

Двусторонние договоры государств-членов ЕС о защите иностранных инвестиций и право ЕС

Исполинов

Алексей Станиславович

*и.о. заведующего кафедрой
международного права
юридического факультета МГУ
им. М.В. Ломоносова,
кандидат юридических наук,
доцент*

Ануфриева

Александра Александровна

*старший юрист
ООО «Юридическая фирма
"Лекс-Инвест"»*

15 сентября 2011 г. Судом ЕС (далее — Суд) было вынесено решение по делу *Commission v. Slovak Republic*¹. Это решение представляет собой весьма примечательное прояснение позиции Суда ЕС применительно к вопросу о соотношении права ЕС и двусторонних договоров о защите иностранных инвестиций, заключенных странами ЕС с третьими государствами. Это решение Суда ЕС, по нашему мнению, следует рассматривать также в контексте крайне драматичной правовой коллизии более широкого плана, связанной с конфликтом норм права ЕС и современного международного инвестиционного права, что выразилось в том числе в появлении противоречащих друг другу решений судов ЕС и инвестиционных арбитражей.

I. Особенности развития современного инвестиционного права

В конце XX в. резко увеличилось количество двусторонних соглашений о поощрении и защите иностранных инвестиций (Bilateral Investment Treaties (BIT), далее — БИТ²). Самый первый БИТ был заключен между Германией и Пакистаном в 1959 г. В 1987 г. их было уже 265, в 1994 г. — около 800, в 1999 г. — 1857. К концу 2011 г. по разным оценкам число БИТ достигло 2750 (к ним можно добавить примерно 300 международных региональных, секторальных и торговых соглашений, которые содержат положения о защите инвестиций)³. Таким образом, БИТ стали системообразующим и доминирующим фактором в международном инвестиционном праве.

Расширение географии применения БИТ произошло за счет увеличения количества стран, использовавших их как средство для привлечения иностранного капитала (бывших социалистических стран, включая Россию). Кроме того, в начале 1990-х гг. произошел массовый отказ стран Латинской Америки от доктрины Кальво⁴, и они также начали заключать БИТ.

Кроме того, неудачей закончились все попытки разработать комплексное многостороннее соглашение по защите иностранных инвестиций (проект Конвенции о защите иностранной собственности⁵, разработанный ОЭСР в 1963 г., проект многостороннего соглашения по инвестициям⁶ 1995 г.)

БИТ предложили инвесторам материальные гарантии защиты, такие,

как справедливый и равный режим, режим наибольшего благоприятствования, ограничения прямой и косвенной экспроприации. В рамках этих договоров инвесторам был предоставлен механизм обеспечения их прав в виде разрешения возникших споров с принимающим государством независимым арбитражем. В отличие от традиционных в международном праве форм выражения согласия на рассмотрение спора с частным лицом международным судом или арбитражем (в форме либо арбитражной оговорки в контракте между инвестором и государством, либо в форме отдельного соглашения о передаче такого спора в арбитраж), БИТы содержали лишь обязательство государства передать на рассмотрение арбитража любой спор с любым инвестором о нарушении его прав по данному БИТу. Согласно уже устоявшемуся толкованию, это воспринимается как своего рода оферта со стороны государства, адресованная неограниченному кругу инвесторов. Обращение инвестора с письмом об инициировании процедуры арбитража по общему правилу считается акцептом согласия на арбитраж, уже выраженного государством в данном БИТе.

В отличие от международного судебного разбирательства смешанный арбитраж с самого начала не предусматривал необходимости для частных лиц перед обращением с иском против другого государства исчерпать все имеющиеся внутренние правовые средства защиты своих прав, доступные в данном государстве. Это также стало одной из причин обращения инвесторов в международный инвестиционный арбитраж.

Наличие в значительном числе БИТ так называемой «зонтичной оговорки» (*umbrella clause*) позволило инвесторам обжаловать в арбитраже не только нарушения государством контракта с данным инвестором, но и меры общего характера, принимаемые государством⁷.

В свою очередь, крайне расширительное толкование зонтичной ого-

ворки привело к тому, что в целом ряде арбитражных решений зонтичная оговорка толковалась как позволяющая считать любое нарушение государством своих обязательств перед конкретным инвестором (инвестиционного контракта) нарушением обязательств этого государства по БИТ. Вследствие этого инвестор получал возможность оспорить действия государства именно в рамках арбитражной процедуры, предусмотренной БИТом, положив в основу своих требований нарушение данным государством не контракта, а обязательств по международному договору (БИТ). При этом арбитражное разбирательство могло начаться несмотря и даже вопреки положениям о рассмотрении споров, предусмотренных в инвестиционном контракте⁸. Более того, в этом случае инициирование рассмотрения спора в инвестиционном арбитраже на основе БИТ отнюдь не исключало рассмотрение спора в порядке, предусмотренном контрактом, и наоборот, что на практике приводило к параллельным процессам, в основе которых лежали одни и те же фактические обстоятельства (см., например, иск *Еххон Mobil* против Венесуэлы).

Помимо того, что инвестиционный арбитраж позволял инвесторам уйти из-под национальной юрисдикции (что было особенно ощутимо в случае стран с неустоявшейся судебной системой), данный механизм отличался относительно краткими сроками (в среднем процедура рассмотрения спора в ИКСИД занимает 3,5 года) и окончательностью решений. Значительная часть БИТ предусматривала рассмотрение споров арбитражными трибуналами *ad hoc* в рамках ИКСИД (Международного центра по разрешению инвестиционных споров), созданного на основании Вашингтонской конвенции 1965 г.⁹

Популярность ИКСИД может быть объяснена несколькими факторами.

Во-первых, его привлекательность связана с исключительной эф-

фективностью исполнения решений. Принятые решения являются окончательными и обязательными для сторон спора. При их исполнении они рассматриваются как окончательные решения национальных судов данного государства (ст. 54 (1) Вашингтонской конвенции). В отличие от решений других арбитражей внутренние суды не имеют права оценивать решения ИКСИД в ходе их признания (в том числе и точки зрения публичного порядка). К решениям ИКСИД не применяются положения Нью-Йоркской конвенции о признании и приведении в исполнение иностранных арбитражных решений 1958 г.

Во-вторых, рост количества дел связан с ростом числа БИТ. Сейчас около 80% БИТ предусматривают передачу возникающих споров на рассмотрение арбитражами ИКСИД, поэтому ИКСИД рассматривает около 75% всех арбитражных споров, возникающих на основе инвестиционных договоров¹⁰.

В-третьих, крайне произвольное толкование арбитражными трибуналами самого понятия «инвестиции»¹² привело к тому, что резко расширилась юрисдикция ИКСИД *ratio personae*. Таким образом, расширился круг возможных заявителей для передачи спора на рассмотрение в ИКСИД.

В-четвертых, весьма расширительное толкование рядом арбитражных трибуналов зонтичных оговорок, содержащихся в БИТ, привело к тому, что инвесторы стали обжаловать в ИКСИД регулирующие меры общего характера, принимаемые государством, которые в той или степени затрагивают интересы инвесторов, при этом положения инвестиционного контракта данного государства с таким инвестором могут быть и не нарушены¹³. «Это предоставило бесчисленному количеству нынешних и будущих инвесторов право обращаться в арбитраж с широким кругом жалоб на действия органов государства, безотносительно того, было ли заключено отдельное соглашение с данным заявителем», — от-

метил Я. Паулссон в известной статье под весьма красноречивым названием «Арбитраж без согласия»¹⁴.

Это резко расширило юрисдикцию ИКСИД. В 1987 г. ИКСИД впервые принял к производству и рассмотрел спор, а в настоящее время количество споров, основанных на нормах международных договоров (БИТ), многократно превышает количество споров, в основе которых лежат требования, вытекающие из контракта¹⁵.

Значительное увеличение количества споров, передаваемых на рассмотрение инвестиционным арбитражам, привело к появлению спорных и противоречивых решений.

*Уже нарицательным стал пример решений двух арбитражей по одному и тому же делу — *Lauder/СМЕ*. В этом деле арбитраж в Лондоне, рассматривая спор на основании БИТ между США и Чехией, не нашел в действиях чешских властей ничего, что нарушало бы права инвестора. Практически одновременно арбитраж в Стокгольме, созданный по заявлению голландской компании, через которую осуществлялись данные американские инвестиции в Чехию, рассмотрел эти же действия властей на основании БИТ между Нидерландами и Чехией и, усмотрев в них скрытую экспроприацию, обязал Чехию выплатить инвестору компенсацию в размере 335 млн долл.*¹⁶

Кроме того, различные арбитражные трибуналы в своих решениях по-разному толкуют ключевые положения БИТ, начиная с понятия «инвестиции» для установления юрисдикции по спору и заканчивая зонтичной оговоркой и положениями о режиме наибольшего благоприятствования. Крайне болезненным является вопрос о применении норм БИТ к регулятивным мерам общего характера, принимаемым государством в общественных интересах, и о проведении разграничительной линии между мерами, которые влекут компенсацию инвесторам, и мерами, которые не должны влечь никакой компенса-

ции. В некотором смысле речь идет о праве государства принимать меры по регулированию своей экономики и о возможности инвестиционных трибуналов это контролировать¹⁷. В этом отношении консолидированное мнение критиков инвестиционного арбитража можно представить следующей оценкой одного из исследователей: «Инвестиционные договоры, которые первоначально были направлены на уменьшение риска инвестирования за рубежом, сейчас превратились в инструмент, который используется для атаки на крайне широкий круг действий принимающего государства»¹⁸.

Следствием этого стал своего рода кризис легитимности международного инвестиционного арбитража в глазах как инвесторов, так и государств, который выражается в отсутствии должной правовой определенности у спорящих сторон в отношении как юрисдикции арбитража по конкретному спору, так и результата рассмотрения дела по существу. По мнению ряда исследователей, в настоящее время можно говорить о проблеме «приватизации международного права» инвестиционными арбитрами¹⁹.

Целый ряд характеристик инвестиционного арбитража, которые раньше воспринимались как его однозначные преимущества, сейчас подвергаются аргументированной и массовой критике. Например, конфиденциальность и возможность опубликования решения только с согласия спорящих сторон сейчас воспринимаются как препятствия на пути преодоления кризиса легитимности и создания целостной и непротиворечивой практики рассмотрения инвестиционных споров, так необходимой как инвесторам, так и государствам при разработке и согласовании условий БИТ и инвестиционных соглашений.

Примечательна следующая весьма точная и полемически хлесткая оценка этой стороны деятельности сегодняшнего международного инвестиционного арбитража: «Их заседания являются секретными. Их имена,

как правило, неизвестны. Решения, которые они принимают, не подлежат обязательной публикации. Однако же способ, которым небольшая группа международных трибуналов разрешает споры между инвесторами и иностранными правительствами, приводит к отмене национальных законов, оспариванию решений национальных судов и изменению норм по охране окружающей среды»²⁰.

Окончательность выносимых арбитражами решений сегодня также больше не является однозначно привлекательным качеством и вносит свой вклад в имеющуюся правовую неопределенность при толковании целого ряда принципиальных вопросов двусторонних и многосторонних инвестиционных договоров (таких как «инвестиции», «режим наибольшего благоприятствования», «косвенная экспроприация»).

Среди возможных вариантов решения этой проблемы наиболее активно обсуждается идея постоянного создания действующего апелляционного органа для инвестиционных арбитражей по образцу Апелляционного органа ВТО. Этот орган с постоянным составом арбитров мог бы рассматривать жалобы (апелляции) на решения смешанных арбитражей, при этом вынося решения по существу спора. В этом случае такой апелляционный орган был бы в состоянии устранять очевидные ошибки, вызванные толкованием норм международного публичного права смешанными арбитражами при рассмотрении различных споров, и создавать устойчивую и целостную арбитражную практику. Решения апелляционного органа обладали бы большей правовой обоснованностью (аргументированностью), с одной стороны, а с другой, — принимались бы во внимание всеми иными международными инвестиционными арбитражами при вынесении решений по конкретным делам. Идея создания апелляционной палаты в ИК-СИД активно обсуждалась в середине 2000-х гг., но не получила поддержки

*большинства государств-участников Вашингтонской конвенции*²¹.

В сочетании с весьма высокими суммами денежных компенсаций, которые присуждаются инвестиционными трибуналами, и еще более высокими требованиями, с которыми обращаются сами заявители²³, сама оферта со стороны государства на арбитражное рассмотрение споров с инвесторами, содержащаяся в различных БИТ, стала рассматриваться как своего рода «выдача бланкового чека на предъявителя, который может быть предъявлен к оплате на неопределенную сумму в неопределенном будущем»²⁴. Крайне обременительными выглядят постоянно растущие расходы (составляющие миллионы долларов) как инвесторов, так и государств на проведение арбитражных процессов. Эти расходы включают в себя в первую очередь гонорары арбитров и узкой группы юристов, специализирующихся на инвестиционных спорах²⁵. Все это привело к тому, что государства, оказавшись перед лицом многомиллионных требований инвесторов в ситуации крайней неопределенности в исходе арбитражного процесса ввиду отсутствия устоявшейся арбитражной практики, с одной стороны, и необходимостью прибегать к услугам крайне дорогостоящих арбитров и адвокатов — с другой, предпочитают решать такие споры путем заключения мирового соглашения с выплатой значительных отступных.

Перечисленные проблемы в полной мере ощутили на себе не только развивающиеся страны (в 1960-е гг. именно они выступали в качестве стран — импортеров капитала), но и Канада, США и другие развитые государства: они стали все чаще выступать в качестве ответчиков по инвестиционным спорам в рамках заключенных ими БИТ. В результате США и Канада пересмотрели свои модельные БИТ в сторону уточнения ряда ключевых формулировок с целью исключить возможность их расшири-

тельного толкования арбитражами, а также для того, чтобы вообще вывести целый ряд своих действий из-под юрисдикции арбитражей. Австралия в своих соглашениях просто отказалась от инвестиционного арбитража как такового²⁶. Ряд латиноамериканских государств, национализировав ряд секторов экономики и оказавшись перед лицом многочисленных обращений от пострадавших иностранных инвесторов в инвестиционный арбитраж, заявили о выходе из Вашингтонской конвенции²⁷.

Такая стремительная и крайне противоречивая экспансия международного инвестиционного права не могла рано или поздно не привести к столкновению с правопорядком Европейского Союза.

II. Конфликт права ЕС и международного инвестиционного права

Конфликт права ЕС и инвестиционного права в настоящее время активно развивается сразу по трем направлениям. Во-первых, в отношении уже существующих БИТ, заключенных между странами ЕС и третьими государствами. Во-вторых, применительно к тем БИТ, которые после расширения ЕС в 2004–2007 гг. стали договорами между двумя государствами — членами ЕС (так называемые «внутренние» БИТ). В-третьих, в результате передачи вопросов регулирования прямых иностранных инвестиций в число исключительных полномочий Европейского Союза после вступления в силу Лиссабонского договора в 2009 г.

БИТ стран ЕС с третьими государствами

В настоящее время почти все государства — члены ЕС (кроме Ирландии) обладают обширной сетью — примерно 1200 — двусторонних договоров с третьими странами о защите инвестиций. Данные договоры теперь используются не только для защиты инвестиций в развивающиеся страны. Европейский Союз в настоящее время выступает мировым лидером не только по экспорту капитала, но и по приему

инвестиций из третьих стран. В этой ситуации экспансия инвестиционных арбитражей открывала возможность для оспаривания инвесторами из третьих стран не только локальных актов стран — членов ЕС, но и внутренних мер, принятых этими странами во исполнение своих обязательств по праву ЕС. Уже сейчас 17% всех известных споров, рассматриваемых в инвестиционных арбитражах, направлены против стран—членов ЕС²⁸. Всего же насчитывается около 300 арбитражных процессов или спорных ситуаций, которые могут перерасти в разбирательство между странами ЕС и инвесторами из третьих стран²⁹.

В ситуации финансового кризиса крайне болезненным оказалась обязанность Словакии как члена ЕС выплатить 800 млн долл. компенсации, присужденных инвесторам на основании решений инвестиционных арбитражей, что привело ее на второе место в мире по этому показателю после Аргентины³⁰.

Ситуация еще более осложнилась тем, что после вступления в силу Лиссабонского договора все вопросы регулирования прямых иностранных инвестиций стали частью исключительных полномочий Европейского Союза и, следовательно, государства — члены ЕС потеряли право самостоятельно заключать двусторонние договоры о защите иностранных инвестиций. При этом сам Лиссабонский договор не предусматривает никакого переходного периода, оставляя открытым вопрос о том, что делать с уже существующими двусторонними инвестиционными договорами (а их только у одной Германии более 140, у Великобритании более 120, у Франции более 100)³¹. Означает ли это, что в соответствии с п. 2 ст. 351 ДФЕС (бывшая ст. 307 Договора о ЕС) государства-члены должны прекратить их действие? Все это создало ситуацию значительной правовой неопределенности.

Ситуацию усугубила позиция Комиссии ЕС, которая открыто ставит под сомнение правоспособность го-

сударств—членов ЕС на заключение таких договоров, в первую очередь с учетом приобретения Европейским Союзом исключительной компетенции в отношении регулирования прямых иностранных инвестиций (ст. 207 (1) ДФЕС). Кроме того, по мнению Комиссии, целый ряд положений действующих двусторонних договоров с третьими странами прямо противоречит нормам права ЕС, касающимся инвестиций, движения капитала и платежей. Комиссия подготовила проект Регламента, который регулировал бы все вопросы исполнения уже существующих внешних инвестиционных договоров до тех пор, пока не будет выработана единая политика ЕС в отношении иностранных инвестиций. Регламент предусматривает контроль Комиссии за всеми двусторонними договорами в виде специальных разрешений, выдаваемых Комиссией государствам-членам на действие каждого договора после проведения анализа его положений на предмет соответствия нормам права ЕС. Более того, проект Регламента дает Комиссии право в ряде случаев отзывать данное разрешение без консультаций с государством-стороной данного договора. Проект вызвал горячие споры в Европарламенте и расколол государства-члены, многие из которых хотели бы сохранить статус-кво.

Комиссия, действуя в привычной для себя роли хранителя права ЕС, после расширения ЕС настаивала на том, чтобы льготы и концессии, предоставленные иностранным инвесторам странами Восточной Европы до их вступления в ЕС, были незамедлительно отменены как противоречащие принципам единого внутреннего рынка, в том числе и принципу недискриминации. При этом Комиссия не принимала в расчет аргументы государств, что такие действия могут войти в противоречие как с инвестиционными контрактами, так и с положениями различных БИТ.

Именно с этими действиями Комиссии и было связано решение Суда ЕС по делу *Commission v. Slovakia*.

Спор в этом деле касался инвестиций в энергетику, однако решение имеет значение для любых инвестиций вообще, особенно учитывая, что при анализе аргументов сторон Суд уделил все свое внимание положениям БИТ, заключенного между Швейцарией и Чехословакией 5 октября 1990 г.

Фактическая сторона дела заключалась в том, что на основании контракта словацкий оператор системы электропередач гарантировал своему швейцарскому контрагенту (ATEL) доступ к мощностям линий транспортировки в 300 мВт. Таким образом, ATEL фактически получил преимущественное право доступа к системам транспортировки, что автоматически ставило всех остальных пользователей соответствующих систем (в том числе из государств — членов ЕС) в менее выгодное положение. Такой доступ предоставлялся швейцарской ATEL в обмен на ее финансовый вклад, составивший более 50% всех затрат на строительство линии электропередач от Кросно (Польша) до Лемесаны (Словакия). Тем не менее Европейская Комиссия усмотрела в этом нарушение правил предоставления равного доступа к энергосетям на недискриминационной основе, установленных правом ЕС. После отказа Словакии расторгнуть инвестиционный контракт с ATEL Комиссия обратилась в Суд ЕС с иском о нарушении Словакией своих обязательств по праву ЕС.

Словакия присоединилась к ЕС 01.05.2004 г., таким образом, все рассматривающиеся в деле контракты и договоры (в том числе и БИТ) были заключены до ее вступления в Европейский Союз. Поэтому одним из аргументов, выдвинутых Словакией для своей защиты, являлась ст. 351 ДФЕС (бывшая ст. 307 Договора о ЕС), разрешающая государствам-членам не применять нормы права ЕС, если они противоречат международным договорам, заключенным этим государством до его вступления в ЕС³².

Исследовав аргументы сторон, Суд ЕС обозначил два ключевых момента, которые необходимо определить для разрешения спора:

1) является ли предоставленный ATEL гарантированный доступ к линиям транспортировки инвестиций в смысле БИТ между Словакией и Швейцарией от 05.10.1990 г.;

2) вправе ли Словакия прекратить Контракт без нарушения своих обязательств по данному БИТ.

Оценив обстоятельства дела, Суд ЕС пришел к выводу о том, что Контракт действительно является инвестицией в понимании указанного выше БИТ. В пунктах 35, 36 решения Суд указывает: «...покрыв более 50% затрат на строительство линии передач... ATEL обладал правом на получение доступа к определенным мощностям передач по этой линии. Другими словами... обязательство по предоставлению ATEL определенных мощностей по его запросу образует часть предусмотренного контрактом вознаграждения, предоставляемого в обмен на финансовый вклад ATEL в строительство рассматриваемой линии передач. В этих обстоятельствах право доступа к мощностям явно обладает экономической ценностью...».

Этот вывод Суда полностью соответствует двустороннему инвестиционному договору Словакии и Швейцарии, в соответствии со ст. 1 (2) которого под инвестицией понимаются любые виды активов, в том числе денежные требования и права на любое исполнение, имеющее экономическую ценность.

Признав Контракт инвестицией, Суд отметил, что Словакия была связана обязательством выполнять условия Контракта в силу двустороннего инвестиционного договора. Возникший в данном случае отход от принципа предоставления равного доступа к системам транспортировки является правомерным, несмотря на то, что это противоречит принципу недискриминации.

Далее Судом был рассмотрен вопрос о том, будет ли одностороннее прекращение Контракта в какой-либо форме (как того требовала Комиссия) являться нарушением указанного БИТ. Суд занимает примирительную позицию, отмечая, что целью ст. 351 ДФЕС является разъяснение того, что «в соответствии с принципами международного права и нормами Венской Конвенции о праве международных договоров 1969 г. применение Договора о ЕС не влияет на обязанность государств—членов ЕС уважать права третьих государств по договорам, заключенным ранее, и соблюдать предусмотренные ими обязательства».

Далее Суд напоминает, что в свете ст. 351 ДФЕС государства-члены должны предпринимать шаги для устранения противоречий между правовыми актами ЕС и заключенными до присоединения к ЕС международными договорами. При этом потенциально не исключается и вариант денонсации противоречащего международного договора. Однако с учетом того, что инвестиционный контракт с АТЕЛ в принципе не содержит положений о возможности его денонсации, в данном случае возможно лишь его одностороннее прекращение. А это, по мнению Суда ЕС, было бы равнозначно экспроприации. Таким образом, в п. 48, 50 решения Суд приходит к выводу, что Контракт как инвестиция подлежит защите от экспроприации любого вида (прямой, косвенной) — как в форме прямого расторжения, так и посредством принятия национальных законодательных актов, понуждающих к расторжению или изменению его условий.

Представляется принципиальным замечание Суда относительно права государств на экспроприацию. В п. 49 решения Суд отмечает, что обязательство принимающего инвестиции государства выплатить инвестору компенсацию в случае экспроприации не означает освобождения соответствующего государства от обязан-

ности воздерживаться от принятия экспроприационных мер в отношении инвестиций, находящихся под защитой соответствующего двустороннего инвестиционного договора.

Оценим решение Суда ЕС по делу *Commission v. Slovak Republic* в контексте конфликта права ЕС и инвестиционного права.

1. Суд заявил, что он не ставит под сомнение действительность БИТ, уже заключенных между странами ЕС и третьими государствами, несмотря на изменения, внесенные Лиссабонским договором. Тем самым устраняется фактор правовой неопределенности, который так смущает инвесторов и государства, особенно на фоне дискуссий в отношении проекта Регламента.

2. Суд не согласен с действиями и оценками Комиссии, которая увидела в контракте с АТЕЛ нарушение Словакией своих обязательств по праву ЕС. Суд исходит из принципа *pacta sunt servanda* и встает на сторону инвестора и государства.

3. Суд не хочет допустить появления пострадавших от действий Комиссии инвесторов и исключает тем самым обращение в инвестиционные арбитражи. Очевидно, что Суд не хочет без особой необходимости создавать поводы для инициирования новых арбитражных разбирательств и появления новых решений арбитражей, где критично оценивались бы положения права ЕС.

4. Суд, толкуя положения БИТ применительно к спорной ситуации, пробовал выступить в роли института, которой мог бы рассматривать инвестиционные споры между государствами — членами ЕС и инвесторами.

5. Суд, толкуя положения БИТ, в принципе не считал необходимым использовать каким-либо образом практику инвестиционных арбитражей.

БИТ между странами ЕС (внутренние БИТ)

После самого масштабного в истории ЕС расширения в 2004–2007 гг., когда число государств — членов ЕС увеличилось с 15 до 27, значительная

часть БИТ стран ЕС (около 200) стала договорами непосредственно между государствами — членами Европейского Союза. Почти все они были заключены в период, начиная с начала 90-х гг. прошлого века. Страны Восточной Европы, приступив в то время к проведению у себя рыночных реформ, были крайне заинтересованы в притоке иностранных инвестиций и охотно шли на заключение БИТ со странами Западной Европы, которые уже тогда были членами ЕС и желали создания максимально благоприятного климата для своих инвесторов. После прошедшего в середине 2000-х гг. крупнейшего расширения ЕС все эти БИТ стали внутренними договорами. Сам факт наличия такого рода соглашений порождает немало напряжения в вопросах их применения в первую очередь из-за того, что они предоставляют благоприятный режим в государстве-участнике инвесторам из одной страны ЕС, не предоставляя этого же инвесторам из других стран ЕС. Тем самым подрывается сама идея недискриминационного единого внутреннего рынка Европейского Союза.

Кроме того, к числу противоречащих праву ЕС нужно отнести и положения этих договоров о разрешении споров международным инвестиционным арбитражем, что воспринимается сейчас как угроза исключительной компетенции Суда ЕС на толкование норм права ЕС.

Позиция Комиссии применительно к «внутренним» двусторонним инвестиционным договорам наиболее полно выражена в ее письменных пояснениях, представленных при рассмотрении инвестиционным арбитражем спора между голландской компанией Eureko и Словакией³³.

Основные противоречия Комиссия видит в наличии в этих договорах положений об арбитражном разрешении споров как между государствами, так и между инвесторами и принимающим государством. По мнению Комиссии, исключительной компе-

тенцией по разрешению споров между государствами ЕС обладает только Суд ЕС, а государствам — членам ЕС запрещено обращаться к другим средствам разрешения споров (ст. 344 ДФЕС), что подтверждается сложившейся практикой Суда ЕС после решения по делу MOX Plant³⁴.

По спорам между инвестором и государством внутри ЕС, как считает Комиссия, инвестор должен либо обращаться в суды данного государства, либо просить Комиссию начать расследование по факту нарушения данным государством норм права ЕС. Предлагаемый инвестиционными договорами механизм арбитражного рассмотрения споров между инвестором и государствами ЕС, по мнению Комиссии, прямо противоречит принципу недискриминации, ибо ставит в неравное положение инвесторов из различных стран ЕС. Сама возможность выбора механизмов разрешения споров дает инвесторам из тех стран, которые имеют внутренние БИТ, преимущества перед инвесторами из других стран, у которых такого рода договоров нет.

Комиссия считает абсолютно недопустимым устранение этого противоречия путем предоставления такого выбора всем инвесторам из всех стран ЕС, основанного на непонимании самой сути судебной системы ЕС. Судебная система ЕС исходит из недопустимости «аутсорсинга» споров, в которых затронуто право ЕС, в пользу арбитражных трибуналов, которые в эту систему не входят. При этом сама возможность выбора для инвесторов между различными механизмами рассмотрения споров «неизбежно создает конкуренцию между судебными и арбитражными механизмами, способствует поиску наиболее удобного суда (forum shopping) истцами и вносит свой вклад в дальнейшую фрагментацию международного права» (п. 185 решения по делу Eureko).

Рассматривая вопрос о «внутренних» БИТ с точки зрения между-

народного права, Комиссия выразила мнение, что принцип *pacta sunt servanda* не применяется в отношении этих договоров, так как право ЕС имеет приоритет не только над внутренними нормами государств-членов, но и над двусторонними договорами, заключенными между ними (в том числе и над теми, что были заключены до вступления государств в ЕС). В силу этого как сами двусторонние договоры, так и их отдельные положения не подлежат применению в случае их противоречия с правом ЕС.

По мнению Комиссии, целый ряд противоречий этих договоров обязательным положениям права ЕС делает невозможным их дальнейшее существование. Комиссия настаивает на том, чтобы эти договоры были полностью заменены нормами права ЕС.

С учетом того, что арбитражу предстоит применить в том числе и право ЕС, Комиссия предложила арбитражному трибуналу приостановить производство по делу до вынесения решения по этому вопросу Судом ЕС (опять же ссылаясь на действия международного арбитража в деле MOX Plant) и не удержалась от скрытых угроз в адрес сторон, заявив следующее: «...перспектива появления двух противоречащих решений, затрагивающих право ЕС, является наименее желательной. В дополнение существует также риск того, что арбитраж вынесет решение, которое не будет соответствовать праву ЕС. В этом случае арбитражное решение не подлежит исполнению в государстве — члене ЕС. В противном случае такое государство рискует стать объектом расследования со стороны Комиссии нарушения обязательств по праву ЕС» (п. 194).

Некоторым сюрпризом стала позиция государств — старожилов ЕС, которые заявили о том, что, по их мнению, двусторонние инвестиционные договоры все же действуют, несмотря на то, что оба государства-участника стали членами ЕС, и отменяются пока их прекращать.

Ситуация еще более обострилась после вынесения международным арбитражем решения по делу Eastern Sugar³⁵, где рассматривался спор между компанией из Нидерландов и Чехией.

Арбитражный трибунал был создан по заявлению голландской компании Eastern Sugar в рамках БИТ между Нидерландами и Чехословакией, заключенного в 1991 г. Особенно интересен тот факт, что трибунал признал собственную юрисдикцию по данному спору. Это было сделано, несмотря на возражения Чехии, которая утверждала, что БИТ 1991 г. не должен применяться, так как с момента вступления Чехии в ЕС в 2004 г. он был полностью замещен для Чехии правом ЕС и, следовательно, является неприменимым в данном споре. Отвечая на данный аргумент ответчика, Арбитражный трибунал признал инвестиционный Договор 1991 г. и Договор о ЕС «взаимно дополняющими инструментами» и вынес в итоге решение в пользу истца, обязав Чехию выплатить Eastern Sugar 25 млн евро.

Эту точку зрения поддержал и арбитражный трибунал по делу Eureka v. Slovakia (о котором уже говорилось выше).

В этом деле переданный на рассмотрение арбитражного трибунала спор касался законодательных мер общего характера по регулированию рынка страхования жизни и здоровья. По мнению Eureka, данные меры негативно отразились на успешном бизнесе компании, которая вышла на этот рынок в 2006 г., создав дочернюю компанию, быстро завоевавшую значительную долю рынка. По мнению истца, данные меры представляли собой принципиальный отход от политики либерализации данного рынка, объявленной Словакией в 2004 г. и послужившей основой для принятия решения Eureka об инвестировании в эту страну. Истец считал, что принятием данных мер Словакия

нарушила свои обязательства по БИТ между Нидерландами и Чехословакией 1991 г. и что эти действия представляют собой косвенную экспроприацию. В качестве компенсации истец потребовал 100 млн евро.

Ответчик и вступившая в процесс Комиссия заняли уже знакомую позицию, заявив, что положения БИТ, в том числе об арбитражном рассмотрении споров между инвесторами и государством, не должны применяться в данном споре, так как нормы БИТ были полностью заменены правом ЕС либо не подлежат применению в результате вступления Словакии в 2004 г. в ЕС.

Трибунал заявил, что он не нашел никаких доказательств того, что при присоединении Словакии к ЕС стороны намеревались прекратить действие данного БИТ. Кроме того, БИТ устанавливает обширные права и обязанности, которые не дублируются правом ЕС, не являются несовместимыми с ним (п. 244—245 решения).

В полном соответствии с уже сложившейся практикой инвестиционных трибуналов при установлении собственной юрисдикции по БИТ трибунал установил, что его юрисдикция основана на согласии сторон спора на передачу его в арбитраж. Такое согласие было сделано Словакией в ст. 8 БИТ, которая представляет собой оферту на арбитражное рассмотрение любых споров с иностранными инвесторами из Нидерландов. Египето, обратившись в арбитраж, выразило тем самым акцепт данной оферты. Для арбитражного трибунала этого оказалось достаточно, чтобы убедиться в наличии согласия сторон на арбитражное рассмотрение данного спора.

Трибунал не согласился с мнением ответчика и Комиссии о том, что БИТ прекратил свое действие в соответствии с правилами Венской Конвенции о праве международных договоров 1969 г. (ст. 59 и ст. 30), так как Конвенция не предусматривает автоматического прекращения

договоров (за исключением случаев противоречия нормам *jus cogens*). Трибунал не нашел никаких доказательств того, что положения права ЕС должны привести к прекращению всего БИТ (п. 244).

По поводу схожести БИТ и договоров о ЕС Трибунал отметил, что объем правовой защиты, предлагаемый инвесторам БИТ, является более широким, нежели объем прав, предлагаемый правом ЕС (п. 259).

Далее Трибунал высказал очень интересное предложение, отметив: «нельзя сказать, что положения Договора являются несовместимыми с правом ЕС. Право на справедливый и равноправный режим, а также право на защиту от экспроприации по крайней мере шире, чем защита, предоставляемая правом ЕС, и нет никаких причин, почему эти права не должны быть поддержаны в дополнение к правам, предоставляемым нормами ЕС» (п. 263).

Аналогичным образом Трибунал расценил и право инвестора обращаться в арбитраж: «Существенной характеристикой прав инвестора по БИТ является его право инициировать арбитражную процедуру против принимающего государства. Это... не может быть просто приравнено к праву инвестора инициировать иски в судах принимающего государства» (п. 264).

Отвечая на аргумент о нарушении принципа недискриминации, трибунал отметил, что «предоставление более широкой защиты инвесторам из одной страны без предоставления в то же время такой защиты инвесторам из других стран ЕС действительно может нарушать правила ЕС о недискриминации. Но это не должно быть причиной для лишения истца прав по Договору» (п. 266).

Последовавшие за этим аргументы Трибунала свидетельствовали о его готовности вступить в заочную полемику с судами ЕС.

Трибунал заявил, что практика Суда ЕС после решения *MOX Plant* не

имеет отношения к делу, так как касается споров между государствами ЕС, а в рассматриваемом случае имеет место спор между государством и частным лицом (п. 276). «Аргумент о том, что Суд ЕС имеет “монополию на интерпретацию” и что Трибунал в этом случае не может рассматривать и применять право ЕС, является некорректным, так как Суд ЕС не имеет такой монополии» (п. 282).

Еще большее напряжение вызывает рассматриваемый сейчас Трибуналом ИКСИД спор по делу *Micula v. Romania*³⁶, юрисдикция по которому уже признана арбитражным трибуналом.

Этот спор также основан на требованиях, вытекающих из «внутреннего» БИТ (на этот раз БИТ между Швецией и Румынией от 1.04.2004 г.). Однако несколько особенностей данного процесса позволяют говорить о его потенциальной взрывоопасности для права ЕС.

Это, в первую очередь, сумма заявленных требований, которая составляет 450 млн евро. Однако главное состоит в том, что заявители оспаривают не нарушение инвестиционного контракта, а решение правительства Румынии об отмене законодательных актов общего характера, принятых еще в 1990-х гг., устанавливающих различные налоговые, таможенные и другие льготы инвесторам при осуществлении ими инвестиций в депрессивные районы. Заявители утверждают, что, приняв решение об инвестициях на основе этих льгот, они вложили в общей сложности 200 млн евро, построив три завода по производству продуктов питания. Румыния в своих возражениях утверждала, что она была вынуждена отменить эти льготы, исполняя свои обязательства по праву ЕС, так как с точки зрения права ЕС эти льготы представляли собой вид государственных субсидий, что противоречило праву ЕС.

Если в случае с *Eureka* речь шла об оспаривании просто мер регулятивного характера, принятых государством и ущемляющим права инве-

сторов, то в данном случае речь идет о мерах, принятых во исполнение обязательств по праву ЕС. Рассматривая вопрос о правомерности этих мер с точки зрения обязательств по БИТ, арбитражный трибунал будет рассматривать также вопрос о соотношении обязательств государства по праву ЕС и обязательств по БИТ. Арбитрам по этому делу закономерно отводится исключительно важная роль в формировании позиции, которая может стать основой для последующих решений по сходным делам, когда косвенно будут рассматриваться нормативные акты ЕС на предмет их соответствия международному инвестиционному праву.

Специалистами в области международного инвестиционного права уже высказывались интересные предложения как о снятии основного конфликта между правом ЕС и двусторонними инвестиционными договорами, так и вытекающего из него противостояния инвестиционных арбитражей и Суда ЕС. Так, Н. Лавранос предлагает либо предоставить инвестиционным арбитражам право запрашивать преюдициальные заключения Суда ЕС по вопросам применения и интерпретации права ЕС, либо даже пойти на создание специального инвестиционного трибунала в рамках судебной системы ЕС, решения которого можно было бы обжаловать в вышестоящие суды ЕС. В качестве более радикальной меры предлагается создать независимый Европейский инвестиционный суд, который должен был бы следовать практике Суда ЕС и который также обладал бы правом запрашивать у него преюдициальные заключения³⁷.

Перед такой же проблемой в свое время оказался ЕСПЧ, который был вынужден сформулировать свое отношение к возможности контроля над нормативными актами ЕС на предмет их соответствия Европейской Конвенции по правам человека 1950 г. Решение по делу *Bosphorus*³⁸, вынесенное ЕСПЧ в 2005 г., стало основанием для

своеобразного разграничения компетенции между ЕСПЧ и судами ЕС. В этом и последовавших за ним решениях ЕСПЧ отказался принимать к рассмотрению жалобы частных лиц на действия государств, совершенные ими в рамках выполнения своих обязательств в качестве члена Европейского Союза. Признавая крайнее своеобразие права ЕС, ЕСПЧ тем не менее заявил, что до тех пор, пока система защиты основных прав и свобод в ЕС (включая устоявшуюся практику Суда ЕС) будет эквивалентна системе защиты и стандартам, существующим в ЕСПЧ, Европейский Суд по правам человека не будет принимать такие жалобы к рассмотрению.

К сожалению, приведенные выше арбитражные решения по спорам, связанным с внутренними БИТ, показывают, что трибуналы предпочитают не принимать во внимание особенности права ЕС и доктрины, выработанные Судом ЕС³⁹.

Можно предположить вынесение инвестиционными арбитражными трибуналами решений по этим спорам в пользу инвесторов, обязывающих государства ЕС выплатить им значительные суммы. В этом случае государства-ответчики окажутся перед непростым выбором. С одной стороны, государство — член ЕС может выполнить это решение и выплатить компенсацию. В этом случае оно окажется объектом расследования со стороны Комиссии, которая, действуя как хранитель права ЕС, вполне справедливо расценит по праву ЕС эту выплату как предоставление несогласованных субсидий компании со стороны государства. В этом случае Судом ЕС на государство могут быть наложены весьма значительные финансовые санкции, предусмотренные правом ЕС на случай нарушения государством своих обязательств⁴⁰. С самого же инвестора полученная сумма также будет взыскана, причем обязанность по взысканию этой суммы и процентов, исчисляемых

со дня ее получения инвестором, будет возложена Комиссией ЕС на то государство, которое это сумму выплатило⁴¹.

С другой стороны, государство-ответчик может отказаться выплачивать компенсацию. Тогда при начале процедуры принудительного исполнения арбитражного решения компетентный национальный суд будет вынужден обратиться в Суд ЕС за разъяснением ситуации. Не приходится сомневаться, что Суд ЕС использует эту возможность для того, чтобы еще раз пояснить свое отношение к решениям арбитражей и продолжить практику, начатую еще решением по делу *Eco Swiss*. В нем Суд заявил, что решение коммерческого арбитража должно быть аннулировано национальным судом как не соответствующее публичному порядку, если это решение противоречит положениям учредительных договоров ЕС⁴². То обстоятельство, что в этом случае государство окажется в состоянии нарушения либо Вашингтонской конвенции 1965 г. (в случае неисполнения решения трибунала ИКСИД), либо Нью-Йоркской конвенции 1958 г. о признании и исполнении арбитражных решений (в случае прочих арбитражных решений), Суд ЕС будет интересоваться гораздо в меньшей степени, нежели целостность права ЕС.

Хотя Суд ЕС и оказался в положении защищаемого в этом конфликте с инвестиционными арбитражами, тем не менее он находится в гораздо более выигрышной позиции, контролируя стадию исполнения арбитражных решений.

Представляется, что Судом и Комиссией будет выбрана тактика обезвреживания как минимум той части БИТ, которая предусматривает арбитражное рассмотрение споров. И сделано это будет не через принуждение государств к прекращению этих договоров, а через инвесторов. Именно инвесторам будет показана полная бесперспективность больших затрат

на арбитраж в ситуации, когда любое решение арбитража станет его пирровой победой, ибо это решение не будет исполнено, а сам инвестор окажется в зоне риска применения санкций за получение государственной помощи. После того, как эти обстоятельства станут очевидными для инвесторов (читай — компаний ЕС), вопрос о конкуренции юрисдикций судов ЕС и инвестиционных арбитражей исчезнет сам собой, а соответствующие положения БИТ просто не будут применяться.

Формирование единой инвестиционной политики ЕС

Крайне важным представляется критичный подход Комиссии к существующим инвестиционным договорам. Комиссия хочет получить мандат на реализацию новой инвестиционной политики ЕС уже в ходе предстоящих переговоров о заключении договоров о свободной торговле с целым рядом ключевых партнеров, включая и Россию. Предполагается, что эти соглашения будут содержать специальные главы, посвященные вопросам иностранных инвестиций. По убеждению Комиссии, «в долгосрочной перспективе мы должны достичь ситуации, когда у инвесторов как из Европейского Союза, так и из третьих стран не будет необходимости использовать БИТ для эффективной защиты своих инвестиций»⁴⁴. Одновременно Комиссия не скрывает своего крайне критичного отношения к целому ряду положений БИТ, среди которых особо упоминается зонтичная оговорка, и заявляет, что эти положения должны стать предметом переговоров на уровне ЕС.

Комиссия настаивает на скорейшем разрешении уже назревших проблем, считая необходимым:

повысить открытость арбитража, его слушаний, участие третьих лиц, публикацию решений;

устранение «атомизации споров и интерпретаций» через создание целостной и предсказуемой практики

с использованием «квазипостоянных арбитров» и/или апелляционного механизма;

модификацию правил проведения арбитражного разбирательства.

Для более активного участия в этом процессе Комиссия исходит из необходимости для ЕС присоединиться к Вашингтонской конвенции 1965 г.

Такой подход вызывает немало вопросов как теоретического, так и практического плана. Вашингтонская конвенция не открыта для государств и не предусматривает членство международных организаций. Соответственно, желание ЕС стать членом Конвенции влечет за собой необходимость внесения изменения в текст Конвенции. Кроме этого, озабоченность европейских специалистов вызывает перспектива (весьма реальная) для всех 27 государств в недалеком будущем оказаться в роли ответчиков в инвестиционном арбитраже, отвечая на иски инвесторов из третьих стран, в первую очередь из Китая и России, в отношении законодательных актов, принятых на уровне ЕС. Пока же Комиссия исходит из того, что «с учетом исключительной компетенции ЕС также будет единственным ответчиком в отношении любых мер, принятых государством-членом, затрагивающих инвесторов из третьих стран»⁴⁵.

Планы по формированию единой инвестиционной политики ЕС имеют самое непосредственное отношение и к России.

Во-первых, из 27 государств — членов ЕС 22 имеют двусторонние договоры с Россией о защите и поощрении иностранных инвестиций. Поэтому Россия крайне заинтересована в скорейшем устранении ситуации правовой неопределенности, в которой оказались эти договоры после вступления в силу Лиссабонского договора и передачи политики в области прямых иностранных инвестиций на уровень ЕС. Это даст возможность более активно использовать БИТ между Россией и странами ЕС для эффек-

тивной защиты российских инвестиций в эти страны⁴⁶.

Во-вторых, наличие зонтичной оговорки в ряде БИТ между Россией и странами ЕС заставляет внимательно следить за практикой рассмотрения инвестиционных споров, когда инвесторы обжалуют в арбитраже меры общего характера, принятые государством — импортером инвестиций. Не стоит забывать, что именно БИТ между Россией и Великобританией лег в основу уже вынесенного в 2010 г. решения инвестиционного арбитража в Стокгольме по спору, связанному с действиями России в деле компании ЮКОС⁴⁷.

В-третьих, особый интерес для России представляют заявленные планы Комиссии по формированию единой инвестиционной политики ЕС. Очевидно, что во многом эта политика направлена именно на регулирование инвестиций в ЕС, а также что органы ЕС отдают себе отчет в том, что инвестиции из России стали серьезным фактором европейской экономики. Поэтому можно предположить, что положения об инвестициях будут частью общего соглашения между Россией и ЕС. В этом случае надо быть готовыми к тому, что Комиссия будет настаивать на тех формулировках, которые максимально учитывают сегодняшнюю практику инвестиционных споров и исключают риски их расширенного толкования инвестиционными арбитражами.

Учитывая уже заявленное намерение ЕС добиваться членства в Вашингтонской конвенции, могут начаться переговоры о внесении серьезных изменений в текст Конвенции. Убеждены в необходимости участия России в данной Конвенции. Как известно, Россия подписала ее в 1992 г., но до сих пор не ратифицировала. Считаю необходимым, чтобы Россия стала полноправным участником переговорного процесса по будущему ИКСИД и всего инвестиционного арбитража. *Во-первых*, факт ратификации Конвенции не означает авто-

матического согласия на рассмотрение споров в ИКСИД (об этом прямо говорится в абзаце 7 Преамбулы Конвенции). *Во-вторых*, участие в этой Конвенции и в выработке новых правил инвестиционного арбитража позволит значительно эффективнее отстаивать интересы российских инвесторов в условиях глобальной конкуренции за ресурсы и инвестиции.

¹ Case C 264/09 Commission v Slovak Republic [2011] // <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CELEX:62009CJ0264:EN:HTML>.

² В русскоязычной литературе также используется сокращение «ДИД» (двусторонний инвестиционный договор). В настоящей статье авторы используют аббревиатуру «БИТ» как более широко распространенную в современном международном инвестиционном праве.

³ *Malik M.* Recent development in international Investment Agreements: negotiations and disputes // VI annual Forum for developing country investment negotiators. С. 2. Текст доступен: http://www.iisd.org/pdf/2011/dci_2010_recent_developments_iias.pdf.

⁴ Доктрина Кальво, долгое время лежавшая в основе позиции стран Латинской Америки по отношению к иностранным инвестициям, получила свое название по имени аргентинского юриста Карлоса Кальво (Carlos Calvo), впервые сформулировавшего основные ее положения. Данная доктрина исходила из того, что иностранцы не могут обладать большим объемом прав, чем граждане государства, в котором они проживают или ведут бизнес. Из этого вытекало также и обязательное требование о доступности для этих иностранцев только национальных судов принимающего государства в случае возникновения споров с данным государством.

⁵ Текст проекта конвенции ОЭСР (Draft Convention on Protection of Foreign Property) доступен: <http://www.oecd.org/dataoecd/35/4/39286571.pdf>.

⁶ Текст проекта конвенции (Multilateral Agreement on Investment) доступен: <http://www1.oecd.org/daf/mai/pdf/ng/ng987r1e.pdf>.

⁷ В самом общем виде эта оговорка требует от государства соблюдать любые свои обязательства, вытекающие или связанные с инвестициями из другого государства. Так, ст. 2 Соглашения о поощрении и взаимной защите капиталовложений между Великобританией и СССР от 6 апреля 1989 г. устанавливает: «Каждая из Договаривающихся сторон будет соблюдать любое обязательство, которое она может принять на себя в соответствии с настоящим Соглашением в отношении капиталовложений инвесторов другой Договаривающейся Стороны». В настоящее время более 40% БИТ в мире имеют зонтичную оговорку. Mortenson J.D. The

meaning of «investment»: ICSID's travaux and the domain of international investment law // Harvard International Law Journal. — Vol. 45/1 - No 1. — P. 257—318.

⁸ См., например: Noble Ventures v. Romania. ICSID Case No ARB/01/11. Текст доступен: <http://italaw.com/documents/Noble.pdf>.

⁹ Текст Вашингтонской конвенции об урегулировании инвестиционных споров между государствами и физическими и юридическими лицами других государств доступен: <http://icsid.worldbank.org/ICSID/StaticFiles/basicdoc/partA.htm>. В русскоязычной литературе часто можно встретить сокращение «МЦУИС» (международный центр по урегулированию инвестиционных споров). В настоящей статье авторы используют аббревиатуру «ИКСИД» как более широко распространенную в современном международном инвестиционном праве.

¹⁰ Frank S. The ICSID Effect? Considering Potential Variations in Arbitration Awards // Virginia Journal of International Law. — Vol. 51. — 2011. — P. 838, 840.

¹¹ Статья 25 Вашингтонской конвенции говорит, что ИКСИД осуществляет свою юрисдикцию в отношении любого спора, возникшего непосредственно или в связи с инвестициями, не раскрывая при этом, что есть инвестиции. Более подробные определения инвестиции содержатся в БИТ (наиболее часто под инвестициями понимаются любые активы, имеющие экономическую ценность). Первоначально арбитражные трибуналы исходили в своих решениях, устанавливая юрисдикцию по спору, именно из определения, данного в тексте БИТ. Так, инвестициями арбитражные трибуналы посчитали не начатый проект строительства офисного здания, состоящий из чертежей и разрешений на строительство, контракт на строительство и управление отелем, концессионное соглашение на строительство и управление терминалом в порту, портфельные инвестиции на сумму 2,3 млн долл. в местных ценных бумагах, займы, долговые обязательства государства. Однако в последнее время целый ряд арбитражных трибуналов начал вырабатывать свои квалифицирующие и обязательные критерии определения понятия «инвестиции» для целей установления юрисдикции. Эти критерии получили название Salini-test, так как впервые были сформулированы в решении трибунала по делу Salini Construttori v. Kingdom of Morocco, ICSID case ARB/00/4 Decision of jurisdiction (July 24, 2001) и выглядели следующим образом: 1) определенный срок инвестиций (не менее чем 2 года), 2) определенная регулярность получения прибыли, 3) наличие определенного риска, 4) материальные обязательства со стороны инвестора и 5) значение для экономики принимающего государства. Применение трибуналами этих критериев уже привело к тому, что в целом ряде дел заявителям было отказано в юрисдикции трибунала по конвенции ИКСИД, несмотря на то, что споры касались долгосрочной и высокочрезвычайной деятельности иностранных инвесторов, а также не-

смотря на достаточно ясные и полные определения термина «иностранные инвестиции» в БИТ, которые рассматривались в данных спорах (Mitchell v. Congo, Malaysian Historical Salvors, Joy Mining v. Egypt).

¹² Vattenfall Ab v. Federal Republic of Germany, ICSID case No ARB/09/6 (иск шведской компании на сумму 1,4 млрд долл.). В этом же ряду стоит арбитражное рассмотрение спора между табачным гигантом Филип Моррис и Уругваем на основе БИТ между Швейцарией и Уругваем, инициированный компаниями в 2010 г. после принятия Уругваем законов о мерах по ограничению курения табачных изделий, включая обязательную маркировку с предупреждением о вреде курения.

¹³ Paulsson J. Arbitration without privity // Foreign Investment Law Journal. — V. 10. — 1995. — No 2. — P. 233.

¹⁴ Из 374 зарегистрированных обращений за всю историю ИКСИД 63% было основано на нормах международного договора; из 38 заявлений о начале арбитража, полученных в 2011 г., 76% было основано на нормах БИТ и лишь 10% — на положениях инвестиционных контактов. Подробнее см.: The ICSID caseload statistics, issue 2012-1. <http://icsid.worldbank.org/ICSID/FrontServlet?requestType=ICSIDDocRH&actionVal=CaseLoadStatistics>.

¹⁵ См. по этому поводу: Franck S.D. The Legitimacy Crisis in Investment Arbitration: Privatizing Public International Law Through Inconsistent Decisions // 73 Fordham Law Rev. (2005). — P. 1559—1568.

¹⁶ Наиболее известным в этом отношении стало дело Ethyl Corp v Canada, где инвестор посчитал ограничивающим его права законодательный акт, принятый в целях охраны здоровья и окружающей среды. Правительство Канады предпочло закончить спор мировым соглашением с выплатой 13 миллионов долларов и отменой принятого акта. Peterson L.E., Grey K. International Human Rights in Bilateral Investment treaties. — P. 13. В уже указанном выше деле Vattenfall Ab v. Federal Republic of Germany, ICSID case No ARB/09/6 (иск шведской компании на сумму 1,4 млрд долларов) Германия также выбрала в итоге мировое соглашение и, по сообщениям наблюдателей, смягчила установленные ограничения.

¹⁷ Choudhury B. Recapturing public power: is investment arbitration's engagement of the public interest contributing to the democratic deficit? // Vanderbilt Journal of transnational law. - Vol. 41. — 2008. — P. 782.

¹⁸ Franck S. D. The Legitimacy Crisis in Investment Arbitration: Privatizing Public International Law Through Inconsistent Decisions. — P. 1520—1625.

¹⁹ Anthony DePalma, NAFTA's Powerful Little Secret; Obscure Tribunals Settle Disputes, But Go Too Far, Critics Say // N.Y. TIMES. — 2001, Mar. 11, at BU1.

²⁰ См. об этом: Tams Ch. J. Is there a need for an ICSID Appellate Structure // R. Hofmann,

Ch. Tams (eds). The International Convention on the Settlement of Investment Disputes (ICSID). Taking stock after 40 years. — *Nomos*, 2007. — P. 223—250.

²¹ Например, ExxonMobil обратился в арбитраж при Международной Торговой Палате (Париж) с иском на сумму 12 млрд долл. к Венесуэле, обвинив ее в нарушении инвестиционного контракта. Арбитраж присудил истцу компенсацию в размере 908 млн долл. После чего ExxonMobil обратилась уже в ИКСИД с требованием выплатить компенсацию в размере 7 миллиардов долларов в связи с нарушением Венесуэлой норм БИТ между Голландией и Венесуэлой. См.: http://newsandinsight.thomsonreuters.com/Legal/News/2012/01_-_January/SCENARIOS-Possible_outcomes_in_Exxon-Venezuela_legal_dispute/.

²² Choudhury B. Recapturing public power: is investment arbitration's engagement of the public interest contributing to the democratic deficit? — P. 782.

²³ Например, в деле *Plama Consortium v. Bulgaria*, рассмотренном ИКСИД в 2008 г., расходы заявителя составили 4,6 млн долл., в то время как расходы ответчика — 13,2 млн долл. В деле *Peu Casado v. Chile*, также рассмотренном ИКСИД в 2008 г., расходы заявителя составили 11 млн долл., расходы ответчика были на уровне 4,3 млн долл. См. Latest development in Investor-State Dispute Settlement, IIA Monitor No 1 (2009), UNCTAD/WEB/DIAE/IA/2009?6/Rev1. — P. 11.

²⁴ Luke Eric Peterson, In Policy Switch, Australia Disavows Need for Investor-State Arbitration Provisions in Trade and Investment Agreements // INVESTMENT ARB. REP. — 2011. — Apr. 14. Текст доступен: <http://www.iareporter.com/articles/20110414>.

²⁵ Так, Боливия вышла из Вашингтонской Конвенции в 2007 г., Эквадор — в 2008 г., 24 января 2012 г. Венесуэла официально уведомила о денонсации данной Конвенции в установленном порядке. ИКСИД в данное время рассматривает 18 споров между инвесторами и Венесуэлой на общую сумму более 20 млрд долл. Подробнее см. http://newsandinsight.thomsonreuters.com/Legal/News/2012/01_-_January/SCENARIOS-Possible_outcomes_in_Exxon-Venezuela_legal_dispute/

²⁶ «Investment rights stifle democracy», Corporate Europe Observatory, April 12, 2011. Текст доступен по ссылке: <http://www.corporateeurope.org/publications/investment-rights-stifle-democracy>.

²⁷ Выступление К. Шлейтера, автора на обсуждении в ЕП проекта Регламента, подготовленного Комиссией. Текст обсуждения доступен по ссылке: <http://www.europarl.europa.eu/sides/getDoc.do?pubRef=-//EP//TEXT+CRE+20110509+ITEM-022+DOC+XML+V0//EN>.

²⁸ Latest Developments in Investor-State Dispute Settlement, UNCTAD, IIA Monitor, No 1 (229), UNCTAD/WEB/DIAE/IA/2009/Rev1. С. 10.

²⁹ Bundenberg M. The Common Commercial Policy after Lisbon // Paper presented at the He-

brew University Jerusalem, 14 July 2008. — P. 10.

³⁰ В отношении детального анализа несоответствия норм БИТ и права ЕС см.: *van Aaken A. Fragmentation of international law: the case of international investment protection* // University of St Gallen Law School. Law and Economics Research Paper Series. Working paper. No 2008-16; *Kleinheisterkamp J. The next 10 years ECT Investment Arbitration: a vision for the future — from a European law perspective* // LSE Law, Society and Economy Working Papers 7/2011.

³¹ Regulation of the European Parliament and of the Council establishing transitional arrangement for Bilateral Agreements between Member States and third countries, COM (2010) 344 final. По поводу идущих в ЕС дискуссий в отношении данного проекта регламента см.: <http://www.iisd.org/itn/2011/07/01/while-the-eu-member-states-insist-on-the-status-quo-the-european-parliament-calls-for-a-reformed-european-investment-policy/>.

³² Анализ ст. 351 ДФЕС и практики Суда ЕС по этому вопросу см.: *Исполинов А.С., Ануфриева А. А. Право ЕС и международное право: последствия нового подхода Суда ЕС к договорам, заключенным государствами-членами с третьими странами* // Евразийский юридический журнал. — 2011 г. — № 3.

³³ *Eureko v. Czech Republic*, PCA Case No 2008-13, Award on Jurisdiction, Arbitrability and Suspension, 26 October 2010. Текст доступен: <http://ita.law.uvic.ca/documents/EurekovSlovakRepublicAwardonJurisdiction.pdf>.

³⁴ MOX Plant ECJ Case C-459/03 [2006] ECR I-4635. Решение Суда ЕС касалось спора, возникшего в 2001 г. между Великобританией и Ирландией, которая требовала раскрытия информации об уровне и причинах радиоактивного загрязнения в районе действия завода MOX на английском побережье Ирландского моря. После отказа Великобритании предоставить эту информацию Ирландия инициировала сразу 2 арбитражных разбирательства — в арбитраже ad hoc в рамках Конвенции 1992 г. по защите морской окружающей среды в Северо-Восточной Атлантике (Конвенция OSPAR) и в арбитраже в рамках Постоянной Палаты Третейского Суда на основании Конвенции ООН по морскому праву 1982 г. Комиссия ЕС обратилась в Суд ЕС с иском против Ирландии, усмотрев в ее действиях нарушение ст. 292 Договора о ЕС (сейчас ст. 344 ДФЕС). Суд ЕС в своем решении установил, что только он имеет исключительную юрисдикцию по вопросам применения и толкования права ЕС, включая те нормы международного права, которые стали частью правопорядка ЕС (как например, Конвенция 1982 г. по морскому праву). Арбитраж в рамках Конвенции OSPAR не усмотрел в действиях Великобритании нарушения норм Конвенции, а арбитраж в рамках ППТС прекратил производство по делу после того, как Ирландия отозвала свой иск, имея на руках решение Суда ЕС по этому делу. Более подробно см.: *Lavranos N. The epilogue in the MOX Plant dispute: an end without findings* // *European Energy and Environmental Law Review*. —

2009. June. — P. 180—184.

³⁵ Eastern Sugar B. V. v. the Czech Republic. Partial Award of 27 March 2007, текст доступен по ссылке: http://ita.law.uvic.ca/documents/Eastern_Sugar.pdf.

³⁶ Micula v. Romania, ICSID case No ARB/07/19.

³⁷ *Lavranoš N. Bilateral Investment Treaties (BITs) and EU Law // ESIL conference 2010.* — P. 27.

³⁸ ECHR, *Bosphorus Hava Yollartı Turizm ve Ticaret AS v. Ireland*, No 45036/98, 30 June 2005.

³⁹ Например, в решении по делу AES v. Hungary трибунал заявил, что право ЕС является частью правопорядков государств-членов и поэтому государства-члены не могут ссылаться на положения внутреннего права в качестве основания для невыполнения своих международных обязательств (AES Summit Generation Ltd and AES-TiszaEromu Kft v Hungary, ICSID Case No ARB/07/22, п. 7.6.6). В решении по признанию юрисдикции по делу Eureka v. Slovakia: «Какими бы ни были правовые последствия применения права ЕС, эти последствия должны быть приняты Трибуналом в рамках норм международного права, а не в ущерб этим нормам» (п. 229 решения).

⁴⁰ В соответствии со ст. 260 ДФЕС Суд ЕС может наложить санкции на государство-члена ЕС в виде штрафа и/или пеней. По ряду вынесенных Судом ЕС за последние 10 лет решений размер пеней варьируется от 19 000 до 31 000 евро за каждый день неисполнения (в одном случае 57 млн евро за период в 6 месяцев), штрафов — от 1 до 20 млн евро. Подробнее см. *Rosas A., Armati L. EU Constitutional Law. An introduction // Oxford and Portland, Oregon.* — 2010. — P. 238.

⁴¹ *Joined cases T-268/08, T-281/08 Land Burgenland and Republic of Austria v. European Commission. Judgment of the General Court of 28.02.2012.* Текст решения доступен: <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CELEX:62008TJ0268:EN:HTML>.

⁴² *Case C-126/97 Eco Swiss China Time Ltd v. Benetton International NV, [1999], I-2079.*

⁴³ «Towards a comprehensive European Investment policy»//Communication of the European Commission, Com (2010) 343 final. — P. 6.

⁴⁴ «Towards a comprehensive European Investment Policy»//Communication of the European Commission, Com (2010) 343 final. — P. 10.

⁴⁵ Этот процесс уже начался. См. информацию о планах ОАО «Газпром» оспорить в международном арбитраже меры, принятые Литвой во исполнение Третьего энергетического пакета ЕС. Причем оспорить их предполагается именно на основании БИТ между Россией и Литвой. «Газпром против ЕС» // Ведомости. — 2012. — 2 марта. — С. 7.

⁴⁶ *RosInvestCo UK Ltd. v. the Russian Federation, SCC Case ANo. Arb. V079/2005 (UK/Soviet BIT), Final Award, 12 September 2010.* Текст доступен по ссылке: <http://its.law.uvic.ca>. В своем решении трибунал установил, что несмотря на то, что некоторые возражения и аргументы ответчика выглядят убедительными, меры, принятые ответчиком, если рассматривать их кумулятивный эффект на компанию ЮКОС, не проходят тест на добросовестность, неконфискационный характер и отсутствие дискриминации и, следовательно, представляют собой экспроприацию в соответствии с положениями БИТ. Однако вместо запрашиваемых заявителем 232,7 млн долларов трибунал обязал Россию выплатить компенсацию в размере 3,5 млн. См. подробнее: *Ziegler A. The assessment of «good faith» in the YUKOS saga — institutional overlap in times of political uncertainty // Swiss NCCR working paper.* — No. 2011/60. — May 2011.

⁴⁷ «Declaring that no Contracting State shall by the mere fact of its ratification, acceptance or approval of this Convention and without its consent be deemed to be under any obligation to submit any particular dispute to conciliation or arbitration» — «Заявляя, что ни одна Договаривающаяся Сторона в силу факта ратификации, принятия или одобрения настоящей Конвенции, не считается обязанной передавать какой-либо конкретный спор на урегулирование или рассмотрение арбитражем без своего согласия» (*перевод авт.*).

Контактная информация:

alexandra@lexinvest.ru; ispolin@lexinvest.ru

Ключевые слова:

право ЕС; судебная система ЕС; иностранные инвестиции; договоры о поощрении и защите капиталовложений; инвестиционный арбитраж; ИКСИД; «зонтичная оговорка».

Настоящая статья посвящена рассмотрению чрезвычайно актуального на настоящий момент вопроса о соотношении международного права и права ЕС, а также о конфликте между решениями международных арбитражей и судов ЕС. Данные проблемы рассматриваются авторами на примере решений международных арбитражей и судебных органов ЕС, касающихся применения двусторонних соглашений о защите иностранных инвестиций, заключенных странами ЕС.

