

ПЕТЕРБУРГСКИЙ МЕЖДУНАРОДНЫЙ ЭКОНОМИЧЕСКИЙ ФОРУМ
16—18 июня 2016

**НАСТОЯЩЕЕ И БУДУЩЕЕ ИНВЕСТИЦИОННОГО АРБИТРАЖА: ВРЕМЯ
ПЕРЕМЕН**

16 июня 2016 г., 14:15—15:30
Павильон G, Конференц-зал G4

Санкт-Петербург, Россия
2016

Модераторы:

Дэвид Голдберг, Партнер, White&Case

Александр Коновалов, Министр юстиции Российской Федерации

Выступающие:

Джекомин ван Хейрсолте-ван Хоф, Генеральный директор, Лондонский международный арбитражный суд

Андрей Лисицын-Светланов, Директор, Институт государства и права, Российская академия наук

Софи Нэпперт, Независимый арбитр по международным спорам

Энтони Хилтон, Финансовый редактор, Evening Standard

А. Коновалов:

Я рад приветствовать вас всех на одной из панелей юбилейного двадцатого Петербургского международного экономического форума, который впервые проходит на этой площадке, в этом конгресс-центре. За последние несколько лет здесь вырос целый город, и у нас есть возможность здесь хорошо поработать. Сегодня нам нужно успеть закончить вовремя, потому что вечером Англия играет против Уэльса. Я не знаю, как мой сомодератор Дэвид Голдберг, партнер и вице-президент лондонского офиса знаменитой компании White&Case, будет выходить из этого положения, как, впрочем, и вся Ассоциация адвокатов Англии и Уэльса. Надеюсь, у них есть какие-то корпоративные процедуры на случай такого конфликта интересов.

Тема нашего обсуждения — настоящее и будущее инвестиционного арбитража. Думаю, актуальность этой темы для экономического форума ни у кого не вызывает сомнений: инвестиционный арбитраж давно стал привычным и даже неизменным атрибутом инвестиционной деятельности и экономической активности крупнейших игроков на мировых экономических рынках. Кажется, здесь и обсуждать нечего. Какие здесь могут быть проблемы? Тем не менее, как показывает практика, проблемы есть, и сегодня институт инвестиционного арбитража подвергается критике, причем как справа, так и слева.

Проарбитрабельные круги и специалисты, которые давно убедились в эффективности и востребованности этого института, настаивают на том, что решения международных инвестиционных арбитражей должны получить больший уровень признаваемости и исполнения в национальных юрисдикциях, и предлагают сделать признание этих решений и обращение к исполнению чуть ли не автоматическими. Однако даже в этих кругах инвестиционный арбитраж критикуют за довольно серьезную дороговизну услуг. От критиков слева мы слышим, что инвестиционные арбитражи стали непрозрачными, во многом тенденциозными, часто политизированными. К

сожалению, примеров таких арбитражных решений довольно много, в том числе по ряду знаменитых дел, в которых Россия принимала участие за последние годы, часто не по своей воле. Бывают и откровенно странные решения, не оставляющие после себя ничего кроме вопросов. Мы все помним, как никому не известный арбитраж на Кипре присудил взыскание с Российской Федерации в пользу неизвестного истца. Подобные решения не укладываются ни в какие параметры международных процедур и, разумеется, должны обжаловаться в национальных судах.

Я недаром вспомнил про футбол, начиная свое короткое выступление. Мало кто ожидал, что наряду с замечательным спортивным зрелищем во французских городах человечество столкнется с таким запредельным уровнем агрессии и хамства со стороны болельщиков, которые приехали на чемпионат. И, к сожалению, там сейчас есть работа не только для спортсменов, но и для юристов. Многие думают, что инвестиционный арбитраж становится элементом шкалы противостояний, которая начинается с добросовестной конкуренции, продолжается недобросовестной конкуренцией, а заканчивается теми или иными видами «гибридных войн».

Какова сегодня роль инвестиционных арбитражей в наших обществах? Должны ли инвестиционные арбитражные институты брать на себя ту часть политической, этической, моральной ответственности, которую традиционно несет на себе судебная система? (Наиболее явно эта линия выражена в судебной системе стран общего права). Или инвестиционный арбитраж — это абсолютно изолированный, ни от кого не зависящий и ни на кого не оглядывающийся инструмент, который призван решить конкретное дело? Вопрос только в том, насколько корректно, справедливо и с какими последствиями.

Понятно, что между решениями арбитров, которые принимаются в прохладных, хорошо вентилируемых кабинетах, и толпой, которая

беснуется на улицах французских городов, нет ничего общего. Но известно, что в лабораториях, какими иногда выглядят арбитражные институты, часто производят вирусы, которые потом оказывают воздействие на миллионы и миллиарды людей. Надеюсь, что сегодняшняя полемика позволит нам высказать полярные точки зрения, пройтись по всему их спектру, а также найти и апробировать новые подходы к решению поставленных вопросов.

Я уже представил своего уважаемого сомодератора, господина Дэвида Голдберга, который является выдающимся специалистом в области инвестиционных арбитражей, как, собственно, и его компания White&Case, которая также специализируется именно в этой сфере юридической практики. Если позволите, я предоставлю слово господину Голдбергу. Призываю всех участников полемики, Дэвида и последующих спикеров постараться уложиться в десять минут, чтобы у нас осталось время на так называемую свободную дискуссию. Дэвид, пожалуйста, вам слово.

Д. Голдберг:

Спасибо. Раз уж мы начали по поводу футбола: когда Англия играла с Россией, меня все спрашивали: «За кого ты болеешь?» И я говорил: «За наших». — «А кто для тебя наши?» В результате счет оказался идеальным — «наши» выиграли. И сейчас, как один из «наших», я решил модерировать дискуссию на русском языке вместе со своим коллегой. Остальные выступающие не говорят по-русски и будут делать презентации на английском языке.

Первым выступит Энтони Хилтон, известный британский журналист и публичный комментатор, один из ньюсмейкеров Великобритании. Он представит нам внешнюю, критическую точку зрения на международный арбитраж, так как, в отличие от всех нас, он журналист, который не является частью этой системы.

Затем выступит председатель Лондонского международного арбитражного суда с совершенно непроизносимыми именем и фамилией — Джекомин ван Хейрсолте-ван Хоф. До своего назначения председателем Лондонского международного арбитражного суда Джеки была успешным арбитражным практикующим адвокатом в Голландии. Она также является автором одной из первой исследовательских работ о судебных разбирательствах, и трибуналах, получивших название Алжирских соглашений между США и Ираном.

После этого выступит Софи Нэпперт, независимый арбитр, практикующий в Англии, родом из Канады. У нас есть председатель Лондонского арбитражного суда из Голландии и лондонский арбитр из Канады.

В заключение выступит Андрей Геннадьевич Лисицын-Светланов, профессор, директор Института государства и права Российской академии наук, которого вряд ли нужно представлять российской аудитории.

Вернемся к заявленной теме. Наш форум проходит в интересное время. За последние десять-пятнадцать лет система разрешения споров в области международных инвестиций изменилась сильнее, чем юридическая практика в целом. Сейчас обращают внимание на самые разные вопросы: местное законодательство, структуризацию международных сделок с точки зрения оптимизации налогообложения, регистрацию специальных компаний, через которые проводятся инвестиции. Помимо налогообложения, в последние пятнадцать лет стал очень актуален вопрос защиты инвестиций. Таким образом, если при заключении крупной транснациональной сделки юристы не дают своим клиентам советы по структуризации этой сделки, по юрисдикции проведения инвестиций, по всем аспектам защиты инвестиций, они проявляют халатное отношение к своей работе. Отсюда возникают прецеденты с кипрскими компаниями и компаниями на Британских Виргинских островах. Насколько в обществе сегодня приемлемо то, что было нормой пять лет назад? Вспомните

Панамский скандал и скандал по поводу недостаточной уплаты налогов такими компаниями, как Amazon, Google и другими. Соответственно, сегодня это уже, наверное, дурной тон — инвестировать в те или иные страны не напрямую, а через офшоры. Изначальная идея инвестиционного арбитража была в том, чтобы облегчить иностранному инвестору возможность защитить свои права по отношению к государству, в которое сделана инвестиция.

Исторически эта система разрешения споров складывалась очень интересно: сначала, чтобы защитить ту или иную инвестицию, в страну посылали войска или корабли с пушками, потом стали решать проблемы путем дипломатии. Инвестор должен был поднять вопрос внутри своего государства, а то в свою очередь должно было договориться с государством, получившим инвестицию. И только потом, гораздо позже, появились прямой способ разрешения споров и соглашения о защите инвестиций, как двусторонние, так и многосторонние.

Считается, что первое соглашение о защите инвестиций было заключено в 1959 году между Пакистаном и Германией. С тех пор вся эта отрасль очень изменилась, а по тем временам это был прорыв. Система защиты инвестиций считалась очень успешной до тех пор, пока не стало появляться все больше и больше исков против развитых государств — против Соединенных Штатов и государств Западной Европы, и пока не начались проблемы с европейским правом.

Система защиты инвестиций внутри Европейского сообщества — это отдельный сюжет, требующий особого рассмотрения. Об этом уже пишут книги, и много работ еще будет написано. Ровно год назад Европейская комиссия разослала пресс-релиз, в котором говорилось, что она начала процесс против пяти европейских государств, так как те нарушили постановление Еврокомиссии о прекращении действия соглашения о взаимной защите инвестиций. Широкую огласку получил конфликт между

Швецией и Румынией. Почему я вспомнил именно эту историю? Там дело зашло очень далеко: речь зашла об оспаривании общепризнанного режима управления инвестициями. В спор вмешались даже icSid — профильное подразделение Всемирного банка. В итоге Еврокомиссией было сформулировано прямое указание — не выплачивать Румынии компенсацию по решению. Сегодня Еврокомиссия тоже вмешивается в дела исполнительного производства во всех государствах-членах ЕС в качестве третьей стороны. Вопрос об ограничении ее влияния снова становится актуальным.

Интересных вопросов очень много. Дать ответы на все у нас явно не получится, но я надеюсь, что наши уважаемые спикеры попытаются ответить на часть из них. Чтобы не терять время, я передаю слово Энтони Хилтону. Он рассмотрит часть интересующих нас проблем с точки зрения журналиста.

A. Hilton:

First of all, may I apologize to you all for not being able to speak to you in your native language, but if I tried, you would not even understand the translation!

What I want to do is put the reasons why arbitration may not be as popular or as respected as we assume it should be into the context of civil society and to pick up on the points made by the Minister and by Mr. Goldberg.

The first thing that I would like to say is that this is not a new process, and it is not just about arbitration. I would, from my experience, go back 17 years to Seattle. I was in Seattle at the World Trade Organization meeting that was ultimately destroyed by civil protest. And that is the first time that I understood that a lot of people in the world did not think or assume that trade was a good thing.

I had always assumed that trade was good, and that it made the world a more prosperous place. What emerged from Seattle was the belief that perhaps trade

exploited poor countries and disadvantaged people in developed countries where factories moved to cheaper locations, and the people who prospered from this were the multi-nationals, but not the people as a whole.

And over the years, this has played into a belief about globalization generally, which is that there are winners and there are losers from globalization, but that the winners, or the rewards, are concentrated with just a few people, and the majority of people are perhaps not benefitting from the process.

This sentiment is very widespread, particularly in the West. On top of that, a new development in the last few years has been the spread of the lack of trust in business in the years after the financial crisis, and the belief that big business particularly operates according to its own rules. This has been exaggerated or brought home by the point that Mr. Goldberg made about international taxation and the behaviour of Amazon and Google and other companies which organize their affairs to pay tax almost nowhere, and the perception that many of these multi-nationals are more powerful than sovereign countries, and behave in that way. And this comes together with this lack of faith, or growing lack of faith, in governments and politicians to be able to solve the world's problems.

In this atmosphere, you then have a process of arbitration which is seen to be giving a special deal to multi-nationals and allowing them to have, if not their own law, at least their own processes, which in turn give them a stick or a tool with which to beat governments or subvert the desires of governments. So you have this perception, to start with.

You then have a wider problem of society as a whole, which is that the world is losing the ability to discuss complex issues. We live now in a world where in the past, the public at large and the politicians would trust the experts. They would trust the academics: they would trust the professors, the lawyers, and the doctors. The professional classes were accepted as being the experts, and the people at large would understand and accept their views. We now live in a society where the elites are not respected and trusted in the same way, and so

there is a vacuum in which people decide to make their own minds up. And because it is too difficult, what you have is a world without experts, where the judgements become emotional rather than rational; it becomes what do you feel, not what do you think. And in this context, you get a society that wants quick answers and easy solutions to problems which may not have a solution, but which are certainly extremely difficult. So, you have an atmosphere of distrust, and a change in society where experts are not trusted.

You then have the third problem, born of social media and the Internet, which is that people's attention spans are getting very short. Similarly, information now has to come in bite-sized forms: very quick, very easy. Everything has to be short and simple. And again, there is a reaction against complexity. In this context, everything has to be black or white, and the grey in the middle does not get discussed. And, of course, most difficult things in life are all different shades of grey. Things are very seldom black or white, but they get put across in this way.

And opinion is now set by people who have the ability to communicate in black and white, rather than those who perhaps understand more about the problems, and understand the grey, but do not communicate in a simple enough way. So, again, this underlines the problem.

The third strand of this is the growth of social media, of Facebook and Twitter, and the belief in the eyes of the public that these sources of news are authentic, because they are written by people: they do not have an intermediary, such as a news organization, that selects what they should learn and how they should be told it. They believe that news is authentic and true, because it is coming direct from the people. And, of course, this is not the case. While I would never say that everything in newspapers is also true, the problem with social media is that it has no mechanisms for correction or fact-checking, and therefore it is extremely possible for misleading and wrong information to gain wide currency.

We used to say that people were ill-informed, because they did not know what was happening. I think the problem now is that people are misinformed, because

they think they know what is happening, but it is wrong. I think Mark Twain once said that the things which cause you huge problems are not the things you know and not the things you do not know; the things that cause problems are the things you do know that turn out not to be true. I think that this is a problem.

Of course, in this context, politicians are now very subject to pressure. So you get a build-up of pressure based on misinformation and emotion and a demand that politicians react. So politicians under pressure will react, but not necessarily in a sensible way. They, too, are looking for a quick solution to be able to move on, get through the day and deal with the next solution.

This is very difficult for organizations like arbitrators or anybody to deal with, because the burden of proof is the other way. The process for a lawyer is to marshal the evidence, to consider the evidence, and then to form a judgement, but the process for an NGO or a media outlet is first to form the judgement, then to look for the evidence, and then to communicate the selected evidence. They are coming at it from a completely different position.

The media itself these days is very weak, because it is under financial pressure and looking for quick answers and easy solutions. It is very under-resourced in terms of time and expertise. So, when an NGO comes out with a brief saying, "Here is the bad man and this is why he is bad", it is very easy for the newspaper just to take that answer and to run with it, and that, I am afraid, is what happens. That is why it is so difficult for experts to stand in the face of organized NGOs and others who have a specific agenda they want to pursue.

So, to finish, I think that this problem is not just one of arbitration; it involves many business issues and the reputation of business, and it comes up in many different ways. But it will not go away if you ignore it. The thing to say is that to counter these criticisms, you have to engage with the critics, correct the errors, and, indeed, make sure that the process is as coherent as you can make it, because it does require a coherent and consistent counter-story as to why arbitration is good, why it is there, what it delivers, and why it is better than

anything else. And this requires not just coherence, but effective communication to the mainstream audience, which is where the political pressure comes from, not just to the specialists in perhaps the legal press or the business press.

There is a big problem here, but it is not just a problem for arbitrators: it is a problem for business at large. But there are specific issues with arbitration which go well beyond the legal into the way people behave and the way people think about business at large. Thank you very much indeed.

А. Коновалов:

Большое спасибо, Энтони. Вы очень емко охарактеризовали ту среду, в которой сегодня работает инвестиционный арбитраж и которая воспринимает решения, принимаемые арбитражем. Если я правильно вас понял, то проблема заключается в следующем: любой актер, любой субъект, будь то крупная транснациональная корпорация или рядовой обыватель, хотят быть не аутсайдерами права и правоприменения, а инсайдерами, то есть чувствовать выгоду своего пребывания в этой системе. Они хотят понимать, зачем она в принципе существует и какую пользу приносит.

В то же время современное право становится все более инструментальным, высокотехнологичным, и в наибольшей степени это характерно для системы международного инвестиционного арбитража. Одновременно существует риск отрыва от конкретного потребителя, массового потребителя. Но самое главное — постоянный рост рисков. интересы простых людей вырваны из глобального контекста: интересов сообществ, наций и государств, целых региональных объединений государств. Как правило, рассматривается обособленный аспект тех или иных проблем, а решения выносятся в узких рамках отдельного замкнутого процесса.

Так или иначе, выступление Энтони было очень успешным в качестве начала дискуссии.

Я, конечно, рассчитывал, что объявлять следующего выступающего будет Дэвид, но он очень элегантно передал мне этот пас. Что ж, попробую. Я передаю слово Джекомин ван Хейрсолте-ван Хоф, председателю Лондонского международного арбитражного суда.

J. van Haersolte-van Hof:

Thank you very much, Minister, Mr. Goldberg. Thank you for having me here. I must say, this was the best way to start a discussion about some of the issues that we lawyers discuss all the time, but perhaps without the right audience and without the right instruments. We know that NGOs discuss investment arbitration perhaps more than the people who are actually involved in investment arbitration, and that is something which we arbitration practitioners should take to heart and try to correct.

Let me, by way of introduction, briefly explain why, in a way, my role here is a bit awkward, because the London Court of International Arbitration (LCIA) is not a very active player in the field of investment arbitration at all. I personally have a great interest in the matter, but largely the LCIA is involved in commercial cases, contractual cases, that go to arbitration.

But then why am I here? That goes to the point that was just raised: not that long ago, and probably too recently, international institutions realized that we have a perception problem, and that people are discussing arbitration without the relevant knowledge and building blocks. In a way, as an institution, certainly my kind of institution, it is not for me to draw conclusions and come up with solutions, but I do feel it is my responsibility to contribute to the debate in the sense of informing the debate. So that is what I would like to do in the next couple of minutes.

I would like to go back to basics. What is investment arbitration really about? Investment arbitration is about the protection offered pursuant to public international law. It is not about, let us say, increasing the pie; it is about the distribution of the pieces of the pie.

Mr. Goldberg already alluded to this in his initial comments. Investment arbitration is not really about creating different substantive protection. Some of the instruments that he referred to, whether bilateral or multilateral, contain some additional protection, but the essence of the protection is afforded by international law, and largely by customary international law. So we are not really changing the level of protection. Instead, what we are talking about is changing the procedures for allocating international justice.

In the old days, the system was that you had diplomatic protection, in addition to sending in the troops. I was going to skip that part, but it is true, that is also a way to resolve disputes. But if you think about a legal solution, the traditional way is that an investor would seek that its state would proceed against another state on its behalf. That is a very cumbersome procedure, because you may actually have to sue your own state in order for the state then to sue the other state. So, to create a more cost-effective and effective system, the various treaties that we now have in place provide for direct recourse by investors against host states.

That is the original background of investment arbitration. Let us also put things in perspective on a quantitative basis. As important as all these instruments are, and as important as investment arbitration is, the bulk of the cases out there are dealt with through commercial arbitration, because most investments are concluded by means of agreements which contain provisions about dispute resolution. They contain forum selection clauses referring parties either to national courts or to international arbitration, whether that is ICC arbitration, LCIA arbitration, or Stockholm Chamber of Commerce, but the bulk of the agreements, the bulk of the investments we see, are channelled through these agreements.

What investment protection does is add a relatively small extra layer of protection. It is a small layer, and now perhaps a notorious layer, but it is not, I would say, the primary layer of protection.

How, then, is investment arbitration currently structured? There are really two models. One is what I would call the standalone model, and the other model is quite similar to what you see in commercial arbitration, which is the court-supervised model.

What are examples of both systems? The standalone system primarily is the ICSID system, the World Bank system. But that is also the system envisaged in the new CETA treaty and the new TTIP convention – when that is signed – which provides for arbitrators, whether coming from a limited list or another mechanism of appointment, with a subsequent in-house mechanism for review, whether a full-fledged appeal or a more limited appeal. Everything is actually contained within the system.

Then there is the more traditional system, where you have arbitration seated perhaps in The Hague, where the Peace Palace is based, with perhaps institutional rules and ultimately court supervision about a few significant aspects of the case, notably the appointment of the arbitrators and the decision whether or not to challenge arbitrators. And we have seen quite significant decisions by certain courts about the challenges brought against investment arbitrators.

Then there is the review at the Court of the Seat, in so-called Setting Aside Proceedings, for fairly fundamental and limited grounds and in particular breach of public policy. And on similar grounds, again, quite limited, there is ultimately recourse against the courts when it comes to enforcement.

I would submit that both models potentially work, but both have their limits. Just to give you an example, look at the TTIP model in the standalone system, which is being discussed. We will have two layers of international judges, who will be named and will be in place for something like six years, and who will be doing basically nothing but deciding these investment cases. That may sound like a

very attractive scenario, but the burden that is going to be on these individuals is quite considerable. That model is effectively based on the WTO model, which sounds appealing, but as a system, the WTO model does not provide for dispute resolution where the decision-makers, the judges, allocate damages. One of the concerns we have seen expressed about investment arbitration is that the arbitrators are not qualified or equipped, to deal with the large amounts at stake in these cases, and are simply not equipped to deal with complicated quantum issues.

Now, what about the court system? What you have is certain institutions that can provide services, but let us take my own institution as an example. Would the LCIA system work perfectly for investment cases? Perhaps not. It is increasingly seen as a requirement for investment arbitration to be a transparent process. Traditionally, one of the core characteristics of commercial arbitration, which works quite well for it, is that it is a confidential process. Most arbitration rules, to some extent, provide that arbitration shall be confidential. So if you want to have investment arbitration through institutional arbitration, you will have to make changes to the rules that are being applied. That is perfectly possible, but it is something that we need to do in order to make it work.

And then, perhaps even more importantly, if you have court control, you require good, reliable, and neutral courts that are willing and able to apply public international law. And I submit to you that not every court is well-equipped to do so. Coming from the Netherlands, I have a certain amount of pride in what some judges in The Hague have been doing, but that is not really a reflection of individual cases. I think, structurally, if you give courts the power to review investment arbitration cases, you must have a judiciary that is capable of doing so.

Now, where does that lead me? How would I like to conclude? I think quality control ultimately is the key issue. And I am both optimistic and realistic about the investment arbitration process. I think we have two current models, both of which

can work well and to a large extent, I think, currently do work well, but they both have their limitations. I do not think there is an easy fix, and I think some of the people working in Brussels have discovered this when they thought they could improve on the existing systems, when they tried to come up with the system that is now proposed for TTIP. I think the intentions are excellent, but I am not sure that the mechanics are quite going to work. And as institutions, as arbitration institutions, we have a role in furthering the debate and enhancing the solutions that are being proposed.

What I would say is on balance, investment arbitration is a valuable service for both investors and for states. We need to be very careful not to be obsessed about a number of cases, important as they are, and suggest that we should just get rid of the entire system. There is a bit of work to be done, but let us not throw the baby out with the bathwater. Thank you.

А. Коновалов:

Большое спасибо, Джекомин. Дэвид, ваш комментарий, пожалуйста.

Д. Голдберг:

Как представитель арбитражного института, Джекомин утверждает, что на сегодняшний день инвестиционный арбитраж сталкивается с множеством проблем, но этот институт во многих случаях является единственным инструментом разрешения споров. Главная же из проблем — это контроль качества. Думаю, что по этому аспекту было бы уместно заслушать Софи Нэпперт, независимого арбитра по международным спорам. Софи известна своими хлесткими статьями, а также жестким академичным подходом в критике многих, если не всех, решений инвестиционного арбитража. Пожалуйста, Софи.

S. Nappert:

Thank you very much. It is a great pleasure and an honour to be here. Minister and Mr. Goldberg, thank you for having me. Ladies and gentlemen, you are very brave to be here at our panel after lunch: thank you for being here.

I have four points to make. First of all, I am an arbitrator, so certainly NGOs would think that everything that comes out of my mouth is biased in favour of arbitration. It is not. As an arbitrator, it is very important to me that this system retains its integrity. What we are seeing right now with the changing nature of international investment arbitration is that the European Union has come into this field, literally like an elephant in a tiny store, turning around and breaking everything in sight without realising it. And why is it doing that? It is doing that as a very emotional, political response to criticism, very aptly described by Mr. Hilton earlier on, from public society.

Public society is seeing large multi-nationals as claimants against state respondents, so straight away they have this perception that they are controlling the whole process and in certain cases – we are never talking about the cases that are dismissed – getting away with awards in the multi-million and billions of dollars. That is what civil society is seeing.

What has the arbitration world – myself, institutions, users – done? How have we reacted to this? We have been largely unheard and silent. That is not helpful. I take Anthony's very accurate point that we are not sufficiently black and white about this. We are lawyers, so it always depends. Well, in this case, we are going to have to be black and white in order to show what is good about the system, whether it should be ditched altogether, dispensed with, or reformed. Does it matter, and to whom does it matter? This is essentially what I am going to try to say in the next few minutes.

I want to come back to a very basic point: what are the hallmarks of arbitration? Why has it become so successful to start with? First of all, arbitration is about freedom. It is about party autonomy. It puts the parties in control of the process. It

can be just as flexible as the parties want; if they want to have more guidance, there are rules in place. The parties are treated equally: each can choose their decision-maker. They may choose not to, they may choose to have them appointed by an institution, but they can choose their decision-maker if they want to. And they may choose decision-makers, arbitrators, who have a certain specific expertise or knowledge in their dispute. All of this is within their power.

Arbitration is essentially a process that puts the parties on a level playing field. Those parties can be a state, a corporation, or an individual: they are treated equally. And there are obviously other features to arbitration that we have talked about. There is no appeal: it is final. There is some measure of review, with the New York Convention and otherwise, and it also means that you have a tribunal that sits only for your dispute, so there is no precedent or continuity; that comes with the process.

These are important features, because when one talks about dispensing with arbitration altogether, this is what we are going to let go. And the question we have to ask ourselves, civil society, users, and businesses: is it worthwhile letting this go in favour of something that is perhaps politically more acceptable at this very moment? Will it be more acceptable in 15 years? What damage are we causing to a system that largely works well? That is a point that is quite dear to my heart, because, as Ms. van Haersolte-van Hof very rightly says, the bulk of arbitration cases are commercial cases, contractual cases.

Now, investment arbitration and commercial arbitration are now slightly different, because one deals with public interest issues, state issues, while the other deals with private commercial issues. But frankly, they are the same process, by and large. And there is absolutely no question that the backlash against investment arbitration is affecting the way that commercial arbitration is being perceived in certain ways.

The process is more private in commercial arbitration, as well, and the amounts in dispute are large, so the criticism is indirectly affecting commercial arbitration.

Do we want that? Or do we want to keep a system that has integrity and that works well for business and for others in the commercial sphere? These are the questions that are at stake.

Now, what is being proposed by the EU? It is important to know that the EU's proposal now, between the United States and itself, of a two-tiered court system with permanent judges, is a fairly recent phenomenon, because about two years ago, when it was talking about entering into all these treaties, the European Union was backing investment arbitration as we know it. There are several Working Papers on the European Commission's website that say, "We endorse that process and it works". So what happened?

Well, the European Union did a civil society survey on the investment treaty protection substantively which also included arbitration, asking civil society, "What do you think? Do you have any comments on this?" And then the NGOs took control of that process and that response, and investment arbitration essentially became the poster child for all that was wrong with globalization. And when the EU saw this in its member states, the politicians became very, very nervous, and they said: "We have got to do something". So what did they do? They put together two tribunals: a tribunal of first instance, that they quite cleverly call a tribunal, not a court, with judges that will be chosen by the states. So here, we lose the choice of the investor to nominate their arbitrator.

Those people will be permanent, for a mandate. I was at a meeting of the OECD in Paris a couple of months ago. Representatives of the European Commission were there, and they were asked: "So, who are these people on that roster of arbitrators going to be? Who are you contemplating? What qualifications should they have? Should they be qualified in international investment law?" The answer was: "No, I don't think that is necessary. We want people who are qualified in their own jurisdictions to be judges. It is important".

Yes, but this is a developing area of the law, right? Investment arbitration is a very young area of the law: 15 years, 20 years old at most. We are starting to

see very difficult issues of human rights interaction with investment law, international property rights interaction with investment law, the issues of quantum required, and knowledge about large lost profit claims. Did that feature in their thinking on who should be on that roster? No.

Then, there is an appeal mechanism: another court on top of the first court. According to the European Union's proposal, that is reviewing both fact and law decided by the first tribunal. So you have a sort of double process, obviously involving time and cost for both the state and the investor. Both parties are going to have to pay for this. And inevitably, questions like: does the appeal mechanism have any deference to the findings of fact of the first tribunal? We do not know the answer to that question either. What sort of hierarchy will this double court system have in relation to the other investor-state tribunals already in existence? We do not know the answer to that question. So, there are a lot of unknowns about the European Commission proposal.

Now, does it matter? I mean, why do we not just go for the political solution and create this court system, so everybody quiets down? Well, it matters because we have a big question mark on whether these awards will be enforceable under the New York Convention, not just between the EU and the US, because they can agree between themselves, but in third states. We do not know the status of these decisions at this stage. We do not even know if the process constitutes arbitration. The Commission is bending over backwards to say it does. That has not been tested. So, you have a huge amount of uncertainty.

I have two final points. One of the hallmarks of arbitration is that it is an apolitical forum to decide disputes. Disputes are decided under the law. In a two-tiered court system with judges appointed by the state, there are question marks over whether that will become a more politicized system and whether these judges will be under some form of pressure to decide with political considerations in mind. That is a question that I think is worth asking.

I will finish with a very short update on the latest proposal regarding the reform of investment arbitration, and it comes from the United Nations Commission on International Trade Law, UNCITRAL. At its next session, UNCITRAL is going to put on the floor to its state members a proposal that has been mandated to the University of Geneva to essentially take the European Commission proposal and make it more compatible with arbitration. So, it will be looking at that first tribunal of first instance, and then perhaps introducing input from investors into the appointment process of the arbitrators, and then looking at perhaps a limited appeal mechanism. These are options, so it is a little bit of a more rational way of taking the European Commission's proposal and making it more compatible with an arbitration system. This is the latest development that is going to be discussed in July at the Commission.

I have comments and criticisms of that paper that I will not bore you with at the moment, but it is very heartening to see that there are people with considerable brainpower and knowledge looking at this proposal and making it workable. I will finish with this, thank you very much.

А. Коновалов:

Большое спасибо. Мы постепенно начинаем подбираться к констатации рисков и проблем в существующей системе международных инвестиционных арбитражей. Как я понял из выступления Софи, никто не собирается предавать эту систему всеобщему проклятию. Существует презумпция ее нужности, и оспаривать ее никто не собирается. Наша задача — отметить ее уязвимые места, которые позволяют не только вырывать из контекста определенные решения, но даже выносить эти решения не очень добросовестно. Практика инвестиционных арбитражей, к сожалению, показывает, что таких случаев все больше. Очень часто за так называемой корпоративной вуалью, то есть за неким прикрытием иностранной юрисдикции, выступают обыкновенные резиденты или

корезиденты данной юрисдикции, которые судятся со своей собственной экономикой и со своим собственным государством. Встречаются и попытки политического давления на инвестиционный арбитраж.

Я подозреваю, что следующий докладчик будет скорее ругать, чем хвалить арбитражные инвестиционные институты. Это Андрей Геннадьевич Лисицын-Светланов, директор Института государства и права Российской Академии Наук, широко известный своей активной жизненной позицией. Единственное, о чем я должен попросить Андрея Геннадьевича, это выступать возможно короче: такова неблагоприятная судьба спикера, выступающего последним. Приносим свои извинения за то, что мы не можем предоставить вам больше десяти минут на презентацию.

А. Лисицын-Светланов:

Ваше превосходительство, большое спасибо! Я даже не думал, что произвожу такое жуткое впечатление.

Я буду выступать перед вами не только как директор Института государства и права, но и как человек, который занялся международным коммерческим арбитражем 35 лет тому назад, и 25 лет является арбитром международных коммерческих арбитражей и практикующим адвокатом. На основе этого опыта я поделюсь некоторыми соображениями. Несколько дней назад в РСПП (Российском союзе промышленников и предпринимателей) состоялся семинар, посвященный вопросу инвестиционного арбитража. Сразу сообщу: оптимистов и скептиков на этом мероприятии оказалось поровну, и я скорее отношу себя к последним. Попробую прояснить свою позицию. На этом семинаре я задал вопрос: в чем российский предприниматель видит угрозу своим инвестициям во Франции или в Англии? Неужели он считает, что есть опасность экспроприации или совершения решительных действий, которые требуют кораблей и пушек? Ответа не последовало. До этого я опрашивал практикующих юристов из европейских стран и узнал, что многие всерьез

боятся экспроприации. Конечно, если вернуться к 1917 году, то возможно все, но мы все-таки живем в другое время. Некоторые ссылались на косвенную экспроприацию, или ползущую экспроприацию, которая имела место в разных странах, но не в Российской Федерации.

Думаю, надо подробнее остановиться на российской практике. Как вы думаете, насколько давним является институт инвестиционного арбитража в России? Отвечаю: в нашей стране институционный арбитраж и международный коммерческий арбитраж существуют 200 лет. Перед началом вторжения Наполеона в Россию, в 1812 году, император Александр Первый подписал рескрипт, в котором предусматривались как регулирование вопросов, связанных с тем, что мы сейчас называем интеллектуальной собственностью (то есть возможный объект инвестиций), и третейские формы урегулирования споров. С 1932 года по 1995 год третейская форма разбирательства споров де-факто была единственно возможной на территории СССР. Формально можно было обращаться в суд, но реально дела рассматривались либо в Советском Союзе, а потом в России, либо в Стокгольме, в Вене или в Цюрихе. Таким образом, вопросы, связанные с третейской формой рассмотрения споров, имеют в нашей стране давнюю историю.

Второе. Как возникла третейская форма рассмотрения споров применительно к иностранным инвестициям? Примерно в эти дни 1986 года разрабатывались два нормативных акта о совместных предприятиях — так называемые Постановления №48 и №49 правительства СССР, которые вступили в силу с 1 января 1987 года. Был сделан первый шаг к тому, чтобы любые споры рассматривались в третейской форме. Потом наступал черед двусторонних соглашений. Однако важно учитывать правовую среду того времени. Какая информация была доступна для широкой публики и специалистов? В советском или российском вузе, да и в моей второй альма-матер, в Колумбийском университете, можно было достать книжечку,

в которой содержались нормативные акты, относящиеся к регулированию инвестиций и вообще к регулированию внешнеэкономической деятельности. Если мы сейчас откроем поисковую систему «Консультант» и наберем «федеральный закон», то обнаружим пять с половиной тысяч единиц хранения. Если наберем «постановление Правительства Российской Федерации», то увидим еще двадцать пять с половиной тысяч единиц. Особенность состоит в том, что, начиная с 90-х годов, весь реформенный процесс шел по пути создания единого режима для регулирования любой предпринимательской деятельности, и в настоящее время любое российское или иностранное лицо автоматически сталкивается с этой правовой инфраструктурой.

В этой связи у меня, как у скептика, возникает вопрос. Если речь идет об урегулировании споров, то кто должен решать эти споры? Разумеется, человек, имеющий представление, а лучше — профильное образование, а еще лучше — имеющий опыт работы с этой правовой системой. Однако найти таких экспертов чрезвычайно трудно. Возникает вопрос: где рассматривать спор, если он не рассматривается в стране, связанной с инвестициями, а лица, его решающие, не имеют достаточного опыта в рассмотрении подобных дел? Вторая проблема состоит в следующем. В России и в любой другой стране к судьям предъявляются очень высокие требования. Какие же требования в таком случае должны предъявляться к арбитрам? Часто в адрес районных судей можно услышать упрек, что они не имеют никакого представления о столь сложных коммерческих отношениях, которые являются предметом инвестиций. Но правовая система страны и процессуальное законодательство устроены таким образом, что существуют специализированные суды, то ответ в любом случае будет не в пользу третейского разбирательства.

Мой многолетний опыт рассмотрения споров в качестве арбитра и адвоката, представляющего интересы одной из сторон, окажется более

скромным, чем у любого судьи из Москвы или Петербурга, работающего в составе коллегии, специализирующейся на делах с иностранным элементом. Они за год рассматривают такое же количество споров, сколько я разобрал за всю свою жизнь. Итак, имеется вопрос качества подготовки и опыта специалистов, в руки которых мы передаем рассмотрение споров определенной категории. Повторю: я не отрицаю значения третейского суда. На Петербургском юридическом форуме я рассказывал, какие споры можно передавать на рассмотрение третейских судей. Но главный вопрос звучит так: в каких судах и в каких арбитражах целесообразно рассматривать данные споры?

Безусловно, для частноправовых споров (а они касаются и инвестиционной области) третейская форма предпочтительнее, потому что она более универсальна. Различия в системе общего права или в континентальной системе договорного права незначительны по сравнению со сферой публичного права. В публичном праве различия куда более заметны. Исход споров, возникающих в инвестиционной сфере не между частными лицами, а между частным лицом и государством, часто зависит от суверенной воли государства в том или другом решении. Если речь идет о наказании конкретной компании, государство может принять дискриминационные меры, и не только в отношении иностранных лиц, но и в отношении собственных граждан.

Какие споры чаще всего возникают? Давайте посмотрим. Сейчас, когда отношения между Россией и прочими странами остаются напряженными из-за взаимных санкций, можно начать достаточное количество споров или дел, связанных с так называемой косвенной экспроприацией. Например, если инвестор не имеет доступа к своему счету или его инвестиционная деятельность страдает от действий государства, это можно рассматривать как ограничение его прав. Сложный вопрос — лицензионно-разрешительная деятельность. Бывают ситуации, когда у одних отнимают

лицензию, а другим ее сохраняют – в таких случаях надо сразу бежать в антимонопольную службу, чтобы сообщить о возникших нарушениях.

И, наконец, последний момент, связанный в большей мере с ментальностью. Когда мы рассматриваем существующие соглашения, то, как правило, видим все в черно-белом цвете: одно государство и другое государство, граждане одного государства и граждане другого государства, юридические лица, зарегистрированные в одном государстве, и юридические лица, зарегистрированные в другом государстве. Однако на самом деле для государства нет никакой разницы, кто является акционером: господин Кузнецов или герр Шмидт. Потому что господин Кузнецов может в любое время стать герр Шмидтом, получив гражданство другой страны. В наше время инвесторы и их государственная принадлежность могут меняться несколько раз на одной неделе. Разумеется, эта ситуация кардинально отличается и от ситуации 1965 года, когда была принята изначальная конвенция о защите инвестиций, Вашингтонская конвенция, и от 90-х годов, когда заключались двусторонние соглашения. Этих соглашений было оформлено очень много: на сегодняшний день действующими остаются около 60 из них. Естественно, новая инвестиционная политика требует новых подходов. В первую очередь нужно понять, что должен представлять собой инвестиционный арбитраж, нужно менять в системе инвестиционного арбитража и в судебной системе государства, предназначенной способствовать рассмотрению споров, которые возникают в новых условиях. Со своей стороны я хотел бы напомнить о вполне успешном российском опыте создания патентного суда по интеллектуальной собственности — эта область также связана с инвестициями. Благодарю за внимание.

Д. Голдберг:

Спасибо, Андрей Геннадьевич.

Если я бы я резюмировал ваше выступление, то, наверное, вспомнил бы старый вопрос: а судьи кто? Или где найти честных и квалифицированных судей, которые будут распоряжаться деньгами налогоплательщиков? Вопрос прозрачности или прозрачности волнует в мире все больше и больше людей. Важно и то, что в системе инвестиционного арбитража предусматривается первоочередная защита иностранного инвестора, а пользоваться этим механизмом все чаще пытаются граждане того государства, с которым возникает спор. В целом, нам всем следует задуматься о качестве арбитражного правосудия. То есть, вернусь к своему исходному вопросу; «А судьи кто?»

Надеюсь, что у нас осталось время на пару вопросов из аудитории.

A. Коновалов:

Думаю, да. Времени у нас, конечно, немного, но в крайнем случае экономисты, как не самые бедные люди, скинутся на оплату продления аренды этого зала. Если кому-то нужно уйти, чтобы успеть на другие мероприятия по программе Форума, мы с пониманием к этому отнесемся. Теперь, пожалуйста, вопрос.

S. Zaiwalla:

Minister and Mr. Goldberg, thank you very much for giving me this opportunity. My name is Sarosh Zaiwalla. I am the founder of a law firm in London called Zaiwalla and Co. Solicitors, and we have been specialists in international arbitration, particularly representing overseas arbitration from developing countries. We are also sanctions specialists, and we won the first ever challenge to the sanctions in the Supreme Court for Bank Mellat and the EU Court. Today, we have a claim of USD 4 billion against the British Government. The Supreme Court said that the listing of Iran Bank Mellat was unlawful and irrational, and the English Court is very fair.

I must also take this opportunity to congratulate the Minister on his success in the Yukos award, because the Russian Federation had informally consulted me to Rosneft. It was I who had introduced them to Professor Wentworth, and we had gone along with the team and found that there were so many things that could have been handled differently. Congratulations on that.

I raise this point because of what the honourable gentleman just said, that investment arbitrations and arbitrations generally were alright 20 or 30 years ago. But if you look at the Yukos case, the claimants were in fact Russians in the guise of a company, and that brings me to a general point: that today, the arbitrators are appointed in good faith by those coming from developing countries, but they have a completely fixed mind-set. They decide according to what I would call Western culture, without really distinguishing that culture. I sit as an arbitrator, and the most important thing is to distinguish culture. Now, that is something that we need to appreciate and understand and work towards. Thank you.

A. Konovalov:

Was there a question?

S. Zaiwalla:

I would like to know what the panel would suggest to bring about more fairness and a perception of fairness in investment arbitration. For example, I have a case from Mongolia in which Russia is also a party, and the feeling is that if you go for investment arbitration, there is going to be a problem, it will not be fair, so let us go to the English Court if we can find a jurisdiction.

A. Konovalov:

So, in effect, you are answering the question.

S. Nappert:

I will take exception with the comment that arbitrators come at this with a fixed mind-set. To answer the question very briefly, because there is another question waiting, I think more flexibility and more fairness means more diversity in appointment. I know the LCIA is committed to this. There is a pledge going around to appoint more diverse arbitrators, ethnically, in terms of gender, in terms of background, and in terms of age. That is so as to have a tribunal that is representative of society and has that accountability. That would be my answer to your question, for what it is worth.

A. Шмаков:

Здравствуйте, меня зовут Александр Шмаков, я представляю юридическую фирму «Русские эксперты». Я хотел бы от лица всей аудитории поблагодарить организаторов и наших сегодняшних модераторов за то, что они собрали такую великолепную панель. Я с огромным удовольствием следил за дискуссией по общим вопросам, но интересно было бы услышать мнение спикеров по какому-либо конкретному вопросу, тем более, что у нас сейчас на подиуме как минимум два человека — Александр Владимирович Коновалов и Дэвид Голдберг, которые имеют прямое отношение к делу «ЮКОСса» и к тому процессу, который безусловно будет иметь влияние на дальнейшее развитие инвестиционного арбитража. Возможно, мой вопрос также заинтересует голландского специалиста. Как вы считаете, какие дальнейшие перспективы у этого кейса?

A. Kononov:

Well, as someone involved in the case, I am not commenting, but Ms. van Haersolte-van Hof can.

J. van Haersolte-van Hof:

Well, let me begin by saying I happened to be in Moscow on the morning when the judgment came out. I can tell you, I was a very popular person briefly.

I think what is going to happen in terms of substance is anybody's guess, but in terms of procedure, I think it is quite clear that the case will now go to the Court of Appeal. I think it is quite obvious that an appeal has been filed or will be filed. It is a fairly straightforward, short procedure, even shorter than the initial procedure. And I think the initial decision has very much structured the debate in the Court of Appeal which will go to the de novo review on jurisdiction, which is not a new decision but is consistent case law already. But there is the de novo review of the validity of the arbitration agreement, which in this case will then focus on the international instruments at stake.

And that relates to my point: if you have the model of court control, so not the standalone TTIP, CETA, ICSID system, then you must have courts which are willing and able to apply international law and which are not afraid of reviewing the Vienna Convention on the Law of Treaties. Whether this court has done the correct job is, first of all, for the higher courts to review, and ultimately for the public to take a view on, but that is model that we are operating with.

В. Мусияка:

Добрый день, меня зовут Владислав Мусияка, я представляю адвокатское бюро «Система защиты», Москва. Отличная дискуссия — жалко, что обсуждения такого уровня не было на Петербургском международном юридическом форуме. Я благодарен спикерам за выступления, но хотелось бы получить более четкий ответ на вопрос, какое будущее ждет инвестиционный международный арбитраж. Вы замечательно говорили о том, какими квалифицированными должны быть судьи, как должно развиваться законодательство, но интересно и другое: каковы перспективы

этой отрасли юриспруденции, каковы, собственно говоря, наши с вами планы на будущее. Спасибо.

Д. Голдберг:

Спасибо за вопрос. С моим ответом наверняка согласятся не все коллеги, но мы и не обязаны всегда и во всем сходиться во мнениях. На мой взгляд, международный инвестиционный арбитраж скоро прекратит свое существование в той форме, в которой мы знаем его сейчас. То, что он трансформируется, бесспорно. Я в этом уверен. Во что конкретно — этого мы пока не знаем. Об этом мы и пытались говорить сегодня. Это общая тенденция. Евросоюз тоже переживает трансформацию и, скорее всего, когда-нибудь перестанет существовать в своей нынешней форме. Я уверен в одном: международный инвестиционный арбитраж должен существовать, но он должен и реформироваться, если он хочет выжить. В противном случае мы вернемся к Средневековью и будем разрешать споры силовыми методами, с помощью пушек и кораблей.

А. Лисицын-Светланов:

Небольшой комментарий: недавно Российский союз промышленников и предпринимателей провел исследование, которое показало, что существующие соглашения по защите инвестиций требуют пересмотра и замены. Мнения экспертного сообщества разделились: у всех свой взгляд на то, что хорошо, а что плохо. Я согласен с Дэвидом, что арбитражная система требует реформ.

Приведу один пример из практики. В нашем законодательстве об иностранных инвестициях написано: иностранные инвестиции — это вложение капитала. В большинстве иностранных источников это положение российского закона об иностранных инвестициях переведено на английский язык так: foreign investments — investment of capital. Остается выяснить, что

такое вложение. В ходе рассмотрения одного из дел мы долго обсуждали, как перевести на английский язык этот термин, и пришли к выводу, что в данном случае самый простой перевод — самый лучший: to bring up capital. Очень примитивный перевод. Если я имею дело с нашим судом, и мне нужно прояснить непонятный термин, то я обращаюсь к словарю Даля, который толкует «вложение» как вклад, или привнесение. Из этого примера следует, что само понятие «инвестиция» в контексте международных дел можно понимать по-разному. В этом отношении одинакового подхода нет ни у экономистов, ни тем более у юристов. Так что конфликтные ситуации сегодня возникают уже на уровне реальной практики.

А. Коновалов:

Большое спасибо. К сожалению, время нашей сессии подошло к концу. Не уверен, что последняя реплика Дэвида — это именно то, что вы хотели услышать, когда шли в наш зал. Мне кажется, мы должны учитывать то обстоятельство, что любое третейское правосудие и инвестиционный арбитраж — это явления, которые принято относить к так называемым горизонтальным общественным связям, выводящим общество или группы из-под вертикальной интеграции, отношений власти и подчинения. Сегодня горизонтальные связи становятся все более популярными, но они связаны с большим риском, и этот риск сосредоточен как раз в сфере права, а, точнее говоря, в сфере возможного дрейфа от права к бесправию. Всегда есть соблазн превратить правовое разбирательство в разбирательство с применением силы. Надо понимать, что право сильного может быть серьезной угрозой на пути к всеобщему правовому процветанию. Не соглашусь с тем, что эта тема не была серьезно затронута на Юридическом форуме. Уверяю вас, это не так. Но я не меньше рад тому, что она прозвучала на нашем Форуме, и надеюсь, что сегодняшняя беседа была для вас полезной. Очень рассчитываю на продолжение подобных

обсуждений в дальнейшем. Напоследок хочу поблагодарить всех спикеров за великолепные презентации, а нашу аудиторию — за проявленный интерес. Желаю всем приятного просмотра игры Англии с Уэльсом. Давайте развивать арбитраж и смотреть футбол по телевизору. Всем спасибо!