

## ІНВЕСТИЦІЙНИЙ АРБІТРАЖ: НА ПЕРЕТИНІ МІЖНАРОДНО-ПРАВОВОГО ПУБЛІЧНОГО ТА ПРИВАТНОГО РЕГУЛЮВАННЯ

Черних Ю. С.,

*здобувач відділу міжнародного  
приватного права та порівняльного правознавства  
НДІ приватного права і підприємництва АПР України*

Інвестиційний арбітраж внаслідок певних міжнародних економічних процесів став достатньо «популярним» способом розв'язання спорів іноземним інвестором та державою-реципієнтом інвестиції. Ці спори, як правило, стосуються вимог інвесторів щодо отримання ними значної компенсації за порушення державою двосторонніх або багатосторонніх угод про захист інвестицій (у даній статті використовується словосполучення «двосторонні угоди про захист інвестицій» на позначення усіх двосторонніх угод, що стосуються захисту інвестицій, помри різноманітність назв, що вони можуть мати). Найчастіше державу звинувачують у незаконній експропріації, порушенні стандарту рівного та справедливого ставлення до інвестицій тощо. Інвестиційні спори можуть розглядатися в Міжнародному центрі з вирішення інвестиційних спорів (ІКСІД), *ad hoc* арбітражах за регламентом ЮНСІТРАЛ, в Арбітражному інституті Стокгольмської торгової палати, Міжнародній торговій палаті тощо. Україну не минула зазначена тенденція, і хоча загальнодоступної статистики усіх справ проти України в різних арбітражних органах немає, відомо, що лише за останні десять років в ІКСІД і було зареєстровано 9 справ проти України (за офіційним сайтом ІКСІДу станом на 14 квітня 2009 р.).

В Україні загальній проблематиці інвестиційного арбітражу присвячені лише окремі публікації (С. А. Войтович, М. М. Мальський, Т. В. Сліпачук), а також праці, що носять передусім практичний характер («Міжнародний центр по урегулюванню инвестиционных спорів (ІКСІД): Некоторые вопросы юрисдикции и арбитражного производства», 2005 р. – коментар, створений юристами-практиками С. Войтовичем, Д. Грищенко, А. Алексеевим, О. Шевчуком, які тривалий час успішно представляють інтереси держави України в інвестиційному арбітражі). Водночас, на заході інвестиційний арбітраж став предметом дослідження багатьох авторів (Р. Дольцер, К. Шроер, Р. Д. Бішоп, Д. Кройфорд, Н. Рубінс, Н. Кінзела, Т. Вайлер, Гус Ван Гартен, М. Сорнарайях, Л. Рід, Я. Паулссон, Н. Блекебі, Ж.-К. Хонлет, Д. Борг, З. Дуглас). Щоправда, лише окремі автори, зокрема, професор Національного Університету Сингапуру М. Сорнарайях та професор Віденського університету Кристоф Шроер аналізують проблематику публічно-приватної природи інвестиційного арбітражу, причому здебільшого у контексті приватно-правового механізму формування арбітражної угоди.

Інвестиційний арбітраж бере свій початок з джерел міжнародного комерційного арбітражу (інституту міжнародного приватного права), а тому успадкував більшість рис останнього, але водночас особливий статус відповідача (публічна особа – держава) зумовив наявність певних специфічних ознак і елементів саме міжнародного публічного права. В рамках інвестиційного арбітражу дуже часто здійснюється перегляд публічно-

правових доктрин з точки зору приватноправових принципів договірної права. Такий гібрид здійснення прав та обов'язків ставить нові питання перед наукою та практикою.

Ця стаття має на меті окреслити основні проблемні моменти в інвестиційному арбітражі, які знаходяться на межі міжнародного приватноправового та публічно-правового регулювання. Такими проблемними моментами є, зокрема, приватно-публічний механізм формування арбітражної угоди, можливість віднесення контрактних зобов'язань держави до зобов'язань на підставі двоісторонніх угод про захист інвестицій (так звана «парасолькова клаузула» або *umbrella clause*), а також певне обмеження принципу конфіденційності в інвестиційному арбітражі.

### Приватно-публічний механізм формування арбітражної угоди

Як відомо, міжнародний комерційний арбітраж традиційно базується на договірній основі: сторони домовляються про певний арбітражним інституційний орган або *ad hoc* арбітраж для розв'язання спору, що виник, або такого, що можливо виникне у майбутньому. Така домовленість, як правило, фіксується в арбітражному застереженні або в окремій арбітражній угоді.

Формування арбітражної угоди в інвестиційному арбітражі відбувається дещо іншим чином. Пропозиція на звернення до певного арбітражного органу для розв'язання інвестиційного спору міститься в двосторонніх або багатосторонніх угодах про захист інвестицій, укладених на міждержавному рівні. Коли державна компанія порушує умови контракту з іноземним інвестором або коли держава – реципієнт інвестиції порушує договірні передумови контракту, який підписано з іноземним інвестором, інвестори, як правило, мають можливість здійснити захист своїх прав як за контрактом, так і за інвестиційною угодою між державами. Іншими словами оферта держави щодо способу розв'язання 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 [1]. При цьому об'єм оферти держави підлягає тлумаченню згідно з Віденською конвенцією про право міжнародних договорів 1969 р. (ст. 31).

Акцепт оферти держави відбувається конклюдентними діями конкретного інвестора, який звертається до певного арбітражного органу. Саме через відсутність традиційної для міжнародного комерційного арбітражу договірної основи інвестиційний арбітраж інколи ще називається *арбітраж без договору* (уперше термін запропонував Президент Лондонського Міжнародного Арбітражного Суду Я. Паулссон) [2].

Подібна публічно-приватна основа інвестиційного арбітражу відображає еволюцію міжнародних механізмів

захисту інвестицій. Саме після Другої світової війни постала потреба в розбудові зруйнованих економік, зробити це було можливо виключно через заохочення іноземних приватних інвестицій. Зрозуміло, що інвестори потребували додаткових гарантій, включаючи гарантії щодо можливості розв'язання спорів в незаангажованих міжнародних органах. Саме двосторонні угоди про захист інвестицій пропонували такі механізми вирішення спорів.

З часів першої угоди 1959 р. (між Німеччиною та Пакистаном) дотепер кількість двосторонніх угод про захист інвестицій стрімко зростає і становить близько 2500, кожна з цих угод містить згоду держави на передання спору до певних арбітражних органів. До часів перших двосторонніх угод про захист інвестицій інвестор міг захищати свої права хіба що у національних судах. Право на звернення до міжнародних судових органів виникало виключно у разі вичерпання усіх засобів національного захисту [3]. Окрім двосторонніх угод про захист інвестицій, особливе значення у розвитку інвестиційного арбітражу мало також створення Міжнародного центру з вирішення інвестиційних спорів (ІКСІД), що завершилось із набуттям чинності Конвенції про вирішення інвестиційних спорів між державою та іноземними особами (Вашингтонська конвенція) у 1966 р. Спочатку ІКСІД користувався особливою популярністю. Проте із часом кількість справ ІКСІДі, а також в інших арбітражних органах, суттєво зростає.

#### **Віднесення контрактних зобов'язань держави до зобов'язань на підставі двосторонніх угод про захист інвестицій**

Найчастіше іноземний інвестор звертається до інвестиційного арбітражу через порушення державою стандартів двосторонніх угод про захист інвестицій, а саме через пряму та непряму експропріацію та відсутність рівного та справедливого ставлення до інвестицій. Тобто через порушення міжнародних зобов'язань держави. Водночас за певних умов інвестиційні арбітражі можуть розглядати спори, що виникають з порушенням державою окремих контрактів з іноземним інвестором. Це відбувається через включення до двосторонніх угод про захист інвестицій положень про обов'язкове дотримання державою будь-яких контрактних зобов'язань перед іноземним інвестором, так званої «парасолькової клаузули» (*umbrella clause*).

У цілому, «парасолькова клаузула» може розглядатись як своєрідний міст між приватним контрактом, національним законодавством держави, що приймає інвестиції, та міжнародним публічним правом. Одним з основних ефектів цієї клаузули є розмивання кордону між міжнародним комерційним арбітражем та міжнародним інвестиційним арбітражем, що в свою чергу ставить, актуальне питання співвідношення компетенції узгодженого у договорі форуму та форуму, «запропонованого» у двохсторонніх угодах про захист інвестицій. З одного боку, арбітражне застереження контракту залишається дійсним, з іншого – арбітраж, вказаний у двосторонній угоді про захист інвестицій, може прийняти спір до розгляду, у разі обрання цього форуму інвестором та за умови, що спір базується на двосторонній угоді про захист інвестицій. Тривалий час розрізнення йшло у

співставленні так званого контрактного позову (*contract claim*) із позовом на підставі міжнародної угоди (*treaty claim*), що, в принципі, відображало роль держави відповідно як договірному партнера або регулятора договірних відносин. Якщо позивач при подачі позову спирався виключно на положення контракту та національного права, то позов вважався контрактним і, відповідно, арбітражне застереження у договорі мало пріоритет. Якщо позивач у позові вказував, що порушення контракту є одночасно порушенням міжнародного договору про захист інвестицій, то спір вважався таким, що впливає з міжнародного договору і, відповідно, інвестиційний арбітраж мав пріоритет. Хоча таке розділення і виглядало достатньо обґрунтованим у теорії арбітражного процесу, розділення на практиці викликало масу проблем (*SGS Société Générale de Surveillance-v-Philippines, SGS Société Générale de Surveillance-v-Pakistan*).

Майже 40 % з 2500 двосторонніх угод про захист інвестицій містять «парасолькову клаузулу», яка має різне формулювання та розташована в різних частинах двосторонніх угод. При найбільш широкому тлумаченні вона робить будь-яке порушення державою контрактних зобов'язань порушенням міжнародно-публічних зобов'язань за двосторонніми угодами про захист інвестицій та надає додатковий захист інвестору порівняно з традиційними міжнародними стандартами захисту інвестицій. При вузькому – «парасолькова клаузула» не має прямого імперативного застосування і лише відображає загальний режим сприяння інвестиціям.

Неоднозначність та невирішеність питання щодо правової природи «парасолькової клаузули» викликало певну тенденцію щодо обмеження об'єму «парасолькової клаузули» (модельний договір про захист інвестицій США 2004 р.) або навіть виключення «парасолькової клаузули» з переліку стандартів захисту інвестицій (Додаток 7 до Енергетичної Хартії щодо незастосування «парасолькової клаузули» щодо Австралії, Канади, Угорщини та Норвегії).

#### **Обмеження принципу конфіденційності**

Поза згаданим, ще однією особливістю інвестиційного арбітражу запозиченого з міжнародного публічного права, є наявність публічного інтересу і, як наслідок, обмеження принципу конфіденційності. Слід зазначити, що реалізація публічного інтересу в інвестиційному арбітражі є досить проблемним і наразі дискусійним питанням, оскільки запозичений із традицій міжнародного комерційного арбітражу принцип конфіденційності досі зберігає свій вплив.

При цьому певні елементи прозорості інвестиційного арбітражу (порушення принципу конфіденційності) все ж таки існують. Так, ІКСІД запровадив практику публікації короткої інформації про всі зареєстровані в Центрі справи, ІКСІД заохочує сторони надавати згоду на публікації арбітражних рішень. Цим же шляхом іде Постійний Арбітражний Суд в Гаазі, що виступає органом, уповноваженим призначати арбітрів в *ad hoc арбітражах*, за Арбітражними регламентами ЮНСІТРАЛ 1976 р., а також самостійно адмініструє справи.

Реалізація публічного інтересу також відображається в можливому допуску свідчень/висновків третіх осіб, які можуть виступати як *amicus curiae* («друзі суду»).

Участь *amicus curiae* було привнесено до інвестиційного арбітражу з американської правової традиції, що допускає участь неурядових організацій для захисту порушень, на їх думку, прав людини чи захист довкілля тощо.

Таким чином, інвестиційний арбітраж через особливий статус відповідача (держави – суб'єкта владних повноважень) запозичив певні елементи міжнародного публічного права, які відображаються перш за все 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 ви-

пливають 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.

#### СПИСОК ВИКОРИСТАНОЇ ЛІТЕРАТУРИ:

1. *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*. – Vol. 74. – 2008. – August. – № 3. – P. 211–224.
2. *Jan Paulsson Arbitration Without Privity*. – 10 ICSID Rev.-FILS 232 (1995).
3. *Affidavit of M.Somarajah in Council of Canadians, CUPV and the Charter Committee on Poverty Issues v. Canada* – P. 4 at [http://ita.law.uvic.ca/documents/somarajah\\_affidavit.pdf](http://ita.law.uvic.ca/documents/somarajah_affidavit.pdf).

## ПЕРСПЕКТИВИ ЗАПРОВАДЖЕННЯ ПРИМИРНОЇ ПРОЦЕДУРИ (МЕДІАЦІЇ) В УКРАЇНІ

Задорожна С. Ф.,

*молодший науковий співробітник відділу міжнародного приватного права і порівняльного правознавства НДІ приватного права і підприємництва АПРН України*

У той час як у світі спостерігається зростання зацікавленості учасників комерційних відносин до альтернативних способів вирішення спорів, сторони договорів, що укладаються в Україні за участю українських сторін, зазвичай розглядають дві можливості для вирішення спорів між собою: державний суд або третейський суд (у т. ч. міжнародний комерційний арбітраж). Якщо сума зовнішньоекономічного договору є незначною, такий договір може передбачати звернення до державного суду за вирішенням спорів, що виникають між сторонами. Це пояснюється здебільшого дешевизною судового розгляду в Україні. Зважаючи на складність виконання іноземних судових рішень в Україні, деякі юристи радять використовувати українські державні суди незалежно від суми договору. Зокрема, ч. 2 статті 4 Угоди про порядок вирішення спорів, пов'язаних із здійсненням господарської діяльності [1], надає можливість сторонам обрати державний суд, який буде здійснювати розгляд спору між сторонами.

Незважаючи на той факт, що більшість договорів містять положення, відповідно до якого усі спори мають вирішуватися шляхом переговорів, зазначене положення у більшості випадків є декларативним, і сторони звертаються безпосередньо до судового розгляду або передають спір на вирішення арбітражу залежно від того, який саме спосіб вирішення спорів передбачено угодою сторін.

Насправді значна кількість спорів перед тим, як передавати їх до суду чи арбітражу, могли б бути вирішені сторонами самостійно, якби вони дійсно вдавалися до намагань вирішити спір шляхом дружніх переговорів. Існує велика кількість причин того, що навіть при бажанні (принаймні на початковій стадії) сторін вирішити спір шляхом переговорів їм це не вдається. Найбільш поширеними причинами є: відсутність у осіб, за-

лучених до вирішення спору, відповідних повноважень; надання помічниками неповної або недостовірної інформації; неправильна оцінка суті справи та імовірності досягнення сприятливого результату.

Законодавство України на сьогодні містить норми щодо альтернативного вирішення спорів. Також питанням альтернативного вирішення спорів присвячено ряд наукових праць, в тому числі цим питанням почали присвячувати праці українські автори. Так, зокрема, даній проблематиці присвячена публікація Діани Проценко «Медіація в Україні зайшла, і це – факт. Тепер їй треба дати можливість проявитися» [2].

Розділ II Господарського процесуального кодексу України (далі – ГПК) [3] «Досудове врегулювання господарських спорів» передбачає, що сторони застосовують заходи досудового врегулювання господарського спору за домовленістю між собою. Порядок досудового врегулювання спорів визначається Господарським процесуальним кодексом України, якщо інший порядок не встановлено діючим на території України законодавством, яке регулює конкретний вид господарських відносин. Таким документом, що визначає правила досудового вирішення спорів, є Господарський кодекс України. Зокрема, стаття 222 «Досудовий порядок реалізації господарсько-правової відповідальності» [4] встановлює такі правила досудового вирішення спорів. Учасники господарських відносин, що порушили майнові права або законні інтереси інших суб'єктів, зобов'язані поновити їх, не чекаючи пред'явлення їм претензії чи звернення до суду. У разі необхідності відшкодування збитків або застосування інших санкцій, суб'єкт господарювання чи інша юридична особа – учасник господарських відносин, чий права або законні інтереси порушено, з метою безпосереднього врегулювання спо-