

**Генеральная Ассамблея**

Distr.: Limited
24 January 2019
Russian
Original: English, French and
Spanish

**Комиссия Организации Объединенных Наций
по праву международной торговли
Рабочая группа III (Реформирование системы
урегулирования споров между инвесторами
и государствами)
Тридцать седьмая сессия
Нью-Йорк, 1–5 апреля 2019 года**

**Возможная работа по реформированию системы
урегулирования споров между инвесторами
и государствами (УСИГ)**

Представление Европейского союза и его государств-членов

В настоящей записке воспроизводится представление, полученное 18 января 2019 года от Европейского союза и его государств-членов в рамках подготовки к тридцать седьмой сессии Рабочей группы III. Это представление воспроизводится в качестве приложения к настоящей записке в том виде, в каком оно было получено Секретариатом. Представление содержало в виде приложения документ [A/CN.9/WG.III/WP.145](#), представленный Европейским союзом 20 ноября 2017 года в рамках подготовки к тридцать пятой сессии Рабочей группы III. Этот документ также предоставляется Рабочей группе для обсуждения на текущей сессии.



Приложение

Учреждение постоянного механизма для урегулирования международных инвестиционных споров

1. Введение

1. В настоящем представлении излагается точка зрения Европейского союза (ЕС) и его государств-членов относительно возможного учреждения постоянного механизма для урегулирования международных инвестиционных споров. Это представление имеет отношение к начальной стадии третьего этапа работы Рабочей группы. В нем представлен план одного из вариантов реформы, на разработке которой Рабочей группе предлагается сосредоточить свои усилия.

2. Следует понимать, что настоящее представление призвано содействовать многосторонним усилиям по выработке оптимальных методов реформирования системы урегулирования споров между инвесторами и государствами (УСИГ). В нем на обсуждение Рабочей группы выносятся предварительные соображения относительно того, как можно было бы решить проблемы, с которыми Рабочая группа связывает необходимость проведения реформ. Настоящее представление является результатом значительной аналитической работы, проделанной за последние годы ЕС и его государствами-членами по вопросу о возможной многосторонней реформы; ЕС и его государства-члены были бы рады продолжить обсуждение этих вопросов на многосторонней основе в рамках ЮНСИТРАЛ.

3. После изложения проблем, которые уже были выявлены Рабочей группой и в связи с которыми реформа считается целесообразной (часть 2), в настоящем представлении дается описание того, как мог бы выглядеть постоянный механизм урегулирования споров (часть 3), а затем объясняются причины, по которым создание такого механизма, обеспечивающего структурное изменение всей системы, является единственным вариантом реформы, позволяющим эффективно решить все выявленные проблемы (часть 4).

2. Проблемы, в связи с которыми желательно проведение реформ

2.1 Введение

4. ЕС и его государства-члены ссылаются на высказанное Группой 77 и Китаем мнение о том, «что приток международного частного капитала, особенно прямых иностранных инвестиций, наряду со стабильной международной финансовой системой имеют жизненно важное значение для дополнения национальных усилий в области развития и что прямые иностранные инвестиции могут способствовать созданию более квалифицированных и высокооплачиваемых рабочих мест, расширению передачи знаний, повышению производительности труда и стоимости экспортной продукции»¹.

5. ЕС и его государства-члены разделяют это мнение, считая, что прямые иностранные инвестиции являются одним из важных элементов усилий по содействию устойчивому развитию и достижению Целей в области устойчивого развития и что поэтому важно обеспечить в среднесрочной и долгосрочной перспективе стабильную основу для урегулирования инвестиционных споров, учитывая проблемы, о которых говорилось в Рабочей группе.

¹ Заявление от имени Группы 77 и Китая, сделанное делегацией Эквадора на 36-й сессии Рабочей группы III ЮНСИТРАЛ (Реформирование системы урегулирования споров между инвесторами и государствами), состоявшейся 29 октября — 2 ноября 2018 года.

2.2 Проблемы, в связи с которыми был сделан вывод о целесообразности реформ

6. За основу в настоящем представлении приняты проблемы, которые были выявлены Рабочей группой и в связи с которыми проведение реформы было признано желательным. Эти проблемы в краткой форме излагаются ниже.

i) Проблемы, связанные с отсутствием последовательности, согласованности, предсказуемости и правильности арбитражных решений, принимаемых судами по УСИГ:

- проблемы, связанные с необоснованно непоследовательным толкованием судами по УСИГ положений международных инвестиционных договоров и других соответствующих принципов международного права²;
- проблемы, связанные с отсутствием основы для урегулирования множественных производств, открываемых в связи с международными инвестиционными договорами, законами, документами и соглашениями, обеспечивающими доступ к механизмам УСИГ³; и
- проблемы, связанные с ограниченностью возможностей или же отсутствием во многих действующих международных договорах механизмов для урегулирования вопросов непоследовательности и неправильности решений⁴.

ii) Проблемы, касающиеся арбитров и лиц, принимающих решения:

- проблемы, связанные с отсутствием или кажущимся отсутствием независимости и беспристрастности у лиц, принимающих решения в рамках УСИГ⁵;
- проблемы, связанные с пригодностью, эффективностью и прозрачностью механизмов раскрытия информации и отвода, предусмотренных в рамках многих существующих договоров и арбитражных регламентов⁶;
- проблемы отсутствия надлежащего разнообразия в составе лиц, принимающих решения в рамках УСИГ⁷; и
- проблемы, связанные с механизмами определения состава судов по УСИГ в действующих договорах и арбитражных регламентах⁸.

iii) Проблемы, касающиеся стоимости и сроков рассмотрения дел в рамках УСИГ:

- проблемы, связанные со сроками и стоимостью процедур УСИГ⁹;
- проблемы, связанные с распределением издержек третейскими судами в системе УСИГ¹⁰; и
- проблемы, связанные с обеспечением покрытия издержек¹¹.

² A/CN.9/964 — Доклад Рабочей группы III (Реформирование системы урегулирования споров между инвесторами и государствами) о работе ее тридцать шестой сессии (предварительный вариант), 6 ноября 2018 года, пункт 40, https://uncitral.un.org/sites/uncitral.un.org/files/draft_report_of_wg_iii_for_the_website.pdf.

³ Там же, пункт 53.

⁴ Там же, пункт 63.

⁵ Там же, пункт 83.

⁶ Там же, пункт 90.

⁷ Там же, пункт 98.

⁸ Там же, пункт 108.

⁹ Там же, пункт 123.

¹⁰ Там же, пункт 127.

¹¹ Там же, пункт 133.

2.3 Прочие проблемы

7. Следует отметить, что Рабочая группа не полностью завершила рассмотрение проблем, в связи с которыми целесообразно провести реформы. ЕС и его государства-члены готовы к тому, чтобы дополнить вариант, изложенный ниже, мерами, позволяющими решать проблемы, связанные с финансированием третьими сторонами, если Рабочая группа признает целесообразным проведение реформ в этой области¹².

8. Следует также отметить, что несколько делегаций говорили о важности рассмотрения способов мирного урегулирования споров. Настоящее представление содержит некоторые связанные с этим моменты, и ЕС и его государства-члены готовы рассмотреть дальнейшие идеи на этот счет.

9. В случае выявления других проблем, в связи с которыми будет сочтено желательным провести реформы, ЕС и его государства-члены готовы изучить способы предусмотреть это в предлагаемых здесь подходах.

2.4 Системный характер проблем

10. ЕС и его государства-члены считали и считают, что проблемы, о которых идет речь, взаимосвязаны и носят системный характер. Решение любой из них в отдельности не устраняло бы других. Например, проблемы, касающиеся сроков и стоимости, увязаны с проблемами недостаточной предсказуемости. Если закон не имеет устоявшегося толкования, то издержки растут, так как третейские суды, создаваемые специально для рассмотрения конкретных дел, могут всякий раз толковать законы по-своему, в связи с чем стороны, проявляющие настойчивость в споре, начинают пускать в ход любые мыслимые аргументы, в том числе и такие, которые не рассматривались бы всерьез, будь толкование соответствующей нормы единообразным. Таким образом, проблема дороговизны существующей системы связана с проблемой непредсказуемости, та в свою очередь — с проблемой методов назначения арбитров, а последняя — с проблемой их независимости и беспристрастности. Обо всем этом уже говорилось в материале, ранее представленном ЕС в Рабочей группе III, где было указано на системный характер упомянутых проблем¹³. В справочных целях данный материал прилагается к настоящему представлению.

3. Системное решение выявленных проблем: постоянный механизм для урегулирования споров

11. В этом разделе излагаются соображения по поводу возможного учреждения постоянного механизма для урегулирования инвестиционных споров.

3.1 Механизмы предупреждения споров

12. Споры желательно урегулировать мирным путем. Для содействия такому мирному урегулированию следует создать соответствующие механизмы. Это могут быть, в частности, согласительная процедура и посредничество. Особенно полезными могут оказаться такие формы организационной поддержки, как, например, ведение списка посредников и, прежде всего, поддержка усилий по достижению мирного урегулирования.

3.2 Первая инстанция

13. Постоянный механизм должен предусматривать два уровня вынесения решений. Разбирательство споров ведется в суде первой инстанции. В соответствии с практикой современных третейских судов он занимается установлением

¹² Там же, пункт 134.

¹³ См. A/CN.9/WG.III/WP.145, Возможная работа по реформированию системы урегулирования споров между инвесторами и государствами (УСИГ): представление Европейского союза, http://www.uncitral.org/uncitral/en/commission/working_groups/3/Investor_State.html (приведено для справок в приложении 1).

фактов, на основании которых затем применяет действующее законодательство. Он также рассматривает дела, возвращенные ему апелляционным судом, по которым апелляционный суд не смог вынести решения. Он руководствуется собственными правилами процедуры.

3.3 Апелляционный суд

14. Апелляционный суд рассматривает жалобы на решения суда первой инстанции. Основаниями для обжалования являются юридическая ошибка (включая существенные процессуальные недочеты) или явно ошибочная оценка фактов. Апелляционный суд должен избегать повторного рассмотрения фактической стороны дела.

15. Необходимо предусмотреть механизмы, исключающие злоупотребление возможностью обжалования. Они могут включать, например, обязательное внесение залога на покрытие издержек.

3.4 Арбитры, нанятые на постоянной основе

16. Арбитры должны наниматься на постоянной основе. Им не разрешается заниматься какой-либо внеслужебной деятельностью¹⁴. Число арбитров определяется исходя из предполагаемого объема работы постоянного органа.

17. Оклады арбитров должны быть сопоставимы с теми, которые выплачиваются членам других международных третейских судов.

3.5 Этические требования

18. К арбитрам должны предъявляться строгие этические требования. Высокие стандарты профессиональной этики будут поддерживаться отчасти благодаря их занятости на постоянной основе и запрету на иные виды занятий, включая другую оплачиваемую работу и политическую деятельность. Обязанностью арбитров должно быть недопущение потенциальной коллизии интересов в связи с теми или иными делами. В этих целях они должны будут декларировать имевшиеся у них в прошлом интересы, связи или обстоятельства, способные нанести ущерб их независимости или беспристрастности, а по истечении срока полномочий не освобождаются от обязанности следить за тем, чтобы независимость и беспристрастность выполнения ими функций арбитров не могли быть поставлены под сомнение.

19. Залогом независимости от правительств должен быть длительный срок полномочий без возможности его продления (во многих международных третейских судах он, например, составляет девять лет) в сочетании с обстоятельной и прозрачной процедурой подбора и назначения.

3.6 Квалификация

20. Квалификационные требования предлагается установить по аналогии с другими международными судами. Это означает, что арбитры должны удовлетворять требованиям, предъявляемым в их странах для назначения на высшие судебные должности, или являться юристами с признанным авторитетом в области международного права (см., например, статью 2 Статута Международного Суда). Могут быть установлены конкретные критерии необходимого уровня знаний и опыта в конкретных областях права; при этом желательно привлечь лиц, имеющих судейский опыт и навыки ведения дел.

3.7 Разнообразие

21. Следует использовать механизмы, обеспечивающие как географическое, так и гендерное разнообразие. Примером того, какие нормы могут быть

¹⁴ Следует отметить, что в большинстве национальных и международных судов штатным арбитрам разрешается преподавательская работа: ее можно считать допустимой.

установлены в отношении арбитров, включаемых в состав постоянного органа, может служить пункт 8 статьи 36 Римского статута Международного уголовного суда¹⁵.

3.8 Процедура назначения

22. Исключительно важное значение имеет нейтралитет арбитров. Их независимость и беспристрастность может быть обеспечена с помощью обстоятельной и прозрачной процедуры назначения. Заслуживают рассмотрения любые идеи, касающиеся обеспечения нейтралитета, но ориентиром может послужить, в частности, опыт учрежденных недавно международных и региональных судов, где предусмотрены механизмы отбора арбитров, действительно отвечающих требуемым стандартам судейской независимости¹⁶. Лица, назначаемые для проведения такого отбора, должны обладать независимостью. В частности, эти функции могут возлагаться на лиц, занимающих определенные должности (например, Председателя Международного Суда, других действующих или недавно сложивших свои полномочия судей старшего уровня из международных судов или верховных судов своих стран). Кандидаты на работу в составе постоянного механизма могут как предлагаться договаривающимися сторонами, так и выдвигаться самостоятельно. Следует рассмотреть вопрос о том, чтобы назначаться могли также лица, не имеющие гражданства ни одной из сторон договора. Их назначение должно утверждаться существенным большинством голосов договаривающихся сторон.

23. Имеется в виду, что при назначении в состав постоянного механизма договаривающиеся стороны будут отдавать объективно настроенным кандидатам предпочтение перед теми, кого считают слишком явно предрасположенными в пользу инвесторов или же государств, поскольку от арбитров будет требоваться учет интересов не только потенциальных ответчиков, но и потенциальных истцов в инвестиционных спорах ввиду необходимости обеспечить инвесторам в соответствующих странах надлежащую степень защиты. Поэтому их подход будет более дальновидным¹⁷.

24. Арбитры для рассмотрения каждого конкретного спора будут назначаться в состав соответствующих подразделений постоянного механизма методом случайного выбора, чтобы стороны не могли быть заранее осведомлены о том, кто именно будет рассматривать их спор¹⁸.

¹⁵ Ассамблея государств-участников, избирающая судей Международного уголовного суда (МУС), обязана принимать во внимание «необходимость обеспечения представительства основных правовых систем мира, справедливого географического представительства и справедливой представленности судей обоих полов» (статья 36(4)(8)(a)). Для избрания судей в состав МУС установлены региональные и гендерные требования. В соответствии с ними среди членов Суда должно быть не менее шести женщин и не менее шести мужчин. На сегодняшний день женщины занимают шесть из 18 судейских мест в МУС. При этом каждая региональная группа стран — членов Организации Объединенных Наций должна быть представлена не менее чем двумя судьями. Если число государств — участников какой-либо региональной группы превышает 16, то минимальное число судей от данной группы увеличивается до трех. См. резолюцию Ассамблеи государств-участников «Процедура выдвижения кандидатур и выборов судей, Прокурора и заместителей Прокурора Международного уголовного суда» (ICC-ASP/3/Res.6), пункты 20(b) и (c), по адресу: https://asp.icc-cpi.int/iccdocs/asp_docs/Publications/Compendium/Resolution-ElectionJudges-ENG.pdf.

¹⁶ Примерами могут служить Международный уголовный суд, Европейский суд по правам человека, Карибский суд и Суд Европейского союза.

¹⁷ См. Anthea Roberts, *Would a Multilateral Investment Court be Biased? Shifting To a Treaty Party Framework of Analysis*, *EJIL: Talk!*, 27 April 2017, <https://www.ejiltalk.org/would-a-multilateral-investment-court-be-biased-shifting-to-a-treaty-party-framework-of-analysis/>, и Anthea Roberts, *Power and Persuasion in Investment Treaty Interpretation: the Dual Role of States*, *American Journal of International Law*, 2010, 104 (4), pp. 179, 180, 182–195.

¹⁸ В основу этой идеи положен пункт 2 правила 6 Рабочих процедур рассмотрения апелляций Апелляционным органом ВТО, https://www.wto.org/english/tratop_e/dispu_e/ab_e.htm.

3.9 Урегулирование межгосударственных споров

25. Большинство инвестиционных договоров содержат положения об урегулировании как споров между инвесторами и государствами, так и межгосударственных споров. В некоторых из них, по аналогии с другими видами договоров, оговорен только порядок урегулирования споров между государствами. Постоянный механизм должен быть пригоден для использования также и в целях межгосударственного урегулирования.

3.10 Механизмы диалога со сторонами договоров

26. Стороны многих современных договоров наделены правом устанавливать юридически обязывающие толкования основных договорных обязательств. Это, например, предусмотрено в статье IX.2 Соглашения о ВТО. Для разработанных в последние годы договоров или разделов нормативных актов, посвященных защите инвестиций, также характерно наличие положений об обязательных толкованиях. Такие толкования предназначены для того, чтобы ими руководствовались третейские суды по урегулированию споров. Необходимо будет обеспечить не просто сохранение такой возможности, но и ее распространение на договоры, в которых она прямо не предусмотрена. В рамках многостороннего постоянного механизма, применимого к различным двусторонним соглашениям, нужно будет позаботиться о том, чтобы стороны двусторонних соглашений сохраняли контроль над их трактовкой, для чего они должны иметь возможность устанавливать обязательные толкования.

27. Сторона соответствующего договора, не являющаяся стороной в споре, должна также допускаться к участию в нем. Следует подумать и над тем, должны ли — и если да, то при каких условиях — правительства других стран, участвующих в документе об учреждении постоянного механизма, иметь возможность вмешиваться в споры по вопросам толкования договоров, сторонами которых они не являются, если эти споры имеют общесистемное значение; одновременно необходимо будет обеспечить, чтобы это не ущемляло право сторон соглашения определять его толкование.

3.11 Прозрачность и третьи стороны

28. Необходимо обеспечить высокую степень прозрачности при проведении разбирательств. Правила ЮНСИТРАЛ о прозрачности в контексте арбитражных разбирательств между инвесторами и государствами на основе международных договоров могут служить хорошим примером необходимого минимума в этом отношении.

29. Участие в урегулировании инвестиционных споров следует также разрешить третьим сторонам, например представителям затронутого спором населения.

3.12 Исполнение

30. Эффективное исполнение решений, вынесенных постоянным механизмом, является жизненно важным. Поскольку механизм будет предусматривать процедуры обжалования, это позволит обходиться без пересмотра решений национальными органами или специально сформированными международными механизмами (т.е. функцию аннулирования или отмены решений, выполняемую сейчас национальными судами и комитетами МЦУИС по аннулированию, возьмет на себя апелляционный механизм в рамках общей процедуры обжалования). Таким образом, эти решения не должны подлежать пересмотру на национальном уровне.

31. В документе об учреждении постоянного механизма предлагается предусмотреть собственный режим исполнения решений, не включающий их обжалование на национальном уровне.

32. Кроме того, решения будущего постоянного механизма могли бы подлежать исполнению также согласно Нью-Йоркской конвенции о признании и приведении в исполнение иностранных арбитражных решений. Она предусматривает возможность приведения в исполнение решений, вынесенных «постоянными арбитражными органами» (см. пункт 2 статьи I Конвенции). Нет оснований считать, что решения постоянного механизма не смогут считаться вынесенными «постоянным арбитражным органом» и подлежащими исполнению как таковые — естественно, с согласия сторон в споре, которое и так будет получено по определению¹⁹. При этом могут потребоваться механизмы, не позволяющие сторонам в споре в дальнейшем воспользоваться процедурами отмены решений²⁰.

3.13 Финансирование

33. Взносы на финансирование постоянного механизма в принципе должны вноситься договаривающимися сторонами. Их следует разделить на «весовые категории» в зависимости от уровней развития, с тем чтобы на развивающиеся и наименее развитые государства приходилось меньшее бремя, чем на развитые страны. Механизм «взвешивания» может быть привязан к тем, которые используются другими международными организациями, или построен по аналогии с ними. Можно подумать также над тем, чтобы пользователи механизма вносили определенную плату за его услуги, хотя при этом необходимо тщательно избегать прямой увязки такой платы с вознаграждением арбитров и не завышать ее

¹⁹ См. также Gabrielle Kaufmann-Kohler and Michele Potestà, *Can the Mauritius Convention serve as a model for the reform of investor-State arbitration in connection with the introduction of a permanent investment tribunal or an appeal mechanism? Analysis and Roadmap*, CIDS, 2016: «154. По мнению авторов, существуют веские основания квалифицировать МСИД [Международный судебный орган по инвестиционным делам, изначально снабженный апелляционным механизмом] в качестве “постоянного арбитражного органа” в рамках Конвенции, как исходя из “традиционного понимания” пункта 2 статьи I, так и в соответствии с “эволюционным толкованием” этой формулировки, учитывающим изменения в сфере международного права и арбитража, имевшие место после 1958 года. Это, однако, не представляется принципиально важным. Действительно важное значение, как это отчетливо вытекает из подготовительных материалов, имеет правило консенсуса при вынесении арбитрами своих решений, которое, несомненно, будет присутствовать в МСИД (см. V.V выше). 155. В то же время после принятия статута МСИД ЮНСИТРАЛ может, хотя в этом и нет абсолютной необходимости, рассмотреть вопрос о том, чтобы выступить с “рекомендацией”, по аналогии с той, которую она формулировала в связи с толкованием пункта 2 статьи II и пункта 1 статьи VII Нью-Йоркской конвенции. В рекомендации разъяснялось бы, что МСИД подпадает под действие Нью-Йоркской конвенции, будь то в качестве “постоянного арбитражного органа” согласно пункту 2 статьи I или иным образом. Это, безусловно, облегчило бы положение национальных судов, призванных приводить в исполнение решения МСИД и, вероятно, способствовало бы более единообразному судебному толкованию соответствующих норм», стр. 56–57, http://www.uncitral.org/pdf/english/CIDS_Research_Paper_Mauritius.pdf. Решения Трибунала по рассмотрению взаимных претензий Ирана и США рассматриваются как подлежащие исполнению в рамках Нью-Йоркской конвенции, см. также Kaufmann-Kohler and Potestà (CIDS 2016), p. 56, fn. 294.

²⁰ Пример такого механизма см. в Соглашении о защите инвестиций между Европейским союзом и его государствами-членами, с одной стороны, и Республикой Сингапур, с другой, статья 3.22 которого гласит: «Окончательные решения, вынесенные третейским судом согласно настоящему разделу, имеют обязательную силу для сторон в споре и не подлежат обжалованию, повторному рассмотрению, отмене, аннулированию или любому иному опротестованию», а статья 3.7(1)(f)(iii) требует заявления о том, что истец «не будет инициировать процедуру обжалования, повторного рассмотрения, отмены, аннулирования, пересмотра или любую другую подобную процедуру в международном или национальном суде или трибунале в отношении решения, вынесенного согласно настоящему разделу» (см. http://trade.ec.europa.eu/doclib/docs/2018/april/tradoc_156731.pdf). См. также *Comprehensive Economic and Trade Agreement between Canada and the EU and its member states* (Article 8.28(9)(b)) и *Investment Protection Agreement between Viet Nam and the EU and its member states* (Articles 3.36(3)(b) and 3.57(1)(b)).

настолько, чтобы это становилось препятствием для подачи исков малыми и средними предприятиями.

34. Взносы могли бы направляться в целевой фонд, как это делается в случае Карибского суда. Это позволит постоянному механизму эффективно функционировать в средне- и долгосрочной перспективе.

3.14 Применение к действующим договорам, механизм выражения согласия и юрисдикция

35. Крайне важно, чтобы постоянный механизм имел возможность выносить решения по спорам, возникающим в рамках большого массива действующих и будущих соглашений. Это будет обеспечиваться сочетанием 1) актов присоединения к документу об учреждении постоянного механизма с 2) конкретными уведомлениями («выражениями согласия») относительно распространения юрисдикции постоянного механизма на то или иное существующее или будущее соглашение. Получив такое уведомление от договаривающихся сторон конкретного соглашения, являющихся одновременно сторонами документа об учреждении постоянного механизма, постоянный механизм берет на себя разрешение споров, возникающих из этого соглашения. В соглашения, заключенные после учреждения постоянного механизма, могут включаться положения, наделяющие этот механизм необходимой юрисдикцией или, как указано выше, такие положения могут быть добавлены впоследствии. Следует изучить вопрос о том, может ли документ об учреждении постоянного механизма быть использован также в случае, если его стороной является только государство-ответчик.

36. Данная модель обладает гибкостью и уже используется в Маврикийской конвенции о прозрачности в контексте УСИГ и в Многосторонней конвенции по выполнению мер, относящихся к налоговым соглашениям, в целях противодействия размыванию налоговой базы и выводу прибыли из-под налогообложения («Конвенция РНБВП»)²¹. Принцип передачи юрисдикции от одного органа (в данном случае от формируемых на разовой основе третейских судов) другому также является общепринятым в международном публичном праве²².

37. Это означает, что конкретные пределы юрисдикции постоянного механизма и материально-правовые нормы, которыми он руководствуется, определяются исходными договорами. Таким образом, материально-правовые нормы, применяемые постоянным механизмом, могут эволюционировать вместе с положениями этих договоров.

3.15 Механизм оказания помощи

38. Следует предусмотреть механизм, который гарантировал бы всем спорящим сторонам возможность эффективно оперировать режимом разрешения инвестиционных споров. Такой механизм мог бы облегчать наименее развитым и развивающимся странам участие в разбирательствах по международным инвестиционным спорам, а также, возможно, по другим аспектам применения международного инвестиционного права. Инициатива в этом направлении могла бы стать частью процесса создания постоянного механизма. В настоящее время готовится предпроектное технико-экономическое исследование с участием развивающихся стран и соответствующих специалистов, посвященное способам

²¹ Подробнее см. <http://www.oecd.org/tax/treaties/multilateral-convention-to-implement-tax-treaty-related-measures-to-prevent-beps.htm>. О возможном использовании подхода к созданию постоянного механизма по аналогии с Маврикийской конвенцией см. Gabrielle Kaufmann-Kohler and Michele Potestà, *Can the Mauritius Convention serve as a model for the reform of investor-State arbitration in connection with the introduction of a permanent investment tribunal or an appeal mechanism? Analysis and roadmap*, CIDS, 2016, http://www.uncitral.org/pdf/english/CIDS_Research_Paper_Mauritius.pdf.

²² См. пункт 5 статьи 36 Статута Международного Суда относительно заявлений о признании юрисдикции Постоянной палаты международного правосудия.

надлежащей правовой защиты интересов сторон в ходе разбирательств, проводимых в рамках международных инвестиционных соглашений.

3.16 Открытая архитектура

39. ЕС и его государства-члены считают, что, как показано в следующем разделе, выявленные в существующей системе структурные проблемы могут быть решены только путем создания двухуровневой постоянной структуры. Однако в постоянном механизме должна быть заложена и определенная степень гибкости. Она будет необходимой, например, для стран, которые, возможно, пожелают прибегнуть к этому постоянному механизму в целях урегулирования межгосударственных споров, но не предусматривают в заключаемых ими соглашениях урегулирование споров между инвесторами и государствами. Некоторые страны также могут пожелать сохранить за собой возможность использования только апелляционного механизма, хотя, по мнению ЕС и его государств-членов, такой подход не позволяет успешно решить целый ряд выявленных проблем. В таком случае открытая архитектура постоянного механизма могла бы обеспечить нужную этим странам гибкость²³.

4. Создание подобного постоянного механизма решает выявленные проблемы

40. Представляется, что создание двухуровневого постоянного механизма — единственный имеющийся способ успешно разрешить все проблемы, выявленные Рабочей группой. Это также единственный способ учесть взаимосвязанный характер этих проблем.

4.1 Последовательность и правильность

Предсказуемость и последовательность

41. Предсказуемость и последовательность могут быть реально достигнуты только путем создания постоянного механизма с собственным постоянным штатом арбитров. В этом заключается основная проблема существующей системы. Она не дает заинтересованным сторонам разумных оснований рассчитывать на то, что решение, вынесенное по одному спору, будет учтено при вынесении решения по другому, так как выносятся эти решения третейскими судами, специально формируемыми для каждого случая. В постоянном же механизме будет постепенно складываться атмосфера «коллегиальной преемственности»²⁴.

42. Более предсказуемое толкование правовых норм в свою очередь сделает процесс вынесения решений более эффективным и, соответственно, менее затратным, а также, по всей вероятности, сократит общее количество споров. Учет прецедентов при вынесении решений как первой, так и апелляционной инстанцией позволит затвердить толкование соответствующих положений и тем самым уменьшит количество «авантюрных» исков. Вдумчивый инвестор не станет заявлять иск на основе юридических аргументов, ранее уже отклонявшихся

²³ См. Anthea Roberts, *ЮНСИТРАЛ и ISDS Reforms: Moving to Reform Options ... the Politics*, EJIL Talk, 8 November 2018, <https://www.ejiltalk.org/uncitral-and-isds-reforms-moving-to-reform-options-the-politics/#more-16628>, и Anthea Roberts, *Incremental, Systemic, and Paradigmatic Reform of Investor-State Arbitration*, *American Journal of International Law*, 2018, 112, pp. 410, 431–432.

²⁴ «Система МЦУИС построена на снабженных институциональной базой арбитражных судах и комитетах по аннулированию. Она располагает большим числом арбитров одинакового иерархического уровня, которые рассматривают каждое дело в новом составе. Соответственно, с течением времени разным арбитрам приходится выносить решения по одним и тем же или как минимум весьма схожим вопросам юридического толкования. Такое непостоянство состава судов и связанная с этим текучесть кадров приводят к тому, что внутреннее стремление к «коллегиальной преемственности» проявляется сравнительно слабо [сноска опущена], чего не скажешь о таких постоянных судебных инстанциях, как МУС или СЕС [сноска опущена]», см. Katharina Diel-Gligor, *Towards Consistency in International Investment Jurisprudence: A Preliminary Ruling System for ICSID Arbitration*, Brill Nijhoff, Leiden and Boston, 2017, p. 164.

постоянным механизмом, но может понадеяться на успех таких аргументов в третейском суде, специально сформированном для данного конкретного спора.

Правильность: апелляционный механизм, способный исправлять правовые и грубые фактические ошибки

43. Правильность обеспечивается апелляционным механизмом, который в этих целях проверяет правовую корректность решений первой инстанции и исправляет любые ошибки правового характера. Такое соблюдение правильной процедуры само по себе является важным свойством национальных правовых систем, обеспечивая контроль над в остальном независимыми субъектами принятия решений. Кроме того, благодаря иерархическому статусу апелляционного механизма выносимые решения будут со временем становиться все более последовательными.

44. Двухуровневая структура механизма наиболее эффективна в плане обеспечения предсказуемости и последовательности. В рамках единого органа отношение к апелляционному механизму будет более уважительным, чем можно ожидать от третейских судов, формируемых на разовой основе. Это важно иметь в виду, поскольку не по каждому делу будут подаваться апелляции.

45. Возвращение дела на повторное рассмотрение — широко распространенная практика в национальных правовых системах. Она позволяет апелляционным судам направлять дела обратно в суды первой инстанции для окончательного разрешения споров. Особенно часто к этой практике прибегают в ситуациях, когда установленных фактов недостаточно для самостоятельного вынесения решения апелляционным судом. Такая возможность желательна с точки зрения эффективности апелляционного механизма, так как в противном случае сторонам в споре приходится начинать разбирательство заново. Однако возвращение дела на повторное рассмотрение в суд первой инстанции, сформированный специально по этому делу, представляется проблематичным, так как после вынесения решения такой суд прекращает свою деятельность, не дожидаясь возможной апелляции.

Процесс обсуждения и связь с другими областями права

46. Постоянный механизм также будет лучше приспособлен для постепенной выработки более согласованного подхода к соотношению между инвестиционным и иным правом, в частности национальным законодательством и другими областями международного права. Например, Апелляционный орган ВТО неоднократно высказывался по поводу связи норм ВТО с другими международно-правовыми нормами, что было полезным для проработки вопросов взаимодействия различных отраслей права²⁵.

4.2 Лица, принимающие решения

Решение вопросов этики, устранение совместительства, ликвидация стимулов, порождаемых существующей системой

47. Система, при которой арбитры будут наниматься на постоянной основе, сможет лучше обеспечить независимость и беспристрастность. Собственно говоря, только переход от назначения арбитров сторонами в споре к системе их привлечения на длительный, не подлежащий продлению срок позволит окончательно решить проблемы независимости и беспристрастности. Это положит

²⁵ См., например, Appellate Body Report, *US – Gasoline*, p. 17: «Согласно статье 3(2) ДРС Апелляционному органу надлежит руководствоваться [“обычными правилами толкования международного публичного права”] при разъяснении положений Генерального соглашения и других “охваченных соглашений” в рамках Марракешского соглашения об учреждении Всемирной торговой организации (“Соглашение о ВТО”). Данным решением в известной мере признается, что *Генеральное соглашение не следует рассматривать в искусственной изоляции от международного публичного права*» (выделено нами).

конец совместительству (при котором одно и то же лицо выступает в роли юрисконсульта и арбитра)²⁶. Это также ликвидирует стимулы, создаваемые таким явлением, как повторные назначения. Будет разорвана связь между арбитрами (или кандидатами в арбитры) и юрисконсультами инвесторов и государств, от которых зависит назначение арбитров. Само ощущение, что такие стимулы существуют, является веской причиной сомнений в правомерности существующего режима²⁷. Одного лишь апелляционного механизма недостаточно для решения проблемы независимости и беспристрастности, поскольку она коренится прежде всего в системе назначения арбитров сторонами в каждом конкретном споре.

48. Данный подход соответствует практике, принятой в международных судах, где судьям не разрешается заниматься внеслужебной деятельностью. Например, Международный Суд недавно запретил своим действующим членам выступать в качестве арбитров по спорам между инвесторами и государствами или в коммерческом арбитраже²⁸.

Знания и опыт: более глубокое знакомство с международным публичным правом

49. Требование наличия специальной подготовки в области международного публичного права позволило бы устранить обеспокоенность тем, что в существующей системе немало арбитров, слабо подготовленных в этой области. Однако такая подготовка необходима, учитывая, что режим УСИГ основан на международном публичном праве. Полезными были бы также опыт вынесения судебных решений (учитывая публично-правовую природу данного режима) и опыт досконального выяснения фактов.

Многообразие (географическое и гендерное). Невозможность его обеспечения в рамках существующей системы

50. Постоянно действующая двухуровневая система расширяет возможности для назначения арбитров из недопредставленных регионов и для стремления к гендерной сбалансированности. Для этого в ней могут быть заложены критерии отбора, обеспечивающие географическое и гендерное разнообразие. Это недостижимо без отказа от системы назначения арбитров сторонами, поскольку в такой системе каждая из спорящих сторон при прочих равных условиях отдает

²⁶ См. Malcolm Langford, Daniel Behn and Runar Hilleren Lie, *The Revolving Door In International Investment Arbitration*, *Journal of International Economic Law*, 2017, 20 (2), p. 328, <https://doi.org/10.1093/jiel/jgx018>.

²⁷ «В судах экономически развитых стран судьи редко сталкиваются с отводом своих кандидатур в ходе открытых слушаний или подвергаются дисквалификации на том основании, что у них имеются структурно обусловленные финансовые интересы, способные повлиять на исход дел. Согласно изначальному организационному замыслу, назначение на постоянные должности с соответствующим окладом в принципе рассматривается как важный элемент, позволяющий заручиться доверием общества в этом отношении. Помимо организационных аспектов, в правовых системах государств также предусмотрены правила, касающиеся личных денежных интересов судей. Наряду с выплатой постоянных окладов эти правила обычно рассматриваются как укрепляющие независимость судей и доверие граждан к судебной системе», см. David Gaukrodger, *Adjudicator Compensation Systems and Investor-State Dispute Settlement*, OECD Working Papers on International Investment, 2017/05, OECD Publishing, Paris, p. 20, <https://doi.org/10.1787/c2890bd5-en>.

²⁸ Как заявил 25 октября председатель Суда г-н Юсуф в своем ежегодном обращении к Генеральной Ассамблее (см. <https://www.icj-cij.org/files/press-releases/0/000-20181025-PRE-02-00-EN.pdf>), «совмещение функций судьи МУС с функциями арбитра (или, как это названо в докладе, “работа на стороне”) потенциально может отразиться на судебской независимости и беспристрастности или дать основания для подозрений на этот счет» см. Marie Davoise, *Can't Fight the Moonlight? Actually, You Can: ICJ Judges to Stop Acting as Arbitrators in Investor-State Disputes*, *EJIL: Talk!*, 5 November 2018, <https://www.ejiltalk.org/cant-fight-the-moonlight-actually-you-can-icj-judges-to-stop-acting-as-arbitrators-in-investor-state-disputes/>.

естественное предпочтение арбитрам, обладающим уже знакомыми ей характеристиками²⁹. Апелляционный механизм сам по себе создает меньшие возможности для достижения многообразия.

4.3 Сроки и издержки

51. Создание постоянного механизма приведет к сокращению стоимости и продолжительности разбирательств, облегчив таким образом реальный доступ к этому механизму для малых и средних предприятий, сразу по нескольким причинам.

52. Во-первых, отпадет необходимость тратить время на подбор арбитров. По оценкам МЦУИС, процесс назначения арбитров занимает в среднем шесть–восемь месяцев³⁰. Подбор членов арбитражного суда связан и с материальными издержками, поскольку время юрисконсультов расходуется на выяснение того, какие кандидатуры наиболее соответствуют интересам их клиента. Поскольку назначение арбитров считается одним из трех самых затяжных этапов рассмотрения дел в рамках УСИГ, расходы на оплату юридических услуг при этом бывают значительными³¹.

53. Во-вторых, существенно сократятся денежные и временные затраты, связанные с отводами кандидатур. В соответствии с действующим регламентом МЦУИС на период рассмотрения ходатайства об отводе разбирательство приостанавливается. Постоянный механизм полностью или в значительной степени устранил бы необходимость отводов и сделал бы такие случаи более редкими. Арбитры рассматривались бы как независимые и непредвзятые в силу самой занимаемой ими должности, и лишь в ограниченном числе весьма специфических случаев у них могла бы возникать коллизия интересов, требующая принятия каких-либо мер.

54. В-третьих, у арбитров постоянного механизма будут отсутствовать стимулы, способные повлиять на стоимость и продолжительность разбирательства. Так, поскольку размеры их вознаграждения не будут зависеть от времени,

²⁹ См. Taylor St. John, Daniel Behn, Malcolm Langford and Runar Lie, *Glass Ceilings And Arbitral Dealings: Explaining The Gender Gap In International Investment Arbitration*: работа, намеченная к публикации 1 января 2019 года, с разъяснением структурного изъяна в существующей системе УСИГ, касающегося гендерного паритета: «[М]ы указываем на неформальную норму, применяемую в процессе назначения, которую можно определить как требование “прошлого опыта”, и объясняем, почему эта норма становится барьером, мешающим увеличить число женщин, назначаемых арбитрами. Данная неформальная норма сводится к тому, что стороны, т.е. юрисконсульты и их клиенты, стремятся назначать арбитров, которые им хорошо известны и могут считаться предсказуемыми. [...] Неформальное правило назначения только известных людей резко сокращает число новых лиц, попадающих в систему. [...] Единожды принятые в “клуб” сохраняют свое членство в нем, но шансов получить первое назначение чрезвычайно мало. [...] Теоретически при назначении арбитров стороны не учитывают их гендерную принадлежность. Однако на практике назначение арбитров сторонами может усугублять сложившийся гендерный дисбаланс, в частности потому, что твердое правило наличия “прошлого опыта” преграждает путь новым кандидатам, женщин среди которых, скорее всего, больше, чем в существующем “клубе”» (pp. 10–11), и «если нынешние тенденции сохранятся, то доля женщин среди лиц, назначаемых арбитрами, достигнет 25% только к 2100 году. Таким образом, полученные нами результаты внушают пессимизм относительно перспектив изменения ситуации с гендерным разнообразием в инвестиционном арбитраже, если арбитры будут и впредь назначаться сторонами» (p. 21).

³⁰ «Средний срок с момента регистрации до завершения формирования третейского суда: 6–8 месяцев», см. Gonzalo Flores (Deputy Secretary-General of ICSID), *Duration of ICSID proceedings*, Presentation, Inter-sessional Regional Meeting on ISDS Reform, Incheon, Korea, 10 September 2018.

³¹ См. A/CN.9/930/Rev.1 — Доклад Рабочей группы III (Реформирование системы урегулирования споров между инвесторами и государствами) о работе ее тридцать четвертой сессии — часть I (Вена, 27 ноября — 1 декабря 2017 года), 19 декабря 2017 года, пункт 65, http://www.uncitral.org/uncitral/en/commission/working_groups/3/Investor_State.html.

затраченного на рассмотрение того или иного дела, им не будет выгодно затягивать производство. Напротив, эффективность ведения дел скорее повысится. Например, постоянные арбитры не будут заинтересованы в том, чтобы прения сторон и слушания в целом продолжались дольше, чем это абсолютно необходимо. Между тем отмечалось, что арбитры крайне неохотно возражают юрисконсультам назначивших их сторон по таким вопросам, как продолжительность слушаний или целесообразность представления письменных меморандумов по итогам устных прений³².

55. В-четвертых, свое влияние на сроки разбирательства и величину издержек будет оказывать предсказуемость. Как только та или иная норма обретет устоявшееся толкование (например, в решениях, последовательно выносимых судами первой инстанции или апелляционным механизмом), судебные тяжбы на этот счет прекратятся. Напротив, нынешняя система способствует проведению все новых разбирательств по одному и тому же поводу, так как никто не может гарантировать, что сформированный на разовой основе третейский суд будет следовать толкованию, данному другим таким же судом, сколь бы обоснованным оно ни было. Соответственно, устранение этой непредсказуемости позволит также сократить стоимость и продолжительность разбирательств.

56. Кроме того, постоянный механизм имеет существенные преимущества в том, что касается рассмотрения множественных исков. С ростом числа договоров, попадающих под юрисдикцию этого механизма, будет расти и эффективность рассмотрения им дел, возбуждаемых в рамках разных договоров (например, появится возможность избегать ситуаций, подобных возникшей с исками СМЕ и Лаудер³³, или более успешно выходить из таких ситуаций). Для этого можно будет прибегать, например, к объединению дел, слиянию или приостановлению производств и даже к отказу в рассмотрении.

5. Заключение

57. В настоящем представлении было показано, каким образом создание постоянного двухуровневого механизма с арбитрами, нанятыми на постоянной основе, позволит решить проблемы, выявленные Рабочей группой. Более того, речь идет о единственном предложении, обеспечивающем успешное решение всех этих проблем. Поэтому Рабочей группе предлагается заняться дальнейшей проработкой этого предложения в первоочередном порядке.

* * *

Приложение

См. документ [A/CN.9/WG.III/WP.145](#).

³² См. Philippe Sands, *What I Have Learned – Ten Years as an Investor-State Arbitrator*, Presentation, Columbia Law School, New York, United States, 15 October 2018, <http://ccsi.columbia.edu/2018/10/11/fall-2018-international-investment-law-and-policy-speaker-series-2/>.

³³ См. дела *Lauder v. Czech Republic* (в рамках двустороннего инвестиционного договора (ДИД) между Соединенными Штатами Америки и Чешской Республикой) и *СМЕ v. Czech Republic* (в рамках ДИД между Нидерландами и Чешской Республикой), речь в которых идет об одном и том же решении государства.