

05/20

ReOS

Recht der Osteuropäischen Staaten

05/20

ReOS

Recht der Osteuropäischen Staaten

Recht der Osteuropäischen Staaten (ReOS)



Recht der Osteuropäischen Staaten (ReOS) –
scientific journal of legal sciences founded
by University of Göttingen (Germany)
with the purpose of knowledge sharing between
Western and Eastern Europe.

Publisher:

Prof. Dr. **Thomas Mann (Begr.)**, Institut für Öffentliches Recht, Lehrstuhl für Verwaltungsrecht, Georg-August-Universität Göttingen

Editorial board:

Prof. Dr. **Toma Birmontienė**, Professorin am Laboratorium für Menschenrechte, Institut für öffentliches Recht, Mykolas-Romeris-Universität (Litauen)

Prof. Dr. habil. **Sabina Grabowska**, University of Rzeszow (Polen)

Prof. Dr. **Thomas Mann (Begr.)**, Institut für Öffentliches Recht, Lehrstuhl für Verwaltungsrecht, Georg-August-Universität Göttingen

Prof. Dr. habil. **Joanna Marszalek-Kawa**, Nicolaus Copernicus University (Polen)

Prof. Dr. **Roman Melnyk (Schriftleitung)**, Lehrstuhl für Verwaltungsrecht, Nationale Taras-Schewtschenko-Universität Kiew (Ukraine)

Dr. jur. **Bernhard Schloer**, DAAD-Langzeitdozent, Nationale Taras-Schewtschenko-Universität Kiew (Ukraine)

Dr. **Agne Tvaronaviciene**, Postdoc am Laboratorium für Mediation und nachhaltige Konfliktlösung, Institut für öffentliches Recht, Mykolas-Romeris-Universität (Litauen)

Dr. iur. **Azamat Egamberdiev**, Dozent des Lehrstuhls für Staatsrecht und Staatsverwaltung der Taschkenter Staatlichen Juristischen Universität beim Justizministerium der Republik Usbekistan

Partners



Netzwerk Ost-West



Rechtsdialog.org

www.uni-goettingen.de/reos

05/2020

ISSN 2199-6245

Competition of protection measures for damaged rights of foreign investor in disputes with the recipient state

Ashykhmin Ivan

*Postgraduate student at the Department of International and European law
National University "Odessa Law Academy", Ukraine*

Disputes almost always arise between participants in international investment activities. Even in the event that the participants in the investment legal relationship have made every effort to ensure the proper performance of obligations, there is a possibility of non-performance. In such situations, the party whose rights have been violated requires equivalent compensation for damages.

In the event of disputes arising from investment agreements, the difficulties of legal regulation are caused by numerous legal conflicts of an ambiguous theoretical approach, the inability to study contractual practice due to the confidential nature of investment agreements. Most states in their national legislation provide for a mechanism to protect the injured party, which guarantees the restoration of its violated rights. At the same time, the protection of the rights and legitimate interests of participants in legal relations is provided for by the legislation of any state. However, potential parties to investment relations need guarantees regarding the fair protection of their violated rights, as well as the execution of decisions made by the competent authorities, which is not always implemented by the recipient state in practice.

The transition to market economic relations, the reform of procedural legislation in many countries contribute to the emergence of new and more accessible ways to resolve disputes, including opening up opportunities for the use of non-state forms of dispute resolution. In the conditions of economic freedom, the need to develop business cooperation, business participants are no longer interested in a long, expensive court procedure, but in flexible, prompt forms of resolving disputes through the use of alternative proceedings. Consequently, a foreign investor will have to choose which method will be more effective and available for a quick, fair resolution of the dispute and restoration of violated rights.

The purpose of this article is to consider the main problems underlying the choice of a method for protecting violated rights of a foreign investor, as well as comparing the main mechanisms for resolving disputes between a foreign investor and a recipient state.

Конкуренция средств защиты нарушенных прав иностранного инвестора в спорах с государством-реципиентом

Ашихмин Иван Михайлович

*аспирант кафедры международного и европейского права
Национального университета «Одесская юридическая академия», Украина*

Введение

Между участниками международной инвестиционной деятельности практически всегда возникают споры. Даже в том случае, если участники инвестиционных правоотношений прилагали все усилия для обеспечения надлежащего исполнения обязательств, существует вероятность неисполнения.

В таких ситуациях сторона, права которой нарушены, требует равносильную компенсацию убытков.

При возникновении споров, вытекающих из инвестиционных соглашений, трудности правового регулирования обусловлены многочисленными правовыми коллизиями неоднозначного теоретического подхода, отсутствием возможности изучения договорной

практики из-за конфиденциального характера инвестиционных соглашений. Большинство государств в национальном законодательстве предусмотрен механизм защиты потерпевшей стороны, гарантирующий восстановление ее нарушенных прав. В то же время защита прав и законных интересов участников правоотношений предусмотрена законодательством любого государства. Однако потенциальным сторонам инвестиционных отношений необходимы гарантии относительно справедливой защиты своих нарушенных прав, а также исполнения решений, вынесенных компетентными органами, что не всегда выполняется государством-реципиентом на практике.

Переход к рыночным экономическим отношениям, реформирование процессуального законодательства во многих странах способствуют появлению новых и более доступных способов разрешения споров, в том числе открывают возможности для использования негосударственных форм разрешения споров. В условиях экономической свободы, необходимости развития делового сотрудничества участники предпринимательской деятельности больше заинтересованы не в длительной, дорогостоящей судебной процедуре, а в гибких, оперативных формах урегулирования разногласий путем применения альтернативного производства. Следовательно, перед иностранным инвестором предстоит выбор, какой способ будет более эффективен и доступен для быстрого, справедливого разрешения спора и восстановления нарушенных прав.

Целью статьи является рассмотрение основных проблем, лежащих в основе выбора способа защиты нарушенных прав иностранного инвестора, а также рассмотрение основных механизмов разрешения споров между иностранным инвестором и государством-реципиентом инвестиций.

Изложение основного материала

Защита прав иностранного инвестора всегда была ключевым фактором определения

инвестиционного климата государства, принимающего иностранные инвестиции. Иностранные инвестиции имеют более высокий риск, чем внутренние инвестиции, поскольку в большинстве государств преобладает подход стимулирования развития местного бизнеса, более того, принимающее государство может характеризоваться нестабильной политической или экономической системой, неэффективной административной системой, коррумпированностью в эшелонах власти, поэтому для защиты от неблагоприятного макроклимата принимающего государства необходим минимальный международный стандарт обращения и международная система урегулирования споров. Это не означает, что все риски иностранных инвестиций должны быть защищены международным минимальным стандартом в обычном международном праве, например, иностранный инвестор, помимо возможной дискриминации и экспроприации со стороны государства-реципиента, должен учитывать и коммерческие риски.

На данный момент международное право прав человека и принципы равноправия, справедливости и недискриминации международного права являются основой защиты иностранных граждан в соответствии с законодательством об иностранных инвестициях. Кроме того, на практике существует тенденция к расширению защиты через двусторонние инвестиционные договоры (далее – ДИД), соглашения о свободной торговле, региональные торговые соглашения. Однако не стоит забывать о доктрине суверенитета, которая говорит о том, что страны могут экспроприровать или национализировать иностранную собственность, но при наличии общественного интереса, соблюдении надлежащей правовой процедуры, незамедлительной выплате справедливой компенсации. Соответственно, в случае факта экспроприации (национализации) со стороны принимающего государства, смысловая нагрузка будет на выплате незамедлительной, справедливой компенсации. К слову, на данный момент единых критериев

к стандарту компенсации на данный момент не разработано.

Процесс защиты нарушенных прав включает в себя совокупность мер (способов), которые применяются в ответ на недобросовестные действия нарушителя. С точки зрения материального права защита нарушенных прав включает в себя нормы права, определяющие формы, способы и сроки восстановления нарушенных прав и интересов, в том числе и превентивные меры их от нарушений. С точки зрения процессуального права защита подразумевает под собой деятельность, с помощью которой достигается необходимый эффект реализации прав и обязанностей.

В соответствии с п. 3. ст. 2 Устава ООН, Декларацией о принципах международного права, касающихся дружественных отношений и сотрудничества между государствами, Заключительным актом Совещания по безопасности и сотрудничества в Европе 1975 г., а также различными международными, двухсторонними и региональными соглашениями, каждое государство и другие субъекты международного права обязаны разрешать споры между собой мирными средствами таким образом, чтобы не подвергать угрозе международный мир, безопасность и справедливость¹.

Так, В.М. Стойка определяет защиту прав инвесторов как совокупность способов, установленных законодательством, целью которых является восстановление нарушенных или оспариваемых прав субъектов инвестиционной деятельности, а также применение санкций к нарушителям охраняемых законом прав и интересов².

Следовательно, помимо вопроса о выплате справедливой компенсации, возвращения экспроприированного (национализированного) имущества, защита прав собственности

иностранного инвестора также предполагает и выбор надлежащего способа восстановления нарушенных прав. В зависимости от выбранного средства защиты будет зависеть длительность, исход разрешения спора между сторонами, а также дальнейшая судьба инвестиционной деятельности иностранного инвестора в принимающем государстве.

Судебная и арбитражная защита прав иностранного инвестора осуществляется как на национальном, так и на международном уровнях.

Статьей 9 Соглашения между Украиной и Швейцарской Конфедерацией о содействии и взаимной защите инвестиций предусмотрено, что в случае отсутствия урегулирования спора в письменной форме в течение трех (3) месяцев с даты, на которую он нарушен, такой спор по выбору инвестора подается:

а) в компетентные суды государства Договаривающейся Стороны, на территории которой осуществляется инвестиция; или

б) в арбитраж Международного центра урегулирования инвестиционных споров (МЦУИС), созданного в соответствии с Конвенцией об урегулировании инвестиционных споров между государствами и физическими или юридическими лицами других государств, открытого для подписания в Вашингтоне 18.03.1965, в случае доступности такого Центра; или

с) в арбитраж Дополнительного учреждения центра, если только одна из Договаривающихся Сторон является стороной Конвенции, указанной в подпункте (б) настоящего пункта; или

д) к любому арбитражу *ad hoc*, который, если иное не согласовано сторонами в споре, создается согласно Арбитражным правилам Комиссии Организации Объединенных Наций по праву международной торговли (UNCITRAL).

Кроме того, в соответствии с ч. 3. ст. 9 вышеуказанного Соглашения между Украиной и Швейцарией, инвестор, который подал на рассмотрение спор в национальный суд,

¹ Бекашев К. Международное публичное право. Москва : Проспект, 1998. 608 с.

² Стойка В.М. Защита прав субъектов инвестиционной деятельности : дисс. ... канд. юрид. наук / НАН Украины, Ин-т экон.-прав. исслед. Донецк, 2003. 156 с. С. 22.

может обратиться в один из арбитражных судов, упомянутых в пунктах 2 (b) – (d), если до вынесения судебного решения на предмет спора национальным судом инвестор сообщает о своем решении отказаться от урегулирования спора с помощью национального судопроизводства и отозвать иск³.

Статьей 8 Соглашения между правительством Украины и правительством Республики Хорватия от 15.12.1997 не предусмотрено разрешение инвестиционных споров с помощью национального судопроизводства. Напротив, в ч. 2 ст. 8 вышеупомянутого Соглашения указано, «если любой спор между инвестором одной Договаривающейся Стороны и другой Договаривающейся Стороной не может быть таким образом решен в течение шести месяцев, инвестор получит право передать это дело на рассмотрение:

(А) Международного Центра для решения инвестиционных споров (МЦУИС), имея в виду соответствующие условия Конвенции об урегулировании инвестиционных споров между государствами и физическими или юридическими лицами других государств, открытой для подписания в Вашингтоне, округ Колумбия, 18.03.1965, когда обе Стороны стали стороной этой Конвенции, или

(В) арбитра или международного *ad hoc* арбитражный суд, основанного согласно Арбитражным правилам Комиссии Организации Объединенных Наций по праву международной торговли (UNCITRAL). Стороны в споре могут согласиться письменно изменить эти Правила. Арбитражные решения будут окончательными и обязательными для обеих сторон спора⁴.

Между правительством Украины и правительством Республики Хорватия 21.11.2016 подписан Дополнительный протокол о вне-

сении изменений в вышеуказанное Соглашение. Статья 8 изложена в новой редакции: «Если спор между Договаривающейся Стороной и инвестором другой Договаривающейся Стороны не может быть решен путем консультаций и переговоров в течение шести (6) месяцев с даты получения Стороной, на территории которой совершено инвестицию, письменного уведомления о его возникновении, спор по просьбе инвестора решается следующим образом:

(А) компетентным судом Договаривающейся Стороны, на территории которой совершено инвестицию, или

(В) путем арбитража в национальных коммерческих арбитражных учреждениях Договаривающихся Сторон, или

(С) через согласительную процедуру или Международный центр по урегулированию инвестиционных споров (МЦУИС), созданный в соответствии с принятой в 18.03.1965 в Вашингтоне Конвенцией о порядке разрешения инвестиционных споров между государствами и иностранными лицами, или

(D) путем арбитража *ad hoc* в соответствии с Арбитражными правилами Комиссии Организации Объединенных Наций по праву международной торговли (UNCITRAL)»⁵.

Таким образом, вышеуказанные изменения расширили круг компетентных независимых арбитражных органов, а также стало возможно разрешить спор и с помощью судов государства-реципиента.

Что касается урегулирования споров в рамках национальной правовой системы, то государством Украины принят ряд нормативно-правовых актов, которые создают правовую основу для осуществления инвестиционной деятельности как для национальных инвесторов, так и для лиц-нерезидентов:

³ Угода між Україною та Швейцарською Конфедерацією про сприяння та взаємний захист інвестицій від 20.04.1995. URL: https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/756_003#Text.

⁴ Угода між Урядом України та Урядом Республіки Хорватія про сприяння та взаємний захист інвестицій від 15.12.1997. URL: https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/191_004#Text.

⁵ Додатковий протокол між Урядом України та Урядом Республіки Хорватія про внесення змін до Угоди між Урядом України та Урядом Республіки Хорватія про сприяння та взаємний захист інвестицій від 21.11.2016. URL: https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/191_001-16#Text.

– Закон Украины «Об инвестиционной деятельности» от 18.09.1991 № 1560-XII. Определяет общие принципы инвестиционной деятельности и предоставления государством гарантий как национальным, так и иностранным инвесторам;

– Закон Украины «О защите иностранных инвестиций на Украине» от 10.09.1991 № 1540а-XII. Устанавливает, что государство не может реквизировать иностранные инвестиции, за исключением случаев стихийных бедствий, аварий, эпидемий, эпизоотий. Решение о реквизиции иностранных инвестиций принимает Кабинет Министров Украины. Компенсация, которая полагается в этих случаях иностранному инвестору, должна быть адекватной и эффективной;

– Закон Украины «О режиме иностранного инвестирования» от 19.03.1996 № 93/96. Закрепляет гарантии защиты инвестиций при условиях изменения законодательства; гарантии репатриации прибыли, дивидендов и других средств, полученных в результате осуществления иностранных инвестиций; защиту от национализации, неправомерных действий государственных органов, а также их должностных лиц; выплату компенсации и возмещения убытков иностранным инвесторам, возврат инвестиций при прекращении инвестиционной деятельности в Украине. Кроме того, ст. 26 Закона Украины «О режиме иностранного инвестирования» предусмотрено, что споры между иностранными инвесторами и государством по вопросам государственного регулирования иностранных инвестиций и деятельности предприятий с иностранными инвестициями подлежат рассмотрению в судах Украины, если иное не определено международными договорами Украины⁶.

Статьей 397 Хозяйственного кодекса Украины предусмотрены гарантии осуществления иностранных инвестиций, в том числе гаран-

тии относительно принудительного изъятия, а также от незаконных действий органов власти и их должностных лиц.

Вышеуказанные нормы нашли свое применение в Постановлении Одесского апелляционного хозяйственного суда от 05.02.2015 по делу № 916/1022/14. Однако в целом такая практика, исходя из анализа применения защитных механизмов с обращением в суд принимающего государства, иностранным инвестором используется довольно редко, при том что в подавляющем большинстве случаев на практике привлечь государство к ответственности за невыполнение гарантий по защите инвестиций практически невозможно.

Наиболее действенным и эффективным способом защиты иностранным инвестором своих прав является обращение в арбитраж. К основным преимуществам обращения для разрешения споров в арбитраж являются следующие:

- скорость рассмотрения дела;
- возможность участников спора самостоятельно выбирать арбитров, а также обеспечить независимость и компетентность рассмотрения спора;
- рассмотрение споров арбитражем может проходить в закрытом порядке, в том числе арбитражное решение может быть доступно только участникам спора, что дополнительно обеспечивает конфиденциальность рассмотрения и сохраняет коммерческую тайну;
- процедура исполнения арбитражных решений регламентируется Конвенцией ООН о признании и приведении в исполнение иностранных арбитражных решений 1958 г. (Нью-Йоркская конвенция 1958 г.). В ней регламентируется унифицированная процедура, которая позволяет привести к исполнению решение в любой стране, которая ратифицировала данную Конвенцию.

Передача на разрешение спора в арбитраже регламентируется ДИД между Договаривающимися Сторонами-государствами. Но также ДИД предусматривает доарбитражный период урегулирования (*Cooling-off*

⁶ Про режим іноземного інвестування : Закон України від 19.03.1996 № 93/96-ВР. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/93/96-%D0%B2%D1%80#Text>.

period) спора для возможности разрешения спора и удовлетворения претензий мирным путем, не прибегая к затратной процедуре самого арбитражного разбирательства. Данный период, как правило, длится 6 месяцев с момента возникновения спора. Например, ДИД между Украиной и Албанией предусматривает следующую формулировку: «Если таким образом спор не будет разрешен в течение шести месяцев с момента его возникновения, рассмотрение его может быть передано в: а) компетентный суд или арбитраж Договаривающейся Стороны, на территории которой капиталовложения осуществлены; б) Арбитражный институт Стокгольмской торговой палаты; в) третейский суд *ad hoc*, в соответствии с Арбитражным регламентом Комиссии ООН по праву международной торговли (ЮНСИТРАЛ) (ст. 6)⁷.

Но в то же время следует отличать доарбитражный период урегулирования спора от консультаций и переговоров как способа урегулирования спора. Например, в п. 2 ст. 6 ДИД между Украиной и США⁸ предусматривается, что в случае возникновения спора Стороны должны попытаться разрешить его путем консультаций и переговоров, что включает в себя и институт посредничества: стороны могут разрешать споры в инвестиционных отношениях с помощью содействия третьей стороны. На практике существует несколько разновидностей медиации. Посредничество может быть предлагаемым, то есть осуществляемым по инициативе третьей стороны, или испрашиваемым, то есть инициируемым самими спорящими сторонами; индивидуальным или коллективным и т.д. Как видно из контекста Договора, здесь подразумевается испрашиваемое посредничество, то есть спорящие стороны сами по взаимной согласованности при-

глашают третью сторону на досудебный этап урегулирования инвестиционного спора.

Если инвестиционное соглашение не содержит положений, относящихся к урегулированию разногласий, рассматриваемые споры будут разрешаться аналогично спорам, основанным на обычных нормах международного права, т.е. в национальных судах принимающего инвестиции государства, а затем, возможно, с применением института дипломатической защиты⁹.

Обычная норма международного права предусматривает, что в случае возникновения спора между государством, принимающим инвестиции, и инвестором спор становится предметом защиты со стороны государства инвестора, только когда все внутренние средства правовой защиты, согласно законодательству принимающей стороны, будут полностью исчерпаны.

По этому поводу Международный Суд ООН в решении по делу *Interhandel*¹⁰ установил, что до обращения с жалобой в Международный Суд в подобных случаях необходимо предоставить возможность государству, где имело место нарушение, исправить данное нарушение собственными средствами, предусмотренными в национальном законодательстве. В решении по делу *Elsi* между США и Италией Международный Суд ООН назвал данную норму «фундаментальным принципом» урегулирования международных споров. Вместе с тем Международный Суд признал, что государства могут по взаимному согласию отказаться от применения данного принципа, но их отказ должен быть явным, а не подразумеваемым¹¹.

Ряд двусторонних международных договоров рекомендует договаривающейся стороне и инвестору договаривающейся стороны отрегулировать возникшие споры путем кон-

⁷ Угода між Урядом України та Урядом Республіки Албанія про сприяння та взаємний захист інвестицій від 25.10.2002. URL: https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/008_004#Text.

⁸ Договір між Україною та Сполученими Штатами Америки про заохочення та взаємний захист інвестицій від 04.03.1994. URL: https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/840_419#Text.

⁹ Фархутдинов И.З. Международное инвестиционное право и процесс. Москва : Проспект, 2010. 415 с. С. 281–282.

¹⁰ Trunk A. Legal Issues of Foreign Investment in Transition Countries. *Osteuroforshund*. 2007. Band 47. 457 p. P 77–78.

¹¹ Ltc.

сультаций. В международной практике применяются две разновидности консультаций: факультативные и обязательные. Факультативными являются консультации, к которым стороны в споре прибегают по взаимному согласию. Обязательные консультации – это такие, применение которых при определенных условиях предусмотрено в международном договоре по требованию любой стороны спора. В международно-правовой доктрине обязательные консультации получили название договорных¹².

Договорные консультации являются самостоятельным способом урегулирования споров и характеризуются следующими главными особенностями. Во-первых, они обусловлены заранее взятым обязательством сторон консультироваться между собой в целях разрешения обозначенных в договоре споров. Во-вторых, такие консультации имеют обязательный характер в том смысле, что они должны проводиться при наличии соответствующих обязательств по требованию любой из сторон, связанной обязательством о консультациях. В-третьих, в ходе консультации стороны должны советоваться друг с другом как равные, гармонизировать, а не противопоставлять свои позиции.

Теперь остановимся на тех соглашениях, которые требуют, чтобы споры между одной из договаривающей стороны и инвестором другой договаривающейся стороны по возможности решались путем консультаций. Например, ст. 8 Соглашения Украины со Швейцарской Конфедерацией содержит следующее: «В целях дружественного разрешения споров между Договаривающейся Стороной и инвестором другой Договаривающейся Стороны без ущерба для статьи 10 настоящего Соглашения (касающейся споров между

Договаривающимися Сторонами) между сторонами в споре будут проводиться консультации». Таким образом, механизм проведения консультаций применяется наряду с иными вышеперечисленными способами разрешения споров.

Выводы

Многообразие способов защиты нарушенных прав иностранного инвестора дает истцу альтернативы для наиболее благоприятной процедуры разрешения инициированного инвестиционного спора и восстановления нарушенных прав. Однако применение того или иного средства разрешения спора может зависеть не только от желания самого инвестора, но и от особенностей национального законодательства участников спора, оговорки, прописанной в ДИД, предмета спора и т.д.

Нельзя не отметить, что наличие в двухсторонних инвестиционных договорах оговорки относительно досудебного разрешения возникающих противоречий и желание проведения консультаций и переговоров могут снизить эскалацию конфликтных ситуаций при их возникновении. Многие субъекты инвестиционной деятельности, избегая издержек в ходе разрешения споров в судебном/арбитражном порядке, вначале прибегают к консилиационной процедуре. Как правило, подавляющее большинство инвестиционных соглашений предусматривает именно такой начальный способ разрешения разногласий. В данном случае идет речь об эффективности таких методов. Как правило, при незначительных убытках стороны приходят к мирному разрешению существующих разногласий. Данный фактор должен снизить количество судебных/арбитражных процедур и научить стороны находить паритет при осуществлении ими инвестиционной деятельности.

¹² Шаов И.К. Международный правопорядок и пути его совершенствования : дисс. ... канд. юрид. наук. Москва, 2004. С. 176–177.