

Согласие на арбитраж в международных инвестиционных спорах

В. Н. АНУРОВ, кандидат юридических наук



Настоящая статья открывает серию очерков, посвященных международному арбитражу. Автор сознательно выбрал стиль диссертационного исследования для того, чтобы избежать пространных описаний соответствующих доктрин и дел, взятых из арбитражной и судебной практики. Замысел автора ограничен обоснованием его позиции и опровержением тех доводов, которые, с его точки зрения, носят спорный характер.

В статье анализируется согласие на арбитраж, которое выражено государством, принимающим инвестиции, в национальном законодательстве или международных инвестиционных соглашениях.

Ключевые слова: *инвестиционный арбитраж, согласие на арбитраж, двусторонние/многосторонние инвестиционные соглашения, иностранный инвестор, государство, принимающее инвестиции, постоянно действующая оферта.*

На первый взгляд, согласие на арбитраж представляет собой сугубо теоретический вопрос, если при его изучении ограничиваться только правовой природой данного согласия и не погружаться в анализ фактических обстоятельств, сопутствующих началу арбитражного разбирательства.¹ Однако это первое впечатление обманчиво. При толковании положений о порядке разрешения инвестиционных споров, содержащихся во внутригосударственном законодательстве или международных инвестиционных соглашениях, оценке фактических обстоятельств, поведения сторон арбитры руководствуются своим правосознанием, формирующимся под влиянием той или иной научной доктрины. Степень этого влияния нельзя недооценивать.

Разнообразие подходов к определению правовой природы согласия на арбитраж объясняется сложным составом правоотношений, возникающих между участниками с различным правовым статусом и подпадающих под регулирование правовых норм, принадлежащих к различным системам права: международного и национального, публичного и частного права.

Рамки настоящего исследования ограничены случаями, когда государство, принимающее инвестиции, выражает согласие на арбитраж в международном инвестиционном соглашении или законе о поощрении и защите инвестиций. Именно с этими нормативными актами связано возникновение острой научной дискуссии о правовой природе согласия на арбитраж.

¹ Как отмечает З. Дуглас, «область вопросов, связанных с установлением согласия государства, принимающего инвестиции, на рассмотрение инвестиционных споров в арбитраже... относительно узка. В большинстве случаев проблема просто решается путем ссылки на особое положение инвестиционного соглашения в совокупности с проверкой его действия в отношении договаривающихся стран-участников» (Douglas Z. The International Law of Investment Claims. Cambridge, 2009. P. 151).

Подходы к определению правовой природы согласия на арбитраж

В современном международном инвестиционном праве преобладает точка зрения о частноправовой природе положений международных инвестиционных соглашений о порядке разрешения инвестиционных споров. Данные положения рассматриваются как постоянно действующие оферты (*standing offers*), адресованные договаривающимися государствами иностранным инвесторам, которые акцептуют их путем возбуждения арбитражного разбирательства.²

В основе частноправовой квалификации арбитража, какой процедуры лежит допустимость создания новой модели арбитража, который может обходиться без традиционной предпосылки — существующей между спорящими сторонами правовой связи, т. е. правоотношения.³ Под правоотношением подразумевается арбитражное соглашение, отсутствующее между иностранным инвестором и государством, принимающим инвестиции, на момент возникновения спора.

Гражданско-правовые институты оферты и акцепта как раз призваны устранить отсутствие правоотношения между спорящими сторонами. Иностранному инвестору достаточно предпринять действия по инициированию арбитражного разбирательства, чтобы создать правоотношение с государством, принимающим инвестиции.

Новая модель арбитража (*arbitration without privity*) наилучшим образом проявляется в положениях двусторонних инвестиционных соглашений (далее — ДИС), предусматривающих явный и ничем не обусловленный доступ иностранных инвесторов к арбитражу. Предъявление в таких случаях дополнительных требований для инициирования арбитражного разбирательства неоправданно, особенно, когда вышеназванные соглашения не налагают на иностранных инвесторов обязанность исчерпать все местные средства защиты для получения права на обращение в арбитраж. Государства, не проявившие должную заботу в установлении данной обязанности, оказываются в более выгодном положении, чем государства, добившиеся ее закрепления в ДИС.⁴ Тем самым, оговорка об исчерпании местных средств защиты утрачивает практическое значение.⁵

² Отождествление положений двустороннего инвестиционного соглашения (далее — ДИС) о порядке разрешения споров с офертой специально подчеркивается К. Шрейером: «Положение о согласии на арбитраж, содержащееся в ДИС, является просто офертой, сделанной соответствующим государством и требующей акцепт другой стороны. Такая оферта может быть акцептована лицом другого государства-участника ДИС» (Schreuer C. Consent to Arbitration // The Oxford Handbook of International Investment Law. ed. by P. Muchlinski, F. Ortino and C. Schreuer. Oxford, 2008. P. 836).

³ Новую модель арбитража («arbitration without privity») Я. Поулсон образно сравнивает с картой, составляемой путешественниками на основе открытых ими нескольких островов, за которыми скрывается просторный материк (Paulsson J. Arbitration Without Privity // ICSID Review. Foreign Investment Law Journal. 1995. Vol. 10. № 2. P. 232).

⁴ Paulsson J. Op. cit. P. 239-240.

⁵ Необходимо отметить, что уменьшение значения одного правового института не влечет автоматический пересмотр другого. Успешное оспаривание согласия на арбитраж никак не связано с процедурой его реализации, в частности, наличием или отсутствием в ДИС оговорки об исчерпании местных средств защиты. Облегчение положения государств, не воспользовавшихся данной оговоркой при заключении ДИС, не должно служить мотивом для обоснования окончательности согласия на арбитраж. Ведь сложный процесс трансформации международно-правовых норм в национальное право не умаляет их ценность, несмотря на то, что менее родственные нормы иностранного права могут быть применимы вообще без всякой трансформации в силу действия коллизионного права. Последний тезис сформулирован на основе критического анализа, сделанного М. Н. Кузнецовым в отношении теории трансформации (Кузнецов М. Н. Некоторые особенности развития международного частного права // Сов. журнал международного права. 1991. № 1).

Новая модель арбитража может быть раскрыта и посредством использования другого гражданско-правового института — договора в пользу третьего лица. В качестве такого лица выступает иностранный инвестор, который получает все выгоды и преимущества от установления в международном инвестиционном соглашении порядка разрешения инвестиционных споров.⁶

В целом, характеризуя современную методологию исследования инвестиционного арбитража, можно обнаружить нежелание большинства ученых следовать догматическим принципам и традиционным подходам. Появление у индивидов права на обращение в международные суды, в частности, Европейский Суд по правам человека, с одной стороны, и ограничение суверенитета государств, с другой, свидетельствуют о формировании нового правопорядка, который в свою очередь формирует новое правосознание.⁷

Традиционные способы толкования международных договоров, установленные Венской конвенцией о праве международных договоров 1969 года (далее — Венская конвенция 1969 г.) теряют свой безоговорочный авторитет и уступают место факторам, учитывающим «гибридную публично-частную природу отношений между инвестором и государством».⁸ Вместо конвенционных положений арбитры вырабатывают собственные руководства по толкованию ДИС, используя такие эффектные названия, как «эффективное», «либеральное», «сбалансированное» толкование. Сам ход рассуждений несет на себе отпечаток частноправовых методов, основанных на равенстве участников правоотношений. Так, например, принцип автономности арбитражной оговорки служит обоснованием особой цели, которую преследуют положения ДИС о порядке разрешения инвестиционных споров в отличие от других его положений, а сам арбитраж рассматривается как оружие инвестора, направленное против государства, когда оно, в свою очередь, применяет свой арсенал вооружений — законодательную и политическую власть.⁹

Очевидно, что доводы подобного рода построены на некорректном заимствовании правовых принципов и подходов либо вообще сводятся к признанию за иностранным инвестором привилегированного положения.

Альтернативой новой модели арбитража является рассмотрение положений о разрешении инвестиционных споров, содержащихся в ДИС или многосторонних инвестиционных соглашениях (далее — МИС), в рамках международного публичного права. В силу того, что международным инвестиционным соглашениям предшествовала дипломатическая защита иностранных инвесторов как единственное средство воздействия на государство-нарушителя,

⁶ Идея о договоре в пользу третьего лица была использована в делах, рассмотренных швейцарским Федеральным Трибуналом: *Republic of Poland v. Saar Papier*. SFD case № 1P.113/2000. Decision. September 20, 2000; *Czech Republic v. Saluka*. SFD case № 4P.114/2006. Decision. September 7, 2006 (см.: Steingruber A. M. *Consent in International Arbitration*. Oxford, 2012. P. 62-64).

⁷ З. Дуглас сравнивает догматический подход с «герметично запечатанной коробкой». Арбитры в силу своего международного статуса занимают приоритетное положение в «иерархии правопорядков», что в свою очередь объясняет перевод всех иных конкурирующих правопорядков и юрисдикций в низшую категорию (Douglas Z. *Op. cit.* P. 7-8). В этой связи нельзя не упомянуть о том, что данное превосходство арбитров предполагается как свершившийся факт, не требующий правового обоснования. Возведение предположения в аксиому ставит под сомнение весь ход рассуждения.

⁸ Andreeva Y. *Interpreting Consent to Arbitration as a Unilateral Act of State: A Case Against Conventions // Arbitration International*. Vol. 27. № 2. P. 130, 137.

⁹ *Ibid.* P. 134, 138.

была разработана теория производных прав. В соответствии с ней иностранный инвестор как бы встает на место своего государства, которое делегировало ему право на подачу иска против государства, принимающего инвестиции. Вместо получения дипломатической защиты иностранный инвестор получает процессуальное право инициировать арбитражное разбирательство в соответствии с международным договором, участником которого он не являлся.¹⁰

Теория производных прав представляется неоправданно сложной конструкцией, поскольку построена на применении двух аналогий. Первая носит материально-правовой характер и происходит из общеизвестного права государства на дипломатическую защиту своих граждан, вторая носит процессуальный характер и обосновывает участие иностранного инвестора в арбитражном разбирательстве посредством использования института процессуального представительства. Кроме того, производные права не могут не испытывать на себе влияние того источника, который дал им правовое существование. По этой причине государства, принимающие инвестиции, могут использовать международно-правовые запреты на предоставление дипломатической защиты для оспаривания юрисдикции арбитражного трибунала при рассмотрении инвестиционного спора.¹¹

Происхождение права иностранного инвестора на обращение в арбитраж из права государства на предоставление дипломатической защиты порождает и другие несоответствия между рассматриваемой теоретической моделью и практикой. Наиболее одиозными среди них являются отсутствие единой позиции у иностранного инвестора и государства, к которому он принадлежит, по инвестиционному спору,¹² свободное усмотрение инвестора в использовании средств защиты своих интересов или отказе от них,¹³ определении размера убытков и исполнении арбитражных решений.¹⁴

Несостоятельность теории производных прав приводит к выводу о правильности противоположного подхода — происхождении рассматриваемого права (права иностранного инвестора на обращение в арбитраж) непосредственно из международных инвестиционных соглашений. Содержащиеся в них положения о порядке разрешения инвестиционных споров создают особый

¹⁰ Douglas Z. Op. cit. P. 11–14.

¹¹ Данный аргумент был использован Ираном при оспаривании допустимости исков, предъявленных против него лицами с двойным гражданством — США и Ирана. Иран сослался на норму международного права, запрещающую предоставлять дипломатическую защиту в интересах лица, имеющего гражданство государства-ответчика (*Iran v. USA*. Iran-USA CTR case № DEC 32-A18-FT. Decision. April 6. 1984 (*Iran v. USA Dual Nationality*), P. 251).

¹² В делах *GAMI Investments, Inc v. The Government of the United Mexican States*. NAFTA case. Final Award. November 15. 2004 (*GAMI v. Mexico*); *Mondev International Ltd. v. The United States of America*. ICSID case № ARB (AF)/99/2. Award. October 11. 2002 (*Mondev v. USA*) государства, к которым принадлежал иностранный инвестор (в первом деле — США, во втором — Канада), выступили против позиции истца.

¹³ В отличие от общеизвестной оговорки о развилке (fork in the road), ограничивающей право иностранного инвестора на обращение в арбитраж, дипломатическая защита предоставляется в безусловном порядке (см.: Douglas Z. Op. cit. P. 25–27).

¹⁴ Правовое регулирование данных вопросов при предоставлении дипломатической защиты и проведении арбитражного разбирательства построено на различных подходах. Возмещение ущерба в межгосударственных отношениях никак не связано с определением убытков, причиненных иностранному инвестору. Что же касается арбитражных решений, то их статус в инвестиционных спорах может быть приравнен к коммерческим, что означает рассмотрение вопросов, связанных с признанием и приведением их в исполнение в рамках внутригосударственного законодательства, а не норм международного публичного права (*Ibid.* P. 31–32).

правовой режим *lex specialis*, что исключает применение правил о предоставлении дипломатической защиты.

Данный подход основан на подчинении материально-правовых и процессуальных обязанностей государства, принимающего инвестиции, двум различным правовым режимам. Материально-правовые обязанности возникают у данного государства на межгосударственном уровне при вступлении в силу соответствующего международного инвестиционного соглашения. Процессуальные обязанности — при обращении иностранного инвестора в арбитраж, которое рассматривается как акцепт односторонней оферты, содержащейся в ДИС или МИС.¹⁵ В итоге опять происходит возврат к использованию гражданско-правовых институтов.¹⁶

Теория производных прав не является единственной моделью, объясняющей природу согласия на арбитраж, содержащегося в международном инвестиционном соглашении, в рамках международного публичного права. В западной юридической литературе была высказана точка зрения о том, что данное согласие должно рассматриваться в контексте осуществления государством своих суверенных полномочий. Использование терминологии частного права (*arbitration without privity, standing offer*) лишь вводит в заблуждение.

Причины возникновения инвестиционного спора могут лежать в нарушении государством своих обязательств как стороны в частной сделке и своих функций как регулятора отношений в обществе. Первый вид деятельности осуществляется государством в рамках частного права, второй — в рамках публичного. Создается особая категория властных правоотношений, которые на внутрисударственном уровне традиционно разрешаются национальными судами.¹⁷ При выходе данных правоотношений на международный уровень и появлении фигуры иностранного инвестора они не утрачивают своей публичной природы, поскольку участниками международных инвестиционных соглашений всегда выступают государства, а не частные лица.

Таким образом, согласие на арбитраж, содержащееся в ДИС или МИС, отличается по своей природе от согласия на арбитраж, достигаемого сторонами в коммерческом арбитраже. В основе первого лежит акт суверенной власти, в основе второго — принцип автономии воли сторон.

Соответствующие положения международных инвестиционных соглашений о порядке разрешения споров должны рассматриваться как регулятивные меры (*governing arrangement*), устанавливающие общее согласие договаривающихся государств на обязательный арбитраж (*compulsory arbitration*).¹⁸

¹⁵ Douglas Z. Op. cit. P. 35.

¹⁶ Возникновение у государства, принимающего инвестиции, материально-правовых и процессуальных обязанностей перед иностранным инвестором может быть обосновано и в рамках международного публичного права. Речь идет о различном составе юридических фактов, при наступлении которых международный договор предусматривает различные правовые последствия. Материально-правовые обязанности государства перед иностранным инвестором обусловлены привлечением инвестиций, процессуальные — возникновением спора и обращением иностранного инвестора в арбитраж или государственный суд.

¹⁷ Van Harten G. *Investment Treaty Arbitration and Public Law*. Oxford, 2007. P. 49.

¹⁸ Ван Хартен Г. считает, что инвестиционный арбитраж представляет собой «уникальную форму публично-правового судебного разбирательства» (*public law adjudication*). Исковые требования иностранного инвестора основаны на оспаривании регулятивных действий государства, принимающего инвестиции, и напоминают споры между государством и физическими лицами в области административного и конституционного права (*Ibid*. P. 10, 71).

Это согласие адресовано не конкретному инвестору, а целой группе инвесторов, состав которой не может быть заранее определен.¹⁹

В отличие от государства, иностранный инвестор всегда дает согласие на рассмотрение конкретного спора в арбитраже. Его согласие носит ретроспективный и добровольный характер. Иностранный инвестор не связан обязательством по разрешению спора в арбитраже, которое предусмотрено в международном инвестиционном соглашении и действует только в отношении государства, принимающего инвестиции.

Своеобразным компромиссом между частноправовым и публично-правовым подходом является рассмотрение положений ДИС или МИС о порядке разрешения инвестиционных споров в двух ипостасях. Согласие договаривающегося государства на арбитраж, с одной стороны, приводит в действие механизм разрешения спора, а с другой — выступает офертой, адресованной иностранному инвестору.²⁰ Последний может акцептовать оферту путем ее исполнения. Такая возможность предоставлена иностранному инвестору, если международное инвестиционное соглашение наделяет только его исключительным правом на обращение в арбитраж.²¹ Государство, принимающее инвестиции, вправе отозвать свое согласие на арбитраж до момента совершения иностранным инвестором действий по исполнению оферты.²²

В то же время использование этого гражданско-правового института не препятствует применению к согласию на арбитраж, содержащемуся в ДИС или МИС, права международных договоров и права, регулирующего заявления государством односторонних деклараций.²³

Представляется, что рассматриваемый компромиссный вариант не способен устранить теоретические расхождения между частноправовым и публично-правовым подходом. Использование гражданско-правовых институтов для объяснения сущности сложного состава правоотношений, возникающих на стыке международного публичного и международного частного права, допустимо в качестве отвлеченной аналогии, но не научной доктрины в рамках континентальной системы права.²⁴ Квалификация вышеназванных положений меж-

¹⁹ Van Harten G., Loughlin M. Investment Treaty Arbitration as a Species of Global Administrative Law // The European Journal of International Law. Vol. 17. 2006. № 1. P. 143; Van Harten G. Op. cit. P. 63–69.

²⁰ Steingruber A. M. Op. cit. P. 66.

²¹ Такой вид согласия на арбитраж назван А. Стэйнгрубером «согласием путем исполнения». Обращение иностранным инвестором в арбитраж является достаточным действием по акцепту оферты, так как может быть применена презумпция договорного права, в соответствии с которой подразумевается, что оферент добровольно отказался от направления ему формального акцепта от другой стороны (Ibid. P. 76).

²² По мнению А. Стэйнгрубера, иностранный инвестор начинает исполнять оферту с момента реализации инвестиционного проекта, что значительно сокращает для государства период времени, в рамках которого оно вправе отозвать свое согласие на арбитраж (Ibid. P. 77).

²³ Вместе с тем, необходимо отметить, что А. Стэйнгрубер допускает применение ст. 16 Венской конвенции о договорах международной купли-продажи товаров 1980 г. и ст. 2.1.4. Принципов международных коммерческих договоров УНИДРУА при решении вопроса об отзыве согласия на арбитраж, что обнаруживает некоторую непоследовательность в его выводах (Ibid. P. 78).

²⁴ В этой связи показателен ход рассуждений М. М. Богуславского, у которого не возникает сомнений в отношении международно-публичной природы инвестиционного арбитража, созданного на основе ДИС или МИС: «В тех случаях, когда спор не может быть разрешен путем переговоров и когда в международном договоре предусмотрена возможность рассмотрения споров в международном арбитраже, спор по требованию заинтересованного инвестора передается (по его выбору) в один из арбитражей. При этом заключение специального арбитражного соглашения не требуется. Арбитраж обязан принять такой спор между инвестором и прини-

дународных инвестиционных соглашений в качестве постоянно действующей оферты приводит к проведению знака равенства между статусом иностранного инвестора и статусом договаривающихся государств, являющихся участниками этих международных договоров. Такое «возвышение» иностранного инвестора вряд ли оправдано с точки зрения российской школы международного публичного права, которая традиционно возражает против наделения частных лиц всеми элементами международной правосубъектности.²⁵

Безусловно, иностранные инвесторы вправе обращаться к положениям международных договоров, предоставляющих им возможность защищать свои интересы в инвестиционном арбитраже. Однако применение институтов гражданского права является неудачной попыткой для описания начальной стадии арбитражного разбирательства.

Арбитраж многогранен и не исчерпывается привычным представлением о нем как о результате частного соглашения сторон. Заключение договаривающимися государствами ДИС и МИС, принятие ими внутригосударственных законов о защите и поощрении инвестиций нельзя рассматривать как их согласие на заключение арбитражного соглашения с иностранным инвестором, у которого в будущем могут возникнуть претензии к государству о нарушении им инвестиционного режима. Иностраный инвестор не принимает участие в процессе создания международных договоров или законодательных актов и не может присваивать себе права и обязанности субъектов правотворчества.²⁶ С тем же успехом можно было бы применить аналогию к любому истцу в судебном процессе. Процессуальный кодекс рассматривался бы как постоянно действующая оферта, которую истец каждый раз акцептует при подаче иска, направленного против государства. Очевидно, что подобная фикция недопустима в правовых системах, предусматривающих деление права на отрасли.²⁷

мающим инвестиции государством к рассмотрению на основании положений международного договора между государством, принимающим инвестиции, и государством — стороной этого международного договора. Именно в этом случае заключение арбитражного соглашения не требуется» (Богуславский М. М. Принцип контроля и определения подсудности инвестиционных споров // Международное частное право: современная практика: Сб. ст. под ред. М. М. Богуславского и А. Г. Светланова. М., 2000. С. 208).

²⁵ В отечественных учебных курсах по международному праву считается аксиомой утверждение о том, что индивиды не могут быть участниками международных договоров, членами неправительственных организаций, субъектами международного нормотворчества (см.: Международное право: Учебник / Отв. ред. Г. И. Тункин. М., 1994. С. 86 (автор главы — А. Н. Талалаев); Международное право: Учебник / Отв. ред. Ю. М. Колосов, В. И. Кузнецов. М., 1994. С. 64–65 (автор главы — С. В. Черниченко)). Современные исследователи, наделяющие индивидов международной правосубъектностью, не могут не сделать оговорки о ее функциональном и производном характере (см.: Кожеуров Я. С. Проблемы международной правосубъектности индивида: Дисс. ... канд. юрид. наук. М., 2001).

²⁶ Еще дальше идет М. Сорнарадж, акцентируя внимание на неоправданных преимуществах, предоставленных транснациональным корпорациям по сравнению с развивающимися государствами: «... развивающиеся государства принуждают лишиться суверенитета без получения чего-то взамен. Иностранные инвестиции в большинстве случаев привлекаются транснациональными корпорациями, которые не обладают правоспособностью в позитивном международном праве. Однако в инвестиционном праве они наделяются правами и не несут обязанностей» (Sornarajah M. Power and Justice: Third World Resistance in International Law // Singapore Year Book of International Law and Contributors, 2006. № 10. P. 32).

²⁷ В этой связи представляет интерес критический комментарий И. И. Лукашука к выводу М. М. Богуславского о том, что положения Венской конвенции о договорах международной купли-продажи товаров 1980 г. «ни в коей мере не носят обязательного характера». Ошибочность данного вывода, по мнению И. И. Лукашука, заключается в смешении двух понятий «догова-

К сожалению, широко используемая аналогия между согласием государства на арбитраж²⁸ и офертой отражает не только парадоксальность теоретической конструкции, построенной на сочетании институтов частного и публичного права. Она лежит в основе современного подхода к оценке, производимой арбитражными трибуналами в отношении национального законодательства о защите и поощрении инвестиций, а именно, нахождению в нем оферты государства о передаче инвестиционных споров в арбитраж.

Согласие на арбитраж в национальном законодательстве

В качестве яркой иллюстрации такого подхода можно привести решения о юрисдикции, вынесенные Международным центром по урегулированию инвестиционных споров (далее — МЦУИС) в 2010 и 2013 годах по делам о нарушении Венесуэлы своих инвестиционных обязательств.²⁹ Во всех этих делах правовая природа согласия на арбитраж раскрывается через понятия «постоянно действующая оферта» или «односторонняя оферта» (*unilateral offer*), несмотря на то, что правовым источником является национальное законодательство Венесуэлы.³⁰

ривающиеся государства» и «стороны договора купли-продажи». Последние, действительно, обладают правом «исключить применение конвенции и отступить от любого из ее положений или изменить ее действие». Вместе с тем, это право не может быть экстраполировано на договаривающиеся государства, для которых конвенция сохраняет обязательную силу, как и любой другой международный договор. (Лукашук И. И. Нормы международного права М., 1997. С. 179–180).

²⁸ Далее, под согласием на арбитраж понимается согласие с рассмотрением инвестиционных споров в арбитраже, которое выражено государством, принимающего инвестиции, в международном инвестиционном соглашении или национальном законодательстве этого государства о поощрении и защите инвестиций.

²⁹ *Mobil Corporation, Venezuela Holdings, B.V., Mobil Cerro Negro Holdings, Ltd., Mobil Venezolana de Petroleos Holdings, Inc., Mobil Cerro Negro, Ltd., and Mobil Venezolana de Petroleos, Inc v. Bolivarian Republic of Venezuela*. ICSID Case № ARB/07/27. Decision on Jurisdiction. June 30. 2010 (*Mobil v. Venezuela*); *Cemex Caracas Investments B.V. and Cemex Caracas II Investments B.V. v. Bolivarian Republic of Venezuela*. ICSID Case № ARB/08/15. Decision on Jurisdiction. December 30. 2010 (*Cemex v. Venezuela*); *Tidewater Inc., Tidewater Investment SRL, Tidewater Grand Offshore, L.L.C., Point Marine, L.L.C., Twenty Grand Marine Service, L.L.C., Jackson Marine, L.L.C., Zaparata Gulf Marine Operators, L.L.C. v. Bolivarian Republic of Venezuela*. ICSID Case № ARB/10/5. Decision on Jurisdiction. February 8. 2013 (*Tidewater v. Venezuela*).

³⁰ *Mobil v. Venezuela*, par. 64, 85; *Cemex v. Venezuela*, pars. 58, 77, 79; *Tidewater v. Venezuela*, par. 94. Также см.: *Inceysa Vallisoletana, S.L. v. El Salvador*. ICSID Case № ARB/03/26. Award. August 2. 2006, par. 332. Схожую терминологию можно встретить в делах: *Inceysa Vallisoletana SL V. Republic of El Salvador*. ICSID Case № ARB/05/22. Award. August 2. 2006 (*Inceysa v. Salvador*), par. 263; *Biwater Gauff (Tanzania) Ltd. v. United Republic of Tanzania*. ICSID case № ARB/05/22. Award. July 24. 2008 (*Biwater v. Tanzania*), par. 329; *Southern Pacific Properties (Middle East) Ltd. v. Arab Republic of Egypt*. ICSID Case № ARB/84/3. Decision of Jurisdiction. April 14. 1988 (*SPP v. Egypt*), par. 38; *SGS Societe Generale de Surveillance SA v. Republic of the Philippines*. ICSID case № ARB/02/06. Decision on Jurisdiction. January 29. 2004 (*SGS v. Philippines*), par. 50; *Wintershall Aktiengesellschaft v. Argentina*. ICSID Case № ARB/04/14. Award. December 8. 2008 (*Wintershall v. Argentina*), par. 116; *Soufraki v. United Arab Emirates*. ICSID Case № ARB/02/7. Decision on the Application for Annulment and Separate Opinion. June 5. 2007 (*Soufraki v. United Arab Emirates*), par. 59; *Aguas del Tunari SA v. Republic of Bolivia*. ICSID Case № ARB/02/3. Decision on Repondent's Objection to Jurisdiction. October 21. 2005 (*Aguas v. Bolivia*), par. 278; *Millicom International Operations BV and Sentel GSM SA v. Senegal*. ICSID Case № Arb/08/20. Decision on Jurisdiction. July 16. 2010 (*Millicom v. Senegal*), par. 63; *Generation Ukraine, Inc. v. Ukraine*. ICSID Case № ARB/00/9. Award. September 16. 2003 (*Generation Ukraine v. Ukraine*), par. 12.5; *Duke Energy International Peru Investments № 1, Ltd v. Peru*. ICSID Case № Arb/03/28. Decision of the ad hoc Committee. February 28. 2011 (*Duke v. Peru*), par. 129.

Приверженность подобному подходу не означает автоматическое признание юрисдикции арбитражного трибунала. Государство может доказать отсутствие своего согласия на арбитраж даже в рамках квалификации спорной нормы национального законодательства в качестве оферты.³¹ Опасность кроется в избираемых арбитрами способах правового анализа, которые поставлены в зависимость от фактических обстоятельств, что подразумевает широкое усмотрение арбитров, с одной стороны, и отсутствие правовой определенности и предсказуемости, с другой.

В качестве первого способа допускается установление содержания спорной национально-правовой нормы (нормы о предполагаемом согласии на арбитраж) с помощью международного права. При этом возможны различные варианты, делающие акцент на «применении международного права без каких-либо оговорок»³² или «применении национального права с учетом руководящей роли международного права»³³. Таким образом, вмешательство международного права во внутренний правопорядок государства происходит уже не в отношении материально-правовых обязательств последнего по обеспечению инвестиционного режима, а его процессуальных прав, связанных с избранием оптимального форума для рассмотрения инвестиционных споров.

С практической точки зрения применение международного права сводится к использованию правил толкования международных договоров и односторонних заявлений государств.³⁴ Обращение к подобному юридическому инструментарию для установления содержания национально-правовой нормы более чем спорно. Очевидно, что положения Венской конвенции 1969 г. не применимы к толкованию внутригосударственного акта.³⁵ Попытки установления схожей юридической природы между согласием на арбитраж, выраженным в национальном инвестиционном законодательстве, и односторонним заявлением государства о подчинении юрисдикции Международному Суду ООН не выглядят убедительными из-за различия в субъектном составе спорящих сторон.³⁶ В первом случае речь идет о споре между частным лицом (иностранным инвестором) и государством, во втором — только между государствами.³⁷

Даже допустив применение норм международного права при толковании национально-правовой нормы, нельзя исключить некоторую избирательность или произвольность в использовании правовых источников, что может приве-

³¹ Во всех трех делах: *Mobil v. Venezuela*, *Cemex v. Venezuela*, *Tidewater v. Venezuela*, арбитражные трибуналы отказались признавать свою юрисдикцию по исковым требованиям, предъявленным иностранными инвесторами на основании ст. 22 Закона Венесуэлы о поощрении и защите инвестиций 1999 г. Также см.: *Biwater v. Tanzania*, pars. 331–332, 337.

³² *Ceskoslovenska Obchodni Banka v. The Slovak Republic*. ICSID Case № ARB/97/4. Decision of Objections to Jurisdiction. May 24, 1999 (*CSOB v. Slovak Republic*), pars 35, 36 and 46.

³³ *Zhinvali Development Ltd. v. Republic of Georgia*. ICSID Case № ARB/00/1. Award. January 24, 2003 (*Zhinvali v. Georgia*), par. 339.

³⁴ Появление подобного подхода связывают с делом *SPP v. Egypt*, par. 61. См. также: Schreuer С. Op. cit. P. 865; *Mobil v. Venezuela*, pars. 79, 82; *Cemex v. Venezuela*, pars. 73, 76; *Tidewater v. Venezuela*, par. 83.

³⁵ К противоположному выводу пришли арбитражные трибуналы в делах: *Mobil v. Venezuela*, par. 96; *Cemex v. Venezuela*, par. 89.

³⁶ Тем не менее, на данной аналогии построены доводы арбитражного трибунала в деле *Tidewater v. Venezuela*, pars. 93, 94.

³⁷ Необходимо отметить, что в юридической литературе была высказана точка зрения о том, что при толковании согласия на арбитраж, выраженного в национальном инвестиционном законодательстве, следует отдавать предпочтение принципам, регулирующим односторонние заявления государств, а не положениям Венской конвенции 1969 года (*Andreeva Y. Op. cit. P. 143–144*).

сти к искажению правильного понимания самих норм международного права и их необоснованному применению при рассмотрении инвестиционного спора. К примеру, вызывает удивление, когда позиция формируется из двух несогласованных между собой тезисов, первый из которых исходит из наделения нормы инвестиционного законодательства, содержащей согласие на арбитраж, чертами одностороннего заявления, а второй — из недопустимости применения руководящих принципов, разработанных Комиссией по международному праву в целях правового регулирования подобных заявлений.³⁸ Классификация их по двум категориям: заявлениям, распространяющим свое действие на международном уровне, и заявлениям, сделанным в рамках международного договора, к которым приравнивается инвестиционное законодательство³⁹, не является основанием для выведения последних за рамки применения вышеназванных руководящих принципов. Произвольно установленная грань настолько тонка, что может легко быть стерта арбитрами, имеющими другие представления о классификации односторонних заявлений государств.

Обращение арбитров к международному праву является предпосылкой для использования второго способа толкования нормы о предполагаемом согласии на арбитраж. Его суть заключается в определении намерения государства, которое проявляется в тексте внутригосударственного акта и в контексте событий, предшествующих его принятию. Более того, в наиболее сложных случаях, когда отсутствует возможность обратиться к «подготовительным материалам или другим официальным отчетам, проливающим свет на намерение разработчиков законопроекта», арбитрам рекомендуется в первую очередь принимать во внимание ожидания иностранных инвесторов, т. к. именно на них направлено действие положений о разрешении инвестиционных споров.⁴⁰

Руководствуясь принципом «компетенции компетенции», арбитры провозглашают независимость своего толкования от официальной позиции высших судебных органов государства, принимающего инвестиции.⁴¹ В итоге возникает парадоксальная ситуация, когда мнение иностранных частных лиц, обычно имеющих отдаленное представление об исследуемом национальном праве, вступает в противоречие с точкой зрения авторитетных ученых и судей, посвятивших большую часть своей профессиональной жизни изучению, а иногда и созданию данного права.⁴²

Произвольно расширяя сферу действия институтов международного публичного права, в частности, способы толкования международных договоров, арбитры решают спорные вопросы юрисдикции по своему усмотрению, а не

³⁸ Report to the General Assembly of 2006. Document A/CN.4/L.703. July 20. 2006. Guiding Principles Applicable to Unilateral Declarations of States Capable of Creating Legal Obligations. *Tidewater v. Venezuela*, par. 102.

³⁹ *Tidewater v. Venezuela*, par. 91.

⁴⁰ *Potesta M.* The Interpretation of Consent to ICSID Arbitration Contained in Domestic Investment Laws / Arbitration International. Vol. 27. № 2. P. 166–167.

⁴¹ *Mobil v. Venezuela*, par. 73; *Cemex v. Venezuela*, par. 68; *Tidewater v. Venezuela*, par. 107.

⁴² В этой связи представляет интерес дело *Yukos Universal Limited (Isle of Man) v. The Russian Federation*. PCA Case № AA 227. November 30. 2009 (*Yukos v. Russia*), в котором арбитражный трибунал ad hoc, созданный в соответствии с Регламентом ЮНСИТРАЛ 1976 г., отдал предпочтение позиции экспертов, выступавших на стороне истца по вопросу об обязательности для России Договора к Энергетической Хартии от 17.12.1994, несмотря на заключения таких авторитетных российских ученых, как И. И. Лукашук и М. В. Баглай.

с позиции права.⁴³ Если арбитражный трибунал заявляет о необязательности для него позиции высшего судебного органа, то он отказывается от соблюдения общеизвестного принципа континентальной школы международного частного права — установления содержания норм иностранного права в соответствии с их официальным толкованием, практикой применения и доктриной в соответствующем иностранном государстве.⁴⁴

Лишение источников национального права руководящей роли при установлении его содержания вступает в противоречие и с англо-американской доктриной, рассматривающей иностранное право в качестве фактических обстоятельств, «вопроса факта особого рода».⁴⁵ Очевидно, что в задачу арбитров, получивших юридическое образование в рамках англосаксонской школы, также входит всестороннее исследование свидетельских показаний, экспертных заключений или документов, представленных заинтересованной стороной для обоснования своих взглядов относительно содержания иностранного права. Отличие от континентальной школы проявляется в возложении бремени доказывания на спорящие стороны, что снимает с арбитров профессиональную ответственность за вынесение ошибочного решения, если оно основано на недостаточных сведениях о применимой иностранной правовой норме. Напротив, при предоставлении заинтересованной стороной достаточных доказательств о содержании иностранного права и игнорировании их со стороны арбитров, арбитражное решение может быть подвергнуто критике с точки зрения правильной оценки доказательств.

Установление содержания иностранного права, независимо от того, какой школы придерживаются арбитры: континентальной или англо-американской, должно носить объективный характер. Не подлежат применению презумпции, направленные на поддержку арбитражного разбирательства при разрешении преимущественно коммерческих споров. Речь идет о применении теста *prima facie*, суть которого сводится к проверке только явных дефектов арбитражного соглашения при решении вопроса о действительности этого соглашения государственным судом. Также недопустимо обращаться к принципу *effet*

⁴³ На необходимость руководствоваться правилами толкования, предусмотренными в законодательстве государства, принимающего инвестиции, при правовом анализе национального инвестиционного законодательства, было указано еще в деле *SPP v. Egypt (SPP v. Egypt. Dissenting Opinion of Mohamed Amin El Mahdi. 3 ICSID Rep. 112. P. 163–188, 170, 177)*.

⁴⁴ При этом необходимо иметь в виду, что не все судебные акты высших судебных органов могут претендовать на статус источников официального толкования. В Российской Федерации, например, таким статусом обладают лишь те из них, в которых выражена правовая позиция Конституционного Суда РФ или содержатся разъяснения Верховного Суда РФ или Высшего Арбитражного Суда РФ по вопросам судебной практики. В данную категорию не входят судебные решения, вынесенные в порядке отправления правосудия по конкретным делам и распространяющие обязывающую силу только на участников процесса. О дискуссии по поводу отнесения судебной практики к источникам российского права см.: Марченко М. Н. Источники права. М., 2005. С. 385–416; Марченко М. Н. Правовые системы современного мира. М., 2008. С. 400–420.

⁴⁵ Morris J. H. C. *The Conflict of Laws*. London, 1984. P. 37–38. Также см.: Чешир Дж., Норт П. Международное частное право / Пер. с англ. Под ред. М. М. Богуславского. М., 1982. С. 24–25; Международное частное право: Учебник. М., 2012. С. 148–149 (автор главы — Г. К. Дмитриева); Некрасов И. А. Концепция иностранного частного права как фактического обстоятельства: современные тенденции в международном частном праве: автореф. дис. ... канд. юрид. наук. М., 2008; Некрасов И. А. Доказывание иностранного права в международном гражданском процессе (сравнительно-правовой анализ) // Актуальные проблемы российского права. 2007. № 2. С. 513–514; Хоцанов Д. А. Установление содержания иностранных правовых норм в международном частном праве. М., 2012. С. 37–43.

utile, относящего любые сомнения в пользу действительности арбитражного соглашения⁴⁶ или правилу о возложении риска неясности правовых норм на государство, принимающее инвестиции.⁴⁷ Указанные презумпции выполняют свои задачи только в случаях достижения согласия на арбитраж в рамках заключения сторонами частной сделки, а не создания правовой нормы. Если первая представляет собой результат деятельности сторон и сфера его действия ограничена только ими, то вторая является актом правотворчества и применяется в отношении неопределенного круга лиц.⁴⁸ Поэтому вероятность ошибки при установлении содержания правовой нормы должна быть сведена к нулю в отличие от определения общей воли сторон в частной сделке, когда обращение к материально-правовым презумпциям избавляет арбитров от решения такой сложной задачи.

Продолжение читайте в следующем номере.

⁴⁶ По мнению арбитражного трибунала в деле *Tidewater v. Venezuela*, ст. 22 Закона Венесуэлы о поощрении и защите инвестиций 1999 г. не содержала явного указания на МЦУИС, которое могло быть расценено в качестве намерения Венесуэлы дать общее, постоянно действующее согласие (*general standing consent*) на рассмотрение инвестиционных споров в этом арбитраже. Данный вывод *inter alia* был сделан арбитражным трибуналом в ответ на доводы истца о применении принципа *effet utile* (*Tidewater v. Venezuela*, par. 137).

⁴⁷ По мнению Т. Вальда, государственные органы несут обязанность по принятию таких норм, чтобы в их содержании мог разобраться любой разумный деловой человек, а не только квалифицированный юрист. Риск возникновения разногласий по толкованию неясных норм полностью лежит на государстве, принимающем инвестиции, чтобы защитить законные ожидания иностранного инвестора (*International Thunderbird Gaming Corp. v. United Mexican States*. NAFTA Case. Separate Opinion of Thomas Walde. December 2005, par. 47).

⁴⁸ Рассматривая право как нормативное образование, С. С. Алексеев приходит к выводу о том, что правовая норма является «центральным, организующим ядром всей системы правовых средств» (Алексеев С. С. Теория права. Харьков, 1994. С. 90–91).