

## МЕЖДУНАРОДНЫЙ ИНВЕСТИЦИОННЫЙ СУД: БЫТЬ ИЛИ НЕ БЫТЬ?

**КАЙСИН Дмитрий Валерьевич**, адвокат, советник адвокатского бюро «Егоров, Пугинский, Афанасьев и партнеры», кандидат юридических наук, магистр права Школы права Нью-Йоркского университета  
119017, Россия, г. Москва, ул. Большая Ордынка, 40/5  
E-mail: Mow\_office@epam.ru

**ДЕМИНА Мария Олеговна**, юрист адвокатского бюро «Егоров, Пугинский, Афанасьев и партнеры», магистр права Лондонской школы экономики и политических наук  
119017, Россия, г. Москва, ул. Большая Ордынка, 40/5  
E-mail: Mow\_office@epam.ru

В последние годы критика существующей формы рассмотрения инвестиционных споров с государствами значительно возросла. Ее источником являются не только государства, недовольные результатами рассмотрения и присужденными многомиллионными компенсациями, но и арбитры, которые непосредственно разрешают такие споры в рамках международного арбитража. В статье представлен анализ предложений по реформированию системы международного инвестиционного арбитража, прежде всего в плане создания надгосударственного международного инвестиционного суда как в рамках работы ЮНСИТРАЛ, так и в рамках инициатив Европейской комиссии.

Предложения анализируются через призму исторического развития всей системы инвестиционного арбитража, а также с учетом текущего статуса развития. С одной стороны, инвестиционный арбитраж остается востребованной формой разрешения споров среди инвесторов: по состоянию на 31 декабря 2017 г. только в Международном центре по урегулированию инвестиционных споров было зарегистрировано 650 исков. С другой стороны, критика в адрес существующей системы инвестиционного арбитража также растет. Большое число замечаний касается порядка назначения членов арбитражного трибунала, когда инвестору и государству предоставляется право назначить практически любого арбитра по своему усмотрению. Одновременно очевидна поляризация арбитров на тех, кто чаще поддерживает государства, и тех, кто занимает проинвесторский подход. Расходы на инвестиционный арбитраж, в том числе гонорары арбитров, вызывают вопросы. Многие инвестиционные споры проходят в закрытом режиме, вызывает вопросы связанная с этим непрозрачность процедуры.

Инвестиционный арбитраж ждет реформирование в ближайшее время. В то же время продолжится создание надгосударственных судов в рамках экономических объединений государств по всему миру.

Ключевые слова: инвестиционный суд, международный арбитраж, инвестиционное право, международное право.

## INTERNATIONAL INVESTMENT COURT: TO BE OR NOT TO BE?

**D. V. KAYSIN**, advocate, counsel at the Law Offices "Egorov, Puginsky, Afanasiev & Partners", candidate of legal sciences, LL.M of New York University School of Law  
40/5, Bolshaya Ordynka st., Moscow, Russia, 119017  
E-mail: Mow\_office@epam.ru

**M. O. DEMINA**, associate at the Law Offices "Egorov, Puginsky, Afanasiev & Partners", LL.M from The London School of Economics and Political Science  
40/5, Bolshaya Ordynka st., Moscow, Russia, 119017  
E-mail: Mow\_office@epam.ru

In recent years, the criticism of the existing form of examining investment disputes with states has increased significantly. Its source is not only states that are dissatisfied with the results of consideration and awarded multi-million compensations, but also arbitrators who directly resolve such disputes within the framework of international arbitration. The article presents an analysis of proposals for reforming the system of international investment arbitration, primarily the creation of a supranational investment court, both within the framework of the UNCITRAL activities, and within the framework of the European Commission's initiatives.

The proposals are analyzed through the prism of the historical development of the entire system of investment arbitration, and also taking into account the current status of development. On the one hand, investment arbitration remains a popular form of dispute resolution among investors. As of December 31, 2017, only 650 claims have been filed with the International Center for the Settlement of Investment Disputes. On the other hand, criticism of the existing system of investment arbitration is also growing. A large number of comments concern the procedure for appointing members of the arbitral tribunal, when the investor and the state are given the right to appoint almost any arbitrator at their discretion. At the same time, the polarization of the arbitrators to those who support states more often and those who take an investor approach is obvious. The costs of investment arbitration, including arbitrators' fees, raise questions. Many investment disputes are held in closed mode and the associated opacity of the procedure is alarming.

Investment arbitration will be reformed in the near future. At the same time, the creation of supranational courts will continue in the framework of economic associations of states around the world.

Keywords: investment court, international arbitration, investment law, international law.

DOI: 10.12737/art.2018.4.12

Современные тенденции развития системы инвестиционного арбитража имеют диаметрально противоположные направления. С одной стороны, статистика Конференции ООН по торговле и развитию свидетельствует о востребованности существующей системы. С другой стороны, многие государства уходят от традиционной модели рассмотрения инвестиционных споров. Подобная ситуация во многом связана с тем, что в последние годы система международного инвестиционного арбитража подверглась массовой критике со стороны инвесторов, государств, принимающих инвестиции, арбитров и правоведов. Дискуссии привели к возникновению различных предложений: от умеренных, имеющих целью реформирование существующей системы, до радикального, направленного на упразднение действующего порядка и создание международного инвестиционного суда. Для оценки обоснованности критики предлагаем в первую очередь обратиться к истокам развития существующей системы.

История разрешения инвестиционных споров берет свое начало задолго до создания Международного центра по урегулированию инвестиционных споров (International Centre for Settlement of Investment Disputes, ICSID) и массового подписания двусторонних соглашений о защите инвестиций с оговорками в пользу арбитражного разбирательства. Подходы к выбору механизма защиты во многом зависели от исторического контекста, политических интересов, а также доктринального толкования таких понятий, как «субъект международного права», «право собственности». Большую роль сыграло биполярное деление мира на империи и колонии, последствия которого и в настоящее время оказывают влияние на эволюцию теории международного инвестиционного арбитража.

Первые международные споры о защите прав на капиталовложения были связаны с освоением новых территорий и развитием торговли. Политика экспансий предприняла необходимость представления государственных интересов на территории новых колоний. Для этих целей в XVII в. были созданы первые международные компании, преследовавшие не только экономические, но и политические цели<sup>1</sup>. Для защиты публичных интересов компаниям передавались государственные полномочия. Например, британская оостиндская компания получила от короны право управ-

лять государственными делами Индии, в том числе и ее ведение были переданы военные вопросы<sup>2</sup>.

Интересы международных компаний во многом совпадали с интересами государства. Однако до середины XX в. транснациональные компании (как и иностранные граждане) не признавались субъектами международного права. Ущемление прав гражданина рассматривалось как прямое ущемление прав самого государства и требовало применения мер государственного реагирования.

Общий принцип дипломатической защиты был сформулирован в 1758 г. швейцарским правоведом Э. фон Ваттелем: «Тот, кто причинил вред гражданину, причиняет косвенный вред государству, которое должно защищать интересы такого гражданина»<sup>3</sup>. В 1924 г. Постоянная палата международного правосудия в прецедентном деле «Палестинские концессии Мавромматиса» (The Mavrommatis Palestine Concessions)<sup>4</sup> признала право государства на дипломатическую защиту прав его граждан основополагающим принципом международного права<sup>5</sup>.

В течение столетий дипломатическая защита осуществлялась вариативно, в зависимости от политических интересов государства, истребующего защиту: посредством инициирования арбитражных разбирательств или посредством применения или угрозы применения силы<sup>6</sup>. Последний вариант зачастую являлся наиболее предпочтительным. Так называемая дипломатия силы (gunboat diplomacy) имела большое распространение: мировые державы использовали нарушение интересов их подданных в качестве предлога для продвижения собственных интересов на международной арене.

Параллельно для разрешения межгосударственных споров, связанных с имуществом подданных, созда-

<sup>2</sup> См.: Право и экономическое развитие: проблемы государственного регулирования экономики: монография / отв. ред. В. А. Вайпан, М. А. Егорова. М., 2017; Зинченко С. А., Галлов В. В. Саморегулируемые организации в законодательстве России: проблемы и решения // Корпорации и учреждения: сб. ст. / отв. ред. М. А. Рожкова. М., 2007. С. 97.

<sup>3</sup> Vattel E. The Law of Nations, or the Principles of Natural Law, Classics of International Law, Book II, Chapter VI at 136 (ed. C. Fenwick transl. 1916).

<sup>4</sup> (1924) PCIJ Ser. A, No. 2.

<sup>5</sup> См. также, например: Chorzow Factory Case 1928, PCIJ Rep. Series A. No. 17.

<sup>6</sup> См.: Thomas Johnson O. Jr., Gimblett J. From Gunboats to BITs: the Evolution of Modern International Investment Law, Yearbook on International Investment Law & Policy (OUP 2012), 649, 651.

<sup>1</sup> См.: Miles K. International Investment Law and Universality: Histories of Shape-Shifting // Cambridge Journal of International and Comparative Law. 2014. (3) 4: 986-1010.

ются первые трибуналы<sup>7</sup>. В конце XIX в., на Первой Гаагской конференции принята Конвенция о мирном решении международных столкновений, в рамках которой создана Постоянная палата третейского суда, действующая до сих пор и являющаяся одной из ведущих межгосударственных организаций в сфере разрешения споров<sup>8</sup>. В 1920 г. под эгидой Лиги Наций учреждена Постоянная палата международного правосудия (ППМП), правопреемник Международного суда ООН. Именно в ведении ППМП находились вопросы нарушения экономических прав иностранных лиц на территории государств, принимающих инвестиции.

Необходимость утверждения на международном уровне мирных способов урегулирования спора возникла по прошествии двух мировых войн, в эпоху деколонизации<sup>9</sup>. В такой обстановке дипломатическая защита уже не являлась эффективным способом разрешения конфликтов между частным инвестором и государством, принимающим инвестицию. Развитые государства стали заключать двусторонние соглашения о защите и поощрении инвестиций (Bilateral Investment Treaties, BIT) со своими бывшими колониями, предусматривая механизмы третейского разрешения споров в случае нарушения прав инвесторов. По данным Конференции ООН по торговле и развитию (ЮНКТАД), на сегодняшний день заключено 2946 BIT, 2363 из которых действующие<sup>10</sup>.

Востребованность арбитража в отношениях между принимающим государством и инвестором обусловлена прежде всего следующими причинами:

защита прав инвестора в судебных органах принимающего государства обречена на определенную предвзятость (пусть даже несознательную) со стороны судов. Особенно остро вопрос встает в государствах, где судебная система зависима от органов исполнительной власти;

разрешение спора дипломатическими методами предполагает вовлечение обоих государств в конфликт, который может спровоцировать межгосударственные противоречия, по своей значимости превышающие интересы отдельного инвестора<sup>11</sup>.

Первая практика исполнения и начала арбитражных разбирательств показала неэффективность третейского способа рассмотрения споров. Это было, в частности, связано с отсутствием опыта рассмотрения подобного рода споров у арбитров; сложностью

и спецификой споров, затрагивающих межгосударственные интересы; неурегулированностью юридических вопросов выбора применимого права и принудительного исполнения решений трибуналов<sup>12</sup>.

Для упорядочения процесса рассмотрения инвестиционных споров в 1965 г. под эгидой Международного банка реконструкции и развития был учрежден универсальный орган в области разрешения инвестиционных споров — Международный центр по урегулированию инвестиционных споров (ICSID), рассматривающий споры между государствами, принимающими инвестиции, и инвесторами (физическими или юридическими лицами).

Статистика ЮНКТАД подтверждает востребованность ICSID и в настоящее время. По состоянию на 31 декабря 2017 г. в ICSID зарегистрировано 650 исков, 53 из которых были поданы в 2017 г.<sup>13</sup> При этом данная статистика не учитывает иные институционные и ad hoc разбирательства.

Вместе с тем быстрый и значительный рост количества арбитражных разбирательств и их популярность среди инвесторов имеет противоположное действие. Юридические расходы и размер компенсаций, присуждаемых в пользу инвесторов, делают механизм международного инвестиционного арбитража менее привлекательным и обременительным для нестабильных экономик. Некоторые государства (в первую очередь развивающиеся) расторгают или публично заявляют о намерении расторгнуть двусторонние инвестиционные соглашения<sup>14</sup>. В большинстве случаев подобные заявления затрагивают двусторонние соглашения с бывшими колонизаторами — государствами, в которых чаще зарегистрированы потенциальные истцы: США, Нидерланды и Соединенное Королевство.

Снижение популярности инвестиционного арбитража также связано с усилением внутренней интеграционной и патерналистской политики Европейской комиссии. Европейская комиссия — основной двигатель идеи создания наднационального суда. Так, в 2016 г. Канада и Европейский Союз подписали Всеобъемлющее экономическое и торговое соглашение (Comprehensive Economic and Trade Agreement),

<sup>12</sup> См.: Вознесенская Н. Н. Указ. соч. С. 274.

<sup>13</sup> URL: [https://icsid.worldbank.org/en/Documents/resources/ICSID%20Web%20Stats%202018-1\(English\).pdf](https://icsid.worldbank.org/en/Documents/resources/ICSID%20Web%20Stats%202018-1(English).pdf).

<sup>14</sup> Например, уведомление о прекращении двусторонних инвестиционных соглашений в 2017 г. направила Индия: URL: <https://globalarbitrationreview.com/article/1138510/indias-termination-of-bits-to-begin>; двусторонние соглашения с государствами — членами Европейского Союза расторгла ЮАР: URL: <http://investmentpolicyhub.unctad.org/IIA/CountryBits/195>; Боливия: URL: <http://investmentpolicyhub.unctad.org/IIA/CountryBits/24?type=c#iialInnerMenu>; Эквадор: URL: <http://investmentpolicyhub.unctad.org/IIA/CountryBits/61#iialInnerMenu>.

<sup>7</sup> См.: Brownlie I. Principles of Public International Law (OUP, 7<sup>th</sup> ed. 2008).

<sup>8</sup> URL: <https://pca-cpa.org/ru/about/>.

<sup>9</sup> См.: Вознесенская Н. Н. Правовое регулирование и защита иностранных инвестиций в России: монография. М., 2011. С. 274.

<sup>10</sup> URL: <http://investmentpolicyhub.unctad.org/IIA>.

<sup>11</sup> См.: Лабин Д. К. Международное право по защите и поощрению иностранных инвестиций. М., 2008. С. 258.

предусматривающее в том числе создание постоянного суда.

Рассматривая запрос немецкого федерального суда о действительности арбитражной оговорки в ВІТ Голландии и Словакии, Европейский суд справедливости в марте 2018 г. признал данный механизм разрешения споров не соответствующим Договору о функционировании Европейского Союза<sup>15</sup>. Данное решение, безусловно, окажет прямое влияние как минимум на 196 внутренних ВІТ, подписанных между членами ЕС, а также на текущие международные инвестиционные разбирательства, возбужденные на основании этих двусторонних международных договоров.

В современной картине мира по-прежнему сохраняется определенная биполярность. На декабрь 2017 г. количество исков, поданных в ICSID против развивающихся государств (в большинстве — бывших колоний) и государств с переходной экономикой (597 дел), в два раза превышает количество разбирательств, инициированных против развитых государств (258 дел)<sup>16</sup>. При этом большинство исков против развитых государств подаются в связи с конкретными политическими решениями, например иски против Испании 2016 г., связанные с решением правительства снизить размер субсидий на возобновляемую энергию, ранее гарантированный инвесторам<sup>17</sup>.

В связи с этим очевидно, что развитие международного инвестиционного арбитража тесно связано с историческими событиями и политическим контекстом. Разнонаправленность экономического развития государств дополнительно накладывает отпечаток: зачастую противоположные интересы развитых и развивающихся государств негативно влияют на востребованность инвестиционного арбитража и порождают дискуссии о «будущем» данного механизма рассмотрения споров. С одной стороны, статистика свидетельствует о востребованности инвестиционного арбитража. С другой стороны, существующая система арбитража подвергается массовой критике со стороны правоведов, арбитражных учреждений и государств — как развитых, так и развивающихся.

Больше всего нареканий вызывает так называемый проинвесторский подход трибуналов, а точнее — арбитров, их составляющих. Споры инициируются инвесторами, поэтому арбитры, получающие высокие гонорары, заинтересованы в повторных назначениях.

<sup>15</sup> См.: Решение по делу *Slovak Republic v. Achmea B. V.* (Case C-284/16) от 6 марта 2018 г. URL: <http://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?text=&docid=199968&pageIndex=0&doclang=EN&mode=req&dir=&occ=first&part=1&cid=404057>.

<sup>16</sup> URL: <http://investmentpolicyhub.unctad.org/ISDS/AdvancedSearchResults>.

<sup>17</sup> URL: <https://globalarbitrationreview.com/chapter/1142579/investment-disputes-involving-the-renewable-energy-industry-under-the-energy-charter-treaty>.

Тем самым, считается, что подрываются принципы независимости и беспристрастности. В то же время среди членов так называемой арбитражной мафии<sup>18</sup> есть арбитры с мировым именем, которые, как правило, назначаются государствами и выносят решения в пользу государств.

В частности, в июне 2018 г. Транснациональный институт (Transnational Institute) и некоммерческая организация Коллективный европейский наблюдатель (Corporate Europe Observatory) подвергли жесткой критике эффективность арбитражной оговорки Договора к энергетической хартии (Energy Charter Treaty), в том числе по причине предвзятости арбитров. В своем отчете исследователи отметили, что энергетические споры в рамках Договора традиционно рассматривают одни и те же лица с широким послужным списком решений в поддержку энергетических компаний<sup>19</sup>. Таким образом, арбитры обеспечивают себе назначения со стороны инвесторов.

Критикуется и сама система назначения арбитров спорящими сторонами в отличие от постоянных судов, где стороны не могут повлиять на назначение того или иного судьи. Оппонентами такой системы назначений являются Я. Полсон (Jan Paulson) и А. ван ден Берг (Albert van den Berg).

В последнее время отмечается всплеск заявлений государств о предвзятости арбитров вследствие их предшествующего представительства инвесторов в качестве адвокатов, занятия определенной правовой позиции по фундаментальному для нового спора вопросу. Напротив, инвесторы в рамках той же процедуры дисквалификации отмечают систематическое назначение одного и того же арбитра юридической фирмой или государством в течение непродолжительного периода времени. Другой блок критики можно условно отнести непосредственно к процедуре разрешения инвестиционных споров. Во-первых, обоснованы претензии к стоимости арбитража. Расходы сторон на гонорары арбитров, арбитражные сборы институций, на оплату услуг адвокатов и привлекаемых экспертов исчисляются миллионами долларов. Во-вторых, решения панелей арбитров по схожим правовым проблемам могут диаметрально отличаться, что часто обосновывается различиями в фактических обстоятельствах дел. В-третьих, отсутствие процедуры пересмотра решения, аналогичной разбирательству в суде апелляционной инстанции, отмечается как серьезный недостаток. Тем не менее в рамках ICSID у проигравшей стороны есть право на оспаривание решения в комитете по отмене (annulment committee),

<sup>18</sup> См.: *Daphna K.* The Repeat Appointment Factor — Exploring Decision Patterns of Elite Investment Arbitrators, *Cornell Law Review*. 2010. 96:47. P. 77. URL: <http://www.lawschool.cornell.edu/research/cornell-law-review/upload/Kapeliuk-final.pdf>.

<sup>19</sup> URL: [https://corporateeurope.org/sites/default/files/attachments/one\\_treaty\\_to\\_rule\\_them\\_all\\_0.pdf](https://corporateeurope.org/sites/default/files/attachments/one_treaty_to_rule_them_all_0.pdf).

а решение, вынесенное по регламенту ЮНСИТРАЛ (Комиссия ООН по праву международной торговли), как правило, может быть оспорено в государственном суде по месту его вынесения. Между тем стандарты отмены решений в рамках обозначенных процедур, безусловно, крайне высоки.

Часто государства апеллируют также к тому, что арбитры, будучи рядовыми частными лицами, не могут разрешать споры, затрагивающие принципиальные вопросы государственной политики в сфере экологии, здравоохранения и иных социально значимых областях общественной жизни. На это, например, указывает апологет существующей системы инвестиционного арбитража Чарльз Брауер (Charles Brower)<sup>20</sup>. Непосредственно связанная с предыдущей, претензия к принципу конфиденциальности рассмотрения инвестиционных споров, который особо ярко проявляется в делах по регламенту ЮНСИТРАЛ, хотя Маврикийская конвенция 2014 г. о прозрачности<sup>21</sup> призвана принципиально решить данную проблему.

Многолетняя дискуссия вокруг системы международного инвестиционного арбитража привела к появлению радикальных предложений: от реформы всей системы инвестиционного арбитража до отмены существующих институтов разрешения инвестиционных споров и создания единого постоянно действующего международного инвестиционного суда.

**Региональные реформы системы инвестиционного арбитража.** Глобально идея реформирования системы инвестиционного арбитража была озвучена некоторыми странами — участницами ЕС и Канадой в ходе юбилейной 50-й сессии ЮНСИТРАЛ в июле 2017 г. В результате обсуждения данной инициативы рабочей группе III было поручено подготовить соответствующие рекомендации.

США выступают за полную отмену механизма инвестиционного арбитража на переговорах по Североамериканскому соглашению о свободной торговле (North American Free Trade Agreement, NAFTA). По последним сообщениям, в новом соглашении в принципе не будет предусмотрено условие о праве инвесторов обратиться в юрисдикционные органы, в соглашении останется лишь положение о межгосударственном арбитраже. Наверное, это наиболее радикальное решение, поскольку оно в принципе исключает возможность защиты прав инвесторов напрямую на надгосударственном уровне. Нельзя исключать, что позиция США может быть, помимо прочего, обусловлена негативным отношением к инвестиционному арбитражу некоторых американских деятелей. Группа из 230 экономистов и правоведов от

Нью-Йорка до Гавайев обратилась в октябре 2017 г. с открытым письмом к президенту Д. Трампу<sup>22</sup>. Академики предлагают достаточно радикальный шаг: исключить из NAFTA инвестиционный арбитраж, а равно отказаться от этого механизма в принципе на будущее. Их критика в основном сводится к тому, что инвестиционные трибуналы подменяют государственные суды США, подчас неверно трактуя нормы конституционного и административного права США, а их решения не подлежат апелляционному пересмотру как важной гарантии в демократическом обществе и правовом государстве.

Канада, в свою очередь, выступает за создание постоянного инвестиционного суда, приводя пример Всеобъемлющего экономического и торгового соглашения (Comprehensive Economic and Trade Agreement, СЕТА), подписанного 30 октября 2016 г. с ЕС<sup>23</sup>. Так, в разд. 8 данного Соглашения предусмотрено создание постоянного суда, состоящего из 15 членов, получающих ежемесячное вознаграждение, а также образование апелляционной инстанции, рассматривающей жалобы на решения, принятые постоянным судом в составе трех судей по первой инстанции<sup>24</sup>.

Что касается развивающихся стран, то яркими противниками инвестиционного арбитража являются Венесуэла, Боливия и Эквадор, в отношении которых были поданы десятки инвестиционных исков. В итоге это привело к тому, что названные латиноамериканские страны вышли из соглашения ICSID.

В то же время 8 марта 2018 г. в Чили 11 странами, в том числе Австралией, Канадой, Малайзией, Японией, было подписано Всестороннее прогрессивное соглашение о Транстихоокеанском партнерстве (Comprehensive and Progressive Agreement for Trans-Pacific Partnership), оно инкорпорирует положения Соглашения о Транстихоокеанском партнерстве от 4 февраля 2016 г. (Agreement for Trans-Pacific Partnership), из которого вышли США. В разделе 9 последнего сохранен привычный механизм инвестиционного арбитража (в том числе по правилам ICSID и ЮНСИТРАЛ)<sup>25</sup>. Положения о создании постоянного инвестиционного суда стали одним из камней преткновения на переговорах в декабре 2017 г. о заключении Соглашения об экономическом партнерстве

<sup>22</sup> URL: [https://www.citizen.org/system/files/case\\_documents/isds-law-economics-professors-letter-oct-2017\\_2.pdf](https://www.citizen.org/system/files/case_documents/isds-law-economics-professors-letter-oct-2017_2.pdf); <https://globalarbitrationreview.com/article/1149473/academics-urge-trump-to-ditch-isds-in-nafta>.

<sup>23</sup> URL: <https://globalarbitrationreview.com/article/1166433/asia-pacific-trade-deal-signed-without-the-us>.

<sup>24</sup> Соглашение на английском языке доступно по ссылке: URL: <http://ec.europa.eu/trade/policy/in-focus/ceta/ceta-chapter-by-chapter/>.

<sup>25</sup> URL: <https://ustr.gov/sites/default/files/TPP-Final-Text-Investment.pdf>.

<sup>20</sup> URL: <https://globalarbitrationreview.com/article/1151961/brower-warns-against-monstrous-court-proposal>.

<sup>21</sup> URL: [http://www.uncitral.org/uncitral/ru/uncitral\\_texts/arbitration/2014Transparency\\_Convention.html](http://www.uncitral.org/uncitral/ru/uncitral_texts/arbitration/2014Transparency_Convention.html).

между ЕС и Японией, выступающей против создания такого наднационального института разрешения споров.

Особый интерес вызывают продолжающиеся переговоры между Великобританией и ЕС по вопросу Brexit, а именно в какой форме будет в итоге согласовано рассмотрение разногласий.

**Предложения по учреждению международного инвестиционного суда.** На сегодняшний день наиболее обсуждаемыми являются предложение Женевского центра по урегулированию международных споров (Geneva Center for International Dispute Settlement), подготовленного под эгидой ЮНСИТРАЛ, и предложение Европейского совета по созданию единого международного суда на территории ЕС.

Предложение по созданию многостороннего инвестиционного суда Женевского центра по урегулированию международных споров разработано Г. Кауфманн-Кёлер и М. Потеста<sup>26</sup>. Авторы предлагают полностью реформировать систему рассмотрения международных инвестиционных споров на базе ЮНСИТРАЛ. В частности, рассматривается возможность учреждения постоянно действующего международного инвестиционного суда вместо создания арбитражного центра.

Среди аргументов в пользу создания такого органа называют повышение авторитета нового органа и легитимности его решений. Единый наднациональный орган будет также способствовать усилению роли прецедентов в инвестиционных спорах. Избрание несменяемых судей на постоянный или длительный срок предполагает обеспечить их независимость и беспристрастность, поскольку исключает интерес в получении последующих назначений. Создание одобренного государствами международного суда также должно привести к упрощению процедуры признания и приведения в исполнение решений суда на территории государств-ответчиков.

Предполагается создать механизм обжалования решений первой инстанции международного инвестиционного суда. Г. Кауфманн-Кёлер и М. Потеста рассматривают два варианта: создание внутри структуры суда апелляционной инстанции с возможностью рассмотрения спора по существу и создание комитета по аннулированию решений (по аналогии с действующим механизмом ICSID).

Со сходной инициативой выступил Совет ЕС, который в марте 2018 г. предоставил Европейской комиссии полномочия на проведение переговоров с целью утверждения многостороннего постоянно действующего суда, рассматривающего инвестиционные спора

ры<sup>27</sup>. Концепция наднационального европейского суда находится в разработке и основывается на таких принципах, как открытость и гласность разбирательства; независимость и несменяемость судей и возможность обжаловать решения суда. Суд сможет рассматривать как споры, возникшие из будущих договоров, так и споры на основании ранее заключенных договоров.

В случае учреждения такого наднационального органа возникнет вопрос присоединения к подобному механизму разрешения спора. Предполагается, что в новые договоры о защите инвестиций будет включаться оговорка о рассмотрении споров в новом международном суде. Однако не совсем понятен порядок рассмотрения спора по соглашениям, действовавшим до учреждения международного суда. Г. Кауфманн-Кёлер и М. Потеста предлагают создать механизм, аналогичный Маврикийской конвенции: предусмотреть, что государства могут по обоюдному желанию распространить юрисдикцию нового суда на споры по соглашениям, заключенным до его учреждения. На территории ЕС распространение юрисдикции нового суда на ранее заключенные третейские оговорки возможно, в частности, в контексте вышеупомянутого решения Европейского суда справедливости по делу “Slovak Republic v. Achmea B. V.” о неарбитрабельности инвестиционных споров, вытекающих из действующих ВІТ европейских государств.

Предложения по созданию многостороннего международного суда встретили резкую критику со стороны ряда известных арбитров. В частности, Ч. Брауер предостерегает, что создание постоянно действующего суда не только приведет к упразднению наиболее привлекательных для сторон основ арбитража — возможности выбора арбитра и выражения особого мнения, — но и политизирует всю систему разрешения инвестиционных споров<sup>28</sup>. Австрийский арбитр К. Шрёер также отмечает, что назначение государствами судей приведет к существенному регрессу в развитии системы разрешения инвестиционных споров: высока вероятность, что судьи не станут выносить решения против государств, гражданами которых они являются<sup>29</sup>.

Безусловно, создание международного суда действительно позволит упорядочить множественность

<sup>27</sup> URL: <https://www.consilium.europa.eu/en/press/press-releases/2018/03/20/multilateral-investment-court-council-gives-mandate-to-the-commission-to-open-negotiations/>.

<sup>28</sup> См.: *Brower Ch. N., Rosenberg Ch. B.* The Death of the Two-Headed Nightingale: Why the Paulsson van den Berg Presumption that Party-Appointed Arbitrators are Untrustworthy is Wrongheaded // *Arbitration International*. Vol. 29. Iss. 1. 1 March 2013. P. 7—44.

<sup>29</sup> См.: *Schreuer Ch.* The Future of Investment Arbitration. URL: [https://www.univie.ac.at/intlaw/pdf/98\\_futureinvestmentarbitr.pdf](https://www.univie.ac.at/intlaw/pdf/98_futureinvestmentarbitr.pdf); URL: <https://globalarbitrationreview.com/article/1151619/theres-no-alternative-to-investment-arbitration-says-schreuer>.

<sup>26</sup> См.: *Kaufmann-Kohler G., Potesta M.* Can the Mauritius Convention Serve as a Model for the Reform of Investor-State Arbitration in Connection with the Introduction of a Permanent Investment Tribunal or an Appeal Mechanism? URL: [http://www.uncitral.org/pdf/english/CIDS\\_Research\\_Paper\\_Mauritius.pdf](http://www.uncitral.org/pdf/english/CIDS_Research_Paper_Mauritius.pdf).

различных механизмов рассмотрения споров, внести правовую определенность и повысить эффективность международного инвестиционного арбитража. Вместе с тем не стоит и недооценивать негативные стороны учреждения наднационального органа. Во-первых, предложенная система предоставляет больший контроль государствам, а не частным лицам, что нивелирует заявленную объективизацию разбирательства. Во-вторых, учреждение международного суда приведет к девальвации широко признанных основ международного арбитража, таких как гибкость и конфиденциальность. Наконец, не совсем понятно, с чем связана необходимость создания еще одного международного органа, во многом дублирующего полномочия ICSID.

Несмотря на всплеск инвестиционных споров, инициированных за последние годы против России, она занимает осторожную взвешенную позицию. Действительно, перспективы создания инвестиционного суда непонятны в текущий момент времени, отказ от существующей системы разрешения инвестиционных споров в отсутствие иной реальной альтернативы может привести к международному коллапсу. Разумно в такой ситуации дождаться результатов деятельности рабочей группы ЮНСИТРАЛ и продолжить диалог о реформе системы инвестиционного арбитража, необходимость которой поддерживается большинством практиков и академиков. Правда, подходы к задачам и направлениям такой реформы, как мы убедились, разнятся, и порой существенно.

#### БИБЛИОГРАФИЧЕСКИЙ СПИСОК

- Brownlie I. *Principles of Public International Law* (OUP, 7th ed. 2008).
- Brower Ch. N., Rosenberg Ch. B. The Death of the Two-Headed Nightingale: Why the Paulsson van den Berg Presumption that Party-Appointed Arbitrators are Untrustworthy is Wrongheaded // *Arbitration International*. Vol. 29. Iss. 1. 1 March 2013.
- Daphna K. The Repeat Appointment Factor — Exploring Decision Patterns of Elite Investment Arbitrators, *Cornell Law Review*. 2010. 96:47.
- Kaufmann-Kohler G., Potesta M. Can the Mauritius Convention Serve as a Model for the Reform of Investor-State Arbitration in Connection with the Introduction of a Permanent Investment Tribunal or an Appeal Mechanism? URL: [http://www.uncitral.org/pdf/english/CIDS\\_Research\\_Paper\\_Mauritius.pdf](http://www.uncitral.org/pdf/english/CIDS_Research_Paper_Mauritius.pdf).
- Miles K. International Investment Law and Universality: Histories of Shape-Shifting // *Cambridge Journal of International and Comparative Law*. 2014. (3) 4: 986-1010.
- Schreuer Ch. The Future of Investment Arbitration. URL: [https://www.univie.ac.at/intlaw/pdf/98\\_futureinvestmentarbitr.pdf](https://www.univie.ac.at/intlaw/pdf/98_futureinvestmentarbitr.pdf); URL: <https://globalarbitrationreview.com/article/1151619/theres-no-alternative-to-investment-arbitration-says-schreuer>.
- Thomas Johnson O. Jr., Gimblett J. From Gunboats to BITs: the Evolution of Modern International Investment Law, *Yearbook on International Investment Law & Policy* (OUP 2012).
- Vattel E. *The Law of Nations, or the Principles of Natural Law, Classics of International Law, Book II, Chapter VI at 136* (ed. C. Fenwick transl. 1916).
- Вознесенская Н. Н. Правовое регулирование и защита иностранных инвестиций в России: монография. М., 2011.
- Зинченко С. А., Галов В. В. Саморегулируемые организации в законодательстве России: проблемы и решения // *Корпорации и учреждения: сб. ст. / отв. ред. М. А. Рожкова*. М., 2007.
- Лабин Д. К. *Международное право по защите и поощрению иностранных инвестиций*. М., 2008.
- Право и экономическое развитие: проблемы государственного регулирования экономики: монография / отв. ред. В. А. Вайпан, М. А. Егорова. М., 2017.

