

Отказ от преимуществ – односторонний отзыв согласия на арбитраж или правовая норма международного договора?

Отрасль права: [Международное право](#)

11.04.2024 — 20:42

Сфера практики: [Разрешение споров](#)

28.02.2024 г. трибунал МЦУИС (ICSID) признал свою юрисдикцию по рассмотрению исковых требований к Республике Колумбия (принимающему государству), предъявленных канадской компанией Red Eagle Exploration Limited (далее – компания Red Eagle)[1]. Инвестиционный спор рассматривался в рамках заявленного нарушения ответчиком Соглашения о свободной торговле между Канадой и Республикой Колумбия 2011 г. (далее – ССТ).

В качестве одного из возражений против юрисдикции МЦУИС ответчик сослался на свое заявление об отказе от преимуществ (denial of benefits) в порядке ст. 814 (2) ССТ. В соответствии с данной статьей Договаривающееся государство вправе отказаться от предоставления преимуществ по ССТ инвестору, создавшему предприятие (enterprise) в другом Договаривающемся государстве, если это предприятие контролируется инвесторами из третьего государства или Договаривающегося государства, заявившего об отказе от преимуществ, и такое предприятие не ведет значимую коммерческую деятельность на территории Договаривающегося государства, где оно создано. Заявление об отказе от преимуществ было сделано путем направления письма Национального агентства Колумбии по правовой защите интересов государства 19.04.2018 г. В письме было указано, что компания Red Eagle контролируется гражданами третьего государства и не осуществляет значимую деятельность в Канаде.

Истец обратил внимание трибунала МЦУИС на то, что заявление об отказе от преимуществ было сделано после подачи просьбы об арбитраже 21.03.2018. По мнению истца, такое ретроспективное заявление следует расценивать как односторонний отзыв согласия на арбитраж, что недопустимо с точки зрения ССТ и сложившейся арбитражной практики: дела *Masdar v. Spain*[2], *Plama v. Bulgaria*[3], *Yukos v. Russian Federation*[4]. В итоге трибунал МЦУИС признал свою юрисдикцию на основе доказательств истца о том, что компания Red Eagle на дату подачи просьбы об арбитраже принадлежала канадским лицам, контролировалась ими, и ее деятельность в Канаде имела значимый характер. В отношении ретроспективности заявления об отказе от преимуществ трибунал МЦУИС занял двоякую позицию. Он, в частности, указал на то, что, с одной стороны, ССТ не предусматривает ограничение по времени, когда Договаривающееся государство может сделать заявление об отказе от преимуществ, и все условия для придания согласию на арбитраж безупречной формы должны быть выполнены истцом. С другой стороны, в применимых правилах арбитража может быть установлен крайний срок для заявления возражений против юрисдикции, и согласие на арбитраж не может быть отозвано (пар. 165-166 Решения).

Комментарий Автора

Поднятая истцом проблема о допустимости ретроспективного отказа от преимуществ напрямую связана с допустимостью частноправовой квалификации согласия на арбитраж.

Если рассматривать его как принятие (акцепт) инвестором постоянно действующей оферты, содержащейся в международном договоре, никакие последующие действия принимающего государства не могут привести к отзыву полученного акцепта. В рассматриваемом деле получение акцепта может быть приурочено к получению МЦУИС просьбы об арбитраже, поданной истцом в надлежащем порядке. Если рассматривать согласие на арбитраж и правило об отказе от преимуществ как правовые нормы международного договора, то решение проблемы переходит в иную плоскость. Как соотносятся эти нормы между собой? Какими правилами должен руководствоваться третейский суд при оценке допустимости такого отказа принимающего государства с точки зрения наличия у арбитров компетенции по рассмотрению спора по существу? Даже если придерживаться частнопроводного подхода для ответа на поставленные вопросы, следует учитывать роль третьего участника в третейском разбирательстве – арбитра или коллегии арбитров, в связи с чем соглашение спорящих сторон о передаче спора в арбитраж становится трехсторонним и в правоотношениях появляется ярко выраженный процессуальный элемент. Акцент смещается не на право принимающего государства в одностороннем порядке ограничить сферу действия своего согласия на арбитраж, предусмотренного в международном договоре, а на полномочие третейского суда рассмотреть возражения против своей компетенции, основанные на таком отказе. В большинстве арбитражных регламентах осуществление третейским судом данного полномочия связано с описанием стадии третейского разбирательства, когда впервые поднимается вопрос о компетенции.

К примеру, в Арбитражном регламенте Международной торговой палаты (ИСС) 2021 г. спорящие стороны и арбитражный трибунал должны подписать третейскую запись (terms of reference), в которой кратко описываются иски и испрашиваемые средства правовой защиты (ст. 23 (2)). По общему правилу ни одна из сторон не вправе предъявлять новые иски, выходящие за пределы подписанной третейской записи, если не получит от арбитражного трибунала специального разрешения на совершение этого действия (ст. 23 (4)). В Арбитражном регламенте Лондонского Международного Третейского Суда (LCIA) 2020 г. определена дата начала арбитража – дата получения Секретариатом просьбы об арбитраже при условии оплаты регистрационного сбора (ст. 1.4), и установлен крайний срок для оспаривания компетенции арбитражного трибунала – дата представления отзыва на иск (ст. 23.3). В Арбитражном регламенте Арбитражного института Торговой палаты г. Стокгольма 2023 г. дата начала арбитража, как в предыдущем регламенте, соответствует дню получения Секретариатом просьбы об арбитраже, правда, без оговорки об оплате регистрационного сбора (ст. 8). Также необходимо отметить, что Правлению предоставлено полномочие вынести решение об очевидном отсутствии компетенции у Арбитражного института ТПС (ст. 11 (i), 12 (i)). В Арбитражном регламенте МЦУИС (ICSID) 2023 г. содержится только указание на проведение первого заседания трибунала, во время которого стороны могут выразить свою позицию по процессуальным вопросам (правило 29).

Как видно из приведенных примеров, арбитражные регламенты напрямую не регулируют ситуацию, когда основание для оспаривания компетенции третейского суда (заявление принимающего государства об отказе от преимуществ) возникло после подачи истцом просьбы об арбитраже. Если взять за отправную точку временные рамки для оспаривания компетенции третейского суда – соображение трибунала МЦУИС, попутно высказанное им в рассматриваемом деле, необходимо руководствоваться принципами процессуального права с учетом особой природы арбитража.

В российском процессуальном праве вопрос о возможном изменении подсудности привязан к возбуждению производства по делу ([п. 4 ст. 27](#), [37](#), [п. 1 ст. 39](#) АПК РФ). Если российский суд выносит определение об отказе в принятии искового заявления, истец не может повторно обратиться в суд с таким заявлением к тому же ответчику, о том же предмете и по тем же основаниям ([п. 4 ст. 127](#) АПК РФ). Аналогичное действие, как сказано было ранее, может быть совершено Правлением Арбитражного института ТПС, если оно придет к выводу об очевидном отсутствии компетенции у Арбитражного института ТПС. За исключением этого полномочия, все приведенные выше арбитражные регламенты подразумевают рассмотрение возражений против компетенции третейского суда после формирования последнего, так как в его отсутствие некому совершить процессуальное действие, аналогичное возбуждению производства по делу. Таким образом, у принимающего государства сохраняется возможность заявить отказ от преимуществ и оспорить компетенцию третейского суда вплоть до истечения крайнего срока для такого оспаривания, установленного третейским судом применительно к этому конкретному спору или арбитражным регламентом.

Обзор третейских решений по трансграничным инвестиционным спорам см. на сайте автора virarbclub.ru или Telegram-канале Виртуальный арбитражный клуб.

[1] *Red Eagle Exploration Limited v. Republic of Colombia*, ICSID case No. ARB/18/12. Award. February 28, 2024.

[2] *Masdar Solar & Wind Cooperatief U.A. v. Kingdom of Spain*. ICSID case No. ARB/14/1. Award, May 16, 2018. Para 239.

[3] *Plama Consortium Limited v. Republic of Bulgaria*, ICSID case No. ARB/03/24, Decision of Jurisdiction, February 8, 2005. Para 159-165.

[4] *Yukos Universal Limited (Isle of Man) v. Russian Federation*, PCA case No. AA 227, Interim Award on Jurisdiction and Admissibility. November 30, 2009. Para 458.