Шейко (22 апреля 2002 г.), п. 4 (Приложение RME-184).

(a)(ii) *Консолидация олигархами их контроля над Группой «ЮКОС»*

38. Как повсеместно сообщалось в западной прессе, олигархи ОАО «НК «ЮКОС» далее приступили к вытеснению миноритариев из ОАО «НК «ЮКОС» и его дочерних компаний, путем размытия акционерного капитала, вывода активов, трансфертного ценообразования в их собственных интересах и манипулирования собраниями акционеров для получения полного контроля над группой компаний «ЮКОС». При этом олигархи ОАО «НК «ЮКОС» также участвовали в совершении неимущественных преступлений, которые описываются в пункте 49 ниже.
39. На тот момент иностранные и российские инвесторы владели значительными миноритарными пакетами акций в трех основных нефтедобывающих дочерних предприятиях ОАО «НК «ЮКОС».¹⁴ Российские олигархи, контролирующие ОАО «НК «ЮКОС», сначала вынудили общество потребовать, чтобы его дочерние предприятия продавали нефть ОАО «НК «ЮКОС» по ценам ниже рыночных. Далее ОАО «НК «ЮКОС» продавало эту нефть за рубежом по международным рыночным ценам через подставные торговые компании, размещая прибыль на оффшорных счетах, свободных от требований со стороны миноритарных акционеров дочерних компаний и российских налоговых органов.¹⁵ Олигархи ОАО «НК «ЮКОС», в свою очередь, закладывали эту приобретенную по низким ценам нефть, оцененную по гораздо более высоким экспортным ценам, западным кредиторам в обмен на кредиты в размере сотен миллионов долларов, которые выдавались оффшорным компаниям, находившимся под их исключительным контролем.¹⁶
40. Группа «Менатеп», находившаяся под контролем олигархов, таким образом, лишила дочерние предприятия ОАО «НК «ЮКОС» в существенной степени всей их стоимости, получив колоссальную прибыль для себя. Один обозреватель заметил, что в течение только 1997-1998 годов, ОАО «НК «ЮКОС» лишило свои нефтедобывающие дочерние компании активов с балансовой стоимостью около 3,5 млрд долларов США,¹⁷ с вполне предсказуемым последствием – с 30 января 1997 г. по 30 января 1998 г. стоимость акций

¹⁴ См. ХОФФМАН, стр. 398-400 (Приложение RME-4); Олег Федоров, Три примера проведения злоупотребительных сделок с заинтересованным лицом, *Круглый стол ОЭСР/Всемирного банка по корпоративному правлению, правам акционеров и равноправному режиму в России*, Москва (24-25 февраля 2000 г.), стр. 73, 75 (Приложение RME-23); ДЭВИД ЛЕЙН и ИСКАНДЕР СЕЙФУЛЬМУЛЛОВ, *Политическая экономика российской нефти* (1999 г.), стр. 15, 24 (Приложение RME-21).

¹⁵ См. ХОФФМАН, стр. 446-47 (Приложение RME-4); Бернард Блэк, Райнбер Краакман и Анна Тарасова, *Российская приватизация и корпоративное управление: Что не так?*, 52 *Вестник права Стэнфордского Университета* (1999-2000 гг.), стр. 1769-1770 (Приложение RME-24); См. также Заключение Краакмана, пп. 39-41.

¹⁶ См. ХОФФМАН, стр. 398-399 (Приложение RME-4).

¹⁷ Ли С. Волоски, *Проблема взаимоотношений Путина с плутократами*, *Журнал Foreign Affairs*, Том 79, № 2 (март-апрель 2000 г.), стр. 18, 23 (Приложение RME-26).

нефтедобывающих дочерних предприятий ОАО «НК «ЮКОС» упала на 30% - 45%, тогда как стоимость акций самого ОАО «НК «ЮКОС» увеличилась на 185%.¹⁸

41. В 1999 году олигархические собственники ОАО «НК «ЮКОС» разработали и провели последнюю масштабную схему – описанную как *«кража столь вопиющая и радикальная, что она попросту не поддается объяснению»*¹⁹ – с целью вытеснить миноритарных акционеров группы без выплаты им стоимости их акций. Во-первых, на внеочередном общем собрании акционеров, проведенном каждым нефтедобывающим дочерним предприятием в марте 1999 года, ОАО «НК «ЮКОС» вынудило свои дочерние предприятия одобрить размытие акций, вывод активов и меры по трансфертному ценообразованию в пользу ОАО «НК «ЮКОС» и в ущерб дочерним предприятиям.²⁰ В пользу неизвестных оффшорных компаний, связанных с Группой «Менатеп», были выпущены миллионы новых акций нефтедобывающих дочерних компаний ОАО «НК «ЮКОС» (для оплаты векселями, выпущенными другими нефтедобывающими дочерними компаниями), что привело к размытию доли миноритарных акционеров на 194%, 239% и 243%,²¹ а также к *«переходу контроля от ОАО «НК «ЮКОС» к оффшорным компаниям»*.²²
42. Новые акции были приобретены оффшорными компаниями, учрежденными в различных юрисдикциях, предоставляющих льготный налоговый режим, – включая Багамы, о. Мэн, Кипр, Британские Виргинские Острова, Маршалловы Острова и о. Ниуэ – которые находились под контролем тех же российских олигархов, которые контролировали ОАО «НК «ЮКОС».²³ Согласно российским нормам о сделках с заинтересованностью, которые направлены на предотвращение совершения крупнейшими (с долями более 20%) акционерами компании сделок в свою пользу, все указанные сделки с акциями должны были быть одобрены большинством миноритарных (незаинтересованных) акционеров нефтедобывающих дочерних компаний. Предположительно, из страха, что ни один миноритарный акционер не проголосует за размытие его собственной доли, олигархи

¹⁸ Нэт Мозер и Питер Оппенгеймер, Нефтяная отрасль: Структурная трансформация и корпоративное управление, стр. 301, 316 (Приложение RME-25).

¹⁹ Джеймс Фенкнер и Елена Красницкая, Тройка Диалог, *Как украсть нефтяную компанию*, в КОРПОРАТИВНОЕ УПРАВЛЕНИЕ В РОССИИ: РАЗГРЕБАЕМ БАРДАК (1999 г.), стр. 93 (Приложение RME-35).

²⁰ См. Заключение Краакмана, пп. 44-62; Блэк, Краакман и Тарасова, стр. 1770 (Приложение RME-24); Мозер и Оппенгеймер, стр. 301, 317 (Приложение RME-25); Фенкнер и Красницкая, стр. 94 (Приложение RME-35); Федоров, стр. 73 (Приложение RME-23); Хоффман, стр. 448-449 (Приложение RME-4).

²¹ См. Пресс-релиз, «Асирота Лимитед», Три дня в марте критически важны для российского нефтяного сектора, Юкос готовится нанести последний удар акционерам крупнейших нефтяных компаний (15 марта 1999 г.), стр. 2-3 (Приложение RME-36).

²² Там же.

²³ См. Пресс-релиз, «Асирота Лимитед», стр. 2-3 (Приложение RME-36); Дэвид Хоффман, *Отстали от России? Борьба дутсайдера за долю в нефтяном гиганте приоткрывает сомнительные капиталистические пути государства*, Вашингтон Пост (18 апреля 1999 г.), стр. 3-4 (Приложение RME-42).

активно скрывали свой общий контроль над ОАО «НК «ЮКОС» и оффшорными компаниями,²⁴ и сделки были заключены без требуемого по закону согласия миноритарных акционеров.

43. Третейский суд также установил, что олигархи впоследствии использовали аффилированные кипрские компании, чтобы избежать уплаты налогов в размере нескольких миллионов евро, противоправно воспользовавшись льготами по российско-кипрскому Соглашению об избежании двойного налогообложения. Однако кипрские аффилированные лица общества не были бенефициарными владельцами дивидендов, которые они получили, и имели «постоянное представительство» в Российской Федерации, что вдвойне лишает их права платить налог по сниженной ставке, предусмотренной Соглашением.²⁵
44. Далее олигархи снизили стоимость миноритарных долей участия в нефтедобывающих дочерних компаниях ОАО «НК «ЮКОС», (а) получив задним числом их согласие на ранее совершенные продажи нефти ОАО «НК «ЮКОС» и его аффилированным лицам по искусственно заниженным ценам, (б) обязав их продолжать в дальнейшем продавать ОАО «НК «ЮКОС» и его аффилированным лицам нефть на невыгодных условиях,²⁶ и (с) одобрив их прошлые и неконкретизированные будущие передачи активов неизвестным компаниям, находившимся под контролем олигархов.²⁷ Миноритарным акционерам, которые возражали против таких планов, была предложена возможность продать их акции по искусственным ценам, в соответствии с которыми стоимость всех трех дочерних компаний составляла 33 млн долларов США, или 0,0025 доллара США за баррель разведанных запасов, что отражало лишь малую часть их действительной стоимости.²⁸ Три дочерние компании в совокупности обладали на тот момент 13 млрд баррелей разведанных запасов, и каждая дочерняя компания «стоила несколько миллиардов долларов».²⁹

²⁴ См. Заключение Краакмана, пп. 53-57; Хоффман, стр. 449 (Приложение RME-4); Фенкнер и Красницкая, стр. 93 (Приложение RME-35); Алан Коуэлл и Эдмунд Л. Эндрюс, *Скрытое течение «тихой гавани»: о. Мэн (и корпорации) – анклава интриги*, Нью-Йорк Таймс (24 сентября 1999 г.) (Приложение RME-43).

²⁵ Встречный меморандум Ответчика, пп. 112-224; Возражения Ответчика на Ответ Истцов, пп. 1443-1510. Окончательные арбитражные решения, пп. 1620-1621.

²⁶ См. Пресс-релиз, «Асирота Лимитед», стр. 2 (Приложение RME-36); Фенкнер и Красницкая, стр. 93-94 (Приложение RME-35); Федоров, стр. 73 (Приложение RME-23); Блэк, Краакман и Тарасова, стр. 1770 (Приложение RME-24).

²⁷ См. Заключение Краакмана, п. 46; Пресс-релиз, «Асирота Лимитед», стр. 2-3 (Приложение RME-36); Федоров, стр. 73 (Приложение RME-23); Блэк, Краакман и Тарасова, стр. 1770 (Приложение RME-24); См. также Совет директоров ОАО «Юганскнефтегаз», Материалы к заседанию Совета директоров от 26 февраля 1999 г., стр. 14 (Приложение RME-37); Протокол № 1 заседания Внеочередного общего собрания акционеров ОАО «Юганскнефтегаз», 30 марта 1999 г., стр. 20-25 (Приложение RME-38); Протокол № 1 заседания Внеочередного общего собрания акционеров ОАО «Самаранефтегаз», 23 марта 1999 г., стр. 19-23 (Приложение RME-39); Протокол № 9 заседания Внеочередного общего собрания акционеров ОАО «Томскнефть», 16-29 марта 1999 г., стр. 15-17 (Приложение RME-40).

²⁸ Блэк, Краакман и Тарасова, стр. 1770 (Приложение RME-24); Федоров, стр. 73 (Приложение RME-23).

²⁹ Блэк, Краакман и Тарасова, стр. 1770 (Приложение RME-24).

45. Когда представители крупнейших миноритарных акционеров предприняли попытку присутствовать на собраниях акционеров, им отказали в доступе на основании ложного утверждения о том, что областной суд наложил арест на их акции.³⁰ На другом собрании акционеров, проведенном несколько месяцев спустя, миноритарные акционеры прибыли в назначенное место проведения в Москве и обнаружили уведомление о том, что собрание было перенесено в город в нескольких сотнях километров и начнется через два часа. Когда миноритарные акционеры, наконец, добрались до нового места проведения, они обнаружили пустую комнату, и им сообщили, что собрание закончилось.³¹
46. Практически полное обесценивание стоимости долей миноритарных акционеров и перспектива дальнейших действий по размытию их долей, наконец, вынудили миноритарных акционеров продать или обменять их акции на условиях, крайне выгодных для олигархов.³²
47. Получив контроль над ОАО «НК «ЮКОС» и его дочерними компаниями, олигархи незамедлительно обеспечили отмену всех выпусков новых акций и передачу активов оффшорным компаниям, которые они организовали,³³ таким образом, подтвердив, что эти меры были в действительности направлены исключительно на вытеснение миноритарных акционеров.
48. В течение того же самого периода, также повсеместно сообщалось, что олигархи оказывали ненадлежащее влияние на российскую Думу для продвижения собственных интересов. Г-н Дубов, к примеру, занял должность Председателя Подкомитета по налогам Государственной думы РФ после выборов в Думу 1999 года, и, таким образом, мог оказывать значительное влияние на принятие налогового законодательства, которое представляло большой интерес для ОАО «НК «ЮКОС».³⁴ После выборов 1999 года приблизительно 100 депутатов, многие из которых занимали руководящие должности,

³⁰ См. Пресс-релиз, «Мисоки Энтерпрайзес Лимитед», Ключевые российские активы незаконно захвачены (30 марта 1999 г.) (Приложение RME-64); Алан С. Каллисон, *Российская фирма исключает миноритариев из текущего увеличения акционерного капитала*, Журнал Уолл Стрит (24 марта 1999 г.) (Приложение RME-65); Флойд Норрис, *Российский способ осуществления корпоративного управления* Нью-Йорк Таймс (5 апреля 1999 г.) (Приложение RME-66); Хоффман (Приложение RME-42); Бен Арис, *Ходорковский: как делался миф*, Бизнес весты Европа (6 сентября 2010 г.) (Приложение RME-67).

³¹ См. Федоров, стр. 74 (Приложение RME-23); Хоффман, стр. 450 (Приложение RME-4). См. Заключение Краакмана, пп. 38-42, 44-62.

³² См. Блэк, Краакман и Тарасова, стр. 1771, сноска 71 (Приложение RME-24); Федоров, стр. 75-76 (Приложение RME-23); Хоффман, стр. 456-57 (Приложение RME-4); Каллисон, стр. 3 (Приложение RME-27); Каллисон, *Юкос отменяет спорный выпуск акций*, Журнал Уолл Стрит (29 февраля 2000 г.) (Приложение RME-83).

³³ Хоффман, стр. 547, сноска 23 (Приложение RME-4); Каллисон, *Юкос отменяет спорный выпуск акций*, Журнал Уолл Стрит (29 февраля 2000 г.) (Приложение RME-83).

³⁴ САКВА, КАЧЕСТВО СВОБОДЫ (2009 г.), 114 (где цитируется статья Натальи Архангельской, *Думская монополия*, Эксперт, № 3, 26 января 2004 г.) (Приложение RME-73).

предположительно находились «*под ружьем*» у ОАО «НК «ЮКОС»».³⁵ Действительно, влияние ОАО «НК «ЮКОС» было столь сильным, что бывший спикер Государственной думы отметил, что «*[к]огда в Думе обсуждаются законопроекты, затрагивающие интересы «ЮКОСа», у меня создается впечатление, что в зале 250 Дубовых*», или что требовалось больше простого большинства, чтобы провести или отклонить предлагаемый законопроект.³⁶ В то время все понимали, что впоследствии было подтверждено в книге, написанной западным профессором, специализирующимся в российской политике, что ОАО «НК «ЮКОС» использовало эту власть для того, чтобы развернуть политику Правительства в свою пользу.³⁷

49. Олигархи, контролирующие ОАО «НК «ЮКОС», также участвовали в преступлениях против личности, чтобы заставить замолчать своих оппонентов. Г-н Невзлин, ранее отвечавший за службы безопасности ОАО «НК «ЮКОС», и Алексей Пичугин, бывший начальник службы безопасности ОАО «НК «ЮКОС», оба были приговорены за убийство мэра Нефтеюганска – где располагался головной офис крупнейшего добывающего дочернего предприятия ОАО «НК «ЮКОС» – который протестовал против уклонения ОАО «НК «ЮКОС» от уплаты местных налогов и сокращения заработной платы работников.³⁸ Г-да Невзлин и Пичугин также были осуждены за покушение на убийство главы австрийской нефтяной компании,³⁹ которая подала иск против ОАО «НК «ЮКОС» за расторжение договора с одной из его дочерних компаний,⁴⁰ и покушение на убийство бывшего советника г-на Ходорковского (и главу отдела международных отношений Правительства Москвы), который предположительно действовал вразрез с интересами ОАО «НК «ЮКОС» и г-на Невзлины.⁴¹ Наконец, г-н Пичугин был отдельно осужден за убийство супругов, причастных к покушению на убийство бывшего советника г-на Ходорковского, по всей вероятности, поскольку они угрожали раскрыть его собственную причастность. Хотя г-н Невзлин не был осужден за эти покушения на убийство, суд

³⁵ Владимир Перекрест, *За что сидит Михаил Ходорковский (Часть 3)*, Известия, 7 июня 2006 г., стр. 2. (Приложение RME-74).

³⁶ Там же.

³⁷ РИЧАРД САКВА, стр.114 (Приложение RME-73).

³⁸ *Невзлин признан виновным в организации убийств, приговорен пожизненно*, Russia & CIS Business & Investment Weekly (8 августа 2008 г.) (Приложение RME-166).

³⁹ Там же.

⁴⁰ Приговор в отношении Евгения Решетникова, Московский городской суд, Дело № 2 – 350/2000 (13 ноября 2000 г.), стр. 1-2 (Приложение RME-167).

⁴¹ *Уголовное слушание по делу Алексея Пичугина*, Московский городской суд, заключительная реплика российского прокурора (март 2005), стр. 1-2 (Приложение RME-165); Приговор оставлен в силе Верховным судом Российской Федерации 14 июля 2006 г.; *Невзлин признан виновным в организации убийств, приговорен пожизненно*, Россия и СНГ Бизнес и Инвестиции еженедельно (8 августа 2008 г.) (Приложение RME-166).

установил, что г-н Пичугин выполнил их по его приказу.⁴² Г-н Невзлин не отбыл и части своего наказания, уехав из Российской Федерации и поселившись на постоянной основе в Израиле, где в настоящее время также проживает г-н Дубов.

(a)(iii) 2000-2003 гг.: Контроль олигархов ОАО «НК «ЮКОС» над Истцами

50. Российские олигархи, которые организовали мошенническое приобретение ОАО «НК «ЮКОС», а затем незаконными способами консолидировали свой контроль над группой «ЮКОС» – в частности, г-да Ходорковский, Невзлин, Дубов и Лебедев – это те же российские олигархи, которые в настоящее время контролируют Истцов, и в феврале 2005 года инициировали возбуждение Истцами Арбитражных разбирательств, утверждая, что они были незаконно лишены стоимости их акций в ОАО «НК «ЮКОС». При существующем на сегодняшний день положении дел, г-н Невзлин может получить 30 млрд долларов США по Арбитражным решениям по делу ОАО «НК «ЮКОС», даже несмотря на то, что он свидетельствовал в рамках Арбитражных разбирательств, что он ничего не заплатил за свои акции,⁴³ г-н Дубов может получить 3,5 млрд долларов США, несмотря на то, что он свидетельствовал, что заплатил за свои акции 10 000 долларов США,⁴⁴ а г-ну Ходорковскому, который в настоящее время проживает в Швейцарии, якобы не было присуждено ничего, поскольку он, согласно отчетам в прессе, уступил свою экономическую долю участия Истцам.

(b) Основные черты схемы ОАО «НК «ЮКОС» по уклонению от уплаты налогов, которая занимает центральное место в споре Сторон

51. ЕСПЧ дважды единогласно постановил, что в период с 1999 по 2004 год ОАО «НК «ЮКОС» уклонилось от уплаты российских налогов на несколько миллиардов евро, путем систематического вывода собственной прибыли общества в подставные торговые компании-пустышки, которые оно зарегистрировало в российских регионах с льготным налогообложением, исключительно для цели снижения налоговых обязательств ОАО «НК «ЮКОС». Действуя таким образом, ОАО «НК «ЮКОС» незаконно злоупотребило российской программой по созданию регионов с льготным налогообложением, которая была направлена на стимулирование экономического развития в указанных регионах путем поощрения настоящих инвестиций и подлинной хозяйственной деятельности в таких регионах, а также нарушило основополагающие принципы «существа над формой» российского налогового права. Как разъясняется ниже, схожие принципы по запрету

⁴² Уголовное слушание по делу Алексея Пичугина, Московский городской суд, заключительная реплика российского прокурора (март 2005), стр. 1-2 (Приложение RME-165). Оставлено в силе Верховным судом РФ 14 июля 2005 г.

⁴³ Устные свидетельские показания г-на Невзлина, День 8, Протокол слушания 198:13-199:19.

⁴⁴ Устные свидетельские показания г-на Дубова, День 5, Протокол слушания 37:17-38:3.

злоупотреблений применяются в большинстве других Государств, включая Нидерланды.⁴⁵

52. ОАО «НК «ЮКОС» никогда не оспаривало в рамках разбирательств в российских судах касательно принудительного взыскания налогов или в ЕСПЧ нижеизложенные четыре ключевых факта, которые делали его схему по уклонению от уплаты налогов незаконной, а Истцы не представили обоснованных возражений против этих фактов в рамках Арбитражных разбирательств.⁴⁶

(a) ОАО «НК «ЮКОС» зарегистрировало десятки подставных торговых компаний-пустышек в российских регионах с льготным налогообложением с помощью «подставных лиц», включая «дворника», который «никогда не видел» печать торговой компании-пустышки, которой он должен был управлять,⁴⁷ и нескольких директоров, которые были указаны в регистрационных документах компаний по паспортным данным, относящимся к паспортам, которые «никогда не выдавались»,⁴⁸ были украдены,⁴⁹ или были проданы «для получения дополнительного дохода».⁵⁰ У компаний-пустышек не было никаких (или практически никаких) активов или штата сотрудников, они не совершали никаких подлинных продаж, управлялись исключительно из Москвы⁵¹ и служили единственной цели по снижению налога на прибыль ОАО «НК «ЮКОС».

(b) Подставные торговые компании-пустышки приобретали нефть у перерабатывающих предприятий ОАО «НК «ЮКОС» по искусственно заниженным ценам, а после этого «торговали» нефтью между собой путем совершения сделок с заинтересованностью, поэтапно завышая цену, пока нефть, наконец, не продавалась третьим лицам по полным рыночным ценам. Такая

⁴⁵ Встречный меморандум Ответчика, пп. 225-277; Возражения Ответчика на Ответ Истцов, п. 110-111, 578-579; Вступительная презентация Ответчика, Том 1, стр. 2-17 (Приложение RME-4678); Экспертное заключение Олега Ю. Коннова от 1 апреля 2011 г. («Первое экспертное заключение Коннова»), пп. 12-22, 35-38; Второе экспертное заключение Олега Ю. Коннова от 15 августа 2012 г. («Второе экспертное заключение Коннова»), пп. 5-6.

⁴⁶ Второе экспертное заключение Коннова, п. 5.

⁴⁷ См. Встречный меморандум Ответчика, сноска 298. См. Пояснения С.А. Варкентина (9 августа 2001 г.) (Приложение RME-259).

⁴⁸ См. Встречный меморандум Ответчика, сноска 298. См. Решение о привлечении налогоплательщика к ответственности за совершение налогового правонарушения № 30-3-15/3 (2 сентября 2004 г.), стр. 7 (Приложение (Существо дела) С-155).

⁴⁹ См. Вступительная презентация Ответчика, Том 1, стр. 20 (Приложение RME-4678). См. Пояснения Межрайонной инспекции Федеральной налоговой службы по крупнейшим налогоплательщикам № 1 в Отзыве на кассационную жалобу ОАО «НК «ЮКОС», № 52-05-10/05354 (4 мая 2005 г.), стр. 15-16 (Приложение RME-257).

⁵⁰ См. Встречный меморандум Ответчика, сноска 296. См. Пояснения Межрайонной инспекции Федеральной налоговой службы по крупнейшим налогоплательщикам № 1 в Отзыве на кассационную жалобу ОАО «НК «ЮКОС», № 52-05-10/05354 (4 мая 2005 г.), стр. 13-14 (Приложение RME-257).

⁵¹ Встречный меморандум Ответчика, пп. 237-243; Возражения Ответчика на Ответ Истцов, п. 579(i) и (iii); Вступительная презентация Ответчика, Том 1, стр. 18-25 (Приложение RME-4678); Первое экспертное заключение Коннова, пп. 17-21; Второе экспертное заключение Коннова, п. 6.

прибыль «на бумаге» торговых компаний-пустышек далее облагалась налогом по значительно более низким ставкам, действовавшим в регионах с льготным налогообложением, а не по более высокой ставке, применимой к Москве, где находилось ОАО «НК «ЮКОС», то есть настоящий экспортер.⁵²

- (с) Подставные торговые компании-пустышки далее переводили эту прибыль обратно ОАО «НК «ЮКОС» путем платежей, осуществляемых по подставным векселям, через «дарение» так называемому Фонду финансовой поддержки развития производства ОАО «НК «ЮКОС»,⁵³ а также с помощью выплаты дивидендов согласно сложной и непрозрачной структуре оффшорных компаний ОАО «НК «ЮКОС», которые в конечном итоге также возвращались в ОАО «НК «ЮКОС».⁵⁴
- (d) Подставные торговые компании-пустышки не осуществляли никаких или осуществляли минимальные инвестиции в регионы с льготным налогообложением, по сравнению с налоговыми льготами, которые они получали, и, таким образом, не способствовали достижению целей программы по созданию регионов с льготным налогообложением.⁵⁵ Схема ОАО «НК «ЮКОС» по уклонению от уплаты налогов также лишила региональный бюджет Москвы дохода от налогов на сумму несколько миллиардов евро, который должен был быть уплачен ОАО «НК «ЮКОС» по месту расположения его офиса.⁵⁶

53. Истцы также не оспаривали, что эта схема подверглась бы критике налоговых органов других Государств, подписавших ДЭХ,⁵⁷ включая Нидерланды.⁵⁸

54. ЕСПЧ дважды рассмотрел требования, практически идентичные тем, которые были заявлены в рамках Арбитражных разбирательств, в первый раз в рамках разбирательства,

⁵² Встречный меморандум Ответчика, пп. 244-248; Возражения Ответчика на Ответ Истцов, п. 579(ii) и (iii); Вступительная презентация Ответчика, Том 1, стр. 26-34 (Приложение RME-4678); Первое экспертное заключение Коннова, пп. 21-22; Второе экспертное заключение Коннова, п. 6.

⁵³ Законность таких «подарков» ставилась под сомнение собственными аудиторами ОАО «НК «ЮКОС» в конфиденциальном отчете от 2003 г. руководству. См. *Yukos v. Russia*, ЕСПЧ, Заявление № 1490/04, Решение (20 сентября 2011 г., пп. 207-208 (Приложение RME-3328).

⁵⁴ Встречный меморандум Ответчика, пп. 256-277; Возражения Ответчика на Ответ Истцов, п. 579(v); Вступительная презентация Ответчика, Том 1, стр. 42-52 (Приложение RME- 4678).

⁵⁵ Встречный меморандум Ответчика, пп. 249-255; Возражения Ответчика на Ответ Истцов, пп. 579 (iv), 670-671; Вступительная презентация Ответчика, Том 1, стр. 35-41 (Приложение RME-4678); Второе экспертное заключение Коннова, пп. 33-35

⁵⁶ Второе экспертное заключение Коннова, п. 36.

⁵⁷ Встречный меморандум Ответчика, пп. 1135-1165; Вступительная презентация Ответчика, Том 1, стр. 186-203 (Приложение RME-4678); Заключение Харта, п. 2; Заключение Каллена, пп. 140-169.

⁵⁸ Встречный меморандум Ответчика, п. 1147; О.К.Р. Маррес, Доктрина злоупотребления правом, мощное оружие против уменьшения налоговой базы, Ежегодник налогового права, № 2008/1431 (18 декабря 2008 г.), Раздел 7 (Приложение RME-1260); В. Туроний, Нормы стран-участниц ОЭСР по предотвращению уклонения от уплаты налога на прибыль организаций, 2003 г., стр. 8 (Приложение RME-3367).

возбужденного ОАО «НК «ЮКОС», и еще раз в рамках разбирательства, возбужденного г-дами Ходорковским и Лебедевым. Эти требования рассматривались двумя отдельными Палатами Суда на основании в существенной степени одинаковой доказательственной базы по сравнению с той, которая использовалась в Арбитражных разбирательствах, и обе Палаты единогласно утвердили все решения о доначислении налога на прибыль организаций и НДС, вынесенные в отношении ОАО «НК «ЮКОС».

55. Истцы, тем не менее, утверждали в рамках Арбитражных разбирательств, что налоговая схема ОАО «НК «ЮКОС» *«полностью соответствовала»* российскому праву.⁵⁹ По мнению Истцов, *«действия Российской Федерации могут разумно рассматриваться только в качестве преднамеренных и последовательных усилий по уничтожению ЮКОСа [...] и устранению г-на Ходорковского в качестве потенциального политического соперника»*. Если *«взглянуть на них с любой другой стороны»*, утверждали Истцы, то действия Российской Федерации *«будут лишены смысла»*.⁶⁰
56. Отказывая в удовлетворении этих требований, выдвинутых ОАО «НК «ЮКОС» и г-дами Ходорковским и Лебедевым, обе Палаты ЕСПЧ единогласно постановили, что:
- (a) Решения о доначислении налогов ОАО «НК «ЮКОС» основывались на хорошо разработанных российских правовых принципах, которые применялись российскими налоговыми органами и судами с середины 1990-х годов для оспаривания схожих схем по уклонению от уплаты налогов, к которым прибегали другие налогоплательщики. Как постановил ЕСПЧ, российские *«налоговые органы обладали широким кругом полномочий при проверке природы поведения сторон и оспаривании правовой квалификации таких схем в судах. Это разъясняется [...] относящимися к данному вопросу и применимыми законодательными положениями, которые могли быть использованы [ОАО «НК «ЮКОС»] и другими налогоплательщиками на тот момент. [...] [П]олномочия по переквалификации или отмене недобросовестных действий компаний существовали и использовались национальными судами в различных контекстах и с различающимися последствиями для спорящих сторон еще с 1997 года»*. Российские налоговые нормы, таким образом, *«вполне ясно давали понять, что, в случае выявления, для налогоплательщика существовал риск доначисления налогов на его фактическую хозяйственную деятельность в свете соответствующих заключений*

⁵⁹ Выступления Истцов, День 16, Протокол слушания 96:7, 127:21-23.

⁶⁰ Краткое изложение аргументов Истцов, п. 61.

компетентных органов власти. Именно это и произошло [с ОАО «НК «ЮКОС»] в настоящем деле». ⁶¹

- (b) Схема ОАО «НК «ЮКОС» «была очевидно направлена на уклонение от соблюдения общих требований Налогового кодекса». ⁶² Согласно решениям ЕСПЧ, схема ОАО «НК «ЮКОС» «заключалась в перенесении налогового бремени [с ОАО «НК «ЮКОС»] и его добывающих и сервисных предприятий на компании, зарегистрированные в национальных налоговых «гаванях» в России», которые «не имели активов, работников или не вели собственной деятельности, [и] находились в номинальной собственности и под управлением третьих лиц, хотя в действительности они были учреждены и управлялись самим [ОАО «НК «ЮКОС»]». ⁶³
- (c) ОАО «НК «ЮКОС» активно старалось скрыть свою схему по уклонению от уплаты налогов. ЕСПЧ заключил, к примеру, что «схема по продаже нефти, созданная ОАО «НК «ЮКОС», была умышленно непрозрачной», ⁶⁴ что подставные торговые компании-пустышки ликвидировались, а затем сразу же учреждались в другом регионе с льготным налогообложением, «чтобы затруднить проверку органами власти хозяйственной деятельности этих компаний», ⁶⁵ и, в более общем порядке, что «схема» ОАО «НК «ЮКОС» «была организована таким образом, чтобы усложнить возможное расследование в отношении нее». ⁶⁶
- (d) Решения о доначислении ОАО «НК «ЮКОС» налога на прибыль организаций были правомерными. Согласно решениям ЕСПЧ, решения о доначислении ОАО «НК «ЮКОС» налога на прибыль организаций «преследовали законную цель по обеспечению уплаты налогов и составляли меру, соразмерную преследуемой цели», ⁶⁷ и что «существовало достаточно ясное правовое основание для

⁶¹ *ОАО Neftyanaya Kompaniya Yukos v. Russia*, ЕСПЧ, Заявление № 14902/04, Решение (20 сентября 2011 г.) («Первое определение ЕСПЧ»), пп. 597-598 (Приложение RME-3328); См. также *Khodorkovskiy and Lebedev v. Russia*, ЕСПЧ, Заявления №№ 11082/06 и 13772/05, Решение (25 июля 2013 г.) («Второе определение ЕСПЧ»), пп. 786, 796 (Приложение RF-4).

⁶² Первое определение ЕСПЧ, п. 593 (Приложение RME-3328).

⁶³ Первое определение ЕСПЧ, п. 591 (Приложение RME-3328).

⁶⁴ Второе определение ЕСПЧ, пп. 808, 811 (Приложение RF-4). См. также Первое определение ЕСПЧ, пп. 592, 614 (Приложение RME-3328).

⁶⁵ Второе определение ЕСПЧ, п. 808 (Приложение RF-4).

⁶⁶ Второе определение ЕСПЧ, п. 818 (Приложение RF-4).

⁶⁷ Первое определение ЕСПЧ, п. 606 (Приложение RME-3328); см. также Второе определение ЕСПЧ, п. 796 (Приложение RF-4).

привлечения [ОАО «НК «ЮКОС»] к ответственности»⁶⁸ по уплате доначисленных налогов.

- (e) Решения о доначислении ОАО «НК «ЮКОС» НДС также были законными, и общество могло бы их избежать, если бы оно «подало заявление об освобождении от уплаты налогов или возмещении от своего имени в соответствии с предусмотренной процедурой», установленной применимыми нормами об НДС, которые «делали процедуру получения возмещения по НДС достаточно ясной и доступной, чтобы [ОАО «НК «ЮКОС»] могло ее соблюсти».⁶⁹
- (f) ОАО «НК «ЮКОС» не подвергалось дискриминационному обращению и «не доказало, что в схожем положении находились какие-либо иные компании».⁷⁰
- (g) Решения о доначислении налогов ОАО «НК «ЮКОС» не были политически мотивированными. Заключив сначала, что «не усматривается признаков» того, что какая-либо из оспариваемых налоговых мер «незаконно использовалась [...] для целей уничтожения [ОАО «НК «ЮКОС»] и захвата контроля над его активами»,⁷¹ ЕСПЧ далее постановил, что эти меры являлись законным осуществлением полномочий Российской Федерации по налогообложению и что ОАО «НК «ЮКОС» не было жертвой мести по политическим мотивам.⁷²

57. В рамках Арбитражных разбирательств Российская Федерация представила убедительные доказательства, соответствовавшие ключевым выводам, сделанным ЕСПЧ. Эти доказательства описаны в пунктах 302-362 ниже, где Российская Федерация доказывает, что Третейский суд ошибочно постановил, что налоговые меры, предпринятые российскими органами власти, были направлены на достижение «цели, не связанной с налогообложением».

(с) Меры российских органов власти по взысканию налога на прибыль организаций и НДС, которые были доначислены ОАО «НК «ЮКОС»

58. В декабре 2003 года ОАО «НК «ЮКОС» получило первый отчет о налоговой проверке от налоговых органов и узнало о раскрытии российскими органами власти ранее скрывавшихся связей между ОАО «НК «ЮКОС» и подставными торговыми компаниями,

⁶⁸ Первое определение ЕСПЧ, п. 599 (Приложение RME-3328).

⁶⁹ Окончательные арбитражные решения, п. 699.

⁷⁰ Первое определение ЕСПЧ, п. 615 (Приложение RME-3328).

⁷¹ Первое определение ЕСПЧ, пп. 665 (Приложение RME-3328).

⁷² Первое определение ЕСПЧ, пп. 606, 664-666 (Приложение RME-3328). См. также Второе определение ЕСПЧ, п. 821, 903-906 (Приложение RF-4).

учрежденными ОАО «НК «ЮКОС» в регионах с льготным налогообложением. ОАО «НК «ЮКОС» тогда могло бы полностью погасить 21,9 млрд долларов США налога на прибыль организаций и НДС, которые были ему, в конечном итоге, доначислены за 2000-2003 годы, путем оплаты под протестом менее 9 млрд долларов США, подачи заявления о возврате налога, а также путем подачи исправленных деклараций по налогу на прибыль и НДС.⁷³ Если бы ОАО «НК «ЮКОС» выполнило эти шаги, оно бы избежало 89% от суммы его ответственности по уплате НДС, 24% от суммы ответственности по уплате штрафных процентов, 90% от суммы ответственности по штрафам и 100% от суммы ответственности по уплате исполнительского сбора.⁷⁴ Истцы никогда не оспаривали, что ОАО «НК «ЮКОС» могло бы рассчитать сумму его будущих доначислений на основании заключений первого отчета о налоговой проверке, что ОАО «НК «ЮКОС» располагало достаточными средствами для этого платежа, или что если бы общество осуществило этот платеж, оно бы избежало более половины от общей суммы его налоговых затрат.⁷⁵

59. ОАО «НК «ЮКОС», однако, решило добровольно не платить какие-либо из доначисленных ему налогов, вместо этого оспорив – и иным образом постаравшись помешать – все усилия российских органов власти по взысканию доначисленных ему налогов. В течение этого периода ОАО «НК «ЮКОС» размыло активы Группы «ЮКОС», которые могли бы быть в противном случае использованы на погашение существующей задолженности общества по налогам, и, кроме того:
- (a) вынудило свои дочерние компании отказаться предоставить отчетность по требованию налоговых органов;⁷⁶
 - (b) продолжало отрицать, что подставные торговые компании-пустышки находились в его собственности или под его контролем;⁷⁷

⁷³ Встречный меморандум Ответчика, пп. 366-372; Возражения Ответчика на Ответ Истцов, пп. 829-855; Встречная презентация Ответчика, Том 2, 8-9 (Приложение RME-4700). См. также, в общем, Вступительная презентация Ответчика, Том 4 (Приложение RME-4681); Заключительная презентация Ответчика, Том 4 (RME-4690).

⁷⁴ Вступительная презентация Ответчика, Том 4, стр. 10-41 (Приложение RME-4681); Заключительная презентация Ответчика, Том 4, стр. 7-29 (Приложение RME-4690).

⁷⁵ Возражения Ответчика на Ответ Истцов, пп. 837-847; Встречный меморандум Ответчика, п. 372, сноска 500.

⁷⁶ Отчет о налоговой проверке за 2001 год (30 июня 2004 г.), п. 1.10.1 (Приложение RME-345); Письмо от ОАО «Самаранефтегаз» в адрес налоговых органов (23 апреля 2004 г.) (Приложение RME-3291); Письмо от ОАО «Юганскнефтегаз» в адрес налоговых органов (21 апреля 2004 г.) (Приложение RME-3292); Письмо от ОАО «Сызранский НПЗ» в адрес налоговых органов (26 апреля 2004 г.) (Приложение RME-3294); Выступления Ответчика, День 18, Протокол слушания 255:22-257:12; Заключительная презентация Ответчика, Том 5, стр. 59-64 (Приложение RME-4691); Возражения Ответчика на Ответ Истцов, сноски 1145; Встречный меморандум Ответчика, п. 355 и сноска 1963.

⁷⁷ Протоколы слушаний в Арбитражном суде г. Москвы (21-26 мая 2004 г.), стр. 2 (Приложение С-114) и Апелляционном суде (18-29 июня 2004 г.), стр. 13-16, 41-42 (Приложение RME-342); Выступления Ответчика, День 18, Протокол слушания 257:13-258:7; Презентация Ответчика на выступлениях, Том 5, стр. 65 (Приложение RME-4691); Возражения Ответчика на Ответ Истцов, пп. 579(vi), 620-621; Встречный меморандум Ответчика, пп. 730-732 и сноска 491.

- (c) сокрыло реестры акционеров своих нефтедобывающих дочерних компаний с тем, чтобы их акции не могли быть арестованы российскими приставами;⁷⁸
 - (d) добровольно досрочно погасило кредит компании, находившейся в собственности Группы «Менатеп», в размере 225 млн долларов США;⁷⁹
 - (e) вынудило свои нефтедобывающие дочерние компании предоставить поручительства в пользу материнской компании на несколько миллиардов долларов США, что по вынесенному впоследствии решению международного арбитражного суда имело характер злоупотребления и было неправомерным;⁸⁰ и
 - (f) сделало налоговым органам предложения об урегулировании задолженности, которые они не могли по закону принять, или которые погасили бы лишь часть задолженности общества по налогам, либо значительно повысили бы риск неуплаты со стороны ОАО «НК «ЮКОС».⁸¹
60. Агрессивная защита ОАО «НК «ЮКОС» его схемы по уклонению от уплаты налогов и продолжающийся отказ от выплаты его непогашенной задолженности по уплате налогов, в конечном итоге, привели к организации торгов по продаже крупнейшего нефтедобывающего дочернего предприятия ОАО «НК «ЮКОС», ОАО «Юганскнефтегаз» («ЮНГ»), для погашения части невыплаченных налогов общества, к подаче заявления о признании банкротом со стороны синдиката банков-кредиторов ОАО «НК «ЮКОС», а также к продаже на торгах в рамках конкурсного производства оставшихся активов общества.

В. ДЭХ и Арбитражные разбирательства

(a) История принятия и цель Договора к Энергетической хартии

61. ДЭХ создавался с целью развития международного сотрудничества в энергетической сфере. Существует 48 стран-участниц Договора, в том числе Европейский Союз и каждое из его государств-членов. Цель ДЭХ, согласно Статье 2, – установить *«правовые рамки для того, чтобы способствовать долгосрочному сотрудничеству в области энергетики на основе взаимодополняемости и взаимной выгоды, в соответствии с*

⁷⁸ Возражения Ответчика на Ответ Истцов, п. 31; Встречный меморандум Ответчика, п. 403.

⁷⁹ Устные свидетельские показания г-на Мизамора, День 9, Протокол слушания 208:22-25. См. также Устные свидетельские показания г-на Тиди, День 11, Протокол слушания 9:10-13; Выступления Ответчика, День 18, Протокол слушания 258:8-259:11; Возражения Ответчика на Ответ Истцов, пп. 881, 889; Встречный меморандум Ответчика, пп. 390, 1397.

⁸⁰ Устные свидетельские показания г-на Мизамора, День 9, Протокол слушания 209:1-8; Возражения Ответчика на Ответ Истцов, пп. 882; Встречный меморандум Ответчика, п. 391.

⁸¹ См. Письменное заявление Ответчика по итогам слушаний, пп. 101-105.

целями и принципами [Европейской Энергетической хартии]». Наиболее важные положения ДЭХ относятся к защите инвестиций, торговле энергетическими материалами и продуктами, транзиту энергоносителей и механизмам урегулирования межгосударственных споров и споров между инвестором и государством.

62. ДЭХ берет свои истоки из Европейской энергетической хартии, не имеющей обязательной силы декларации, подписанной в декабре 1991 года в ответ на инициативу тогда еще Европейского сообщества, последовавшую в связи с фундаментальными политическими изменениями в Восточной Европе в конце 1980-х годов и следующего за этим распада Советского Союза. На саммите Европейского Совета в июне 1990 года в Дублине Рууд Любберс, премьер-министр Нидерландов, предложил создать Европейское энергетическое сообщество между Европейским сообществом, Советским Союзом, а также странами Восточной и Центральной Европы,⁸² «чтобы получить выгоду из взаимодополняющих отношений между Европейским экономическим сообществом, СССР и странами Центральной и Восточной Европы».⁸³
63. Основные элементы и задачи сотрудничества, предусмотренные в Европейской энергетической хартии, должны были выполняться на основании базового соглашения, которым и стал ДЭХ, а также несколько обязательных протоколов. ДЭХ обсуждался Конференцией по Европейской энергетической хартии, состоящей из 50 договаривающихся государств и Европейского Сообщества.
64. Часть V ДЭХ устанавливает механизмы для разрешения указанных споров между Договаривающимися Сторонами и иностранными инвесторами (Статья 26 ДЭХ), и между самими Договаривающимися Сторонами (Статья 27 ДЭХ). Последняя не будет обсуждаться где-либо в рамках настоящего документа.
65. Пункты 2 и 3 Статьи 26 ДЭХ обязывают Договаривающиеся Стороны передавать на рассмотрение арбитража инвестиционные споры с инвесторами другой Договаривающейся Стороны касательно предполагаемого нарушения обязательств, предусмотренных Частью III ДЭХ, озаглавленной «*Поощрение и защита инвестиций*».⁸⁴ Статья 26 ДЭХ охватывает широкий круг споров, вытекающих из осуществления суверенных прав Договаривающейся Стороны, и позволяет третейскому суду рассматривать и оценивать суверенные действия и бездействие. Споры в соответствии со

⁸² Коммюнике от Европейской комиссии по Европейской энергетической хартии, Приложение COM(91) 36 (14 февраля 1991 г.), стр. 2 (Приложение RF-5).

⁸³ Там же. См. также Заключение С. Фриментла касательно временного применения Договора к Энергетической хартии (21 января 2007 г.) («Заключение Фриментла»), п. 15.

⁸⁴ Договор к Энергетической хартии, Ст. 26(1) (Приложение C2).

Статьей 26 ДЭХ могут быть рассмотрены в третейском суде, созданном в соответствии с Арбитражным регламентом Комиссии Организации Объединенных Наций по праву международной торговли («ЮНСИТРАЛ») или регламентами конкретных арбитражных учреждений,⁸⁵ и должны разрешаться «в соответствии с Договором и применимыми правилами и принципами международного права».⁸⁶

(b) Исковые требования, заявленные Истцами на основании ДЭХ

66. Как указывалось в предыдущем разделе, Истцы входят в обширную сеть компаний-пустышек, которые российские олигархи, контролировавшие ОАО «НК «ЮКОС», создали в различных налоговых гаванях, чтобы сохранить свой контрольный пакет акций в ОАО «НК «ЮКОС».⁸⁷ Hulley и VPL являются компаниями-пустышками, учрежденными в соответствии с законодательством Кипра; YUL является компанией-пустышкой, учрежденной в соответствии с законодательством о-ва Мэн.
67. В феврале 2005 года Истцы возбудили три параллельных арбитражных разбирательства против Российской Федерации в соответствии с ДЭХ, выступая в качестве номинальных бывших мажоритарных акционеров ОАО «НК «ЮКОС», владеющих в совокупности 70,5% акций ОАО «НК «ЮКОС». Хотя Истцы и зарегистрированы в соответствии с законодательством других Договаривающихся государств ДЭХ, они находятся в бенефициарной собственности олигархов ОАО «НК «ЮКОС», все из которых являются гражданами России, через непрозрачную сеть трастов и других холдинговых структур.⁸⁸ Таким образом, ОАО «НК «ЮКОС» являлось по содержанию и фактически, российской компанией, контролируемой российскими гражданами, практически весь бизнес которой велся на территории Российской Федерации.
68. Истцы утверждали, что налоги, доначисленные ОАО «НК «ЮКОС» за 2000-2004 годы, и меры, принятые для обеспечения их взыскания, нарушают Статью 10(1) ДЭХ. Статья 10 ДЭХ требует, чтобы Договаривающиеся государства относились к инвестициям, осуществленным инвесторами другой Договаривающейся Стороны на их территории, справедливо и равноправно. Истцы также утверждали, что эти налоги и меры по взысканию являются незаконными «мерами, имеющими аналогичные национализации или экспроприации последствия» в нарушение Статьи 13 ДЭХ. В частности, Истцы утверждали, что эти якобы неправомерные меры по взысканию налогов включали

⁸⁵ Договор к Энергетической хартии, Ст. 26(4) (Приложение С2).

⁸⁶ Договор к Энергетической хартии, Ст. 26(6) (Приложение С2).

⁸⁷ См. Приложение к Промежуточным арбитражным решениям.

⁸⁸ См. Приложение к Промежуточным арбитражным решениям.

предполагаемое неисполнение российскими властями обязанности добросовестно ответить на предложения ОАО «НК «ЮКОС» об урегулировании требований, вынесение российскими судами судебных запретов и приказов о замораживании активов, которые якобы помешали ОАО «НК «ЮКОС» погасить свою налоговую задолженность, и продажа на аукционе ЮНГ, якобы с большой скидкой по сравнению с его рыночной стоимостью. Истцы также утверждали, что Российская Федерация преследовала ОАО «НК «ЮКОС» и пыталась запугать его руководство уголовным преследованием г-д Ходорковского и Лебедева за уклонение от уплаты налогов и другие правонарушения, и провела якобы незаконные обыски в помещениях ОАО «НК «ЮКОС» с изъятием его отчетности. По мнению Истцов, действия Российской Федерации были политически мотивированными и являлись частью более широких усилий по уничтожению ОАО «НК «ЮКОС» и нейтрализации г-на Ходорковского и его сторонников как политических оппонентов, якобы в отместку за их критику российского Правительства.⁸⁹

69. В ходе Арбитражных разбирательств Истцы потребовали, чтобы им возместили ущерб от потери их акций в ОАО «НК «ЮКОС», который они оценили в 114 млрд долларов США.⁹⁰

(с) Процессуальная история Арбитражных разбирательств

(с)(i) Возбуждение разбирательств

70. Уведомления об арбитраже и Исковые заявления с требованием о рассмотрении в порядке арбитража в соответствии со Статьей 26 ДЭХ согласно Арбитражному регламенту ЮНСИТРАЛ были поданы Истцами Hulley и YUL 3 февраля 2005 г., и Истцом VPL 14 февраля 2005 г.⁹¹ 1 августа 2005 г. Стороны договорились о проведении арбитражного разбирательства в Гааге.⁹²
71. 15 октября 2005 г. Российская Федерация представила свои Отзывы на иск, в которых она возражала против юрисдикции Третейского суда и отвергала обвинения Истцов в экспроприации и несправедливом и неравноправном обращении.⁹³

⁸⁹ См. Меморандум Истцов по существу дела от 15 сентября 2010 г. (пп. 7-890), а также Ответ Истцов по существу дела от 15 марта 2012 г. (пп. 5-838).

⁹⁰ См. Меморандум Истцов по существу дела от 15 сентября 2010 г. (Ходатайство о предоставлении правовой защиты), а также Ответ Истцов по существу дела от 15 марта 2012 г. (Ходатайство о предоставлении правовой защиты).

⁹¹ Уведомление о возбуждении арбитражного разбирательства и Исковое заявление Hulley Enterprises Limited от 3 февраля 2005 г.; Уведомление о возбуждении арбитражного разбирательства и Исковое заявление Yukos Universal Limited от 3 февраля 2005 г.; Уведомление о возбуждении арбитражного разбирательства и Исковое заявление Veteran Petroleum Limited от 14 февраля 2005 г.

⁹² Письмо Ответчика от 29 июля 2005 г. и Письмо Истцов от 1 августа 2005 г.

⁹³ Отзыв Российской Федерации на исковое заявление Hulley Enterprises Limited, 15 октября 2005 г.; Отзыв Российской Федерации на исковое заявление Yukos Universal Limited, 15 октября 2005 г.; Отзыв Российской Федерации на исковое заявление Veteran Petroleum Limited, 15 октября 2005 г.

72. 31 октября 2005 г. в Гааге состоялось предварительное процессуальное слушание, на котором стороны и члены Третейского суда подписали Условия назначения. Третейский суд также принял процессуальный график и вынес определение о том, что он будет рассматривать возражения Российской Федерации против юрисдикции Третейского суда и допустимости исковых требований в качестве предварительных вопросов.

(c)(ii) Предварительный этап и Промежуточные арбитражные решения по вопросу о юрисдикции и допустимости иска

73. После подачи сторонами их письменных заявлений, Третейский суд издал Процессуальный приказ № 3 от 31 октября 2006 г., который отложил рассмотрение некоторых возражений Ответчика о юрисдикции и допустимости иска до этапа рассмотрения дела по существу.

74. Слушания по вопросам о юрисдикции и допустимости иска состоялись во Дворце мира в Гааге с 17 по 21 ноября, с 26 по 29 ноября и 1 декабря 2008 года. Семь свидетелей дали устные показания в ходе Слушаний, и стороны представили свои аргументы о юрисдикции и допустимости иска. 30 ноября 2009 г. Третейский суд вынес три Промежуточных арбитражных решения, отклонив возражения Российской Федерации о юрисдикции и/или допустимости иска, основанные на Статьях 1(6) и 1(7), Статье 17, Статье 26 (3)(b)(I) и Статье 45 ДЭХ. Третейский суд также отложил принятие им решения по возражению Российской Федерации о юрисдикции и/или допустимости иска на основании Статьи 21 ДЭХ до этапа слушания дела по существу.

75. Российская Федерация возражала против юрисдикции Третейского суда по трем основным причинам. Во-первых, Российская Федерация никогда не ратифицировала ДЭХ и согласилась на его временное применение в соответствии со Статьей 45(1) ДЭХ только «*в той степени, в которой такое временное применение не противоречит ее конституции, законам или нормативным актам*». Так как рассмотрение требований Истцов в арбитражном порядке в соответствии со Статьей 26 ДЭХ противоречит законодательству Российской Федерации, Российская Федерация никогда не давала в соответствии со Статьей 45(1) ДЭХ согласия на разрешение этого спора в соответствии с положением ДЭХ о разрешении споров.

76. Третейский суд отклонил это возражение и ошибочно подтвердил наличие у него юрисдикции, постановив, что (а) Российская Федерация не может ссылаться на оговорку «*в той степени*», предусмотренную Статьей 45(1) ДЭХ, так как принцип временного применения известен российскому праву, и (б) рассмотрение исковых требований Истцов в арбитраже в любое случае соответствует российскому законодательству.

77. Суд, соответственно, должен отменить Арбитражные решения по делу ОАО «НК «ЮКОС» в соответствии со Статьей 1065(1)(а) ГПК, поскольку по причинам, рассмотренным в пунктах 106-247 ниже, Третейский суд не обладал юрисдикцией рассматривать какие-либо из требований Истцов в соответствии со Статьей 45(1) ДЭХ.
78. Во-вторых, действия, которые оспаривают Истцы, выходят за пределы юрисдикции Третейского суда на основании налоговой оговорки в Статье 21(1) ДЭХ, в соответствии с которой, если иное не предусмотрено в Статье 21, ДЭХ не создает прав и не налагает обязательств в том, что касается «*Налоговых мер*». ⁹⁴ В своих Промежуточных арбитражных решениях Третейский суд отложил решение по этому возражению до этапа рассмотрения дела по существу.⁹⁵ В Окончательных арбитражных решениях Третейский суд отклонил это возражение, постановив о наличии юрисдикции на основании того, что (а) положение о возмещении в случае экспроприации, предусмотренное Статьей 21(5), имеет одинаковую сферу применения с оговоркой, предусмотренной Статьей 21(1), и (б) налоговая оговорка не распространяется на налоговые меры, принятые для «*целей, не связанных с налогообложением*». ⁹⁶
79. Эти решения ошибочны с точки зрения как права, так и фактов, и Суд, соответственно, должен отменить Арбитражные решения по делу ОАО «НК «ЮКОС» в силу Статей 1065(1)(а), (с) и (е) ГПК, поскольку по причинам, анализируемым ниже, Третейский суд не обладал юрисдикцией в отношении исков Истцов, не выполнил свой мандат и нарушил публичный порядок.
80. В-третьих, Истцы не являются «*Инвесторами*», имеющими право на защиту, для целей Статьи 1(7) ДЭХ, и не осуществляли подлежащие защите «*Инвестиции*» по смыслу Статьи 1(6) ДЭХ, поскольку ДЭХ не предоставляет инвестиционную защиту внутренним инвестициям, осуществленным собственными гражданами Государства-ответчика. ⁹⁷ Третейский суд ошибочно отклонил эти возражения в Промежуточных арбитражных решениях и постановил о наличии у него юрисдикции. ⁹⁸
81. Такие решения не верны с точки зрения права, и настоящий Суд, следовательно, должен отменить Арбитражные решения по делу ОАО «НК «ЮКОС» в соответствии со Статьей

⁹⁴ Договор к Энергетической хартии, Ст. 21(1) (Приложение С2).

⁹⁵ См. Промежуточное арбитражное решение о юрисдикции (Hulley), пп. 582-585; Промежуточное арбитражное решение о юрисдикции (YUL), пп. 583-586; Промежуточное арбитражное решение о юрисдикции (VPL), пп. 594-597.

⁹⁶ Окончательные арбитражные решения, пп. 1401-1447.

⁹⁷ Договор к Энергетической хартии, Ст. 1 (Приложение С-2); см. пп. 248-276 ниже.

⁹⁸ См. Промежуточное арбитражное решение о юрисдикции (Hulley), п. 600; Промежуточное арбитражное решение о юрисдикции (YUL), п. 601; Промежуточное арбитражное решение о юрисдикции (VPL), п. 612.

1065(1)(a) ГПК, поскольку по причинам, анализируемым в пунктах 106-362 ниже, Третейский суд не обладал юрисдикцией в отношении исков Истцов.

(c)(iii) Разделение разбирательства и иные вопросы составления графика

82. 24 февраля 2010 г. стороны уведомили Третейский суд о том, что они не достигли согласия касательно разделения разбирательства на этапы рассмотрения вопросов об ответственности и убытках, передачи спора на рассмотрение компетентных налоговых органов в соответствии со Статьей 21(5)(b) ДЭХ, а также того, что касается последовательности и сроков подготовки документов.⁹⁹ После обмена состязательными бумагами по этим вопросам, в Лондоне 7 мая 2010 г. было проведено слушание.
83. 13 мая 2010 г. Третейский суд вынес Процессуальный приказ № 10, в котором он (a) постановил, что предоставление документов состоится в рамках одного этапа, после подачи первых письменных заявлений по существу; (b) отложил принятие решения по вопросу о разделении разбирательства на этапы рассмотрения вопросов об ответственности и убытках и по вопросу передачи спора на рассмотрение компетентных налоговых органов в соответствии со Статьей 21(5)(b) ДЭХ до окончания подачи первых письменных заявлений по существу; и (c) установил процессуальный график этапа рассмотрения дела по существу.
84. После дополнительного слушания по этим вопросам 9 мая 2011 г. Третейский суд 31 мая 2011 г. издал Процессуальный приказ № 11, в рамках которого он (a) отклонил ходатайство Российской Федерации о разделении разбирательства на этап рассмотрения вопросов об ответственности и на этап рассмотрения вопросов об убытках; (b) отложил решение Третейским судом вопроса о передаче спора на рассмотрение компетентных налоговых органов в соответствии со Статьей 21(5)(b) ДЭХ до более поздней стадии разбирательства; и (c) велел сторонам действовать в соответствии с измененным процессуальным графиком.

(c)(iv) Слушание по существу дела и Окончательные арбитражные решения

85. Слушание по существу дела состоялось во Дворце мира в Гааге, с 10 октября по 9 ноября 2012 г. В ходе Слушания Третейский суд заслушал показания семи свидетелей по вопросам факта, одного эксперта по российскому налоговому праву и экспертов сторон по вопросам убытков.

⁹⁹ Письмо Истцов от 24 февраля 2010 г., стр. 3-4; Письмо Ответчика от 24 февраля 2010 г., стр. 2.

86. Стороны представили свои письменные заявления по итогам слушаний 21 декабря 2012 г. и свои требования по судебным расходам 17 апреля 2014 г., а также подали замечания к требованиям по судебным расходам противной стороны 6 мая 2014 г.
87. 18 июля 2014 г. Третейский суд вынес три Окончательных арбитражных решения, которые впоследствии были зарегистрированы в окружном суде Гааги 11 августа 2014 г. за №№ 123/2014, 124/2014 и 125/2014.

(d) Краткое изложение Окончательных арбитражных решений

88. В своих Окончательных арбитражных решениях Третейский суд пришел к выводу о том, что действия Российской Федерации по отношению к инвестициям ОАО «НК «ЮКОС» и Истцов в ОАО «НК «ЮКОС» приравнивались к незаконной экспроприации в нарушение Статьи 13(1) ДЭХ, и присудил Истцам свыше 50 млрд долларов США в счет возмещения убытков. Вынося решение в пользу Истцов по их требованию из Статьи 13(1) ДЭХ, Третейский суд отказался выносить решение по утверждению Истцов о том, что Российская Федерация нарушила Статью 10(1) ДЭХ.¹⁰⁰

(d)(i) Решения Третейского суда касательно уклонения ОАО «НК «ЮКОС» от уплаты налогов

89. В случае с подставными торговыми компаниями-пустышками, созданными ОАО «НК «ЮКОС» в регионах с льготным налогообложением Лесной и Трехгорный, Третейский суд согласился с Российской Федерацией в том, что:
- (a) ОАО «НК «ЮКОС» мошенническим образом незаконно перенесло свои продажи нефти на свои подставные торговые компании-пустышки;
 - (b) это было сделано, чтобы избежать налогообложения прибыли от этих продаж в полной мере по полным ставкам московского региона, применимым к собственным продажам нефти ОАО «НК «ЮКОС»;
 - (c) перенесение этих продаж ОАО «НК «ЮКОС» на его подставные торговые компании-пустышки было незаконным согласно российской «разработанной в судебной практике доктрине «добросовестного налогоплательщика» («существо над формой» или доктрина «запрета злоупотребления правом»);¹⁰¹

¹⁰⁰ Окончательные арбитражные решения, пп. 1580, 1585, 1888.

¹⁰¹ Окончательные арбитражные решения, п. 494

- (d) «среди высшего руководства ОАО «НК «ЮКОС» был ряд лиц, которые знали, что ОАО «НК «ЮКОС» было уязвимо в отношении определенных аспектов» этой схемы, частично ввиду расследования российскими органами власти деятельности подставных торговых компаний-пустышек, которое было начато в 1999 г.,¹⁰² и
- (e) ОАО «НК «ЮКОС» приняло меры, рассчитанные на предотвращение обнаружения этих нарушений закона и привлечения к ответственности со стороны российских властей.¹⁰³
90. В случае с подставными торговыми компаниями-пустышками, учрежденными ОАО «НК «ЮКОС» в регионе с льготным налогообложением, в Мордовии, Третейский суд постановил, что Российская Федерация не представила никаких доказательств того, что мордовские торговые компании-пустышки ОАО «НК «ЮКОС» были подставными и что показания г-на Дубова, впервые представленные в рамках Арбитражных разбирательств и никогда ранее не представлявшиеся в российских налоговых органах или российском суде, подтверждают, что ОАО «НК «ЮКОС» «сообщило властям», что ОАО «НК «ЮКОС» использовало законодательные меры [в Мордовии] для минимизации своих налогов», и никто не возражал.¹⁰⁴ Отказ Третейского суда учитывать важные доказательства, несовместимые с такими выводами, обсуждается в пунктах 316-324 ниже.
91. Даже несмотря на то, что Третейский суд установил, что торговые компании ОАО «НК «ЮКОС» в Лесном и Трехгорном являлись подставными компаниями-пустышками и уклонялись от уплаты налогов, Третейский суд заключил, что перенесение на ОАО «НК «ЮКОС» дохода этих торговых компаний-пустышек является неправомерным, поскольку, по мнению Третейского суда, «не было прецедентов» в российской судебной практике того, что Третейский суд назвал «перенесением» продаж и доходов на ОАО «НК «ЮКОС» «в момент доначисления налогов и вынесения соответствующих решений в отношении Юкоса».¹⁰⁵
92. Ошибки, сделанные Третейским судом при вынесении постановления о том, что перенесение на ОАО «НК «ЮКОС» дохода торговых компаний-пустышек было неправомерным, обсуждаются в пунктах 325-334 ниже. Постановление Третейского суда в отношении доначисления налога на прибыль организаций ОАО «НК «ЮКОС» также противоречит единогласным решениям двух разных палат ЕСПЧ, обе из которых

¹⁰² Окончательные арбитражные решения, п. 494.

¹⁰³ Окончательные арбитражные решения, пп. 604-605.

¹⁰⁴ Окончательные арбитражные решения, пп. 486, 500.

¹⁰⁵ Окончательные арбитражные решения, п. 625.

признали эти решения о доначислении правомерными и соответствующими законодательству Российской Федерации, что более подробно анализируется в пунктах 344-350 ниже.

93. Третейский суд постановил, что решения о доначислении НДС ОАО «НК «ЮКОС» были неправомерными, потому что, по мнению Третейского суда, российские власти по *«исключительно техническим причинам»* отказались *«относить на ОАО «НК «ЮКОС» возмещение НДС торговых компаний»*.¹⁰⁶
94. Ошибки, допущенные Третейским судом при вынесении решения о том, что доначисления НДС ОАО «НК «ЮКОС» были неправомерными, обсуждаются в пунктах 335-343 ниже. Постановление Третейского суда в отношении решений о доначислении НДС ОАО «НК «ЮКОС» также не согласуется с принятыми единогласно постановлениями двух разных палат ЕСПЧ, обе из которых утвердили такие решения о доначислении как правомерные и соответствующие законодательству Российской Федерации, что более подробно описывается в пунктах 344-350 ниже.

(d)(ii) Решения Третейского суда касательно действий Российской Федерации по взысканию налогов

95. Выводы Третейского суда в отношении мер по взысканию, принятых российскими органами власти, основываются на осуждении решений о доначислении налогов ОАО «НК «ЮКОС». Осудив также и правоприменительные меры российских органов власти по взысканию налогов, Третейский суд не учел доказательства Российской Федерации в отношении того, что ее меры по взысканию были правомерным ответом на то, что ОАО «НК «ЮКОС»:

- (a) отказалось признать свое правонарушение;
- (b) отказалось своевременно уплатить свои просроченные налоги, что, весьма странно, одобрил Третейский суд на том основании, что ОАО «НК «ЮКОС» само *«считало решения о доначислении налогов безосновательными»*, невзирая на оставление в силе этих решений российскими судами нескольких уровней судебной системы;¹⁰⁷
- (c) растратило свои собственные активы и обременило активы своих операционных дочерних компаний;
- (d) уплатило (в основном, Истцам) беспрецедентно крупные дивиденды;

¹⁰⁶ Окончательные арбитражные решения, п. 626.

¹⁰⁷ Окончательные арбитражные решения, п. 945.

- (e) вывело существенные активы за пределы досягаемости российских органов власти;
и
 - (f) политизировало этот внутренний налоговый спор путем ложных заявлений о том, что он был частью «налогового рэкета», спонсируемого Правительством, и якобы политической мести г-ну Ходорковскому.¹⁰⁸
96. Осудив усилия российских органов власти по принудительному взысканию налогов, Третейский суд придал существенное значение своему заключению о том, что торги в отношении ЮНГ были «сфальсифицированы». ¹⁰⁹ Однако, это заключение в существенной степени основывалось на ошибочном выводе Третейского суда о том, что акции ЮНГ были проданы по цене, гораздо ниже их справедливой стоимости.¹¹⁰ Этот вопрос более подробно описывается в пунктах 532-534 ниже.

(d)(iii) Решения Третейского суда касательно убытков

97. Третейский суд присудил Истцам убытки в общей беспрецедентной сумме 50 020 867 798 долларов США, что стало самым крупным арбитражным решением, которое когда-либо выносилось в рамках международного арбитража, превысив предыдущие примеры в 20 раз.¹¹¹
98. Определяя размер убытков Истцов, Третейский суд прибег к ранее не использовавшейся методике собственного изобретения, которая не предлагалась ранее ни одной из сторон или их экспертами по вопросам об убытках. Методика Третейского суда является в корне ошибочной и привела к ошибочному присуждению не менее 21,651 млрд долл. США убытков без какого-либо экономического обоснования.
99. Разработка Третейским судом собственной методики расчета убытков и то, что он не дал возможности сторонам рассмотреть и представить замечания касательно этой методики, служит основанием для отмены настоящим Судом Арбитражных решений по делу ОАО «НК «ЮКОС» согласно Статье 1065(1)(c), (d) и (e) ГПК. Этот вопрос более подробно анализируется в пунктах 386-467 ниже.

¹⁰⁸ Встречный меморандум Ответчика, пп. 349-488, 528-539; Возражения Ответчика на Ответ Истцов, пп. 809-823, 829-969.

¹⁰⁹ Окончательные арбитражные решения, пп. 986, 1036.

¹¹⁰ Окончательные арбитражные решения, пп. 1020, 1023, 1815.

¹¹¹ *Occidental Petroleum Corporation and Occidental Exploration and Production Company v. The Republic of Ecuador*, Дело МЦУИС № ARB/06/11, Арбитражное решение от 5 октября 2012 г. (Приложение RF-6) (Истцам было присуждено возмещение в размере 1,77 млрд долларов США, с начислением процентов на сумму 2,3 млрд долларов США); *Dow Chemical Co. v. Petrochemical Industries Corporation*, Арбитраж МТП, Арбитражные решения от мая 2012 года и февраля 2013 года (Истцу было присуждено возмещение на сумму 2,16 млрд долларов США, с начислением процентов и применением расходов на общую сумму 2,48 долларов США [*sic*]).

III. КРАТКОЕ ИЗЛОЖЕНИЕ ОСНОВАНИЙ ОТМЕНЫ АРБИТРАЖНЫХ РЕШЕНИЙ ПО ДЕЛУ ОАО «НК «ЮКОС» В СООТВЕТСТВИИ СО СТАТЬЕЙ 1065(1) ГПК

100. Основания для отмены Арбитражных решений по делу ОАО «НК «ЮКОС» описываются ниже в Разделах с IV по VIII настоящего Уведомления о возбуждении разбирательства, следующим образом:

101. В *Разделе IV* устанавливается, что Суд должен отменить Арбитражные решения по делу ОАО «НК «ЮКОС» в соответствии со Статьей 1065(1)(a) ГПК, поскольку отсутствовало действительное арбитражное соглашение между Истцами и Российской Федерацией в отношении требований Истцов, и Третейский суд, соответственно, не обладал юрисдикцией на рассмотрение таких требований:

(a) согласно Статье 45 ДЭХ, поскольку (i) Российская Федерация никогда не ратифицировала ДЭХ, вместо этого согласившись применять его на временной основе в соответствии со Статьей 45(1) ДЭХ только «*в той степени, в которой такое временное применение*» не противоречит российскому праву, и (ii) передача на рассмотрение арбитража требований Истцов в рамках механизма разрешения споров между инвестором и Государством по ДЭХ противоречит российскому праву;

(b) согласно Статьям 1(6) и (7) ДЭХ, поскольку (i) Истцы являются подставными компаниями-пустышками, действующими в интересах российских лиц, а также не вложили никакого иностранного капитала в Российскую Федерацию, и (ii) их акции в ОАО «НК «ЮКОС», соответственно, не являются инвестициями, защищаемыми положениями ДЭХ; и

(c) согласно Статье 21 ДЭХ, поскольку (i) Статья 21(1) ДЭХ предусматривает, что «*ничто в настоящем Договоре не должно создавать права или налагать обязательства в отношении Налоговых мер Договаривающихся Сторон*», и (ii) постановление Третейского суда о том, что Российская Федерация экспроприировала доли участия Истцов в ОАО «НК «ЮКОС», основывается на «*Налоговых мерах*» (помимо «*налогов*»), предпринятых российскими органами власти.

102. В *Разделе V* доказывается, что Суд должен отменить Арбитражные решения по делу ОАО «НК «ЮКОС» в соответствии со Статьей 1065(1)(c) ГПК, поскольку Третейский суд нарушил свой мандат в трех ключевых отношениях:

(a) поскольку он не исполнил Статью 21(5)(b)(i) ДЭХ, которая требовала передачи Третейским судом утверждений Истцов об экспроприации на рассмотрение соответствующих налоговых органов Кипра (в случае с компаниями Hulley и VPL), Соединенного королевства (в случае с компанией YUL) и Российской Федерации с тем, чтобы они представили свои выводы касательно таких утверждений Третейскому суду;

(b) поскольку Третейский суд присудил Истцам убытки, основываясь на изобретенной самим Третейским судом и в корне неверной методике, (i) которая существенно расходилась с заявлениями сторон и находится за рамками спора между сторонами, (ii) в отношении которой сторонам не была предоставлена возможность быть заслушанными, и (iii) которая привела к присуждению Истцам десятков миллиардов долларов без какого-либо экономического обоснования; и

(c) поскольку арбитры не выполнили свой мандат лично, исходя из сведений, недавно предоставленных сторонам и свидетельствующим о том, что помощник Третейского суда, ранее представленный Третейским судом как лицо, ответственное исключительно за выполнение административной работы, в действительности посвятил значительно больше времени Арбитражным разбирательствам, чем кто-либо из членов Третейского суда и, таким образом, почти наверняка сыграл значительную роль в анализе доказательств, обсуждениях Третейского суда и подготовке Окончательных арбитражных решений, в нарушение мандата Третейского суда, требовавшего личного выполнения этих задач.

103. В *Разделе VI* доказываемся, что Окончательные арбитражные решения должны быть отменены в соответствии со Статьей 1065(1)(b) ГПК, поскольку Третейский суд был сформирован ненадлежащим образом, исходя из выяснившегося выполнения помощником Третейского суда значительной роли.

104. В *Разделе VII* доказываемся, что Окончательные арбитражные решения должны быть отменены в соответствии со Статьей 1065(1)(d) ГПК, так как Третейский суд не смог привести обоснования в отношении ряда аспектов его постановлений, включая его постановление о присуждении убытков, непринятие им во внимание доказательств, подтверждающих доначисление ОАО «НК «ЮКОС» налога на прибыль организаций, открытое обоснование его выводов собственными предположениями Третейского суда, а

также его внутренне противоречивыми заключениями касательно торгов в отношении ЮНГ.

105. *Раздел VIII* устанавливает, что Суд должен отменить Окончательные арбитражные решения в соответствии со Статьей 1065(1)(e) ГПК, потому что они отражают пристрастность и предвзятость Третейского суда, а, следовательно, нарушение голландского публичного порядка и нравственности, включая право Российской Федерации на надлежащую правовую процедуру. В частности:

- (a) поскольку Третейский суд основал многие свои решения на том, что он открыто называл его собственными предположениями относительно того, что Российская Федерация *могла* сделать, а не на том, что согласно материалам дела она сделала *на самом деле*;
- (b) поскольку, постановив, что доначисление НДС ОАО «НК «ЮКОС» было неправомерным, Третейский суд явно опирался на свое собственное понимание относительно того, что российское налоговое законодательство *должно* предусматривать, а не на то, что оно *на самом деле* предусматривает;
- (c) поскольку, постановив, что торги по продаже акций одной из добывающих дочерних компаний ОАО «НК «ЮКОС» были «*сфабрицированы*», Третейский суд полагался на собственные предположения, а не на доказанные факты, противореча собственным выводам о цене, установленной на торгах; и
- (d) по тем же причинам, по которым Третейский суд нарушил свой мандат, что доказывается в Разделе V.

IV. ПЕРВОЕ ОСНОВАНИЕ ДЛЯ ОТМЕНЫ: ОТСУТСТВИЕ ДЕЙСТВИТЕЛЬНОГО АРБИТРАЖНОГО СОГЛАШЕНИЯ (СТАТЬЯ 1065(1)(А) ГОЛЛАНДСКОГО ГРАЖДАНСКОГО ПРОЦЕССУАЛЬНОГО КОДЕКСА)

A. Введение

106. В отсутствие действительного арбитражного соглашения арбитражное решение может быть отменено в соответствии со Статьей 1065(1)(a) ГПК. В настоящем деле Третейский суд неправомерно заключил о наличии у него юрисдикции, поскольку действительное арбитражное соглашение отсутствовало. Вследствие этого Российская Федерация просит отменить Арбитражные решения по делу ОАО «НК «ЮКОС» по причине отсутствия действительного арбитражного соглашения. После общего

объяснения правового регулирования вопроса отсутствия действительного арбитражного соглашения (см. подраздел В), Российская Федерация доказывает, что:

- (a) Российская Федерация не ратифицировала ДЭХ, а временное применение Договора в соответствии со Статьей 45(1) ДЭХ не распространяется на обязательство передавать требования Истцов на рассмотрение арбитража согласно Статье 26 ДЭХ (см. подраздел С);
- (b) акции Истцов в ОАО «НК «ЮКОС» не подлежат защите согласно Статьям 1(6) и (7) ДЭХ (см. подраздел D); и
- (c) Третейский суд не обладает юрисдикцией выносить решение по «Налоговым мерам» в соответствии со Статьей 21(1) ДЭХ (см. подраздел E).

В. Правовое регулирование

107. В случае, если место проведения арбитража находится в Нидерландах, то, в конечном итоге, именно голландский суд может решить, предоставили ли стороны согласие на арбитражное соглашение, а также подпадает ли спор под действие такого соглашения.¹¹² При разрешении вопроса о том, подлежит ли арбитражное решение отмене на основании Статьи 1065(1)(а) ГПК, суд *не* должен быть ограничен.¹¹³ Это ранее подразумевалось, и было в недавнее время подтверждено Верховным судом в деле *Ecuador / Chevron & Texaco*:

«Согласно Статье 1020(1) ГПК стороны вправе передавать возникшие между ними из конкретного правоотношения споры на рассмотрение в рамках арбитражного разбирательства посредством соглашения. Третейский суд, назначаемый в связи с таким соглашением, компетентен определять наличие у него юрисдикции (Статья 1052(1) ГПК), однако основополагающее право на обращение в суд означает, что вопрос о том, было ли заключено действительное арбитражное соглашение или нет, в конечном итоге, разрешается судом (ср. со Статьей 1022(1) ГПК и Статьей 1065(1), преамбула и в соответствии с ГПК, а также решением Верховного суда от 9 января 1981 г., ECLI:NL:HR:1981:AG4130, NJ 1981/203). Это основополагающее право также означает, что суд не должен быть ограничен при оценке обоснованности требования об отмене арбитражного решения на основании Статьи 1065(1)(а) ГПК».¹¹⁴

¹¹² Ср. Решение Верховного суда от 26 сентября 2014 г., ECLI:NL:HR:2014:2837 (*Ecuador/Chevron & Texaco*), основание 4.2. Решение Верховного суда от марта 2009 года, NJ 2010, стр. 170 (*Smit et al / Ruwa Bulbs*), основание 3.4.1; Решение Верховного суда от 9 января 1981 г., NJ 1981, стр. 203 (*De Raad / Wagemaker*). См. также Мейер, 2014 г., прим. 2.а.; Мейер, 2011 г., стр. 939; Снийдерс, 2011 г., Статья 1052 ГПК, прим. 1.

¹¹³ Снийдерс, 2011 г., Статья 1065 ГПК, прим. 2; Мейер, 2014 г., Статья 1065, прим. 2.а; Мейер, 2011 г., стр. 939; Сандерс, 2001 г., стр. 187. См. также Решение Суда Роттердама от 18 мая 2011 г., ECLI:NL:RBROT:2011:BQ5670 (*Eiser / Cimcool*), основание 4.5.

¹¹⁴ Решение Верховного суда от 26 сентября 2014 г., ECLI:NL:HR:2014:2837 (*Ecuador/Chevron & Texaco*), основание 4.2.

108. В настоящем деле арбитражная оговорка, на которой основывается требование о наличии юрисдикции, включена в Статью 26 ДЭХ. В той мере, в какой она относится к настоящему делу, Статья 26 ДЭХ звучит следующим образом:

«(1) Споры между Договаривающейся Стороной и Инвестором другой Договаривающейся Стороны, касающиеся Инвестиции последнего на Территории первой, которые касаются утверждений о нарушении обязательства по Части III первой Договаривающейся Стороной, разрешаются, по возможности, дружественным образом.

(2) Если такие споры нельзя разрешить в соответствии с положениями пункта (1) в течение трех месяцев с даты, когда одна из сторон в споре обратилась с просьбой о дружественном разрешении, то Инвестор, являющийся стороной в споре, может по своему выбору передать его для разрешения: (а) в суды или административные трибуналы Договаривающейся Стороны, являющейся стороной в споре; (b) в соответствии с любой применимой, предварительно согласованной процедурой разрешения спора; или (с) в соответствии со следующими пунктами настоящей Статьи [...]».

109. В случае с инвестиционными арбитражными разбирательствами между инвесторами и принимающими Государствами, на территории которых были осуществлены инвестиции, возможность передачи споров в арбитраж зачастую предусматривается международным договором между принимающим Государством и Государством принадлежности инвестора (а не договором, заключаемым инвестором с принимающим Государством). Предполагается, что арбитражная оговорка, которая включается в инвестиционный международный договор может рассматриваться как предложение арбитража принимающей страной, в той мере, в которой оговорка к инвестиционному международному договору не предусматривает обратное, и это предложение может быть принято инвестором в соответствии с положениями международного договора.¹¹⁵

110. То, что арбитражная оговорка в Статье 26 ДЭХ устанавливает связь между спором и сферой применения ДЭХ (например, путем включения, помимо прочих, терминов «*Договаривающаяся Сторона*», «*Инвестор*» и «*Инвестиция*» в Статью 26 ДЭХ), также означает, что вопрос о сфере применения ДЭХ передается на всестороннее рассмотрение вашего Окружного суда для целей определения компетенции Третьей инстанции. Это следует из решения Апелляционного суда Гааги по делу *Ecuador / Chevron & Texaco*:

«Выражение, которое было подчеркнуто Апелляционным судом, подтверждает, что сама арбитражная оговорка (по крайней мере, в отношении основания отмены, о котором идет речь в настоящий момент) устанавливает связь между спором и сферой применения (также называемой сторонами «сферой защиты») международного договора. В

¹¹⁵ Решение Верховного суда от 26 сентября 2014 г., ECLI:NL:HR:2014:2837 (*Ecuador/Chevron & Texaco*).

действительности, основание для отмены, упоминаемое в пункте с), предполагает обращение в арбитраж в качестве способа разрешения споров, касающихся прав, создаваемых или предоставляемых международным договором. В этом контексте Chevron ссылается на право, предоставляемое ему согласно Статье II, пункт 7 ДИД. Вследствие этого важно определить, может ли Chevron требовать осуществления этого права, и не оспаривается, что применение ДИД оценивается с точки зрения предмета и действия во времени. Соответственно, то, что определение «сферы защиты», предусматриваемой международным договором (т.е. для определения компетенции Третейского суда), передается государственному суду на полное усмотрение, – это следствие того, каким образом договаривающиеся стороны составили арбитражную оговорку».¹¹⁶

111. Верховный суд подтвердил заключение Апелляционного суда:

«Согласно Статье 1020(1) ГПК стороны вправе передавать возникшие между ними из конкретного правоотношения споры на рассмотрение в рамках арбитражного разбирательства посредством соглашения. Третейский суд, назначаемый в связи с таким соглашением, компетентен определять наличие у него юрисдикции (Статья 1052(1) ГПК), однако основополагающее право на обращение в суд означает, что вопрос о том, было ли заключено действительное арбитражное соглашение, или нет, в конечном итоге, разрешается судом (...). Это основополагающее право также означает, что суд не должен быть ограничен при оценке обоснованности требования об отмене арбитражного решения на основании Статьи 1065(1)(а) ГПК. Окружной суд (основание 4.5) и Апелляционный суд (основание 10) вынесли верное постановление, таким образом, и это постановление, соответственно, не считается оспоренным в рамках настоящего разбирательства в Верховном суде».¹¹⁷

112. В рамках разбирательства об отмене ответчик несет бремя доказывания существования юридически действительного арбитражного соглашения в рамках своего возражения о том, что между сторонами *существует* действительное арбитражное соглашение.¹¹⁸ Так постановил Верховный суд в 1913 году.¹¹⁹

С. Первое юрисдикционное основание – Третейский суд не обладал юрисдикцией в соответствии со Статьей 45 ДЭХ

(a) Введение

113. Первое основание, по которому Суд должен отменить Окончательные арбитражные решения в соответствии со Статьей 1065(1)(а) состоит в том, что Российская Федерация

¹¹⁶ Решение Суда Гааги от 18 июня 2013 г., ECLI:NL:GHDHA:2013:1940 (*Ecuador / Chevron & Texaco*), основание 16.

¹¹⁷ Решение Верховного суда от 26 сентября 2014 г., ECLI:NL:HR:2014:2837 (*Ecuador / Chevron & Texaco*), основание 4.2.

¹¹⁸ Мейер, 2011 г., стр. 944; Мейер, 2014 г., статья 1065, прим. 2.а.; Снейдерс, 2011 г., статья 1065 ГПК, прим. 2.

¹¹⁹ Решение Верховного суда от 21 февраля 1913 г., *NJ* 1913, стр. 584 (*Offermeier / Porthine*): «(...) что, в случае, когда у гражданского суда спрашивается вынести решение по спору и когда арбитры обладают исключительной юрисдикцией по вынесению решения, если так договорились стороны, то сторона, утверждающая, что существует такое соглашение, несет бремя доказывания, если противная сторона это оспаривает». Этот вывод был недавно подтвержден Судом Роттердама, см. Решение Суда Роттердама от 18 мая 2011 г. ECLI:NL:RBROT:2011:BQ5670 (*Eiser / Cimcool*), основание 4.6.

никогда не ратифицировала ДЭХ, но вместо этого согласилась применять его на временной основе согласно Статье 45(1) ДЭХ, то есть только «*в той степени, в которой такое временное применение не противоречит ее конституции, законам или нормативным актам*». Поскольку передача требований Истцов на рассмотрение арбитража в соответствии со Статьей 26 ДЭХ противоречит российскому праву, согласие Российской Федерации применять ДЭХ на временной основе не включает в себя согласие передавать такие требования на рассмотрение арбитражей по ДЭХ. В связи с этим у Третейского суда отсутствовала юрисдикция для рассмотрения требований Истцов в рамках настоящего дела.

114. Государство является связанным международным договором, только если оно выразило свое согласие на это. Согласно Венской конвенции о праве международных договоров 1969 года («ВКПМД»), Государство может выразить свое согласие на обязательность для него международного договора несколькими способами, включая подписание и ратификацию.¹²⁰ Ратификация, как правило, требуется, если международный договор содержит положения, изменяющие или дополняющие внутреннее законодательство Договаривающихся государств, требующие, чтобы их парламенты приняли законодательные акты в обеспечение соблюдения международного договора их государственными органами. Ратификация международных договоров, таким образом, является не простой формальностью, но, скорее, важной гарантией разделения властей.
115. ДЭХ содержит множество положений, которые изменяют и дополняют внутреннее законодательство Договаривающихся государств в энергетическом секторе в ряде областей, включая инвестиции, торговлю и конкуренцию. Согласно Статье 39 ДЭХ, согласие на обязательность ДЭХ выражается посредством ратификации, принятия или утверждения, а не посредством подписания:

«Настоящий Договор подлежит ратификации, принятию или утверждению подписавшими сторонами. Ратификационные грамоты и акты о принятии или утверждении сдаются на хранение Депозитарию».

116. Заместитель Председателя Правительства Российской Федерации подписал ДЭХ под условием ратификации 17 декабря 1994 г.
117. То, что Российская Федерация никогда не ратифицировала ДЭХ, не оспаривается. В соответствии со Статьей 106(г) Конституции Российской Федерации 1993 года, ратификация международного договора Российской Федерации требует принятия федерального закона Государственной Думой, нижней палатой российского парламента.

¹²⁰ Венская конвенция о праве международных договоров, Статья 11 (Приложение R-296).

Правительство Российской Федерации представило ДЭХ для ратификации Государственной Думе в августе 1996 г. Тем не менее, Государственная Дума не ратифицировала ДЭХ, и законопроект о его ратификации был, в конечном итоге, отозван.¹²¹ Российская Федерация, таким образом, никогда не давала согласия на обязательность для нее ДЭХ.

(a)(i) Временное применение

118. Государства могут согласиться применять международный договор на временной основе до его вступления в силу. Прилагательное «временный» указывает на то, что международный договор применяется «в ожидании чего-то более определенного»: момента, когда Государство станет стороной международного договора путем ратификации.¹²² Государства могут согласиться на временное применение международного договора по различным причинам, в том числе ввиду срочности вопросов, регулируемых международным договором – в случае ДЭХ, предполагаемой угрозы срыва поставок электроэнергии вследствие плачевного состояния советской энергетической инфраструктуры и растущей нестабильности на Ближнем Востоке.¹²³
119. Впрочем, для большинства Государств временное применение международного договора, требующего ратификации их парламентами, создает серьезные проблемы по национальному праву, включая конституционное право, как подтвердил ряд Государств в ходе обсуждений в Правовом комитете Генеральной ассамблеи ООН в 2012 и 2013 гг.¹²⁴ К примеру, представитель Федеративной республики Германия заявил, что:

«Во многих странах, включая и его собственную, степень согласования или имплементации временного применения международного договора определяется национальным правом. Если имплементация международного

¹²¹ Электронная регистрационная карта для законопроекта № 96043844-2 «О Ратификации Договора к Энергетической хартии и Протокола к Энергетической хартии по вопросам энергетической эффективности и соответствующим экологическим аспектам» (Приложение RF-7).

¹²² См. Парламент Нидерландов, II, 1982-83 гг. (R 1227), №№ 1-4, 16.

¹²³ См. Заключение С. Фриментла касательно временного применения Договора к Энергетической хартии (21 января 2007 г.), («Заключение Фриментла»), п. 16(а). См. также Ж. Дорэ, История принятия Договора к Европейской энергетической хартии, в книге Договор к Энергетической хартии: Избранное (под ред. Т.В. Вэльде и К.М. Кристи, 1995 г.), раздел 1.2 (Приложение RF-8).

¹²⁴ См. ООН, Генеральная ассамблея, Заявление Греческой Республики во время заседания Шестого комитета (4 ноября 2013 г.), п. 40 (Приложение RF-9): «Некоторые Государства могут временно применять международные договоры неохотно, как по политическим причинам, так и ввиду конституционных ограничений, связанных с процедурными требованиями к присоединению к международным договорам»; ООН, Генеральная ассамблея, Заявление Соединенного королевства Великобритании и Северной Ирландии во время заседания Шестого комитета (6 ноября 2012 г.), п. 34 (Приложение RF-10): «Обращаясь к теме «Временное применение международных договоров», она отметила, что для Государств эта тема может представлять вопрос серьезной практической значимости, хотя на практике такое применение также может вступать в противоречие с конституционными и иными нормами Государств»; ООН, Генеральная ассамблея, Заявление Новой Зеландии во время заседания Шестого комитета (4 ноября 2013 г.), п. 100 (Приложение RF-11): «Временное применение могло бы быть законным средством, однако национальные процедуры принятия связывающих международных обязательств и дачи согласия на временное применение, имели ключевое значение и были вопросом, который разрешается отдельными Государствами в контексте их конституционного регулирования. Временное применение нельзя использовать для обхода национальных конституционных процедур».

договора требует введения поправок или принятия национального закона договаривающегося Государства, временное применение таким Государством является невозможным, по крайней мере до тех пор, пока не будет изменено или принято соответствующее законодательство. То же справедливо и в случае, если финансирование, требуемое согласно международному договору, требует одобрения парламента. Таким образом, Государства зачастую ограничивают временное применение международного договора их применимым национальным правом, ясно указывая, что они могут оказаться не в состоянии выполнить свои обязательства по нему в полном объеме. В ином случае, они могут согласиться на временное применение международного договора с момента уведомления о завершении необходимых внутренних процедур». ¹²⁵

120. Для того, чтобы избежать коллизий между международными обязательствами Государства и его национальным правом, временное применение зачастую прямо ограничивается теми положениями международного договора, которые соответствуют конституции или законодательству Государства, ¹²⁶ или находятся в сфере компетенции или полномочий его исполнительной власти. ¹²⁷ Так, временное применение ДЭХ ограничивается Статьей 45(1), которая предусматривает временное применение каждой подписывающей стороной *«в той степени, в которой такое временное применение не противоречит ее конституции, законам или нормативным актам»*. Целью и последствием этого ограничения является ограничение обязанности подписывающей

¹²⁵ ООН, Генеральная ассамблея, Заявление Федеративной республики Германия во время заседания Шестого комитета (5 ноября 2012 г.), п. 6 ([Приложение RF-12](#)); см. также ООН, Генеральная ассамблея, Заявление Королевства Нидерландов во время заседания Шестого комитета (5 ноября 2012 г.), п. 14 ([Приложение RF-13](#)): «Мы считаем временное применение важным инструментом практики применения международных договоров. Однако, мы также хотели бы обратить внимание на значимость национального права в этом вопросе. В конце концов, именно отдельные Государства сами определяют, допускают их правовые системы временное применение или нет, и, если допускают, на каких условиях и в какой степени. Попытка вывести какие-либо общие правила из этого разнообразия может быть затруднительной». [выделение добавлено]

¹²⁶ *Например*, Соглашение о международной энергетической программе 1974 года, Статья 68(1) ([Приложение R-275](#)); Соглашение о Международной конвенции о регулировании охраны рыболовства на Северном море 1955 года, Статья 3 ([Приложение R-277](#)); Соглашение между Правительством Соединенных штатов Америки и Правительством Либерии о сотрудничестве для сдерживания распространения оружия массового уничтожения, систем его доставки и связанных материалов морским путем 2004 года, Статья 17(2) ([Приложение R-273](#)); Конвенция об учреждении Международного института управления технологиями 1971 года, Статья 8(3) ([Приложение R-280](#)); Международное соглашение по зерну 1995 года, Статья 26 ([Приложение R-284](#)); Конвенция об оказании продовольственной помощи 1995 года, Статья XIX ([Приложение RF-14](#)); Устав и Конвенция Международного союза электросвязи 1992 года, Статья 54(3) ([Приложение R-278](#)); Шестое международное соглашение по олову 1981 года, Статья 53(1) ([Приложение R-287](#)); Соглашение об имплементации Части XI Конвенции ООН по морскому праву 1994 года, Статья 7(2) ([Приложение R-276](#)); Протокол о временном применении Протокола об учреждении европейских школ 1962 года, Единственная статья ([Приложение RF-15](#)); Заключительный акт одиннадцатого Специального консультативного совещания по Договору об Антарктике 1991 года, ([Приложение R-369](#)); Соглашение между Правительством Федеративной республики Германия и Правительством Монголии о культурном сотрудничестве 1997 года, Статья 16(2) ([Приложение R-370](#)); Конвенция об оказании продовольственной помощи 1999 года, Статья XXII(c) ([Приложение R-282](#)); Генеральное соглашение о привилегиях и иммунитетах Совета Европы 1949 года, Статья 22 ([Приложение RF-16](#)); Конвенция относительно разработки европейской фармакопеи 1964 года, Статья 17 ([Приложение RF-17](#)); Международная конвенция о Международном институте холода, заменяющая Конвенцию от 21 июня 1920 г., с внесенными в нее 31 мая 1937 г. изменениями, 1954 года, Статья XXXIV(3) ([Приложение RF-18](#)); Соглашение между Правительством Французской Республики и Правительством Республики Чехословакия об урегулировании вопросов об имуществе, правах и интересах их граждан в их соответствующих странах 1921 года, Статья 18 ([Приложение RF-19](#)); Соглашение об экономическом сотрудничестве между Государствами КАРИФОРУМ, с одной стороны, и Европейским сообществом и его Государствами-членами, с другой 2008 года, Статья 243(3) ([Приложение RF-20](#)).

¹²⁷ *Например*, Соглашение о программе сотрудничества в области сельского хозяйства между Правительством Соединенных штатов Америки и Правительством Соединенных штатов Бразилии 1953 года, Статья XIV ([Приложение R-274](#)); Генеральное соглашение по тарифам и торговле 1947 года, Статья XXIX(1) ([Приложение R-283](#)).

стороны по применению международного договора до его ратификации теми его положениями, которые соответствуют ее национальному законодательству.

121. Статья 45(2) ДЭХ, начинающаяся со слова *«независимо»*, слова-отступления, предусматривает исключение из обязательства по временному применению, установленного Статьей 45(1) ДЭХ. Пункт (а) Статьи 45(2) позволяет подписывающей стороне не осуществлять временное применение ДЭХ в принципе, сделав заявление депозитарию, Республике Португалия, о том, что она не может согласиться с временным применением. Согласно пункту (с) Статьи 45(2), подписывающая сторона, делающая подобное заявление, применяет лишь Часть VII ДЭХ (*«Структура и институты»*), и то лишь *«в той степени, в которой такое временное применение не противоречит ее законам или нормативным актам»*.
122. Полный текст Статей 45(1) и (2) ДЭХ в аутентичной редакции на английском языке звучит следующим образом:

«(1) Each signatory agrees to apply this Treaty provisionally pending its entry into force for such signatory in accordance with Article 44, to the extent that such provisional application is not inconsistent with its constitution, laws or regulations.

(2) (a) Notwithstanding paragraph (1) any signatory may, when signing, deliver to the Depository a declaration that it is not able to accept provisional application. The obligation contained in paragraph (1) shall not apply to a signatory making such a declaration. Any such signatory may at any time withdraw that declaration by written notification to the Depository.

(b) Neither a signatory which makes a declaration in accordance with subparagraph (a) nor Investors of that signatory may claim the benefits of provisional application under paragraph (1).

(c) Notwithstanding subparagraph (a), any signatory making a declaration referred to in subparagraph (a) shall apply Part VII provisionally pending the entry into force of the Treaty for such signatory in accordance with Article 44, to the extent that such provisional application is not inconsistent with its laws or regulations.»

(a)(ii) Юрисдикционное возражение Российской Федерации на основании Статьи 45(1) ДЭХ

123. Российская Федерация возражала против юрисдикции Третейского суда на том основании, что прямое ограничение сферы временного применения, которое устанавливается Статьей 45(1) ДЭХ, *«в той степени, в которой такое временное применение не противоречит ее конституции, законам или нормативным актам»* (*«Ограничительная оговорка»*), ограничивает ее обязательство временно применять ДЭХ теми его положениями, которые соответствуют национальному праву Российской

Федерации.¹²⁸ Российская Федерация доказала, что передача на рассмотрение арбитража требований Истцов согласно Статье 26 ДЭХ противоречит Конституции Российской Федерации и Федеральному закону «О международных договорах Российской Федерации» 1995 года, который не допускает временное применение положений международного договора, изменяющих или дополняющих российское право, без их утверждения Государственной Думой, по крайней мере, за рамками шестимесячного срока, предусмотренного для временного применения таких международных договоров.¹²⁹ Передача требований Истцов в арбитраж также противоречит другим российским нормам. Российское право не допускает рассмотрения посредством третейского разбирательства споров, возникающих из действий или бездействия государства, включая споры касательно доначисления налогов, принудительного взыскания налогов и мер по сбору налогов.¹³⁰ Кроме того, российское законодательство не предоставляет акционерам акционерного общества право требовать взыскания убытков из причинения вреда, причиненного обществу третьим лицом.¹³¹ В связи с этим, Российская Федерация установила, что ее обязательство применять ДЭХ на временной основе в соответствии со Статьей 45(1) ДЭХ не распространяется на якобы принятое ей на себя обязательство передать требования Истцов на рассмотрение арбитража согласно Статье 26 ДЭХ, и, соответственно, Третейский суд не обладал юрисдикцией.

(a)(iii) Решение Третейского суда

124. Третейский суд согласился с тем, что Российская Федерация не была обязана представлять заявление об отказе от временного применения согласно Статье 45(2) ДЭХ, или направить уведомление о том, что временное применение противоречит ее национальному праву в соответствии со Статьей 45(1) ДЭХ для того, чтобы полагаться на Ограничительную оговорку в Статье 45(1) ДЭХ,¹³² как утверждали Истцы.

¹²⁸ Второй меморандум Ответчика по вопросам юрисдикции и допустимости иска, пп. 31-32.

¹²⁹ Первый меморандум Ответчика по вопросам юрисдикции и допустимости иска, пп. 32-37; Второй меморандум Ответчика по вопросам юрисдикции и допустимости иска, пп. 139-142; Заключение А. Нуссбергера о временном применении Договора к Энергетической хартии Российской Федерацией (17 января 2007 г.) («Экспертное заключение Нуссбергера»), Тезисы 3 и 4; Заключение И.И. Лукашука о временном применении Договора к Энергетической хартии («Экспертное заключение Лукашука»); Экспертное заключение С.А. Авакьяна о конституционно-правовых аспектах заключения и применения международных договоров Российской Федерации (21 февраля 2006 г.) («Первое экспертное заключение Авакьяна»); Заключение М.В. Баглая о временном применении международных договоров в соответствии с Конституцией Российской Федерации (26 февраля 2006 г.) («Экспертное заключение Баглая»); Экспертные комментарии профессора С.А. Авакьяна к экспертному заключению В. Гладышева от 29 июня 2006 г. («Второе экспертное заключение Авакьяна»); Письмо № 07/11254-СВ Министерства юстиции Российской Федерации (13 декабря 2006 г.).

¹³⁰ Первый меморандум Ответчика по вопросам юрисдикции и допустимости иска, п. 38; Второй меморандум Ответчика по вопросам юрисдикции и допустимости иска, пп. 149-150; Экспертное заключение Костина.

¹³¹ Первый меморандум Ответчика по вопросам юрисдикции и допустимости иска, п. 112; Второй меморандум Ответчика по вопросам юрисдикции и допустимости иска, пп. 161-165; Заключение Е.А. Суханова по вопросу о праве подачи акционерами исков против контрагентов акционерного общества в связи с убытками, причиненными последними обществу (22 февраля 2006 г.) («Экспертное заключение Суханова»).

¹³² Промежуточное арбитражное решение HUL, пп. 260-269, 282-288.

125. Тем не менее, Третейский суд постановил о наличии у него юрисдикции по требованиям Истцов. Третейский суд заключил, что Статья 45(1) ДЭХ *«содержит предложение «все или ничего»: либо временному применению подлежит весь Договор, либо он не применяется временно вовсе»*.¹³³ Хотя Третейский суд согласился тем, что фраза *«в той степени»* является *«формулировкой, зачастую используемой, когда авторы положения международного договора или закона желают пояснить, что положение должно применяться только тогда, когда имеет место указываемый далее случай»*,¹³⁴ он посчитал, что в контексте Статьи 45(1) ДЭХ эта фраза относится к временному применению ДЭХ в целом.¹³⁵ Третейский суд руководствовался тем фактом, что за фразой *«в той степени, в которой»* следует *«такое временное применение»*, которое, как он посчитал, относится к временному применению ДЭХ.¹³⁶ Третейский суд также отметил, что Статья 27 Венской конвенции о праве международных договоров, которая запрещает Государству ссылаться на его национальное право в обоснование невыполнения международного договора, и принцип *обязательности исполнения договоров* говорят против фрагментарного подхода, как охарактеризовал Третейский суд подход Российской Федерации.¹³⁷ Таким образом, Третейский суд постановил, что Российская Федерация согласилась применять весь текст ДЭХ, если принцип временного применения сам по себе не противоречит российскому национальному праву.¹³⁸
126. Третейский суд также заключил, что сам по себе принцип временного применения признается национальной правовой системой Российской Федерации,¹³⁹ и в связи с этим сделал вывод о том, что она не вправе ссылаться на какое-либо возможное расхождение Статьи 26 ДЭХ с ее национальным правом в контексте ее возражения против юрисдикции Третейского суда по Статье 26 ДЭХ.¹⁴⁰
127. Наконец, в порядке попутного замечания Третейский суд постановил, что рассмотрение в третейском разбирательстве требований Истцов не противоречит Конституции, законам или подзаконным актам Российской Федерации.¹⁴¹ Третейский суд заключил, что шестимесячный срок, устанавливаемый для временного применения под условием

¹³³ Промежуточное арбитражное решение HUL, п. 311 [Английская цитата в голландском тексте опущена].

¹³⁴ Промежуточное арбитражное решение HUL, п. 303 [Английская цитата в голландском тексте опущена].

¹³⁵ Промежуточное арбитражное решение HUL, п. 308.

¹³⁶ Промежуточное арбитражное решение HUL, пп. 305-308.

¹³⁷ Промежуточное арбитражное решение HUL, пп. 312-315.

¹³⁸ Промежуточное арбитражное решение HUL, п. 329.

¹³⁹ Промежуточное арбитражное решение HUL, пп. 330-338.

¹⁴⁰ Промежуточное арбитражное решение HUL, п. 339.

¹⁴¹ Промежуточное арбитражное решение HUL, п. 370

ратификации согласно Федеральному закону «О международных договорах Российской Федерации» 1995 года, *«является всего лишь внутренним требованием»*.¹⁴² Третейский суд также постановил, что споры между инвестором и Государством являются арбитрабельными согласно Закону «Об иностранных инвестициях в РСФСР» 1991 года и Федеральному закону «Об иностранных инвестициях в Российской Федерации» 1999 года и что требования Истцов не являются косвенными по своей природе.¹⁴³ Третейский суд, таким образом, постановил, что Российская Федерация должна была передать настоящий спор на рассмотрение арбитража согласно Статье 26 ДЭХ.¹⁴⁴

128. Третейский суд обобщил свои заключения следующим образом:

«394. В настоящей главе, Третейский суд установил, что:

[...]

с) Ограничительная оговорка в Статье 45(1) сводит на нет временное применение Договора только в том случае, если принцип временного применения как таковой противоречит конституции, законам или нормативным актам подписывающего Государства; и

d) В Российской Федерации не существует противоречия между временным применением международных договоров и ее Конституцией, законами или нормативными актами.

395. Соответственно, Третейский суд заключил, что ДЭХ временно применялся в Российской Федерации в полном объеме до 19 октября 2009 г. и что Части III и V Договора (включая его Статью 26) сохраняют силу до 19 октября 2029 г. в отношении всех инвестиций, осуществленных до 19 октября 2009 г. Ответчик, таким образом, связан положением о передаче споров между инвестором и Государством в арбитраж, на которое ссылается Истец.

396. Третейский суд удовлетворен в своем решении своим следующим выводом о том, что, если бы это было существенным соображением в соответствии с Ограничительной оговоркой в Статье 45(1) – каким она не является – Статья 26 ДЭХ, а также Статьи 1(6) и 1(7) не противоречат Конституции, законам и нормативным актам Ответчика.

397. Таким образом, Третейский суд обладает юрисдикцией в отношении существа настоящего требования.¹⁴⁵

¹⁴² Промежуточное арбитражное решение HUL, п. 387.

¹⁴³ Промежуточное арбитражное решение HUL, п. 372.

¹⁴⁴ Промежуточное арбитражное решение HUL, п. 395.

¹⁴⁵ Промежуточное арбитражное решение HUL, пп. 394-397.

(a)(iv) *Краткий обзор аргументов*

129. *Во-первых*, Третейский суд заключил, что «[о]граничительная оговорка в Статье 45(1) сводит на нет временное применение Договора только в том случае, если принцип временного применения как таковой противоречит Конституции, законам или нормативным актам подписывающего Государства». ¹⁴⁶ Как указывается в пунктах 133-186 ниже, Третейский суд неверно истолковал Статью 45(1) ДЭХ, которая предусматривает временное применение только в той мере, в которой *отдельные положения международного договора* не противоречат Конституции, законам или нормативным актам подписывающей стороны.
130. *Во-вторых*, Третейский суд заключил, что «[в] Российской Федерации не существует противоречия между временным применением международных договоров и ее Конституцией, законом или нормативным актам». ¹⁴⁷ Это заключение неверно. Передача требований Истцов на рассмотрение арбитража в соответствии со Статьей 26 ДЭХ противоречит Конституции, законами или нормативными актами Российской Федерации.
131. Как поясняется в пунктах 191-204 ниже, передача требований Истцов на рассмотрение арбитража противоречит российской Конституции. Как поясняется в пунктах 205-244 ниже, передача требований Истцов на рассмотрение арбитража в соответствии со Статьей 26 ДЭХ также противоречит российским законам. Российское законодательство об арбитраже, а также гражданский и арбитражный процессуальный кодексы запрещают рассматривать публично-правовые споры в рамках третейского разбирательства. ¹⁴⁸ Кроме того, российское гражданское и корпоративное право не предоставляют акционерам компании право требовать возмещения за ущерб или утрату их акций на основании убытков, понесенных такой компанией.
132. По указанным причинам, более подробно разъясняемым ниже, Суд должен заключить, что постановление Третейского суда ошибочно и что Третейский суд не обладал юрисдикцией, а Арбитражные решения по делу ОАО «НК «ЮКОС» должны, соответственно, быть отменены по Статье 1065(1)(а) ГПК.

¹⁴⁶ Промежуточное арбитражное решение NUL, п. 394 [Английская цитата в голландском тексте опущена].

¹⁴⁷ Там же. [Английская цитата в голландском тексте опущена]

¹⁴⁸ Термин «арбитраж» в правовой системе Российской Федерации относится к коммерческому характеру суда или процедуры. «Арбитражные суды» входят в общую систему российских судов и компетентны рассматривать коммерческие споры; «арбитражный процесс» означает процессуальные нормы, применимые в рамках разбирательств в арбитражных судах.

(b) Статья 45(1) ДЭХ ограничивает временное применение только теми положениями ДЭХ, которые соответствуют Конституции, законам или нормативным актам Российской Федерации

133. Третейский суд подтвердил наличие у него юрисдикции на основании ошибочного заключения о том, что Статья 45(1) ДЭХ является положением типа «*все или ничего*», которое требует применения Российской Федерацией всех положений ДЭХ, если принцип временного применения сам по себе известен его национальной правовой системе. Сделав подобный вывод, Третейский суд не учел обычного значения терминов Ограничительной оговорки в рамках их контекста, цель Ограничительной оговорки, а также историю принятия ДЭХ и практику подписывающих стран по толкованию и применению Ограничительной оговорки.
134. Согласно основополагающей норме о толковании международных договоров, предусмотренной Статьей 31(1) Венской конвенции о праве международных договоров, международный договор «*должен толковаться добросовестно в соответствии с обычным значением, которое следует придавать терминам договора в их контексте, а также в свете объекта и целей договора*». Также должна учитываться последующая практика применения положения, устанавливающая соглашение сторон относительно его толкования в соответствии со Статьями 31(2) и (3)(b). Согласно Статье 32, дополнительные средства толкования, включая подготовительные материалы к международному договору и обстоятельства его заключения, могут учитываться для подтверждения значения, вытекающего из применения Статьи 31(1) Венской конвенции о праве международных договоров, или для определения значения, когда в результате такого толкования значение остается двусмысленным или неясным.
135. Согласно Статье 45(1) ДЭХ, подписывающая сторона должна применять Договор временно до вступления его в силу для такой подписывающей стороны «*в той степени, в которой такое временное применение не противоречит ее конституции, законам или нормативным актам*». Эта оговорка ограничивает обязательство каждой подписывающей стороны по временному применению ДЭХ теми положениями, которые не противоречат ее национальному праву.
136. Толкование Третейским судом Ограничительной оговорки в Статье 45(1) ДЭХ в аутентичной редакции ДЭХ на английском языке является ошибочным по следующим основаниям, взятым как отдельно, так и в совокупности. Третейский суд:
- (a) лишил термин «*в той степени*», используемый в Ограничительной оговорке, его обычного значения (см. раздел (b)(i) ниже);

(b) не учел обычное значение терминов, используемых в Ограничительной оговорке, в их контексте, в частности, включение «*нормативных актов*», которое указывает на то, что Ограничительная оговорка касается конкретных противоречий между положениями ДЭХ и национальными законами и нормативными актами (см. раздел (b)(ii) ниже);

(c) не учел обычное значение терминов, используемых в Ограничительной оговорке, в их контексте, в частности, в контексте Статьи 45(2) ДЭХ (см. раздел (b)(iii) ниже);

(d) выдвинул толкование Статьи 45(1) ДЭХ, которое опровергает объект и цель Ограничительной оговорки (см. раздел (b)(iv) ниже);

(e) неверно оценил практику толкования и применения Статьи 45(1) ДЭХ подписывающими сторонами ДЭХ (см. раздел (b)(v) ниже);

(f) ошибочно не учел подготовительные материалы к ДЭХ (см. раздел (b)(vi) ниже); и

(g) не представил убедительное обоснование своего толкования, при этом не учитывая многочисленные источники, которые противоречили заключениям Третейского суда (см. раздел (b)(vii) ниже).

(b)(i) Обычное значение Ограничительной оговорки

137. Обычное значение термина «*в той степени*» – это «*пределы или степень, на которые распространяется что-либо*»,¹⁴⁹ «*границы применения, действия и др., сфера действия*»,¹⁵⁰ «*пределы (включения или применения), на которые что-либо распространяется: сфера применения [...], границы, до которых что-либо распространяется*».¹⁵¹ ДЭХ единообразно использует термин «*в той степени*» в его обычном значении для указания сферы или границ применения.¹⁵² Обычное значение «*в*

¹⁴⁹ Оксфордский словарь английского языка (2-ое изд., 1989 г.), стр. 599 (Приложение R-864).

¹⁵⁰ Там же.

¹⁵¹ Вебстерский третий новый международный словарь английского языка (1961 г.), стр. 805 (Приложение R-865).

¹⁵² См., например, Договор к Энергетической хартии, стр. 47, Статья 6(5) (Приложение С-2): «[...] Уведомляемая Договаривающаяся Сторона информирует уведомляющую Договаривающуюся Сторону о своем решении или решении соответствующих органов по вопросам конкуренции и может, если она того пожелает, информировать уведомляющую Договаривающуюся Сторону об основаниях принятого решения. Если действия по обеспечению соблюдения предпринимаются, уведомляемая Договаривающаяся Сторона сообщает уведомляющей Договаривающейся Стороне об их результатах и, по мере возможности, о любых значительных предварительных итогах.»; Статья 21(1): «(1) За исключением случаев, когда в настоящей Статье предусматривается иное, ничто в настоящем Договоре не должно создавать права или налагать обязательства в отношении налоговых мер Договаривающихся Сторон. В случае любого противоречия между настоящей Статьей и любым другим положением Договора настоящая Статья имеет преимущественную силу в части такого противоречия.»; Статья 21(5)(b): «Всегда, когда в силу Статьи 13 возникает вопрос, то, если он касается того, является ли налог экспроприацией или представляет ли из себя тот или иной налог, на который ссылаются как на

той степени» в остальных аутентичных текстах ДЭХ на других языках имеет аналогичный смысл.¹⁵³

138. Таким образом, согласно прямым формулировкам Ограничительной оговорки, сфера временного применения каждой подписывающей стороной зависит от соответствия каждого положения ДЭХ «конституции, законам или нормативным актам» такой подписывающей стороны. Третейский суд, тем не менее, ограничил Ограничительную оговорку лишь одним видом противоречия национальному праву – запретом временного применения как такового – и тем самым лишил понятие «в той степени» какого-либо значения, фактически заменив его на «если», «если не» или «в случае», что позднее подтвердил в публикации профессор Райзман, один из собственных экспертов Истцов в рамках Арбитражных разбирательств.¹⁵⁴
139. Согласно решению Третейского суда, «ключ к толкованию Ограничительной оговорки лежит в ее использовании прилагательного «такой» во фразе «такое временное применение»»,¹⁵⁵ поскольку эта фраза может относиться лишь к «временному применению, ранее упомянутому в [Статье 45], а именно, временному применению «настоящего Договора»».¹⁵⁶
140. Этот аргумент, однако, вызывает встречные вопросы, поскольку Статья 45(1) в том виде, в котором она была переформулирована Третейским судом, звучала бы следующим образом:

«Каждая подписавшая сторона соглашается временно применять настоящий Договор впредь до его вступления в силу для такой подписавшей стороны в соответствии со Статьей 44, в той степени, в которой временное применение настоящего Договора не противоречит ее конституции, законам или нормативным актам. [выделено нами]

экспроприацию, дискриминацию, применяются – следующие положения: [...]»; Статья 27(3)(f): «[Е]сли между Договаривающимися Сторонами не достигнуто иной договоренности, применяется Арбитражный регламент ЮНСИТРАЛ, с учетом внесенных в него Договаривающимися Сторонами, являющимися сторонами в споре, или арбитрами изменений. Третейский суд принимает свои решения большинством голосов его членов»; пункт 2 Приложения G: «Договаривающиеся Стороны применяют положения «Декларации о торговых мерах, принимаемых в целях обеспечения равновесия платежного баланса» к мерам, принятым теми Договаривающимися Сторонами, которые не являются сторонами ГАТТ, в объеме, выполняемом в контексте других положений настоящего Договора». [выделение добавлено]

¹⁵³ См., например, текст на французском языке: «Les signataires conviennent d'appliquer le présent traité à titre provisoire, en attendant son entrée en vigueur pour ces signataires conformément à l'article 44, dans la mesure où cette application provisoire n'est pas incompatible avec leur Constitution ou leurs lois et règlements.»; на немецком языке: «Jeder Unterzeichner ist damit einverstanden, diesen Vertrag bis zum Inkrafttreten für den Unterzeichner nach Artikel 44 in dem Maße vorläufig anzuwenden, in dem die vorläufige Anwendung nicht mit seiner Verfassung und seinen Gesetzen und sonstigen Rechtsvorschriften unvereinbar ist.» [выделено нами]

¹⁵⁴ М.Х. Арсаньяни и В.М. Райзман, *Временное применение международных договоров в международном праве, Арбитражные решения по Договору к Энергетической хартии*, в ПРАВО МЕЖДУНАРОДНЫХ ДОГОВОРОВ В РАМКАМИ ВЕНСКОЙ КОНВЕНЦИИ (2011 г.), стр. 92 (Приложение RF-21).

¹⁵⁵ Промежуточное арбитражное решение HUL, п. 304.

¹⁵⁶ Там же.

141. Грамматический разбор Третьим судом слова «*такой*» в Статье 45(1), таким образом, ничего не меняет. Если уж на то пошло, то он подтверждает толкование Ограничительной оговорки, предложенное Российской Федерацией, а именно, что ДЭХ должен временно применяться только в той степени, в которой он не противоречит конституции, законам или нормативным актам подписавшей стороны.
142. Говоря вкратце, толкование Третьим судом Статьи 45(1) ДЭХ противоречит обычному значению этого положения и влечет переформулирование оговорки следующим образом:

«Каждая подписавшая сторона соглашается временно применять настоящий Договор впредь до его вступления в силу для такой подписавшей стороны в соответствии со Статьей 44, если временное применение настоящего Договора не противоречит ее конституции, законам или нормативным актам». [выделено нами]

(b)(ii) Обычное значение Ограничительной оговорки в ее контексте: включение «нормативных актов»

143. Ограничительная оговорка ясно и широко ссылается на противоречия «*конституции, законам или нормативным актам*» подписывающей страны. Запрет временного применения, как таковой, как правило, возникает ввиду конституционных требований или ограничений, таких как принцип разделения властей,¹⁵⁷ или (хотя этот случай не является типичным) ввиду законодательства, принятого во исполнение конституционных принципов¹⁵⁸ – а не ввиду стоящих ниже по иерархии правовых актов, таких как подзаконные нормативные акты. И действительно, было бы весьма необычным, если бы принцип временного применения затрагивался (и был запрещен) в подзаконных нормативных актах. Как также подтвердил профессор Райзман,¹⁵⁹ включение «*нормативных актов*» в Ограничительную оговорку свидетельствует о том, что она распространяется на конкретные противоречия конкретных положений международного

¹⁵⁷ См. КОНФЕРЕНЦИЯ ООН О ПРАВЕ МЕЖДУНАРОДНЫХ ДОГОВОРОВ (9 апреля – 22 мая 1969 г.) (Приложение R-410): Заявление Уругвая, п. 77: «[...] временное применение противоречило Конституции его страны, в соответствии с которой преобладающая роль в формировании воли Государства придавалась Законодательной власти, чье согласие имело ключевое значение для вступления в силу и применения каждого международного соглашения, заключенного Исполнительной властью»; КОНФЕРЕНЦИЯ ООН О ПРАВЕ МЕЖДУНАРОДНЫХ ДОГОВОРОВ, (26 марта – 24 мая 1968 г.) (Приложение R-270): Заявление Швейцарии, п. 46: «[...] Существует также вопрос о пределах полномочий Правительства и полномочий физических лиц по возложению на Государство временных обязательств»; ООН, Генеральная ассамблея, Заявление Китая во время заседания Шестого комитета (5 ноября 2013 г.), п. 15 (Приложение RF-22); ООН, Генеральная ассамблея, Заявление Австрии во время заседания Шестого комитета (4 ноября 2013 г.), п. 67 (Приложение RF-23); ООН, Генеральная ассамблея, Заявление Королевства Бельгия во время заседания Шестого комитета (5 ноября 2013 г.), п. 1 (Приложение RF-24); ООН, Генеральная ассамблея, Заявление Чили во время заседания Шестого комитета (4 ноября 2013 г.), п. 76 (Приложение RF-25); ООН, Генеральная ассамблея, Заявление Южной Африки во время заседания Шестого комитета (5 ноября 2012 г.), п. 125 (Приложение RF-26).

¹⁵⁸ См., например, Нидерланды, Королевский закон 1994 года об утверждении и опубликовании международных договоров (7 июля 1994 г.), Статьи 15(1) и (2).

¹⁵⁹ Араньяни и Райзман, цит., стр. 93 (Приложение RF-21).

договора национальным законам и нормативным актам, а не только на концептуальные противоречия.

(b)(iii) Обычное значение Ограничительной оговорки в ее контексте: Статья 45(2) ДЭХ

144. Статья 45(2)(с) ДЭХ далее свидетельствует о том, что Ограничительная оговорка в Статье 45(1) ДЭХ распространяется на противоречие отдельных положений международного договора национальному праву. Статья 45(2)(с) ДЭХ требует, чтобы подписывающая сторона, которая сделала заявление о том, что она не может принять на себя обязательство по временному применению ДЭХ в целом согласно Статье 45(2)(а), тем не менее временно применяла Часть VII ДЭХ («Структура и институты»), но лишь «в той степени, в которой такое временное применение не противоречит ее законам или нормативным актам». Поскольку подписывающая сторона, применяющая на временной основе институциональные положения Части VII в соответствии со Статьей 45(2)(с) ДЭХ, уже отказалась от временного применения в целом, Ограничительная оговорка в Статье 45(2)(с) ДЭХ не может подразумевать запрет временного применения как такового – даже несмотря на то, что в ней используется та же формулировка «в той степени», что и в Статье 45(1) ДЭХ – но только случаи противоречий между «законами и нормативными актами» такой подписывающей стороны и конкретными обязательствами, предусмотренными Частью VII ДЭХ, такими как обязательство в Статье 37(3) ДЭХ по уплате взносов на покрытие расходов Секретариата Энергетической хартии.
145. Действительно, Соединенные Штаты, которые предложили включить Ограничительную оговорку, разъяснили в ходе переговоров по принятию ДЭХ, что они не испытывают концептуальных трудностей в отношении временного применения. Тем не менее, Соединенные Штаты настояли на включении Ограничительной оговорки, чтобы освободить себя от временного применения ряда обязательств по ДЭХ, включая обязательство по уплате финансовых взносов в пользу Секретариата Энергетической хартии в соответствии с Частью VII ДЭХ.¹⁶⁰

¹⁶⁰ Государственный департамент США: Факс от Т. Борека в адрес Секретариата Энергетической хартии (24 февраля 1994 г.), стр. 1 (Приложение R-844): «[М]ы не испытываем никаких правовых затруднений с временным применением как таковым, в той степени, в которой оно строго ограничено таким образом, чтобы обеспечить, чтобы никакая сторона не была обязана совершать, или воздерживаться от, каких-либо действий, для которых конституция или законодательство такой стороны требует надлежащим образом ратифицированного международного договора. Наше право, к примеру, говоря в общем, запрещает расходование средств на уплату доли США в расходах международной организации в отсутствие прямо выраженного одобрения Конгресса. По этим причинам формулировка, подобная формулировке «в той степени, в которой это допускается конституцией или законами» имеет ключевое значение для любого обязательства по временному применению[.]». [выделено нами] См. также Сессию от 14 декабря 1993 г. (Представитель США) (Приложение C-924), стр. 4: «Не говоря уже о вопросе окончательного решения о том, должны ли существовать учреждения, трудность участия в финансировании временной организации для Соединенных Штатов стоит особенно остро. По нашему праву, мы не можем делать это дольше определенного периода, и тем более мы не можем временно применять Договор в отношении Соединенных Штатов в этой связи.»

146. Норвегия, которая пояснила в ходе переговоров по заключению ДЭХ, что она «не может принять принцип временного применения»,¹⁶¹ и отказалась от временного применения согласно Статье 45(2)(а) ДЭХ, прямо подтвердила, что она будет выполнять обязательство, содержащееся в Статье 37(3) ДЭХ по уплате взносов на покрытие расходов Секретариата Энергетической хартии «при условии одобрения Стортингом (Парламентом) Норвегии в соответствии с Конституцией Норвегии».¹⁶²
147. Ограничительная оговорка в Статье 45(1) ДЭХ должна толковаться в соответствии с обычным значением ее терминов в их контексте, включая ограничительную оговорку в Статье 45(2) ДЭХ.

(b)(iv) Объект и цель Ограничительной оговорки

148. Ограничение Третьим судом Ограничительной оговорки одним видом противоречия – запретом временного применения как такового – отвергает саму цель Ограничительной оговорки. Как было указано выше, целью ограничительной оговорки, включая Статью 45(1) ДЭХ, является решение проблем по национальному праву, которые возникают у многих Государств ввиду временного применения, и, в частности, избежание коллизий между национальным правом и международными обязательствами, которые Государства принимают на себя, соглашаясь на временное применение.¹⁶³ Ограничительная оговорка нацелена на позволение как можно более широкому кругу Государств, включая те, которые в отсутствие ограничительной оговорки не могли бы согласиться на временное применение ввиду ограничений по национальному праву, временно применять международный договор с даты его подписания.
149. Это соображение было особенно важным при согласовании текста ДЭХ. Как указывалось выше, ДЭХ был разработан для укрепления отношений между Европейским союзом и странами-экспортерами энергии – Российской Федерацией и странами Центральной и Восточной Европы – в которых на тот момент происходили коренные политические изменения. Таким образом, для составителей ДЭХ было важно, чтобы он

¹⁶¹ Сессия от 14 декабря 1993 г. (Представитель Норвегии), стр. 3 (Приложение С-924).

¹⁶² Подписывающие стороны Договора к Энергетической хартии, сделавшие заявление о том, что они не принимают обязательство относительно временного применения Договора в соответствии со Статьей 45(2)(а): Тексты заявлений, стр. 5 (Приложение R-372). [Английская цитата в голландском тексте опущена]

¹⁶³ См. также Рене Лефебер, *Временное применение международных договоров*, в ЭССЕ ПО ПРАВУ МЕЖДУНАРОДНЫХ ДОГОВОРОВ: СБОРНИК ЭССЕ В ЧЕСТЬ БЕРГА ВИРДАГА (Ян Клабберс и Рене Лефебер (ред.), 1998 г.), стр. 89 (Приложение RF-27): «[М]еждународный договор может предусматривать, что его временное применение подчинено национальному праву, что означает, что, в случае коллизий, национальное право имеет преимущественную силу над международным договором»; См. также Хайке Кригер, *Статья 25: Временное применение*, в ВЕНСКАЯ КОНВЕНЦИЯ О ПРАВЕ МЕЖДУНАРОДНЫХ ДОГОВОРОВ: КОММЕНТАРИЙ (Оливер Дёрр и Кирстен Шмаленбах (ред.), 2012 г.), стр. 418 (Приложение RF-28): «Иной способ разрешить возможную коллизию [между национальным правом и международными обязательствами] – включить оговорку, подчиняющую временное применение требованиям национального права с тем, чтобы национальное право имело преимущественную силу в случае коллизии, также в отношении бюджетных ассигнований».

был как можно скорее подписан Российской Федерацией, крупнейшим экспортером энергии, на которого распространялось действие Договора, даже если Российская Федерация могла бы временно применять лишь те части Договора, которые не противоречили ее национальному праву.

150. Третейский суд в корне неверно истолковал природу и цель ограничительных оговорок, сделав заключение о том, что позволение Российской Федерации сослаться на конкретные противоречия ее национальному праву противоречило бы принципу *обязательности исполнения договоров* и «*главному принципу международного права*», изложенному в Статье 27 Венской конвенции о праве международных договоров, воспреещающему Государству сослаться на его национальное право в оправдание несоблюдения им международного договора.¹⁶⁴ Государство, которое ссылается на ограничительную оговорку, не ссылается на национальное право в качестве оправдания несоблюдения им международного договора. Скорее, обязательства Государства по международному договору ограничиваются условиями международного договора именно для того, чтобы избежать коллизий между законами Государства и его обязательствами по международному договору. Иными словами, ни принцип *обязательности исполнения договоров*, ни Статья 27 Венской конвенции о праве международных договоров не определяют сферу применения и содержание *договоров*. Как пояснили профессора Нольте и Коскенньеми:

«Настоящий вопрос состоит в том, какие международно-договорные обязательства приняли на себя Государства. Статья[] 27 [...] Венской конвенции о праве международных договоров попросту бесполезна для нахождения ответа на этот вопрос, поскольку она касается ссылок на внутреннее право, которое изначально *не* было инкорпорировано в соглашение».¹⁶⁵

«Утверждать, что принцип, лежащий в основе Статьи 27 [...] Венской конвенции о праве международных договоров, должен применяться против того, на что конкретно стороны ДЭХ согласились в Статье 45(1) ДЭХ, означает смешивать временное применение с обычным действием международного договора таким образом, что не соблюдаются некоторые самые базовые принципы права международных договоров».¹⁶⁶

151. В действительности, Третейский суд, как представляется, смешал две основополагающие концепции права международных договоров: выражение Государством согласия быть связанным международным договором, в случае ДЭХ, путем ратификации согласно Статье 39 ДЭХ, с одной стороны, и временное применение нератифицированного

¹⁶⁴ Промежуточное арбитражное решение HUL, п. 313.

¹⁶⁵ Экспертное заключение Нольте, п. 22.

¹⁶⁶ Экспертное заключение Коскенньеми, п. 47.

международного договора в порядке, оговоренном подписывающими сторонами, с другой, когда он заключил, что:

«Статья 45(1) ДЭХ устанавливает, без какой-либо тени сомнения и невзирая на Статью 39 ДЭХ, что Российская Федерация и иные подписывающие стороны согласились на то, что подписание ими Договора будет иметь силу выражения согласия Российской Федерацией (и каждой из остальных подписывающих сторон) быть связанной его условиями».¹⁶⁷

152. Третейский суд, таким образом, ошибочно уподобил временное применение в соответствии со Статьей 45(1) ДЭХ выражению согласия быть связанным договором.
153. Согласно Статье 12 Венской конвенции о праве международных договоров, Государства могут согласиться быть связанными международным договором путем подписания. Однако, согласно Статье 14(1)(а), если *«договор предусматривает, что такое согласие выражается ратификацией»*, согласие Государства быть связанным положениями договора выражается путем ратификации. Статья 39 ДЭХ прямо требует ратификации для выражения подписывающими сторонами согласия быть связанными ДЭХ. Выводы Третейского суда не учитывают этот факт и фактически приписывают подписанию ДЭХ Заместителем Председателя Правительства Российской Федерации, которое требовало ратификации согласно Статье 14(1)(с) Венской конвенции о праве международных договоров, силу выражения согласия быть связанным путем подписания согласно Статье 12 Венской конвенции о праве международных договоров. Сделав такой вывод, Третейский суд лишил каких-либо правовых последствий требование о ратификации, предусмотренное Статьей 39 ДЭХ.
154. Толкование и применение Третейским судом Ограничительной оговорки, содержащейся в Статье 45(1) ДЭХ, таким образом, в корне искажены.

(b)(v) Ограничительная оговорка: практика подписывающих сторон

155. Подход Третейского суда *«все или ничего»* противоречит практике подписывающих сторон ДЭХ в области толкования и применения Статьи 45(1) ДЭХ. Такая практика подтверждает, что подписывающие стороны ДЭХ были намерены распространить Ограничительную оговорку на концептуальные противоречия, а также на противоречия законов или нормативных актов отдельным положениям международного договора. Третейский суд совершенно не понял и неверно истолковал эту практику как поддерживающую его подход *«все или ничего»* и не учел ясные положения, противоречившие такому подходу.

¹⁶⁷ Промежуточное арбитражное решение HUL, п. 382.

156. Большинство подписывающих сторон ДЭХ не делали прямых заявлений в момент подписания ДЭХ касательно того, будут ли они, и в какой степени они будут применять ДЭХ на временной основе согласно Статье 45(1) ДЭХ. Шесть Государств – Австрия, Люксембург, Италия, Румыния, Португалия и Турция – прямо указали, что они не будут применять ДЭХ на временной основе согласно Статье 45(1) ДЭХ, в первую очередь, по конституционным причинам.¹⁶⁸ Еще двенадцать Государств – Австралия, Болгария, Кипр, Венгрия, Исландия, Япония, Лихтенштейн, Мальта, Норвегия, Польша, Швейцария и Туркменистан – отказались от временного применения на основании Статьи 45(2)(а) ДЭХ.¹⁶⁹
157. Ряд подписывающих сторон, которые не сделали заявление, тем не менее, считали себя вправе применять лишь те положения ДЭХ, которые соответствовали их конституциям, законам или нормативным актам.
158. Подход Третьейского суда *«все или ничего»* к Ограничительной оговорке неизбежно означает, что, соглашаясь на временное применение ДЭХ, Правительства ряда Государств-членов Европейского сообщества действовали прямо в нарушение своих конституций, которые не позволяют исполнительной власти давать согласие на неограниченное временное применение ДЭХ. Правительство Германии, например, может давать согласие на неограниченное временное применение международного договора, если такой договор не требует одобрения парламента согласно Статье 59(2) Конституции Германии:

«Со стороны Германии, согласие на неограниченное временное применение международного договора может в принципе предоставляться, только если такой международный договор не требует одобрения парламента в соответствии со Статьей 59(2) Конституции Германии (*Grundgesetz*) или какой-либо иной процедуры внутренней имплементации. В противном случае, временное применение нарушает исключительную компетенцию законодательной власти. [...] Этот вопрос тесно связан с вопросом о необходимости принятия закона о предоставлении согласия парламента на международный договор (закон о международных договорах

¹⁶⁸ См., Австрия, Национальная ассамблея, Законопроект Правительства № 56, Отчет Комитета, стр. 143 (Приложение R-10): «Это широко направленное конституционное и правовое изъятие позволило Австрии, Италии, Люксембургу, Португалии, Румынии и Турции заявить, что в соответствии со Статьей 45(1) ДЭХ они не могут по конституционным причинам применять Договор на временной основе. Австрия сделала заявление об этом при подписании Договора к Энергетической хартии. В результате до настоящего времени Договор не применялся на временной основе в Австрии[.]» [Неофициальный перевод]; Люксембург, Законопроект об утверждении Заключительного акта Конференции по Европейской Энергетической хартии и Приложений к ней, подписанных в Лиссабоне, 17 декабря 1994 г., № 4130, Палата депутатов, Очередная сессия 1995-1996 гг., стр. 3 (Приложение R-11): «Договор содержит оговорку, предусматривающую, что он подлежит временному применению с даты его подписания (17 декабря 1994 г.) в той мере, в которой это допускается Конституцией, законами или нормативными актами подписывающих сторон. Поскольку этот Договор принимается на основании Статьи 37 Конституции Великого Герцогства Люксембург, он не будет временно применяться в Люксембурге до его надлежашей ратификации». [Неофициальный перевод]

¹⁶⁹ Подписывающие стороны Договора к Энергетической хартии, сделавшие заявление о том, что они не могут принять на себя обязательства по временному применению Договора в соответствии со Статьей 45(2)(а): Тексты заявлений (Приложение R-372).

(*Vertragsgesetz*): в той степени, в которой положения такого международного договора требуют выполнения вышеуказанного требования, они, в принципе, не подлежат временному применению. Согласие на временное применение международного договора может в таких случаях даваться, только если оно будет зависеть от одностороннего заявления о том, что были выполнены внутренние требования для временного применения, или если достигается соглашение о том, что временное применение возможно лишь в рамках национального права.¹⁷⁰

159. Как доказала Российская Федерация посредством экспертных заключений, поданных на рассмотрение Третейского суда, Правительства Франции, Германии и Финляндии, чьи национальные правовые системы не запрещают *само по себе* временное применение,¹⁷¹ не дали бы согласия на временное применение ДЭХ, если бы такое временное применение не ограничивалось теми положениями международного договора, которые соответствовали их национальному законодательству.¹⁷² Третейский суд не учел эти неоспоренные заключения экспертов, просто указав, что

«Ответчик, однако, не предоставил никаких доказательств того, что Франция, Финляндия или Германия предоставили своим партнерам по соглашению, в момент согласования Договора, заверение о том, что, согласно их пониманию, Статья 45(1) означала, что они могли в любой момент сослаться на это положение для того, чтобы выявить для исключения отдельные положения ДЭХ, которые «противоречили» их национальному праву».¹⁷³

160. Заключение Третейского суда ошибочно. К примеру, Финляндия просто истолковала Статью 45(1) ДЭХ как требующую временного применения, только «*в той мере, в которой положения международного договора не противоречат законодательству*

¹⁷⁰ AUSWÄRTIGES AMT, Richtlinien für die Behandlung völkerrechtlicher Verträge – Entwurf 2014 (Федеральное министерство иностранных дел ФРГ, Руководство по применению международных договоров – Проект 2014 г.), по состоянию на 19 февраля 2014 г., стр. 27 (Приложение RF-29). [Неофициальный перевод] См. также AUSWÄRTIGES AMT, Richtlinien für die Behandlung völkerrechtlicher Verträge – Neufassung 2004 (Федеральное министерство иностранных дел ФРГ, Руководство по применению международных договоров – Новая редакция 2004 г.), стр. 26, п. 4 (Приложение RF-30).

¹⁷¹ Правовое заключение А. Пелле касательно временного применения международных договоров в соответствии с французским конституционным правом (на примере Договора к Энергетической хартии) (13 декабря 2006 г.) («Экспертное заключение Пелле»), пп. 23-27; Экспертное заключение М. Коскенньеми касательно временного применения международных договоров в контексте финского конституционного права, в частности, в отношении Договора к Энергетической хартии (27 октября 2006 г.) («Экспертное заключение Коскенньеми»), пп. 23-24; Экспертное заключение Г. Нольте касательно временного применения Статьи 26 Договора к Энергетической хартии с точки зрения международного и немецкого конституционного права (31 октября 2006 г.), («Экспертное заключение Нольте»), пп. 37-38.

¹⁷² Экспертное заключение Пелле, п. 27: «Когда речь заходит о Договоре к Энергетической хартии, представляется бесспорным, что Франция не может применять на временной основе статьи международного договора, которые: имеют законодательную природу; или касаются обязательств в отношении финансов Государства; или даже тех, которые касаются создания международной организации, без одобрения законодательной власти»; Экспертное заключение Коскенньеми, пп. 39(3) и (5): «Решение о временном применении [ДЭХ] принималось при четком понимании того, что такое временное применение будет осуществляться в рамках конституции и иного законодательства Финляндии, [...] Решение [Президента Финляндии] о временном применении прямо указывало на то, что ряд положений ДЭХ имели «законодательную природу». Согласно последней конституционной практике в Финляндии, непосредственным последствием этого является также включение положений о разрешении споров в число положений, которые требуют одобрения парламента, и, таким образом, не подлежат временному применению»; Экспертное заключение Нольте, п. 65: «Немецкое конституционное право не допускает временного применения механизма арбитража в Статье 26 ДЭХ без специального утверждения в рамках законодательной деятельности парламента. Поскольку Статья 45(1) ДЭХ предусматривает учет национальных правовых препятствий, такой подход соответствует режиму временного применения ДЭХ».

¹⁷³ Промежуточное арбитражное решение HUL, п. 324.

подписывающих сторон». ¹⁷⁴ В отношении конкретного обязательства подписывающих сторон выплачивать взносы на покрытие расходов Секретариата Энергетической хартии, Министерство иностранных дел Финляндии в своем меморандуме от ноября 1994 г. заявило:

«Что касается временного применения Договора, то Финляндия не может применять подпункт 3 Статьи 37 касательно расходов Секретариата, ввиду положений, касающихся бюджетных полномочий Парламента Финляндии. Эта процедура допустима в соответствии со Статьей 45(1) Договора и не требует отдельного уведомления». ¹⁷⁵

161. Финская практика совпадает с позицией Европейского сообщества, которое само является стороной ДЭХ, и каждого из его Государств-членов, которые также являются сторонами ДЭХ. Совместное заявление по Статье 45 ДЭХ Совета и Комиссии Европейских сообществ и на тот момент двенадцати Государств-членов Европейского сообщества, («Совместное заявление Европейского сообщества 1994 года»), ¹⁷⁶ которое было одобрено 15-16 декабря 1994 г. на заседании Совета Европейского союза, на котором было принято решение Европейского сообщества применять ДЭХ на временной основе, ¹⁷⁷ указывает:

«Совет, Комиссия и Государства-члены соглашаются о следующем заявлении:

Статья 45(1) Договора к Европейской Энергетической хартии должна толковаться как определяющая условия и пределы временного применения ДЭХ Подписывающими сторонами:

(а) она не создает каких-либо обязательств помимо тех, которые совместимы с существующим внутренним правопорядком Подписывающих сторон;

(б) на основании настоящего толкования Статьи 45(1) ДЭХ, Подписывающая сторона не обязана делать заявление о неприменении, предусмотренное Статьей 45(2) ДЭХ;

(с) настоящее толкование позволяет Сообществу ограничить временное применение вопросами, подпадающими под его компетенцию.» ¹⁷⁸

¹⁷⁴ Предложение Правительства Финляндии Парламенту касательно ратификации ДЭХ, п. 4.1 (Приложение RF-31). [выделение добавлено]

¹⁷⁵ Меморандум Министерства иностранных дел Финляндии (22 ноября 1994 г.), стр. 5 (Приложение RF-32) [выделение добавлено].

¹⁷⁶ Справка по пункту «А» Комитета постоянных представителей в Совете Европейского союза, Док-т № 12165/94, Приложение 1 (14 декабря 1994 г.), стр. 3 (Приложение R-352).

¹⁷⁷ Одобрение Советом Европейского союза Пунктов списка «А», Док-т № 6418/95 (7 апреля 1995 г.), стр. 1 (Приложение R-353), утверждающее Проект протокола 1817-го заседания Совета (Окружающая среда) (15-16 декабря 1994 г.), Док-т № 11980/94 (Приложение R-354), который, в свою очередь, утверждал Пункты списка «А», включая Справку по пункту «А», указанную выше.

¹⁷⁸ Совместное заявление ЕС 1994 года, *цит.* (Приложение R-352).

162. Европейское сообщество, таким образом, сослалось на Ограничительную оговорку в Статье 45(1) ДЭХ для ограничения сферы временного применения ДЭХ теми положениями, которые входили в его компетенцию, такими как торговые положения, исключив применение остальных положений международного договора, которые (на тот момент) входили в компетенцию Государств-членов Европейского сообщества, таких как положение о защите инвесторов. Государства-члены Европейского сообщества, в свою очередь, применили Ограничительную оговорку для ограничения временного применения ими ДЭХ теми положениями, которые были в рамках их компетенции, а также положениями, которые по иным причинам не противоречили их внутренним правовым порядкам.
163. Соответственно, Коммюнике от Комиссии Совету и Европейскому Парламенту о подписании ДЭХ и его временном применении Европейскими сообществами гласит:

«Договор вступает в силу после ратификации его тридцатью подписывающими сторонами. До тех пор, положение о временном применении Договора подписывающими сторонами действует только в той мере, в которой это допускается их конституциями, законами или нормативными актами».¹⁷⁹

164. Когда Совет Европейского союза одобрил поправку в положения ДЭХ относительно торговли 13 июля 1998 г., он описал временное применение ДЭХ в прошлом и в будущем следующим образом:

«Поскольку с даты его подписания Договор к Энергетической хартии применялся по мере возможности, на временной основе, и будет продолжать таким образом применяться по мере возможности теми подписывающими сторонами, которые еще не ратифицировали Договор[.]»¹⁸⁰

165. Третейский суд в корне неверно понял природу и абсолютно неправильно истолковал содержание Совместного заявления Европейского сообщества 1994 года. В первую очередь, Третейский суд не понял, что Совместное заявление Европейского сообщества 1994 года являлось совместным заявлением Европейского сообщества и его Государств-членов, и, соответственно, содержит толкование Статьи 45(1) ДЭХ со стороны Европейского сообщества и (на тот момент) двенадцати Государств-членов Европейского сообщества: Бельгии, Дании, Франции, Германии, Греции, Ирландии, Италии, Люксембурга, Нидерландов, Португалии, Испании и Великобритании. Вместо

¹⁷⁹ Европейская Комиссия, Коммюнике Комиссии Совету и Европейскому Парламенту касательно подписания и временного применения Европейскими сообществами Договора к Европейской Энергетической хартии, (21 сентября 1994 г.), Приложение, стр. 6 (Приложение RF-33) [выделение добавлено].

¹⁸⁰ Решение Совета от 13 июля 1998 г. об утверждении текста поправки в положения Договора к Энергетической хартии, относящиеся к торговле, и его временном применении, согласованном на Конференции по Европейской Энергетической хартии и Международной конференции Подписывающих сторон Договора к Энергетической хартии, 98/537/ЕС, L 252/21 (Приложение RF-34) [выделение добавлено].

этого Третейский суд посчитал Совместное заявление Европейского сообщества 1994 года заявлением одной подписывающей стороны, Европейского сообщества, а не тринадцати подписывающих сторон, и на этом основании заключил, что «преобладающая практика Государств» поддерживает его подход «все или ничего» к Ограничительной оговорке.¹⁸¹ Напротив, в Совместном заявлении Европейского сообщества 1994 года каждое из двенадцати Государств-членов ЕС заявило, что, согласно Статье 45(1) ДЭХ, временное применение ДЭХ ограничивается теми положениями договора, которые не создают обязательств «помимо тех, которые совместимы с существующим внутренним правом Подписывающих сторон».¹⁸²

166. Третейский суд также ошибочно заключил, что Совместное заявление Европейского сообщества 1994 года «не указывает, и не может толковаться как означающее, что ряд элементов ДЭХ не будут временно применяться Европейским сообществом, поскольку они противоречат внутреннему правопорядку Сообщества».¹⁸³ По мнению Третейского суда, Совместное заявление Европейского сообщества 1994 года является «не столько примером частичного временного применения ДЭХ ввиду противоречия правопорядку Европейского сообщества, сколько примером ограниченной компетенции Европейского сообщества в отношении временного применения ДЭХ в целом».¹⁸⁴
167. Европейское сообщество и его Государства-члены, тем не менее, подписали ДЭХ в целом. С точки зрения права Европейского сообщества, предмет ДЭХ подпадал под компетенцию как Европейского сообщества, так и его Государств-членов, и, таким образом, соответствовал критериям «смешанного соглашения»,¹⁸⁵ требующего одобрения временного применения (а впоследствии также ратификации) со стороны компетентных органов как Европейского сообщества, так и Государств-членов ЕС.¹⁸⁶
168. ДЭХ не содержит положений касательно разделения компетенции между Европейским сообществом и Государствами-членами Европейского сообщества. Это разделение, таким образом, является – по словам Европейского суда правосудия – «внутренним вопросом»,¹⁸⁷ или – пользуясь выражением Генерального адвоката Тезауро – «чисто

¹⁸¹ Промежуточное арбитражное решение NUL, п. 327.

¹⁸² Совместное заявление ЕС 1994 года, *цит.* (Приложение R-352).

¹⁸³ Промежуточное арбитражное решение, п. 327. [Английская цитата в голландском тексте опущена]

¹⁸⁴ Там же. [Английская цитата в голландском тексте опущена]

¹⁸⁵ С.м. П. Эжхоут, ВНЕШНИЕ ОТНОШЕНИЯ ЕВРОПЕЙСКОГО СОЮЗА – ПРАВОВЫЕ И КОНСТИТУЦИОННЫЕ ОСНОВЫ (2004 г.), стр. 190 (Приложение RF-35). [Английская цитата в голландском тексте опущена]

¹⁸⁶ Там же, стр. 218-219.

¹⁸⁷ Суд Европейских сообществ, Определение № 1/78, вынесенное на основании третьего абзаца Статьи 103 Договора об учреждении ЕврАзЭС (14 ноября 1978 г.), п. 35 (Приложение RF-36): «Также важно указать, что, как верно заметила Комиссия, не обязательно устанавливать и определять, в том, что касается других сторон конвенции, разделение

внутренним вопросом» для Европейского сообщества и его Государств-членов.¹⁸⁸ Таким образом, ни Европейское сообщество, ни его Государства-члены не могли по отношению к подписывающим сторонам, не являющимся Государствами-членами Европейского сообщества, ссылаться на факт отсутствия у них компетенции на применение определенных частей ДЭХ по отношению к подписывающим сторонам, согласно договорам об учреждении или принятым в их исполнение актам Сообщества. Ограничительная оговорка позволяла Европейскому сообществу и его Государствам-членам временно применять ДЭХ таким образом, который соответствовал правопорядку ЕС.

169. Не приняв во внимание указанные свидетельства из практики множества подписывающих сторон, которая говорит в пользу толкования, предложенного Российской Федерацией, Третейский суд основал свой подход на предположительной *«преобладающей практике Государств»*. Эта *«преобладающая практика»* состояла исключительно из заявлений шести подписывающих сторон, которые были разделены на два списка, подготовленных Секретариатом Конференции по Европейской Энергетической хартии в период переговоров по ДЭХ *«для отслеживания намерений подписывающих сторон»*,¹⁸⁹ и включены в категорию Государств *«которые не будут временно применять Договор в соответствии со Статьей 45(1)»*.¹⁹⁰ Не существует свидетельств того, что какие-либо из этих подписывающих сторон полагали, что Ограничительная оговорка Статьи 45(1) ДЭХ распространяется лишь на один вид противоречий, а именно, запрета временного применения как такового. В действительности, Италия, одно из государств-подписантов, классифицированных как отказавшиеся от временного применения ДЭХ в соответствии со Статьей 45(1) ДЭХ, заявила обратное. В письме в адрес Генерального секретаря Конференции по Европейской Энергетической хартии, Италия сослалась на Государства, согласившиеся

полномочий в этом отношении между Сообществом и Государствами-членами, в частности, ввиду того, что со временем оно может измениться. Достаточно указать для остальных договаривающихся сторон, что вопрос затрагивает разделение полномочий в рамках Сообщества, при этом понимается, что сама природа такого разделения является внутренним вопросом, в который нет нужды вмешиваться третьим сторонам». [выделение добавлено]

¹⁸⁸ *Hermes International v. FHT Marketing*, Дело Суда ЕС, № С-53/96, Заключение Генерального адвоката Тезауро, [1998 г.] ECR I-3603, п. 14 (Приложение RF-37): «[...] нельзя забывать, что и Сообщество, и Государства-члены подписали соглашение о ВТО и, таким образом, являются подписывающими сторонами по отношению к подписывающим государствам, не являющимся Государствами-членами. И хотя одобрение таких соглашений от лица Сообщества действительно ограничивается «вопросами его компетенции», также справедливо отметить, что Заключительный акт и Соглашение о создании ВТО не содержат положений о компетенции, и Сообщество и его Государства-члены указываются в качестве изначальных участников с равным положением. В таких обстоятельствах необходимо признать, что Государства-члены и Сообщество составляют, по отношению к подписывающим государствам, не являющимся Государствами-членами, единую договаривающуюся сторону, или, по крайней мере, договаривающиеся стороны, несущие равную ответственность в случае невыполнения соглашения. Это явно означает, что в таком случае, разделение компетенции является чисто внутренним вопросом». [выделение добавлено]

¹⁸⁹ Промежуточное арбитражное решение HUL, п. 322. [Английская цитата в голландском тексте опущена]

¹⁹⁰ Секретариат Конференции по Европейской Энергетической хартии, Документ № 41/94 – КОНФ 114 (19 декабря 1994 г.) (Приложение С-1003); Обновление – позиция от 1 марта 1995 г., Перечень подписывающих сторон (Приложение С-1004) [Английская цитата в голландском тексте опущена]; Промежуточное арбитражное решение HUL, пп. 321-322, 327.

на временное применение ДЭХ согласно Статье 45(1) ДЭХ, включив Государства, «которые временно применяют хотя бы какую-нибудь часть Договора».¹⁹¹

170. Вопреки заключениям Третейского суда, практика Государств, таким образом, явно свидетельствует о том, что подписывающие стороны понимали Ограничительную оговорку Статьи 45(1) ДЭХ как распространяющуюся на конкретные противоречия их конституциям, законам и нормативным актам, и применяли ДЭХ на временной основе только в той степени, в которой отдельные положения договора не противоречили их конституциям, законам или нормативным актам.

(b)(vi) Подготовительные материалы к ДЭХ

171. Третейский суд не учел подготовительные материалы к ДЭХ, указав, что «[в] свете [его] заключения о толковании Статьи 45(1)», он «не считает необходимым рассматривать» их.¹⁹² Третейский суд, таким образом, не учел ряд документов, которые недвусмысленно подтверждают, что Государства, которые согласовали текст ДЭХ, понимали Ограничительную оговорку как распространяющуюся на противоречия конкретных положений международного договора конституции, законам и нормативным актам подписывающей стороны. К примеру, представитель США разъяснил на пленарном заседании в декабре 1993 года, что Соединенные Штаты считали, что Ограничительная оговорка предусматривает частичное временное применение:

«[М]ы, как я вновь повторяю, не испытываем никаких затруднений с временным применением, в принципе, в случаях, в которых временное применение было бы правомерным и в которых нормы касательно временного применения ясно свидетельствуют о том, что страна, временно применяющая Соглашение, тем не менее, не обязана, с точки зрения права, с точки зрения международного права, воздерживаться, к примеру, от внесения поправок в ее законодательство, или от других мер, которые, если бы Договор применялся такой страной, противоречили бы ему».¹⁹³

172. В январе 1994 г. Япония заявила в письме в адрес Секретариата Энергетической Хартии:

«Согласно настоящему проекту, временное применение означает «временное применение в той степени, в которой такое временное применение не противоречит законам и конституционным требованиям». Это, иначе говоря, означает, что степень, в которой настоящий Договор применяется, будет

¹⁹¹ Письмо от Постоянного представителя Италии в адрес Генерального секретаря Конференции по Европейской Энергетической хартии (1 сентября 1994 г.) (Приложение С-1012): «Рад сообщить Вам, что государственные органы моей страны согласны с тем, что включение Приложения РА необходимо только для определенных Государств, которые временно применяют хотя бы какую-нибудь часть Договора». [выделение добавлено]

¹⁹² Промежуточное арбитражное решение NUL, п. 328.

¹⁹³ Сессия от 14 декабря 1993 г. (Представитель США) (Приложение С-924), стр. 4 [выделение добавлено].

отличаться для различных стран согласно их конституциям и законодательству».¹⁹⁴

173. Впоследствии, на пленарном заседании в марте 1994 г., проект Ограничительной оговорки был дополнен термином «*нормативные акты*», подтверждая, что оговорка распространяется даже на «*относительно незначительные препятствия*», а не только на запрет временного применения как таковой. В ответ на вопрос г-на Клайва Джонса, Генерального секретаря Конференции по Европейской Энергетической хартии, касательно добавления «*нормативных актов*», г-н Бамбергер, Председатель комитета по правовым консультациям Конференции по Европейской Энергетической хартии, пояснил последствия такого добавления следующим образом:

«[П]оследствие заключается в предположении о том, что относительно незначительные препятствия в форме нормативных актов, независимо от того, какими незначительными они могут быть, могут стать обстоятельствами отказа от временного применения Договора, хотя в действительности такие нормативные акты могли бы быть приведены в соответствие с ним без существенных усилий».¹⁹⁵

(b)(vii) *Мотивировка Третейского суда*

174. В поддержку его подхода «*все или ничего*», Третейский суд сослался на единственное арбитражное решение, решение по делу *Kardassopoulos v. Georgia*, и одного комментатора. Решение по делу *Kardassopoulos* было вынесено третейским судом под председательством г-на Фортье, Председателя в рамках настоящих Арбитражных разбирательств, незадолго до слушания по вопросу о юрисдикции.¹⁹⁶
175. Комментарий, процитированный Третейским судом, «Принятие и реализация государствами международных договорных обязательств» профессора Осминина, не относится к делу. Утверждение профессора Осминина о том, что «[p]ежим временного применения предполагает, что обязательства, возникающие из временно применяемого международного договора, будут исполняться в полном объеме», не подтверждает заключения Третейского суда. Профессор Осминин не анализирует временное применение, которое, подобно Статье 45 ДЭХ, содержит Ограничительную оговорку.¹⁹⁷

¹⁹⁴ Письмо от дипломатической миссии Японии при Европейских сообществах в адрес Секретариата Энергетической хартии (20 января 1994 г.), стр. 2 (Приложение R-843). [выделение добавлено]

¹⁹⁵ Сессия от 7 марта 1994 г. (г-н Крейг Бамбергер), стр. 11-12 (Приложение C-924).

¹⁹⁶ *Ioannis Kardassopoulos v. The Republic of Georgia*, Дело МЦУИС № ARB/05/18, Решение по вопросу о юрисдикции от 6 июля 2007 г. (Приложение RME-994).

¹⁹⁷ Б.И. Осминин, Принятие и реализация государствами международных договорных обязательств (2006 г.), стр. 319 (Приложение C-267).

176. Третейский суд полностью проигнорировал устные показания единственных свидетелей по вопросам факта, которые участвовали в Арбитражных разбирательствах и были непосредственно вовлечены в подготовку Статьи 45(1) ДЭХ – г-на Сидни Фриментла, бывшего Главу Подразделения по международной энергетике при Министерстве торговли и промышленности Великобритании и Председателя Рабочей группы, которая подготовила первый проект ДЭХ и где велась большая часть переговоров по ДЭХ, и г-на Анатолия Мартынова, бывшего Главу Департамента права и международных договоров при Министерстве внешних экономических связей РФ, а также члена российской делегации на переговорах по заключению ДЭХ. Оба подтвердили, что Ограничительная оговорка в Статье 45(1) ДЭХ предполагалась как распространяющаяся на противоречия отдельных положений международного договора конституции, законам и нормативным актам подписывающих сторон.¹⁹⁸
177. Третейский суд также проигнорировал позицию представителей власти, которые прямо подтвердили распространение Ограничительной оговорки на противоречия конкретных положений международного договора конституции, законам или нормативным актам подписывающей стороны. К примеру, Министр Великобритании по иностранным делам и по делам Содружества, когда в 2006 году в Палате общин ему был задан вопрос *«какую оценку Правительство дало тому, соответствует ли практика Российской Федерации стандартам Договора к Энергетической хартии»*,¹⁹⁹ указал:

«Обязательства, возложенные Договором к Энергетической хартии (ДЭХ) на государство-подписанта, зависят от того, ратифицировало ли оно договор, применяет его временно или отказалось от временного применения. Российская Федерация не ратифицировала Договор, однако согласилась на временное применение в соответствии со Статьей 45 Договора. Это возлагает ряд обязательств на Российскую Федерацию, однако лишь в той степени, в которой такое временное применение не противоречит ее конституции, законам или нормативным актам».²⁰⁰

178. Описание обязательств Российской Федерации в соответствии с ДЭХ, данное Секретариатом Энергетической Хартии, соответствует этой позиции:

«Россия подписала Договор к Энергетической хартии в 1994 году и приняла обязательство по временному применению Договора до его ратификации. Это означает, что Россия согласилась применять положения Договора в той

¹⁹⁸ Заключение Фриментла, пп. 32-52; Заключение А. Мартынова касательно временного применения Договора к Энергетической хартии (14 декабря 2006 г.) («Заключение Мартынова»), пп. 4-6.

¹⁹⁹ [Английская цитата в голландском тексте опущена]

²⁰⁰ Письменные Ответы Палаты Общин, часть 3, колонка 1045 W и послед. (7 февраля 2006 г.), 1 (Приложение R-365). [выделение добавлено]

степени, в которой они соответствуют российской конституции, законам и нормативным актам».²⁰¹

179. Третейский суд также проигнорировал две статьи г-на Крейга Бамбергера, Председателя правового консультативного комитета при Конференции по Европейской Энергетической хартии, в котором обсуждались положения ДЭХ (Конференция по Энергетической хартии). В его первой статье, опубликованной в 2006 году, но распространенной в частном порядке г-ном Бамбергером во время ее составления в 1995 и 1996 гг.,²⁰² он обсуждает временное применение положений ДЭХ по разрешению споров в спорах о транзите электроэнергии. В статье делается вывод о том, что действие и эффективность механизма урегулирования споров о транзите, в том числе третейских разбирательств в соответствии со Статьей 27 ДЭХ, зависит от соответствия этого механизма внутреннему законодательству каждой подписавшей стороны.²⁰³ В отсутствие добровольного обязательства подписавшей стороны ДЭХ на разрешение международных споров, *«степень обязательства [Государства] по временному применению может оцениваться исключительно для каждого конкретного случая»*,²⁰⁴ – то есть, путем отсылки к конституции, законам и нормативным актам Государства. Г-н Бамбергер мог сослаться на «степень» обязательства подписавшей стороны по временному применению, только если он придерживался взгляда о том, что это обязательство зависело от того, применяла ли подписавшая сторона некоторые – но не все – положения ДЭХ.
180. В его второй статье, впервые представленной на конференции в марте 1996 года, г-н Бамбергер обсуждал ряд политических соображений, возникший в связи с временным применением ДЭХ и, в частности, временным применением Договора Российской Федерацией:

«Так, может стать важным прояснить разницу между обязательствами, которые должны быть выполнены подписавшей стороной, для которой Договор вступил в силу, и стороной, которая применяет Договор на временной основе, значение обязательств по отношению к их соответствующим инвесторам, а также степени, в которой эти правоотношения подпадают под механизмы разрешения споров, предусмотренные Договором. Если ратификация такими значимыми

²⁰¹ Годовой Отчет Секретариата Энергетической Хартии (2006) 9 (Приложение С-1038). [выделение добавлено].

²⁰² К.С. Бамбергер, Арбитражные аспекты согласительных процедур в отношении транзитных споров по Договору к Энергетической хартии, 3 TDM (апрель 2006 г.), Предисловие (Приложение R-866).

²⁰³ Бамбергер, указ. соч., стр. 16 (Приложение R-866): «В государствах, где перед законодательной ветвью государственной власти не ставился вопрос о предоставлении своего согласия на временное применение, такое обязательство часто опирается на фактические или подразумеваемые полномочия исполнительной власти, объем которых может быть неясен, что может быть особенно проблематичным в том, что касается принятия международным судом юридически обязательного решения по спорам о внутренних делах». [выделение добавлено]

²⁰⁴ Бамбергер, указ. соч., стр. 19 (Приложение R-866).

странами, как Российская Федерация, будет задерживаться, то политическое мастерство лидеров Конференции [по Энергетической хартии] и ее Секретариата может оказаться столь же важным для успеха Договора, как и права и обязательства по нему.»²⁰⁵

181. Здесь г-н Бамбергер признал *политическое* значение уточнения «*степени, в которой*» правоотношения между инвесторами и подписывающей стороной ДЭХ «*подпадают под механизмы разрешения споров, предусмотренные Договором*». При этом он использовал формулировку «в той степени», которая предусмотрена Статьей 45, и допустил, вопреки заключению Третьей инстанции, что подписавшая сторона Договора может – или может решить не – применять Статью 26 ДЭХ на временной основе. В качестве примера подписавших сторон Договора, которые он имел в виду, г-н Бамбергер отметил, что возможная задержка ратификации ДЭХ Российской Федерацией могла создать *политические* трудности. Политические соображения г-на Бамбергера могли возникнуть, только если бы Российская Федерация не применяла механизмы разрешения споров по ДЭХ на временной основе и имела место задержка в ратификации Российской Федерацией ДЭХ.
182. В статьях г-на Бамбергера излагаются как его мнения по вопросам права, так и его политические соображения. Что касается вопросов права, то главный правовой консультант Конференции по Энергетической хартии придерживался мнения о том, что (а) ДЭХ должен был применяться подписавшей стороной ДЭХ только в той степени, в которой его конкретные положения соответствовали ее конституции, законам и нормативным актам, и (б) временное применение механизмов разрешения споров, предусмотренных ДЭХ, было особенно проблематичным, учитывая отсутствие законодательно установленных полномочий по разрешению споров по внутригосударственным вопросам на международном уровне. Он также был озабочен тем, что, с точки зрения политики, успех ДЭХ будет оставаться сомнительным, пока важные подписывающие стороны, такие как Российская Федерация (определенно крупнейший экспортер нефти из всех подписывающих сторон), не ратифицируют ДЭХ, поскольку Российская Федерация не будет временно применять механизмы разрешения споров по ДЭХ.
183. Истцы привлекли г-на Бамбергера в качестве консультанта, а затем решили не приглашать его для дачи устных показаний в рамках Арбитражных разбирательств, вне всяких сомнений, поскольку его взгляды, отраженные в его статьях, поддержали бы позицию Российской Федерации касательно Ограничительной оговорки. Поступив таким

²⁰⁵ К.С. Бамбергер, Эпилог: Договор к Энергетической хартии как незавершенный труд, в Договор к Энергетической хартии – Путь для инвестиций и торговли между востоком и западом (под ред. Т. Вельде, 1996 г.), стр. 602 (Приложение RF-38). [выделение добавлено]

образом, Истцы лишили Третейский суд преимущества по заслушиванию устных показания г-на Бамбергера – на что Российская Федерация обратила внимание Третейского суда в ходе Слушания по вопросам юрисдикции и допустимости иска.²⁰⁶ Согласно Регламенту ЮНСИТРАЛ и процессуальным правилам, принятым для целей Арбитражных разбирательств, Российская Федерация также не имела права вызвать г-на Бамбергера для перекрестного допроса, поскольку Истцы не подали подготовленное им письменное заключение.²⁰⁷

184. В поддержку своего мнения о том, что ДЭХ должен временно применяться в целом, Третейский суд сделал вывод о том, что Российская Федерация *«не может во время рассмотрения этих разбирательств заявлять о преимуществах временного применения ДЭХ, при этом отрицая обязательства, которые накладывает этот статус»*.²⁰⁸ Это утверждение также основано на фундаментальном непонимании действия Энергетической хартии.

185. *«Преимуществами»*, якобы заявленными Российской Федерацией, являлись ее членство в Конференции по Европейской Энергетической хартии, ее участие в заседаниях Конференции по Европейской Энергетической хартии и в пересмотре ДЭХ, осуществляемом каждые пять лет, предусмотренном в Статье 34(7) ДЭХ, а также тот факт, что заместитель Генерального секретаря Секретариата Энергетической хартии был (на тот момент) гражданином России.²⁰⁹ Тем не менее, ничто из этого не является *«преимуществом временного применения»*. В соответствии с Правилами Процедур Конференции по Европейской Энергетической хартии, каждая подписывающая сторона, независимо от того, применяет ли она ДЭХ на временной основе, или нет, автоматически является членом Конференции по Европейской Энергетической хартии.²¹⁰ Кроме того, Правила и положения о персонале Секретариата Энергетической хартии прямо предусматривают, что граждане любой страны, подписавшей ДЭХ, имеют право на назначение на руководящие должности в Секретариате, такие, как должность

²⁰⁶ Слушание по вопросам юрисдикции и допустимости иска, День 10 (1 декабря 2008 г.), 72:5-73:8.

²⁰⁷ См. Арбитражный регламент ЮНСИТРАЛ 1976 года, Ст. 25 (Приложение RF-39); см. также Процессуальный приказ № 1 (8 ноября 2005 г.), пп. 1-2 (требующий подачи свидетельских показаний вместе с меморандумами сторон); Процессуальное слушание (31 октября 2005 г.), 87:8-11 (Сумма вознаграждения Арбитрам) (где указывается, что устные свидетельские показания в режиме реального времени предоставляться не будут и что каждая сторона самостоятельно решит, кого из свидетелей противной стороны, представивших письменные показания, она желает вызвать для перекрестного допроса).

²⁰⁸ Промежуточное арбитражное решение HUL, п. 390. [Английская цитата в голландском тексте опущена]

²⁰⁹ Там же.

²¹⁰ См. Правила Процедуры Временной Конференции по Энергетической Хартии от 28 февраля, 1996 (CC 53 Corr. 2) *цит. по* Решению о Конференции по Европейской Энергетической хартии (22-23 ноября, 1995 г.) (CCDEC 1995 30 GEN) (Приложение RF-40), например, Правила 1, 4, 9, 14, 17-18, 20.

заместителя Генерального секретаря.²¹¹ Например, Норвегия – государство, подписавшее ДЭХ, которое не применяет ДЭХ на временной основе²¹² – не только является членом Конференции по Европейской Энергетической хартии,²¹³ но и в настоящее время Вице-председатель Конференции по Европейской Энергетической хартии и Председатель Стратегической группы является гражданином Норвегии.²¹⁴

(b)(viii) Заключение

186. В заключение, подход Третьего суда «все или ничего» (а) идет вразрез с обычным контекстуальным значением терминов Ограничительной оговорки, с практикой подписавших Договор сторон в области толкования и применения Статьи 45(1) ДЭХ и подготовительными материалами по ДЭХ; (b) несовместим с самой целью ограничительных оговорок.; (c) основан на в корне ошибочном понимании права международных договоров, права ЕС и процесса заключения Энергетической хартии; и (d) расходится с источниками, которые Третейский суд попросту не учел.

(c) Передача требований Истцов на рассмотрение в третейский суд в соответствии со Статьей 26 ДЭХ противоречит Конституции, законам и нормативным актам Российской Федерации

187. Установив, что Российская Федерация не имеет права ссылаться на несоответствие Статьи 26 ДЭХ своему внутреннему законодательству, так как принцип временного применения известен российскому законодательству, Третейский суд сделал попутное высказывание, не ставшее основанием резолютивной части решения (*obiter dictum*), что передача спора в третейский суд в соответствии со Статьей 26 ДЭХ не противоречит российскому законодательству.²¹⁵ Попутное высказывание Третьего суда, не ставшее основанием резолютивной части решения (*obiter dictum*), основано на принципиально неверном и ничем не подкрепленном толковании российского права, которое в большинстве случаев опирается исключительно на представление Третьего суда о конкретных терминах или пунктах переводов ряда законов Российской Федерации. Это представление не учитывает контекст конкретных терминов, которыми Третейский суд обосновал свое попутное высказывание, не ставшее основанием резолютивной части

²¹¹ См. Секретариат Энергетической Хартии, Правила и положения о персонале, Правило 8.1, *цит. по* Решению о Конференции по Европейской Энергетической хартии от 29 июня 2000 года (CCDEC 2000 2 GEN), сноска 3 (Приложение RF-41): «Человек не может быть назначен в качестве должностного лица, если он или она не является гражданином одной из Договаривающейся Сторон или Страны-Участника».

²¹² Подписывающие стороны Договора к Энергетической хартии, сделавшие заявление о том, что они не принимают обязательство относительно временного применения Договора в соответствии со Статьей 45(2)(а): Тексты заявлений (Приложение R-372).

²¹³ Сайт Договора к Энергетической Хартии, «Члены и наблюдатели» (Приложение RF-42).

²¹⁴ Решение Конференции по Европейской Энергетической хартии (6 декабря 2013 г.) (CCDEC 2013 24 APP) (Приложение RF-43).

²¹⁵ Промежуточное арбитражное решение HUL, п. 370.

решения (*obiter dictum*), а также экспертные заключения и российские правовые источники, представленные Российской Федерацией, которые противоречат заключениям Третейского суда.

188. Как указано выше, Ограничительная оговорка в Статье 45(1) ДЭХ охватывает три типа противоречий внутреннему законодательству, а именно, противоречия конституции подписавшей стороны, законам подписавшей стороны или нормативным актам подписавшей стороны. Рассмотрение настоящего спора посредством третейского разбирательства в соответствии со Статьей 26 ДЭХ противоречит (а) Конституции РФ, в частности, принципу разделения властей, и (б) российскому законодательству, в частности, российскому законодательству об арбитраже, а также гражданскому и арбитражному процессуальным кодексам, которые запрещают рассмотрение в третейских судах споров, связанных с действиями или бездействиями государства, а также российскому гражданскому и корпоративному праву, которое не уполномочивает акционеров подавать иски о взыскании убытков в связи с обесценением или утратой ими акций вследствие вреда, причиненного компании или ее руководству. Российская Федерация, таким образом, не давала согласия на рассмотрение данного спора третейским судом в соответствии со Статьей 26 ДЭХ в сочетании со Статьей 45(1) ДЭХ.
189. Временное применение Статьи 26 ДЭХ также противоречило бы законам многих других подписавших сторон ДЭХ, включая законы Франции, Германии и Финляндии, как подтверждают неоспоренные показания экспертов, поданные Российской Федерацией в рамках Арбитражных разбирательств.²¹⁶
190. Лица, участвовавшие в переговорах по заключению ДЭХ, пришли к тому же выводу. Г-н Бамбергер, Председатель правового консультативного комитета Конференции по Европейской Энергетической хартии, подчеркнул, что временное применение *«может быть особенно проблематичным в том, что касается принятия международным судом юридически обязательного решения по спорам о внутренних делах»*.²¹⁷ Г-н Фриментл, председатель Рабочей группы, которая подготовила первоначальный проект ДЭХ, свидетельствовал, что он *«ожидал, что несколько государств, если таковые вообще будут, будут применять статьи об арбитраже на временной основе»*.²¹⁸ Он также выразил эту точку зрения в факсе, отправленном Председателю пленарного заседания, Послу Раттену, в августе 1994 года, в котором он указал, что ему *«не было ясно, как*

²¹⁶ Экспертное Заключение Пелле, пп. 33-36; Экспертное Заключение Коскенниemi, пп. 26-30; Экспертное Заключение Нольте, пп. 50, 62-65.

²¹⁷ Бамбергер, указ. соч., стр. 16 (Приложение R-866). [Английская цитата в голландском тексте опущена]

²¹⁸ Заключение Фрементла, п. 34. [выделение добавлено] [Английская цитата в голландском тексте опущена]

пункт 1 настоящей статьи применяется к мерам, принятым на уровне ниже федерального, или к международным третейским разбирательствам» и что «большинство национальных и суб-национальных законов предусматривают, что споры в рамках этих законов должны быть переданы в местные суды, а не в международные третейские суды, если нет специального положения об обратном».²¹⁹ Г-н Фриментл свидетельствовал, и эти показания не были оспорены, что Председатель правового консультативного комитета, г-н Бамбергер, «не оспаривал это мнение».²²⁰

(с)(i) *Рассмотрение требований Истцов в третейском суде в соответствии со Статьей 26 ДЭХ противоречит Конституции РФ*

191. Конституция Российской Федерации 1993 года, которая в значительной степени соответствует международной конституционной практике,²²¹ основана на принципе разделения властей. В соответствии со Статьей 10:

«Государственная власть в Российской Федерации осуществляется на основе разделения на законодательную, исполнительную и судебную. Органы законодательной, исполнительной и судебной власти самостоятельны».²²²

192. Исполнительная власть осуществляется Правительством Российской Федерации.²²³ Правительство может действовать только на основании Конституции, федеральных законов и нормативных указов Президента.²²⁴

193. В контексте процесса принятия международного договора, принцип разделения властей требует принятия российским парламентом федеральных законов о ратификации международных договоров, которые изменяют или дополняют российское законодательство. В соответствии со Статьей 106(г) Конституции Российской Федерации, федеральные законы о «ратификации и денонсации международных договоров и соглашений Российской Федерации» должны быть приняты Государственной Думой (нижней палатой Федерального собрания) и подлежат обязательному рассмотрению Советом Федерации (верхней палатой Федерального собрания).²²⁵ Поскольку Конституция и Федеральный конституционный закон «О Правительстве Российской Федерации» запрещают Правительству вмешиваться в законодательные полномочия

²¹⁹ Заключение Фрементла, Приложение А. [Английская цитата в голландском тексте опущена]

²²⁰ Заключение Фрементла, п. 34. [Английская цитата в голландском тексте опущена]

²²¹ Комментарий к Конституции Российской Федерации (Постатейный) (под ред.) Л.А. Окунькова, (Приложение RF-44).

²²² Конституция Российской Федерации, Ст. 10 (Приложение R-163).

²²³ Там же, Ст. 110.

²²⁴ Там же, Ст. 115(1) и (3); Федеральный конституционный закон «О Правительстве Российской Федерации» 1997 года, (17 декабря 1997), ст. 2 (Приложение R-427).

²²⁵ Конституция Российской Федерации, ст. 106 (г) (Приложение R-163). [Английская цитата в голландском тексте опущена]

Федерального собрания Российской Федерации,²²⁶ международные договоры, изменяющие или дополняющие федеральные законы, подлежат обязательной ратификации Федеральным собранием в соответствии со статьями 10 и 106(г) Конституции.²²⁷

194. Федеральный закон «О международных договорах Российской Федерации», который вступил в силу 21 июля 1995 г., через шесть месяцев после подписания ДЭХ в декабре 1994 года, реализует конституционный принцип разделения властей в контексте заключения международного договора. В соответствии со Статьей 6(2):

«[р]ешения о согласии на обязательность для Российской Федерации международных договоров принимаются органами государственной власти Российской Федерации или уполномоченными организациями в соответствии с их компетенцией, установленной Конституцией Российской Федерации, настоящим Федеральным законом, иными актами законодательства Российской Федерации».²²⁸

195. В соответствии с принципом разделения властей, закрепленным в Статье 10 Конституции, Статья 15 Федерального закона «О международных договорах Российской Федерации» требует, чтобы определенные категории международных договоров, в том числе те, *«исполнение которых требует изменения действующих или принятия новых федеральных законов, а также устанавливающие иные правила, чем предусмотренные законом»*, были ратифицированы²²⁹ в порядке, установленном Конституцией, т.е. путем принятия федерального закона.²³⁰ Федеральный закон «О международных договорах Российской Федерации», таким образом, подтверждает, что согласие на обязательность международных договоров, которые подлежат ратификации, требует одобрения Федерального собрания Российской Федерации в форме федерального закона.

196. Третейский суд сделал попутное высказывание, не ставшее основанием резолютивной части решения (*obiter dictum*), о том, что требование о ратификации может так или иначе быть проигнорировано, потому что в Статье 6(1) Федерального закона «О международных договорах» «подписание» указывается среди средств, посредством которых Российская Федерация может выразить согласие на обязательность международного договора, и поскольку определение «подписания», изложенное в Статье

²²⁶ См. Ю.А. Дмитриев, Конституция Российской Федерации. Доктринальный комментарий (изд. 2013) (Приложение RF-45); Е.Ю. Бархатова (ред.), Комментарий к Конституции Российской Федерации (2010) (Приложение RF-46).

²²⁷ Первое экспертное заключение Авакьяна; Экспертное заключение Баглая.

²²⁸ Закон «О международных договорах Российской Федерации» 1995 года, ст. 6.2 (Приложение RF-47).

²²⁹ Там же., Ст. 15(1)(а). [Английская цитата в голландском тексте опущена]

²³⁰ Там же., Ст. 14: «В соответствии с Конституцией Российской Федерации ратификация международных договоров Российской Федерации осуществляется в форме федерального закона». См. также там же., Статьи 16 (1) и 17.

2(в), гласит: «*подписание*» означает либо стадию заключения договора, либо форму выражения согласия [...] на обязательность международного договора в том случае, если договор предусматривает, что подписание имеет такую силу».²³¹ Третейский суд воздержался от дальнейшего анализа, посчитав, что «[э]ти положения [Федерального закона «О международных договорах Российской Федерации»] довольно ясны. В них нет места для двусмысленности».²³²

197. Третейский суд ошибся. В первую очередь, необходимо отметить, что Федеральный закон 1995 г. «О международных договорах Российской Федерации» вступил в силу 21 июля 1995 г. и, следовательно, не применялся 17 декабря 1994 г., когда Российская Федерация подписала ДЭХ.
198. Кроме того, анализ Третейским судом статей 2 и 6 Федерального закона «О международных договорах Российской Федерации» является в корне ошибочным. Статья 6(1) Федерального закона «О международных договорах Российской Федерации»²³³ отражает Статью 11 Венской конвенции о праве международных договоров, в соответствии с которой Государство *может* выразить согласие на обязательность для него международного договора несколькими способами, в том числе подписанием. Однако, неопровержимым является то, что сам факт того, что Государство может согласиться выразить согласие на обязательность для него международного договора путем подписания, не превращает подписание им того или иного договора под условием ратификации в выражение его согласия на обязательность договора. Как прямо предусмотрено в Статье 2(в) Федерального закона «О международных договорах Российской Федерации», подписание международного договора выражает согласие Российской Федерации на обязательность международного договора, «*если договор предусматривает, что подписание имеет такую силу*».²³⁴ ДЭХ такого не предусматривает. Статья 39 ДЭХ определяет ратификацию как необходимое средство для выражения согласия подписывающих сторон на обязательность для них ДЭХ. Таким образом, не может быть никаких сомнений в том, что согласно Статье 2(в) Федерального закона «О международных договорах Российской Федерации», подписание ДЭХ

²³¹ Промежуточное арбитражное решение NUL, пп. 381-382.

²³² Промежуточное арбитражное решение NUL, п. 382 [Английская цитата в голландском тексте опущена]; см. также п. 384: «Как показано выше, однако, по Федеральному Закону «О Международных договорах», [...] подписание может означать согласие, если это предусмотрено международным договором, таким как ДЭХ, и таким образом, как это оговаривается в Статье 45, путем указания обязательств не стороны по соглашению, а подписавшей стороны».

²³³ Закон «О международных договорах Российской Федерации» 1995 года, Ст. 6 (1) (Приложение RF-47): «Согласие Российской Федерации на обязательность для нее международного договора может выражаться путем: подписания договора; обмена документами, образующими договор; ратификации договора; утверждения договора; принятия договора; присоединения к договору; применения любого другого способа выражения согласия, о котором условились договаривающиеся стороны».

²³⁴ [Английская цитата в голландском тексте опущена]

Заместителем Председателя Правительства Российской Федерации было лишь «*стадией заключения договора*», а не выражением согласия Российской Федерации на обязательную силу ДЭХ.

199. В связи с этим, Третейскому суду следовало сосредоточиться исключительно на Статье 23 Федерального закона «О международных договорах Российской Федерации», положении, которое касается временного применения. В соответствии с Распоряжением Президента,²³⁵ Статья 23(2) применима к международным договорам, временное применение которых началось до вступления закона в силу.
200. Статья 23(1) Федерального закона «О международных договорах Российской Федерации», которая по существу отражает Статью 25(1) Венской конвенции о международных договорах 1969 года, предусматривает, что «*международный договор или часть договора до его вступления в силу могут применяться Российской Федерацией временно, если это предусмотрено в договоре или если об этом была достигнута договоренность со сторонами, подписавшими договор*».²³⁶ Что касается временного применения международных договоров, которые должны были быть ратифицированы в соответствии со Статьей 15(1) Федерального закона «О международных договорах Российской Федерации», то Статья 23(2) требует принятия решения о продлении временного применения на срок более шести месяцев Государственной Думой путем принятия федерального закона.²³⁷
201. Третейский суд охарактеризовал шестимесячный срок в Статье 23(2) Федерального закона «О международных договорах Российской Федерации» как «*простое внутреннее требование*»,²³⁸ которое не создает противоречия для целей Ограничительной оговорки в Статье 45(1) ДЭХ. Однако, как пояснили комментаторы, данное требование гарантирует, что прерогатива законодательной власти в участии в заключении международных договоров не будет обойдена:

«[В] связи с опасностью обхода национальных требований о ратификации, национальное законодательство может запрещать Государству соглашаться

²³⁵ Распоряжение Президента Российской Федерации № 370-РП (7 августа 1995 г.) (Приложение С-141).

²³⁶ Закон «О международных договорах Российской Федерации» 1995 года, Ст. 23 (1) (Приложение RF-47). [Английская цитата в голландском тексте опущена]

²³⁷ Закон «О международных договорах Российской Федерации» 1995 года, Ст. 23 (2) (Приложение RF-47): «[...] Если международный договор, решение о согласии на обязательность которого для Российской Федерации подлежит в соответствии с настоящим Федеральным законом принятию в форме федерального закона, предусматривает временное применение договора или его части либо договоренность об этом достигнута со сторонами каким-либо иным образом, то он представляется в Государственную Думу в срок не более шести месяцев с даты начала его временного применения. По решению, принятому в форме федерального закона, в порядке, установленном статьей 17 настоящего Федерального закона для ратификации международных договоров, срок временного применения может быть продлен».

²³⁸ Промежуточное арбитражное решение HUL, п. 387. [Английская цитата в голландском тексте опущена]

на временное применение международного договора или подробно регулировать предпосылки для временного применения, как в случае России».²³⁹

«Решение о временном применении [международного договора, подлежащего ратификации,] за пределами шестимесячного срока принимается в соответствии с процедурой ратификации в форме федерального закона. [...] С точки зрения парламентского контроля, этот громоздкий механизм оправдан и позволяет предотвратить возможное злоупотребление правами со стороны исполнительной власти. Действительно, в отсутствие ограничений, предусмотренных в Статье 23(2), исполнительная власть имела бы возможность в некоторой степени обойти требования о ратификации некоторых категорий договоров».²⁴⁰

202. В связи с этим, временное применение, превышающее шесть месяцев, в отношении международного договора, подлежащего ратификации, без одобрения Федерального собрания противоречит Статье 10 Конституции РФ и Статье 23(2) Федерального закона «О международных договорах Российской Федерации».²⁴¹
203. Не может быть никаких сомнений, что ДЭХ и, в особенности, Части III и V ДЭХ, в том числе Статья 26 ДЭХ, требуют ратификации. Россия в настоящее время является участником 57 двусторонних инвестиционных договоров, которые содержат положения об инвестиционной защите, аналогичные, а во многих случаях влекущие менее серьезные последствия, чем те, которые содержатся в ДЭХ. Каждый из этих 57 двусторонних инвестиционных договоров подлежит ратификации и был ратифицирован Государственной Думой.²⁴² В соответствии с этой единообразной практикой

²³⁹ Кригер, указ. соч., стр. 417 (Приложение RF-28).

²⁴⁰ С.М. Пунджин, Новый Федеральный Закон «О Международных Договорах Российской Федерации», в Конституционных РЕФОРМАХ И МЕЖДУНАРОДНОМ ПРАВЕ В ЦЕНТРАЛЬНОЙ И ВОСТОЧНОЙ ЕВРОПЕ (Р. Мюллерсон, М. Фицморис и М. Анденас, ред. 1998, 274-275 (Приложение R-688).

²⁴¹ См. Экспертное заключение Нюсберга, Тезис 4; Экспертное заключение Лукашука; Второе экспертное заключение Авакяна, пп. 3-7; Письмо № 07/11254-СВ Министерства юстиции Российской Федерации (13 декабря 2006 г.).

²⁴² См. Федеральные законы о ратификации двусторонних инвестиционных договоров Государственной Думой, (Приложение RF-48): (1) Федеральный закон № 48-ФЗ (23 мая 1996); (2) Федеральный закон № 192-ФЗ (25 октября 1999); (3) Федеральный закон № 167-ФЗ (20 декабря 2005); (4) Постановление Верховного Совета СССР № 2208-1 (29 мая 1991); (5) Постановление Верховного Совета СССР № 2200-1 (29 мая 1991); (6) Федеральный закон № 142-ФЗ (8 ноября 2005); (7) Постановление Верховного Совета СССР № 2198-1 (29 мая 1991); (8) Федеральный закон № 54-ФЗ (9 апреля 2009); (9) Федеральный закон № 70-ФЗ (13 июня 1996); (10) Федеральный закон № 47-ФЗ (23 мая 1996); (11) Федеральный закон № 89-ФЗ (8 июля, 1996); (12) Федеральный закон № 46-ФЗ (8 апреля 2000); (13) Постановление Верховного Совета СССР № 2203-1 (29 мая 1991) (Протокол о внесении изменений - Федеральным законом № 58-ФЗ (30 марта 1999); (14) Постановление Верховного Совет СССР № 2206-1 (29 мая 1991); (15) Постановление Верховного Совета СССР № 2205-1 (29 мая 1991); (16) Федеральный закон № 69-ФЗ (13 июня 1996); (17) Федеральный закон № 52-ФЗ (23 мая 1996); (18) Федеральный закон № 50-ФЗ (23 мая 1996); (19) Федеральный закон № 222-ФЗ (27 сентября 2009); (20) Федеральный закон № 154-ФЗ (17 декабря 1996); (21) Постановление Верховного Совета СССР № 2207-1 (29 мая 1991); (22) Федеральный закон № 44-ФЗ (29 февраля 2000); (23) Федеральный закон № 97-ФЗ (23 мая 2009); (24) Федеральный закон № 34-ФЗ (2 января 2000); (25) Постановление Верховного Совета СССР № 2210-1 (29 мая 1991 г.); (26) Федеральный закон № 188-ФЗ (26 декабря 2005); (27) Федерального закона № 49-ФЗ (23 мая 1996); (28) Федеральный закон № 187-ФЗ (26 декабря 2005); (29) Федеральный закон № 23-ФЗ (9 февраля 1998); (30) Федеральный закон № 252-ФЗ (сентябрь 30, 2010); (31) Федеральный закон № 30-ФЗ (26 апреля 2004); (32) Федеральный закон № 80-ФЗ (30 мая 1998); (33) Федеральный закон № 60-ФЗ (28 мая 2001); (34) Федеральный закон № 186-ФЗ (26 декабря 2005); (35) Постановление Верховного Совета СССР № 2201-1 (29 мая 1991); (36) Федеральный закон № 37-ФЗ (23 марта 1998); (37) Федеральный закон № 166-ФЗ (29 октября 1998); (38) Федеральный закон № 97-ФЗ (23 мая 2009); (39) Федеральный закон № 71-ФЗ (13 июня 1996); (40) Федеральный закон № 92-ФЗ (8 июля, 1996); (41) Федеральный закон № 47-ФЗ (8 апреля 2000); (42) Постановление Верховного Совета СССР № 2204-1 (29 мая 1991); (43) Федеральный закон № 46-ФЗ (23 мая 1996); (44) Постановление Верховного Совета СССР № 2202-1 (29 мая 1991); (45) Федеральный закон № 122-ФЗ (30 июня 2007); (46)

международных инвестиционных договоров, которая не допускает исключений, ДЭХ также был внесен в Государственную Думу для ратификации, но Государственная Дума отказалась ратифицировать его.

204. Временное применение ДЭХ, по крайней мере, после истечения шестимесячного срока,²⁴³ следовательно, несовместимо с «конституцией» и «законами» Российской Федерации для целей статьи 45(1) ДЭХ.

(c)(ii) Рассмотрение требований Истцов в третейском суде в соответствии со Статьей 26 ДЭХ противоречит законодательству Российской Федерации

205. Временное применение Статьи 26 ДЭХ к требованиям Истцов во все соответствующие моменты времени было несовместимо с российским законодательством об арбитраже и гражданским и арбитражным процессуальными кодексами, которые запрещают рассмотрение посредством третейского разбирательства споров, возникающих из публично-правовых отношений. И действительно, российское право во все значимые моменты времени воспрещало рассмотрение в третейском разбирательстве любых категорий публично-правовых споров, как доказал профессор Антон В. Асосков в его Экспертном заключении, подготовленном для целей настоящего разбирательства об отмене.²⁴⁴

206. Кроме того, рассмотрение требований Истцов посредством третейского разбирательства не соответствует российскому гражданскому и корпоративному праву, которое не уполномочивает акционеров требовать возмещения за обесценение или потерю их акций в результате ущерба, причиненного обществу или его руководству.

207. На этих независимых основаниях, временное применение Статьи 26 ДЭХ не соответствует «законам» Российской Федерации для целей Статьи 45(1) ДЭХ.²⁴⁵

Федеральный закон № 220-ФЗ (30 декабря 1999); (47) Федеральный закон № 21-ФЗ (2 января 2000); (48) Постановление Верховного Совета СССР № 2199-1 от 29 мая 1991 года; (49) Федеральный закон № 51-ФЗ (23 мая 1996); (50) Федеральный закон № 79-ФЗ (2 июля, 2005); (51) Федеральный закон № 93-ФЗ (8 июля, 1996); (52) Федеральный закон № 139-ФЗ (2 июля 2013); (53) Федеральный закон № 43-ФЗ (3 мая 2012 г.); (54) Федеральный закон № 394-ФЗ (28 декабря 2013); (55) Федеральный закон № 250-ФЗ (30 сентября 2010); (56) Федеральный закон № 200-ФЗ (27 июля, 2010); (57) Федеральный закон № 221-ФЗ (27 сентября 2009).

²⁴³ Являются ли положения Федерального закона «О международных договорах» по временному применению, в том числе в рамках шестимесячного периода, соответствующими Конституции - вопрос, на который Конституционный Суд дал ясный ответ, когда решал конституционную жалобу, оспаривающую конституционность временного применения международного договора, подлежащего ратификации, на основании того, что договор не был опубликован в Официальном Вестнике. См. Постановление Конституционного Суда РФ № 8-П (27 марта 2012 г.), стр. 3, 13 ([Приложение RF-49](#)).

²⁴⁴ Экспертное заключение профессора Антона В. Асоскова ([Приложение RF-50](#)) («Экспертное заключение Асоскова»).

²⁴⁵ См. также Заключение Мартынова, п. 6.

Третейский суд либо полностью проигнорировал эти конкретные несоответствия, либо же делал попутную ссылку на них без анализа по существу.²⁴⁶

(а) *Требования Истцов неарбитрабельны по российскому праву*

208. Публично-правовые споры, включая споры о доначислении налогов и наложении санкций налоговыми органами, аресте имущества за неуплату налогов, а также о других действиях или бездействиях органов Государства в рамках процедуры взыскания, равно как и споры, касающиеся вопросов банкротства, не арбитрабельны по российскому праву. Рассмотрение требований Истцов в рамках третейского разбирательства, таким образом, противоречит российскому праву.
209. Как и во многих других юрисдикциях, споры, возникающие из публично-правовых отношений, не арбитрабельны по российскому праву.²⁴⁷ Согласно показаниям профессора Костина и пояснениям профессора Асоскова:

«Требования публично-правового характера не арбитрабельны по российскому законодательству».²⁴⁸

«Российское законодательство в качестве критерия арбитрабельности споров всегда указывало ранее и указывает сейчас на гражданско-правовой характер отношений сторон, из чего прямо следует недопустимость передачи на разрешение третейских судов любых видов публично-правовых споров».²⁴⁹

210. В Экспертном заключении профессора Асоскова цитируется значительное число законодательных положений, действующих и действовавших ранее, которые ясно предусматривают, что в Российской Федерации арбитрабельными являются лишь гражданско-правовые споры. Статья 1(2) Закона о международном арбитраже 1993 года, к примеру, предусматривает:

«В международный коммерческий арбитраж могут по соглашению сторон передаваться: споры из договорных и других гражданско-правовых отношений, возникающие при осуществлении внешнеторговых и иных видов

²⁴⁶ См. Промежуточное арбитражное решение HUL, пп. 370-392.

²⁴⁷ См. Заключение А.А. Костина о некоторых вопросах касательно арбитрабельности (21 февраля 2006 г.) («Экспертное заключение Костина»), пп. 3-4.; Экспертное заключение Асоскова), пп. 11-24. См. также Закон «О международном коммерческом арбитраже» 1993 года, Ст. 1 (2) (Приложение R-311); Гражданский процессуальный кодекс РСФСР 1964 года, Ст. 27 (Приложение R-900); Арбитражный процессуальный кодекс 1992 года, Ст. 21 (Приложение 2 к Экспертному заключению Асоскова); Постановление Верховного Совета № 3115-1 «Об утверждении Временного положения о третейском суде для разрешения экономических споров» (24 июня 1992), Ст. 1(1) (Приложение 3 к Экспертному заключению Асоскова); Арбитражный процессуальный кодекс 1995 года, Ст. 23 (Приложение 4 к Экспертному заключению Асоскова); Арбитражный процессуальный кодекс 2002 года, Ст. 4(6) (Приложение 5 к Экспертному заключению Асоскова); Закон «О третейских судах в Российской Федерации» 2002 года, Ст. 1 (2) (Приложение R-306); Гражданский процессуальный кодекс 2002 года, Ст. 3(3) (Приложение 6 к Экспертному заключению Асоскова).

²⁴⁸ Экспертное заключение Костина, стр. 5.

²⁴⁹ Экспертное заключение Асоскова, п. 22.

международных экономических связей, если коммерческое предприятие хотя бы одной из сторон находится за границей [...]».²⁵⁰

211. Арбитражный процессуальный кодекс 2002 года предусматривает в Статье 4(6):

«По соглашению сторон подведомственный арбитражному суду спор, возникающий из гражданских правоотношений, до принятия арбитражным судом первой инстанции судебного акта, которым заканчивается рассмотрение дела по существу, может быть передан сторонами на рассмотрение третейского суда, если иное не установлено федеральным законом».²⁵¹

212. Гражданский процессуальный кодекс 2002 года предусматривает в Статье 3(3):

«По соглашению сторон подведомственный суду спор, возникающий из гражданских правоотношений, до принятия судом первой инстанции судебного акта, которым заканчивается рассмотрение гражданского дела по существу, может быть передан сторонами на рассмотрение третейского суда, если иное не установлено федеральным законом».²⁵²

213. Как поясняет профессор Асосков, в российской доктрине (и судебной практике) недвусмысленно признается, что публично-правовые споры не могут разрешаться в рамках третейского разбирательства. Профессор Асосков, к примеру, процитировал ведущий учебник по международному коммерческому арбитражу, где приводится комментарий к Статье 1(2) Закона о международном арбитраже 1993 года:

«Таким образом, если отношения между сторонами носят публично-правовой характер, то возникающий из этих отношений спор не может быть передан на разрешение международного коммерческого арбитража».²⁵³

214. Не арбитрабельность споров, вытекающих из публично-правовых отношений также была подтверждена в 2011 году Конституционным судом России:

«В системе действующего правового регулирования не допускается передача на рассмотрение третейского суда споров, возникающих из административных и иных публичных правоотношений [...]».²⁵⁴

215. Возник ли спор из публичных или из частноправовых отношений, определяется характером правовых отношений, лежащих в основе спора. Споры, возникающие из отношений подчиненности, то есть отношений, в которых одна сторона может принять принудительные меры против другой стороны, являются публично-правовыми спорами.

²⁵⁰ Экспертное заключение Асоскова, п. 13.

²⁵¹ Экспертное заключение Асоскова, п. 19.

²⁵² Экспертное заключение Асоскова, п. 21.

²⁵³ Экспертное заключение Асоскова, п. 24.

²⁵⁴ Постановление Конституционного Суда № 10-П (26 мая 2011), раздел 3.1, п. 2 (Приложение 1 к Экспертному заключению Асоскова).

И напротив, споры, возникающие из отношений сотрудничества, то есть, отношений между равноправными сторонами, в которых ни одна из сторон не может навязать обязательные правила или решения другой стороне, являются частноправовыми спорами. Споры, которые не вытекают из отношений подчиненности могут, тем не менее, считаться публично-правовыми спорами, если имеет место «концентрация общественно значимых публичных элементов», то есть явный публичный интерес, участие публичного субъекта или использование бюджетных средств.²⁵⁵

216. Споры, касающиеся доначисления налогов и наложения санкций налоговыми органами, удержания имущества в связи с неуплатой налогов и других действий или бездействия органов государственной власти в исполнительном производстве, а также вопросов банкротства, по своей природе являются публично-правовыми. В его Экспертном заключении профессор Асосков цитирует ряд российских правовых источников, которые подтверждают публично-правовую природу таких споров. Профессор Асосков заключает:

«Споры, связанные с начислением налоговыми органами дополнительных налогов и налоговых санкций, споры, связанные с принудительным исполнением решений налоговых органов и иными действиями, осуществляемыми государственными органами в рамках законодательства об исполнительном производстве, а также споры о банкротстве всегда являлись не арбитрабельными по российскому праву».²⁵⁶

217. Третейский суд не оспаривал доказательства Российской Федерации в отношении неарбитрабельности таких споров по российскому законодательству об арбитраже, а также гражданскому и арбитражному процессуальным кодексам. Третейский суд, тем не менее, постановил, в порядке попутного высказывания (*obiter dictum*), основываясь на его понимании некоторых терминов в английском переводе Закона «Об иностранных инвестициях в РСФСР» 1991 г. и Федерального закона «Об иностранных инвестициях в Российской Федерации» 1999 г. – без анализа самих законов или российских правовых источников – о том, что настоящий спор арбитрабелен в соответствии со Статьей 9 Закона «Об иностранных инвестициях» 1991 г. и Статьей 10 Федерального закона «Об иностранных инвестициях» 1999 г., соответственно:

²⁵⁵ Экспертное Заключение Асоскова, п. 34. [Английская цитата в голландском тексте опущена]

²⁵⁶ Экспертное Заключение Асоскова, п. 105. См. также Е.А. Суханов, Постатейные Комментарии К Российскому Арбитражному Праву (Внутреннему) От 2002 (2003), стр. 7 (Приложение R-191); О.Ю. Скворцов, Третейское Разбирательство Предпринимательских Споров В России: Проблемы, Тенденции, Перспективы (2005), стр. 427 (Приложение R-190); О.Ю. Скворцов, О некоторых вопросах взыскания убытков в третейском судопроизводстве в Убытки и Практика их Возмещения, Сборник Статей (М.А. Рожкова, ред. 2006), стр. 525-526 (Приложение 27 к Экспертному заключению Асоскова); С.А. Курочкин, Третейское Разбирательство Гражданских Дел в Российской Федерации: Теория и Практика (2007), стр. 50 (Приложение R-875).

«Положения закона РФ об иностранных инвестициях (как от 1991 г., так и 1999 г.) предельно ясны. Споры между инвестором и Государством, такие, как настоящий, арбитрабельны по российскому праву».²⁵⁷

218. Это ничем не обоснованное и не подкрепленное утверждение неверно.

219. В качестве предварительного замечания, Закон «Об иностранных инвестициях в РСФСР» 1991 г. и Федеральный закон «Об иностранных инвестициях в Российской Федерации» 1999 г. не применяются к требованиям Истцов. Оба закона применяются только к сделкам, связанным с вложением иностранного капитала на территории Российской Федерации:

«Иностранными инвестициями являются все виды имущественных и интеллектуальных ценностей, вкладываемые иностранными инвесторами в объекты предпринимательской и других видов деятельности в целях получения прибыли (дохода)».²⁵⁸

«Иностранная инвестиция – вложение иностранного капитала в объект предпринимательской деятельности на территории Российской Федерации в виде объектов гражданских прав, принадлежащих иностранному инвестору, [...]».²⁵⁹

220. Чтобы подпадать под определение «иностранной инвестиции», сделка должна, следовательно, касаться вложения иностранного капитала в «объекты предпринимательской деятельности» на территории Российской Федерации. Как свидетельствовал профессор Лисицын-Светланов, такая сделка должна привести к увеличению капитала в российской экономике за счет иностранных ресурсов.²⁶⁰ Как указано в пункте 319, Истцы не вложили никакого иностранного капитала на территории Российской Федерации.

221. Третейский суд полностью проигнорировал это требование и просто отметил, что:

«определения понятий «иностранного инвестора» и «иностранной инвестиции» в обеих версиях закона об иностранных инвестициях 1991 и 1999 гг. согласуются с определениями «инвестора» и «инвестиции» в Статье 1 ДЭХ».²⁶¹

222. Законы об иностранных инвестициях 1991 и 1999 года, в любом случае, не допускают разрешения посредством третейского разбирательства инвестиционных споров,

²⁵⁷ Промежуточное арбитражное решение HUL, п. 370.

²⁵⁸ Закон «Об иностранных инвестициях в РСФСР» 1991 года, Ст. 2 (Приложение R-176) [выделение добавлено].

²⁵⁹ Закон «Об иностранных инвестициях в Российской Федерации» 1999 года, Ст. 2 (Приложение R-178) [выделение добавлено].

²⁶⁰ См. Заключение Лисицына-Светланова (22 февраля 2006 г.) («Экспертное заключение Лисицына-Светланова»), пп. 2-4.

²⁶¹ Промежуточное арбитражное решение, п. 371.

возникающих из публично-правовых отношений. В соответствии со Статьей 43 Основ законодательства об иностранных инвестициях СССР от 1991 г. («Основы 1991 года»), которые были приняты на уровне Советского Союза и устанавливали общие принципы защиты инвестиций, споры с Государством могли быть переданы на разрешение в третейский суд, только если Государство действовало в качестве частного лица:

«(1) Споры между иностранными инвесторами и государством подлежат рассмотрению в СССР в судах, если иное не предусмотрено международными договорами СССР.

(2) Споры иностранных инвесторов и предприятий с иностранными инвестициями с советскими государственными органами, выступающими в качестве стороны в регулируемых гражданским законодательством отношениях, предприятиями, общественными организациями и другими советскими юридическими лицами, споры между участниками предприятия с иностранными инвестициями, а также споры между участниками предприятия с иностранными инвестициями и самим таким предприятием подлежат рассмотрению в СССР в судах либо, по договоренности сторон, – в порядке третейского разбирательства, в том числе за границей, а в случаях, предусмотренных законодательными актами Союза ССР и Республик, – в арбитражных судах, хозяйственных судах и других».²⁶²

223. И напротив, споры, касающиеся действий или бездействия во исполнение суверенной власти, могли быть разрешены только в российских судах, как подтверждает профессор Асосков.²⁶³ Закон «Об иностранных инвестициях в РСФСР» 1991 г., который ввел в действие положения Основ 1991 года на уровне Российской Советской Федеративной Социалистической Республики, равным образом разграничивает инвестиционные споры, возникающие из гражданско-правовых отношений, которые могут быть переданы на разрешение посредством третейского разбирательства, и споры, связанные с суверенными действиями или бездействиями, которые должны передаваться на рассмотрение российских судов.²⁶⁴

224. Статья 9(2) Закона «Об иностранных инвестициях» 1991 года в контексте и в соответствии с Основами 1991 года применяется исключительно к инвестиционным спорам, возникающим из гражданско-правовых отношений, что подтверждается источниками, поданными Российской Федерацией.²⁶⁵ Такие гражданско-правовые споры могут разрешаться в рамках третейского разбирательства, если об этом договорятся стороны.

²⁶² Основы Законодательства об иностранных инвестициях в СССР 1991 года, Ст. 43(2) (Приложение R-902). [выделение добавлено].

²⁶³ Экспертное Заключение Асоскова, п. 73.

²⁶⁴ Экспертное Заключение Асоскова, пп. 76, 79.

²⁶⁵ Б.Н. Топорнин, Российское право и иностранные инвестиции: актуальные проблемы, в Правовое регулирование иностранных инвестиций в России (под ред. А.Г. Светланава, 1995 г.), стр. 30-31 (Приложение R-903).

225. Установив, что положения Статьи 9(2) Закона «Об иностранных инвестициях в РСФСР» 1991 г. являются «*предельно ясными*» в отношении дозволения разрешения посредством третейского разбирательства инвестиционных споров из суверенных действий или бездействия, Третейский суд не сделал ни единой отсылки к Статьям 9(1) и 7(3). Эти положения фактически касаются разрешения споров, связанных с суверенными действиями или бездействием. Статья 9(1) гласит:

«Инвестиционные споры, том числе споры по вопросам размера, условий или порядка выплаты компенсации, разрешаются в Верховном суде РСФСР или Высшем арбитражном суде РСФСР, если иной порядок не предусмотрен международным договором, действующим на территории РСФСР».²⁶⁶

226. Статья 7(3) прямо предусматривает, что решения по экспроприации инвестиций должны оспариваться в российских судах:

«Решения органов государственного управления об изъятии иностранных инвестиций могут быть обжалованы в суды РСФСР».²⁶⁷

227. Как профессор Асосков указал в своем экспертном заключении по отношению к инвестиционным спорам, касающимся суверенных действий или бездействия:

«В отношении этой категории споров Закон 1991 г. предусматривает их разрешение только в государственных судах (допуская, что иной порядок может быть предусмотрен в международных договорах в части вопросов размера, условий или порядка выплаты компенсации при изъятии иностранных инвестиций, которое ранее было признано имевшим место государственным судом)».²⁶⁸

228. Статья 9(1) включает «*споры по вопросам размера, условий или порядка выплаты компенсации*» в категорию арбитрабельных споров. Формулировка Статьи 9(1) соответствует практике международных инвестиционных договоров СССР и Российской Федерации на соответствующий момент, которая ограничивала третейские разбирательства по спорам между инвестором и государством вопросами определения суммы компенсации и порядка ее выплаты в случае экспроприации, а также иными вопросами, круг которых не включает рассмотрение государственных действий или бездействий.²⁶⁹ Как указывается в голландском пояснительном меморандуме к

²⁶⁶ Закон «Об иностранных инвестициях в РСФСР» 1991 года, Ст. 9(1) (Приложение 30 к Экспертному заключению Асоскова). [выделение добавлено]

²⁶⁷ Там же, Ст. 7(3).

²⁶⁸ Экспертное Заключение Асоскова, п. 79.

²⁶⁹ См., Соглашение между Правительством Китайской народной республики и Правительством Союза Советских Социалистических Республик о взаимном поощрении и взаимной защите капиталовложений 1990 года, Ст. 9 (Приложение RF-51); Соглашение между Правительствами Королевства Бельгии и Великого Герцогства Люксембург и Правительством Союза Советских Социалистических Республик о взаимном поощрении и взаимной защите капиталовложений 1989 года, Ст. 10 (Приложение RF-52); Соглашение между Правительством Финляндии и Правительством Союза Советских Социалистических Республик о взаимном поощрении и взаимной защите капиталовложений 1989 года, Ст. 8 (Приложение

Соглашению между Королевством Нидерландов и Союзом Советских Социалистических Республик о взаимном поощрении и взаимной защите капиталовложений:

«Artikel 9:

Het opnemen van een regeling met betrekking tot een internationale geschillenbeslechtsingsprocedure bij geschillen tussen een investeerder en het gastland stuitte aanvankelijk op principiële bezwaren bij de Sovjet-delegatie. Uiteindelijk kon zij instemmen met een opsomming van geschillen waarvoor een dergelijke regeling zou gelden. Dit betreft de vrije transfer (artikel 4) en het bedrag en/of de procedure van compensatie ingeval van onteigening of nationalisatie (artikel 6). Niet arbitrabel zijn de beslissingen tot onteigening of nationalisatie zelf, aangezien de Sovjet-delegatie dit in strijd achtte met de nationale soevereiniteit. Eveneens kunnen geschillen inzake de eerlijke en rechtvaardige behandeling van investeringen niet aan arbitrage worden onderworpen. De USSR vreest namelijk dat vanwege de reikwijdte van de eerlijke en rechtvaardige behandeling het beperkende karakter van de opsomming in de artikelen 4 en 6 zou worden ondergraven».²⁷⁰

229. Вопросы касательно размера, условий и порядка выплаты возмещения, которые не включают рассмотрение самого суверенного акта экспроприации, рассматриваются как вопросы гражданского права. И напротив, определение наличия и законности экспроприации рассматриваются в качестве публично-правовых вопросов и относятся к юрисдикции государственных судов. Г-н Нагапетьянц, участвовавший в переговорах по заключению российских двусторонних инвестиционных договоров, объясняет:

«В международных договорах о защите инвестиций, которые СССР заключает с иностранными Государствами, СССР дает свое согласие на рассмотрение [инвестиционных споров] в международных третейских судах. Предмет таких споров ограничивается только вопросами гражданского права (в первую очередь, определением размера компенсации и порядка ее выплаты в случае национализации инвестиций и передачи прибыли и других платежей, причитающихся инвестору)».²⁷¹

RF-53); Соглашение между Правительством Итальянской Республики и Правительством Союза Советских Социалистических Республик о взаимном поощрении и взаимной защите капиталовложений 1989 года, Ст. 9 (Приложение RF-54); Соглашение между Правительством Королевства Испания и Правительством Союза Советских Социалистических Республик о взаимном поощрении и взаимной защите капиталовложений 1990 года, Ст. 10 (Приложение RF-55); Соглашение между Правительством Австрийской республики и Правительством Союза Советских Социалистических Республик о взаимном поощрении и взаимной защите капиталовложений 1990 года, Ст. 7 (Приложение RF-56); Соглашение между Федеративной Республикой Германия и Правительством Союза Советских Социалистических Республик о взаимном поощрении и взаимной защите капиталовложений 1989 года, Ст. 10 (Приложение RF-57); Соглашение между Королевством Нидерландов и Правительством Союза Советских Социалистических Республик о взаимном поощрении и взаимной защите капиталовложений 1989 года, Ст. 9; Соглашение между Федеральным Советом Швейцарии и Правительством Союза Советских Социалистических Республик о взаимном поощрении и взаимной защите капиталовложений 1990 года, Ст. 8 (Приложение RF-58); Соглашение между Правительством Республики Турция и Правительством Союза Советских Социалистических Республик о взаимном поощрении и взаимной защите капиталовложений 1990 года, Ст. 6 (Приложение RF-59); Соглашение между Правительством Республики Корея и Правительством Союза Советских Социалистических Республик о взаимном поощрении и взаимной защите капиталовложений 1990 года, Ст. 6 (Приложение RF-60); Соглашение между Правительством Союза Советских Социалистических Республик и Правительством Соединенного Королевства Великобритании и Северной Ирландии о поощрении и взаимной защите капиталовложений 1989 года, Стр. 8(1) (Приложение C-849).

²⁷⁰ Overeenkomst met de USSR inzake de bevording en wederzijdse bescherming van investeringen [Kamerstukken II, 1989/90, 21 462 (R 1383), nr. 1. (Nota bij de brief van de Minister d.d. 7 februari 1990)]. [выделение добавлено]

²⁷¹ Р. Нагапетьянц, Соглашения о поощрении и взаимной защите капиталовложений, Внешняя торговля, № 5 (1999 год), стр. 14. (Приложение 32 к Экспертному заключению Асоскова)

230. Федеральный закон «Об иностранных инвестициях в Российской Федерации» 1999 г. имеет такое же действие. В соответствии со Статьей 10 Федерального закона «Об иностранных инвестициях в Российской Федерации» 1999 г., инвестиционные споры, касающиеся суверенных действий или бездействия, являются арбитрабельными только *«в соответствии с международными договорами Российской Федерации и федеральными законами»*.²⁷² Как объясняется в экспертном заключении профессора Асоскова, Статья 10 является декларативной или *«бланкетной нормой»*, то есть положением, содержащим общую ссылку на другие нормы, которые могут допускать разрешение спора между инвестором и Государством посредством третейского разбирательства, а именно, на международные договоры и федеральные законы.²⁷³ Статья 10 не касается вопроса об арбитрабельности, и тем более не предусматривает в *«предельно ясных»* терминах, что инвестиционные споры арбитрабельны. Она также не создает законодательное основание для третейских разбирательств между инвестором и Государством. Вместо этого, в качестве бланкетной нормы, Статья 10 обуславливает право инвестора на передачу инвестиционных споров на рассмотрение в третейский суд существованием международного договора или федерального закона, предусматривающего такое право. В целом, как заключает профессор Рипинский в комментарии от 2013 года, Закон «Об иностранных инвестициях» 1999 года *«не предусматривает арбитраж для споров между инвестором и Государством»*.²⁷⁴
231. ДЭХ никогда не был ратифицирован Российской Федерацией и, в любом случае, предусматривает рассмотрение споров между инвестором и Государством посредством третейского разбирательства только в части, не противоречащей российским *«законам»*. Не был принят ни один федеральный закон, который разрешал бы передачу на рассмотрение в третейском суде споров, возникающих из публично-правовых отношений, в том числе из требований о компенсации на основании якобы незаконных мер по налогообложению, взысканию налогов в связи с доначислением налогов, или из действий или бездействий государственных органов в области банкротства, изложенных выше и в пп. 43-92 и п. 105 заключения профессора Асоскова. Статья 10 Федерального закона «Об иностранных инвестициях в Российской Федерации» 1999 г., следовательно, не допускает передачу требований Истцов на рассмотрение в третейский суд.

²⁷² Закон «Об иностранных инвестициях в Российской Федерации» 1999 года, Ст. 10 (Приложение 31 к Экспертному заключению Асоскова): «Спор иностранного инвестора, возникший в связи с осуществлением инвестиций и предпринимательской деятельности на территории Российской Федерации, разрешается в соответствии с международными договорами Российской Федерации и федеральными законами в суде или арбитражном суде либо в международном арбитраже (третейском суде)».

²⁷³ Экспертное заключение Асоскова, пп. 81-94.

²⁷⁴ С. Рипинский, Глава 14: Россия, в КОММЕНТАРИИ К ИЗБРАННЫМ МОДЕЛЬНЫМ ИНВЕСТИЦИОННЫМ ДОГОВОРАМ (под ред. Ч. Брауна, 2013 г.), стр. 594 (Приложение RF-61). [*Английская цитата в голландском тексте опущена*]

232. Необоснованное попутное высказывание Третейского суда, не ставшее основанием резолютивной части решения (*obiter dictum*), о том, что Статья 9 Закона «Об иностранных инвестициях в РСФСР» и Статья 10 Федерального закона «Об иностранных инвестициях в Российской Федерации» 1999 г. разрешают передачу на рассмотрение в третейский суд настоящего спора, также противоречит пояснительным запискам, сопровождающим ратификационные грамоты к двусторонним инвестиционным договорам, ратифицированным Государственной Думой Российской Федерации. Как прямо сказано в пояснительных записках, нет ни одного закона, предусматривающего или разрешающего передачу на рассмотрение третейского суда споров между инвестором и государством. Например, в пояснительной записке к *Соглашению между Правительством Российской Федерации и Правительством Аргентинской Республики о поощрении и взаимной защите капиталовложений* прямо указывается:

«Учитывая, что Соглашение содержит положения иные, чем предусмотренные российским законодательством, оно подлежит ратификации в соответствии с п. 1а ст. 15 Федерального закона «О международных договорах Российской Федерации» от 15 июля 1995 г. № 101-ФЗ.

Основными моментами, по которым указанное Соглашение подлежит ратификации, являются следующие:

[...]

рассмотрение в международном арбитраже инвестиционных споров между одной Стороной и инвестором другой Стороны, а также споров между Сторонами относительно толкования и применения Соглашения –

в Федеральном законе «Об иностранных инвестициях в РСФСР» от 4 июля 1991 года № 1545-1 механизм рассмотрения такого рода споров в международном арбитраже не предусмотрен[.]»²⁷⁵

233. В пояснительной записке к *Соглашению между Правительством Российской Федерации и Правительством Южно-Африканской Республики о поощрении и взаимной защите капиталовложений* также говорится:

«Основными моментами, по которым указанное Соглашение подлежит ратификации, являются следующие: [...] рассмотрение в международном арбитраже инвестиционных споров между одной Стороной и инвестором другой Стороны (Статья 10) – в Федеральном законе «Об иностранных инвестициях в РСФСР» от 4 июля 1991 года № 1545-1 механизм

²⁷⁵ Пояснительная записка по вопросу о ратификации соглашения между Правительством Российской Федерации и Правительством Аргентинской Республики о поощрении и взаимной защите капиталовложений (25 октября 1999) (Приложение R-402) [выделение добавлено].

рассмотрения такого рода споров в международном арбитраже не предусмотрен, [...]».²⁷⁶

234. Схожим образом, в пояснительной записке к *Соглашению между Правительством Российской Федерации и Правительством Японии о поощрении и защите капиталовложений* прямо предусматривается:

«В действующем законе Российской Федерации «Об иностранных инвестициях в Российской Федерации» от 14 июля 1999 года № 160-ФЗ механизм рассмотрения такого рода споров в международном арбитраже не предусмотрен».²⁷⁷

235. Рассмотрев такие пояснительные записки в контексте того, соответствует ли временное применение ДЭХ Конституции Российской Федерации, и придя к выводу о том, что они «имеют мало пользы для любой из сторон»,²⁷⁸ Третейский суд далее не учел эти недвусмысленные заявления в его попутном высказывании, не ставшем основанием резолютивной части решения (*obiter dictum*), о том, что требования Истцов арбитрабельны в соответствии со Статьей 9 Закона об иностранных инвестициях от 1991 года и Статьей 10 Закона об иностранных инвестициях 1999 года.²⁷⁹
236. Вместо этого Третейский суд привел необоснованные утверждения пояснительной записки к ДЭХ, подготовленной Министерством энергетики в рамках его безуспешной попытки убедить Государственную Думу ратифицировать ДЭХ.²⁸⁰ Эта записка,²⁸¹ которая была в конечном счете отозвана, не содержит обзора соответствия [национальному законодательству] способов защиты по международному инвестиционному договору, предоставляемых в соответствии с ДЭХ. На самом деле, эта записка – в отличие от пояснительных записок к двусторонним инвестиционным договорам, которые были ратифицированы Государственной Думой – даже не упоминает

²⁷⁶ Пояснительная записка по вопросу о ратификации Соглашения между Правительством Российской Федерации и Правительством Южно-Африканской Республики о поощрении и взаимной защите капиталовложений (8 апреля 2000 г.) (Приложение R-406) [выделение добавлено]. См. также Пояснительная записка к проекту Федерального закона «О ратификации Соглашения между Правительством Российской Федерации и Правительством Республики Македонии о поощрении и взаимной защите капиталовложений» (30 мая 1998 г.) (Приложение RF-62); Пояснительная записка по вопросу о ратификации Соглашения между Правительством Российской Федерации и Правительством Арабской Республики Египет о поощрении и взаимной защите капиталовложений (8 апреля 2000 г.) (Приложение RF-63).

²⁷⁷ Пояснительная записка к проекту Федерального закона «О ратификации Соглашения между Правительством Российской Федерации и Правительством Японии о поощрении и защите капиталовложений» (29 февраля 2000 г.) (Приложение RF-64); Пояснительная записка к проекту Федерального закона «О ратификации Соглашения между Правительством Российской Федерации и Правительством Сирийской Арабской Республики о поощрении и взаимной защите капиталовложений» (30 июня 2007 г.) (Приложение RF-65). См. также Пояснительная записка в отношении проекта Федерального закона «О ратификации Соглашения между Правительством Российской Федерации и Правительством Йеменской Республики о поощрении и взаимной защите капиталовложений» (2 июля 2005 г.) (Приложение R-403).

²⁷⁸ Промежуточное арбитражное решение HUL, пп. 376-377.

²⁷⁹ Промежуточное арбитражное решение HUL, пп. 370.

²⁸⁰ Промежуточное арбитражное решение HUL, п. 374.

²⁸¹ Пояснительная записка к проекту Федерального закона «О ратификации Договора к Энергетической хартии» (Приложение C-143).

о возможности разрешения посредством третейского разбирательства споров между инвестором и Государством. Она также не выражает какой-либо взгляд на соответствие временного применения какого-либо конкретного положения ДЭХ российскому праву. В записке просто указывается, что «положение о временном применении» ДЭХ, т.е. Статья 45(1) ДЭХ, которая ограничивает временное применение Российской Федерацией ДЭХ «в той степени, в которой такое временное применение не противоречит ее конституции, законам или нормативным актам», соответствовало российскому праву на момент подписания ДЭХ.²⁸²

237. Третейский суд опирался на неверный перевод этого заявления, представленный Истцами, который был поправлен Ответчиком в ходе арбитражного разбирательства, однако впоследствии не был учтен Третейским судом,²⁸³ предположив, что временное применение всех и каждого из положений ДЭХ соответствует российскому праву.²⁸⁴ Это положение также противоречит самой записке, которая признает, что ратификация ДЭХ требует принятия новых законодательных актов.²⁸⁵
238. Попутное высказывание Третейского суда, не ставшее основанием резолютивной части решения (*obiter dictum*), также не поддерживается другими необоснованными заявлениями в записке, такими, как заявление о том, что «[о]бусловленный ДЭХ правовой режим для иностранных инвестиций» соответствует Закону «Об иностранных инвестициях в РСФСР» 1991 г. Примечательно, что в записке далее указывается, что «ДЭХ соответствует также положениям заключенных Российской Федерацией двусторонних международных договоров и соглашений о поощрении и взаимной защите капиталовложений».²⁸⁶ Эта ссылка на двусторонние инвестиционные договоры Российской Федерации, которая была также проигнорирована Третейским судом, на

²⁸² Заверенный перевод Пояснительной записки к проекту Федерального закона «О ратификации Договора к Энергетической хартии», впервые поданный в качестве Приложения С-143, стр. 1 (Приложение RF-66): «На момент подписания ДЭХ положение о временном применении не противоречило российским правовым актам».

²⁸³ Истцы предоставили следующий ошибочный перевод: «At the time of the signing of the ECT, its provisions on provisional application were in conformity with the Russian legal acts». Пояснительная записка к проекту Федерального закона «О ратификации Договора к Энергетической хартии» (приложение С-143). Российская Федерация скорректировала этот перевод на Слушании о юрисдикции и приемлемости следующим образом: «At the time of the signing of the ECT, the provision on provisional application was in conformity with Russian legal acts». Слушания о юрисдикции и допустимости иска, День 10 (1 декабря 2008 г.), 42:4-10 (адвокат Ответчика); Презентация Ответчика на слушании о юрисдикции и допустимости иска (1 декабря 2008 г.), Заключительное заявление, Слайд 52. Председатель Фортье признал исправленный перевод на Слушании о юрисдикции и допустимости иска, День 10 (1 декабря 2008 г.), 42:11: Председатель Фортье: «Нечто иное»), но Третейский суд тогда проигнорировал исправление в Промежуточном арбитражном решении.

²⁸⁴ Промежуточное арбитражное решение HUL, п. 374. См. также Слушание о юрисдикции и допустимости иска, День 6 (26 ноября 2008 г.), 160: 11-17.

²⁸⁵ Пояснительная записка к проекту Федерального закона «О ратификации Договора к Энергетической хартии» (Приложение С-143), стр. 4: «ДЭХ содержит ряд юридически обязывающих положений, основывающихся на применении норм ГАТТ, которые еще не нашли отражения или не в полной мере отражены в российском законодательстве»; См. также там же, стр. 5 (со ссылкой на поправки к процедуре взимания таможенных пошлин).

²⁸⁶ Пояснительная записка к проекту Федерального закона «О Ратификации Договора к Энергетической хартии» (Приложение С-143), стр. 4. [Английская цитата в голландском тексте опущена]

самом деле, подтверждает обратное его попутному высказыванию, не ставшему основанием резолютивной части решения (*obiter dictum*). В пояснительных записках к ратификационным грамотам к этим международным договорам – которые, в отличие от ДЭХ, были ратифицированы Государственной Думой, – прямо говорится, что законы об иностранных инвестициях не предусматривают разрешение споров между инвестором и Государством посредством третейского разбирательства.²⁸⁷

239. Ссылка на двусторонние инвестиционные договоры так же делает ясным, что, используя термин «*правовой режим*», записка не выражает мнение о соответствии конкретных положений ДЭХ законодательству Российской Федерации. Как указывается в самой записке, двусторонние инвестиционные договоры создают права и обязанности, применимые исключительно к отношениям с конкретным Договаривающимся Государством, а не установленные законом стандарты защиты, применимые к инвесторам из всех Договаривающихся Государств ДЭХ, в том числе тех 21 Договаривающихся Государств, между которыми и Российской Федерацией не действовали двусторонние инвестиционные соглашения на дату записки.²⁸⁸ И в отличие от ДЭХ, несколько двусторонних инвестиционных договоров с Договаривающимися Государствами ДЭХ, такие как двусторонний инвестиционный договор между Великобританией и СССР,²⁸⁹ также ограничивают передачу споров между инвестором и

²⁸⁷ См. например, Пояснительную записку по вопросам о ратификации Соглашения между Правительством Российской Федерации и Правительством Аргентинской Республики о поощрении и взаимной защите капиталовложений (25 октября 1999 г.) (Приложение R-402). См. также Пояснительную записку по вопросу о ратификации Соглашения между Правительством Российской Федерации и Правительством Южно-Африканской Республики о поощрении и взаимной защите капиталовложений (8 апреля 2000 г.) (Приложение R-406); Пояснительная записка касательно проекта Федерального закона «О ратификации Соглашения между Правительством Российской Федерации и Правительством Республики Македония о взаимном поощрении и защите инвестиций» (30 мая 1998 г.) (Приложение RF-62); Пояснительная записка по вопросу о ратификации Соглашения между Правительством Российской Федерации и Правительством Арабской Республики Египет о взаимном поощрении и защите инвестиций (8 апреля 2000 г.) (Приложение RF-63); Пояснительная записка к проекту Федерального закона «О ратификации Соглашения между Правительством Российской Федерации и Правительством Японии о взаимном поощрении и защите инвестиций» (29 февраля 2000 г.) (Приложение RF-64).

²⁸⁸ Этими Государствами являются: Афганистан, Армения, Азербайджан, Босния и Герцеговина, Кипр, Эстония, Грузия, Ирландия, Япония, Казахстан, Кыргызстан, Латвия, Лихтенштейн, Литва, Македония, Мальта, Молдова, Таджикистан, Туркменистан, Украина и Узбекистан.

²⁸⁹ Соглашение между Правительством Соединенного Королевства Великобритании и Северной Ирландии и Правительством Союза Советских Социалистических Республик о поощрении и взаимной защите капиталовложений 1989 года, Ст. 8(1) (Приложение С-849): «Положения настоящей Статьи будут применяться к любым спорам юридического характера между инвестором одной Договаривающейся Стороны и другой Договаривающейся Стороной по вопросам капиталовложения инвестора, относящимся или к размеру и порядку выплаты компенсации, предусмотренной Статьями 4 и 5 настоящего Соглашения, или к любым другим вопросам, являющимся результатом акта экспроприации, в соответствии со Статьей 5 настоящего Соглашения, или касающимся последствий неисполнения или ненадлежащего исполнения обязательств по Статье 6 настоящего Соглашения». [выделение добавлено] См. также Соглашение между Федеративной Республикой Германия и Правительством Союза Советских Социалистических Республик о поощрении и взаимной защите капиталовложений 1989 года, Ст. 10(2) (Приложение RF-57): «Если спор о размере и порядке выплаты компенсации согласно статье 4 настоящего Договора или свободном переводе согласно статье 5 настоящего Договора не будет урегулирован в течение шести месяцев с момента заявления о нем одной из сторон в споре, то каждая из сторон в споре имеет право обратиться в международный третейский суд»; Соглашение между Королевством Нидерландов и Правительством Союза Советских Социалистических Республик о поощрении и взаимной защите капиталовложений 1989 года, Ст. 9(2): «Споры о размере и порядке выплаты компенсации согласно статье 6 настоящего Соглашения или споры о свободном переводе, предусмотренном статьей 4 настоящего Соглашения, которые не могут быть разрешены дружественным путем в течение шести месяцев с даты, когда любая из сторон в споре предложила урегулировать спор дружественным путем, могут передаваться инвестором на рассмотрение в международный арбитраж или могут быть урегулированы путем согласительной процедуры. [...]»; Соглашение между Швейцарским Федеральным Советом и

Государством на рассмотрение третейского суда вопросами гражданского права, исключая рассмотрение в третейском разбирательстве суверенных действий или бездействий, таких как экспроприация.

240. Резюмируя, как и в национальном законодательстве многих других подписавших ДЭХ стран, требования Истцов не арбитрабельны согласно национальному законодательству Российской Федерации. Соответственно, рассмотрение настоящего спора посредством третейского разбирательства в соответствии со Статьей 26 ДЭХ противоречит российским «законам», и Третейский суд не обладал юрисдикцией в отношении всех требований Истцов.

(b) *Требования акционеров об обесценении или утрате акций вследствие вреда, причиненного компании, не соответствуют российскому законодательству*

241. Во многих романо-германских правовых системах акционерам акционерных обществ не предоставляется право заявлять требования об обесценении или утрате их акций на основании мер, которые причинили вред компании, акциями которой они владеют, или ее руководству. Верховный суд Нидерландов, к примеру, постановил в деле *ABP v. Poot*:

«[...] компании с ограниченной ответственностью являются юридическими лицами, которые самостоятельно участвуют в правовых сделках как носители собственных прав и обязанностей [...], в том числе если они

Правительством Союза Советских Социалистических Республик о поощрении и взаимной защите капиталовложений 1990 года, Стр. 8(2)(а) (Приложение RF-58): «спор относительно последствий неисполнения или ненадлежащего исполнения обязательств по беспрепятственному переводу, как определено в статье 5 настоящего Соглашения, и спор относительно порядка и размера компенсации в связи с отчуждением, как определено в статье 6 настоящего Соглашения, будут по инициативе любой из сторон в споре передаваться в третейский суд». [Неофициальный перевод]; Соглашение между Правительством Итальянской Республики и Правительством Союза Советских Социалистических Республик о поощрении и взаимной защите капиталовложений 1989 года, Ст. 9 (Приложение RF-54): «(1) Споры между принимающей Договаривающейся Стороной и инвестором другой Договаривающейся Стороны относительно размера и порядка выплаты компенсации в связи с экспроприацией, национализацией, реквизицией и мерами, имеющими аналогичные последствия, должны по возможности разрешаться дружественным путем. (2) В случае, если такие споры не могут быть разрешены дружественным путем в течение шести месяцев с даты письменного обращения инвестора одной Договаривающейся Стороны к другой Договаривающейся Стороне, они могут быть по выбору инвестора переданы на рассмотрение [либо в арбитражный суд «ad hoc» в соответствии с Арбитражным регламентом ЮНСИТРАЛ, либо в компетентный суд Договаривающейся Стороны, на территории которой осуществлены капиталовложения]. [Неофициальный перевод]; Соглашение между Правительством Королевства Испания и Правительством Союза Советских Социалистических Республик о поощрении и взаимной защите капиталовложений 1990 года, Ст. 10 (Приложение RF-55): «(1) Любой спор между одной из Сторон и инвестором другой Стороны, касающийся размера или порядка выплаты компенсации, подлежащей выплате в соответствии со статьей 6 настоящего Соглашения, является предметом письменного уведомления, сопровождаемого подробной памятной запиской, которые инвестор направит Стороне, на территории которой осуществлены капиталовложения. По мере возможности Стороны в споре будут стремиться к урегулированию такого спора на взаимоприемлемой основе. (2) Если спор не может быть разрешен таким образом в течение шести месяцев с даты письменного уведомления, упомянутого в пункте 1 настоящей статьи, он может быть передан на рассмотрение по выбору инвестора [либо третейский суд в соответствии с Регламентом Арбитражного института Стокгольмской торговой палаты, либо в третейский суд «ad hoc» в соответствии с Арбитражным регламентом ЮНСИТРАЛ]» [Неофициальный перевод]; Соглашение между Правительством Австрийской Республики и Правительством Союза Советских Социалистических Республик о поощрении и взаимной защите капиталовложений 1990 года, Ст. 7 (Приложение RF-56): «(1) Споры между одной из Договаривающихся Сторон и инвестором другой Договаривающейся Стороны, касающиеся размера и порядка выплаты компенсации, согласно статье 4 настоящего Соглашения, а также перевода платежей, согласно статье 5 настоящего Соглашения, будут решаться путем переговоров. (2) Если такой спор не может быть урегулирован этим путем в течение трех месяцев с момента подачи письменного обращения одной из сторон в споре другой стороне в споре, то он по выбору инвестора может быть передан на рассмотрение в Арбитражный институт Стокгольмской торговой палаты или в арбитраж «ad hoc» в соответствии с Арбитражным регламентом ЮНСИТРАЛ.» [Неофициальный перевод] [выделение добавлено]

контролируются одним лицом (единственным акционером и единоличным директором). Активы компании отделены от имущества ее акционеров. Если третье лицо причиняет убытки компании путем нарушения договорных обязанностей или совершения действий, составляющих деликт против компании, лишь компания вправе требовать взыскания убытков, причиненных таким образом и понесенных компанией.

Такие экономические убытки, понесенные компанией, будут, до их возмещения, причиной уменьшения стоимости акций в компании. В принципе, сами акционеры, однако, не вправе требовать взыскания убытков за ущерб, понесенный ими в результате действий вышеуказанного третьего лица. Именно компания, в целях защиты тех, кто заинтересован в сохранении имущества компании, будет требовать взыскания убытков с третьего лица [...].²⁹⁰

242. Равным образом, российское законодательство не позволяет акционерам акционерного общества предъявлять свои требования о возмещении за обесценение или утрату их долей в акционерном капитале в результате мер, которые нанесли ущерб компании, акциями которой они владеют.²⁹¹ Согласно показаниям профессора Суханова – и что Истцы не оспаривают – компания является самостоятельным юридическим лицом, со своими правами и обязанностями, отдельными и не зависимыми от прав и обязанностей ее акционеров;²⁹² и акционер не может присвоить себе права, принадлежащие компании, в том числе в том, что касается возмещения ущерба или вреда, понесенного компанией.²⁹³
243. Третейский суд не оспаривал экспертные показания профессора Суханова. Отвергнув возражение Российской Федерации, Третейский суд ограничился утверждением о том, что требования Истцов были «*иском о прямой утрате [каждым] Истцом его акций и их стоимости*».²⁹⁴ Однако такая классификация исков Истцов не меняет того факта, что они основаны на налоговых мерах, принятых в отношении ОАО «НК «ЮКОС». Как бы ни были охарактеризованы утверждения Истцов, иск из утраты их акций в результате мер, принятых в отношении ОАО «НК «ЮКОС» (а не мер, принятых в отношении таких акций), не признается по российскому праву.
244. В заключение, Статья 26 ДЭХ, а также Статья 1(6) ДЭХ, разрешающая акционерам подавать требования в третейском разбирательстве о возмещении убытков из вреда, причиненного компании, акциями которой они владеют, противоречат российским

²⁹⁰ Решение Верховного суда Нидерландов от 2 декабря 1994 г., NJ 1995, 288 (*ABP v. Poot*), п. 3.4.1. Верховный суд Нидерландов с тех пор всегда постановлял о наличии у него юрисдикции. См. в целом *Asser/Maeijer/Van Solinge & Nieuwe Weme 2-II** 2009 пг. 209.

²⁹¹ Экспертное заключение Суханова, пп. III.3 и IV.21.

²⁹² Экспертное заключение Суханова, пп. IV.14-18.

²⁹³ Экспертное заключение Суханова, пп. V.1-13, IV.21.

²⁹⁴ Промежуточное арбитражное решение HUL, п. 372. [*Английская цитата в голландском тексте опущена*]

«законам». На этом самостоятельном основании Третейский суд не обладает юрисдикцией в отношении всех требований Истцов.

(d) Заключение

245. Российская Федерация никогда не ратифицировала ДЭХ, но вместо этого согласилась применять его на временной основе в соответствии со Статьей 45(1) ДЭХ, соответственно, «*в той степени, в которой такое временное применение не противоречит ее конституции, законам или нормативным актам*».
246. Рассмотрение настоящего спора в рамках третейского разбирательства в соответствии со Статьей 26 ДЭХ противоречит Конституции Российской Федерации. Рассмотрение требований Истцов в рамках третейского разбирательства по Статье 26 ДЭХ также противоречит российским законам, которые (а) запрещают рассматривать в рамках третейского разбирательства публично-правовые споры, и (b) не предоставляют акционеру права предъявлять требования о возмещении за вред компании, акциями которой он владеет.
247. В свете вышеизложенного, у Третейского суда отсутствовала юрисдикция в отношении требований Истцов в соответствии со Статьей 45 ДЭХ, которая служит первым основанием для отмены Судом Арбитражных решений по делу ОАО «НК «ЮКОС» в соответствии со Статьей 1065(1)(a) ГПК.

D. Второе юрисдикционное основание – Третейский суд не обладал юрисдикцией, поскольку акции Истцов в ОАО «НК «ЮКОС» не защищены в соответствии с ДЭХ

(a) Введение

248. Российская Федерация возражала против наличия у Третейского суда юрисдикции в соответствии с пунктами (6) и (7) Статьи 1 ДЭХ на том основании, что акции ОАО «НК «ЮКОС», принадлежавшие Истцам, не защищены в соответствии с ДЭХ. Как указано в начале настоящего Уведомления о возбуждении разбирательства, данный спор является внутригосударственным российским спором. Все три Истца являются подставными компаниями, которые были учреждены российскими гражданами – олигархами ОАО «НК «ЮКОС» – в офшорных низконалоговых регионах только для того, чтобы осуществлять владение акциями ОАО «НК «ЮКОС», принадлежащими олигархам, и обеспечивать благоприятный налоговый режим для получаемых дивидендов. Российские граждане являются бенефициарными собственниками Истцов, а требования Истцов основываются исключительно на налоговых мерах, принятых в отношении ОАО «НК «ЮКОС», российской компании, которая через Истцов контролировалась и находилась в

бенефициарной собственности этих российских граждан. Таким образом, данный спор не является истинно международным спором, в рамках сферы применения ДЭХ. Это внутригосударственный российский спор между российскими гражданами и Российской Федерацией, который касается *«Налоговых мер»*, принятых российскими органами власти в ответ на схему по уклонению от уплаты российских налогов, которую активно использовало ОАО «НК «ЮКОС», российская компания. Соответственно, он находится за рамками юрисдикции Третейского суда, как она определена Статьей 26 ДЭХ во взаимодействии с пунктами (6)-(7) Статьи 1 ДЭХ, если толковать и применять их в соответствии с их контекстом и в свете объекта и цели ДЭХ.

249. В соответствии со Статьей 26 ДЭХ, юрисдикция Третейского суда ограничена следующими спорами:

«Споры между Договаривающейся Стороной и Инвестором другой Договаривающейся Стороны, касающиеся Инвестиции последнего на Территории первой, которые касаются утверждений о нарушении обязательства по Части III первой Договаривающейся Стороной.»
[выделение добавлено]

250. Пункты (6) и (7) Статьи 1 ДЭХ содержат определения понятий *«Инвестиция»* и *«Инвестор»*, определяющих сферу применения ДЭХ по кругу лиц и по предмету правоотношений. Пункт (6) Статьи 1 ДЭХ определяет понятие *«Инвестиция»* как *«все виды активов, находящихся в собственности или контролируемых прямо или косвенно Инвестором»*.

251. *«Инвестор»*, согласно пункту (7) Статьи 1 ДЭХ, означает *«компанию или другую организацию, учрежденную в соответствии с законодательством, применимым в этой Договаривающейся Стороне»*.

252. Как указано в пунктах 61-65 выше, целью и задачей ДЭХ является поощрение международного сотрудничества в энергетическом секторе, в частности, *«извлечение выгоды из взаимодополняющих отношений между Европейским Экономическим Сообществом, СССР и странами Центральной и Восточной Европы»*.²⁹⁵ Бывшие социалистические страны нуждались в западном капитале, передовых технологиях и ноу-хау для модернизации устаревшей энергетической инфраструктуры и повышения стабильности их энергетики. В обмен Европейское сообщество и его государства-члены стремились обеспечить для себя безопасность поставок нефти и газа. Поэтому Статья 2 ДЭХ гласит, что цель ДЭХ:

²⁹⁵

См. п. 62 выше.

«установить правовые рамки в целях оказания содействия долгосрочному сотрудничеству в области энергетики на основе взаимодополняемости и взаимной выгоды, в соответствии с целями и принципами Хартии».²⁹⁶

253. Важно подчеркнуть, что Третейский суд согласился, что ДЭХ:

« [...] направлен на поощрение иностранных инвестиций, особенно инвестиций из западных источников в энергетические ресурсы Российской Федерации и других государств-преемников СССР».²⁹⁷

254. Кроме того, важно, что Третейский суд также признал:

«[если бы] Государства, принимавшие участие в разработке ДЭХ, были опрошены в ходе этого процесса, был ли ДЭХ направлен на защиту – и должен ли он толковаться и применяться для защиты – инвестиций в Договариваемом Государстве, осуществленных гражданами этого Договариваемого Государства, капитал которых происходит от энергетических ресурсов этого же государства, вполне вероятно, что ответ был бы отрицательным не только от представителей Российской Федерации, но и от большинства делегатов».²⁹⁸

255. Третейский суд, тем не менее, счел, что Истцы и акции ОАО «НК «ЮКОС», которыми они владели, защищены ДЭХ, только потому, что Истцы учреждены на Кипре (Hulley и VPL) и острове Мэн (YUL),²⁹⁹ и они номинально владели акциями ОАО «НК «ЮКОС». Третейский суд сделал такие выводы, несмотря на следующие факты:

(a) бенефициарными собственниками Истцов, а следовательно и акций ОАО «НК «ЮКОС», которыми они владели, являются российские граждане;

(b) как признал сам Третейский суд, «основной источник инвестиций [каждого] Истца [...] мог быть российским»³⁰⁰ и что «[с]остояния «олигархов» [...] возможно происходят из инвестиций россиян в российские ресурсы»;³⁰¹

(c) Истцы – всего лишь подставные компании, единственная цель которых – владеть акциями ОАО «НК «ЮКОС»; и

²⁹⁶ Статья 2 ДЭХ.

²⁹⁷ Промежуточное арбитражное решение Hulley, п. 433; Промежуточное арбитражное решение YUL, п. 434; Промежуточное арбитражное решение VPL, п. 490.

²⁹⁸ Там же.

²⁹⁹ Промежуточное арбитражное решение Hulley, пп. 411-417; Промежуточное арбитражное решение YUL, пп. 411-417; Промежуточное арбитражное решение VPL, пп. 411-417.

³⁰⁰ Промежуточное арбитражное решение Hulley, п. 433; Промежуточное арбитражное решение YUL, п. 434; Промежуточное арбитражное решение VPL, п. 490; Письмо Истцов в адрес Третейского суда от 3 ноября 2006 г.; Приложение к Промежуточным арбитражным решениям; Встречный меморандум Hulley, п. 288; Встречный меморандум YUL, п. 287; Встречный меморандум VPL, п. 290.

³⁰¹ Промежуточное арбитражное решение YUL, п. 434; Промежуточное арбитражное решение Hulley, п. 433; Промежуточное арбитражное решение VPL, п. 490.

(d) олигархи владели акциями ОАО «НК «ЮКОС» через Истцов, исключительно чтобы снизить (или вообще устранить) налогообложение дивидендов, которые они получали от ОАО «НК «ЮКОС» в низконалоговых регионах Кипра и острова Мэн.

256. Делая такой вывод, Третейский суд использовал неоправданно формальное прочтение определений понятий «инвестор» и «инвестиция» в пунктах (б) и (7) Статьи 1 ДЭХ, которое не учитывает: (а) объект и цель ДЭХ; (б) намерения Договаривающихся государств ДЭХ; и (с) основные принципы международного права. Применение Третейским судом неоправданно формального прочтения ДЭХ для признания собственной юрисдикции противоречит общему правилу толкования, содержащемуся в Статье 31 Венской конвенции о праве международных договоров, которое требует, чтобы международный договор толковался добросовестно и «*в соответствии с обычным значением, которое следует придавать терминам договора в их контексте, а также в свете объекта и целей договора*», что подтверждается намерениями Договаривающихся государств ДЭХ. Суд, соответственно, должен прийти к выводу, что Истцы и принадлежавшие им акции ОАО «НК «ЮКОС» не пользуются защитой по ДЭХ, а поэтому Арбитражные решения по делу ОАО «НК «ЮКОС» должны быть отменены в соответствии со Статьей 1065(1)(а) ГПК, поскольку Третейский суд не обладал юрисдикцией на рассмотрение спора.

(b) *Истцы являются подставными компаниями-пустышками, чьими бенефициарными собственниками и контролирующими лицами являются российские граждане*

257. Истцы признают, что во все соответствующие моменты времени они были подставными компаниями, созданными исключительно для того, чтобы владеть акциями ОАО «НК «ЮКОС», принадлежавшими олигархам, и что они не занимались какой-либо деятельностью на Кипре или острове Мэн, странах своего учреждения.³⁰²

258. Истцы также не оспаривали, что если они и заплатили что-то за принадлежавшие им акции ОАО «НК «ЮКОС», они это сделали, используя финансовые ресурсы российского происхождения.³⁰³

259. До октября 2003 года Истец Hulley принадлежал Истцу YUL, который, в свою очередь, принадлежал GML, который, в свою очередь, находился в собственности и под

³⁰² Письмо Истцов в адрес Третейского суда от 3 ноября 2006 г.; Встречный меморандум Hulley о юрисдикции и допустимости иска, п. 288; Встречный меморандум YUL о юрисдикции и допустимости иска, п. 287; Встречный меморандум VPL о юрисдикции и допустимости иска, п. 290.

³⁰³ Возражения YUL о юрисдикции и допустимости иска, пп. 269-297; Возражения Hulley о юрисдикции и допустимости иска, пп. 296-298; Возражения VPL о юрисдикции и допустимости иска, п. 298.

контролем г-д Ходорковского, Невзлины, Лебедева, Дубова, Брудно и Шахновского.³⁰⁴ В октябре 2003 года олигархи перевели свои акции GML в трасты, учрежденные в соответствии с законодательством о. Гернси, и назначили себя, наряду с членами своих семей, попечителями и бенефициарами.³⁰⁵ В 2005 году г-н Ходорковский перестал быть бенефициаром трастов на о. Гернси, в этом качестве его сменил г-н Невзлин.³⁰⁶

260. Истцы не оспаривали, и Третейский суд подтвердил, что г-да Ходорковский, Невзлин, Лебедев, Дубов, Брудно и Шахновский были во все соответствующие моменты времени бенефициарами трастов на о. Гернси.³⁰⁷ Соответственно, если Окончательные арбитражные решения будут оставлены в силе, российские граждане могут получить суммы, присужденные в пользу Hulley и YUL, что они сами неоднократно подтверждали.³⁰⁸
261. Истец VPL является частью траста VP, который был создан в 2001 году, чтобы управлять Программой социальной поддержки ветеранов в интересах бывших сотрудников ОАО «НК «ЮКОС», которые подпадали под ее требования. Дивиденды по акциям ОАО «НК «ЮКОС», принадлежавшим VPL, выплачивались Истцу YUL.³⁰⁹ Часть доходов от продажи акций ОАО «НК «ЮКОС», принадлежавших VPL, должна была быть безвозмездно передана бывшим сотрудникам ОАО «НК «ЮКОС». Оставшаяся часть должна была быть выплачена YUL.³¹⁰ По состоянию на 8 октября 2007 года, часть доходов от продажи акций, принадлежащих VPL, должна была быть распределена бывшим сотрудникам ОАО «НК «ЮКОС», подпадающим либо под Программу социальной поддержки ветеранов, либо под новую программу, которая включала г-д

³⁰⁴ Информация для Руководства ОАО «НК «ЮКОС», (2002 г.), (Приложение R-4), стр. 2-3.

³⁰⁵ Приложение к Промежуточным арбитражным решениям.

³⁰⁶ Промежуточное арбитражное решение Hulley, пп. 469-471, 481; Промежуточное арбитражное решение YUL, пп. 470-472, 482; Приложение к Промежуточным арбитражным решениям.

³⁰⁷ См. Промежуточное арбитражное решение Hulley, пп. 462; 469, 474-481; Промежуточное арбитражное решение YUL, пп. 463, 470, 475-482; Приложение к Промежуточным арбитражным решениям.

³⁰⁸ Радио Free Europe, *Бывшее должностное лицо Юкоса удовлетворено решением суда* (29 июля 2014 г.) ([Приложение RF-67](#)) (г-н Невзлин заявил, что он удовлетворен Окончательным арбитражным решением о присуждении 50 млрд. долл. США и отметил, что «его Group Menatep Limited (GML), холдинговая компания мажоритарных владельцев ЮКОСа, в которой Невзлину принадлежит 70-процентная доля, требовала более 100 миллиардов», но «нельзя сказать, что мы не удовлетворены 50 миллиардами»); Financial Times, *Леонид Невзлин выиграл больше всех в результате решения по делу ЮКОСа в Гааге* (28 июля 2014 г.) ([Приложение RF-68](#)) (где отмечается, что «в течение почти десяти лет 54-летний Леонид Невзлин находился в центре юридической борьбы за выплату возмещения акционерам ЮКОСа. В понедельник его терпение и настойчивость были вознаграждены. Как крупнейший акционер GML, бывшего холдинга ЮКОСа, который возбудил судебное дело, владея 70-процентным пакетом акций, Невзлин станет крупнейшим бенефициаром гаагского решения о присуждении 50 млрд долл. США»); Reuters, *Невзлин «очень доволен» решением суда в Гааге по Юкосу*, (28 июля 2014 г.) ([Приложение RF-69](#)) («Леонид Невзлин, крупнейший конечный бенефициарный владелец бывшего нефтяного гиганта Юкос, выразил удовлетворение решением арбитражного суда в Гааге о том, что Россия должна уплатить группе акционеров около 50 млрд долларов США за экспроприацию их активов»).

³⁰⁹ Назначение Депозитария – доверительного управляющего в отношении компании Veteran Petroleum Trust (25 апреля 2001 г., «Соглашение о трасте VP») ([Приложение R-441](#)); Приложение к Промежуточным арбитражным решениям.

³¹⁰ Соглашение о доверительном управлении VP, Пункт 3. Согласно условиям Соглашения о трасте VP, так называемый «Российский поставщик услуг», российский банк и агент ОАО «НК «ЮКОС», имел право выбирать время от времени и по своему исключительному усмотрению доли акций VPL в ОАО «НК «ЮКОС» для продажи на рынке, там же.

Ходорковского, Невзлина, Лебедева, Дубова, Брудно и Шахновского.³¹¹ Таким образом, российские граждане, в конечном итоге, могут получить и суммы, присужденные Окончательным Решением в пользу VPL, если Суд не отменит его.

(с) *ДЭХ не защищает инвестиции Истцов в ОАО «НК «ЮКОС», поскольку эти инвестиции осуществлены гражданами Договаривающегося государства на территории и с использованием ресурсов того же Договаривающегося Государства*

262. В отличие от международных договоров по правам человека, инвестиционные договоры направлены на поощрение и защиту только иностранных, а не внутренних инвестиций. Это особенно верно для ДЭХ, чьей целью, как изложено в Статье 2 ДЭХ, является извлечение выгоды из взаимодополняющих отношений между Востоком и Западом, что признал Третейский суд.³¹² Следовательно, защита российских граждан, которые осуществили инвестиции в Российской Федерации с использованием российских ресурсов, является абсолютно несовместимой с объектом и целью ДЭХ и с намерениями Договаривающихся государств ДЭХ. Но именно это Третейский суд допустил в данном случае.
263. В поддержку своего вывода Третейский суд использовал буквальную формулировку пунктов (6) и (7) Статьи 1 ДЭХ, не дав им толкования с учетом контекста, а также объекта и цели Договора, как того требует Статья 31(1) ВКПМД. Пункт 1 Статьи 10 ДЭХ гласит: *«Каждая Договаривающаяся Сторона, в соответствии с положениями настоящего Договора, поощряет и создает стабильные, равноправные, благоприятные и гласные условия Инвесторам других Договаривающихся Сторон для осуществления Инвестиций на ее Территории.»*³¹³ Пункт 1 Статьи 26 ДЭХ говорит о спорах между *«Договаривающейся Стороной и Инвестором другой Договаривающейся Стороны, касающихся Инвестиции последнего на Территории первой.»*³¹⁴ Таким образом, ДЭХ явным образом направлен на инвестиции инвесторов из других Договаривающихся

³¹¹ Соглашение об изменении Соглашения о трасте VP (8 октября 2007 г.) (Приложение C-1186 VP).

³¹² Промежуточное арбитражное решение Hulley, п. 433; Промежуточное арбитражное решение YUL, п. 434; Промежуточное арбитражное решение VPL, п. 490.

³¹³ [выделение добавлено] В оригинальном тексте Статьи 10(1) ДЭХ на английском языке: «Each Contracting Party shall, in accordance with the provisions of this Treaty, encourage and create stable, equitable, favourable and transparent conditions for Investors of other Contracting Parties to make Investments in its Area. Such conditions shall include a commitment to accord at all times to Investments of Investors of other Contracting Parties fair and equitable treatment. Such Investments shall also enjoy the most constant protection and security and no Contracting Party shall in any way impair by unreasonable or discriminatory measures their management, maintenance, use, enjoyment or disposal. In no case shall such Investments be accorded treatment less favourable than that required by international law, including treaty obligations. 20 Each Contracting Party shall observe any obligations it has entered into with an Investor or an Investment of an Investor of any other Contracting Party».

³¹⁴ [выделение добавлено] В оригинальном тексте Статьи 26(1) ДЭХ на английском языке: «Disputes between a Contracting Party and an Investor of another Contracting Party relating to an Investment of the latter in the Area of the former, which concern an alleged breach of an obligation of the former under Part III shall, if possible, be settled amicably».

государств, а не на инвесторов, которые осуществляют инвестиции в своем государстве через подставную компанию в другом Договариваемом государстве.

264. Этот вывод также подтверждается пунктом (1) Статьи 17 ДЭХ, который позволяет Договариваемому государству отказать юридическому лицу в преимуществах, предусмотренных ДЭХ, *«если такое юридическое лицо принадлежит гражданам или подданным третьего государства или контролируется ими и если это юридическое лицо не ведет существенной деловой деятельности на Территории той Договариваемой стороны, на которой оно создано»*.³¹⁵ Целью данного положения является отказ в преимуществах, предусмотренных ДЭХ, лицам из стран, которые не являются участниками ДЭХ, но тем не менее пытаются получить эти преимущества, создавая подставные компании в Договариваемом государстве. Следовательно, если граждане одного Договариваемого государства владеют подставной компанией в другом Договариваемом государстве или контролируют ее – как в случае Истцов, – преимущества, предусмотренные ДЭХ, тем более не должны предоставляться таким гражданам в связи с инвестициями, осуществленными в их собственной стране, просто потому что они структурировали свои инвестиции через подставные компании, находящиеся в другом Договариваемом государстве.³¹⁶
265. В части своих Промежуточных арбитражных решений, в которой рассматривается п. 7 Статьи 1 ДЭХ (определение понятия «Инвестор»), Третейский суд отметил: (а) что он *«не оставил без внимания утверждения Ответчика о лицах, владеющих Истцами и контролирующими их»*; и (б) что эти утверждения должны исследоваться в контексте анализа Статьи 17 ДЭХ, *«в соответствии с которой нахождение истца во владении или под контролем граждан третьего государства может при соблюдении определенных других условий дать государству-ответчику право отказать истцу в преимуществах, предусмотренных Частью III Договора»*, после чего заключил, что Российская Федерация в данном случае не является *«третьим государством»* в значении, придаваемом этому термину п. 1 Статьи 17 ДЭХ.³¹⁷
266. Иными словами, ДЭХ касается отношений между Государством А (принимающим государством) и Государством В (государством Инвестора). По версии Третейского суда, п. 1 Статьи 17 ДЭХ добавляет к этому отношению между Государством А и

³¹⁵ В оригинальном тексте Статьи 17(1) ДЭХ на английском языке: «Each Contracting Party reserves the right to deny the advantages of this Part to: (1) a legal entity if citizens or nationals of a third state own or control such entity and if that entity has no substantial business activities in the Area of the Contracting Party in which it is organized».

³¹⁶ Промежуточное арбитражное решение Hulley, пп. 543-545; Промежуточное арбитражное решение YUL, пп. 544-546; Промежуточное арбитражное решение VPL, пп. 555-557.

³¹⁷ Промежуточное арбитражное решение Hulley, пп. 412, 543-545; Промежуточное арбитражное решение YUL, пп. 412, 544-546; Промежуточное арбитражное решение VPL, пп. 412, 555-557.

Государством В отношении с третьим государством – Государством С (чьи граждане или юридические лица владеют или контролируют Инвестора) и предусматривает, что при определенных обстоятельствах, указанных в п. 1 Статьи 17 ДЭХ, Инвестору может быть отказано в преимуществах, предусмотренных ДЭХ. Заключив, что Российская Федерация не вправе отказать Истцам в преимуществах, предусмотренных ДЭХ, поскольку Российская Федерация не является «третьим государством» для этих целей, Третейский суд упустил ключевой момент – что ДЭХ вообще не применяется к отношению Государство А – Государство В – Государство А (принимающее Государство – Государство инвестора – граждане или юридические лица принимающего Государства), которое иногда именуют «разворотом на 180 градусов».

267. Предоставление отечественным инвесторам международной защиты инвестиций также противоречит Статье 31(3)(с) ВКПМД, которая требует, чтобы толкование договора учитывало *«любые соответствующие нормы международного права, применимые в отношениях между участниками»*.³¹⁸ Инвестиционные договоры, как и другие международные договоры, не изолированы от общего международного права. В отсутствие четкого намерения Договаривающихся государств отступить от общих принципов международного права, ДЭХ должен толковаться в гармонии с общим международным правом, а не в противоречие ему.³¹⁹ Это правило соответствует пункту (б) Статьи 26 ДЭХ, который прямо предусматривает, что *«[a]рбитражный суд, учреждаемый согласно пункту (4), решает спорные вопросы в соответствии с настоящим Договором и применимыми нормами и принципами международного права»*.

³¹⁸ *Дело о нефтяных платформах* (Иран против США), Решение от 6 ноября 2003 г., Вестник Международного суда ООН от 2003 г., стр. 161, (Приложение R-330) стр. 182, п. 41 («[с]огласно общим правилам толкования договоров, отраженным в Венской конвенции 1969 года о праве международных договоров, толкование должно учитывать «любые соответствующие нормы международного права, применимые в отношениях между участниками» (Статья 31, пункт 3 (с)). Суд не может принять довод о том, что Статья XX, пункт 1(d), Договора 1955 года предусматривалась как действующая совершенно независимо от соответствующих норм международного права о применении силы [...]»); *Право прохода через территорию Индии* (Португалия против Индии), Предварительные возражения, Вестник Международного суда ООН 1957 г., стр. 125, (Приложение R-225) стр. 142 («Нормой толкования является то, что текст, происходящий от Правительства, должен, в принципе, толковаться как создающий и направленный на создание последствий в соответствии с существующим правом, а не в его нарушение.»); *территориальная подведомственность Международной комиссии по охране реки Одер*, (Чехия, Дания, Франция, Германия, Великобритания и Швеция против Польши), Постоянная палата международного правосудия 1929 (сер. А) № 23, (Приложение R-230), стр. 26; МЕЖДУНАРОДНОЕ ПРАВО ОППЕНГЕЙМА, Том I, стр. 1274-1275 (под редакцией Р. Дженнингса и А. Уоттса, изд. 9, 1996 г.) (Приложение R-256); Я. Браунли, ПРИНЦИПЫ ПУБЛИЧНОГО МЕЖДУНАРОДНОГО ПРАВА (7-ое издание, 2008 г.) (Приложение RF-70), стр. 632-633; *Nasser Esphahanian v. Bank Tejarat*, Третейское решение № 31-157-2 от 29 марта 1983 года, 2 IUSCTR 157 (Приложение RF-71), стр. 161-167; *Elettronica Sicula S.p.A.* (США против Италии), Вестник Международного суда ООН 1989 г., стр. 15 (Приложение R-208).

³¹⁹ *LG&E Energy Corp. Et al. Против Аргентинской Республики*, Дело МЦУИС № ARB/02/1, Решение об ответственности от 3 октября 2006 г. (Приложение R-452), п. 97 («Суд постановил, как постановил суд в деле *Asian Agricultural Products, Ltd. (AAPL) против Демократической Социалистической Республики Шри-Ланка*, Решение от 27 июня 1990 г., что Договор «не является самодостаточной замкнутой правовой системой, ограниченной установлением материально-правовых норм прямого действия, но он должен рассматриваться в более широком юридическом контексте, в котором нормы из других источников интегрированы путем применения способов подразумеваемой инкорпорации, или путем прямой отсылки к определенным дополнительным нормам, международно-правового характера или же имеющим природу внутреннего законодательства.»); *Asian Agricultural Products Ltd. (AAPL) против Республики Шри-Ланка*, Дело МЦУИС № ARB/87/3, Окончательное решение от 27 июня 1990 г. (Приложение R-451), п. 21.

268. Согласно общему международному праву гражданам не разрешается возбуждать иск по международному праву против своего государства. Этот запрет распространяется на компании, которые контролируются гражданами государства-ответчика, что касается в данном случае и Истцов:

«В некоторых случаях юридические лица и, в частности, акционерные общества, учрежденные в соответствии с законодательством иного государства, чем то, в котором они осуществляют деятельность, не являются «иностранными» в чем-либо, кроме наименования, поскольку контрольный пакет акций принадлежит гражданам государства-ответчика. В данных обстоятельствах, конечно, будет неверным позволить таким лицам воспользоваться правом на предъявление иска, которое согласно [договору, наделяющему международный орган компетенцией разрешать споры по искам о возмещении вреда, причиненного физическим лицам,] признается в тех случаях, когда юридическое лицо является иностранным как по наименованию, так и в действительности».³²⁰

269. Третейские суды, учрежденные на основании инвестиционных договоров, подтвердили применимость этого основополагающего принципа к искам, предъявляемым на основании инвестиционных договоров. Например, дело *Phoenix против Чешской Республики* касалось реструктуризации внутренних чешских инвестиций, которая привела к «перераспределению активов в семье».³²¹ Третейский суд постановил, что «нельзя признать, что двусторонние инвестиционные договоры предоставляют защиту правам, которые затрагиваются в исключительно внутригосударственных исках, не связанных с каким-либо значительным притоком капитала, ресурсов или деятельности в экономику принимающего государства».³²² Третейский суд сослался на объект и цель инвестиционных договоров, которые «подписываются, чтобы способствовать притоку международных инвестиций» и «усилить экономическое сотрудничество в общих интересах обеих стран»,³²³ исключив такие инвестиции из-под защиты по инвестиционным договорам.

270. Аналогично, третейский суд в деле *ST-AD против Болгарии*, которое касалось иска на основании инвестиционного договора против Болгарии, поданного немецкой компанией, конечным бенефициарным собственником которой был гражданин Болгарии, также подтвердил, что «гражданин государства, будь то физическое или юридическое лицо, не

³²⁰ Третий доклад Ф. В. Гарсия Амадор, Ежегодный вестник Комиссии международного права (1958 г.), том. II (Приложение R-451), стр. 64, п. 13; см. также Л. Кафлиш, *Защита акционерных обществ и косвенного участия по международному праву*, стр. 140 (1969 г.) (Приложение R-242); Л. Кафлиш, *Защита корпоративных инвестиций за рубежом в свете дела Barcelona Traction*, 31 ZaöRV 179 (1971 г.) (Приложение R-243); С.С. «Я один» (Сap. v. U.S.), Специальное соглашение, Конвенция от 23 января 1924, R.I.A.A., Том III, 1610, 1617-18 (1935 г.) (Приложение R-202); *Burthe v. Denis*, 133 U.S. 514 (1890 г.) (Приложение R-201).

³²¹ *Phoenix Action, Ltd. v. The Czech Republic*, Дело МЦУИС № ARB/06/5, Решение от 15 апреля 2009 г. (Приложение RME-1078), п. 140.

³²² *Phoenix v. Czech Republic*, указ. соч., п. 97.

³²³ Там же.

может, в принципе, подать иск против своего собственного государства в международный арбитраж».³²⁴

271. Аналогичным образом, третейский суд в деле *Loewen против США* постановил:

«Формат НАФТА явно предназначен для того, чтобы защитить инвесторов одной Договаривающейся Стороны от недобросовестной практики, существующей в какой-либо из других Договаривающихся Сторон. Он не предназначен и не может повлиять на права американских инвесторов в отношении действий США, которые отрицательно влияют на этих американских инвесторов. Иски такого характера должны рассматриваться только на основании внутреннего законодательства, и представляется невероятным, чтобы суверенные государства вели переговоры о договорах, которые дополняли или изменяли бы внутреннее законодательство в том, что касается их собственных граждан. Такие побочные последствия в отношении внутреннего законодательства Участников НАФТА явно ими не предполагались при заключении договора».³²⁵

272. Следуя тому же принципу, третейские суды, созданные на основании инвестиционных договоров, отказывали в признании юрисдикции в отношении компаний, зарегистрированных в государстве-истце, контролируемых гражданами государства-ответчика, которых стороны договорились рассматривать в качестве граждан другого Договаривающегося государства для целей Конвенции МЦУИС. Как постановил третейский суд в деле *National Gas против Арабской Республики Египет*, рассмотренном ранее в этом году:

«По мнению Суда, в соответствии со Статьей 25(2)(b) проводится значительная разница между (i) контролем, осуществляемым гражданином Договаривающегося государства, против которого Истец выдвигает свои требования, и (ii) контролем, осуществляемым гражданином другого Договаривающегося государства. Последняя ситуация не нарушает какие-либо принципы международного права и соответствует тексту Конвенции МЦУИС. С другой стороны, первая ситуация нарушает общее ограничение в Статье 25(1) и первую часть Статьи 25(2)(b) Конвенции МЦУИС по отношению к обоим Договаривающимся Государствам и гражданам (в том числе с двойным гражданством). Другими словами, последний вариант согласуется с объектом и целью Конвенции МЦУИС; а первый противоречит им: он допускает использование Конвенции МЦУИС для целей, для которых она была явно не предназначена, что нарушило бы внешние границы ее применения».³²⁶

³²⁴ *ST-AD GmbH против Республики Болгария*, ЮНСИТРАЛ, Дело ППТС № 2011-06, Решение о юрисдикции от 18 июля 2013 г. (Приложение RF-72), п. 408; см. также п. 423 («Суд должен обеспечить, чтобы механизм двустороннего инвестиционного договора не предоставлял защиту инвестициям, которые он не был предназначен защищать, то есть внутренним инвестициям, замаскированным под международные, или внутригосударственным спорам, представленным как международные споры исключительно с целью получения доступа к международному арбитражу».)

³²⁵ *Loewen Group Inc. & Raymond Loewen против США*, Дело МЦУИС № ARB(AF)/98/3, Решение от 26 июня 2003 г. (Приложение R-217), п. 223 [выделение добавлено].

³²⁶ *National Gas S.A.E. против Арабской Республики Египет*, Дело МЦУИС № ARB/11/7/, Решение от 3 апреля 2014 г. (Приложение RF-73), п. 136; см. также *TSA Spectrum De Argentina S.A. против Аргентинской Республики*, Дело МЦУИС № ARB/05/5, Решение от 19 декабря 2008 г. (Приложение RF-74), п. 145.

273. В целом, определения понятий «инвестор» и «инвестиция», данные в пунктах (6) и (7) Статьи 1 ДЭХ и истолкованные в свете объекта и целей ДЭХ и в соответствии с общим международным правом (как они и должны толковаться), не распространяются на инвестиции, осуществленные гражданами государства-ответчика, такие, как инвестиции Истцов в ОАО «НК «ЮКОС».
274. Хотя Третейский суд признал, что предоставление Истцам защиты по ДЭХ противоречит объекту и цели ДЭХ и намерениям Договаривающихся государств ДЭХ,³²⁷ он, тем не менее, предоставил их российским инвестициям, осуществленным через оффшорные подставные компании, международную защиту в соответствии с ДЭХ, включая право на подачу иска в третейский суд. В поддержку этого ошибочного вывода, Третейский суд сослался на решения третейских судов в делах *Saluka против Чешской Республики*,³²⁸ *Plama против Болгарии*³²⁹ и *Petrobart против Кыргызской Республики*.³³⁰ Однако, все эти дела касались компаний, владельцами и контролирующими лицами которых были лица из третьей страны, то есть касались отношений Государство А – Государство В – Государство С, вида, описанного выше. Ни в одном из них иск не был подан подставной компанией, созданной и контролируемой гражданами государства-ответчика в качестве канала для их внутренних инвестиций, то есть не имело место отношение Государство А – Государство В – Государство А.
275. Единственное третейское решение, на которое ссылается Третейский суд и которое затрагивало компанию, находившуюся в собственности и под контролем граждан принимающего государства, дело *Tokios Tokeles против Украины*, было вынесено составом, мнения которого разделились, с выдающимся особым мнением председательствующего арбитра (знаменитого французского профессора Проспера Вейла). Это дело также отличается от настоящего дела тем, что компания Tokios Tokeles, хотя и принадлежала гражданам Украины, не была подставной компанией, а была создана в Литве более чем за десять лет до предполагаемого нарушения, управлялась из Литвы и занималась рекламным бизнесом, издательской и полиграфической

³²⁷ Промежуточное арбитражное решение Hulley, п. 433; Промежуточное арбитражное решение YUL, п. 434; Промежуточное арбитражное решение VPL, п. 490.

³²⁸ *Saluka Investments B.V. против Чешской Республики*, ЮНСИТРАЛ, Частичное решение от 17 марта 2006 г. (Приложение С-253), п. 1 (по иску голландской компании, конечным собственником которой был японский банк Nomura)

³²⁹ *Plama Consortium Limited против Республики Болгария*, Дело МЦУИС № ARB/03/24, Третейское решение от 27 августа 2008 г. (Приложение (Существо дела) С-994), п. 95 (по иску кипрской компании, конечным собственником которой был гражданин Франции)

³³⁰ *Petrobart Limited против Кыргызской Республики*, Дело Арбитражного института Торговой палаты г. Стокгольма № 126/2003, Третейское решение от 29 марта 2005 г. (Приложение RME-3516), стр. 63 (по иску гибралтарской компании, конечными собственниками и/или контролирующими лицами которой были граждане Великобритании, которые вели «значительную предпринимательскую деятельность» на территории Великобритании).

деятельностью в Литве и за пределами ее территории.³³¹ Более того, подход третейского суда в этом деле также подвергся правомерной критике со стороны других третейских судов, созданных на основании инвестиционных договоров. Например, суд в деле *TSA Spectrum против Аргентины* постановил:

«Этот текст может толковаться в строгой конструкционистской манере и будет в этом случае означать, что суд должен всегда руководствоваться формальной государственной принадлежностью. С другой стороны, такое строгое буквальное толкование в некоторых случаях может противоречить здравому смыслу, особенно когда формальная государственная принадлежность охватывает юридическое лицо, прямо или косвенно контролируемое лицами той же государственной принадлежности, что и принимающее государство.

В двух делах, а именно, делах *Tokios Tokelés против Украины* и *Rompetrol Group N.V. против Румынии*, третейские суды придерживались строгого конструкционистского толкования, несмотря на контроль иностранных компаний со стороны граждан принимающих государств. Однако такое толкование не стало общепринятым и было также подвергнуто критике в особом мнении Председателя третейского суда по делу *Tokios Tokelés*.³³²

276. Таким образом, у Третейского суда отсутствует юрисдикция, поскольку Российская Федерация не давала согласия в соответствии со Статьей 26 ДЭХ на передачу в третейский суд споров, связанных с инвестициями оффшорных подставных компаний, созданных гражданами Российской Федерации, также являющимися их бенефициарными собственниками, в качестве каналов для их инвестиций в российские компании на территории Российской Федерации. Соответственно, Суд должен отменить Арбитражные решения по делу ОАО «НК «ЮКОС» на данном основании в соответствии со Статьей 1065(1)(а) ГПК.

Е. Третье юрисдикционное основание – Третейский суд не обладал юрисдикцией в соответствии со Статьей 21(1) ДЭХ

(а) Введение

277. Третья причина того, почему Суд должен отменить Арбитражные решения по делу ОАО «НК «ЮКОС» в соответствии со Статьей 1065(1)(а) ГПК, состоит в том, что требования Истцов касаются оспаривания «Налоговых мер» Российской Федерации против ОАО «НК «ЮКОС», и такие требования, соответственно, подпадают под оговорку в отношении налогообложения, исключая юрисдикцию Третейского суда, в соответствии со Статьей 21(1) ДЭХ. В этом положении предусматривается, что, «[з]а исключением случаев, когда в настоящей Статье предусматривается иное, ничто в

³³¹ *Tokios Tokelés против Украины*, Дело МЦУИС № ARB/02/18, Решение о юрисдикции от 29 апреля 2004 г. (Приложение (Существо дела) С-1525), пп. 1-2, 37, 43.

³³² *TSA против Аргентины*, цит., (Приложение RF-74) пп. 145-146.

настоящем Договоре не должно создавать права или налагать обязательства в отношении Налоговых мер Договаривающихся Сторон». ³³³ Налоговые оговорки повсеместно встречаются в международных инвестиционных договорах и выполняют важные функции по сохранению за Договаривающимися Государствами суверенных прерогатив по налогообложению и избежанию коллизий между международными инвестиционными договорами и соглашениями об избежании двойного налогообложения.

278. В соответствии с прямым значением формулировки *«ничто в настоящем Договоре»*, налоговая оговорка, содержащаяся в Статье 21(1) ДЭХ, является исключением из предполагаемого согласия Ответчика разрешать инвестиционные споры в арбитражном порядке в соответствии со Статьей 26 ДЭХ. Требования, основанные на налоговых мерах, таким образом, выходят за рамки юрисдикции Третьейского суда, если иное не предусмотрено в самой Статье 21 ДЭХ.
279. Структура Статьи 21 ДЭХ является результатом продолжительных переговоров между представителями налоговых органов договаривающихся Государств. Пункт 1 – процитированный выше – содержит базовую налоговую оговорку. Пункты 2-5 содержат «изъятия», которые восстанавливают ряд прав и обязанностей в отношении определенных налоговых мер. Статья 21(5)(a) предусматривает, что Статья 13 ДЭХ (*«Экспроприация»*) *«применяется к налогам»*. Статья 21(5)(b)(i) предусматривает, что *«всегда, когда в силу Статьи 13 возникает вопрос, касающийся того, является ли налог экспроприацией, или представляет ли из себя налог, на который ссылаются как на экспроприацию, дискриминацию»*, инвестор *«должен передать»* этот вопрос на рассмотрение налоговых органов Государства его принадлежности и Государства-ответчика, и, если инвестор не осуществляет такую передачу, то третейский суд *«передает его на рассмотрение соответствующих Компетентных налоговых органов»*.
280. Данная обязательная процедура передачи повторяет процедуры достижения взаимного согласия, которые применяются согласно соглашениям об избежании двойного налогообложения, и обеспечивает третейским судам доступ к специальным знаниям налоговых органов Договаривающихся Государств при начислении налогов. Как разъясняется в пунктах 368-385 ниже, в Арбитражных решениях по делу ОАО «НК «ЮКОС» Третейский суд нарушил свой мандат по ДЭХ, отказавшись передать иск соответствующим Компетентным налоговым органам, как требовала Статья 25(5)(b) ДЭХ, что требует отмены Судом Арбитражных решений по делу ОАО «НК «ЮКОС» в

³³³ Статья 21(1) ДЭХ. [выделение добавлено]

соответствии со Статьей 1065(1)(с) ГПК, даже если Суд установит, что Третейский суд обладал юрисдикцией по рассмотрению заявления Истцов.

281. Статья 21(7)(а) содержит примерный перечень «*Налоговых мер*», подпадающих под действие Статьи 21 ДЭХ, в котором уточняется, что налоговая оговорка распространяется равным образом на международные и внутригосударственные налоговые меры.
282. В Окончательных арбитражных решениях Третейский суд отклонил возражение Российской Федерации о том, что Третейский суд не обладал юрисдикцией в соответствии со Статьей 21 ДЭХ в отношении требований Истцов по двум причинам.

Во-первых, Третейский суд постановил, что любая налоговая мера, исключенная из сферы применения ДЭХ вследствие налоговой оговорки в Статье 21(1) ДЭХ, восстанавливается положением о возмещении в случае экспроприации, предусмотренном Статьей 21(5) ДЭХ, исходя из мнения Третейского суда о том, что термин «*Налоговые меры*» в Статье 21(1) ДЭХ и термин «*налоги*» в Статье 21(5) ДЭХ имеют равный объем.³³⁴

Во-вторых, Третейский суд заключил, что налоговая оговорка в Статье 21(1) ДЭХ не применяется в настоящем деле, поскольку, по мнению Третейского суда, она применяется лишь к мерам, мотивированным целью сбора общего дохода в пользу Государства. Согласно мнению Третейского суда, решения о доначислении налогов, принятые против ОАО «НК «ЮКОС», не были добросовестным осуществлением полномочий Российской Федерации по налогообложению,³³⁵ но скорее были направлены на возложение существенной ответственности на ОАО «НК «ЮКОС»,³³⁶ а последующие меры по взысканию доначисленных налогов были направлены на доведение его до банкротства.³³⁷

283. По нижеизложенным причинам Суд должен постановить, что у Третейского суда отсутствовала юрисдикция, поскольку все меры, которые Третейский суд счел носящими характер экспроприации, являлись «*Налоговыми мерами*» или были непосредственно связаны с «*Налоговыми мерами*», а меры, которые являются неотъемлемым основанием заключения Третейского суда о том, что Российская Федерация экспроприировала акции

³³⁴ Окончательные арбитражные решения, п. 1413.

³³⁵ Окончательные арбитражные решения, п. 1430-1445.

³³⁶ Окончательные арбитражные решения, п. 1444.

³³⁷ Окончательные арбитражные решения, п. 1445.

Истцов, не попадали под положение о возмещении в случае экспроприации, предусмотренное Статьей 21(5)(a) ДЭХ.

Во-первых, как разъясняется в пунктах 285-293, Третейский суд неверно истолковал Статью 21(1) ДЭХ, когда он пришел к выводу о том, что все «*Налоговые меры*», исключенные из юрисдикции третейского суда по ДЭХ, восстанавливаются в силу положения о возмещении в случае экспроприации в Статье 21(5)(b) ДЭХ ввиду «*налогов*», носящих характер экспроприации.

Во-вторых, как разъясняется в пунктах 294-301, Третейский суд принял беспрецедентное и ошибочное толкование «*Налоговых мер*». Согласно толкованию Третейского суда, термин «*Налоговые меры*» и, соответственно, налоговая оговорка, не включают меры, которые были мотивированы «*целью, не связанной с налогообложением*», как охарактеризовал Третейский суд меры, принятые против ОАО «НК «ЮКОС».³³⁸ Согласно стандарту, который Третейскому суду следовало применить, рассматриваемые «*Налоговые меры*» явно попадают под налоговую оговорку в Статье 21(1) ДЭХ.

В-третьих, как разъясняется в пунктах 302-343, эти меры попадают под налоговую оговорку, даже согласно ошибочному стандарту Третейского суда, поскольку, помимо прочего, они обосновываются множеством положений российского налогового права и были мотивированы целью получения государственного дохода, а ключевые заключения Третейского суда, на которые он опирался для вынесения вывода об обратном, недоказуемы.

В-четвертых, как разъясняется в пунктах 344-350, оба решения ЕСПЧ подтверждают, что «*Налоговые меры*», принятые против ОАО «НК «ЮКОС», являлись законным осуществлением полномочий Российской Федерации по налогообложению и, таким образом, попадали под налоговую оговорку в Статье 21(1) ДЭХ.

В-пятых, и, наконец, как разъясняется в пунктах 351-361, меры, принятые российскими органами власти соответствуют общепринятым на международном уровне налоговой политике и практике, включая политику и практику, которым следуют Нидерланды, что еще раз подтверждает тот факт, что они действительно являются «*Налоговыми мерами*» по смыслу налоговой оговорки в Статье 21(1), исключая юрисдикцию Третейского суда.

(b) У Третейского суда отсутствовала юрисдикция, поскольку меры, которые он признал неотъемлемым элементом экспроприации, подпадают под действие налоговой оговорки в Статье 21(1) ДЭХ и при этом не включаются в сферу применения ДЭХ согласно Статье 21(5) ДЭХ

284. Налоговые меры, подпадающие под действие налоговой оговорки в Статье 21(1) ДЭХ, которые не включаются в сферу применения ДЭХ согласно положению об изъятии [из налоговой оговорки] в случае экспроприации в Статье 21(5) ДЭХ, выходят за рамки предполагаемого согласия Ответчика на передачу спора на разрешение в арбитражном порядке, содержащегося в Статье 26 ДЭХ. Третейские суды, создаваемые в соответствии с международными инвестиционными договорами, систематически отклоняли требования, основанные на налоговых мерах, охватываемых налоговой оговоркой, на основании отсутствия юрисдикции.³³⁹ Суд должен заключить, что невынесение Третейским судом решения об отсутствии у него юрисдикции по этому основанию является явно ошибочным.

(b)(i) Третейский суд неверно истолковал термины «Налоговые меры» и «Налоги», постановив, что они имеют равный объем

285. В соответствии с основополагающей нормой о толковании международных договоров, содержащейся в Статье 31(1) ВКПМД, международный договор «должен толковаться добросовестно в соответствии с обычным значением, которое следует придавать терминам договора в их контексте, а также в свете объекта и целей договора». Постановив, что термин «Налоговые меры» в Статье 21(1) ДЭХ и термин «налоги» в Статье 21(5) ДЭХ имеют одинаковый объем – и, соответственно, что любая налоговая мера, исключенная из сферы действия ДЭХ ввиду налоговой оговорки, восстанавливается в силу исключения [из налоговой оговорки] в случае экспроприации в Статье 21(5) ДЭХ – Третейский суд не учел обычное значение терминов, используемых в Статье 21 ДЭХ, их контекст и объект и цель налоговой оговорки, а также презумпцию о том, что в отсутствие доказательств об обратном, разница в формулировках подразумевает разницу в значении.³⁴⁰

³³⁹ *EnCana Corp. v. Ecuador*, Дело ЛМТС по Арбитражному регламенту ЮНСИТРАЛ, Арбитражное решение (3 февраля 2006 г.), п. 145 (Приложение R-328); *Duke Energy Electroquil Partners & Electroquil S.A. v. Republic of Ecuador*, Дело МЦУИС № ARB/04/19, Арбитражное решение (18 августа 2008 г.), п. 188 (Приложение (Существо дела) C-993); *El Paso Energy International Company v. Argentina*, Дело МЦУИС № ARB/03/15, Арбитражное решение (31 октября 2011 г.), п. 449 (Приложение (Существо дела) C-1544); *Burlington Resources Inc. v. Republic of Ecuador*, Дело МЦУИС № ARB/08/5, Решение по вопросу о юрисдикции (2 июня 2010 г.), п. 249 (Приложение RME-992).

³⁴⁰ *Simon v. Court of Justice of the European Communities*, Суд Европейского сообщества, Решение (1 июня 1961 г.), 32 I.L.R. 354 (1966 г.), стр. 357 (Приложение RME-1036) («в отсутствие доказательств об обратном, необходимо презюмировать, что любое различие в формулировках подразумевает различие в значении, если новая формулировка влечет за собой иное толкование»); «Об определенных расходах Объединенных Наций» (Пункт 2 Статьи 17 Устава ООН), Консультативное заключение (20 июля 1962 г.), 1962 I.C.J. Rep. 151, стр. 159 (Приложение RME-1037); *Helnan International Hotels A/S v. The Arab Republic of Egypt*, Дело МЦУИС № ARB/05/19, Решение Арбитражного суда по возражению о юрисдикции (17 октября 2006 г.), п. 52 (Приложение RME-3414).

286. Ни термин «Налоговые меры», ни термин «налоги» не определен в ДЭХ. Согласно Статье 21(7)(а) ДЭХ, термин «Налоговая мера» «включает» налоговые положения национального законодательства и международных договоров. Термин «включает» не является исчерпывающим,³⁴¹ и в ДЭХ термин «включает» единообразно используется в положениях, содержащих примерные перечни,³⁴² тогда как термин «означает» используется в определениях.³⁴³ Подготовительные материалы к ДЭХ подтверждают, что Договаривающиеся Стороны ДЭХ намеренно оставили термин «Налоговые меры» неопределенным.³⁴⁴ Значение терминов «Налоговые меры» и «налоги», таким образом, должно определяться в соответствии с их обычным контекстуальным значением и в соответствии с целью Статьи 21 ДЭХ.
287. Как подтвердили международные суды и арбитражи,³⁴⁵ термин «мера» в своем обычном значении распространяется на любые действия законодательной, исполнительной или судебной власти.³⁴⁶ ДЭХ использует термин «мера» единообразно в этом его обычном значении для отсылки к совокупности законодательных, судебных и исполнительных мер,³⁴⁷ в то время как более узкие термины «законы» или «законы и нормативные акты» используются для отсылок исключительно к мерам общего применения.³⁴⁸ Термин «налогообложение» в его обычном значении охватывает налоговое законодательство,

³⁴¹ НОВЫЙ ВСЕМИРНЫЙ СЛОВАРЬ ВЕБСТЕРА, 2-ое изд., 1984 г., стр. 711 (Приложение С-1448, RME-1012); ОКСФОРДСКИЙ АМЕРИКАНСКИЙ СЛОВАРЬ И РУКОВОДСТВО ПО ЯЗЫКУ, 1999 г., стр. 495 (Приложение С-1447, RME-1013); СЛОВАРЬ СЕНЧЕРИ, 1985 г., Том 4, стр. 3038 (Приложение С-1446, RME-1014); НОВЫЙ ОКСФОРДСКИЙ СЛОВАРЬ АНГЛИЙСКОГО ЯЗЫКА, Издательство Оксфордского университета, 2001 г., стр. 924 (Приложение С-1449, RME-1011).

³⁴² См., например, Статьи 1(6) и (12) ДЭХ.

³⁴³ См., например, Статьи 1(1) - (11), 1(13) - (14), 7(10), 19(3) и 25(2) ДЭХ.

³⁴⁴ См. Меморандум Правовой подгруппы Председателя Второй рабочей группы, Документ № LEG-14 (5 марта 1993 г.), стр. 3-4 (Приложения RME-1020, R-331) (подтверждающий, что «налоговая мера» может быть определена только путем приведения примера» и что Ст. 21(7)(а) ДЭХ «является примерным списком, а не определением»); Министерство финансов Канады, Отдел налоговой политики: факс от А. Кастонгай в адрес Ф. Муллен и др. (19 марта 1993 г.), стр. 4 (Приложения RME-1010, R-858) («попытка придумать нечто более точное была бы контрпродуктивной»); Телефакс от Оле Кирккваага, Советника при Королевском министерстве финансов и таможни Норвегии, в адрес Леифа Эрвика, Секретариат Европейской энергетической хартии, (19 марта 1993 г.), стр. 3 (Приложение С-986) («[нет] необходимости в закрытом определении налоговых мер»); Меморандум Министра по бюджету Франции в адрес секретариата ДЭХ (19 марта 1993 г.), стр. 3 (Приложение (Существо дела) С-1045), и Секретариат Конференции Европейской энергетической хартии, Документ 30/93-CONF 54 (1 апреля 1993 г.), стр. 4 (Приложение RME-3429), (Приложение С-988) (предложение Франции заменить слово «включает» на «означает», которое не было принято).

³⁴⁵ *Fisheries Jurisdiction (Spain v. Canada)*, Решение по вопросу о юрисдикции, 1998 I.C.J. Rep. 432, (4 декабря 1998 г.), стр. 460, п. 66 (Приложение RME-1028); см. также *The Loewen Group, Inc. and Raymond L. Loewen v. United States of America*, Дело МЦУИС № ARB(AF)/98/3, Решение по слушанию касательно возражения Ответчика по вопросу компетенции и юрисдикции (5 января 2001 г.), п. 47 (Приложение RME-1021); *Burlington v. Ecuador*, указ. соч., п. 168 (Приложение RME-992).

³⁴⁶ ВЕБСТЕРСКИЙ СЛОВАРЬ АМЕРИКАНСКОГО АНГЛИЙСКОГО (3-ье академ. изд., 1988 г.) («процедура; образ действий; шаг» и «законодательный акт, постановление и др. [...]») (Приложение RME-1025); ОКСФОРДСКИЙ СЛОВАРЬ АНГЛИЙСКОГО ЯЗЫКА (Интернет-версия), («план, образ действий», и, в частности, «план или образ действий, направленный на достижение какой-либо цели; целесообразное действие [...] предлагаемых или принимаемых законодательных положений») (Приложение RME-1026); ЛОНГМАНСКИЙ СЛОВАРЬ СОВРЕМЕННОГО АНГЛИЙСКОГО ЯЗЫКА (5-ое изд., 2009 г.) («действие, в особенности официальное, направленное на решение конкретной проблемы») (Приложение RME-1027).

³⁴⁷ См. Преамбулу; Статьи 7(1) и (2)(с); 10(1) и (9); 13(1); 20(1); и 26(8) ДЭХ.

³⁴⁸ См. Статьи 8(1); 10(9); 11(1); и 14(4) ДЭХ.

взыскание и сбор налогов.³⁴⁹ Это обычное значение термина «налоговая мера» соответствует цели налоговых оговорок, состоящей в сохранении за Государством суверенных полномочий по налогообложению.³⁵⁰

288. В его обычном значении, напротив, «налог» – это сбор или взнос, налагаемый Государством в публичных целях и не включающий в себя меры по взысканию и сбору.³⁵¹ Термин «налоги», как правило, не определяется в международных договорах, включая международные договоры по налоговым вопросам.³⁵² Налоговые международные договоры вместо этого делают отсылку к определению «налогов» по национальному праву Государства, устанавливающего налог.³⁵³ В российском праве налог определяется как обязательный платеж, взимаемый с организаций и физических лиц в целях финансового обеспечения деятельности Государства, исключая пени и штрафы, которые определяются отдельно как суммы, подлежащие выплате за просрочку в выплате и в качестве штрафов за налоговые правонарушения.³⁵⁴

³⁴⁹ См. ЮРИДИЧЕСКИЙ СЛОВАРЬ БЛЭКА (9-ое изд., 2009 г.) (Приложение RME-1022) («Возложение или начисление налога; способ, с помощью которого государство получает доход, необходимый для его деятельности.»); ОКСФОРДСКИЙ СЛОВАРЬ АНГЛИЙСКОГО ЯЗЫКА (Интернет-версия), <http://www.oed.com> (Приложение RME-1023) («Возложение или взимание налогов (ранее включая местные налоги); действия по налогообложению или факт обложения налогом; также (переносн.) доход от взимания налогов.»); НОВЫЙ ВСЕМИРНЫЙ СЛОВАРЬ ВЕБСТЕРА АМЕРИКАНСКОГО АНГЛИЙСКОГО ЯЗЫКА (3-е академ. изд., 1988 г.) (Приложение RME-1024) («1 налогообложение или обложение налогом 2 налог или сбор налогов 3 доход от налогообложения.»)

³⁵⁰ См. *El Paso v. Argentina*, указ. соч., п. 730 (Приложение (Существо дела) С-1544). См. также Заключение профессора Д.М. Бермана о сфере применения термина «Налоговые меры» в Договоре к Энергетической Хартии от 22 января 2007 г., поданное Ответчиком в рамках арбитражного разбирательства, п. 10 (поясняющее, что налоговая оговорка в Модельном двустороннем инвестиционном договоре США 1984 г. была разработана для сохранения свободы договаривающейся стороны по наложению, взиманию и принудительному взысканию собственных внутригосударственных налогов, и для обеспечения того, чтобы двусторонние инвестиционные договоры США были полностью подчинены процедурам разрешения споров, предусмотренным в налоговых международных договорах); *Nations Energy Inc. and others v. Panama*, Дело МЦУИС № ARB/06/19, Арбитражное решение (24 ноября 2010 г.), пп. 480-482 (Приложение RME-1032) (содержащее решение о том, что цель налоговой оговорки в Соглашении между Соединенными Штатами Америки и Республикой Панама о режиме капиталовложений и защите инвестиций 1982 года заключалась в сохранении за Государством прерогативы в области налоговых вопросов).

³⁵¹ См. ЮРИДИЧЕСКИЙ СЛОВАРЬ БЛЭКА (9-ое изд.) (Приложение RME-3415) («сбор, как правило, денег, налагаемый государством на физических, юридических лиц, в отношении сделок или собственности для получения государственного дохода»); ОКСФОРДСКИЙ СЛОВАРЬ АНГЛИЙСКОГО ЯЗЫКА (Интернет-версия), <http://www.oed.com> (Приложение RME-3416) («обязательный взнос на поддержку государства, взимаемый с лиц, собственности, дохода, товаров, сделок и др., в настоящее время по фиксированным ставкам, как правило, пропорциональным сумме, с которой взимается такой взнос»); ТРЕТИЙ НОВЫЙ МЕЖДУНАРОДНЫЙ СЛОВАРЬ ВЕБСТЕРА (Приложение RME-3417) («как правило, денежный сбор, налагаемый законодательными или иными государственными органами на лиц или имущество для государственных целей.»); НОВЫЙ ВСЕМИРНЫЙ СЛОВАРЬ ВЕБСТЕРА АМЕРИКАНСКОГО АНГЛИЙСКОГО ЯЗЫКА (Приложение RME-3418) («обязательный платеж, как правило процент, взимаемый с дохода, стоимости имущества, продаж, цен и др., на поддержание государственной власти.»).

³⁵² Примечательно исключение в Ст. 3(1)(b) Конвенции о взаимной административной помощи в налоговой области 1988 года, где «налог» определяется как «любой налог или сбор для целей социальной защиты, к которым Конвенция применяется в соответствии со статьей 2».

³⁵³ См., например, Соглашение между Правительством Российской Федерации и Правительством Республики Кипр об избежании двойного налогообложения в отношении налогов на доходы и капитал, Ст. 3(2) (Приложение (Существо дела) С-916) и Модельная налоговая конвенция в отношении налогов на доход и капитал ОЭСР 2010 г., Ст. 3(2) (Приложение RME-1017), к которым также отсылает Ст. 21(5) ДЭХ; См. также Генеральное соглашение по торговле услугами 1994 года, Примечание 6 к Ст. XIV(d), переговоры по заключению которого совпали с переговорами по заключению ДЭХ (Приложение RME-4644) (пояснительная сноска к оговорке предусматривает, что налоговые термины и концепции в Ст. XIV(d) определяются в соответствии с национальным правом Государства, принимающего соответствующую меру).

³⁵⁴ Налоговый кодекс Российской Федерации, Часть первая, № 146-ФЗ (31 июля 1998 г.) (с изменениями и дополнениями), Статьи 8, 75(1) и 114(1).

289. Третейский суд проигнорировал эту фундаментальную разницу между сферой применения налоговой оговорки – «Налоговыми мерами» – и тем, к чему применяется положение об изъятии из такой оговорки в случае экспроприации – «налогами» – в пользу политического аргумента собственного изобретения Третейского суда. По мнению Третейского суда, если бы значение «налогов» было более узким, чем значение «Налоговых мер», то из сферы действия ДЭХ исключались бы меры по сбору и взысканию налогов, и, таким образом, ДЭХ не защищал бы инвесторов от налогообложения, носящего характер экспроприации.³⁵⁵ Однако такой подход противоречит общепризнанной норме толкования, гласящей, что обычное значение международного договора и ограничения в тексте договора не могут уступать толкованию, которое возлагает чрезмерный вес на слишком широкое толкование цели международного договора. Как указал Международный суд ООН: «нельзя презюмировать существование прав только потому, что оно было бы желательным»,³⁵⁶ а подход Третейского суда был отвергнут другими инвестиционными третейскими судами³⁵⁷ и был широко раскритикован правоведами.³⁵⁸

³⁵⁵ Окончательные арбитражные решения, п. 1413.

³⁵⁶ South West Africa Cases (Ethiopia v. South Africa; Liberia v. South Africa) (Second Phase), Решение (18 июля 1966 г.), 1966 Вестник Международного суда ООН 6, стр. 48, п. 91 (Приложение RME-1004). См. также Компетенция Ассамблеи касательно принятия в Объединенные Нации, Консультативное заключение от 3 марта 1950 г., 4, стр. 8 ([Приложение RF-75](#)).

³⁵⁷ *Fraport AG Frankfurt Airport Services Worldwide v. The Republic of Philippines*, Дело МЦУИС № ARB/03/25, Арбитражное решение (16 августа 2007 г.), п. 340 (Приложение RME-1006) («Также очевидно, что стороны желали поощрить капиталовложения, что и было основополагающей причиной заключения международного договора. Но, хотя международный договор должен толковаться в свете его объекта и цели, было бы нарушением всех канонов толкования пытаться использовать его объект и цель, которые, по своей природе, являются дедуктивным умозаключением толкователя, для того, чтобы нуллифицировать четыре прямо выраженных положения»); *Plama Consortium Limited v. Bulgaria*, Дело МЦУИС № ARB/03/24, Решение по вопросу о юрисдикции (8 февраля 2005 г.), 20 Вестник МЦУИС 262 (2005), 323, п. 193 (Приложение RME-1007); *U.S.A. and The Federal Reserve Bank of New York v. Iran and Bank Markazi*, Трибунал по претензиям между Ираном и США, Дело № A28, Решение (19 декабря 2000 г.), п. 58 (Приложение RME-1008); Всемирная торговая организация, *США – Компенсационные пошлины на некоторые листовые продукты из углеродистой коррозиеустойчивой стали из Германии*, Отчет судебной коллегии (3 июля 2002 г.), п. 8.46 (Приложение RME-1009).

³⁵⁸ И. СИНКЛЕР, ВЕНСКАЯ КОНВЕНЦИЯ О ПРАВЕ МЕЖДУНАРОДНЫХ ДОГОВОРОВ (2-ое изд., 1984 г.), стр. 131 (Приложение RME-1003): «Также существует риск того, что чрезмерный акцент на «объект и цель» международного договора *будет благоприятствовать* телеологическим способам толкования. Телеологический подход, в ряде его наиболее крайних проявлений, может привести даже к отрицанию значения намерений сторон; в сущности, он основывается на концепции, в соответствии с которой, какими бы ни были намерения сторон, конвенция в том виде, в котором она заключена, имеет определенный объект и цель, и задача толкующего выявить объект и цель и далее истолковать договор таким образом, чтобы привести их в жизнь»; см. также А. МАКНЭЙР, ПРАВО МЕЖДУНАРОДНЫХ ДОГОВОРОВ (1961 г.), стр. 383 (Приложение RME-1001) («Долгом третейского суда является определение и реализация намерений сторон, как они выражены в словах, использованных ими в свете окружающих обстоятельств. Многие международные договоры оказываются безуспешными – и это весьма закономерно – в осуществлении их объекта, ввиду использованных терминов, и третейские суды правомерно не стремятся вмешаться и изменить или дополнить текст международного договора») [курсив в оригинале]; М. К. Ясцен, *Толкование договоров после принятия Венской конвенции о праве международных договоров*, 151 Rec. des Cours I (1976 г.), стр. 58 (Приложение RME-1002) («Толкование в свете объекта и цели, как предусматривает Венская конвенция, не снижает значения текста. Объект и цель не могут быть непосредственным и единственным источником того или иного положения. Они являются лишь одним из множества элементов, исходя из которых рассматривается значение, которое можно придать терминам. Такой анализ может, впрочем, и не привести к отказу от решения, которое, как представляется, не соответствует объекту и цели договора, если кажется очевидным, что именно такого решения желали стороны. Объект и цель договора могут, в действительности, не соответствовать объекту и цели всех положений договора. Некоторые международные договоры могут даже иметь более одного объекта и более одной цели, учитывая многообразие вопросов, в отношении которых заключаются договоры, и различных решений, которые в них закреплены»).

290. Вопреки предположениям Третейского суда, Договаривающиеся Государства вправе, и в действительности зачастую не предоставляют защиту по международным инвестиционным договорам, особенно в сфере налогообложения. В связи с этим ряд международных инвестиционных договоров, таких как Соглашение между Правительством Российской Федерации и Правительством Королевства Дания о поощрении и взаимной защите капиталовложений («ДИД»), ДИД между Российской Федерацией и Венгерской Республикой и ДИД между Республикой Сингапур и Французской Республикой исключают налоговые меры из положений о защите по инвестиционному договору и более не восстанавливают применение каких-либо из таких положений о защите.³⁵⁹

291. Статья 21 ДЭХ сначала исключает налоговые меры из сферы применения ДЭХ, а затем включает в нее вновь положение об экспроприации, но лишь в отношении «налогов», разновидности «Налоговых мер». Третейскому суду следовало учесть намеренный выбор Договаривающихся Государств ДЭХ в этом отношении. Соответственно, Суд должен отклонить ошибочное толкование Третейским судом Статьи 21 ДЭХ и его вывод, основанный на таком ошибочном толковании, о том, что любая налоговая мера, исключенная из налоговой оговорки в Статье 21(1) ДЭХ восстанавливается в силу исключения из налоговой оговорки в случае экспроприации, действующего для «налогов», в Статье 21(5) ДЭХ.

(b)(ii) Меры, признанные неотъемлемым элементом якобы имевшей место экспроприации, являются «Налоговыми мерами» или связаны с «Налоговыми мерами», и, таким образом, подпадают под действие налоговой оговорки в Статье 21(1) ДЭХ

292. Статья 21(1) ДЭХ предусматривает, что «ничто в настоящем Договоре не должно создавать права или налагать обязательства в отношении Налоговых мер Договаривающихся Сторон».³⁶⁰ В своем обычном значении, термин «в отношении» довольно широк и охватывает любые прямые или косвенные связи с «Налоговыми мерами». Например, когда Высокий суд Великобритании рассматривал вопрос о применении налоговой оговорки в ДИД между Соединенными Штатами Америки и Республикой Эквадор третейским судом в деле OERС v. Ecuador, он постановил:

³⁵⁹ Соглашение между Правительством Российской Федерации и Правительством Королевства Дания о поощрении и взаимной защите капиталовложений 1993 года, Ст. 11(3) (Приложение RME-3449); Соглашение между Правительством Российской Федерации и Правительством Венгерской Республики о поощрении и взаимной защите капиталовложений 1995 года, Ст. 11(2) (Приложение RME-3450); Соглашение между Правительством Республики Сингапур и Правительством Французской Республики о поощрении и взаимной защите капиталовложений, совместно с тремя обменах писем, 1975 года с тремя обменах писем, Обмен письмами № 2 (Приложение RME-3457).

³⁶⁰ [выделение добавлено]

«Слова «в отношении» в их обычном значении трактуются как «что касается», или «со ссылкой на», или «в связи с»», и поэтому имеют столь широкое действие».³⁶¹

293. В настоящем деле Третейский суд постановил, что принадлежавшие Истцам акции ОАО «НК «ЮКОС» были незаконно экспропрированы посредством ряда мер, включая, в частности, налоговые доначисления и связанные с ними штрафы, наложенные на компанию ОАО «НК «ЮКОС», и продажу с торгов ЮНГ для погашения неуплаченных налогов ОАО «НК «ЮКОС».³⁶² Все эти меры являются «Налоговыми мерами» или мерами, связанными с «Налоговыми мерами», которые в соответствии со Статьей 21(1) ДЭХ выходят за рамки предполагаемого согласия Российской Федерации на передачу споров на разрешение арбитража и, соответственно, за пределы юрисдикции Третейского суда. Не все из этих «Налоговых мер», тем не менее, являются «налогами». Что важно, меры, признанные Третейским судом неотъемлемым элементом экспроприации,³⁶³ в частности, касавшиеся продажи с торгов ЮНГ, являются мерами по сбору налогов, а не «налогами». Юрисдикция Третейского суда по спору об этих мерах по сбору налогов, следовательно, не восстанавливается в силу положения об изъятии [из налоговой оговорки] в случае экспроприации в Статье 21(5) ДЭХ, и Третейский суд не обладал юрисдикцией в отношении требований Истцов.

(с) *Третейский суд также не обладал юрисдикцией, поскольку налоговая оговорка в Статье 21(1) ДЭХ распространяется на любую меру, принятую явно во исполнение налогового законодательства, какими были налоговые меры в настоящем деле*

294. Третейский суд ошибся, постановив, что он обладал юрисдикцией по рассмотрению требований Истцов на основании вывода Третейского суда о том, что налоговая оговорка в Статье 21(1) ДЭХ не распространяется на меры, принятые «под видом налогообложения» и «мотивированные не целью получения государственного дохода, но целью, не связанной с налогообложением»,³⁶⁴ как постановил Третейский суд в отношении мер, принятых против ОАО «НК «ЮКОС».³⁶⁵ Однако стандарт, который применил Третейский суд – что Статья 21(1) ДЭХ не применяется к мерам, принятым для «цели, не связанной с налогообложением» – был изобретен самим Третейским судом и не подтверждается ДЭХ или соответствующей судебной практикой. Согласно

³⁶¹ *The Republic of Ecuador v. Occidental Exploration & Production Co.*, Отделение королевской скамьи, Палата по торговым спорам, Дело № 04/656, Судебное решение (2 марта 2006 г.), [2006] EWHC 345 (Comm.), п. 98 (Приложение RME-999). [курсив в оригинале]

³⁶² Окончательные арбитражные решения, пп. 1578-1585.

³⁶³ Окончательные арбитражные решения, пп. 1038, 1579.

³⁶⁴ Окончательные арбитражные решения, пп. 1407, 1442.

³⁶⁵ Окончательные арбитражные решения, пп. 1407, 1444-1445.

стандарту, который *должен был* применить Третейский суд, налоговая оговорка в Статье 21(1) ДЭХ была применима к налоговым мерам, принятым российскими органами власти. Наконец, даже если бы Суд применил ошибочный стандарт Третейского суда, то рассматриваемые «*Налоговые меры*» явно подпадали под сферу применения налоговой оговорки в Статье 21(1) ДЭХ.

(с)(i) *Третейский суд применил беспрецедентный и ненадлежащий стандарт, а согласно стандарту, который Третейский суд должен был применить, «Налоговые меры» явно подпадали под сферу применения налоговой оговорки в Статье 21*

295. Термин «*Налоговые меры*» в Статье 21(1) ДЭХ относится – а, соответственно, налоговая оговорка применяется к – *любой* налоговой мере, независимо от ее законности или незаконности по национальному или международному праву. На самом деле, целью и последствием налоговой оговорки является освобождение «*Налоговых мер*» от критического рассмотрения в соответствии с основными стандартами ДЭХ.

296. Разграничение Третейским судом «*Налоговых мер*», которые приняты или не приняты по «*сторонним*» причинам, и его заключение о том, что налоговая оговорка в Статье 21(1) ДЭХ применяется только к тем «*Налоговым мерам*», которые *не* были приняты по «*сторонним*» причинам под видом налоговых мер, не находит поддержки ни в тексте Статьи 21(1) ДЭХ, ни в судебной практике арбитражей, созданных на основании международных инвестиционных договоров. Напротив, как указано в статье профессора Парка, с которой согласился Третейский суд,³⁶⁶ целью обязательной передачи требования на рассмотрение компетентных налоговых органов, которой требует Статья 21(5) ДЭХ, «*всегда*», когда возникает вопрос о том, является ли налог имеющим характер экспроприации, является «*разграничение нормальных налогов и налогов, имеющих характер злоупотребления*».³⁶⁷ На *налоги*, имеющие характер злоупотребления, таким образом, распространяется исключение из налоговой оговорки в Статье 21(5) ДЭХ. Поэтому они не могут выходить за пределы сферы применения оговорки в Статье 21(1) ДЭХ, поскольку исключение из оговорки не может включать в себя меры, которые не охвачены самой оговоркой.

297. Стандарт, который Третейский суд должен был применить для определения того, подпадает ли мера под действие налоговой оговорки, был правильно сформулирован в деле *EnCana v. Ecuador*. Согласно этому стандарту, мера подпадает под налоговую

³⁶⁶ Окончательные арбитражные решения, п. 1423.

³⁶⁷ Уильям Парк, *Налоговый арбитраж и защита прав инвесторов*, ЗАЩИТА ИНВЕСТИЦИЙ И ДОГОВОР К ЭНЕРГЕТИЧЕСКОЙ ХАРТИИ (под ред. Г. Купа и К. Рибейро, 2008 г.), стр. 115, 131 (Приложение RME-3410). [выделение добавлено]

оговорку, если она является «достаточно очевидно связанной с налоговым законодательством или подзаконными актами (или с процедурами, требованиями или практикой налоговых органов, прямо основанных на таком законодательстве или подзаконных актах)»,³⁶⁸ и мера выходит за рамки действия оговорки, если она является «произвольным требованием, не подкрепленным никакими положениями закона принимающего Государства».³⁶⁹

298. Хотя Третейский суд предположительно опирался на решение по делу *EnCana* в качестве источника, подтверждающего вывод Третейский суда о том, что налоговое требование является произвольным если оно «в сущности мотивировано не целью получения государственных доходов, а целями, не относящимися к налогообложению», этот вывод противоречит стандарту, установленному третейским судом в деле *EnCana*. Согласно решению третейского суда по делу *EnCana*, мера выходит за рамки налоговой оговорки, только если она «не подкреплен[а] никакими положениями закона принимающего государства». Третейский суд по делу *EnCana* уточнил этот стандарт следующим образом:

«Даже если [налоговый орган] применил нормы об НДС «специфическим» образом, это не влечет вывод о том, что его поведение не подпадает под исключение, установленное для налоговых мер. Требования были выдвинуты уполномоченными должностными лицами налоговых органов в соответствии с применимым правом; они были предметом рассмотрения налоговых судов и, в конечном итоге, Палаты Верховного суда по налоговым спорам. Они имеют все признаки налоговых мер – являются ли они законными согласно праву Эквадора, решать не Третейскому суду».³⁷⁰

299. Третейский суд в деле *Burlington v. Ecuador* схожим образом подтвердил, что даже требования, заявляющие, что Государство использовало свои полномочия по налогообложению «недобросовестно», исключаются из согласия Эквадора на передачу споров в арбитраж в силу налоговой оговорки в ДИД между Соединенными Штатами Америки и Республикой Эквадор.³⁷¹ Как признал сам Третейский суд в настоящем деле,³⁷² *Burlington* заявил, что Эквадор осуществил свои полномочия по налогообложению в связи со сторонними причинами – чтобы вынудить *Burlington*

³⁶⁸ *EnCana Corp. v. Ecuador*, указ. соч., п. 142 (Приложение К-328).

³⁶⁹ Там же; см. также *Nations Energy Inc. and others v. Panama*, указ. соч., пп. 480-482 (Приложение RME-1032) (содержащее решение о том, что ограничение сферы действия налоговой оговорки противоречит объекту и цели налоговой оговорки).

³⁷⁰ *УмСфтф Сцкзю мя Усгфвцкб* указую сочюб пю 146 (Приложение К-328)ю [выделение добавлено]

³⁷¹ *Burlington v. Ecuador*, указ. соч., п. 207 (Приложение RME-992) («Второе требование Истца, основанное на стандарте справедливого и равноправного режима, состоит в том, что Ответчик использовал свои налоговые полномочия недобросовестно с целью вынудить Истца отказаться от своих прав по Договорам об оказании общественных услуг. По мнению Третейского суда, это требование очевидно оспаривает Закон № 42, а также налоговые полномочия Ответчика и, таким образом, поднимает «вопросы налогообложения»»). [выделение добавлено]

³⁷² Окончательные арбитражные решения, п. 1443.

отказаться от своих договорных прав по договорам разделе продукции.³⁷³ В то время как Третейский суд, как представляется, принял довод о том, что иск Burlington был основан на осуществлении Эквадором его полномочий по налогообложению по сторонним причинам, он все же заявил, что «[н]е было никаких признаков того, что в этом деле Эквадор принял какие-либо меры против инвестора, которые никак не были связаны с получением государственных доходов»³⁷⁴ – что не находит поддержки в деле *Burlington*.³⁷⁵

300. В любом случае, согласно стандарту дела *EnCana* и обстоятельствам настоящего дела, отсутствуют основания для заключения о том, что «Налоговые меры», принятые российскими органами власти, «не обоснованы какими-либо положениями [российского] права». Напротив, Третейский суд (а) согласился с тем, что доктрина «недобросовестного налогоплательщика», на которой основывались решения о доначислении ОАО «НК «ЮКОС» налога на прибыль организаций, «существовала в Российской Федерации» в момент налоговых доначислений; (b) согласился с тем, что «даже Истцы признали существование доктрины»;³⁷⁶ (c) утвердил доначисление налогов в отношении торговых компаний-пустышек ОАО «НК «ЮКОС» в Лесном и Трехгорном; и (d) согласился с тем, что НДС был доначислен ОАО «НК «ЮКОС» в соответствии с применимым российским законодательством.³⁷⁷
301. В связи с этим Суд должен постановить, что налоговая оговорка в Статье 21(1) ДЭХ применяется к требованиям Истцов.

(c)(ii) Даже согласно ошибочному стандарту Третейского суда налоговые меры в настоящем деле подпадают под оговорку по Статье 21(1) ДЭХ, поскольку они были мотивированы желанием российских органов власти получить государственный доход и обосновывались многочисленными положениями российского налогового права

302. Даже если бы Суд применил, как было показано в предыдущем разделе, ошибочный стандарт Третейского суда, ему пришлось бы заключить, что Третейский суд ошибся при вынесении постановления о том, что согласно такому стандарту «Налоговые меры» российских органов власти были «мотивирован[ы] не целью получения государственных доходов, а целью, не связанной с налогообложением».

³⁷³ *Burlington v. Ecuador*, указ. соч., пп. 175, 207 (Приложение RME-992).

³⁷⁴ Окончательные арбитражные решения, п. 1443. [выделение добавлено]

³⁷⁵ *Burlington v. Ecuador*, указ. соч., п. 207 (Приложение RME-992).

³⁷⁶ Окончательные арбитражные решения, пп. 494, 611.

³⁷⁷ Окончательные арбитражные решения, пп. 593-598.

Во-первых, собственные заключения Третьейского суда о фактах установили, что доначисление налогов в отношении ОАО «НК «ЮКОС» не было ни *«совершенно не связано с получением государственного дохода»*, ни мотивировано *«целью, не связанной с налогообложением»*. Напротив, как заключил сам Третьейский суд, решения о доначислении были основаны на устоявшихся принципах российского налогового права.³⁷⁸ И хотя Третьейский суд ошибочно установил, что отсутствовал более ранний *судебный* прецедент перенесения на ОАО «НК «ЮКОС» дохода его торговых компаний-пустышек, даже Третьейский суд согласился с тем, что российская *«доктрина «запрета злоупотреблений» была бы лишена смысла, если бы налоговые органы не могли перенести «доход [торговых компаний] на лицо, ответственное за правонарушение»*,³⁷⁹ и признал, что на тот момент имелись находящиеся на рассмотрении дела без участия ОАО «НК «ЮКОС», в которых в конечном итоге это средство правовой защиты было подтверждено.³⁸⁰ Также не оспаривается, что все налоги, начисленные на и взысканные с ОАО «НК «ЮКОС», были перечислены в Государственную казну Российской Федерации и использованы в общественных целях.

Во-вторых, как более подробно описывается ниже, Третьейский суд не учел важные фактические доказательства и по сути пересмотрел применимое российское право, постановив, что налоговые меры, принятые российскими органами власти, были направлены на *«цель, не связанную с налогообложением»* в связи с выводами о том, что (а) Российская Федерация не подала *никаких* доказательств того, что мордовские компании-пустышки были подставными и что ОАО «НК «ЮКОС» уведомило российские органы власти о мордовской налоговой схеме, и на тот момент никто не возражал против нее, (б) отсутствовали более ранние судебные прецеденты перенесения на ОАО «НК «ЮКОС» дохода торговых компаний-пустышек, и (с) доначисление ОАО «НК «ЮКОС» НДС было правомерным.

303. Следует отметить, что, постановляя о правомерности налоговых мер Российской Федерации, Третьейский суд признал, что его мандат по ДЭХ не позволял ему *«заседать*

³⁷⁸ Окончательные арбитражные решения, пп. 497, 614 («на момент вынесения 29 декабря 2003 г. Отчета о выездной налоговой проверке, доктрина «недобросовестного налогоплательщика» [...] уже была признана и применена в ряде российских судебных решений») и, таким образом, «российские органы власти и суды были вправе опираться на доктрину «недобросовестного налогоплательщика» для оспаривания схемы по уклонению от налогообложения на момент доначисления налогов Юкоосу, основываясь на доктринах «существо над формой» или «хозяйственной цели»); Окончательные арбитражные решения, пп. 593, 685-686 («НДС по ставке 0%» на экспорт «не является автоматическим, но может применяться, если налогоплательщик подает ежемесячные или ежеквартальные декларации по НДС» – это требование ОАО «НК «ЮКОС» не выполняло, а Третьейский суд признал «оправданным с точки зрения практики»).

³⁷⁹ Окончательные арбитражные решения, п. 625.

³⁸⁰ Окончательные арбитражные решения, пп. 620(1), 621.

в качестве суда, применяющего российское право», и он отрицал, что он так поступил.³⁸¹

Тем не менее, он неоднократно опирался на собственное вновь проведенное толкование российского налогового права, в процессе фактически отменяя многочисленные российские судебные решения на нескольких уровнях.

304. Истцы также не привлекли в качестве свидетеля эксперта по российскому налоговому праву. В результате, единственными показаниями экспертов по российскому налоговому праву, которые были заслушаны Третейским судом, были показания, представленные экспертом со стороны Российской Федерации, г-ном Олегом Конновым. Он свидетельствовал, без возражений со стороны иных экспертов, что в российском праве имелись все основания для заключения о том, что ОАО «НК «ЮКОС» уклонилось от уплаты российского налога на прибыль организаций путем перевода своих продаж нефти на торговые компании-пустышки общества в регионах с льготным налогообложением, включая Мордовию, и что ОАО «НК «ЮКОС» был правомерно доначислен НДС после того, как оно не подало исправленные декларации, чтобы к нему могла быть применена ставка НДС 0%, от своего лица как фактического экспортера нефти.³⁸² Третейский суд, ни один из членов которого не является специалистом по российскому налоговому праву, тем не менее, что недопустимо, предпочел собственное неподкрепленное толкование российского налогового права экспертному заключению г-на Коннова и решениям российских судов.

(а) Собственные выводы Третейского суда по вопросам факта подтверждают, что меры, принятые российскими властями, были подкреплены различными положениями российского налогового законодательства, с целью получения государственного дохода

305. Решения о доначислении налогов ОАО «НК «ЮКОС» были основаны на применении российскими государственными органами российских принципов, которые отрицают преобладание «формы над содержанием», направленных на борьбу с уклонением от уплаты налогов. Третейский суд постановил, что эти принципы были общепризнанными в рамках российского права и что российские власти имели необходимые основания для их применения к ОАО «НК «ЮКОС». В частности, Третейский суд установил, что расследование, проведенное налоговыми органами в отношении подставных компаний ОАО «НК «ЮКОС» в Лесном и Трехгорном, было основано на «судебной доктрине «добросовестного налогоплательщика» («существо над формой» или доктрина

³⁸¹ Окончательные арбитражные решения, п. 499.

³⁸² См., например, Второе заключение Коннова, пп. 84-97; Возражения Ответчика на Ответ Истцов, пп. 705-719.

«запрета злоупотребления правом»³⁸³ российского налогового законодательства, и что эти доктрины «существовали» по меньшей мере с «2002 года». Третейский суд также сослался на мнения, высказанные в 2002 году «выдающимся российским налоговым юристом, г-ном Сергеем Пепеляевым, который позже представлял ОАО «НК «ЮКОС» в российских налоговых спорах»³⁸⁴ – «Если же просматривается и неразумность, и недобросовестность сторон, то это дает основание для пересчета налоговых обязательств участников сделки».³⁸⁵

306. О том же говорит и вывод Третейского суда о том, что «доктрина «недобросовестного налогоплательщика» [...] была признана и применялась в некоторых российских судебных решениях»³⁸⁶ до вынесения первого отчета о налоговой проверке ОАО «НК «ЮКОС». В соответствии с решением Третейского суда, таким образом, «российские власти и суды могли полагаться на доктрину «недобросовестного налогоплательщика» для оспаривания схемы уклонения от уплаты налогов во время налоговых доначислений в отношении ОАО «НК «ЮКОС», как на основании доктрины преобладания «существа над формой», так и на основании доктрины «деловой цели»».³⁸⁷ Действительно, как установил Третейский суд, «обстоятельства, связанные со схемой налоговой оптимизации ОАО «НК «ЮКОС», предполагают [...], что это именно тот случай, когда государственные органы и суды могли полагаться на доктрину»³⁸⁸ и никакая другая нефтяная компания в России «не нарушала законодательства и не злоупотребляла налоговыми режимами, как, в соответствии с выводами Третейского суда, это делало ОАО «НК «ЮКОС» путем подставного характера» его торговых операций.³⁸⁹

307. Третейский суд также установил, что решения о доначислении НДС ОАО «НК «ЮКОС» были основаны на устоявшихся принципах российского налогового законодательства. В частности, Третейский суд заключил, что:

(а) «подход Министерства по налогам и сборам» для целей НДС «соответствовал» подходу Министерства для целей налога на прибыль, что проявилось в «признании

³⁸³ Окончательные арбитражные решения, п. 494. См. также Окончательные арбитражные решения, п. 611 («Третейский суд отмечает, что [...] «доктрина о недобросовестном налогоплательщике» существовала в Российской Федерации на момент вынесения решений по итогам налоговой проверки за 2000 год в декабре 2003 года и, следовательно, во время последующих проверок. Действительно, даже Истцы признали существование доктрины»).

³⁸⁴ Окончательные арбитражные решения, п. 498.

³⁸⁵ Окончательные арбитражные решения, п. 318-319, 498. [выделение добавлено]

³⁸⁶ Окончательные арбитражные решения, пп. 319, 497.

³⁸⁷ Окончательные арбитражные решения, п. 614.

³⁸⁸ Окончательные арбитражные решения, п. 614.

³⁸⁹ Окончательные арбитражные решения, п. 1611.

доходом ОАО «НК «ЮКОС» для целей как налога на прибыль, так и НДС» дохода подставных компаний;³⁹⁰

- (b) применение «НДС по ставке 0%» на экспорт «не является автоматическим, но возможно, когда налогоплательщик подает декларации по НДС ежемесячно или ежеквартально»;³⁹¹ и
- (c) «Российский Налоговый кодекс требует подачи налоговой декларации по НДС «налогоплательщиком»»³⁹² и что «ОАО «НК «ЮКОС» само не подавало декларации».³⁹³

308. В то время как, в конечном итоге, Третейский суд постановил, что решения о налоговых доначислениях в отношении ОАО «НК «ЮКОС» были неправомерными, поскольку, по его мнению, не было ни одного прецедента для переноса доходов подставных компаний на ОАО «НК «ЮКОС», как в действительности заинтересованную сторону, что является ошибочным толкованием российского права, как показано в пунктах 325-334 ниже, Третейский суд признал, что такое средство правовой защиты в то время рассматривалось российскими судами в рамках других дел, не связанных с ОАО «НК «ЮКОС», и, в конечном итоге, было ими поддержано. Данное признание в совокупности с выводами Третейского суда о существовании в российском праве доктрины, которая отрицает преобладание формы над содержанием и ее соответствующем применении к налоговой схеме ОАО «НК «ЮКОС», просто не позволяет говорить о том, даже на основании собственного некорректного понимания Третейским судом российского налогового права, что решения о доначислении налогов в отношении ОАО «НК «ЮКОС» не были подкреплены *никакими* положениями российского законодательства.

309. Отдельное основание для отклонения Третейским судом доначисления НДС в отношении ОАО «НК «ЮКОС» было основано на выводе Третейского суда о том, что российские власти *не должны были* применять положение российского законодательства, которое Третейский суд сам признал применимым к ОАО «НК «ЮКОС», что, таким образом, еще меньше поддерживает заключение Третейского суда о том, что налоговые доначисления в отношении ОАО «НК «ЮКОС» не являлись «Налоговыми мерами». По мнению Третейского суда, российские власти должны были принять очевидно

³⁹⁰ Окончательные арбитражные решения, п. 668; Возражения Ответчика на Ответ Истцов, пп. 705-708; Письменное заявление Ответчика по итогам слушаний, п. 39.

³⁹¹ Окончательные арбитражные решения, п. 712; Возражения Ответчика на Ответ Истцов, пп. 712.

³⁹² Окончательные арбитражные решения, п. 670; Возражения Ответчика на Ответ Истцов, пп. 712-714; Письменное заявление Ответчика по итогам слушаний, п. 39.

³⁹³ Окончательные арбитражные решения, п. 596; Возражения Ответчика на Ответ Истцов, п. 714; Письменное заявление Ответчика по итогам слушаний, пп. 39-40.

ненадлежащие декларации ОАО «НК «ЮКОС» по НДС, так как Третейский суд сам заключил, что *«трудно понять»*, почему российское законодательство о НДС, являющееся законодательством общего применения, не сделало *«практического»* исключения для ОАО «НК «ЮКОС» в связи с обстоятельствами настоящего дела. Данный вопрос, а также связанные с ним ошибочные выводы Третейского суда, обсуждаются в пунктах 335-343 ниже.

310. Третейский суд также постановил, что ОАО «НК «ЮКОС» было известно о незаконности его схемы уклонения от уплаты налогов и о том, что общество понесло бы существенную налоговую ответственность, и, возможно, даже уголовную ответственность, если бы его схема была когда-либо раскрыта. В частности, Третейский суд установил, что высшему руководству ОАО «НК «ЮКОС» было известно, что схема общества по уклонению от уплаты налогов, которая внутри компании всегда называлась схемой налоговой *оптимизации*,³⁹⁴ была *«уязвимой»* для оспаривания, и что оспаривание налоговыми органами могло привести к *«требованиям об уплате налогов на крупные суммы»*, *«значительным убыткам»* и *«даже уголовной ответственности»*.³⁹⁵ В соответствии с выводами Третейского суда, *«среди высшего руководства ОАО «НК «ЮКОС» был ряд лиц, которые знали, что ОАО «НК «ЮКОС» было уязвимо в отношении некоторых аспектов его схемы налоговой оптимизации»*³⁹⁶ и имели *«опасения по поводу законности его торговых операций»*,³⁹⁷ ввиду их *«подставного характера»*.³⁹⁸

311. Третейский суд также установил, что ОАО «НК «ЮКОС» осуществило *«обширную корпоративную реструктуризацию»* своих торговых операций,³⁹⁹ как результат того, что его подставные компании находились *«в состоянии конфликта с налоговыми органами»*.⁴⁰⁰ В ходе корпоративной реструктуризации ОАО «НК «ЮКОС» многократно ликвидировало подставные компании и регистрировало их заново на расстоянии в тысячи миль в других регионах с льготным налогообложением для того, чтобы избежать обнаружения со стороны российских властей, что представляет собой практику, которая,

³⁹⁴ См., например, Светлана Бахмина и Дмитрий Гололобов, *Закон и право: Олигархи и юристы*, Ведомости (19 августа 2010 г.), стр. 2 (Приложение RME-1476). См. также Факс от Натальи Кузнецовой (PwC) Стивену Уилсону (PwC) от 23 июля 2002 г. с приложением выдержки из Проекта Формы № F-1 ОАО «НК «ЮКОС», стр. 133-134 (Приложение RME-1477).

³⁹⁵ Окончательные арбитражные решения, п. 513.

³⁹⁶ Окончательные арбитражные решения, п. 494.

³⁹⁷ Окончательные арбитражные решения, п. 488.

³⁹⁸ Окончательные арбитражные решения, пп. 488, 515 («Существовали отчеты о проверках и служебные записки, свидетельствующие о проверке того, являлась ли практика некоторых из торговых компаний ОАО «НК «ЮКОС» в тех регионах злоупотреблением системой, так как эти компании действовали в соответствии с применимым законодательством только по форме, но не по содержанию».)

³⁹⁹ Окончательные арбитражные решения, пп. 489, 511.

⁴⁰⁰ Окончательные арбитражные решения, п. 604.

по мнению Третейского суда, «заставляет задаваться тревожными вопросами, удовлетворительных ответов на которые Третейский суд так и не получил».⁴⁰¹

Третейский суд также принял к сведению «электронное письмо от г-на Маруева (из инвестиционного отдела [ОАО «НК «ЮКОС»]), отправленное сотрудникам в 2002 году с указанием «очистить папки» от ссылок на торговые компании в Лесном».⁴⁰²

312. Третейский суд обратил особое внимание на ряд документов, в которых высшее руководство ОАО «НК «ЮКОС» признавало, что налоговая схема компании была незаконной и могла привести к очень серьезным налоговым обязательствам, в том числе:

(a) служебная записка ОАО «НК «ЮКОС» от 22 апреля 2002 г., в которой заместитель начальника Департамента корпоративных финансов ОАО «НК «ЮКОС» «выразил обеспокоенность тем, что если сведения об аффилированности торговых компаний и ОАО «НК «ЮКОС» будут включены в [запланированную обществом, но не осуществленную] подачу документов в Комиссию по ценным бумагам и биржам, такая информация «может быть использована российскими налоговыми органами для оспаривания подхода [ОАО «НК «ЮКОС»] к ряду сделок и, соответственно, приведет к значительным налоговым претензиям к Компании»;⁴⁰³

(b) электронное письмо, отправленное одним из аудиторов ОАО «НК «ЮКОС» директору общества по международному налогообложению, с предложением исключить из проекта документов для подачи в Комиссию по ценным бумагам и биржам следующую формулировку: «Мы используем механизмы оптимизации налогообложения, которые могут быть оспорены налоговыми органами» и «Если некоторые региональные налоговые льготы, которые мы использовали для уменьшения нашей налоговой нагрузки, будут успешно оспорены российскими налоговыми органами, то мы понесем значительные потери, связанные с доначислением суммы налога и соответствующих штрафов и пеней»;⁴⁰⁴ и

(c) внутреннее электронное письмо от января 2001 года от главного юрисконсульта ОАО «НК «ЮКОС» главному бухгалтеру общества, «с рекомендацией [ей] не привлекать внимание властей к использованию налоговых льгот в ЗАТО Лесной,

⁴⁰¹ Окончательные арбитражные решения, п. 604.

⁴⁰² Окончательные арбитражные решения, пп. 405, 491.

⁴⁰³ Окончательные арбитражные решения, п. 491 [выделение добавлено].

⁴⁰⁴ Окончательные арбитражные решения, п. 491 [выделение добавлено].

поскольку «исследование правомерности использования льготы [...] влечет существенные риски, включая уголовно-правовые»⁴⁰⁵.

313. На этом основании Третейский суд заключил, (а) что ни одна другая компания не «нарушала законодательство и не злоупотребляла режимами льготного налогообложения, как, согласно заключению Третейского суда, делало ОАО «НК «ЮКОС» с помощью притворного характера» его торговых операций,⁴⁰⁶ (b) что ОАО «НК «ЮКОС» было известно о незаконности его схемы, (с) что ОАО «НК «ЮКОС» активно стремилось предотвратить раскрытие своей схемы, и (d) что ОАО «НК «ЮКОС» ожидало, что раскрытие его схемы приведет к «требованию об уплате налогов на крупную сумму», «крупным убыткам» и даже к «уголовной ответственности».⁴⁰⁷ Третейский суд, тем не менее, ошибочно постановил, что ожидаемые руководством ОАО «НК «ЮКОС» налоги на крупную сумму и требования по их выплате, когда они в действительности были доначислены российскими властями, не являлись «Налоговыми мерами».
314. Таким образом, Третейский суд также ошибочно заключил, что меры, предпринятые российскими властями, были «никак не связаны с получением государственного дохода».

(b) Основные выводы Третейского суда, на основании которых он сделал заключение о том, что доначисление налогов ОАО «НК «ЮКОС» не было оправданным в соответствии с российским законодательством, и, таким образом, было направлено не на сбор налогов, а на доведение ОАО «НК «ЮКОС» до банкротства, необоснованны

315. Собственные выводы Третейского суда в отношении фактов, таким образом, были недостаточны для того, чтобы установить, что действия российских властей выходили за рамки налоговой оговорки в соответствии со Статьей 21(1) ДЭХ. Кроме того, даже если принять суждение Третейского суда, противоречащее значению Статьи 21(1) ДЭХ, вывод Третейского суда о том, что доначисление налогов ОАО «НК «ЮКОС» не было подкреплено российским законодательством и было использовано для «цели, не связанной с налогообложением», все равно был бы основан на, как должен постановить Суд, трех принципиально ошибочных выводах:

⁴⁰⁵ Окончательные арбитражные решения, п. 491 [выделение добавлено].

⁴⁰⁶ Окончательные арбитражные решения, п. 1611.

⁴⁰⁷ Окончательные арбитражные решения, пп. 513-515.

- (a) Российская Федерация не представила *никаких* доказательств того, что мордовские компании были подставными и что ОАО «НК «ЮКОС» проинформировало российские власти о мордовской налоговой схеме, и никто не возражал;
- (b) не было никаких существующих прецедентов для перенесения доходов подставных компаний на ОАО «НК «ЮКОС»; и что
- (c) решения о доначислении ОАО «НК «ЮКОС» НДС были неправомерными.

i. Необоснованный вывод Третьей инстанции, касающийся уклонения ОАО «НК «ЮКОС» от уплаты налога на прибыль через его мордовские подставные компании

316. Третьей инстанцией суд установил, после отклонения выводов многочисленных российских судов нескольких уровней, что Российская Федерация не представила *никаких* доказательств того, что мордовские торговые компании ОАО «НК «ЮКОС» были подставными, и что свидетельские показания г-на Дубова, впервые представленные в рамках Арбитражных разбирательств и никогда ранее не представлявшиеся российским налоговым органам, российским судам или ЕСПЧ, установили, что «г-н Дубов уведомил власти» о том, что «ОАО «НК «ЮКОС» использовало существующие законодательные положения для минимизации своих налогов» в Мордовии и что на тот момент никто не возражал.⁴⁰⁸
317. Приходя к данным выводам, Третьей инстанцией суд упустил многочисленные доказательства, свидетельствующие о том, что *все* торговые компании ОАО «НК «ЮКОС» в Мордовии, а также те, которые были зарегистрированы в Эвенкии, Калмыкии и Байконуре, были, так же, как и торговые компании в Лесном и Трехгорном, подставными компаниями, созданными ОАО «НК «ЮКОС» исключительно для уклонения от уплаты налогов. Среди доказательств, упущенных Третьей инстанцией судом, были документы, свидетельствующие о том, что (a) ОАО «НК «ЮКОС» использовало подставных лиц, которые действовали как номинальные директора подставных компаний во всех этих регионах, (b) подставные компании на всех этих территориях не имели (или практически не имели) активов или сотрудников, (c) весь бизнес и дела торговых подставных компаний во всех этих регионах велись ОАО «НК «ЮКОС» из Москвы, и (d) существовал огромный дисбаланс между налоговыми льготами, полученными подставными компаниями во всех этих регионах, и осуществленными ими в этих регионах инвестициями (при этом последнее, по мнению Третьей инстанции, было

⁴⁰⁸

Окончательные арбитражные решения, пп. 486, 500.

фактором, способным оправдать применение российских налоговых норм, нацеленных на борьбу с уклонением от уплаты налогов).⁴⁰⁹

318. Третейский суд, на основании тех же фактов, пришел к выводу о том, что принадлежащие ОАО «НК «ЮКОС» торговые компании в Лесном и Трехгорном были подставными, что ОАО «НК «ЮКОС» занималось незаконным уклонением от уплаты налогов в данных регионах с льготным налогообложением.⁴¹⁰ Так же на основании схожих фактов две Палаты ЕСПЧ единогласно пришли к выводу о том, что компании, находившиеся во всех регионах с льготным налогообложением, были подставными, и что ОАО «НК «ЮКОС» занималось незаконным уклонением от уплаты налогов во всех этих регионах. ЕСПЧ пришел к выводу, без разграничения между регионами с льготным налогообложением, что *«соответствующие материалы дела содержали обширные свидетельские показания и письменные доказательства в поддержку связей между [ОАО «НК «ЮКОС»] и его торговыми компаниями, и в подтверждение подставного характера данных юридических лиц»*.⁴¹¹

319. Ниже приводятся примеры доказательств, касающихся мордовских подставных компаний, представленных на рассмотрение Третейского суда, проигнорированные им, по каждому из этих вопросов.

(a) Использование ОАО «НК «ЮКОС» подставных лиц в качестве номинальных директоров мордовских торговых подставных компаний

- Г.К. Жукова, предполагаемый директор ООО «Макро-Трейд», расположенного в Мордовии:

*«О существовании ООО «Макро Трейд» [...] я никогда не слышала, тем более не учреждала ее. В республике Мордовия я никогда не была.»*⁴¹²

- А.В. Цигура, предполагаемый директор ООО «Марс XXII» (позднее переименованного в ООО «Энерготрейд»), расположенного в Мордовии:

«Проводилась ли деятельность компании в 2000 году, заключались ли договора мною как генеральным директором я не помню. [...] Не могу с уверенностью

⁴⁰⁹ Окончательные арбитражные решения, п. 647.

⁴¹⁰ См., например, Окончательные арбитражные решения, п. 488 («данные компании действовали в соответствии с применимым законодательством только по форме, но не по содержанию»).

⁴¹¹ Первое определение ЕСПЧ, пп. 590, 591 (Приложение RME-3328) (Торговые компании ОАО «НК «ЮКОС» не имели «собственных активов, работников или операций» и «номинально находились в собственности и управлялись третьими лицами, хотя в действительности они были созданы и управлялись самим [ОАО «НК «ЮКОС»]).

⁴¹² Протокол допроса Г. К. Жуковой (Российские налоговые разбирательства, материалы судебного дела, том 288, стр. 85, 51, и 66-68), на который сослался эксперт налоговых органов в Отзыве на кассационную жалобу ОАО «НК «ЮКОС» по Делу № КА-А40/3222-05, стр. 15-16 (4 мая 2005 г.), (Приложение RME-257). См. также Встречный Меморандум Ответчика, сноски 296.

ответить были или не были нефтепродукты, если и были, я не помню где они хранились. [...] Как долго я был генеральным директором не помню, кто принял решение о моем увольнении я не помню.»⁴¹³

- Ю.Ю. Егоров, предполагаемый директор ООО «Макро-Трейд», расположенного в Мордовии:

«О том, что я являюсь руководителем ООО «Макро-Трейд», я не знал и в должности руководителя никогда не состоял. [...] в период с осени 2001 года по конец 2002 года гр-н Рева В.В. неоднократно (примерно 5 раз) приносил мне комплект документов для подписи, в содержание документов я не вникал, ставил подписи там, где меня просили; [...] печать не видел, где она находится, не знаю [...] чем занималась ООО «Макро-Трейд» я не знаю и к финансово-хозяйственной деятельности данной организации я никакого отношения не имею. [...] о заключении договоров, их исполнении и оплате по договорам ООО «Макро-Трейд» мне ничего не известно. Мне не известно, какие именно документы я подписывал, но среди них могли быть и договора. [...] Кем и где подписывалась и составлялась бухгалтерская и налоговая отчетность, я не знаю. Мне не известно, какие именно документы я подписывал, но среди них могли быть и финансовые документы. [...] о заключении инвестиционных соглашений и налоговых льготах для ООО «Макро-Трейд» мне ничего не известно.»⁴¹⁴

- М.Н. Силаев, предполагаемый учредитель и директор ООО «Фаргойл», расположенного в Мордовии:

«[...] Вадим предложил мне подписать ряд документов, связанных с регистрацией предприятия, после беглого просмотра документов, я понял, что указанные документы необходимы для регистрации некой организации. Я не стал более внимательно просматривать предложенные мне для подписи документы, так как по образованию я инженер-механик. Документы мною были подписаны. После чего [...] Вадим одолжил мне денежные средства в размере 200 долларов США, о чем я написал долговую расписку. [...] Что-либо конкретно о [ООО «Фаргойл»] сообщить не могу, возможно, эта организация зарегистрирована Вадимом по моему паспорту.»⁴¹⁵

(b) Мордовские торговые подставные компании не имели (или практически не имели) активов или сотрудников

- ООО «Альта-Трейд», расположенное в Мордовии, не имело «основных средств» в 2000 году,⁴¹⁶ имело «компьютер и принтер» в 2001 году,⁴¹⁷

⁴¹³ Протокол допроса А.В. Цигуры № 19-09/26 (19 февраля 2004 г.) (Приложение RME-256). См. также Встречный меморандум Ответчика, сноска 296.

⁴¹⁴ Протокол допроса Ю.Ю. Егорова, на который сослался эксперт налоговых органов в Отзыве на кассационную жалобу ОАО «НК «ЮКОС» по Делу № КА-А40/3222-05, стр. 13-14 (4 мая 2005 г.) (Приложение RME-257), См. также Встречный меморандум Ответчика, сноска 296.

⁴¹⁵ Протокол допроса М.Н. Силаева, (11 августа 2004 г.), стр. 1-2 (Приложение RME-255). См. также Встречный меморандум Ответчика, сноска 295.

⁴¹⁶ Решение о привлечении налогоплательщика к ответственности за совершение налогового правонарушения № 14-3-05/1609-1 (14 апреля 2004 г.), стр. 26 (Приложение (Существо дела) С 104).

⁴¹⁷ Решение о привлечении налогоплательщика к ответственности за совершение налогового правонарушения № 30-3-15/3 (2 сентября 2004 г.), стр. 54 (Приложение (Существо дела) С 155).

«машины и оборудование» стоимостью меньше 800 евро с 2002 по 2003 гг.,⁴¹⁸ и в среднем двух работников в 2001-2003 гг. (предполагаемого генерального директора и предполагаемого исполнительного директора).⁴¹⁹

- ООО «Фаргойл», расположенное в Мордовии, не имело «никаких основных активов» с 2001 по 2002 гг.⁴²⁰
- ООО «Макро-Трейд», расположенное в Мордовии, имело в качестве основных активов только «компьютер, принтер и оргтехнику» в 2003 году⁴²¹ и не имело «каких-либо сотрудников» с 2001 по 2002 гг.⁴²²
- ООО «Марс ХХП» (ООО «Энерготрейд»), расположенное в Мордовии, не имело «никаких основных активов» в 2000, 2001 и 2003 гг.⁴²³ и имело одного сотрудника в 2001 году (предполагаемого генерального директора).⁴²⁴
- ООО «Ю-Мордовия», расположенное в Мордовии, не имело «никаких основных активов» в 2000 году, имело компьютер в 2001 году, основные активы стоимостью менее 400 евро в 2003 году, и двух сотрудников в 2001 и 2003 гг.⁴²⁵

⁴¹⁸ Решение о привлечении налогоплательщика к ответственности за совершение налогового правонарушения № 52/985 (6 декабря 2004 г.), стр. 55 (Приложение (Существо дела) С-190). См., например, Встречный меморандум Ответчика, п. 250, сноска 312.

⁴¹⁹ Решение о привлечении налогоплательщика к ответственности за совершение налогового правонарушения № 30-3-15/3 (2 сентября 2004 г.), стр. 46 (Приложение (Существо дела) С-155); Решение о привлечении налогоплательщика к ответственности за совершение налогового правонарушения № 52/985 (6 декабря 2004 г.), стр. 55 (Приложение (Существо дела) С-190). См., например, Встречный меморандум Ответчика, п. 249, сноска 310.

⁴²⁰ Решение о привлечении налогоплательщика к ответственности за совершение налогового правонарушения № 30-3-15/3 (2 сентября 2004 г.), стр. 102 (Приложение (Существо дела) С-155); Решение о привлечении налогоплательщика к ответственности за совершение налогового правонарушения № 52/896 (16 ноября 2004 г.), 109 (Приложение (Существо дела) С-175). См., например, Встречный меморандум Ответчика, п. 239, сноска 289.

⁴²¹ Решение о привлечении налогоплательщика к ответственности за совершение налогового правонарушения № 52/985 (6 декабря 2004 г.), стр. 95 (Приложение (Существо дела) С-190). См., например, Встречный меморандум Ответчика, п. 250, сноска 312.

⁴²² Решение о привлечении налогоплательщика к ответственности за совершение налогового правонарушения № 52/985 (6 декабря 2004 г.), стр. 96 (Приложение (Существо дела) С-190). См., например, Встречный меморандум Ответчика, п. 249, сноска 310.

⁴²³ Решение о привлечении налогоплательщика к ответственности за совершение налогового правонарушения № 14-3-05/1609-1 (14 апреля 2004 г.), стр. 13 (Приложение (Существо дела) С-104); Решение о привлечении налогоплательщика к ответственности за совершение налогового правонарушения № 30-3-15/3 (2 сентября 2004 г.), стр. 121 (Приложение (Существо дела) С-155); Решение о привлечении налогоплательщика к ответственности за совершение налогового правонарушения № 52/985 (6 декабря 2004 г.), стр. 83 (Приложение (Существо дела) С-190). См., например, Встречный меморандум Ответчика, п. 250, сноска 312.

⁴²⁴ Решение о привлечении налогоплательщика к ответственности за совершение налогового правонарушения № 30-3-15 / 3 (2 сентября 2004 г.), стр. 118 (Приложение (Существо дела) С-155). См., например, Встречный меморандум Ответчика, п. 250, сноска 312.

⁴²⁵ Решение о привлечении налогоплательщика к ответственности за совершение налогового правонарушения № 14-3-05 / 1609-1 (14 апреля 2004 г.), стр. 43 (Приложение (Существо дела) С-104); Решение о привлечении налогоплательщика к ответственности за совершение налогового правонарушения № 30-3-15 / 3 (2 сентября 2004 г.), стр. 66, 79 (Приложение (Существо дела) С-155); Решение о привлечении налогоплательщика к ответственности за совершение налогового правонарушения № 52/985 (6 декабря 2004 г.), стр. 43 (Приложение (Существо дела) С-190). См., например, Встречный меморандум Ответчика, пп. 249-250, сноски 310, 312.

(с) Бизнес и деятельность мордовских торговых подставных компаний велись ОАО «НК «ЮКОС» из Москвы

- Т.Г. Субботина, предполагаемый директор ООО «Марс ХХII» (позже переименованного в ООО «Энерготрейд»), расположенного в Мордовии:

«Осуществлением оформления договоров занималось руководство ОАО «НК «ЮКОС», оплата договоров проходила через централизованную бухгалтерию ОАО «НК «ЮКОС», с какими организациями заключались договора, не помню. [...] Бухгалтерская налоговая отчетность составлялась централизованной бухгалтерией ОАО «НК «ЮКОС» в офисе. Подписывала отчетность по потребности.»⁴²⁶

«Печать [ООО «Марс ХХII»] хранилась в сейфе централизованной бухгалтерии ОАО «НК «ЮКОС», через которую и осуществлялись оформление и оплата хозяйственных договоров, составление бухгалтерской и налоговой отчетности.»⁴²⁷

- Е.В. Гаврилина, предполагаемый директор ООО «Ю-Мордовия», расположенного в Мордовии:

«С 01.03.2001 по 26.06.2003 гг. являлась исполнительным директором ООО «Ю-Мордовия». О финансово-хозяйственной деятельности организации не имею четкого представления. В мои обязанности входило только сдача налоговой отчетности в налоговые органы, которую я получала по почте из Москвы. В налоговый орган отчетность сдавалась мною в день ее получения из Москвы. [...] Бухгалтерская и налоговая отчетность оформлялись в Москве, кем она подписывалась – мне не известно.»⁴²⁸

«ООО «Ю-Мордовия» финансовой деятельности [в Мордовии] не осуществляло. Генеральный директор и главный бухгалтер ООО «Ю-Мордовия» фактически все время находились в г. Москве, где оформлялись все бухгалтерские документы, а также финансовая и налоговая отчетность ООО «Ю-Мордовия», которая присылалась из г. Москвы в г. Саранск по почте.»⁴²⁹

- М.А. Сутягинский, директор ООО «Титан», предполагаемого торгового контрагента ООО «Фаргойл» и ООО «Альта-Трейд», оба из которых расположены в Мордовии:

⁴²⁶ Письменные показания Т.Г. Субботиной, Протокол № 43/1а (18 мая 2004 г.) (Приложение RME-258). См. также Встречный меморандум Ответчика, п. 297.

⁴²⁷ Решение о привлечении налогоплательщика к ответственности за совершение налогового правонарушения № 30-3-15/3 (2 сентября 2004 г.), стр. 7 (Приложение (Существо дела) С-155). См. также Встречный меморандум Ответчика, п. 241, сноска 294.

⁴²⁸ Протокол допроса Е.В. Гаврилиной (российские налоговые разбирательства, материалы судебного дела, том 228, стр. 93-96) на который сослался эксперт налоговых органов в Отзыве на кассационную жалобу ОАО «НК «ЮКОС» по Делу № КА-А40/3222-05 стр. 16 (4 мая 2005 г.) (Приложение RME-257). См. также Встречный меморандум Ответчика, п. 297.

⁴²⁹ Решение о привлечении налогоплательщика к ответственности за совершение налогового правонарушения № 30-3-15 / 3 (2 сентября 2004 г.), 67 (Приложение (Существо дела) С-155). См. также Встречный меморандум Ответчика, п. 241, сноска 294.

«[П]ереговоры о поставках нефти и нефтепродуктов от ООО «Фаргойл» и ООО «Альта-Трейд» проводились с представителями ОАО «НК «ЮКОС»»⁴³⁰

- Мордовские торговые подставные компании были «лишены возможности самостоятельно распоряжаться денежными средствами, имеющимися на их [банковских] счетах»,⁴³¹ поскольку любое снятие средств требовало предварительного одобрения ЗАО «Юкос-ЭП», 100% дочерней компании ОАО «НК «ЮКОС», расположенной в Москве.
- Бухгалтерский учет и бухгалтерия ООО «Альта-Трейд», ООО «Фаргойл», ООО «Макро-Трейд», ООО «Марс ХХП», ООО «Ратмир» и ООО «Ю-Мордовия», расположенных в Мордовии, велись в Москве 100% дочерними компаниями ОАО «НК «ЮКОС»».⁴³²

(d) Огромная разница между налоговыми льготами, полученными мордовскими торговыми подставными компаниями, и осуществленными ими региональными инвестициями

- Инвестиции, осуществленные торговыми подставными компаниями в Мордовии, составляли примерно одинаковую малую долю от тех налоговых льгот, которые они получали – 0,8% в 2001 году и 2,0% в 2002 и 2003 годах,⁴³³ подобно инвестициям, осуществленным подставными торговыми компаниями в Лесном, где инвестиции, осуществленные ООО «Бизнес-Ойл»,

⁴³⁰ Решение о привлечении налогоплательщика к ответственности за совершение налогового правонарушения № 30-3-15/3 (2 сентября 2004 г.), стр. 7 (Приложение (Существо дела) С 155). См. также Презентацию о налогообложении к Вступительному заявлению ответчика, слайд 20.

⁴³¹ См., например, Решение о привлечении налогоплательщика к ответственности за совершение налогового правонарушения № 30-3-15/3 (2 сентября 2004 г.), стр. 8 (Приложение (Существо дела) С-155) (где устанавливается, что «[с]огласно дополнительному соглашению №1 к договору банковского счета от 21.06.1999 б/н между АКБ «Доверительный и Инвестиционный банк» и ООО «Сибирская лизинговая компания» был установлен особый порядок списания денежных средств с расчетного счета. Согласно данному порядку клиент мог давать банку распоряжения на списание денежных средств со счета только такие, которые связаны с осуществлением им расходов в соответствии с реестрами, оформляемыми ЗАО «ЮКОС-ЭП» [...], действующим как орган управления ООО «Сибирская лизинговая компания». Тем самым организации, в частности ООО «Сибирская лизинговая компания», были лишены возможности самостоятельно распоряжаться денежными средствами, имеющимися на их счетах, что наглядно подтверждает несамостоятельный характер их деятельности и зависимость от [Юкоса]». См. также Встречный меморандум Ответчика, п. 240, сноска 292.

⁴³² Решение о привлечении налогоплательщика к ответственности за совершение налогового правонарушения № 14-3-05/1609-1 (14 апреля 2004 г.), стр. 2, 12, 23, 43, 46 (Приложение (Существо дела) С-104); Решение о привлечении налогоплательщика к ответственности за совершение налогового правонарушения № 30-3-15/3 (2 сентября 2004 г.), стр. 8-9 (Приложение (Существо дела) С-155); Решение о привлечении налогоплательщика к ответственности за совершение налогового правонарушения № 52/896 (16 ноября 2004 г.), стр. 59-60 (Приложение (Существо дела) С-175); Решение о привлечении налогоплательщика к ответственности за совершение налогового правонарушения № 52/985 (6 декабря 2004 г.), стр. 18-19 (Приложение (Существо дела) С-190). См. также Встречный меморандум Ответчика, п. 241, сноска 294.

⁴³³ Встречный меморандум Ответчика, пп. 252, 253. См. также Решение о привлечении налогоплательщика к ответственности за совершение налогового правонарушения № 30-3-15/3 (2 сентября 2004 г.), стр. 20-21 (Приложение (Существо дела) С-155); Решение о привлечении налогоплательщика к ответственности за совершение налогового правонарушения № 52/896 (16 ноября 2004 г.), стр. 86 (Приложение (Существо дела) С-175); Решение о привлечении налогоплательщика к ответственности за совершение налогового правонарушения № 52/985 (6 декабря 2004 г.), стр. 36 (Приложение (Существо дела) С-190).

которое получило самую большую долю связанных с Лесным налоговых льгот, составили лишь 1,12% от суммы полученных им налоговых льгот.⁴³⁴

320. Доказательства, представленные Российской Федерацией, также свидетельствуют о том, что в конце 2001 года высшее руководство ОАО «НК «ЮКОС» внимательно следило не только за расследованием, проводимым российскими органами власти в отношении подставных торговых компаний в Лесном и Трехгорном, но и за их расследованием в отношении ООО «Альта-Трейд» (Мордовия),⁴³⁵ ООО «Ратмир» (Мордовия),⁴³⁶ ООО «Ратибор» (Эвенкия),⁴³⁷ ООО «Мега-Альянс» (Байконур),⁴³⁸ и ООО «Сибирская» (Элиста).⁴³⁹ Тогда и позже, «обеспокоенность» самого ОАО «НК «ЮКОС» законностью его налоговой схемы из-за «подставного характера» его торговых компаний не ограничивалась компаниями, расположенными в Лесном и Трехгорном, а распространялась абсолютно на все подставные торговые компании, в том числе расположенные в Мордовии. В самом деле, нет ни одного примера в доказательствах, представленных на рассмотрение Третьей инстанции, в котором бы должностное лицо ОАО «НК «ЮКОС» предположило бы, что его налоговая схема в Мордовии, в отличие от его налоговой схемы в Лесном и Трехгорном, не подвергалась риску, так как его мордовские торговые компании имели настоящие офисы, директоров, активы и сотрудников, и самостоятельно вели свой бизнес и деятельность.
321. В свете огромного количества доказательств, представленных Российской Федерацией, свидетельствующих о том, что *все* торговые компании, расположенные в Мордовии, а также те, которые были расположены в Эвенкии, Калмыкии и Байконуре, являлись подставными и были созданы исключительно с целью уклонения от уплаты налогов, можно только догадываться о причинах, почему эти доказательства были упущены Третьей инстанцией.

⁴³⁴ Акт о налоговой проверке № 08-1/1, (29 декабря 2003), стр. 73 (Приложение (Существо дела) С-103). («инвестиции, осуществленные [«Бизнес-Ойл»], составляют 1,12 процента от неуплаченной суммы налога»). См. также Встречный меморандум Ответчика, п. 359, сноска 476.

⁴³⁵ Электронное письмо И.Е. Голубь от В.Н. Карташова (23 ноября 2001 г.) (Приложение RME-3338), сообщающее о «[в]стречных налоговых проверках» в отношении ООО «Альта-Трейд» (Мордовия). См. также Письменное заявление Ответчика по итогам слушаний, п. 9, сноска, 34.

⁴³⁶ Электронное письмо И.Е. Голубь от В.Н. Карташова (23 ноября 2001 г.) (Приложение RME-3338), сообщающее о «[в]стречных налоговых проверках» в отношении ООО «Ратмир» (Мордовия). См. также Письменное заявление Ответчика по итогам слушаний, п. 9, сноска, 34.

⁴³⁷ Электронное письмо И.Е. Голубь от В.Н. Карташова (23 ноября 2001 г.) (Приложение RME-3338). («Использование льготных ставок налогообложения без соответствующей законодательной базы. Встречная проверка с ООО «Ратибор».) См. также Письменное заявление Ответчика по итогам слушаний, п. 9, сноска, 34.

⁴³⁸ Электронное письмо И.Е. Голубь от В.Н. Карташова (23 ноября 2001 г.) (Приложение RME-3338). («Использование льготных ставок налогообложения без соответствующей законодательной базы. Встречная проверка с ООО «Мега-Альянс».) См. также Письменное заявление Ответчика по итогам слушаний, п. 9, сноска, 34.

⁴³⁹ Электронное письмо И.Е. Голубь от В.Н. Карташова (23 ноября 2001 г.) (Приложение RME-3338) («Подан иск в Арбитражный суд г. Элиста»). См. также Письменное заявление Ответчика по итогам слушаний, п. 9, сноска, 34.

322. Отличающийся подход Третьей инстанции к подставным компаниям, расположенным в Мордовии, в значительной степени основан на устных свидетельских показаниях г-на Дубова, представленных на слушании, о том, что ОАО «НК «ЮКОС» *«уведомило власти»*, что ОАО «НК «ЮКОС» *«использовало существующее законодательство [Мордовии] для минимизации своих налогов»*, и что никто не возражал.⁴⁴⁰ Само собой разумеется, что одно дело – уведомить российские власти о том, что ОАО «НК «ЮКОС» использует программу льготного налогообложения в Мордовии, чтобы минимизировать свои налоги, и совсем другое дело – сообщить им, что мордовские торговые подставные компании *не* занимались подлинной предпринимательской деятельностью в Мордовии и, таким образом, не имели права на налоговые льготы, которые они получили. Таким образом, вызывает беспокойство то, что важное признание г-на Дубова, высказанное в ходе перекрестного допроса – о том, что он *никогда* не говорил властям, что торговые подставные компании *не* вели настоящего бизнеса в Мордовии – не упоминается нигде в Окончательных арбитражных решениях.⁴⁴¹
323. Доказательства, представленные Третьей инстанции, в действительности свидетельствовали о том, что, помимо прочего, г-н Дубов *«никогда не обсуждал»* с государственными органами:
- что учредители *«торговых подставных компаний будут выбираться ОАО «НК «ЮКОС»»*,⁴⁴²
 - что *«лица будут регистрироваться в качестве учредителей этих компаний, не зная, что их имена будут использоваться для такой цели»*,⁴⁴³
 - что *«ОАО «НК «ЮКОС» будет выплачивать таким лицам возмещение за использование их паспортов с целью указания их имен и паспортных данных в регистрационных формах торговых подставных компаний»*,⁴⁴⁴
 - что *«руководители таких компаний и должностные лица таких компаний будут выбираться ОАО «НК «ЮКОС»»*,⁴⁴⁵

⁴⁴⁰ Окончательные арбитражные решения, п. 486.

⁴⁴¹ Окончательные арбитражные решения, пп. 486, 639. («Г-н Дубов сообщил органам власти, по крайней мере в отношении торговых компаний ОАО «НК «ЮКОС» в Мордовии, что ОАО «НК «ЮКОС» использовало законодательные меры для сведения к минимуму своих налогов, и что ни один из его собеседников, включая на тот момент являвшегося Первым заместителем Министра финансов РФ Алексея Кудрина, не имел каких-либо возражений»).

⁴⁴² Устные свидетельские показания г-на Дубова, День 5, Протокол 80: 15-23.

⁴⁴³ Устные свидетельские показания г-на Дубова, День 5, Протокол 81:14-21.

⁴⁴⁴ Устные свидетельские показания г-на Дубова, День 5, Протокол 81:22-82:4.

⁴⁴⁵ Устные свидетельские показания г-на Дубова, День 5, Протокол 82:5-18.

- что «договоры купли-продажи подставных компаний будут готовиться ОАО «НК «ЮКОС» в Москве»,⁴⁴⁶
- что «ОАО «НК «ЮКОС» будет организовывать подписание этих договоров руководителями торговых компаний от лица торговых компаний, даже невзирая на то, что эти договоры будут составлены, а сделки будут согласованы самим ОАО «НК «ЮКОС»»,⁴⁴⁷ или
- что «бухгалтерская отчетность торговых компаний будет готовиться ОАО «НК «ЮКОС» в Москве».⁴⁴⁸

324. Действительно, ЕСПЧ постановил, что ОАО «НК «ЮКОС» не только не уведомило российские органы власти о подставной природе его мордовских торговых компаний, но также никогда не уведомляло их об *«истинных отношениях с торговыми компаниями»* ОАО «НК «ЮКОС», – то есть о том, что они фактически находились в собственности или контролировались ОАО «НК «ЮКОС» – указав, что *«торговые компании были зарегистрированы на имена третьих лиц, формально не связанных с ОАО «НК «ЮКОС» или его руководством, и управлялись фиктивными директорами»*.⁴⁴⁹ Заключение ЕСПЧ, которое подтверждается многочисленными иными доказательствами, представленными Третьей суду,⁴⁵⁰ таким образом, ставит под сомнение достоверность показаний г-на Дубова, на которые полагался Третьей суд.

ii. Необоснованное заключение Третьей суду касательно средства правовой защиты, примененного к уклонению ОАО «НК «ЮКОС» от уплаты налога на прибыль

325. Третьей суд установил, что ОАО «НК «ЮКОС» уклонялось от уплаты налога на прибыль организаций путем использования торговых подставных компаний в Лесном и Трехгорном, однако постановил, что приписывать ОАО «НК «ЮКОС» доход этих торговых подставных компаний, тем не менее, неправомерно, поскольку, по мнению Третьей суду, в российской судебной практике *«не было прецедентов»* применения

⁴⁴⁶ Устные свидетельские показания г-на Дубова, День 5, Протокол 82:19-83:1.

⁴⁴⁷ Устные свидетельские показания г-на Дубова, День 5, Протокол 83:2-18.

⁴⁴⁸ Устные свидетельские показания г-на Дубова, День 5, Протокол 83:19-25.

⁴⁴⁹ Второе определение ЕСПЧ, п. 808 (Приложение RF-4).

⁴⁵⁰ Материалы дела изобилуют доказательствами, подтверждающими недостоверность заявлений, предложенных ОАО «НК «ЮКОС» касательно его отношений с подставными торговыми компаниями, в том числе (a) российским налоговым органам (компания утверждала, что у нее не было информации об «учредительных документах» и «налоговых обязательствах» подставных торговых компаний в Лесном и Трехгорном; См., например, Возражение Ответчиков на ответ Истцов, пп. 616-619); (b) российским судам (компания утверждала, что это «не повлияло на российские компании, которые указаны в решении»; См., например, там же пп. 620-621); (c) ЕСПЧ (компания утверждала, что «не было никакой зависимости между торговыми компаниями и самой компанией»; См., например, там же, п. 622); и (d) собственным аудиторам, PwC (которые в ответ на повторные искажения данных ОАО «НК «ЮКОС» отзывали свои отчеты об аудиторской проверке финансовой отчетности ОАО «НК «ЮКОС» с 1995 по 2004 гг.; См., например, там же, пп. 624-627).

этого средства правовой защиты «в момент доначисления налогов и вынесения соответствующих решений». ⁴⁵¹ Как признал Третейский суд, этот вывод оставил Российскую Федерацию без эффективного средства правовой защиты против признанного уклонения ОАО «НК «ЮКОС» от уплаты налогов, поскольку у торговых подставных компаний не было активов, с помощью которых можно было бы погасить подлежащие уплате налоги. Третейский суд признал, что «доктрина «запрета злоупотребления правом» была бы лишена содержания, если бы налоговые органы не смогли перенести доход торговых компаний «на лицо, ответственное за правонарушение»». ⁴⁵²

326. Решение Третейского суда было ошибочно, по меньшей мере, по следующим пяти основаниям. Во-первых, то, что Третейский суд ошибочно назвал «средством правовой защиты в форме перенесения», ⁴⁵³ является обычным перенесением на ОАО «НК «ЮКОС» доходов и прибыли от *собственной* хозяйственной деятельности общества. Именно ОАО «НК «ЮКОС» неправомерно перевело эти суммы из Московской области, где оно вело свою деятельность, в регионы с низким налогообложением, где подставные торговые компании лишь создавали видимость ведения хозяйственной деятельности. Российские налоговые органы, таким образом, не «переносили» ничего на ОАО «НК «ЮКОС», но просто признали, что доход, который мошеннически позиционировался как принадлежащий подставным торговым компаниям, всегда должен был рассматриваться как собственный доход ОАО «НК «ЮКОС». То, что ошибочно было названо средством правовой защиты по «перенесению», было ни чем иным, как непосредственным применением к ОАО «НК «ЮКОС» российской доктрины запрета злоупотребления правом, которая, как указал сам Третейский суд, «может служить основанием для перерасчета налоговых обязательств стороны». ⁴⁵⁴

327. Во-вторых, если аргументацию Третейского суда (в поддержку которой он, возможно, иронически, не сослался ни на один прецедент) принять в более общем виде, то в отношении налоговых злоупотреблений невозможно было бы обосновать применение никакого судебного средства правовой защиты *в принципе*, поскольку для первого применения судом такого средства правовой защиты всегда отсутствовал бы прецедент. Именно поэтому вовсе не удивительно, что заключение Третейского суда о том, что российские налоговые органы были бессильны найти средство правовой защиты против

⁴⁵¹ Окончательные арбитражные решения, п. 625.

⁴⁵² Окончательные арбитражные решения, п. 625.

⁴⁵³ Окончательные арбитражные решения, п. 502, 648.

⁴⁵⁴ Окончательные арбитражные решения, пп. 612, 614. [выделение добавлено]

схемы ОАО «НК «ЮКОС» по уклонению от уплаты налогов, противоречит налоговому законодательству других государств-подписантов ДЭХ, включая Нидерланды, как разъяснено ниже в пунктах 352-359.

328. В-третьих, вопреки утверждению Третейского суда о том, что *«не было прецедента для налоговых доначислений в момент доначисления налогов и вынесения соответствующих решений в отношении ОАО «НК «ЮКОС»»*⁴⁵⁵, г-н Коннов, единственный эксперт по российскому налоговому праву, давший показания Третейскому суду, свидетельствовал, что в России существовал прецедент для применения данного средства правовой защиты, и привел ссылку для Третейского суда на два различных дела, ОАО «Корус-Холдинг» и дела о башкирских нефтеперерабатывающих заводах, в которых суды применяли данное средство правовой защиты до того, как оно было применено к ОАО «НК «ЮКОС».
329. Третейский суд согласился с тем, что дело ОАО «Корус-Холдинг» *«точно совпадало с делом ОАО «НК «ЮКОС» в плане средства правовой защиты в виде перенесения»*,⁴⁵⁶ однако отказался признать за ним какое-либо прецедентное значение, указав, что оно было *«разрешено в 2006 году, значительно позже доначисления налогов в отношении ОАО «НК «ЮКОС» в 2003 и 2004 годах»*.⁴⁵⁷ Сделав такое замечание, Третейский суд не учел доказательства Российской Федерации о том, что (а) российские налоговые органы впервые оспорили «схему налоговой оптимизации» ОАО «Корус-Холдинг» 28 февраля 2005 г., и вынесли официальное решение о доначислении налогов 29 марта 2005 г.,⁴⁵⁸ и (б) что дело ОАО «Корус-Холдинг» рассматривалось российскими судами в то время как дела в отношении ОАО «НК «ЮКОС» все еще находились на рассмотрении суда.⁴⁵⁹

⁴⁵⁵ Окончательные арбитражные решения, п. 625.

⁴⁵⁶ Окончательные арбитражные решения, п. 621. Подобно ОАО «НК «ЮКОС», ОАО «Корус-Холдинг» якобы вело деятельность в регионе с льготным налогообложением Байконура через ООО «Корус-Байконур», торговую подставную компанию, похожую на те компании, которые использовались ОАО «НК «ЮКОС» в Лесном, Трехгорном, Мордовии и других регионах. Российские суды оставили в силе решения налоговых органов о доначислении налогов ОАО «Корус-Холдинг», постановив, помимо прочего, что (а) у ООО «Корус-Байконур» отсутствовало экономическое содержание в Байконуре или ином регионе; (б) ОАО «Корус-Холдинг» заключало договоры купли-продажи в отношении нефти и нефтепродуктов через ООО «Корус-Байконур» для единственной цели уклонения от уплаты налогов; и (с) ни ОАО «Корус-Холдинг», ни ООО «Корус-Байконур» не осуществили вклад в местную экономику региона Байконур. В связи с этим суд оставил в силе решение налоговых органов учитывать содержание хозяйственных сделок вместо формы, и, соответственно, привлечь ОАО «Корус-Холдинг» к ответственности за экономические последствия таких сделок, формально заключенных ООО «Корус-Байконур». Возражения Ответчика на Ответ Истцов, пп. 687, 688. Постановление Федерального арбитражного суда Московского округа, Дело № КА-А40/5876-06 (28 июля, 2006 г.) (Приложение RME-1487).

⁴⁵⁷ Окончательные арбитражные решения, п. 621.

⁴⁵⁸ Постановление Федерального арбитражного суда Московского округа, Дело № КА-А40/5876-06 (28 июля, 2006 г.) (Приложение RME-1487).

⁴⁵⁹ Решения о доначислении налогов за 2000 г. были окончательно утверждены 4 октября 2005 г. (См. Постановление Президиума Высшего арбитражного суда № 8665/04 (4 октября 2005 г.) (Приложение RME-1552)); Решения о доначислении налогов за 2001 г. были окончательно утверждены 9 декабря 2005 г. (См. Постановление Федерального арбитражного суда Московского округа, дело № Ка-А40/3573-05 (9 декабря 2005 г.) (Приложение RME-588)); Решения о доначислении налогов за 2002 г. были окончательно утверждены 30 июня 2005 г. (См. Постановление Федерального арбитражного суда Московского округа, № КА-А40/3222-05 (30 июня 2005 г.) (Приложение RME-1569)); Решения о доначислении налогов за 2003 г. были окончательно поддержаны 5 декабря 2005 г. (См. Постановление Федерального

330. Равным образом ошибочно и заключение Третейского суда о том, что даже «дела о башкирских нефтеперерабатывающих заводах» не могут «послужить прецедентом, появившимся до дела ОАО «НК «ЮКОС». Третейский суд заключил, что в этих делах «налоговые органы действительно «перенесли» прибыль от продаж с байконурской компании на три нефтеперерабатывающих завода, которые продавали нефть»,⁴⁶⁰ однако заключил, что, поскольку доначисление налогов в делах башкирских нефтеперерабатывающих заводов было подтверждено в судебном порядке в январе 2005 года, они не являются прецедентом для дела ОАО «НК «ЮКОС». И вновь Третейский суд, по всей вероятности, проигнорировал хронологию событий – решения о доначислении налогов в отношении башкирских нефтеперерабатывающих заводов были вынесены 16 июля 2003 г.,⁴⁶¹ или за девять месяцев до любого из налоговых доначислений в отношении ОАО «НК «ЮКОС».⁴⁶²
331. Доказательства, предоставленные Третейскому суду, таким образом, включали дела в отношении двух российских компаний, в отношении которых российские власти доначислили налоги на том же основании, что и впоследствии в отношении ОАО «НК «ЮКОС» в отношении некоторых или всех его налогов, и во всех трех случаях российские суды поддержали решения налоговых органов. Ситуация выглядит таким образом, что налоговые органы раскрывают новую схему по уклонению от уплаты налогов и разрабатывают соответствующее и закономерное средство правовой защиты на основании сложившейся российской доктрины о преобладании «содержания над формой» в рамках борьбы с уклонением от уплаты налогов, и затем данное средство правовой защиты оспаривается в российских судах, и в итоге поддерживается ими. Несмотря на заключение Третейского суда, это путь, которому следуют налоговые органы многих стран при борьбе с новыми схемами по уклонению от уплаты налогов. В действительности, Верховный Суд Дании недавно пришел к выводу о том, что налоговые органы Нидерландов могут полагаться на доктрину о злоупотреблении законом для разработки новых средств правовой защиты в случаях наличия правовых пробелов в налоговом законодательстве в интересах сбора государственных доходов.⁴⁶³

арбитражного суда Московского округа, дело № КЗ-А40/11321-05 (5 декабря 2005 г.) (Приложение (Существо дела) С-197)). Как отмечено, Решения о доначислении налогов за 2004 г. еще не были вынесены.

⁴⁶⁰ Окончательные арбитражные решения, п. 620(1).

⁴⁶¹ Окончательные арбитражные решения, п. 620(1). См. Постановление Президиума Высшего арбитражного суда Российской Федерации, Дело № 10767/04 (25 января 2005 г.) (Приложение RME-1488); Постановление Президиума Высшего арбитражного суда Российской Федерации, Дело № 10755-04 (25 января 2005 г.) (Приложение RME-1489); Постановление Президиума Высшего арбитражного суда Российской Федерации, Дело № 10750/04 (25 января 2005 г.) (Приложение RME-1490).

⁴⁶² ОАО «НК «ЮКОС» были впервые доначислены налоги за 2000 год 14 апреля 2004 г. См. Решение о привлечении налогоплательщика к ответственности за совершение налогового правонарушения № 14-3-05/1609-1 (14 апреля 2004 г.), стр. 91 (Приложение (Существо дела) С-104).

⁴⁶³ Решение Верховного суда Нидерландов, 15 марта 2013 г., *BNB* 2013/151.

Практика Дании по борьбе с уклонением от уплаты налогов и доктрина о злоупотреблении законом детально обсуждаются в пунктах 352-359 ниже.

332. Даже если бы первоначальное доначисление налогов в отношении ОАО «НК «ЮКОС» было первым, которое было *в судебном порядке* поддержано российскими судами, как обсуждается выше, одно из трех дел должно было быть решено первым, и решения по делу ОАО «НК «ЮКОС» были вскоре поддержаны российскими судами в двух других делах (не связанных с ОАО «НК «ЮКОС»), которые даже Третейский суд признал неотличимыми от фактов настоящего дела.
333. В-четвертых, Третейский суд не учел собственное признание ОАО «НК «ЮКОС», содержащееся в его внутренних служебных записках, где раскрывается, что раскрытие аффилированности ОАО «НК «ЮКОС» с его торговыми подставными компаниями *«может быть использовано российскими налоговыми органами для оспаривания подхода [ОАО «НК «ЮКОС»] к ряду сделок, и, соответственно, приведет к значительным налоговым претензиям к Компании»*.⁴⁶⁴ Это могло бы быть так, *только* если бы доход его торговых подставных компаний был перенесен на ОАО «НК «ЮКОС». Соответственно, вопреки мнению Третейского суда о том, что такое перенесение было новым и непредвиденным, ОАО «НК «ЮКОС» само ожидало, что доход подставных компаний может быть перенесен на общество.
334. В-пятых, Третейский суд не учел комментарий касательно налогообложения, написанный собственным налоговым консультантом ОАО «НК «ЮКОС», Сергеем Пепеляевым, в 2002 году, и статью, написанную в 2004 году одним из его партнеров. И комментарий, и статья подтверждают, что средство правовой защиты, примененное российскими налоговыми органами и поддержанное российскими судами, было основано на существующем российском законодательстве. Как пояснил г-н Пепеляев в 2002 году, *«Если же просматривается и неразумность, и недобросовестность сторон, то это дает основание для пересчета налоговых обязательств участников сделки»* на основе *«фактических отношений участников сделки»*.⁴⁶⁵ Два года спустя, его партнер Вадим Зарипов согласился, указав, что *«[и]звестные судебные доктрины («существо над формой», «сделка по шагам» и т.п.) позволяют [...] рассматривать несколько организаций в качестве одного экономического субъекта (например, при наличии*

⁴⁶⁴ Служебная записка П. Н. Малого из ОАО «НК «ЮКОС» в адрес О.В. Шейко из ОАО «НК «ЮКОС» кас. «Рисков, связанных с листингом на Нью-Йоркской фондовой бирже/размещением ценных бумаг в США» (подготовлен 22 апреля 2002 г.; направлен 14 мая 2002 г.), п. 2 (Приложение RME-184).

⁴⁶⁵ С.Г. Пепеляев, Комментарий к Определению Конституционного суда Российской Федерации № 138-О от 25 июля 2001 г., Ваш налоговый адвокат, № 1, Первый квартал 2002 г., стр. 2 (Приложение RME-352); см. также Окончательные арбитражные решения, пп. 318, 319.

схем)».⁴⁶⁶ Рассмотрение «нескольких организаций [в «схеме налоговой оптимизации»] в качестве одного экономического субъекта» для налоговых целей неизбежно включает налогообложение действительной заинтересованной стороны без учета якобы существующей самостоятельной правосубъектности стороны, принимающей только формальное участие. Именно это средство правовой защиты было применено к ОАО «НК «ЮКОС», но неправомерно отвергнуто Третейским судом лишь по причине отсутствия в то время судебных прецедентов.

iii. Необоснованное заключение Третейского суда касательно доначисления НДС в отношении ОАО «НК «ЮКОС»

335. Третейский суд пришел к выводу о том, что доначисления НДС в отношении ОАО «НК «ЮКОС» были неправомерными, поскольку, в соответствии с выводом Третейского суда, российские власти по «исключительно техническим причинам» отказались «перенести на ОАО «НК «ЮКОС» возмещение по НДС в отношении торговых компаний».⁴⁶⁷ В частности, Третейский суд указал, что позиция российских властей о том, что ОАО «НК «ЮКОС» как действительный экспортер должно было ежемесячно подавать декларации по НДС от своего собственного имени, не соответствовала определению российского Конституционного Суда от 1999 года, о том, что «суды не должны ограничивать себя исключительно формальным анализом при оценке государственных налоговых требований, но вместо этого должны проводить анализ существующих фактов для того, чтобы уважать право налогоплательщика на справедливую возможность защищать себя от выдвигаемых требований».⁴⁶⁸
336. Третейский суд в данном случае снова ошибочно предпочел свое собственное толкование российского права непровергнутым свидетельским показаниям г-на Коннова и соответствующим решениям компетентных российских судов и ЕСПЧ. Как пояснил г-н Коннов, приведя подробные выдержки из российского налогового законодательства и практики: (а) требование о том, что ежемесячная (или ежеквартальная, в случае более мелких предприятий) декларация по НДС должна была подаваться от имени настоящего налогоплательщика для целей заявления о возмещении НДС, применялось российскими налоговыми органами в качестве общего правила и было оправдано с точки зрения важных административных соображений; (б) ОАО «НК «ЮКОС» могло бы избежать вынесения большинства решений о доначислении НДС путем подачи надлежащим образом исправленных ежемесячных деклараций по НДС за

⁴⁶⁶ В. Зарипов, Оптимизация или уклонение?, Эж-ЮРИСТ, № 16 (апрель 2004 г.), стр.1 (Приложение RME-3223). См. также, Письменное заявление Ответчика по итогам слушаний, п. 27.

⁴⁶⁷ Окончательные арбитражные решения, п. 626.

⁴⁶⁸ Окончательные арбитражные решения, п. 671.

рассматриваемые периоды; и (с) ОАО «НК «ЮКОС», тем не менее, решило не подавать надлежащим образом исправленные декларации по НДС, даже хотя оно и не оспаривает, что могло бы это сделать.⁴⁶⁹

337. Как было указано выше, Третейский суд согласился с г-ном Конновым в том, что требовалась подача ежемесячной или ежеквартальной декларации, заметив, что *«практическое обоснование, как представляется, говорит в пользу требования о ежемесячной/ежеквартальной подаче декларации в случае проверки налоговыми органами сделок, на основании которых был начислен соответствующий налог»*. Третейский суд, тем не менее, определил, что ОАО «НК «ЮКОС» не требовалось подавать ежемесячную или ежеквартальную декларацию, постановив, что *«еще труднее понять, каким образом это обоснование применялось к попыткам ОАО «НК «ЮКОС» получить кредит для возмещения НДС торговым компаниям, в ситуации, в которой такое возмещение НДС уже было проверено и одобрено государственными органами в момент (первой) подачи заявления о нем торговыми предприятиями»*.⁴⁷⁰ Очевидно, что для Третейского суда было неправомерным отменять прямо предусмотренное требование российского права, применимое ко всем налогоплательщикам, только потому, что Третейскому суду показалось *«затруднительным понять»*, почему это требование должно быть применено к ОАО «НК «ЮКОС».
338. В качестве предварительного замечания, Третейский суд ошибочно полагался на определение российского Конституционного Суда. Данное определение лишь объясняет *общее* российское налоговое правило о преобладании «содержания над формой». Ни один российский суд, и ни один комментатор российского законодательства, никогда не указывал, что определение Конституционного Суда может быть интерпретировано таким образом, чтобы изменить прямое требование российского законодательства о том, что декларации по НДС должны подаваться на имя действительного налогоплательщика.
339. Есть два связанных ответа на *«практические»* вопросы, поднятые в решении Третейского суда. Во-первых, ОАО «НК «ЮКОС» требовалось подавать ежемесячную декларацию по НДС и документы, подтверждающие экспорт, от своего имени, поскольку именно этого российское законодательство требовало от *всех* российских налогоплательщиков, находившихся в схожем положении, для применения 0% ставки по

⁴⁶⁹ Если бы ОАО «НК «ЮКОС» подало надлежащим образом скорректированные декларации по НДС, оно бы избежало 89% от общей суммы его ответственности по уплате НДС (срок для подачи скорректированных деклараций в отношении оставшихся 11% к тому времени бы истек). См. Возражение Ответчиков на Ответ Истцов, пп. 831(ii), 832(ii), 833.

⁴⁷⁰ Окончательные арбитражные решения, п. 686.

НДС на экспортируемые товары.⁴⁷¹ Если в рамках иных вопросов Третейский суд действовал, как если бы он был российским апелляционным судом, что недопустимо, то здесь он действовал так, словно он был наделен правом фактически отменить надлежащим образом принятое налоговое законодательство Российской Федерации, что еще более недопустимо. Во-вторых, предписав крупным компаниям во всех случаях подавать ежемесячные декларации по НДС, российская законодательная власть действовала так же, как действуют законодательные органы по всему миру – приняла закон общего применения, который позволял обрабатывать декларации по НДС с помощью компьютера, не прибегая к индивидуализированному рассмотрению вручную. Именно поэтому, как показано ниже, многие другие Государства, включая Нидерланды, следуют похожей практике, требуя, чтобы налогоплательщики подавали одинаковые декларации по НДС, независимо от того, были ли сделки, на основании которых начислен соответствующий НДС, ранее проверены налоговыми органами.⁴⁷²

340. Определение Третейского суда также не учитывает тот факт, что ОАО «НК «ЮКОС» неоспоримо могло бы подавать ежемесячные декларации, как того требовало российское законодательство, но по своим причинам решило этого не делать.⁴⁷³ Третейский суд не предложил никакого объяснения, почему Истцы должны иметь право на возмещение убытков за ущерб, которого ОАО «НК «ЮКОС» решило не избегать.
341. Третейский суд также не предоставил объяснений основанию, на котором он пришел к выводу, явно противоречащему единогласному выводу двух отдельных Палат ЕСПЧ, который подтвердил вынесенные ранее решения российских судов. Как отмечено выше, ЕСПЧ единогласно пришел к выводу о том, что решения о доначислении НДС в отношении ОАО «НК «ЮКОС», утвержденные российскими судами, были правомерными, и что ОАО «НК «ЮКОС» могло их избежать, если бы оно *«заявило об освобождении от уплаты налогов или налоговых возмещениях от своего собственного имени, в соответствии с процедурой, установленной»* применимыми правилами об НДС, которые *«делали процедуру для возмещений НДС в необходимой степени ясной и доступной для [ОАО «НК «ЮКОС»], чтобы оно могло ее соблюдать»*.⁴⁷⁴

⁴⁷¹ Закон Российской Федерации № 1992-1 («О налоге на добавленную стоимость»), 6 декабря 1991 г.; Глава 21 Налогового кодекса Российской Федерации. См. Налоговый кодекс Российской Федерации, Часть I, вступившую в силу с 1 января 1999 г., и Часть II, вступившую в силу с 1 января 2001 г. (с поправками), стр. 29-43 (Приложение (Существо дела) С 1704). См. также Второе экспертное заключение г-на Коннова, пп. 84, сноска 137.

⁴⁷² Встречный меморандум Ответчика, пп. 1204-1214.

⁴⁷³ Истцы не представили каких-либо заслуживающих доверия объяснений, почему ОАО «НК «ЮКОС» не смогло подать правильную исправленную налоговую декларацию по НДС, даже после того, как его неправильные «ежегодные» декларации были отклонены. По причинам, изложенным в Письменном заявлении Ответчика по итогам слушаний, пп. 40-41, представленные Истцами в последнюю минуту судебного заседания оправдания несвоевременной и неправильной подачи деклараций – что ОАО «НК «ЮКОС» не могло предоставить необходимые документы, так как органы власти изъяли их (см. Заключительное заявление Ответчиков, Том 1, слайды 246, 247) – не вызывают доверия.

⁴⁷⁴ Окончательные арбитражные решения, п. 699.

342. В заключение, Третейский суд указал, что даже если бы ОАО «НК «ЮКОС» подавало необходимые ежемесячные декларации по НДС, то *«Российская Федерация была твердо намерена привлечь ОАО «НК «ЮКОС» к ответственности по НДС, и сделала бы все необходимое для того, чтобы обеспечить привлечение ОАО «НК «ЮКОС» к ответственности по НДС»*.⁴⁷⁵ Для необоснованного умозаключения Третейского суда нет совершенно никаких оснований в рамках доказательственной базы, что, к сожалению, наводит на мысль о том, что третейский суд пытался найти причину для признания доначислений по НДС в отношении ОАО «НК «ЮКОС» неправомерными, в то время как все его остальные аргументы были явно необоснованными. Этот и другие примеры безосновательных умозаключений Третейского суда – в каждом случае приведших к выводам, направленным против Ответчика – более подробно изложены в Разделе VIII.C(a) ниже.
343. Резюмируя, Суду следует заключить, что налоговая оговорка, предусмотренная Статьей 21(1) ДЭХ, применяется к требованиям Истцов, и что Третейский суд не обладал юрисдикцией по данным требованиям, по одной или нескольким из трех причин, указанных ниже:
- (a) Третейский суд использовал неверный стандарт при определении того, были ли меры, предпринятые российскими властями, *«Налоговыми мерами»* по смыслу Статьи 21(1) ДЭХ, и согласно надлежащему стандарту установленному третейским судом по делу *EnCana*, согласно которому мера безусловно подпадает под действие оговорки, если она *«достаточно явно связана с налоговым законом или подзаконным актом»* и мера не попадает под действие оговорки только если она представляет *«произвольное требование, не подкрепленное никакими положениями закона принимающего Государства»*;⁴⁷⁶ – меры, принятые в данном случае, явно попадают под действие оговорки;
 - (b) даже если бы ненадлежащий стандарт Третейского суда применялся к фактическим обстоятельствам настоящего дела, собственные заключения Третейского суда о фактах подтверждают, что решения о доначислении налогов в отношении ОАО «НК «ЮКОС» не были ни полностью *«не связанными с получением государственного дохода»*, ни вынесенными *«для цели, не связанной с получением государственного дохода»*, и, таким образом, подпадают под действие оговорки; и

⁴⁷⁵ Окончательные арбитражные решения, п. 694.

⁴⁷⁶ Там же, пп. 1440.

(с) вывод Третейского суда, вновь основанный на некорректном применении им стандарта, что меры, предпринятые российскими властями, не являются «Налоговыми мерами» по смыслу Статьи 21(1) ДЭХ, основан на его необоснованных и ошибочных выводах о том, что (i) Российская Федерация не предоставила *никаких* доказательств того, что мордовские торговые компании были подставными и что ОАО «НК «ЮКОС» проинформировало российские власти о его мордовской налоговой схеме, и никто не возражал, (ii) не было прецедента для переноса на ОАО «НК «ЮКОС» дохода подставных торговых компаний, и (iii) доначисления НДС в отношении ОАО «НК «ЮКОС» были неправомерными в соответствии с российским законодательством.

(d) Определения ЕСПЧ подтверждают, что меры, являющиеся предметом спора, были законным осуществлением полномочий Российской Федерации по налогообложению и, таким образом, подпадают под налоговую оговорку Статьи 21(1) ДЭХ

344. Заключение Третейского суда о том, что меры, принятые против ОАО «НК «ЮКОС», были «мотивированы не целью получения государственного дохода, но целью, не связанной с налогообложением»,⁴⁷⁷ противоречат единогласным определениям двух самостоятельных Палат ЕСПЧ (основанным на в существенной степени аналогичной фактической базе, как было установлено в рамках Третейских разбирательств), которые подтвердили правомерность тех самых решений о доначислении налогов, которые осудил Третейский суд.⁴⁷⁸ ЕСПЧ заключил, что «каждое из Решений о доначислении налогов за 2000-2003 гг. преследовало законную цель по обеспечению уплаты налогов и составляло меру, соразмерную преследуемой цели»,⁴⁷⁹ а также постановил, что меры, предпринятые российскими властями, были законным осуществлением полномочий Российской Федерации по налогообложению и не были основаны на «ненадлежащем мотиве».⁴⁸⁰

345. При рассмотрении обвинения в том, что данные меры нарушали Статью 18 Европейской конвенции по правам человека, которая предусматривает, что допускаемые Конвенцией ограничения прав и свобод, закрепленных Конвенцией, – в данном случае, право

⁴⁷⁷ Окончательные арбитражные решения, пп. 1407, 1442.

⁴⁷⁸ 24 апреля 2004 г. ОАО «НК «ЮКОС» подало заявление против Российской Федерации, утверждая, что налоговые меры Российской Федерации, предпринятые российскими властями, нарушили Статьи 6(1), 7, 13 и 14 Европейской конвенции по правам человека, Статью 1 Протокола № 1 к ней, и Статью 18 во взаимосвязи со Статьей 1 Протокола № 1. 12 марта 2006 г. г-н Ходорковский подал заявление против Российской Федерации, утверждая, что уголовное преследование его за уклонение от уплаты налогов и мошеннические действия было политически мотивированным в нарушение Статьи 18 Европейской конвенции по правам человека. Г-н Лебедев подал практически аналогичное заявление 28 марта 2005 г.. Дела г-на Ходорковского и г-на Лебедева были объединены 2 июля 2013 г.

⁴⁷⁹ Первое определение ЕСПЧ, пп 588-606 (Приложение RME-3328).

⁴⁸⁰ Первое определение ЕСПЧ, пп. 663-666 (Приложение RME-3328). См. также Второе определение ЕСПЧ, пп. 821, 903 (Приложение RF-4).

Государства начислять и взыскивать налоги – «не должны применяться ни для какой цели, кроме как для той, для которой они были предусмотрены»⁴⁸¹, ЕСПЧ указал следующее:

«[С]уд не усматривает признаков каких-либо дальнейших проблемных моментов или нарушений в разбирательствах против [ОАО «НК «ЮКОС»], которые позволили бы ему заключить, что имело место нарушение статьи 18 Конвенции на основании требования компании-заявителя о том, что Государство неправомерно использовало эти разбирательства для уничтожения компании и захвата контроля над ее активами. Суд пришел к заключению о том, что не имело место нарушение Статьи 18 Конвенции, во взаимосвязи со Статьей 1 Протокола № 1, на основании якобы имевшей место скрытой экспроприации имущества компании и якобы умышленного уничтожения самой компании».⁴⁸²

346. Отдельные выводы ЕСПЧ в отношении доначислений по налогу на прибыль и НДС в отношении ОАО «НК «ЮКОС» подтверждают, что данные меры не были «неподкрепленными никакими положениями» российского права, а, напротив, были основаны на применении установленных принципов российского налогового законодательства к обстоятельствам дела. В частности, ЕСПЧ установил, что (а) материалы дела в отношении всех регионов с льготным налогообложением, включая Мордовию, включали «многочисленные» доказательства, показывающие, что все торговые компании ОАО «НК «ЮКОС» были подставными; (b) применение к ОАО «НК «ЮКОС» налоговых последствий его собственных действий не было ни беспрецедентной мерой, как объяснено выше, ни злоупотреблением со стороны Российской Федерации для доведения ОАО «НК «ЮКОС» до банкротства; и (c) российское законодательство очевидно требовало от ОАО «НК «ЮКОС» подачи деклараций по НДС с надлежащими изменениями, от его собственного имени, и что ОАО «НК «ЮКОС» не было специально выбрано объектом враждебного отношения.

347. В частности, ЕСПЧ установил, что в отношении доначислений по налогу на прибыль в отношении ОАО «НК «ЮКОС»:

- Российские «налоговые органы имели широкие полномочия для проверки характера поведения сторон и оспаривания правовой характеристики такого поведения перед судами»;⁴⁸³

⁴⁸¹ Европейская конвенция о защите прав человека и основных свобод, Статья 18.

⁴⁸² Первое определение ЕСПЧ, пп. 665-666 (Приложение RME-3328); Второе определение ЕСПЧ, пп. 905-906 ([Приложение RF-4](#)).

⁴⁸³ Первое определение ЕСПЧ, п. 597 (Приложение RME-3328); Второе определение ЕСПЧ, п. 786 ([Приложение RF-4](#)).

- «право переоценить или отменить недобросовестное поведение компаний существовало и использовалось национальными судами в различных ситуациях и с различными последствиями для вовлеченных сторон, начиная уже с 1997 года»;⁴⁸⁴
- «выводы национальных судов в рамках разбирательств в отношении Решений о доначислении налогов за 2000-2003 гг., были обоснованными. Вопросы факта во всех таких разбирательствах в существенной степени схожи и соответствующие материалы дел содержали множество свидетельских показаний и документарных доказательств в поддержку связей между [ОАО «НК «ЮКОС»] и его торговыми компаниями и доказательства подставного характера последних»;⁴⁸⁵ и
- «применимые правовые нормы недвусмысленно давали понять, что, в случае выявления, для налогоплательщика существовал риск начисления налогов на его фактическую хозяйственную деятельность. [...] Это именно то, что произошло с [ОАО «НК «ЮКОС»] в данном деле».⁴⁸⁶

348. В отношении доначислений НДС в отношении ОАО «НК «ЮКОС» ЕСПЧ установил, что

- «как Статья 5 Закона № 1992-1 от 6 декабря 1991 г. «О налоге на добавленную стоимость», регулировавшая соответствующие правоотношения до 1 января 2001 г., так и Статья 165 Налогового кодекса, применимая к последующему периоду, недвусмысленно предусматривали, что ставка НДС ноль процентов в отношении экспортных товаров и его возмещение никоим образом не применялись автоматически и что [ОАО «НК «ЮКОС»] было необходимо заявить об освобождении от уплаты налогов или возмещениях от своего имени»;⁴⁸⁷
- ОАО «НК «ЮКОС» могло избежать доначислений НДС, если бы ОАО «НК «ЮКОС» «заявило об освобождении от уплаты налогов или возмещениях от

⁴⁸⁴ Первое определение ЕСПЧ, там же; Второе определение ЕСПЧ, там же.

⁴⁸⁵ Первое определение ЕСПЧ, пп. 590, 591 (RME-3328) [выделение добавлено]; Второе определение ЕСПЧ, пп. 786, 811 (Приложение RF-4).

⁴⁸⁶ Первое определение ЕСПЧ, п. 598 (RME-3328) [выделение добавлено]; Второе определение ЕСПЧ, пп. 786 (Приложение RF-4).

⁴⁸⁷ Первое определение ЕСПЧ, п. 601 (Приложение RME-3328) [выделение добавлено].

своего собственного имени и в соответствии с процедурой, установленной»⁴⁸⁸
применимыми правилами об НДС;

- «[ОАО «НК «ЮКОС»] не предоставило никаких доказательств того, что оно предоставляло необходимые документы в надлежащем порядке в соответствии с установленной процедурой»,⁴⁸⁹ и
- «[ОАО «НК «ЮКОС»] не было объектом какого-либо враждебного отношения».⁴⁹⁰

349. Третейский суд, очевидно, проигнорировал эти заключения, вместо этого безосновательно обратившись к арбитражным решениям по существу, вынесенным в делах *RosInvestCo. v. Russian Federation* и *Quasarde Valores et al. v. Russian Federation*.⁴⁹¹ Однако, в каждом из этих арбитражных решений применялись двусторонние международные инвестиционные соглашения, которые, в отличие от ДЭХ, не содержали налоговой оговорки. Многочисленные цитаты, приведенные Третейским судом из анализа вопроса об экспроприации из этих арбитражных решений по существу, постановив, что налоговые меры, носящие характер злоупотребления, могут составлять экспроприацию,⁴⁹² совершенно ясно не относятся к стоящему здесь вопросу, о том подпадают ли налоговые меры, принятые для целей, не связанных с налогообложением, под налоговую оговорку ДЭХ. Примечательно, что согласно узкой арбитражной оговорке в ДИД между Великобританией и СССР, который был применен арбитражным судом в деле *RosInvestCo*, такой арбитражный суд не обладал юрисдикцией для решения вопроса о том, носили ли налоговые меры, принятые против ОАО «НК «ЮКОС», характер экспроприации, а арбитражное решение по делу *RosInvestCo* было впоследствии отменено Апелляционным судом округа Свеа.⁴⁹³

350. Таким образом, вопреки необоснованному постановлению Третейского суда, налоговые меры, предпринятые российскими властями, «преследовали законную цель по обеспечению уплаты налогов и составляли меру, соразмерную преследуемой цели», и

⁴⁸⁸ Там же.

⁴⁸⁹ Первое определение ЕСПЧ, п. 602 (Приложение RME-3328) [выделение добавлено].

⁴⁹⁰ Там же.

⁴⁹¹ *RosInvestCo UK Ltd. v. The Russian Federation*, Третейский суд при Торговой палате Стокгольма V (079/2005), Окончательные арбитражные решения (12 сентября 2010 г.) (Приложение (Существо дела) C-1049); и *Quasar de Valores SICAV S.A., et al. v. The Russian Federation*, Третейский суд при Торговой палате Стокгольма, Арбитражное решение (20 июля 2012 г.) (Приложение RME-3383), приведенные в пп. 1436-1438 Окончательных арбитражных решений.

⁴⁹² *RosInvestCo v. Russia*, указ. соч., п. 628 (Приложение (Существо дела) C-1049); *Quasar de Valores SICAV S.A., et al. v. The Russian Federation*, Арбитраж при ТПП в Стокгольме, Решение (20 июля 2012 г.), п. 179 (Приложение RME-3383).

⁴⁹³ Решение Апелляционного суда округа Свеа, *The Russian Federation v. RosInvestCo UK Ltd.*, Дело № Т 10060-10 (5 сентября 2013 г.), стр. 1. ([Приложение RF-76](#)).

являются «Налоговыми мерами», на которые распространяется налоговая оговорка в Статье 21(1) ДЭХ.

(e) *Налоговые меры, принятые российскими государственными органами, соответствуют всемирно признанной налоговой политике и практике и, в частности, голландской налоговой политике и практике*

351. Налоговые меры, принятые российскими властями, также соответствуют всемирно признанной налоговой политике и практике, а также мерам по получению государственного дохода, которые другие европейские страны, включая Нидерланды, предприняли бы против такого неплательщика налогов, как ОАО «НК «ЮКОС». Этот факт также свидетельствует о том, что данные меры были законным осуществлением полномочий Российской Федерации по налогообложению и подпадают под налоговую оговорку в Статье 21(1) ДЭХ.

(e)(i) *Решения о доначислении налога на прибыль организаций*

352. В настоящее время существует общее понимание среди государственных налоговых органов и судов, что правила о борьбе с уклонением от уплаты налогов, равно как и доктрина недобросовестного налогоплательщика, на которую полагались российские власти, были бы иллюзорными, если бы государственные налоговые органы не могли привлекать в действительности заинтересованную сторону к ответственности за налоговые последствия действий подставных компаний, находящихся в ее собственности или под ее контролем.⁴⁹⁴ В действительности, Третейский суд согласился с тем, что «положения о борьбе с уклонением от уплаты налогов других стран, таких как Соединенные Штаты, Франция, Германия, Канада и Австралия [...] предоставляют налоговым органам» право «переносить доходы на лицо, ответственное за правонарушение»,⁴⁹⁵ и, тем не менее, ошибочно пришел к выводу о том, что в России «не было прецедентов перенесения в момент доначисления налогов и вынесения соответствующих решений в отношении ОАО «НК «ЮКОС».⁴⁹⁶ Хотя Третейский суд это не упоминал, Нидерланды – одна из многих стран, которые позволяют перекалвалифицировать сделки для налоговых целей, чтобы отразить их экономическую сущность, и перенести соответствующие доходы на действительно заинтересованную сторону.

⁴⁹⁴ Встречный меморандум Ответчика, пп. 1156-1165.

⁴⁹⁵ Окончательные арбитражные решения, п. 625.

⁴⁹⁶ Окончательные арбитражные решения, п. 625.

353. В Нидерландах налоговые органы и суды зачастую ссылаются на доктрину злоупотребления правом (*fraus legis*) для переквалификации сделок, которые, главным образом, направлены на уклонение от уплаты налогов, таким образом, который, подобно схеме ОАО «НК «ЮКОС», противоречит цели применимого налогового права.⁴⁹⁷ Когда сделка переквалифицируется для налоговых целей, голландские налоговые органы переносят соответствующие доходы на в действительности заинтересованную сторону, и голландские суды поддерживают такую меру правовой защиты.⁴⁹⁸
354. Третейский суд заключил, что торговые подставные компании ОАО «НК «ЮКОС» существовали исключительно для уклонения от налогообложения, и что ни ОАО «НК «ЮКОС», ни его торговые подставные компании не осуществили никакого вклада в экономическое развитие тех регионов с льготным налогообложением, которое, по заключению Третейского суда, было целью законодательства о регионах с льготным налогообложением.⁴⁹⁹ Соответственно, согласно доктрине злоупотребления правом, налоговые органы Нидерландов были бы вправе переквалифицировать налоговую схему ОАО «НК «ЮКОС» как фактически включающую продажу нефти ОАО «НК «ЮКОС» и перенести на ОАО «НК «ЮКОС», как на действительного экспортера, прибыль от экспортных продаж, номинально получаемую торговыми подставными компаниями.
355. Решение, принятое Верховным Судом Нидерландов 6 октября 2011 г., ясно свидетельствует о том, что, в соответствии с голландским налоговым законодательством, Нидерланды могли бы перенести на ОАО «НК «ЮКОС», как настоящего экспортера, доходы, полученные с экспортных продаж, номинально осуществленных подставными торговыми компаниями ОАО «НК «ЮКОС».⁵⁰⁰ Верховный Суд Нидерландов поддержал решение нижестоящих судов о доначислении налогов на голландскую акционерную компанию закрытого типа, которая снизила голландский налог на прибыль, путем ведения хозяйственной деятельности якобы через швейцарское акционерное общество. Управляющий директор и конечный бенефициарный собственник акционерной компании закрытого типа учредил акционерное общество и назначил юриста по швейцарскому налоговому праву единоличным директором. Хозяйственная деятельность акционерного общества велась управляющим директором и конечным бенефициарным собственником акционерной компании закрытого типа в Нидерландах, подобно тому,

⁴⁹⁷ Положения голландской доктрины злоупотребления правом были разработаны для налогового права в начале 1920-х гг. для восполнения пробелов в существующем налоговом законодательстве в интересах взимания государственного дохода (Верховный Суд Дании, 26 мая 1926 г., *LJN*, PW 12157, NJ 1926, стр. 723).

⁴⁹⁸ См. сноску 501 ниже.

⁴⁹⁹ Окончательные арбитражные решения, пп. 277, 280, 327, 372-379; Встречный меморандум Ответчика, Таблица 3, стр. 104, и Таблица 7, стр. 105.

⁵⁰⁰ Решение Верховного суда Нидерландов, 6 октября 2011 г., *BNB* 2013/77.

как ОАО «НК «ЮКОС» управляло из Москвы деятельностью торговых подставных компаний ОАО «НК ЮКОС», которые якобы осуществляли деятельность в российских регионах с льготным налогообложением. Голландские органы власти переклассифицировали сделки, номинально заключаемые акционерным обществом, рассматривали их, как если бы они были заключены акционерной компанией закрытого типа, и затем постановили, что акционерная компания закрытого типа несет ответственность за уплату налога на прибыль, номинально полученной акционерным обществом, подобно тому, как поступили российские органы власти, признав ОАО «НК «ЮКОС» ответственным за уплату налога на прибыль, номинально полученную подставными торговыми компаниями.

356. Существует ряд других случаев, в которых налоговые органы в Нидерландах⁵⁰¹ и других странах⁵⁰² также переклассифицировали другие сделки и признавали в действительности заинтересованную сторону ответственной за уплату налога на прибыль, номинально полученную другими сторонами.
357. Этот принцип был не так давно одобрен ОЭСР, которая в своем Плане действий по борьбе с минимизацией налогообложения и выводением прибыли провела различие между законной минимизацией налогообложения и неправомерным уклонением от уплаты налогов следующим образом:

«По сути, неуплата налогов или налогообложение по низким ставкам не являются причиной беспокойства, но они становятся таковыми вследствие применения практики искусственного отделения налогооблагаемой прибыли от деятельности, которая ее создает. Иными словами, беспокойство налоговой политикой вызвано тем, что ввиду

⁵⁰¹ Помимо прочих мер, голландские налоговые органы и суды: (i) не рассматривали промежуточные шаги в сделке, которая не имела настоящей хозяйственной цели и могла привести к уклонению от уплаты налогов (Решение Верховного суда Нидерландов от 6 сентября 1995 г., *BNB 1996/4*); (ii) переклассифицировали платежи в счет дивидендов, использованные для погашения дебиторской задолженности, которые налогоплательщик учитывал в качестве неналогооблагаемых платежей в счет задолженности (Решение Верховного суда Нидерландов, декабрь 1967 г., *BNB 1968/80*); (iii) переклассифицировали продажи акций, облагаемые налогом на прирост капитала, в качестве дивидендов (к которым в Нидерландах применяется более высокая ставка налога) в случаях, когда налогоплательщик сохранял конечное бенефициарное право собственности на «проданные» акции (Решение Верховного суда Нидерландов от 11 июля 1990 г., *BNB 1990/292*); (iv) не учитывали юридические лица, включенные в цепочку выплаты дивидендов с единственной целью получения выгоды от сниженной ставки налога на дивиденды у источника (Верховный Суд Дании, 28 июня 1989 г., *FED 1991/569*); (v) отказались вычесть проценты из притворных внутригрупповых займов, которые были заключены с единственной целью свести на нет налогооблагаемые базы компании, входящей в группу (Решение Верховного суда Нидерландов от 10 марта 1993 г., *BNB1993/197*); и (vi) не учли компанию, которая находилась между материнской компанией и ее дочерней компанией после того, как дочерняя компания решила распределить дивиденды, без какой-либо цели, кроме как уменьшить вычет налога на дивиденды, воспользовавшись соглашением об избежании двойного налогообложения между страной учреждения дочерней компании, и страной компании, которая находится между материнской компанией и дочерней компанией (Решение Верховного суда Нидерландов от 8 января 1986 года, *BNB 1986/127*). В этих и других случаях голландские налоговые органы и суды ссылались на доктрину злоупотребления правом для отмены сделок (или получения возможности не учитывать промежуточные шаги в сделке), которые заключались с единственной или преимущественной целью уклонения от уплаты налогов, которая противоречила объекту и цели налогового права, и переклассифицировали (или не учитывали) оспариваемую сделку, основываясь на соображениях ее экономической действительности, облагая, таким образом, налогом сторону с действительными экономическими интересами по сделке в соответствии с такой переклассификацией.

⁵⁰² Встречный меморандум Ответчика пп. 1156-1165; Заключительная презентация Ответчика, Том 1, стр. 234-235 (Приложение RME-4687).

расхождений во взаимодействии различных налоговых систем, а в отдельных случаях в связи с применением двухсторонних договоров об избежании двойного налогообложения, прибыль от проведения трансграничных операций может быть направлена куда угодно, не облагаясь налогами или же облагаясь чересчур низкими налогами».⁵⁰³

358. Это именно то, что произошло в данном случае, хотя и в результате «искусственного» отделения прибыли в рамках одного государства, а не нескольких государств. Прибыль, которая должна была бы относиться к ОАО «НК «ЮКОС» и подлежать налогообложению в Москве, была вместо этого отнесена к подставным торговым компаниям и подвергалась налогообложению по значительно более низким ставкам, применимым в регионах с льготным налогообложением.
359. В результате уклонения ОАО «НК «ЮКОС» от уплаты налогов, бюджет Московской области, где находился головной офис ОАО «НК «ЮКОС», был лишен налоговых поступлений в крупном размере, которые регион получил бы в противном случае, если бы ОАО «НК «ЮКОС» законопослушно платило в нем свои налоги,⁵⁰⁴ (b) регионы с льготным налогообложением были лишены значительных инвестиций, которые они должны были получить в обмен на налоговые льготы, полученные торговыми компаниями,⁵⁰⁵ и (c) российский федеральный бюджет был обременен необходимостью предоставления финансовой помощи регионам с низким налогообложением, чтобы восполнить обещанные инвестиции, которые никогда не были осуществлены.⁵⁰⁶

(e)(ii) Решения о доначислении НДС

360. Российская Федерация представила неоспоренные доказательства того, что многие страны, которые взимают НДС или схожий налог, делают это строго формально или механически, и одно из основных достоинств этого метода налогообложения с точки зрения государственной казны состоит в том, что он способствует простому и эффективному налоговому управлению.⁵⁰⁷ Соответственно, как только российские налоговые органы решили, что ОАО «НК «ЮКОС» было настоящей заинтересованной стороной по сделкам, которые якобы осуществлялись его торговыми подставными

⁵⁰³ ОЭСР, План действий по противодействию размыванию налогооблагаемой базы и перемещению прибыли (19 июля 2013 г.), стр. 10 (Приложение RF-77). Голландское правительство поддерживает План действий ОЭСР и другие международные инициативы по сотрудничеству, призванные противостоять «агрессивному» уклонению от уплаты налогов. Таким образом, например, как объяснил Государственный секретарь по финансам в Нидерландах в письме от 10 декабря 2013 г., «проблема, когда многонациональные компании могут влиять на общую налоговую нагрузку, пользуясь несоответствиями в различных национальных налоговых системах, является глобальной задачей, требующей глобального решения. Таким образом, Нидерланды активно сотрудничают в осуществлении мероприятий в контексте ОЭСР с тем, чтобы решить эту проблему».

⁵⁰⁴ Возражение Ответчиков на Ответ Истцов, п. 681(i).

⁵⁰⁵ Встречный меморандум Ответчика, 251-255; См. также Возражение Ответчиков на Ответ Истцов, п. 681(iii).

⁵⁰⁶ Встречный меморандум Ответчика, 255; См. также Возражение Ответчиков на Ответ Истцов, п. 681(ii).

⁵⁰⁷ Встречный меморандум Ответчика, пп. 1204-1214.

компаниями, и что ОАО «НК «ЮКОС не подало надлежащим образом измененные декларации по НДС от своего собственного имени как действительный экспортер нефти, номинально продаваемой подставными торговыми компаниями, доначисления НДС в отношении ОАО «НК «ЮКОС» автоматически последовали в соответствии с российским законодательством.

361. Российская Федерация также продемонстрировала, что применимые национальные правила для получения ставки НДС 0% при экспорте строго и механически применяются большинством государств, включая Нидерланды. Голландские налоговые органы и суды отказывали в применении ставки НДС 0% на экспорт, когда налогоплательщик не обосновывал его требование достаточной документацией, даже если иначе экспортер имел бы право на запрашиваемое освобождение.⁵⁰⁸ Например, в соответствии с голландским правом, в вычете НДС может быть отказано голландскими налоговыми органами, если он не был подан в том налоговом периоде, в котором был начислен такой НДС и если возражение против доначисления НДС не было подано в отведенный срок. Строго применяя данное требование, Верховный Суд Нидерландов недавно пришел к выводу о том, что налогоплательщик, который вычел НДС на экспорт за неверный период не может впоследствии вычесть его за правильный период, даже несмотря на то, что налогоплательщик имел бы право на вычет по НДС, если бы он изначально вычел НДС за правильный период.⁵⁰⁹ Ввиду вышеупомянутого, голландский суд, с большой долей вероятности, поддержал бы доначисления НДС в отношении ОАО «НК «ЮКОС», на основании подачи им неверных ежегодных деклараций по НДС, а не ежемесячных деклараций, как того требовало российское законодательство от всех крупных компаний, таких, как ОАО «НК «ЮКОС». Если бы голландские законы требовали подачи ежемесячных деклараций по НДС (как российское законодательство требовало от ОАО «НК «ЮКОС»), то голландский суд, скорее всего, счел бы подачу годовых деклараций по НДС ОАО «НК «ЮКОС» недостаточной.

Г. Заключение

362. На основании вышеизложенного, Суд должен отменить Арбитражные решения по делу ОАО «НК «ЮКОС» на том основании, что Третейский суд не обладал юрисдикцией, так как:

(а) Статья 45(1) ДЭХ ограничивает временное применение ДЭХ конкретными положениями, которые соответствуют Конституции, законам и нормативным актам

⁵⁰⁸ См. неоспариваемую судебную практику, упоминаемую во Встречном меморандуме Ответчика, п. 1205, сноска 1866.

⁵⁰⁹ Решение Верховного суда Нидерландов от 8 октября 2010 г., № 07/13692, V-N 2010/53, стр. 26. См. также Решение Верховного суда Нидерландов Дании от 20 марта 2009 г., *BNB* 2009/134, стр. 19.

Российской Федерации, а передача требований Истцов на рассмотрение третейского суда в соответствии со Статьей 26 ДЭХ противоречит Конституции Российской Федерации и законодательству Российской Федерации;

(b) Истцы не являются «инвесторами», подлежащими защите в соответствии ДЭХ, осуществившими подлежащие защите «инвестиции»; и

(c) меры, принятые Российской Федерацией, в том числе доначисление налогов ОАО «НК «ЮКОС», а также меры по взысканию доначисленных налогов, являются «Налоговыми мерами», подпадающими под действие налоговой оговорки в Статье 21(1) ДЭХ.

V. ВТОРОЕ ОСНОВАНИЕ ДЛЯ ОТМЕНЫ: НЕВЫПОЛНЕНИЕ ТРЕТЕЙСКИМ СУДОМ СВОЕГО МАНДАТА (СТАТЬЯ 1065(1)(С) ГГПК)

A. Введение

363. Второе основание для отмены, которое выдвигает Российская Федерация, состоит в невыполнении Третейским судом своего мандата по смыслу Статьи 1065(1)(с) ГГПК. После разъяснения правового регулирования (см. пункт (B) ниже), Российская Федерация доказывает, что Третейский суд не выполнил свой мандат, поскольку:

(a) Третейский суд неправомерно не передал на рассмотрение компетентных налоговых органов, как требовалось в соответствии со Статьей 21(5)(b) ДЭХ, вопрос о том, имел ли рассматриваемый «налог» характер экспроприации долей Истцов в ОАО «НК «ЮКОС», как утверждают Истцы и что оспаривает Российская Федерация;

(b) Третейский суд разработал собственную беспрецедентную методику определения убытков, за рамками спора между сторонами, что привело к присуждению убытков на сумму нескольких десятков миллиардов долларов без обоснования; и

(c) Арбитры не выполнили свой мандат лично.

B. Правовое регулирование

364. Мандат (компетенция) третейского суда состоит из формального и материального аспектов.⁵¹⁰

⁵¹⁰ Материалы Парламента II 1983/84 18 464 VI, № 3, стр. 29 (Пояснительный меморандум). Мейер, 2014 г., статья 1065, прим. 4; Мейер и Ван Миерло, 2014 г., пункт 2.2(с), и Сандерс, 2001 г., стр. 193.

(a) **Формальный аспект мандата**

365. Формальный аспект мандата затрагивает законодательные и согласованные сторонами процессуальные нормы, которые подлежат выполнению третейским судом.⁵¹¹
366. В настоящих разбирательствах первоочередное значение имеют процессуальные нормы, изложенные в четвертой книге Голландского гражданского процессуального кодекса,⁵¹² Статье 21 ДЭХ и положениях Регламента ЮНСИТРАЛ. Кроме того, при применении международных договоров должны учитываться правила толкования международных договоров и международная практика.⁵¹³ Для того, чтобы ответить на вопрос о том, превысил ли третейский суд пределы своей компетенции, суд должен установить формальный мандат Третейского суда, основываясь на толковании применимых норм. Толкование ДЭХ должно проводиться на основании буквального значения применимых норм, поскольку они должны пониматься в их контексте и в соответствии с их объектом и целью.⁵¹⁴

(b) **Материальный аспект мандата**

367. Материальный аспект мандата Третейского суда касается, помимо прочего, границ правового спора.⁵¹⁵ Третейский суд не может законно присуждать что-либо свыше или отличное от того, о чем было заявлено требование. Пределы правового спора определяются требованиями Истцов и возражениями Российской Федерации.⁵¹⁶ Несоблюдение мандата также может быть установлено в случае, если третейский суд неправоммерно дополнил факты или некоторые правовые основания,⁵¹⁷ или если третейский суд не вынес решение по существенному возражению.⁵¹⁸

С. Первое основание нарушения мандата – Третейский суд не выполнил свой мандат, поскольку он должен был, но не передал требования

⁵¹¹ Решение Верховного суда Нидерландов от 17 января 2003 г., *NJ 2004*, стр. 384 (*IMS vs. Moodsaf-IR*), основание 3.3. См. также Материалы Парламента II 1983/84, 18 464, по. 3, п. 29 (Пояснительный меморандум), Решение Верховного суда Нидерландов от 29 января 2010 г., *NJ 2011*, стр. 270 (*Van Wassenaar/Knowsley*), основание 3.6.2.

⁵¹² См., помимо прочего, Статью 1073(1) ГГПК. «Содержание настоящего [Первого] Раздела подлежат применению, если местом проведения арбитража являются Нидерланды».

⁵¹³ Решение Верховного суда Нидерландов от 17 января 2003 г., *NJ 2004*, стр. 384 (*IMS vs. Moodsaf-IR*), основание 3.3.

⁵¹⁴ См. Статью 31 Венской конвенции о праве международных договоров. Ср. Решение Верховного суда Нидерландов от 26 сентября 2014 г., ECLI:NL:HR:2837 (*Ecuador/Chevron & Texaco*), основание 4.3. См. также Решение Верховного суда Нидерландов от 17 января 2003 г., *NJ 2004*, 384 (*IMS vs. Moodsaf-IR*), основание 3.3.

⁵¹⁵ Ср. Мейер, 2014 г., статья 1065, прим. 4(е). См. также Снийдерс, 2011 г., статья 1065, прим. 4, где указываются различные категории нарушений материального аспекта мандата.

⁵¹⁶ Сандерс, 2001 г., стр. 193.

⁵¹⁷ Решение Верховного суда Нидерландов от 21 марта 1997 г., *NJ 1998/207 (Eco Swiss/Benetton)*, основание 4.5.

⁵¹⁸ Ср. Решение Верховного суда Нидерландов от 30 декабря 1977 г., *NJ 1978/449 (De Ploeg/Kruse)*; Решение Верховного суда Нидерландов от 14 февраля 1997 г., *NJ 1998/109 (Mannaerts q.q./Van Rhienen)*. См. также Снийдерс, 2001 г., статья 1065 ГГПК, прим. 4, пп. (dd); Мейер, 2014 г., статья 1065 ГГПК, прим. 4, п. (h).

Истцов из экспроприации на рассмотрение компетентных налоговых органов

(a) Введение

368. Как доказывается выше, Третейский суд не учел обычное значение терминов Статьи 21(1) ДЭХ – о том, что *«ничто в настоящем Договоре не должно создавать права или налагать обязательства в отношении Налоговых мер Договаривающихся Сторон»* – и, таким образом, неправомерно установил наличие у него юрисдикции по требованиям Истцов. Даже если бы решение Третейского суда о наличии у него юрисдикции было верным, Третейский суд все равно нарушил свой мандат, и Арбитражные решения по делу ОАО «НК «ЮКОС» должны быть отменены, поскольку Третейский суд не выполнил требования Статьи 21(5)(b)(i) ДЭХ. Это положение обязывает инвестора, который утверждает, что налог имеет характер экспроприации, передать вопрос о том, является ли налог экспроприацией или представляет ли из себя налог, на который ссылаются как на экспроприацию, дискриминацию, на рассмотрение соответствующих налоговых органов. Если инвестор не выполнит такую обязанность по передаче, третейский суд, образованный в соответствии с ДЭХ для рассмотрения требования инвестора, должен выполнить такую передачу. В соответствии со Статьей 21(5)(b)(ii), *«Компетентные налоговые органы»*, на рассмотрение которых должен быть передан спор, обязаны далее представить свои выводы в течение шести месяцев. Третейские суды *«могут принимать во внимание все заключения, к которым пришли Компетентные налоговые органы относительно того, является ли налог экспроприацией»*, но *«должны учесть все заключения, к которым приходят Компетентные налоговые органы в шестимесячный срок [...], относительно того, представляет ли собой налог дискриминацию»*. [выделение добавлено] Третейский суд может также принять во внимание такие выводы после истечения шестимесячного периода. *«Компетентный налоговый орган» определяется в соответствии со Статьей 21(7)(c) ДЭХ как «компетентный орган согласно действующему между Договаривающимися Сторонами соглашению об избежании двойного налогообложения или, при отсутствии такого действующего соглашения, министр или министерство, ведающие вопросами налогообложения, или их уполномоченные представители»*.

369. В настоящем деле Третейский суд отказался соблюдать свое обязательство по обязательной передаче по Статье 21(5) ДЭХ. Он постановил, что он не был обязан выполнять это обязательство по передаче по четырем причинам.

Во-первых, Третейский суд постановил, что такая передача была бы *«бесполезным занятием»*, поскольку *«объем материалов дела, представленных в Третейский суд,*

колоссален» и не мог бы быть сокращен до размера и объема, который позволил бы компетентным налоговым органам представить Третейскому суду свои разъяснения.

Во-вторых, Третейский суд постановил, что выводы компетентных налоговых органов не имели бы обязательной силы для Третейского суда.⁵¹⁹

В-третьих, Третейский суд постановил, что заключения компетентных налоговых органов не были бы полезны, заявив, что специальные знания таких органов не распространяются на вопрос о том, была ли мера, которая на первый взгляд кажется мерой по налогообложению, в действительности мотивирована ненадлежащими целями.⁵²⁰

Наконец, Третейский суд постановил, что, поскольку сами налоговые органы Российской Федерации применяли рассматриваемые меры, их оценка имела бы «незначительный вес для третейского суда».⁵²¹

370. По причинам, более подробно описанным ниже, отказ Третейского суда от соблюдения статьи 21(5) ДЭХ повлек нарушение его мандата и требует отмены Арбитражных решений по делу ОАО «НК «ЮКОС» в соответствии со Статьей 1065(1)(с) ГПК.

(b) В соответствии со Статьей 21(5) ДЭХ Третейский суд был обязан передать требования Истцов на рассмотрение «Компетентных налоговых органов»

371. Статья 21(5)(b)(i) ДЭХ недвусмысленно предписывает, что, если инвестор не передал вопрос о том, является ли налог экспроприацией или представляет ли из себя налог, на который ссылаются как на экспроприацию, дискриминацию, третейские суды, назначенные для рассмотрения требований инвестора, «должны передать его на рассмотрение соответствующих Компетентных налоговых органов».⁵²²

372. Постановив, что требования Истцов касательно экспроприации подпадали под действие положения об изъятии [из налоговой оговорки] в Статье 21(5)(a) ДЭХ, Третейский суд был обязан передать этот вопрос в компетентные налоговые органы государств учреждения Истцов – в Министерство финансов Кипра, для Истцов Hulley и VPL, в Министерство внутренних доходов Великобритании для Истца YUL, а также в

⁵¹⁹ Окончательные арбитражные решения, п. 1427.

⁵²⁰ Окончательные арбитражные решения, п. 1423.

⁵²¹ Окончательные арбитражные решения, п. 1435. [Английская цитата в голландском тексте опущена]

⁵²² [выделение добавлено]

Министерство финансов Российской Федерации. Не передав этот спор в такие налоговые органы, Третейский суд нарушил Статью 21(5)(b)(i) ДЭХ и не применил процедуру урегулирования споров, согласованную Договаривающимися Сторонами ДЭХ.

373. Использование в Статье 21(5)(b)(i) ДЭХ императивного термина «должны» не оставляет возможности для усмотрения.⁵²³ Поэтому Третейский суд был обязан обратиться с этим вопросом к соответствующим налоговым органам независимо от того, полагал ли он, что выводы налоговых органов были бы полезными или что такое обращение было бы нецелесообразным.
374. В поддержку своего вывода о том, что требование о передаче на рассмотрение может подлежать исключению в случае нецелесообразности такой передачи, Третейский суд провел неуместные аналогии с исключениями из требования об исчерпании внутригосударственных средств защиты согласно обычному международному праву, а также требования, иногда включаемого в международные инвестиционные договоры,⁵²⁴ – но не в ДЭХ – о том, что инвестор должен обратиться в национальные суды Государства-ответчика до начала третейского разбирательства.⁵²⁵ В соответствии с обычным международным правом, Государство может предъявить требование от имени одного из своих граждан, только если гражданин исчерпал внутренние средства правовой защиты до предъявления требования. В виде исключения, такое требование может быть предъявлено до исчерпания внутренних средств правовой защиты, если доступные местные средства не предполагают никакой разумной возможности для удовлетворения требований. Правило об исчерпании внутренних средств правовой защиты гарантирует, что государство имеет возможность возместить предполагаемый ущерб своими собственными средствами, в рамках своей собственной внутренней правовой системы.⁵²⁶ Напротив, требование о передаче спора в Статье 21(5)(b) ДЭХ

⁵²³ *Wintershall Aktiengesellschaft v. Argentine Republic*, Дело МЦУИС № ARB/04/14, Арбитражное решение от 2 декабря 2008 г., п. 119 («Термин «обязан» в терминологии международных договоров означает, что предусмотренное действие является юридически обязательным.» [выделено в оригинале]) (Приложение RME-2873). См. также *Garanti Koza LLP v. Turkmenistan*, Дело МЦУИС № ARB/11/20, Решение по возражению против юрисдикции ввиду отсутствия согласия от 3 июля 2013 г., п. 28 (Приложение RF-78); *Urbaser S.A. and Consorcio de Aguas Bilbao Biskaia, Bilbao Biskaia Ur Partzuergoa v. Argentine Republic*, Дело МЦУИС № ARB/07/26, Решение по вопросу о юрисдикции от 19 декабря 2012 г., п. 130 (Приложение RF-79); *ICS Inspection and Control Services Limited v. The Argentine Republic*, Арбитражное решение по вопросу о юрисдикции от 10 февраля 2012 г., пп. 247, 249 (Приложение RF-80); *Daimler Financial Services AG v. Argentine Republic*, Дело МЦУИС № ARB/05/1, Арбитражное решение от 22 августа 2012 г., п. 181 (Приложение RF-81); *Ambiente Ufficio S.P.A. and Others v. Argentine Republic*, Дело МЦУИС № ARB/08/9, Решение по вопросу о юрисдикции и допустимости иска от 8 февраля 2013 г., п. 592 (Приложение RF-82).

⁵²⁴ См. например, Соглашение между Королевством Нидерландов и Аргентинской Республикой о поощрении и взаимной защите капиталовложений 1992 года, Ст. 10 (спору между инвестором и Государством должны сначала подаваться в административные или судебные органы принимающего Государства и, если в течение периода срока восемнадцать месяцев не будет вынесено окончательное решение, или, если, несмотря на то, что было вынесено решение, между сторонами все еще имеется спор, тогда инвестор может обратиться в международный арбитраж) (Приложение RF-83).

⁵²⁵ Окончательные арбитражные решения, п. 1425.

⁵²⁶ См. Отчет Комиссии по международному праву (2006 г.), Приложение № 10 (A/61/10), стр. 71, где приводится цитата из решения Международного суда ООН в деле *Interhandel (Switzerland v. United States of America)*, Предварительные возражения, *I.C.J. Reports* 1959, пункт 6 на стр. 27 (Приложение RF-84).

преследует совершенно другую цель. Коррелируя с процедурами достижения взаимной договоренности, предусмотренными соглашениями об избежании двойного налогообложения,⁵²⁷ требование о передаче спора сохраняет ключевую роль налоговых органов Договаривающихся Государств в оценке налоговых мер, в том числе того, как признал Третейский суд, носит ли налог характер злоупотребления.⁵²⁸ Выполнение этой цели было бы невозможным, если бы третейские суды имели полномочия по усмотрению для заключения о том, что такая передача будет бесполезной.

375. Схожим образом, арбитражи, сформированные на основании международных инвестиционных договоров, которые применяли исключение ввиду нецелесообразности к требованию о том, что инвестор должен передать спор на рассмотрение национальных судов прежде, чем он прибегнет к арбитражу, делали это потому, что это требование имеет целью предоставить Государству возможность урегулировать спор в своих внутренних судах.⁵²⁹ И вновь, это соображение не имеет значения для настоящего дела. Примечательно, что иные арбитражи, сформированные на основании международных инвестиционных договоров, отказались считать, что к такому требованию может быть применено исключение ввиду нецелесообразности.⁵³⁰
376. Тот факт, что результат передачи, которой требует Статья 21(5)(b)(i) ДЭХ, не будет обязательным для Третейского суда, не дает ему право пренебречь выполнением обязательного требования о передаче спора. Сам по себе текст Статьи 21(5)(b)(i) ДЭХ *требовал*, чтобы Третейский суд направил на рассмотрение соответствующих налоговых органов вопрос о том, имели ли меры по налогообложению, принятые в отношении ОАО

⁵²⁷ См. Модельную налоговую конвенцию в отношении налога на доход и капитал ОЭСР 2010 года, Ст. 25 (Приложение RME-1017); см. также Соглашение между Правительством Российской Федерации и Правительством Республики Кипр об избежании двойного налогообложения в отношении налогов на доходы и капитал 1998 года, Ст. 25 (Приложение (Существо дела) С-916); Конвенция между Правительством Российской Федерации и Правительством Соединенного Королевства Великобритании и Северной Ирландии об избежании двойного налогообложения и предотвращении уклонения от налогообложения в отношении налогов на доходы и прирост стоимости имущества 1994 года, Ст. 25 (Приложение (Существо дела) С-915). Многие государства, включая Российскую Федерацию, Великобританию и Кипр заключили несколько соглашений об избежании двойного налогообложения, большинство из которых основаны на Модельной налоговой конвенции ОЭСР 2010 года. В частности, эти соглашения предусматривают, что споры касательно налоговых мер должны разрешаться компетентными налоговыми органами путем консультаций (*Согласительная процедура*).

⁵²⁸ Окончательные арбитражные решения, п. 1423.

⁵²⁹ *Ambiente Ufficio S.p.A. and others v. Argentine Republic*, указ. соч., пп. 601-602 (Приложение RF-82). Ссылка Третейского суда на дело *BG Group Plc. v. The Republic of Argentina*, ЮНСИТРАЛ, Окончательное решение от 24 декабря 2007 г. (см. Окончательные арбитражные решения, сноски 1865), безосновательна. Третейский суд в деле *BG Group* установил, что ссылка BG Group на исключения из нормы обычного международного права об исчерпании местных средств правовой защиты неприменима (п. 146), и заключил, что требование о передаче спора в суды Аргентины на срок 18 месяцев до возбуждения арбитражного разбирательства, неприменимо, если «*обращение к государственной судебной власти в одностороннем порядке исключается или для него создаются препятствия принимающим Государством*», а не если обращение считается нецелесообразным (Приложение RME-3576, п. 147).

⁵³⁰ *ICS Inspection and Control Services Limited (United Kingdom) v. The Republic of Argentina*, Арбитражное решение по вопросу о юрисдикции от 10 февраля 2010 г., пп. 263-273 (отклоняющее попытку истца истолковать юрисдикционную оговорку как содержащую критерий целесообразности, на том основании, что «создаваемые судами исключения должны поддерживаться более, чем личной политикой третейского суда в отношении анализа рассматриваемых положений».) (Приложение RF-80).

«НК«ЮКОС», характер экспроприации, невзирая на тот факт, что заключения налоговых органов не будут обязательными для Третьего суда. Внесение в Статью 21(5)(b)(i) ДЭХ исключения из требования о передаче, лишь потому, что это положение не предполагает, что результаты передачи будут обязательными, сделало бы это положение внутренне противоречивым, и, соответственно, абсурдным.

377. Заключение Третьего суда о том, что материалы дела слишком объемны для передачи на рассмотрение налоговых органов, также не может служить оправданием несоблюдения обязательства, предусмотренного Статьей 21(5)(b) ДЭХ, учитывая шестимесячный срок, который установлен в этой статье для предоставления своих мнений компетентными органами. Налоговые вопросы в данном случае не являются ни слишком многочисленными, ни слишком комплексными для компетентных налоговых органов, и эти налоговые органы должны считаться обладающими специальными знаниями и опытом в таких делах.
378. В заключение, Третейский суд нарушил свою компетенцию, поскольку он должен был, но не передал, на рассмотрение соответствующих налоговых органов вопрос о том, имели ли налоги, доначисленные в отношении ОАО «НК «ЮКОС», характер экспроприации. Даже если бы субъективные прогнозы Третьего суда касательно того, как налоговые органы бы отнеслись к такой передаче, считались достоверными, то Третейский суд был обязан по ДЭХ проверить эти прогнозы, совершив передачу и рассмотрев результаты.

(c) Если бы Третейский суд выполнил требование о передаче по Статье 21(5) ДЭХ, он мог бы избежать своих явно ошибочных заключений касательно российского налогового права

379. Отказ Третьего суда передать требования Истцов из экспроприации на рассмотрение компетентных налоговых органов едва ли можно считать несущественным, поскольку, если бы Третейский суд осуществил требуемую передачу, компетентные налоговые органы предотвратили бы совершение Третьим судом грубых ошибок в толковании и применении российского налогового права, описанных выше.
380. Первой явной ошибкой Третьего суда в его толковании и применении российского налогового права стало его заключение о том, что перенесение российскими налоговыми органами на ОАО «НК «ЮКОС» дохода подставных торговых компаний-пустышек в Лесном и Трехгорном было неправомерным, поскольку, как ошибочно заключил Третейский суд, в российской судебной практике *«отсутствовали прецеденты»* применения такого средства правовой защиты *«в момент, когда были вынесены решения*

о доначислении налогов и соответствующие судебные решения».⁵³¹ Как разъясняется выше, заключение Третейского суда в этом отношении – которое, как он признал, «*лишило бы смысла*» доктрину о запрете злоупотреблений путем недозволения налоговым органам «*переносить доход торговых компаний на лицо, ответственное за совершение правонарушения*»⁵³² – ошибочен в отношении пяти аспектов:

- (a) то, что Третейский суд ошибочно охарактеризовал как «*средство правовой защиты в виде перенесения*», фактически было перенесением на ОАО «НК «ЮКОС» доходов и прибыли от его собственной хозяйственной деятельности;
- (b) согласно мотивировке Третейского суда, никакое судебное средство правовой защиты за налоговые злоупотребления никогда не могло бы быть обосновано, поскольку всегда отсутствовал бы прецедент первого применения такого средства правовой защиты судом;
- (c) не оспаривается, что *существовал* российский прецедент применения такого средства правовой защиты;
- (d) собственные внутренние служебные записки ОАО «НК «ЮКОС» подтверждают его понимание о том, что, если будет раскрыта связь ОАО «НК «ЮКОС» с его подставными торговыми компаниями-пустышками, это *«приведет к существенным налоговым требованиям против Общества»*; и
- (e) собственные внешние налоговые консультанты ОАО «НК «ЮКОС» подтвердили в своих публикациях, что это средство правовой защиты основывалось на существующем российском законодательстве.⁵³³

381. Если бы Третейский суд выполнил свой мандат в соответствии со Статьей 21(5) ДЭХ и предоставил бы налоговым органам Великобритании, Кипра и Российской Федерации возможность рассмотреть заявления Истцов, можно было бы ожидать, что они бы пояснили Третейскому суду, что средство правовой защиты, примененное российскими налоговыми органами в ответ на мошенничество ОАО «НК «ЮКОС», соответствует международным стандартам и практике, как поясняется выше.

382. Третейский суд также ошибся в его толковании и применении российского налогового права, постановив, что доначисления НДС ОАО «НК «ЮКОС» были неправомерными, поскольку было «*затруднительно [для Третейского суда] понять*», почему российские требования по подаче деклараций по НДС должны применяться к ОАО «НК «ЮКОС».

⁵³¹ Окончательные арбитражные решения, п. 625.

⁵³² Окончательные арбитражные решения, п. 625.

⁵³³ См. п. 312 выше [выделение добавлено].

Несмотря на это решение, Третейский суд признал, что позиция российских органов власти – о том, что ОАО «НК «ЮКОС», как фактический экспортер, должно было подавать ежемесячные декларации по НДС от своего имени – соответствовала применимым нормам и что эти нормы были *«оправданным[и] с точки зрения практики»*.⁵³⁴ Очевидно, было неправомерным со стороны Третейского суда отменять прямое требование российского права, применимое ко всем налогоплательщикам, только потому, что Третейский суд нашел *«затруднительным для понимания»*, почему это требование должно было применяться к ОАО «НК «ЮКОС». Как разъясняется выше, (а) требование о подаче деклараций по НДС, которое применялось к ОАО «НК «ЮКОС» и всем российским налогоплательщикам, находившимся в схожей ситуации, схоже с требованиями о подаче деклараций по НДС во многих других Государствах, включая Нидерланды, и (b) заключение Третейского суда не учитывает тот факт, что ОАО «НК «ЮКОС» могло бы подавать ежемесячные налоговые декларации, как того требовало российское законодательство, но решило этого не делать по своим причинам.

383. И снова, если бы Третейский суд выполнил свой мандат по Статье 21(5) ДЭХ и предоставил компетентным налоговым органам Великобритании, Кипра и Российской Федерации возможность рассмотреть заявления Истцов, можно было бы ожидать, что они бы пояснили Третейскому суду, что доначисление НДС ОАО «НК «ЮКОС» соответствовало международным стандартам и практике.

(d) Заключение

384. Резюмируя, Суд должен заключить, что Третейский суд не выполнил свой мандат, не передав требования Истцов на рассмотрение компетентных налоговых органов вопреки прямому требованию Статьи 21(5)(b) ДЭХ. Вследствие этого Арбитражные решения по делу ОАО «НК «ЮКОС» должны быть отменены в соответствии со Статьей 1065(1)(c) ГПК.
385. Кроме того, Третейский суд прямо рассмотрел вопрос о том, требовалось ли передавать это дело компетентным налоговым органам, в контексте юрисдикции для целей рассмотрения спора между сторонами.⁵³⁵ Если Третейский суд обладал юрисдикцией только при условии, что он выполнил требования Статьи 21(5)(b) ДЭХ, то невыполнение им Статьи 21(5)(b) ДЭХ требует, чтобы Суд заключил, что у Третейского суда отсутствовала юрисдикция и что Арбитражные решения по делу ОАО «НК «ЮКОС», соответственно, должны быть отменены согласно Статье 1065(1)(a) ГПК.

⁵³⁴ Окончательные арбитражные решения, п. 686.

⁵³⁵ Окончательные арбитражные решения, пп. 1409-1429.

Д. Второе основание нарушения мандата – Третейский суд вынес неожиданное решение при оценке размера убытков и не предоставил Российской Федерации возможность быть выслушанной, в нарушение своего мандата и публичного порядка

386. В присуждении Истцам возмещения убытков в размере 50 020 867 798,02 долларов США, Третейский суд отверг подход, предложенный Истцами на основании заключений, поданных их экспертом по вопросу об убытках, г-ном Brentom Качмарек, и разработал свою собственную методологию, которая в существенных аспектах отличалась от всего, что предлагалось или обсуждалось сторонами. Подход Третейского суда сочетает и комбинирует произвольным образом различные части и отрывки моделей оценки г-на Качмарек, ранее отвергнутые Третейским судом в качестве основы для исчисления убытков, и затем объединяет их новыми способами, которые не предлагались и не одобрялись ни одной из сторон. Существенные изъяны в методологии Третейского суда фактически привели к расчету размера потерь Истцов в двойном размере, и присуждении им, по меньшей мере, 21,651 млрд долларов убытков без какого-либо обоснования, экономического или иного. Эта цифра основана на консервативных допущениях и отражает 20,228 млрд долларов, неправомерно присужденных в счет дивидендов и процентов, и 1,422 млрд долларов, неправомерно присужденных в счет акционерной стоимости.
387. Многие из проблем в новаторском подходе Третейского суда следуют из непринятия им как предложенного Истцами 21 ноября 2007 г. как даты оценки (даты, в которую ОАО «НК «ЮКОС» было исключено из реестра юридических лиц), так и моделей оценки Истцов. Третейский суд решил не восполнять образовавшиеся в связи с этим пробелы, придумав собственную методологию, за рамками обсуждений сторон, для присуждения Истцам убытков на дату (30 июня 2014 г.), которая никогда до этого не обсуждалась. Как в их заявлениях касательно убытков, так и в более ранних заявлениях, обе стороны проинформировали Третейский суд, что расчет убытков на другую, чем 21 ноября 2007 г., дату будет требовать дополнительного экспертного анализа.⁵³⁶ Поскольку Российская Федерация посчитала эту дату ненадлежащей датой оценки (с чем, в конечном итоге, согласился Третейский суд в Окончательных арбитражных решениях), Российская Федерация дважды просила Третейский суд выслушать мнения сторон по вопросу убытков после того, как он решит вопрос об ответственности, включая, в частности, по

⁵³⁶

См. Краткое письменное заявление Ответчика по вопросу о разделении разбирательства на стадии рассмотрения вопросов об ответственности и количественном определении размера убытков, а также о передаче по Статье 21 ДЭХ, п. 22 (29 апреля 2011 г.); Слушание по вопросу о разделении разбирательства на стадии рассмотрения вопросов об ответственности и количественном определении размера убытков, а также о передаче по Статье 21 ДЭХ 9 мая 2011 г., 147:11-14 (выступление адвоката Истцов), 151:7-21 (выступление адвоката Российской Федерации); Первое экспертное заключение г-на Доу, пп. 21, 28-33, Второе экспертное заключение г-на Качмарек, п. 155.

вопросу о дате, на которую должна оцениваться стоимость ОАО «НК «ЮКОС». Третейский суд отклонил оба запроса и решил вместо этого разработать свою собственную методологию без предоставления сторонам возможности быть выслушанными по поводу изобретенного им нового подхода.⁵³⁷

388. Непредоставление Третейским судом Российской Федерации возможности быть выслушанной по собственной новой методике расчета убытков Третейским судом, лишило Российскую Федерацию ее права на защиту. Окончательные арбитражные решения, таким образом, являются «неожиданным решением», находятся за рамками обсуждений сторон, в нарушение права сторон быть заслушанными, предусмотренного Статьей 1039(1) ГПК. Соответственно, Третейский суд действовал в нарушение своих полномочий, что привело к вынесению Окончательных арбитражных решений в нарушение публичного порядка. При присуждении убытков, невзирая на признание самим Третейским судом того, что Истцы не установили размер своих предполагаемых убытков, Третейский суд, что недопустимо, освободил Истцов от их бремени доказывания по Статье 24(1) Регламента ЮНСИТРАЛ в отношении «*фактов, на которые осуществляется ссылка для обоснования [их] требования*» и, таким образом, вновь нарушил свои полномочия. По этим двум причинам, Арбитражные решения по делу ОАО «НК «ЮКОС» должны быть отменены в соответствии со Статьей 1065(1)(с) и (е) ГПК.

(a) Третейский суд не признал оценку стоимости Истцов

389. Третейский суд не присудил Истцам убытки, которые они испрашивали, и не определил размер убытков тем способом, о котором заявляли Истцы. Нижеследующий анализ поясняет, чего требовали Истцы, как ответила Российская Федерация и почему Третейский суд отклонил как сумму, так и метод расчета, предложенные Истцами.

390. Истцы испрашивали присуждение убытков, которое поставило бы их в то положение, в котором они находились бы, «если бы не» произошли предполагаемые нарушения ДЭХ⁵³⁸ – то есть, если бы их доля в ОАО «НК «ЮКОС» не была экспроприирована.

391. В течение всего арбитражного производства Истцы утверждали, что они имеют право на возмещение трех основных видов убытков:⁵³⁹

⁵³⁷ Окончательные арбитражные решения, пп. 23-29; см. также Письмо Cleary Gottlieb в адрес Третейского суда от 15 марта 2010 г.; Краткое письменное заявление Ответчика по вопросу о разделении разбирательства на стадии рассмотрения вопросов об ответственности и количественном определении размера убытков, а также о передаче по Статье 21 ДЭХ, п. 22 (29 апреля 2011 г.).

⁵³⁸ Меморандум Истцов по существу дела, пп. 904, 913; Ответ Истцов по существу дела, п. 912.

⁵³⁹ Истцы также пытались взыскать дополнительные виды убытков, в которых Третейский суд им отказал, Окончательные арбитражные решения, пп. 1779-1780. Например, Истцы заявляли, что имеют право на возмещение (а) предполагаемых

- (a) стоимость их акций в ОАО «НК «ЮКОС» по состоянию на 21 ноября 2007 г. (дату исключения ОАО «НК «ЮКОС» из реестра юридических лиц в России),⁵⁴⁰ в случае, если бы Российская Федерация не предприняла оспариваемые налоговые меры, а также меры принудительного характера;
 - (b) дивиденды, причитающиеся на долю Истцов, которые они заявляли ОАО «НК «ЮКОС» заплатило бы с конца 2004 года и 21 ноября 2007 г.,⁵⁴¹ и
 - (c) процентный доход на указанные выше суммы, начисленный до даты вынесения арбитражных решений.⁵⁴²
392. Истцы предоставили два отчета, подготовленные г-ном Качмарек, в поддержку требования о возмещении убытков. В ответ Российская Федерация представила два отчета, подготовленные ее экспертом по убыткам, профессором Джеймсом Доу.
393. Г-н Качмарек использовал комбинацию трех различных оценочных методик, чтобы определить стоимость акций ОАО «НК «ЮКОС».
- (a) метод дисконтированного денежного потока («ДДП»), основанный на гипотетических денежных потоках ОАО «НК «ЮКОС», если бы компании не начислили спорные налоги и она продолжала существование как действующий бизнес;
 - (b) метод сопоставимых компаний, который оценивает стоимость ОАО «НК «ЮКОС» сравнивая гипотетические показатели компании – выручку, EBITDA (прибыль до уплаты процентов, налогов, износа и амортизации), производственные и нефтяные запасы – с показателями сопоставимых компаний известной стоимости; и
 - (c) метод сопоставимых сделок, который оценивает стоимость ОАО «НК «ЮКОС» по аналогии с ценами, уплаченными в сделках по приобретению фирм, которые г-н Качмарек считал сопоставимыми с ОАО «НК «ЮКОС».

потерь в стоимости их акций ОАО «НК «ЮКОС» в связи с непроведением размещения акций ОАО «НК «ЮКОС» на Нью-Йоркской фондовой бирже, Меморандум Истцов по существу дела, п. 969, и (b) потерь, якобы понесенных компанией, которую они называют «ЮкосСибнефть» – несуществующим юридическим лицом, которое, как заявляют Истцы, образовалось бы в результате планируемого (но никогда не осуществленного) слияния ОАО «НК «ЮКОС» и Сибнефти. Меморандум Истцов по существу дела, п. 926. Третейский суд заключил, что «потенциальный листинг... на Нью-Йоркской фондовой бирже и возможные выгоды для Истцов [...] являются слишком неопределенными», и что «предположение о слиянии в сценарии «если бы не» является слишком спекулятивным» и отказал в соответствующем требовании Истцов. Окончательные арбитражные решения, пп. 1779-1780.

⁵⁴⁰ Меморандум Истцов по существу дела, пп. 911-912; Ответ Истцов по существу дела, п. 939.

⁵⁴¹ Окончательные арбитражные решения, п. 1711.

⁵⁴² Окончательные арбитражные решения, п. 1724.

394. Г-н Качмарек затем рассчитал «синтетическую» стоимость ОАО «НК «ЮКОС» по сценарию «если бы не», основанную на средневзвешенном значении оценок по трем перечисленным выше методам. В своем требовании о возмещении убытков Истцы утверждали, что размер их потерь вследствие действий, предпринятых российскими властями, был равен их доле в компании – т.е. примерно 70,5% от рассчитанной «синтетической» стоимости.⁵⁴³
395. Второй вид убытков Истцов исходит из размера причитающихся им гипотетических дивидендов, которые ОАО «НК «ЮКОС» заплатило бы в период между 2004 годом и 21 ноября 2007 г.⁵⁴⁴ Для расчета этих дивидендов Истцы использовали гипотетические денежные потоки, которые согласно модели ДДП г-на Качмарека были бы доступны ОАО «НК «ЮКОС» после выплаты всех расходов (что в модели ДДП г-на Качмарека обозначено «Свободным денежным потоком к собственному капиталу» ОАО «НК «ЮКОС»⁵⁴⁵).
396. Наконец, Истцы просили возместить им процентный доход до даты присуждения, начисленный на стоимость их акций в ОАО «НК «ЮКОС», рассчитанную по сценарию «если бы не», и дивиденды по ставке ЛИБОР в долларах США сроком на один год, плюс 4%.⁵⁴⁶
397. Российская Федерация раскритиковала каждый аспект оценки Истцов в двух отчетах, подготовленных профессором Доу, и в собственных письменных заявлениях.⁵⁴⁷ В Окончательных арбитражных решениях, Третейский суд принял практически все аргументы Российской Федерации против подхода Истцов к возмещению убытков.⁵⁴⁸
398. Во-первых, Третейский суд отказался принять 21 ноября 2007 г. как дату для оценки. Обе стороны ссылались на источник, который устанавливал, что «*в случаях, когда предполагаемая экспроприация производилась серией вмешательств в осуществление права собственности, датой экспроприации следует считать день, когда вмешательство привело к более или менее необратимому лишению имущества*».⁵⁴⁹ По

⁵⁴³ Окончательные арбитражные решения, п. 1717.

⁵⁴⁴ Меморандум Истцов по существу дела, пп. 950-53; Ответ Истцов по существу дела, п. 963.

⁵⁴⁵ Первое экспертное заключение г-на Качмарека, п. 83.

⁵⁴⁶ Окончательные арбитражные решения, п. 967; Меморандум Истцов по существу дела, пп. 967-968.

⁵⁴⁷ Например, Первое экспертное заключение г-на Доу, пп. 6-8; Второе экспертное заключение г-на Доу, пп. 3-12; Встречный меморандум Ответчика по существу дела, пп. 520, 1345; Возражения Ответчика по существу дела, пп. 996, 1160.

⁵⁴⁸ Окончательные арбитражные решения, пп. 1786 (дата экспроприации) и 1785-86 (модель оценки Истцов).

⁵⁴⁹ *Azurix Corp. v. Argentine Republic*, Дело МЦУИС № ARB/01/02, Решение от 14 июля 2006, п. 417 (Приложение (Существо дела) С-1002). Цит. в Возражениях Ответчика, п. 1666, сноска 2854, и ссылка в Меморандуме Истцов по существу дела, п. 912, сноска 1314, и в Ответе Истцов по существу дела, п. 940.

этому стандарту Третейский суд согласился с Российской Федерацией, что «21 ноября 2007 г. не может быть датой экспроприации ОАО «НК «ЮКОС»».⁵⁵⁰ Вместо этого, «Третейскому суду ясно, что существенное и необратимое лишение активов Истцов произошло 19 декабря 2004 г., дату аукциона по ЮНГ, и Третейский суд посчитал именно эту дату датой, когда произошла экспроприация ОАО «НК «ЮКОС»».⁵⁵¹

399. Во-вторых, Российская Федерация продемонстрировала, что оценка по модели ДДП г-на Качмарека – на которой Истцы обосновывали полностью свое требование о неполученных дивидендах и 50% своего требования о доле в стоимости ОАО «НК «ЮКОС», рассчитанной по «если бы не» сценарию – «не является непредвзятой и независимой, а скорее является следствием попытки подстроить конкретный нужный результат».⁵⁵² Третейский суд заметил, что метод ДДП г-на Качмарека «был убедительно раскритикован экспертом и юристом Российской Федерации»,⁵⁵³ и признал, что данный метод не является «достаточно достоверным, чтобы обосновать размер убытков в данном случае», поясняя также, что «Третейский суд был убежден анализом модели ДДП Истцов, представленным профессором Доу, и вынужден согласиться, что оценке Истцов по данной модели не следует придавать большого значения».⁵⁵⁴ В основе вывода Третейского суда лежало определение того факта, что «эксперт Истцов признал на Слушании, что на его анализ ДДП повлияло его предопределенное понимание того, что было бы подходящим результатом».⁵⁵⁵

400. В-третьих, Российская Федерация продемонстрировала, что две модели г-на Качмарека, основанные на рыночном анализе, – его метод сопоставимых компаний и метод сопоставимых сделок – заслуживали не больше доверия, чем его модель ДДП, и также не предоставляли достаточного обоснования для подсчета убытков. Третейский суд заключил, что он «не может полагаться на расчеты Истцов, которые основаны на методе сопоставимых сделок, поскольку обе Стороны соглашались, что, на самом деле, сопоставимых сделок не было, и, таким образом, отсутствует база, которая позволяла бы сделать такое сравнение»,⁵⁵⁶ и он также отверг оценку методом сопоставимых компаний в размере 92,924 миллиарда доллара США, потому что 70% этой стоимости происходило из сравнения ОАО «НК «ЮКОС» с Роснефтью. Как пояснил Третейский

⁵⁵⁰ Окончательные арбитражные решения, п. 1762. См. Возражения Ответчика по существу дела, пп. 1665, 1670.

⁵⁵¹ Окончательные арбитражные решения, п. 1762.

⁵⁵² Возражения Ответчика по существу дела, п. 1602.

⁵⁵³ Окончательные арбитражные решения, п. 1799.

⁵⁵⁴ Окончательные арбитражные решения, п. 1785.

⁵⁵⁵ Окончательные арбитражные решения, п. 1785.

⁵⁵⁶ Окончательные арбитражные решения, п. 1785.

суд, включение Роснефти в модель сопоставимых компаний г-на Качмарека «фактически оценивало ОАО «НК «ЮКОС» как государственное стратегическое предприятие, которым компания никогда не являлась».⁵⁵⁷

401. В заключение, Третейский суд отказался принимать какие-либо из альтернативных оценок стоимости ОАО «НК «ЮКОС», предложенных Истцами как «тесты обоснованности».⁵⁵⁸ Согласно Истцам, эти оценки были представлены «чтобы дать идею обоснованности стоимости ОАО «НК «ЮКОС»».⁵⁵⁹ Третейский суд заключил, что (а) «Истцы использовали эти вторичные оценки, главным образом, в поддержку своей основной оценки», (b) они «были представлены Истцами только на очень поздней стадии процесса (в качестве наглядных доказательств на Слушании и в Письменном заявлении Истцов по итогам слушания) и Российская Федерация не могла ответить на них должным образом», и (c) «никакие из этих вторичных методов оценки не могут служить подходящей независимой базой для определения стоимости ОАО «НК «ЮКОС»».⁵⁶⁰

402. Таким образом, в то время как Третейский суд признал, что Истцы имеют право на возмещение стоимости их инвестиций и дивидендов, рассчитанных по сценарию «если бы не» (а также на процентный доход на эти суммы),⁵⁶¹ Третейский суд заключил, что Истцы не смогли доказать размер своих убытков. Бремя Истцов по доказыванию по этому вопросу установлено и было признано Третейским судом.⁵⁶² В отсутствие такого доказательства, Третейский суд должен был отказать в присуждении каких-либо убытков Истцам, или, по крайней мере, должен был попросить стороны подать дальнейшие заявления по вопросу об убытках. В деле о *Фабрике в Хожуве*,⁵⁶³ на которое Третейский суд в значительной степени полагался,⁵⁶⁴ Постоянная палата международного правосудия, отметив в отношении одной из составных частей предположительных убытков, что у нее «отсутствуют данные, необходимые для определения наличия и размера убытков, вызванных» неправомерными действиями ответчика, она «определила,

⁵⁵⁷ Окончательные арбитражные решения, п. 1804.

⁵⁵⁸ Показания г-на Качмарека, Протокол слушания, День 11 в 194:10-19.

⁵⁵⁹ Заключительный отчет Истцов, Протокол слушания, День 20 в 275:5-8. См. Окончательные арбитражные решения, п. 1782.

⁵⁶⁰ Окончательные арбитражные решения, п. 1786.

⁵⁶¹ Окончательные арбитражные решения, п. 1791.

⁵⁶² См. Встречный меморандум Ответчика по существу дела, пп. 1603-1615; Возражения Ответчика по существу дела, пп. 1703-1719; Сергей Рипинский и Кевин Уилльямс, *Убытки в международном инвестиционном праве*, стр. 224 (Британский институт международного и сравнительного правоведения, 2008 г.), стр. 162 (Приложение RF-86) («[И]стец несет бремя доказывания в отношении факта и размера ущерба, а также причинно-следственной связи между действиями ответчика и ущербом.»); см. также Окончательные арбитражные решения, пп. 1771-1772.

⁵⁶³ *Дело в отношении Фабрики в Хожуве (Germany v. Poland)*, Обоснование, Решение от 13 сентября 1928 г., P.C.I.J., Series A, № 17 (Приложение (Существо дела) C-925).

⁵⁶⁴ См. Окончательные арбитражные решения, пп. 1587-1589.

что убытки, якобы вызванные [такими неправомерными действиями] не были достаточно доказаны» и отказала в присуждении убытков.⁵⁶⁵ В отношении остальных составных частей убытков, Суд отложил свое решение о возмещении, поскольку доказательства были недостаточными, и попросил подготовить экспертное заключение.

403. В крайнем случае, Третейский суд должен был в настоящем деле затребовать предоставления дополнительных документов от сторон.⁵⁶⁶ Однако, он ни отказал Истцам в присуждении убытков на том основании, что они не удовлетворили своего бремени доказывания, ни попросил стороны представить дальнейшие письменные заявления, но вместо этого разработал собственную новую методику. Это повлекло за собой лишение Российской Федерации права быть выслушанной и, в итоге, вылилось в такое неожиданное решение. Третейский суд нарушил свой мандат путем (а) непредоставления Российской Федерации права на защиту своих прав и представление своих аргументов (Статья 1039(1) ГПК), и (б) отказа учитывать требование Статьи 24(1) Регламента ЮНСИТРАЛ о том, что каждая сторона несет бремя по доказыванию фактов, на которые она опирается в поддержку своего требования. Третейский суд также нарушил основополагающую цель права Российской Федерации быть заслушанной (Статья 1056(1)(е) ГПК).
404. Подход Третейского суда к определению убытков значительным образом превысил то усмотрение, которое иногда проявляют третейские суды при присуждении убытков. Когда третейский суд в существенной степени отходит от заявлений сторон и выходит за рамки обсуждений сторон, что имело место в настоящем деле, третейский суд более не осуществляет свои полномочия по усмотрению, но, скорее, превышает свои полномочия, и выносимое им решение является неожиданным решением, в нарушение основополагающих прав сторон. В своем Экспертном заключении, представленном вместе с настоящим Уведомлением о возбуждении разбирательства в качестве Приложения RF-85 («Экспертное заключение г-на Доу»), профессор Доу указывает на несколько обстоятельств, с которыми, он полагает, осуществление судом своего усмотрения, даже если оно основано на заявлениях сторон, с большой долей вероятности приведет к ошибке. В частности, он отмечает, что существенный риск экономической ошибки присутствует там, (а) где суд использует нестандартную методологию, (б) если

⁵⁶⁵ *Дело в отношении Фабрики в Хожуве (Germany v. Poland)*, Обоснование, Решение от 13 сентября 1928 г., P.C.I.J., Series A, № 17 (Приложение (Существо дела) C-925).

⁵⁶⁶ *См. Amoco International Finance Corporation v. The Islamic Republic of Iran*, № 310-56-3, Частичное решение от 14 июля 1987 г., Том 15 Сборника решений Трибунала по претензиям между Ираном и США, стр. 189, пп. 266-67 (Приложение (Существо дела) C-939), процитированное в Меморандуме Истцов по существу дела, п. 917, сноски 1317 («Суд, таким образом, не обладает сведениями, необходимыми для вынесения обоснованного решения, а те сведения, которые были предоставлены, не были надлежащим образом обсуждены какой-либо из Сторон за рамками контекста предпочтительной для такой Стороны теории. В любом случае, таким образом, было бы несправедливо, если бы Суд использовал эти данные в другом контексте, на попросив Стороны представить их комментарий»).

он сочетает и комбинирует различные части и отрывки оценочных моделей, представленных сторонами, (с) где он полагается на модель, выходные данные которой были признаны «переконструированием» для целей достижения желаемого результата, (d) где вопросы определения стоимости являются особенно комплексными, выходят за рамки обычной практики оценки и не имеют подходящего прецедента, (е) где выбор, сделанный третейским судом, имеет очень большой эффект на размер присуждаемых убытков, (f) и где мнения сторон и их экспертов не были заслушаны по проблемным вопросам, которые были подняты в результате собственных заключений третейского суда по вопросам ответственности.⁵⁶⁷

405. Как более подробно изложено ниже, все перечисленные выше обстоятельства присутствовали здесь, и решение Третейским судом о присуждении Истцам более чем 50 миллиардов долларов убытков без предоставления сторонам возможности быть заслушанными по вопросу изобретенной им самим методологии представляет собой неожиданное решение и ненадлежащее проявление усмотрения Третейского суда.

(b) Третейский суд разработал собственную методологию расчета убытков без предоставления сторонам возможности быть заслушанными

406. Отклонив оценки и методики оценки Истцов, Третейский суд разработал собственную методику и, таким образом, вышел далеко за рамки обсуждений сторон. Нижеследующий анализ касается разработанной Третейским судом новой методики и непредоставления Третейским судом возможности Российской Федерации и Истцам быть заслушанными, в нарушение его полномочий в соответствии со Статьей 1065(1)(с) ГПК.

407. В качестве основы для всех своих количественных оценок стоимости ОАО «НК «ЮКОС», Третейский суд (после отказа принять предложенную Истцами дату оценки)⁵⁶⁸ определил, что Истцы имеют право на большее из следующих значений:

(a) стоимость их акций ОАО «НК «ЮКОС», рассчитанная по сценарию «если бы не» на дату экспроприации (19 декабря 2004 г.), плюс размер дивидендов, рассчитанных по сценарию «если бы не», которые они бы получили до даты экспроприации, плюс процентный доход на эти суммы на дату принятия Окончательных арбитражных решений (для этих целей предполагается, что это 30 июня 2014 г.); и

⁵⁶⁷ Экспертное заключение г-на Доу, пп. 48-56.

⁵⁶⁸ С. п. 398 выше.

- (b) стоимость их акций ОАО «НК «ЮКОС», рассчитанная по сценарию «если бы не» на дату принятия Окончательных арбитражных решений, плюс размер дивидендов, рассчитанных по сценарию «если бы не», которые они бы получили с конца 2004 года до даты принятия Окончательных арбитражных решений (плюс процентный доход на сумму дивидендов до даты принятия Окончательных арбитражных решений).⁵⁶⁹

408. Третейский суд был не в состоянии, однако, на основании своих выводов об ответственности и представленных сторонами документов, определить размер убытков, подлежащих присуждению Истцам, по четырем взаимосвязанным причинам.

Во-первых, ни одна из сторон не предложила оценку стоимости ОАО «НК «ЮКОС» на какую-либо из дат, указанных Третейским судом.

Во-вторых, Третейский суд не принял ни одну из оценок стоимости, которую Истцы представили на другие даты.

В-третьих, информация по дивидендам ОАО «НК «ЮКОС», рассчитанным по сценарию «если бы не» на период после 2007 года была включена только в одну из моделей г-на Качмарека; и, как он признавал, данная модель, которая была представлена исключительно «для целей сравнения»,⁵⁷⁰ давала завышенную оценку дивидендов ОАО «НК «ЮКОС».

В-четвертых, эти данные, как и данные, которые Истцы представили в отношении предполагаемых дивидендов ОАО «НК «ЮКОС» за другие периоды, все производны из одних и тех же моделей ДДП, которые Третейский суд отверг как несостоятельные.

409. Вместо того, чтобы попросить стороны заполнить эти очевидные «пробелы» в материалах дела, Третейский суд решил разработать собственную модель оценки стоимости и определить стоимость самостоятельно. Он сделал это, произвольно выбирая различные части и отрывки из представленных сторонами данных и затем комбинируя и сочетая эти части способами, непредвиденными, несовместимыми с изначальными моделями г-на Качмарека и очевидно неверными. Ни одна из сторон не могла предвидеть, что Третейский суд выступит с таким новым подходом, и не могла

⁵⁶⁹ Окончательные арбитражные решения, пп. 1769, 1777-1778.

⁵⁷⁰ Ответ Истцов по существу дела, п. 946.

рассмотреть такой подход в своих ходатайствах.⁵⁷¹ Российская Федерация отсылает Суд к прилагаемому Экспертному заключению профессора Доу, кратко изложенному ниже, который в деталях описывает подход Третейского суда к подсчету убытков, и как этот подход отличается в существенных моментах от того, что было представлено сторонами.

(b)(i) Оценка стоимости акций ОАО «НК «ЮКОС» Третейским судом

410. Первое, что сделал Третейский суд в составлении своей собственной новой модели оценки, это выбрал, вне контекста, одну цифру из одного из экспертных заключений профессора Доу и принял ее, как если бы она была добросовестной, обособленной оценкой стоимости, предложенной профессором Доу. Предпосылка такого решения Третейского суда в следующем. Давая аргументацию против предложенного г-ном Качмарек методика оценки сопоставимых компаний, профессор Доу наглядно⁵⁷² продемонстрировал фундаментальную несостоятельность данного метода, поправив только несколько из его очевидных ошибок – в частности, исключив Роснефть и Газпромнефть из списка сопоставимых компаний (что, как признал Третейский суд, было необходимо, поскольку они являлись государственными компаниями и не были, фактически, сопоставимыми) и придав одинаковый вес другим оставшимся компаниям.⁵⁷³ Затем он показал, что уже только эти поправки снижают стоимость акций ОАО «НК «ЮКОС», рассчитанную по сценарию «если бы не», на одну треть, или примерно на 31,7 миллиардов долларов США. Профессор Доу ссылаясь на эти цифры как на «исправленные» значения модели г-на Качмарека, но осмотрительно указал, что эти цифры не были в действительности «правильными».

411. Как пояснил профессор Доу:

«где применимо, я поправил анализ г-на Качмарека таким образом, чтобы сделать его более согласующимся с заявленной им методологией, или исправить отдельные моменты, в которых подход г-на Качмарека представляется просто несостоятельным. В любом случае, если иное прямо не указано, я не заявляю, что оценка стоимости в таком поправленном виде будет правильной. ... Модели г-на Качмарека так плохо составлены и так пестрят ошибками, непоследовательны, со слабо обоснованными или вообще ничем не подкрепленными утверждениями, что для меня не представляется возможным полностью поправить его модель. Скорее, цель таких

⁵⁷¹ В своем Экспертном заключении Профессор Доу отмечает, что он не мог подготовить оценку ОАО «НК «ЮКОС», не зная дату, которую Третейский суд бы установил как соответствующую дату оценки. Экспертное заключение г-на Доу, п. 30. В своих письменных заявлениях Российская Федерация доказала, что, по меньшей мере, 22 различных даты до даты оценки 19 декабря 2004 г., в конечном итоге принятой Третейским судом, также потенциально имели значение для оценки возможных убытков Истцов. Возражения Ответчика по существу, п. 1676.

⁵⁷² Второе экспертное заключение г-на Доу, пп. 394-419.

⁵⁷³ Второе экспертное заключение г-на Доу, п. 417.

исправлений – это продемонстрировать степень недостоверности анализа г-на Качмарека и указать на порядок величины его ошибок».⁵⁷⁴

412. Поскольку целью профессора Доу было лишь продемонстрировать недостоверность модели сопоставимых компаний г-на Качмарека как таковой, он не стал предлагать свою собственную оценку стоимости ОАО «НК «ЮКОС», используя эту модель. Он также не стал показывать полный эффект, который будут иметь на эту модель исправления модели ДДП г-на Качмарека, результаты которой послужили ключевыми исходными значениями модели сопоставимых компаний г-на Качмарека.

413. Как снова пояснил профессор Доу:

«Хотя г-н Качмарек использует свой метод ДДП ЮКОСа, чтобы предоставить исходные значения для его оценки ОАО «НК «ЮКОС» методом сопоставимых рыночных показателей, и хотя эти исходные значения несостоятельны, чтобы продемонстрировать степень ошибок, которые он допускает в [методе сопоставимых компаний] – независимо от ошибок, которые он допускает в оценке методом ДДП ОАО «НК «ЮКОС» – я не исправляю исходные значения, взятые из оценки ДДП в его анализ сопоставимых компаний.»⁵⁷⁵

414. Профессор Доу затем продемонстрировал, что исправление ошибок, которые он обнаружил в модели ДДП г-на Качмарека, еще сильнее снизило бы стоимость акций ОАО «НК «ЮКОС», рассчитанную по сценарию «если бы не» по состоянию на ноябрь 2007 г., примерно на 2,5 миллиарда долларов США.⁵⁷⁶

415. Г-н Качмарек признал, что «исправленные» значения профессора Доу *не* представляют собой мнения профессора Доу на тему того, что было бы «правильной» стоимостью акций ОАО «НК «ЮКОС». Он пренебрежительно ссылаясь на эти значения как на «серии того, что он называет «поправками», которые, если это «не ведет к чему-либо, что [профессор Доу] считает правильным».⁵⁷⁷

416. Таким образом, Третейский суд был полностью осведомлен, что ни профессор Доу, ни г-н Качмарек не считали значения, приведенные в пояснениях профессора Доу по вопросу *несостоятельности* модели сопоставимых компаний г-на Качмарека, «правильной» оценкой стоимости ОАО «НК «ЮКОС». Он был также полностью осведомлен, что оба

⁵⁷⁴ Второе экспертное заключение г-на Доу, п. 7 [выделение добавлено].

⁵⁷⁵ Второе экспертное заключение г-на Доу, п. 395 [выделение добавлено]. Профессор Доу также объяснил, когда его спросили на слушании в Гааге, что «поправки», приведенные в его отчете, *не* являются оценкой ОАО «НК «ЮКОС», пояснив, что хотя они могут быть «полезной оценкой стоимости» для некоторых целей, «Я не думаю, что будет правильно предлагать их для целей, для которых они не предназначались [в моем экспертном заключении]». Показания г-на Доу, Протокол слушания, День 12, 48.

⁵⁷⁶ Второе экспертное заключение г-на Доу, Приложение 16.1, п. 10.

⁵⁷⁷ Устные показания г-на Качмарека, Протокол слушания, День 11, 144:5-9.

эксперта признавали непригодность использования этих значений для целей оценки. Третейский суд, тем не менее, решил, что «исправленные» (но не «правильные») *«значения из оценки методом сопоставимых компаний – это наилучшая доступная оценка того, что ОАО «НК «ЮКОС» мог бы стоить»*,⁵⁷⁸ и затем приступил к использованию этой «оценки» как *действительной стоимости* акций ОАО «НК «ЮКОС», рассчитанной по сценарию «если бы не» по состоянию на 21 ноября 2007 г.⁵⁷⁹

417. Поскольку ранее Третейский суд заключил, что 21 ноября 2007 г. не является подходящей датой для оценки, Третейский суд решил разработать собственную методологию, чтобы определить стоимость акций ОАО «НК «ЮКОС», рассчитанную по сценарию «если бы не» по состоянию на 19 декабря 2004 г. и 30 июня 2014 г. Вместо того, чтобы предложить сторонам представить свои оценки на эти даты или сообщить свое мнение на тему того, можно ли использовать значения ноября 2007 г., которые принял Третейский суд, чтобы рассчитать стоимость на такие иные даты, Третейский суд решил определить *«стоимость акций ОАО «НК «ЮКОС» на новые даты оценки, скорректировав стоимость акций ОАО «НК «ЮКОС» на ноябрь 2007 г. на базе роста применимого индекса»*,⁵⁸⁰ то есть применил метод, который ни одна сторона не предлагала и не одобряла.
418. Третейский суд в одностороннем порядке использовал Индекс РТС – Нефть и Газ («Индекс РТС») – на который, как он заявил, «обе стороны ссылались [...] как на авторитетный индикатор, отражающий изменения в стоимости российских нефтегазовых компаний – чтобы определить стоимость акций ОАО «НК «ЮКОС», рассчитанную по сценарию «если бы не» на будущее или предшествующее время».⁵⁸¹ Третейский суд принял данную методологию, хотя ни одна из сторон не представила оценок стоимости ОАО «НК «ЮКОС», проиндексированных со временем, и не заявляла, что такой подход будет экономически обоснован.⁵⁸²
419. Используя изменения в Индексе РТС, чтобы скорректировать стоимость акций ОАО «НК «ЮКОС», рассчитанную по сценарию «если бы не» по состоянию на ноябрь 2007 г. – т.е. значение, которое профессором Доу было представлено, чтобы продемонстрировать *несостоятельность* оценки г-на Качмарека методом сопоставимых компаний – Третейский суд самостоятельно решил, что стоимость акций ОАО «НК

⁵⁷⁸ Окончательные арбитражные решения, п. 1784.

⁵⁷⁹ Окончательные арбитражные решения, п. 1788.

⁵⁸⁰ Окончательные арбитражные решения, п. 1788.

⁵⁸¹ Окончательные арбитражные решения, п. 1788.

⁵⁸² См. Второе экспертное заключение г-на Доу, п. 185; Первое экспертное заключение г-на Качмарека, пп. 454-456

«ЮКОС», рассчитанная по сценарию «если бы не», была бы 21,176 миллиардов долларов США по состоянию на 19 декабря 2004 г.⁵⁸³ и 42,625 миллиардов долларов США по состоянию на 30 июня 2014 г.,⁵⁸⁴ а пропорциональная доля Истцов в акционерной стоимости ОАО «НК «ЮКОС», рассчитанная по сценарию «если бы не», была бы 14,929 миллиардов долларов США по состоянию на 19 декабря 2004 г. и 30,049 миллиардов долларов США по состоянию на 30 июня 2014 г.⁵⁸⁵

(b)(ii) Расчет Третейским судом дивидендов ОАО «НК «ЮКОС» по сценарию «если бы не»

420. Третейский суд далее попытался определить размер дивидендов по сценарию «если бы не», которые ОАО «НК «ЮКОС» гипотетически заплатило бы в период десять с половиной лет между 2004 г. и 30 июня 2014 г. в случае отсутствия экспроприации.⁵⁸⁶ Третейский суд снова разработал свою собственную методологию, чтобы заполнить пробелы в доказательственной базе, которые стали следствием отказа Третейского суда принять модель ДДП г-на Качмарека, поскольку его оценки на основе методов сопоставимых компаний и сопоставимых сделок не содержали прогнозов дивидендов или вообще какой-либо информации, касающейся дивидендов.
421. Методология Третейского суда включала в себя 2 этапа. На первом этапе, Третейский суд указал значения (взятые из модели ДДП 2012 г. г-на Качмарека), которые, по его мнению, можно было использовать как «исходную точку» для определения дивидендов ОАО «НК «ЮКОС» по сценарию «если бы не». На втором этапе, Третейский суд скорректировал эти значения, чтобы прийти к годовым количественным значениям дивидендов ОАО «НК «ЮКОС» по сценарию «если бы не» за каждый год с 2004 г. по 2014 г.
422. Третейский суд взял за «исходную точку» для своей новой методики расчета дивидендов гипотетическое значение «Свободного денежного потока к собственному капиталу», включенное в модель ДДП 2012 г. г-на Качмарека.⁵⁸⁷ Г-н Качмарек ранее предполагал, что эти значения можно использовать для приблизительного расчета дивидендов ОАО «НК «ЮКОС» по сценарию «если бы не», но также признавал, что эти значения

⁵⁸³ Окончательные арбитражные решения, п. 1815.

⁵⁸⁴ Окончательные арбитражные решения, п. 1821.

⁵⁸⁵ Окончательные арбитражные решения, п. 1816, 1822.

⁵⁸⁶ Окончательные арбитражные решения, п. 1791. Как изложено в пункте 407 выше, Третейский суд определил дивиденды ОАО «НК «ЮКОС» по сценарию «если бы не» только за часть 2004 года в связи с оценкой ОАО «НК «ЮКОС» на 19 декабря 2004 г. См. Окончательные арбитражные решения, Таблица Т1.

⁵⁸⁷ Окончательные арбитражные решения, п. 1793. Экспертное заключение Профессора Доу описывает модели ДДП 2007 и 2012 гг. г-на Качмарека. Экспертное заключение г-на Доу, пп. 16-17, 80-85.

завышают размер дивидендов ОАО «НК «ЮКОС» по сценарию «если бы не», потому что некоторые из свободных денежных средств, включенные в его модель, «на практике» были бы реинвестированы в ОАО «НК «ЮКОС», а не распределены между акционерами. Согласно г-ну Качмареку, однако, данное обстоятельство не является предметом для беспокойства, потому что его модель ДДП пропорционально снижала акционерную стоимость ОАО «НК «ЮКОС» по сценарию «если бы не», чтобы отразить завышенное значение его показателя Свободного денежного потока к собственному капиталу.⁵⁸⁸

423. Использование Третейским судом значений, взятых из модели ДДП г-на Качмарека, вызывает несколько вопросов по трем взаимосвязанным причинам.

Во-первых, Третейский суд отказался принимать обе из его моделей ДДП как базу для определения стоимости ОАО «НК «ЮКОС», потому что, как ранее отмечено, они не являются «достаточно достоверными, чтобы обосновать размер убытков в данном случае», и на них «повлияло его предопределенное понимание того, что было бы подходящим результатом».⁵⁸⁹

Во-вторых, хотя Третейский суд заметил, что модель ДДП г-на Качмарека, подготовленная в 2012 г., была «представлена как основанная на фактической исторической информации»,⁵⁹⁰ эта «историческая информация» не была информацией об ОАО «НК «ЮКОС» (уже не существующей компании), а была информацией о результатах, достигнутых бывшими основными производственными дочерними предприятиями ОАО «НК «ЮКОС» под новыми собственниками, как структурные единицы совсем других нефтегазовых групп. Г-н Качмарек собрал эти данные из разных источников и затем соединил их вместе, чтобы получить цифры, которые, даже он признает, были подстраиванием конкретного результата.⁵⁹¹

В-третьих, модель ДДП г-на Качмарека 2012 г., естественно, не включает какой-либо исторической информации за период с 1 января 2012 г. по 30 июня 2014 г.

424. Аналогично тому, как Третейский суд не спросил мнения сторон по поводу новой изобретенной им методологии, он также не предложил сторонам представить данные о гипотетических показателях результатов деятельности ОАО «НК «ЮКОС» за период с

⁵⁸⁸ Первое экспертное заключение г-на Качмарека, п. 392, сноска. 488.

⁵⁸⁹ Окончательные арбитражные решения, п. 1785.

⁵⁹⁰ Окончательные арбитражные решения, п. 1794.

⁵⁹¹ Окончательные арбитражные решения, пп. 1785, 1799.

2012 г. по 2014 г., несмотря на то, что приблизительно 6 миллиардов долларов дивидендов по сценарию «если бы не» и процентный доход за эти годы составляют более чем 21% от всей суммы дивидендов по сценарию «если бы не» и процентного дохода, присужденного Третейским судом.⁵⁹²

425. На втором этапе методологии Третейского суда по подсчету дивидендов, Третейский суд сначала скорректировал значения Свободного денежного потока к собственному капиталу г-на Качмарека, чтобы отразить неким образом некоторые (но не все) «поправки», сделанные профессором Доу в модель ДДП г-на Качмарека 2007 г., и затем далее скорректировал эти значения, чтобы учесть три фактора, которые, согласно Третейскому суду, стороны не рассмотрели.
426. Второй этап подхода Третейского суда проиллюстрирован в таблице, подготовленной Третейским судом и представленной в параграфе 1811 Окончательных арбитражных решений (страница 560). Значения Свободного денежного потока к собственному капиталу, взятые из модели г-на Качмарека 2012 г., представлены в левой колонке таблицы.⁵⁹³ Средняя колонка таблицы показывает значения, взятые из частично поправленной ранней версии модели ДДП г-на Качмарека 2007 г., подготовленной профессором Доу. Хотя Третейский суд пометил данную колонку как «Доу», он признал, что профессор Доу никогда, на самом деле, не представлял данные значения как отражающие его собственный взгляд на гипотетическое значения Свободного денежного потока к собственному капиталу ОАО «НК «ЮКОС», но только как значения, которые получились в результате его *частичного* исправления модели ДДП г-на Качмарека. В действительности, профессор Доу сообщил Третейскому суду, что дефекты данной модели настолько существенны, что их «невозможно скорректировать».⁵⁹⁴
427. Располагая две группы значений рядом друг с другом, Третейский суд, очевидно, имел в виду, что он сравнивал две разные версии одного и того же показателя – гипотетического значения Свободного денежного потока к собственному капиталу ОАО «НК «ЮКОС» – и что задачей Третейского суда было оценить сравнительное преимущество значений каждого эксперта. На самом деле, эти значения не являются сопоставимыми в принципе. Значения г-на Качмарека были взяты из его модели ДДП 2012 г., которая включала историческую информацию (хотя и не, как было разъяснено в пункте 423 выше,

⁵⁹² Первое экспертное заключение г-на Доу, пп. 86-91.

⁵⁹³ Третейский суд заявлял, что за период 2012-2014 гг. он смог «определить применимые значения на базе методологии г-на Качмарека, используя данные, предоставленные в других местах заключений г-на Качмарека». Окончательные арбитражные решения, п. 1795. Значения, на которые ссылается Третейский суд – те же самые значения Свободного денежного потока к собственному капиталу, которые, как г-н Качмарек ранее признавал, давали завышенную оценку дивидендам ОАО «НК «ЮКОС» по сценарию «если бы не».

⁵⁹⁴ Второе экспертное заключение г-на Доу, п. 316.

информацию, касающуюся ОАО «НК «ЮКОС») за период до конца 2011 г., в то время как значения профессора Доу были взяты из частично поправленной версии модели ДДП г-на Качмарека 2007 г., которая не включала какую-либо историческую информацию за период после ноября 2007 г. Эти частично исправленные значения вместо этого были основаны на прогнозах и предполагаемых показателях г-на Качмарека на период после 21 ноября 2007 г., которые, что важно, не предвидели Великую рецессию 2008 г.

428. Одного примера будет достаточно, чтобы показать неприемлемость сравнения двух групп значений (как и несостоятельность моделей ДДП г-на Качмарека в целом). Модель ДДП г-на Качмарека 2007 г. предполагала, что цена одного барреля нефти в 2009 г. будет 84 доллара США, и что добыча группы ОАО «НК «ЮКОС» составит 102 084 601 тонн нефти (или нефтяных эквивалентов) в этот год, в то время как его модель ДДП 2012 г. использовала действительную историческую стоимость барреля нефти в 60 долларов США, и «притянутую» им цифру в 92 847 111 тонн нефти – количество нефти, добытой в этот год бывшими производственными дочерними предприятиями ОАО «НК «ЮКОС» под новыми собственниками.⁵⁹⁵ Модель ДДП г-на Качмарека 2012 г., тем не менее, непозволительно генерировала более *высокое* значение Свободного денежного потока к собственному капиталу в 2009 г. по сравнению с его моделью 2007 г., несмотря на то, что его модель 2012 г. оперирует более низкой стоимостью нефти и более низкими показателями добытой нефти – значениями, которые являются, безусловно, двумя самыми важными детерминантами в отношении свободного денежного потока к собственному капиталу любой нефтяной компании.⁵⁹⁶
429. Возвращаясь к таблице в параграфе 1811 Окончательных арбитражных решений, Третейский суд включил в третью колонку значения, которые, по мнению Третейского суда, «осуществляющего свое усмотрение», являются суммами, *«на которых было бы уместно [...] зафиксировать дивиденды, которые ОАО «НК «ЮКОС» предположительно выплатил бы своим акционерам»*.⁵⁹⁷ После того, как он указал, что его собственные значения учитывали «поправки» профессора Доу в модель ДДП Качмарека 2007 г., с которыми он согласился,⁵⁹⁸ Третейский суд установил, что *«исправления профессора Доу [...] не учитывают всех рисков, с которыми столкнулось бы ОАО «НК «ЮКОС» в процессе осуществления своей деятельности с 2004 г. по настоящее время, если бы компания не была экспроприрована»*.⁵⁹⁹ Третейский суд затем

⁵⁹⁵ Экспертное заключение г-на Доу, пп. 82-83.

⁵⁹⁶ Экспертное заключение г-на Доу, п. 84.

⁵⁹⁷ Окончательные арбитражные решения, п. 1811.

⁵⁹⁸ Окончательные арбитражные решения, пп. 1800-1802.

⁵⁹⁹ Окончательные арбитражные решения, п. 1803.

указал на три дополнительных значительных риска, которые, по его мнению, повлияли бы на размер дивидендов ОАО «НК «ЮКОС», рассчитанных по сценарию «если бы не».

430. «Первый значительный риск», обнаруженный Третейским судом, был «риском существенно более высоких налогов [не связанных с подоходным налогом]». Согласно решению Третейского суда, «денежные потоки ОАО «НК «ЮКОС» могли подвергнуться существенному влиянию ввиду таких налогов».⁶⁰⁰ Второй риск «касался дивидендной политики Компании»,⁶⁰¹ в частности, что риск изменений в российском законодательстве мог бы потребовать от ОАО «НК «ЮКОС» снизить размер гипотетических дивидендов. Третий, и «возможно, наиболее существенный» риск, был «связан с комплексной и непрозрачной структурой, установленной Истцами, или другими от их имени, чтобы вывести деньги, заработанные ОАО «НК «ЮКОС» из Российской Федерации через обширную сеть оффшорных компаний»⁶⁰² для того, чтобы не делиться доходами ОАО «НК «ЮКОС» с миноритарными акционерами компании.
431. Правая колонка в таблице – это результат всех корректировок, которые сделал Третейский суд, она включает окончательное определение Третейским судом размера дивидендов ОАО «НК «ЮКОС» по сценарию «если бы не» за каждый год. В большинстве случаев, Третейский суд пришел к значениям, которые были ниже, чем в колонке «Доу», но за 2012, 2013 и 2014 г. Третейский суд, без пояснений, пришел к выводу, что дивиденды ОАО «НК «ЮКОС» по сценарию «если бы не» были бы выше, чем значения профессора Доу.
432. Хотя Третейский суд признал, что стороны не рассматривали никакие из трех дополнительных факторов, которые он принял в расчет при определении размера дивидендов ОАО «НК «ЮКОС» по сценарию «если бы не»,⁶⁰³ он снова не предложил сторонам представить данные по корректировкам, необходимым, чтобы отразить влияние данных факторов. Возможно, из-за отсутствия доказательств по данному вопросу, Третейский суд фактически не привел *никакого* обоснования для *размера* корректировок, которые он внес в значения г-на Качмарека и профессора Доу. Неожиданное решение Третейского суда в отношении дивидендов ОАО «НК «ЮКОС» по сценарию «если бы не» и непредоставление им обоснования по этой части присужденных убытков представляют собой отдельные основания для отмены Арбитражных решений по делу ОАО «НК «ЮКОС» согласно Статьям 1065(1)(d)

⁶⁰⁰ Окончательные арбитражные решения, п. 1805.

⁶⁰¹ Окончательные арбитражные решения, п. 1807.

⁶⁰² Окончательные арбитражные решения, п. 1808.

⁶⁰³ Окончательные арбитражные решения, п. 1803-1810.

(непредоставление обоснования) и (е) (нарушение публичного порядка) ГПК, и обсуждается в пунктах 524-525 и 578 выше.

(b)(iii) Присуждение Третьим судом процентного дохода

433. Определив, что убытки Истцов по сценарию «если бы не» на дату Окончательных арбитражных решений (которой считается 30 июня 2014 г.) были больше, чем убытки по сценарию «если бы не» на дату экспроприации (19 декабря 2004 г.), Третейский суд решил, что будет «уместно» присудить Истцам процентный доход на причитающиеся им дивиденды ОАО «НК «ЮКОС», рассчитанные по сценарию «если бы не», по ставке 3,389% годовых, что равняется средней доходности десятилетних казначейских облигаций США за период с 1 января 2005 по 3 июня 2014 г.⁶⁰⁴ Третейский суд исходил из того, что дивиденды ОАО «НК «ЮКОС» по сценарию «если бы не» уплачивались бы в последний день каждого года, начиная с 31 декабря 2004 г., и постановил, что процентный доход Истцов по этим дивидендам за период до вынесения арбитражных решений начислялся с первого дня года, следующего за их предполагаемым получением по 30 июня 2014 г.

(с) Новая методика расчета убытков Третьего суда привела к присуждению необоснованных убытков на сумму несколько миллиардов долларов

434. Нижеследующий анализ касается того, каким образом нестандартный и ошибочный подход Третьего суда, принятый без участия сторон, фактически привел к повторному учету убытков на сумму несколько миллиардов долларов и к присуждению Истцам непредвиденного дохода. Этот подход привел к неожиданному решению, которое должно быть отменено в соответствии со Статьями 1065(1)(с) и (е) ГПК.

435. В своем решении о присуждении, которое, по всеобщему признанию, является самым крупным арбитражным присуждением в истории, Третейский суд решил разработать свою собственную методологию для определения гипотетической стоимости гипотетической компании, и размера гипотетических дивидендов, которые эта гипотетическая компания выплатила бы за период десять с половиной лет после того, Третейский суд признал, что компания «более не может действовать в качестве хозяйственного предприятия».⁶⁰⁵ Принимая данное решение, Третейский суд не пытался узнать мнения сторон по поводу своей методологии, а также не представил свой анализ

⁶⁰⁴ Окончательные арбитражные решения, п. 1687. Ни одна из сторон не предлагала использования данного показателя таким образом. См. Окончательные арбитражные решения, пп. 1644-1647.

⁶⁰⁵ Окончательные арбитражные решения, п. 1662 (внутренние кавычки опущены).

на критическое рассмотрение сторонам и их экспертам.⁶⁰⁶ Поэтому, наверное, не удивительно, что Третейский суд ошибся существенным образом при определении размера убытков Истцов.

436. Как продемонстрировано ниже, Третейский суд сочетал и комбинировал несовместимые методики оценки и упустил из вида фундаментальные концепции теории корпоративных финансов. В результате решения Третейского суда оценить стоимость ОАО «НК «ЮКОС» по сценарию «если бы не» независимо от оценки размера дивидендов по сценарию «если бы не», Истцы фактически дважды получили возмещение за один и тот же гипотетический ущерб – один раз в форме дивидендов по сценарию «если бы не» и во второй раз в виде части акционерной стоимости ОАО «НК «ЮКОС» по сценарию «если бы не». Эти недочеты в методике Третейского суда привели к присуждению им Истцам (а) более чем 20 миллиардов долларов США в отношении дивидендов, рассчитанных по сценарию «если бы не» без какого-либо обоснования, экономического или иного, а также (b) более чем 1,4 миллиардов долларов США в отношении акционерной стоимости ОАО «НК «ЮКОС», что также не имеет основания.

(c)(i) Третейский суд значительно завысил размер дивидендов ОАО «НК «ЮКОС» по сценарию «если бы не»

437. Третейский суд значительно завысил размер дивидендов ОАО «НК «ЮКОС» по сценарию «если бы не». Это завышение стало, в основном, следствием того, что Третейский суд использовал значение Свободного денежного потока к собственному капиталу из модели ДДП г-на Качмарека 2012 г. без учета того фактора, что ставка, по которой растет стоимость акционерного капитала компании, обратно пропорциональна коэффициенту, по которому компания выплачивает свои дивиденды. В результате дивиденды, присужденные решением Третейского суда, превышают более чем на 20 миллиардов долларов США размер дивидендов, рассчитанных по сценарию «если бы не», которые бы соответствовали росту акционерной стоимости ОАО «НК «ЮКОС» по сценарию «если бы не», определенной Третейским судом.
438. Как профессор Доу поясняет в своем Экспертном заключении, представленном вместе с данным Уведомлением о возбуждении разбирательства, дивиденд представляет собой распределение части акционерной стоимости между акционерами.⁶⁰⁷ Акционерная стоимость компании и ее рост, таким образом, имеют отношение к части стоимости,

⁶⁰⁶ Арбитражные суды нередко, особенно в сложных делах, разделяют разбирательство по вопросам и предоставляют сторонам возможность выразить их мнения по вопросам об убытках после того, как арбитражный суд вынесет решение об ответственности. См., например, *Occidental Petroleum Corp. v. Republic of Ecuador*, Дело МЦУИС № ARB/06/11 от 5 октября 2012 г., пп. 50-96 (Приложение RF-6).

⁶⁰⁷ Экспертное заключение г-на Доу, пп. 58-59.

выплачиваемой акционерам в качестве дивидендов. Другими словами, при прочих равных условиях, акционерная стоимость компании, которая выплачивает дивиденды по более высокому коэффициенту, чем другие сопоставимые компании (далее – «аналогичные компании») будет расти медленнее, чем акционерная стоимость компании, которая выплачивает дивиденды по тому же коэффициенту, что аналогичные компании. Это происходит, потому что компания, которая выплачивает дивиденды по более высокой ставке, имеет меньше наличных средств, чем аналогичные компании, и те денежные средства, которые она распределяет своим акционерам, не будут доступны для вкладов в текущую или будущую акционерную стоимость такой компании. Обратное также верно. При прочих равных условиях, компания, чья акционерная стоимость растет по той же ставке, что и у аналогичных компаний, не может выплачивать дивиденды по более высокому (или более низкому) коэффициенту, чем аналогичные компании.⁶⁰⁸

439. В Окончательных арбитражных решениях, Третейский суд определил, что все другие условия в отношении ОАО «НК «ЮКОС» и компаниями, включенными в Индекс РТС, были, фактически, равными, или, по крайней мере, достаточно схожими. В частности, использование Третейским судом Индекса РТС для корректировки акционерной стоимости ОАО «НК «ЮКОС» по сценарию «если бы не» основано на его заключении, что ОАО «НК «ЮКОС» и другие российские нефтегазовые компании, включенные в Индекс РТС, являются сопоставимыми во всех отношениях. Именно на этом основании Третейский суд посчитал уместным использовать изменения Индекса РТС до и после ноября 2007 г., чтобы скорректировать акционерную стоимость ОАО «НК «ЮКОС» на ноябрь 2007 г., рассчитанную по сценарию «если бы не», чтобы определить акционерную стоимость ОАО «НК «ЮКОС» по сценарию «если бы не» на 19 декабря 2004 г. и 30 июня 2014 г.⁶⁰⁹

440. Обратную зависимость между акционерной стоимостью и дивидендами ОАО «НК «ЮКОС» по сценарию «если бы не» прямо признавал г-н Качмарек, который заявлял, что его модель ДДП была разработана с учетом данной зависимости. При обсуждении достоверности значений Свободного денежного потока к собственному капиталу, включенных в его модель ДДП, он признавал, что не все свободные денежные потоки были бы (как предполагает его модель) направлены на выплату дивидендов по сценарию «если бы не», но заявлял, что его модель автоматически учитывает все свободные денежные потоки, которые были бы реинвестированы в компанию, путем

⁶⁰⁸ Экспертное заключение г-на Доу, пп. 60-61. См. Первое экспертное заключение г-на Качмарек, п. 392, сноска 488.

⁶⁰⁹ Окончательные арбитражные решения, п. 1788.

пропорционального увеличения акционерной стоимости ОАО «НК «ЮКОС» по сценарию «если бы не»:

«Мы признаем, что на практике не все свободные денежные средства, генерируемые ЮкосСибнефтью, были бы выплачены акционерам в качестве дивидендов, а часть этих свободных денежных средств была бы направлена в проекты с чистой положительной текущей стоимостью, например, развитие существующих активов или покупку новых. Однако, поскольку наша оценка ЮкосСибнефти не учитывает такие реинвестируемые свободные денежные средства, будет разумно предположить, что эти свободные денежные средства были бы направлены на выплату дивидендов. Другими словами, если часть этих свободных денежных средств была бы инвестирована в проекты с чистой положительной текущей стоимостью вместо выплаты дивидендов, тогда бы наша оценка акционерной стоимости ЮкосСибнефти, рассчитанная в Секции X, была бы пропорционально выше.»⁶¹⁰

441. Другими словами, модели ДДП г-на Качмарека сделали ровно то, что не сделал Третейский суд – они учли обратную зависимость между дивидендами и акционерной стоимостью ОАО «НК «ЮКОС» по сценарию «если бы не».
442. В свете этой обратной зависимости, поскольку Третейский суд решил скорректировать акционерную стоимость ОАО «НК «ЮКОС» по сценарию «если бы не» до и после ноября 2007 г. пропорционально изменениям стоимости Индекса РТС, неизбежно следует, что Третейский суд должен был зафиксировать дивиденды ОАО «НК «ЮКОС» по сценарию «если бы не» на уровне, на котором компании Индекса РТС фактически выплачивали дивиденды своим акционерам между 1 января 2005 г. и 30 июня 2014 г. Как объясняет профессор Доу, объявление любого более высокого размера дивидендов неизбежно привело бы к снижению акционерной стоимости ОАО «НК «ЮКОС», рассчитанной по сценарию «если бы не», в сравнении с размером, определенным Третейским судом.⁶¹¹
443. Как показано ниже, методология Третейского суда ведет к двум несогласующимся выводам: (а) изменения акционерной стоимости ОАО «НК «ЮКОС» по сценарию «если бы не» в период между декабрем 2004 г. и июнем 2014 г. точно соотносятся с изменениями акционерной стоимости компаний, включенных в Индекс РТС, но (б) уровень дивидендов по сценарию «если бы не», присужденных Третейским судом за этот же период, значительно превышает уровень дивидендов, фактически выплаченных этими компаниями. Согласно фундаментальным принципам теории корпоративных финансов, оба эти результата не могут быть одновременно правильными, если, как заключил

⁶¹⁰ Первое экспертное заключение г-на Качмарека, п. 392, сноска 488 [выделение добавлено].

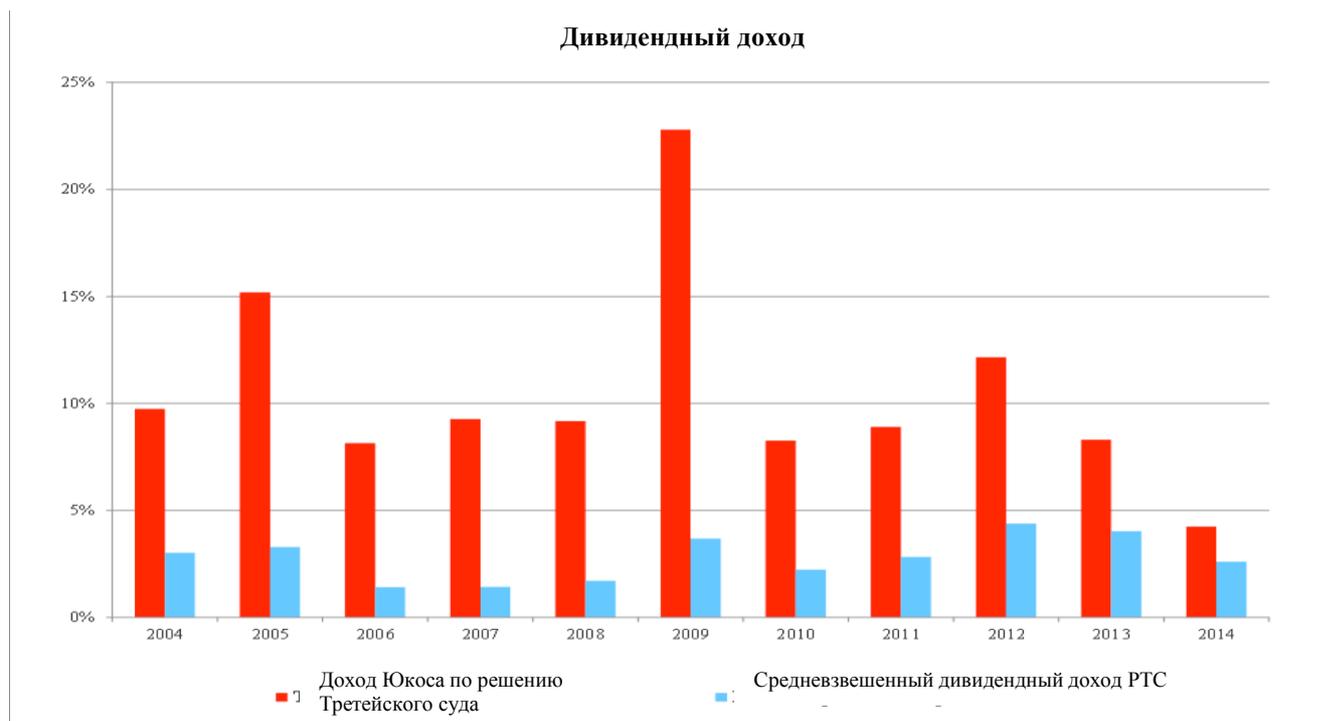
⁶¹¹ Экспертное заключение г-на Доу, пп. 63-70.

Третейский суд, ОАО «НК «ЮКОС» было во всех существенных отношениях сопоставимо с компаниями, включенными в Индекс РТС.

444. Сравнивая уровень дивидендов, выплаченных разными компаниями различных размеров, экономисты говорят о «дивидендной доходности» компании – процентном отношении акционерной стоимости компании, которая направляется каждый год на выплату дивидендов. Хотя Третейский суд не делал явных заключений по вопросу дивидендной доходности ОАО «НК «ЮКОС» по сценарию «если бы не», эти доходы могут быть без труда рассчитаны за каждый год, путем деления дивидендов ОАО «НК «ЮКОС» по сценарию «если бы не» (определенных Третейским судом) на акционерную стоимость ОАО «НК «ЮКОС» по сценарию «если бы не» за каждый год (рассчитанную с использованием методологии Третейского суда).⁶¹² Аналогичные вычисления могут быть сделаны в отношении действительных дивидендов и действительной акционерной стоимости компаний Индекса РТС.
445. В своем Экспертном заключении, представленном вместе с данным Уведомлением о возбуждении разбирательства, профессор Доу рассчитывает годовую дивидендную доходность ОАО «НК «ЮКОС» по сценарию «если бы не» и средневзвешенную (с учетом той же схемы оценки стоимости, которая используется РТС при составлении Индекса) дивидендную доходность всех компаний, включенных в Индекс РТС, за период с 2005 г. по 2014 г. Его расчеты показывают, что дивидендная доходность ОАО «НК «ЮКОС» по сценарию «если бы не» в этом периоде постоянно превышала 8%, а в некоторые периоды достигала даже 22%. Для сравнения, эти расчеты демонстрируют, что средневзвешенная дивидендная доходность компаний Индекса РТС в этом периоде варьировалась от 1,7% до 3,9%.⁶¹³

⁶¹² Экспертное заключение г-на Доу, пп. 72-73, Приложение А.1.

⁶¹³ Там же.



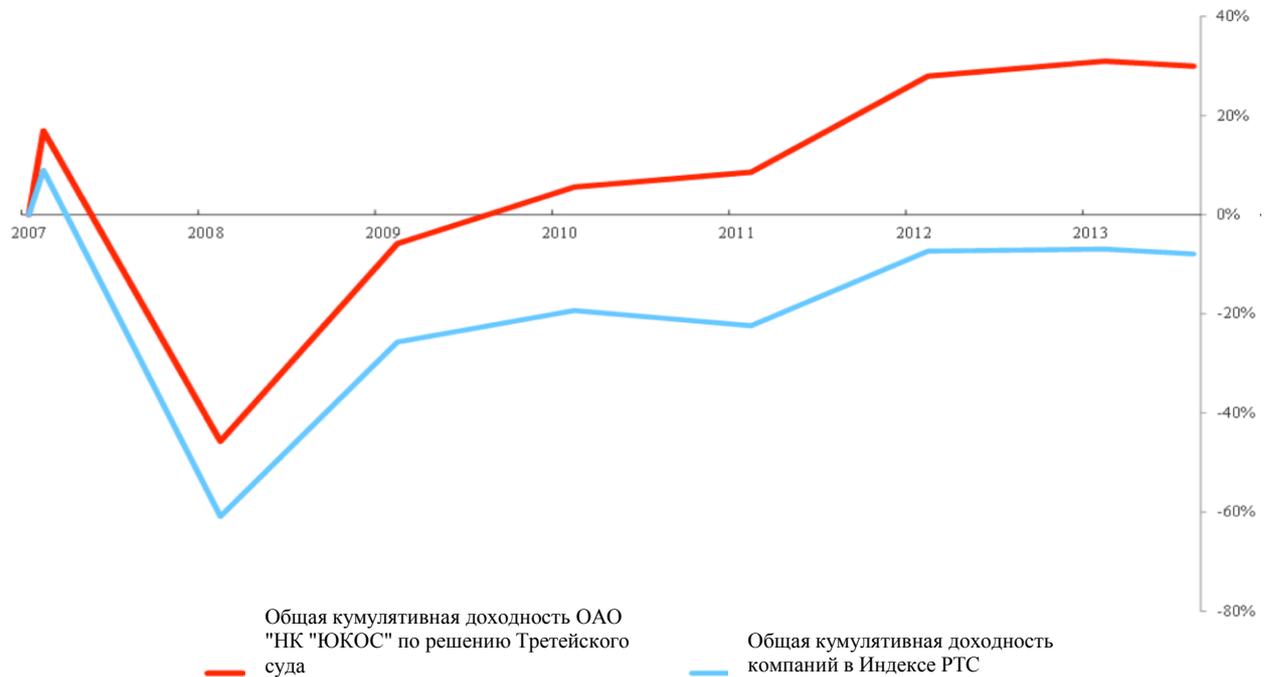
446. По причинам, приведенным профессором Доу, и признаваемым г-ном Качмарек, распределение в форме дивидендов компанией ОАО «НК «ЮКОС» большей части акционерной стоимости, рассчитанной по сценарию «если бы не» – по сравнению с частью акционерной стоимости, которая распределялась в качестве дивидендов другими компаниями Индекса РТС – неизбежно привело бы к тому, что акционерная стоимость ОАО «НК «ЮКОС» по сценарию «если бы не» росла бы более медленными темпами, чем акционерная стоимость других компаний, включенных в Индекс РТС. Причина этого в том, что дополнительные денежные средства, которые ОАО «НК «ЮКОС» гипотетически выплачивало бы в качестве дивидендов, не были бы доступны в будущем, чтобы вкладывать в акционерный капитал компании по сценарию «если бы не». Третейский суд, однако, решил, что акционерная стоимость ОАО «НК «ЮКОС» по сценарию «если бы не» росла бы точно такими же темпами как и у компаний Индекса РТС. Единственно возможным выводом может быть то, что методика Третейского суда была в корне ошибочной для целей определения размера дивидендов ОАО «НК «ЮКОС» по сценарию «если бы не», без учета его отдельно проведенного определения акционерной стоимости компании по сценарию «если бы не». В принятии такого решения, Третейский суд по сути дважды посчитал причитающиеся дивиденды ОАО «НК «ЮКОС» по сценарию «если бы не», присудив их не только как дивиденды, но также как долю Истцов в акционерной стоимости ОАО «НК «ЮКОС» по сценарию «если бы не».

447. В своем Экспертном заключении профессор Доу рассчитывает сумму дивидендов ОАО «НК «ЮКОС» по сценарию «если бы не», которая согласуется с уровнем дивидендов, фактически выплаченных компаниями, включенными в Индекс РТС. Как поясняет в рамках этого расчета профессор Доу, разница между этой суммой и суммой дивидендов по сценарию «если бы не», фактически присужденной Третьим судом, представляет собой приблизительное значение той части дивидендов ОАО «НК «ЮКОС» по сценарию «если бы не», которая была присуждена Истцам без какого-либо экономического обоснования. Профессор Доу рассчитал эту сумму необоснованных дивидендов ОАО «НК «ЮКОС» по сценарию «если бы не» и процентного дохода в размере примерно 12,17 миллиардов долларов.⁶¹⁴ Основываясь уже только на этом недочете в методике Третьего суда, Истцам должно было быть присуждено не более 7,26 миллиардов долларов дивидендов по сценарию «если бы не» и процентного дохода, по сравнению с 27,48 миллиардами долларов, фактически присужденных Третьим судом, что является превышением на 20,22 миллиарда долларов.⁶¹⁵
448. Фундаментальный недочет методики Третьего суда далее проиллюстрирован графиком ниже, взятым из Экспертного заключения профессора Доу, представленного вместе с данным Уведомлением о возбуждении разбирательства. Этот график показывает (а) кумулятивный уровень доходности (изменения в стоимости акционерного капитала плюс полученные дивиденды и процентный доход по этим дивидендам), который был бы фактически получен в июне 2014 г. инвестором, который с 21 ноября 2007 г. по июнь 2014 года владел инвестициями в компаниях, включенных в Индекс РТС соразмерно их стоимости на РТС, и (б) сравнительный кумулятивный уровень доходности за аналогичный период, который был бы гипотетически получен Истцами на основе присужденных им сумм, рассчитанных по сценарию «если бы не». Как показано на графике, инвестор, который вложил в компании Индекса РТС, потерял бы более 8% своих изначальных инвестиций, в сравнении с впечатляющими примерно 29% дохода, который могут получить Истцы, если Арбитражные решения по делу ОАО «НК «ЮКОС» не будут отменены.

⁶¹⁴ Экспертное заключение г-на Доу, п. 75.

⁶¹⁵ Экспертное заключение г-на Доу, п. 79, Приложение А.1. Эти значения учитывают (а) приблизительно 70-процентную долю Истцов в ОАО «НК «ЮКОС», (б) проценты, которые были бы начислены на экономически необоснованные дивиденды ОАО «НК «ЮКОС», и (с) 25-процентное снижение Третьим судом (в результате встречной вины Истцов) суммы, которая была бы присуждена в противном случае. См. Окончательные арбитражные решения, п. 1827.

Общая кумулятивная доходность



449. В более общем смысле, этот график демонстрирует основополагающий недочет в новой методологии расчета убытков, изобретенной Третейский судом по его собственной инициативе. С одной стороны, Третейский суд решил, что показатели деятельности ОАО «НК «ЮКОС» и других компаний Индекса РТС являются сопоставимыми во всех применимых отношениях, и на этом основании использовал Индекс РТС для корректировки акционерной стоимости ОАО «НК «ЮКОС» по сценарию «если бы не» на будущее и прошедшее время. С другой стороны, Третейский суд определил размер дивидендов ОАО «НК «ЮКОС» по сценарию «если бы не», не учитывая обратную зависимость между акционерной стоимостью и дивидендами ОАО «НК «ЮКОС», рассчитанными по сценарию «если бы не», и присудил Истцам более 20 миллиардов долларов дивидендов по сценарию «если бы не», что не сопоставимо с уровнем дивидендов, фактически выплаченных теми же компаниями из Индекса РТС, которые Третейский суд признал сопоставимыми с ОАО «НК «ЮКОС» во всех применимых отношениях.⁶¹⁶

⁶¹⁶ Экспертное заключение г-на Доу, пп. 76-78.

(с)(ii) *Третейский суд не учел свои корректировки в размер дивидендов ОАО «НК «ЮКОС» при определении акционерной стоимости ОАО «НК «ЮКОС»*

450. Тот факт, что Третейский суд при определении акционерной стоимости ОАО «НК «ЮКОС» по сценарию «если бы не», не учел корректировки, которые он внес при определении размера дивидендов ОАО «НК «ЮКОС» по сценарию «если бы не», также вылился в присуждение существенных сумм в качестве убытков без какого-либо экономического или какого-либо иного обоснования.
451. В частности, корректировки, которые сделал Третейский суд в значения Свободного денежного потока к собственному капиталу г-на Качмарека, также бы снизили два ключевых исходных значения, использованных в его модели сопоставимых компаний, а именно прибыль (именуемую «поступлениями» в экспертных заключениях) ОАО «НК «ЮКОС», рассчитанную по сценарию «если бы не», и его EBITDA.⁶¹⁷ Эти снижения, в свою очередь, привели бы к снижению акционерной стоимости ОАО «НК «ЮКОС» по сценарию «если бы не», используя собственную методологию Третейского суда (частично исправленную версию модели сопоставимых компаний г-на Качмарека), поскольку, как указывалось в пунктах 19-20 и 104-106 Экспертного заключения г-на Доу, акционерная стоимость ОАО «НК «ЮКОС», определенная данной моделью, варьировалась в зависимости от изменений в размере прибыли и EBITDA ОАО «НК «ЮКОС», рассчитанных по сценарию «если бы не». А именно, модель г-на Качмарека увеличила гипотетические поступления ОАО «НК «ЮКОС» и его EBITDA путем фиксированной оценки «коэффициентов», которые он получил из соотношения между (а) фактическими поступлениями и EBITDA других компаний, которые он рассматривал как сопоставимые с ОАО «НК «ЮКОС», и (б) фактической акционерной стоимостью таких компаний. Любое снижение в поступлениях и EBITDA ОАО «НК «ЮКОС», таким образом, неизбежно привело бы к снижению акционерной стоимости ОАО «НК «ЮКОС» по сценарию «если бы не», в результате умножения сокращенных поступлений ОАО «НК «ЮКОС» и EBITDA на фиксированные оценочные «коэффициенты» г-на Качмарека.
452. При определении акционерной стоимости ОАО «НК «ЮКОС» по сценарию «если бы не», Третейский суд, тем не менее, решил не снижать прибыль и EBITDA ОАО «НК «ЮКОС» за 2007 г., рассчитанные по сценарию «если бы не», даже невзирая на то, что корректировки, внесенные Третейским судом в значения Свободного денежного потока к собственному капиталу г-на Качмарека в части размера дивидендов ОАО «НК «ЮКОС»

⁶¹⁷ EBITDA составляет прибыль компании за вычетом ее издержек, помимо процентов, налогов, износа и амортизации.

по сценарию «если бы не», неизбежно снизили бы его поступления и EBITDA по сценарию «если бы не». Этот аспект новой методики Третейского суда более подробно описан в пунктах 104-106 Экспертного заключения профессора Доу.

453. В своем Экспертном заключении профессор Доу отмечает, что Третейский суд указал общий размер корректировок, которые он внес в значения Свободного денежного потока к собственному капиталу г-на Качмарека для каждого года, но он не указал, какие из корректировок были обусловлены «поправками» профессора Доу, а какие относятся к собственным поправкам Третейского суда. Эта разбивка важна, потому что различные корректировки имели бы различное влияние на прибыль и EBITDA ОАО «НК «ЮКОС», рассчитанные по сценарию «если бы не». Профессор Доу, тем не менее, смог установить «нижнюю границу» последствий невнесения Третейским судом соответствующих корректировок при расчете акционерной стоимости ОАО «НК «ЮКОС» по сценарию «если бы не», консервативно предположив, что корректировки Третейского суда имели минимальный возможный эффект на прибыль и EBITDA ОАО «НК «ЮКОС» по сценарию «если бы не».
454. Профессор Доу пересчитал акционерную стоимость ОАО «НК «ЮКОС» по сценарию «если бы не», используя методологию Третейского суда, с единственным изменением – он консервативно снизил прибыль и EBITDA ОАО «НК «ЮКОС» за 2007 г., чтобы отразить корректировки, сделанные Третейским судом в значение Свободного денежного потока к собственному капиталу г-на Качмарека за 2007 г. Профессор Доу указывает в своем Экспертном заключении, что, основываясь на предположениях, которые он рассматривает как консервативные, Третейский суд присудил Истцам сумму не менее 1,422 миллиарда долларов США в отношении акционерной стоимости ОАО «НК «ЮКОС» по сценарию «если бы не», которая не имеет экономического обоснования и целиком обусловлена этим недочетом в методике Третейского суда.⁶¹⁸ Он также отмечает, что, по его мнению, эта сумма значительно занижена, в свете собственных заключений Третейского суда, что ОАО «НК «ЮКОС», скорее всего, вывело бы часть своей прибыли через свою «обширную» и «непрозрачную» оффшорную структуру, чтобы *«лишить миноритарных акционеров данной прибыли, действуя в интересах мажоритарных акционеров или менеджмента компании».*⁶¹⁹
455. Решение Третейского суда отдельно определить акционерную стоимость и размер дивидендов ОАО «НК «ЮКОС» по сценарию «если бы не», и, в частности, решение

⁶¹⁸ Экспертное заключение г-на Доу, п. 116, Приложение В.2; Окончательные арбитражные решения, п. 1808.

⁶¹⁹ Экспертное заключение г-на Доу, п. 116.

Третейского суда не применять собственные корректировки в значения Свободного денежного потока к собственному капиталу г-на Качмарека при определении акционерной стоимости ОАО «НК «ЮКОС» по сценарию «если бы не», (а) не могло быть предвидено, (b) было сделано без предоставления сторонам возможности быть выслушанными, и (с) как и определение Третейского суда по размеру дивидендов ОАО «НК «ЮКОС» в сценарии «если бы не», привело к неожиданному решению. Неожиданное решение Третейского суда составляет независимое основание для отмены Арбитражных решений по делу ОАО «НК «ЮКОС» в соответствии со Статьей 1065(1)(с) ГПК, а также является нарушением публичного порядка в соответствии со Статьей 1065(1)(е) ГПК.

(d) Лишение Российской Федерации права быть выслушанной отчасти стало результатом решения Третейского суда не разделять процесс

456. Отказ Третейского суда в предоставлении Российской Федерации права быть выслушанной по этим вопросам был вполне предотвратим, даже хотя никто и не мог предположить, что Третейский суд разработает свою собственную методологию для определения размера убытков Истцов. Когда Третейский суд заключил, что данных, позволяющих ему определить размер убытков на основе его собственных заключений об ответственности (и, в частности, определенной им даты оценки), недостаточно, Третейский суд должен был, по крайней мере, предложить сторонам представить дополнительные фактические данные и экспертные материалы по обозначенным Третейским судом проблемным местам вопроса об убытках.
457. Российская Федерация, в действительности, формально просила Третейский суд предоставить сторонам отдельную возможность высказаться по вопросам убытков, если и когда Третейский суд признает Российскую Федерацию ответственной за убытки. Разделение вопросов ответственности и убытков, предложенное Российской Федерацией, обеспечило бы эффективный процесс для получения мнений сторон по вопросам убытков, основываясь на заключениях Третейского суда по вопросам ответственности, включая его заключения касательно вопроса о дате, на которую должны оцениваться убытки и виды убытков, подлежащих возмещению Истцам.
458. Российская Федерация сначала попросила Третейский суд разделить рассмотрение вопросов об ответственности и убытках, до того как Третейский суд определил график для подачи меморандумов и доказательств по существу дела.⁶²⁰ Третейский суд затем решил отложить вопрос о разделении процесса до первого раунда подачи документов по

⁶²⁰ Письмо Cleary Gottlieb в Третейский суд от 15 марта 2010 г.; см. также Протокол от 7 мая 2010 г. Процессуальное слушание, 4:10-24:8.

существо дела.⁶²¹ В соответствии с этим, Российская Федерация внесла изменения в свое заявление в апреле 2011 г., пояснив:

«Без первоначального получения определяющих решений Третейского суда на тему того, какая группа действий (если таковые были) Российской Федерации, ОАО «НК «ЮКОС» и/или Истцов и других действующих от их имени лиц фактически применима для определения убытков, и временных характеристик таких действий, попытки сторон посчитать убытки для какого-либо сценария решения об ответственности будут полностью основаны на догадках и допущениях».⁶²²

459. Хотя Истцы были против разделения процесса как такового, они все-таки соглашались, что Третейскому суду будет полезно сделать дополнительные запросы у сторон и их экспертов после слушания дела по существу, чтобы разрешить отдельные проблемные моменты вопроса об убытках, поднятые заключением Третейского суда об ответственности. Как пояснил адвокат Истцов:

«Я не отрицаю того факта, что у вас могут возникнуть вопросы. Выслушав обоих экспертов и полностью разобравшись в методологии, вы можете задать вопросы и сказать «Эксперты, пожалуйста, дайте нам результаты – гипотетически мы ничего не решаем на этой стадии, но дайте мне результат, если вы берете эту дату или другую, и если вы считаете НДС или не считаете».⁶²³

460. Истцы специально признавали, что такие запросы будут необходимы, и их модель не может разрешить все вопросы, если Третейский суд заключит, что убытки следует оценивать на дату, отличную от 21 ноября 2007 г. – дату оценки, используемую в моделях г-на Качмарека. Как пояснял юрист Истцов: «*В настоящий момент очень сложно оперировать датами [...]. Это не то, что Вы можете сделать за пять минут в живом времени, но эксперты могут это сделать*».⁶²⁴

461. Третейский суд также признавал, что если будут отсутствовать доказательства, он может сделать дополнительные запросы сторонам, указав что: «*Если Истцы не преуспели в доказывании, [Российская Федерация] знает, что делать*».⁶²⁵ Адвокат Российской

⁶²¹ Процессуальный приказ № 10, п. 4-5.

⁶²² Краткое заявление Ответчика о разделении вопросов об ответственности и размера компенсации, и о направлении согласно статье 21 ДЭХ, п. 10 (29 апреля 2011 г.). См. там же. п. 12 («Это будет практически невозможно – и просто несправедливо – требовать от Российской Федерации ответить на все вопросы требования о возмещении убытков на 104 миллиарда долларов США, не зная за какие действия, по мнению Третейского суда, она несет ответственность (если вообще несет)»).

⁶²³ Слушание 9 мая 2011 г. о разделении вопросов об ответственности и размера компенсации и о направлении согласно статье 21 ДЭХ, в 69:16-23.

⁶²⁴ Слушание 9 мая 2011 г. о разделении вопросов об ответственности и размера компенсации и о направлении согласно статье 21 ДЭХ, в 147:11-14. См. там же в 151:7-21 (обсуждение адвокатом Российской Федерации важности изменения даты оценки).

⁶²⁵ Слушание 9 мая 2011 г. о разделении вопросов об ответственности и размера компенсации и о направлении согласно статье 21 ДЭХ, в 49:10-11 и 49:12-14.

Федерации ответил, что это должно вести к отказу в присуждении убытков, но также отметил, что *«не будет в новинку для Третейского суда запросить дополнительные документы на данном этапе»*, на что Третейский суд ответил, *«Да, на данном этапе»*.⁶²⁶

462. Хотя именно такое обстоятельство возникло, когда Третейский суд не принял предложенную Истцами дату оценки,⁶²⁷ он без объяснений не стал делать того, что ожидали обе стороны – как говорил адвокат Истцов, *«[э]ксперты, пожалуйста, дайте нам результаты [...] если вы берете эту дату или другую»*.⁶²⁸ Вместо этого Третейский суд решил заполнить пробелы в доказательственной базе, разработав какой-то новый собственный подход к оценке убытков, без дебатов сторон и их экспертов. В результате Арбитражные разбирательства стали развиваться именно таким предвзятым образом, который Российская Федерация пыталась избежать, предлагая разделение процесса на вопросы об ответственности и об убытках.

463. Хотя Регламент ЮНСИТРАЛ позволяет арбитражным судам проявлять усмотрение, чтобы вести арбитражное разбирательство *«в манере, которую они считают целесообразной»*, это усмотрение должно подчиняться условию, *«что на любой стадии процесса каждой стороне будет предоставлена полноценная возможность изложить свои доводы»*.⁶²⁹ Это соответствует требованиям Статьи 1039(1) ГПК, которая гласит, что арбитражный суд *«дает каждой стороне возможность обосновать свои требования и изложить свои доводы»*. При осуществлении своего усмотрения по вопросу организации арбитражного процесса, Третейский суд был обязан осуществлять свое усмотрение *«в рамках правил, предоставляющих возможность усмотрения, и согласно нормам отправления правосудия»*.⁶³⁰ При всем уважении к Третейскому суду, он нарушил свои полномочия в этом фундаментальном аспекте, позволив себе без дебатов сторон разработать свою собственную методологию расчета убытков, и не предоставив сторонам и их экспертам возможности быть выслушанными. Поэтому принятое вследствие этого неожиданное решение должно быть отменено также в соответствии со Статьей 1065(1)(e) ГПК.

⁶²⁶ Слушание 9 мая 2011 г. о разделении вопросов об ответственности и размера компенсации и о направлении согласно статье 21 ДЭХ, в 49:9-14 [выделение добавлено].

⁶²⁷ Окончательные арбитражные решения, пп. 1760-1762.

⁶²⁸ Слушание 9 мая 2011 г. о разделении вопросов об ответственности и размера компенсации и о направлении согласно статье 21 ДЭХ, в 69:19-22 (выступление адвоката Истцов).

⁶²⁹ Регламент ЮНСИТРАЛ, Ст. 15(1) ([Приложение RF-39](#)).

⁶³⁰ Джефф Вайнимер, Процедура и доказательства в международном арбитраже (2012 г.), стр. 751, параграф 10.3.2.3 ([Приложение RF-87](#)).

(e) **Оценка Третейским судом ОАО «НК «ЮКОС» на дату Окончательных арбитражных решений является нарушением его полномочий**

464. Определение Третейского суда о том, что убытки Истцов должны быть рассчитаны на дату Окончательных арбитражных решений, представляет собой отдельное основание для отмены Арбитражных решений по делу ОАО «НК «ЮКОС», поскольку Статья 13 ДЭХ прямо устанавливает, что компенсация за экспроприацию инвестиций должна быть равна *«справедливой рыночной стоимости экспроприированных Инвестиций, рассчитанной на предшествующую экспроприации дату»*. В присуждении Истцам убытков, основанных на стоимости ОАО «НК «ЮКОС» на дату Окончательных арбитражных решений, Третейский суд превысил свои полномочия, и Суд, соответственно, должен отменить Арбитражные решения по делу ОАО «НК «ЮКОС» согласно Статье 1065(1)(с) ГПК.
465. Выбор Третейским судом даты Окончательных арбитражных решений как даты для определения размера убытков Истцов также является произвольным и направленным на наказание. По этой причине также Арбитражные решения по делу ОАО «НК «ЮКОС» должны быть отменены согласно Статьям 1065(1)(с) и (е) ГПК. Присуждение Третейским судом убытков должно было поставить Истцов в то положение, в котором они бы находились в случае, «если бы не» меры Российской Федерации, признанные не соответствующими ДЭХ. Размер убытков, присужденных Истцам, должен находиться, таким образом, в зависимости от действий Российской Федерации. Присуждение Третейским судом убытков на какую-то дату, в которую были приняты Окончательные арбитражные решения, таким образом, нарушает требуемую связь с действиями Российской Федерации, и ведет к присуждению Истцам миллиардов долларов убытков, размер которых обусловлен только произвольной датой, в которую Третейский суд решил принять свои Окончательные арбитражные решения.
466. Если бы, например, Окончательные арбитражные решения были приняты 5 ноября 2014 г., акционерная стоимость ОАО «НК «ЮКОС», рассчитанная по сценарию «если бы не» на основе методологии Третейского суда и с использованием стоимости закрытия Индекса РТС на эту дату, составила бы приблизительно на 6 миллиардов долларов *меньше*, чем установленная Третейским судом стоимость на 30 июня 2014 г.⁶³¹ Сумма убытков, присужденных Истцам в отношении акционерной стоимости ОАО «НК «ЮКОС», рассчитанной по сценарию «если бы не», была бы пропорционально снижена,

⁶³¹

Экспертное заключение г-на Доу, п. 43.

на более чем 3 миллиарда долларов. Это значительное колебание в стоимости не связано ни с какими действиями Российской Федерации.

467. Использование Третейским судом даты Окончательных арбитражных решений как даты расчета убытков Истцов также не соответствует выводу Третейского суда в Окончательных арбитражных решениях о том, что «экспроприация лишает собственника не только стоимости актива на дату экспроприации, но и рисков, связанных с владением».⁶³² Как отметил профессор Доу, «единственный способ учесть оба этих аспекта, это оценить стоимость актива на дату экспроприации, когда ни собственник, ни государство не знают, будет ли актив расти или падать в цене».⁶³³

Е. Третье основание нарушения полномочий – Арбитры не выполнили свой мандат лично

(а) Введение

468. Настоящий раздел затрагивает принципиальный вопрос, который касается самой сущности арбитражной функции, а именно – обязанности арбитров рассматривать доказательства и доводы и решать дело лично, без делегирования полномочий. Из информации, которая была предоставлена сторонам после регистрации Окончательных арбитражных решений следует, что члены Третейского суда нарушили данную обязанность.
469. В частности, эта информация указывает на то, что помощник Третейского суда, который ранее Третейским судом был представлен сторонам как отвечающий только за административные задачи, на самом деле посвятил Арбитражным разбирательствам на 40-70% больше времени, чем любой из арбитров, и, таким образом, надо полагать, сыграл существенную роль в анализе доказательств и аргументов, обсуждениях и подготовке Окончательных арбитражных решений. Это отклонение не может быть объяснено логистической или административной ролью помощника, потому что материально-техническое обеспечение и организация работы входили в круг обязанностей Постоянной палаты третейского суда («ППТС»). Два члена ППТС осуществляли функции секретаря арбитражного суда и помощника секретаря, и ППТС отчитался о более 5000 часов, потраченных на данные Арбитражные разбирательства. То обстоятельство, что вдобавок помощник потратил гораздо больше времени на это дело, чем любой из арбитров, свидетельствует о том, что арбитры делегировали помощнику содержательные обязанности, которые не подлежат законному делегированию. Этот

⁶³² Окончательные арбитражные решения, п. 1803 (где цитируется Письменное заявление Ответчика по итогам слушаний, п. 239).

⁶³³ Первое экспертное заключение г-на Доу, п. 13.

вывод подкрепляется недавним отказом Третейского суда предоставить какие-либо дальнейшие подробности о работе помощника, на том основании, что предоставление такой информации поставит под угрозу «конфиденциальность обсуждений Третейского суда». Такое делегирование представляет собой нарушение обязанности арбитров осуществлять свои полномочия лично, исключая участие каких-либо лиц, и обосновывает отмену Арбитражных решений по делу ОАО «НК «ЮКОС» на основе Статьи 1065(1)(с) ГПК.

(b) Задачи Арбитров

470. Стороны привлекают арбитра, основываясь на его знаниях и опыте, и чтобы обеспечить именно его время. Соответственно, обязанности, которые арбитры должны исполнить, имеют строго личный характер («*intuitu personae*»).⁶³⁴ В отличие от судьи, к арбитру обращаются за решением конкретного спора, и арбитр может решать, какие виды и сколько дел он рассматривает.⁶³⁵ Это значит, что арбитр может принимать на себя полномочия только в том случае, если он имеет возможность лично уделить арбитражному разбирательству достаточно времени и внимания; за это арбитры обычно лично и в достаточном размере вознаграждаются.⁶³⁶
471. Все арбитры должны на самом деле участвовать в формировании важных частей арбитражного решения.⁶³⁷ Норма Статьи 1057 ГПК – о том, что в случае, когда третейский суд состоит из более чем одного арбитра, все арбитры должны подписать арбитражное решение, – специально направлено на обеспечение того, чтобы арбитры на самом деле лично анализировали и решали дело при взаимном сотрудничестве, и чтобы арбитры были единолично ответственны за результат. Данный принцип коллегиальной ответственности также применяется в международных делах.⁶³⁸
472. Поскольку арбитры обязаны лично осуществлять свои функции, они не могут делегировать эти полномочия другим.⁶³⁹ Личные обязанности арбитров, которые не могут быть делегированы третьим лицам, включают посещение слушаний и участие в обсуждениях, оценку документов и других доказательств в деле, изучение и анализ

⁶³⁴ См., например: М.П.Дж. Смакман, «De rol van de secretaris van het scheidsgerechtheilicht», TvA 2007 г., 2, параграф 4; К. Партасидес, Четвертый арбитр? Роль секретарей третейских судов в международном арбитраже, 2002 г., Kluwer Law International, номер 2, стр. 147 (Приложение RF-88).

⁶³⁵ Партасидес, 2002 г., номер 2, стр. 156 (Приложение RF-88).

⁶³⁶ Правила этики Международной ассоциации юристов для международных арбитров, статья 2(3) (Приложение RF-89).

⁶³⁷ Снийдерс 2011 г., статья 1057, сноска 1.

⁶³⁸ Решение Верховного суда от 5 декабря 2008 г., NJ 2009, 6.

⁶³⁹ Партасидес, 2002 г., стр. 147 (Приложение RF-88).

представленных сторонами письменных заявлений, и разрешение спора.⁶⁴⁰ В содержательном плане арбитр не может даже частично делегировать свои полномочия по разрешению спора другим арбитрам, не говоря уже о третьих лицах.⁶⁴¹ Партасайдс формулирует этот исходный принцип следующим образом:

«Будет очевидным сказать, что миссия арбитра является *intuitupersonae* (т.е. носит личный характер). Выбор стороной арбитра является, по существу, личным. Таким же является и мандат выбранного арбитра. Принимая свое назначение, арбитр неизбежно принимает обязанность не делегировать свой мандат».⁶⁴²

(с) Задача административного секретаря

473. Обычно предполагается, что третейский суд может пользоваться помощью административного секретаря (далее также «секретарь третейского суда»). Секретарь третейского суда оказывает поддержку третейскому суду при осуществлении административных действий, касающихся организации арбитражного разбирательства. Однако третейский суд остается ответственным за конкретные действия, влекущие за собой разрешение спора, включая личный анализ представленных сторонами доказательств и письменных заявлений.⁶⁴³
474. Арбитр не может делегировать часть или все свои личные полномочия секретарю третейского суда.
475. Для того, чтобы составить описание должностных обязанностей секретаря третейского суда, необходимо обратиться к применимым процессуальным нормам, которые могут отличаться в разных делах. Как изложено выше, применимыми процессуальными нормами в данном деле являются Голландский гражданский процессуальный кодекс и Регламент ЮНСИТРАЛ. Поскольку оно касается норм, применимых в международных делах, толкование также должно учитывать международную практику.⁶⁴⁴
476. Голландский гражданский процессуальный кодекс содержит только одно положение о роли и функции секретаря третейского суда, Статью 1058 (в сочетании со Статьей 1061 ГПК), которая предусматривает, что секретарь третейского суда уполномочен подписать копию арбитражного решения, которая направляется сторонам. Это является исключительно административной функцией. Кроме того, Статьи 1033-1035 и 1073

⁶⁴⁰ Г. Борн, Международный коммерческий арбитраж, Kluwer Law International, 2014 г., стр. 1999 (Приложение RF-90).

⁶⁴¹ См. решение Суда второй инстанции Амстердама от 29 января 2014 г., ECLI:NL:RBAMS:2014:793.

⁶⁴² Партасидес, 2002 г., стр. 147 (Приложение RF-88).

⁶⁴³ М.П.Дж. Смакман, 2007 г., параграф 4.

⁶⁴⁴ Решение Верховного суда от 17 января 2003 г., NJ2004, 384 (*IMSvs. Moodsaf-IR*), основание 3.3.

ГПК предусматривают, что секретарю третейского суда может быть заявлен отвод по той же причине, что и арбитру, например, из-за отсутствия беспристрастности или независимости.

477. Голландская юридическая литература недвусмысленно устанавливает, что в случае когда, как в настоящем деле, хотя бы один из арбитров – юрист, роль секретаря третейского суда должна пониматься как очень ограниченная. В таком случае, секретарь третейского суда может также осуществлять подготовительные работы, когда подходит время писать арбитражное решение, проводя исследования подходящей юридической литературы и судебной практики. В деле как данные Арбитражные разбирательства, где меморандумы сторон были весьма обширны по своему характеру и сопровождались копиями всех документов и юридических оснований, на которых они основывались, необходимость в привлечении такого помощника по исследованиям весьма мала. В любом случае, коллегия не освобождается от обязанности по проведению собственных исследований, и составление решения является исключительной прерогативой третейского суда.⁶⁴⁵
478. Третейский суд был назначен в соответствии с Регламентом ЮНСИТРАЛ. Как и Голландский Гражданский Процессуальный Кодекс, этот регламент не содержит каких-либо явных положений относительно роли секретаря третейского суда, которые здесь применимы. Это значит, что круг должностных обязанностей секретаря третейского суда, в основном, устанавливается международной практикой.
479. Комментарии ЮНСИТРАЛ по организации арбитражного разбирательства (1996 г.) (не путать с Регламентом ЮНСИТРАЛ), отражают международную практику и предусматривают, что секретарь третейского суда может осуществлять исключительно административные действия, включая резервирование залов заседаний и предоставление секретарской поддержки, но он не может играть никакой роли в разрешении правового спора.⁶⁴⁶ Как сказано в другом упомянутом документе по арбитражному процессу, *«одно из основных условий роли секретаря заключается в том, что он не может принимать на себя функции третейского суда (или арбитров), и не может влиять на арбитражное решение»*.⁶⁴⁷ Комментарии МТП о назначении административных секретарей являются дополнительным указанием на то, что является общепринятым в международной практике:

⁶⁴⁵ Таким образом: П. Сандерс, *«De secretaris van het scheidsgerecht»* [Секретарь третейского суда], *TvA* 2007 г., стр. 29, п. 2. Также: Ф.Д. фонГомбрахт-Бринкман, *«Er zijn secretarissen en secretarissen!»* [Секретари третейского суда секретарям третейского суда рознь!] Отзыв на статью профессора Сандерса, *«De secretaris van het scheidsgerecht»* [Секретарь третейского суда], *TvA* 2008 г., стр. 17.

⁶⁴⁶ Комментарии ЮНСИТРАЛ по организации арбитражного разбирательства 1996 г., пп. 26-27 ([Приложение RF-91](#)).

⁶⁴⁷ Борн, 2014 г., стр. 2000 ([Приложение RF-90](#)).

«Функции административного секретаря должны быть строго ограничены административными задачами ... Такое лицо не должно иметь влияния в какой-либо форме на решения Третейского суда.

В частности, административный секретарь не может принимать на себя функции судьи третейского суда, в частности, становясь вовлеченным в процесс принятия решений Третейским судом, или выражая мнения или заключения в отношении вопросов спора».⁶⁴⁸

480. Руководство в отношении секретарей третейских судов Молодежного МСКА (2014 г.), в Статье 1(4) предусматривает:

«Статья 1. Основные принципы назначения и использования секретарей третейского суда

[...]

(4) Обязанностью каждого арбитра должно быть не допустить делегирования любой части его (ее) персональных полномочий любому другому лицу, включая секретарю третейского суда».⁶⁴⁹

481. Оно так же включает в себя следующие пояснения:

«Статья 1(4):

Наиболее распространенный аргумент против использования арбитражных секретарей – это то, что мандат арбитров является *intuitu personae* («носящим личный характер») и что любое использование секретарей третейского суда помимо чисто административных функций угрожает отступлением от принципа личной ответственности арбитров. Действительно, из тех респондентов, кто выступал против использования секретарей третейского суда в Опросе 2012 г., 80% основной причиной для своих возражений назвали «[о]тступление от личной ответственности арбитров», когда им предложен выбор между этим вариантом ответа и «расходами». Любой арбитр, который назначает секретаря третейского суда, должен, таким образом, делать это надлежащим образом и с особой осторожностью, чтобы не допустить делегирования любой части своего процесса принятия решения способом, который приведет к «размыванию» личного мандата арбитра. [...]»⁶⁵⁰

482. Результаты репрезентативного опроса, проведенного в 2012 году среди участников международных арбитражных разбирательств, показывают, что является определяющим в задачах секретаря третейского суда в международных арбитражах. Опрос показал, что примерно 90% опрошенных считает, что секретарю третейского суда не позволяется

⁶⁴⁸ Комментарий секретариата суда МТП о назначении административных секретарей третейскими судами 1995 г. Кстати говоря, данный Комментарий МТП был заменен в 2012 г. на Комментарий МТП о назначении, обязанностях и вознаграждении секретарей третейских судов 2012 г. ([Приложение RF-92](#)).

⁶⁴⁹ Статья 1(4) Руководства в отношении секретарей третейских судов Молодежного МСКА, «Лучшие практики по назначению и использованию секретарей третейских судов» ([Приложение RF-93](#)).

⁶⁵⁰ Руководство в отношении секретарей третейского суда Молодежного МСКА, «Лучшие практики по назначению и использованию секретарей третейских судов», стр. 6 ([Приложение RF-93](#)).

формулировать важные части решений и, более того, он должен воздержаться от обсуждения существа дела с кем-либо из арбитров.⁶⁵¹

483. Коротко говоря, секретарь третейского суда не должен полностью или частично принимать на себя полномочия арбитра, как не должен вести деятельность в качестве четвертого арбитра.⁶⁵² Это значит, что секретарь третейского суда не может активно участвовать в обсуждениях, ведущих к принятию арбитражного решения,⁶⁵³ что, действительно, является задачей исключительно арбитров.⁶⁵⁴ Написание мотивировочной части арбитражного решения или отдельных его частей – это исключительная прерогатива третейского суда, и арбитры должны сделать это своими собственными словами.⁶⁵⁵ Только лично участвуя в составлении арбитражного решения и выверяя его мотивировочную часть, арбитр может исполнить свой личный мандат. Г. Борн формулирует стандарт следующим образом:

«[О]бщепризнанно, что секретарь не должен принимать на себя функции судей третейского суда по заслушиванию показаний, оценке правовых аргументов, решению дела или подготовке мотивированного решения».⁶⁵⁶

(d) Задачи помощника третейского суда

484. Необходимо проводить различие между позицией «секретаря третейского суда» и позицией «помощника» третейского суда. Должность секретаря третейского суда законодательно закреплена в Голландском гражданском процессуальном кодексе, в отличие от должности помощника. Например, секретарю третейского суда, назначенному третейскому суду, может быть заявлен отвод по тем же причинам, что и арбитрам (Статья 1033 ГПК), однако такой возможности нет для помощника. Другое отличие заключается в том, что секретарь уполномочен подписать копию арбитражного решения, направляемую сторонам (Статья 1058 ГПК). Помощник не обладает данным правом.
485. Тот факт, что позиция секретаря третейского суда, в отличие от позиции помощника, закреплена в Голландском гражданском процессуальном кодексе, подтверждает вывод о

⁶⁵¹ White & Case, Опрос по международному арбитражу: действующая и предпочтительная практика в арбитражном процессе, 2012 г., стр. 12 (Приложение RF-94).

⁶⁵² Сандерс, 2007 г., п. 2.

⁶⁵³ Редферн, Хантер и др., Редферн и Хантер о международном арбитраже, Издательство Оксфордского университета, 2009 г., п. 4.185 (Приложение RF-95).

⁶⁵⁴ Борн, 2014 г., стр. 2043 (Приложение RF-90).

⁶⁵⁵ См., например: Сандерс, 2007 г., параграф 2; Фон Гомбрахт-Бринкман, 2008 г., 17; Дж. Вейнсиммер, Процедура и доказательства в международном арбитраже, Kluwer Law International 2011 г., стр. 444-445; Комментарий МТП о назначении, обязанностях и вознаграждении секретарей третейского суда 2012 г. (Приложение RF-92).

⁶⁵⁶ Борн, 2014 г., стр. 2045 (Приложение RF-90).

том, что обязанности помощника еще менее значительны, чем обязанности секретаря третейского суда. Поэтому помощник тем более не может полностью или частично принимать на себя полномочия арбитров, а также осуществлять деятельность как четвертый арбитр, или даже участвовать в обсуждениях, ведущих к принятию арбитражного решения, а также он не может писать какие-либо проекты текста решения. В дополнение к запрету арбитрам делегировать их личные полномочия, обоснование для этих ограничений для должности помощника состоит в том, что нет никакого обязательства по раскрытию информации для помощника и помощнику не может быть заявлен отвод на основании кодекса.

(e) Помощник в настоящем деле сыграл решающую роль в Арбитражных разбирательствах

486. Для данного дела Третейский суд нанял лицо, которое представил сторонам как «помощника» Третейского суда, но которому, видимо, впоследствии позволил брать на себя важные обязательства, являющиеся частью личного мандата каждого арбитра, поэтому он фактически действовал в качестве четвертого арбитра, как более подробно изложено ниже.
487. Председатель Третейского суда на первом организационном слушании 31 октября 2005 г. сообщил сторонам, что г-н Мартин Валасек назначен помощником Третейского суда.⁶⁵⁷ Это было, по сути, представлено как «*fait accompli*» («свершившийся факт»). Г-н Валасек не делал каких-либо заявлений относительно своей беспристрастности и независимости от сторон.⁶⁵⁸
488. Председатель сообщил сторонам на слушании 31 октября 2005 г., что г-н Валасек будет оказывать только административную и логистическую поддержку:

«Я хотел бы обратить внимание сторон, что я попросил одного из своих коллег в монреальском офисе помочь мне в проведении данного дела. Потому что, как все из нас, я много путешествую, если в какое-то время я недоступен, вы всегда можете связаться с ним... Может так случиться, что вы захотите что-то узнать в отношении третейского суда, что Брукс Дэли [секретарь ППТС] не будет знать. В этом случае Мартин [Валасек] будет доступен в моем монреальском офисе и, надеюсь, сможет ответить на ваши вопросы».⁶⁵⁹

⁶⁵⁷ Протокол процессуального слушания, состоявшегося 31 октября 2005 г., 92:19-25.

⁶⁵⁸ Председатель Третейского суда заявил сторонам в своем электронном письме от 2 ноября 2005 г., что «Мартин [Валасек] – беспристрастен и независим от Сторон». Электронное письмо Председателя Третейского суда Сторонам от 2 ноября 2005 г.

⁶⁵⁹ Протокол процессуального слушания 31 октября 2005 г., 92:19-93:6 [выделение добавлено].

489. Третейский суд отдельно назначил г-на Брукс Дэли из ППТС как административного секретаря (не путать с г-ном Валасеком, который действовал как помощник).⁶⁶⁰ Это назначение было сделано согласно Статье 7(с) Условий назначений, которые были согласованы между сторонами и арбитрами 31 октября 2005 г., которая устанавливает основу назначения и описывает должностные обязанности секретаря:

«Третейский суд может назначить члена Канцелярии [ППТС] для осуществления функций Административного секретаря. Административный секретарь и другие члены Международного бюро [ППТС] выполняют административные задания по поручению Третейского суда».⁶⁶¹

490. Секретарь, таким образом, должен был исполнять «административные задания». Ни Условия назначений, ни какой-либо другой документ не предусматривают основания для назначения помощника Третейского суда. Третейский суд запросил и получил явно выраженное согласие сторон на назначение г-на Брукс Дэли в качестве административного секретаря, в то время как о назначении помощника г-на Валасека Председатель их просто проинформировал во время слушания 31 октября 2005 г.⁶⁶² Третейский суд не говорил, что помощник будет выполнять какие-либо обязанности помимо административных и коммуникационных.

491. Однако, из Окончательных арбитражных решений вытекает, что Третейский суд, должно быть, делегировал своему помощнику гораздо более существенные обязанности. В пунктах 1860-1866 Окончательных арбитражных решений содержится краткий перечень расходов арбитров, секретариата и помощника:

«1860. Вознаграждение г-ну Даниэлю Прайсу, изначально назначенному Истцами арбитру, составляет 103537,50 евро. Расходы г-на Прайса составляют 3678,99 евро. Вознаграждение г-ну Чарльзу Понсе, арбитру, назначенному Истцами после отставки г-на Прайса, составляет 1513880 евро. Расходы г-на Понсе составляют 85549,64 евро.

1861. Вознаграждение Судье Штефану М. Швобелю, назначенному Ответчиками арбитру, составляет 2011092,66 евро. Его расходы составляют 51927,29 евро.

1862. Вознаграждение Дистопочтимоу Председателю Л. Иву Фортье, члену Тайного совета, Компаньону Ордена Канады, офицеру Национального ордена Квебека, Королевскому адвокату, составляет 1732937,50 евро. Расходы Председателя составляют 51782,24 евро.

⁶⁶⁰ Протокол процессуального слушания 31 октября 2005 г., 9:23-10:5 [выделение добавлено].

⁶⁶¹ Условия назначения от 31 октября 2005 года, Статья 7 (с).

⁶⁶² Протокол процессуального слушания 31 октября 2005 г., 9:16-10:7 и 92:19-92:22.

1863. Вознаграждение г-ну Мартину Дж.Валасеку, Помощнику Третейского суда, составляет 970562,50 евро. Расходы г-на Валасека составляют 51718,96 евро.

1864. В соответствии с Условиями назначений и соглашением Сторон, Генеральный секретарь ППТС осуществлял функции Назначающего органа, и Международное бюро ППТС было назначено для осуществления функций Канцелярии в данном арбитражном разбирательстве. Вознаграждение ППТС за их услуги составляет 866552,60 евро.

1865. Другие расходы арбитражного суда, включая расходы на судебных корреспондентов, переводчиков, залы заседаний и слушаний, поездки и все другие, имеющие отношение к арбитражному разбирательству, составляют 996780,12 евро.

1866. Таким образом, судебные расходы, включая все статьи затрат, перечисленные в параграфах (a), (b), (c), (d) и (f) Статьи 38 Регламента ЮНСИТРАЛ, составляют 8440000 евро на стадиях определения юрисдикции и рассмотрения иска по существу».

492. Исходя из данного перечня и почасовой ставки участников (250-325 евро/час для помощника и 750-850 евро/час для каждого арбитра),⁶⁶³ Российской Федерации становится ясно, что г-н Валасек потратил гораздо больше времени на это дело, чем любой из арбитров. Таким образом, можно предполагать, что он делал гораздо больше, чем просто оказывал административную поддержку Третейскому суду, как его роль была озвучена сторонам Председателем, потому что он затратил гораздо больше часов на арбитражное разбирательство, чем любой из членов Третейского суда.
493. Тот факт, что помощник потратил на арбитражное разбирательство гораздо больше времени, чем любой из арбитров, был подтвержден информацией, предоставленной ППТС, которая осуществляла функции канцелярии и секретариата Третейского суда. Юридический консультант Российской Федерации 9 сентября 2014 г. запросил в секретариате ППТС (далее – «Секретариат») детальное описание времени,⁶⁶⁴ расходов и деятельности Третейского суда и г-на Валасека, для того, чтобы лучше разобраться в их деятельности. В своем ответе на данный запрос, 6 октября 2014 г., Секретариат направил сторонам Выписку по счету, которая содержит количество часов, затраченных каждым членом Третейского суда, г-ном Валасеком и ППТС, вместе с размерами их вознаграждения и понесенных расходов.⁶⁶⁵

⁶⁶³ Условия назначения от 31 октября 2005 г., Статья 5 (a); Письмо из Секретариата Сторонам от 17 ноября 2008 г.; Письмо из Секретариата Сторонам 26 января 2012; Письмо Истца в Секретариат от 30 января 2012 г.; Письмо Ответчика в Секретариат от 7 февраля 2012 г.

⁶⁶⁴ Письмо Ответчика в Секретариат от 9 сентября 2014.

⁶⁶⁵ Письмо Секретариата Сторонам с приложением Выписки по счету от 6 октября 2014 г.

494. Данные Секретариата показывают, что г-н Валасек выставил счет за 3 006,2 часов работы по Арбитражным разбирательствам с начала до конца, за что ему заплатили 970562,50 евро.⁶⁶⁶ Секретариат ранее сообщал, что г-н Валасек выставил счет за 381 час работы по арбитражному разбирательству с начала до конца 2008 г. (т.е. до слушаний о юрисдикции и допустимости иска), за что ему заплатили 95,250 евро.⁶⁶⁷ Это значит, что г-н Валасек потратил 2625 часов (за плату в размере 875312,50 евро) в период с 1 января 2009 г. до даты принятия Арбитражных решений по делу ОАО «НК «ЮКОС», то есть за период слушаний по существу дела и подготовки Арбитражных решений по делу ОАО «НК «ЮКОС».
495. Для сравнения, вознаграждение Председателю Третейского суда, г-ну Фортье, составило 1732937 евро за все арбитражное разбирательство, что соответствует 1 732,5 часам плюс 35 дней.⁶⁶⁸ В соответствии с их полномочиями, арбитры могли записывать на счет 10 часов за каждый день слушания,⁶⁶⁹ что означает, что г-н Фортье записал на счет 2082,5 часов ($1732.5 + (10 \times 35) = 2082,5$). Из этой общей суммы, г-н Фортье записал на счет 390,5 часов плюс 10 дней (т.е. всего 490,5 часов) и вознаграждение в размере 379525 евро за период до слушания юрисдикции и допустимости иска включительно (т.е. до 31 декабря 2008 г. включительно). Это значит, что г-н Фортье потратил 1592 часа на основные слушания по существу спора и составление Арбитражных решений по делу ОАО «НК «ЮКОС». Сходным образом сравнивая промежуточный и финальный счета, можно увидеть, что другие арбитры, г-н Понсе и г-н Швებель, потратили 1540 и 1852,6 часов, соответственно, на решающую стадию арбитражного разбирательства.⁶⁷⁰
496. Время, потраченное тремя арбитрами и помощником Третейского суда на основные слушания по существу и составление Арбитражных решений по делу ОАО «НК «ЮКОС» (т.е. с 1 января 2009 г.), схематично представлено ниже:

«Помощник» Валасек	2625 часов
Председатель Фортье	1592 часов

⁶⁶⁶ Окончательные арбитражные решения, п. 1863.

⁶⁶⁷ Выписка по счету от 4 февраля 2009 г. за период до 31 декабря 2008 г.

⁶⁶⁸ Окончательные арбитражные решения, п. 1862.

⁶⁶⁹ Условия назначения от 31 октября 2005 года, Статья 5 (а).

⁶⁷⁰ Согласно окончательной выписки по счету, г-н Понсе записал на счет 1559 часов плюс 33 дня (всего 1 889 часов) и г-н Швებель записал 2 077,2 часов плюс 34 дня (всего 2 417,2 часов), в то время как за период до 31 декабря 2008 г. г-н Понсе записал 249 часов плюс 10 дней (всего 349 часов) и г-н Швებель записал 464,6 часов плюс 10 дней (всего 564,6 часов). Это значит, что в стадии после слушания о юрисдикции и допустимости иска г-н Понсе записал на счет 1 540 часов (1,889 - 349), а г-н Швებель – 1 852,6 часов (2 417,2 – 564,6).

г-н Понсе	1540 часов
г-н Швებель	1852,6 часов

497. Это значит, что количество затраченных «помощником» часов примерно на 65% больше, чем количество часов, затраченных Председателем, г-ном Фортье, и более чем на 70% и 40% больше, чем количество часов, затраченных арбитрами, господами Понсе и Швებель, соответственно, на слушания по существу и составление Арбитражных решений по делу ОАО «НК «ЮКОС».
498. Полное участие г-на Валасека во всех аспектах Арбитражных разбирательств также становится очевидным из того факта, что он заявил расходы, почти идентичные расходам Председателя (51718,96 для помощника и 51782,24 для Председателя).⁶⁷¹
499. Намного большее количество часов, потраченных г-ном Валасеком на Арбитражные разбирательства, в сравнении с другими членами Третьего суда, не может быть оправдано или объяснено на том основании, что ему необходимо было выполнять административные функции, что могло бы предполагаться с учетом роли, которую, как заверил Председатель, будет играть помощник, поскольку у него не было никаких существенных административных обязанностей. В действительности, Секретариат полностью обеспечивал административную поддержку Арбитражного разбирательства. Как отмечалось, Третейский суд назначил г-на Брукс Дэли и г-жу Джудит Левайн как административного секретаря и помощника административного секретаря, соответственно, и несколько других сотрудников Секретариата помогали им при исполнении административных обязанностей и посещали слушания. Секретариат записал на счет всего 5232,1 часов за эти услуги, за которые ему заплатили 866552,60 евро. Кроме того, Секретариату оплатили 996780 евро за другие расходы, включая вознаграждение стенографистов, переводчиков, плату за залы заседаний и командировочные.⁶⁷² Это значит, что г-ну Валасеку не приходилось заниматься административной деятельностью.
500. Третейский суд через Секретариат фактически подтвердил, что г-н Валасек принимал участие в содержательной работе и обсуждениях Третьего суда – обязанностях, которые члены Третьего суда должны были выполнять лично. В частности, когда Секретариат отказал в требовании юридического консультанта Российской Федерации

⁶⁷¹ Окончательные арбитражные решения, пп. 1862 – 1863.

⁶⁷² Окончательные Решения, пп. 1864 – 1865.

предоставить дополнительные детали о затраченных помощником часах на том основании, что раскрытие каких-либо дополнительных деталей будет нарушать конфиденциальность обсуждений Третейского суда:

«ППТС проконсультировался с Третейским судом касательно запроса Ответчиков от 9 сентября 2014 г. По мнению Третейского суда, приложенная Выписка по счету предоставляет Сторонам достаточный уровень детализации, в то же время обеспечивая конфиденциальность обсуждений Третейского суда».⁶⁷³

501. Ссылаясь на конфиденциальность обсуждений как на основание для отказа в предоставлении дополнительной информации о роли помощника, Третейский суд фактически подтвердил, или, по крайней мере, не отрицал того, о чем косвенно свидетельствуют анализ времени и ссылка на конфиденциальность обсуждений. Естественным выводом из факта отсылки на «конфиденциальность обсуждений Третейского суда»⁶⁷⁴ является то, что третье лицо, г-н Валасек, участвовал в обсуждениях Третейского суда касательно показаний и представленных письменных заявлений сторон, и участвовал в составлении Окончательных арбитражных решений. Такое участие нарушает мандат Третейского суда на личное осуществление данных функций, исключая участие каких-либо других лиц.
502. До получения Окончательных арбитражных решений стороны не были уведомлены о том, что г-н Валасек мог осуществлять какие-либо из обязанностей, предназначенных для арбитров. В предыдущей выписке по счету, которая покрывала период до слушания о юрисдикции и допустимости иска, г-н Валасек записал на счет значительно меньшее количество часов, чем арбитры, что предполагалось в случае, когда помощник выполняет административные функции. Например, г-н Валасек сообщил 381 час за этот период, Председатель – о 490,5 часах и другие арбитры записали – 564,6 и 487 часов работы.⁶⁷⁵
503. Очевидно, собственное понимание Третейским судом роли г-на Валасека изменилось после первоначального представления отчета, о чем Третейский суд не сообщил сторонам. На самом деле, сравнение обложки Промежуточных арбитражных решений с обложкой Окончательных арбитражных решений обнаруживает малозаметное изменение, которое указывает на то, что Третейский суд молча повысил г-на Валасека в статусе секретаря или помощника секретаря к моменту обсуждения Окончательных

⁶⁷³ Письмо Секретариата Сторонам от 6 октября 2014 г., стр. 2 [выделение добавлено].

⁶⁷⁴ Письмо Секретариата Сторонам от 6 октября 2014 г.

⁶⁷⁵ Это включает 390,5 часов плюс 10 дней для председателя; 464,6 часов плюс 10 дней для г-на Швебеля; и 138,05 часов для г-на Прайса плюс 249 часов плюс 10 дней для г-на Понсе, который заменил ушедшего в отставку г-на Прайса. См. Выписку по счету от 4 февраля 2009 г.

арбитражных решений. Здесь приведены соответствующие выдержки с обложки Промежуточных арбитражных решений о юрисдикции и допустимости иска:

ПРОМЕЖУТОЧНОЕ РЕШЕНИЕ О ЮРИСДИКЦИИ И ДОПУСТИМОСТИ

30 ноября 2009 г.

Состав арбитража:

Достопочтимый Л. Ив Фортье, член Тайного совета, Компаньон Ордена Канады,
офицер Национального ордена Квебека, Королевский адвокат

Д-р Шарль Понсе

Судья Стивен М. Швебель

Г-н Брукс В. Дэйли, секретарь Суда

Г-жа Джудит Левин, помощник секретаря Суда

Г-н Мартин Д. Валасек, помощник Суда

504. И аналогичная часть обложки Окончательных арбитражных решений, показывающая повышение г-на Валасека в статусе:

ОКОНЧАТЕЛЬНОЕ РЕШЕНИЕ

18 июля 2014 г.

Состав арбитража:

Достопочтимый Л. Ив Фортье, член Тайного совета, Компаньон Ордена Канады,
офицер Национального ордена Квебека, Королевский адвокат

Д-р Шарль Понсе

Судья Стивен М. Швебель

Г-н Мартин Д. Валасек, помощник Суда

Г-н Брукс В. Дэйли, секретарь Суда

Г-жа Джудит Левин, помощник секретаря Суда

505. Какими бы не были причины для необъявленного повышения помощника в статусе – что совпало с его продвижением по службе в юридической фирме Председателя – делегирование обязанностей арбитров помощнику неправомерно. В момент, когда г-н Валасек был назначен помощником Третейского суда, он являлся юристом той же фирмы, что и Председатель Третейского суда. Эта фирма после нескольких объединений теперь стала частью Norton Rose Fulbright. Г-н Валасек стал партнером в Norton Rose во

время Арбитражного разбирательства, и, согласно вебсайту фирмы, теперь регулярно выступает в качестве арбитра и спикера на международных арбитражных конференциях.⁶⁷⁶ Журналом «*Chambers Global: The World's Leading Lawyers for Business, 2012-2014*» г-н Валасек за это время также был назван специалистом по международному арбитражу.⁶⁷⁷ Но это развитие в профессиональном плане не может оправдать делегирование помощнику функций арбитра, или его превращение в четвертого арбитра. Как раз обратное имеет место, что наглядно демонстрируется на основании следующего высказывания бывшего секретаря Международного арбитражного суда МТП (которая, на самом деле, относится к секретарю третейского суда, но также применима к помощнику):

«по крайней мере в одном деле, Суд [МТП] потребовал у коллегии заменить секретаря, когда изначально назначенное лицо было известным арбитром и авторитетным арбитражным специалистом само по себе».⁶⁷⁸

506. Резюмируя, все вышеизложенное ведет к заключению, что помощник Третейского суда играл слишком содержательную – и потому неприемлемую – роль в процессе. Действуя таким образом, г-н Валасек взял на себя существенную часть личных полномочий одного или нескольких арбитров, либо осуществлял деятельность в качестве четвертого арбитра. Третейский суд, таким образом, нарушил свои полномочия в смысле статьи 1065(1)(с) ГПК.
507. Российская Федерация в явной форме предлагает предоставить доказательства в поддержку указанных выше фактов, посредством допроса свидетелей, включая г-на Валасека (помощника).
508. Если Суд все же решит, что позиция г-на Валасека удовлетворяет критериям для признания ее позицией «секретаря», а не помощника, тогда изложенное выше подлежит

⁶⁷⁶ <http://www.nortonrosefulbright.com/people/42426/martin-j-valasek>. Когда страница последний раз посещалась, биография г-на Валасека содержала указание на его службу в качестве секретаря третейского суда в Арбитражных разбирательствах. Она предусматривала в соответствующей части [выделение добавлено]:

Мартин Валасек – ведущий специалист в сфере международного арбитража, с богатым опытом как в государственно-инвестиционных, так и в коммерческих спорах. Он часто выступает в качестве юридического советника, а также в качестве арбитра.

Его опыт включает обширный перечень правовых систем и отраслей экономики, включая аэрокосмическую, банковскую, строительную, добывающую, энергетическую, природовосстановительную, фармацевтическую и производственную отрасли. Он предоставлял победные рекомендации клиентам как в сделках, так и спорах, по любым применимым правилам, в т.ч. МТП, ЛМТС, Международного центра по урегулированию инвестиционных споров и Регламенту ЮНСИТРАЛ, а также любым институциональным или *ad hoc* режимам. Он действовал в качестве арбитра и секретаря третейского суда в нескольких важных арбитражных разбирательствах, в т.ч. многомиллиардном разбирательстве ЮКОС по Договору к энергетической хартии. Г-н Валасек – постоянный спикер, лектор и со-автор различных публикаций по вопросам его экспертизы.

Г-н Фортъе покинул NortonRose в 2011 г.

⁶⁷⁷ <http://www.chambersandpartners.com/person/297891/2>.

⁶⁷⁸ Партаседес, 2002 г., стр. 150 (Приложение RF-88) (цитата Е. Шварца, «Права и обязанности арбитров МТП» в Бюллетень Международного арбитражного суда при МТП, Специальное приложение, «Статус арбитра» (1995 г.), стр. 86.

применению к его деятельности в качестве секретаря Третейского суда. Чтобы избежать ненужных повторений, Российской Федерации здесь будет достаточно сослаться на указанные выше факты и основания.

(f) Заключение

509. Третейский суд нарушил свой мандат по причине того, что г-н Валасек как помощник, или секретарь, Третейского суда, следует полагать, неприемлемым образом участвовал в обсуждениях, результатом которых стало принятие Окончательных арбитражных решений, и составлении частей, если не больше, Окончательных арбитражных решений. Арбитражные решения по делу ОАО «НК «ЮКОС», таким образом, должны быть отменены в соответствии со Статьей 1065(1)(с) ГПК.

Ф. Заключение

510. Исходя из вышеизложенного, Арбитражные решения по делу ОАО «НК «ЮКОС» должны быть отменены, так как Третейский суд не выполнил своего мандата, нарушив Статью 1065(1)(с) ГПК.

VI. ТРЕТЬЕ ОСНОВАНИЕ ДЛЯ ОТМЕНЫ: НЕНАДЛЕЖАЩИЙ СОСТАВ ТРЕТЕЙСКОГО СУДА (СТАТЬЯ 1065(1)(В) ГПК)

А. Введение

511. Если состав третейского суда был сформирован ненадлежащим образом, арбитражное решение может быть отменено на основании Статьи 1065(1)(b) ГПК. В настоящем деле помощника Третейского суда следует считать принявшим активное участие в процессе принятия решения, что привело к фактическому ненадлежащему составу Третейского суда. Ненадлежащий состав Третейского суда (Статья 1065(1)(b)) следует из того факта, что:

- (a) Г-н Валасек должен считаться принявшим активное участие в процессе принятия решения, что привело к фактическому составу Третейского суда из четырех лиц; и
- (b) Г-н Валасек был назначен ненадлежащим образом.

В. Правовое регулирование

512. Если состав третейского суда был сформирован ненадлежащим образом, арбитражное решение может быть отменено на основании Статьи 1065(1)(b) ГПК.⁶⁷⁹ Нормы, применимые к формированию состава третейского суда, включают законодательные положения касательно формирования состава третейского суда и процессуальные нормы, согласованные сторонами. Нарушение норм, применимых к формированию состава третейского суда, влечет за собой заключение о том, что состав третейского суда был сформирован ненадлежащим образом. Например, третейский суд должен состоять из нечетного числа арбитров (Статья 1026 ГПК), и различные положения регулируют способы назначения арбитра или арбитров (см., помимо прочего, Статьи 1027 и 1028 ГПК). Регламент ЮНСИТРАЛ также содержит положения, которые касаются, помимо прочего, числа арбитров и процедуры назначения арбитров (Статьи 5-13 Регламента ЮНСИТРАЛ).
513. В предшествующем случае ненадлежащего формирования состава третейского суда Окружной суд Утрехта вынес решение от 8 августа 2007 г., в котором он отменил арбитражное решение, вынесенное третейским судом, состоявшим из двух арбитров: одного председателя и одного секретаря.⁶⁸⁰ Окружной суд Утрехта постановил, что третейский суд, состоящий из четного числа арбитров, был сформирован в нарушение Статьи 1026 ГПК, и по этой и другим причинам он отменил арбитражное решение.

С. Перекрестные ссылки

514. Третейский суд не выполнил свой мандат, поскольку помощник Третейского суда, г-н Валасек, как представляется, активно участвовал в процессе принятия решения, и, таким образом, фактически, Третейский суд состоял из четырех арбитров. Четвертый арбитр не был назначен в соответствии с применимыми нормами, а четное число арбитров составляет нарушение Статьи 1026 ГПК. В связи с этим Арбитражные решения по делу ОАО «НК «ЮКОС» также должны быть отменены.

Д. Заключение

515. Основываясь на вышеизложенном, Арбитражные решения по делу ОАО «НК «ЮКОС» должны быть отменены на основании Статьи 1065(1)(b) ГПК.

⁶⁷⁹ См. Снийдерс, 2011 г., статья 1065, прим. 3.

⁶⁸⁰ Решение Окружного суда Утрехта от 8 августа 2007 г., *NJF* 2007, 501, *LJN* ВВ1410.

VII. ЧЕТВЕРТОЕ ОСНОВАНИЕ ОТМЕНЫ: АРБИТРАЖНЫЕ РЕШЕНИЯ НЕ СОДЕРЖАТ ОБОСНОВАНИЯ (СТАТЬЯ 1065(1) (D) ГГПК)

A. Введение

516. Третейский суд не привел обоснование нескольких из его заключений. Это составляет еще один недочет Окончательных арбитражных решений, который оправдывает их отмену в соответствии со Статьей 1065(1)(d) ГГПК.

B. Правовое регулирование

517. Требование об изложении обоснования решений является основополагающим принципом нашей правовой системы (сравните Статью 6 ЕСПЧ, Статью 121 Конституции Нидерландов и Статью 30 ГГПК). В решении, выносимом судом, должно, соответственно, поясняться, как и на каких основаниях суд пришел к конкретному решению. Если такое обоснование не приводится, судебное решение подлежит отмене в апелляции или кассации в Верховном суде:

«(...) что каждое судебное решение должно содержать основания для предоставления достаточного представления о цепочке рассуждений, на основании которой выносится решение, с тем, чтобы оно могло быть проверено и было приемлемым для обеих сторон разбирательства и третьих лиц, включая, в отношении дела, которое может подлежать пересмотру в апелляции, для апелляционного суда (Решение Верховного суда Нидерландов от 4 июня 1993 г., NJ 1993, стр. 659). Требование о приведении оснований для решений суда предусмотрено Статьей 121 Конституции Нидерландов, Статьей 20 Закона о судебной системе, Статьями 59 и 429к ГГПК; сфера применения этого требования зависит от конкретных обстоятельств дела».⁶⁸¹

518. Этот принцип также применяется к арбитражным решениям. Согласно Статье 1057(4)(e) ГГПК, арбитражное решение должно содержать «основания решения, изложенного в арбитражном решении». Если в арбитражном решении не приводятся основания в соответствии со Статьей 1057, такое арбитражное решение должно быть отменено на основании Статьи 1065(1)(d) ГГПК.⁶⁸²

519. Статьи 1057 и 1065 ГГПК содержат слова «основания» и «причины», из чего следует, что третейский суд в своем арбитражном решении должен изложить, с использованием недвусмысленных формулировок, как и на каких основаниях он пришел к конкретному решению. Верховный суд ответил на вопрос о том, что подразумевается терминами «основания» и «причины» в решениях в делах *Nannini/ SFT Bankiers/Rijpma*.

⁶⁸¹ Решение Верховного суда Нидерландов от 4 июня 1993 г., NJ 1993, стр. 659.

⁶⁸² Снийдерс, 2011 г., Статья 1057 ГГПК, прим. 5.b.

520. В решении по делу *Nannini/SFT Bank* Верховный суд постановил, что несоблюдение обязанности по указанию обоснований для судебного решения должно считаться равнозначным случаю, в котором обоснование приводится, но из решения не усматривается хорошо обоснованное пояснение конкретного заключения.⁶⁸³ Объединенный суд нидерландских Антильских островов и Арубы отменил арбитражное решение, поскольку оно не содержало достаточных оснований, помимо прочего, поскольку третейский суд сделал неверное допущение касательно фактов (в отношении вопроса о том, была ли уже установлена причинно-следственная связь), и в результате этого (а) решение, которое последовало из этого ошибочного допущения не имело требуемого по закону обоснования, или, в любом случае, (b) если бы обоснование третейского суда прошло проверку критерия надлежащего обоснования, третейский суд должен был вынести решение по возражениям против причинно-следственной связи, которые были выдвинуты в рамках арбитражного разбирательства, или, в любом случае, (c) даже если следует понимать из арбитражного решения, что арбитры косвенно рассмотрели возражения против причинно-следственной связи, выдвинутые возражения имели такое значение, что третейский суд должен был вынести прямо выраженное решение в отношении них в арбитражном решении.⁶⁸⁴ При обжаловании в кассационном порядке Верховный суд оставил в силе решение об отмене арбитражного решения.

521. В решении по делу *Kers/Rijpma* Верховный суд более подробно высказался о принципе, установленном в решении по делу *Nannini/SFT Bank*, постановив следующее:

«Суд не обладает усмотрением для пересмотра содержания арбитражного решения на основании этого основания для отмены. Верховный суд представил дальнейшие сведения о таком решении в своем решении от 9 января 2004 г., № R 02/066, NJ 2005, стр. 190, постановив, что непредоставление обоснования должно считаться равнозначным случаю, в котором обоснование приводится, но в решении не содержится хорошо обоснованного разъяснения соответствующего постановления».⁶⁸⁵

522. По мнению Генерального адвоката Гайдекопера, суд общей юрисдикции должен отменить арбитражное решение ввиду непредоставления обоснования, если мотивировка, включенная в решение, содержит «очевидную ошибку».⁶⁸⁶ Генеральный адвокат Весселинг-ван Гент в своем консультативном заключении для решения Верховного суда от 22 декабря 2006 г. сделала схожий вывод:

⁶⁸³ Решение Верховного суда от 9 января 2004 г., Вестник голландского права, 2005/190, основание 3.5.2

⁶⁸⁴ Основания 9.5-9.7 постановления Объединенного суда нидерландских Антильских островов и Арубы, в решении Верховного суда от 9 января 2004 г., NJ 2005, стр. 190 (*Nannini/SFT Bank*).

⁶⁸⁵ Решение Верховного суда от 22 декабря 2006 г., NJ 2008, стр. 4 (*Kers/Rijpma*), основание 3.3.

⁶⁸⁶ Консультативное заключение Генерального адвоката Гайдекопера для Решения Верховного суда от 9 января 2004 г., NJ 2005, стр. 190 (*Nannini/SFT Bank*), п. 11 пп. h и п. 15.

«Убеждение о том, что третейский суд сделал ошибочное допущение должно, по мнению г-на Гайдекопера, основываться более, чем на «разнице в оценке»; оно должно касаться «очевидной ошибки». Он полагает, что мотивировка не должна оставаться в силе, если «ее нельзя логически обосновать, или она иным образом является неполной или недостаточной»».⁶⁸⁷

523. Ниже разъясняется, что Третейский суд не привел никакого обоснования ряда ключевых аспектов его заключений в Окончательных арбитражных решениях и что Окончательные арбитражные решения должны, таким образом, быть отменены согласно Статье 1065(1)(d) ГПК.

С. Первое основание нарушения обязанности по изложению обоснования – решение об определении размера убытков не основывается на ясном обосновании

524. Первый аспект, в котором для Окончательных арбитражных решений отсутствует ясное обоснование – это расчет суммы присужденных Истцам убытков. Как доказано выше в пунктах 386-467, Третейский суд превысил свои полномочия и нарушил публичный порядок, присудив Истцам более 50 млрд долларов США в виде убытков, основываясь на дате оценки и нестандартной методике, которые существенно отклонялись от заявлений сторон и выходили за рамки спора между ними. Как также разъясняется выше, если бы Третейский суд предоставил Российской Федерации возможность быть выслушанной в том, что касалось методики, разработанной самостоятельно Третейским судом, то Российская Федерация доказала бы, что эта методика фактически дважды засчитывала значительную часть предполагаемых убытков Истцов, а также систематически не учитывала корректировки, внесенные Третейским судом в данные, представленные сторонами.

525. Расчет убытков Третейским судом, определенный в соответствии с его собственной нестандартной и в корне ошибочной методикой, без предоставления сторонам возможности быть выслушанными, не только является нарушением полномочий Третейского суда и публичного порядка, но является основанием отмены Окончательных арбитражных решений согласно Статье 1065(1)(d) ГПК. В действительности, Третейский суд не привел никакого – или, по крайней мере, никакого ясного – обоснования характера и охвата существенных корректировок, внесенных им в методики, предложенные г-ном Качмарекком, а также в значения, анализируемые как г-ном Качмарекком, так и профессором Доу. Следовательно, настоящий Суд должен отменить Арбитражные решения по делу ОАО «НК «ЮКОС» ввиду невыполнения Третейским

⁶⁸⁷ Решение по делу *NJ* 2008, стр. 4 (*Kers/Rijpma*), п. 2.35.

судом обязанности по изложению ясного обоснования расчета им убытков Истцов в Окончательных арбитражных решениях.

D. Второе основание нарушения обязанности по изложению обоснования – Третейский суд не учел многотомные доказательства, свидетельствующие о том, что мордовские торговые компании ОАО «НК «ЮКОС» были пустышками; соответственно, Окончательные арбитражные решения не содержат ясного обоснования

526. Как доказывается выше в пунктах 316-324, Третейский суд заключил, что Российская Федерация не установила основание того, что по заключению Третейского суда, было доначислением ОАО «НК «ЮКОС» более чем 75% налога на прибыль организаций. Согласно решению Третейского суда, Российская Федерация не представила *никаких* доказательств того, что мордовские торговые компании ОАО «НК «ЮКОС» были подставными пустышками.⁶⁸⁸ Как также разъясняется выше, это заключение совершенно необоснованно, из него следует, что Третейский суд *либо* (а) полностью проигнорировал многотомные доказательства, *поданные* Российской Федерацией, которые подтверждали такое положение дел; *либо* (b) без какого-либо ясного обоснования счет эти доказательства не имеющими значения для дела в принципе.
527. Доказательства, поданные Российской Федерацией, однако, недвусмысленно и бесспорно подтверждают, что торговые компании ОАО «НК «ЮКОС» в Мордовии, подобно тем, которые были зарегистрированы в Эвенкии, Калмыкии и Байконуре, и подобно торговым пустышкам в Лесном и Трехгорном, *все* являлись подставными пустышками, созданными ОАО «НК «ЮКОС» исключительно для уклонения от уплаты налогов. В любом случае, невозможно заключить, что все эти доказательства не относятся к вопросу о том, были ли мордовские торговые компании ОАО «НК «ЮКОС» подставными пустышками. В действительности, эти доказательства включают многочисленные заявления и документы, свидетельствующие в отношении регионов с льготным налогообложением, включая Мордовию:
- (a) что ОАО «НК «ЮКОС» использовало подставных лиц в качестве номинальных директоров торговых компаний-пустышек во всех указанных регионах;
 - (b) что торговые компании-пустышки во всех таких регионах не имели (или практически не имели) активов или сотрудников;
 - (c) что вся хозяйственная деятельности и дела торговых компаний-пустышек во всех таких регионах управлялись самим ОАО «НК «ЮКОС» из Москвы; и

⁶⁸⁸

Окончательные арбитражные решения, п. 639.

(d) что существовал огромный дисбаланс между налоговыми льготами, полученными торговыми компаниями-пустышками во всех таких регионах, и местными инвестициями, осуществленными ими (последнее, согласно решению Третейского суда, является фактором, который мог обосновать применение российских налоговых норм о борьбе с уклонением от уплаты налогов).⁶⁸⁹

528. Вывод Третейского суда о том, что Российская Федерация не обосновала большинство решений о доначислении ОАО «НК «ЮКОС» налога на прибыль организаций, основывается, в основном, на ошибочном заключении Третейского суда о том, что *в принципе* отсутствовали доказательства того, что мордовские торговые компании были подставными пустышками. При вынесении этого заключения Третейский суд *либо* полностью проигнорировал веские и многотомные доказательства по этому вопросу, поданные Российской Федерацией в отношении мордовских торговых компаний-пустышек ОАО «НК «ЮКОС», *либо* отклонил эти доказательства без какого-либо очевидного обоснования. Соответственно, Третейский суд не привел никакого ясного обоснования своего заключения по этому важному вопросу в соответствии с минимальными требованиями Статьи 1065(1)(d) ГПК.

Е. Третье основание нарушения обязанности по изложению обоснования – построение предположений не равнозначно допустимой мотивировке

529. Как доказывает ниже в пунктах 536-578 Российская Федерация, Суд должен отменить Окончательные арбитражные решения в соответствии со Статьей 1065(1)(e) ГПК на том основании, что они нарушают публичный порядок и нравственность, включая право Российской Федерации на надлежащую правовую процедуру. Это отчасти так, поскольку Третейский суд обосновал многие из своих заключений тем, что он открыто и прямо описал как собственные предположения о том, что *могла сделать* Российская Федерация, чтобы уничтожить ОАО «НК «ЮКОС», и, таким образом, лишить Истцов их инвестиций в ОАО «НК «ЮКОС», а не тем, что, согласно материалам дела, Российская Федерация сделала *на самом деле*. Третейский суд многократно обращался к этому подходу вынесения решений путем построения предположений в отношении вопросов, являвшихся ключевыми для его основных постановлений, в случаях, когда в материалах дела не хватало доказательств, чтобы обвинить Российскую Федерацию, основываясь на ее фактических действиях. Замена Третейским судом доказанных фактов на собственные предположения также говорит в пользу отмены Окончательных арбитражных решений в соответствии со Статьей 1065(1)(d) ГПК, поскольку такой способ принятия решений

⁶⁸⁹

Окончательные арбитражные решения, п. 647.

путем построения предположений не удовлетворяет минимальному уровню надлежащего обоснования, который требуется для оправдания выводов Третейского суда.

530. Третейский суд открыто сослался на собственные недопустимые предположения, по меньшей мере, в отношении следующих четырех аспектов:

- (a) Третейский суд постановил, что решения о доначислении НДС ОАО «НК «ЮКОС» были неправомерными частично на том основании, что, даже если бы ОАО «НК «ЮКОС» подало декларации, требуемые российским правом для применения ставки НДС 0%, то Российская Федерация бы, тем не менее, доначислила НДС ОАО «НК «ЮКОС», поскольку она якобы *«была твердо намерена привлечь ОАО «НК «ЮКОС» к ответственности по НДС, и сделала бы все необходимое для того, чтобы обеспечить привлечение ОАО «НК «ЮКОС» к ответственности по НДС»*,⁶⁹⁰ *«что бы ни делало ОАО «НК «ЮКОС»»*.⁶⁹¹ Неудивительно, что не приводится никакое фактическое обоснование этого основанного на предположении вывода Третейского суда, поскольку такие обоснования отсутствуют в материалах дела.
- (b) Осуждая штрафы, возложенные на ОАО «НК «ЮКОС» – 90% от общей суммы которых ОАО «НК «ЮКОС» могло бы избежать, если бы в первом квартале 2004 года оно уплатило по требованию налог на прибыль организаций и НДС, от уплаты которых оно уклонилось – Третейский суд снова занялся построением недопустимых предположений, утверждая, что даже если бы ОАО «НК «ЮКОС» совершило этот платеж, *«Российская Федерация все равно нашла бы способ или причину оштрафовать ОАО «НК «ЮКОС»»*⁶⁹² И вновь не удивительно, что не приводится никакое фактическое обоснование этого основанного на предположении вывода Третейского суда, поскольку такие обоснования отсутствуют в материалах дела.
- (c) В ответ на доказательство Российской Федерацией того, что само ОАО «НК «ЮКОС» (а не Российская Федерация) несло ответственность за возбуждение процедуры принудительного банкротства ОАО «НК «ЮКОС» (поскольку ОАО «НК «ЮКОС» не исполнило свои обязательства по его «Кредиту А», предоставленному синдикатом банков под эгидой «Сосьете Женераль»),⁶⁹³

⁶⁹⁰ Окончательные арбитражные решения, п. 694.

⁶⁹¹ Окончательные арбитражные решения, п. 694.

⁶⁹² Окончательные арбитражные решения, п. 750.

⁶⁹³ Встречный меморандум Ответчика по существу дела, пп. 257-585; Возражения Ответчика по существу дела, пп. 1059-1064.

Третейский суд заключил – в соответствии с доводом Российской Федерации – о том, «ОАО «НК «ЮКОС» было в состоянии погасить остаток Кредита А... и его умышленное неисполнение этого обязательства способствовало возбуждению разбирательства о банкротстве, поскольку оно привело к подаче заявления о начале процедуры банкротства [его кредиторами]». ⁶⁹⁴ Третейский суд, тем не менее, вновь занялся недопустимым построением предположений о том, что могло произойти, а не что произошло, указав, что «[в] свете общей картины трудно заключить, что, даже если бы Кредит А был погашен, не нашлось бы другое основание для доведения ОАО «НК «ЮКОС» до банкротства». ⁶⁹⁵ Не удивительно, что и здесь также не приводится никакое фактическое обоснование этого основанного на предположении вывода Третейского суда, поскольку такие обоснования отсутствуют в материалах дела.

- (d) Наконец, в этом отношении, Третейский суд постановил, что Российская Федерация несла ответственность за (i) соглашение между ОАО «Роснефть» (российской нефтяной компанией, 100% акций которой на тот момент находилось в собственности Российской Федерации), и банками-кредиторами ОАО «НК «ЮКОС», предусматривавшее погашение ОАО «Роснефть» задолженности ОАО «НК «ЮКОС» перед такими банками; и (ii) действия ОАО «Роснефть» по подаче заявок для приобретения активов ОАО «НК «ЮКОС» на торгах в рамках конкурсного производства. ⁶⁹⁶ При этом Третейский суд снова занялся недопустимым построением предположений, но в этом случае он прямо признал, что «отсутствуют доказательства конкретных указаний со стороны Государства», ⁶⁹⁷ после чего открыто предположил: «и все же вполне возможно, что при осуществлении этих действий ОАО «Роснефть» действовало по тайным указаниям Российского Государства». ⁶⁹⁸ Основываясь исключительно на этом предположении, Третейский суд пришел прямо к окончательному заключению о том, что «[п]о мнению Третейского суда, ОАО «Роснефть» действовало по таким указаниям». ⁶⁹⁹ И на этот раз не приводится никакое фактическое обоснование этого основанного на предположении вывода Третейского суда, и не только такие

⁶⁹⁴ Окончательные арбитражные решения, п. 1630.

⁶⁹⁵ Окончательные арбитражные решения, п. 1631.

⁶⁹⁶ Окончательные арбитражные решения, п. 1474.

⁶⁹⁷ Окончательные арбитражные решения, п. 1474.

⁶⁹⁸ Окончательные арбитражные решения, п. 1474. [выделение добавлено]

⁶⁹⁹ Окончательные арбитражные решения, п. 1474. [выделение добавлено]

обоснования отсутствуют в материалах дела, но и сам Третейский суд признал такое положение дел.

531. Ни один из этих основанных на предположениях выводов не находит подтверждения в материалах дела. В действительности, ни в одном из указанных четырех случаев Третейский суд даже не попытался привести какие-либо доказательства, которые бы – в соответствии с минимальным стандартом, требуемым по Статье 1065(1)(d) ГПК – подтвердили или пояснили его заключения. Поскольку Третейский суд открыто обосновал эти выводы исключительно собственными предположениями, ни один из этих выводов не подтверждается обоснованием, которое является ясным или имеет смысл. Соответственно, Суд должен отменить Арбитражные решения по делу ОАО «НК «ЮКОС» в соответствии со Статьей 1065(1)(d) ГПК также и на этом основании.

Г. Четвертое основание нарушения обязанности по изложению обоснования – внутренне противоречивые заключения Третейского суда касательно торгов по продаже акций ЮНГ

532. Внутренне противоречивые заключения Третейского суда касательно торгов по продаже акций ЮНГ служат еще одной причиной для отмены Судом Окончательных арбитражных решений в соответствии со Статьей 1065(1)(d) ГПК, а также в соответствии со Статьей 1065(1)(e) ГПК, на том основании, что они нарушают публичный порядок и нравственность (как доказывается ниже в пунктах 569-573).
533. Согласно решению Третейского суда, торги по продаже 76,79% акций ЮНГ в декабре 2004 года были «сфальсифицированы»,⁷⁰⁰ эта продажа и решения о доначислении ОАО «НК «ЮКОС» НДС стали двумя «смертельными ударами», которые неотвратимо привели к уничтожению ОАО «НК «ЮКОС». При вынесении заключения о том, что торги по продаже ЮНГ были «сфальсифицированы», Третейский суд в существенной степени опирался на ошибочное заключение о том, что цена в сумме 9,35 млрд долларов США, уплаченная за эти 76,79% акций ЮНГ «была намного ниже справедливой стоимости таких акций». ⁷⁰¹ Этот вывод противоречит собственному заключению Третейского суда о стоимости ОАО «НК «ЮКОС» и доли, которую в этой стоимости представлял ЮНГ, согласно определению эксперта Истцов по вопросу убытков, г-на Качмарека, чья оценка была принята Третейским судом. На этом основании, стоимость за акции ЮНГ, полученная на торгах, на самом деле *превышала* их справедливую рыночную стоимость. Это особенно удивительно, поскольку (а) имущество, продаваемое на торгах должника почти во всех случаях продается со скидкой по отношению к его

⁷⁰⁰ Окончательные арбитражные решения, пп. 986, 1036, 1043.

⁷⁰¹ Окончательные арбитражные решения, п. 1020.

справедливой рыночной стоимости,⁷⁰² (b) ОАО «НК «ЮКОС» угрожало всем потенциальным участникам и их спонсорам «бесконечными тяжбами» в случае их участия в торгах, и (c) впоследствии был вынесен судебный запрет для всех ожидаемых участников и их спонсоров в отношении участия в торгах на основании временного запрещающего приказа, полученного ОАО «НК «ЮКОС» в суде США по делам о банкротстве.

534. В свете этих противоречивых заключений решение Третейского суда о том, что торги в отношении ЮНГ были «сфальсифицированы» не подтверждается минимальным требуемым надлежащим обоснованием. Вследствие этого Суд должен отменить Арбитражные решения по делу ОАО «НК «ЮКОС» на основании Статьи 1065(1)(d) ГПК.

Г. Заключение

535. Основываясь на вышеизложенном, Суд должен отменить Окончательные арбитражные решения в соответствии со Статьей 1065(1)(d) ГПК.

VIII. ПЯТОЕ ОСНОВАНИЕ ДЛЯ ОТМЕНЫ: АРБИТРАЖНЫЕ РЕШЕНИЯ ПО ДЕЛУ ОАО «НК «ЮКОС» ПРОТИВОРЕЧАТ ПУБЛИЧНОМУ ПОРЯДКУ (СТАТЬЯ 1065(1) (Е) ГПК)

А. Введение

536. Последним основанием, на которое ссылается Российская Федерация для отмены Арбитражных решений по делу ОАО «НК «ЮКОС», является нарушение публичного порядка, поскольку мотивировка Третейского суда, его состав и способ, с помощью которого Третейский суд сформулировал собственный метод подсчета убытков – без заслушивания сторон – в действительности являются нарушениями публичного порядка.

В. Правовое регулирование

537. Согласно Статье 1065(1)(e) ГПК, арбитражное решение может быть отменено, поскольку оно нарушает публичный порядок. Как содержание арбитражного решения, так и способ его вынесения могут нарушать публичный порядок. Термин «публичный порядок» указывает на особое значение, которое придается стандарту или принципу.⁷⁰³ Публичный порядок включает множество элементов, и точное значение этого стандарта

⁷⁰² См. Второе экспертное заключение г-на Доу, пп. 546-549; Сергей Рипинский и Кевин Уильямс, *Убытки в международном инвестиционном праве*, стр. 224 (Британский институт международного и сравнительного правоведения, 2008 г.) (Приложение RF-86).

⁷⁰³ Ассер/Шольтен, *Общая часть** 1974/7.

зависит от контекста.⁷⁰⁴ Нарушение этого неопределенного стандарта может иметь место в случае нарушения (а) основополагающей нормы или основополагающего принципа процессуального права,⁷⁰⁵ либо (b) ключевого принципа или ключевой нормы материального права, которые имеют столь фундаментальное значение, что их нарушение влечет подрыв общественных устоев.⁷⁰⁶

(а) Право обеих сторон быть выслушанными

538. Право обеих сторон быть выслушанными и право на равное отношение в применении к арбитражному разбирательству предусмотрены Статьей 1039(1) ГПК.⁷⁰⁷

«Должно обеспечиваться равное отношение к сторонам. Третейский суд обязан предоставить каждой стороне возможность заявить о своих правах и представить свои аргументы».

539. Право обеих сторон быть выслушанными означает не только то, что у сторон есть право представить свои аргументы, но также и то, что третейский суд должен фактически подумать над этими аргументами в ходе процесса принятия решения. Право обеих сторон быть выслушанными включает право сторон на выражение их мнений касательно утверждений, сделанных противной стороной. Если третейский суд не обеспечивает это право, арбитражное решение может быть отменено.

540. Право обеих сторон быть выслушанными также требует, чтобы третейский суд не выносил неожиданных решений. Речь идет о неожиданном решении, если стороны, учитывая обсуждение в рамках процессуальных прений, были удивлены решением третейского суда, которое базируется на основаниях, в отношении которых стороны не представляли свои замечания, или в отношении которых им не была предоставлена возможность представить свои замечания.⁷⁰⁸ Арбитражное решение, которое содержит неожиданное решение, таким образом, может быть отменено как противоречащее публичному порядку.

541. Верховный суд постановил в своем решении от 25 мая 2007 г. (по делу *Spaanderman/Anova*), что основополагающее право быть выслушанным в ходе

⁷⁰⁴ Х.Дж. Снийдерс, 'Openbare orde, rechtspersonen en mensenrechten', *NJB* 2014/1174.

⁷⁰⁵ Решение Верховного суда от 21 марта 1997 г., *NJ* 1998, стр. 207 (*Eco Swiss/Benetton*), основание 4.2, Верховный суд постановил, что имеет место нарушение публичного порядка, если подготовка, содержание или исполнение арбитражного решения составляют нарушение императивной нормы основополагающего характера.

⁷⁰⁶ Ср. Х.Дж. Снийдерс, 'Openbare orde, rechtspersonen en mensenrechten', *NJB* 2014/1174. Материалы Парламента II 1983/84, 18 464, № 3, стр. 29-30 (Пояснительная записка).

⁷⁰⁷ Сравните также со Статьей 15 Регламента ЮНСИТРАЛ, анализируемой ниже.

⁷⁰⁸ Решение Верховного суда от 31 января 2014 г., *NJ* 2014/89 (*Koolman/Arubags*).

арбитражного разбирательства настолько важно, что при рассмотрении этого права в разбирательстве об отмене ограничительный подход недопустим:

«Однако, ограничительное применение этого положения [Статьи 1065 (1)(е) ГПК] недопустимо, если требуется решить, нарушил ли третейский суд при решении дела основополагающее право быть выслушанным». Это право имеет по меньшей мере то же значение в третейском производстве, как и в производстве в суде общей юрисдикции».⁷⁰⁹

542. Вследствие этого, суд должен осуществить полноценный судебный надзор при решении вопроса о том, было ли нарушено право обеих сторон быть выслушанными. Если имеется такое нарушение, арбитражное решение должно быть отменено.

(b) Равное отношение к сторонам

543. Статья 1039(1) ГПК предусматривает не только право сторон быть выслушанными, но также тесно связанное с ним право на равное отношение (*равноправие сторон*). Право сторон на равное отношение также закреплено в Статье 15 Регламента ЮНСИТРАЛ:

«С соблюдением настоящего Регламента третейский суд может вести арбитражное разбирательство таким образом, какой он считает надлежащим, при условии равного отношения к сторонам и предоставления каждой из них на любой стадии процесса всех возможностей для изложения своей позиции».

544. ЕСПЧ описал право на равное отношение к сторонам в решении по делу *Dombo Beheer/Nederland* схожим образом:

««равное отношение к сторонам» подразумевает, что каждая сторона должна получить возможность представить свою позицию – включая свои доказательства – в условиях, которые не ставят ее в значительно более невыгодное положение по сравнению с ее оппонентом».⁷¹⁰

545. В решении по делу *IMS/Modsaf* Верховный суд постановил, что «устоявшейся судебной практикой» установлено, что нарушение права на равное отношение к сторонам, гарантируемое Статьей 1039(1) ГПК, может привести к отмене арбитражного решения ввиду нарушения публичного порядка или нравственности.⁷¹¹ Поскольку процитированное выше решение по делу *Spaanderman/Anova* может быть применено по аналогии, следует исходить из того, что в разбирательствах об отмене ограничительный подход к рассмотрению вопроса о том, было ли отношение к сторонам равным, не будет надлежащим. Из решения по делу *X/Slotervaartziekenhuis* можно заключить, что право на

⁷⁰⁹ Решение Верховного суда от 25 мая 2007 г., NJ 2007, стр. 294 (*Spaanderman/Anova*), основание 3.5.

⁷¹⁰ Решение ЕСПЧ от 27 октября 1993 г., NJ 1994, стр. 534 (*Dombo Beheer/Nederland*).

⁷¹¹ Решение Верховного суда от 24 апреля 2009 г., NJ 2010, стр. 171 (*IMS/Modsaf*), основание 4.3.1.

равное отношение могло бы быть нарушено, например, если бы третейский суд обосновал свое решение, помимо прочего, заключениями комитета экспертов, сформированного в одностороннем порядке третейским судом.⁷¹²

546. Г-н Ассер придерживается мнения о том, что соблюдение принципа равного отношения нельзя принимать как данность. Он утверждает, что арбитр может на основании первого впечатления сделать предположения об исходе дела и больше не предоставить стороне, «которой суждено проиграть», возможность изменить это мнение путем представления доказательств:

«Таким образом, обеим сторонам должна быть предоставлена равная возможность представить свои позиции и доказательства. Это звучит как само собой разумеющееся, однако, к сожалению, это не так, если порассуждать о том, что предвзятость со стороны суда или арбитра, которые проистекают из ожидаемого исхода дела, может повлечь отнюдь не воображаемый риск того, что сторона, «которой суждено проиграть», больше не получит возможность изменить это мнение, например, путем представления доказательств».⁷¹³

547. Из вышеизложенного можно сделать вывод о том, что для оценки того, имело ли место нарушение принципа равного отношения к сторонам, необходимо полноценное рассмотрение судом. Если такое нарушение существует, арбитражное решение должно быть отменено.

(с) *Беспристрастность и независимость*

548. Арбитры должны быть независимыми и беспристрастными. Это требование следует, в том числе, из норм (Регламента ЮНСИТРАЛ и законодательных) о назначении⁷¹⁴ и отводе арбитров,⁷¹⁵ и включает, например, Статью 1033(1) ГПК, которая предусматривает:

«Отвод арбитру может быть заявлен, если имеются обоснованные сомнения в его беспристрастности или независимости».

549. Статья 10(1) применимого Регламента ЮНСИТРАЛ содержит схожее положение:

«Любому арбитру может быть заявлен отвод, если имеются обстоятельства, вызывающие оправданные сомнения в его беспристрастности или независимости».

⁷¹² Решение Верховного суда от 12 июля 2013 г., *RvdW* 2013, стр. 884, *JPr* 2013, стр. 45 (*X/Slotervaartziekenhuis*).

⁷¹³ Ассер, 2013 г., прим. 3.

⁷¹⁴ Статья 6 Регламента ЮНСИТРАЛ ([Приложение RF-39](#)); Статья 1028 и послед. ГПК.

⁷¹⁵ Статьи 9-12 Регламента ЮНСИТРАЛ ([Приложение RF-39](#)); Статья 1033 и послед. ГПК.

550. Если арбитр не беспристрастен или не независим, то арбитражное решение может подлежать отмене, поскольку способ его вынесения противоречит публичному порядку (Статья 1065(1)(e) ГПК). Верховный суд постановил в решении по делу *Nordström/Van Nievelt*,⁷¹⁶ что арбитражное решение может быть отменено, если открываются факты и обстоятельства, свидетельствующие о том, что:

(a) при вынесении арбитражного решения арбитр не действовал беспристрастно или независимо, или

(b) существуют настолько серьезные сомнения в его беспристрастности и независимости, что, учитывая другие имеющие значение факты и обстоятельства, было бы неоправданным требовать от проигравшей стороны признать арбитражное решение.

551. Авторитетные *Руководящие принципы Международной ассоциации юристов относительно конфликта интересов в международном арбитраже* предусматривают ряд общих стандартов в отношении, помимо прочего, беспристрастности и независимости арбитров. К примеру, Общий стандарт 1 Руководящих принципов предусматривает:

«Каждый арбитр должен быть беспристрастным и независимым от сторон на момент выражения согласия на назначение его арбитром и должен оставаться таковым на протяжении всего арбитражного разбирательства до вынесения окончательного решения или окончательного прекращения разбирательства по иным основаниям».⁷¹⁷

С. Арбитражные решения по делу ОАО «НК «ЮКОС» были вынесены в нарушение публичного порядка и нравственности

552. Арбитражные решения по делу ОАО «НК «ЮКОС», по крайней мере, по трем основаниям свидетельствуют о нарушении права быть выслушанным в суде, несоблюдении принципа равного отношения к сторонам и предвзятости и пристрастности Третейского суда, которые повлекли нарушение Арбитражными решениями по делу ОАО «НК «ЮКОС» публичного порядка и нравственности:

(a) Третейский суд основал многие из заключений на том, что он открыто описывал как собственные предположения о том, что *могла бы* сделать Российская Федерация, чтобы лишить Истцов их инвестиций в ОАО «НК «ЮКОС», а не на том, что Российская Федерация сделала *фактически*, согласно материалам дела;

⁷¹⁶ Решение Верховного суда от 18 февраля 1994 г., NJ 1994, стр. 765 (*Nordström/Van Nievelt*). Это решение было оставлено в силе ЕСПЧ решением от 27 ноября 1996 г., NJ 1997, стр. 505 (*Nordström/Nederland*).

⁷¹⁷ См. www.ibanet.org.

- (b) при вынесении решения о том, что решения о доначислении ОАО «НК «ЮКОС» НДС были неправомерными, Третейский суд открыто сослался на его собственные мнения о том, каким *должно было быть* российское налоговое право, а не на то, каким оно бесспорно *было*; и
- (c) заключив, что торги по продаже акций ЮНГ были *«сфальсифицированы»*, Третейский суд сослался на его собственные *«подозрения»* о том, что произошло, тем самым противореча собственным заключениям, из которых следует, что цена, установленная на торгах по продаже акций ЮНГ, в действительности превышала их справедливую рыночную цену, как установил сам Третейский суд.⁷¹⁸

553. Эти заключения критически важны для окончательного вывода Третейского суда о том, что Российская Федерация экспроприировала инвестиции Истцов в ОАО «НК «ЮКОС» в нарушение Статьи 13(1) ДЭХ. Это так, поскольку, по мнению Третейского суда, доначисление ОАО «НК «ЮКОС» НДС и продажа ЮНГ представляли собой две *«непрерывных»* причины, которые привели к краху ОАО «НК «ЮКОС»:

«1579. [...] Среди множества подтверждений такого плохого обращения, которое было представлено на рассмотрение данного Суда, особенно выделяются два: объявление об обязательстве Юкоса выплатить более 13 млрд. долларов США НДС в отношении нефти, которая экспортировалась торговыми компаниями и не подлежала обложению НДС и пенями в связи с неуплатой НДС; а также аукцион по продаже ЮНГ по цене, которая была значительно ниже его стоимости. Если бы не эти действия, ответственность за которые несет Российская Федерация по причинам, приведенным выше и в предшествующих главах, Юкос смог бы произвести выплату по предъявленным Российской Федерацией налоговым требованиям независимо от того, насколько они были бы оправданы; он не был бы признан банкротом, и его ликвидация не состоялась бы [...]».⁷¹⁹

554. В результате, разумно можно сказать лишь то, что Третейский суд нарушил право Российской Федерации быть заслушанной в суде, не обеспечил равное отношение к сторонам и оценил фактические обстоятельства и вынес свои заключения с такой степенью пристрастности и предвзятости против Российской Федерации, которая нарушает публичный порядок и нравственность, включая право Российской Федерации на надлежащую правовую процедуру. Эти вопросы являются настолько принципиальными для процесса принятия решений Третейским судом и исхода Арбитражных разбирательств, что Суд должен отменить Арбитражные решения по делу ОАО «НК «ЮКОС» согласно Статье 1065(1)(e) ГПК.

⁷¹⁸ Окончательные арбитражные решения, пп. 1036-1037.

⁷¹⁹ Окончательные арбитражные решения, п. 1579.

(а) *Первое основание нарушения публичного порядка – принятие Третейским судом решений путем предположений*

555. По меньшей мере, в четырех случаях Третейский суд сослался при вынесении своих заключений на то, что он открыто описал как собственные предположения о том, что *могла бы* сделать Российская Федерация, а не на то, что Российская Федерация сделала *фактически*, согласно материалам дела. Такое принятие решений путем построения предположений противоречит публичному порядку и нравственности, в том числе основополагающему праву на надлежащую правовую процедуру. Третейский суд использовал такой недопустимый подход к «мотивировке» в тех случаях, где в материалах дела содержалось недостаточно доказательств по ключевым вопросам, чтобы обвинить Российскую Федерацию.
556. Во-первых, постановляя, что решения о доначислении НДС ОАО «НК «ЮКОС» были неправомерными, Третейский суд основывал свои заключения не только на его не основанном на доказательствах выводе о том, что российские требования о подаче деклараций по НДС общего применения не должны были применяться к ОАО «НК «ЮКОС», но также на собственном предположении о том, что, даже если бы ОАО «НК «ЮКОС» *подало* необходимые декларации, Российская Федерация бы, тем не менее, доначислила НДС ОАО «НК «ЮКОС», поскольку она якобы *«была твердо намерена привлечь ОАО «НК «ЮКОС» к ответственности по НДС, и сделала бы все необходимое для того, чтобы обеспечить привлечение ОАО «НК «ЮКОС» к ответственности по НДС»*,⁷²⁰ *«что бы ни делало ОАО «НК «ЮКОС»»*.⁷²¹ В материалах дела отсутствуют основания для такого вывода, основанного на предположении, и Третейский суд, соответственно, не мог привести и не привел хотя бы одно.
557. Во-вторых, Третейский суд обосновал осуждение им штрафов, возложенных на ОАО «НК «ЮКОС», схожим предположением. Как отмечалось выше, Российская Федерация доказала, что ОАО «НК «ЮКОС» могло бы избежать начисления ему 90% от общей суммы таких штрафов, если бы в первом квартале 2004 года ОАО «НК «ЮКОС» уплатило под протестом налог на прибыль организаций и НДС, от уплаты которых оно уклонилось. Вместо того, чтобы обратиться к этому доказательству и пояснить основания вынесенного им решения, Третейский суд снова занялся построением недопустимых предположений, утверждая, что даже если бы ОАО «НК «ЮКОС» совершило этот платеж, *«Российская Федерация все равно нашла бы способ или причину*

⁷²⁰ Окончательные арбитражные решения, п. 694. [Английская цитата в голландском тексте опущена]

⁷²¹ Окончательные арбитражные решения, п. 694. [Английская цитата в голландском тексте опущена]

оштрафовать ОАО «НК «ЮКОС»». ⁷²² Это заключение также не находит обоснования в доказательственной базе, и Третейский суд и в этом случае не мог привести и не привел хотя бы одно.

558. В-третьих, Третейский суд занимался построением предположений, когда он рассматривал утверждение Истцов о том, что Российская Федерация была ответственна за возбуждение процедуры банкротства в отношении ОАО «НК «ЮКОС». Российская Федерация доказала, что ОАО «НК «ЮКОС» само несло ответственность за возбуждение этого разбирательства, частично ввиду неисполнения им обязательств по его «Кредиту А», предоставленному синдикатом банков под эгидой «Сосьете Женераль». ⁷²³ Третейский суд согласился с Российской Федерацией в том, что «ОАО «НК «ЮКОС» было в состоянии погасить остаток Кредита А... и его умышленное неисполнение этого обязательства способствовало возбуждению разбирательства о банкротстве, поскольку оно привело к подаче заявления о начале процедуры банкротства [его кредиторами]». ⁷²⁴ Третейский суд, тем не менее, постановил, что Российская Федерация была ответственна за возбуждение разбирательства о банкротстве ОАО «НК «ЮКОС», на основании его собственного предположения о том, что *могло бы* произойти, а не что *произошло*, указав, что «[в] свете общей картины трудно заключить, что, даже если бы Кредит А был погашен, не нашлось бы другое основание для доведения ОАО «НК «ЮКОС» до банкротства». ⁷²⁵

559. В-четвертых, Третейский суд сослался на предположение при заключении о том, что соглашение между ОАО «Роснефть», российской нефтяной компанией, 100% акций которой на тот момент находилось в собственности Российской Федерации, и банками-кредиторами ОАО «НК «ЮКОС», предусматривавшее погашение ОАО «Роснефть» задолженности ОАО «НК «ЮКОС» перед такими банками, должно быть приписано Российской Федерации, как и действия ОАО «Роснефть» по подаче заявок для приобретения активов ОАО «НК «ЮКОС» на публичных торгах в рамках конкурсного производства. ⁷²⁶ Третейский суд в этом случае прямо признал, что «*отсутствуют доказательства конкретных указаний со стороны Государства*», ⁷²⁷ после чего предположил: «[и] все же вполне возможно, что при осуществлении этих действий

⁷²² Окончательные арбитражные решения, п. 750. [Английская цитата в голландском тексте опущена]

⁷²³ Встречный меморандум Ответчика по существу дела, пп. 541-585; Возражения Ответчика по существу дела, пп. 1059-1064.

⁷²⁴ Окончательные арбитражные решения, п. 1630. [Английская цитата в голландском тексте опущена]

⁷²⁵ Окончательные арбитражные решения, п. 1631. [Английская цитата в голландском тексте опущена]

⁷²⁶ Окончательные арбитражные решения, п. 1480.

⁷²⁷ Окончательные арбитражные решения, п. 1474. [Английская цитата в голландском тексте опущена]

ОАО «Роснефть» действовало по тайным указаниям Российского Государства». ⁷²⁸ Это неубедительное предположение, очевидно, не могло служить основанием для приписывания действий ОАО «Роснефть» Российской Федерации. Третейский суд, тем не менее, перешел от своего собственного безосновательного предположения (не приведя *никаких* доказательств в поддержку своего рассуждения) прямо к окончательному заключению о том, что «*[п]о мнению Третейского суда, возможно обоснованно заключить, что ОАО «Роснефть» действовало по таким указаниям*». ⁷²⁹ И вновь заключение Третейского суда не подкрепляется какими-либо доказательствами в материалах дела, и Третейский суд, соответственно, не мог привести и не привел хотя бы одно.

560. Этот пример принятия Третейским судом решений на основании предположений является особенно вопиющим, поскольку он также противоречит стандарту приписывания поведения компаний Государству, который был принят самим Третейским судом всего за две страницы до этого в Окончательных арбитражных решениях. Согласно решению Третейского суда: «*[д]ействия лица или группы лиц приравниваются к акту Государства... если лицо или группа лиц фактически действовали по указаниям, или под руководством и контролем такого Государства при совершении таких действий*». ⁷³⁰ Третейский суд признал, что простой факт того, что компания находится под контролем Государства, «*не является достаточным основанием для приписывания государству последующих действий такого юридического лица... помимо случаев, [когда оно] осуществляет элементы государственной власти... [и] указания, руководство или контроль [со стороны Государства] относятся к действиям, которые предположительно составляют международно-противоправное деяние*». ⁷³¹

561. Третейский суд, тем не менее, никогда не постановлял, что ОАО «Роснефть» «*осуществляло элементы государственной власти*», или что оно «*фактически действовало по указаниям, или под руководством и контролем Российской Федерации*» при заключении соглашения с банками-кредиторами ОАО «НК «ЮКОС» по погашению

⁷²⁸ Окончательные арбитражные решения, п. 1480.

⁷²⁹ Окончательные арбитражные решения, п. 1474 [Английская цитата в голландском тексте опущена] [выделение добавлено].

⁷³⁰ Окончательные арбитражные решения, п. 1466, где приводится ссылка на Статьи об ответственности государств за международно-противоправные деяния с комментариями (Текст, принятый Комиссией ООН по международному праву на 53 сессии в 2001 году), Статья 8, стр. 47 (Приложение (Существо дела) C-1042) [Английская цитата в голландском тексте опущена] [выделение добавлено].

⁷³¹ Окончательные арбитражные решения, п. 1466, где приводится ссылка на Статьи об ответственности государств за международно-противоправные деяния с комментариями (Текст, принятый Комиссией ООН по международному праву на 53 сессии в 2001 году), Статья 8, стр. 48 (Приложение (Существо дела) C-1042) [Английская цитата в голландском тексте опущена].

задолженности ОАО «НК «ЮКОС» или при участии в торгах в рамках конкурсного производства ОАО «НК «ЮКОС». Вместо этого, Третейский суд лишь привел неубедительное предположение о том, что *«все же вполне возможно»*, что ОАО «Роснефть» действовало *«по тайным указаниям Российского Государства»*.⁷³²

562. Далее Третейский суд предложил альтернативное – и еще менее обоснованное – основание для его вывода, постановив, что даже если ОАО «Роснефть» *«фактически»* не действовало по указаниям Российской Федерации, от ОАО «Роснефть» *«это не требовалось»*, потому что *«оно было столь очевидным продуктом окружения Президента Путина, что оно инстинктивно реализовывало его политику»*.⁷³³ Это заключение явно противоречит собственному стандарту приписывания поведения частного лица государству, признанному Третейским судом – согласно которому действия компании не могут быть приписаны Государству, за исключением случаев, когда она *«фактически не действовал[а] по указаниям, или под руководством и контролем такого Государства при совершении таких действий»*.⁷³⁴
563. В единственном случае, когда Третейский суд все же привел некоторые доказательства в обоснование его приписывания действий ОАО «Роснефть» Российской Федерации, эти доказательства в действительности не подтверждали вывод Третейского суда. Третейский суд приписал Российской Федерации приобретение ОАО «Роснефть» акций ЮНГ, которые были ранее проданы с торгов, основываясь исключительно на заявлении, сделанном Президентом Путиным на пресс-конференции 23 декабря 2004 г. В ходе этой пресс-конференции Президент Путин противопоставил продажу акций ЮНГ с публичных торгов незаконной приватизации государственного имущества в 1990-х годах. Как разъяснялось выше в пунктах 30-36, в 1990 году государственное имущество стоимостью несколько миллиардов рублей (включая само ОАО «НК «ЮКОС») было продано по цене ниже справедливой в торгах, проводившихся с незаконными манипуляциями российских олигархов, которым было поручено защищать интересы Государства, но которые в действительности преследовали лишь собственные интересы. Именно в этом контексте и со ссылкой на способ продажи акций ЮНГ – а не на личность приобретателя таких акций – Президент Путин заявил, что времена изменились и что *«государство, используя абсолютно легальные рыночные механизмы, обеспечивает свои интересы»*.⁷³⁵

⁷³² Окончательные арбитражные решения, п. 1474. [Английская цитата в голландском тексте опущена]

⁷³³ Окончательные арбитражные решения, п. 1474. [Английская цитата в голландском тексте опущена]

⁷³⁴ Окончательные арбитражные решения, п. 1466 [Английская цитата в голландском тексте опущена] [выделение добавлено].

⁷³⁵ Окончательные арбитражные решения, п. 1472. Полная цитата звучит следующим образом:

564. Третейский суд заключил, что это высказывание «*составляет публичное признание Президентом Путиным и заверение касательно того, что приобретение ОАО «Роснефть» акций ЮНГ у [победителя торгов] было действием, совершенным в интересах Государства, на основании предположения о том, что Государство, являвшееся на тот момент 100% собственником ОАО «Роснефть», наиболее высокопоставленные должностные лица которого были членами окружения Президента Путина, руководило этим приобретением в своих интересах*». ⁷³⁶ Третейский суд обосновал это заключение не фактами, а «*предположением*», неверно истолковав заявление Президента Путина путем отрыва его от его контекста. А именно, ничто в словах, на которые опирался Третейский суд в таком предположении, не указывает на то, что Президент Путин имел в виду приобретение акций ЮНГ ОАО «Роснефть», и тем более что Российская Федерация поручила ОАО «Роснефть» приобрести эти акции. Напротив, если рассматривать слова, на которые опирался Третейский суд, в контексте предшествующего предложения Президента Путина, где он сослался на незаконные приватизации 1990-х годов, настоящее значение его последующего предложения может пониматься как ссылка на *продажу* акций ЮНГ с публичных торгов, а не приобретение этих акций ОАО «Роснефть». Президент Путин, таким образом, в этом случае пояснял, что, продавая акции ЮНГ с публичных торгов, доступных для любых участников, с тем, чтобы увеличить выручку, полученную на таких торгах, Российская Федерация действовала в соответствии с «*легальными рыночными механизмами*». ⁷³⁷
565. Одним из последствий обращения Третейского суда к принятию решений путем предположений стало освобождение Истцов от их обязательства доказать их требования, бремя доказывания которых лежало на Истцах согласно Статье 24(1) Арбитражного

«Теперь что касается приобретения «Роснефтью» известного актива компании, я не помню точно, как она называется – «Байкальская инвестиционная компания»? По сути, «Роснефть» – 100-процентная государственная компания – приобрела известный актив «Юганскнефтегаза». Речь идет об этом. На мой взгляд, все сделано абсолютно рыночными способами. Как я уже говорил, по-моему, это было на пресс-конференции в Германии, государственная компания или, точнее, компании со стопроцентным государственным капиталом, так же, как и другие участники рынка, имеют на это право, они этим правом, как выяснилось, воспользовались.

Что бы мне хотелось в этой связи сказать. Все вы прекрасно знаете, как у нас происходила приватизация в начале 90-х годов, и как, используя различные уловки, в том числе нарушающие даже тогда действовавшее законодательство, многие участники рынка тогда получали многомиллиардную государственную собственность. Сегодня государство, используя абсолютно легальные рыночные механизмы, обеспечивает свои интересы. Считаю это вполне нормальным.» (Приложение (Существо дела) С-422) [выделение добавлено]

⁷³⁶ Окончательные арбитражные решения, п. 1472 [Английская цитата в голландском тексте опущена] [выделение добавлено].

⁷³⁷ В любом случае, не было бы ничего неправомерного, если бы ОАО «Роснефть» действовало в интересах своего 100% акционера, как обычно поступают компании по всему миру. Какие-либо вопросы возникли бы, только если бы Российская Федерация также организовала или поручила ОАО «Роснефть» приобрести акции ЮНГ, и даже Третейский суд признает, что доказательства этого отсутствуют.

регламента ЮНСИТРАЛ.⁷³⁸ Третейский суд постановил, что, даже если обращение Российской Федерации по отношению к ОАО «НК «ЮКОС» было оправданным, Российская Федерация, тем не менее, должна быть признана виновной в экспроприации инвестиций Истцов, поскольку, даже если бы Российская Федерация не привела ОАО «НК «ЮКОС» к краху теми способами, о которых заявляли Истцы, Российская Федерация воспользовалась бы какими-либо иными средствами (которые не усматриваются из материалов дела) для достижения той же цели. Ни одно лицо или Государство не должно быть обязано защищаться от подобного вида обвинений, основанных на предположениях. Более того, такой вид принятия решения попросту противоречит обязательству Истцов по доказыванию их требований согласно Статье 24(1) Арбитражного регламента ЮНСИТРАЛ, а также публичному порядку и нравственности, в том числе основополагающему праву Российской Федерации на надлежащую правовую процедуру, защитить которые от Суда требует Статья 1065(1)(е) ГПК. Таким образом, он должен послужить основанием для отмены Арбитражных решений по делу ОАО «НК «ЮКОС».

(b) Второе основание нарушения публичного порядка – Третейский суд опирался на собственное мнение о том, каким должно быть российское право

566. Заключение Третейского суда о том, что ОАО «НК «ЮКОС» не было обязано подавать свои декларации по НДС по тем же формам, использовать которые по закону требовалось от всех других налогоплательщиков, находящихся в схожем положении, основывалось на собственном мнении Третейского суда о том, каким *должно было быть* российское право, а не на том, каким оно *было в действительности* на тот момент.
567. Заключив, что решения о доначислении ОАО «НК «ЮКОС» НДС были неправомерными, Третейский суд согласился с г-ном Конновым, единственным экспертом по вопросам российского налогового права, который предоставил показания в рамках Арбитражных разбирательств, в том, что российское право требовало, чтобы все налогоплательщики подавали ежемесячную или ежеквартальную декларацию от своего имени для целей применения к ним ставки НДС 0%, и признал, что его заключение противоречило российскому налоговому праву. Тем не менее, Третейский суд постановил, что это требование не должно было применяться к ОАО «НК «ЮКОС», поскольку Третейский суд нашел *«трудным для понимания»*,⁷³⁹ почему российское право не сделало исключения для налогоплательщиков, которые были заинтересованы в применении

⁷³⁸ Регламент ЮНСИТРАЛ, Статья 24(1) («Каждая сторона обязана доказать те обстоятельства, на которые она ссылается в обоснование своих требований или возражений») (Приложение RF-39).

⁷³⁹ Окончательные арбитражные решения, п. 686.

ставки НДС 0% по экспортным операциям, которые уже были проверены налоговыми органами. При вынесении такого решения, Третейский суд действовал как наднациональный законодательный орган, фактически отменив надлежащим образом принятое российское законодательство общего применения и при этом не приведя *никаких* доказательств того, что это законодательство было применено к ОАО «НК «ЮКОС» дискриминационным образом.⁷⁴⁰ В действительности, Третейский суд прямо указал, что он не делал никакого заключения в отношении требования Истцов о том, что они подверглись дискриминационному обращению. Что также было доказано выше, многие Государства, включая Нидерланды, строго применяют собственные требования о подаче деклараций по НДС, и ОАО «НК «ЮКОС» бесспорно могло бы подать надлежащим образом составленные декларации по НДС, как того требовало российское право, но по своим причинам решило этого не делать.

568. Принятие Третейским судом решений на основании его собственных мнений о том, каким должно было быть российское право, а не на том, каким оно было на самом деле на тот момент, нарушает публичный порядок и нравственность, а также свидетельствует о пристрастности и предвзятости Третейского суда.

(с) Третье основание нарушения публичного порядка – Заключение Третейского суда в отношении продажи ЮНГ противоречит его другим заключениям и основано лишь на «подозрении»

569. По мнению Третейского суда, продажа с торгов 76,79% акций ЮНГ в декабре 2004 г. была «сфальсифицирована»,⁷⁴¹ и эта продажа, вкупе с решениями о доначислении НДС ОАО «НК «ЮКОС», стала одним из «смертельных ударов», которые неотвратимо привели к краху ОАО «НК «ЮКОС». Заключив, что торги были «сфальсифицированы», Третейский суд придал значительный вес своему «подозрению» в том, что победитель торгов, компания, известная как «Байкалфинансгрупп» («БФГ»), «была создана лицами, подчиненными Ответчику, для целей содействия приобретению ЮНГ государственным ОАО «Роснефть»». ⁷⁴² Для Третейского суда было очевидно неправомерным обосновывать свое заключение «подозрением», а не надлежащими доказательствами.

570. Вывод Третейского суда также был в существенной степени основан на его ошибочном заключении о том, что цена в сумме 9,35 млрд долларов США, которая была уплачена за

⁷⁴⁰ Окончательные арбитражные решения, п. 1582.

⁷⁴¹ Окончательные арбитражные решения, пп. 986, 1036, 1043.

⁷⁴² Окончательные арбитражные решения, п. 1037 [Английская цитата в голландском тексте опущена].

акции ЮНГ, «была гораздо ниже справедливой рыночной стоимости этих акций».⁷⁴³ Это заключение очевидно ошибочно на основании собственного вывода суда в отношении справедливой рыночной стоимости ОАО «НК «ЮКОС» и доли стоимости ОАО «НК «ЮКОС», которая была представлена на тот момент ЮНГ, определенной экспертом со стороны Истцов по вопросам убытков, г-ном Качмарек, и принятой Третейским судом. Исходя из этого, цена за акции ЮНГ, установленная на торгах, в действительности *превышала* их справедливую рыночную цену. Этот факт представляется еще более примечательным, поскольку (а) имущество, реализуемое на торгах должника, практически во всех случаях продается со скидкой по сравнению с его справедливой рыночной стоимостью;⁷⁴⁴ (б) ОАО «НК «ЮКОС» опубликовало объявление почти на целую страницу в газете *Financial Times*, угрожая потенциальным покупателям «бесконечными тяжбами», если они будут участвовать в торгах; и (с) в отношении всех ожидаемых участников и их спонсоров был впоследствии вынесен правовой запрет участвовать в торгах согласно запретительному приказу, принятия которого ОАО «НК «ЮКОС» добилось от американского суда по делам о банкротстве. Хотя Третейский суд признал, что угроза «бесконечных тяжб» и временный запретительный приказ «могли привести к победе заявки с предложением низкой цены»,⁷⁴⁵ трудно представить, что эти действия в действительности не имели значительных последствий для цены за акции ЮНГ на торгах.

571. Как бы то ни было, собственные заключения Третейского суда свидетельствуют о том, что цена, установленная на торгах, в действительности была выше, а не «гораздо ниже» справедливой рыночной стоимости. На дату проведения торгов, как установил Третейский суд, стоимость акционерного капитала ОАО «НК «ЮКОС» составляла 21,176 млрд долларов США.⁷⁴⁶ По мнению г-на Качмарек, 55,6% от этой суммы составляла стоимость акционерного капитала ЮНГ.⁷⁴⁷ Из этого следует, что 100% собственной стоимости акционерного капитала ЮНГ составляла сумма 11,774 млрд

⁷⁴³ Окончательные арбитражные решения, п. 1020.

⁷⁴⁴ См. Второе экспертное заключение г-на Доу, пп. 546-549; Сергей Рипинский и Кевин Уилльямс, *Убытки в международном инвестиционном праве*, стр. 224 (Британский институт международного и сравнительного правоведения, 2008 г.) (Приложение RF-86).

⁷⁴⁵ Окончательные арбитражные решения, п. 1023 [*Английская цитата в голландском тексте опущена*] [выделение добавлено].

⁷⁴⁶ Окончательные арбитражные решения, п. 1815.

⁷⁴⁷ Доля в стоимости акционерного капитала ОАО «НК «ЮКОС», которая на тот момент выпадала на ОАО «Юганскнефтегаз», основана на соотношении стоимости двух компаний по оценке г-на Качмарек. См. Второе экспертное заключение Брента Качмарек, дипломированного финансового аналитика, п. 99, 15 марта 2012 г. Это соотношение также равняется соотношению между стоимостью акционерного капитала двух компаний, поскольку г-н Качмарек основывал свои расчеты на допущении о том, что стоимость акционерного капитала каждой из компаний всегда будет составлять 90% от стоимости такой компании. Хотя Третейский суд и отклонил оценку ОАО «НК «ЮКОС», проведенную г-ном Качмарек, Третейский суд не оспаривал его определение *относительной доли*, которая ОАО «НК «ЮКОС» выпадала на ОАО «Юганскнефтегаз».

долларов США (21,176 млрд долларов США \times 0,556 = 11,774 млрд долларов США). Однако с торгов было продано лишь 76,79% акций ЮНГ.⁷⁴⁸ Если скорректировать стоимость акционерного капитала ЮНГ на количество выставленных на торги акций, то справедливая стоимость таких акций, по оценке самого Третейского суда, составляла приблизительно 9,04 млрд долларов США (11,774 млрд долларов США \times 0,7679 = 9,04 млрд долларов США). Цена за такие акции в сумме 9,35 млрд долларов США, установившаяся на торгах, таким образом, была примерно на 310 млн долларов *выше* их справедливой стоимости по оценке самого Третейского суда (9,35 млрд долларов США – 9,04 млрд долларов США = 310 млн долларов США). Как разъяснила Российская Федерация в Арбитражных разбирательствах, эта стоимость в размере 9,35 млрд долларов соответствовала существовавшим на тот момент оценкам ЮНГ.⁷⁴⁹

572. Вывод Третейского суда о том, что продажа ЮНГ стала *«смертельным ударом»*, от которого ОАО «НК «ЮКОС» не смогло оправиться,⁷⁵⁰ также противоречит собственному заключению Третейского суда о том, что кредиторы ОАО «НК «ЮКОС» неправомерно отклонили предложенный план финансового оздоровления общества (поданный в рамках процедуры банкротства ОАО «НК «ЮКОС» около 18 месяцев спустя).⁷⁵¹ Это могло произойти, только если активы ОАО «НК «ЮКОС» на тот момент превышали его обязательства. Продажа ЮНГ, очевидно, не могла быть *«смертельным ударом»*, от которого компания не могла бы оправиться, если через полтора года ее активы продолжали бы превышать сумму ее обязательств.
573. Наконец, Третейский суд также постановил, что Российская Федерация ответственна не за то, что она сделала в действительности, но за то, что, согласно предположению Третейского суда, могло иметь место. Даже несмотря на то, что Третейский суд признал, что на торгах могла установиться более высокая цена, если бы ОАО «НК «ЮКОС» не угрожало потенциальным участникам *«бесконечными тяжбами»*, а после не добилося вынесения запретительного судебного приказа, который запрещал им участвовать в торгах, тем не менее, Третейский суд постановил, что более высокая цена *«не оказала бы соответствующего влияния на банкротство ОАО «НК «ЮКОС»»*⁷⁵² и что, хотя *«крах ОАО «НК «ЮКОС» мог быть отсрочен, или путь к его краху мог незначительным*

⁷⁴⁸ Окончательные арбитражные решения, п. 1020.

⁷⁴⁹ См. Встречный меморандум Ответчика по существу дела, пп. 517-520; Возражения Ответчика по существу дела, пп. 993-994; см. также Заключение ДКВ, стр. 13 (Приложение (Существо дела) С-274); Заключение по анализу рынка акций «Морган Стэнли» «Продажа ЮНГ: Шок или тактика внушения страха?» (22 июля 2004 г.) (Приложение RME-632); Комментарий «Меррилл Линч» (23 ноября 2004 г.) (Приложение RME-851).

⁷⁵⁰ Окончательные арбитражные решения, п. 1043.

⁷⁵¹ Окончательные арбитражные решения, п. 1180.

⁷⁵² Окончательные арбитражные решения, п. 1023 [Английская цитата в голландском тексте опущена].

образом измениться, [...] избежать его было невозможно».⁷⁵³ При вынесении такого решения, Третейский суд, безусловно, занимался построением предположений, – поскольку для этого заявления не было никаких оснований в материалах дела – о том, что Российская Федерация отыскала бы какой-либо иной способ довести ОАО «НК «ЮКОС» до банкротства.

(d) Заключение

574. Арбитражные решения по делу ОАО «НК «ЮКОС» свидетельствуют о том, что арбитры нарушили право Российской Федерации быть выслушанной и ее право на равное отношение к сторонам, а также не были ни беспристрастными, ни независимыми, или, по меньшей мере, существуют настолько серьезные сомнения в беспристрастности и независимости Третейского суда, что, учитывая все остальные имеющие значение факты и обстоятельства, Арбитражные решения по делу ОАО «НК «ЮКОС» подлежат отмене.

Во-первых, ключевые заключения в Арбитражных решениях по делу ОАО «НК «ЮКОС» касательно (а) решений о доначислении ОАО «НК «ЮКОС» НДС; (б) штрафов в отношении ОАО «НК «ЮКОС»; (с) возбуждения разбирательства о банкротстве в отношении ОАО «НК «ЮКОС»; и (d) перенесения ответственности за действия ОАО «Роснефть» Российской Федерации, все основаны на собственных предположениях Третейского суда о том, что *могла бы сделать* Российская Федерация, а не на том, что Российская Федерация *сделала на самом деле*.

Во-вторых, вынося постановление по решениям о доначислении ОАО «НК «ЮКОС» НДС, Третейский суд руководствовался собственным мнением о том, каким *должно было быть* российское право, а не на том, каким *российское право было на самом деле*.

В-третьих, при вынесении решения о том, что торги по продаже акций ЮНГ были *«сфальсифицированы»*, Третейский суд опирался на собственное *«подозрение»* и сделал выводы о фактах, которые не соответствовали собственным заключениям Третейского суда.

575. Подход к «принятию решения путем построения предположений», принятый Третейским судом, привел к вынесению решения, которое основывается на предположениях и подозрении, а не на том, что *имело место на самом деле*, что Российская Федерация *сделала на самом деле* и каким *на самом деле было* российское право. Можно

⁷⁵³ Окончательные арбитражные решения, п. 1625 [Английская цитата в голландском тексте опущена].

обоснованно заключить, что Третейский суд оценил фактические обстоятельства и сделал выводы таким образом, который нарушает:

- (a) Статью 1033(1) ГПК и Статью 10(1) Регламента ЮНСИТРАЛ, которые требуют, чтобы арбитры были беспристрастными и независимыми; и
- (b) Статью 1039(1) ГПК и Статью 15(1) Регламента ЮНСИТРАЛ, которые требуют, чтобы третейский суд выносил решение, руководствуясь не предположениями или подозрениями, а фактами и заявлениями, которые включены в материалы дела и на которые стороны имели равную возможность ответить.

576. Соответственно, Арбитражные решения по делу ОАО «НК «ЮКОС» подлежат отмене, поскольку они нарушают публичный порядок и нравственность в соответствии со Статьей 1065(1)(e) ГПК.

577. Подход Третейского суда к «принятию решений путем построения предположений» также выходит за рамки спора между сторонами и является нарушением Статьи 24(1) Регламента ЮНСИТРАЛ. По этой причине Арбитражные решения по делу ОАО «НК «ЮКОС» должны, соответственно, также быть отменены, поскольку они являются нарушением полномочий Третейского суда в соответствии со Статьей 1065(1)(c) ГПК.

578. Российская Федерация также должна отметить по этому вопросу, что она также выдвинула основания для отмены согласно Статье 1065(1)(e) ГПК в отношении решения о присуждении убытков, как разъясняется в пунктах 386-467. Во избежание излишнего повторения, Российская Федерация в настоящем разделе приводит лишь ссылку на вышеизложенные факты и основания.

IX. ПРОЦЕССУАЛЬНЫЕ ВОПРОСЫ И ЗАКЛЮЧЕНИЕ

A. Приложения и предложения касательно представления доказательств

579. В поддержку своих аргументов Российская Федерация подает приложения, упомянутые в настоящем Уведомлении, для включения в материалы разбирательства в дату составления списка дел к слушанию. В той мере, в которой это допускается законодательством, Российская Федерация предлагает представить доказательства в подтверждение ее аргументов, которые подлежат дальнейшему оспариванию Ответчиками, в частности, посредством допроса свидетелей. В отношении оснований для отмены по Статьям 1065 (1)(b) и (c) ГПК касательно роли г-на Валасака, Российская Федерация желает допросить г-на Валасака.

580. Учитывая, что ей неизвестны возражения Ответчиков против требования об отмене, Российская Федерация не сможет указать на конкретные приложения или свидетелей в ее распоряжении для обоснования оснований иска, оспариваемых Ответчиками. Российская Федерация, тем не менее, ссылается на приложения, поданные в рамках арбитражных разбирательств (см. Приложение RF-3).

В. Возражения Ответчика и основания для отмены

581. Вплоть до настоящего времени Ответчики не представили возражений по существу требования об отмене, поэтому Российская Федерация не может каким-либо образом описать их. В той мере, в которой этот вопрос касается возражений Российской Федерации против существования и действительности предполагаемого арбитражного соглашения, Российская Федерация ссылается на позицию Ответчиков, изложенную в Промежуточных арбитражных решениях.

С. Объединение производства

582. Настоящие требования об отмене формально касаются лишь тех арбитражных решений, которые были вынесены в рамках дела между каждым индивидуальным (первоначальным) Истцом и Российской Федерацией 30 ноября 2009 г. и 18 июня 2014 г. Однако, Российская Федерация одновременно подает три иска для отмены практически идентичных Промежуточных арбитражных решений и абсолютно идентичных Окончательных арбитражных решений, вынесенных в рамках разбирательств, возбужденных каждым из трех (первоначальных) Истцов, которые рассматривались одновременно и решения по которым были вынесены одновременно. С процессуальной точки зрения и формально – это три отдельных разбирательства об отмене Арбитражных решений по делу ОАО «НК «ЮКОС». И несмотря на то, что три (первоначальных) Истца в этих трех разбирательствах об отмене разные, они связаны и совместно предпринимали все предшествующие процессуальные шаги, были представлены одним из тем же юридическим консультантом, выступавшим перед тем же составом Третейского суда. Кроме того, настоящий истец (Российская Федерация) и предмет и основания отмены совпадают. Учитывая значительную степень взаимосвязи между тремя разбирательствами об отмене, Российская Федерация требует объединения этих трех разбирательств об отмене в соответствии со статьей 222 ГПК.

583. Требования для объединения трех разбирательств были выполнены. Все три разбирательства об отмене были возбуждены перед одним судом (Судом Вашей чести), и между ними существует тесная связь. Тесная связь по смыслу Статьи 222 ГПК существует в случае, когда фактические или правовые вопросы, в отношении которых

ведется спор, в одном деле идентичны фактическим или правовым вопросам в другом деле, или соответствуют таким фактическим или правовым вопросам в такой степени, что желательна единообразия судебных решений. Такой случай явно имеет место в настоящем деле, которое вытекает, помимо прочего, из практически идентичных Промежуточных арбитражных решений и совершенно идентичных Окончательных арбитражных решений, схожих предметов и оснований для отмены, и объединенного арбитражного производства, продолжением которого является настоящее разбирательство. В пункте 2 каждого Окончательного арбитражного решения указывается, что *«три арбитражных разбирательства слушались параллельно при всестороннем участии Сторон на всех соответствующих этапах»*. Кроме того, начиная с этапа рассмотрения дел по существу, (первоначальные) Истцы и Российская Федерация приняли решение о подаче на каждой стадии арбитражных разбирательств одного объединенного документа. Наконец, объединение в настоящем деле совместимо с целью положения об объединении, которая заключается в предотвращении противоречивых решений и обеспечении эффективности судебной власти (то есть в предотвращении *«излишнего двойного производства и возражений, относящихся к нему, таких как выполнение двойной работы»*).⁷⁵⁴

584. В том, что касается Российской Федерации, не требуется принятия сначала и заранее решения в отношении формального заявления об объединении производства (Статья 209 ГПК). В случае одновременной подачи трех повесток, Российская Федерация уже запросила (временно) объединить три разбирательства в рамках списка дел, назначенных к слушанию, с административной точки зрения. Указанное объединение в рамках списка дел, назначенных к слушанию, исключает необходимость в быстром принятии решения по формальному процессуальному вопросу об объединении производства. В случае, если настоящий ответчик согласится на объединение, оно может быть осуществлено незамедлительно путем простого внесения в список дел, назначенных к слушанию (подпункт (b) пункта 2 Статьи 232 ГПК).
585. Если противная сторона возражает против формального объединения, она также может включить свое возражение в отзыв на иск в рамках основного разбирательства с тем, чтобы Суд Вашей чести мог вынести решение по этому вопросу по истечении установленного срока на рассмотрение (Статья 2.11 Процессуального регламента окружных судов).

⁷⁵⁴

Г. Снийдерс, *GS Burgerlijke Rechtsvordering*, прим. 2 к п. 2.10.4.

Д. Заключение

586. По вышеизложенным причинам и в свете их взаимосвязи, Российская Федерация просит отменить Арбитражные решения по делу ОАО «НК «ЮКОС» от 30 ноября 2009 г. и 18 июля 2014 г. – независимо по каждому основанию и по совокупности всех оснований – на основании Статьи 1065(1)(а) ГПК/или Статьи 1065(1)(b) ГПК, и/или Статьи 1065(1)(с) ГПК, и/или Статьи 1065(1)(d) ГПК, и/или Статьи 1065(1)(е) ГПК.

НА ОСНОВАНИИ ЧЕГО:

Суд почтительно испрашивается:

в отношении ходатайства:

объединить настоящее производство на основании Статьи 222 ГПК с другими двумя производствами, возбужденными Российской Федерацией против компаний Veteran Petroleum Limited и Yukos Universal Limited, повестка вручается в отношении той же даты 28 января 2015 г.;

в отношении основного разбирательства:

отменить Арбитражные решения по делу ОАО «НК «ЮКОС» (от 30 ноября 2009 г. и 18 июня 2014 г.), соответственно, между Российской Федерацией в качестве ответчика в Арбитражных разбирательствах, и Ответчика, в качестве истца в Арбитражных разбирательствах,

с обязательством Ответчика оплатить расходы на настоящее разбирательство плюс законные проценты, начисленные по состоянию на четырнадцать дней после даты вынесения судебного решения.

при этом все из указанных требований считаются условно обладающими юридической защитой в мере, предусмотренной законодательством.

Судебный пристав

Х. ДОПОЛНЕНИЯ И ПРИЛОЖЕНИЯ

<i>RF</i>	<i>Дополнения</i>
A.	Список определений
B.	Перечень литературы
C.	Краткое изложение Арбитражных решений по делу ОАО «НК «ЮКОС»
	<i>Приложения</i>
	<i>Общие</i>
1.	Промежуточные арбитражные решения о юрисдикции и допустимости иска, 30 ноября 2009 г., в (i) Деле ППТС № 226 <i>Hulley Enterprises Limited v. The Russian Federation</i> (ii) Деле ППТС № 227 <i>Yukos Universal Limited v. The Russian Federation</i> (iii) Деле ППТС № 228 <i>Veteran Petroleum Limited v. The Russian Federation</i>
2.	Окончательные арбитражные решения от 18 июля 2014 г. в (i) Деле ППТС № 226 <i>Hulley Enterprises Limited v. The Russian Federation</i> (ii) Деле ППТС № 227 <i>Yukos Universal Limited v. The Russian Federation</i> (iii) Деле ППТС № 228 <i>Veteran Petroleum Limited v. The Russian Federation</i>
3.	Материалы (i) Дела ППТС № 226 <i>Hulley Enterprises Limited v. The Russian Federation</i> (ii) Дела ППТС № 227 <i>Yukos Universal Limited v. The Russian Federation</i> (iii) Дела ППТС № 228 <i>Veteran Petroleum Limited v. The Russian Federation</i>
4.	<i>Khodorkovskiy and Lebedev v. Russia</i> , ЕСПЧ, Заявления №№ 11082/06 и 13772/05, Решение (25 июля 2013 г.)
5.	Коммюнике от Европейской комиссии по Европейской энергетической хартии, Приложение СОМ(91) 36 (14 февраля 1991 г.)
6.	<i>Occidental Petroleum Corporation and Occidental Exploration and Production Company v. The Republic of Ecuador</i> , Дело МЦУИС № ARB/06/11, Арбитражное решение от 5 октября 2012 г.
	<i>Статья 45 ДЭХ</i>
7.	Электронная регистрационная карта для законопроекта № 96043844-2 «О Ратификации Договора к Энергетической хартии и Протокола к Энергетической хартии по вопросам энергетической эффективности и соответствующим экологическим аспектам»
8.	Ж. Дорэ, ИСТОРИЯ ПРИНЯТИЯ ДОГОВОРА К ЕВРОПЕЙСКОЙ ЭНЕРГЕТИЧЕСКОЙ ХАРТИИ, в книге ДОГОВОР К ЭНЕРГЕТИЧЕСКОЙ ХАРТИИ: ИЗБРАННОЕ (под ред. Т.В. Вэльде и К.М. Кристи, 1995 г.)
9.	ООН, Генеральная ассамблея, Заявление Греческой Республики во время заседания Шестого комитета (4 ноября 2013 г.)
10.	ООН, Генеральная ассамблея, Заявление Соединенного королевства Великобритании и Северной Ирландии во время заседания Шестого комитета (6 ноября 2012 г.)
11.	ООН, Генеральная ассамблея, Заявление Новой Зеландии во время заседания Шестого комитета (4 ноября 2013 г.)

12.	ООН, Генеральная ассамблея, Заявление Федеративной республики Германия во время заседания Шестого комитета (5 ноября 2012 г.)
13.	ООН, Генеральная ассамблея, Заявление Королевства Нидерландов во время заседания Шестого комитета (5 ноября 2012 г.)
14.	Конвенция об оказании продовольственной помощи 1995 года, Статья XIX
15.	Протокол о временном применении Протокола об учреждении европейских школ 1962 года, Единственная статья
16.	Генеральное соглашение о привилегиях и иммунитетах Совета Европы 1949 года
17.	Конвенция относительно разработки европейской фармакопеи 1964 года
18.	Международная конвенция о Международном институте холода, заменяющая Конвенцию от 21 июня 1920 г., с внесенными в нее 31 мая 1937 г. изменениями, 1954 года
19.	Соглашение между Правительством Французской Республики и Правительством Республики Чехословакия об урегулировании вопросов об имуществе, правах и интересах их граждан в их соответствующих странах 1921 года
20.	Соглашение об экономическом сотрудничестве между Государствами КАРИФОРУМ, с одной стороны, и Европейским сообществом и его Государствами-членами, с другой, 2008 года
21.	М.Х. Арсаньяни и В.М. Райзман, <i>Временное применение международных договоров в международном праве, Арбитражные решения по Договору к Энергетической хартии</i> , в <i>Право международных договоров за рамками Венской конвенции</i> (2011 г.)
22.	ООН, Генеральная ассамблея, Заявление Китая во время заседания Шестого комитета (5 ноября 2013 г.)
23.	ООН, Генеральная ассамблея, Заявление Австрии во время заседания Шестого комитета (4 ноября 2013 г.)
24.	ООН, Генеральная ассамблея, Заявление Королевства Бельгия во время заседания Шестого комитета (5 ноября 2013 г.)
25.	ООН, Генеральная ассамблея, Заявление Чили во время заседания Шестого комитета (4 ноября 2013 г.)
26.	ООН, Генеральная ассамблея, Заявление Южной Африки во время заседания Шестого комитета (5 ноября 2012 г.)
27.	Рене Лефебер, <i>Временное применение международных договоров</i> , в <i>ЭССЕ ПО ПРАВУ МЕЖДУНАРОДНЫХ ДОГОВОРОВ: СБОРНИК ЭССЕ В ЧЕСТЬ БЕРТА ВИРДАГА (Ян Клабберс и Рене Лефебер (ред.), 1998 г.)</i>
28.	Хайке Кригер, <i>Статья 25: Временное применение</i> , в <i>ВЕНСКАЯ КОНВЕНЦИЯ О ПРАВЕ МЕЖДУНАРОДНЫХ ДОГОВОРОВ: КОММЕНТАРИЙ (Оливер Дёрр и Кирстен Шмаленбах (ред.), 2012 г.)</i>
29.	AUSWÄRTIGES AMT, <i>Richtlinien für die Behandlung völkerrechtlicher Verträge – Entwurf 2014</i> (Федеральное министерство иностранных дел ФРГ, Руководство по применению международных договоров – Проект 2014 г.), по состоянию на 19 февраля 2014 г.
30.	AUSWÄRTIGES AMT, <i>Richtlinien für die Behandlung völkerrechtlicher Verträge –</i>

	Neufassung 2004 (Федеральное министерство иностранных дел ФРГ, Руководство по применению международных договоров – Новая редакция 2004 г.)
31.	Предложение Правительства Финляндии Парламенту касательно ратификации ДЭХ
32.	Меморандум Министерства иностранных дел Финляндии (22 ноября 1994 г.)
33.	Европейская Комиссия, Коммюнике Комиссии Совету и Европейскому Парламенту касательно подписания и временного применения Европейскими сообществами Договора к Европейской Энергетической хартии, (21 сентября 1994 г.)
34.	Решение Совета от 13 июля 1998 г. об утверждении текста поправки в положения Договора к Энергетической хартии, относящиеся к торговле, и его временном применении, согласованном на Конференции по Европейской Энергетической хартии и Международной конференции Подписывающих сторон Договора к Энергетической хартии, 98/537/ЕС, L 252/21
35.	П. ЭКХОУТ, Внешние отношения Европейского союза – правовые и конституционные основы (2004 г.)
36.	Суд Европейских сообществ, Определение № 1/78, вынесенное на основании третьего абзаца Статьи 103 Договора об учреждении ЕврАзЭС (14 ноября 1978 г.)
37.	<i>Hermes International v. FHT Marketing</i> , Дело Суда ЕС, № C-53/96, Заключение Генерального адвоката Тезауро, [1998 г.] ECR I-3603
38.	К.С. Бамбергер, Эпилог: Договор к Энергетической хартии как незавершенный труд, в Договор к Энергетической хартии – Путь для инвестиций и торговли между востоком и западом (под ред. Т. Вельде, 1996 г.)
39.	Арбитражный регламент ЮНСИТРАЛ 1976 года
40.	Правила Процедуры Временной Конференции по Энергетической Хартии от 28 февраля, 1996 (CC 53 Согг. 2) <i>цит. по</i> Решению о Конференции по Европейской Энергетической хартии (22-23 ноября, 1995 г.) (CCDEC 1995 30 GEN)
41.	Секретариат Энергетической Хартии, Правила и положения о персонале, Правило 8.1, <i>цит. по</i> Решению о Конференции по Европейской Энергетической хартии от 29 июня 2000 года (CCDEC 2000 2 GEN)
42.	Сайт Договора к Энергетической Хартии, «Члены и наблюдатели»
43.	Решение Конференции по Европейской Энергетической хартии (6 декабря 2013 г.) (CCDEC 2013 24 APP)
44.	КОММЕНТАРИЙ к Конституции Российской Федерации (ПОСТАТЕЙНЫЙ) (под ред.) Л.А. ОКУНЬКОВА
45.	Ю.А. ДМИТРИЕВ, Конституция Российской Федерации. Доктринальный КОММЕНТАРИЙ (изд. 2013)
46.	Е.Ю. БАРХАТОВА (РЕД.), КОММЕНТАРИЙ к Конституции Российской Федерации (2010)
47.	Закон «О международных договорах Российской Федерации» 1995 года
48.	Федеральные законы о ратификации двусторонних инвестиционных договоров Государственной Думой

49.	Постановление Конституционного Суда РФ № 8-П (27 марта 2012 г.)
50.	Экспертное заключение профессора Антона В. Асоскова (с Приложениями) от 30 октября 2014 г.
51.	Соглашение между Правительством Китайской народной республики и Правительством Союза Советских Социалистических Республик о взаимном поощрении и взаимной защите капиталовложений 1990 года
52.	Соглашение между Правительствами Королевства Бельгии и Великого Герцогства Люксембург и Правительством Союза Советских Социалистических Республик о взаимном поощрении и взаимной защите капиталовложений 1989 года
53.	Соглашение между Правительством Финляндии и Правительством Союза Советских Социалистических Республик о взаимном поощрении и взаимной защите капиталовложений 1989 года
54.	Соглашение между Правительством Итальянской Республики и Правительством Союза Советских Социалистических Республик о взаимном поощрении и взаимной защите капиталовложений 1989 года
55.	Соглашение между Правительством Королевства Испания и Правительством Союза Советских Социалистических Республик о взаимном поощрении и взаимной защите капиталовложений 1990 года
56.	Соглашение между Правительством Австрийской республики и Правительством Союза Советских Социалистических Республик о взаимном поощрении и взаимной защите капиталовложений 1990 года
57.	Соглашение между Федеративной Республикой Германия и Правительством Союза Советских Социалистических Республик о взаимном поощрении и взаимной защите капиталовложений 1989 года
58.	Соглашение между Федеральным Советом Швейцарии и Правительством Союза Советских Социалистических Республик о взаимном поощрении и взаимной защите капиталовложений 1990 года
59.	Соглашение между Правительством Республики Турция и Правительством Союза Советских Социалистических Республик о взаимном поощрении и взаимной защите капиталовложений 1990 года
60.	Соглашение между Правительством Республики Корея и Правительством Союза Советских Социалистических Республик о взаимном поощрении и взаимной защите капиталовложений 1990 года
61.	С. Рипинский, Глава 14: Россия, в КОММЕНТАРИЙ К ИЗБРАННЫМ МОДЕЛЬНЫМ ИНВЕСТИЦИОННЫМ ДОГОВОРАМ (под ред. Ч. Брауна, 2013 г.)
62.	Пояснительная записка к проекту Федерального закона «О ратификации Соглашения между Правительством Российской Федерации и Правительством Республики Македонии о поощрении и взаимной защите капиталовложений» (30 мая 1998 г.)
63.	Пояснительная записка по вопросу о ратификации Соглашения между Правительством Российской Федерации и Правительством Арабской Республики Египет о поощрении и взаимной защите капиталовложений (8 апреля 2000 г.)
64.	Пояснительная записка к проекту Федерального закона «О ратификации Соглашения между Правительством Российской Федерации и Правительством

	Японии о поощрении и защите капиталовложений» (29 февраля 2000 г.)
65.	Пояснительная записка к проекту Федерального закона «О ратификации Соглашения между Правительством Российской Федерации и Правительством Сирийской Арабской Республики о поощрении и взаимной защите капиталовложений» (30 июня 2007 г.)
66.	Заверенный перевод Пояснительной записки к проекту Федерального закона «О ратификации Договора к Энергетической хартии», впервые поданный в качестве Приложения С-143
Статья 1(6)-(7) ДЭХ	
67.	Radio Free Europe, <i>Бывшее должностное лицо Юкоса удовлетворено решением суда</i> (29 июля 2014 г.)
68.	Financial Times, <i>Леонид Невзлин выиграл больше всех в результате решения по делу ЮКОСа в Гааге</i> (28 июля 2014 г.)
69.	Reuters, <i>Невзлин «очень доволен» решением суда в Гааге по Юкоосу</i> , (28 июля 2014 г.)
70.	Я. Браунли, <i>ПРИНЦИПЫ МЕЖДУНАРОДНОГО ПУБЛИЧНОГО ПРАВА</i> (7-ое издание, 2008 г.)
71.	<i>Nasser Esphahanian v. Bank Tejarat</i> , Третейское решение № 31-157-2 от 29 марта 1983 года, 2 IUSCTR 157
72.	<i>ST-AD GmbH против Республики Болгария</i> , ЮНСИТРАЛ, Дело ППТС № 2011-06, Решение о юрисдикции от 18 июля 2013 г.
73.	<i>National Gas S..A.E. против Арабской Республики Египет</i> , Дело МЦУИС № ARB/11/7/, Решение от 3 апреля 2014 г.
74.	<i>TSA Spectrum De Argentina S.A. против Аргентинской Республики</i> , Дело МЦУИС № ARB/05/5, Решение от 19 декабря 2008 г.
Статья 21(1)-(5) ДЭХ	
75.	<i>Компетенция Ассамблеи касательно принятия в Объединенные Нации</i> , Консультативное заключение от 3 марта 1950 г., 4
76.	Решение Апелляционного суда округа Свеа, <i>The Russian Federation v. RosInvestCo UK Ltd.</i> , Дело № Т 10060-10 (5 сентября 2013 г.)
77.	ОЭСР, План действий по противодействию размыванию налогооблагаемой базы и перемещению прибыли (19 июля 2013 г.)
Статья 21(5) ДЭХ	
78.	<i>Garanti Koza LLP v. Turkmenistan</i> , Дело МЦУИС № ARB/11/20, Решение по возражению против юрисдикции ввиду отсутствия согласия от 3 июля 2013 г.
79.	<i>Urbaser S.A. and Consorcio de Aguas Bilbao Biskaia, Bilbao Biskaia Ur Partzuergoa v. Argentine Republic</i> , Дело МЦУИС № ARB/07/26, Решение по вопросу о юрисдикции от 19 декабря 2012 г.
80.	<i>ICS Inspection and Control Services Limited v. The Argentine Republic</i> , Арбитражное решение по вопросу о юрисдикции от 10 февраля 2012 г.
81.	<i>Daimler Financial Services AG v. Argentine Republic</i> , Дело МЦУИС № ARB/05/1, Арбитражное решение от 22 августа 2012 г.

82.	<i>Ambiente Ufficio S.P.A. and Others v. Argentine Republic</i> , Дело МЦУИС № ARB/08/9, Решение по вопросу о юрисдикции и допустимости иска от 8 февраля 2013 г.
83.	Соглашение между Королевством Нидерландов и Аргентинской Республикой о поощрении и взаимной защите капиталовложений 1992 года
84.	Отчет Комиссии по международному праву (2006 г.), Приложение № 10 (A/61/10)
Убытки	
85.	Экспертное заключение профессора Джеймса Доу от 8 ноября 2014 г.
86.	Сергей Рипинский и Кевин Уилльямс, <i>Убытки в международном инвестиционном праве</i> , стр. 224 (Британский институт международного и сравнительного правоведения, 2008 г.)
87.	Джефф Вайнсимер, <i>Процедура и доказательства в международном арбитраже</i> (2012 г.)
Помощник третейского суда	
88.	К. Партасидес, Четвертый арбитр? Роль секретарей третейских судов в международном арбитраже, 2002 г., Kluwer Law International, номер 2, стр. 147-163.
89.	Правила этики Международной ассоциации юристов для международных арбитров
90.	Г. Борн, МЕЖДУНАРОДНЫЙ КОММЕРЧЕСКИЙ АРБИТРАЖ, KLUWER LAW INTERNATIONAL, 2014 г.
91.	Комментарии ЮНСИТРАЛ по организации арбитражного разбирательства 1996 г., пп. 26-27
92.	Комментарий секретариата суда МТП о назначении административных секретарей третейскими судами 1995 г.; Комментарий МТП о назначении, обязанностях и вознаграждении секретарей третейских судов 2012 г.
93.	Руководства в отношении секретарей третейских судов Молодежного МСКА
94.	White & Case, Опрос по международному арбитражу: действующая и предпочтительная практика в арбитражном процессе, 2012 г.
95.	РЕДФЕРН, ХАНТЕР и ДР., РЕДФЕРН и ХАНТЕР О МЕЖДУНАРОДНОМ АРБИТРАЖЕ, ИЗДАТЕЛЬСТВО ОКСФОРДСКОГО УНИВЕРСИТЕТА, 2009 г.

Настоящее дело ведется профессором, д-ром А. Я. ван ден Бергом, фирма Nanotiau & van den Berg, 480 Авеню Луиз Б.9 (АйТи Тауэр, 9-й этаж), 1050 Брюссель, Бельгия (480 Avenue Louise B.9 (IT Tower., 9th floor), 1050 Brussels, Belgium), тел. 0032 2290 3913, факс 0032 22903942, e-mail ajvandenbergh@hvdb.com.