

Василий Ануров

## Применимое право при разрешении внутрисоюзных инвестиционных споров.

### Часть 2

Отрасль права: [Международное право](#)

27.02.2023 — 21:28

Сфера практики: [Разрешение споров](#)

11 июня 2022 года на сайте [zakon.ru](http://zakon.ru) была опубликована статья «Применимое право при разрешении внутрисоюзных инвестиционных споров». В этой статье автор прокомментировал решения, которые были вынесены Комитетом *ad hoc* при Международном центре по урегулированию инвестиционных споров (далее – МЦУИС) по делам SolES Badajoz GmbH v. Kingdom of Spain (*SolEs v. Spain*), NextEra Energy Global Holding B.V. and NextEra Energy Spain Holdings B.V. v. Kingdom of Spain (*NextEra v. Spain*) и Cube Infrastructure Fund SICAV and others v. Kingdom of Spain (*Cube v. Spain*) в марте 2022 года. Все эти решения сводились к отказу в признании за правом Европейского союза (далее – ЕС) приоритета перед положениями международных договоров, включая двусторонние инвестиционные соглашения (ДИС) и Договор к Энергетической Хартии 1994 года (ДЭХ), по вопросу о разрешении внутрисоюзных инвестиционных споров. Необходимость в установлении иерархии источников международного права и наделении одних преимущественной силой перед другими связана с их противоположным отношением к компетенции третейского суда, разрешающего внутрисоюзный инвестиционный спор. С одной стороны, ст. 26 ДЭХ и соответствующие статьи в ДИС, предоставляющие право иностранному инвестору обратиться в третейский суд, допускают разрешение вышеназванных споров путем арбитража. С другой стороны, ст. 267 и 344 Лиссабонского Договора о функционировании ЕС 2007 года (далее – Лиссабонский договор 2007 г.), решение Суда ЕС 2018 года по вопросу *Achmea* (дело *Slovakia v. Achmea*), Декларации 2019 года о правовых последствиях решения Суда ЕС по вопросу *Achmea* (далее – Декларации 2019 г.) отрицают применимость согласия на арбитраж, выраженного принимающим государством в ст. 26 ДЭХ или соответствующих положениях ДИС, в отношении инвестиционного спора с инвестором из другой страны ЕС.

В заключении предыдущей статьи автор указал на преобладание позиции Комитета *ad hoc* в арбитражной практике и отсутствие альтернативной точки зрения. С вынесением решения трибунала, созданного при Арбитражном институте Торговой палаты г. Стокгольма (далее – трибунал ТПС), 16 июня 2022 года по делу *Green Power Partners K/S SCE Solar Don Benito APS v. The Kingdom of Spain* (*Green Power v. Spain*), можно сказать, что такая альтернативная точка зрения появилась. В настоящей статье будет кратко изложена позиция трибунала ТПС путем выделения принципиальных разногласий между ним и предыдущими арбитражными трибуналами.

Прежде всего трибунал ТПС делает оговорку о том, что он не будет ограничиваться правилами толкования, предусмотренными в пункте 1 ст. 31 Венской конвенции о праве международных договоров 1969 года (далее – Венская конвенция 1969 г.), который указывает на обычное значение (*ordinary meaning*) терминов международного договора, его контекст, предмет и цели (пар. 343 Решения). Добросовестное толкование, по мнению арбитров, заключается не в уяснении абстрактного смысла спорных положений, а установлении их содержания с учетом фактических обстоятельств конкретного дела. Поэтому правовой анализ охватывает не только текст ДЭХ, но и другие инструменты толкования: последующие соглашения и практику участников международного договора (пункт 3 (b) ст. 31), «любые соответствующие нормы международного права, применяемые в отношениях между участниками» (пункт 3 (c) ст. 31). В качестве первого источника, выходящего за рамки текста ДЭХ арбитры указывают на Заявление Европейских Сообществ, поданное секретариату Энергетической Хартии при ратификации ДЭХ. Это Заявление касалось пункта 3 (b) (ii) ст. 26 ДЭХ и прямо указывало на отсутствие безусловного согласия со стороны Европейских Сообществ на международный арбитраж или примирительные процедуры.

Следующим источником, оказавшим существенное влияние на решение арбитров, является вторая Декларация 2019 г. В число ее подписантов входят Испания (принимающее государство, выступающее ответчиком) и Дания (страна инкорпорации компаний, выступающих истцами). Эта Декларация четко указывает на недопустимость разрешения внутрисоюзных споров в арбитраже и соответственно неприменимость согласия на арбитраж, выраженного в статье 26 ДЭХ.

В отличие от предыдущих третейских решений трибунал ТПС признал вторую Декларацию 2019 г. в качестве последующего соглашения и последующей практики участников ДЭХ по смыслу, придаваемому этим терминам пунктом 3 (b) ст. 31 Венской конвенции 1969 г., т.е. арбитры не стали рассматривать данную Декларацию как попытку ретроактивного изменения конвенционных положений, а разрешили ее использовать как одно из официальных правил толкования статьи 26 ДЭХ. Такое радикальное отклонение от сложившегося подхода к определению сферы действия согласия на арбитраж порождает следующие важные последствия. Во-первых, повышается роль национальных правопорядков в применении норм международных договоров. Поскольку вторая Декларация 2019 г. подписана не всеми странами-членами ЕС, допускается различное толкование статьи 26 ДЭХ и придание закрепленного в ней положению о разрешении споров различных смыслов (пар. 370 Решения). Отказ других стран-членов ЕС присоединиться ко второй Декларации 2019 г. не должен рассматриваться как отказ в обращении к ней для целей толкования статьи 26 ДЭХ, а как распространение ее главных принципов на ограниченный круг подписантов. Если принимающее и экспортирующее государства входят в состав подписантов второй Декларации 2019 г., следует придерживаться прогосударственного толкования статьи 26 ДЭХ, основанного на недопустимости разрешения внутрисоюзных споров в арбитраже.

Кроме того, толкование положений международных договоров путем обращения к источникам национального права значительно ограничивает усмотрение

арбитров. Они уже не могут игнорировать позицию высших государственных судов по спорному вопросу и предлагать свою точку зрения, которая полностью противоречит позиции данных судов. Недопустимость разрешения внутрисоюзных споров в арбитраже, провозглашенная Судом ЕС в деле *Slovakia v. Achmea*, распространение этого запрета на участников ДЭХ, закрепленное во второй Декларации 2019 г., разрушает любой фундамент для создания какой-либо иной позиции, позволяющей третейским судам признать свою компетенцию по разрешению внутрисоюзных споров. Впрочем, нельзя исключать случаи, когда национальный правопорядок сам предусматривает автономное толкование положений международного договора без учета национальных особенностей его применения. Одним из таких экстравагантных примеров служит [пункт 3 ст. 1186](#) Гражданского кодекса РФ. В соответствии с данным пунктом исключается постановка коллизионного вопроса, если материально-правовые нормы международного договора РФ полностью урегулируют спорное правоотношение. Кажущееся упрощение правового регулирования, на самом деле, способствует произвольному толкованию положений международных договоров и препятствует объективному, систематичному установлению их содержания.

Во-вторых, время принятия данной Декларации не играет ту существенную роль, которая присуща правовой норме. Отказ предыдущих арбитражных трибуналов от обращения к решению Суда ЕС 2018 года по вопросу *Achmea*, второй Декларации 2019 г. по причине их позднего появления в правовом поле не выдерживает критики. Только правовая норма связана временными ограничениями и, как правило, применима к отношениям, возникшим до введения ее в действие. Изменения в подходах к толкованию могут произойти в любой момент и подлежат учету арбитрами независимо от их ретроспективного действия. Кстати, в эту же категорию следует включить решение Суда ЕС по делу *Republic Moldova v. Komstroy LLC (Moldova v. Komstroy)*, в котором Суд ЕС прямо указал, что пункт 2 (с) статьи 26 ДЭХ неприменим к внутрисоюзным инвестиционным спорам. С принятием этого решения, по мнению трибунала ТПС, должны отпасть любые сомнения в распространении решения Суда ЕС 2018 года по вопросу *Achmea* на статью 26 ДЭХ (пар. 435 Решения).

Несмотря на достаточность решения Суда ЕС в деле *Moldova v. Komstroy*, нельзя не сказать несколько слов о третьей Декларации 2019 г., которая была подписана Швецией – страной проведения третейского разбирательства, и потому имеющей отношение к рассматриваемому делу. В данной Декларации ее подписанты заняли более осторожный подход и предпочли не высказывать свою точку зрения на допустимость разрешения внутрисоюзных споров в арбитраже, если речь идет о применении статьи 26 ДЭХ. Трибунал ТПС не увидел в этом подходе каких-либо ясных правил, которые могли быть использованы им при толковании вышеназванной статьи. Также арбитры не увидели в формулировке оговорки о разобщении (*disconnection clause*), которая действует только в отношении Свальбардского договора 1920 года (в российской юридической литературе известного как Шпицбергенский трактат), отказ участников ДЭХ от преимущественной силы права ЕС в части разрешения внутрисоюзных споров. Допуская возможность других объяснений этому факту, включая использование участниками ДЭХ терминологии, которая сама по себе имеет чересчур широкую сферу действия, трибунал ТПС констатировал недостаточность доводов истца в защиту своей позиции (пар. 409 Решения).

Завершая свой правовой анализ, трибунал ТПС еще раз подчеркивает категоричность указаний, содержащихся в решениях Суда ЕС, вынесенных по вопросу *Achmea*: решения по делу *Moldova v. Komstroy* и *Republiken Polen v. PL Holdings Sarl (Poland v. PL Holdings)*. В последнем деле Суд ЕС подтвердил свою позицию по вопросу *Achmea* в отношении национального законодательства страны-члена ЕС, разрешающего этому члену ЕС заключить соглашение с инвестором из другой страны-члена ЕС о передаче спора в арбитраж *ad hoc*. Приоритет права ЕС в отношениях между странами-членами ЕС вытекает не из правила *lex specialis* или *lex posterior*. Нормы права ЕС, по мнению арбитров, обладают высшей силой. Их статус приравнивается к императивным нормам общего международного права по смыслу, придаваемому статьями 53 и 64 Венской конвенции 1969 г., статьей 103 Устава ООН, которые могут обозначаться с помощью таких терминов, как «*lex superior*», «*peremptory norms*» или «*jus cogens*» (пар. 470 Решения).

Обзор третейских решений по трансграничным инвестиционным спорам см. на сайте автора [virarbclub.ru](http://virarbclub.ru) или Telegram-канале Виртуальный арбитражный клуб.