

ПРЕДИСЛОВИЕ

Практика заключения международных инвестиционных соглашений (МИС)¹ в их современной форме насчитывает более 50 лет. Однако арбитражное сообщество стало свидетелем бурного развития арбитража на основании международных инвестиционных соглашений, часто сокращенно именуемого инвестиционным арбитражем², только с 1987 г., когда Международный центр по урегулированию инвестиционных споров (МЦУИС) зарегистрировал первое арбитражное разбиратель-

1. Под международными инвестиционными соглашениями мы понимаем как двусторонние соглашения о поощрении и взаимной защите инвестиций (**двусторонние инвестиционные соглашения, ДИС**), так и многосторонние международные соглашения, содержащие положения об арбитражном разрешении инвестиционных споров, как, например, Договор к Энергетической Хартии или Североамериканское соглашение о свободной торговле (**НАФТА**).

2. Под инвестиционным арбитражем в общем смысле этого слова следует понимать разрешение в международном арбитраже споров в отношении инвестиций между иностранным инвестором и принимающим инвестиции государством. При этом компетенция состава арбитража на разрешение инвестиционного спора может основываться как на положении МИС, так и на арбитражном соглашении сторон, заключенном в другой форме, например на арбитражной оговорке в инвестиционном контракте. В этой книге мы рассматриваем определение компетенции состава арбитража именно на основании положений МИС.

ство³ на основании двустороннего инвестиционного соглашения (ДИС).

Помимо резкого роста объема международных инвестиций в 90-е гг. XX в., этому также способствовало большое число заключаемых ДИС, содержащих положения о разрешении споров между инвестором и принимающим инвестиции государством в международном коммерческом арбитраже. Также был подписан ряд многосторонних международных соглашений, содержащих положения об арбитражном разрешении инвестиционных споров. К числу таких многосторонних соглашений относятся, например, Договор к Энергетической Хартии и Североамериканское соглашение о свободной торговле.

Общей чертой этих двусторонних и многосторонних соглашений является то, что они гарантируют определенный режим инвестициям лиц одного договаривающегося государства на территории другого договаривающегося государства и защищают эти инвестиции от таких негативных явлений, как, например, экспроприация со стороны принимающего инвестиции государства, не сопровождаемая выплатой быстрой, адекватной и эффективной компенсации. Другой отличительной чертой МИС также является содержащееся в них положение о разрешении споров в отношении инвестиций, возникающих между инвестором и принимающим инвестиции государством, в международном арбитраже, предоставляющее иностранному инвестору право на предъявление иска к государству-реципиенту.

Количество известных арбитражных разбирательств на основании МИС, по данным Конференции ООН по торговле

3. Asian Agricultural Products Ltd. v. The Democratic Socialist Republic of Sri Lanka, Final Award on Merits and Damages (27 June 1990), <http://ita.law.uvic.ca/documents/AsianAgriculture-Award.pdf>.

и развитию⁴, на конец 2008 г. достигло 317. Более 75% указанных разбирательств были возбуждены на основании нарушений положений двусторонних инвестиционных соглашений⁵. Российская Федерация не осталась в стороне от развития данного явления. Подписав 65 ДИС⁶, Россия стала ответчиком в 8 известных арбитражных разбирательствах на основании МИС⁷.

Отличительной чертой арбитража на основании международных инвестиционных соглашений является также то, что иностранный инвестор и государство не обязательно должны быть связаны договорными отношениями. Государство-реципиент предоставляет гарантии инвестициям иностранного инвестора и выражает согласие на разрешение споров по поводу этих инвестиций в международном арбитраже, вне зависимости от наличия договорных отношений непосредственно с государством. Так, например, иностранный инвестор, не заключавший инвестиционный контракт с государством-реципиентом, но совершивший инвестиции по смыслу МИС на его территории, может возбудить арбитражное разбирательство против государства-реципиента на основании МИС, если, например, посчитает, что его инвестиции были подвергнуты экспроприации.

4. Latest Developments in Investor-State Dispute Settlement // UNCTAD IIA Monitor. 2009. No. 1, http://www.unctad.org/en/docs/webdiaeia20096_en.pdf.

5. Ibid.

6. Согласно данным Конференции ООН по торговле и развитию по состоянию на 1 июня 2010 г., http://www.unctad.org/sections/dite_pcbb/docs/bits_russia.pdf. 44 из указанных соглашений вступили в силу по состоянию на 1 июля 2010 г.

7. На основании информации, полученной из публично доступной базы данных арбитражных решений (http://ita.law.uvic.ca/alphabetical_list_respondant.htm). При этом следует иметь в виду, что информация о некоторых разбирательствах является конфиденциальной и не доступна в публичных базах данных.

Разрешение инвестиционных споров с государством в международном арбитраже имеет ряд безусловных преимуществ для инвестора по сравнению с разрешением этих споров в национальных судах принимающего инвестиции государства. Основными преимуществами являются следующие. Во-первых, исключается возможность оказания государством давления на форум с целью вынесения форумом благоприятного для государства решения. Во-вторых, решение, вынесенное международным арбитражем, возможно признать и привести в исполнение по правилам Конвенции Организации Объединенных Наций о признании и приведении в исполнение иностранных арбитражных решений не только на территории государства-реципиента, что может оказаться проблематичным, но и на территории других государств – участников Конвенции, где у государства-ответчика может оказаться имущество, на которое можно обратиться взыскание.

Таким образом, МИС является мощным оружием в руках инвестора, позволяющим защитить его инвестиции. Неудивительно, что при наличии такой возможности инвесторы пытаются перевести возникающие с государством споры, которые иначе подлежали бы разрешению в национальных судах государства, на уровень спора, подпадающего под компетенцию состава арбитража, сформированного на основании международного инвестиционного соглашения. Следует отметить, что МИС в качестве инструмента для перенесения инвестиционных споров с российским государством в международный арбитраж используют не только иностранные, но и российские инвесторы, прибегающие к так называемой практике “treaty shopping” (выбор истцом удобного МИС в качестве правового основания для предъявления иска и использование подходящей для этого корпоративной структуры инвестиций).

Для принимающих инвестиции государств участие в МИС рассматривается в качестве важной составляющей благопри-

ятного инвестиционного климата. С другой стороны, согласие на арбитражное разрешение споров, которое дает государство, заключая МИС, представляет собой отказ от юрисдикционного иммунитета, что может повлечь серьезные неблагоприятные последствия для государства, поскольку взыскиваемые в пользу инвесторов суммы часто исчисляются миллиардами долларов США. Обязательства, взятые на себя государствами в МИС, также часто ограничивают свободу государств в принятии внутригосударственных мер в интересах общественного развития⁸. Ряд ученых, представляющих различные государства, даже выступили с открытым заявлением⁹, в котором подвергли критике существующий международный инвестиционный режим, который, по их мнению, оказывает отрицательное воздействие на общественные интересы.

Неудивительно, что принимающие инвестиции государства практически в каждом разбирательстве на основании МИС заявляют возражения против наличия компетенции состава арбитража на разрешение спора. Каждое разбирательство на основании МИС начинается со стадии определения компетенции состава арбитража, поскольку это является необходимой предпосылкой для разрешения спора по существу. Определение

8. Так, например, табачный концерн Philip Morris предъявил иски к Уругваю и Австралии в ответ на принятие в этих государствах законодательства, направленного на ограничение потребления табака, посчитав, что новое законодательство нарушает предоставленные соответствующими ДИС права. См.: FTR Holding S.A. (Switzerland), Philip Morris Products S.A. (Switzerland) and Abal Hermanos S.A. v. Oriental Republic of Uruguay, Request for Arbitration (19 February 2010), <http://italaw.com/documents/PMI-UruguayNoA.pdf>; Philip Morris Asia Limited v. Australia, Written Notification of Claim (22 June 2011), http://italaw.com/documents/PhilipMorrisAsiaLimited_v_Australia_NOC_22Jun2011.pdf.

9. Открытое заявление о международном инвестиционном режиме, 31 августа 2010 г., <http://www.osgoode.yorku.ca/public-statement/documents/Public%20Statement%20%28Russian%29%20%28June%202011%29.pdf>.

компетенции состава арбитража имеет ключевое значение для разрешения спора. Если состав арбитража придет к выводу об отсутствии компетенции на разрешение спора, инвестор не сможет рассчитывать на защиту прав, предоставляемых МИС, в международном арбитраже. Исследование проблемы определения компетенции состава арбитража на основании МИС, таким образом, обладает большой практической актуальностью.

В этой книге мы исследуем вопросы определения предметной и субъектной компетенции состава арбитража и такие актуальные проблемы толкования положений МИС о разрешении споров, как определение категорий споров, на разрешение которых распространяется компетенция состава арбитража, определение компетенции состава арбитража на основании МИС на разрешение контрактных споров, проблема конфликта компетенций составов арбитража и распространение режима наибольшего благоприятствования на положения МИС о разрешении споров. Эти вопросы последовательно освещены в главах II–IV книги.

Однако перед тем как обратиться к исследованию указанных вопросов, мы начинаем изложение материала с рассмотрения в главе I механизма заключения и условий наличия арбитражного соглашения в арбитраже на базе МИС. Понимание механизма заключения, условий наличия арбитражного соглашения, а также его значения для наличия компетенции состава арбитража являются основой для разрешения рассматриваемых нами далее по тексту книги проблем.

СОДЕРЖАНИЕ

БЛАГОДАРНОСТИ.....	III
ПРЕДИСЛОВИЕ.....	IV
ПЕРЕЧЕНЬ АРБИТРАЖНЫХ РЕШЕНИЙ.....	XVI
ПЕРЕЧЕНЬ МЕЖДУНАРОДНЫХ ДОГОВОРОВ.....	XXIV
УКАЗАТЕЛЬ СОКРАЩЕНИЙ.....	XL
I. ЗНАЧЕНИЕ АРБИТРАЖНОГО СОГЛАШЕНИЯ ДЛЯ ОПРЕДЕЛЕНИЯ КОМПЕТЕНЦИИ СОСТАВА АРБИТРАЖА НА ОСНОВАНИИ МЕЖДУНАРОДНЫХ ИНВЕСТИЦИОННЫХ СОГЛАШЕНИЙ.....	1
1. Арбитражное соглашение как основание компетенции состава арбитража, сформированного на базе международного инвестиционного соглашения	2
1.1 Основания компетенции МЕЖДУНАРОДНОГО КОММЕРЧЕСКОГО АРБИТРАЖА	2
1.2 Особенности определения компетенции СОСТАВА АРБИТРАЖА НА РАЗРЕШЕНИЕ ИНВЕСТИЦИОННЫХ СПОРОВ.....	6
1.3 АРБИТРАЖНОЕ СОГЛАШЕНИЕ В АРБИТРАЖЕ НА ОСНОВАНИИ ПОЛОЖЕНИЙ МИС.....	10

1.4 КРИТИКА ПОДХОДА, ОТРИЦАЮЩЕГО НАЛИЧИЕ АРБИТРАЖНОГО СОГЛАШЕНИЯ В АРБИТРАЖЕ НА ОСНОВАНИИ ПОЛОЖЕНИЙ МИС.....	15
1.5 МЕХАНИЗМ ЗАКЛЮЧЕНИЯ АРБИТРАЖНОГО СОГЛАШЕНИЯ В АРБИТРАЖЕ НА БАЗЕ ПОЛОЖЕНИЯ МИС.....	25
2. Условия наличия арбитражного соглашения в арбитраже на базе МИС	31
3. Соотношение условий наличия компетенции состава арбитража и условий допустимости иска.....	38
II. ОПРЕДЕЛЕНИЕ ПРЕДМЕТНОЙ КОМПЕТЕНЦИИ СОСТАВА АРБИТРАЖА, СФОРМИРОВАННОГО НА ОСНОВАНИИ МЕЖДУНАРОДНОГО ИНВЕСТИЦИОННОГО СОГЛАШЕНИЯ	49
1. Значение и определения понятия инвестиции в международных инвестиционных соглашениях	50
2. Понятие инвестиции в соответствии с Вашингтонской конвенцией	57
3. Роль национального законодательства в установлении наличия инвестиции.....	74
4. Роль арбитражной практики в толковании понятия инвестиции и специальные вопросы предметной компетенции	85
4.1 РАСХОДЫ, ПРЕДШЕСТВУЮЩИЕ ИНВЕСТИРОВАНИЮ	87
4.2 ТЕРРИТОРИЯ ИНВЕСТИЦИИ	92
4.3 ЗАЩИТА ИНВЕСТИЦИЙ ПОСЛЕ ИХ ПРЕКРАЩЕНИЯ.....	94

III. ОПРЕДЕЛЕНИЕ СУБЪЕКТНОЙ КОМПЕТЕНЦИИ СОСТАВА АРБИТРАЖА, СФОРМИРОВАННОГО НА ОСНОВАНИИ МЕЖДУНАРОДНОГО ИНВЕСТИЦИОННОГО СОГЛАШЕНИЯ	99
1. Требования, предъявляемые к инвестору международными инвестиционными соглашениями.....	100
1.1 Национальность инвестора.....	101
а. Национальность инвесторов – физических лиц.....	102
б. Национальность инвесторов – юридических лиц	111
2. Требования, предъявляемые к инвестору Вашингтонской конвенцией	116
2.1 ТРЕБОВАНИЯ ВАШИНГТОНСКОЙ КОНВЕНЦИИ к национальности инвесторов – физических лиц	118
а. Требование о наличии гражданства договаривающегося государства, не выступающего стороной в споре	118
б. Вашингтонская конвенция и вопрос о двойном гражданстве	120
2.2 ТРЕБОВАНИЯ ВАШИНГТОНСКОЙ КОНВЕНЦИИ к национальности инвесторов – юридических лиц	122
а. Критерии для определения национальности инвесторов – юридических лиц в соответствии с Вашингтонской конвенцией.....	122
б. Местная компания как иностранный инвестор: вопросы установления наличия иностранного контроля.....	126
3. Специальные вопросы субъектной компетенции в практике составов арбитража	133

3.1	КРИТЕРИЙ КОНТРОЛЯ В АРБИТРАЖНОЙ ПРАКТИКЕ.....	133
3.2	ЗАЩИТА ИНВЕСТИЦИЙ, ОСУЩЕСТВЛЕННЫХ В ФОРМЕ УЧАСТИЯ В КОМПАНИИ	148
a.	Право акционеров на предъявление исков от своего имени	148
b.	Возмещение прямых и косвенных убытков акционеров по самостоятельным искам	154
c.	Самостоятельные иски миноритарных акционеров местных компаний.....	157
d.	Компетенция состава арбитража на разрешение споров между государством-реципиентом и акционерами, участвующими в капитале компании опосредованно	159
e.	Реализация акционерами права на предъявление самостоятельных исков как потенциальная причина параллельных арбитражных разбирательств.....	164
IV.	АКТУАЛЬНЫЕ ПРОБЛЕМЫ ТОЛКОВАНИЯ ПОЛОЖЕНИЙ МИС О РАЗРЕШЕНИИ СПОРОВ	177
1.	Ограничение круга споров, подлежащих разрешению в международном инвестиционном арбитраже, отдельными категориями дел	178
2.	Споры, основанные на нарушении положений МИС, и споры, связанные с нарушением положений контракта между принимающим инвестиции государством и инвестором	194

2.1	КОМПЕТЕНЦИЯ СОСТАВА АРБИТРАЖА, СФОРМИРОВАННОГО НА ОСНОВАНИИ МИС, НА РАЗРЕШЕНИЕ КОНТРАКТНЫХ СПОРОВ	194
2.2	РЕШЕНИЕ ПРОБЛЕМЫ КОНФЛИКТА КОМПЕТЕНЦИЙ СОСТАВА АРБИТРАЖА, СФОРМИРОВАННОГО НА ОСНОВАНИИ МИС, И ФОРУМА, ПРЕДУСМОТРЕННОГО КОНТРАКТОМ	209
a.	Разрешение симметричного конflikта компетенций	213
b.	Разрешение асимметричного конflikта компетенций	219
3.	Распространение режима наибольшего благоприятствования на положения МИС об арбитражном разрешении споров.....	231
	ПРИЛОЖЕНИЯ	265
	Приложение 1 СОГЛАШЕНИЕ МЕЖДУ ПРАВИТЕЛЬСТВОМ СОЮЗА СОВЕТСКИХ СОЦИАЛИСТИЧЕСКИХ РЕСПУБЛИК И ПРАВИТЕЛЬСТВОМ СОЕДИНЕННОГО КОРОЛЕВСТВА ВЕЛИКОБРИТАНИИ И СЕВЕРНОЙ ИРЛАНДИИ О ПООЩРЕНИИ И ВЗАИМНОЙ ЗАЩИТЕ КАПИТАЛОВЛОЖЕНИЙ	266
	Приложение 2 СОГЛАШЕНИЕ МЕЖДУ ПРАВИТЕЛЬСТВОМ СОЮЗА СОВЕТСКИХ СОЦИАЛИСТИЧЕСКИХ РЕСПУБЛИК И ПРАВИТЕЛЬСТВАМИ КОРОЛЕВСТВА БЕЛЬГИИ И ВЕЛИКОГО ГЕРЦОГСТВА ЛЮКСЕМБУРГ О ВЗАИМНОМ ПООЩРЕНИИ И ВЗАИМНОЙ ЗАЩИТЕ КАПИТАЛОВЛОЖЕНИЙ	276

Приложение 3

СОГЛАШЕНИЕ МЕЖДУ СОЮЗОМ
СОВЕТСКИХ СОЦИАЛИСТИЧЕСКИХ РЕСПУБЛИК И ИСПАНИЕЙ
О СОДЕЙСТВИИ ОСУЩЕСТВЛЕНИЮ И ВЗАИМНОЙ
ЗАЩИТЕ КАПИТАЛОВЛОЖЕНИЙ285

Приложение 4

ПОСТАНОВЛЕНИЕ ПРАВИТЕЛЬСТВА РФ от 9 июня 2001 г. № 456
О ЗАКЛЮЧЕНИИ СОГЛАШЕНИЙ МЕЖДУ
ПРАВИТЕЛЬСТВОМ РОССИЙСКОЙ ФЕДЕРАЦИИ
И ПРАВИТЕЛЬСТВАМИ ИНОСТРАННЫХ ГОСУДАРСТВ
О ПООЩРЕНИИ И ВЗАИМНОЙ ЗАЩИТЕ КАПИТАЛОВЛОЖЕНИЙ.....293

2.1 Компетенция состава арбитража, сформированного на основании МИС, на разрешение контрактных споров

Говоря о категориях споров, на которые может распространяться компетенция состава арбитража, важно разграничивать категории споров, основанных на нарушении принимающим инвестиции государством положений МИС, с одной стороны, и споров, связанных с нарушением государством положений контракта, заключенного с иностранным инвестором, с другой стороны.

В параграфе 1 главы I мы уже говорили о том, что компетенция состава арбитража на разрешение инвестиционного спора может основываться на арбитражной оговорке, включенной в контракт между инвестором и принимающим инвестиции государством. В этом случае при нарушении государством взятых на себя в контракте с иностранным инвестором обязательств возникший спор может стать предметом арбитражного разбирательства, а компетенция состава арбитража будет основываться на арбитражном соглашении, содержащемся в таком контракте.

Однако предметом нашего исследования является определение компетенции состава арбитража, сформированного на основании международного инвестиционного соглашения. В этой связи интересен вопрос, распространяется ли компетенция состава ар-

битража, основанная на положении МИС, на разрешение споров из контрактов между государством и инвестором. Ответ на этот вопрос прежде всего зависит от формулировки положения о разрешении споров применимого МИС.

Так, например, ст. 24 Типового ДИС США 2004 г. прямо предусматривает, что:

«... (а) истец от своего лица может подать в арбитраж иск о том,

(i) что ответчик нарушил...

(С) инвестиционное соглашение...».

В данном случае дискуссии о компетенции состава арбитража рассматривать споры из нарушения контракта возникнуть не должно. Подобные положения подтверждают, что компетенция состава арбитража, сформированного на основании МИС, в принципе может распространяться на разрешение споров из нарушения контракта.

Статья 9 (1) ДИС между Нидерландами и Венесуэлой⁵²¹, напротив, ограничивает компетенцию состава арбитража решением *«спор[ов] по поводу обязанностей... [государства-реципиента] по настоящему Соглашению в отношении инвестиции... [инвестора]».*

Прочтение же ст. 11 ДИС между Россией и Японией, которое предусматривает арбитражное разрешение *«люб[ых] спор[ов]...*

521. Соглашение о поощрении и взаимной защите инвестиций между Королевством Нидерландов и Республикой Венесуэла – Agreement on encouragement and reciprocal protection of investments between the Kingdom of the Netherlands and the Republic of Venezuela, http://www.unctad.org/sections/dite/ia/docs/bits/netherlands_venezuela.pdf.

в отношении капиталовложений...», само по себе не позволяет сделать вывод о том, что государства – участники данного ДИС намеревались исключить споры, основанные на нарушении государством-реципиентом обязательств из контрактов, заключенных с иностранным инвестором, из сферы компетенции состава арбитража, сформированного на основании данного ДИС.

Один из вопросов, который встал перед составами арбитража, может ли компетенция состава арбитража, основанного на таких «широких» положениях МИС о разрешении споров, распространяться на разрешение контрактных споров. Так, предметом рассмотрения состава арбитража в разбирательстве по делу *Salini* стала ст. 8 ДИС между Марокко и Италией⁵²², которая предусматривала арбитражное разрешение «*всех споров... в отношении инвестиций...*». Состав арбитража пришел к выводу о том, что ст. 8 применимого ДИС обязывает государство соблюдать выраженное им согласие на арбитражное разрешение споров «*в отношении нарушений Двустороннего Соглашения и любого нарушения контракта, который прямо связывает Государство*»⁵²³. В каждом конкретном случае ответ на вопрос, распространяется ли компетенция состава арбитража на разрешение контрактных споров в силу «широкого» положения о разрешении споров, зависит от формулировки конкретного положения и от толкования, которое даст ему состав арбитража.

522. Соглашение между Правительством Королевства Марокко и Правительством Итальянской Республики о поощрении и взаимной защите инвестиций – Accord entre le Gouvernement du Royaume du Maroc et le Gouvernement de la Republique Italienne Relatif a la Promotion et la Protection Reciproques des Investissements 18 July 1990, http://www.unctad.org/sections/dite/ia/docs/bits/Morocco_Italy_fr.pdf.

523. *Salini Costruttori S.P.A. & Italstrade S.P.A. v. Kingdom of Morocco*, Decision on Jurisdiction (23 July 2001), <http://ita.law.uvic.ca/documents/Salini-English.pdf>. Para 61.

Однако чаще всего, рассматривая вопрос о распространении своей компетенции на разрешение контрактных споров, помимо положений о разрешении споров, составы арбитража также должны принимать во внимание содержащиеся во многих МИС так называемые «зонтичные положения» (“umbrella clauses”)⁵²⁴. Название этих положений обосновано тем, что они помещают контрактные обязательства под «зонтик» международного инвестиционного соглашения⁵²⁵. Благодаря этим положениям соблюдение государством взятых на себя в контракте с иностранным инвестором обязательств становится обязательством государства, предусмотренным МИС. Нарушая контрактные обязательства, государство таким образом одновременно нарушает обязательства из международного инвестиционного соглашения, а следовательно, компетенция состава арбитража распространяется на разрешение споров по поводу таких нарушений.

По некоторым оценкам, около 40% заключенных ДИС содержат «зонтичные положения»⁵²⁶. Примером «зонтичного положения» является положение ст. 2 (2) Типового ДИС Великобритании, согласно которому:

«Каждая Договаривающаяся Сторона должна соблюдать любые обязательства, взятые на себя

524. Как отмечает Энтони Синклар (Anthony C. Sinclair), термин «зонтичные положения» был впервые использован как минимум уже в 1961 г. Подробно об истории «зонтичных положений» см.: *Sinclair A. The Origins of the Umbrella Clause in the International Law of Investment Protection // Arbitration International. 2004. Vol. 20. No. 4. P. 411–434.*

525. *Schreuer C. Travelling the BIT Route: Of Waiting Periods, Umbrella Clauses and Forks in the Road // The Journal of World Investment and Trade. 2004. Vol. 5. No. 2. P. 250.*

526. *Gill J., Gearing M., et al. Contractual Claims and Bilateral Investment Treaties // Journal of International Arbitration. 2004. Vol. 21. No. 5. P. 397–412. Footnote 31.*

по отношению к инвестициям лиц или компаний другой Договаривающейся Стороны».

История включения в международные инвестиционные соглашения «зонтичных положений» насчитывает уже более 50 лет. Так, уже в тексте первого в истории ДИС, заключенного между Германией и Пакистаном⁵²⁷, содержалось такое положение. Следует отметить, что до последнего времени ни у государств – участников МИС, ни у комментаторов не возникало вопросов об их значении. Правительство Германии так разъясняло значение «зонтичного положения» немецкому парламенту:

«Нарушение такого обязательства [содержащегося в контракте] будет также являться нарушением международного правового обязательства, закрепленного настоящим Соглашением»⁵²⁸.

Такое мнение разделялось большинством авторов⁵²⁹. Однако единогласие комментаторов не выдержало проверку арбитражной практикой, когда инвесторы начали ссылаться на «зонтичные положения» для установления компетенции состава арбитража.

527. Соглашение между Федеративной Республикой Германия и Пакистаном о поощрении и взаимной защите инвестиций – Treaty between the Federal Republic of Germany and Pakistan for the Promotion and Protection of Investments, 25 November 1959 // Bundesgesetzblatt. 1961. Nr. 33. S. 794–804, <http://www.dis-arb.de/materialien/bgbl/part2/19610629-1961-II-793.pdf>.

528. *Alenfeld J.* Die Investitionsförderungsverträge der Bundesrepublik Deutschland. Frankfurt, 1971. S. 97, note 180.

529. См.: *Mann A.* British Treaties for the Promotion and Protection of Investments // *British Yearbook of International Law.* 1981. Vol. 52. P. 241–254. At p. 246; *Dolzer R., Stevens M.* Bilateral Investment Treaties. The Hague, Boston, London: Martinus Nijhoff Publishers, 1995. P. 81.

Первым разбирательством, в котором состав арбитража рассмотрел вопрос влияния «зонтичного положения» на компетенцию состава арбитража по рассмотрению контрактных споров, стало *SGS v. Pakistan*⁵³⁰.

В разбирательстве по делу *SGS v. Pakistan* ст. 9 применимого ДИС между Швейцарией и Пакистаном⁵³¹ также содержала положение о разрешении «споров в отношении инвестиций». Перед тем как обратиться к «зонтичному положению», состав арбитража проанализировал формулировку положения о разрешении споров и признал, что как споры, основанные на нарушении положений ДИС, так и споры, основанные на нарушении контракта, могут быть названы «спорами в отношении инвестиций». Однако, как указал состав арбитража, эта фраза описывает только предмет спора и не имеет отношения ни к правовому основанию иска, ни к средству правовой защиты⁵³². Состав арбитража отметил, что из одного такого описания не следует, что арбитражное соглашение распространяется как на споры из нарушения положений МИС, так и на споры из нарушения контракта⁵³³. В итоге состав арбитража пришел к выводу, что его компетенция не распространяется на разрешение споров по поводу нарушений контракта,

530. *Yannaca-Small K. Interpretation of the Umbrella Clause in Investment Agreements* // OECD working papers on international investment, Number 2006/3, <http://www.oecd.org/dataoecd/3/20/37579220.pdf>. P. 15.

531. Соглашение между Швейцарской Конфедерацией и Исламской Республикой Пакистан о поощрении и взаимной защите инвестиций, 11.07.1995 – Accord entre la Confédération suisse et la République islamique du Pakistan concernant la promotion et la protection réciproque des investissements, http://www.unctad.org/sections/dite/ia/docs/bits/switzerland_pakistan_fr.pdf.

532. *SGS Société Générale de Surveillance S.A. v. Islamic Republic of Pakistan*, Decision of the Tribunal on Objections to Jurisdiction (6 August 2003), http://ita.law.uvic.ca/documents/SGSvPakistan-decision_000.pdf. Para 161.

533. *Ibid.*

которые не являются одновременно нарушениями положений применимого ДИС⁵³⁴.

Возможно, на решение состава арбитража в разбирательстве *SGS v. Pakistan* повлияла его обеспокоенность соотношением положения о разрешении споров, содержащегося в ДИС, на которое ссылался истец, и арбитражной оговорки, включенной в контракт, заключенный истцом с Пакистаном⁵³⁵, на которую ссылался ответчик и согласно которой все споры подлежали разрешению арбитражем в Пакистане⁵³⁶.

По мнению состава арбитража, содержащееся в ст. 9 применимого ДИС указание на «споры в отношении инвестиций» не означает, что договаривающиеся государства намеревались передать на разрешение инвестиционного арбитража как споры из нарушения ДИС, так и споры из нарушения контракта⁵³⁷. Как указал состав арбитража, такое указание не заменяет и не аннулирует действие ранее заключенных между инвестором и государством соглашений о разрешении споров⁵³⁸.

В соответствии со ст. 11 ДИС между Швейцарией и Пакистаном:

«Каждая Договаривающаяся Сторона должна постоянно гарантировать соблюдение обязательств, которые она взяла на себя по отношению к инвестициям инвесторов другой Договаривающейся Стороны».

534. Ibid. Para 162.

535. Ibid. Para 161.

536. Ibid. Para 15.

537. Ibid. Para 161.

538. Ibid.

На основании данного положения истец в разбирательстве по делу *SGS v. Pakistan* утверждал, что нарушение Пакистаном контрактных обязательств являлось нарушением ДИС⁵³⁹. Однако состав арбитража указал, что предложенная истцом оценка значения положения ст. 11 ДИС привела бы к тяжелым последствиям для государств – участников ДИС, а следовательно, нужны четкие и убедительные доказательства того, что воля этих государств действительно заключалась в придании положению ст. 11 такого смысла⁵⁴⁰. Состав арбитража не нашел таких доказательств.

Состав арбитража назвал несколько мотивов заключения вывода об отсутствии компетенции на рассмотрение контрактных споров⁵⁴¹. Во-первых, состав арбитража высказал опасения относительно распространения компетенции состава арбитража на разрешение споров из неограниченного числа заключенных государством контрактов⁵⁴². Во-вторых, по мнению состава арбитража, распространение его компетенции на разрешение контрактных споров лишит смысла предусмотренные в тексте ДИС гарантии, так как нарушения контракта будет достаточно для привлечения государства к ответственности в соответствии с ДИС⁵⁴³. В-третьих, соглашение о выборе форума для разрешения споров в контракте, таким образом, перестанет быть обязывающим для инвестора, но останется обязывающим для государ-

539. Ibid. Paras 97–99.

540. Ibid. Para 167.

541. Ibid. Para 190 (b).

542. Ibid. Para 168.

543. Ibid. Критическую оценку этого и других аргументов состава арбитража в разбирательстве *SGS v. Pakistan* см. в: *Schreuer C. Travelling the BIT Route: Of Waiting Periods, Umbrella Clauses and Forks in the Road // The Journal of World Investment and Trade. 2004. Vol. 5. No. 2. P. 253–254.*

ства, что поставит их в неравное положение⁵⁴⁴. И в-четвертых, по мнению состава арбитража, «зонтное положение» не представляет собой материальную гарантию, так как содержащая его ст. 11 не была помещена в тексте ДИС рядом со статьями, представляющими другие материальные гарантии⁵⁴⁵.

Как указал состав арбитража, предложенная им оценка положения ст. 11 ДИС не лишает его смысла. Так, по мнению состава арбитража, нарушением ДИС могло бы стать, например, препятствие государства инвестору в разрешении возникшего спора в арбитраже, как это предусмотрено контрактом⁵⁴⁶.

В разбирательстве по делу *SGS v. Philippines* государства – участники применимого ДИС между Швейцарией и Филиппинами⁵⁴⁷ в ст. 8 (2) также выразили согласие на арбитражное разрешение «споров в отношении инвестиций». Состав арбитража пришел к выводу, что споры из нарушения контракта подпадают под определение «споров в отношении инвестиций»⁵⁴⁸ и что такие споры могут в принципе передаваться на разрешение состава арбитража, компетенция которого основана на положении о разрешении споров применимого ДИС⁵⁴⁹.

544. *SGS Société Générale de Surveillance S.A. v. Islamic Republic of Pakistan*, Decision of the Tribunal on Objections to Jurisdiction (6 August 2003), http://ita.law.uvic.ca/documents/SGSvPakistan-decision_000.pdf. Para 168.

545. *Ibid.* Paras 169–170.

546. *Ibid.* Para 172.

547. Соглашение между Швейцарской Конфедерацией и Республикой Филиппины о поощрении и взаимной защите инвестиций, 31.03.1997 – *Accord entre la Confédération suisse et la République des Philippines concernant la promotion et la protection réciproque des investissements*, http://www.unctad.org/sections/dite/ia/docs/bits/switzerland_philippines_fr.pdf.

548. *SGS Société Générale de Surveillance S.A. v. Republic of Philippines*, Decision of the Tribunal on Objections to Jurisdiction (29 January 2004), http://ita.law.uvic.ca/documents/SGSvPhil-final_001.pdf. Para 131.

549. *Ibid.* Para 135.

Однако состав арбитража был вынужден принять во внимание существовавший конфликт между положением о разрешении споров, содержащимся в ДИС, на которое ссылался истец, и положением о разрешении споров, включенным в заключенный инвестором с Филиппинами контракт⁵⁵⁰, согласно которому все споры подлежали разрешению в филиппинских государственных судах⁵⁵¹. Состав арбитража, указав на то, что он в принципе компетентен рассматривать споры из нарушения контракта, пришел к выводу, что он не должен реализовывать свою компетенцию по отношению к таким спорам, когда стороны уже заключили исключительное соглашение относительно того, как такие споры должны разрешаться⁵⁵².

Состав арбитража отметил, что должно соблюдаться содержащееся в контракте между государством и инвестором соглашение о выборе форума⁵⁵³. Как указал состав арбитража, общее положение, содержащееся в ДИС, не может заменять специально согласованное сторонами и включенное в контракт положение о разрешении споров⁵⁵⁴. Состав арбитража обосновал это заключение тем, что целью ДИС является поддерживать и дополнять, а не заменять контракты, заключенные между инвестором и государством⁵⁵⁵. В итоге состав арбитража заключил, что прежде, чем он сможет рассмотреть спор в связи с нарушением положений ДИС, спор относительно наличия контрактных обязательств должен

550. Ibid. Para 133.

551. Ibid. Para 22.

552. Ibid. Para 155.

553. Ibid. Para 138.

554. Ibid. Para 141.

555. Ibid.

быть разрешен согласно механизму, предусмотренному сторонами в контракте⁵⁵⁶. При этом состав арбитража классифицировал препятствие для рассмотрения спора в арбитраже, основанном на ДИС, как вопрос допустимости иска⁵⁵⁷, приостановил разбирательство по делу, особо указав, что оно может быть возобновлено, когда препятствия допустимости иска будут устранены⁵⁵⁸.

Состав арбитража также проанализировал текст ст. X (2) ДИС между Швейцарией и Филиппинами, в которой содержится «зонтичное положение», похожее на положение ст. 11 ДИС между Швейцарией и Пакистаном:

«Каждая Договаривающаяся Сторона должна соблюдать любые обязательства, которые она приняла на себя по отношению к конкретным инвестициям, [совершенным] на ее территории инвестирами другой Договаривающейся Стороны».

Однако состав арбитража в разбирательстве *SGS v. Philippines* сделал совершенно другие выводы о значении этого положения. По мнению состава арбитража, если государство взяло на себя обязательства по отношению к конкретным инвестициям, то распространение защиты ДИС на эти обязательства полностью соответствует целям ДИС⁵⁵⁹. Проанализировав мотивировочную часть решения *SGS v. Pakistan*⁵⁶⁰, состав арбитража

556. Ibid. Para 155.

557. Ibid. Para 170. О разграничении вопросов компетенции состава арбитража и допустимости иска см. параграф 3 главы I.

558. Ibid. Para 177.

559. Ibid. Para 117.

560. Ibid. Paras 119–126.

заклучил, что предложенное в *SGS v. Pakistan* толкование «зонтичного положения» лишает его всякого смысла⁵⁶¹.

Состав арбитража в разбирательстве *SGS v. Philippines* пришел к выводу, что в результате действия «зонтичного положения» нарушение государством обязательств, взятых на себя по отношению к конкретным инвестициям в контракте, становится также нарушением ДИС⁵⁶². Однако состав арбитража отметил, что содержание таких обязательств определяется не международным правом, а соответствующим контрактом и национальным правом, которым регулируется такой контракт⁵⁶³. Состав арбитража в разбирательстве *SGS v. Philippines*, с одной стороны, признал, что «зонтичное положение» распространяет его компетенцию на разрешение споров из контрактов, но, с другой стороны, указал на то, что не должен реализовывать свою компетенцию по отношению к таким спорам, когда стороны ранее уже заключили соглашения, предоставляющие компетенцию на разрешение таких споров другому форуму.

Решения, вынесенные по делам *SGS*, получили различную оценку в литературе. Маклахлан, Шор и Вайнигер указывают на обоснованность толкования положения о разрешении споров или «зонтичного положения» МИС таким образом, что споры из нарушения контрактов будут как таковые выведены за пределы компетенции состава арбитража, сформированного на основании МИС⁵⁶⁴. Вместе с тем, высказываясь в поддержку решения по делу *SGS v. Philippines*, указанные авторы отмечают, что, если инвестор намеревается отстаивать свои права,

561. Ibid. Para 125.

562. Ibid. Para 128.

563. Ibid.

564. *McLachlan C., Shore L., Weiniger M.* International Investment Arbitration: Substantive Principles. Oxford: Oxford University Press, 2008. P. 115. Para 4.111.

предусмотренные контрактом, он должен делать это в соответствии с его условиями. Условия же контрактов о разрешении споров не должны утрачивать свое действие в пользу общих положений ДИС⁵⁶⁵.

Шройер также отдал предпочтение изложению мотивов в решении по делу *SGS v. Philippines*⁵⁶⁶. Гайард, выступавший представителем SGS в обоих разбирательствах, был недоволен обоими решениями и критически оценил решение, к которому пришел состав арбитража в разбирательстве *SGS v. Philippines*. По его мнению, при наличии в МИС «зонтичного положения» состав арбитража компетентен рассматривать спор из нарушения контракта без требования о том, чтобы такой спор был сначала передан на разрешение другого форума⁵⁶⁷. Состав арбитража, как отмечает Гайард, не должно заботить соотношение положений о разрешении споров, содержащихся в МИС и в контракте⁵⁶⁸. Однако такая точка зрения заслуживает критики уже потому, что инвестор получает возможность одновременно обратиться в два форума, что приведет к нежелательному результату – возникновению двух параллельных разбирательств, в которых два независимых компетентных органа будут рассматривать спор, основанный на одних и тех же фактических обстоятельствах, и возможно придут к несовместимым друг

565. Ibid. Para 4.112.

566. *Schreuer C.* Travelling the BIT Route: Of Waiting Periods, Umbrella Clauses and Forks in the Road // *The Journal of World Investment and Trade*. 2004. Vol. 5. No. 2. P. 255.

567. *Gaillard E.* Investment Treaty Arbitration and Jurisdiction Over Contract Claims – the SGS Cases Considered // *International Investment Law and Arbitration: Leading Cases from the ICSID, NAFTA, Bilateral Treaties and Customary International Law*. Ed. by Todd Weiler. London: Cameron May, 2005. P. 344.

568. Ibid. P. 345.

с другом выводом. Такой результат не отвечает интересам эффективного разрешения споров.

Что касается толкования зонтичных положений в арбитражной практике после решений по делам SGS, то, с одной стороны, несколько составов арбитража вслед за составом арбитража в разбирательстве по делу SGS v. Pakistan указали, что действие «зонтичных положений» не распространяет их компетенцию на споры из нарушения контрактов⁵⁶⁹. С другой стороны, ряд составов арбитража вслед за составом арбитража в разбирательстве SGS v. Philippines пришли к выводу, что в силу «зонтичных положений» их компетенция распространяется на споры из нарушения государством контрактов, заключенных с инвесторами⁵⁷⁰.

Представляется, что позиция, занятая составом арбитража в разбирательстве по делу SGS v. Pakistan, не заслуживает поддержки, так как она игнорирует общее правило толкования международных договоров, закрепленное в п. 1 ст. 31 Венской конвенции:

«Договор должен толковаться добросовестно в соответствии с обычным значением, которое следует придавать терминам договора, в их контексте, а также в свете объекта и целей договора» (подчеркивание наше. – А.Г.).

569. См., например: El Paso Energy International Company v. The Argentine Republic, Decision on Jurisdiction (27 April 2006), <http://ita.law.uvic.ca/documents/el PasoEN.pdf>; Pan American Energy LLC, and BP Argentina Exploration Company v. The Argentine Republic and BP America Production Company, Pan American Sur SRL, Pan American Fueguina, SRL and Pan American Continental SRL v. The Argentine Republic, Decision on Preliminary Objections (27 July 2006), <http://ita.law.uvic.ca/documents/PanAmericanBPJurisdiction-eng.pdf>.

570. См., например: Noble Ventures Inc v. Romania, Award (12 October 2005), <http://ita.law.uvic.ca/documents/Noble.pdf>; Eureko BV v. Republic of Poland, Partial Award (19 August 2005), <http://ita.law.uvic.ca/documents/Eureko-PartialAwardandDissentingOpinion.pdf>.

Как следует из комментария к Венской конвенции, требования о необходимости толковать международный договор добросовестно предполагают презумпцию того, что стороны скорее намеревались придать условиям договора какое-либо значение, чем никакого значения⁵⁷¹. А рассмотрение объекта и целей договора с соблюдением требования добросовестности приводит к заключению о том, что положения договора должны быть действительными⁵⁷².

Толкование «зонтичного положения», предложенное составом арбитража в разбирательстве *SGS v. Pakistan*, напротив, лишило его всякого смысла и действительности. Данная ситуация существенно отличается от толкования положения о разрешении споров в разбирательстве по делу *Tza Yap Shum*, описанного нами в параграфе 1 настоящей главы, в котором толкование «узкого» положения о разрешении споров в соответствии с его обычным значением ограничивало компетенцию состава арбитража определенной категорией споров, но тем самым не лишало положение о разрешении споров смысла, так как оно по-прежнему выражало волю сторон МИС о передаче на разрешение состава арбитража другой категории споров.

Составы арбитража, распространившие свою компетенцию на разрешение споров из нарушения контрактов в силу наличия в МИС «зонтичных положений», как и комментаторы Венской конвенции, указали на то, что основным правилом толкования международных договоров является правило о том, что положения договора должны скорее толковаться как имеющие

571. *Villiger M.E. Commentary on the 1969 Vienna Convention on the Law of Treaties*. Leiden: Martinus Nijhoff Publishers, 2009. P. 425. Para 7.

572. *Ibid.* P. 428. Para 12.

значение, нежели как не имеющие его⁵⁷³. Составы арбитража указали, что иное толкование «зонтичного положения» (не расширяющее компетенцию состава арбитража на контрактные споры) лишит такое положение всякого практического смысла и действительности⁵⁷⁴. Автор разделяет такой подход к толкованию «зонтичных положений», основанный на общем правиле толкования международных договоров, закрепленном в Венской конвенции.