

Согласие на арбитраж в международных инвестиционных спорах*



В. Н. АНУРОВ, кандидат юридических наук;
vasily.anurov@gmail.com

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.

Согласие на арбитраж в международных инвестиционных соглашениях

Требование к правильному толкованию правовой нормы может только повышаться, если она носит международный характер. К примеру, вынесение Арбитражем при Московской торгово-промышленной палате (далее — Арбитраж при МТПП) решений против Кыргызской Республики в 2013 году¹ послужило основанием для рассмотрения Экономическим Судом Содружества Независимых Государств (далее — Экономический суд СНГ) вопроса о толковании ст. 11 Конвенции о защите прав инвестора 1997 г. (далее — Московская конвенция 1997 г.)² В отличие от Арбитража при

* Окончание. Начало см.: Третейский суд. 2014. № 6. С. 102–113.

¹ *Ли Джон Бэк и Центральнo-Азиатская корпорация по развитию СЭЗ «Бишкек» против Кыргызской Республики*, решение Арбитража при Московской ТПП по делу № А-2013/08 от 21 ноября 2013 г. (*Ли Джон Бэк против Кыргызской Республики*). Правительством Кыргызской Республики было подано заявление об отмене арбитражного решения (Определение Арбитражного суда г. Москвы от 24.06.2014 по делу № А40-19518/14; Постановление Арбитражного суда Московского округа от 26.09.2014 по делу № А40-19518/14-68-178). ОсОО «О.К.К.В.» и Баев В. В., Садыров О. А., Усманова Р. У., Джусупов Д. Д., Мойдунова А. С., Раимкулов М. К., Мусабаяев Т. Т., Керимбеков З. Б., Мактыбекова А. А., Калимова С. Л., Токторбаев И. И., Байгабылов А., Байгабылов Б. А., Ногойбаева Н. М., Исаканов С., Буларов Л. Х., Машухей Р. С. *Против Кыргызской Республики*, решение Арбитража при Московской ТПП по делу № А-2013/10 от 19 ноября 2013 г. (ОсОО «О.К.К.В.» *против Кыргызской Республики*). Правительством Кыргызской Республики было подано заявление об отмене арбитражного решения (Определение Арбитражного суда г. Москвы от 23.06.2014 по делу № А40-25942/14; от 23.10.2014 по делу № А40-25942/14-25-164).

² В соответствии со ст. 11 Московской конвенции 1997 г. «споры по осуществлению инвестиций в рамках настоящей Конвенции рассматриваются судами или арбитражными судами стран — участниками споров, Экономическим Судом Содружества Независимых Государств и/или иными международными судами или международными арбитражными судами».

МТПЭ Экономический Суд СНГ пришел к выводу о том, что положения вышеназванной статьи Московской конвенции 1997 г. «не могут рассматриваться в качестве арбитражного соглашения о рассмотрении спора по осуществлению инвестиций»³.

Очевидно, что Экономический Суд СНГ отказался от частноправовой квалификации положений ДИС или МИС, несмотря на то, что при их заключении действия государств могут напоминать действия сторон по совершению частной сделки. И в том и в другом случае формируется согласованная воля, направленная на достижение желаемого результата.⁴ Однако нельзя, как и в случае с национально-правовой нормой, применять институты частного права к международным отношениям, возникающим между государствами.

Согласие на арбитраж является нормой международного права, входящей в состав правовой системы государства, принимающего инвестиции. Придание данному согласию свойств оферты вносит в отношения между инвестором и государством, принимающим инвестиции, элемент неопределенности. Создается впечатление, что соответствующие положения международных инвестиционных соглашений искусственно пытаются уместить в конструкцию арбитражного соглашения, следуя классическим представлениям об арбитраже, в основе которого должна лежать частная сделка сторон.

Ошибочность такого подхода проявляется не только в отсутствии последовательности при построении теоретических моделей, но и в увеличении риска, связанного с искажением намерений государства, принимающего инвестиции, при заключении им ДИС или МИС. Вызывает удивление, когда арбитры разделяют позицию инвестора о наличии согласия государства на арбитраж, несмотря на общеизвестное мнение о неблагоприятном климате для инвестиций в этом государстве, стойкой неприязни к международному арбитражу и недопустимости отказа от юрисдикции государственных судов по инвестиционным спорам.⁵

К сожалению, в современном международном инвестиционном праве преобладает точка зрения о квалификации ДИС или МИС в качестве постоянно действующей оферты, получившая подтверждение как в арбитражной практике, так и региональных международных договорах.⁶ Процедура воз-

³ Решение Экономического суда СНГ №01-1/1-14 от 23.09.2014 «О толковании статьи 11 Конвенции о защите прав инвестора от 28 марта 1997 года».

⁴ Именно согласование воли государств, по мнению Г. И. Тункина, играет основную роль в формировании как договорных, так и обычных норм международного права. При этом воли государств, участвующих в этом процессе, могут иметь противоположную направленность, но в силу необходимости регулирования спорных вопросов государства идут на взаимные уступки (Тункин Г. И. Теория международного права, М., 2009. С. 185–192).

⁵ В делах *Mobil v. Venezuela* и *Tidewater v. Venezuela* Ответчик заявил о наличии «устойчивого враждебного отношения к международному коммерческому арбитражу» в Венесуэле (*Mobil v. Venezuela*, par. 45, *Tidewater v. Venezuela*, par. 39). В деле *RosInvestCo UK Ltd. v. The Russian Federation*, SCC Case № V079/2005, Award on Jurisdiction. October 2007 (*RosInvest v. Russia*) ответчик сослался на «устойчивую советскую политику против подчинения так называемых «диагональных» или «асимметричных» споров международному арбитражу» (*RosInvest v. Russia*, par. 63).

⁶ *SGS v. Philippines*, par. 45. *Chevron Corporation, Texaco Petroleum Company v. The Republic of Ecuador*, PCA case № 2009-23. Third Interim Award of Jurisdiction and Admissibility. February 27. 2012 (*Chevron v. Ecuador*) par. 1.10, Appeal from the district court's denial of motions to stay an arbitration between Chevron Corporation and Ecuador. March 17. 2011. P. 16-17, *Biwater v. Tanzania*, par. 250.

буждения арбитражного разбирательства рассматривается как принятие инвестором оферты, сделанной государством.⁷ За согласием на арбитраж закрепляются черты письменного арбитражного соглашения в целях соблюдения требований Нью-Йоркской конвенции о признании и приведении в исполнение иностранных арбитражных решений 1958 г. (далее — Нью-Йоркской конвенции 1958 г.) и Вашингтонской конвенции об урегулировании инвестиционных споров между государствами и лицами других государств 1965 г. (далее — Вашингтонской конвенции 1965 г.).⁸

Вероятность применения подобных подходов сохраняется и для государств, не разделяющих преобладающую точку зрения. Несмотря на то, что сам текст Вашингтонской конвенции 1965 г. и подготовительные материалы к ней не содержат прямого указания на ДИС или МИС как на источники для обнаружения арбитражного соглашения между государством и инвестором,⁹ пробел правового регулирования устраняется «устоявшейся практикой» по применению частноправовой квалификации согласия на арбитраж.¹⁰ Молчаливое согласие государства или отсутствие последовательно заявляемых протестов¹¹ может привести к образованию региональной или партикулярной обычной нормы, устанавливающей сформировавшуюся позицию данного государства в отношении спорной терминологии международных инвестиционных соглашений.¹²

⁷ *Generation Ukraine v. Ukraine*, pars 12.2, 12.3.

⁸ Проведение прямой аналогии между согласием на арбитраж, выраженным в ДИС или МИС, и арбитражным соглашением характерно для англо-американской системы права (ст. 1122 Североамериканского соглашения о свободной торговле (НАФТА), ст. 28 Типового ДИС Канады 2004 г., ст. 25 Типового ДИС США 2012 г.).

⁹ Как подчеркивается в популярном учебном курсе А. Редферна и М. Хантера, главная цель Вашингтонской конвенции 1965 г. заключалась в «создании нового арбитражного форума для разрешения споров между инвесторами и государствами путем включения арбитражных оговорок в государственные контракты» (Blackaby N. and Partasides C. with Redfern A., Hunter M. *Redfern and Hunter on International Arbitration*. Oxford, 2009. P. 467).

¹⁰ Как ни парадоксально, но квалификация согласия на арбитраж в качестве оферты имеет больше оснований применительно к национальному законодательству о защите и поощрении инвестиций, чем к ДИС или МИС, поскольку именно национальное законодательство было упомянуто в Отчете Исполнительных директоров Вашингтонской конвенции 1965 г.: «Согласие может быть дано, к примеру, в оговорке, включенной в инвестиционное соглашение, о передаче будущих споров Центру (МЦУИС — Авт.), возникающих из такого соглашения, или в *compromis* в отношении уже возникших споров. Конвенция не требует, чтобы согласие обеих сторон содержалось в одном документе. Таким образом, государство, принимающее инвестиции, может в своем законодательстве о поощрении инвестиций сделать оферту о подчинении споров, возникающих из определенных видов инвестиций, юрисдикции Центра, а инвестор может дать свое согласие путем акцептования оферты в письменном виде» (Report of the Executive Directors on the Convention on the Settlement of Investment Disputes between States and Nationals of other States, par. 24 sec. 5). В то же время Э. Ньюкомб, ссылаясь на вышеуказанный параграф Отчета, приходит к выводу о том, что в ходе подготовки Вашингтонской конвенции 1965 г. договаривающиеся государства разделяли современное представление о способах выражения согласия на арбитраж, которое уже тогда включало и заключение международного соглашения (Newcombe A., Paradell L. *Law and Practice of Investment Treaties*. The Hague, 2009. P. 43).

¹¹ По мнению И. И. Лукашука, в современном международном праве сложился упрощенный порядок выражения согласия государства с обычной нормой, в котором «главную роль играет молчаливое согласие, отсутствие протеста» (Лукашук И. И. *Нормы международного права*. М., 1997. С. 239).

¹² Представляется, что преждевременно говорить о том, что частноправовая квалификация согласия на арбитраж приобретает силу универсальной обычной нормы, несмотря на увеличивающееся число арбитражных решений, основанных на данном подходе.

«Устоявшаяся практика» по использованию терминов «постоянно действующая оферта» или «безотзывная, безоговорочная оферта» в отношении согласия на арбитраж, также вытекает из расширительного толкования соответствующих положений ДИС или МИС, к которому прибегают арбитры. Такое толкование возможно, если придерживаться радикального взгляда на установление содержания международного договора. В этом случае его объекту и целям придается первостепенное значение и допускается «изменение содержания международного договора для его приспособления к изменившимся обстоятельствам»¹³. В категорию изменившихся обстоятельств можно зачислить назревшую необходимость распространить механизм разрешения инвестиционных споров, предусмотренный Вашингтонской конвенцией 1965 г., на международные инвестиционные соглашения, положения которых не позволяют прийти к однозначному выводу о наделении согласия на арбитраж свойством оферты, адресованной иностранному инвестору.

Необходимо отметить, что данный радикальный взгляд¹⁴ не нашел поддержки среди участников Венской конвенции 1969 г., вследствие чего акцент был сделан на «выяснении содержания согласованной воли сторон, как она выражена в договорном тексте»¹⁵. Обращение к подготовительным материалам признавалось возможным, когда основные средства толкования оставляли значение двусмысленным или неясным или приводили к результатам, которые являются явно абсурдными или неразумными.

Совокупность приведенных оговорок преследовала цель исключить «произвол в международных отношениях под видом толкования международных договоров».¹⁶ К сожалению, сформировавшаяся арбитражная практика по инвестиционным спорам узаконила его.

Наиболее яркими примерами произвольного толкования являются случаи, когда соответствующие положения ДИС или МИС сформулированы только как возможность для иностранного инвестора или любой из сторон в инвестиционном споре обратиться в арбитраж.¹⁷ Следуя «устоявшейся практике» арбитры рассматривают такую возможность как окончательное

¹³ Талалаев А. Н. Венская конвенция о праве международных договоров. Комментарий. М., 1997. С. 80; Талалаев А. Н. Право международных договоров. Том 2. Действие и применение договоров. Договоры с участием международных организаций. М., 2011. С. 72.

¹⁴ В российской доктрине он известен как функциональный подход (в трактовке А. Н. Талалаева) или теологический подход (в трактовке И. И. Лукашук), нивелирующий намерения сторон и текст международного договора в пользу установления его объекта и целей (см.: Талалаев А. Н. Право международных договоров. Том 2. Действие и применение договоров. Договоры с участием международных организаций. М., 2011. С. 72, Лукашук И. И. Современное право международных договоров. В 2 т. Том 1. Заключение международных договоров. М., 2004. С. 614).

¹⁵ Талалаев А. Н. Венская конвенция о праве международных договоров. Комментарий. М., 1997. С. 81.

¹⁶ Лукашук О. И. Толкование норм международного права: Автореф. дисс. ... канд. юрид. наук. Киев, 1980. С. 10–11, 18–19.

¹⁷ Положение о передаче споров в арбитраж может носить безличный характер, как в ст. 11 Московской конвенции 1997 г. Также оно может быть адресовано обеим сторонам в споре: «Любой из указанных споров, который не был разрешен дружественным путем, будет, по истечении трехмесячного срока с момента письменного уведомления о таком споре, передан в международный арбитраж, если этого пожелает любая из Сторон в споре» (п. 2 ст. 8 Соглашения между правительством Союза Советских Социалистических Республик и правительством Соединенного Королевства Великобритании и Северной Ирландии о поощрении и взаимной защите капиталовложений от 06.04.1989. (ДИС между СССР и Соединенным королевством 1989 г.)).

согласие на арбитраж, не требующее последующего одобрения.¹⁸ Если данный вывод не основан на тексте международного договора, оценку его обоснованности следует производить не в правовом поле, а с точки зрения иных факторов, влияющих на формирование усмотрения арбитров.¹⁹ Даже если их решение объясняется стремлением следовать преобладающей тенденции в инвестиционном праве, оно не в силах изменить произвольный характер своего происхождения.

Отступление от правового метода является не единственным аргументом против частноправовой квалификации согласия на арбитраж. Применение данной теоретической модели на практике приводит к выводам, которые в лучшем случае лишены последовательности, а в худшем — вступают друг с другом в противоречие.

Если рассматривать согласие на арбитраж только через призму договорной природы арбитражного соглашения²⁰, то необходимо признать за всеми сторонами в споре равные права на возбуждение арбитражного разбирательства. Вместе с тем, в представлении большинства ученых, специализирующихся в области инвестиционного арбитража, характерным признаком соответствующих положений международных инвестиционных соглашений о разрешении инвестиционных споров является их односторонний характер.²¹ Предполагается, что инициатором арбитражного разбирательства в большинстве случаев выступает иностранный инвестор, что прямо закреплено в некоторых ДИС и МИС.²²

¹⁸ *RosInvest v. Russia*, pars 72, 75.

¹⁹ Особое место занимают случаи, когда ответчик занимает пассивную позицию по оспариванию юрисдикции арбитражного трибунала: не предоставляет отзыва, не является на слушания. Такое поведение крайне опасно, поскольку не ограничивает арбитров в их праве на усмотрение, что может повлечь принятие доводов истца, направленных на поддержку арбитражного разбирательства (Ануров В. Н. *Согласие на арбитраж в деле Ли Джон Бэк и Центрально-Азиатская корпорация по развитию СЭЗ «Бишкек» против Кыргызской Республики* // Третейский суд, 2014. № 4. С. 112-115). С данной точкой зрения не согласен С. В. Усоскин. По его мнению, арбитражный трибунал должен руководствоваться ст. 25 Типового закона ЮНСИТРАЛ 1985 г. «О международном торговом арбитраже» и не рассматривать пассивное поведение ответчика в качестве признания компетенции арбитража (Усоскин С. В. *Московская конвенция о защите прав инвестора: тайные ворота в арбитраж? // Новые горизонты международного арбитража / Под ред. А. В. Асоскова, А. И. Муранова, Р. М. Ходыкина. Вып. 2. М., 2014. С. 193*). По версии А. С. Исполинова, отказ ответчика от участия в слушаниях может быть оправдан, если возникают серьезные сомнения в легитимности арбитражного разбирательства (Исполинов А. С. Гаага и ЮКОС: как нам перестроить инвестиционный арбитраж. Или лучше вообще от него отказаться? // http://zakon.ru/Blogs/One/13930?entryName=gaaga_i_yukos_kak_nam_perestroit_investicionnyj_arbitrazh_ili_luchshe_voobshhe_ot_nego_otkazatsya; дата посещения — 22.09.2014).

²⁰ Необходимо отметить, что еще на стадии подготовки первого проекта Вашингтонской конвенции 1965 г. было принято решение об удалении ссылки на возможность применения доктрины *forum prorogatum* (договорной подсудности). Причиной удаления стали опасения, выраженные одним из участников конференции, в том, что следование данной доктрине могло бы повлечь приложения дополнительных усилий со стороны Генерального секретаря МЦУИС по получению недостающего согласия потенциального ответчика. Оно не выступало бы предпосылкой для обращения в арбитраж, и у инвестора не возникало бы обязанности по представлению доказательств о наличии взаимного согласия на арбитраж между спорящими сторонами (Пагга А. *The History of ICSID*. Oxford, 2012. P. 59, 71).

²¹ Данный вывод вытекает из самой квалификации согласия на арбитраж, содержащегося в ДИС или МИС, как оферты, т. е. одностороннего действия, достигающего своей цели только при условии акцепта другой стороны — иностранного инвестора (Schreuer С., *Op. cit.* P. 834; Newcombe А., Paradell L. *Op. cit.* P.43).

²² Статьи 1117, 1121 НАФТА, ст. 27 Типового ДИС Канады 2004 г., ст. 9 Соглашения о поощрении и взаимной защите капиталовложений от 22.10.1991 г. между Королевством Нидерландов и Ре-

У государства, принимающего инвестиции, существует, хоть и на теоретическом уровне, возможность обратиться с иском против иностранного инвестора, ссылаясь на вышеназванные положения международных инвестиционных соглашений о разрешении инвестиционных споров. Однако эта возможность теряет свой смысл, поскольку зависит от согласия иностранного инвестора, не участвующего непосредственно в разработке и подписании соответствующего ДИС или МИС.²³

Если придерживаться только договорной природы согласия на арбитраж, то необходимо следовать принципу равноправия в материально-правовых отношениях.²⁴ Действие данного принципа может быть ограничено в силу применения принципа свободы договора.

Совершая гражданско-правовые сделки, особенно в предпринимательской области, стороны должны обладать правом самостоятельно определять содержание тех или иных договорных условий. Иногда это право реализуется посредством ухудшения позиции одной из сторон по сравнению с другой, когда оговорки приобретают асимметричный характер.²⁵ Их допустимость вызывает серьезные возражения, если они приводят к отклонению от нормативно-правовых моделей, предложенных законодателем, нарушению жесткой иерархии правовых норм, не говоря уже о нарушении императивных норм.

Односторонний характер «постоянно действующий оферты» свидетельствует о нарушении принципа равноправия, проявляющегося не в отдельных условиях арбитражного соглашения, а в отношении его предмета и цели. В основе любого соглашения об альтернативном способе разрешения споров лежит право каждой стороны воспользоваться этим способом. Лишение ее такого права нельзя объяснить осознанным выбором стороны в пользу получения иных преимуществ, как например, уменьшением цены сделки при условии отказа от взыскания неустойки или ограничения ответственности.²⁶

спубликой Венесуэла, ст. 8 Соглашения о поощрении и взаимной защите капиталовложений от 15.07.1994 г. между правительством Барбадоса и правительством Республики Венесуэла.

²³ По образному выражению Я. Пуулсона, «стол не может быть перевернут: государство, принимающее инвестиции — Авт.) не может ни инициировать арбитраж, ни даже предъявить встречный иск» (Paulsson J. Op. cit. P. 232). Также см.: Гармоза А. П. Арбитраж на основании международных инвестиционных соглашений: вопросы компетенции. М., 2012. С. 30.

²⁴ На принцип равенства ссылаются Ж. Барбе и П. Рошер, когда рассматривают допустимость двусторонних и многосторонних опционных оговорок (см.: Барбе Ж., Рошер П. Анализ опционных оговорок о способах разрешения споров с точки зрения французского и английского права // Вестник международного коммерческого арбитража. 2011. № 1. С. 117).

²⁵ О допустимости асимметричных арбитражных и пророгационных соглашений см.: Карабельников Б. Р. Исполнение и оспаривание решений международных коммерческих арбитражей. Комментарий к Нью-Йоркской конвенции 1958 г. и главам 30 и 31 АПК РФ 2002 г. М., 2008. С. 138; Барбе Ж., Рошер П. Указ. соч. С. 110-126; Асосков А. В. Асимметричные оговорки о порядке разрешения споров: проблемы, порожденные Постановлением Президиума Высшего Арбитражного Суда РФ от 19 июня 2012 г. № 1831/12 // Третейский суд. 2012. № 5. С. 153-166; Ходькин Р. М. К вопросу о действительности опционных арбитражных оговорок: по следам Постановления Президиума ВАС РФ от 19 июня 2012 г. № 1831/12 // Вестник международного коммерческого арбитража. 2012. № 2. С. 179-185; Ходькин Р. М. Гибридные оговорки о рассмотрении спора. Комментарий к Постановлению Президиума ВАС РФ от 19 июня 2012 г. № 1831/12 // Вестник ВАС РФ. 2012. № 11. С. 60-70; Егоров А. В. Асимметричные оговорки о разрешении споров судебная практика заменяет на симметричные // Вестник международного коммерческого арбитража. 2012. № 2. С. 186-195.

²⁶ В этой связи нельзя согласиться с А. В. Асосковым, подвергшим критике использование принципа равенства сторон для обоснования недействительности асимметричной оговорки.

Не вызывает возражений соглашение сторон о передаче споров в различные институционные арбитражи, когда право на обращение каждой из сторон обусловлено ее национальностью или категорией споров. Принцип равноправия не нарушается при рассмотрении споров из одного договора различными арбитражными трибуналами, сформированными под эгидой одного или нескольких арбитражных центров, с применением одного или нескольких арбитражных регламентов. О нарушении данного принципа речь идет в тех случаях, когда арбитражное соглашение наделяет одну из сторон лишь правами ответчика, использование которых поставлено в прямую зависимость от совершения действий другой стороны по возбуждению арбитражного разбирательства.²⁷ Очевидно, что первая сторона оказывается в крайне невыгодном положении по сравнению со второй стороной,²⁸ в результате чего нарушается баланс их процессуальных интересов,²⁹ являющийся одним из обязательных требований для проведения любого арбитражного разбирательства.

Квалификация согласия на арбитраж в качестве «постоянно действующей оферты» подразумевает равные права участников спора на возбуждение арбитражного разбирательства. Это положение отсутствует в большинстве ДИС и МИС, а в тех, в которых оно содержится, носит исключительно декларативный характер.

В инвестиционном арбитраже иностранный инвестор пользуется привилегированным положением при возбуждении арбитражного разбирательства. Если государство, принимающее инвестиции, не может отказаться от передачи инвестиционных споров в арбитраж, предусмотренный международным инвестиционным соглашением, то у иностранного инвестора такая возможность есть. Ему достаточно сослаться на свое неучастие в международном обязательстве о порядке разрешения инвестиционных споров,

По его мнению, применение данного принципа может привести к признанию недопустимыми «условия гражданско-правовых договоров, в соответствии с которыми только у одной стороны есть право на односторонний внесудебный отказ от договора, право на взыскание договорной неустойки или защита в форме условия об ограничении гражданско-правовой ответственности...» (Асосков А. В. Указ. соч. С. 159). Необходимо иметь в виду, что перечисленные права выполняют вспомогательную функцию по отношению к основному обязательству, и их отсутствие у одной из сторон не затрагивает существа ее основного права по сделке, как это происходит в случае с оговоркой о разрешении споров.

²⁷ На потестативность сделки в ее абсолютном проявлении ссылается А. В. Асосков как на «убедительную правовую аргументацию», которая может быть использована против ассиметричных оговорок (Асосков А. В. Указ. соч. С. 161). Вместе с тем, следует подчеркнуть, что зависимость от действий другой стороны по возбуждению арбитражного разбирательства играет не самую главную роль в нарушении принципа равноправия. Гораздо больше нареканий вызывает лишение стороны не просто отдельных процессуальных прав, а всего их комплекса, предусмотренного для данного способа разрешения споров.

²⁸ В деле *Dombo Beheer B. V. v. The Netherlands*, ECHR, Application № 14448/88, Judgment, October 27, 1993 (*Dombo v. Netherlands*) Европейский Суд по правам человека (ЕСЧП) указал, что «принцип равенства (equality of arms) означает, что каждой стороне должно быть предоставлено разумная возможность представить свое дело, включая свои доказательства, так, чтобы не поставить себя в крайне невыгодное положение по сравнению с оппонентом» (*Dombo v. Netherlands*, par. 33).

²⁹ По делу ЗАО «Русская Телефонная Компания» против ООО «Сони Эрикссон Мобайл Коммюникейшнз Рус» (РТК против Сони Эрикссон) Высший Арбитражный Суд РФ в Постановлении Президиума ВАС РФ № 1831/12 от 19 июня 2012 г. пришел к выводу, что прогнационное соглашение нарушает баланс интересов сторон, поскольку ставит ответчика в преимущественное положение по сравнению с истцом путем предоставления первому исключительного права выбора средства разрешения спора.

взятом на себя договаривающимися государствами.³⁰ Приведенный довод может быть также взят на вооружение государством, принимающим инвестиции, при попытке оспорить окончательность согласия на арбитраж.³¹

Непоследовательность в ограничении согласия на арбитраж только договорной природой проявляется и в процедуре возбуждения иностранным инвестором арбитражного разбирательства. В соответствии с порядком заключения гражданско-правового договора акцепт направляется лицу, сделавшему оферту. Напротив, для выражения иностранным инвестором своего согласия на арбитраж достаточно совершения действия, направленного на возбуждение арбитражного разбирательства: подачи уведомления или просьбы об арбитраже, предъявления искового заявления. Тем самым нарушается традиционное представление о составе субъектов, последовательности совершаемых ими действий по заключению договора, следуя которому, необходимо рассматривать согласие на арбитраж в качестве предварительного согласия, требующего направления акцепта непосредственно государству, принимающему инвестиции.³²

Выявленные недостатки в частноправовой модели разрешения инвестиционных споров приводят к признанию несостоятельности общего метода, построенного на отождествлении соответствующих положений международных инвестиционных соглашений с «постоянно действующей» офертой. Единственным способом, с помощью которого можно определить правовую природу согласия на арбитраж, является возврат к методам и институтам международного публичного права.

Любое положение международного договора, в том числе и положение международных инвестиционных соглашений о порядке разрешения инвестиционных споров, носит нормоустанавливающий характер.³³ Поэтому согласие на арбитраж, закрепленное в данных положениях, прежде всего, является международно-правовой нормой. В зависимости от сферы своего применения она может быть региональной или партикулярной, действующей только между двумя договаривающимися государствами, как в случае

³⁰ По мнению А. П. Гармозы, «для возбуждения арбитражного разбирательства государством инвестор должен предварительно выразить свое письменное согласие на арбитражное разрешение спора» (Гармоза А. П. Указ. соч. С. 30).

³¹ В деле *RosInvest v. Russia* ответчик отстаивал точку зрения о том, что «истец и инвесторы не могут рассматриваться как лица, получившие одностороннюю оферту, посредством применения инструмента, в котором они не являются стороной». Также, по мнению ответчика, положение ДИС между СССР и Соединенным королевством 1989 г. о порядке разрешения инвестиционных споров не может создавать оферту об арбитраже само по себе. Нарушение данного положения может привести только к нарушению государством-участником своих обязательств по ДИС (*RosInvest v. Russia*, para 62, 67).

³² Эту аргументацию использовал ответчик в деле *Generation Ukraine, Inc. v. Ukraine*. Арбитражный трибунал выразил явное несогласие с такой позицией, сославшись на сформировавшуюся практику: «Твердо установлено, что инвестор может акцептовать предложение государства об арбитраже в МЦУИС, содержащееся в двустороннем инвестиционном соглашении путем возбуждения разбирательства в МЦУИС. В ДИС отсутствуют какие-либо положения, из которых можно было сделать вывод о том, что инвестор должен сообщить о своем согласии в иной форме непосредственно государству...» (*Generation Ukraine, Inc. v. Ukraine*, para. 12.2).

³³ Как писал Г. И. Тункин, «любой действительный международный договор имеет юридически обязательную силу для его участников и в этом смысле является нормоустанавливающим» (Тункин Г. И. Указ. соч. С. 81). Причем нормоустанавливающий характер распространяется как на договоры-законы, так и на договоры-сделки (Там же. С. 78-81, Лукашук И. И. Нормы международного права. М., 1997. С. 271).

с ДИС. В зависимости от степени правового регулирования правоотношений между участниками, она может содержать законченное правило поведения или указывать на условия, при выполнении которых достигается цель ее создания. Применительно к согласию на арбитраж международно-правовая норма может закрепить его окончательность, и тем самым сделать его полноценной юрисдикционной нормой или предусмотреть только возможность заключения арбитражного соглашения при соблюдении государством, принимающим инвестиции, или иностранным инвестором, определенных требований.³⁴ В качестве одного из них обычно указывается на необходимость заключения последующего арбитражного соглашения, сопровождающегося обязательством государства или желанием иностранного инвестора дать свое согласие на арбитраж.³⁵

Нормативная природа положений международных инвестиционных соглашений о порядке разрешения инвестиционных споров проявляется уже на стадии возбуждения арбитражного разбирательства. Это хорошо видно, когда у спорящих сторон отсутствуют сомнения в окончательности согласия на арбитраж, выраженного государством. Его правовой статус более сопоставим с положением создателя нормы, который несет ответственность за ее нарушение, чем с положением частного лица, вступившего в сделку с другим частным лицом. Как было отмечено ранее, государство не может воспользоваться правилом, им же самим установленным, для возбуждения арбитражного разбирательства без получения согласия от иностранного инвестора. Данное явление хорошо укладывается в структуру юрисдикционной нормы. Ее цель заключается в предоставлении средств процессуальной защиты именно частному лицу, а не государству как субъекту правотворчества, которое и так в силу своих властных полномочий способно защитить свои интересы.

Нормативный характер согласия на арбитраж связывает его судьбу с международным инвестиционным соглашением, в котором оно содержится.

³⁴ В российской доктрине может встречаться и иная точка зрения, основанная на разграничении понятий согласия на арбитраж и правовой нормы. Так, С. В. Усоскин предлагает три варианта толкования ст. 11 Московской конвенции о защите прав инвестора 1997 г.: квалификация данной статьи в качестве согласия государства на арбитраж, нормы об арбитрабельности и разрешения государственным органам заключать арбитражные соглашения с иностранным инвестором (Усоскин С. В. Московская конвенция о защите прав инвестора: тайные ворота в арбитраж? // Новые горизонты международного арбитража / Под ред. А. В. Асокова, А. И. Муранова, Р. М. Ходыкина. Вып. 2. М., 2014. С. 181).

³⁵ К. Шрейер приводит в качестве примера ст. 10 (2) Соглашения между Японией и Исламской Республикой Пакистан о поощрении и защите инвестиций от 10.03.1998 (ДИС между Японией и Пакистаном 1998 г.). В этой статье предусмотрена обязанность государства дать свое согласие (*shall consent*) на арбитраж или примирительные процедуры, если спор не будет разрешен путем консультаций. К Шрейер квалифицирует такую обязанность как обещание государства, которое в случае его неисполнения может быть расценено как нарушение ДИС, но ни при каких обстоятельствах данное обещание не перерастает в согласие на арбитраж (Schreuer С. Op. cit. P. 836). Интересно, что в деле *RosInvest v. Russia* арбитражный трибунал занял противоположную позицию, придав слову «shall» императивный характер, что в совокупности с другой фразой, указывающей на односторонний порядок возбуждения арбитражного разбирательства («if either party to the dispute wishes») свидетельствует об окончательности согласия на арбитраж со стороны государства (*RosInvest v. Russia*, par. 72). Необходимо отметить, что в русской версии ст. 8 ДИС между СССР и Соединенным королевством 1989 г. данное слово выполняет лишь вспомогательную функцию по переводу основного глагола в будущее время («любой из указанных споров (...) будет (...) передан в международный арбитраж»).

Положения о порядке разрешения инвестиционных споров подлежат применению только в рамках действия соответствующего международного договора. Безусловно, встречаются случаи, когда иностранный инвестор обращается в арбитраж до вступления в силу соответствующего ДИС или МИС для государства, принимающего инвестиции, или после денонсации данного международного договора.³⁶ Однако все эти случаи регулируются четкими международно-правовыми нормами, предусмотренными в Венской конвенции 1969 г., ДИС или МИС, в зависимости от того, в какой степени общие правила были конкретизированы договаривающимися государствами.³⁷

Завершающим доводом против частноправовой квалификации согласия на арбитраж служит отсутствие в нем самодостаточности, характерной для любого арбитражного соглашения. Для установления своей юрисдикции по инвестиционному спору арбитражный трибунал не ограничивается толкованием соответствующих положений международных инвестиционных соглашений. В его предмет исследования входят вопросы *rationae personae*, относящиеся к определению круга лиц, которые могут пользоваться привилегиями иностранного инвестора, вопросы *rationae materiae* — определение категории споров, подпадающих под режим международной защиты, и многие другие. Такая взаимосвязь между отдельными положениями международного договора свидетельствует о сложном уровне правового регулирования, рассчитанного на долгосрочный характер, неопределенный круг участников, и содержит в себе больше элементов нормативности, чем частная сделка.

Общие выводы

Подводя итог частноправовой квалификации согласия на арбитраж, содержащегося в международных инвестиционных соглашениях или внутрисоветском инвестиционном законодательстве, следует признать ее несостоятельность, несмотря на ее доминирующее положение в современном международном инвестиционном праве. Положения ДИС и МИС о порядке разрешения инвестиционных споров должны рассматриваться как

³⁶ Уникальным примером является дело *Yukos v. Russia*, в котором арбитражный трибунал пришел к выводу об обязательности для ответчика положений ДЭХ о порядке разрешения инвестиционных споров, несмотря на то, что ДЭХ не был ратифицирован Российской Федерацией. Кроме того, до вынесения решения о юрисдикции (20.08.2009), Румыния, как депозитарий ДЭХ, была официально уведомлена о намерении Российской Федерации не становиться участником ДЭХ (*Yukos v. Russia*, par. 601).

³⁷ В этой связи нельзя согласиться с А. П. Гармозой, рассматривающим акцепт иностранного инвестора как основание для продления действия согласия на арбитраж несмотря на прекращение соответствующего международного договора: «Однако ничто не мешает инвестору заранее направить государству свое согласие на передачу потенциального спора в арбитраж и тем самым акцептовать оферту, с тем чтобы обезопасить себя на случай прекращения действия МИС» (Гармоза А. П. Указ. соч. С. 29). Схожей линии поведения рекомендует придерживаться М. Потеста для продления действия национального инвестиционного законодательства: «Вот почему инвесторам рекомендуется направлять акцепт в письменной форме о принятии оферты, содержащейся в законодательстве государства, принимающего инвестиции, даже до возникновения спора. Если законодательство, предусматривающее оферту о разрешении споров в МЦУИС, будет отменено до окончательного оформления согласия (по причине того, что инвестор еще не инициировал арбитражное разбирательство или не уведомил о своем акцепте в письменной форме на более ранней стадии), тогда инвестор утрачивает возможность обратиться в МЦУИС в будущем» (Potesta M. Op. cit. P. 153).

международно-правовые нормы, а положения национального законодательства о защите и поощрении иностранных инвестиций — как национально-правовые нормы. С научной точки зрения, неверно рассматривать эти нормы как «постоянно действующие оферты», адресованные иностранным инвесторам. Модель арбитражного соглашения не соответствует сложному составу правоотношений, имеющих не только различную отраслевую природу, но и относящихся к различным системам права.

Согласие на арбитраж, предусмотренное в вышеназванных положениях, отличается по своей правовой природе от арбитражных оговорок, которые государство, принимающее инвестиции, и иностранный инвестор включают в инвестиционный контракт. Частноправовая квалификация такого рода оговорок не вызывает сомнения в силу того, что государство выступает в инвестиционных отношениях на равных началах с иностранным инвестором. Напротив, положения о порядке разрешения инвестиционных споров, предусмотренные в международных и национальных нормативных актах, носят регулятивный характер, что позволяет охарактеризовать содержащееся в них согласие государства на арбитраж как регулятивное согласие.

Отказ от проведения аналогии между регулятивным согласием на арбитраж и условием частной сделки влечет, прежде всего, последствия методологического характера. Положения международных инвестиционных соглашений о порядке разрешения инвестиционных споров остаются воплощением международных обязательств, установленных государствами, но распространяющих свое действие на иностранных инвесторов. Таким образом, фокус правового анализа смещается с оценки регулятивного согласия на арбитраж в качестве акта суверенной власти в сторону признания за таким согласием свойства нормативности. Оно занимает особое место в системе правового регулирования наряду с другими правовыми нормами.

Признание за положениями ДИС или МИС о порядке разрешения инвестиционных споров нормативного характера ограничивает право усмотрения арбитров при вынесении ими решения о наличии или отсутствии своей юрисдикции. Суть данных ограничений основана на приоритете источников права над любыми «законными ожиданиями сообщества государств»³⁸, предыдущими арбитражными решениями по схожим фактическим обстоятельствам³⁹ и другими «доказательствами о существовании сформировавшегося подхода в отношении определенных вопросов инвестиционного права»⁴⁰.

³⁸ *Burlington Resources Inc. v. Republic of Ecuador*. ICSID case № ARB/08/05. Decision of Jurisdiction. June 2. 2010 (*Burlington v. Ecuador*). par. 100.

³⁹ *Suez, Sociedad General de Aguas de Barcelona SA, Vivendi Universal SA v. Argentina*. ICSID case № ARB/03/19. Decision on Liability. July 30. 2010 (*Suez and others v. Argentina*). par. 189.

⁴⁰ Ануров В. Н. Квази прецедентный характер арбитражных решений по инвестиционным спорам // Третейский суд. 2012. № 5. С. 169.