

Конфликт международно-правовых норм в трансграничных инвестиционных спорах



В. Н. АНУРОВ, LL. M. (Dundee, Scotland), кандидат юридических наук; vasily.anurov@gmail.com

*Настоящая статья посвящена дискуссии, возникшей после печально известного дела *AshTea*, которое поставило под сомнение перспективу международного инвестиционного арбитража в Европе. Главная причина противоположных взглядов на арбитраж как механизм разрешения споров, предусмотренный в двусторонних инвестиционных соглашениях (ДИС), заключенных между членами Европейского союза, состоит в столкновении между обязательствами членов ЕС по соблюдению международных договоров, включая ДИС и Вашингтонскую конвенцию 1965 г. о порядке разрешения инвестиционных споров между государствами и иностранными лицами, и одним из основных принципов Европейского союза — поддержанием единообразного правового порядка, обеспечиваемого исключительной юрисдикцией Европейского суда справедливости в отношении толкования европейского права. Автор предлагает способ решения такого конфликта; указывает, какие нормы европейского или международного права должны применяться арбитражными трибуналами в зависимости от их мандатов, выбора применимого права, профессиональных навыков и добросовестности арбитров.*

Ключевые слова: *арбитраж; третейское решение; трансграничные инвестиционные споры; внутренние споры Европейского союза; оговорка о разобщении; применимое право; нормы международного права.*

Современное состояние международного инвестиционного права характеризуется жестким противостоянием юрисдикций и парадигм, не позволяющим выработать единый подход к решению спорных вопросов, который бы действовал продолжительное время и соблюдался всеми заинтересованными лицами. Ранее Комиссия Европейского союза (далее — Комиссия ЕС) предприняла попытку нивелировать действие одного из фундаментальных принципов Вашингтонской конвенции 1965 г. о порядке разрешения инвестиционных споров между государствами и иностранными лицами (далее — Вашингтонская конвенция 1965 г.)¹ — обязанность договаривающихся государств признавать и исполнять третейское решение Международного центра по урегулированию инвестиционных споров (МЦУИС)². Тем самым была

¹ <https://docs.cntd.ru/document/1902243> (дата посещения — 16.07.2021).

² *Ioan Micula, Viorel Micula, S. C. European Food S. A., S. C. Starmill S. R. L. and S. C. Multipack S. R. L. v. Romania*. ICSID case № ARB/05/20 (*Micula v. Romania*); *Ioan Micula, Viorel Micula, S. C. European Food S. A., S. C. Starmill S. R. L. and S. C. Multipack S. R. L. v. Romania & European Commission*. Case № A3/2017/1853, 1855, 1856 & 1903. Court of Appeal. The Supreme Court (*Micula v. Romania & European Commission*).

подвергнута сомнению юрисдикция трибунала МЦУИС, выносящего третейское решение вне рамок какого-либо национального или регионального правопорядка. Дело *Achmea*³ спровоцировало наступление еще более негативных последствий для международного инвестиционного арбитража, которые А. С. Исполинов назвал «крестовым походом против инвестиционного арбитража»⁴, а в некоторых третейских разбирательствах дискуссия спорящих сторон о влиянии этого дела на принятие решения о компетенции третейского суда особо выделяется как вопрос *Achmea*. В 2012 г. арбитражный трибунал *ad hoc*, сформированный и проводивший третейское разбирательство на территории Германии в соответствии с Арбитражным регламентом ЮНСИТРАЛ 1976 г., вынес третейское решение о возмещении убытков в размере 22,1 млн евро и начисленных на эту сумму процентов голландской компании *Achmea B.V.* (первоначальное наименование компании — *Eureko B.V.*), подлежащих уплате Словакией. В соответствии с третейским решением было установлено, что Словакия нарушила свои обязательства, предусмотренные в Соглашении о поощрении и взаимной защите инвестиций между Королевством Нидерландов и Чешской и Словацкой Федеративной Республикой 1991 г. (далее — ДИС между Нидерландами и Чехословакией 1991 г.), в том числе принцип равного и справедливого отношения путем введения запрета на распределение прибыли, полученной от осуществления иностранным инвестором деятельности в области частного медицинского страхования. Этот запрет впоследствии был отменен Конституционным судом Словакии.

В результате рассмотрения ходатайства об отмене третейского решения в государственных судах Германии: Высшем земельном суде г. Франкфурта-на-Майне и Верховном суде Германии, последним был подан запрос в Суд справедливости Европейского союза (далее — Суд ЕС) о соотношении права ЕС и ДИС между Нидерландами и Чехословакией 1991 г. в части разрешения трансграничного инвестиционного спора в арбитраже. В 2018 г. Суд ЕС вынес решение о том, что ст. 8 ДИС между Нидерландами и Чехословакией 1991 г., предусматривающая рассмотрение споров в арбитраже, оказывает неблагоприятный эффект (*adverse effect*) на автономность права ЕС, а именно подвергает сомнению принцип взаимного доверия между странами ЕС, сохранение особой природы права ЕС и несовместима с принципом подлинного сотрудничества⁵. Поэтому положения Лиссабонского договора 2007 г.

³ *Eureko B.V. v. The Slovak Republic*. PCA case № 2008-13 (*Eureko v. Slovakia*); *Die Slowakische Republik v. Achmea B.V.* Court (Grand Chamber). Case № C-284/16 (*Slovakia v. Achmea*).

⁴ Сравнение решения Суда ЕС с крестовым походом против инвестиционного арбитража присутствует как в самом названии статьи А. С. Исполинова, так и в его скептическом прогнозе о способах разрешения трансграничных инвестиционных споров на территории ЕС: «Решение суда ЕС по делу *Achmea* нужно воспринимать не изолированно, а как начало крестового похода Суда ЕС и национальных судов стран — членов ЕС против инвестиционного арбитража с целью полностью очистить от него всю территорию Европейского союза. Не имея возможности повлиять на государства с целью соответствующего изменения международных договоров, Суд ЕС избрал путь дезактивации их инвестарбитражных положений, обесмысливания их использования инвесторами против стран — членов ЕС в виде неизбежного аннулирования решений инвестарбитража или отказа в их исполнении». Цит. по: Исполинов А. С. Решение Суда ЕС по делу *Achmea*: крестовый поход против инвестиционного арбитража: https://zakon.ru/blog/2018/05/10/reshenie_cuda_es_po_delu_achmea_krestovyj_pohod_protiv_investicionnogo_arbitrazha (дата посещения — 16.07.2021).

⁵ *Slovakia v. Achmea*. Judgment. Mar. 6, 2018 (*Slovakia v. Achmea* (Judgment)). Par. 58–59. Подробное изложение фактуры дела на рус. яз. см.: Аудзевичус Р., Пархаев Д. Решение Суда ЕС

о функционировании Европейского союза (далее — Лиссабонский договор 2007 г.), устанавливающие юрисдикцию Суда ЕС в отношении толкования международных договоров ЕС, правомерности актов институтов, органов, учреждений и агентств ЕС, включая их толкование (ст. 267), запрет странам ЕС использовать иные способы разрешения спора о толковании и применении международных договоров ЕС, кроме тех, которые предусмотрены в Лиссабонском договоре 2007 г. (ст. 344), препятствуют (preclude) исполнению положений о разрешении споров, предусмотренных в ст. 8 ДИС между Нидерландами и Чехословакией 1991 г.⁶

Главный довод Суда ЕС против международного инвестиционного арбитража был основан на угрозе праву ЕС, его целостности как уникальной правовой системы, существование которой поддерживается Судом ЕС, обеспечивающим единообразное толкование права ЕС. Если иск против страны ЕС подан иностранным инвестором, чей правовой статус определяется путем установления его принадлежности к другой стране ЕС, трансграничный инвестиционный спор носит внутрисоюзный характер (intra-EU), вследствие чего Суд ЕС должен обладать исключительной юрисдикцией по разрешению такого спора. Опасность нарушения права ЕС в деле *Achmea* была признана более серьезной, чем возникновение аналогичной ситуации в международном коммерческом арбитраже, несмотря на то, что третейское разбирательство проходило в соответствии с Арбитражным регламентом ЮНСИТРАЛ 1976 г. и, следовательно, третейское решение подлежало контролю со стороны национального государственного суда, в деле *Achmea* — суда г. Франкфурта-на-Майне, отказавшего, между прочим, в удовлетворении ходатайства об отмене третейского решения. Таким образом, нельзя исключать возможность судебного контроля над третейскими решениями, вынесенными в соответствии с Арбитражным регламентом ЮНСИТРАЛ 1976 г. и не подпадающими под привилегированный режим Вашингтонской конвенции 1965 г. Поэтому озабоченность Суда ЕС, связанная с возникновением повышенных рисков для эффективного применения права ЕС при разрешении внутрисоюзного инвестиционного спора арбитражным трибуналом *ad hoc*, носит надуманный характер⁷. Тем не менее решение Суда ЕС по вопросу *Achmea* сыграло

по делу *Slowakische Republik v. Achmea B. V.* и будущее инвестиционного арбитража в Европе // Новые горизонты международного арбитража / Под науч. ред. А. В. Асоскова, А. Н. Жильцова, Р. М. Ходыкина. Вып. 5. М., 2019. С. 350–364.

⁶ К противоположному выводу пришел генеральный адвокат М. Вотлет (M. Wathelet), представивший свое мнение перед вынесением решения Суда ЕС (*Slovakia v. Achmea*. Opinion of Advocate Wathelet. Sept. 19, 2017 (*Slovakia v. Achmea* (Opinion of Wathelet)). Par. 273. В западной юридической литературе можно встретить как негативную, так и позитивную оценку решения Суда ЕС в казусе *Achmea*. К примеру, И. Нэги (I. Nagy) считает, что это решение Суда ЕС отличается странностью и лаконичностью, так как «не содержит ссылок на мнение М. Вотлета, скрывая приведенные им доводы» (Nagy I. Intra-EU Bilateral Investment Treaties and EU Law After *Achmea*: “Know Well What Leads You Forward and What Holds You Back” // German Law Journal. 2018. Vol. 19. № 4. P. 989). Напротив, С. Хинделэнг приходит к выводу о том, что доводы Суда ЕС «заслуживают широкой поддержки». См.: Hindelang S. Conceptualisation and Application of the Principle of Autonomy of EU Law — The CJEU’s Judgment in *Achmea* Put in Perspective // European Law Review. 2019. Vol. 44.: https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=3266123 (дата посещения — 16.07.2021).

⁷ В этой связи следует привести критический анализ решения Суда ЕС, сделанный Б. Хессом (B. Hess). По его мнению, это решение носит противоречивый и радикальный характер, поскольку основано на принципах автономности права ЕС и недопустимости исключения судебного вмешательства, осуществляемого на стадии рассмотрения ходатайства об отмене

роль своеобразного «спускового крючка», и в арбитражной практике стали появляться многочисленные дела, в которых страны ЕС, выступая ответчиками, заявляют свои возражения против компетенции третейского суда, основанной не только на ДИС, но и на Лиссабонском договоре к Энергетической хартии 1994 г. (далее — ДЭХ)⁸ при активной поддержке Комиссии ЕС. Последняя, хотя и не является спорящей стороной, неизменно выражает свою позицию по вопросу *Achmea* в формате *amicus curiae* (друг суда) в проводимых третейских разбирательствах. Параллельно страны ЕС, по отдельности и совместно, предпринимают меры для исключения международного инвестиционного арбитража на территории ЕС. Причем работа ведется в двух направлениях. В январе 2019 г. были выпущены три декларации о правовых последствиях решения Суда ЕС по вопросу *Achmea* (далее — Декларации 2019 г.)⁹ с целью еще раз продемонстрировать позицию каждого государства, подписавшего соответствующую декларацию, о несовместимости рассмотрения внутрисоюзных инвестиционных споров путем арбитража с правом ЕС. Вторым направлением является разработка новой системы инвестиционных судов, задуманной для того, чтобы полностью заменить ею существующий механизм разрешения трансграничных инвестиционных споров, в котором главенствующую роль играет арбитраж¹⁰. Очертания новой системы ясно проглядываются в модели, закрепленной во Всестороннем соглашении об экономике и торговле между Канадой и Европейским союзом 2016 г. (далее — Торговое соглашение между Канадой и ЕС 2016 г. / ВСЭТ). Ее суть заключается в том, что любой трансграничный инвестиционный спор подпадает под юрисдикцию Трибунала ВСЭТ, состоящего из пятнадцати членов: пяти граждан ЕС, пяти граждан Канады и пяти граждан третьих государств. Для разрешения конкретного спора Президент Трибунала ВСЭТ формирует секцию из трех членов Трибунала: гражданина государства, входящего в ЕС, гражданина Канады и гражданина третьего государства. При их назначении должны быть соблюдены принципы ротации, случайности и непредсказуемости. Таким образом, спорящие стороны лишены возмож-

третейского решения или признания и приведения его в исполнение. Применение данных принципов ставит под сомнение существующие механизмы разрешения споров путем арбитража — в МЦУИС или любом третьем государстве (Hess V. The Fate of Investment Dispute Resolution after the *Achmea* Decision of the European Court of Justice // Max Planck Institute Luxembourg for Procedural Law Research Paper Series. 2018. № 3. P. 11–12).

⁸ <https://docs.cntd.ru/document/499060547> (дата посещения — 16.07.2021).

⁹ Declaration of the Representatives of the Governments of the Member States on the Legal Consequences of the Judgement of the Court of Justice in *Achmea* and on Investment Protection in the European Union. Jan. 15, 2019 (https://ec.europa.eu/info/sites/default/files/business_economy_euro/banking_and_finance/documents/190117-bilateral-investment-treaties_en.pdf (дата посещения — 16.07.2021)); Declaration of 5 Member States on the enforcement of the *Achmea* Judgement. Jan. 16, 2019; Declaration of Hungary on the Legal Consequences of the *Achmea* Judgement. Jan. 16, 2019.

¹⁰ Реформе инвестиционного арбитража в ЕС посвящена серия статей А. С. Исполинова, опубликованных на интернет-сайте <https://zakon.ru>: Исполинов А. С. Европейский союз и реформа инвестарбитража: вынужденная жертва или дымовая завеса? (статья опубликована 17.11.2015); Он же. Реформа инвестарбитража, начатая Европейским союзом, набирает ход, но решать ее судьбу будет Суд ЕС (статья опубликована 30.09.2016); Он же. Международное правосудие: итоги 2017 года (статья опубликована 29.12.2017); Он же. Заключение Суда ЕС № 1/17: зеленый свет реформе инвестарбитража или..? (статья опубликована 15.05.2019); Он же. Закат инвестиционного арбитража: Рабочая группа ЮНСИТРАЛ и гулкое одиночество России (статья опубликована 10.11.2020). См. также: Andersen T., Hindelang S. The Day after: Alternatives to Intra-EU BITs // The Journal of Worlds Investment & Trade. 2017. Vol. 18. Par. 5.3.

ности участвовать в формировании трибунала — неотъемлемого свойства арбитража. Поэтому статус его членов в большей степени напоминает статус государственных судей, осуществляющих свои властные полномочия в силу своей должности, несмотря на нейтральную терминологию, использованную в Торговом соглашении между Канадой и ЕС 2016 г. (ст. 8.27). На универсальном уровне идея о создании нового механизма разрешения трансграничных инвестиционных споров обсуждается рабочими группами ЮНСИТРАЛ. В качестве одного из обсуждаемых вариантов выступает вариант создания постоянного органа, имеющего признаки арбитража или международного суда, собственную систему обжалования вынесенных решений и претендующего на особый режим признания и приведения в исполнение этих решений на территории договаривающихся государств¹¹. Однако предпочтение, по видимому, будет отдано международному суду при определении структуры постоянного органа, если за основу будет взята модель, предложенная ЕС. Ее отличительной особенностью является предъявление особых требований к лицам, разрешающим трансграничные инвестиционные споры (*adjudicators*): осуществление ими своих полномочий в соответствии с трудовым договором, предусматривающим полную занятость и установление должностного оклада; соблюдение строгих этических стандартов, налагающих запрет на ведение коммерческой или политической деятельности; наличие достаточной квалификации, сравнимой с квалификацией членов международных судов, высших должностных лиц органов юстиции или известных специалистов в области международного права¹².

Несмотря на стойкое желание стран ЕС отказаться от арбитража как способа разрешения внутрисоюзных инвестиционных споров, иностранные инвесторы возбуждали и продолжают возбуждать третейские разбирательства, руководствуясь соответствующими положениями ДИС¹³ и ДЭХ¹⁴.

¹¹ Записка Секретариата ЮНСИТРАЛ № A/CN.9/890 от 24.05.2016 г. «Урегулирование коммерческих споров: предоставление исследовательского документа по Маврикийской конвенции о прозрачности в контексте арбитражных разбирательств между инвесторами и государствами на основе международных договоров как возможной модели для дальнейшего реформирования процесса урегулирования споров между инвесторами и государствами». 49 сессия. Нью-Йорк. 27 июня — 15 июля 2016 г. § 40–49: <https://undocs.org/ru/A/CN.9/890> (дата посещения — 16.07.2021).

¹² Submission from the European Union and its States, UNCITRAL № A/CN.9/WG.III/WP.159/Add.1. 24.01.2019. “Possible reform of investor-State dispute settlement (ISDS)”. 37 session. New-York. Apr. 1–5, 2019. Par. 3.4–3.6, 57: https://uncitral.un.org/sites/uncitral.un.org/files/wp159_add1.pdf (дата посещения — 16.07.2021).

¹³ *Eastern Sugar B. V. v. The Czech Republic*. SCC case № 008/2004 (*Eastern Sugar v. Czech Republic*); *Binder v. The Czech Republic*. UNCITRAL case (*Binder v. Czech Republic*); *Jan Oostergetel and Theodora Laurentius v. The Slovak Republic*. UNCITRAL case (*Oostergetel v. Slovak Republic*); *European American Investment Bank AG v. The Slovak Republic*. PCA case № 2010-17 (*EURAM v. Slovak Republic*); *WNC Factoring Ltd. v. The Czech Republic*. PCA case № 2014-34 (*WNC v. Czech Republic*); *Anglia Auto Accessories Limited v. The Czech Republic*. SCC case № V2014/181 (*Anglia Auto v. Czech Republic*); *I. P. Busta & J. P. Busta v. The Czech Republic*. SCC case № V2015/014 (*Busta v. Czech Republic*); *PL Holdings S. a. r. l. v. The Republic of Poland*. SCC case № V2014/163 (*PL Holdings v. Poland*); *Marfin Investment Group Holdings S. A., Alexandros Bakatselos and others v. The Republic of Cyprus*. ICSID case № ARB/13/27 (*Marfin v. Cyprus*); *Addiko Bank AG and Addiko Bank d. d. v. The Republic of Croatia*. ICASID case № ARB/17/37 (*Addiko v. Croatia*).

¹⁴ *Electrabel S. A. v. The Republic of Hungary*. ICSID case № ARB/07/19 (*Electrabel v. Hungary*); *Charanne B. V. v. The Kingdom of Spain*. SCC case № 62/2012 (*Charanne v. Spain*); *RREEF Infrastructure (G. P) Limited and RREEF Pan-European Infrastructure Two Lux S. a. r. l v. The Kingdom of Spain*. ICSID case № ARB/13/30 (*RREEF v. Spain*); *Isolux Infrastructure Netherlands. B. V. v. The Kingdom of Spain*. SCC case № V2013/153 (*Isolux v. Spain*); *Blusun S. A., Jean-Pierre*

Широко распространенная в мире модель, предоставляющая право спорящим сторонам влиять на формирование третейского суда, выглядит более привлекательной для иностранных инвесторов, чем постоянно действующий международный суд с заранее известным составом судей, назначаемых для рассмотрения конкретного дела административным аппаратом. Арбитражное сообщество также не склонно жертвовать арбитражем и признавать юрисдикцию международных судов, контролирующую правоприменение в рамках регионального правопорядка. Даже принятие этими судами решений, исключающих предпосылки для проведения третейского разбирательства, как в деле *Achmea*, прямое волеизъявление стран ЕС в поддержку таких решений, закрепленное в Декларациях 2019 г., или альтернативных моделей для разрешения трансграничных инвестиционных споров, например ВСЭТ, не являются для трибуналов МЦУИС или арбитражных трибуналов *ad hoc* убедительными основаниями для принятия решения об отсутствии компетенции. В большинстве случаев арбитры ссылаются на ограниченный характер вышеназванных юридических инструментов и их неприменимость в каждом конкретном случае. В частности, решение ЕС в казусе *Achmea* касается несовместимости положений о разрешении внутрисоюзных инвестиционных споров путем арбитража, предусмотренных в ДИС, а не ДЭХ. Декларации 2019 г. приняты после подачи просьбы об арбитраже и поэтому не свидетельствуют об отрицательном отношении договаривающихся государств к арбитражу на момент заключения ДИС или ДЭХ. Контекст этих международных договоров, в том числе наличие положений о режиме наибольшего благоприятствования, оговорки о разобщении (*disconnection clause*)¹⁵, подразумевающей ограничение сферы действия многостороннего международного договора в

Lecorcier and Michael Stein v. The Italian Republic. ICSID case № ARB/14/3 (*Blusun v. Italy*); *Eiser Infrastructure Limited and Energia Solar Luxembourg S. a. r. l. v. The Kingdom of Spain*. ICSID case № ARB/13/36 (*Eiser v. Spain*); *EDF International S. A. v. The Republic of Hungary*. UNCITRAL case (*EDF v. Hungary*); *PV Investors v. The Kingdom of Spain*. PCA case № 2012-14 (*PV Investors v. Spain*); *Novenergia II – Energy & Environment (SCA) (Grand Duchy of Luxembourg), SICAR v. The Kingdom of Spain*. SCC case № 2015/063 (*Novenergia v. Spain*); *Antin Infrastructure Services Luxembourg S. a. r. l. and Antin Energia Termosolar B. V. v. The Kingdom of Spain*. ICSID case № ARB/13/31 (*Antin v. Spain*); *Vattenfall AB, Vattenfall GmbH, Vattenfall Europe Nuclear Energy GmbH, Kernkraftwerk Krummel GmbH & Co. oHG, Kernkraftwerk Brunsbüttel GmbH & Co. oHG v. The Federal Republic of Germany*. ICSID case № ARB/12/12 (*Vattenfall v. Germany*); *Foresight Luxembourg Solar 1 S. a. r. l., Foresight Luxembourg Solar 2 S. a. r. l., Greentech Energy Systems A/S, GWM Renewable Energy I S. P. A., GWM Renewable Energy II S. P. A. v. The Kingdom of Spain*. SCC case № V2015/150 (*Greentech v. Spain*); *SolEs Badajoz GmbH v. The Kingdom of Spain*. ICSID case № ARB/15/38 (*SolEs v. Spain*); *NextEra Energy Global Holdings B. V. and NextEra Energy Spain Holdings B. V. v. The Kingdom of Spain*. ICSID case № Arb/14/11 (*NextEra v. Spain*); *Voltaic Network GmbH v. The Government of the Czech Republic*. PCA case № 2014-20 (*Voltaic v. Czech Republic*); *Masdar Solar & Wind Cooperatief U. A. v. The Kingdom of Spain*. ICSID case № ARB/14/1 (*Masdar v. Spain*); *Eskosol S. p. A. in liquidazione v. The Italian Republic*. ICSID case № ARB/15/50 (*Eskosol v. Italy*).

¹⁵ В соответствии с Отчетом Комиссии правовых советников по международному публичному праву, широко известной под акронимом SAHDI (Committee of Legal Advisers on Public International Law), под оговоркой о разобщении понимается «ссылка на положение многостороннего международного договора, позволяющее определенным сторонам международного договора не применять этот договор целиком или в части между собой, в то время как другие стороны сохраняют за собой право применять договор целиком в своих отношениях с этими сторонами» (Report in the Consequences of the So-called “Disconnection Clause” in International Law in General and for Council of Europe Conventions, Containing Such Clause in Particular. Oct. 10, 2007. Par. 10: <https://rm.coe.int/CoERMPublicCommonSearchServices/DisplayDCTMContent?documentId=0900001680064512> (дата посещения — 16.07.2021).

отношении некоторых его участников, не позволяет сделать однозначный вывод о специальном режиме рассмотрения внутрисоюзных инвестиционных споров, предусмотренном Лиссабонским договором 2007 г. Вот далеко не весь перечень доводов, которые используются арбитрами при отказе в удовлетворении возражений страны ЕС, выступающей ответчиком в конкретном деле, против компетенции третейского суда. Поскольку настоящая статья не преследует прикладные цели, дальнейший правовой анализ не будет состоять из тщательного разбора всех доводов трибуналов МЦУИС и арбитражных трибуналов *ad hoc*, столкнувшихся с необходимостью выразить свою позицию по вопросу *Achmea*. Задача автора ограничивается выявлением определенной закономерности в ходе рассуждений арбитров и сути разногласий между спорящими сторонами, которые вызваны различием в теоретических подходах и потому представляют интерес для научного сообщества.

Участники третейского разбирательства обнаруживают «яблоко раздора», как только пытаются установить применимое право. Поскольку одно из возражений против компетенции третейского суда обычно основано на несовместимости рассмотрения внутрисоюзных инвестиционных споров путем арбитража с правом ЕС, ответчики всегда настаивают на признании его в качестве применимого права. В случае проведения третейского разбирательства в МЦУИС используется ссылка на субсидиарную коллизионную привязку, содержащуюся в ст. 42 Вашингтонской конвенции 1965 г. и подразумевающую обращение к праву ЕС как праву принимающего государства. В случае подачи иска о нарушении ДЭХ, в котором такая привязка отсутствует, ответчики считают право ЕС частью международного права. В свою очередь, иностранные инвесторы ограничивают сферу применения вышеназванного коллизионного правила существом спора, а право ЕС — региональным характером международно-правового регулирования. Поэтому первый довод ответчиков опровергается в силу того, что вопрос *Achmea* относится к компетенции третейского суда и не связан с разрешением трансграничного инвестиционного спора по существу, а второй — с тем, что право ЕС, хотя и принадлежит к одному из подвидов международного права, не может претендовать на статус универсального (общего) международного права (*general international law*) и вследствие этого подпадать под категорию «применимых норм и принципов международного права» (*applicable rules and principles of international law*), упомянутую в ДЭХ. Единственным способом влияния права ЕС на результат третейского разбирательства остается рассмотрение его как вопроса факта, когда третейский суд оценивает характер нарушения принимающим государством своих обязательств по ДЭХ. Были ли экономические ограничения, предписанные императивными нормами права ЕС, наложены на иностранного инвестора в произвольной или неразумной форме? Имелась ли у принимающего государства возможность обеспечить материально-правовые гарантии, закрепленные в ДЭХ, даже несмотря на экономические ограничения?

Позиция сторонников «проарбитражного подхода» по вопросу *Achmea* отличается поверхностным и непоследовательным применением юридического инструментария, содержащегося в коллизионном праве и праве международных договоров. В первом случае любое разногласие сторон о содержании возникших между ними правоотношений подлежит разрешению с помощью

применимого права, устанавливаемого путем обращения к коллизионным нормам. Если принимающее государство и иностранный инвестор не воспользовались своим правом самостоятельно выбрать применимое право, они могут обратиться к Вашингтонской конвенции 1965 г., содержащей специальную отсылку к праву принимающего государства (ст. 42). Эта отсылка действует как субсидиарное правило и представляет собой единственный способ решения коллизионной проблемы, так как на универсальном, региональном и двустороннем уровне не существует других эффективных альтернатив в нормативном регулировании. Простой отказ в применении данного правила для решения спорных вопросов, связанных с компетенцией третейского суда при разрешении трансграничных инвестиционных споров, без предложения адекватной замены непродуктивен, поскольку сохраняет пробел в правовом регулировании и не устраняет опасность вынесения произвольных решений¹⁶. Безусловно, нельзя отрицать, что право принимающего государства упомянуто в ст. 42 Вашингтонской конвенции 1965 г. прежде всего в контексте разрешения спора по существу. В ней нет четкого указания арбитрам применять вышеназванное право для определения своей компетенции. Оба вопроса (разрешение спора по существу и определение арбитражем своей компетенции) имеют больше различий, чем общих черт. К тому же волеизъявление частных лиц, являющееся предпосылкой для проведения любого третейского разбирательства по рассмотрению трансграничных коммерческих споров, играет менее значительную роль в международном инвестиционном арбитраже. Если иностранный инвестор возбуждает третейское разбирательство против принимающего государства на основании положений о разрешении трансграничных инвестиционных споров, содержащихся в международных договорах или национальном законодательстве, то главным источником для проведения будущего арбитража будет нормативный акт одного или нескольких носителей публичной власти, независимо от того, на каком уровне он принят и действует — международном или национальном. Иностранный инвестор, будучи частным лицом, не принимает участие в этом нормотворчестве, вследствие чего предпосылки для создания такого арбитража должны рассматриваться не в частноправовой плоскости, как в международном коммерческом арбитраже, а с точки зрения публично-правовых категорий.

В коллизионном праве правовое регулирование частноправовых и публично-правовых отношений наиболее часто и ярко проявляется в разграничении вопросов материального и процессуального права. Необходимость в этом разграничении вытекает из общеизвестного принципа международного частного права, в соответствии с которым применение иностранного права в результате выбора сторон или действия коллизионной нормы допускается только в отношении материально-правовых вопросов. Процессуальные отношения всегда регулируются правом страны, где находится форум, или,

¹⁶ Другой способ был предложен А. Брохесом, генеральным советником Всемирного банка с 1959 по 1979 г. и генеральным секретарем МЦУИС с 1967 по 1980 г. По его мнению, процессуальные положения «разбросаны» в Вашингтонской конвенции 1965 г. (ст. 43–47), а в случае их недостаточности решение остается за трибуналом МЦУИС (Broches A. The Convention on the Settlement of Investment Disputes between States and Nationals of Other States // Hague Academy of International Law Collected Courses (“Recueil Des Cours”). 1972/II. Vol. 136. P. 386).

иными словами, где рассматривается спор¹⁷. Простота описанного принципа объясняется судебной практикой, сложившейся в большинстве государств мира, когда государственный суд руководствуется собственным процессуальным правом при ведении судебного процесса и вопрос о применении иностранного права даже не стоит¹⁸. Регулирование процессуальных отношений, осложненных иностранным элементом, только одной коллизионной привязкой — *lex fori* — может быть оправдано с практической точки зрения, но не способно остановить создание теоретических конструкций, выходящих за пределы господствующей доктрины. Альтернативный подход был предложен И. Саси (I. Szaszy), поставившим во главу угла принцип наиболее тесной связи для определения права, применимого к процессуальным действиям¹⁹. Преимущество альтернативного подхода над господствующей доктриной в наибольшей степени проявляется в международном коммерческом арбитраже, который прямо разрешает сторонам самостоятельно определять порядок проведения третейского разбирательства, а значит, допускает применение иностранного права, если следовать буквальному толкованию ст. 5 (1) (d) Нью-Йоркской конвенции 1958 г. о признании и приведении в исполнение иностранных арбитражных решений (далее — Нью-Йоркская конвенция 1958 г.)²⁰. Как и в случае с судебным процессом, стороны третейского соглашения редко выбирают иностранное право для регулирования третейского разбирательства. Такая практика нежелательна с точки зрения возможной процедуры оспаривания третейского решения в стране его вынесения. Положения иностранного процессуального права, подлежащие соблюдению всеми участниками третейского разбирательства в силу достигнутой между спорящими сторонами специальной договоренности, могут вступить в противоречие с публичным порядком страны, где проходит арбитраж²¹. Тем самым стороны загоняют себя в искусственную ловушку, и их необдуманное творчество влечет пагубные последствия.

¹⁷ Чешир Дж., Норт П. Международное частное право / Под ред. М. М. Богуславского; Пер. с англ. С. Н. Андрианова. М., 1982. С. 452; Лунц Л. А., Марьшева Н. И. Международное гражданское право. М., 1976 // Курс международного частного права: в 3 т. М., 2002. С. 769; Conflict of Laws / P. Hay, P. J. Borchers, S. C. Symeonides, C. A. Whytock. 6th ed. St. Paul, Minnesota, 2018. P. 133.

¹⁸ Чешир Дж., Норт П. Указ. соч. С. 452–453; Morris J. H. C. The Conflict of Laws. 3rd ed. London, 1984. P. 5.

¹⁹ При разработке своего «революционного» подхода И. Саси исходил из того, что главным принципом международного частного права является не *lex fori*, а закон наиболее тесной связи (*proper law*), который также может быть применен к процессуальным отношениям: «Так и в международном гражданско-процессуальном праве — по крайней мере теоретически — основным принципом является не принцип применения закона суда, как этому учит господствующая в литературе точка зрения, а принцип применения норм того процессуального законодательства, которое находится в наиболее тесной связи с данным процессом, с отдельными процессуальными действиями и на них основанными процессуальными правоотношениями. Закон суда, точно так же, как и в международном частном праве, теоретически и здесь применим лишь в случае, если без его применения нельзя обойтись и если применение иностранного процессуального права срывало бы или, по крайней мере, ставило бы под угрозу деятельность процессуального аппарата, если применение закона суда необходимо вследствие безусловно подлежащих учету обстоятельств» (Scaszy I. International Civil Procedure, A Comparative Study. Budapest, 1967. P. 224). Цит. по: Лунц Л. А., Марьшева Н. И. Указ. соч. С. 772.

²⁰ <https://uncitral.un.org/sites/uncitral.un.org/files/media-documents/uncitral/ru/new-york-convention-r.pdf> (дата посещения — 16.07.2021). См.: Ануров В. Н. Юридическая природа международного коммерческого арбитража: вопросы теории и практики. М., 2000. С. 117.

²¹ Born G. D. International Commercial Arbitration. Vol. 1. The Hague, 2009. P. 1310.

Наиболее эффективным способом решения коллизийной проблемы представляется обращение к коллизийной привязке *lex arbitri*, являющейся модификацией привязки *lex fori* для учета особенностей арбитража. Место проведения третейского разбирательства и место его завершения путем вынесения третейского решения, по мнению Г. Борна (G. Born), выступают в качестве естественного домицилия арбитража, если использовать терминологию теории оседлости правоотношения. В большинстве случаев оба эти места совпадают, и для сторон не составляет труда определить содержание применимого процессуального права без каких-либо сомнений и разногласий²².

Современные тенденции в развитии международного инвестиционного арбитража указывают не на поиск его домицилия, а на прямо противоположное явление — его юридическую деллокализацию. Трибуналы МЦУИС, разрешающие трансграничные инвестиционные споры в рамках Вашингтонской конвенции 1965 г., не связаны какими-либо императивными требованиями, установленными в праве страны, где они проводят третейское разбирательство²³. Внимание арбитров будет лишь сосредоточено на международных договорах и национальном законодательстве — главных правовых источниках, содержащих согласие принимающего государства на арбитраж. Именно оно образует предмет разногласий между спорящими сторонами при определении компетенции третейского суда; именно оно служит отправной точкой для рассмотрения всех других предварительных вопросов, подлежащих оценке третейским судом до разрешения спора по существу: установления статуса иностранного инвестора, признаков инвестиции, содержания оговорок, влияющих на сферу действия вышеназванного согласия, включая режим наибольшего благоприятствования, зонтичную оговорку, оговорки о «развилке дорог», «выборе форума» и др.

Предпочтительность международного права проявляется также и при регулировании третейского разбирательства, если следовать идее о юридической деллокализации арбитража. Арбитражное сообщество скептически относится к выбору какого-либо одного национального законодательства о третейских судах, которое могло бы устроить все договаривающиеся государства, предоставлению самим сторонам или третейскому суду права сделать этот выбор самостоятельно, принимая во внимание возможный конфликт, вызванный несоответствием между местом проведения арбитража и правом, подлежащим применению к третейскому разбирательству²⁴. Вместе с тем возможные трудности, возникающие при решении коллизийной проблемы и поиске подходящего нормативного регулирования, не оправдывают

²² Born G. D. Op. cit. P. 1314.

²³ Broches A. Op. cit. P. 385, 387.

²⁴ Предпочтительность международного права, по мнению Секретариата ЮНСИТРАЛ, объясняется попыткой «избежать трудностей, связанных с выбором априори приемлемого внутреннего арбитражного законодательства (с которым были бы готовы согласиться все государства) или с предоставлением права выбора места арбитражного разбирательства (и, соответственно, процессуального законодательства) сторонам в споре или постоянному органу по урегулированию споров, что может вызвать противоречия, если выбраны разные места и арбитражные законы. И наоборот, нет никаких оснований полагать, что подлинно автономный режим (в плане процедуры), свободный от надзора и контроля со стороны какого бы то ни было национального суда, создаст какие-либо проблемы». Цит. по: Записка Секретариата ЮНСИТРАЛ № A/CN.9/890 от 24.05.2016 «Урегулирование коммерческих споров...».

применение других юридических инструментов, используемых арбитрами при отсутствии правовой нормы, в частности расширения пределов своего усмотрения.

Отказываясь от своего суверенитета путем исключения трансграничных инвестиционных споров из юрисдикции национальных судов, принимающее государство делает существенную уступку иностранным инвесторам. Цена этой уступки очень высока, и трудно представить себе ситуацию, когда принимающее государство согласилось бы применять правила толкования, содержащиеся в иностранном праве, или полностью довериться арбитрам, полагаясь на их профессиональный опыт, беспристрастность и независимость. Обычно положения о разрешении трансграничных инвестиционных споров, содержащиеся в международных договорах и национальном законодательстве, носят декларативный характер и допускают прямо противоположные трактовки в зависимости от того, какой результат преследует сторона: поддержать или оспорить компетенцию третейского суда. В таких случаях нельзя обойтись без вспомогательных средств, имеющихся в любом национальном правовом порядке: нормативных актов, судебной практики, научной доктрины. Любое принимающее государство предпочтет рассматривать свое право в качестве источника для обнаружения этих средств по вполне понятным причинам. Наличие связи с другими правовыми порядками не может быть фактором, обладающим большим значением, чем интересы принимающего государства. При обращении иностранного инвестора к национальному законодательству для обоснования компетенции третейского суда такой связи просто нет, поскольку национальное законодательство является продуктом законотворческой деятельности принимающего государства. Если согласие на арбитраж закреплено в ДИС, теоретически можно говорить о праве другого договаривающегося государства как о применимом праве. Если оно закреплено в многостороннем инвестиционном соглашении, то количество правовых порядков, претендующих на регулирование спорного вопроса о компетенции третейского суда, увеличивается соразмерно количеству государств-участников. Однако все их притязания не могут быть приняты во внимание, поскольку ни одно из перечисленных договаривающихся государств не является стороной по спору и, следовательно, не преследует свой материально-правовой интерес при его разрешении. Единственным правовым порядком, чья стабильность и целостность может быть затронута третейским разбирательством, возбужденным иностранным инвестором, остается право принимающего государства. Поэтому субсидиарное правило, предусмотренное в ст. 42 Вашингтонской конвенции 1965 г., должно распространять свое действие не только на существо спора, но и на юрисдикцию трибунала МЦУИС.

После решения коллизийной проблемы третейский суд переходит к установлению содержания применимого права. Как уже было сказано ранее, в качестве такового ответчики рассматривают право ЕС для разрешения внутрисоюзных инвестиционных споров, а истцы предлагают ограничиться ДЭХ или ДИС, сохраняя за собой право обратиться к универсальному международному праву для устранения возможных разногласий между спорящими сторонами при толковании соответствующих конвенционных

положений²⁵. В числе международно-правовых норм наиболее часто встречаются ссылки на ст. 38 Статута Международного суда ООН²⁶ для определения правовых источников, составляющих универсальное международное право, и положения Венской конвенции 1969 г. о праве международных договоров (далее — Венская конвенция 1969 г.)²⁷, содержащие правила толкования международных договоров. Право ЕС (в частности, ст. 267 и 344 Лиссабонского договора 2007 г.) не может считаться подходящим средством для раскрытия содержания положений о разрешении трансграничных инвестиционных споров, предусмотренных в ст. 26 ДЭХ, поскольку не относится к принципам международного права, используемым для толкования норм других международных договоров²⁸. Поддержка этой позиции неминуемо приводит к игнорированию волеизъявления договаривающихся государств и такого общепризнанного принципа права, как «специальный закон отменяет общий закон» (*lex specialis derogate generali*). Очевидность данного тезиса хорошо просматривается при упрощении общей картины фактов, которые не оспариваются ни одной из сторон. Сначала договаривающиеся государства достигают согласия о передаче трансграничных инвестиционных споров в арбитраж (ст. 26 ДЭХ), затем вносят коррективы в сферу действия вышеназванного согласия и уточняют, что оно не распространяется на внутрисоюзные споры (ст. 344 Лиссабонского договора 2007 г.). Иными словами, участники международного договора установили общее правило, а потом изменили его путем принятия специального правила, ограничивающего действие общего. Если следовать логике истца и арбитров, поддерживающих его путем признания своей компетенции по внутрисоюзному инвестиционному спору, получается, что способы, помогающие установить действительную волю участников международного договора, превалируют над самой волей, форма превалирует над содержанием. Прямой ответ на вопрос о толковании спорной нормы международного договора может быть отвергнут только потому, что этот ответ дан в другом международном договоре и не оформлен как правило толкования, имеющее универсальный характер. В сущности, речь идет об избирательном и произвольном манипулировании юридическим инструментарием. Не способствует улучшению ситуации рассмотрение права ЕС в качестве вопроса факта²⁹, так как правовые нормы

²⁵ Данный подход разделяет Дж. Зарра (G. Zarra), признавая арбитрабельность внутрисоюзных инвестиционных споров, несмотря на утверждения принимающих государств об их несовместимости с правом ЕС. Ключевыми доводами в поддержку этого подхода являются тезисы о том, что действительность «арбитражных оговорок», содержащихся в ДИС, регулируется не правом ЕС (Zarra G. The Arbitrability of Disputes Arising From Intra-EU BITs / The American Review of International Arbitration. 2014. Vol. 25. P. 599).

²⁶ <https://www.un.org/ru/about-us/un-charter/statute-of-the-international-court-of-justice> (дата посещения — 16.07.2021).

²⁷ https://www.un.org/ru/documents/decl_conv/conventions/law_treaties.shtml (дата посещения — 16.07.2021).

²⁸ *Vattenfall v. Germany*. Decision on the *Achmea* Issue. Aug. 31, 2018 (*Vattenfall v. Germany* (Decision on the *Achmea* Issue)). Par. 133; *Eskosol v. Italy*. Decision on Italy's Request for Immediate Termination and Italy's Jurisdictional Objection Based on Inapplicability of the Energy Charter Treaty to Intra-EU Disputes. May 7, 2019 (*Eskosol v. Italy* (Decision on Inapplicability of ECT to Intra-EU Disputes)). Par. 121.

²⁹ *Eskosol v. Italy* (Decision on Inapplicability of ECT to Intra-EU Disputes). Par. 123; *Addico v. Croatia*. Decision on Croatia's Jurisdictional Objection Related to the Alleged Incompatibility of the BIT with the EU Acquis. June 12, 2020 (*Addico v. Croatia* (Decision on Inapplicability of BIT with EU Acquis)). Par. 252. Особую позицию занял трибунал МЦУИС по делу *SolEs v. Spain*,

фактически утрачивают свое главное предназначение — требовать от всех сторон правоотношений их неукоснительного соблюдения. Правовые последствия от действия тех или иных императивных предписаний определяются арбитрами самостоятельно. Запрет на передачу внутрисоюзных инвестиционных споров лишается юридической силы, экономические ограничения оцениваются как неблагоприятный инвестиционный фон, существующий в принимающем государстве в результате выполнения им обязательств члена ЕС.

Изучая аргументацию арбитров по вопросу *Achmea*, следует выделить еще одну закономерность в сложившейся арбитражной практике. Отвергая довод принимающих государств о несовместимости разрешения внутрисоюзных инвестиционных споров путем арбитража с правом ЕС, иностранные инвесторы успешно прибегают к принципу юридического формализма. В большей степени он проявляется в ДЭХ по ряду причин. Во-первых, решение Суда ЕС по вопросу *Achmea* прямо не упоминает ДЭХ как международный договор, чьи положения подлежали проверке на предмет совместимости с правом ЕС. Во-вторых, текст ДЭХ содержит большое разнообразие юридического инструментария, позволяющего наглядно продемонстрировать все нюансы формального подхода при рассмотрении возражений принимающих государств против компетенции третейского суда.

Обычно первое место в юридическом арсенале иностранных инвесторов занимает предположение о том, что, если бы договаривающиеся государства планировали исключить внутрисоюзные споры из общего правила о разрешении трансграничных инвестиционных споров путем арбитража, они бы в явной и недвусмысленной манере выразили свое намерение в тексте ДЭХ путем включения в него оговорки о разобщении. В поддержку данного предположения свидетельствует существование такой оговорки в отношении Свальбардского договора 1920 г. (в российской юридической литературе известного как Шпицбергенский трактат³⁰), закрепляющего международно-правовой статус архипелага Шпицберген между странами, имеющими экономические интересы на Шпицбергене, и обладающего приоритетом перед ДЭХ³¹. По логике иностранных инвесторов договаривающиеся государства могли бы воспользоваться своим правом и сформулировать аналогичную оговорку, чтобы ограничить применение ст. 26 ДЭХ, т. е. четко прописать, что право ЕС обладает преимущественной силой при рассмотрении вопроса о разрешении внутрисоюзных инвестиционных споров путем арбитража³².

отказавшись рассматривать право ЕС как национальное право или вопрос факта (*SolEs v. Spain*. Award. July 31, 2019 (*SolEs v. Spain* (Award)). Par.161).

³⁰ <https://docs.cntd.ru/document/902038168> (дата посещения — 16.07.2021).

³¹ Прил. 2 к Заключительному акту конференции по Европейской энергетической хартии (п. 1): https://www.energycharter.org/fileadmin/DocumentsMedia/Legal/1994_ECT.pdf (дата посещения — 16.07.2021).

³² *AES Summit Generation Limited and AES-Tisza EROMU KFT v. The Republic of Hungary*. ICSID case № ARB/07/22. Expert Opinion of Professor Piet Eeckhout. Oct. 30, 2008 (*AES v. Hungary* (Opinion of Eeckhout)). Par. 79; *RREEF v. Spain*. Decision of Jurisdiction. June 6, 2016 (*RREEF v. Spain* (Decision on Jurisdiction)). Par. 85; *Vattenfall v. Germany* (Decision on the *Achmea* Issue). Par. 204; *Blusun v. Italia*. Award. Dec. 27, 2016 (*Blusun v. Italia* (Award)). Par. 280; *Eiser v. Spain*. Award. May 4, 2017 (*Eiser v. Spain* (Award)). Par. 186; *Masdar v. Spain*. Award. May 16, 2018 (*Masdar v. Spain* (Award)). Par. 302, 312; *NextEra v. Spain*. Decision on Jurisdiction, Liability and Quantum Principles. Mar. 12, 2019 (*NextEra v. Spain* (Decision on Jurisdiction)). Par. 274; *Eskosol v. Italia* (Decision on Inapplicability of ECT to Intra-EU Disputes). Par. 92, 99.

Отсутствие оговорки о разобщении в отношении права ЕС означает намеренный отказ договаривающихся государств от включения ее в ДЭХ³³ или отсутствие гипотетического конфликта между правом ЕС и арбитражем как способом разрешения внутрисоюзных инвестиционных споров. Последний довод лишает принимающее государство права на утверждение о существовании подразумеваемой оговорки о разобщении в ДЭХ³⁴.

Упоминание о Свальбардском договоре 1920 г. тесно связано с еще одним юридическим инструментом, используемым сторонниками «проарбитражного подхода» для опровержения позиции его противников. Речь идет о режиме наибольшего благоприятствования, установленном в ст. 16 ДЭХ³⁵. Суть его заключается в признании приоритета за любым положением, которое является более благоприятным для иностранного инвестора или осуществляемой им инвестиции, независимо от того, в каком международном договоре оно предусмотрено: в самом ДЭХ, предшествующем или последующем международном договоре. Иногда ссылка на режим наибольшего благоприятствования занимает ключевое положение в аргументации третейского суда о признании своей компетенции по внутрисоюзному инвестиционному спору. С одной стороны, не вызывает сомнений очевидный выбор иностранного инвестора между третейским судом и другими форумми, включая государственные суды. Сам факт возбуждения третейского разбирательства свидетельствует о совершенном выборе иностранного инвестора в пользу третейского суда, который он считает наиболее для него благоприятным при разрешении спора. С другой стороны, нельзя не заметить нарушения целостности в построении общей модели арбитража и фрагментарности его международно-правового регулирования. Как было сказано ранее, сторонники «проарбитражного подхода» выступают против применения субсидиарного коллизионного правила, предусмотренного в ст. 42 Вашингтонской конвенции 1965 г., в отношении вопросов компетенции третейского суда, поскольку, по их мнению, данное правило применяется только к существу спора. В то же время режим наибольшего благоприятствования, изначально предназначенный для регулирования материально-правовых отношений, может быть использован иностранным инвестором в отношении его права на обращение в арбитраж благодаря прямому указанию на это право в ст. 16 ДЭХ. Конечно, с прагматической точки зрения нельзя говорить о какой-то непоследовательности истцов и поддерживающих их арбитров при обосновании последними своей компетенции на разрешение спора путем ссылки на режим наибольшего благоприятствования, так как возможность широкого толкования рассматриваемого правового института прямо предусмотрена

³³ *Vattenfall v. Germany* (Decision on the Achmea Issue). Par. 206.

³⁴ *Charanne v. Spain*. Final Award. Jan. 21, 2016 (*Charanne v. Spain* (Award)). Par. 438; *Greentech v. Spain*. Final Award. Nov. 14, 2018 (*Greentech v. Spain* (Award)). Par. 185.

³⁵ *Electrabel S. A. v. The Republic of Hungary*. ICSID case № ARB/07/19. Decision on Jurisdiction, Applicable Law and Liability. Nov. 30, 2012 (*Electrabel v. Hungary* (Decision on Jurisdiction)). Par. 4.174; *Eiser v. Spain* (Award). Par. 201–202; *Novenergia v. Spain*. Final Arbitral Award. Feb. 15, 2018 (*Novenergia v. Spain* (Award)). Par. 445; *Antin v. Spain*. Award. June 15, 2018 (*Antin v. Spain* (Award)). Par. 185; *Masdar v. Spain* (Award). Par. 326, 332; *Vattenfall v. Germany* (Decision on the Achmea Issue). Par. 192–196; *Greentech v. Spain* (Award). Par. 190; *NextEra v. Spain* (Decision on Jurisdiction). Par. 296; *Eskosol v. Italy* (Decision on Inapplicability of ECT to Intra-EU Disputes). Par. 47, 100; *SolEs v. Spain* (Award). Par. 164.

в международно-правовой норме³⁶. Однако на теоретическом уровне справедливо задать вопрос о допустимости аналогичного подхода к применимому праву, т. е. применении субсидиарной коллизионной нормы не только к существу спора, но и к определению компетенции третейского суда.

Помимо заявлений об отсутствии оговорки о разобщении и необходимости соблюдать режим наибольшего благоприятствования сторонники «проарбитражного подхода» призывают придерживаться общеизвестных правил, разработанных в рамках специальной части международного права — права о международных договорах. Взяв на вооружение Венскую конвенцию 1969 г. как универсальный кодифицированный акт, признаваемый большинством стран мира, иностранные инвесторы отмечают, что их право на обращение в арбитраж продолжает действовать, несмотря на очевидное противодействие стран ЕС, имеющих отношение к проводимым третейским разбирательствам. Подавляющее большинство этих стран, независимо от того, в каком качестве они выступают: договаривающегося государства, к которому принадлежит иностранный инвестор, или принимающего государства, — активно отрицают возможность рассмотрения внутрисоюзных инвестиционных споров в третейском суде. Причем доказательства их категоричного отторжения арбитража могут быть обнаружены в различных правовых источниках (Лиссабонском договоре 2007 г., Решении Суда ЕС по вопросу *Achmea*, Декларациях 2019 г.). На первый взгляд, очевидность волеизъявления основных субъектов международного права не вызывает сомнений, вследствие чего оно должно быть учтено арбитрами при вынесении ими решения о своей компетенции. Однако сложившаяся арбитражная практика свидетельствует об обратном. Третейские суды поддерживают истцов и отказывают ответчикам в удовлетворении их возражений, основанных на несовместимости права ЕС и арбитража в части рассмотрения внутрисоюзных инвестиционных споров. Главная причина такого игнорирования волеизъявления государств кроется в отсутствии его надлежащего оформления. Ссылка ответчика на Лиссабонский договор 2007 г. отвергается из-за несоблюдения требования о тождестве предметов между предшествующим и последующим международными договорами. Это требование содержится в ст. 30 Венской конвенции 1969 г. и является необходимым условием для признания за последующим международным договором (Лиссабонским договором 2007 г. в контексте вопроса *Achmea*) преимущественной силы перед предшествующим (ДИС или ДЭХ соответственно)³⁷. Считается недостаточным совпадение отдельных фактов и целей, описанных в диспозиции международно-правовой нормы. Для признания приоритета за последующим международным договором необходимо, чтобы он имел с предшествующим

³⁶ В этой связи представляет интерес позиция трибунала МЦУИС по делу *SolEs v. Spain*, который, несмотря на обоюдное согласие спорящих сторон — применять ст. 26 ДЭХ в отношении как существа спора, так и вопросов юрисдикции, — пришел к выводу о том, что сфера действия вышеназванной статьи ограничивается только существом спора. В качестве обоснования трибунал сослался на терминологию ст. 16 ДЭХ, прямо указывающей на возможность ее применения в том числе и на положения о разрешении споров. Отсутствие аналогичной оговорки в ст. 26 ДЭХ, по мнению трибунала, свидетельствует об отсутствии намерения разработчиков ДЭХ распространить действие данной статьи на вопросы компетенции третейского суда (*SolEs v. Spain* (Award). Par. 156–159).

³⁷ Hess B. Op. cit. P. 16–17.

договором один и тот же предмет правового регулирования, составляющий его суть и предназначение³⁸. Лиссабонский договор 2007 г. также не может служить достаточным основанием для того, чтобы считать положение о разрешении трансграничных инвестиционных споров путем арбитража, предусмотренное в ДИС или ДЭХ, прекращенным по смыслу или измененным по смыслу ст. 59 и 41 Венской конвенции 1969 г. соответственно³⁹. В первом случае истцы повторяют довод о тождестве предметов между предшествующим и последующим международными договорами, во втором указывают на несоблюдение формальной процедуры уведомления об изменении ДИС или ДЭХ⁴⁰.

Приверженность сторонников арбитража принципу юридического формализма достигает своего апогея при оценке арбитрами Деклараций 2019 г. Прежде всего они обращают внимание на то, что Декларации 2019 г. направлены на описание правовых последствий решения Суда ЕС по вопросу *Achmea*, а не на толкование Лиссабонского договора 2007 г. Также среди стран ЕС не сложилось единого представления о сфере действия запрета на разрешение внутрисоюзных инвестиционных споров путем арбитража. Хотя большинство подписантов (22 страны ЕС) согласились распространить этот запрет на споры такого характера, возникающие не только из ДИС, но и из ДЭХ, шесть стран ЕС воздержались от поддержки такой радикальной меры⁴¹.

Более острая дискуссия разворачивается между спорящими сторонами в отношении квалификации Деклараций 2019 г. в качестве последующего соглашения между участниками международного договора по смыслу ст. 31 (3) (а) Венской конвенции 1969 г. По мнению принимающих государств, Декларации 2019 г. как раз являются таким последующим соглашением, которое свидетельствует о достижении договаривающимися государствами взаимного понимания (*shared understanding*) и должно быть учтено третейским судом при толковании спорных положений ДИС или ДЭХ⁴². Главный контрдовод со стороны истцов и арбитров, признавших свою компетенцию по внутрисоюзному инвестиционному спору, построен на необходимости установить тождество между намерением договаривающихся государств, предложивших новое толкование, и их намерением в момент заключения

³⁸ *Eastern Sugar v. The Czech Republic*. Partial Award. Mar. 27, 2007 (*Eastern Sugar v. Czech Republic* (Award)). Par. 159–160; *Oostergetel v. The Slovak Republic*. Decision on Jurisdiction. Apr. 30, 2010 (*Oostergetel v. Slovak Republic*. (Decision on Jurisdiction)). Par. 74–75; *EURAM v. The Slovak Republic*. Award on Jurisdiction. Oct. 22, 2012 (*EURAM v. Slovak Republic* (Award on Jurisdiction)). Par. 170–172; *Electrobel v. Hungary* (Decision on Jurisdiction). Par. 4.176; *Eskosol v. Italy* (Decision on Inapplicability of ECT to Intra-EU Disputes). Par. 146–147.

³⁹ Zarra G. Op. cit. P. 599. Также см.: Anderer C. Bilateral Investment Treaties and the EU Legal Order: Implications of the Lisbon Treaty // *Brooklyn Journal of International Law*. 2010. Vol. 35. Iss. 35. P. 867–869.

⁴⁰ *Vattenfall v. Germany* (Decision on the *Achmea* Issue). Par. 219–221; *Eskosol v. Italy* (Decision on Inapplicability of ECT to Intra-EU Disputes). Par. 148–151.

⁴¹ Венгрия, Финляндия, Люксембург, Мальта, Словения и Швеция подчеркнули, что, поскольку решение Суда ЕС по вопросу *Achmea* касалось только внутрисоюзных инвестиционных споров, возникающих из ДИС, член ЕС не вправе выражать свою позицию о совместимости права ЕС с разрешением аналогичных споров, возникающих из ДЭХ, путем арбитража.

⁴² *Eskosol v. Italy* (Decision on Inapplicability of ECT to Intra-EU Disputes). Par. 218; *Addico v. Croatia* (Decision on Inapplicability of BIT with EU Acquis). Par. 289.

международного договора⁴³. Однако требуемое тождество отсутствует между Декларациями 2019 г. и рассматриваемым международным договором (ДИС или ДЭХ). Взаимное понимание, в сущности, представляет собой новое понимание соответствующих положений о разрешении трансграничных инвестиционных споров, появившееся в ходе судебного процесса в Суде ЕС по вопросу *Achmea*⁴⁴. Поэтому здесь уже речь идет не об установлении намерения договаривающихся государств, выраженного ими в спорном положении международного договора, устаревшего, но продолжающего действовать, а разрешении им обойти это положение, если оно стало «непопулярным» и не отвечающим современным тенденциям развития международного права⁴⁵. В результате появление такой возможности у договаривающихся государств обстоятельства, при которых формировалась единая воля государств, необходимая для заключения международного договора, могут быть преданы забвению. Чтобы этого не допустить, формальный подход к толкованию международных договоров требует учитывать прежде всего контекст и обычное значение терминов, содержащихся в спорном положении. Объект и цели международного договора также претендуют на ключевую роль в установлении содержания международно-правовых норм. Все перечисленные способы толкования нашли свое отражение в ст. 31 Венской конвенции 1969 г., несмотря на то, что консенсус о приоритете того или иного способа не был достигнут между участниками соответствующей конференции. Как пишет в одном из авторитетных комментариев к Венской конвенции 1969 г. А. Н. Талалаев, ключевой спор возник между сторонниками уяснения смысла международного договора посредством его анализа (текстуалистами) и их противниками, которые не признавали за текстом решающей роли в толковании международного договора (функционалистами)⁴⁶. По мнению последних, на первое место должны выходить именно объект и цели международного договора, что в наиболее радикальной интерпретации данного подхода может привести к «изменению содержания международного договора для его приспособления к изменившимся обстоятельствам»⁴⁷. Любопытно отметить, что предложения американской делегации, основанные на таком эволюционном толковании, были отклонены большинством участников конференции. Следовательно, можно прийти к выводу, что Венская конвенция 1969 г. отрицает функциональный подход в наиболее радикальной форме и

⁴³ ILS Draft Articles on the Law of Treaties with Commentaries. 1966. P. 221: https://legal.un.org/ilc/texts/instruments/english/commentaries/1_1_1966.pdf (дата посещения — 16.07.2021); *Addico v. Croatia* (Decision on Inapplicability of BIT with EU Acquis). Par. 289.

⁴⁴ *Eskosol v. Italy* (Decision on Inapplicability of ECT to Intra-EU Disputes). Par. 222–223; *Addico v. Croatia* (Decision on Inapplicability of BIT with EU Acquis). Par. 289.

⁴⁵ *Eskosol v. Italy* (Decision on Inapplicability of ECT to Intra-EU Disputes). Par. 222.

⁴⁶ Талалаев А. Н. Венская конвенция о праве международных договоров. Комментарий. М., 1997. С. 80; Он же. Право международных договоров. Т. 2. Действие и применение договоров. Договоры с участием международных организаций. М., 2011. С. 72. В трактовке И. И. Лукашук функциональный подход упоминается как теологический, нивелирующий намерения сторон и текст международного договора в пользу установления его объекта и целей (см.: Лукашук И. И. Современное право международных договоров: в 2 т. Т. 1. Заключение международных договоров. М., 2004. С. 614). В современном международном праве распространилась формулировка «эволюционное толкование» (evolutionary interpretation). (Zakharova L. The Interpretive Approach to International Law: A Positivist View // Kutafin University Law Review. 2015. Vol. 2. Iss. 1 (3). P. 143–145).

⁴⁷ Талалаев А. Н. Венская конвенция о праве международных договоров. Комментарий. С. 80.

отдает предпочтение текстуальному подходу, так как упоминание об объекте и цели международного договора сделано в самом конце предложения, составляющего правило толкования, т. е. после указания на контекст и обычное значение терминов⁴⁸.

После принятия Венской конвенции 1969 г. эволюционное толкование не утратило свою актуальность⁴⁹. В практике Международного суда ООН приоритет неоднократно признавался за значением спорного термина, существовавшим на дату заключения международного договора⁵⁰. Однако данное правило не отрицает использование нового значения, появившегося на дату толкования и применения международного договора, если оно перестает совпадать со значением, которое спорный термин имел на дату заключения международного договора. Намерение договаривающихся государств может заключаться не только в придании использованным ими терминам «раз и навсегда зафиксированного» и неизменного смысла. Участники международного договора могут также допускать, что термины имеют способность к эволюции в результате развития международного права. Правомерность этой презумпции в большей степени проявляется, когда в международном договоре используются общие термины⁵¹.

Появление признаков эволюционного толкования в практике Международного суда ООН не означает отрицание идей, которыми руководствовались участники конференции при заключении Венской конвенции 1969 г. Решения Международного суда ООН не обладают силой прецедента и не являются подтверждением обычной нормы международного права, если она не получила международного признания (*opinion juris*). Даже если такое признание и было получено, то сфера действия обычной нормы «ограничивается отношениями между государствами, которые признали ее нормой международного права, иначе говоря, — отношениями между теми государствами, которые являются участниками соответствующего молчаливого соглашения»⁵². Тем самым эволюционное толкование не обретает характер универсальной императивной нормы, несмотря на то, что нельзя отрицать его преобладание над другими способами толкования международных договоров в современном мире. По сути, происходит отход от традиционного понимания права в части его содержания и источников в пользу судейского усмотрения, что на практике приводит к непредсказуемости решений, выносимых судьями или арбитрами, и оправданию их спорной, а подчас произвольной аргументации. Ведь зачастую под благовидными предлогами о развитии международного права некоторые государства пытаются придать правовой характер смене своего политического курса, продиктованного новой расстановкой сил на международной арене и необходимостью отказаться от невыгодных для

⁴⁸ В своем комментарии к ст. 31 Венской конвенции 1969 г. А. Н. Талалаев прямо отмечает, что эта конвенция «отдала предпочтение договорному тексту как материальному выражению воли договаривающихся государств, но в то же время установила, что термины договора должны толковаться «в свете объекта и целей договора (ст. 31)» (Талалаев А. Н. Указ. соч. С. 81).

⁴⁹ По мнению Л. И. Захаровой, «эволюционное толкование международного права доказало свою плодотворность в установлении и последующем развитии норм этого права» (Zakharova L. *Op. cit.* P. 153).

⁵⁰ *Costa Rica v. Nicaragua*. ICJ Case Concerning the Dispute Regarding Navigational and Related Rights. Judgment. July 13, 2009 (*Costa Rica v. Nicaragua* (Judgment)). Par. 63.

⁵¹ *Costa Rica v. Nicaragua* (Judgment). Par. 64, 66.

⁵² Тункин Г. И. Теория международного права. М., 2009. С. 109.

себя обязательств. По-видимому, нежелательность подобных последствий вызвала у третейских судов, рассматривающих вопрос *Achmea*, сомнения в добросовестности принимающих государств, кардинально изменивших свое отношение к арбитражу.

Завершая правовой анализ непростой ситуации, возникшей в ЕС с передачей внутрисоюзных споров на рассмотрение в арбитраж, можно сделать следующие выводы. Различие в правовом регулировании вопросов, связанных с определением компетенции третейского суда, который призван разрешить трансграничный инвестиционный спор, проявляется не только в сравнении правовых норм, принадлежащих к двум системам права: международному и национальному. Принятие взаимоисключающих решений возможно при толковании международно-правовых норм регионального характера с помощью принципов и способов, установленных универсальным международным правом. Наиболее обсуждаемым предметом разногласий является возможность разрешения путем арбитража внутрисоюзных инвестиционных споров. Большинство третейских судов дает положительный ответ на этот вопрос в силу применения принципа юридического формализма, который основан на отказе в признании подразумеваемой оговорки о разобщении, односторонних заявлений некоторых участников международного договора в качестве последующего соглашения, что подчеркивает приоритет контекста и обычного значения терминов, содержащихся в спорных положениях международного договора. Также вышеназванный принцип проявляется в обращении третейских судов к таким правилам, как соблюдение требования о тождестве предметов между предшествующим и последующим международным договором, если о приоритете последнего заявляет заинтересованная сторона, и применение режима наибольшего благоприятствования к арбитражу.