

Международный инвестиционный арбитраж: проблемы и подходы к их решению

Лобзов Глеб Павлович

Студент,
Юридическая школа,
Дальневосточный федеральный университет,
690922, Российская Федерация, Владивосток, ул. Суханова, 8;
e-mail: lobzovgleb@gmail.com

Данная статья написана под руководством научного руководителя Присекиной Натальи Геннадьевны, профессора кафедры международного публичного и частного права Дальневосточного федерального университета.

Аннотация

Международное сотрудничество в сфере инвестиций все больше вовлекает их участников в международные инвестиционные арбитражные процедуры. Огромное количество двухсторонних соглашений о защите и поощрении капиталовложений отдают предпочтение именно такому механизму разрешения инвестиционных споров между государством-реципиентом капитала и иностранным инвестором. Целью исследования данного исследования является рассмотрение проблем современного инвестиционного арбитража, а также рассуждение о возможных путях их решения, предлагаемых как отечественными, так и зарубежными авторами. Перспективным видится улучшение уже действующего механизма на базе МЦУИС, который признан действенным в нынешних реалиях разрешения международных инвестиционных споров, при наличии только ему присущих особенностей. Это во многом бы решило современные проблемы международного инвестиционного арбитража, о которых говорят большинство авторов. Но для эффективного развития данного механизма, которое, например, может быть выражено в создании апелляционной инстанции или ревизионной комиссии, в данный момент не нашлось поддержки у государств-участников Вашингтонской Конвенции. Перспективы создания международного инвестиционного суда непонятны в текущий момент времени, и отказ от существующей системы разрешения инвестиционных споров в отсутствие иной реальной альтернативы может привести к международному коллапсу. Разумно в такой ситуации дождаться результатов деятельности рабочей группы ЮНСИТРАЛ или уполномоченных структур ЕС.

Для цитирования в научных исследованиях

Лобзов Г.П. Международный инвестиционный арбитраж: проблемы и подходы к их решению // Вопросы российского и международного права. 2021. Том 11. № 7А. С. 371-378. DOI: 10.34670/AR.2021.54.60.047

Ключевые слова

Инвестиционный спор, международный инвестиционный арбитраж, механизмы правовой защиты, двустороннее инвестиционное соглашение, МЦУИС, внутригосударственный суд, инвестиционное право.

Введение

Изначально предполагалось, что гибкость, присущая коммерческому арбитражу, поможет инвестиционному арбитражу, поэтому он во многом строился в соответствии с моделью коммерческого арбитража и обладал такими его свойствами как: назначение арбитров сторонами; конфиденциальность; окончательность решений и самостоятельное установление арбитрами своей юрисдикции по конкретному спору.

Многие перечисленные преимущества инвестиционного арбитража, которые ранее воспринимались исключительно в позитивном ключе, сегодня подвергаются массовой и обоснованной критике.

Плюсом арбитража многие называют окончательность и отсутствие возможности обжаловать решение. Но неотъемлемой частью права на справедливое судебное разбирательство считается возможность обжаловать решения суда. Вследствие увеличения количества споров, передаваемых на рассмотрение инвестиционным арбитражам, появляются противоречивые решения по аналогичным по существу вопросам. Трибуналы по-разному толкуют положения международных договоров, начиная от понятий, которые в них заложены и заканчивая толкование зонтичной оговорки. Невозможность обжалования решений и их окончательность не позволяют создать единую практику и какую-либо правовую определенность для спорящих сторон.

Конечно, гибкость и либеральный подход в отношении толкования правовых норм не могут подвергаться критике, как негативная практика разрешения международных инвестиционных споров. В случаях, когда действующее правовое регулирование содержит пробелы, действия трибунала способствуют восстановлению справедливости в каждом конкретном случае. Но вместе с этим представления арбитров о справедливости могут начать преобладать над правовыми источниками и соответственно, появляется опасность вынесения непредсказуемых решений, что впоследствии и приводит к проблеме отсутствия единой практики и правовой неопределенности.

То есть усмотрение арбитров относительно различных правовых вопросов в каждом отдельном случае сыграло положительную роль для этого конкретного случая, но это мешает в долгосрочной перспективе развитию института инвестиционного арбитража по причине отсутствия единообразной практики толкования и появления большого количества противоречащих друг другу арбитражных решений [Sornarajah, 2010].

Основная часть

По мнению Анурова В.Н. уход в сторону автономной квалификации лишь подтверждает преобладание общей тенденции в современном международном инвестиционном арбитраже — усмотрение арбитров заменяет собой нормативное регулирование. Какими безупречными не были бы выводы арбитражного трибунала, основанные на автономной квалификации понятия «инвестиция», как например в тесте Салини, они не могут быть приравнены к нормам права,

играющим ключевую роль в континентальной системе права [Ануров, 2015].

Также препятствием на пути создания непротиворечивой и целостной практики разрешения инвестиционных споров являются конфиденциальность и возможность опубликования решения только с согласия сторон, участвующих в споре. Данная практика необходима как инвесторам, так и государствам, которые должны ее учитывать при создании и разработке инвестиционных соглашений.

Оценку деятельности сегодняшнего международного инвестиционного арбитража дал А. Де Пальма [De Palma, 2011]: «Их заседания секретны. Как правило, их имена неизвестны. Решения, которые они принимают, не подлежат обязательной публикации. Способ же, которым группа международных трибуналов разрешает споры между инвесторами и государствами, приводит к отмене национальных законов, оспариванию решений национальных судов и изменению норм по охране окружающей среды». И как следствие это приводит к кризису легитимности международного инвестиционного арбитража как в глазах государств, так и в глазах инвесторов, который выражается в отсутствии должной правовой определенности у спорящих сторон.

Обобщая сказанное выше, критикуется отсутствие предсказуемой и устойчивой практики в инвестиционном арбитраже, поскольку не существует институциональных механизмов, которые бы обеспечивали последовательность и единообразие при толковании юридических понятий в инвестиционных соглашениях. В результате этого снова и снова принимаются непоследовательные и противоречивые арбитражные решения.

Негативное отношение к современной системе международной защиты инвестиций может быть обусловлено следующими факторами:

Отсутствие единых центральных юридических понятий в соглашениях о защите инвестиций, которая позволяет арбитрам, по своему усмотрению, ограничивать регулирующие полномочия государств в зависимости от конкретных обстоятельств;

Растущее количество непоследовательных и противоречивых арбитражных решений с вытекающей отсюда фрагментацией международного права защиты инвестиций, и, как следствие, отсутствие правовой предсказуемости и защищенности;

Несовершенство механизма урегулирования инвестиционных споров, то есть преимущества коммерческого арбитража, при их применении к спорам между государством-реципиентом и инвестором превратились в проблемы сегодняшнего инвестиционного арбитража.

В связи с основными тенденциями в развитии механизмов разрешения инвестиционных споров предлагаются различные реформы, которые идут в самых разных направлениях.

Первое направление заключается в действиях государств по пересмотру и переработке существующих соглашений. Субъектом, кто создает межгосударственные соглашения о защите инвестиций, являются государства и этими же соглашениями они создают правила для инвестиционного арбитража, поэтому могут их изменить или даже отменить [Исполинов, 2015].

Государства стали уделять больше внимания ключевым положениям данных договоров, которые должны будут использоваться арбитрами при разрешении инвестиционного спора, чтобы ограничить рамки потенциального усмотрения арбитров при толковании и применении правовых норм.

Также существуют различные меры по ограничению юрисдикционной правоспособности инвесторов при разрешении инвестиционных споров, таких как установление срока давности для подачи исков или выделение некоторых категорий споров из-под юрисдикции инвестиционного трибунала.

Весьма серьезным видится введение требования об обязательном исчерпании внутренних

средств защиты перед подачей иска в инвестиционный арбитраж. Суть же проблемы, по мнению многих авторов состоит в том, что арбитражи научились в большинстве случаев преодолевать указанную преграду.

Арбитражи, исходя из собственной оценки эффективности национальной судебной системы, самостоятельно определяют уместность требования об исчерпании внутренних средств защиты, или же 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 средств.

Например, ЮАР начала пересматривать и расторгать заключенные ранее инвестиционные соглашения. Был разработан новый законопроект о поощрении и защите инвестиций, который, признает структурные проблемы, присущие инвестиционному арбитражу, и предписывает удалить из существующих договоров положения о передаче споров с инвесторами на рассмотрение в инвестиционный арбитраж [Paton, www]. Парламент Австрии принял подобную резолюцию еще в сентябре 2014 г., поставив под сомнение саму необходимость инвестиционных арбитражей для стран с развитой судебной системой.

Некоторыми учеными в рамках данного подхода выражается мнение, что возвращение к межгосударственному урегулированию инвестиционных споров позволило бы государствам влиять на состав арбитражей, и самостоятельно устанавливать категории споров, которые могут быть урегулированы посредством арбитража и исключать заведомо бесперспективные жалобы. Но одновременно с этим государства получают возможность не рассматривать жалобы инвесторов по внешнеполитическим причинам. Таким образом произошел бы возврат к системе «дипломатической защиты», что противоречит центральной цели, которая с момента заключения Вашингтонской Конвенции ставилась в заслугу международному инвестиционному арбитражу – деполитизации инвестиционных споров [Исполинов, 2015].

Второй подход, это учреждение постоянно действующей апелляционной инстанции (при Международном центре по урегулированию инвестиционных споров), по примеру апелляционного органа ВТО [Попов, 2016]. Сторонники данного подхода утверждают, что это наиболее удобное решение, поскольку оно не нарушает нынешний порядок назначения арбитров и рассмотрения инвестиционных споров. Это позволит минимизировать риски ошибок и эксцессов, которые возможны в нынешней ситуации, как в случае с усмотрениями арбитров. Также это решит существующие проблемы в отношении практики разрешения инвестиционных споров, создаст менее противоречивую практику и соответственно повысит предсказуемость выносимых решений. Существующая на сегодняшний день нагрузка на арбитражи не является запредельной, и соответственно апелляционная инстанция сможет работать в нормальном режиме.

Например, США изначально активно выступавшее за данную инициативу, постепенно отстранилось от этой идеи. В модельных договорах США образца 2004 и 2012 годов содержатся положения о заключении многостороннего соглашения о введении апелляционной инстанции, но на данный момент активных действий в данной стези не происходит [Гребельский, 2017].

Также похожими соображениями было выдвинуто предложение о введении на базе МЦУИС ревизионной инстанции для проверки решений инвестиционных арбитражей. Эта идея нашла отражение, в представленном Секретариатом Центра проекте к реформе Вашингтонской Конвенции. Тем не менее, данное предложение, наряду с введением апелляционной инстанции, не нашло необходимой поддержки у государств-участников. Соответственно, для реализации подобных идей требуется активное сотрудничество большинства государств [Исполинов, 2015].

Третий подход, это создание международного специализированного инвестиционного суда,

целью которого будет разрешение споров между инвесторами и государствами, которые вытекают из инвестиционных соглашений. Наиболее обсуждаемой в данном подходе является инициатива по созданию многостороннего инвестиционного суда на базе Женевского центра по урегулированию международных споров, подготовленного под эгидой ЮНСИТРАЛ.

Преимущества данной реформы, по мнению ее авторов М. Потеста и Г. Кауфманн-Келера, состоит в том, что помимо формирования единого подхода к толкованию и применению понятий и положений, закрепленных в данных соглашениях произойдет переход к избранию несменяемых судей на длительный срок и получающих фиксированную заработную плату, что в свою очередь будет означать появление институциональных гарантий беспристрастности и независимости судей при рассмотрении каждого отдельного спора, поскольку исключается интерес в получении последующих назначений для возникающих споров. Создание данного органа упростит процедуру признания и приведения в исполнение решений суда на территории государств-ответчиков [Кайсин, Демина, 2018].

Среди аргументов в защиту своей инициативы авторы также называют повышение авторитета нового органа и соответственно повышение легитимности его решений. Помимо этого, данный суд, действующий на постоянной основе, мог бы гарантировать более предсказуемую и последовательную судебную практику. Государства могут по обоюдному желанию распространить юрисдикцию нового суда на споры по соглашениям, заключенным до его учреждения, именно такой механизм, аналогичный Маврикийской конвенции о прозрачности предлагают создать авторы. Обжалование решений, принятых таким судом, по мнению авторов, возможны в двух вариантах. Первый, это создание комиссии по аннулированию решений (как сегодня действует механизм МЦУИС). Вторая, это создание полноценной апелляционной инстанции с рассмотрением спора по существу.

С подобной инициативой в марте 2018 года также выступил Совет Европейского Союза и предоставил Европейской комиссии полномочия на проведение переговоров с целью создания постоянно действующего суда на территории ЕС, рассматривающего инвестиционные споры. Данная концепция основывается на принципах открытости и гласности разбирательства; несменяемости и независимости судей и возможности обжаловать в апелляционном порядке решение суда. Суд сможет рассматривать споры, как возникшие на основании заключенных ранее договоров, так и возникшие из будущих договоров [Гребельский, 2017].

Данные инициативы встретили резкую критику со стороны ряда известных арбитров. В частности, Ч. Брауер говорит о том, что создание постоянно действующего суда не только приведет к упразднению наиболее привлекательных основ арбитража — возможности выбора арбитра и выражения особого мнения, — но и политизирует всю систему разрешения инвестиционных споров [Brower, 2013]. Австрийский арбитр К. Шреер отмечает, что назначение государствами судей приведет к существенному регрессу в развитии системы разрешения инвестиционных споров поскольку высока вероятность, что судьи не станут выносить решения против государства, гражданами которого они являются [Schreuer, www].

Безусловно, создание международного инвестиционного суда позволит упорядочить множественность различных механизмов рассмотрения инвестиционных споров, повысить эффективность международного инвестиционного арбитража, и внести правовую определенность в последующие решения.

Но стоит также учитывать негативные стороны учреждения такого наднационального органа, поскольку предложенная система предоставляет перевес в сторону большего контроля со стороны государств, нежели частных лиц, что поставит под сомнение заявленную объективизацию разбирательства, которой пытались достичь за все время формирования

механизма рассмотрения инвестиционных споров.

Несмотря на преимущества подобных альтернативных вариантов с точки зрения достижения большего единообразия, предсказуемости и легитимности урегулирования споров, в данный момент отсутствует политическая возможность претворения таких инициатив в жизнь.

Говорить об исчезновении традиционного арбитражного формата применительно к инвестиционному арбитражу весьма преждевременно. Продолжает действовать большое число ДИС и ДИД, позволяющих инвесторам требовать формирования арбитражных судов в соответствии с самыми разными регламентами. И отказ от существующей системы разрешения инвестиционных споров при отсутствии реальной альтернативы может привести к международному коллапсу [Гребельский, 2017].

Однако вектор в сторону максимальной институционализации органов для разрешения таких споров уже задан.

Заключение

На наших глазах происходит изменение и отказ некоторых государств от устоявшегося механизма регулирования и разрешения международных инвестиционных споров в виде двухсторонних инвестиционных соглашений о защите инвестиций, поскольку система, которая существует в настоящее время уже, не удовлетворяет всем потребностям участников международного инвестиционного сотрудничества и требует развития.

Перспективным видится улучшение уже действующего механизма на базе МЦУИС, который признан действенным в нынешних реалиях разрешения международных инвестиционных споров, при наличии только ему присущих особенностей. Это во многом бы решило современные проблемы международного инвестиционного арбитража, о которых говорят большинство авторов. Но для эффективного развития данного механизма, которое, например, может быть выражено в создании апелляционной инстанции или ревизионной комиссии, в данный момент не нашлось поддержки у государств-участников Вашингтонской Конвенции.

Перспективы создания международного инвестиционного суда непонятны в текущий момент времени, и отказ от существующей системы разрешения инвестиционных споров в отсутствие иной реальной альтернативы может привести к международному коллапсу. Разумно в такой ситуации дожидаться результатов деятельности рабочей группы ЮНСИТРАЛ или уполномоченных структур ЕС.

Возможно, тогда можно будет продолжить диалог о реформе системы инвестиционного арбитража и перейти к потенциально новой системе рассмотрения международных инвестиционных споров.

Библиография

1. Ануров В.Н. Право и усмотрение в международных инвестиционных спорах // Третейский суд. 2015. №4. С. 106-115.
2. Гребельский А.В. Конец эпохи? Судьба инвестиционного арбитража в свете попыток создания системы инвестиционного суда ЕС // In memoiam. Сборник воспоминаний, статей, иных материалов. 2017. С. 476-502.
3. Исполинов А.С. Куда идет современный арбитраж? // Российский юридический журнал. 2015. №3. С. 80-96.
4. Кайсин Д.В. Демина М.О. Международный инвестиционный суд: быть или не быть? // Журнал зарубежного законодательства и сравнительного правоведения. 2018. №4. С. 90-95.
5. Попов Е.В. Анализ факторов, влияющих на урегулирование споров между инвесторами и государствами, и механизм разрешения споров в ВТО // Российская юстиция. 2016. №9. С. 25-28.

6. Brower Ch.N., Rosenberg Ch.B. The Death of the Two-Headed Nightingale: Why the Paulsson van den Berg Presumption that Party-Appointed Arbitrators are Untrustworthy is Wrongheaded // *Arbitration International*. 2013. № 29. P. 7-19.
7. Palma A. De. NAFTA's Powerful Little Secret; Obscure Tribunals Settle Disputes, But Go Too Far, Critics Say. URL: <https://www.nytimes.com/2001/03/11/business/nafta-s-powerful-little-secret-obscure-tribunals-settle-disputes-but-go-too-far.html>
8. Paton C. Investment bill marks shift in SA's trade policy // *Business Day*. 2013. №3 URL: <http://www.bdlive.co.za/business/trade/2013/11/04/investment-bill-marks-shift-in-sas-trade-policy>
9. Schreuer Ch. The Future of Investment Arbitration. 2010. URL: <https://globalarbitrationreview.com/article/1151619/theres-no-alternative-to-investment-arbitration-says-schreuer>
10. Sornarajah M. *The International Law on Foreign Investment*. Cambridge: Cambridge University Press, 2010. 556 p.

International investment arbitration: problems and approaches to their solution

Gleb P. Lobzov

Graduate Student,
School of Law,
Far Eastern Federal University,
690922, 8, Sukhanova str., Vladivostok, Russian Federation;
e-mail: lobzovgleb@gmail.com

Abstract

International cooperation in the field of investments is increasingly involving their participants in international investment arbitration procedures. A huge number of bilateral agreements on the protection and promotion of investments give preference to just such a mechanism for resolving investment disputes between the state-recipient of capital and a foreign investor. The aim of the study is to consider the problems of modern investment arbitration, as well as reasoning about possible ways to solve them, proposed by both domestic and foreign authors. Improvement of the existing mechanism on the basis of ICSID, which is recognized as effective in the current realities of resolving international investment disputes, in the presence of only its inherent features, is seen as promising. This would largely solve the modern problems of international investment arbitration, which most authors talk about. But for the effective development of this mechanism, which, for example, can be expressed in the creation of an appellate instance or an audit commission, at the moment there was no support from the states parties to the Washington Convention. The prospects for the creation of an international investment court are not clear at the current time, and abandoning the existing system for resolving investment disputes in the absence of another real alternative could lead to an international collapse.

For citation

Lobzov G.P. (2021) *Mezhdunarodnyi investitsionnyi arbitrazh: problemy i podkhody k ikh resheniyu* [International investment arbitration: problems and approaches to their solution]. *Voprosy rossiiskogo i mezhdunarodnogo prava* [Matters of Russian and International Law], 11 (7A), pp. 371-378. DOI: 10.34670/AR.2021.54.60.047

Keywords

Investment dispute, international investment arbitration, legal protection mechanisms, bilateral investment agreement, ICSID, domestic court, investment law.

References

1. Anurov V.N. (2015) Pravo i usmotrenie v mezhdunarodnykh investitsionnykh sporakh [Law and Discretion in International Investment Disputes]. *Treteiskii sud* [Arbitration Court], 4, pp. 106-115.
2. Brower Ch.N., Rosenberg Ch.B. (2013) The Death of the Two-Headed Nightingale: Why the Paulsson van den Berg Presumption that Party-Appointed Arbitrators are Untrustworthy is Wrongheaded. *Arbitration International*, 29, pp. 7-19.
3. Grebel'skii A.V. (2017) Konets epokhi? Sud'ba investitsionnogo arbitrazha v svete popytok sozdaniya sistemy investitsionnogo suda ES [The end of era? The fate of investment arbitration in the light of attempts to create an EU investment court system]. In: *In memoriam. Sbornik vospominanii, statei, inykh materialov* [In memoriam. Collection of memoirs, articles, and other materials].
4. Ispolinov A.S. (2015) Kuda idet sovremennyi arbitrazh? [Where is modern arbitration going?]. *Rossiiskii yuridicheskii zhurnal* [Russian legal journal], 3, pp. 80-96.
5. Kaisin D.V. Demina M.O. (2018) Mezhdunarodnyi ivenstitsionnyi sud: byt' ili ne byt'? [International Court of Justice: to be or not to be?]. *Zhurnal zarubezhnogo zakonodatel'stva i sravnitel'nogo pravovedeniya* [Journal of Foreign Law and Comparative Law], 4, pp. 90-95.
6. Palma A. De. *NAFTA's Powerful Little Secret; Obscure Tribunals Settle Disputes, But Go Too Far, Critics Say*. Available at: <https://www.nytimes.com/2001/03/11/business/nafta-s-powerful-little-secret-obscure-tribunals-settle-disputes-but-go-too-far.html> [Accessed 06/06/2021]
7. Paton C. (2013) Investment bill marks shift in SA's trade policy. *Business Day*, 3 Available at: <http://www.bdlive.co.za/business/trade/2013/11/04/investment-bill-marks-shift-in-sas-trade-policy> [Accessed 06/06/2021]
8. Popov E.V. (2016) Analiz faktorov, vliyayushchikh na uregulirovanie sporov mezhdru investoram i gosudarstvami, i mekhanizm razresheniya sporov v VTO [Analysis of factors affecting the settlement of disputes between investors and states, and the mechanism for resolving disputes in the WTO]. *Rossiiskaya yustitsiya* [Russian Justice], 9, pp. 25-28.
9. Schreuer Ch. (2010) *The Future of Investment Arbitration*. Available at: <https://globalarbitrationreview.com/article/1151619/theres-no-alternative-to-investment-arbitration-says-schreuer> [Accessed 06/06/2021]
10. Sornarajah M. (2010) *The International Law on Foreign Investment*. Cambridge: Cambridge University Press.