



# Генеральная Ассамблея

Distr.: Limited  
17 July 2019  
Russian  
Original: English

---

**Комиссия Организации Объединенных Наций  
по праву международной торговли  
Рабочая группа III (Реформирование системы  
урегулирования споров между инвесторами  
и государствами)  
Тридцать восьмая сессия  
Вена, 14–18 октября 2019 года**

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

**Представление правительства Эквадора**

**Записка Секретариата**

В настоящей записке приводится представление, полученное от правительства Эквадора 16 июля 2019 года в рамках подготовки к тридцать восьмой сессии Рабочей группы III. Это представление воспроизводится в качестве приложения в том виде, в котором оно было получено.



## Приложение

[Подлинный текст на испанском языке]

### **Предложение Республики Эквадор в отношении реформы системы урегулирования споров между инвесторами и государствами, которая обсуждается в Рабочей группе III**

На своей тридцать седьмой сессии Рабочая группа настоятельно призвала государства-члены представить предложения в целях составления проектного графика осуществления проекта для обсуждения вариантов реформы системы урегулирования споров между инвесторами и государствами (УСИГ). Многие из этих вариантов изложены в документе [A/CN.9/WG.III/WP.149](#).

С учетом содержащейся в документе [A/CN.9/970](#) просьбы ЮНСИТРАЛ о представлении предложений не позднее 15 июля 2019 года, Республика Эквадор хотела бы затронуть следующие вопросы.

#### **I. Введение**

1. В связи с обеспокоенностью государств-членов в отношении режима УСИГ было проведено обсуждение ряда предложенных изменений<sup>1</sup>. Государства рассмотрели проблемы и возможные решения, опираясь на собственный опыт в качестве сторон арбитражных процессов.
2. Эквадор является членом Комиссии Организации Объединенных Наций по праву международной торговли (ЮНСИТРАЛ) с ноября 2012 года. Страна неоднократно выражала озабоченность по поводу арбитражных разбирательств между инвесторами и государствами на заседаниях Рабочей группы III и представляла свои замечания, внося вклад в обсуждение вопроса о том, каким образом можно усовершенствовать режим УСИГ.
3. Эквадор считает, что реформа должна охватывать систему УСИГ в целом, а не только международные инвестиционные договоры между государствами, поскольку в некоторых случаях юрисдикция в отношении арбитража прямо определяется контрактами между государствами и инвесторами.
4. Среди приоритетных вопросов Эквадор особо выделяет необходимость поиска решений для нынешней системы УСИГ в следующих областях:
  - i) создание механизма для комплексного решения вопросов согласованности, предсказуемости и правильности арбитражных решений, а также проблемы выхода третейских судов за рамки их мандатов;
  - ii) обеспечение независимости и беспристрастности арбитров;
  - iii) допуск к участию в разбирательстве третьих сторон, которые могут быть затронуты арбитражным решением, в формате, согласованном третейским судом и сторонами.

Эти вопросы рассматриваются ниже.

<sup>1</sup> См. записки Секретариата о возможной работе по реформированию системы урегулирования споров между инвесторами и государствами (УСИГ) (документы [A/CN.9/WG.III/WP.142](#) и [A/CN.9/WG.III/WP.149](#)).

## II. Вопросы, приоритетные для Эквадора

### A. Пересмотр арбитражных решений

5. Инвестиционному арбитражу не хватает *последовательности* и *предсказуемости* по причине отсутствия императивной судебной практики, требующей от арбитров принятия решений, которые согласовывались бы с решениями, принятыми ранее. Несмотря на это, стороны часто ссылаются на арбитражные прецеденты, на которые опираются третейские суды при принятии или отклонении исков.

6. В некоторых случаях, например в деле с участием компаний Austrian Airlines и Burlington Resources, арбитры прямо заявили, что решения других третейских судов не имеют обязательной силы. В то же время они высказали мнение, что, за исключением чрезвычайных обстоятельств, третейские суды обязаны уважать решения, последовательно принимаемые по схожим делам. Это способствует гармоничному развитию инвестиционного права и обеспечивает удовлетворение законных ожиданий государств и инвесторов в отношении предсказуемости.

7. Несогласованность судебных решений в рамках нынешней системы нередко становится объектом критики. Например, в делах *CMS против Аргентины*, *Sempra против Аргентины* и *Enron против Аргентины* третейский суд отклонил довод о необходимости, выдвинутый государством, тогда как в делах *LG&E против Аргентины* и *Continental Casualty против Аргентины* этот же аргумент защиты третейским судом был принят. Явное отсутствие согласованности между арбитражными решениями вызвано различиями в толковании понятия «состояние необходимости» согласно двустороннему инвестиционному договору и международному обычному праву. Подобные случаи иллюстрируют несовершенство нынешней системы.

8. На этом фоне и с учетом того, что споры между инвесторами и государствами затрагивают вопросы, представляющие публичный интерес и способные привести к значительным экономическим последствиям, процесс реформирования должен быть направлен на поиск действенных решений.

9. Решения третейских судов являются окончательными и обжалованию не подлежат, хотя обжалование может обеспечить последовательность арбитражных решений и тем самым повысить их согласованность и предсказуемость. Кроме того, в настоящее время невозможно исправить серьезные ошибки, допущенные третейским судом. Этот вопрос будет рассмотрен ниже.

10. *Пересмотр арбитражных решений* является одним из наиболее актуальных вопросов в области инвестиционного арбитража. В настоящее время единственным органом контроля являются национальные суды. Пересмотр, как правило, касается действительности арбитражной оговорки, состава третейского суда, беспристрастности или вопросов государственной политики<sup>2</sup>.

11. Эквадор отметил серьезные ошибки, допущенные третейскими судами в плане превышения полномочий. Он также столкнулся с ошибочными толкованиями применимого права и арбитражных решений, которые не могут применяться на его суверенной территории. Кроме того, инвестиционный арбитраж связан с решением сложных вопросов *de facto* и *de jure*.

12. Исходя из собственного опыта, Эквадор считает целесообразным, чтобы режим УСИГ позволял также рассматривать дела по существу в рамках механизма, предусматривающего возможность обжалования.

<sup>2</sup> Конвенция о признании и приведении в исполнение иностранных арбитражных решений, статья 5.

13. Эквадор также считает, что в законодательстве следует четко определить причины, по которым может быть подано ходатайство об обжаловании. Это помешает сторонам ненадлежащим образом использовать это средство правовой защиты или использовать его для отсрочки приведения в исполнение арбитражного решения. В этой связи ходатайства об обжаловании должны рассматриваться только в случае ошибок, допущенных при применении закона.

14. Наличие такого механизма позволило бы пересматривать и исправлять арбитражные решения, благодаря чему стороны получали бы согласованное и справедливое решение в соответствии с законом.

## **В. Необходимость обеспечения независимости и беспристрастности арбитров**

15. Рабочая группа подчеркнула, что любая реформа должна быть направлена на решение проблем, связанных с назначением и обеспечением честности и неподкупности арбитров. В документах [A/CN.9/WG.III/WP.142](#) и [A/CN.9/WG.III/WP.146](#) содержится соответствующая информация о проблемах, связанных с надлежащим поведением, назначением и качествами членов третейского суда, которые подрывают легитимность нынешней системы.

16. Несмотря на различные усилия, прилагаемые для решения этих проблем, включая принятие Руководящих принципов Международной ассоциации юристов в отношении конфликтов интересов в международном арбитраже, на практике стало очевидным, что для обеспечения беспристрастности и независимости членов третейских судов на протяжении всего арбитражного процесса должны быть установлены четкие критерии.

17. Эквадор на собственном опыте арбитражных производств убедился в том, что в отсутствие руководящих принципов арбитры принимают решения, которые не только свидетельствуют об отсутствии независимости и беспристрастности, но и могут иметь серьезные последствия для арбитражного разбирательства. Это создает неопределенность для сторон, особенно с учетом значительных финансовых затрат и времени, связанных с арбитражными производствами.

18. Профессиональное поведение арбитра в ходе арбитражного производства имеет принципиальное значение для действительности и действенности арбитражного решения. Следует четко указать, что такой стандарт поведения должен соблюдаться до тех пор, пока третейский суд не выполнит в полном объеме свой мандат. Необходимо не допускать ситуаций, когда арбитры заявляют самоотвод по профессиональным причинам в середине разбирательства. Такой уход арбитра может привести к задержкам и повлиять на результаты.

19. Еще одним, причем более важным вопросом, заслуживающим обсуждения, является вопрос о совмещении должностей. Арбитрам разрешено выступать в качестве адвокатов в других арбитражных спорах, но эта практика должна регулироваться. Арбитры могут принимать решения с целью быть назначенными при рассмотрении споров в будущем или в пользу сторон, которые они представляют в других спорах.

20. Обсуждается также вопрос о стандарте, который должен соблюдаться при отводе арбитра. Последовательность в используемых критериях отсутствует. Например, статья 57 арбитражного регламента Международного центра по урегулированию инвестиционных споров (МЦУИС) предусматривает, что стороны могут предложить отвод любого члена третейского суда на основании «явного отсутствия» качеств, требуемых в соответствии с пунктом 1 статьи 14, в котором говорится, что арбитрами должны быть лица, «от которых можно ожидать принятия независимых решений». При этом статья 12 Типового закона ЮНСИТРАЛ

о международном коммерческом арбитраже предусматривает возможность отвода в случае возникновения «обоснованных сомнений»<sup>3</sup>.

21. На практике использование таких критериев, как «явное отсутствие» или «обоснованные сомнения», для оценки поведения арбитров означает, что в одних разбирательствах требования для отвода выполнить легче, чем в других, в зависимости от того, какой арбитражный регламент используется<sup>4</sup>.

22. Эквадор считает принципиально важным, чтобы при проведении реформы УСИГ учитывалась важность беспристрастного и независимого третейского суда. Соответственно, необходимо провести обсуждение по вопросам существа, касающимся стандартов отвода арбитров, четких указаний в отношении раскрытия информации о конфликтах интересов и честности и неподкупности членов третейского суда.

### C. Участие третьих сторон в арбитражных производствах

23. Нынешний режим УСИГ не определяет охват решений, принимаемых третейскими судами. Иными словами, не учитывается вопрос о том, затронет ли арбитражное решение только стороны разбирательства, т.е. инвестора или государство, или будет также иметь прямые последствия и для других сторон.

24. Эквадор сталкивался с ситуациями, когда права конкретных групп, имеющих законный интерес в споре, были затронуты арбитражным решением, однако эти группы не имели возможности участвовать в разбирательстве. Это имело место в случаях, когда согласно арбитражному решению документы, устанавливающие ответственность по отношению к субъектам, не являющимся сторонами разбирательства, были объявлены недействительными.

25. Следует отметить, что это предложение не подразумевает, что третьи стороны должны участвовать во всех арбитражных процедурах. Скорее, с согласия третейского суда и сторон и в зависимости от обстоятельств следует предусмотреть возможность участия сторон, которые, помимо наличия законного интереса в споре, могут также быть непосредственно затронуты арбитражным решением.

26. Если разрешить таким сторонам выступать в третейском суде, то это не только позволит им выразить свою обеспокоенность, но и поможет обеспечить соответствие арбитражного решения применимым требованиям к фактам и требованиям закона. Решение о том, какое влияние эта обеспокоенность будет

<sup>3</sup> Правила МЦУИС, статья 57: «Любая из сторон может поставить перед Комиссией или Судом вопрос о дисквалификации любого из ее или его членов на основании любого обстоятельства, свидетельствующего о **явном отсутствии** качеств, требующихся согласно пункту 1 статьи 14. Сторона в арбитражном производстве может, кроме того, поставить вопрос о дисквалификации арбитра на том основании, что он не отвечал требованиям, предъявляемым при назначении в состав Суда согласно разделу 2 главы IV».

Пункт 1 статьи 14: «Лица, назначенные в списочные составы, должны быть лицами высокого морального уровня и признанной компетентности в области права, торговли, промышленности и финансов, от которых **можно ожидать принятия независимых решений**. Компетентность в области права будет иметь особое значение в отношении лиц, включаемых в списочный состав арбитров».

Пункт 1 статьи 12 Типового закона ЮНСИТРАЛ: «В случае обращения к какому-либо лицу в связи с его возможным назначением в качестве арбитра это лицо должно сообщить о любых обстоятельствах, которые могут вызвать обоснованные сомнения в отношении его беспристрастности или независимости. Арбитр с момента его назначения и в течение всего арбитражного разбирательства должен без промедления сообщать сторонам о любых таких обстоятельствах, если он не уведомил их об этих обстоятельствах ранее». [...]

<sup>4</sup> См. *Participaciones Inversiones Portuarias SARL v. Gabonese Republic* (ICSID Case No. ARB/08/17), Decision on the Proposal to Disqualify an Arbitrator, 12 November 2009; *Electricidad Argentina S.A. and EDF International S.A. v. Argentine Republic* (ICSID Case No. ARB/03/22), para. 64; *Compañía de Aguas del Aconquija S.A. and Vivendi Universal S.A. v. Argentine Republic* (ICSID Case No. ARB/97/3).

иметь на окончательный результат, находится полностью в компетенции третейского суда.

### III. Конкретные решения, предлагаемые Эквадором

27. Эквадор с уважением относится к различным точкам зрения, высказанным в отношении документа, который мог бы послужить основой для реформы УСИГ, однако считает, что реформа может быть проведена как в многостороннем формате, так и с помощью мер, принимаемых каждым государством. Одни государства предпочли изменить и дополнить действующие арбитражные регламенты, другие решили ограничить или исключить доступ к арбитражу, а третьи вовсе отказались от международных инвестиционных договоров<sup>5</sup>.

28. В этой связи одним из возможных решений, позволяющих устранить нынешнюю обеспокоенность Эквадора, без ущерба для любых других решений, которые могут быть согласованы, могло бы стать принятие многосторонней международной конвенции, регулирующей отношения между государствами-участниками по всем вопросам, касающимся арбитражных разбирательств между инвесторами и государствами. Такая конвенция касалась бы только процедурных вопросов, но не вопросов существа.

29. В поддержку разработки такого многостороннего документа полезно напомнить о двух предыдущих примерах принятия документа, обладающего вышеупомянутыми особенностями.

30. Первый касается Организации экономического сотрудничества и развития (ОЭСР), члены которой обратились с просьбой о создании многостороннего документа с целью внесения поправок в двусторонние налоговые договоры<sup>6</sup>. В результате была принята Многосторонняя конвенция по выполнению мер, относящихся к налоговым соглашениям, в целях противодействия размыванию налоговой базы и выводу прибыли из-под налогообложения.

31. Среди аргументов, выдвинутых в пользу принятия этого документа, был аргумент о сложности оперативного и эффективного внесения изменений в налоговые соглашения. Трудность заключается в том, что с юридической точки зрения каждое соглашение является независимым документом, а его толкование занимает много времени, хотя различия между отдельными соглашениями незначительны<sup>7</sup>.

32. Второй пример связан с Маврикийской конвенцией, которая является наглядным примером многосторонней конвенции, принятой для регулирования инвестиционного арбитража с упором на обеспечение прозрачности.

33. Аналогичный подход можно было бы применить при регулировании вопросов, касающихся УСИГ, в рамках многостороннего документа в целях обеспечения согласованности, безопасности и эффективности. Такой документ мог бы включать основные и опциональные элементы для всех государств, которые его ратифицируют.

### IV. Заключение

34. Описанные выше проблемы обусловлены недостатками нынешней системы, в частности отсутствием механизма регулирования, который позволял бы

<sup>5</sup> Доклад ЮНСИТРАЛ о работе ее пятидесятой сессии, *Официальные отчеты Генеральной Ассамблеи*, (A/72/17), пункт 245.

<sup>6</sup> OECD, OECD/G20 Base Erosion and Profit Shifting Project – Developing a Multilateral Instrument to Modify Bilateral Tax Treaties, 2015 Final Report. [https://read.oecd-ilibrary.org/taxation/developing-a-multilateral-instrument-to-modify-bilateral-tax-treaties-action-15-2015-final-report\\_9789264241688-en#page1](https://read.oecd-ilibrary.org/taxation/developing-a-multilateral-instrument-to-modify-bilateral-tax-treaties-action-15-2015-final-report_9789264241688-en#page1).

<sup>7</sup> Ibid.

---

осуществлять контроль и надзор за ошибками, допущенными третейскими судами и исправлять их, когда в результате этих ошибок принятые непоследовательные арбитражные решения повлекли за собой негативные последствия для сторон. Кроме того, как разъяснено выше, необходимо обеспечить беспристрастность и независимость членов третейского суда, а также предусмотреть возможность участия в разбирательствах сторон, имеющих законный интерес в споре в рамках инвестиционного арбитражного разбирательства. Предложения Эквадора направлены на совершенствование нынешнего режима УСИГ в рамках международного публичного права и инвестиционного права.

35. Вышеизложенные предложения представлены только с целью содействия обсуждению. Их не следует понимать в том смысле, что Эквадор в будущем не будет анализировать или изменять свою позицию или вносить новые предложения на последующих заседаниях Рабочей группы III. Эквадор оставляет за собой право одобрять другие предлагаемые государствами решения, которые могут представлять для него интерес. Наконец, настоящий документ не отражает правовую позицию Эквадора и не предназначен для использования в каком-либо другом контексте.

---