

Мазаракі Н.А.

кандидат юридичних наук, доцент кафедри міжнародного приватного, цивільного та комерційного права Київського національного торговельно-економічного університету

Mazaraki N.A.

PhD in Law, associate professor of International private, civil and commercial law department, Kyiv National University of Trade and Economics

ПЕРСПЕКТИВИ ЗАПРОВАДЖЕННЯ АЛЬТЕРНАТИВНИХ МЕТОДІВ ВИРІШЕННЯ ІНВЕСТИЦІЙНИХ СПОРІВ

Наявність неупередженого, професійного та швидкого механізму вирішення інвестиційних спорів залишається одним із чинників інвестиційної привабливості України. Водночас, поточна ситуація в цій сфері є несприятливою для іноземних інвесторів, які відчують невпевненість у можливості захисту своїх прав та інтересів у вітчизняних судах. Вказане знижує інвестиційну привабливість України, про що свідчать відповідні рейтинги.

Використання міжнародних інструментів захисту прав інвесторів, згідно із міжнародними угодами України про заохочення та взаємний захист інвестицій, також не позбавлено недоліків. Наведене підвищує актуальність розвитку альтернативних методів вирішення інвестиційних спорів, у тому числі, медіації. Про це свідчить також і світова практика, зокрема, діяльність Європейської Комісії (запровадження медіації для вирішення інвестиційних спорів на внутрішньому ринку), міжнародних організацій (Енергетичної Хартії, Комісії ООН з міжнародного права, Міжнародної асоціації юристів). Положення про застосування альтернативних методів вирішення спорів включені й до Угоди про Асоціацію між Україною та Європейським Союзом.

Проект Закону України “Про медіацію” прийнятий лише в першому читанні, тому наукова дискусія щодо механізмів запровадження цього виду вирішення спорів, вивчення можливостей та механізмів використання медіації при вирішенні інвестиційних спорів в Україні, є надзвичайно актуальним.

Сутності та видам інвестиційних спорів присвячено роботи таких вітчизняних науковців, як І. Злакомана, О. Вінник, Н. Рубінс, К. Шроєр, Н.

Сорнарайях, А.Н. Попкова, І.З. Фархутдінова. Теоретичні та практичні аспекти запровадження медіації в Україні висвітлювалися Л.Романадзе, В.Яковлєвим, О.Хрімлі, Д.Проценко та іншими. Водночас, саме особливості застосування медіації при вирішенні інвестиційних спорів не приділено достатньо уваги.

Поняття інвестиційного спору було запроваджено Конвенцією «Про порядок вирішення інвестиційних спорів між державами та іноземними особами», прийнятої у Вашингтоні 18.05.1965 р. [1], яку Україна підписала 3 квітня 1998 р. і Законом України № 1543-III від 16 березня 2000 р. ратифікувала без будь-яких застережень [2].

Відповідно до ст. 25 цієї конвенції до категорії інвестиційних належать спори, що виникають у зв'язку з прямими іноземними інвестиціями між договірною державою і особами інших договірних держав, а саме:

а) інвестиційні спори, які виникають із відносин, пов'язаних з іноземними інвестиціями;

б) спори, що виникають між договірною державою і іноземним приватним інвестором;

в) правові спори, що стосуються сутності й обсягу юридичних прав і обов'язків сторін, умов і розмірів компенсації за порушення зобов'язань за даним інвестиційним контрактом [1].

Ст. 26 Закону України «Про режим іноземних інвестицій» передбачає, що спори між іноземними інвесторами і державою з питань державного регулювання іноземних інвестицій та діяльності підприємств з іноземними інвестиціями підлягають розгляду в судах України, якщо інше не визначено міжнародними договорами України [3].

Судової статистики щодо розгляду господарськими судами інвестиційних спорів не публікується, водночас, за словами заступника голови Вищого господарського суду України Г. Кравчука, у 2015 році найбільша кількість спорів за участю іноземних інвесторів (підприємств з іноземними інвестиціями) розглядалася господарським судом міста Києва та господарським судом Миколаївської області. Предметом розгляду спорів, що розглядалися господарськими судами за участю іноземних інвесторів, найчастіше були:

- стягнення заборгованості за продукцію, товари, послуги;
- розірвання та визнання недійсними договорів підряду, оренди, купівлі-продажу тощо;
- захист права власності;
- визнанням недійсними рішень загальних зборів товариств та інші спори з корпоративних відносин;

- визнання недійсними рішень АМК України;
- землекористування;
- банківська діяльність;
- захист інтелектуальної власності тощо [4].

До відомих недоліків функціонування вітчизняної судової системи, від яких залежить якість та швидкість вирішення інвестиційних спорів, слід віднести і неефективне та повільне виконання судових рішень. Виконавча служба, відмовляючи у виконанні відповідного рішення в більшості випадків, вказує на формальні підстави: неправильно оформлені виконавчі документи, відсутність апостиля, неправильно оформлену довіреність на представлення інтересів, та інші формальні помилки, які можуть припускати представники інвестора.

Розгляд інвестиційних спорів у міжнародному арбітражі, зокрема, також не позбавлений негативних аспектів. В першу чергу, це стосується грошових та часових витрат, браку конфіденційності тощо. Міжнародний центр з врегулювання інвестиційних спорів крім арбітражу, примирювальної процедури та експертизи також пропонує медіацію як альтернативний метод вирішення інвестиційних спорів [5].

Вказані недоліки судової та арбітражної форм вирішення інвестиційних спорів призводять до спроб застосування альтернативних методів вирішення спорів, як і з боку міжнародних організацій, так і окремих держав.

В Україні також були спроби знайти нові шляхи та механізми вирішення інвестиційних спорів, але успішними вони не були. Так, у 2004 році Кабінетом міністрів України було створено Комісію із сприяння досудовому врегулюванню спорів між інвесторами та органами виконавчої влади (але вже через рік вона була ліквідована) [6].

Відомі також намагання місцевої влади створити механізми вирішення інвестиційних спорів. Зокрема, Розпорядженням Київської міської державної адміністрації №1980 від 24 жовтня 2003 року, було створено Комісію з досудового врегулювання спорів, що виникли між інвесторами, органами місцевого самоврядування та їх структурними підрозділами у місті Києві [7]. При Вінницькій обласній державній адміністрації була створена Комісія із сприяння досудовому врегулюванню спорів між інвесторами та органами виконавчої влади і місцевого самоврядування [8].

Але до складу цих комісій входили посадові особи виконавчих органів влади, які навряд чи мали спеціальні знання, досвід та зацікавленість у вирішенні інвестиційного спору.

З метою підвищення рівня професійності у розгляді інвестиційних спорів лунали пропозиції щодо створення спеціальної палати при Вищому господарському суді, яка займатиметься виключно спорами, де однією із сторін виступатиме суб'єкт інвестиційної діяльності. Але така ідея також має багато недоліків та спірних моментів і тому залишається нереалізованою.

Вищевказане дає змогу стверджувати, що Україні слід вивчати іноземну практику альтернативних методів вирішення інвестиційних спорів, у першу чергу, медіації. Саме виважене та законодавчо підкріплене впровадження медіації в інвестиційні правовідносини може стати одним із чинників створення прогнозованого, стабільного та зрозумілого інвестиційного клімату.

Міжнародна асоціація юристів (International Bar Association) у 2012 році затвердила «Правила медіації між інвесторами та державами», які передбачають загальні вимоги та умови проведення медіацій в інвестиційних спорах. Зокрема, правилами передбачається незалежність та неупередженість медіатора, порядок затвердження сторонами кандидатури медіатора (медіаторів). Правила також визначають етапи проведення медіації, забезпечення конфіденційності та приватності процесу медіації, покриття витрат на медіацію [9].

Водночас, досвід та кваліфікація медіатора в інвестиційних спорах стає на перший план. Саме тому Міжнародним інститутом медіації були розроблені критерії компетентності медіаторів в інвестиційних спорах та створюється реєстр медіаторів, які відповідають таким критеріям [10].

Аналогічним чином Енергетична Хартія також формує групу медіаторів «з високими моральними якостями та визнаної компетентності у сфері енергетичних переговорів» для проведення медіацій у рамках процедури вирішення спорів Енергетичної Хартії. У липні 2016 року Конференція Енергетичної Хартії затвердила Керівництво з медіації в інвестиційних спорах (the Guide on Investment Mediation). Цей документ пояснює процес медіації і межі її можливого застосування в сфері інвестиційних відносин. З огляду на впливовість Секретаріату Енергетичної Хартії ця ініціатива є доволі знаковою, адже уряди держав та інвестори мають звернути увагу на можливість застосування медіації при виникненні інвестиційних спорів [11].

Міжнародний центр з вирішення інвестиційних спорів також розпочав роботу із впровадження медіації, навчання медіаторів та проведення спеціалізованих конференцій.

Комісія ООН з права міжнародної торгівлі продовжує роботу над розробкою Конвенції про виконання міжнародних комерційних мирових угод. Вказаний документ повинен урівняти правовий статус арбітражних рішень та мирових угод, що підвищить зацікавленість сторін інвестиційних спорів у медіації [12].

Також слід зазначити, що вирішення інвестиційних спорів у порядку медіації вже включається в положення міжнародних економічних договорів. Наприклад, нещодавно ратифікована Угода між Канадою та ЄС про створення всеосяжної зони вільної торгівлі також містить положення про медіацію.

Більше того, Європейська Комісія планує створити механізм поза-арбітражного вирішення інвестиційних спорів. На думку Єврокомісії, застосування положень двосторонніх угод в сфері інвестицій між державами-членами ЄС та Договору до Енергетичної Хартії, які передбачають виключно арбітражний порядок вирішення спорів, не відповідають праву ЄС. Зокрема, такі арбітражні рішення не підлягають перегляду національними судами та Судом правосуддя ЄС.

Так, у 2017 році Єврокомісія проводить громадські консультації щодо можливих механізмів запровадження медіації для вирішення інвестиційних спорів при цьому не позбавляючи інвесторів права захищати свої інтереси у судовому порядку. Таке обговорення крім формування найбільш прийняттого механізму мирного вирішення інвестиційних спорів повинно привернути увагу всіх учасників інвестиційних відносин до можливостей медіації.

Зокрема, на обговорення винесені такі варіанти запровадження альтернативних методів вирішення інвестиційних спорів: 1) створення мережі національних контактних пунктів в органах влади держав-членів ЄС; 2) створення наднаціональної правової основи медіації інвестиційних спорів (вимоги до медіаторів, визначення видів спорів, до яких може застосовуватися медіація, виконання медіаційних угод, права третіх осіб, співвідношення медіації та судового розгляду); 3) створення постійно діючих медіаційних агентств у кожній державі-члені ЄС, які будуть виконувати адміністративні функції у сфері медіації (наприклад, ведення реєстру медіаторів); 4) створення медіаційного агентства на рівні ЄС [13].

Звісно, незважаючи на роботу з поширення альтернативних методів вирішення інвестиційних спорів з боку міжнародних організацій, навряд чи можна говорити, що медіація буде значно переважати арбітражний розгляд. І насамперед, через чинник обов'язковості виконання медіативних угод (наприклад, порівняно з механізмом, передбаченим Конвенцією

«Про порядок вирішення інвестиційних спорів між державами та іноземними особами»). Водночас, застосування гібридних механізмів вирішення інвестиційних спорів, де поєднується медіація та арбітраж, може покращити якість та ефективність вирішення спорів, поступово підвищувати довіру до медіації. Європейський досвід запровадження медіації в інвестиційних спорах є корисним для України як і з теоретичної точки зору у рамках формування власних механізмів альтернативних методів вирішення інвестиційних спорів, так і в практичних аспектах забезпечення прав українських інвесторів в державах-членах ЄС.

1. *Convention on the settlement of investment disputes between States and nationals of other States. 18.05.1965. Retrieved from: http://zakon3.rada.gov.ua/laws/show/995_060.*
2. *On Ratification of Convention on the settlement of investment disputes between States and nationals of other States: Law of Ukraine on March 16, 2000 № 1547-III. Retrieved from: <http://zakon2.rada.gov.ua/laws/show/1547-14>*
3. *On the Regime of Foreign Investments Law of Ukraine on March 19, 1996 № 93/96-ВР. Retrieved from: <http://zakon3.rada.gov.ua/laws/show/93/96-вр>*
4. *Zheltukhin, E. (2015). Foreign capital comes to the states where proper conditions for its functioning and protection, also by court means, exist. Yur-gazeta.com. Retrieved October 25, 2017, from <http://yur-gazeta.com/interview/inozemniy-kapital-prihodit-u-ti-krayini-de-e-umovi-dlya-yogo-efektivnogo-funkcionuvannya-ta-zahistu-.html>*
5. *Other Alternative Dispute Resolution Mechanisms // . (n.d.). Retrieved October 25, 2017, from <https://icsid.worldbank.org/en/Pages/process/Other-ADR-Mechanisms.aspx>*
6. *On formation of the Commission on pre-trial dispute resolution between investors and state authorities: Decree of the Cabinet of Ministers of Ukraine, 14.04.2004, №500. – Retrieved from% <http://zakon5.rada.gov.ua/laws/show/500-2004-n>*
7. *On formation of the Commission on pre-trial dispute resolution between investors, local authorities and their structural departments in the city of Kyivю Decree of Kyiv City State Administration, 24.10.2003, №1980 – Retrieved from: <http://www.kreschatic.kiev.ua/ua/4848/doc/20090.html>*
8. *On formation at the Vinnytsia Regional State Administration the commission on pre-trial dispute resolution between investors and state and local authorities, 01.08.2005, №302 - Retrieved from: <http://consultant.parus.ua/?doc=03TTP2DB81>*

9. *IBA Rules for Investor-State Mediation* – Retrieved from: <https://www.ibanet.org/Document/Default.aspx?DocumentUid=C74CE2C9-7E9E-4BCA-8988-2A4DF573192C>
10. *IMI Competency Criteria for Investor-State Mediators [PDF]*. (2016, September 19). London: IMI. – Retrieved from: www.imimmediation.org/.../investor-state-mediation.../investor-state-mediation-competete.
11. *The Guide on Investment Mediation*. Retrieved from: <http://www.energycharter.org/fileadmin/DocumentsMedia/CCDECS/2016/CCDEC201612.pdf>
12. *Working Group II of UNCITRAL*. Retrieved October 25, 2017, from http://www.uncitral.org/uncitral/en/commission/working_groups/2Arbitration.html
13. *CONSULTATION DOCUMENT Prevention and amicable resolution of disputes between investors and public authorities within the single market*. Retrieved from: https://ec.europa.eu/info/sites/info/files/2017-investment-protection-mediation-consultation-document_en_1.pdf

Мазаракі Н. А. Перспективи запровадження альтернативних методів вирішення інвестиційних спорів

Запровадження ефективної системи вирішення інвестиційних спорів є запорукою сприятливого інвестиційного клімату та економічного зростання держави. Методи арбітражного розгляду, передбачені багатосторонніми та двосторонніми міжнародно-правовими актами у сфері інвестицій, мають низку недоліків, які спонукають до пошуку альтернативних методів вирішення спорів, можливостей використання медіації. У дослідженні проаналізовано основні напрямки діяльності міжнародних організацій та ЄС з розробки правового поля із вирішення інвестиційних спорів за допомогою медіації: розробка критеріїв професійності медіаторів, реєстрів медіаторів, інституційної мережі медіаційних агенств. Зроблено висновок, про можливість використання таких напрацювань в українському законодавстві та щодо тенденцій розвитку механізмів вирішення інвестиційних спорів.

Ключові слова: інвестиційний спір, медіація, альтернативні методи вирішення спорів.

Mazaraki N. A. Perspectives of alternative methods of investment dispute resolution

Effective system of investment dispute resolution is the basis of incentive investment climate and economic development of a state. Arbitration as a binding dispute settlement mechanism provided by multilateral and bilateral investment treaties has a number of deficiencies and that leads to the search for alternative dispute resolution methods, mediation as the main one. The article analyses the activities of international organisations and the EU in the field of providing legal environment for mediation as the method of investment disputes resolution: evaluating criteria for

Мазаракі Н.А.

mediators, mediators' registers, creating institutional network of mediation agencies. The author concludes that results of such activities could be used in amending ukrainian legislation and on the tendencies in the sphere of investment dispute resolution

Keywords: investment dispute, mediation, alternative dispute resolution.