

МОСКОВСКИЙ ГОСУДАРСТВЕННЫЙ ИНСТИТУТ
МЕЖДУНАРОДНЫХ ОТНОШЕНИЙ (УНИВЕРСИТЕТ) РОССИИ

ВОПРОСЫ МЕЖДУНАРОДНОГО ЧАСТНОГО,
СРАВНИТЕЛЬНОГО И ГРАЖДАНСКОГО ПРАВА,
МЕЖДУНАРОДНОГО КОММЕРЧЕСКОГО
АРБИТРАЖА:

LIBER AMICORUM
в честь
А.А. КОСТИНА, О.Н. ЗИМЕНКОВОЙ, Н.Г. ЕЛИСЕЕВА



МОСКОВСКИЙ ГОСУДАРСТВЕННЫЙ ИНСТИТУТ
МЕЖДУНАРОДНЫХ ОТНОШЕНИЙ (УНИВЕРСИТЕТ) РОССИИ

ВОПРОСЫ МЕЖДУНАРОДНОГО ЧАСТНОГО,
СРАВНИТЕЛЬНОГО И ГРАЖДАНСКОГО ПРАВА,
МЕЖДУНАРОДНОГО КОММЕРЧЕСКОГО
АРБИТРАЖА:

LIBER AMICORUM
в честь
А.А. КОСТИНА, О.Н. ЗИМЕНКОВОЙ, Н.Г. ЕЛИСЕЕВА

Составители и научные редакторы:
С.Н. Лебедев, Е.В. Кабатова, А.И. Муранов, Е.В. Вершинина



СОДЕРЖАНИЕ

Предисловие.....	3
Интервью с профессором В.А. Кабатовым и профессором С.Н. Лебедевым. О юбилярах в контексте истории кафедры международного частного и гражданского права МГИМО (У)	4
Краткие биографические сведения о юбилярах	12
Некоторые пояснения составителей и научных редакторов	16
Абросимова Е.А. Значение критерия предвидимости, устанавливаемого Венской конвенцией ООН о договорах международной купли-продажи товаров 1980 г., в сравнении с положениями ФГК и ГГУ	17
Архипова А.Г. К вопросу о правовой природе требования к страховщику деликтной ответственности	26
Бардина М.П. О праве, применимом к недействительности сделок на основе порока формы. Современное регулирование и ожидаемые изменения	40
Вершинина Е.В., Стакеева Ю.А. Классификация недействительных сделок в России и Франции: сравнительно-правовой анализ	53
Власов А.А. Некоторые проблемы реализации в России целей и задач судопроизводства.....	65
Гребельский А.В. Распределение бремени доказывания в международном арбитраже.....	73
Григорьев Т.Ю. Отдельные вопросы правового регулирования трансграничного представительства и посредничества.....	92
Доронина Н.Г., Семилютин Н.Г. Порядок разрешения инвестиционных споров как фактор, улучшающий инвестиционный климат	113
Иванова С.Г. К пересмотру Закона «О транспортно-экспедиционной деятельности».....	144
Иванчак А.И. Правосубъектность физических лиц: к вопросу о соотношении понятий.....	160
Кабатова Е.В. Предлагаемые новеллы в раздел VI части третьей ГК РФ	179

380

Каминская Е.И. «Заранее исчисленные убытки» (<i>Liquidated damages</i>) в англо-американском договорном праве	191
Коломиец А.И. Вопросы действительности арбитражных соглашений.....	208
Муранов А.И. Некоторые прикладные вопросы процедуры рассмотрения Президентом ТПП РФ заявлений об отводе арбитров	229
Остроумов Н.Н. Претензионный порядок разрешения споров при воздушных перевозках	236
Пирогова В.В. Проблемы и перспективы международного технологического обмена: о некоторых особенностях правового режима ВТО	252
Слипачук Т.В. Инвестиционный спор или разбирательство в органе по рассмотрению споров в ВТО: что предпочтеть инвестору?	266
Ходыкин Р.М. Антиисковые обеспечительные меры в цивилистическом процессе и международном арбитраже	274
Чайка Л.Н. Современные тенденции развития трудового законодательства в России и зарубежных странах	297
Шамраев А.В. Регулирование деятельности трансграничных платежных систем, систем расчета по ценным бумагам и клиринговых систем	308
Шиминова М.Я. Интерес как необходимая предпосылка и конститутивный элемент договора страхования	318
Ярков В.В. Косвенные иски: отдельные вопросы	332
Библиография: А.А. Костин, О.Н. Зименкова, Н.Г. Елисеев	347

ты ведения международной торговли стали правилами и гарантиями инвестиций.

Инвестиционный спор или разбирательство в органе по рассмотрению споров в ВТО: что предпочесть инвестору?

Т.В. Слипачук,
к.ю.н., ведущий научный сотрудник
НИИ частного права и предпринимательства
при АПрН Украины,
партнер юридической фирмы
«Саенко Харенко» (Киев)

Ответ на данный вопрос не является однозначным. Более того, он во многом зависит от обстоятельств самой спорной ситуации, равно как и предполагает возможность использования альтернативы инициирования разбирательства против государства практически одновременно. Между тем в силу значительной специфики каждого из указанных выше вариантов, будь то инвестиционный арбитраж или рассмотрение спора в рамках механизма ВТО, существует ряд важных и принципиальных различий, позволяющих подобрать самый оптимальный механизм защиты интересов инвестора.

В рамках данной статьи понятие «иностранный инвестор» используется в широком смысле, подразумевающем субъектов инвестиционной деятельности, осуществляющих вложение собственных, заемных или привлеченных средств в форме инвестиций и обеспечивающих их целевое использование в проектах и индустрии. В том числе под понятием «иностранный инвестор» в целях статьи подразумеваются и иностранные собственники отдельных предприятий индустрий промышленности на территории принимающего государства.

Двусторонние договоры о поощрении и взаимной защите инвестиций (далее – двусторонний инвестиционный договор или ДИД), и многосторонняя система правил международной торговли не просто взаимосвязаны, они интерактивно переплетены, поскольку правила и принципы инвестиционного режима в той или иной мере отражают обязательства государства в рамках ВТО, в то время как стандар-

Выбор процедуры. Параллельные разбирательства

Как известно, при наличии ДИД, в котором принимающее государство дало согласие на арбитраж, ничто не препятствует иностранному инвестору подать инвестиционный иск против принимающего государства в случае нарушения последним своих обязательств и гарантий. При этом со стороны государства принадлежности инвестора не требуются какие-либо согласования или разрешения. В то же время большинство ДИД содержат положения о так называемом доарбитражном периоде урегулирования претензий до инициирования самого арбитражного разбирательства. Таким образом, иностранному инвестору необходимо лишь получить консультацию у экономических и юридических советников для подготовки позиции о нарушении принимающим государством условий ДИД для подачи иска в инвестиционный арбитраж.

При принятии решения об инициировании рассмотрения спора в рамках процедур ВТО иностранный инвестор должен быть готов не просто определить для себя основания и перспективы такого разбирательства, но и убедить правительство своего государства инициировать разрешение спора в ВТО против принимающего государства. При этом принимающее государство должно быть членом ВТО, а обвинения в допущенных им нарушениях должны быть такими, какие вытекают из обязательств принимающего государства по соглашениям ВТО, например Соглашению ТРИПС¹ для споров из нарушений прав интеллектуальной собственности или Соглашению ГАТС² для споров в отношении торговли услугами.

Взвешивая опции – инвестиционный арбитраж или разрешение спора в органе по разрешению споров в ВТО (ОРС ВТО), иностранный инвестор вынужден, по сути, сразу ответить на два принципиальных вопроса: во-первых, является ли выбор одной из опций таким, что исключает возможность использовать варианты компенсации в рам-

¹ Соглашение по торговым аспектам прав интеллектуальной собственности или Соглашение ТРИПС (*Agreement on Trade-Related Aspects of Intellectual Property Rights*, сокращенно *TRIPS*).

² Генеральное соглашение по торговле услугами (*General Agreement on Trade in Services*, сокращенно *GATS*).

как другой опции (*fork in the road*¹); во-вторых, какой именно опции отдать предпочтение.

В отношении вопроса о применении правила *fork in the road*, в настоящее время в международном праве нет правила или нормы, которые бы исключали подобные параллельные разбирательства (в инвестиционном арбитраже и ОРС ВТО). Ничто прямо не запрещает иностранному инвестору инициировать инвестиционный арбитраж, в то время как его правительство прибегает к дипломатическим процедурам защиты и обращается в ОРС ВТО с претензиями против принимающего государства. В современной практике подобные ситуации уже имели место.

Прежде всего в этой связи есть смысл упомянуть дело *Mexico-Soft Drinks*², в основе которого спор в связи с введенными Мексикой ограничительными мерами в отношении безалкогольных напитков. Мексикой был введен 20% налог и некоторые другие ограничительные меры в отношении импорта безалкогольных напитков с использованием заменителей сахара, за исключением сахарозы. Данными мерами были существенно затронуты интересы США, поскольку на рынок Мексики шел значительный по объему импорт соответствующих американских товаров (особенно продукции корпорации Кока Кола). США, ссылаясь на нарушение Мексикой ст. III ГАТТ, обязывающей членов ВТО предоставлять иностранным товарам национальный режим, подали жалобу в ОРС ВТО.

В ходе разбирательства Мексика заявила юрисдикционные возражения, указывая на параллельно идущее арбитражное разбирательство. На тот момент американские компании – производители подсластителя, инициировали против Мексики инвестиционный арбитраж по ст. 1110 НАФТА, заявив, что введенный Мексикой 20% налог является дискриминационным и составляет непрямую экспроприацию³. Представители Мексики утверждали, что, несмотря на наличие у ОРС *prima facie* юрисдикции, жалобу США следует отклонить, поскольку третейская группа «обладает соответствующими подразумеваемыми полномочиями, вы-

¹ Оговорка *fork in the road* означает наличие условия о необратимости того или иного выбора и используется она, как правило, в инвестиционных соглашениях в юрисдикционных статьях, когда необходимо сделать необратимым выбор между международным арбитражем и национальным судом принимающего государства. На практике такая оговорка только тогда сможет стать препятствием к инициированию арбитража, когда будет установлена полная тождественность спора (по предмету, сторонам, требованию) в суде и арбитраже.

² http://www.wto.org/english/tratop_e/dispu_e/cases_e/ds308_e.htm.

³ Archer Daniels Midland Co vs Mexico, ICSID Case № ARB (AF)/04/5 (Nov.21, 2007).

текающими из самой природы органа правосудия¹. Мексика считала, что введенную меру следует рассматривать в более широком контексте проблемы доступа на американский рынок сахарозы происхождением из Мексики, и что ОРС ВТО следует рекомендовать спорящим сторонам передать данный спор на рассмотрение арбитража, согласно положениям гл. XX Североамериканского соглашения о свободной торговле (НАФТА).

Требование Мексики об отклонении юрисдикции не были удовлетворены, и третейская группа ОРС ВТО рассмотрела спор по существу и пришла к выводу о нарушении Мексикой обязательств о предоставлении национального режима товарам из США.

В ходе рассмотрения спора апелляционной инстанцией (*WTO Appellate Body*) арбитры пояснили, что наличие у международного суда права рассматривать вопрос о своей юрисдикции и устанавливать ее наличие в любом споре, переданном на его рассмотрение, является широко принятым правилом². Апелляционный орган также обратился к другому важному юрисдикционному решению³, в котором было установлено, что хотя третейские группы ОРС и обладают некоторой свободой усмотрения при установлении процедур рассмотрения конкретного спора, такое усмотрение не распространяется на изменение существенных условий Договоренности о правилах и процедурах разрешения споров (ДРС). Проанализировав ряд статей ДРС, регламентирующих деятельность третейских групп, в частности ст. 11 и 23, Апелляционный орган согласился с выводом третейской группы, что третейские группы ОРС ВТО вряд ли обладают правом свободно выбирать, осуществлять им или же нет свою юрисдикцию. Апелляционный орган заметил, что на момент разбирательства в ОРС в рамках НАФТА не была инициирована процедура рассмотрения спора в более широком контексте, на наличие которого ссылалась Мексика. Таким образом, Апелляционный орган пришел к выводу об отсутствии правовых препятствий для рассмотрения спора в рамках ОРС ВТО. В то же время Апелляционный орган уточнил, что не исключает возможность наличия иных обстоятельств, при которых вынесение третейской группой решения по существу рассматриваемого спора может стать невозможным.

¹ Appellate Body Report, Mexico – Tax Measures on Soft Drinks and other Beverages, para. 45, WT/DS308/AB/R (March 6, 2006).

² Appellate Body Report, United States – Anti-Dumping Act of 1916, WT/DS136/AB/R, WT/DS162/AB/R, adopted 26 September 2000, DSR 2000:X, 4793.

³ Appellate Body Report, India – Patent Protection for Pharmaceutical and Agricultural Chemical Products, WT/DS50/AB/R, adopted 16 January 1998, DSR 1998:I, 9.

Определенные правовые препятствия в этом смысле могут создавать и положения самих инвестиционных соглашений. Например, ст. 27 (1) Вашингтонской конвенции 1965 г. о порядке разрешения инвестиционных споров между государствами и иностранными лицами гласит: «1. Ни одно Договаривающееся Государство не предоставляет дипломатической защиты и не предъявляет международного иска в отношении спора, который одно из его физических или юридических лиц и другое Договаривающееся Государство согласились передать или передали на арбитраж на основании настоящей Конвенции, кроме случая, когда другое такое Договаривающееся Государство не соблюдает или не выполняет арбитражное решение, вынесенное по такому спору».

Аналогичное положение можно найти и в статьях НАФТА. Так ст. 2005 (1) устанавливает, что споры, возникающие по соглашению НАФТА или ГАТТ, могут быть разрешены в любом из возможных форумов по усмотрению жалующейся стороны¹, но ст. 2005 (6) одновременно вводит определенное ограничение, глася, что как только инициировано рассмотрение спора, то определившийся таким образом форум приобретает исключительную юрисдикцию². Несмотря на наличие этих положений, в приведенном выше примере (*Mexico-Soft Drinks*) арбитражные разбирательства завершились принятием решения по обоим разбирательствам.

Учитывая это, возникает вопрос, каким образом споры в НАФТА и ИКСИД были идентифицированы как различные: они были между разными сторонами (государство против государства и инвестор против государства), основывались на разных международных соглашениях и в каждом из них были различные требования по защите и компенсации.

Является ли инвестиционный арбитраж более легким выбором?

При выборе одной из двух альтернатив, иностранному инвестору может быть привычнее и проще сделать выбор в пользу инвестиционного арбитража, нежели обращаться к процедурам ОРС ВТО, посколь-

¹ NAFTA, Article 2005: «1. Subject to paragraphs 2, 3 and 4, disputes regarding any matter arising under both this Agreement and the General Agreement on Tariffs and Trade, any agreement negotiated thereunder, or any successor agreement (GATT), may be settled in either forum at the discretion of the complaining Party».

² NAFTA, Article 2005 (6): «Once dispute settlement procedures have been initiated..., the forum selected shall be used to the exclusion of the other...».

ку прежде всего ему не придется прилагать усилия для инициирования обращения со стороны своего правительства. Как известно, при принятии решения последним определенную роль будет играть и оценка экономических и политических рисков инициирования разбирательства против другого государства.

В пользу выбора инвестиционного арбитража будет и то обстоятельство, что в нем иностранный инвестор обладает явно большим контролем над своим иском. Согласие принимающего государства на арбитраж практически позволяет инвестору не только обходиться при принятии решения об инициировании инвестиционного арбитража без согласования иска со своим правительством, но и зачастую такое инициирование возможно без полного исчерпания доступных в принимающей стране механизмов защиты. Инвестор вправе разработать и реализовать свою стратегию как в части материально-правовых требований, так и поведения в ходе арбитражного разбирательства. Несмотря на то, что в разбирательстве в ОРС ВТО «частные стороны», т.е. инвесторы, не являются просто наблюдателями, а зачастую наравне со своими правительствами участвуют в разработке стратегии и тактики поведения, в принятии конечного решения усмотрение государства играет не последнюю роль.

Безусловно, с другой стороны, нельзя не учитывать и сложности инициирования инвестиционного арбитража, связанные как с определением самого понятия инвестиции, так и с установлением и доказыванием нарушения принимающим государством соответствующего ДИД.

Не менее сложным с точки зрения оценки является анализ перспектив и рисков иска, а также доступных компенсационных требований и практического исполнения решения по каждой из альтернатив.

В этой связи прежде всего следует остановиться на вопросах основания иска нормами международных соглашений и применимого права. Не всегда положения ДИД прямо и однозначно определяют возможность применения тех стандартов защиты, которые содержатся в соглашениях ВТО. Как правило, в ДИД идет ссылка на нормы международного права, применимые положения международного права или обычное международное право, что не всегда может соответствовать стандарту соглашений ВТО, например, такому, который установлен в соглашениях ТРИПС в отношении защиты прав интеллектуальной собственности. Возникает вопрос: всегда ли инвестиционный трибунал сможет рассматривать стандарты защиты ВТО (если нет прямого

условия об их применении) в контексте толкования применимых положений, норм или обычаев международного права¹.

Данный вопрос, безусловно, интересен и актуален, и он нуждается в серьезном осмысливании с учетом практики рассмотрения споров, анализа норм существующих ДИД и источников международного права, в том числе Венской конвенции о праве международных договоров 1969 г. Более того, в зависимости от природы нарушения и необходимости обращения к тем или иным соглашениям ВТО, ответ на вопрос о возможном применении стандартов защиты ВТО остается открытым.

Не менее интересен и вопрос о возможностях обращения к тем или иным мерам защиты и компенсации нарушенного права. Как известно, в рамках ВТО такой мерой защиты является восстановление соответствия между фактической ситуацией и обязательствами принимающего государства в рамках ВТО (устранение дискриминации, или обременений в доступе на рынок, приведение законодательного регулирования в соответствие со стандартами соглашений ВТО и т.п.), в то время как в инвестиционном арбитраже речь идет, прежде всего, о компенсации ущерба от экспроприации инвестиции или иного нарушения ДИД. Иными словами, меры, присуждаемые при рассмотрении спора в ОРС, ВТО направлены на перспективу и восстановление права или режима международной торговли в соответствии с соглашениями и стандартами ВТО, в то время как в результате инвестиционного арбитража, инвестор, как правило, не ищет продолжения своего присутствия в принимающем государстве и получает компенсацию за утраченную инвестицию.

Что касается вопроса исполнимости решений, принятых в результате обеих альтернатив, то решения инвестиционного арбитража исполнимы в силу актов международного характера. Таких, например, как Конвенция ООН о признании и приведение в исполнение иностранных арбитражных решений 1958 г. или ст. 54 Вашингтонской конвенции 1965 г. о порядке разрешения инвестиционных споров

¹ Обращает на себя внимание положение ст. 1105 (1) НАФТА, в которой прямо incorporated standard ВТО, а именно справедливое и равное отношение (*fair and equitable treatment*). Для обеспечения единства практики применения указанной статьи Комиссия по свободной торговле НАФТА в Примечаниях о толковании некоторых положений гл. 11 (от 31 июля 2001 г.) указала, что это положение подразумевает исключительно ссылку на обычное международное право, то есть исключает возможность использования инвесторами нарушения обязательств в рамках ВТО в обоснование своих исковых требований против принимающего государства. См. <http://www.international.gc.ca/trade-agreements-accords-commerciaux/disp-diff/NAFTA-Interpr.aspx>.

между государствами и иностранными лицами. Для решений, принятых в порядке разрешения споров в ВТО, есть ряд механизмов для обеспечения исполнения, включая дипломатическое давление, получение компенсации или приостановление уступок, которые в силу специфики их реализации занимают довольно много времени и не всегда в конечном результате могут быть адресно выгодны инвестору.

Если брать меры дипломатического давления, то присущая системе ВТО разница в переговорном ресурсе стран-членов ВТО означает, что даже в том случае, когда инвестор выигрывает дело, то ни одно из положений Договоренности о правилах и процедурах разрешения споров не может заставить проигравшую страну, например, изменить свое законодательство, разве что за исключением угрозы применения ответных мер. И, если угроза применения такой меры может реально повлиять на положение дел между двумя примерно равными партнерами, например, как США и ЕС, то не стоит ожидать, что какая-либо развивающаяся страна примет решение о введении ответных мер по отношению к промышленным державам (в том числе и в силу политических рисков). Но если развивающаяся страна проигрывает дело, то угроза принятия ответных мер вполне реальна, и чаще всего такие меры (компенсация или приостановление уступок) применяются.

Что предпочесть

Как следует из описанного выше, для ответа на этот вопрос следует проанализировать многие обстоятельства. Невозможно однозначно сказать, что только инвестиционный арбитраж даст возможность получить адекватную компенсацию или что рассмотрение спора в ОРС ВТО позволит решить проблему быстрее или глобальнее. Оба механизма имеют плюсы и минусы как с точки зрения обоснования правовых концепций, так и с точки зрения их практической реализации. Не исключена полностью и возможность их одновременного использования. В каждом конкретном случае ответ на поставленный вопрос будет зависеть не только от конкретной фактической и правовой ситуации, но и оценки политических и дипломатических рисков, которые возникают при участии в спорах государств.