

Основание иска как один из вопросов, подлежащих разрешению при определении юрисдикции арбитражного трибунала в инвестиционном арбитраже



В. Н. АНУРОВ, юрисконсульт, кандидат юридических наук,
LL.M (Dundee, Scotland)

С тех пор как появились инвестиционные споры, в инвестиционном праве был разработан ряд новых юридических инструментов. Внимание арбитров и специальной юридической литературы было сконцентрировано на таких инструментах в ущерб традиционным процессуальным принципам.

Тест «cause of action» является одним из этих принципов, который можно считать незаслуженно забытым или, по крайней мере, лишеным прошлой значимости в разрешении вопросов юрисдикции.

Тем не менее, арбитражные трибуналы не могут просто игнорировать тест «cause of action», когда они сталкиваются с аргументами ответчика в отношении различия между требованиями из договора и двустороннего инвестиционного соглашения или предполагаемой их идентичности, возникающей из обращения к другим механизмам альтернативного разрешения споров.

В данном докладе исследуются различные подходы к применению теста «cause of action» арбитражными трибуналами в инвестиционных спорах.

Ключевые слова: инвестиционный арбитраж, основание иска, юрисдикция, МЦУИС.

В рамках разрешения инвестиционных споров все чаще и чаще арбитражные трибуналы сталкиваются с необходимостью определять основание иска, предъявляемого иностранными инвесторами. За последнее десятилетие практикой Международного центра урегулирования инвестиционных споров (ICSID; далее — МЦУИС) были выработаны определенные подходы к решению вышеназванного вопроса, что позволяет говорить о формировании специального теста «cause of action». Статья посвящена правовому анализу данного теста, его отличительным чертам и эффективности его применения в рамках инвестиционного арбитража.

Прежде всего, необходимо установить цели, которые преследуют арбитражные трибуналы при применении теста «cause of action». Очевидно, что его наиболее актуальными задачами являются: предотвращение рассмотрения споров, не носящих инвестиционного характера, и проведения повторного (параллельного, последующего) процессов. При невыполнении первой задачи произошло бы смешение коммерческого и инвестиционного арбитража, при невыполнении второй — остались бы невостребованными такие известные процессуальные принципы, как «*lis alibi pendens*» и «*res judicata*».

Следующим вопросом, подлежащим изучению, являются стадия процесса и предпосылки обращения его участников к тесту «*cause of action*». Обычно актуальность его применения связана с оспариванием государством, принимающим инвестиции, юрисдикции арбитражного трибунала. Возражения, предъявляемые государством на данной стадии, можно разделить на две категории: возражения по характеру спора и возражения о конфликте юрисдикций. В свою очередь, первая категория может состоять из возражений конструктивного характера, направленных на использование имеющегося в инвестиционном праве инструментария, и возражений деструктивного характера, призванных воспрепятствовать такого рода использованию. В число случаев первой категории можно включить применение оговорки об исключении из юрисдикции инвестиционного арбитража споров определенного типа и оговорки о соответствии закону «*in accordance with law*». Характерным примером первой является распространение данного исключения на споры, связанные с введением, толкованием и практикой применения налогового законодательства государства, принимающего инвестиции. И здесь иностранный инвестор находится в более благоприятном положении, чем при рассмотрении его спора в рамках международного коммерческого арбитража, т. к. в последнее время в инвестиционном арбитраже прослеживается тенденция по обращению в первую очередь к международно-правовым нормам, нежели к нормам национального права. В деле *Occidental v. Ecuador*¹ принцип автономии воли сторон, выраженный в инвестиционном контракте, сыграл более важную роль, чем императивные нормы права Эквадора, в соответствии с которым спор относился к исключительной юрисдикции государственных судов. В деле *Burlington v. Ecuador*² арбитражный трибунал пришел к выводу о том, что не право Эквадора, а международное право играет ключевую роль в определении природы спорного вопроса. Что же касается второй оговорки — «*in accordance with law*», — то ее главная цель связана, прежде всего, с исключением из юрисдикции инвестиционного арбитража споров, возникающих из незаконных и мошеннических действий инвестора.

В качестве примера возражений деструктивного характера можно привести попытку государства, принимающего инвестиции, оспорить применение оговорки «*umbrella clause*», суть которой заключается в признании нарушения, совершенного по инвестиционному контракту, *ipso facto* нарушением международного соглашения. Также другим объектом возражений обычно выступает квалификация деятельности инвестора как инвестиционной. В этом случае государство, принимающее инвестиции, пытается оспорить наличие признаков инвестиции и доказать исключительно коммерческий характер спора.

Определение юрисдикции арбитражного трибунала в зависимости от коммерческого или инвестиционного характера спора играет ключевую роль и во второй категории возражений, отличительной чертой которых является использование процессуальных инструментов. Одним из них считается право исключительного выбора форума («*forum clause*») среди имеющихся альтернатив в инвестиционном контракте. Сложность заключается в том, что наряду с юрисдикцией инвестиционного арбитража, обычно предусмотренной в международном соглашении о защите инвестиций, существует юрисдикция

¹ ICSID case № ARB/06/11.

² ICSID case № ARB/06/11.

коммерческого арбитражного характера, возмещения убытков по контракту. Источником — оговорки типа «*forum clause*» является. Если использовать который стоит на пути: обращения в правосудия государства арбитраж. Выбор и обращение в инвест

Переходя к главам необходимо сделать по инвестиционному авторитет, сила которого позволяет говорить спорных вопросов.

В современной содержании теста «и нетрадиционных обязательств, на которых видно, в нем ключевую роль играют стороны, составляя точку зрения раздельной системе представителем а и Хантера, сделав отличие конвенции возникновения э: международном с инвестиционном критерия, по которым и договорными при того соглашения ства между государством таким образом и профессор Кроуфорд государством, при двустороннем соглашении, инициирова: инвестиционного квалификация о иска и, тем самым ционного арбитражного соглашения как

³ Blackaby N., Partasides 5th ed. 2009. P. 482.

⁴ Crawford S. Treaty a

тся стадия про-
cause of action». ем государством, ибунала. Возра-
 зно разделить на ния о конфликте
 зать из возраже- ование имеюще-
 й деструктивного использованию.
 ение оговорки об юров определен-
with law». Харак- того исключения
 кой применения вестии. И здесь южении, чем при
 ского арбитража, леживается тен-
 равовым нормам, *Ecuador*¹ принцип
 нтракте, сыграл ра, в соответствии
 государственных пришел к выводу
 т ключевую роль я второй оговор-
 на, прежде всего, споров, возника-
 а.

тера можно при- рить применение
 нания нарушения, ушением между-
 бычно выступает ой. В этом случае
 аличие признаков тер спора.
 з зависимости от эт ключевую роль
 которых являет- из них считается
 реди имеющихс очается в том, что
 предусмотренной вует юрисдикция

коммерческого арбитража, распространяющаяся на все споры коммерче-
 ского характера, возникающие в связи с исполнением этого инвестиционного
 контракта. Источником применения второго процессуального инструмен-
 та — оговорки типа «развилка» (*«fork in the road clause»*), — в отличие от
«forum clause» является международное соглашение о защите инвестиций.
 Если использовать образное мышление, то можно представить инвестора,
 который стоит на развилке дорог и должен выбрать один из лежащих перед
 ним путей: обращаться за защитой своих прав в суд, входящий в систему
 правосудия государства, принимающего инвестиции, или в инвестиционный
 арбитраж. Выбор первого пути означает утрату инвестором своего права на
 обращение в инвестиционный арбитраж.

Переходя к главному вопросу, а именно содержанию теста *«cause of action»*,
 необходимо сделать оговорку о том, что арбитражные решения, вынесенные
 по инвестиционным спорам, не носят прецедентного характера. Однако их
 авторитет, сила убеждения и частота цитирования участниками процесса
 позволяет говорить о формировании некоторых подходов к разрешению
 спорных вопросов.

В современной практике МЦУИС доминируют два подхода к определению
 содержания теста *«cause of action»*. Условно их можно назвать традиционным
 и нетрадиционным. Первый исходит из описания основания иска как обстоя-
 тельств, на которых истец основывает свое требование к ответчику. Как
 видно, в нем ключевую роль играет фактический состав правоотношений
 сторон, составляющих, в свою очередь, предмет спора в арбитраже. Такая
 точка зрения разделяется большинством стран, принадлежащих к континен-
 тальной системе права. Вместе с тем, эту идею можно найти и в высказывании
 представителей англо-саксонской системы права, профессоров Редферна
 и Хантера, сделанного в отношении инвестиционного арбитража: «...основное
 отличие конвенционных прав от договорных прав заключается в источнике
 возникновения этих прав. Появление конвенционного права основано на
 международном соглашении, в то время как договорное право основано на
 инвестиционном контракте»³. Поскольку авторы не раскрывают содержание
 критерия, по которому они проводят разделение между конвенционными
 и договорными правами, то нельзя исключить рассмотрение ими международ-
 ного соглашения как еще одного контракта, который определяет обязатель-
 ства между государством, принимающим инвестиции, и инвестором. Именно
 таким образом предлагал квалифицировать международное соглашение
 профессор Кроуфорд, когда старался обосновать возможность предъявления
 государством, принимающим инвестиции, встречного иска, основанного на
 двустороннем соглашении о защите инвестиций, в арбитражных процеду-
 рах, инициированных инвестором в связи с нарушением этим государством
 инвестиционного контракта⁴. Если следовать традиционному подходу, то эта
 квалификация остается единственным аргументом для разделения основания
 иска и, тем самым, предотвращения смешения коммерческого и инвести-
 ционного арбитража. Правда, допустимость рассмотрения международного
 соглашения как разновидность частного контракта вызывает определенные

³ Blackaby N., Partasides C. with Redfern A., Hunter M. Redfern and Hunter on International Arbitration, 5th ed. 2009. P. 482.

⁴ Crawford S. Treaty and Contract in Investment Arbitration. 24-3 Arbitration International. 366 (2008).

сомнения, даже если такой подход необходим в практических целях защиты интересов одной из сторон в арбитражных процедурах. Международное соглашение относится, скорее, к объективному праву, нежели к фактическому обстоятельству, которое целиком зависит от воли сторон.

Нетрадиционный подход к определению основания иска заключается в расширительном толковании этого понятия путем добавления новых элементов, среди которых ключевую роль играет правовое обоснование иска. Таким образом, происходит выход за рамки фактических обстоятельств, подлежащих установлению при применении традиционного подхода, что в большинстве случаев приводит к признанию юрисдикции арбитражным трибуналом. Опровергается основной тезис возражений против юрисдикции, предъявляемых государством, принимающим инвестиции, — идентичность фактических обстоятельств двух дел, одновременно рассматриваемых или подлежащих рассмотрению, с одной стороны, в государственном суде или коммерческом арбитраже, а с другой, в инвестиционном арбитраже.

Если придерживаться традиционного подхода, то у инвестора возникают большие риски при обращении с одним и тем же средством защиты, но в различных форумах. Установив идентичность обстоятельств, на основе которых инвестор обосновывает свои исковые требования, к примеру, в суде, расположенном на территории государства, принимающего инвестиции, а затем и в инвестиционном арбитраже, можно прийти к выводу об идентичности оснований этих двух исков. При условии, что другие элементы принципов «*lis alibi pendens*» и «*res judicata*», также не указывают на различие инициированных истцом процессов, отсутствуют какие-либо основания для признания юрисдикции инвестиционного арбитража. И здесь правовое обоснование иска как один из элементов, применяющихся при определении «*cause of action*», служит своеобразным «разводным мостиком», который, в отличие от оговорки «*umbrella clause*», может выполнять сразу две функции: разъединять или объединять основания иска. Для достижения этого результата арбитражные трибуналы используют весь имеющийся у них лингвистический арсенал. Так, в деле *Occidental v. Ecuador* идентичность фактических обстоятельств дел, возбужденных истцом в государственных судах Эквадора и инвестиционном арбитраже (вопрос о применении налогового вычета по НДС) был квалифицирован как «кумулятивный эффект» и «взаимосвязь», которые оказались кажущимися и недостаточно сходными, что повлекло их разъединение.

Использование правового обоснования иска в целях объединения дел можно встретить в делах *SGS v. Philippines*⁵ и *CMS v. Argentina*⁶. В первом деле следование традиционному подходу при определении «*cause of action*» было признано нахождением технических различий между основаниями иска, подпадающих под сферу действия двустороннего соглашения и инвестиционного контракта, которые дают основания для возникновения параллельных процессов и неопределенности в вопросах юрисдикции. А во втором деле арбитражный трибунал пришел к выводу, что различные источники и различное время совершения действий ответчиком не образуют отдельные споры при условии, что действия ответчика нарушают права инвестора и относятся к одному и тому же предмету спора.

Соблазнительно при определенных условиях сложной задачей является определение Главной его задачей переданного на подходе к толкованию зумпции по прежнему первого счисления к выводу о том, что международное соглашение исходит лишь из вышеупомянутой играет ключевую роль в арбитражном процессе по фактическим обстоятельствам истца, являются судебной защитой

Вместе с тем использован арсенал определений в процедурах. Все заявляемых споров арбитражного трибунала в деле *Joy Miner* критериям для прихода к выводу инвестиционного. А в деле *Glamis* отношение к существованию, поскольку «prima facie» за истцом.

Наличие судебного препятствием для требования связанного контракта не в рамках рассмотрения спора. Так, в деле о том, что с категории юрисдикции вопрос об исполнении оговорки об аллигации ответа

⁵ ICSID case № ARB/02/06.

⁶ ICSID case № ARB/01/8.

⁷ ICSID case № ARB

⁸ ICSID case № ARB

⁹ ICSID case № ARB

сих целях защиты
международное со-
и к фактическому

иска заключается
лении новых эле-
обоснование иска.
их обстоятельств,
ного подхода, что
ии арбитражным
отив юрисдикции,
Г, — идентичность
матриваемых или
твенном суде или
битраже.

естора возникают
защиты, но в раз-
на основе которых
еру, в суде, распо-
вестиции, а затем
об идентичности
ты принципов «*lis*
зличие иницииро-
ия для признания
обоснование иска
«*cause of action*»,
отличие от оговор-
: разъединять или
тата арбитражные
ский арсенал. Так,
бстоятельств дел,
и инвестиционном
IC) был квалифи-
торые оказались
азъединение.

объединения дел
*Argentina*⁶. В первом
«*cause of action*»
основаниями иска,
ия и инвестицион-
ю параллельных
во втором деле ар-
очники и различ-
отдельные споры
стара и относятся

Соблазнительная перспектива все чаще применять нетрадиционный подход при определении «*cause of action*» сталкивается с некоторыми процессуальными сложностями, а именно с применением другого теста «*prima facie*». Главной его задачей является установление явного несоответствия спора, переданного на рассмотрение арбитражного трибунала, его юрисдикции. Два подхода к толкованию теста «*prima facie*» предусматривают различные презумпции по предварительной оценке правового обоснования иска. Требования первого считаются соблюденными, если арбитражный трибунал придет к выводу о том, что действия ответчика могли (*might or could*) нарушить международное соглашение о защите инвестиций. Второй, более мягкий, подход исходит лишь из достаточной вероятности включения иска в сферу действия вышеназванного соглашения. Таким образом, правовое обоснование иска играет ключевую роль в применении теста «*prima facie*», а в некоторых случаях входит в качестве одного из его элементов. Так, в деле *CCC v. Argentina*⁷ арбитражный трибунал устанавливал соответствие иска своей юрисдикции по фактическому предмету спора, правовым нормам, которые, по мнению истца, являются применимыми и были нарушены ответчиком, и по средству судебной защиты.

Вместе с тем, нельзя утверждать, что тест «*prima facie*» может быть всегда использован арбитражным трибуналом как универсальный инструмент для определения своей юрисдикции на первоначальной стадии арбитражных процедур. Все зависит от достаточности и ясности доказательств, предъявляемых спорящими сторонами, при определении юрисдикции арбитражного трибунала до перехода на стадию разрешения спора по существу. Так, в деле *Joy Mining*⁸ оказалось, что доказательства отвечают вышеназванным критериям для применения теста «*prima facie*», т. к. арбитражный трибунал пришел к выводу о том, что экспроприация и нарушения других принципов инвестиционного права невозможны в отношении условных обязательств. А в деле *Glamis v. USA (NAFTA case)* было продемонстрировано отрицательное отношение к разъединению вопросов юрисдикции и разрешения спора по существу, поскольку главный аргумент ответчика в пользу применения теста «*prima facie*» заключался в утверждении об отсутствии убытков, понесенных истцом.

Наличие сложного состава правоотношений сторон также может являться препятствием для применения теста «*prima facie*», особенно когда исковые требования связаны с исполнением обязательств, возникших из инвестиционного контракта. В этом случае арбитражный трибунал предпочитает рассматривать правомочность рассмотрения спора в инвестиционном арбитраже не в рамках установления своей юрисдикции, а как вопрос о допустимости спора. Так, в деле *SGS v. Philippines* арбитражный трибунал пришел к выводу о том, что ссылка на контрактные отношения в иске переводит вопрос из категории юрисдикции в категорию допустимости, т. к. остается открытым вопрос об исполнении сторонами инвестиционного контракта, содержащего оговорку об альтернативном форуме. В деле *Impregilo v. Pakistan*⁹ факт нарушения ответчиком своих обязательств был также квалифицирован как

⁷ ICSID case № ARB/03/09.

⁸ ICSID case № ARB/03/11.

⁹ ICSID case № ARB/03/3.

основание для предъявления иска из инвестиционного контракта, так и иска из двустороннего соглашения о защите инвестиций. Идентичность фактических обстоятельств и времени, когда нарушение было совершено, по мнению арбитражного трибунала, не влечет идентичность оснований иска. Различие в основаниях иска лежит в **различии анализа**, подлежащего проведению арбитражным трибуналом на стадии разрешения спора по существу. Таким образом, функция теста «*cause of action*», направленная на разъединение дел, выступила здесь основанием для отказа от применения теста «*prima facie*» и установления основания иска как вопроса о допустимости спора.

В заключении можно сделать следующие выводы об особенностях применения теста «*cause of action*» в инвестиционном арбитраже:

- 1) в инвестиционном арбитраже не подлежат применению нормы международного частного права, включая закон страны суда или закон государства, принимающего инвестиции, при определении содержания «*cause of action*»;
- 2) содержание «*cause of action*» определяется по усмотрению арбитражного трибунала исходя из общих представлений об этом процессуальном институте;
- 3) правовое обоснование иска фактически отождествляется с содержанием «*cause of action*».

Третейски правосуд идей в св Конститу Российск от 26 мая


О. Ю. СКВОРЦОВ
права юридическ
государственног

*Статья пи
как правосуди
Конституцию
Ключевые сл*

С принятие
ния от 26 мая 20
укоренения инс
ной системе. Не
и принятие Фед
и укрепление м
правоведов, и
третейского ра
нашего право
высоких инста
Апофеозом нег
Конституционн
Суда Российской
тейских судах.
третейского ра

Принятие
мости внедрен
Но помимо это
рации от 26 ма
го осмыслени
и политико-пр
В том числ
онной юстици

¹ По делу о прове
Российской Феде
ской Федерации:
движимое имущ
ипотеке (залоге
Федерации.



ARBITRADE
Юридическая компания

Destination Ukraine

ARBITRADE

ARBITRADE это украинская юридическая компания, ориентированная на обслуживание хозяйственной деятельности бизнеса и разрешение споров в сфере внешнеэкономической деятельности, корпоративного, налогового, таможенного, интеллектуального и трудового права.

Практика ARBITRADE по разрешению споров рекомендована международным рейтингом Legal 500.

ARBITRADE является эксклюзивным экспертом по международному арбитражу от Украины для международного арбитражного ресурса GAR (GAR Reference).

УСЛУГИ В СФЕРЕ РАЗРЕШЕНИЯ СПОРОВ

- Мирное урегулирование споров
- Международный арбитраж
- Судебная практика
- Признание и приведение в исполнение иностранных арбитражных и судебных решений в Украине

КОНТАКТЫ

Юлия Чернык, FCIArb, партнер
Тел.: +38 (044) 454-05-08
Факс: +38 (044) 454-05-09

Украина, 03067, Киев,
ул. Н.Левца 4, корпус 1, этаж 5, офис 518
chernyidi@arbitrade.com.ua
www.arbitrade.com.ua

