

Kiek reikalinga investicinio arbitražo reforma?

Dr. Rimantas Daujotas

Doktorantas, Queen Mary University
Advokatas, vyr. teisininkas APB Motieka ir Audzevičius

Tel. +370 627 83842

www.rdaujotas.com

www.motieka.com/team/rimantas-daujotas/

Email: rimantas.daujotas@motieka.com

rimantasdaujotas@gmail.com

Pranešimas ir prezentacija konferencijoje Vilniaus Arbitražo Diena 2017
Dr. Rimantas Daujotas, Vilnius, Spalio 13 d. 2017

[Persisiųsti prezentaciją](#)

Gerbiami kolegos ir svečiai,

Šiandien mūsų tema – investicinio arbitražo reforma.

Iš tiesų, kaip jau ir minėjo mano kolegos, ši reforma palies tiek Europos Sąjungos investuotojus, tiek investuotojus investuojančius Europos Sąjungoje. Ir tai tikrai nėra vien tik kosmetinė reforma. Šia reforma siekiama pakeisti tarptautinių investicinių ginčų sprendimo procesą, kuris gyvavo ir iki šiol gyvuoja jau kelis šimtus metų.

Europos Komisija, kuri yra pagrindinė šios reformos iniciatorė, tradicinį investicinio arbitražo modelį dažnai apibūdina kaip atgyvenusi mechanizmą. Todėl natūraliai kyla klausimas, kodėl investicinio arbitražo mechanizmas, kuris puikiai veikė ištisus šimtmečius, reikalauja tokios reformos? Kodėl jis yra kritikuojamas ir ar tikrai reikia atsisakyti investicinio arbitražo?

Mano manymu, investicinio arbitražo procesas tikrai naudingas ir reikalingas. Tačiau, ar reikėtų jį tobulinti? Tikrai taip. Todėl šiandien aš savo pranešime klausiu kiek iš tiesų reikalinga investicinio arbitražo reforma?

Investicinio arbitražo ištakos

Tam, kad suprasti kodėl investicinis arbitražas pribrendo reformai, reikia turėti omenyje, kad nors tarptautinė investicijų teisė ir laikoma gana nauja teisės šaka, tačiau jos ištakos ir, ypač,

investicinio arbitražo proceso, siekia dar 18 amžių. Tuo laikotarpiu suformuoti tarptautinės investicijų teisės principai iš esmės nepasikeitė iki šių laikų.

Investicinio arbitražo ištakos siejasi tiek su kolonijiniais laikais, kuomet išsivystė pagrindiniai minimalaus užsieniečių užsienyje traktavimo principai, tiek su dekolonizacijos procesu, kurio metu atlikta užsieniečių turto nacionalizacija ir su tuo susiję ginčai padėjo pagrindą atsirasti naujiems daugiašaliams bei dvišaliams tarptautiniams susitarimams dėl investicijų skatinimo ir apsaugos.

Būtent todėl, užsienio investuotojai, kaip ir dabar, dėl natūralių priežasčių ir ypač tam, kad sumažintų politinę riziką, buvo labiau linkę naudotis neutraliu tarptautiniu arbitražu, nei spręsti ginčus valstybės vietos teismuose. Tai ir yra tarptautinio arbitražo esmė.

Šių pokyčių pagrindu ir atsirado investicinis arbitražas, buvo įsteigtas ICSID Tarptautinių investicinių ginčų sprendimo centras Vašingtone.

Investicinis arbitražas suteikė užsienio investuotojams palankų ir patikimą ginčų sprendimo metodą prieš investicijas priimančią valstybę. Iki šiol pagrindiniais investicinio arbitražo privalumais įvardijami: neutralumas, konfidencialumas ir sprendimo įvykdomumas.

a) Neutralumas, kuris pasireiškia tuo, kad 1) investicinis arbitražas pirmiausia yra nuo valstybės, t.y. ginčo šalies, nepriklausomas forumas, 2) abi šalys gali skirti savo arbitražą, o pastarieji išsirenka trečiąjį arbitražą, 3) šalys gali susitarti dėl visų proceso niuansų ir subalansuoti savo interesus, o 4) pats procesas yra depolitizuotas.

b) Konfidencialumas naudingas tuo, kad 1) šalys pačios gali apsibrėžti proceso konfidencialumo ribas; 2) tribunolas gali užtikrinti konfidencialumo laikymąsi, tačiau 3) praktikoje daugeliu atveju visuomenė žino apie vykstančius investicinio arbitražo procesus, o 4) investicinio arbitražo sprendimai ar, netgi kai kuriais atvejais ir posėdžiai, skelbiami viešai.

c) Sprendimo įvykdomumas – pasireiškia tuo, kad 1) ICSID arbitražo atveju, investicinio tribunolo sprendimo nebereikia iš naujo prisipažinti valstybės teismuose, ICSID Konvencijos šalys narės yra įpareigosotos ICSID Konvencijos automatiškai pripažinti investicinio arbitražo sprendimus ir negali naudotis imunitetu, 2) ICSID arbitražo sprendimo panaikinimo pagrindai yra labai limituoti (t.y. neteisėtas tribunolo sudarymas, įgaliojimų viršijimas, korupcija ir netinkamas procesas), 3) ne ICSID investicinio arbitražo atveju, sprendimas pripažįstamas pagal daugelio pasaulio šalių ratifikuotą Niujorko konvenciją, kuri taip pat turi gana limituotus arbitražo sprendimo nepripažinimo pagrindus.

Tačiau, nors visi šie investicinio arbitražo privalumai buvo ir yra labai patrauklūs tarptautiniams investuotojams, tačiau jie visai nepatinka valstybėms priimančioms investicijas ir susilaukiančias vis daugiau ieškinių labai brangiame investiciniame arbitraže.

Investicinio arbitražo kritika

Iš tiesų valstybių pozicijose ėmė ryškėti ši pagrindinė investicinio arbitražo kritika, kuri, kaip mes matome, iš tiesų yra kai kuriais atvejais nukreipta į požymius, kuriuos investuotojai laiko privalumais:

Visų pirma, tai yra:

a) Kritika dėl arbitražo tribunolų atsakomybės –

1) jei teko prieš kelias savaites klausytis Donaldo Trumpo kalbos Jungtinėse Tautose, apart noro visiškai sunaikinti Šiaurės Korėją, JAV prezidentas taip pat išreiškė susirūpinimą dėl niekam neatsakingų tribunolų.

Nors Jungtinės Valstijos, lyginant su Europos Sąjunga, visada buvo investicinio arbitražo pusėje, pasaulyje po truputi įsivyraujant protekcionistinėms nuotaikoms investicinis arbitražas taip pat gavo savo kritikos dalį kaip arbitražas turintis per dideles galias spręsti klausimus susijusius su esminiais valstybių interesais (pavyzdžiui, gamtinių išteklių resursais, tarptautine prekyba, bankine sistema ar aplinkosauga).

Valstybės nori turėti laisvę spręsti šiuos klausimus, keisti reguliavimą, tačiau investiciniai tribunolai tapo tarsi globaliais administraciniais teismais, kuriuose investuotojai gali apskųsti viešosios valdžios sprendimus. Dažnai įsivyravo netgi dvigubas valstybės priimtų teisės aktų patikrinimas, pirmiausia nacionaliniuose teismuose, o po to – investiciniame arbitraže.

b) Taip pat kritikuojamas ir investicinio arbitražo konfidencialumas. Jei jau investiciniai arbitražai gali spręsti valstybei gyvybiškai svarbius klausimus, kodėl tuomet visuomenė negali žinoti, kas sprendžiama už uždarytų durų?

Todėl, nors dauguma investicinio arbitražo sprendimų yra vieši, tačiau visuomenė dažniausiai negali susipažinti su jokiais procesiniais dokumentais, išsakytomis pozicijomis. Tačiau verta pažymėti, kad praktikoje dažniausiai pati valstybė prašo užtikrinti konfidencialumą, o ne investuotojas. Taip pat kritikuojama ir tai, kad investiciniame arbitraže negali dalyvauti ir suinteresuotos grupės, pavyzdžiui, vyriausybės ir nevyriausybės organizacijos.

c) Dažna investicinio arbitražo kritika ir dėl pačių arbitrų. Iš tiesų investiciniame arbitraže, svarbiausiose bylose dažnai skiriami tie patys arbitrai, kurie, iš šono žiūrint, gali netgi atrodyti priklausantys uždaram arbitrų klubui (su maždaug 20-čia narių).

Taip pat kritikuojama ir tai, kad dažnai arbitrai taip pat yra ir advokatai, ir ekspertai, t.y. vienoje byloje atstovauja investuotoją, o kitoje yra arbitražo tribunolo nariai, dar kitoje ekspertai. Dar kiti – atstovauja tik valstybes.

Taip pat dažnais atvejais arbitrai yra didelių advokatų kontorų partneriai, todėl teigiama, kad jų interesai ir ryšiai yra persipynę, todėl kvestionuojamas tokių arbitrų neutralumas. Tai taip pat susiję su tuo, kad, kritikų nuomone, arbitrai netgi patys suinteresuoti, kad būtų kuo daugiau tokių investicinio arbitražo bylų dėl dosnių bylinėjimosi išlaidų.

d) Pastarasis aspektas taip pat susijęs su kritika, kad investicinio arbitražo tribunolai prisiima spręsti klausimus, kurie nėra jų jurisdikcijoje. Pavyzdžiui, sprendžia klausimus kurie jau buvo išspręsti nacionaliniuose teismuose ar pernelyg plačiai interpretuoja investicinių sutarčių normas.

Taip pat kritikuojama ir tai, kad investiciniame arbitraže paprastai nėra galimybės valstybei pateikti priešiškinį.

Tačiau, didžiausia kritika, bent jau Europos Sąjungos mastu, yra tai, kad arbitrai taiko ir aiškina ir Europos Sąjungos teisės normas, nors tokią galią turi tik Europos Sąjungos Teisingumo Teismas. Ši aplinkybė, kaip ir minėjo kolegos, sąlygojo visišką Europos Sąjungos teisės ir tarptautinių investicinių sutarčių konfliktą į kurį aktyviai įsitraukė ir Europos Komisija.

Būtent Europos Komisija, atsižvelgdama į visą išdėstytą investicinio arbitražo kritiką, ypač Europos Sąjungos plotmėje, nusprendė, kad investicinis arbitražas turi būti visiškai reformuotas. Reforma jau yra prasidėjusi, ir kaip jau minėjo kolegos, atsispindi ir naujausiuose laisvosios prekybos susitarimuose.

Taigi, kas keičiama?

Dar 2015 m. pateiktoje koncepcijoje Europos Komisija pasiūlė įsteigti Nuolatinį investicinių ginčų teismą. Taigi, vietoje *ad hoc* konkrečiam atvejui sudaryto arbitražo teismo, planuojama investicinius ginčus spręsti nuolatiniame teisme, kuris turės savo, labiau į teismo nei į arbitražo panašų procesą.

Šiuo metu toks Nuolatinis investicinių ginčų teismas dar tik kuriamas, todėl jo koncepcija dar gali keistis. Kaip pavyzdys, ES ir Kanados CETA susitarimas šiuo metu turi mišrų tradicinio investicinio arbitražo ir teismo modelį.

Tačiau, visgi kalbant apie galiausiai siekiamo sukurti Nuolatinio investicinių ginčų teismo koncepciją, verta aptarti kelis esminius šio būsimo teismo aspektus.

Visų pirma, nebeliks šalių skiriamų arbitrų. Ginčus spręs Teisėjai, kuriuos į šią nuolatinę poziciją paskirs valstybės sudariusios atitinkama laisvosios prekybos sutartį.

Taip pat numatoma ir apeliacinė instancija, šalys galės apskūsti pirmosios instancijos investicinio teismo sprendimą remdamosi trimis ribotais pagrindais: 1) dėl teisinės klaidos, 2) dėl faktinės klaidos ar 3) pagrindais nurodytais ICSID Konvencijos 52 straipsnyje (t.y korupciją, teismo įgaliojimų viršijimas arba sprendimo motyvų nepateikimas).

Taip pat numatomos taisyklės dėl viešo proceso ir suinteresuotų šalių dalyvavimo, skaidrus procesas, apimantis internete prieinamus dokumentus bei trečiųjų šalių teisė įsikišti. Taigi, numatomas procesas bus netgi viešesnis nei nacionaliniuose teismuose ar Europos Sąjungos Teisingumo Teisme.

Be to, norėdamas pareikšti ieškinį Nuolatiname investicinių ginčų teisme, investuotojas turės atsiimti analogiškus ieškinius nacionaliniuose teismuose, taip užtikrinant, kad nevyks paraleliniai procesai.

Kas liečia arbitrus, kurie galiausiai vadinsis teisėjais, jie bus paskirti valstybių ir atsitiktine tvarka, taip pat negalės vienu metu užimti arbitro ir eksperto ar advokato pozicijos.

Galiosiausiai, valstybėms bus suteikta daugiau galios reguliuoti klausimus susijusius su viešuoju interesu, pavyzdžiui, aplinkos apsauga, žmogaus teisėmis, darbuotojų teisėmis ir pan. Visgi, sąžiningo ir lygiaverčio režimo, pilnos apsaugos ir nediskriminavimo bei kompensacijos garantijos investuotojams išliks. Tačiau šios garantijos bus žymiai aiškiau apibrėžtos, taip užkertant kelią plečiamai jas interpretuoti.

Apibendrinant, galima teigti, kad naujasis investicinių ginčų teismas savo struktūra ir esme bus labai panašus į ginčų sprendimo paneles ir apeliacinį komitetą Pasaulio Prekybos Organizacijoje.

Kiek (ar) reikalinga investicinio arbitražo reforma?

Taigi, grįžtant prie šios dienos klausimo – ar ir kiek reikalinga investicinio arbitražo reforma? Galime trumpai palyginti tradicinę investicinio arbitražo sistemą su naujai kuriamą investicinių ginčų teismo sistema.

Kalbant apie neutralumą, iš tiesų kuomet kalbėjome apie investicinį arbitražą, neutralumas ir depolitizuotas procesas, be valstybių narių įsikišimo, buvo vienas didžiausių investicinio arbitražo privalumų. Tačiau, kalbant apie kuriamą Nuolatinį investicinių ginčų teismą, to paties negalėsime pasakyti. Ginčus vis dėlto spręs valstybių narių paskirti teisėjai, kurie ne visada gali būti linkę kurti tarptautinės praktikos palankios dideliems investuotojams, o ne valstybėms.

Konfidencialumas taip pat buvo įvardijamas kaip privalumas investiciniame arbitraže, tačiau nuolatiname investicinių ginčų teisme šios privilegijos teks atsisakyti. Kita vertus, atsižvelgiant į tai, kad ir šiuo metu dauguma investicinių arbitražo bylų yra viešos, viešumas gali pasitarnauti ir nuoseklios teismo praktikos formavimuisi.

Kalbant apie sprendimo įvykdumą, verta paminėti, kad Nuolatinio investicinių ginčų teismo apeliacinė instancija, lyginant su dabartiniais ICSID *ad hoc* komitetais, turės žymiai platesnius peržiūros įgaliojimus, įskaitant ir faktų vertinimo klaidas ir atitinkamų nacionalinės teisės aktų vertinimą, kas priklausomai nuo situacijos gali būti naudinga abejoms ginčo šalims, tačiau sąlygos žymiai ilgesnį ir brangesnį procesą.

Lankstumas, be abejo, Nuolatinis investicinių ginčų teismas tikrai neturės tokio lankstumo, kuri gali pasiūlyti investicinis arbitražas. Todėl šiuo aspektu investicinis arbitražas tikrai naudingesnis.

Jurisdikcija - vienas iš svarbiausių ginči klausimų. Ir šiuo atveju didesnė nauda neabejotinai atiteks valstybei, kuriai bus suteiktos didesnės reguliavimo teisės, o investuotojų garantijų plečiama interpretacija apribota.

Išvados

Taigi, susumuojant rezultatus, galime matyti, kad steigiamas Nuolatinis investicinių ginčų teismas ir pati investicinio arbitražo reforma iš tiesų nėra revoliucija, bet veikiau evoliucija, kuri sąlygos žymiai daugiau tiek procesinių, tiek materialinių teisių valstybei ir, ne drastiškai, bet šiek tiek mažiau garantijų investuotojui.

Iš tiesų galima teigti, kad investicinio arbitražo reforma, jei ji bus įvykdyta tokia apimtimi kuria planuojama, reikš arbitražo kaip ginčų sprendimo būdo tarp investuotojo ir valstybės atsisakymą ir sąlygos perėjimą prie valstybinio teismo modelio.

Prisimenant tai, kad investicinis arbitražas visų pirma atsirado, egzistavo ir buvo sėkmingas (net kelis šimtus metų) būtent dėl to, kad pasiūlė neutralią ir depolitizuotą alternatyvą teismams, galima teigti, kad naujasis Nuolatinis investicinių ginčų teismas gali ir nesusilaukti didelio populiarumo tarp investuotojų norinčių spręsti ginčus prieš valstybes.

Ar tai gali pakenkti Europos Sąjungos, kaip palankaus investuotojams regiono, patrauklumui? Dar sunku prognozuoti.

Vis dėlto, reikėtų nepamiršti, kad pasaulyje vis dar egzistuoja ir iki šiol galioja keli tūkstančiai dvišalių investicijų apsaugos sutarčių, kuriose sutarta spręsti ginčus neutraliame investiciniame arbitraže. Be to, nei ICSID investicinių ginčų centras, nei Stokholmo ar Paryžiaus ICC arbitražas niekur nedings.

Todėl, manyčiau, kad investuotojas norintis investuoti konkrečioje valstybėje visada galės susitarti su valstybe dėl konkretaus ginčų sprendimo būdo ir vietos. Todėl, laikas parodys ar nebus sugrįžta prie senojo investicinių ginčų sprendimo modelio, kuomet privačiuose investuotojo ir valstybės kontraktuose (pavyzdžiui koncesijose) buvo susitariama dėl ginčų sprendimo konkrečiame arbitraže ir tarptautinės teisės, kaip teisės taikomos sutarčiai, taikymo.

Kalbant apie jau pasirašytus susitarimus, tokius kaip CETA, ES ir Singapūro ar ES ir Vietnamo laisvosios prekybos susitarimus, galima konstatuoti, kad šiuose susitarimuose sulygtas veikiau tik hibridinis tradicinio arbitražo ir teismo modelis, tačiau pilna investicinio arbitražo reforma, kokia ji planuojama, dar nėra įvykdyta.

Todėl, atsakant į šios dienos klausimą – ar visgi reikalinga investicinio arbitražo reforma? Teigčiau, kad tikrai reikalinga, tačiau tradicinio investicinio arbitražo modelio atsisakymas, pagal

dabartinę koncepciją, nėra iki galo subalansuotas ir yra palankesnis valstybėms, bet ne investuotojams.

Ačiū už dėmesį.