

Взгляд на будущую систему разрешения споров между государствами и инвесторами (для обсуждения на ПМЮФ-2024)

Существующая на сегодняшний день система разрешения споров между государствами и инвесторами («ISDS») посредством арбитражных (третейских) разбирательств подвергается справедливой критике. В числе основных ее недостатков обычно называют:

1. длительность рассмотрения споров;
2. высокую стоимость разбирательств;
3. ограниченный круг арбитров и, как следствие, трудности с обеспечением беспристрастности;
4. отсутствие последовательности в применении арбитрами правовых норм и, как следствие, непредсказуемость решений арбитражей;
5. недостаточную конкретику двусторонних инвестиционных договоров («ДИДы») и обязательств по ним;
6. трудности с исполнением решений арбитражей в случае отказа государства-ответчика от добровольного исполнения решения.

Мировым сообществом признается необходимость реформирования арбитража как механизма разрешения международных инвестиционных споров. Соответствующие предложения обсуждаются с 2017 года на площадке III Рабочей группы Комиссии Организации Объединенных Наций (ООН) по праву международной торговли («ЮНСИТРАЛ») («Рабочая группа ЮНСИТРАЛ») с участием Российской Федерации. По состоянию на май 2024 года в рамках Рабочей группы ЮНСИТРАЛ отдельными государствами разработана концепция «постоянного механизма» ISDS для разрешения инвестиционных споров. Тем не менее, пока отсутствует единогласие участников Рабочей группы ЮНСИТРАЛ по поводу необходимости создания такого рода постоянного юрисдикционного органа¹.

В частности, Российская Федерация полагает, что создание судебного и апелляционного органов не решит большинства имеющихся проблем в разрешении международных инвестиционных споров. Например, не решается вопрос с принудительным исполнением таких судебных решений, а также с длительностью разбирательств (наличие отдельного апелляционного органа может лишь затянуть процесс)².

Принимая во внимание указанное, предлагаются следующие конкретные направления повышения эффективности, предсказуемости и прозрачности системы ISDS, способные выступить основой для сближения позиций государств, международного и национального бизнеса, юридического сообщества.

1 За создание судебных органов выступают государства-члены ЕС, Швейцария и др. https://uncitral.un.org/ru/working_groups/3/investor-state.

2 На данные недостатки реформы указывал, например, Сингапур. https://uncitral.un.org/ru/working_groups/3/investor-state (A/CN.9/WG.III/WP.233).

I. Новые формы мирного урегулирования инвестиционных споров³

Как указано выше, международный инвестиционный арбитраж как ISDS обладает рядом существенных недостатков. В связи с этим на практике известны случаи заключения мировых соглашений после участия в процедуре медиации⁴. Кроме того, все более широкое распространение приобретает практика привлечения эксперта, которому стороны по взаимному согласию передают рассмотрение ключевого вопроса в споре, как правило требующего специальных знаний (например, технических).

Несмотря на то, что указанные методы уже применяются на практике, процедура их применения урегулирована крайне фрагментарно, многие вопросы остаются нерешенными. В этой связи унификация правового регулирования альтернативных методов разрешения споров может способствовать их большему распространению.

С этой целью предлагается разработать универсальную Конвенцию об альтернативных способах урегулирования инвестиционных споров и мировых соглашениях («**Конвенция**»), которая предложила бы сторонам споров следующие преимущества перед инвестиционным арбитражем:

- i. правовой статус мирового соглашения как обязательного и его прямая исполнимость;
- ii. унифицированная процедура одобрения мирового соглашения со стороны государств определенным уполномоченным органом (например, министерством юстиции или министерством экономики) в определенные в Конвенции сроки, что сделает процесс заключения мирового соглашения предсказуемым и привлекательным для обеих сторон;
- iii. универсальный подход к вопросу процессуального признания взаимных отказов сторон спора от дальнейших исков и претензий друг к другу в случае заключения мирового соглашения;
- iv. регламентированные сроки исполнения обязательств по мировым соглашениям, обладающим юридически обязывающим статусом на национальном уровне (для государств-участников);
- v. невозможность оспаривания мирового соглашения по национальному праву, что минимизирует сроки разрешения спора и создаст большую определенность для сторон;
- vi. возможность согласования процедуры возмещения расходов сторон на разрешение спора. На сегодняшний день отмечают непредсказуемость несения расходов, зачастую оплата издержек государства в случае разрешения спора в его пользу не возлагается на проигравшего спор инвестора.

Стороны смогут инициировать процедуру заключения мирового соглашения по Конвенции на любой стадии спора, независимо от его передачи в арбитраж.

³ Предложения по необходимости предупреждения международных инвестиционных споров и примирению сторон присутствуют в соответствующем Проекте руководящих принципов в рамках актуальной реформы ЮНСИТРАЛ. https://uncitral.un.org/ru/working_groups/3/investor-state (A/CN.9/WG.III/WP.235). Однако предложения в отношении мировых соглашений, указанные в настоящем документе, в проекте реформы Рабочей группы ЮНСИТРАЛ не отражены. О необходимости поиска альтернативных способов разрешения инвестиционных споров (создании согласительного механизма) заявляли КНР, ЮАР и др. <https://uncitral.un.org/sites/uncitral.un.org/files/wp177r.pdf>; https://uncitral.un.org/ru/working_groups/3/investor-state (A/CN.9/WG.III/WP.176).

⁴ <https://globalarbitrationreview.com/article/nigeria-settles-multibillion-steel-dispute-after-icc-mediation>.

Участие в Конвенции может быть привлекательно как для стран, стремящихся к минимизации издержек и снижению количества негативных арбитражных решений с последующей процедурой обращения взыскания на их активы, так и инвесторов, готовых получить возмещение потерь (пусть и в меньшем размере, чем в арбитраже) в ускоренном порядке, детально регламентированным Конвенцией.

II. Повышение предсказуемости арбитражных решений⁵

Кодификация основных терминов инвестиционного права⁶

В настоящее время отсутствует кодификация материально-правовых норм инвестиционного права. В частности, отсутствует единообразное определение основных терминов и институтов инвестиционного права таких как инвестиция, инвестор, принцип равной защиты инвесторов и т.д. Нет единого стандарта в вопросе о том, какие обстоятельства делают инвестицию незаконной, а следовательно, не подлежащей защите, а также в вопросе признания защищаемым инвестором лица с множественным резидентством.

Отсутствие кодификации приводит к риску принятия противоположных решений по схожим спорам. Проблема усугубляется закрытым характером инвестиционных арбитражей (непубличностью решений трибуналов) (подробнее ниже), поскольку именно в таких решениях дается толкование норм инвестиционного права. Соответственно, при рассмотрении споров трибуналы не имеют доступа к уже вынесенным арбитражным решениям по схожим вопросам и зачастую дают противоречащие друг другу толкования основных понятий инвестиционного права.

После принятия такого рода кодификации государства сделают ссылки на нее в ДИДах, что будет означать ее применимость при рассмотрении споров.

Запрос толкования ДИДов у государств-участников⁷

Предлагается включить в ДИДы возможность (или обязательность) для арбитров запроса мнения сторон (т.е. государств, заключивших эти ДИДы) по вопросу толкования. Также, если государства делают совместное заявление о толковании ДИД, оно должно быть обязательным для арбитров.

Разрешение конфликта множественных (параллельных) производств⁸

У инвесторов сейчас есть возможность для инициирования параллельно множества процессов по одному и тому же предмету спора (например, от лица компании и от лица акционера компании).

⁵ В целом данная проблематика отмечается многими государствами в рамках реформы Рабочей группы ЮНСИТРАЛ, например, в совместном заявлении Израиля, Чили и Японии. https://uncitral.un.org/ru/working_groups/3/investor-state (A/CN.9/WG.III/WP.163).

⁶ Соответствующие предложения по кодификации обсуждаются в научных кругах. Однако, насколько известно из открытых источников, не выдвигаются конкретными государствами в рамках реформирования.

⁷ Насколько известно из открытых источников, данная инициатива поддерживается в научных кругах.

⁸ Данная инициатива частично покрывается актуальным проектом реформы Рабочей группы ЮНСИТРАЛ в рамках Проекта положений по процессуальным и сквозным вопросам. https://uncitral.un.org/ru/working_groups/3/investor-state (A/CN.9/WG.III/WP.231). В частности, предложения по отказу от исков материнской/дочерней компании после предъявления исков в рамках другого договора, отказу в необоснованных исках и т.д. высказывались в совместном заявлении Израиля, Чили и Японии. https://uncitral.un.org/ru/working_groups/3/investor-state (A/CN.9/WG.III/WP.163).

Соответственно, возникает риск двойного взыскания долга в рамках разных производств, что создает неопределенность для сторон.

Для предотвращения риска двойного взыскания, а также риска последующего обжалования вынесенного арбитражного решения на этом основании и злоупотребления процессуальными правами предлагается предусмотреть процедуру заверения (предоставления обязательства) взыскателем о неприведении в исполнение арбитражного решения в случае получения данных сумм долга в рамках другого параллельного процесса. Такие заверения уже делаются на практике как правило в рамках письменных позиций сторон (например, в иске), однако не всегда отражаются в самих арбитражных решениях. Для снижения правовой неопределенности предлагается разработать механизм фиксации таких заверений в резолютивной части самих арбитражных решений (на основании которых производится взыскание).

Кроме того, предлагается разработать единые основания для приостановки одного из процессов до вынесения решения по параллельному спору. На сегодня такого рода основания имеются лишь в некоторых арбитражных регламентах, что не создает единообразия правоприменения и позволяет недобросовестным сторонам злоупотреблять своими процессуальными правами.

Такого рода подход к множественным параллельным разбирательствам представляется возможным закрепить в форме документа «мягкого права» ЮНСИТРАЛ.

Презумпция публичности арбитражного решения⁹

Сегодня в международной практике действует презумпция непубличного характера решений трибуналов (то есть по общему правилу они не публикуются). Это лишь усугубляет вышеуказанные проблемы международного инвестиционного арбитража. В частности, стороны нередко пытаются извлечь выгоду из существования различной практики, а арбитры выносят противоположные решения по схожим вопросам. Большая открытость разбирательств, публикация решений трибуналов могли бы способствовать повышению последовательности в практике трибуналов. Аргументом против публичного характера решений трибуналов выступает традиционный принцип конфиденциальности арбитража. Тем не менее, представляется, что сегодня для международного инвестиционного арбитража преимущества от его публичности превысят достоинства конфиденциальности процесса.

Предлагается заменить презумпцию непубличности арбитражных решений на презумпцию публичности, но сохранить возможность для сокрытия части сведений при доказанной заинтересованной стороной необходимости (например, в случае коммерческой тайны). Данный подход должен удовлетворить интересы как инвесторов, так и государств.

Правопреемство в процессе¹⁰

Сегодня существует неопределенность в отношении правопреемства как по завершившимся арбитражным разбирательствам (в части получения исполнения по решениям), так и по текущим разбирательствам (например, на основании уступки прав требования). В частности, отсутствует единообразие в подходе к тому, может ли лицо, не осуществлявшее непосредственно инвестицию

9 Публичность решений как средство содействия прозрачности арбитража поддерживается различными государствами, в том числе, в рамках реформы Рабочей группы ЮНСИТРАЛ. Например, Бельгией, Израилем, Чили, Японией. https://uncitral.un.org/ru/working_groups/3/investor-state (A/CN.9/WG.III/WP.242, A/CN.9/WG.III/WP.163).

10 Насколько нам известно из открытых источников, данная инициатива обсуждается в научных кругах.

и не пострадавшее от действий государства, приобрести право требования у инвестора и в результате занять место истца в процессе. Данный вопрос может быть урегулирован путем разработки рекомендаций под эгидой ЮНСИТРАЛ.

III. Поддержание доверия к арбитрам¹¹

Как известно, в настоящее время круг лиц, из числа которых назначаются арбитры, крайне ограничен. Одни и те же лица нередко многократно назначаются одной и той же стороной в качестве арбитров, что может породить сомнения в их независимости и беспристрастности. Принцип независимости и беспристрастности арбитров является основополагающим для любого арбитражного (третейского) разбирательства. Кроме того, возникает глобальная проблема диверсификации составов трибуналов по национальному, гендерному и иным признакам.

Предлагается рассмотреть введение ограничений на повторные назначения одних и тех же арбитров, например, запрет на принятие назначений от одной компании (и ее аффилированных лиц) чаще 2 раз в течение 3 лет.

Кроме того, на практике стороны зачастую фактически вынуждены выбирать арбитров из ограниченного круга лиц, поскольку разбирательства ведутся в большинстве случаев на английском языке. Соответственно, стороны выбирают в первую очередь носителей английского языка. Предлагается создать дополнительные стимулы для диверсификации составов трибуналов (в частности, для назначения арбитров разных национальностей, граждан разных государств). В качестве такого стимула может выступать включение в арбитражные оговорки ДИДов положений о рассмотрении споров и на официальных языках ООН, отличных от английского языка (арабский, испанский, китайский, русский и французский языки). Это создаст дополнительные стимулы для назначения арбитров-носителей данных языков и квалифицированных по праву государств, в которых данные языки являются официальными.

IV. Повышение исполнимости решений

Создание фонда взаимного страхования, из денежных средств которого будут осуществляться выплаты в пользу инвесторов с последующем истребованием с проигравшего государства в порядке суброгации. В случае принятия арбитражного решения в пользу инвестора последний вправе обратиться в фонд взаимного страхования и получить присужденное возмещение из его средств. Пример - Многостороннее агентство по инвестиционным гарантиям. Страховой фонд предполагается формировать за счет членских взносов государств-участников многосторонних механизмов.

¹¹ Схожие предложения высказываются в Проекте кодекса поведения арбитров в рамках реформы Рабочей группы ЮНСИТРАЛ (на уровне рекомендаций). https://uncitral.un.org/sites/uncitral.un.org/files/media-documents/uncitral/en/a-cn9-1148-code_for_arbitrators_for_wg45.pdf. Кроме того, Международный центр по урегулированию инвестиционных споров (МЦУИС/ICSID), обобщая практику по инвестиционным спорам, указывает, что повторные назначения часто являются основанием для оспаривания решений арбитражей. https://icsid.worldbank.org/sites/default/files/Background_Papers_Repeat_Appointments_final_25.2.2021.pdf.

Требование о раскрытии информации о прошлых назначениях арбитров также указываются в некоторых Кодексах этики (например, в Кодексе поведения арбитров и медиаторов к соглашению СЕТА (Comprehensive Economic and Trade Agreement) между Канадой и ЕС).

Создание фонда взаимного страхования существенно упростит порядок фактического взыскания средств с суверенного государства, что будет отвечать интересам инвесторов и гарантировать защищенность их прав на этапе исполнения арбитражных решений.

Исполнение решений за счет фонда взаимного страхования повысит предсказуемость и сбалансированность разрешения инвестиционных споров и, следовательно, будет способствовать увеличению уровня доверия к системе разрешения споров. Благодаря фонду взаимного страхования будут созданы новые возможности для расчетов в национальных валютах.

Средства фонда могут также использовать для оплаты труда арбитров с последующим взысканием затрат с проигравшей стороны. Это поможет повысить независимость и беспристрастность арбитров.

V. Прямое регулирование отношений государств и инвесторов¹²

Сегодня активно обсуждается недостаточная определенность сферы действия ДИДов и обязательств сторон по ним. В частности, некоторые государства заключают так называемые ДИДы нового поколения¹³, в которых конкретизируют режимы защиты инвесторов (например, справедливого и равноправного режима, режима наиболее благоприятствуемой нации), категории инвесторов, подпадающих под их действие и т.д.¹⁴. Тем не менее, ДИДы нового поколения, как правило, заключаются преимущественно в интересах государств и не полностью учитывают интересы инвесторов, в том числе с учетом положений ДИДов, ограничивающих возможности инвестора по их применению¹⁵.

В качестве взаимовыгодного решения предлагается более широкое распространение практики заключения прямых соглашений между государством и инвестором с соответствующими арбитражными оговорками. Заключение такого прямого соглашения возможно и в случае отсутствия применимого ДИДа, и в случае наличия такового. В последней ситуации предлагается устанавливать приоритет прямого соглашения над ДИДом (например, применение ДИДа только в случае неурегулирования какого-либо вопроса прямым соглашением). Также для избежания коллизий арбитражных оговорок предлагается указать в ДИДах на право сторон выбирать способ и место разрешения споров, которые могут возникнуть из прямых соглашений, в самих прямых соглашениях.

В целом урегулирование отношений между государствами и инвесторами в рамках прямых соглашений видится привлекательным, поскольку, с одной стороны, государства могут взвешенно и более гибко подходить к установлению гарантий прав инвестора в каждом конкретном случае (набор гарантий может быть разным для разных инвесторов и проектов, отраслей экономической деятельности), с другой, – инвесторы получают большую определенность именно в отношении конкретной инвестиции. В качестве механизма

12 Данная инициатива в части обсуждается различными государствами.

13 Материалы Конференции ООН по торговле и развитию от 2023 года. https://unctad.org/system/files/official-document/diaepcbinf2023d4_en.pdf

14 Например, в Главе об инвестициях Соглашения Всестороннего регионального экономического партнерства прямо указывается на применимость «минимального стандарта [справедливого и равноправного] режима» к иностранным инвесторам (п. 10.5 главы). ("Each Party shall accord to covered investments fair and equitable treatment and full protection and security, in accordance with the customary international law minimum standard of treatment of aliens"). <https://www.mfat.govt.nz/assets/Trade-agreements/RCEP/RCEP-Agreement-Legal-Text.pdf>.

15 Например, в ДИДы включаются положения denial of benefits.

популяризации заключения между государствами и инвесторами прямых соглашений с арбитражными оговорками можно рассмотреть разработку рекомендаций под эгидой ЮНСИТРАЛ, которые бы описывали преимущества заключения таких соглашений, государственный орган конкретной страны, уполномоченный заключать контракты, типовые гарантии, которые могут быть в них включены.

Кроме того, дополнительным стимулом перехода от ДИДов к двусторонним соглашениям в отношениях между инвесторами и государствами может являться возможность передачи прав по таким соглашениям в случае замены одного инвестора другим, что, в свою очередь, повысит инвестиционную привлекательность активов инвесторов.