

Инвестиционный арбитраж: проблемы и перспективы

Предлагаем Вашему вниманию интервью с Первым заместителем Председателя МКАС при ТПП РФ, заведующим сектором правовых проблем международных экономических отношений ИПП РАН, партнером Адвокатского бюро «Андрей Горюдисский и Партнеры», профессором, доктором юридических наук Иваном Семеновичем Зыкиным о специфике и основных проблемах инвестиционного арбитража.



— В чем Вы усматриваете причины увеличения числа случаев обращения иностранных инвесторов в международные арбитражи с исками к государствам?

— Действительно за относительно недавний период (примерно последние десять лет) наблюдается значительный рост количества третейских споров между иностранными инвесторами и государствами. Практика же заключения международных договоров, дающих возможность иностранному инвестору обращаться в арбитраж с иском к государству, насчитывает несколько десятков лет. Видимо, потребовалось определенное время для практического освоения участниками соответствующих отношений

предоставленных правом возможностей, оценки степени их эффективности. Думается, здесь, помимо прочего, проявляется некая общая закономерность, когда между закреплением нормативных оснований для арбитражного рассмотрения той или иной категории споров и их возникновением в достаточно широком масштабе проходит известный промежуток времени.

Свою немаловажную роль играет, безусловно, и рост числа договоров, направленных на поощрение и защиту инвестиций, а также увеличение и диверсификация самих инвестиций.

— В чем, по Вашему мнению, состоят наиболее характерные особенности инвестиционных споров?

— Инвестиционные споры характеризуются участием в них особого субъекта — государства, что во многом предопределяет специфику таких споров. Поскольку речь идет об ответственности государства, то здесь проявляется общая характерная черта участия государства в определенной деятельности, когда в результате действий или бездействия конкретного государственного органа обязанности и ответственность возникают у государства в целом, в том числе и возможность обращения в итоге взыскания на имущество государства, которое необязательно должно находиться в ведении того государственного органа, который напрямую связан с конкретным проектом.

Один из возникающих в этой связи вопросов — иммунитет государства, хотя применительно к самому арбитражному разбирательству данная проблема, по нашей оценке, реального практического значения не имеет. Наибольшее практическое значение вопросы иммунитета государства и его собственности приобретают на стадии попыток принудительного исполнения арбитражного решения, вынесенного против государства. Опыт показывает, что реальное

исполнение такого решения при ссылке государства на иммунитет может потребовать значительных усилий и многих лет.

Порой задержка с исполнением решения может обернуться дополнительными потерями для государства, в том числе и с точки зрения его престижа. Ведь решения арбитражей по инвестиционным спорам получают международный резонанс, широко комментируются, оцениваются в русле подхода конкретного государства к иностранным инвестициям.

Проблема иммунитета государства от исполнения решения касается не только инвестиционных споров. Она носит более общий характер. Тем не менее, названная проблема затрагивает напрямую и рассматриваемую категорию споров и продолжает сохранять немалую актуальность.

Наблюдается порой уклонение некоторых государств от участия в арбитраже. С учетом состязательности процесса такая линия поведения не способствует эффективной защите интересов стороны, в данном случае государства. Кроме того, подобная тактика трудно согласуется с принятыми на себя государством обязательствами в соответствующем международном договоре касательно порядка разрешения инвестиционных споров.

На практике государства, к которым предъявляются иски иностранными инвесторами, не всегда достаточно оперативно реагируют с точки зрения выдерживания сроков для избрания арбитра, представления позиции по делу, назначения своих квалифицированных юридических представителей, уплаты своей части аванса арбитражного сбора и т. п. Выработка позиции государством по тем или иным вопросам, возникающим в ходе арбитражной процедуры, занимает, как показывает опыт, более продолжительное время, чем в разбирательствах по обычным коммерческим спорам с участием частных лиц. Это приходится учитывать арбитражным органам и арбитрам, рассматривающим инвестиционный спор, в том числе при установлении тех или иных процессуальных сроков, а также может сказываться на общей продолжительности урегулирования спора.

Отмеченные обстоятельства косвенно свидетельствуют об отсутствии в отдельных государствах с переходной экономикой в полной мере отлаженного механизма участия в инвестиционных спорах.

Очевидно, что государственные решения в сфере, затрагивающей капиталовложения из-за рубежа, должны сопровождаться предварительной квалифицированной экспертизой на предмет соответствия таких решений международным обязательствам, в том числе по договорам о защите инвестиций. Это может рассматриваться как одна из важных мер предупреждения возникновения инвестиционных споров.

— *В чем заключается предметная специфика инвестиционных споров?*

— Международные договоры о поощрении и взаимной защите капиталовложений, как правило, предусматривают выплату компенсации инвестору в случае национализации или экспроприации или принятия равносильных по последствиям мер; возмещение ему ущерба, понесенного в результате войны, гражданских беспорядков или иных подобных обстоятельств; беспрепятственный перевод инвестором за границу доходов и иных платежей в связи с капиталовложениями и т. д.

Перечисленные положения дают ориентировочное представление о характере споров между иностранным инвестором и государством, могущих быть переданными в международный арбитраж. Данные споры характеризуются

не только спецификой субъектного состава (истец — иностранное лицо, ответчик — государство), но и особенностями своего предмета (выход за рамки частноправовых отношений). Такие споры не носят гражданско-правового характера, а в основном касаются надлежащего выполнения государством своих обязательств по регулированию инвестиций, т. е. тех обязательств, которые носят публично-правовой характер. По нашей оценке, предметная специфика инвестиционных споров проявляется гораздо более отчетливо, чем их процессуальные особенности.

Предметная специфика инвестиционных споров предопределяет характер применимых к ним норм. Это прежде всего положения международных договоров о защите инвестиций и иные нормы международного права. Вместе с тем, нельзя полностью абстрагироваться от вопроса о надлежащем соблюдении инвестором национального права той страны, куда вкладываются капиталовложения, как условия предоставления защиты. К сожалению, этот важный аспект недостаточно четко отражен в некоторых действующих международных актах.

В реальности далеко не все возникающие при разрешении инвестиционных споров вопросы в должной степени и адекватно урегулированы международным правом. Это замечание касается как споров, связанных с соблюдением государством условий международных договоров о защите инвестиций, так и в еще большей мере споров из инвестиционных соглашений между государством и иностранным лицом. В последнем случае стремление отойти от возможных специфических особенностей того или иного национального права приводит к тому, что на подобные соглашения могут распространяться нормы международного права, которые по своей сути мало приспособлены для регулирования такого рода инвестиционных отношений.

Общий характер положений международных договоров о защите инвестиций, наличие определенной пробельности регулирования нередко затрудняет предсказуемость исхода того или иного конкретного спора. Та же причина ведет к повышению роли судебной и арбитражной практики применительно к данной категории дел. Для них также характерны ссылки на доктринальные источники, представление экспертных заключений.

Указанные весьма ярко выраженные особенности инвестиционных споров предполагают особую специализацию практикующих юристов, связанных с рассмотрением данной категории споров.

— Какие проблемные вопросы существуют в сфере инвестиционного арбитража?

— Применение арбитражными органами положений международных договоров о защите инвестиций приводит порой к результатам, которые вряд ли ожидали и предвидели разработчики таких норм, а также государства — участники этих договоров. В качестве лишь одного из примеров назовем вопрос о допустимости распространения норм названных договоров о режиме наибольшего благоприятствования на сферу процессуальных отношений. В практике известны случаи, когда арбитраж со ссылкой на подобные нормы в режиме наибольшего благоприятствования распространял на спор, начатый на основе условий об арбитраже конкретного международного договора, положения об арбитраже, содержащиеся в других международных договорах, заключенных тем же государством. Данный подход представляется весьма сомнительным с юридической точки зрения.

Льготный режим по международным договорам для вкладчиков капитала из-за границы может служить одним из побудительных стимулов для национальных предпринимателей использовать оболочку зарубежного юридического лица в целях формального попадания в категорию иностранного инвестора с вытекающими отсюда последствиями.

Да и сами иностранные инвесторы располагают и активно пользуются широкими возможностями структурировать свои инвестиции таким образом, чтобы на них распространялся правовой режим этого международного договора, который в наибольшей степени отвечает их интересам (явление, получившее наименование *treaty shopping*).

Множественность международных договоров, касающихся защиты инвестиций, различия в содержащихся в них положениях и их слабая согласованность между собой также дают возможность предъявления исков в различные юрисдикционные органы, создавая довольно острую проблему параллельных разбирательств (своего рода *forum shopping*).

Немало вопросов вызывает и приравнивание по условиям и порядку защиты частноправовых по своей истинной юридической природе обязательств государств по их соглашениям с частными инвесторами к режиму международных договоров, устанавливающих международно-правовые обязательства государств (так называемые *umbrella clauses*).

Вполне понятна и заслуживает поддержки отправная идея международных договоров о поощрении и защите иностранных инвестиций, выраженная уже в самом их названии. Вместе с тем существует вопрос, насколько данные договоры обеспечивают надлежащий баланс законных прав и интересов иностранного инвестора и государства, в задачи которого входит не только поощрение и защита капиталовложений, но и их регулирование. Надлежит признать, что отсутствие такого тщательно выверенного баланса составляет на нынешнем этапе одну из существенных проблем действующего регулирования.

Личный опыт, выступавшего в качестве арбитра в нескольких инвестиционных спорах с участием ряда государств с переходной экономикой, свидетельствует, что было бы неверным представлять себе черно-белую картину: хороший инвестор и плохое государство. Встречаются не только инвесторы, которым должна быть предоставлена реальная защита, но и такие инвесторы, от которых требуется защищать уже государство. Нередко имеют место попытки неуспешного инвестора переложить ответственность за собственные упущения на государство.

— Как Вы оцениваете перспективы инвестиционного арбитража?

— Рискну предположить, что тенденция к росту количества инвестиционных споров в обозримой перспективе сохранится. Во всяком случае они будут продолжать оставаться заметным явлением. На нынешнем этапе передача такого спора в международный арбитраж чаще всего означает, что надлежащие отношения между государством и иностранным инвестором не сложились и последний вряд ли будет продолжать свою деятельность в данном государстве по крайней мере в ранее избранной области. Надеюсь, что со временем к этим спорам перестанут относиться как к чему-то экстраординарному и они будут рассматриваться как достаточно обычный способ разрешения разногласий.

— Уважаемый Иван Семенович, благодарим Вас за интересную беседу.