

Применимое право при разрешении внутрисоюзных инвестиционных споров

11.06.2022 — 21:07

Сфера практики: [Разрешение споров](#)

Настоящая статья представляет собой краткий обзор, сделанный автором по результатам рассмотрения Комитетом *ad hoc* трех ходатайств об отмене третейских решений, которые были вынесены арбитражными трибуналами МЦУИС по искам иностранных инвесторов против Испании. Причем временной промежуток между принятием Комитетом *ad hoc* этих решений составлял менее двух недель. 16 марта 2022 года было вынесено решение по делу SolEs Badajoz GmbH v. Kingdom of Spain (*SolEs v. Spain*), 18 марта 2022 года – по делу NextEra Energy Global Holding B.V. and NextEra Energy Spain Holdings B.V. v. Kingdom of Spain (*NextEra v. Spain*), 28 марта 2022 года – по делу Cube Infrastructure Fund SICAV and others v. Kingdom of Spain (*Cube v. Spain*).

Во всех трех делах Испания предприняла попытку оспорить третейские решения по причине того, что арбитражные трибуналы явно превысили свои полномочия путем признания своей юрисдикции по внутрисоюзным инвестиционным спорам и не применили право Европейского союза (далее – ЕС). Согласие на арбитраж, выраженное договаривающимися государствами в ст. 26 Договора к Энергетической Хартии 1994 года (далее – ДЭХ), не должно распространяться на споры между иностранными инвесторами, получившими этот статус благодаря значимой правовой связи с одним из государств-членов ЕС, и принимающими государствами, являющимися членами ЕС, т.е. на споры, имеющие внутрисоюзный (intra-EU) характер. Развивая этот главный довод, Испания привела довольно обширный юридический инструментарий, обосновывающий ее позицию: принцип приоритета права ЕС, ст. 267 и 344 Лиссабонского Договора о функционировании ЕС 2007 года (далее – Лиссабонский договор 2007 года), решение Суда ЕС 2018 года по вопросу *Achmea* (дело *Slovakia v. Achmea*)^[1], Декларации 2019 года о правовых последствиях решения Суда ЕС по вопросу *Achmea* (далее – Декларации 2019 года), наличие подразумеваемой оговорки о разобщении (*disconnection clause*) в ДЭХ^[2].

По всем трем делам Комитет *ad hoc* не согласился с позицией Испанией и подтвердил юрисдикцию арбитражных трибуналов. Приведенные доводы против отмены третейских решений содержат общий подход к оценке права ЕС с точки зрения иерархии правовых источников, но отличаются друг от друга степенью проработки спорных вопросов и расставленными в связи с этим акцентами. В деле *SolEs v. Spain* Комитет *ad hoc* сконцентрировал свое внимание на признаках, позволяющих квалифицировать ошибку в применении или толковании права как явное превышение полномочий арбитражного трибунала. Такая ошибка должна быть грубой или вопиющей (*gross or egregious*), чтобы ее можно было легко обнаружить в тексте третейского решения (пар. 115 Решения). Этот высокий порог (*high threshold*) для доказывания явного превышения

арбитрами своих полномочий упоминается в отношении всех возражений Испании против юрисдикции арбитражного трибунала. В деле *NextEra v. Spain* Комитет *ad hoc* добавляет еще фигуру разумного лица (reasonable person), навыки которого являются объективным критерием для установления грубого или вопиющего характера ошибки, совершенной арбитрами (пар. 231 Решения). Также следует отметить, что Комитет *ad hoc* не стал рассматривать довод Испании о необходимости учесть позицию Суда ЕС, выраженную им в деле *Republic Moldova v. Komstroy LLC (Moldova v. Komstroy)* о неприменении ст. 26 (2) (с) ДЭХ к разрешению внутрисоюзных инвестиционных споров в арбитраже. Основанием для отказа в допустимости этого довода послужил факт вынесения решения Суда ЕС по делу *Moldova v. Komstroy* через два года после вынесения третейского решения по делу *NextEra v. Spain*. В соответствии со ст. 52 (1) (b) Вашингтонской конвенции 1965 года об урегулировании инвестиционных споров между государствами и лицами других государств (пар. 233 Решения).

Выводы Комитета *ad hoc* в деле *Cube v. Spain* более структурированы и содержат более тщательный правовой анализ по существу спорных вопросов, по которым Комитет *ad hoc* выразил свое согласие с позицией арбитражного трибунала и дал самостоятельную оценку. В частности, Комитетом *ad hoc* были отвергнуты доводы Испании о применении Лиссабонского договора 2007 года в силу правила *lex posterior*, приоритете права ЕС над положениями ДЭХ, включая положения о разрешении инвестиционных споров, относимости решения Суда ЕС по вопросу *Achmea* к рассматриваемому спору (пар. 216 и 219 Решения). Для придания убедительной силы своей позиции Комитет *ad hoc* сослался на схожесть выводов арбитражного трибунала, оспариваемых Испанией в делах *NextEra v. Spain* и *Cube v. Spain*, с выводами многих других арбитражных трибуналов. В деле *NextEra v. Spain* Комитет *ad hoc* привел точное число – «32 трибунала МЦУИС» (пар. 232 Решения), в деле *Cube v. Spain* ограничился указанием на «дюжины других трибуналов ДЭХ» (пар. 220 Решения).

Комментарий Автора

Следование правилу о том, что ошибка в применении или толковании права должна носить грубый и вопиющий характер, если она рассматривается заинтересованной стороной в качестве доказательства о превышении арбитражным трибуналом МЦУИС своих полномочий, значительно уменьшает вероятность отмены третейского решения по этому основанию. Степень нарушения арбитрами своих профессиональных обязанностей не должна влиять на право стороны, проигравшей в третейском разбирательстве, отменить несправедливое третейское решение. Неважно, допустили ли арбитры грубый просчет в толковании применимого права, отказались его применить без предоставления разумного обоснования или они выбрали подход, не являющийся преобладающим в арбитражном сообществе и поэтому не признаваемый большинством их коллег. Сам факт ошибки, если она привела к превышению полномочий арбитров, уже свидетельствует о наличии основания для отмены третейского решения.

Что же касается вопроса о приоритете права ЕС, решения Комитета

ad hoc демонстрируют его приверженность к транснациональному подходу в международном арбитраже. Арбитры выступают в качестве представителей международного делового сообщества и вправе предлагать свою трактовку положениям международного договора и не обращать внимание на волю договаривающихся государств и решения высших государственных судов, вынесенных по спорным вопросам. Нельзя отрицать тот факт, что во всех трех делах национальные правовые порядки, которые могли иметь отношение к спору между иностранным инвестором и принимающим государством, предусматривают запрет на разрешение внутрисююзных инвестиционных споров в арбитраже. Арбитражные трибуналы МЦУИС и Комитет *ad hoc* предпочитают игнорировать этот запрет и руководствоваться своим усмотрением при установлении содержания международно-правовых норм. Безусловно, ДЭХ не требует от арбитров решить коллизионную проблему и выбрать надлежащий национальный правовой порядок для правового регулирования спорного вопроса. В то же время нет и запрета для толкования ст. 26 ДЭХ в соответствии с национальными правовыми порядками, имеющими отношение к инвестиционному спору и признающими решение Суда ЕС по вопросу *Achmea*, Декларации 2019 года. К сожалению, эта точка зрения никак не представлена в арбитражной практике, что лишней раз подтверждает превалирование конъюнктурных соображений и корпоративной солидарности над беспристрастным и объективным правовым анализом.

[1] Вопросу *Achmea* посвящена серия статей А.С. Исполинова, опубликованных на интернет-сайте: <http://www.zakon.ru>: Европейский союз и реформа инвестарбитража: вынужденная жертва или дымовая завеса? (статья опубликована 17.11.2015 г.); Реформа инвестарбитража, начатая Европейским Союзом, набирает ход, но решать ее судьбу будет Суд ЕС (статья опубликована 30.09.2016 г.); Международное правосудие: итоги 2017 года (статья опубликована 29.12.2017 г.); Решение Суда ЕС по делу *Achmea*: крестовый поход против инвестиционного арбитража (статья опубликована 10.05.2018 г.); Заключение Суда ЕС № 1/17: зеленый свет реформе инвестарбитража или..? (статья опубликована 15.05.2019 г.); Закат инвестиционного арбитража: Рабочая группа ЮНСИТРАЛ и гулкое одиночество России (статья опубликована 10.11.2020 г.); Суд ЕС в деле *Комstroy*: судьба инвестарбитражной оговорки в ДЭХ решена на основе принципов дела *Achmea* (статья опубликована 01.10.2021 г.).

[2] Подробнее см.: *Ануров В.Н.* Компетенция третейского суда. Инвестиционные споры. Т. 2. М., 2022. С. 60-82.