АПЕЛЛЯЦИОННЫЙ МЕХАНИЗМ В СИСТЕМЕ УРЕГУЛИРОВАНИЯ СПОРОВ МЕЖДУ ИНВЕСТОРОМ И ГОСУДАРСТВОМ

Харитонова Наталья Александровна

Всероссийская академия внешней торговли Минэкономразвития России, международно-правовой факультет, аспирант 1-го курса

По своей специфике арбитраж между инвестором и государством не дает возможности пересмотра правовых ошибок в вынесенных арбитражных решениях, что вызывает критические замечания в отношении существующей системы урегулирования споров между инвестором и государством. Создание апелляционного органа рассматривается как способ устранения несоответствий в толковании и применении сходных и идентичных норм права. Система регулирования споров между инвесторами и государством (УСИГ) находится в процессе развития, и опасения по поводу ее легитимности, эффективности и долгосрочной устойчивости могут поставить под угрозу ее будущее. В статье рассматривается эволюция подходов к реформе инвестиционного арбитража МЦУИС и Комиссии ООН по праву международной торговли (ЮНСИТРАЛ).

В статье представлен обзор факторов, вызвавших необходимость создания одной или нескольких апелляционных инстанций для пересмотра арбитражных решений на предмет ошибок в праве и фактах. Для многих сторонников апелляционного механизма, таких как ЕС, апелляционный пересмотр является лишь частью более широкого пакета реформ, которые должны быть введены для устранения критических замечаний в отношении нынешней системы.

Ключевые слова: апелляционный механизм, инвестиционный арбитраж, реформа системы урегулирования споров между инвестором и государством, МЦУИС, ЮНСИТРАЛ, УСИГ.

APPEALLATE MECHANISM IN THE SYSTEM OF SETTLEMENT OF DISPUTES BETWEEN INVESTOR AND STATE

Natalia A. KHARITONOVA
Russian Foreign Trade Academy
Ministry of economic development of the Russian Federation

By its very nature, investor-State arbitration does not allow review of legal errors in arbitral awards, which raises criticisms of the current investor-State dispute resolution system. The investor-State dispute resolution system (ISDS) is in the process of development and concerns about its legitimacy, effectiveness and long-term sustainability could jeopardize its future. The article examines the evolution of approaches to the reform of investment arbitration by ICSID and the United Nations Commission on International Trade Law (UNCITRAL).

The article provides an overview of the factors that have driven the pressure to create one or more appeals facilities to review arbitral awards for errors of law and fact. For many supporters of the appeals mechanism, like the EU, appellate review is only part of a broader package of reforms that ought to be introduced to address criticisms of the current system.

Keywords: appellate mechanism, investment arbitration, investor-State dispute resolution reform, ICDS, ICSID, UNCITRAL.

Механизм обжалования решений в сфере урегулирования споров между инвесторами и государством является предметом обсуждения более 25 лет. Широко обсуждаются реформы урегулирования споров между инвесторами и государством под эгидой Комиссии Организации Объединенных Наций по праву международной торговли (далее — ЮНСИТРАЛ). Это обсуждение началось в 2017 году, когда Рабочая группа III ЮНСИТРАЛ (далее — РГ III) начала свою работу по реформе системы урегулирования споров между инвесторами и государством (далее — УСИГ).

К числу вопросов, связанных с созданием системы апелляции, относятся:

- Характер и сфера действия (в частности, будет ли она охватывать правовые и фактические ошибки, а также расчет убытков).
- Принятый стандарт пересмотра, соотношение между первой инстанцией и апелляцией, как стороны инвестиционного договора относятся к апелляционному процессу, последствия апелляции.
- Исполнение решений по апелляциям, финансирование апелляционного механизма, а также влияние на стоимость и продолжительность процесса урегулирования спора.

В настоящей статье особое внимание будет уделено вопросу необходимости создания апелляционного механизма.

Апелляционный механизм будет органом, где постоянные судьи будут уполномочены пересматривать арбитражные решения по существу. Возможно, это обеспечит последовательность в применении определенных материальных норм в двусторонних инвестиционных договорах (далее — ДИД).

Причина реформ заключается в том, чтобы устранить некоторые из основных критических замечаний по поводу УСИГ — касательно продолжительности и стоимости арбитражного разбирательства. И то и другое ведет к неопределенности, которая, как правило, оказывает сдерживающее воздействие на инвестиции и торговлю.

Обсуждение в РГ III ЮНСИТРАЛ выявило наличие неясности между последовательностью, согласованностью, предсказуемостью и правильностью арбитражных решений, выносимых отдельными арбитражными трибуналами.

Стремясь улучшить привлекательность инвестиционного климата для инвесторов, Российская Федерация высказала соображения о целесообразности создания специализированных механизмов для разрешения отдельных категорий споров между инвесторами и государствами как на национальном, так и на международном уровне — например, для разрешения споров, возникающих на финансовых рынках [1].

На 36-й сессии РГ III, проходившей в Вене с 29 октября по 2 ноября 2018 года, было проведено различие между расхождением в решениях, которые могли быть пересмотрены, и разными толкованиями, которые не могли быть пересмотрены (например, противоречивые толкования одного и того же материально-правового стандарта в одном и том же договоре или одного и того же процессуального вопроса, особенно ког-

да факты были схожими) [2]. Рабочая группа пришла к выводу, что разработка реформ ЮНСИТРАЛ была желательна для решения проблем, связанных с «неоправданно непоследовательным толкованием положений инвестиционных договоров и других соответствующих принципов международного права» [3].

Мандат обсуждения РГ III ограничивается процедурными аспектами [4]. Рабочая группа III определила два направления реформы: (1) поэтапные реформы и (2) структурные реформы.

Поэтапные реформы включают в себя внесение небольших или умеренных корректировок в модель существующих ДИД. Структурные реформы, предложенные Рабочей группой III, состоят из двух нововведений: (1) апелляционный механизм и (2) многосторонний инвестиционный суд (далее — МИС).

Апелляционный механизм в инвестиционном арбитраже создается для выявления явных ошибок в толковании и применении договорного права, повышения согласованности и последовательности в системе УСИГ. Апелляционный механизм можно использовать тремя основными способами: для включения сторонами в инвестиционные договоры; для использования на разовой основе сторонами в споре и в качестве механизма, предоставляемого в соответствии с правилами учреждений, занимающихся УСИГ.

Положения об апелляционном механизме для инвестиционных споров впервые появились в США в 2004 году и нашли свое отражение в двусторонних инвестиционных договорах, которые, в свою очередь, берут начало в законодательстве США об Управлении содействия торговле 2002 г. Сегодня между государствами заключено более 3300 МИС (главным образом двусторонние инвестиционные договоры и соглашения о свободной торговле) [5]. Из них лишь около 25 содержат положения, предусматривающие возможность применения механизма обжалования или апелляции.

Интересный подход, устанавливающий многосторонний механизм, предлагают швейцарский ученый-юрист, специализирующаяся на международном частном праве и международном арбитраже Габриэль Кауфманн-Колер и юрист Микеле Потеста, специализирующийся на международном коммерческом и инвестиционном арбитраже, а также на международном публичном праве. Они утверждают, что Маврикийская конвенция о прозрачности [6] может быть моделью для более широкой

инвестиционной реформы. В соответствии с Маврикийской конвенцией о прозрачности государства соглашаются с тем, что Правила ЮНСИТРАЛ о прозрачности в контексте арбитражных разбирательств между инвесторами и государствами на основе международных договоров применяются к существующим инвестиционным договорам, участниками которых они являются. На основе этой концепции Г. Кауфманн-Колер и М. Потеста предлагают создать апелляционный механизм, которым стороны МИС смогут по договоренности воспользоваться при рассмотрении споров, возникающих в соответствии с их существующими МИС.

Другими словами, если инвестор решит обжаловать решение, то оно не подлежит аннулированию либо отмене в соответствии с Вашингтонской конвенцией 1965 года, а также не может быть отменено в месте его приведения в соответствии с Дополнительными правилами МЦУИС или Арбитражного регламента ЮНСИТРАЛ.

Основываясь на пункте 5 статьи 41 Правил Арбитражного регламента МЦУИС [7], апелляционный суд должен иметь возможность отклонить апелляцию, если очевидно, что апелляция явно необоснованная. Это положение было включено в недавно согласованные МИС, например, Соглашение о свободной торговле товарами между Евразийским экономическим союзом (ЕАЭС) и Республикой Сингапур [8].

Секретариат ЮНСИТРАЛ указывает, что создание апелляционного органа обеспечит процедурную и содержательную правильность решений, исправление ошибок в решениях трибуналов УСИГ, повысит последовательность, согласованность и предсказуемость решений, и поспособствует подотчетности и легитимности.

Рабочая группа, возможно, пожелает рассмотреть вопросы, поднятые на 38-й сессия РГ III, проходившей 20–24 января 2020 года в Вене [9], на которой обсуждалось, что предложение о создании механизма апелляции содержится в различных предложениях, представленных правительствами в ходе подготовки к обсуждениям в рамках третьего этапа мандата Рабочей группы (далее — Представления), подробно описываются элементы апелляционного механизма и включают следующие предложения:

- Должна и может ли ошибка в толковании закона или его применении являться основанием для апелляции.
- РГ III могла бы разработать процедурные правила для решений, направленных на исправление ошибок в решениях судов по УСИГ

первой инстанции, или же они должны распространяться на другие решения, например, решения по отводам и обеспечительным мерам.

- Повышение легитимности системы УСИГ поспособствовало бы приведению режима в соответствие с судебными механизмами, предусматривающими возможность обжалования решений судов первой инстанции в судебном порядке с целью устранения судебных ошибок и обеспечения последовательности и согласованности в судебные решения.
- Будут созданы условия, на которые проигравшая сторона в арбитраже будет полагаться, в отношении любого арбитража, проводимого во всем мире.
- Рассмотрение вопросов по методу отбора и назначения членов апелляционного механизма или коллегий.

Введение апелляционного механизма изменит баланс системы урегулирования споров в пользу государств и против инвесторов. Кроме того, может произойти фрагментация арбитражных режимов МЦУИС: арбитражи МЦУИС в некоторых случаях будут подчиняться этому механизму, а в остальных продолжат существовать без него. Применение механизма апелляции к арбитражным решениям МЦУИС может также повлиять на окончательность решений и привести к задержкам в их исполнении.

Во-вторых, апелляционный механизм может принимать и выносить ошибочные решения, которые по юридическим вопросам будут применяться на практике, но не будут урегулированы законом или в будущем закреплены в законодательстве.

В-третьих, АМ может фактически увеличить стоимость и продолжительность разбирательства. Добавление функции обжалования в УСМИГ будет автоматически означать, что споры будут более длительными и дорогостоящими как для государств, так и для инвесторов.

Идея создания МИС следует модели «многосторонности» процедур разрешения спора по существу, т. е. методу Вашингтонской конвенции [10]. Специалисты в сфере юриспруденции оценили эту модель как смелый шаг на пути развития реформы. Такая тактика оказалась, по словам Рудольфа Дольцера и Кристофера Шреэра, «самым смелым новаторским шагом в современной истории международного сотрудничества в отношении роли и защиты иностранных инвестиций» (перевод мой. — НХ) [11].

Юрисдикция МИС должна быть аналогична юрисдикции арбитражных судов по конкретному ДИД. Замена арбитров ad hoc постоянными судьями является одним из важнейших элементов изменения, предлагаемого для создания МИС. Это следует из убеждения, что предоставление сторонам спора права индивидуально выбирать арбитров может вызвать сомнения в объективности решения [12], а в дальнейшем приведет к отказу от системы вознаграждения судей.

Кроме того, утверждается, что создание постоянно действующего суда с апелляционным механизмом автоматически не увеличивает судебные издержки. Конкретное разграничение сроков рассмотрения дел в первой и второй инстанциях может привести к тому, что даже процедура разбирательства в двух инстанциях может быть более быстрым вариантом, чем арбитражное разбирательство в одной инстанции. Во-вторых, постоянно действующий суд может создать гораздо более предсказуемую судебную практику, чем арбитражные суды [13].

Эффективность МИС может зависеть от фактической способности инвесторов обеспечить выполнение решения МИС в отношении государства, которое не исполнило решение МИС.

Несомненно, создание МИС существенно изменило бы нынешнее положение «пользователей» УСИГ. Однако его создание не следует рассматривать как одностороннюю прогосударственную реформу. Кроме того, отсутствие требования об исчерпании внутренних средств правовой защиты, предусмотренного в большинстве ДИД, приведет к тому, что национальные суды не смогут рассмотреть некоторые вопросы до их оценки МИС, что также может создать напряженность между его судебной практикой и регулятивной компетенцией государств.

Таким образом, введение апелляционного механизма должно способствовать «балансу окончательности и правильности арбитражных решений». Создание механизма апелляции в режиме УСИГ могло бы устранить многие критические замечания в адрес нынешнего режима УСИГ. Он может: (1) обеспечить большую последовательность и предсказуемость решений; (2) улучшить право государства на толкование договора; (3) устранить опасения по поводу беспристрастности и независимости арбитров и (4) разрешить процессуальные вопросы, к примеру, как параллельное производство.

В конечном итоге процветание системы УСИГ зависит от ее пользователей. Государствам, участвующим в обсуждении создания МИС, следует

помнить, что пользователями системы будут инвесторы. Система МИС должна воздерживаться от чрезмерного ущемления прав инвесторов, а также от ущемления общего качества процедур УСИГ.

Список литературы

1. *Доронина Н.Г.* Порядок разрешения инвестиционных споров как фактор, улучшающий инвестиционный климат / Н.Г. Доронина, Н.Г. Семилютина // Вопросы международного частного, сравнительного и гражданского права, международного коммерческого арбитража: Liber Amicorum в честь А.А. Костина, О.Н. Зименковой, Н.Г. Елисеева / сост. и науч. ред.: С.Н. Лебедев, Е.В. Кабатова, А.И. Муранов, Е.В. Вершинина. — Москва: ООО «Издательство «СТАТУТ», 2013. — С. 113–143.
2. UN DOC A/CN.9/964 (6 ноября 2018), пар. 28.
3. UN DOC A/CN.9/964 (6 ноября 2018), пар. 40.
4. Langford, Potestà, Kaufmann-Kohler & Behn, supra n. 1, at 172.
5. International Investment Agreements: Not Fit for the 2030 Sustainable Development Agenda (2018). URL: https://www.cgdev.org/blog/international-investment-agreements-not-fit-2030-sustainable-development-agenda (дата обращения: 15.02.2023).
6. US Model Bilateral Investment Treaty (2012), URL: https://2009–2017.state.gov/documents/organization/188371.pdf (дата обращения: 26.01.2022).
7. Арбитражный регламент МЦУИС. URL: https://icsid.worldbank.org/services/arbitration/convention/process/manifest-lack-legal-merit (дата обращения: 25.12.2022).
8. European Union-Singapore FTA, signed on 19 October 2018, URL: https://ec.europa.eu/trade/policy/in-focus/eu-singapore-agreement/ (дата обращения: 14.01.2022).
9. 38-ая сессия 20–24 января 2020, Вена A/CN.9/WG.III/WP.169 — Отбор и назначение членов суда по УСИГ URL: http://undocs.org/ru/A/CN.9/WG.III/WP.169 (дата обращения: 25.02.2023).

10. Convention on the Settlement of Investment Disputes between States and Nationals of Other States signed on 18 March 1965, 575 UNTS 159.
11. *R. Dolzer, C. Schreuer.* Principles of International Investment Law, Oxford University Press, Oxford: 2008, p. 20.
12. European Commission, Government of Canada, supra note 35, para. 11. What is striking is that such an opinion was also expressed by some arbitrators, see J. Paulsson, The Idea of Arbitration, Oxford University Press, Oxford: 2013, pp. 147–173.
13. *RobertsA., Bouraoui Z.* . UNCITRAL and ISDS Reforms: Concerns about Costs, Transparency, Third Party Funding and Counterclaims, EJIL Talk, 6 June 2018. URL: https://bit.ly/2PiFsSo (дата обращения: 1.02.2022).