Рачков Илья Витальевич, к.ю.н.,
магистр права (LL.M., Франкфурт-на-Майне),
доцент кафедры международного права

МГИМО (У) МИД России

**Временное применение ДЭХ в споре бывших акционеров ЮКОСа против РФ**

**(тезисы выступления)**

1. Как отмечает Б.И. Осминин (ведущий научный сотрудник отдела международного публичного права Институт законодательства и сравнительного правоведения при Правительстве РФ, кандидат юридических наук)[[1]](#footnote-1), за последние 20 лет Россия неоднократно сталкивалась с серьезными проблемами, возникшими в результате временного применения международных договоров. В подтверждение этого автор приводит 2 примера: Соглашение между СССР и США (т.н. договор Бейкера – Шеварднадзе) о линии разграничения морских пространств, подписанное 1 июня 1990 г. (как предусмотрено в договоренности, оформленной путем обмена нотами при его подписании, положения Соглашения выполняются до вступления Соглашения в силу, начиная с 15 июня 1990 г.) и международное арбитражное разбирательство по делу ЮКОСА.
2. Временное применение международных договоров предусмотрено как в международном праве (в частности, в ст. 25 Венской конвенции о праве международных договоров 1969 г.), так и в национальном праве многих государств (включая Россию: ст. 23 Федерального закона от 15 июля 1995 г. № 101-ФЗ «О международных договорах Российской Федерации»).
3. В своем постановлении от 27 марта 2012 г. № 8-П по делу о проверке конституционности пункта 1 статьи 23 ФЗ «О международных договорах РФ» в связи с жалобой гражданина И.Д. Ушакова Конституционный Суд РФ указал: возможность применения международного договора до его вступления в силу, если это предусмотрено в договоре или если об этом была достигнута договоренность со сторонами, подписавшими договор, вытекает из пункта 1 статьи 25 Венской конвенции о ПМД. Этот пункт, по существу, воспроизведен в ст. 23 ФЗ о МД РФ. Временное применение международного договора используется Российской Федерацией в практике межгосударственного общения, как правило, в случаях, когда предмет договора представляет особый интерес для его участников, вследствие чего они заинтересованы в том, чтобы ввести его в действие, не дожидаясь ратификации и вступления в силу.
4. Россия временно применяла Договор к Энергетической хартии (ДЭХ) с 17.12.1994 г. по 19.10.2009 г. ДЭХ подписали 53 государства. Из них участниками ДЭХ являются 49 государств, Беларусь временно применяет ДЭХ, а еще три государства – Австралия, Норвегия и Россия не ратифицировали договор. В апреле 2015 г. Италия заявила о своем выходе из ДЭХ.
5. ДЭХ регулирует отношения государств в 5 сферах. Одна из них – защита и поощрение иностранных инвестиций в энергетику при помощи сочетания национального режима и режима наибольшего благоприятствования (в зависимости от того, какой из них наиболее благоприятен).
6. Россия так и не ратифицировала ДЭХ из-за 3 «камней преткновения»: реэкспорт энергоресурсов, транзит энергоресурсов через территорию нашей страны и механизм защиты иностранных инвесторов в международном инвестиционном арбитраже.
7. 20.08.2009 г. Россия уведомила Секретариат ДЭХ о своем намерении не становиться участником ДЭХ. Тем не менее, положения ДЭХ, посвященные защите иностранных инвестиций, продолжают применяться еще в течение 20 лет (т.е. до 2029 г.).
8. Положения относительно временного применения содержатся в статье 45 ДЭХ. Ключевым является п. 1 ст. 45: «Каждая подписавшая сторона соглашается временно применять настоящий Договор впредь до его вступления в силу для такой подписавшей стороны в соответствии со Статьей 44, в той степени, в которой такое временное применение не противоречит ее конституции, законам или нормативным актам.»
9. Опираясь на эту норму, Россия заявила, что, во-первых, временное применение ДЭХ противоречит ее Конституции и федеральным законам. Во-вторых, поскольку ДЭХ так и не вступил в силу для России, его временное применение Россией никогда не имело место.
10. П. 2 ст. 45 ДЭХ давал России право заявить при подписании ДЭХ Депозитарию о том, что Россия не согласна временно применять ДЭХ. Однако в 1994 г. Россия не воспользовалась этим правом.
11. Более того, из текста п. 3а) ст. 45 ДЭХ следует, что если Россия направила Депозитарию свое письменное уведомление о намерении не становиться Договаривающейся Стороной ДЭХ (что Россия и сделала в августе 2009 г.), то она тем самым признаёт, что временно применяла его.
12. Согласно ст. 26 ДЭХ («Разрешение споров между инвестором и Договаривающейся Стороной») у иностранного инвестора, права которого, закрепленные в ДЭХ, нарушены принимающим государством, есть право обратиться своему выбору за разрешением спора в национальные суды данного государства либо в международный инвестиционный арбитраж (3 варианта: МЦУИС или Дополнительная процедура; Арбитражный регламент ЮНСИТРАЛ; Арбитражный институт Стокгольмской торговой палаты).
13. Против России подано 6 исков (из них 3 – в 2015 г.) на основании ст. 26 ДЭХ. Все они были поданы в арбитраж *ad hoc*, учрежденный в соответствии с Арбитражным регламентов Комиссии Организации Объединенных Наций по праву международной торговли (ЮНСИТРАЛ). Спор администрировала Постоянная палата третейского суда (ППТС). Решения о юрисдикции и по существу вынесены только по 3 делам – по искам бывших акционеров «ЮКОСа». Остальные 3 дела также связаны с бывшими акционерами «ЮКОСа» (по данным сайта iareporter.com).
14. На момент подачи исков по этим 3 делам Российская Федерация временно применяла 32 международных договора. Более того, во время переговоров при разработке ДЭХ в 1994 г.), при обсуждении проекта ратификации ДЭХ в Государственной Думе ФС РФ и в других случаях Россия утверждала, что принцип временного применения и положения ДЭХ в отношении временного применения не противоречат ее законодательству.
15. Однако в арбитраже Россия заявила, что имеет право руководствоваться положением о несоответствии положений ДЭХ российской Конституции, законам или нормативным актам (ст. 45 (1) ДЭХ) независимо от того, сделала ли РФ такое заявление в соответствии со ст. 45 (2)(а) ДЭХ. Ст. 45 (2)(а) отдельно («Независимо от пункта (1)») предоставляет любой подписавшей стороне право («может», а не «обязана») при подписании сделать депозитарию заявление о том, что она не согласна с временным применением. Таким образом, по мнению нашей страны, положения ст. 45 (2)(А) ДЭХ не являются принудительным механизмом для подписавших ДЭХ сторон, и таким государствам не нужно делать предусмотренного этим пунктом заявления для того, чтобы ссылаться на положение о несоответствии ДЭХ национальному законодательству (ст. 45 (1)). Этот вывод подтверждается не только формулировкой статьи («независимо от пункта (1)», «может» и т.д.), но и «подготовительными материалами» (по смыслу ст. 32 Венской Конвенции о ПМД; франц.: «travaux préparatoires») к ДЭХ. Тем самым, по мнению России, положения ст. 45 (1) ДЭХ являются самоисполнимыми.
16. По мнению истцов, российское право в данном случае не применимо, потому что исковые требования истцов основаны на гарантиях, предоставляемых международным договором, а не национальным правом, поэтому любое арбитражное разбирательством между инвестором и государством, принимающим инвестиции, является автономным и независимым от разбирательств в национальных судах этого государства. Однако Россия считала, что этот довод истцов аннулировал бы действие и необходимость наличия положения ст. 45 (1) ДЭХ. Этот довод основан на фундаментальном непонимании монистической природы российской правовой системы. Если следовать логике истцов, то между положениями международного договора и национального права государства, принимающего инвестиции, в принципе не может быть противоречий, так как они представляют собой не пересекающиеся правовые массивы. Этот аргумент, по мнению российской стороны, основан на экстремально дуалистическом понимании систем национального и международного права, которое не применимо к России.
17. Также согласно российскому праву споры, возникающие в связи с суверенными действиями или бездействием государства (включая требования возмещения ущерба от экспроприации), не могут быть предметом арбитражного разбирательства без нормативной базы в виде закона или ратифицированного международного договора. Споры о законности экспроприации, налоговых мерах, банкротстве и других вопросах нормативного регулирования подсудны исключительно российским судам и не могут быть переданы на рассмотрение в арбитраж в соответствии с ГПК и АПК РФ. Исковые требования истцов о возмещении ущерба от предположительно незаконных суверенных действиях российских властей, таким образом, не могут быть предметом разбирательства в международном коммерческим (инвестиционным) арбитраже, если только положения законодательства не предусматривают иного (поскольку Россия не ратифицировала ДЭХ, он не является таким «законодательством»), а положения ст. 26 ДЭХ противоречат Конституции и законодательству РФ.
18. ДЭХ также противоречит другим положениям российского законодательства, а именно – требованию о согласии сторон о передаче спора на рассмотрение в арбитраж, если только ратифицированный международный договор (например, ратифицированный двусторонний инвестиционный договор) не предусматривает иного. Это следует из экспертного мнения профессора А.А. Костина. Поэтому положения ст. 26 ДЭХ противоречат законодательству РФ и в этом аспекте.
19. Российское право не позволяет акционерам российского ОАО, которыми являются истцы, основывать свои исковые требования на ущербе, понесенном компанией, ее руководством или ее дочерними компаниями. Профессор Е.А. Суханов в своем экспертном мнении подтвердил данное положение.
20. Арбитраж проанализировал доводы сторон и поставил на этой основе следующие вопросы: предоставляет ли временное применение Россией ДЭХ (как оно определено в ст. 45 ДЭХ) основу для компетенции (юрисдикции) арбитража по рассмотрению спора по существу? В частности:

A) Необходимо ли заявление России в соответствии со ст. 45 (2)(а) ДЭХ?

В) Необходимо ли заявление России в соответствии со ст. 45 (1) ДЭХ?

С) Какое значение имеет фраза «в той степени» в ст. 45 (1) ДЭХ в отношении к РФ?

1. Для ответа на эти вопросы арбитраж применил положения о толковании международных договоров – ст. 31 (Общее правило толкования) и 32 (Дополнительные средства толкования) Венской конвенции о праве международных договоров 1969 г. Арбитраж согласился с толкованием положений ст. 45 (1) и (2) ДЭХ, представленным Россией: ст. 45 (1) хотя и создает обязательство подписавших сторон применять ДЭХ на временной основе, однако ограничивает объем этого обязательства ограничительной оговоркой, начиная со слов «в той степени». Ничто в формулировке ст. 45 (1) не ставит ее в зависимость от обязательного заявления о несогласии с временным применением, предусмотренного в ст. 45 (2). Напротив, использование слова «может», а не «должна», в отношении такого заявления свидетельствует о рекомендательном, а не обязательном характере такого заявления. Этот вывод подкрепляется также формулировкой «независимо от пункта (1)». Таким образом, обычное значение терминов, употребленных в ст. 45 (1) и (2) позволяет сделать вывод, что применение ст. 45 (1) не находится в зависимости от того, сделала ли подписавшая сторона заявление согласно ст. 45 (2) или нет.
2. Необходимо ли заявление в соответствии со ст. 45 (1) ДЭХ? – Необходимо различать то, что участники переговоров по заключению ДЭХ считали желательным, и то, что в конечном счете было зафиксировано в положениях ДЭХ. Те государства (Швейцария, Австрия, Венгрия, Япония, Норвегия и Румыния), которые еще на переговорном этапе высказали свои опасения относительно невозможности временного применения ДЭХ, после его подписания все же сделали соответствующие заявления в той или иной форме. Тем не менее, арбитраж счел, что РФ имеет право заявлять о несоответствии ДЭХ ее национальному праву, чтобы избежать применения Части V ДЭХ.
3. Истцы также ссылались на эстоппель как аргумент в пользу того, что РФ не может руководствоваться ограничительной оговоркой (ст. 45(1) ДЭХ) в данном случае, так как она в ходе переговоров при разработке и принятии ДЭХ, а также в последующем не возражала против временного применения Договора. Однако арбитраж пришел к выводу, что критерии для применения принципа эстоппеля (установлены Международным Судом ООН в деле о континентальном шельфе Северного моря) в данном случае не соблюдены, а «простой поддержки» Россией идеи о временном применении ДЭХ во время переговоров недостаточно.
4. Какое значение имеет фраза «в той степени» в ст. 45 (1) ДЭХ в отношении к РФ? – При ответе на этот вопрос речь идет о борьбе 2 подходов: «всё или ничего» (истцы) против «частичного» подхода (Россия). Итак, ранее арбитраж уже пришел к выводу, что РФ могла опираться на ограничительную оговорку ст. 45 (1), даже не сделав заявление, предусмотренного ст. 45 (2) и не предоставив предварительного уведомления в соответствии со ст. 45 (1) ДЭХ. Поэтому арбитражу необходимо было определить, какое значение имеет ограничительная оговорка. Позиции сторон по данному вопросу разнятся: РФ придерживается «частичного» подхода (англ.: “piecemeal” approach): каждого положения ДЭХ в отдельности должно быть оценено на соответствие Конституции РФ, ее законам и нормативным актам. По мнению же истцов, ДЭХ должен применяться на основании подхода «всё или ничего»: необходимо определить, является ли принцип временного применения сам по себе несоответствующим Конституции и законодательству РФ.
5. Арбитраж применил обычное значение терминов ДЭХ, но оценил их в свете объекта и цели этого договора (т.е. воспользовался общим правилом толкования по Венской конвенции 1969 г.): верной является позиция истцов. РФ, подписав ДЭХ, выразила согласие на то, что договор в целом будет временно применяться до его вступления в силу, если только сам принцип временного применения не противоречит ее Конституции и законодательству. С точки зрения арбитража, фраза в ст. 45 (1) «такое временное применение» означает применение «настоящего Договора». Таким образом, ст. 45 (1) нужно читать следующим образом: «Каждая подписавшая сторона соглашается временно применять настоящий Договор впредь до его вступления в силу для такой подписавшей стороны в соответствии со ст. 44, в той степени, в которой **временное применение настоящего Договора** не противоречит ее конституции, законам или нормативным актам».
6. Далее арбитраж исследовал объем словосочетания «временное применение настоящего Договора». В соответствии с обычным значением, придаваемым терминам в контексте договора, «временное применение настоящего Договора» означает временное применение всего договора в целом, а не отдельных его частей. В обоснование своего мнения арбитраж сослался на ст. 45 (2)(с): любая подписавшая сторона, делающая заявление, упомянутое в подпункте (а), временно применяет Часть VII до вступления Договора в силу для такой подписавшей стороны в соответствии со Статьей 44, в той степени, в которой такое временное применение не противоречит ее законам или нормативным актам. То есть, по мнению арбитража, если бы фраза “временное применение настоящего Договора” касалась бы только его части, это было бы прямо указано в тексте Договора. Следовательно, нет оснований сделать вывод о том, что подписавшие стороны предполагали бы временное применения только части ДЭХ, не написав об этом в тексте договора. Поэтому арбитраж согласился с подходом «всё или ничего».
7. Совместим ли принцип временного применения с российским законодательством? Стороны не имели серьезных противоречий относительно того, соответствует ли принцип временного применения законодательству РФ. Однако истцы на основании временного применения Россией ДЭХ заявляли, что для РФ не действует ограничительная оговорка ст. 45 (1). РФ, в свою очередь, приводила ограничительную оговорку в доказательство того, что ДЭХ временно применялся Россией только в пределах, не противоречащих Конституции и законодательству РФ. Хотя данный вопрос и не вызвал серьезных разногласий, арбитраж подтвердил позицию истцов по данному вопросу, оценив институт временного применения как в СССР, так и в России.
8. Согласно мнению эксперта со стороны истцов Владимира Гладышева, ч. 4 ст. 15 Конституции РФ дает приоритет всем международным договорам РФ над национальным правом, независимо от того, ратифицированы такие договоры или стороны договорились о временном применении международного договора (как в случае с ДЭХ). Таким образом, временное применение ДЭХ в целом не противоречило Конституции РФ, ее законам и нормативным актам и осуществлялось Россией вплоть до 2009 г., когда вступило в силу уведомление РФ (в соответствии со ст. 45 (3) ДЭХ) Депозитарию о намерении не становиться Договаривающейся Стороной.
9. Таким образом, арбитраж пришел к выводу, что временное применение Россией ДЭХ (включая положения ст. 26) обосновывают компетенцию (юрисдикцию) арбитража относительно существа дела.
10. Наконец, арбитражу было важно разобраться в вопросе, совместимы ли положения ДЭХ о разрешении споров с законодательством РФ. По мнению арбитража, ст. 26 ДЭХ (Разрешение споров между инвестором и договаривающейся стороной) не противоречит законодательству РФ. Более того, положения Закона об иностранных инвестициях (как в редакции 1991 г., так и в редакции 1999 г.) прямо предусматривают арбитрабельность споров между инвестором и государством, принимающим инвестиции: ст. 10 ФЗ 1999 г. говорит, что спор иностранного инвестора, возникший в связи с осуществлением инвестиций и предпринимательской деятельности на территории Российской Федерации, разрешается в соответствии с международными договорами Российской Федерации и федеральными законами в суде или арбитражном суде либо в международном арбитраже (третейском суде). Таким образом, с учетом выше описанных выводов арбитража, ст. 26, как и другие положения ДЭХ, временно применяются в РФ, и РФ тем самым выразила согласие на передачу споров в международный арбитраж.
11. Таким образом, арбитраж пришёл к следующим выводам:
12. Режимы временного применения ДЭХ, описанные в ст. 45 (1) и 45 (2) (а) соответственно, являются двумя разными режимами. Российская Федерация может воспользоваться ограничительной оговоркой ст. 45 (1), хотя она и не сделала заявления, предусмотренного ст. 45 (2) (а).
13. Российская Федерация может применять ограничительную оговорку ст. 45 (1), хотя она и не сделала предварительного заявления и не подала предварительного уведомления другим государствам – участникам ДЭХ относительно ее намерения опираться на ст. 45 (1), чтобы исключить временное применение ДЭХ;
14. Однако ограничительная оговорка ст. 45 (1) ДЭХ отвергает временное применение ДЭХ только в том случае, если принцип временного применения как таковой противоречит Конституции, законам и нормативным актам РФ; арбитраж установил, что временное применение (как ДЭХ, так и любого другого международного договора) не только не противоречит Конституции, законам и нормативным актам РФ, но и прямо предусмотрено таковыми: РФ имеет традицию временного применения международных договоров, корнями уходящую еще во времена СССР.
15. ДЭХ полностью временно применялся в РФ до 19 октября 2009 г.
16. Части III и V ДЭХ (включая ст. 26) остаются в силе для РФ до 19 октября 2029 г. в отношении всех инвестиций, произведенных до 19 октября 2009 г.
17. Россия как государство-ответчик связана положением об арбитраже между инвестором и государством, принимающим инвестиции.
18. Положения ст. 26, 1 (6) и 1 (7) ДЭХ не противоречат Конституции РФ, ее законам и нормативным актам.
19. В силу сказанного арбитраж обладает юрисдикцией относительно существа спора.
1. Временное применение международных договоров: практика государств // «Журнал российского права», 2013 г., № 12. [↑](#footnote-ref-1)