

Режим наибольшего благоприятствования.

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



Разрешение международных инвестиционных споров создало новую модель – «арбитраж без частного правоотношения». Был разработан новый подход к арбитражу между инвесторами и государством на основе международных договоров, который может обходиться без традиционного обязательного требования — арбитражного соглашения между спорящими сторонами. Применение режима наибольшего благоприятствования к арбитражу добавило больше радикальных свойств к новому пониманию арбитража, в котором положения о разрешении споров могут быть предусмотрены не в основном двустороннем инвестиционном соглашении, а в соглашении такого типа с третьим государством. Это явление может быть названо «арбитражем вопреки международному договору». Наиболее спорные вопросы, возникающие в результате следования этому новому подходу, будут исследованы в настоящей статье с различных точек зрения.

Ключевые слова: инвестиционный арбитраж; двусторонние/многосторонние инвестиционные соглашения; инвестиция; режим наибольшего благоприятствования; арбитраж без частного правоотношения; арбитраж вопреки международному договору.

В современном мире очень трудно найти ученых или юристов-практиков, сомневающихся в том, что международное инвестиционное право допускает распространение режима наибольшего благоприятствования (далее — РНБ) на арбитраж¹. Об этом свидетельствуют и множество арбитражных решений, подтверждающих возможность такого распространения, и редакция некоторых положений двустороннее инвестиционное соглашение (ДИС) о разрешении инвестиционных споров, основанных на широком толковании положения о РНБ².

Сфера настоящего исследования ограничена случаями, когда соотношение РНБ и арбитража определяется исходя из правового анализа международно-правовых источников, к примеру, соответствующих положений ДИС или многостороннее инвестиционное соглашение (МИС). Споры о распространении РНБ на арбитраж могут возникать и на основе других правовых

¹ По мнению Г. М. Вельяминова, распространение РНБ на «вопросы отправления правосудия (доступ к судам и арбитражу, признание и исполнение судебных и арбитражных решений) основано на долгосрочной практике государств». Далее, развивая этот тезис, он приводит дополнительный аргумент о том, что «одним из результатов работы Комиссии международного права ООН стало включение данных вопросов в примерный перечень областей (предметов регулирования), которые могут подпадать под режим наибольшего благоприятствования» (Вельяминов Г. М. Международное право: опыты. М., 2015. С. 656–657).

² Классическим примером стали Типовые ДИС Великобритании 1991 и 2005 гг., которые для устранения каких-либо сомнений прямо предусматривают распространение РНБ на арбитраж (ст. 3 (3)).

источников, например законодательства о защите инвестиций принимающего государства, но количество таких споров невелико и не влияет на формирование арбитражной практики³.

Соотношение РНБ и согласия на арбитраж

Необходимой предпосылкой для существования и эффективного функционирования РНБ является возникновение правоотношений с неопределенным кругом третьих лиц. При осуществлении инвестиций международного характера в качестве таких лиц выступают инвесторы тех стран, с которыми принимающее государство заключило международные инвестиционные соглашения. Любые льготы и преимущества, предусмотренные в одном из них, автоматически становятся доступными каждому инвестору, подпадающему под действие РНБ.

Распространение данного режима на арбитраж выходит за рамки его договорной природы. Даже обращение к общеизвестному способу заключения арбитражного соглашения «путем ссылки на какой-либо документ, содержащий арбитражную оговорку», не свидетельствует о наличии общего волеизъявления сторон, поскольку положение о РНБ, предусмотренное в ДИС, не соответствует основному требованию, предъявляемому к такого рода ссылкам, — не делает согласие третьего государства на арбитраж частью рассматриваемого ДИС⁴. Отсутствие определенности в выборе наиболее благоприятного механизма разрешения споров среди большого числа международных инвестиционных соглашений, заключенных принимающим государством с третьими государствами, не позволяет применить по аналогии способы заключения арбитражного соглашения, заимствованные из международного коммерческого арбитража⁵.

Даже если допустить частнопроводную квалификацию согласия на арбитраж, предусмотренного в ДИС или МИС, то возникает сложность с определением момента заключения арбитражного соглашения между принимающим государством и инвестором. Поскольку наиболее благоприятный механизм разрешения споров может содержаться в нескольких ДИС, инвестор может

³ В деле *PNG v. Papua New Guinea* одно из возражений ответчика против юрисдикции арбитражного трибунала касалось правовой квалификации ст. 37 Закона Папуа–Новой Гвинеи о поощрении инвестиций 1992 г. Истец утверждал, что данная правовая норма является оговоркой о РНБ, ответчик рассматривал ее как исключаящую оговорку (saving clause), или как «оговорку о сохранении прав». Арбитражный трибунал отказался признавать свою юрисдикцию по причине отсутствия у истца статуса иностранного инвестора, в связи с чем арбитры не стали давать оценку доводам сторон по вопросу о квалификации ст. 37 (1) Закона Папуа–Новой Гвинеи (*PNG Sustainable Development Program Ltd. v. Independent State of Papua New Guinea*, ICSID case No. ARB/13/33. Award. May 5, 2015 (*PNG v. Papua New Guinea* (Award). Par. 379. С делами, на которые даны ссылки в статье, можно ознакомиться на сайте www.italaw.com).

⁴ В соответствии с п. 2 ст. 7 Типового закона ЮНСИТРАЛ «О международном торговом арбитраже» 1985 г. (далее – Типовой закон ЮНСИТРАЛ 1985 г.) ссылка в договоре на какой-либо документ, содержащий арбитражную оговорку, представляет собой арбитражное соглашение в письменной форме при условии, что данная ссылка такова, что делает упомянутую оговорку частью договора.

⁵ В деле *Plama v. Bulgaria* арбитражный трибунал отказался рассматривать положение о РНБ в качестве «типичной инкорпорации путем ссылки, как это происходит в обычных договорах», несмотря на заявление истца о применении п. 2 ст. 7 Типового закона ЮНСИТРАЛ 1985 г. по аналогии (*Plama Consortium Limited v. the Republic of Bulgaria*, ICSID case No. ARB/03/24 (Decision on Jurisdiction. February 8, 2005 (*Plama v. Bulgaria* (Decision on Jurisdiction). Par. 200).

поочередно предлагать их на рассмотрение арбитров в качестве постоянно действующей оферты, которую он акцептует, делая ссылку на РНБ⁶. Речь идет уже не об одной оферте, а о нескольких офертах, закрепляющих за инвестором право их акцептовать не только в момент его обращения в арбитраж, но и в ходе арбитражного разбирательства. Такое разнообразие средств процессуальной защиты, предоставленных только одной стороне, которые могут оставаться неизвестными для другой стороны даже после начала арбитражного разбирательства, еще более удаляет инвестиционный арбитраж от его традиционного понимания: соблюдения равенства сторон при заключении арбитражного соглашения и равного отношения к ним при проведении арбитражного разбирательства⁷. Кроме того, существующая неопределенность в применении РНБ к положениям ДИС о порядке разрешения инвестиционных споров вступает в противоречие с требованиями по оформлению процессуальных действий или документов, содержащимися в некоторых арбитражных институтах⁸, или осуществлением государственными судами своих властных полномочий, направленных на поддержку и содействие арбитражному разбирательству⁹.

⁶ В деле *Berschader v. The Russian Federation* истцы заявили в своих процессуальных документах, поданных после проведения устных слушаний, о применении Соглашения между Правительством РФ и Правительством Королевства Дания о поощрении и взаимной защите капиталовложений от 04.11.1993 (ДИС между Россией и Данией 1993 г.) в целях избежать неопределенности, связанной с применением Соглашения между Правительством РФ и Правительством Королевства Норвегия о поощрении и взаимной защите капиталовложений от 04.10.1995 (далее – ДИС между Россией и Норвегией 1995 г.). По мнению истцов, оба эти ДИС предоставляют им возможность обратиться в Арбитражный институт Торговой палаты г. Стокгольма путем ссылки на РНБ, предусмотренный в ст. 2 Соглашения между Правительством СССР и Правительством Королевства Бельгии и Великого Герцогства Люксембург о взаимном поощрении и взаимной защите капиталовложений от 09.02.1989 (далее – ДИС между СССР, Бельгией и Люксембургом 1989 г.) (*Vladimir Berschader and Moise Berschader v. The Russian Federation*, SCC case No. 080/2004. Award. April 21, 2006 (*Berschader v. The Russian Federation* (Award). Par. 86).

⁷ Еще более категорично высказался З. Дуглас, рассуждая об условиях арбитражного соглашения, заключенного путем применения РНБ: «Это просто враждебно договорному характеру арбитража, когда основные аспекты арбитражного соглашения подлежат установлению после того, как трибунал определит, какие наиболее благоприятные юрисдикционные положения могут быть инкорпорированы по настоянию истца» (Douglas Z. *The International Law of Investment Claims*. Cambridge, 2009. P. 361).

⁸ В делах *RosInvest v. The Russian Federation* и *Quasar v. The Russian Federation* ответчик заявил предварительные процессуальные возражения против применения РНБ путем ссылки истца на ДИС между Россией и Данией 1993 г., поскольку данная ссылка не была предусмотрена в просьбе об арбитраже. В качестве правового обоснования ответчик привел ст. 2 Арбитражного регламента Арбитражного института Торговой палаты г. Стокгольма, в соответствии с которой просьба об арбитраже должна содержать копию или изложение арбитражного соглашения. Среди прочих доводов арбитражный трибунал пришел к выводу о достаточности указания на РНБ в деле *RosInvest v. The Russian Federation* для соблюдения требований к исковому заявлению, закрепленных в ст. 21 (1) Арбитражного регламента (*RosInvestCo UK Ltd. v. The Russian Federation*, SCC Case No V079/2005. Award on Jurisdiction. October, 2007 (*RosInvest v. Russia* (Award on Jurisdiction). Par. 53, 54). В деле *Quasar v. The Russian Federation* арбитражный трибунал поддержал эту позицию, дополнительно указав на то, что требования к оформлению просьбы об арбитраже не подразумевают обязанность истца приложить копию ДИС между Россией и Данией 1993 г. или изложить его содержание (*Renta 4 S.V.S.A., Ahorro Corporacion Emergentes F.I., Ahorro Corporacion Eurofondo F.I., Rovime Inversiones SICAV S.A., Quasar de Valores SICAV S.A., Orgor de Valores SICAV S.A., GBI 9000 SICAV S.A. v. The Russian Federation*, SCC case. Award on Preliminary Objections. March 20, 2009 (*Quasar v. The Russian Federation* (Award on Preliminary Objections). Par. 71).

⁹ В этой связи вызывают интерес рассуждения З. Дугласа о трудностях, которые могут возникнуть у национальных государственных судов по применению п. 3 ст. 2 Нью-Йоркской кон-

Процессуальные особенности арбитража не являются единственным препятствием для эффективного применения к нему РНБ. Помимо сравнительного анализа соответствующих положений всех международных инвестиционных соглашений, заключенных принимающим государством¹⁰, поиск наиболее благоприятного механизма разрешения спора предполагает исследование целого комплекса вопросов, охватываемых арбитражем. В их число входят особенности проведения самого арбитражного разбирательства, принятие обеспечительных мер, содействие государственных судов в сборе доказательств и формировании состава арбитров, пределы судебного вмешательства и мн. др. Очевидно, что этот перечень вопросов подразумевает проверку не только арбитражных институтов, но и различных правопорядков, в рамках которых они осуществляют свою деятельность, поскольку правовые институты оцениваются не в качестве абстрактных категорий, а с обязательной привязкой к соответствующей национально-правовой системе, функционирующей в условиях конкретной исторической обстановки¹¹.

венции о признании и приведении в исполнение иностранных арбитражных решений 1958 г. (далее — Нью-Йоркская конвенция 1958 г.) при рассмотрении вопроса о сфере действия арбитражного соглашения, и по применению пункта 1 статьи 2 Нью-Йоркской конвенции 1958 г. и п. 1 ст. 25 Конвенции об урегулировании инвестиционных споров между государствами и лицами других государств (далее — Вашингтонская конвенция 1965 г.) при рассмотрении вопроса о соблюдении письменной формы арбитражного соглашения, когда ссылка на РНБ сделана истцом в ходе арбитражного разбирательства, т. е. после заключения арбитражного соглашения (Douglas Z. Op. cit. P. 361).

¹⁰ В качестве примера можно привести сравнительный анализ, сделанный Арбитражной комиссией в деле *Ambatielos*. Следуя просьбе Греции (истца в арбитражном разбирательстве) о применении РНБ, Комиссия изучила семь международных договоров, в том числе, международных договоров XVII в., заключенные Великобританией (ответчика в арбитражном разбирательстве) с Данией, Испанией, Швецией, и пришла к выводу о том, что «привилегии, благоприятствование или иммунитет», предусмотренные в этих договорах, не являются более обширными, чем те, которые закреплены в ст. 15 Договора о торговле и мореплавании 1886 г. (далее — Договор 1886 г.), заключенного между спорящими сторонами (*Ambatielos case (Greece v. United Kingdom of Great Britain and Northern Ireland)*). Commission of Arbitration established by the Agreement concluded on February 24, 1955 between the Government of the United Kingdom of Great Britain and Northern Ireland and the Government of Greece for the arbitration of the *Ambatielos* claim. Award. March 6, 1956 (*Ambatielos case. Award (Commission of Arbitration)* // Reports of International Arbitral Awards. UN.Vol. XII. P. 110). Еще более обширный сравнительный анализ был проведен арбитражным трибуналом в деле *Maffezini v. Spain*. Предметом анализа выступали положения ДИС, заключенных Испанией с Алжиром, Чили, Колумбией, Кубой, Чехословакией, Доминиканской Республикой, Египтом, Сальвадором, Гондурасом, Венгрией, Индонезией, Казахстаном, Республикой Корея, Литвой, Малайзией, Никарагуа, Пакистаном, Перу, Филиппинами, Польшей и Танзанией. Целью было определение практики Испании в области мирного урегулирования споров и арбитража (*Emilio Agustín Maffezini v. The Kingdom of Spain*, ICSID case No. ARB/97/7. Decision of the Tribunal on Objections to Jurisdiction. January 25, 2000 (*Maffezini v. Spain (Decision on Jurisdiction)*. Par. 58).

¹¹ По мнению Арбитражной комиссии в деле *Ambatielos*, понятия «правосудия», «справедливости» не должны оцениваться в отрыве от национального правопорядка: «Положения [международного договора] гарантируют предоставление „правосудия“, „права“, „справедливости“ не в качестве прав, обладающих независимостью или приоритетом над позитивным правом, а только в рамках местного права Договаривающихся Государств. Не существовало идеальной системы „правосудия“, „права“ и „справедливости“, которые правительства-подписанты намеревались обеспечить для своих поданных; применялись национальные законы для отправления правосудия... Комиссия поэтому не может согласиться с доводом о том, что международные договоры, заключенные Соединенным Королевством в XVII в. с Данией, Испанией и Швецией, предоставляют греческому правительству право предъявить претензию об отношении к г-ну Амбательосу в соответствии с „правосудием“, „правом“ и „справедливостью“

Благоприятный эффект от выбора арбитража в качестве альтернативного способа разрешения спора не ограничивается временными рамками проведения арбитражного разбирательства и вынесения арбитражного решения. Необходимо учитывать и заинтересованность иностранного инвестора в достижении конечного результата путем обращения взыскания на имущество должника по месту нахождения его активов, достаточных для исполнения арбитражного решения.

Большое разнообразие описанных выше факторов, влияющих на определение наиболее благоприятного арбитража, делает задачу практически невыполнимой, если не вводить презумпции о приоритете арбитража над судебным процессом¹², наиболее известных арбитражных институтов над менее известными¹³ и т. д. Излишне говорить, что данные презумпции не носят правового характера и основаны на личных предпочтениях, политических соображениях или неограниченном усмотрении арбитров. Сама идея о наиболее благоприятном арбитраже не способствует развитию конкуренции среди государств, которая допустима между национальными экономическими режимами, но недопустима между национальными правовыми порядками. Установленная арбитрами неспособность принимающего государства соответствовать ожиданиям иностранного инвестора в получении им льгот и привилегий экономического характера является именованным чувствительным ударом для авторитета государства на международной арене, чем несовершенство его правовой системы в области правосудия или других способов альтернативного разрешения споров. Государство оказывается в правовой изоляции, что формирует его негативное отношение к распространению РНБ на арбитраж, превращая расширительное толкование данного института во

в идеальном смысле этих слов и независимо от норм английского права» (*Ambatielos case*. Award (Commission of Arbitration). Op. cit. P. 109).

¹² К. Мак-Лахлан, Л. Шор и М. Вейнгер выступают против установления какой-либо иерархии положений международного договора о разрешении споров, подчеркивая пристрастность арбитров, если они приходят к выводу о приоритете международного арбитража над судебным процессом, проходящим на территории принимающего государства (*McLachlan C., Shore L., Weinger M.* International Investment Arbitration: Substantive Principles. Oxford, 2008. P. 257). Ранее Э. Гайярм была высказана противоположная точка зрения: «... намерение договаривающихся сторон может быть разумно истолковано как включающее полный комплекс прав, предоставленных инвесторам третьей страны, включая право на нейтральное и эффективное разрешение их инвестиционных споров посредством международного арбитража, нежели судебных органов принимающего государства» (*Gaillard E.* Establishing Jurisdiction Through a Most-Favoured-Nation Clause // *New York Law Journal*. 2005. Vol. 233. № 105. Схожие аргументы были высказаны арбитрами, признавшими свою юрисдикцию по делу *Quasar v. The Russian Federation*. По их мнению, пристрастность (*invidiousness*) как раз проявляется в акцентировании этой проблемы: «Инвесторы, желающие получить доступ к нейтральному международному форуму, не обязательно наговаривают на национальную юстицию. Они не идут дальше установления ясности в том, что их комфорт увеличивается с осознанием того, что международная альтернатива открыта для них. В этом заключается разумная забота (*rational concern*). Нет ничего противозаконного в желании использовать нейтральный форум» (*Quasar v. The Russian Federation* (Award on Preliminary Objections). Op. cit. Par. 100).

¹³ К примеру, И. В. Зенкин указывает на сложность установления критериев, в соответствии с которыми определялся бы наиболее благоприятный арбитраж, если бы международное инвестиционное соглашение предусматривало рассмотрение споров арбитражем *ad hoc* по Регламенту ЮНСИТРАЛ или Международного центра по урегулированию инвестиционных споров (МЦУИС) (Зенкин И. В. Международное экономическое право. М., 2006. С. 309). Как уже было отмечено ранее, К. Мак-Лахлан, Л. Шор и М. Вейнгер более категоричны в своих оценках и считают, что арбитры проявляют пристрастность, когда сравнивают МЦУИС с другими формами арбитража (*McLachlan C., Shore L., Weinger M.* Op. cit. P. 257).

временное средство юридической защиты против принимающих государств, которое может быть использовано иностранными инвесторами в коротком историческом промежутке и лишено перспективы в будущем.

Превратности современной арбитражной практики в вопросе распространения РНБ на арбитраж могут быть проиллюстрированы на примере существующей до недавнего времени классификации дел. В ее основу была положена важность вопросов, подпадающих под воздействие РНБ, при получении иностранным инвестором доступа в арбитраж. Первая категория вопросов рассматривалась как «менее существенные процессуальные требования» или «простой предварительный шаг перед получением доступа в арбитраж», поскольку суть разногласий спорящих сторон заключалась в соблюдении требования об обращении в национальные государственные суды перед передачей спора в арбитраж¹⁴. Вторая категория вопросов была связана с отсутствием согласия на арбитраж в основном международном инвестиционном соглашении¹⁵, т. е. ДИС, заключенном между государством, право которого подтверждает статус иностранного инвестора (далее — государство иностранного инвестора), и принимающим государством. Если в отношении первой группы арбитры демонстрировали гибкость в распространении РНБ на арбитраж, то вторая группа требовала от них большей осторожности, что способствовало формированию единообразного подхода при вынесении решений о юрисдикции. Однако искусственность критерия, положенного в основу вышеназванной классификации, не позволила ей долго сохранять свою практическую ценность. Последовательность арбитражных решений была нарушена как в отношении первой, так и второй группы вопросов¹⁶. Появилась возможность отказать в распространении РНБ на положения, требующие предварительного обращения в национальные государственные суды, и возможность игнорировать отсутствие согласия на арбитраж в основном международном инвестиционном соглашении. Второе последствие представляет большую опасность, поскольку приводит к существенному изменению традиционной природы арбитража. По аналогии с широко известным вы-

¹⁴ Согласно классификации, предложенной А. Родригесом, первая категория вопросов составляла предмет разногласий между спорящими сторонами в делах *Mafezzini v. Spain*, *Gas Natural v. Argentina*, *Suez v. Argentina* (Rodriguez A.F. *The Most-Favored-Nation Clause in International Investment Agreements. A Tool for Treaty Shopping?* / *Journal of International Arbitration*. 2008. № 25 (1). P. 95–96). Г. Домански и М. Святковски добавили в этот перечень дела *Siemens v. Argentina*, *National Grid v. Argentina*, *Camuzzi v. Argentina*, *Wintershall v. Argentina* (Domaniski G., Swiatkowski M. *Application of Most Favoured Nation Clause to Jurisdiction Provisions in Light of the Award in Austrian Airlines v. Slovakia* // *Czech Yearbook of International Law*. 2011. Vol. 2. P. 78). Также см.: Dolzer R., Schreuer C. *Principles of International Investment Law*. Oxford, 2008. P. 256.

¹⁵ Дела *Salini v. Jordan*, *Plama v. Bulgaria*, *Telenor v. Hungary*, по мнению А. Родригеса, связаны с рассмотрением второй категории вопросов. Г. Домански и М. Святковски добавили в этот перечень дела *Berschader v. The Russian Federation*, *RosInvestCo UK Ltd. v. The Russian Federation*, *Quasar v. The Russian Federation (Renta)*. Также см.: Гармоза А. П. Распространение режима наибольшего благоприятствования на положения международных инвестиционных соглашений об арбитражном разрешении споров // *Вестник международного коммерческого арбитража*. 2010. № 2, С. 20; Он же. Арбитраж на основании международных инвестиционных соглашений: вопросы компетенции. М., 2012. С. 248.

¹⁶ Нарушение последовательности в арбитражной практике связывают с вынесением арбитражных решений по делам *Wintershall v. Argentina u RosInvestCo UK Ltd. v. The Russian Federation* (Domaniski G., Swiatkowski M. *Op. cit.* P. 84). К этому перечню А. П. Гармоза добавляет еще дела *Quasar v. The Russian Federation (Renta)* и *Tza Yap Shum v. Peru* (Гармоза А. П. *Указ. соч.* С. 253).

ражением — «арбитраж без правоотношения» (arbitration without privity) новую модель можно условно назвать «арбитраж вопреки международному договору» (arbitration instead of treaty)¹⁷.

Справедливости ради необходимо отметить, что первая модель арбитража (arbitration without privity), основанная на частноправовой квалификации согласия на арбитраж, не обязательно подпадает под сферу действия РНБ. Постоянно действующая оферта, содержащаяся в положениях международного инвестиционного соглашения о разрешении споров, может рассматриваться как согласие принимающего государства на обращение иностранных инвесторов в арбитраж, а не принятие на себя международных обязательств, связанных с появлением таких обращений¹⁸. Специальные условия этой оферты составляют волеизъявление принимающего государства об отказе от суверенитета в сфере разрешения инвестиционных споров и подчинении юрисдикции международного арбитража. Нельзя исключить, что позиция принимающего государства в отношении юрисдикционных вопросов может вступить в противоречие с его материально-правовыми обязательствами по защите инвестиций, в частности предоставлению РНБ. Тогда перед арбитрами неизбежно встанет дилемма об установлении приоритета между двумя взаимоисключающими условиями¹⁹. Обычно для ее решения прибегают к богатому арсеналу юридических инструментов, относящихся в основном к способам толкования договорных условий. Здесь главная опасность, которую несет частноправовая квалификация согласия на арбитраж, заключается в преобладании широкого усмотрения арбитров, допустимого при оценке частных сделок, но не правовых норм, составляющих основу международного договора.

Арбитраж как неотъемлемая часть защиты иностранных инвестиций

Разработке любой новой модели, реформирующей сложившуюся систему правоотношений, предшествует теоретическое обоснование вносимых изменений. В качестве ключевого тезиса, положенного в основу идеи о распространении РНБ на арбитраж, выступает включение положений ДИС или МИС о разрешении инвестиционных споров в режим защиты иностранных инвестиций. Право на обращение в инвестиционный арбитраж, предоставленное иностранному инвестору и имеющее ярко выраженный процессуальный характер, рассматривается как неотъемлемая часть материально-правовых гарантий, обеспечивающих сохранность вложенных инвестиций

¹⁷ «Во всех этих делах (*Salini v. Jordan, Plama v. Bulgaria, Telenor v. Hungary* — В. А.) истец добивался радикального эффекта: по терминологии в деле *Plama*, заменить оговорку о разрешении споров в основном международном договоре полностью механизмом разрешения споров третьего лица» (Rodriguez A. F. Op. cit. P. 96).

¹⁸ В своем Особом мнении по делу *Impregilo v. Argentina* Б. Стерн призывала не отождествлять согласие на арбитраж с согласием договаривающегося государства, которое оно дает другому договаривающемуся государству при ратификации международного договора (*Impregilo S.p.A. v. the Argentine Republic*, ICSID case No. ARB/07/17. Concurrent and Dissenting Opinion by Brigitte Stern. May 5, 2011 (*Impregilo v. Argentina* (Dissenting Opinion by B. Stern). Par. 52).

¹⁹ В деле *Wintershall v. Argentina* арбитражный трибунал квалифицировал требование об обращении в местные суды в качестве неотъемлемой части постоянно действующей оферты и необходимого предварительного шага перед передачей инвестиционного спора на рассмотрение МЦУИС (*Wintershall Aktiengesellschaft v. the Argentine Republic*, ICSID case No. ARB/04/14. Award. December 8, 2008 (*Wintershall v. Argentina* (Award). Par. 160 (2)).

и удерживающих принимающее государство от принятия несправедливых или дискриминационных мер против иностранного инвестора²⁰.

Вопрос о юридической природе обязательств, возникающих между принимающим государством и иностранным инвестором, занимает центральное место при создании теоретической основы для распространения РНБ на арбитраж. Допустимо ли объединение материально-правовых гарантий, предоставленных иностранному инвестору в целях защиты его инвестиций, с процессуальными вопросами о разрешении споров или между ними существуют принципиальные различия, которые делают невозможным такое объединение?²¹ Сохраняют ли положения международного инвестиционного соглашения о разрешении инвестиционных споров свою автономность, даже когда иностранный инвестор рассматривает их в качестве обязательных гарантий, предоставляемых ему принимающим государством?²²

Первым шагом на пути создания предпосылок для распространения РНБ на арбитраж стало включение в режим защиты иностранных инвестиций одного из главных процессуальных вопросов, а именно отправление правосудия²³. Несмотря на различную оценку данного вывода с точки зрения иерархии правовых источников, убедительности и авторитетности доводов в его защиту²⁴, в современной арбитражной практике сформировалось

²⁰ Наделение арбитража материально-правовой или процессуальной природой зависит от представления акцентов при обращении к режиму защиты иностранных инвестиций. В деле *Daimler v. Argentina* арбитражный трибунал сослался на классификацию, основанную на квалификации положений о разрешении международных споров в качестве материально-правовой защиты или процессуального механизма, с помощью которого эта защита может быть принудительно осуществлена (*Daimler Financial Services AG v. the Argentine Republic*, ICSID case No. ARB/05/1. Award. August 22, 2012 (*Daimler v. Argentina* (Award). Par. 219).

²¹ З. Дуглас считает поставленный вопрос истинным обозначением проблемы, которая лежит в основе распространения РНБ на арбитраж. Напротив, арбитр стоит на ложном пути, если пытается решить эту проблему посредством включения арбитража в режим защиты иностранных инвестиций. По мнению З. Дугласа, такой подход никак не влияет на решение поставленной проблемы (*Douglas Z. Op. cit.* P. 345).

²² З. Дуглас предлагает провести простой тест *ratione temporis*, чтобы продемонстрировать необходимость учета иных факторов, влияющих на распространение РНБ на арбитраж, помимо общей идеи о включении арбитража в режим защиты иностранных инвестиций. Очевидно, что юрисдикция арбитражного трибунала не будет распространяться на спор, возникший из нарушения принимающим государством своих обязательств по основному международному инвестиционному соглашению, если нарушение произошло до вступления его в силу. Данный вывод сохраняет свою силу, даже если иностранный инвестор обращается к положениям о РНБ и ссылается на международное инвестиционное соглашение, заключенное с третьим государством и вступившее в силу до нарушения своих обязательств принимающим государством, несмотря на то, что идея о включении арбитража в режим защиты иностранных инвестиций позволяет сделать это (*Douglas Z. Ibid.*).

²³ Появление идеи о распространении РНБ на процессуальные вопросы, касающиеся отправления правосудия, обычно связывают с делом *Ambatielos*. Греческое правительство обратилось в Международный Суд ООН с требованием о создании Арбитражной комиссии в рамках Договора 1886 г. и передаче на ее рассмотрение спора между Грецией и Соединенным Королевством. Предмет спора заключался в лишении греческого судовладельца г-на Амбатьелоса права на свободный доступ в английские суды, а именно права на истребование доказательств в рамках судебного процесса, возбужденного по иску г-на Амбатьелоса из договора о приобретении девяти пароходов. По мнению греческого правительства, Соединенное Королевство нарушило свое международное обязательство по обеспечению правосудия и справедливости для граждан Греции в той степени, в которой оно должно было соблюдать его в отношении граждан других государств в силу применения РНБ, предусмотренного в Договоре 1886 г.

²⁴ По мнению З. Дугласа, выводы Арбитражной комиссии о применении оговорки о РНБ к вопросу об отправлении правосудия, сделанные ею в деле *Ambatielos*, носят абстрактный характер и не имеют существенного значения для решения вопроса о распространении РНБ

целое направление, признающее допустимость распространения РНБ на процессуальные вопросы. Вместе с тем необходимо иметь в виду, что в основу логического обоснования этого тезиса было положено правило двойного отрицания. Распространение РНБ на вопросы отправления правосудия было сформулировано не в качестве общего правила, закрепляющего для участников правоотношений ориентиры для достижения идеальной правовой модели, а в качестве возможного поведения сторон, не подпадающего под нормативный запрет. Тем самым отправление правосудия может выйти за рамки своего обычного предназначения, если в международном договоре оно рассматривается в связи с предоставлением определенной категории лиц конвенционной защиты²⁵. Посредством этой связи «прокладывается мост» (в виде оговорки о РНБ) к правопорядку третьего государства, являющемуся наиболее благоприятным с точки зрения отправления правосудия²⁶, что, в свою очередь, позволяет прийти к более широкому обобщению и распространить РНБ на все процессуальные вопросы²⁷. Среди них арбитраж как современный и эффективный способ разрешения споров, пришедший на смену устаревшим средствам защиты прав физических лиц, на пример обращение к консулу²⁸ или в национальные государственные суды, играет значительную роль и усиливает режим защиты иностранных инвестиций²⁹. Обычно арбитры подчеркивают высокую заинтересованность иностранных инвесторов в арбитраже, который иногда становится обязательным условием для начала инвестиционной деятельности. Его независимость от

на международный арбитраж (Douglas Z. Op. cit. P. 355). Кроме того, З. Дуглас подчеркивает, что Международный суд ООН обошел молчанием вопрос о сфере действия РНБ, в то время как четыре судьи выразили Особое мнение о недопустимости распространения РНБ на вопрос об отправлении правосудия (Dissenting Opinion by Sir Arnold McNair, President, and Judges Basevent, Klaestad and Read // ICJ. Rep. 10, 34).

²⁵ В деле *Ambatielos* Арбитражная комиссия использовала именно правило двойного отрицания при формулировании вывода о включении вопросов отправления правосудия в систему материально-правовых гарантий, предусмотренных международным договором: «Это правда, что „отправление правосудия“; взятое в отдельности, представляет собой предмет иной, чем „торговля и мореплавание“; но это не следует с необходимостью, когда оно рассматривается в связи с защитой прав торговцев. Защита прав торговцев естественно находит свое место среди вопросов, предусмотренных в международных договорах о торговле и мореплавании» (*Ambatielos case*. Award (Commission of Arbitration). Op. cit., P. 107).

²⁶ «Поэтому нельзя сказать, что отправление правосудия в той степени, в которой оно касается защиты этих прав, должно с необходимостью быть исключенным из сферы применения оговорки о режиме наибольшего благоприятствования, когда последняя включает „все вопросы, относящиеся к торговле и мореплаванию“» Цит по: *Ambatielos case*. Award (Commission of Arbitration). Op. cit. P. 107.

²⁷ Викторова Н. Н. Применение режима наибольшего благоприятствования при разрешении трансграничных инвестиционных споров // Lex Russia. 2015. № 7. С. 35.

²⁸ Вопрос о расширении юрисдикции американского консульства в Марокко путем обращения к оговорке РНБ рассматривался Международным судом ООН в деле *Rights of Nationals of the United States of America in Morocco* (Case Concerning the rights of Nationals of the United States of America in Morocco (*France v. the United States of America*)). ICJ, Judgement. August 27, 1952 // ICJ. 1952. Rep. P. 176). Любопытен комментарий З. Дугласа об ошибке, допущенной арбитражными трибуналами в делах *Siemens v. Argentina* и *National Grid v. Argentina*, которые сослались на позицию Международного суда ООН, для того чтобы обосновать распространение РНБ на вопросы юрисдикции. По мнению З. Дугласа, в деле *Rights of Nationals of the United States of America in Morocco* речь шла о материальном праве государства на выполнение функций консульского представительства, а не об определении юрисдикции Международного суда ООН (Douglas Z. Op. cit. P. 349–350).

²⁹ *Maffezini v. Spain* (Decision on Jurisdiction). Op. cit. Par. 54–55.

политического давления органов государственной власти³⁰, представляющего для иностранных инвесторов основной риск и удерживающего их от обращения в национальные государственные суды, придает положениям о разрешении инвестиционных споров особое значение в рамках правового регулирования иностранных инвестиций. Тем самым сторонники широкого толкования РНБ не видят оснований для разграничения материально-правовых гарантий, предоставленных иностранному инвестору, и процессуальной формы их защиты³¹. Следуя этой логике, процессуальная природа арбитража отходит на второй план и уступает место материально-правовым элементам отношений, возникающих между участниками арбитражного разбирательства до начала его проведения. Только таким образом арбитраж можно рассматривать как «неотъемлемую часть режима по защите инвестиций»³² или в качестве «важной материально-правовой инициативы или защиты для иностранных инвесторов»³³.

В этой связи следует отметить, что подобные доводы, используемые, как правило, сторонниками широкого толкования РНБ, носят политический, а не правовой характер. Поэтому, даже если они соответствуют сложившейся ситуации, арбитры не вправе придавать им ключевое значение при вынесении решения о наличии своей юрисдикции по спору. Степень усмотрения арбитров в субъективной оценке национальных правопорядков должна быть сведена к минимуму в пользу доминирующей роли права, в особенности когда отсутствует согласие между спорящими сторонами в отношении юрисдикции арбитражного трибунала.

Уязвимость доводов, приводимых в пользу распространения материально-правовой защиты иностранных инвестиций на положения ДИС о разрешении инвестиционных споров, проявляется и в частноправовой квалификации согласия на арбитраж. Обращение иностранного инвестора к РНБ обусловлено обращением его в международный арбитраж путем акцепта постоянно действующей оферты, содержащейся в международном инвестиционном соглашении. Таким образом, применение РНБ находится в прямой зависимости от применения положений ДИС о разрешении инвестиционных споров, что исключает распространение РНБ на арбитраж. Обычными возражениями против подобной логики является ссылка на отсутствие каких-либо условий международного инвестиционного соглашения, указывающих на временную последовательность действий иностранного инвестора по

³⁰ В деле *Gas Natural v. Argentine* арбитражный трибунал назвал в качестве одной из причин создания международного арбитража, в том числе МЦУИС, освобождение от политического давления, оказываемое на национальные суды (*Gas Natural SDG, S.A. v. The Argentine Republic*, ICSID case No. ARB/03/10. Decision of the Tribunal on Preliminary Questions on Jurisdiction. June 17, 2005 (*Gas Natural v. Argentine* (Decision on Jurisdiction). Par. 29). В то же время Дж. Альварес, рассуждая о необходимости установить баланс между интересами частных инвесторов и принимающего государства, отмечает, что некоторые арбитражные решения, так же как и решения государственных судов, отражают политические и конституционные аспекты (Alvarez J. E. *The Public International Law Regime Governing International Investment*. The Hague, 2011. P. 165).

³¹ *Suez, Sociedad General de Aguas de Barcelona S.A., and InterAguas Servicios Integrales del Agua S.A. v. The Argentine Republic*, ICSID case No. ARB/03/07. Decision on Jurisdiction. May 16, 2006 (*Suez v. Argentine* (Decision on Jurisdiction). Par. 57).

³² *Ibid.*

³³ *Gas Natural v. Argentine* (Decision on Jurisdiction). Op. cit. Par. 31.

использованию своих прав на обращение в арбитраж и к РНБ³⁴. Обнаружение в позиции арбитров упомянутой ссылки свидетельствует об их приверженности дискреционному подходу при разрешении спорных вопросов.

Правовая природа отношений, возникающих между участниками арбитражного разбирательства

Неоправданный отказ от обращения к нормативно-правовым источникам и поспешный переход к осуществлению дискреционных полномочий характерен не только для распространения материально-правовой защиты иностранных инвестиций на положения ДИС о разрешении инвестиционных споров. Данная проблема может возникнуть при толковании любого международного инвестиционного соглашения, за исключением случаев, когда оно содержит прямое указание на возможность распространения РНБ на арбитраж³⁵.

Определение различной правовой природы отношений, возникших между участниками арбитражного разбирательства, представляет собой первый барьер на пути широкого применения РНБ. Само разделение правоотношений на процессуальные и материально-правовые, трансграничные и внутригосударственные предполагает существование ряда факторов, указывающих, с одной стороны, на необходимость изучения этих правоотношений в рамках нескольких категорий, а с другой — на нежелательность объединения их в одну категорию как с теоретической, так и с практической точек зрения. Поэтому общепринятые подходы при составлении кодифицированных актов в национальном законодательстве договаривающихся стран, в особенности стран, принадлежащих к школе континентального права, а также разделение права на отрасли должны учитываться арбитрами при толковании положений международного инвестиционного соглашения о РНБ и установлении намерения его участников.

Как известно, одним из первых правил толкования международных договоров является его соответствие обычному значению, которое следует придавать используемым в международных договорах терминам³⁶. Поскольку арбитраж и РНБ напрямую связаны с классификацией правоотношений на процессуальные и материально-правовые, недопустимо игнорировать различный правовой характер этих правоотношений. Вместе с тем в арбитражной практике встречается точка зрения о том, что одного факта существования вышеназванной классификации недостаточно для отказа в распространении РНБ на положения ДИС о разрешении инвестиционных споров³⁷. Безусловно, требуются более весомые аргументы, чтобы исклю-

³⁴ *Garanti Koza LLP v. Turkmenistan*, ICSID case No. ARB/11/20. Decision on the Objections to Jurisdiction for Lack of Consent. July 3, 2013 (*Garanti Koza v. Turkmenistan* (Decision on Jurisdiction). Par. 61–62).

³⁵ См. ст. 3 (3) Типовых ДИС Великобритании 1991 и 2005 г.

³⁶ Согласно п. 1 ст. 31 Венской конвенции о праве международных договоров 1969 г. договор должен толковаться добросовестно в соответствии с обычным значением, которое следует придавать терминам договора в их контексте, а также в свете объекта и целей договора.

³⁷ Поддерживая точку зрения о недопустимости распространения оговорок об РНБ на механизм разрешения инвестиционных споров, Б. Стерн в то же время указывает на недостаточное разъяснение причин, лежащих в основе разделения процессуальных и материально-правовых аспектов (*Impregilo v. Argentina* (Dissenting Opinion by B. Stern). Op. cit. Par. 29).

чить из объема понятия РНБ процессуальные отношения, когда международное инвестиционное соглашение хранит молчание на этот счет, а арбитры вынуждены формулировать свои выводы на основе предположений.

Различия между процессуальными и материально-правовыми отношениями носят принципиальный характер, вследствие чего меры, направленные на их правовое регулирование, не могут быть объединены в одну группу. Процессуальные отношения характеризует вертикальный порядок взаимодействия всех его участников³⁸, построенный на обязательном включении суда как органа государственной власти³⁹, через который все остальные участники судебного процесса осуществляют свои процессуальные права и выполняют процессуальные обязанности⁴⁰. «Конструкция трехсубъектного процессуального отношения»⁴¹ проявляется и в арбитраже⁴². Именно арбитражный трибунал, как и государственный суд в судебном процессе, «замыкает» на себе любое процессуальное действие спорящих сторон, определяет судьбу арбитражного разбирательства и влияет на создание, изменение и прекращение правоотношений между участниками арбитражного разбирательства.

Все эти отличительные черты процессуальных отношений должны приниматься во внимание арбитрами при установлении ими обычного значения терминов, от толкования которых зависит распространение РНБ на положения ДИС о разрешении инвестиционных споров. Если термины используются для закрепления материально-правовых гарантий, предоставленных иностранным инвесторам в целях защиты их инвестиций, они не могут в то же время подразумевать регулирование вопросов, относящихся к арбитражу или другим способам разрешения инвестиционных споров⁴³. Было бы стран-

³⁸ В качестве первого признака, отличающего процессуальные отношения от материально-правовых, Н. А. Чечина указывает на неравенство субъектов: «Процессуальные отношения складываются между неравными субъектами, они оформляют соотношение прав и обязанностей на основе власти и подчинения. Из-за неравенства правомочий и обязанностей суда и иных субъектов гражданских процессуальных отношений они могут быть условно названы «властеотношениями» (Чечина Н. А. Гражданские процессуальные отношения // Избранные труды по гражданскому процессу. СПб., 2004. С. 19). Также см.: Рожкова М. Материальные и процессуальные соглашения, поименованные в Арбитражном процессуальном кодексе РФ // Хозяйство и право. 2004. № 1. С. 76.

³⁹ Юдельсон К. С. Советский гражданский процесс. М., 1956. С. 11.

⁴⁰ Чечина Н. А. Указ. соч. С. 44; Рожкова М. Указ. соч. С. 76.

⁴¹ Данная конструкция была разработана еще в русской дореволюционной доктрине: «Гражданский процесс есть трехстороннее правоотношение из области публичного права, отношение между судом как органом государства, истцом и ответчиком; правоотношение это сложно по составу, но едино по тому предмету, ради которого оно возникает и развивается по мере совершения законом установленных процессуальных действий: совокупность их составляет процессуальное производство» (Гордон В. М. Иски о признании. Ярославль, 1906. С. 6)

⁴² З. Дуглас отмечает, что отличие материально-правовых обязанностей от арбитража заключается в том, что первые адресованы двум договаривающимся государствам, а второй — иностранному инвестору и арбитражному трибуналу (Douglas Z. The MFN Clause in Investment Treaty Arbitration: Treaty Interpretation off the Rails // Journal of International Dispute Settlement. 2010. Vol. 2. Iss. 1. P. 5).

⁴³ В деле *Telenor v. Hungary* арбитражный трибунал пришел к выводу о том, что обычное значение оговорки об РНБ охватывает материальные, а не процессуальные права: «В отсутствие указаний на иное, обычное значение [фразы] „к инвестициям должно быть проявлено отношение не менее благоприятное, чем отношение, проявленное к инвесторам из любого третьего Государства“ подразумевает то, что к материальным правам инвестора в части инвестиций должно быть проявлено отношение не менее благоприятное, чем отношение по ДИС между принимающим Государством и третьим Государством, и нет никаких оснований для толкования этой фразы как включающей процессуальные права» (*Telenor Mobile Communications*

ным предполагать, что при заключении международных инвестиционных соглашений официальные представители договаривающихся государств руководствовались обыденными представлениями о праве и не придавали значение разделению правоотношений на процессуальные и материально-правовые, известному большинству национальных правовых порядков. Обычное значение терминов, используемых в международных договорах, не должно устанавливаться без учета общеизвестных правовых понятий, принципов и других теоретических конструкций, среди которых классификация правоотношений занимает особое место.

Против произвольного обращения с терминами международного договора направлен и комплексный подход толкования. Его суть сводится к взаимозависимости и взаимообусловленности всех способов толкования, которые не могут быть взяты по отдельности, а должны применяться в совокупности. По этой логике обычное значение терминов находится в функциональной зависимости от контекста, объекта и цели международного договора⁴⁴. При решении вопроса о распространении РНБ на арбитраж учет этих способов толкования может играть как позитивную, так и негативную роль. Если текст международного договора не содержит четкого указания о соотношении РНБ и положений о разрешении инвестиционных споров, вследствие чего сохраняется неопределенность в отношении юрисдикции арбитражного трибунала, обращение к обычному значению терминов не достигает желаемого результата, и возникает необходимость применить дополнительные средства толкования⁴⁵.

В отличие от презумпции о нераспространении РНБ на арбитраж, основанной на разделении правоотношений на процессуальные и материально-правовые, комплексный подход толкования лишь фиксирует сохранение правовой проблемы, которую нельзя решить путем установления обычного значения терминов. Тем самым опасность широкого усмотрения арбитров уменьшается, но не устраняется совсем.

Помимо вышеназванной классификации правоотношений могут быть использованы и другие доводы, указывающие на особую природу арбитража.

A.S. v. the Republic of Hungary, ICSID case No. ARB/04/15. Award. September 13, 2006 (*Telenor v. Hungary* (Award). Par. 92).

⁴⁴ Арбитражный трибунал в деле *Auditing Accounts between the Netherlands and France* рассматривал правила толкования, предусмотренные в п. 1 ст. 31 Венской конвенции о праве международных договоров 1969 г., как «составляющие части единого целого», которые нельзя применять по отдельности: «Текст международного договора несет в себе идею, которая отличается от идеи терминов и шире последней. Опора на текст не означает опору исключительно и главным образом на обычное значение терминов. Такое решение эффективно игнорировало бы добросовестность, контекст, объект и цели международного договора. Обычное значение терминов является даже функцией контекста, объекта и целей международного договора» (Case concerning the audit of accounts between the Netherlands and France in application of the Protocol of 25 September 1991 Additional to the Convention for the Protection of the Rhine from Pollution by Chlorides of December 1976. Permanent Court of Arbitration. Decision. March 12, 2004. Par. 63).

⁴⁵ Л. Б. Шазорне в своем Особом мнении по делу *Garanti Koza v. Turkmenistan* указал на необходимость обращения к подготовительным материалам или обстоятельствам заключения ДИС, если значение оговорок о РНБ и арбитраже остается неопределенным или неясным (ambiguous or obscure) или ведет к явно абсурдному или неразумному (absurd or unreasonable) результату (*Garanti Koza LLP v. Turkmenistan*, ICSID case No. ARB/11/20. Dissenting Opinion by Laurence Boisson de Chazournes. July 3, 2013 (*Garanti Koza v. Turkmenistan* (Dissenting Opinion) by B. Chazournes). Par. 13).

Наряду с традиционным разделением обязательств на материально-правовые и процессуальные в некоторых случаях их взаимодействие может быть построено на принципе подчинения. По логике правового регулирования его предмет, представляющий собой допустимую модель поведения между сторонами или запрет на совершение ими определенных действий, иными словами, материально-правовые обязательства, имеет первичное значение по сравнению с описанием последствий, наступивших в результате нарушения допустимой модели или совершения стороной запрещенных действий. Условность классификации обязательств на первичные и вторичные неоднократно подвергалась критике в арбитражной практике, особенно когда данная классификация приводилась в качестве обоснования отказа в распространении РНБ на арбитраж⁴⁶. Здесь необходимо согласиться со сторонниками широкого толкования РНБ, поскольку придание большей значимости одним обязательствам по сравнению с другими носит изменчивый характер и зависит от фактических обстоятельств заключения международного договора и волеизъявления договаривающихся государств, что не позволяет сформулировать презумпцию, как в случае с разделением правоотношений на процессуальные и материально-правовые.

Не достигают своей цели и доводы об автономном характере арбитражной оговорки, когда с их помощью предпринимаются попытки обосновать отказ в распространении РНБ на арбитраж⁴⁷. Принцип автономности арбитражного соглашения, провозглашенный в международном коммерческом арбитраже, может быть применен в инвестиционном арбитраже только при условии частноправовой квалификации согласия на арбитраж. Кроме того, даже оставаясь в рамках данной классификации, нельзя не учитывать различную направленность двух рассматриваемых принципов. Автономный характер арбитражного соглашения препятствует автоматическому признанию его недействительным вследствие недействительности основного договора. При распространении РНБ на арбитраж речь идет лишь об изменении условий о разрешении инвестиционных споров, содержащихся в основном ДИС, путем отсылки к ДИС, предусматривающему более благоприятный режим для иностранного инвестора.

Особого внимания заслуживают доводы о различной системной принадлежности норм, предусматривающих применение РНБ, и норм, посвященных

⁴⁶ В деле *Quasar v. The Russian Federation* арбитражный трибунал указал на отсутствие каких-либо оснований для закрепления за классификацией обязательств на главные и вторичные нормативного характера или ограничения сферы действия РНБ только главными обязательствами. (*Quasar v. The Russian Federation* (Award on Preliminary Objections). Op. cit. Par. 100). В деле *Impregilo v. Argentina* Б. Стерн также выступила против вышеназванной классификации как основания для отказа в распространении РНБ на арбитраж. В качестве обоснования своей позиции она сослалась на Конвенцию о предупреждении преступления геноцида и наказания за него 1948 г. С одной стороны, договаривающееся государство не вправе сделать оговорку в отношении материально-правовых обязательств, предусмотренных Конвенцией, а с другой – может сделать оговорку о неприменении ст. 9 Конвенции, предусматривающей рассмотрение споров о геноциде Международным судом ООН. Данные положения «демонстрируют четкое разграничение между материально-правовыми и юрисдикционными нормами» (*Impregilo v. Argentina* (Dissenting Opinion by B. Stern). Op. cit. Par. 31).

⁴⁷ *Plama v. Bulgaria* (Decision on Jurisdiction). Op. cit. Par. 212; *Impregilo v. Argentina* (Dissenting Opinion by B. Stern). Op. cit. Par. 31; *Siemens A.G. v. The Argentine Republic*, ICSID case No. ARB/02/8. Decision on Jurisdiction. August 3, 2004. (*Siemens v. Argentina* (Decision on Jurisdiction). Par. 46).

разрешению инвестиционных споров. Если на внутригосударственном уровне еще можно говорить о неразрывности материально-правовых гарантий и способов их защиты, то на международном уровне допустимо разъединение этих правовых категорий⁴⁸. В национальном правовом порядке всегда существует возможность обратиться в государственный суд за защитой своих прав, закрепленных в национальном законодательстве. Поэтому материальные и процессуальные гарантии предоставляются заинтересованному лицу, в данном случае иностранному инвестору, в рамках одного правового режима. Содержание спорного правоотношения изменяется, когда вышеназванные гарантии предусмотрены в международном инвестиционном соглашении. Принимающее государство может взять на себя обязательство по предоставлению иностранному инвестору гарантий материально-правового характера, но не согласиться с предложенным в соответствующем ДИС механизмом разрешения инвестиционных споров или обусловить их передачу в арбитраж дополнительным подтверждением или специальным согласием⁴⁹. Тем самым предположение о том, что включение материально-правовых и процессуальных гарантий в один правовой режим, как и положений ДИС об РНБ и арбитраже в режим защиты иностранных инвестиций, соответствует намерению договаривающихся государств, теряет свою убедительность⁵⁰.

⁴⁸ В качестве обоснования данного вывода может служить различный статус государства в структуре его отношений с другими участниками на внутригосударственном и международном уровне. В первом случае отношения носят вертикальный характер, а право выражает волю государства. Во втором случае характер отношений переходит на горизонтальный уровень, так как в создании правовых норм принимают участие другие субъекты международных отношений, обладающие равным статусом, и право уже рассматривается как результат их согласованных воль (См.: Ануфриева Л. П. Соотношение международного публичного и международного частного права: правовые категории. М., 2002. С. 15, 23).

⁴⁹ В деле *Impregilo v. Argentina* Б. Стерн не согласилась с включением арбитража в РНБ, сославшись на «кардинальное различие между национальными правовыми порядками и международным правовым порядком»: «На национальном уровне, где существует материальное право, всегда и автоматически существуют средства защиты этого права посредством юрисдикционной системы. Иными словами, на национальном уровне юрисдикционный режим неотъемлем от материально-правового режима. Наоборот, на международном уровне большинство прав не могут быть исполнены посредством юрисдикционного процесса, это может быть сделано, только когда, в исключительном порядке, Государство даст свое согласие – согласие другим Государствам на признание юрисдикции Международного Суда или согласие иностранным инвесторам на признание международного арбитража – такой юрисдикционный режим дополняет материально-правовой режим, предоставленный международными нормами. В отличие от ситуации, существующей в национальных правовых порядках, юрисдикционный режим никогда не является присущим материально-правовому режиму на международном уровне» (*Impregilo v. Argentina* (Dissenting Opinion by B. Stern). Op. cit. Par. 45).

⁵⁰ Косвенное подтверждение данного вывода можно найти в практике национальных судов начала XX в., которая была проанализирована и обобщена в докладе Э. Уштора, представленного Комиссией международного права ООН при разработке Проекта статей-положений о наиболее благоприятствующей нации 1978 г. (далее – Проект КМП 1978 г.). В качестве иллюстрации применения правила *ejusdem generis* (того же рода или вида) Э. Уштор привел решение Французского кассационного суда 1913 г. о распространении оговорки о РНБ, предусмотренной в Торговом договоре между Францией и Германией 1871 г., на требования, предъявляемые к подаче исков. Наиболее благоприятный режим для истцов был закреплен в Конвенции о юрисдикции и исполнении судебных решений, заключенной между Францией и Швейцарией. Обращение к этой Конвенции путем применения оговорки о РНБ значительным образом облегчило бы доступ немецким заявителям во французские суды. Однако Кассационный суд Франции разделил права, возникающие из международного права и касающиеся торговых отношений между Францией и Германией, и права, возникающие из гражданского права и касающиеся юрисдикции, а также процедуры разрешения споров между подданными двух государств (См.: Draft Articles on Most-Favoured-Nation Clauses with Commentaries 1978 //

Международно-правовой характер положений о разрешении инвестиционных споров также влияет и на способы толкования оговорок о РНБ. Если рассматривать согласие на арбитраж в качестве целого комплекса условий, с которыми принимающее государство связывает свой отказ от суверенитета в части рассмотрения споров национальными государственными судами в пользу подчинения международной юрисдикции, то разумно установить презумпцию о применении данного комплекса условий целиком, без каких-либо изъятий. Недопустимо использовать выборочный метод, заключающийся в выделении только преимуществ согласованного механизма разрешения споров, закрывая глаза на его недостатки⁵¹. Безусловно, формирование положений о разрешении инвестиционных споров проходит сложную процедуру переговоров, во время которых договаривающиеся государства делают друг другу взаимные уступки⁵². Таким образом, то или иное преимущество может быть результатом подобной уступки, предполагающей установление неблагоприятных условий для иностранного инвестора в других вопросах арбитража, например включение в ДИС оговорки о развилке дорог (*fork-in-the-road clause*), предусматривающей лишение иностранного инвестора права на обращение в арбитраж, если он инициировал судебный процесс в принимающем государстве⁵³. Сравнение условий, предваряющих обращение иностранного инвестора в арбитраж, и последующий за ним выбор положений ДИС, которые в своей совокупности предоставляют наиболее благоприятный режим, всегда носит субъективный характер⁵⁴. Поэтому перед арбитрами стоит непростая задача оценить все факторы, влияющие на признание того или иного правопорядка или той или иной системы гарантий в качестве наиболее благоприятной для иностранного инвестора. Причем

Yearbook of the International Law Commission. 1978. Vol. II. Part Two. P. 28; Ушаков Н. А. Режим наибольшего благоприятствования в межгосударственных отношениях. М., 1995. С. 58).

⁵¹ К противоположному выводу пришел арбитражный трибунал в деле *Siemens v. Argentina*, устанавливая соотношение между РНБ и положениями ДИС о разрешении инвестиционных споров: «Трибунал считает, что, как общее правило, требование о получении преимущества путем применения оговорки о РНБ не несет в себе принятия всех условий международного договора, который предоставляет такое преимущество, независимо от того, являются ли они выгодными для испрашивающей стороны или нет...» (*Siemens v. Argentina* (Decision on Jurisdiction). Op. cit. Par. 109).

⁵² *Impregilo v. Argentina* (Dissenting Opinion by B. Stern). Op. cit. Par. 106.

⁵³ Здесь речь идет не об уступках, сделанных третьему государству на приобретение им преимуществ при заключении ДИС с принимающим государством, которые предполагают предоставление принимающему государству возмещения, только если основное ДИС содержит «обусловленную клаузулу» о РНБ (См.: Ушаков Н. А. Указ. соч. С. 30–33). Условия, упрощающие доступ иностранному инвестору в инвестиционный арбитраж, могут быть компенсированы другими неблагоприятными для него последствиями. Однако их нельзя не учитывать, поскольку они являются неотъемлемой частью РНБ, заимствованного из ДИС с третьим государством.

⁵⁴ В деле *Daimler v. Argentina* арбитражный трибунал подверг сомнению вывод о признании наиболее благоприятного режима в части обращения иностранного инвестора в арбитраж, который был основан на возможности избежать соблюдения требований о передаче спора на рассмотрение в национальные государственные суды и истечения 18-месячного срока перед обращением в международный арбитраж. Данные требования были установлены в основном ДИС между Германией и Аргентиной. В то же время предоставление вышеназванной возможности в силу применения положений о разрешении международных споров ДИС между Чили и Аргентиной было обусловлено действием оговорки *fork-in-the-road*, ставившей иностранного инвестора перед выбором: обращаться в государственные суды или международный арбитраж. Осуществление этого права носило безотзывный характер (*Daimler v. Argentina* (Award). Op. cit. Par. 244).

факт обращения истца в инвестиционный арбитраж не должен иметь пре-
доопределяющего значения, так как может быть основан на тактике защиты
иностранного инвестора в сложившихся обстоятельствах и других факторах
субъективного характера.

Не случайно в российской правовой доктрине принято говорить не
о принципе, а о режиме наибольшего благоприятствования, что подразуме-
вает под собой оценку всей совокупности факторов, влияющих на положе-
ние иностранного инвестора и эффективность вложенных им инвестиций.
Правовому анализу подвергается не отдельно взятое условие, вырванное из
контекста соответствующего раздела в международном инвестиционном со-
глашении, посвященного разрешению инвестиционных споров, а конечный
результат, достигаемый иностранным инвестором при защите своих прав
путем арбитража⁵⁵.

⁵⁵ Окончание статьи смотрите в следующем номере журнала.