

Согласие на арбитраж в деле Ли Джона Бэка и Центрально-Азиатской корпорации по развитию СЭЗ «Бишкек» против Кыргызской Республики

В. Н. АНУРОВ, кандидат юридических наук

В ноябре 2013 года Арбитраж при Московской торгово-промышленной палате вынес решение по делу Ли Джона Бэка и Центрально-Азиатской корпорации по развитию СЭЗ «Бишкек» против Кыргызской Республики в пользу иностранного инвестора. Наибольший интерес представляет та часть решения, которая посвящена выводу арбитражного трибунала о своей юрисдикции, основанной на статье 11 Московской конвенции о защите прав инвестора 1997 г. Чтобы понять причины принятия вышеназванного решения о юрисдикции, в настоящем кратком комментарии приводится анализ аргументов, представленных арбитражным трибуналом, позиций спорящих сторон и фактических обстоятельств дела.

Ключевые слова: инвестиционный арбитраж, юрисдикция, согласие на арбитраж, ползучая экспроприация, Московская конвенция о защите прав инвестора 1997 г.

Весьма затруднительно комментировать дело, о котором известно только из средств массовой информации. Вместе с тем сами обстоятельства дела, получившие публичное освещение, представляют собой почву для раздумий независимо от позиции сторон и выводов арбитров.

Одним из таких обстоятельств является применение ст. 11 Московской конвенции о защите прав инвестора 1997 года (далее — Московской конвенции 1997 г.): «Споры по осуществлению инвестиций в рамках настоящей Конвенции рассматриваются судами или арбитражными судами стран — участников споров, Экономическим Судом Содружества Независимых Государств и/или иными международными судами или международными арбитражными судами».

Именно данная статья была положена в основу признания арбитрами, действующими в рамках регламента Арбитража при Московской торгово-промышленной палате (далее — Арбитража при Московской ТПП), своей юрисдикции по спору между Ли Джоном Бэком и Центрально-Азиатской корпорацией по развитию СЭЗ «Бишкек» (далее — истцом) с одной стороны, и Кыргызской Республикой (далее — ответчиком) с другой.

Спор возник в связи с реализацией инвестиционных проектов истца в свободной экономической зоне города Бишкека, созданной в соответствии с Указом Президента Кыргызской Республики от 09.12.1994 № УП-319 «О зоне привлечения иностранных инвестиций в городе Бишкеке», Постановлениями Законодательного Собрания Кыргызской Республики от 23.06.1995 № 151-1 и Правительства Кыргызской Республики от 11.11.1995 № 474. Государственное участие в инвестиционных проектах сводилось к предоставлению истцу права долгосрочной аренды земельных участков. Однако в процессе осуществления истцом инвестиционной деятельности он столкнулся с негатив-

ным отношением к нему государственных органов Кыргызской Республики, повлекшим изъятие части земельного участка и одностороннее расторжение соответствующего договора аренды. По мнению истца, против него была осуществлена «ползучая экспроприация».

В ноябре 2013 года Арбитраж при Московской ТПП вынес решение о взыскании в пользу истца общей стоимости имущественного права на земельный участок, включая произведенные на нем улучшения, в размере 22 481 437 долларов США. Наибольший интерес представляет само решение арбитров о наличии своей юрисдикции по данному делу.

В юридическом сообществе появилось предположение о том, что истец квалифицировал ст. 11 Московской конвенции 1997 г. в качестве открытой оферты, руководствуясь общеизвестным толкованием двусторонних инвестиционных соглашений (далее — ДИС) или многосторонних инвестиционных соглашений (далее — МИС) в международном инвестиционном праве¹.

Как видно из текста ст. 11 Московской конвенции 1997 г., договаривающиеся государства предусмотрели возможность рассмотрения инвестиционных споров в довольно большом количестве форумов: государственных судах, арбитражных судах стран-участников споров, Экономическом Суде СНГ, международных судах, международных арбитражных судах. Данный перечень немного сокращен в п. 2 ст. 18 Закона об инвестициях Кыргызской Республики № 66 от 27.03.2003, в соответствии с которым инвестиционные споры могут рассматриваться в международных центрах по урегулированию инвестиционных споров, арбитраже или арбитраже *ad hoc* по правилам ЮНСИТРАЛ.

Позиция истца по обоснованию юрисдикции Арбитража при Московской ТПП была построена на буквальном толковании ст. 11 Московской конвенции 1997 г. Поскольку в регламенте Арбитража при Московской ТПП прямо закреплено, что он является постоянно действующим арбитражным учреждением, образованным Московской ТПП для разрешения споров из договорных и иных гражданско-правовых отношений, а также споров в сфере инвестиционной деятельности, Арбитраж при Московской ТПП является одним из форумов, перечисленных в вышеуказанной статье Московской конвенции 1997 г. Подачей искового заявления истец акцептовал оферту, сделанную Республикой Кыргызстан при подписании Московской конвенции 1997 г.

Квалификация положений МИС и ДИС о передаче споров на рассмотрение в арбитраж в качестве открытой или постоянно действующей оферты не носит бесспорного характера.² Однако не вызывает сомнений, что постановка вопроса о согласии договаривающихся государств на арбитраж допустима при определении юрисдикции арбитражного трибунала, рассматривающего иск иностранного инвестора.

По имеющейся информации, устное слушание проходило в отсутствие ответчика, но до этого несколько раз откладывалось по его ходатайству, а последнее ходатайство об отложении заседания, на котором дело было рассмотрено, поступило уже после окончания слушания (т. е. цель ходатайства уже

¹ Муранов А. И. Деконструкция компетентностного подхода арбитража при Московской ТПП в инвестиционных спорах против Киргизии (http://zakon.ru/Blogs/dekonstrukciya_kompetentnostnogo_podxoda_arbitrazha_pri_moskovskoj_tpp_v_investicionnyx_sporax_protiv_10246/; дата посещения — 14.07.2014).

² Богуславский М. М. Принцип контроля и определение подсудности инвестиционных споров // Международное частное право: современная практика / Сборник статей под ред. М. М. Богуславского и А. Г. Светланова. М., 2000. С. 208.

не могла быть достигнута к моменту поступления его на рассмотрение арбитражного трибунала, вследствие чего оно утратило юридическую силу). Кроме того, ответчик, будучи заблаговременно уведомленным о дате и месте слушаний, не представил ни отзыва на исковое заявление, ни каких-либо иных письменных пояснений. Таким образом, поведение ответчика свидетельствует, что он добровольно отказался от использования средств правовой защиты своих интересов, включая оспаривание юрисдикции арбитражного трибунала.

Изложенные обстоятельства исключают любые обвинения в превышении арбитрами своих полномочий и вынесении ошибочного решения о наличии своей юрисдикции. Поскольку арбитры были лишены возможности ознакомиться с точкой зрения ответчика, нельзя рассматривать их выводы о юрисдикции как полное и исчерпывающее толкование ст. 11 Московской конвенции 1997 г. Кроме того, необходимо принимать во внимание, что любое толкование норм ДИС и МИС, предложенное арбитражным трибуналом, будет иметь национальный оттенок.³ В данном деле должны были учитываться особенности киргизской правовой системы, поскольку ст. 11 Московской конвенции 1997 г. стала частью права этой страны, являющегося применимым правом в рассматриваемом споре.

Принимая решение о наличии своей юрисдикции, арбитры обычно проявляют крайнюю осторожность, особенно в случае активного противодействия стороны, выступающей против проведения арбитражного разбирательства. Однако при обратной ситуации ничто не мешает арбитражному трибуналу воспользоваться правом широкого усмотрения и применить презумпции, направленные на поддержку арбитражного разбирательства. К примеру, при установлении содержания иностранного права арбитры могут ограничиться исследованием доказательств, представленных заинтересованной стороной. Отказ другой стороны от участия в этой процедуре может привести к тому, что арбитражное решение будет основано на толковании иностранных правовых норм, отличающемся от судебной практики и доктрины в иностранном государстве. С процессуальной точки зрения такое решение не подлежит оспариванию, если придерживаться подхода, в соответствии с которым установление содержания иностранного права является вопросом факта. Кроме того, неправильное применение материально-правовых норм не является основанием для отмены арбитражного решения или отказа в признании и приведении его в исполнение.

Применительно к рассматриваемому делу решение о наличии или отсутствии юрисдикции зависело от установления согласия Республики Кыргызстан на арбитраж исходя из смысла ст. 11 Московской конвенции 1997 г. Нельзя утверждать, что терминология данной статьи однозначно указывает на такое согласие или исключает его. Поэтому наиболее эффективным средством для защиты интересов ответчика могло быть заявление весомых аргументов об отсутствии юрисдикции арбитражного трибунала со ссылками на документы, подтверждающие возможность иного толкования ст. 11 Московской конвенции 1997 г.

Следующая правовая неопределенность, возникающая при определении юрисдикции арбитражного трибунала, связана с большим количеством форумов, предусмотренных в статье 11 Московской конвенции 1997 г. Ориги-

³ И. И. Лукашук: «...в наше время большое значение приобрело толкование государственным судом норм международного права для его национальной правовой системы, а с другой стороны, нормы внутреннего права стали чаще использоваться при толковании норм международного права». См.: Лукашук И. И. Современное право международных договоров. Т. 1. Заключение международных договоров. М., 2004. С. 653.

нальность данной нормы заключается в том, что при указании на арбитраж использован термин «международные арбитражные суды», который охватывает как арбитраж *ad hoc*, так и постоянно действующие арбитражные суды без определения их исчерпывающего перечня. Узкое толкование данного термина, сужающее сферу его действия до арбитража *ad hoc*, не соответствует практике известных центров по разрешению коммерческих и инвестиционных споров. Так, например, наличие термина «арбитраж» без его конкретизации, которая подразумевалась третейским соглашением (пропущенное место для заполнения), не свидетельствует, по мнению Арбитражного института Торговой палаты г. Стокгольма, о согласии сторон передать дело на рассмотрение арбитража *ad hoc*.⁴

Таким образом, истец не был ограничен в выборе центров по разрешению инвестиционных споров и обратился в один из них, регламент которого допускал такую возможность.

Возможно, исход дела был бы иным, если бы ответчик занял активную позицию по оспариванию юрисдикции арбитражного трибунала, предложив иное толкование ст. 11 Московской конвенции 1997 г. Однако этого не произошло, и под эгидой Арбитража при Московской ТПП было вынесено арбитражное решение в пользу иностранного инвестора, которое в настоящее время широко обсуждается юридическим сообществом не только в России, но и за рубежом.

Сможет ли Арбитраж при Московской ТПП занять достойное место среди известных центров по разрешению инвестиционных споров, покажет время. В любом случае первые шаги в этом направлении следует только приветствовать.

В задачу институциональных арбитражей, под эгидой которых проходит рассмотрение того или иного спора, входит выполнение технических и организационных функций, направленных на поддержку арбитражного разбирательства. Данная деятельность целиком относится к работе административного персонала, а не арбитражного трибунала. Поэтому говоря об эффективности работы институционального арбитража, в первую очередь, следует обращать внимание на соблюдение процессуальных требований к проведению арбитражного разбирательства, к примеру, надлежащего уведомления спорящих сторон. Таким образом, появление новых центров по разрешению инвестиционных споров не должно настораживать юридическое сообщество, если отсутствуют возражения процессуального характера по проведению арбитражного разбирательства.

Усиление инвестиционной активности в странах СНГ, сохранивших общие правовые традиции, уже давно побуждает российских юристов осваивать сферу инвестиционного арбитража, вступая в жесткую конкуренцию со своими западными коллегами. Поскольку в странах СНГ активно используется русский язык, а право любого из государств СНГ, принимающего инвестиции, является одним из важных правовых источников при разрешении инвестиционного спора с участием такого государства, российские юристы во многих случаях могут более эффективно выполнять как функции правовых советников, представляющих интересы спорящих сторон, так и функции арбитров. Подтверждением данного тезиса стало комментируемое дело, которое было разрешено опытными российскими арбитрами.

⁴ Magnusson A., Larsson H. Recent practice of the arbitration institute of the Stockholm Chamber of Commerce. Prima facie decisions on jurisdiction and challenges of arbitrators (<http://www.sccinstitute.com/>; дата посещения — 14.07.2014).