

РОССИЙСКИЙ ЮРИДИЧЕСКИЙ ЖУРНАЛ

Научно-теоретическое,
информационное и практическое
издание

Основан в 1993 году

Выходит 6 раз в год

С 2007 года включен в Перечень
ведущих рецензируемых научных журналов
и изданий, в которых должны быть опубликованы
основные научные результаты диссертаций
на соискание ученой степени
кандидата и доктора наук

3 (102) • 2015

СОДЕРЖАНИЕ

МЕТОДОЛОГИЯ ПРАВА

- Кестемонт Л. (Лёвен, Бельгия)* Типология целей исследования
в правовой науке 9

ГОСУДАРСТВОВЕДЕНИЕ И ПОЛИТОЛОГИЯ

- Чупина Г. А., Шернаев В. И. (Екатеринбург)* Нация: идентификационная матрица 25
- Пучков О. А. (Екатеринбург)* Правовые основы государственной
экологической политики Российской Федерации 37
- Мусатов Ф. В. (Магнитогорск)* Конструкции государства
в истории юриспруденции 42

ЭКОНОМИКА И ПРАВО

- Одит М., Форто М. (Париж, Франция)* Инвестиционный арбитраж
без двусторонних инвестиционных договоров:
навстречу арбитражному рассмотрению инвестиционных споров на основе обычая? 56
- Исполинов А. С. (Москва)* Куда идет современный
инвестиционный арбитраж? 80
- Захаров Е. А. (Екатеринбург)* Правовое закрепление понятия
«постоянное представительство иностранной организации
для целей взимания НДС»: опыт Российской Федерации и Евросоюза 97

МЕЖДУНАРОДНОЕ ПРАВО

- Каюмова А. Р. (Казань)* Перспективы кодификации
универсальной юрисдикции государств 106
- Маммадов У. Ю. (Казань)* Защита природной среды
во время вооруженных конфликтов
в контексте международного гуманитарного права 117
- Бушмелёва Д. Б. (Екатеринбург)* Международная образовательная интеграция 130

КОНСТИТУЦИОННОЕ ПРАВО И ПРОЦЕСС

- Несмеянова С. Э. (Екатеринбург)* Международные договоры
как объект конституционного судебного контроля 137
- Головкова А. Ю. (Екатеринбург)* Некоторые вопросы регулирования
доказывания и доказательств в Конституционном судебном процессуальном праве 145
- Пантелеев В. Ю.* Конституционно-правовые основы
обеспечения безопасности в сфере потребительского рынка
в Российской Федерации 151

УГОЛОВНОЕ ПРАВО И ПРОЦЕСС

- Корсаков К. В. (Екатеринбург)* Принцип эквивалентного воздаяния
в современном российском уголовном законодательстве 157

АДМИНИСТРАТИВНОЕ ПРАВО И ПРОЦЕСС

- Елфимова Е. В., Никонова Ю. Ш. (Екатеринбург)* О некоторых проблемах,
возникающих при расследовании дорожно-транспортных происшествий 164
- Безруков Ю. И. (Екатеринбург)* Правовые и тактические проблемы
осмотра места ДТП при производстве по делам
об административных правонарушениях 168

ВОПРОСЫ СЛЕДСТВЕННОЙ И ОПЕРАТИВНО-РОЗЫСКНОЙ ДЕЯТЕЛЬНОСТИ

- Долинин В. Н. (Екатеринбург)* Особенности тактической операции
«Задержание с поличным» при расследовании взяточничества 174
- Пермяков С. В. (Магнитогорск)* Тактика участия адвоката
в проведении допроса подзащитного 179

КУДА ИДЕТ СОВРЕМЕННЫЙ ИНВЕСТИЦИОННЫЙ АРБИТРАЖ?

Рассматриваются проблемы современного инвестиционного арбитража, их происхождение и риски, которые с ними связаны. Автор исходит из того, что изначально для решения инвестиционных споров между инвестором и государством применялась модель международного коммерческого арбитража. Однако она оказалась малоприменима для рассмотрения споров, в которых инвестор обжалует регулятивные меры общего характера, принимаемые государствами. В статье проанализированы различные варианты реформ инвестиционного арбитража.

Ключевые слова: инвестиционный арбитраж, инвестиционные соглашения, национальные суды, реформа арбитража

В последние 20 лет мы наблюдаем бурное развитие инвестиционного арбитража. Решение арбитража в Гааге, обязавшее Россию выплатить 50 млрд долл. акционерам компании «ЮКОС», показало всю беспощадность современного инвестиционного арбитража и связанных с ним плохо предсказуемых рисков. Рекордная сумма компенсации, да еще в пользу акционеров компании, лояльность которой налоговому законодательству была более чем сомнительной¹, заставила многие государства, в первую очередь европейские, примерить эту ситуацию на себя. Так, Германия заявила (пока неофициально), что ряд положений уже согласованного экономического соглашения между Канадой и ЕС являются неприемлемыми. Прежде всего речь идет о передаче споров с инвесторами в инвестиционный арбитраж, аналогичный Гаагскому. На наш взгляд, такое резкое неприятие ключевых положений данного соглашения ставит под сомнение не только его будущее, но и перспективы заключения соглашения между США и ЕС, в котором есть сходные положения.

То, что инвестарбитраж нуждается в полной перезагрузке, а не в косметических или частичных реформах, продемонстрировали приобретения в 2014 г. скандальную известность решения арбитража при Московской торгово-промышленной палате (далее – МТПП) в отношении Киргизии, а также последовавшие за ними решения российских судов и Экономического суда СНГ, которые иначе как оппозицией инвестиционному арбитражу назвать нельзя.

Помимо споров о реформе инвестарбитража идут дискуссии и о его необходимости, которая уже не так очевидна на фоне все возрастающих рисков, связанных с ним. Не рассматривая в настоящей статье решение по делу ЮКОСа (которое уже начали комментировать в отечественной литературе), мы полагаем, что оно, как и решения МТПП в отношении Киргизии, является поводом для анализа

* Кандидат юридических наук, доцент, заведующий кафедрой международного права юридического факультета Московского государственного университета им. М. В. Ломоносова (Москва).

¹ Чего стоят слова из решения Гаагского трибунала: «Как правильно указывал ответчик, заявления ЮКОС (многократно им повторенные в ходе рассмотрения дела) о реформе корпоративного управления, западных стандартах прозрачности и защиты интересов миноритариев, оказались на поверку лишь фасадом» (*PCA Hulley Enterprises Limited v. the Russian Federation*. Case № AA226. Final award. 2014. July 18. Para. 1809).

структурных недостатков современного инвестиционного арбитража, тех рисков, которые они несут, а также возможных вариантов если не устранения, то хотя бы минимизации данных рисков.

1. Становление инвестиционного арбитража

Приобретшие особую популярность в 70–80-е гг. XX в. договоры о защите иностранных инвестиций предлагали механизм защиты прав инвесторов в виде передачи их споров с принимающим государством в независимый арбитраж. Вместо традиционного согласия на рассмотрение каждого спора в международном суде договоры содержали лишь обязательство государства передать на рассмотрение арбитража любой спор с любым инвестором о нарушении его прав, указанных в договоре. Сегодня это толкуется как некая оферта со стороны государства, адресованная неограниченному кругу инвесторов. В свою очередь обращение инвестора с письмом об инициировании процедуры арбитража считается акцептом оферты. Как отметил исследователь инвестарбитража Я. Паулссон в своей широко известной статье с красноречивым названием «Арбитраж без согласия»¹, это предоставило нынешним и будущим инвесторам право обращаться в арбитраж с разнообразными жалобами на действия органов государства безотносительно того, было ли заключено отдельное соглашение с заявителем. Таким образом, инвестиционный арбитраж позволял инвесторам вывести споры из-под юрисдикции судов принимающего государства (что являлось особенно актуальным в странах с неустоявшейся судебной системой и выглядело весьма прогрессивным). В отличие от международного судебного разбирательства инвестиционный арбитраж не предусматривал для частных лиц перед обращением с иском против другого государства обязанности исчерпать все имеющиеся внутренние правовые средства защиты своих прав. Такая особенность стала одной из причин популярности международного инвестиционного арбитража.

С процессуальной точки зрения инвестиционный арбитраж во многом строился по модели международного коммерческого арбитража, наделялся такими его свойствами, как *ad hoc* характер создаваемого арбитражного трибунала; назначение арбитров сторонами; окончательность решений, т. е. невозможность их обжаловать; конфиденциальность слушаний; возмещение расходов на арбитраж (включая гонорары арбитрам) за счет сторон; а также самостоятельное установление арбитрами своей юрисдикции по переданному им на рассмотрение спору. Предполагалось, что гибкость, присущая коммерческому арбитражу, поможет и арбитражу инвестиционному.

Помимо этого привлекательность инвестарбитража основывалась на исключительной эффективности исполнения решений, которые считались окончательными и обязательными для сторон спора. Из международного коммерческого арбитража заимствовали конструкцию, при которой национальные суды фактически лишались возможности отменять решения арбитражей или пересматривать их по существу.

2. Инвестарбитраж в XXI веке: мифы и реальность

Сегодня очевидно, что инвестиционный арбитраж – одно из самых противоречивых явлений современного международного права. В конце XX в. произошел лавинообразный рост числа двусторонних соглашений о поощрении и защите иностранных инвестиций. Самый первый договор о защите иностранных инвестиций заключили в 1959 г. Германия и Пакистан. В 1987 г. их количество достигло 265,

¹ Paulsson J. Arbitration without privity // Foreign Investment Law Journal. 1995. Vol. 10. № 2. P. 233.

в 1994 г. – 800, в 1999 г. – 1857, а в 2005 г. – 2500, к концу 2013 г. – 3200. То, что 93 % договоров содержали оговорку о рассмотрении споров между инвесторами и принимающим государством в том или ином арбитраже, предопределило и растущее количество инвестиционных споров – на конец 2013 г. их было уже 568¹.

Такое стремительное развитие инвестиционного арбитража не могло не сопровождаться возникновением серьезных проблем, которые ранее из-за малого количества арбитражных дел просто не замечались или воспринимались как незначительные. Те преимущества коммерческого арбитража, о которых говорилось выше, при их применении к спорам между инвесторами и государством превратились в структурные проблемы сегодняшнего инвестиционного арбитража. Отметим, что весьма своеобразная эволюция инвестарбитража за последние 15 лет не получила должного внимания российских исследователей.

Глубокие структурные дефекты инвестиционного арбитража скрываются за несколькими мифами, которые вольно или невольно поддерживаются на бесчисленных семинарах и конференциях, в статьях и монографиях.

Миф первый. Инвестарбитраж дает возможность вывести рассмотрение инвестиционных споров из-под юрисдикции национальных судов (которые якобы слишком неторопливы или коррумпированы, или неэффективны) и тем самым содействует увеличению притока иностранных инвестиций.

Однако то, что могло быть правдой в отношении судов развивающихся стран, сегодня звучит некорректно применительно к судам Канады (в рамках НАФТА) или судам европейских государств и ЕС (по спорам из Энергетической хартии). Кроме того, не подтверждается никакими данными наличие прямой зависимости между количеством подписанных договоров о защите инвестиций и притоком самих инвестиций. Зато есть пример обратного. Бразилия, являясь одним из мировых лидеров по привлечению инвестиций, за всю свою историю не заключила ни одного договора, который предусматривал бы передачу спора в инвестиционный арбитраж.

Миф второй. Арбитраж хорош тем, что его решение окончательное и обжалованию не подлежит.

Между тем во всем мире неотъемлемой частью права на справедливое судебное разбирательство является как раз возможность обжалования решения суда. Значительное увеличение количества споров, передаваемых на рассмотрение инвестиционным арбитражам, привело к появлению противоречивых решений. При этом по ряду принципиальных вопросов решения инвестарбитражей оказались различны. Арбитражные трибуналы по-разному толкуют ключевые положения международных соглашений, начиная с понятия «инвестиция» и заканчивая толкованием «зонтичной» оговорки, а также вопросов применимости положений о режиме наибольшего благоприятствования к арбитражным оговоркам. Окончательность решений и «одноразовый» характер арбитражей не позволяют создать единообразную практику и «убивают» какую-либо правовую определенность для спорящих сторон.

Справедливости ради отметим, что в рамках Международного центра по урегулированию инвестиционных споров (далее – МЦУИС) возможно аннулирование решения арбитража, но это неэквивалентно полноценному апелляционному рассмотрению. Во-первых, аннулирование, т. е. полная отмена решения, допустимо только по строго ограниченным процессуальным основаниям и не подразумевает рассмотрение дела по существу или вынесение нового решения. Во-вторых,

¹ Recent development in investor-state disputes settlement // UNCTAD. 2014. № 6. P. 1.

просьбу об аннулировании рассматривает *ad hoc* комитет, что не позволяет выстроить единообразную практику аннулирования, вносит в нее лишь большую сумятицу¹.

Миф третий. Быстрота и дешевизна арбитражного разбирательства.

Во-первых, оно не такое уж и быстрое, его средний срок – три-четыре года. Во-вторых, элитный рынок инвестарбитражных услуг монополизирован 15–20 международными юридическими фирмами, где в первой тройке находятся «Freshfields Bruckhaus Deringer» (123 дела), «White & Case» (37 дел) и «Curtis Mallet-Prevost Colt & Mosle» (29 дел)². По каждому делу работает команда высококлассных и дорогих юристов, а потому сегодня общие расходы сторон в среднем составляют 8 млн долл., а иногда и значительно больше³. Так, в делах *Plama Consortium v. Bulgaria* и *Pey Casado v. Chile*, рассмотренных МЦУИС в 2008 г., заявители израсходовали соответственно 4,6 млн и 11 млн долл., а ответчики – 13,2 млн и 4,3 млн долл.⁴ Дело акционеров ЮКОСа рассматривалось десять лет и стало «Клондайком» как для юристов, так и для арбитров, побив по затратам все рекорды. Вот что писал трибунал по делу ЮКОСа: «Тысячи страниц письменных заявлений и доказательств, представленных сторонами, несметное число ходатайств о предоставлении документов, 10 дней слушаний в 2008 г. в отношении юрисдикции и приемлемости дела, 21 день слушаний по существу в 2013 г. – все это продемонстрировало ту важность, которую Стороны придавали этому арбитражу... Обе стороны вели процесс решительно, каждая сторона была представлена выдающимися юристами, качество устных и письменных прений было замечательным, стоит поблагодарить юристов сторон за их высочайший профессионализм»⁵. Неудивительно, что затраты ЮКОСа в этом процессе составили 80 млн долл., затраты России оказались намного меньше – «всего» 27 млн долл. В свою очередь трибунал обязал Россию возместить издержки ЮКОСа в размере 60 млн долл.

Миф четвертый. Эффективность и беспристрастность арбитров.

И здесь не все так просто. Во-первых, размер гонораров арбитров давно уже перевалил за 3 тыс. долл. в день плюс расходы. За рассмотрение дела нередко гонорары в 1 млн долл.⁶ Рекордный по своей длительности и сложности процесс по делу акционеров ЮКОСа привел и к не менее рекордным гонорарам (Ш. Понсе – 1,5 млн евро, С. Швебель – 2,2 млн евро, Л. Ив Фортье – 1,7 млн евро)⁷. Не забыли и скромного секретаря трибунала: его гонорар – 1,2 млн евро.

С учетом того, что эти суммы выплачиваются из средств участников процесса, вносимых на депозит трибунала, у арбитров (равно как и у юристов, представляющих стороны) может возникнуть искушение сначала признавать свою юрисдикцию (даже в отношении заведомо безосновательных требований), а затем затягивать рассмотрение дела. Благо никакими процессуальными сроками они не связаны. Сама система арбитража допускает появление такого соблазна. В современных условиях и применительно к инвестиционным спорам с участием государств это не может не вызывать серьезную озабоченность. По нашему мнению, доход людей, которые занимаются правосудием, не должен зависеть от длительности судебного разбирательства, и они не должны получать его от сторон спора.

¹ Kim D. The annulment committee's role in ICSID arbitration: the need to move away from annulment based system // New York University Law Review. 2011. Vol. 86. P. 242–279.

² Global Arbitration Review. 2014.

³ Investor-State Dispute Settlement. Public Consultation. 2012. 16 May – 23 July. P. 19.

⁴ Latest development in Investor-State Dispute Settlement // IIA Monitor. 2009. № 1. P. 11.

⁵ PCA Hulley Enterprises Limited v. the Russian Federation. Para. 4–6.

⁶ Расходы сторон на процесс в инвестиционном арбитраже в среднем делятся так: 82 % берут юристы, 16 % идет на гонорары арбитрам и 2 % – это административные расходы.

⁷ PCA Hulley Enterprises Limited v. the Russian Federation. Para. 1860–1862.

В отношении беспристрастности имеющаяся статистика тоже весьма красноречива. Около 55 % решений инвестарбитражей вынесено группой из 15 арбитров, уже названной «внутренняя мафия» (кстати, двое ее представителей – Л. Ив Фортье и С. Швებель – были в тройке арбитров по делу ЮКОСа). Эти люди выступают в делах то арбитрами, то представителями, то приглашенными экспертами. Так, С. Швებель представлял стороны в десяти спорах (из них в восьми – инвесторов). Многие из работающих в инвестарбитраже являются партнерами элитных юридических фирм и заседают в советах директоров крупнейших ТНК (например, Л. Ив Фортье заседал в советах директоров ТНК «NOVA Chemicals Corporation» (1998–2009), «Alcan Inc.» (2002–2007) и горнодобывающего гиганта «Rio Tinto» (2007–2011)¹.

Налицо конфликт интересов, немислимый в национальных судебных системах. При всем уважении к авторитету и квалификации арбитров в деле ЮКОСа у нас нет сомнений в том, что на национальном уровне их просто бы не допустили к отправлению правосудия. Система должна держаться не на уверенности в личных достоинствах человека, вершащего правосудие, а на институциональных гарантиях его независимости и беспристрастности.

В отсутствие каких-либо институциональных гарантий независимости и беспристрастности арбитров сама система их назначения несет колоссальные риски и создает впечатление о своей несправедливости и сомнительной беспристрастности. Наиболее известные представители арбитражного сообщества уже начали дистанцироваться от этого. Так, Я. Паулссон в статье «Моральный риск в разрешении международных споров» высказался за запрет святой святых международного арбитража – права сторон спора самим назначать арбитров, признав, что эта система провоцирует появление коллизий и лишает современный арбитраж доверия сторон².

3. Расширение юрисдикции инвестарбитражей.

Инвестарбитражи против права государств регулировать экономику

Как убедительно показывает сегодняшняя практика, расширительное толкование арбитражными трибуналами инвестиционных договоров привело к тому, что инвесторы стали успешно обжаловать в инвестиционном арбитраже такие принимаемые государством регулирующие меры общего характера, как повышение налогов, ужесточение санитарных и природоохранных стандартов и т. д. Только в 2013 г. инвесторы подали 57 исков, из них больше половины пришлось на США, Канаду и страны ЕС³. Значительная часть истцов тоже оказалась из развитых государств. Во всех исках утверждалось, что принятые к ним меры негативно влияют на стоимость инвестиций. Скандальную известность получил иск шведской компании «Vattenfall AB» к правительству ФРГ на сумму 1,4 млрд долл. В нем истец требовал возместить ущерб, понесенный им из-за ужесточения экологических предписаний⁴. В 2010 г., после принятия Австралией закона о мерах по ограничению курения табачных изделий, включая обязательную маркировку с предупреждением о вреде курения⁵, состоялось арбитражное рассмотрение спо-

¹ Eberhardt P., Olivet C. Profiting from injustice: How law firms, arbitrators and financiers are fuelling an investment arbitration boom // URL: <http://corporateeurope.org/trade/2012/11/profitting-injustice>.

² Paulsson J. Moral Hazard in International Dispute Resolution // URL: http://www.arbitration-ic.org/oral_hazard.pdf.

³ Recent development in investor-state dispute settlement (ISDS) // UNCAD. 2013. № 1.

⁴ Vattenfall AB v. Federal Republic of Germany. ICSID. Case № ARB/09/6.

⁵ Davison M. The Bilateral Investment Treaty Dispute between Australia and Philip Morris Asia: What Rights are Relevant and How Have they Been Affected? // Transnational Dispute Management. 2012. Vol. 5. № 9.

ра между табачным гигантом «Филип Моррис» и Австралией. В деле *Metalclad v. Mexico*¹ американская фирма-оператор хранилища токсичных отходов оспорила отказ городских властей Мехико выдать разрешение на строительство нового хранилища до тех пор, пока не будут проведены работы по очистке существующего. Заметим, что заявитель иска знал о данном обязательстве, когда приобретал хранилище у предыдущего собственника. Получается, что инвестарбитражи подменяют собой судебный контроль за действиями национального правительства, который в любом государстве должен осуществляться национальными судами.

Еще более серьезно выглядят предпринимаемые в последние годы попытки инвесторов оспорить решения национальных судов, в том числе высших судов принимающих государств. Так, фармацевтическая компания «Eli Lilly» подала иск в арбитраж НАФТА, пытаясь обжаловать решения канадских судов двух инстанций, признавших недействительными ее патенты на два лекарства. В качестве компенсации компания запросила 500 млн долл.

Консолидированное мнение критиков инвестиционного арбитража выразил один из исследователей, указав, что «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»².

При этом активное использование международных инвестиционных соглашений странами Латинской Америки, внедрение инвестарбитражного механизма в рамках НАФТА и Энергетической хартии коренным образом изменило портрет потенциального ответчика в инвестиционных спорах. Появилась возможность обращаться с исками не к нищим странам Африки, а к вполне состоятельным государствам.

Соответственно стали быстро расти суммы как заявляемых инвесторами требований, так и присуждаемых трибуналами компенсаций. Удовлетворение одних исков влекло появление других, более крупных. В такой ситуации сама содержащаяся в договорах оферта со стороны государства на арбитражное рассмотрение споров с инвесторами стала рассматриваться как выдача бланкового чека на предъявителя, который может быть оплачен в любое время³. Государства, получив многомиллионный иск от компании (иногда даже под надуманным предлогом), не знают, чем закончится процесс (как в отношении признания юрисдикции арбитража, так и в отношении исхода спора) ввиду отсутствия устоявшейся практики. Поэтому государства все чаще предпочитают решать такие споры мировым соглашением с выплатой крупных отступных (благо конфиденциальность инвестарбитража позволяет скрыть их суммы).

При таком развитии событий неудивительно, что инвестиционные споры превратились в рентабельный бизнес, когда команды юристов требуют за свои услуги от инвесторов еще и процент от выигранной суммы. Уже известны названия финансовых компаний, подключившихся к данному бизнесу⁴. Они финансируют расходы истцов на ведение процесса в обмен на долю в присужденной компен-

¹ *Mexico v. Metalclad Corp.* Reasons for Judgment of the Honorable Mr. Justice Tysoe // B.C.L.R. 2001. № 39. P. 389, 393.

² Choudhury B. Recapturing public power: is investment arbitration's engagement of the public interest contributing to the democratic deficit? // Vanderbilt Journal of Transnational Law. 2008. Vol. 41. P. 782.

³ Ibid.

⁴ Khouri S., Hurford K., Bowman C. Third party funding in international commercial and treaty arbitration – a panacea or a plague? A discussion of the risks and benefits of third party funding // Transnational Dispute Management. 2011. № 4. P. 12.

сации (или отступных). Главное – найти подходящего инвестора, международное соглашение и государство, принявшее меры общего характера, о которых можно сказать, что они ущемляют интересы инвестора. Появились даже предложения о продаже исковых требований инвесторов к государствам, приобретение которых сулит доходность в 50 % в год.

Характеристики инвестиционного арбитража, ранее воспринимаемые как его преимущества, сейчас подвергаются аргументированной и массовой критике. Например, конфиденциальность и возможность опубликования решения только с согласия спорящих сторон считаются препятствием на пути к созданию целостной и непротиворечивой практики рассмотрения инвестиционных споров, необходимой как инвесторам, так и государствам при разработке и согласовании условий инвестиционных соглашений. Очень точную и хлесткую оценку деятельности сегодняшнего международного инвестиционного арбитража дал А. Де Пальма: «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»¹. Как следствие – кризис легитимности международного инвестиционного арбитража в глазах инвесторов и государств, который выражается как в отсутствии должной правовой определенности у спорящих сторон, так и в ощущении «приватизации международного права» инвестиционными арбитрами и элитными юридическими фирмами². Интересно, что наличие системного кризиса в инвестарбитраже признают и наиболее дальновидные представители инвестарбитражного сообщества³.

4. Решения инвестарбитражей, о которых стараются не говорить

В практике инвестиционных трибуналов есть решения, о которых в инвестарбитражном сообществе не принято говорить. Они выделяются не новыми трактовками положений международных договоров, а обстоятельствами их вынесения, которые как нельзя лучше доказывают наличие структурных проблем инвестиционного арбитража.

В решении 2003 г. по делу *Loewen v. USA* инвестарбитраж в рамках НАФТА рассматривал жалобу канадской компании «Loewen», доведенной до банкротства решением суда присяжных штата Миссисипи. По гражданскому иску на 4 млн долл. присяжные обязали «Loewen» заплатить 500 млн долл., включая 75 млн долл. за моральный и 400 млн долл. за штрафной ущерб. Сам же гражданский иск строился на абстрактных утверждениях о расизме со стороны менеджмента компании, а также упреках, что действия компании напоминают бомбардировку японцами Перл-Харбора в 1941 г. Компания «Loewen» не смогла обжаловать эту очевидную ошибку правосудия в силу того, что по законам штата Миссисипи для подачи апелляции она должна была задепонировать сумму в размере 125 % от суммы оспариваемого решения, т. е. 625 млн долл. В результате компания объявила о своем банкротстве.

¹ *Palma A. De.* NAFTA's Powerful Little Secret; Obscure Tribunals Settle Disputes, But Go Too Far, Critics Say // N. Y. Times. 2001. March 11.

² *Franck S. D.* The Legitimacy Crisis in Investment Arbitration: Privatizing Public International Law through Inconsistent Decisions // Fordham Law Review. 2005. Vol. 73. P. 1520–1625.

³ *Kahale G. III.* Is Investor-State Arbitration Broken? // Transnational Dispute Management. 2012. № 7. P. 25–27.

Несмотря на то что инвестиционный трибунал в рамках НАФТА охарактеризовал судебный процесс в Миссисипи как позор и грубую дискриминацию, из-за перерегистрации компании в ходе банкротства из Канады в США трое арбитров отказали ей в иске по юрисдикционным основаниям (якобы истец перестал отвечать требованиям НАФТА для получения правовой защиты). Правда всплыла только через несколько лет, когда один из арбитров, назначенный американским правительством, признался, что перед назначением он долго беседовал с сотрудниками Министерства юстиции США. Ему объяснили, что США не могут позволить себе проиграть данный процесс, иначе они потеряют НАФТА. Судя по тому, что решение арбитров отказать заявителю в иске было принято единогласно, арбитр правильно воспринял оказанное на него давление и довел нужную мысль до своих коллег по трибуналу¹.

Становится понятно, почему США не проиграли ни одного дела в инвестиционных арбитражах (даже там, где их вина являлась очевидной): «...хотя нет никаких свидетельств предвзятости арбитров в каком-либо деле, полное отсутствие побед канадских инвесторов в арбитражах НАФТА в их исках против США по крайней мере дает основание для беспокойства и привлекает внимание к самой структуре арбитражного разбирательства»².

То, что США внезапно и необъяснимо в начале XXI в. потеряли интерес к созданию апелляционного органа для инвестиционных арбитражей, который сами же и продвигали, наводит на мысль, что США и инвестарбитражное сообщество к тому времени достигли негласного консенсуса. С одной стороны, арбитражи сохраняют столь комфортный для себя статус-кво, с другой – США получают гарантию собственной неуязвимости и очевидные конкурентные преимущества для своих предприятий.

К категории дел, которым вряд ли найдется место в учебниках по инвестиционному праву, можно смело отнести упомянутые в начале статьи три решения арбитража при МТПП по искам инвесторов к Киргизии, вынесенные в 2013–2014 гг. Арбитраж, доселе не замеченный в разрешении инвестиционных споров, рассмотрел все три дела на основании Московской конвенции о защите прав инвесторов 1997 г. Арбитры креативно подошли к толкованию неудачно сформулированной ст. 11 Конвенции «Порядок разрешения споров». В ней говорится, что споры могут быть рассмотрены «судами или арбитражными судами стран-участников споров, Экономическим судом СНГ и (или) иными международными судами или международными арбитражными судами». С ходу объявив себя международным арбитражным судом, арбитраж при МТПП рассмотрел все три дела в рекордные сроки (от пяти до восьми месяцев), обязав Киргизию выплатить истцам от 2 млн до 118 млн долл. МЦУИС, правила которого содержат хоть какие-то требования к инвестору, оказался посрамлен арбитражем при МТПП. Инвесторами признали граждан государств, не участвующих к Московской конвенции (Кореи в деле *Lee Jong Black* и Киргизии в деле *ОсОО «ОККВ»*). Это решение (в карикатурно-сконцентрированном виде) показало такие системные проблемы инвестарбитража, как придание статьям договора смысла, на которое не рассчитывало подписавшее его государство; очевидная заинтересованность арбитров в принятии дел

¹ *Schneiderman D. Judicial Politics and International Investment Arbitration: Seeking an Explanation for Conflicting Outcomes // Northwestern Journal of International Law & Business. 2010. Vol. 30. № 2. P. 404–405.*

² *Harten G. Van. Reform of Investor-State Arbitration: A Perspective from Canada // Osgoode Hall Law School of York University Research Papers. 2011. September 16.*

к рассмотрению; игнорирование процессуальных прав ответчика (чего стоит срок в семь дней, отведенных ответчику для назначения своего арбитра).

Неудивительно, что Киргизия, первоначально нанявшая австрийскую юридическую фирму «Schonherr» для представления своих интересов, от дальнейшего участия в процессах принципиально отказалась, дабы не придавать видимость законности всему происходящему. Она обратилась в Арбитражный суд Москвы как с иском об отмене определений арбитража при МТПП по делу *Stans Energy Corp*, по которому арбитраж признал свою компетенцию, так и с исками по двум другим делам, по которым арбитраж при МТПП уже вынес решения по существу. Киргизия по делу *Lee John Black* просила отменить решение в части признания арбитражем своей компетенции, а по делу *ОсОО «ОККВ»* – вынесенное решение полностью. Одновременно Киргизия обратилась в Экономический суд СНГ с просьбой дать официальное толкование ст. 11 Московской конвенции, с которой и начались все ее неприятности.

В Арбитражном суде Москвы Киргизию ждало разочарование. Арбитраж в исках отказал¹, заявив, что он вправе рассматривать заявления об отмене либо решений третейских судов в порядке ст. 233 АПК РФ, либо определений третейских судов об установлении своей юрисдикции (ст. 235 АПК), но лишь в случаях, оговоренных международным договором или федеральным законом. О первом не просил сам заявитель, а в отношении ст. 235 АПК городской арбитражный суд руководствовался постановлением Президиума ВАС РФ от 23 ноября 2010 г.², где было сказано, что сегодня оснований для ее применения нет. И только в деле, где Киргизия оспаривала решение арбитража при МТПП по иску ОсОО «ОККВ», Московский городской арбитраж (судья г. Комарова) согласился приостановить производство по делу до получения разъяснения Экономического суда СНГ³.

Иным оказался подход Экономического суда СНГ, который воспринял решение арбитража при МТПП как покушение на свои полномочия и подошел к делу максимально серьезно и с необычной для международных судов быстротой. Суд СНГ опирался на ст. 28 Московской конвенции, согласно которой все спорные вопросы, связанные с толкованием настоящей Конвенции, должны решаться путем консультаций сторон или обращения в Экономический суд Содружества Независимых Государств.

Экономический суд в решении от 23 сентября 2014 г.⁴ посчитал, что положения ст. 11 Конвенции устанавливают исключительно принципиальную возможность рассмотрения споров по осуществлению инвестиций посредством международных арбитражных судов при условии заключения отдельных арбитражных соглашений в определенном порядке. Сама же ст. 11 Конвенции, говоря о международных судах и арбитражах, лишь упоминает о возможных типах институтов, которые вправе решать споры по осуществлению инвестиций в рамках данной Конвенции. По мнению Экономического суда СНГ, положения ст. 11 Конвенции не могут расцениваться как арбитражное соглашение о рассмотрении

¹ URL: http://kad.arbitr.ru/PdfDocument/a7a2dfae-3e0c-4110-bdf7-a7ce1d5608d9/A40-64831-2014_20140708_Opredelenie.pdf; URL: http://kad.arbitr.ru/PdfDocument/333d688b-a7a0-4ac8-a19e-4e4276e7-ce6a/A40-19518-2014_20140624_Opredelenie.pdf.

² Постановление Президиума ВАС РФ от 23 ноября 2010 г. № 9521/10 // URL: http://www.arbitr.ru/bras.net/f.aspx?id_casedoc=1_1_12044211-c49f-4aa0-b9b9-24fdf4010b51.

³ URL: http://kad.arbitr.ru/PdfDocument/2e3fbde6-ebb1-46b5-b6bf-4cae3c0272f4/A40-25942-2014_20140623_Opredelenie.pdf.

⁴ О толковании статьи 11 Конвенции о защите прав инвестора от 28 марта 1997 года: решение Экономического суда СНГ от 23 сентября 2014 г. // URL: http://sudsng.org/download_files/rh/2014/rh-01-1_14_23092014.pdf.

спора по осуществлению инвестиций (либо безотзывной публичной оферты на его заключение), так как не содержат наименования компетентного на рассмотрение спора международного арбитражного суда либо порядка его определения.

Критический подход Экономического суда СНГ к решениям арбитража при МТПП был сразу же поддержан ФАС МО, куда с кассационными жалобами обратилось правительство Киргизии. В своих постановлениях от 26 сентября 2014 г.¹ ФАС МО отменил определения Московского городского арбитражного суда и направил дела на новое рассмотрение. С точки зрения ФАС, суд первой инстанции допустил ошибку: он был обязан приостановить производство по делу до получения заключения Экономического суда СНГ.

Интересно, что вынося такое постановление, ФАС МО поставил суд первой инстанции в непростое положение: ему предстоит пойти против отмеченной выше правовой позиции ВАС РФ. Кроме того, указав суду первой инстанции на необходимость использовать положения Московской конвенции 1997 г. в толковании Экономического суда СНГ, ФАС МО фактически обязал применить конвенцию, в которой Россия не участвует. Это потребует от суда виртуозности, и не факт, что он не захочет переложить данную задачу на плечи вышестоящих судов. Так что до конца судебных баталий еще далеко. Но очевидно одно: российские суды не намерены спускать ситуацию на тормозах, отдавая себе отчет в том, что речь идет о гораздо более принципиальных вещах, нежели о правомерности действий правительства Киргизии по отношению к конкретным инвесторам.

Хочется отметить, что оценки решений арбитража при МТПП национальными и международным региональным судами совпали. Более того, мы наблюдаем попытку скоординировать действия судов в поисках правильного и обоснованного решения очевидной проблемы с неудачными формулировками ст. 11 Конвенции. Кстати, у арбитража при МТПП был шанс включиться в диалог национальных судов и Суда СНГ, сделав его трехсторонним. Еще перед вынесением им решения об установлении своей компетенции (по крайней мере в последнем деле) Киргизия обратилась с ходатайством о приостановлении производства до получения как заключения Экономического суда СНГ, так и решения Московского городского арбитражного суда. К сожалению, ходатайство отклонили, и арбитраж при МТПП упустил блестящую возможность войти в историю международного инвестиционного права совсем в ином качестве.

5. Контроль со стороны национальных судов за решениями инвестарбитража

Сегодня международная практика допускает лишь весьма ограниченный контроль со стороны национальных судов за решениями инвестарбитража. В соответствии с положениями Вашингтонской конвенции 1965 г. какой-либо контроль за решениями арбитражей, созданных в ее рамках, отсутствует. Их решения признаются окончательными решениями национальных судов и подлежат немедленному исполнению. Это означает, что в отличие от решений других арбитражей внутренние суды не имеют права оценивать решения МЦУИС (в том числе с точки зрения публичного порядка). К решениям МЦУИС (а в его рамках рассмотрено более 60 % всех споров) не применяются положения Нью-Йоркской конвенции о признании и приведении в исполнение иностранных арбитражных решений 1958 г.

¹ Постановления ФАС МО от 26 сентября 2014 г. по делам № А40-64831/14 (URL: http://kad.arbitr.ru/PdfDocument/dcae5ae7-2952-4276-9ef6-f7114406eb43/A40-64831-2014_20140926_Reshenija%20i%20postanovlenija.pdf) и № А40-19518/14-68-168 (URL: http://kad.arbitr.ru/PdfDocument/a2949861-828f-4df2-bd2c-25fcc4409b7/A40-19518-2014_20140926_Reshenija%20i%20postanovlenija.pdf).

В отношении решений по инвестиционным спорам, выносимым иными арбитражами (Лондонским, Гаагским, Стокгольмским), существует два вида судебного контроля.

1. Решения арбитража можно обжаловать по месту его нахождения в соответствии с национальным законодательством. Однако здесь отмечается разброс используемых подходов. Одни государства (в первую очередь Великобритания, Швеция, Швейцария, где расположены известные арбитражные центры) склонны ограничить такой контроль лишь процедурными вопросами, исключая возможность своих судов вникать в суть дела. Другие допускают либо ограниченный контроль вопросов существа дела, либо даже отмену решения ввиду противоречивости доводов арбитража¹. Такая разница в подходах на национальном уровне заведомо исключает выработку какого-либо единого подхода национальных судов к решению рассматриваемой проблемы. Тем не менее иногда контроль оказывается эффективным. Так, России удалость оспорить в шведских судах как решение Стокгольмского трибунала о юрисдикции по иску компании «Rosinvest Co», так и решение по существу спора². Такой же путь Россия выбрала для обжалования решений арбитража по делу ЮКОСа, направив соответствующие иски в голландский суд³.

2. Решение можно рассмотреть в суде по месту его исполнения в порядке, предусмотренном Нью-Йоркской конвенцией 1958 г. Последняя разрешает национальным судам не признавать и не исполнять решения арбитражей по процедурным основаниям, а также при противоречии решений основам публичного порядка. Очень важно, что национальные суды не могут аннулировать или пересмотреть решения арбитражей, равно как не могут отказать в их признании в силу ошибки арбитража при применении нормы права или в силу их противоречия устоявшейся практике. Это означает, что выигравший дело инвестор, даже столкнувшись с отказом признать решение арбитража в одном государстве, просто начинает искать те страны, где совпадают два фактора: благоприятный настрой национальных судов при признании арбитражного решения и наличие имущества ответчика для обращения на него взыскания.

Перечисленные особенности контроля (или его отсутствия) национальных судов за решениями инвестарбитражей объясняются тем, что инвестарбитраж строился во многом по образцу международного коммерческого арбитража, заимствовав у него также минимизацию вмешательства со стороны национальных судов. И это можно было принять в случае спора между двумя коммерческими предприятиями, которые сами согласились на арбитраж и на риски, с ним связанные. Однако вполне уместно задаться вопросом о справедливости и оправданности такого подхода к современным реалиям инвестарбитража и о том, насколько он отвечает интересам и желаниям самих государств. Отдельного обсуждения заслуживает также принципиальная правомерность такого подхода при обжаловании принятых государствами регулятивных мер, которые охватывают более широкий круг лиц (затрагивая даже интересы всего населения страны), а не только две стороны спора. Уже упомянутая Нью-Йоркская конвенция (далекого 1958 г.) касалась лишь коммерческого арбитража и не могла учитывать ни появления споров между инвестором и государством, ни их современных особенностей. Раз-

¹ *Frank S. D.* Op. cit. P. 1552–1553.

² Russia secures set aside of hedge funds modest Yukos-related arbitral award, as investors declines to spend funds to defend Pyrrhic arbitral win // URL: http://www.iareporter.com/articles/20130910_4.

³ Россия обжаловала в суде Гааги решение по иску экс-акционеров ЮКОСа // URL: <http://www.interfax.ru/business/422482>.

работчики Вашингтонской конвенции 1965 г. исходили из того, что созданные в ее рамках арбитражи будут рассматривать споры, связанные с нарушением инвестиционных контрактов между инвестором и государством¹. Никто и не мог предположить, что арбитражи будут в основном заниматься спорами, вытекающими из международных соглашений, в том числе касающимися регулятивных мер государств. Нет сомнений, что если бы страны на стадии разработки конвенции знали, как и в каком направлении будет развиваться инвестиционный арбитраж, они предложили бы совершенно другую модель контроля за их решениями.

6. Возможные варианты реформ инвестиционного арбитража

По мнению видного американского исследователя международного права Ю. Пауэлина, сегодня в международном инвестиционном арбитраже можно выделить четыре проблемы: 1) использование модели коммерческого арбитража при оспаривании регулятивных мер государства; 2) ограниченный доступ к правосудию вследствие дороговизны арбитража; 3) отсутствие требования об обращении в инвестарбитраж после того, как исчерпаны внутренние средства правовой защиты; 4) присуждение финансовой компенсации вместо обязывания ответчика привести национальное законодательство в соответствие с международным соглашением².

Дискуссии о реформе инвестарбитража идут по нескольким направлениям. Первое и наиболее активно обсуждаемое – учреждение постоянно действующей апелляционной инстанции (например, при МЦУИС) по подобию апелляционного органа ВТО³. Его сторонники утверждают, что это наиболее комфортное для инвестарбитражного сообщества решение: оно позволит как минимизировать на уровне трибуналов риски ошибок и эксцессов, так и создать более или менее непротиворечивую практику, что значительно повысит предсказуемость самой системы и вернет к ней доверие; помимо прочего, оно не покушается на одноразовый характер трибуналов и порядок назначения арбитров. Существующая нагрузка на инвестарбитражи (50–60 споров в год) в таком случае не является запредельной. Кроме того, предполагается, что введение апелляционного рассмотрения произведет на инвесторов и юристов нужный «охлаждающий» эффект.

Второе направление – создание специализированного международного инвестиционного суда, который будет решать споры между инвесторами и государствами, вытекающие из инвестиционных соглашений⁴. Помимо формирования единообразного подхода к толкованию и применению ключевых положений последних, переход к системе назначаемых на длительный срок судей, получающих фиксированную зарплату, будет означать появление тех самых институциональных гарантий независимости и беспристрастности, которых сегодня так недостает инвестарбитражу. В данном случае обязательно наличие контрольного механизма в виде апелляционной инстанции.

¹ *Mortenson J.* The Meaning of «Investment»: ICSID's Travaux and the Domain of International Investment Law // *Harvard International Law Journal*. 2010. Vol. 51. P. 257–318.

² *Pauwelyn J.* At the edge of chaos? Foreign Investment Law As A Complex Adaptive System, How It Emerged And How It Can Be Reformed // *ICSID Review – Foreign Investment Law Journal*. 2014. Vol. 29. P. 372–418.

³ Possible Improvements of the Framework for ICSID Arbitration // Discussion paper. 2004. October 22. Part VI and Annex «Possible Features of an ICSID Appeals Facility»; *Tams C.* An Appealing Option? A Debate about an ICSID Appellate Structure // *Essays in Transnational Economic Law*. 2006. № 57.

⁴ *Harten G. Van.* A Case for International Investment Court. Inaugural Conference of the Society for International Economic Law. 2008. July 16 // URL: http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1153424.

Для реализации представленных идей требуются скоординированные действия большинства государств. На практике даже предложение об учреждении апелляционной инстанции не получило поддержки США. Активно выступая вначале за образование апелляционной инстанции в МЦУИС, они затем внезапно охладели к проекту, нереализованной оказалась эта идея и в уже заключенных соглашениях. В модельных договорах США образца 2004 и 2012 гг. лишь содержатся положения о заключении многостороннего соглашения о введении апелляционной инстанции.

Третье направление можно назвать «Спасение утопающих – дело рук самих утопающих». Оно заключается в односторонних действиях государств как по пересмотру уже существующих соглашений, так и в резко ограничительном подходе к заключению новых соглашений. Все же именно государства, а не инвесторы создают своими межгосударственными соглашениями правила для инвестарбитража, и они же вольны их изменить или даже отменить.

Во-первых, государства начали более тщательно готовить тексты соглашений, особенно их ключевых положений, которые будут потом использоваться арбитрами при разрешении споров. Это делается для того, чтобы как-то ограничить арбитров в толковании и применении норм.

Во-вторых, сегодня существуют различные меры ограничения юрисдикционной правоспособности инвесторов при разрешении споров. Среди них – выведение некоторых категорий споров из-под юрисдикции инвестиционных трибуналов, установление срока давности (как правило, три года) для подачи инвесторами исков, отказ от предоставления защиты в рамках соглашений, если инвестор не имеет «существенного» бизнеса в государстве-участнике соглашения.

В 2001 г. США пересмотрели свое модельное соглашение об иностранных инвестициях, включив в него новое приложение об экспроприации, предложив детально проработанные условия, при которых регулятивные меры общего характера смогли бы быть расценены как косвенная экспроприация. Норвегия и Япония отошли от традиционных формулировок инвестиционных соглашений и внедрили широкие и обязательные исключения для своих внутренних мер общего характера.

На первый взгляд кажется весьма серьезным введение требования об обязательном исчерпании внутренних средств защиты перед подачей иска в инвестарбитраж. Суть же проблемы состоит в том, что арбитражи вслед за другими международными судами и трибуналами научились в большинстве случаев преодолевать указанную преграду. Для этого арбитражи либо самостоятельно определяют уместность требования об исчерпании внутренних средств защиты (исходя из собственной оценки эффективности национальной судебной системы)¹, либо признают свою юрисдикцию в обход данного требования, используя оговорку о режиме наибольшего благоприятствования и применяя к спору те соглашения, где нет требования об исчерпании внутренних средств².

Наконец, возможен полный отказ от инвестарбитражей в соглашениях о защите иностранных инвестиций, да и от самих соглашений в принципе. Если раньше каждую неделю заключалось в среднем три таких соглашения, то сейчас уже толь-

¹ См., например: *Urbaser S. A. and Consorcio de Aguas Bilbao Bizkaia, Bilbao Biskaia Ur Partzuergoa v. The Argentine Republic*. ICSID. Case № ARB/07/26. Decision on Jurisdiction. По данному делу трибунал заявил, что вправе принять спор к рассмотрению, так как Аргентина в лице своих судов не предоставила истцу возможности эффективно устранить допущенное нарушение.

² Истоки такого подхода лежат в известном решении по делу *Maffezini v. Spain* (Decision on Jurisdiction. 2000. January 25 // ICSID Reports. Vol. 5. P. 396. Para. 54–55).

ко одно. Причина смены тенденций очевидна. Если ранее риски инвестиционного арбитража многие государства с трудом могли оценить заблаговременно (особенно с учетом до сих пор культивируемых мифов, о которых говорилось выше), то сегодня они начинают переосмысливать свое отношение как к инвестиционным договорам вообще, так и к рассмотрению споров арбитражем только после того, как решения против государств уже вынесены. Их поведение при этом крайне показательно и поучительно. Так, парламент Австралии рассматривает законопроект, запрещающий заключение международных договоров, которые предусматривают передачу споров в инвестиционный арбитраж¹. Индия разработала новое модельное соглашение о защите инвестиций. Согласно ему инвесторы лишены возможности обжаловать решения верховных судов и обязаны исчерпать все доступные внутренние механизмы защиты своих прав. В настоящее время Индия пересматривает двусторонние договоры с 83 странами². ЮАР с 2012 г. начала пересматривать и расторгать заключенные ранее двусторонние инвестиционные соглашения. Правительство страны разработало новый законопроект о поощрении и защите инвестиций, который, признавая структурные проблемы, присущие инвестиционному арбитражу, предписывает удалить из существующих договоров положения о передаче споров с инвесторами на рассмотрение в инвестиционный арбитраж³.

Недавно Комиссия ЕС проводила общественные консультации о необходимости арбитражной оговорки в соглашениях ЕС с Канадой. Авторы большинства откликов резко выступили против этого⁴. Интересно, что Комиссия получила много комментариев из Канады, где негативный опыт арбитражных разбирательств в рамках НАФТА обусловил появление авторитетной оппозиции инвестарбитражам⁵. В конце ноября 2014 г. обе палаты парламента Франции приняли резолюции против положений об инвестарбитраже в торговых соглашениях между ЕС и Канадой (СЕТА) и между ЕС и США (ТТИР). По мнению французских парламентариев, эти положения требуют существенной переработки. Парламент Австрии принял подобную резолюцию еще в сентябре 2014 г., поставив под сомнение саму необходимость инвестарбитражей для стран с развитой судебной системой. Оппозиция инвестарбитражам оказалась настолько сильной, что Комиссия в качестве пробного шара решила в конце октября 2014 г. направить запрос⁶ в Суд ЕС в отношении торгового соглашения ЕС – Сингапур, в котором также есть отсылка к инвестарбитражным механизмам.

Применительно к России проблема инвестарбитражей связана не только с решением по делу ЮКОСа. На наш взгляд, к инвестиционным соглашениям, содержащим арбитражную оговорку, нужен жестко селективный подход, чтобы оце-

¹ *Eaton J. M.* Australia's Rejection of Investor-State, from AUSFTA to the Gillard Government's Trade Policy and the implications for Canada // URL: http://www.commonfrontiers.ca/Single_Page_Docs/PDF_Docs/Jan08_14-AUSFTA-paper.pdf.

² India to draft model treaty on MNCs' mediation rush by Deepshikha Sikarwar, ET Bureau. 2013. August 9 // URL: <http://m.economictimes.com/news/economy/policy/government-to-draft-model-treaty-on-mncs-mediation-rush/articleshow/msid-21716621,curpg-2.cms>.

³ *Paton C.* Investment bill marks shift in SA's trade policy // Business Day. 2013. November 4; URL: <http://www.bdlive.co.za/business/trade/2013/11/04/investment-bill-marks-shift-in-sas-trade-policy>.

⁴ Открытое письмо 131 западного ученого против инвестиционного арбитража // URL: <http://www.bilaterals.org/?121-scholars-speak-out-against&lang=en>.

⁵ *Sinclair S.* Investor-State Dispute Settlement in the TTIP and CETA. Submission to the European Commission's Public Consultation // URL: <https://www.policyalternatives.ca/publications/reports/investor-state-dispute-settlement-ttip-and-ceta>.

⁶ Singapore: The Commission to Request a Court of Justice Opinion on the trade deal: European Commission Press-release. 2014. October 30 // URL: http://europa.eu/rapid/press-release_IP-14-1235_en.htm.

нить их с точки зрения интересов страны и понять, насколько они на самом деле оправданны и необходимы.

Во-первых, они могут помешать созданию эффективного правопорядка Евразийского Союза, угрожая монополии Суда Союза на толкование права Союза. Одновременно арбитражные оговорки подвергают незаслуженной дискриминации отечественных инвесторов, которым такой путь обжалования актов России и Союза будет недоступен.

Во-вторых, трудно согласиться с тезисом о том, что необходимость арбитражных оговорок вызвана неразвитостью и неэффективностью российской судебной системы, что может отпугнуть иностранных инвесторов. Инвесторы придут на наш рынок в любом случае, даже если инвестиционных соглашений не будет. И нам надо научиться признавать, что у нас создана пусть не идеальная, но в принципе добротная судебная система. Утверждение о том, что инвестарбитражи сегодня остаются единственным спасением для инвесторов, не соответствует более ни реалиям, ни потребностям РФ. Статус страны требует улучшения внутренней системы правовой защиты, а не ее аутсорсинга инвестарбитражам как единственного спасения.

Список литературы

Choudhury B. Recapturing public power: is investment arbitration's engagement of the public interest contributing to the democratic deficit? // *Vanderbilt Journal of Transnational Law*. 2008. Vol. 41.

Davison M. The Bilateral Investment Treaty Dispute between Australia and Philip Morris Asia: What Rights are Relevant and How Have they Been Affected? // *Transnational Dispute Management*. 2012. Vol. 5. № 9.

Eaton J. M. Australia's Rejection of Investor-State, from AUSFTA to the Gillard Government's Trade Policy and the implications for Canada // URL: http://www.commonfrontiers.ca/Single_Page_Docs/PDF_Docs/Jan08_14-AUSFTA-paper.pdf.

Eberhardt P., Olivet C. Profiting from injustice: How law firms, arbitrators and financiers are fuelling an investment arbitration boom // URL: <http://corporateeurope.org/trade/2012/11/profitting-injustice>.

Franck S. D. The Legitimacy Crisis in Investment Arbitration: Privatizing Public International Law through Inconsistent Decisions // *Fordham Law Review*. 2005. Vol. 73.

Global Arbitration Review. 2014.

Harten G. Van. A Case for International Investment Court. Inaugural Conference of the Society for International Economic Law. 2008. July 16 // URL: http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1153424.

Harten G. Van. Reform of Investor-State Arbitration: A Perspective from Canada // *Osgoode Hall Law School of York University Research Papers*. 2011. September 16.

India to draft model treaty on MNCs' mediation rush by Deepshikha Sikarwar, ET Bureau. 2013. August 9 // URL: <http://m.economictimes.com/news/economy/policy/government-to-draft-model-treaty-on-mncs-mediation-rush/articleshow/msid-21716621,curpg-2.cms>.

Investor-State Dispute Settlement. Public Consultation. 2012. 16 May – 23 July.

Kahale G. III. Is Investor-State Arbitration Broken? // *Transnational Dispute Management*. 2012. № 7.

Khouri S., Hurford K., Bowman C. Third party funding in international commercial and treaty arbitration – a panacea or a plague? A discussion of the risks and benefits of third party funding // *Transnational Dispute Management*. 2011. № 4.

Kim D. The annulment committee's role in ICSID arbitration: the need to move away from annulment based system // *New York University Law Review*. 2011. Vol. 86.

Latest development in Investor-State Dispute Settlement // *IIA Monitor*. 2009. № 1.

Maffezini v. Spain. Decision on Jurisdiction. 2000. January 25 // *ICSID Reports*. Vol. 5.

Mexico v. Metalclad Corp. Reasons for Judgment of the Honorable Mr. Justice Tysoe // B.C.L.R. 2001. № 39.

Mortenson J. The Meaning of «Investment»: ICSID's Travaux and the Domain of International Investment Law // Harvard International Law Journal. 2010. Vol. 51.

Palma A. De. NAFTA's Powerful Little Secret; Obscure Tribunals Settle Disputes, But Go Too Far, Critics Say // N. Y. Times. 2001. March 11.

Paton C. Investment bill marks shift in SA's trade policy // Business Day. 2013. November 4; URL: <http://www.bdlive.co.za/business/trade/2013/11/04/investment-bill-marks-shift-in-sas-trade-policy>.

Paulsson J. Arbitration without privity // Foreign Investment Law Journal. 1995. Vol. 10. № 2.

Paulsson J. Moral Hazard in International Dispute Resolution // URL: http://www.arbitration-ic...oral_hazard.pdf.

Pauwelyn J. At the edge of chaos? Foreign Investment Law As A Complex Adaptive System, How It Emerged And How It Can Be Reformed // ICSID Review – Foreign Investment Law Journal. 2014. Vol. 29.

PCA Hulley Enterprises Limited v. the Russian Federation. Case № AA226. Final award. 2014. July 18.

Possible Improvements of the Framework for ICSID Arbitration // Discussion paper. 2004. October 22. Part VI and Annex «Possible Features of an ICSID Appeals Facility».

Recent development in investor-state dispute settlement (ISDS) // UNCAD. 2013. № 1; 2014. № 6.

Russia secures set aside of hedge funds modest Yukos-related arbitral award, as investors declines to spend funds to defend Pyrrhic arbitral win // URL: http://www.iareporter.com/articles/20130910_4.

Schneiderman D. Judicial Politics and International Investment Arbitration: Seeking an Explanation for Conflicting Outcomes // Northwestern Journal of International Law & Business. 2010. Vol. 30. № 2.

Sinclair S. Investor-State Dispute Settlement in the TTIP and CETA. Submission to the European Commission's Public Consultation // URL: <https://www.policyalternatives.ca/publications/reports/investor-state-dispute-settlement-ttip-and-ceta>.

Singapore: The Commission to Request a Court of Justice Opinion on the trade deal: European Commission Press-release. 2014. October 30 // URL: http://europa.eu/rapid/press-release_IP-14-1235_en.htm.

Tams C. An Appealing Option? A Debate about an ICSID Appellate Structure // Essays in Transnational Economic Law. 2006. № 57.

Urbaser S. A. and Consorcio de Aguas Bilbao Bizkaia, Bilbao Biskaia Ur Partzuergoa v. The Argentine Republic. ICSID. Case № ARB/07/26. Decision on Jurisdiction.

Vattenfall AB v. Federal Republic of Germany. ICSID. Case № ARB/09/6.

О толковании статьи 11 Конвенции о защите прав инвестора от 28 марта 1997 года: решение Экономического суда СНГ от 23 сентября 2014 г. // URL: http://sudsng.org/download_files/rh/2014/rh-01-1_14_23092014.pdf.

Определение Арбитражного суда Москвы от 23 июня 2014 г. по делу № А40-25942/14 // URL: http://kad.arbitr.ru/PdfDocument/2e3fbde6-ebb1-46b5-b6bf-4cae3c0272f4/A40-25942-2014_20140623_Opredelenie.pdf.

Определение Арбитражного суда Москвы от 8 июля 2014 г. по делу № А40-64831/14 // URL: http://kad.arbitr.ru/PdfDocument/a7a2dfae-3e0c-4110-bdf7-a7ce1d5608d9/A40-64831-2014_20140708_Opredelenie.pdf.

Определение Арбитражного суда Москвы от 24 июня 2014 г. по делу № А40-19518/14 // URL: http://kad.arbitr.ru/PdfDocument/333d688b-a7a0-4ac8-a19e-4e4276e7ce6a/A40-19518-2014_20140624_Opredelenie.pdf.

Открытое письмо 131 западного ученого против инвестиционного арбитража // URL: <http://www.bilaterals.org/?121-scholars-speak-out-against&lang=en>.

Постановление Президиума ВАС РФ от 23 ноября 2010 г. № 9521/10 // URL: http://www.arbitr.ru/bras.net/f.aspx?id_casedoc=1_1_12044211-c49f-4aa0-b9b9-24fdf4010b51.

Постановление ФАС МО от 26 сентября 2014 г. № А40-19518/14-68-168 // URL: http://kad.arbitr.ru/PdfDocument/a2949861-828f-4df2-bd2c-25fcc4409b7/A40-19518-2014_20140926_Reshenija%20i%20postanovlenija.pdf.

Постановление ФАС МО от 26 сентября 2014 г. по делу № А40-64831/14 // URL: http://kad.arbitr.ru/PdfDocument/dcae5ae7-2952-4276-9ef6-f7114406eb43/A40-64831-2014_20140926_Reshenija%20i%20postanovlenija.pdf

Россия обжаловала в суде Гааги решение по иску экс-акционеров ЮКОСа // URL: <http://www.interfax.ru/business/422482>.

ЭТО ИНТЕРЕСНО

Американца в 492-й раз арестовали за пьянство в общественных местах

<http://lenta.ru/news/2015/05/22/drunks>

Жителя американского города Нэшвилл (штат Теннесси) за последние 20 лет почти 500 раз арестовывали за пьянство в общественных местах. Об этом сообщает «CBS News».

Последний, 492-й, арест был произведен во вторник, 19 мая, когда полицейские увидели 46-летнего Роберта Брауна пьющим пиво на обочине шоссе. Рядом с мужчиной лежали еще пять пустых бутылок из-под спиртного. Спустя сутки после того, как Брауна взяли под стражу, суд отпустил его.

В офисе окружного прокурора журналистам рассказали, что давно знакомы с Брауном (впервые мужчина попал в поле зрения полиции в 1994 г.): он почти каждый день сидит и выпивает в одном и том же месте, пока полиция не приходит его арестовать.

В беседе с «WKRN-TV Nashville» шериф Дарон Холл уточнил, что случай Брауна нельзя назвать уникальным, такое поведение свойственно наркоманам или людям с психическими заболеваниями. «Они попадают в тюрьму сегодня, на следующий день идут в суд, и, вероятнее всего, их выпускают в срок от 24 до 48 ч. За это время не так уж много можно с ними сделать», — поделился Холл. Он также проинформировал, что каждые проведенные арестантом в тюрьме сутки обходятся государству в 100 долл.

По закону штата Теннесси, принятому в 1990 г., употребление алкоголя в общественных местах не является преступлением, за которое полагается тюремное заключение. Вместо этого судья может назначить арестованному медицинское лечение, однако лишь в том случае, если подсудимый на него согласится.