Канг Тайвук*

Урегулирование споров между иностранными инвесторами и государством, принимающим инвестиции: на примере соглашения о свободной торговле между Южной Кореей и Соединенными Штатами Америки

Аннотация. *В статье рассмотрены проблемы урегулирования споров между инвесторами и государством (ISDS) посредством инвестиционного арбитража. Автор специально акцентирует внимание на проблемах в рамках двусторонних инвестиционных соглашений (ДИС) и соглашений о свободной торговле (FTA). Международные инвестиционные споры, о которых идет речь в этой статье, возникают между иностранными инвесторами и государством, принимающим инвестиции. Урегулирование споров между инвесторами и государством (ISDS) — это процесс урегулирования таких споров посредством арбитража. Иными словами, это «действия третьего лица, выступающего в качестве посредника между сторонами спора, по рассмотрению и урегулированию такого спора». Если действительно разумно и справедливо разрешать споры с помощью этого метода, такие развитые страны, как США и Австралия, не отказались бы от него. Таким образом, система инвестиционного арбитража не доказала свою стабильность на международном уровне.*

Ключевые слова: *урегулирование споров между инвесторами и государством (ISDS), двусторонние инвестиционные соглашения (ДИС), соглашение о свободной торговле, международный арбитражный процесс (FTA), инвестиционный арбитраж, международный центр по урегулированию инвестиционных споров (МЦУИС), экспроприация, прямые иностранные инвестиции (ПИИ), исключительные привилегии, североамериканская зона свободной торговли (НАФТА).*

DOI: 10.17803/1994-1471.2017.83.10.182-188

Решение спорных вопросов, которые могут возникать между иностранными инвесторами и государством, принимающим инвестиции, в рамках системы Урегулирования споров между инвесторами и государством (далее — ISDS)[1], как правило, не через судебное производство, а посредством арбитражного разбирательства, определяется как «действия третьего

[1] ISDS: Investor-State Dispute Settlement.

© Канг Тайвук, 2017

* *Канг Тайвук*, аспирант кафедры международного частного права Московского государственного юридического университета имени О.Е. Кутафина (МГЮА)
twkang3@hotmail.com
125993, Россия, г. Москва, ул. Садовая-Кудринская, д. 9

лица, выступающего в качестве посредника между сторонами спора, по рассмотрению и урегулированию такого спора».

Тот факт, что ISDS является средством частного разрешения споров, в то время как урегулирование в судебном порядке представляет собой вариант разрешения конфликта посредством официальных организаций (судов), определяет принципиальную разницу между этими процедурами. ISDS представляет собой систему урегулирования инвестиционных споров, принятую в рамках двусторонних инвестиционных соглашений (далее — ДИС)[2] и соглашений о свободной торговле (далее — FTA)[3]. Иными словами, ISDS — это процедура урегулирования споров, которая допускает выбор между разбирательством в национальном суде и международным арбитражем, если инвесторы считают, что понесли убытки в результате нарушения обязательств по защите их интересов, прописанных в инвестиционном договоре с государством, привлекающим инвестиции. Поскольку инвесторам предоставляется возможность выбора между национальными судами и международным арбитражным разбирательством, большинство инвесторов отдают предпочтение процедуре международного арбитража, хотя в отдельных случаях могут выбирать и национальные суды. Это вызвано тем, что национальные суды более расположены принимать сторону государства — получателя инвестиций, и, соответственно, от них трудно ждать беспристрастности. Ввиду этого основной объем производства в системе ISDS приходится на международные арбитражные процессы, и главная проблема состоит в том, чтобы определить, является ли арбитражное разбирательство при участии инвестора и государства справедливой и разумной практикой.

Международное арбитражное производство как таковое подразделяется на межгосударственный арбитраж и международный коммерческий арбитраж и служит для урегулирования международных торговых споров между государствами, физическими лицами или между государством и физическим лицом, где государство как сторона арбитража выступает в первом случае в качестве суверенного субъекта права, а во втором случае — в качестве частного лица (корпорации).

Что касается противоречивой практики арбитражного разбирательства в рамках ISDS, то, поскольку государства участвуют в этой системе в качестве суверенов, действующих на основании инвестиционных договоров, данную систему принято называть «инвестиционным арбитражем», чтобы отличить ее от международного коммерческого арбитража. Таким образом, в данной статье рассматривается порядок проведения инвестиционного арбитража на примере соглашения о свободной торговле между Южной Кореей и Соединенными Штатами Америки[4] в числе целого ряда подобных соглашений.

Согласно условиям FTA между Южной Кореей и США, если инвестор считает, что понес убытки в результате нарушения корейским правительством статей о защите интересов инвестора, он имеет право предварительно в течение шести месяцев провести обсуждение и согласование этого вопроса с корейским правительством с целью его возможного урегулирования. Если вопрос не будет урегулирован, инвестор подает исковое заявление в Международный центр по урегулированию инвестиционных споров (далее — МЦУИС)[5], который автоматически инициирует процедуру арбитража. Затем корейское правительство и американский инвестор, каждый со своей стороны, назначают по одному арбитру из числа ранее зарегистрированных арбитров, и два арбитра, назначенных взаимно, согласовывают кандидатуру третьего арбитра, который будет выступать в качестве председателя суда. После этой процедуры арбитражный суд, состоящий

[2] BIT: Bilateral Investment Treaties.

[3] FTA: Free Trade Agreement.

[4] United States-Korea FTA. URL: https://ustr.gov/trade-agreements/free-trade-agreements/korus-fta, URL: https://en.wikipedia.org/wiki/Free_trade_agreement_between_the_United_States_of_America_and_the_Republic_of_Korea (дата обращения: 26 ноября 2016 г.).

[5] ICSID: International Centre for Settlement of Investment Disputes // URL: https://icsid.worldbank.org/apps/ICSIDWEB/icsiddocs/Pages/ICSID-Convention.aspx (дата обращения: 26 ноября 2016 г.).

из трех арбитров, считается сформированным, и начинается полномасштабная процедура слушания дела. Поскольку Южная Корея и Соединенные Штаты являются членами МЦУИС, инвестиционный арбитраж обычно проводится в соответствии с порядком урегулирования споров, принятым МЦУИС, за исключением особых случаев, предусмотренных FTA между Южной Кореей и США.

Проблематика ISDS требует рассмотрения прежде всего в аспекте различий между материальным правом и процессуальным правом. В частности, в доктрине делается оговорка о фактической необходимости принять во внимание тот факт, что существующие проблемы в отношении ISDS должны рассматриваться путем разграничения их применимости на основе материального права и на основе процессуального права[6]. Иначе говоря, поскольку урегулирование споров между инвестором и государством является процедурой разрешения конфликтов путем выявления возможного нарушения «норм материального права, включая обязанности по защите интересов инвесторов (например, предоставление национального режима (НР), режима наибольшего благоприятствования (РНБ), обеспечение справедливого и равного отношения и регулирование порядка экспроприации и компенсации)», а также «инвестиционных мер, имеющих отношение к торговле (ТРИМС), «наиболее противоречивые из таких принципов, включая косвенную экспроприацию»[7], являются проблемой теории материального права, которая возникла из практики «регулятивного захвата», применяемой США.

«Экспроприация» подразумевает прямое нарушение правительством прав собственности физического лица (корпорации), тогда как «косвенная экспроприация» расширяет общую концепцию «экспроприации», включая в себя те случаи, когда инвесторы терпят убытки из-за принципов государственной политики без осуществления правительством каких-либо мер в виде прямой конфискации или номинальной передачи имущества.

Эти руководящие принципы об экспроприации, содержащиеся в судебных решениях, которые стали прецедентными относительно косвенной экспроприации, были сформулированы на основании «решения Верховного Суда Соединенных Штатов по делу Penn Central № 116»[8]. Хотя в целом правила FTA применяются по отношению к обеим договаривающимся сторонам, нередко бывает так, что в результате применения упомянутых правил исключительные привилегии[9] достаются только некоторым сторонам, как, например, в случае защиты имущественных прав инвесторов.

По этой причине Австралия, при заключении FTA с США, исключила из состава соглашения статьи, касающиеся ISDS. Более того, проблема признания косвенной экспроприации в рамках FTA рассматривается отдельно от вопроса о том, следует ли урегулировать данный спор в национальных судах или в рамках системы международного арбитража. Требования о компенсации в случае косвенной экспроприации и статьи соглашения, касающиеся ISDS, вполне могут подразумевать вторжение в правовую систему конкретных суверенных стран, основанную на их истории и традициях.

---

6 См.: *Gerdy K. B.* What is the Difference between Substantive and Procedural Law? Pennsylvania: Temple University, Perspectives: Teaching Legal Research and Writing. 2000. Vol. 9. P. 1—4.

7 См.: *Nikièma S. H.* Indirect Expropriation, Best Practices Indirect Expropriation, International Institute for Sustainable Development (IISD). 2012. P. 5—11 // URL: http://www.iisd.org/pdf/2012/best_practice_indirect_expropriation.pdf (дата обращения: 26 ноября 2016 г.).

8 Penn Central Transportation Co. v. New York City, 438 U.S. 104, 57 L. Ed. 2d 631, 98 S. Ct. 2646, 1977 // URL: https://law.resource.org/pub/us/case/reporter/US/438/438.US.104.77-444.html (дата обращения: 26 ноября 2016 г.).

9 Примеры исключительных привилегий в случае ССТ между Южной Кореей и США: США имеет привилегии в области сельского хозяйства, инвестиций, банковского дела, культуры (особенно фильмов), медицинских и фармацевтических продуктов и т.д. В то же время Южная Корея имеет привилегии в области электронных компонентов, бытовой техники, кораблестроения и т.д. В целом США имеет больше привилегий, чем Южная Корея. Особенно развитые страны имеют много привилегий среди развитых и развивающихся стран.

По этой причине в Канаде и Южной Корее возникали спорные вопросы относительно применения статей соглашения, касающиеся ISDS, в связи с нарушением конституции.

Ниже приводятся возражения относительно принципов, обосновывающих предположение о конструктивности и справедливости практики урегулирования споров посредством инвестиционного арбитража.

Во-первых, самым весомым доводом в пользу существующего механизма инвестиционного арбитража является высокая вероятность несправедливого решения со стороны национальных судов. Являясь частью государства, привлекающего инвестиции, национальные суды склонны защищать интересы самого государства, поэтому иностранным инвесторам трудно ожидать справедливого разбирательства. Таким образом, сторонники системы заявляют, что инвестиционный арбитраж представляет собой суд, в равной мере нейтральный по отношению к инвесторам и государствам — получателям инвестиций и способный обеспечить справедливое разрешение конфликта. Однако несмотря на то, что беспокойство иностранных инвесторов по поводу несправедливого отношения представляется до некоторой степени оправданным, это не может являться достаточным основанием для принятия существующего порядка международного арбитражного разбирательства. Иначе говоря, для этого также требуется подтверждение того, что практика международного арбитражного производства сама по себе является справедливой и разумной. Если существующая практика международного арбитража отнюдь не конструктивна и ущемляет интересы государств, данная система требует крайне взвешенного подхода. Кроме того, наиболее важной причиной для обращения в национальные суды является гарантия правового суверенитета. Таким образом, в случае предполагаемого отказа от правового суверенитета государству необходимо знать, какие выгоды оно получит в результате такого отказа. Если для государства не предусмотрена соответствующая привилегия, ему не следует безосновательно уступать свои права.

Во-вторых, задача обеспечения высокого уровня защиты для иностранных инвесторов путем заключения договоров о защите инвестиций основывается на понятии о том, что такой институциональный механизм может способствовать притоку иностранных инвестиций в страны, ищущие инвесторов. Однако в этой связи существуют как положительные, так и отрицательные теории, обоснованные различными эмпирическими исследованиями, которые ставят своей целью определить, помогают ли инвестиционные договоры увеличивать приток иностранных инвестиций; это, в свою очередь, предполагает отсутствие однозначного ответа относительно данного аргумента. Вместе с тем существует множество факторов, способствующих притоку иностранных инвестиций, помимо дополнительной защиты интересов инвесторов в рамках инвестиционных договоров. К ним относятся: потенциал экономического роста, величина рынков, низкий уровень заработной платы и богатство природных ресурсов соответствующего государства. При этом эмпирический отбор факторов, которые обусловили решение корпораций о вложении капитала, и оценка степени их важности представляют собой исключительно сложную задачу. В частности, еще более сложной задачей является поиск эмпирических исследований, показывающих, что введение практики инвестиционного арбитража активизировало приток иностранных инвестиций. Так, пример Китая показывает, что инвестиционные договоры или внедрение инвестиционного арбитража существенно не влияют на объем иностранных инвестиций. Проще говоря, даже при том, что Китай не обеспечивает инвесторам высокую степень правовой защиты, и, напротив, заключил инвестиционные договоры с определенными ограничениями в части инвестиционного арбитража (например, ограничение объектов арбитражных правоотношений и обязательная процедура применения средств защиты в национальных административных органах), Китай тем не менее привлекает самый большой в мире объем прямых иностранных инвестиций (ПИИ)[10]. Хотя Китай не вступал в свой первый ДИС до 1982 г.[11], за последние 30 лет Китай подписал значитель-

[10] FDI: Foreign Direct Investment.

[11] China-Sweden FTA, 1982.

ное количество ДИС. В данный момент, имея более чем 128 ДИС, он занимает второе место в Германии (160 ДИС)[12]. Являясь крупнейшим получателем прямых иностранных инвестиций (ПИИ) среди развивающихся стран, Китай все чаще становится основным источником ПИИ со значительным обьемом китайских инвестиций в Африке и Азии[13].

В-третьих, процедура МЦУИС, принятая в существующей практике инвестиционных договоров для урегулирования споров между инвесторами и государством, представляет собой порядок разрешения споров, направленный на их рассмотрение в аспекте распределения коммерческой выгоды между сторонами, т.е. в качестве торговых споров. В свою очередь, споры, решаемые в настоящее время посредством инвестиционного арбитража, затрагивают законность регулятивных мер, принимаемых государствами, выступающими в качестве суверенных субъектов права в отношении своих национальных интересов, включая политику в отношении окружающей среды, трудовых ресурсов, водоснабжения, недвижимости, налогообложения и средств массовой информации (в связи с чем такие споры классифицируются как регулятивные). К числу таких регулятивных споров относятся споры с государственными органами, которые в контексте национального права становятся объектами торгово-административного производства и как таковые рассматриваются не в коммерческих арбитражных судах, а в судах по административным делам. Соответственно, поскольку объекты инвестиционного арбитража не являются предметом торговых споров, может в принципе оспариваться и их подсудность арбитражу. (Не каждый спор урегулируется путем арбитража, а национальное право каждого государства предусматривает, что арбитражное разбирательство применимо только для торговых споров. Таким образом, в каждом случае, когда используется практика арбитража, проводится анализ ее применимости.) Во избежание данной проблемы и для применения процедуры международного коммерческого арбитража споры, основанные, по сути, на торговых соглашениях, по закону переводятся в разряд торговых споров в силу следующего принципа: «Исковое заявление, поданное в арбитражный суд на основании данного раздела, считается вытекающим из коммерческих взаимоотношений или сделки в контексте статьи 1 Нью-Йоркской конвенции»[14], как определено в разделе об инвестициях FTA между Южной Кореей и США[15]. Тем не менее, учитывая, что факт вынужденного признания споров торговыми спорами в рамках FTA между Южной Кореей и США фактически не меняет характера самих споров, неизбежно сохраняются известные разногласия.

В-четвертых, при рассмотрении вопроса о том, что инвестиционный арбитраж является всемирным стандартом, следует начать с того, что концепция всемирного стандарта является весьма расплывчатой, и даже если данная практика будет признана в качестве всемирного стандарта, это не означает, что нам необходимо ее внедрять. Более того, сам факт, что FTA между Австралией и США допускает разрешение инвестиционных споров между инвесторами и государством в национальных судах обеих стран и исключает международные арбитражные разбирательства, предусмотренные FTA между Южной Кореей и США, доказывает, что данная система — это система, принятая под давлением, в первую очередь для того, чтобы обеспечить максимальную защиту интересов стран, экспортирующих капитал, и их инвесторов. Получается, что в условиях, когда концепция инвестиционного арбитража уже была оспорена по всему миру после введения в действие НАФТА

[12] ICSID, Database of Bilateral Investment Treaties // URL: https://icsid.worldbank.org/apps/ICSIDWEB/resources/Pages/Bilateral-Investment-Treaties-Database.aspx?tab=AtoE&rdo=TCN (дата обращения: 26 ноября 2016 г.).

[13] UNCTAD, World Investment Report 2007 (United Nations: Geneva: 2007) [WIR 2007]. P. 41—44.

[14] Конвенция о признании и приведении в исполнение иностранных арбитражных решений (Нью-Йорк, 1958 г.) // URL: http://www.uncitral.org/uncitral/ru/uncitral_texts/arbitration/NYConvention.htm ; URL: http://www.uncitral.org/pdf/russian/texts/arbitration/NY-conv/New-York-Convention-R.pdf (дата обращения: 26 ноября 2016 г.).

[15] United States-Korea FTA. Ст. 11.26 // URL: https://ustr.gov/sites/default/files/uploads/agreements/fta/korus/ asset_upload_file587_12710.pdf (дата обращения: 26 ноября 2016 г.).

(Североамериканское соглашение о свободной торговле)[16], США, являющиеся основным проводником данной теории, сами признали ее недостатки, когда охотно отказались от применения соответствующей системы в рамках FTA между Австралией и США. Если бы эта система в действительности была справедливой и разумной, развитые страны, такие как США и Австралия, не стали бы от нее отказываться.

Более того, учитывая, что существующий порядок инвестиционного арбитража не является справедливым, Боливия уже в мае 2007 г. заявила о своем выходе из членства в Конвенции МЦУИС[17], которая последовательно становится объектом враждебности со стороны международной общественности. В результате система инвестиционного арбитража так и не стала апробированной практикой урегулирования споров, получившей устойчивое международное распространение.

Например, в случае с Южной Кореей можно с большей уверенностью сказать, что, несмотря на существовавшую ранее активную практику заключения инвестиционных договоров и соглашений о свободной торговле, предусматривавших применение инвестиционного арбитража, проблема ISDS не рассматривалась серьезно до FTA между Южной Кореей и США. Следует, однако, отметить, что ввиду более ощутимого влияния FTA между Южной Кореей и США в сравнении с предыдущей системой инвестиционного арбитража, основанной на принципах ДИС, вопросы ISDS получают все более широкое освещение.

Сто́ит упомянуть, что проблема арбитража в рамках инвестиционных договоров не ограничивается сферой интересов Южной Кореи, а напрямую затрагивает многие страны, заинтересованные в заключении торговых соглашений.

БИБЛИОГРАФИЯ

1. Bolivia declared withdrawal from the ICSID Convention // URL: http://www.herbertsmithfreehills.com/-/media/HS/L-190112-18.pdf, http://www.transnational-dispute-management.com/article.asp?key=1076.
2. Convention on the Recognition and Enforcement of Foreign Arbitral Awards (New York Convention, 1958) // URL: http://www.uncitral.org/uncitral/en/uncitral_texts/arbitration/NYConvention.html, http://www.uncitral.org/pdf/english/texts/arbitration/NY-conv/New-York-Convention-E.pdf.
3. *Gerdy K. B.* What is the Difference Between Substantive and Procedural Law? — Pennsylvania : Temple University, Perspectives: Teaching Legal Research and Writing. — 2000. — Vol. 9.
4. International Centre for Settlement of Investment Disputes (ICSID Convention, 1965) // URL: https://icsid.worldbank.org/apps/ICSIDWEB/icsiddocs/Pages/ICSID-Convention.aspx.
5. *Nikièma S. H.* Best Practices Indirect Expropriation, International Institute for Sustainable Development (IISD). 2012 //URL: http://www.iisd.org/pdf/2012/best_practice_indirect_expropriation.pdf.
6. United States-Korea FTA // URL: https://ustr.gov/trade-agreements/free-trade-agreements/korus-fta, https://en.wikipedia.org/wiki/Free_trade_agreement_between_the_United_States_of_America_and_the_Republic_of_Korea.

Материал поступил в редакцию 28 февраля 2017 г.

[16] NAFTA: North American Free Trade Agreement.

[17] Боливия объявила о выходе из членства Конвенции МЦУИС // URL: http://www.herbertsmithfreehills.com/-/media/HS/L-190112-18.pdf, URL: http://www.transnational-dispute-management.com/article.asp?key=1076 (дата обращения: 26 ноября 2016 г.).

SETTLEMENT OF DISPUTES BETWEEN FOREIGN INVESTORS AND THE STATE RECEIVING INVESTMENTS: FOLLOWING THE EXAMPLE OF THE FREE TRADE AGREEMENT BETWEEN SOUTH KOREA AND THE UNITED STATES OF AMERICA

Kang Tae Wook — Postgraduate of the Department of Private International Law Kutafin Moscow State Law University (MSAL)
twkang3@hotmail.com
125993, Russia, Moscow, Sadovaya-Kudrinskaya Str., 9

Abstract. *The article considers the problems of investor-State dispute settlement (ISDS) through investment arbitration. The author specifically focuses on problems within the framework of bilateral investment treaties (BIT) and free trade agreements (FTA). International investment disputes, which this article refers to, arise between foreign investors and the State receiving investment. Investor-State dispute settlement (ISDS) is the process of the settlement of such disputes by arbitration. In other words, it is a "third person acting as an intermediary between the parties in dispute, to hear and settle such dispute." If such disputes were settled in a really reasonable and fair manner by means of this method, the developed countries such as the United States and Australia would not have refused it. Thus, the system of investment arbitration has not proved its stability at the international level.*

Keywords: *investor-State dispute settlement (ISDS), bilateral investment treaties (BIT), Free Trade Agreement (FTA), international arbitration process, investment arbitration, International Centre for Settlement of Investment Disputes (ICSID), expropriation, foreign direct investment (FDI), exclusive privileges, North American Free Trade Area (NAFTA).*