

О. Г. ХРИМЛІ

Олександр Геннадійович Хрімлі, кандидат юридичних наук, докторант Інституту економіко-правових досліджень НАН України

ТЕОРЕТИЧНІ ПИТАННЯ ЩОДО ВИРІШЕННЯ СПОРІВ В ІНВЕСТИЦІЙНОМУ МІЖНАРОДНОМУ АРБІТРАЖІ

Проблематиці інвестиційного міжнародного арбітражу присвячені публікації українських та зарубіжних науковців і практиків, таких як: С. А. Войтович, М. М. Мальський, Т. В. Сліпачук, Ю. С. Черних, Д. І. Грищенко, А. Г. Алексєєв, О. В. Шевчук, А. В. Силич, Р. Дольцер, К. Шроер, Р. Д. Бішоп, Д. Кройфорд, Н. Рубінс, Н. Кінзелла, Т. Вайлер, Гус Ван Гартен, М. Сорнарайях, Л. Рід, Я. Паулссон, Н. Блекєбі, Ж-К. Хонлет, Д. Борг, З. Дуглас. Разом із тим, теоретичним питанням захисту прав інвесторів за допомогою інституту інвестиційного міжнародного арбітражу, незважаючи на зростаючу кількість науково-правових публікацій з даної проблематики, приділяється недостатня увага, тому має місце низка невирішених проблем теоретико-правового характеру.

Мета цієї статті – виокремити та проаналізувати існуючі теоретико-правові проблеми, що існують при вирішенні інвестиційних спорів, за допомогою інституту інвестиційного міжнародного арбітражу.

Однією з теоретико-правових проблем є те, що в рамках інституту інвестиційного міжнародного арбітражу публічно-правові та приватноправові підходи конкурують між собою. «Протилежність принципів установок, що лежать в основі цих підходів, породжує значну частину фундаментальної критики щодо структури, функціонування та загальної спрямованості всієї системи міжнародно-правового захисту інвестицій»¹. Інвестиційний міжнародний арбітраж бере свій початок із джерел міжнародного комерційного арбітражу, а тому успадкував більшість рис останнього. Водночас особливий статус такого відповідача, як держава, передбачає наявність специфіки. Тому потребують порівняння інституту міжнародного комерційного арбітражу й інвестиційного міжнародного арбітражу.

Інвестиційний міжнародний арбітраж являє собою механізм вирішення спорів між іноземними інвесторами і державними органами, який дозволяє інвесторам вимагати компенсацію за порушення їх законних прав й робити це поза судовою системою якої-небудь з держав. Арбітри в таких справах вибираються самими сторонами спеціально для кожного процесу або призначаються однією з міжнародних організацій, що надають послуги в цій сфері. Міжнародний арбітраж у комерційних спорах між суб'єктами господарювання застосовується вже давно і має правову основу як в законодавстві переважної більшості держав, так і в міжнародному праві.

Ю. С. Черних зазначає, що «інвестиційний арбітраж через особливий статус відповідача (держави – суб'єкта владних повноважень) запозичив певні елементи міжнародного публічного права, які відображаються, з одного боку, в особливому приватно-публічному механізмі формування арбітражної угоди та певному обмеженні принципу конфіденційності. З іншого боку, певні доктрини міжнародного публічного права знаходять свій перегляд з точки зору приватноправових принципів, що передусім виражається в можливості віднесення контрактних зобов'язань держави до міжнародних на підставі «парасолькової клаузули» та зумовлює відповідальність держави за приватноправові зобов'язання на міжнародному рівні (і, як наслідок, компетенцію міжнародних інвестиційних арбітражів у спорах, що, передусім впливають з приватноправових зобов'язань). Внаслідок постійно зростаючої кількості справ в інвестиційному арбітражі та суперечливості вже ухвалених арбітражних рішень, з'ясування кожної з вказаних вище проблем потребує подальшого детального дослідження на науковому рівні. Саме чітке наукове з'ясування приватно-публічної основи інвестиційного арбітражу зніме невизначеність на практиці та слугуватиме належним орієнтиром для України в погодженні та підписанні нових двосторонніх угод про захист інвестицій»².

Аналіз свідчить, що інвестиційний міжнародний арбітраж і міжнародний комерційний арбітраж мають як подібності, так і відмінності. «Подібність процедур стосується порушення провадження приватною особою і застосованих процесуальних правил, які були або безпосередньо запозичені з комерційних арбітражних механізмів, або створювалися за їх зразком, а також того, що стосується приведення арбітражних рішень у виконання. Разом з тим, істотні відмінності, порівняно з міжнародним комерційним арбітражем, існують з точки зору предмета розгляду, виду правових відносин сторін, правової природи відповідних зобов'язань, а також характеру і обсягу підпорядкування приймаючої держави арбітражної процедури»³.

Відмінності інститутів міжнародного комерційного арбітражу й інвестиційного міжнародного арбітражу наглядно проявляються при підготовці арбітражної угоди. Діяльність міжнародного комерційного арбітражу базується на договірній основі між сторонами, а саме: сторони домовляються про певний арбітражний орган або *ad hoc* арбітраж для вирішення спору. Процедура підготовки арбітражної угоди в інвестиційному міжнародному арбітражу відбувається інакше. Можливість звернення до інвестиційного міжнародного

арбітражу для вирішення інвестиційного спору міститься в двосторонніх або багатосторонніх угодах про захист інвестицій. Україна є членом багатьох міжнародно-правових договорів, у тому числі у сфері захисту і сприяння інвестицій, які на сьогодні підписані й набули чинності. Кожна з таких угод містить положення про порядок вирішення інвестиційних спорів між державою та інвестором іншої країни. Коли держава порушує умови контракту з іноземним інвестором, він, як правило, має можливість здійснити захист своїх прав як за контрактом, так і за інвестиційною угодою між державами. «Іншими словами оферта держави щодо способу вирішення інвестиційного спору міститься в джерелі міжнародного публічного права. Ця оферта є, як правило, безумовною. Проте поодинокі угоди містять певні умови, як-то: вичерпання національних засобів захисту або виключення певної категорії спорів тощо»⁴.

Також доцільно зазначити, що інвестиційний міжнародний арбітраж регулює спір за участю іноземного інвестора, який, як правило, знаходиться в більш невідгданому становищі. Тому в рамках інвестиційного міжнародного арбітражу створено систему захисту іноземних інвесторів, які знаходяться в більш невідгданому становищі в силу їх недостатнього знання й інтегрованості в чужі політичну, правову, соціальну, економічну, інституційну системи. У міжнародному комерційному арбітражі діє система вирішення спорів між імовірно рівними сторонами. Таким чином правові підходи, які застосовуються до розгляду справ міжнародним комерційним арбітражем, непридатні для інвестиційного міжнародного арбітражу.

Проведений аналіз дає змогу виділити аспекти, що підтверджують комплексний характер інвестиційних спорів, які може розглядати інвестиційний міжнародний арбітраж: а) сторонами в спорі виступають держава, яка приймає інвестиції та іноземний інвестор; б) причиною виникнення спору може бути як порушення національного права, так і порушення міжнародного договору; в) для вирішення спору може застосовуватися як національне право держави, яка приймає інвестиції, так і норми міжнародного права.

Все вищезгадане допомагає дійти висновку, що інвестиційний міжнародний арбітраж є комплексним правовим інститутом, який включає в себе як публічно-правові, так і приватноправові основи. «Подібна публічно-приватна основа інвестиційного арбітражу відображає еволюцію міжнародних механізмів захисту інвестицій»⁵.

Ще одною теоретико-правовою проблематикою, яка потребує більш досконалого дослідження, є механізм виконання рішень інвестиційного міжнародного арбітражу. «Багатостороннє регулювання інвестиційних правовідносин неможливе без системи постійних міжнародних інституцій, адже формальне закріплення договірних норм потребує забезпечення виконання цих норм, що, враховуючи суб'єктний склад інвестиційних правовідносин, можливо виключно через міжнародні організації»⁶.

Як було зазначено вище, міжнародні інвестиційні спори відрізняються змішаним суб'єктним складом, а саме: позивачем виступає іноземний інвестор, а відповідачем – держава, яка приймає інвестиції. Тобто, держава зобов'язана виконувати рішення інвестиційного міжнародного арбітражу відповідно до міжнародного договірної права, а іноземний інвестор згідно з угодою про передачу спору в міжнародний інвестиційний арбітраж. «Отже, всі надії щодо виконання рішення покладаються на державу-учасницю Конвенції, фізичною або юридичною особою якою є іноземний інвестор. Конвенція накладає обов'язки на всі держави-учасники (в тому числі ті, які не є сторонами в суперечці) по виконанню арбітражних рішень на їх території»⁷.

У Вашингтонській Конвенції «Про порядок вирішення інвестиційних спорів між державами та іноземними особами» 1965 р.⁸ вказано, що кожна Договірна держава визнає рішення Арбітражу, яке прийняте згідно з цією Конвенцією в якості зобов'язуючого та яке забезпечує виконання грошових зобов'язань, покладених рішенням Арбітражу, в межах своєї території, так якби це було остаточне рішення судового органу цієї держави. «Не дивлячись на однозначність положень статті, не завжди вдавалось забезпечити виконання рішень інвестиційного міжнародного арбітражу на її основі. Прикладом такого невиконання є справа *Liberian Eastern Timber Corp.* проти Республіки Ліберія, коли Ліберія (не зважаючи на членство у Конвенції) відмовилась визнавати рішення, винесене інвестиційним міжнародним арбітражем»⁹. «Низка держав, в тому числі США, стали ставити під сумнів сам зміст інвестиційних угод і встановлених в них механізмів врегулювання спорів. Вони виступають за їх часткову модифікацію в бік встановлення більш широких можливостей для державного втручання»^{10,11,12}. Прикладом недосконалості механізму виконання рішень інвестиційного міжнародного арбітражу є ситуація, яка виникла щодо виконання рішення 1980 р., яке винесено на користь компанії «*Benvenuti and Bonfant*». Іноземний інвестор негайно звернувся з проханням про приведення рішення до виконання на території Франції. Голова Паризького суду першої інстанції визнав рішення інвестиційного міжнародного арбітражу із застереженням: «Ніякий захід не може бути зроблено, згідно з цим рішенням, щодо будь-якого майна, розташованого на території Франції, без нашого попереднього повноваження». Апеляційний суд постановив, що рішення інвестиційного міжнародного арбітражу має бути визнано відповідно до ст. 54 Конвенції без будь-якої застереження. Але разом із тим суд також звернув увагу на те, що визнання рішення і приведення його у виконання – дві різні стадії. «Визнання рішення не є само по собі заходом щодо його виконання, воно лише передує йому»¹³. Таким чином іноземний інвестор може зіткнутися з імунітетом держави, який визнається у відношенні виконання рішень відповідно до ст. 55 Вашингтонської конвенції. «Конвенція не виключає застосування національних правових теорій про імунітет держави, що може перешкоджати виконанню рішень інвестиційного міжнародного арбітражу, винесених проти держав»¹⁴.

Ознаки кризи у питанні виконання рішень інвестиційного міжнародного арбітражу вбачаються, наприклад, у виході ряду латиноамериканських держав з укладених ними угод про захист інвестицій і з Ва-

шингтонської Конвенції. Наприклад, Болівія денонсувала Вашингтонську Конвенцію¹⁵. Парламент Еквадору 12 червня 2009 р. також прийняв рішення про денонсацію Вашингтонської Конвенції. У свою чергу, 30 квітня 2008 р. Венесуела повідомила Нідерландам про свій намір до 1 листопада 2008 р. припинити дію двосторонньої угоди про захист інвестицій між Венесуелою і Нідерландами¹⁶.

Текст Конвенції свідчить про таке: якщо держава погодилася передати спір до інвестиційного арбітражу, то вона взяла на себе й обов'язки виконувати прийняте арбітражне рішення. Невиконання рішень Міжнародного центру з вирішення інвестиційних спорів може бути підставою для повторного звернення до цієї інституції.

Перешкодою для виконання рішень інвестиційного міжнародного арбітражу є також неможливість апеляційного провадження щодо рішення інвестиційного міжнародного арбітражу й у більшості випадків, відсутність обов'язковості попередніх судових процесів у національних судових органів. Для вирішення цієї проблеми доцільно передбачити, що послідовність звернення до різних форм захисту прав інвесторів є строго визначеною. Наприклад, звернення до інвестиційного міжнародного арбітражу здійснюється тільки після вичерпання можливостей національного арбітражного та/або судового захисту. Для удосконалення механізму виконання рішень інвестиційного міжнародного арбітражу О. М. Костилев пропонує укладання нових багатосторонніх угод¹⁷.

Р. А. Джабраїлов зазначає, що творці системи з виконання рішень інвестиційного міжнародного арбітражу прагнули до заснування «автономної» системи, яка вільна від контролю національних судів. Однак повною мірою це їм не вдалося, оскільки виконання рішень відповідно до Вашингтонської конвенції здійснюється національними судами відповідно до національного права¹⁸.

В Україні нормативно-правовим актом, що регулює порядок виконання рішень суду, арбітражу є Закон України «Про виконавче провадження»¹⁹, який набуває чинності з 5 жовтня 2016 року. Відповідно до ст. 1 Закону України «Про виконавче провадження» виконавче провадження визначається як завершальна стадія судового провадження. Тобто, без можливості виконати рішення суду втрачається сенс судового розгляду спорів. Головна особливість рішень інвестиційного міжнародного арбітражу: якщо боржником є держава, то на практиці дуже важко виконати це рішення, оскільки саме держава має всі важелі впливу. Згідно зі ст. 78 Закону України «Про виконавче провадження» рішення іноземних судів (судів іноземної держави, інших компетентних органів іноземних держав, до компетенції яких належить розгляд цивільних чи господарських справ, іноземних чи міжнародних арбітражів) визнаються та виконуються в Україні відповідно до міжнародних договорів України, цього та інших законів України, якщо визнання та виконання таких рішень передбачено міжнародними договорами України або за принципом взаємності. Проте ця норма права є декларативною й відсильною, що не дає змоги належним чином забезпечити виконання рішення інвестиційного міжнародного арбітражу. З цих причин механізм виконання рішень і надалі залишатиметься не прозорим, не передбачуваним та таким, що не враховує належною мірою інтереси сторін.

Все вищезазначене дає підстави стверджувати, що механізм виконання рішень інвестиційного міжнародного арбітражу, який передбачено Вашингтонською Конвенцією, є недостатньо ефективним та таким, що потребує модернізації для усунення теоретичних недоробок і проблем, що виявлено в процесі практичної реалізації встановленого механізму виконання рішень інвестиційного міжнародного арбітражу.

Підбиваючи підсумки, доцільно зазначити наступне:

1. Інвестиційний міжнародний арбітраж є комплексним правовим інститутом, який включає в себе як публічно-правові, так і приватноправові основи.

2. Перешкодою для виконання рішень інвестиційного міжнародного арбітражу є неможливість апеляційного провадження щодо рішення інвестиційного міжнародного арбітражу й у більшості випадків, відсутність обов'язковості попередніх судових процесів у національних судових органів. Для вирішення цієї проблеми запропоновано законодавчо визначити послідовність звернення до різних форм захисту прав інвесторів, а саме: звернення до інвестиційного міжнародного арбітражу здійснюється тільки після вичерпання можливостей національного арбітражного та/або судового захисту.

¹ Штефан В. Шилл. Международное право защиты инвестиций и сравнительное публичное право: основания и методы публично-правовой модели инвестиционной арбитражного судопроизводства / Штефан В. Шилл : [Електронний ресурс]. – Режим доступу : http://dpp.mpil.de/01_2012/01_2012_71_123.pdf

² Черних Ю. С. Інвестиційний арбітраж: на перетині міжнародно-правового публічного та приватного регулювання / Ю. С. Черних // Приватне право і підприємництво. – К. : НДІ приватного права і підприємництва АПН України / Науково-дослідний інститут приватного права і підприємництва, 2009. – Вип. 8. – С. 187–189.

³ Van Harten Gus and Loughlin Martin. Investment Treaty Arbitration as a Species of Global Administrative Law // European Journal of International Law. – 2006. – № 17 (1). – P. 121–150.

⁴ The New World of Unilateral Offers to Arbitrate: Investment Arbitration and EC Merger Control by Gordon Blanke and Borzu Sabahi // The International Journal of Arbitration: Mediation and Dispute Management. – 2008. – Vol. 74. – August. – № 3. – P. 211–224.

⁵ Рибій О. В. Міжнародно-правове регулювання інвестиційної діяльності: теорія та практика : автореф. дис. ... канд. юрид. наук : спец. 12.00.11 / Р. В. Рибій. – К., 2008. – 21 с.

⁶ Костилев О. М. Багатостороння система інвестиційних спорів як інституціонально-правовий механізм захисту іноземних інвестицій / О. М. Костилев // Вісник Маріупольського державного університету. – 2013. – Вип. 5. – С. 211–215. – (Серія «Право»).

⁷ Джабраїлов Р. А. Правовые проблемы признания исполнения международных арбитражных решений по инвестиционным спорам / Р. А. Джабраїлов // Форум права. – 2008. – № 3. – С. 122–127.

⁸ Про порядок вирішення інвестиційних спорів між державами та іноземними особами : конвенція від 18 травня 1965 р. : [Електронний ресурс]. – Режим доступу: http://zakon3.rada.gov.ua/laws/show/995_060

⁹ Доронина Н. Г. Правовое регулирование иностранных инвестиций в России и за рубежом / Н. Г. Доронина, Н. Г. Семилютина. – М. : Финстатинформ, 1993. – 128 с.

¹⁰ Gagné G. The Evolving American Policy on Investment Protection: Evidence from Recent FTAs and the 2004 Model BIT / G. Gagné, J.-F. Morin // Journal of International Economic Law. – 2006. – № 9. – P. 357–382.

¹¹ Schwebel S. The United States 2004 Model Bilateral Investment Treaty: An Exercise in the Regressive Development of International Law, in G. Aksen et al., eds, Reflections on International Law, Commerce and Dispute Resolution, Liber Americorum in honour of Robert Briner, Paris: International Chamber of Commerce, 2005. – 815 p.

¹² Kantor M. The New Draft Model U.S. BIT: Noteworthy Development / M. Kantor // Journal of International Arbitration (July–August 2004).

¹³ Delaume G. R. ICSID Arbitration and the Courts / G. R. Delaume // American Journal of International Law. – 1983. – Vol. 77. – P. 784–800.

¹⁴ Toope S. J. Mixed International Arbitration: studies in arbitration between states and private persons / S. J. Toope. – Cambridge, 1990. – P. 248–249.

¹⁵ Боливия денонсировала ICSID-Конвенцию к 3.11.2007 // Bolivia Denounces ICSID Convention, ILM 46 (2007).

¹⁶ L. E. Peterson (Hrsg.), Investment Arbitration Reporter, 16.5.2008 : [Електронний ресурс]. – Режим доступу : <http://www.iareporter.com/Archive/IAR-05-16-08.pdf>

¹⁷ Костилев О. М. Вказана праця. – С. 213.

¹⁸ Джабраїлов Р. А. Вказана праця. – С. 125.

¹⁹ Про виконавче провадження : Закон України від 2 червня 2016 р. № 1404-VIII // Офіційний вісник України. – 2016. – № 53. – С. 36. – Ст. 1852.

Резюме

Хримлі О. Г. Теоретичні питання щодо вирішення спорів в інвестиційному міжнародному арбітражі.

У статті проаналізовано теоретико-правові проблеми, що існують при вирішенні інвестиційних спорів за допомогою інституту інвестиційного міжнародного арбітражу. Автором виявлено, що інвестиційний міжнародний арбітраж і міжнародний комерційний арбітраж мають як подібності, так й відмінності. У статті виділено аспекти, що підтверджують комплексний характер інвестиційних спорів, які може розглядати інвестиційний міжнародний арбітраж. Автор дійшов висновку, що інвестиційний міжнародний арбітраж включає в себе як публічно-правові, так і приватноправові основи, а механізм виконання його рішень потребує вдосконалення.

Ключові слова: теоретико-правові проблеми, інвестиційний міжнародний арбітраж, міжнародний комерційний арбітраж, інвестиційні спори, публічно-правові основи, приватно-правові основи.

Резюме

Хримли А. Г. Теоретические вопросы разрешения споров в инвестиционном международном арбитраже.

В статье проанализированы теоретико-правовые проблемы, существующие при решении инвестиционных споров с помощью института инвестиционного международного арбитража. Автором выявлено, что инвестиционный международный арбитраж и международный коммерческий арбитраж имеют как сходства, так и различия. В статье выделены аспекты, подтверждающие комплексный характер инвестиционных споров, которые может рассматривать инвестиционный международный арбитраж. Автор пришел к выводу, что инвестиционный международный арбитраж включает в себя как публично-правовые так и частноправовые основы, а механизм выполнения его решений нуждается в совершенствовании.

Ключевые слова: теоретико-правовые проблемы, инвестиционный международный арбитраж, международный коммерческий арбитраж, инвестиционные споры, публично-правовые основы, приватно-правовые основы.

Summary

Khrimli O. Theoretical issues of dispute resolution in international arbitration investment.

In the article the theoretical and legal problems that exist at the decision of investment disputes by means of investment institute international arbitration. The author detected that investment international arbitration and international commercial arbitration have as a similarities as differences. In the article allocated to the aspects which confirm the complex nature of investment disputes that can consider international arbitration investment. The author concludes that the investment international arbitration includes both public law and private law framework, and the implementation of its decisions the mechanism needs to be improved.

Key words: theoretical and legal problems, investment international arbitration, international commercial arbitration, investment disputes, public-legal basis, private-law basis.