



Генеральная Ассамблея

Distr.: Limited
18 September 2017
Russian
Original: English

**Комиссия Организации Объединенных Наций
по праву международной торговли**
Рабочая группа III (Реформирование системы
урегулирования споров между инвесторами
и государствами)
Тридцать четвертая сессия
Вена, 27 ноября — 1 декабря 2017 года

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

Записка Секретариата

Содержание

	<i>Стр.</i>
I. Введение	2
II. Особенности режима УСИГ, тенденции и статистика	3
A. Особенности режима УСИГ	3
B. Тенденции и статистика	4
III. Вопросы, вызывающие обеспокоенность в связи с УСИГ	6
A. Общие замечания	7
B. Арбитражный процесс и его результаты	7
C. Арбитры/лица, принимающие решения	11
D. Восприятие государствами, инвесторами и обществом	12
IV. Целесообразность реформ в области УСИГ	12



I. Введение

1. На своей пятидесятой сессии в 2017 году Комиссия рассмотрела записки Секретариата о возможной будущей работе, касающейся параллельных производств в контексте международного арбитража (A/CN.9/915), об этических нормах в контексте международного арбитража (A/CN.9/916) и о возможных реформах в области урегулирования споров между инвесторами и государствами (УСИГ) (A/CN.9/917), а также подборку замечаний государств и международных организаций (A/CN.9/918 с добавлениями). Кроме того, Комиссия рассмотрела исследовательский документ Центра по урегулированию международных споров (ЦУМС) по вопросу о том, может ли Конвенция Организации Объединенных Наций о прозрачности в контексте арбитражных разбирательств между инвесторами и государствами на основе международных договоров служить моделью для проведения дальнейших реформ («доклад ЦУМС»)¹.
2. Рассмотрев темы, освещаемые в документах A/CN.9/915, A/CN.9/916 и A/CN.9/917, Комиссия предоставила Рабочей группе III широкий мандат, касающийся работы в связи с возможным реформированием режима УСИГ².
3. В соответствии с рабочим процессом ЮНСИТРАЛ Рабочая группа III при выполнении данного мандата обеспечит, чтобы обсуждение с самым широким привлечением специалистов от всех заинтересованных сторон проводилось под руководством правительств, при участии всех стран на высоком правительственном уровне, на основе консенсуса и полной прозрачности. Рабочей группе следует организовать работу следующим образом: i) во-первых, выявить и рассмотреть проблемы в области УСИГ; ii) во-вторых, рассмотреть вопрос о том, является ли целесообразной реформа с учетом тех проблем, которые могут быть выявлены; iii) в-третьих, если Рабочая группа придет к заключению о целесообразности реформы, разработать подходящие решения и рекомендовать их Комиссии. Комиссия согласилась с тем, что Рабочей группе следует предоставить широкую свободу действий для выполнения порученного ей мандата и что любые решения будут разрабатываться с учетом текущей работы соответствующих международных организаций, имея в виду предоставить каждому государству возможность самостоятельно определить, желает ли оно принять соответствующее решение (решения), и если да, то в каком объеме³.
4. Настоящая записка, подготовленная в помощь Рабочей группе при выполнении этого мандата, содержит описание некоторых особенностей режима УСИГ и тенденций его развития в последнее время, за которым следует краткое изложение проблем, связанных с УСИГ, и высказываемых по этому поводу критических замечаний. Записка составлена с использованием большого объема информации, опубликованной по данной теме⁴, но не выражает какого-либо мн-

¹ Geneva Centre for International Dispute Settlement (CIDS), “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” (2016), размещено на веб-сайте ЮНСИТРАЛ по адресу <http://www.uncitral.org/uncitral/en/commission/sessions/50th.html>.

² *Официальные отчеты Генеральной Ассамблеи, семьдесят вторая сессия, Дополнение № 17 (A/72/17)*, пункты 263 и 264.

³ Там же.

⁴ В настоящей записке используется информация, опубликованная Конференцией Организации Объединенных наций по торговле и развитию (ЮНКТАД), Организацией экономического сотрудничества и развития (ОЭСР), Международным центром по урегулированию инвестиционных споров (МЦУИС), Постоянной палатой третейского суда (ППТС), Центром по урегулированию международных споров (ЦУМС), Совместным исследовательским центром Института высших исследований по международным проблемам и проблемам развития и юридического факультета Женевского университета, а также Инициативой E15 по укреплению глобальной системы торговли и инвестиций в интересах устойчивого развития, реализуемой Международным центром по торговле и устойчивому развитию (МЦТУР) совместно с Всемирным экономическим форумом (ВЭФ).

ния относительно целесообразности реформ, оставляя этот вопрос на усмотрение Рабочей группы. Записка также содержит ссылки на перечисленные в пункте 2 выше документы с обзором тех вопросов, которые, возможно, пожелает рассмотреть Рабочая группа.

II. Особенности режима УСИГ, тенденции и статистика

A. Особенности режима УСИГ

5. Изначально режим УСИГ создавался с тем, чтобы иностранные гражданские субъекты (отдельные лица и компании) имели возможность предъявить иск непосредственно суверенному государству, в котором они инвестировали свои средства, что являлось существенным отходом от традиционного использования механизмов, в основе своей базировавшихся на дипломатических инструментах защиты при разрешении споров, связанных с инвестициями. Режим УСИГ, что немаловажно, был призван «деполитизировать» инвестиционные споры, фактически устраняя опасность их перерастания в межгосударственные конфликты (см. документ A/CN.9/917, пункты 9 и 10)⁵.

6. Инвестиционные договоры⁶, задуманные как средство обеспечения большей уверенности в стабильности инвестиционных условий, предоставляют иностранным инвесторам материально-правовые гарантии их капиталовложений в форме обладающих искомой силой обязательств со стороны государства, которое обязуется соблюдать определенные стандарты защиты инвестиций (такие, как справедливый и беспристрастный подход, защита от экспроприации и недискриминация). Инвестиционные договоры могут иметь различное содержание, но схожи по своей структуре и основываются на ряде ключевых принципов. Элементы сходства между такими договорами позволяют говорить о «режиме» международной защиты инвестиций⁷.

7. Рабочая группа, возможно, пожелает принять к сведению, что значительное число исков, подаваемых инвесторами, имеет своей целью исполнение вышеупомянутых гарантийных обязательств по инвестиционным договорам⁸. Хотя положения инвестиционных договоров, касающиеся УСИГ, могут быть различными, как правило в них предусматриваются механизмы урегулирования споров, основанные на арбитраже и включающие следующие элементы: i) инвестор может возбудить иск непосредственно против принимающего государства; ii) спор рассматривается третейским судом, учреждаемым специально для рассмотрения данного конкретного спора; iii) обе стороны в споре, т.е. инвестор в

⁵ См. также доклад ЦУМС, пункты 8–14.

⁶ Термин «инвестиционный договор» в настоящей записке означает в обобщенном смысле любой двусторонний или многосторонний договор, содержащий положения о защите инвестиций или инвесторов, включая договорные акты, обычно именуемые соглашениями о свободной торговле, соглашениями об экономической интеграции, рамочными соглашениями о торговле и инвестициях или соглашениями о торговом и инвестиционном сотрудничестве.

⁷ См. доклад ЦУМС, пункт 5.

⁸ По данным МЦУИС, 16,8 процента исков по состоянию на 30 июня 2017 года были поданы на основании инвестиционных контрактов, 9,6 процента — на основании национальных законов об инвестициях, а остальные — на основании инвестиционных договоров (см. ICSID Caseload — Statistics (Issue 2017-2), p. 10, по адресу <https://icsid.worldbank.org/en/Pages/resources/ICSID-Caseload-Statistics.aspx>). По данным ППТС, из 148 споров, в отношении которых ППТС в 2016 году оказывала услуги регистра (включая 40, разбирательство по которым было начато в 2016 году), 86 возникли в рамках инвестиционных договоров и/или национального инвестиционного законодательства и 51 — в рамках контрактов с участием государства, межправительственной организации или иной публичной структуры (см. PCA Annual Report 2016, p. 8, по адресу <https://pca-cpa.org/wp-content/uploads/sites/175/2017/03/ONLINE-PCA-Annual-Report-2016-28.02.2017.pdf>).

качестве истца и государство в качестве ответчика, играют важную роль в выборе арбитров⁹.

В. Тенденции и статистика

1. Тенденции и статистика, касающиеся положений об УСИГ в инвестиционных договорах

8. Обзор инвестиционных договоров, проведенный ОЭСР в 2012 году, показал, что 96 процентов из них содержат положения об УСИГ, позволяющие иностранным инвесторам подавать иски в международный арбитраж и реже — в национальные суды¹⁰. Как выяснилось, лишь 7 процентов рассмотренных инвестиционных договоров не предусматривают арбитражной процедуры. В то же время большинство этих договоров не содержат никаких или почти никаких указаний по процессуальным аспектам УСИГ, в основном ограничиваясь ссылками на общепринятые арбитражные регламенты¹¹.

9. Исторически в таких инвестиционных договорах обычно содержались весьма общие формулировки о материально-правовых стандартах защиты инвестиций, открывающие простор для самых различных интерпретаций и создающие неопределенность в части практических возможностей такой защиты¹².

10. В последнее время государства стремятся корректировать заключаемые ими инвестиционные договоры, более четко прописывая в них материально-правовые стандарты защиты инвестиций и тем самым сужая простор для толкования этих стандартов в процессе УСИГ¹³.

11. Из информации, опубликованной ЮНКТАД, также следует, что заключаемые в последнее время инвестиционные договоры сокращают возможность использования процедур УСИГ. В одних случаях это делается путем конкретного указания договорных положений, на которые распространяются эти процедуры, в других — путем исключения из сферы УСИГ тех или иных вопросов государственной политики или ограничения времени, отводимого на подачу иска. Из 18 заключенных в 2016 году инвестиционных договоров, охваченных обзором ЮНКТАД, 13 предусматривают лишь ограниченную возможность УСИГ¹⁴.

2. Статистика дел по УСИГ

12. Рабочая группа, возможно, пожелает принять к сведению следующую статистику, основанную на имеющейся информации о делах по УСИГ на основе соответствующих договоров. На 1 января 2017 года имелись общедоступные сведения о 767 делах такого рода. Ответчиками по одному или нескольким известным искам инвесторов выступали 109 государств. В 2016 году инвесторами

⁹ Доклад ЦУМС, пункты 6 и 7.

¹⁰ Gaukrodger, David and Kathryn Gordon, "Investor-State Dispute Settlement: A Scoping Paper for the Investment Policy Community", OECD Working Papers on International Investment, 2012/03, p. 64, по адресу <http://dx.doi.org/10.1787/5k46b1r85j6f-en>.

¹¹ A/CN.9/918/Add.7, материал, представленный ОЭСР. См. также Pohl, Joachim, Kekeletso Mashigo and Alexis Nohen, "Dispute Settlement Provisions in International Investment Agreements: A Large Sample Survey", OECD Working Papers on International Investment, 2012/02, размещено по адресу https://www.oecd.org/investment/investment-policy/WP-2012_2.pdf.

¹² Там же.

¹³ Доклад ЦУМС, пункт 18.

¹⁴ UNCTAD, World Investor Report 2017 (WIR 2017), пункт 120. В этом докладе за 2017 год сообщается о заключении в 2016 году 37 новых инвестиционных договоров, в результате чего их общее число к концу 2016 года достигло 3 324 (см. также онлайн-инструмент для поиска информации об инвестиционных договорах, доступный на веб-сайте ЮНКТАД по адресу <http://investmentpolicyhub.unctad.org/IIA>). В докладе WIR 2017 также отмечается, что соответствующее универсальное защитительное положение отсутствует в 16 из 18 рассмотренных инвестиционных договоров.

были возбуждены 62 таких иска против 41 государства, что выше среднегодового показателя за 10-летний период 2006–2015 годов (49 исков в год), но ниже уровня 2015 года (74 иска). В 2016 году порядка двух третей дел по УСИГ, имевших договорную основу, были возбуждены в рамках двусторонних инвестиционных договоров, в основном заключенных в 1980-е и 1990-е годы. Основанием для оставшейся трети служили другие договоры, содержащие положения о защите инвестиций. Удельный вес исков против развитых стран в общем числе известных исков, поданных инвесторами в 2016 году, составил 29 процентов, т.е. был ниже, чем в 2015 году (45 процентов)¹⁵.

13. К концу 2016 года было рассмотрено примерно 495 споров между инвесторами и государствами по соответствующим договорам. 36 процентов из них были решены в пользу государства, 27 процентов — в пользу инвесторов, 2 процента дел не выиграла ни одна из сторон, 25 процентов были урегулированы, а рассмотрение еще 10 процентов было прекращено. Примерно в половине разбирательств, завершившихся в пользу государства, суд отказал в рассмотрении иска за отсутствием юрисдикции. Решения по существу исков в 60 процентах случаев выносились в пользу инвесторов и в 40 процентах — в пользу государств¹⁶. По делам, решенным в пользу инвесторов, компенсация истцам составляла в среднем порядка 40 процентов от суммы иска¹⁷. Средняя сумма иска равнялась 1,4 млрд долл. США, а медианная сумма — 10 млн долл. США. Средняя величина компенсации по итогам разбирательства составляла 545 млн долл. США, а медианная — 20 млн долл. США¹⁸.

14. В 2016 году дела по УСИГ возбуждались главным образом в секторах услуг, таких, как поставки электроэнергии и газа, строительные работы, а также информация и телекоммуникации. Поданные иски касались таких действий государства, как прямая, по утверждению истцов, экспроприация инвестиций, законодательные реформы в секторе возобновляемых источников энергии, меры, связанные с налогообложением, концессии, а также отзыв или невыдача лицензий или разрешений¹⁹. Суммы исков составляли от 10 млн до 16,5 млрд долл. США²⁰.

3. Новое в области арбитражных правил

15. Рабочая группа, возможно, пожелает принять к сведению ряд недавних изменений, касающихся арбитражных правил, которые используются в контексте УСИГ.

16. В 2006 году арбитражный регламент Международного центра по урегулированию инвестиционных споров (МЦУИС) был дополнен положениями о прозрачности, ускоренными процедурами подачи предварительных возражений на необоснованные требования и мерами временного характера²¹. В октябре 2016 года секретариат МЦУИС начал консультации с его государствами-членами по вопросу о том, в каких отношениях регламент МЦУИС может нуждаться в дальнейшем пересмотре; в январе 2017 года к участию в этих консультациях была привлечена общественность. Их предварительным результатом стало выявление 16 областей, где может потребоваться внесение поправок, включая вопросы, касающиеся арбитров (назначение, кодекс поведения, процедура отвода) финансирование третьей стороной, объединение дел, средства

¹⁵ UNCTAD, WIR 2017, pp. 114 to 116.

¹⁶ Ibid., p. 117.

¹⁷ Ibid., p. 118.

¹⁸ Ibid.

¹⁹ Ibid., p. 116.

²⁰ Ibid., p. 117.

²¹ См. ICSID, Amendment of ICSID's Rules and Regulations. Размещено по адресу <https://icsid.worldbank.org/en/Pages/about/Amendment-of-ICSID-Rules-and-Regulations.aspx>.

связи, процедура предварительных возражений, правила, касающиеся показаний свидетелей и экспертов, а также других средств доказывания, временные меры, сроки и распределение издержек²².

17. Арбитражный регламент ЮНСИТРАЛ пересматривался в 2010 и 2013 годах. В 2010 году многие его положения были модернизированы для повышения их процессуальной эффективности; были также добавлены новые положения о вступлении в арбитражное разбирательство и об обеспечительных мерах. Аналогичные реформы провела у себя и Постоянная палата третейского суда (ПШТС), в основу институциональных правил которой положен Арбитражный регламент ЮНСИТРАЛ²³.

18. Принятие Правил ЮНСИТРАЛ о прозрачности в контексте арбитражных разбирательств («Правила о прозрачности») привело в 2013 году к дополнительному пересмотру Арбитражного регламента ЮНСИТРАЛ, в статью 1 которого был включен новый пункт 4, касающийся применения Правил о прозрачности. Правила о прозрачности, вступившие в силу 1 апреля 2014 года, представляют собой свод процессуальных норм, обеспечивающих прозрачность арбитражных разбирательств по спорам между инвесторами и государствами на основе международных договоров и доступ общественности к таким разбирательствам. Правила о прозрачности включены в большинство инвестиционных договоров, заключенных после их вступления в силу. Наряду с этим Конвенция Организации Объединенных Наций о прозрачности в контексте арбитражных разбирательств между инвесторами и государствами на основе международных договоров («Маврикийская конвенция о прозрачности»), которая была открыта для подписания в марте 2015 года и вступит в силу в октябре 2017 года, предусматривает механизм, позволяющий государствам давать согласие на применение Правил о прозрачности к инвестиционным договорам, заключенным до того, как в апреле 2014 года эти правила вступили в силу²⁴.

III. Вопросы, вызывающие обеспокоенность в связи с УСИГ

19. В данном разделе вниманию Рабочей группы предлагается краткое изложение ряда вопросов, по которым высказывалась обеспокоенность в связи с действующим режимом УСИГ. Приводимый перечень не претендует на исчерпывающий характер, но призван заострить внимание на проблемах, часто освещае-

²² Информацию о процессе пересмотра см. по адресу <https://icsid.worldbank.org/en/Documents/about/List%20of%20Topics%20for%20Potential%20ICSID%20Rule%20Amendment-ENG.pdf>.

²³ Арбитражный регламент ПШТС размещен по адресу <https://pca-cpa.org/en/services/arbitration-services/pca-arbitration-rules-2012/>. Регламенты других арбитражных органов, ведущих дела по УСИГ, также подверглись изменениям в целях лучшего учета проблем, с которыми связана эта категория дел, и повышения процессуальной эффективности. См., например, материалы Арбитражного института Стокгольмской торговой палаты (СТП) (размещено по адресу <http://www.sccinstitute.com/dispute-resolution/rules/>); информацию о применении Правил прозрачности в сочетании с регламентом СТП (размещено по адресу <http://www.sccinstitute.com/about-the-scc/news/2015/uncitral-rules-on-transparency-at-the-scc/>); материалы Каирского регионального центра по международному торговому арбитражу (КРЦМТА) (размещено по адресу <http://crcica.org/Arbitration.aspx>), Международной торговой палаты (МТП) (Report of the ICC Commission on Arbitration on States, States Entities and ICC Arbitration, размещено по адресу <https://iccwbo.org/publication/icc-arbitration-commission-report-on-arbitration-involving-states-and-state-entities-under-the-icc-rules-of-arbitration/>) и Сингапурского центра международного арбитража (СИАК) (Investment Arbitration Rules of the SIAC (2017), размещено по адресу <http://www.siac.org.sg/our-rules/rules/siac-ia-rules-2017>).

²⁴ Информацию о статусе Маврикийской конвенции и Правил о прозрачности см., соответственно, по адресу http://www.uncitral.org/uncitral/en/uncitral_texts/arbitration/2014Transparency_Convention_status.html и http://www.uncitral.org/uncitral/en/uncitral_texts/arbitration/2014Transparency_Rules_status.html.

мых или упоминаемых в комментариях, касающихся УСИГ. Анализируя эти проблемы, Рабочая группа, возможно, пожелает под более широким углом зрения рассмотреть и другие соответствующие вопросы.

А. Общие замечания

20. Недовольство существующим режимом УСИГ чаще всего связано с i) непоследовательностью в арбитражных решениях; ii) нехваткой механизмов, позволяющих обеспечить корректность арбитражных решений, iii) отсутствием предсказуемости, iv) правом сторон в споре назначать арбитров, v) последствиями такого порядка назначения арбитров для беспристрастности и независимости последних, vi) недостаточной прозрачностью, vii) ростом продолжительности и стоимости разбирательства. Утверждается, что эти проблемы, более подробно рассматриваемые ниже, наносят ущерб легитимности режиму УСИГ и его демократической подотчетности (см. документ [A/CN.9/917](#), пункты 11–12). В целом критические отзывы можно разделить на две категории: замечания, касающиеся арбитражного процесса и его результатов (см. раздел В), и замечания, касающиеся арбитров/лиц, принимающих решения (см. раздел С).

21. При выявлении вызывающих беспокойство аспектов УСИГ Рабочая группа, возможно, пожелает рассмотреть вопрос о том, должна ли эта работа i) касаться урегулирования споров между инвесторами и государствами лишь в рамках инвестиционных договоров или распространяться на все формы УСИГ независимо от того, на какой основе возникают споры (инвестиционный договор, контракт или нечто иное); и ii) касаться только арбитража как наиболее общепринятого механизма УСИГ или распространяться также на другие существующие для этого механизмы (такие, как посредничество или национальные суды). Рабочая группа, возможно, пожелает обратить внимание на то, что в основу комментариев, излагаемых в настоящей записке, положены главным образом информация и соображения по поводу УСИГ, осуществляемого в рамках инвестиционных договоров и посредством арбитража. Рабочая группа также, возможно, пожелает рассмотреть вопрос о том, в какой степени выявленные проблемы являются общими для всего режима УСИГ, о котором говорится в подпунктах (i) и (ii) настоящего пункта.

В. Арбитражный процесс и его результаты

1. Процессуальные аспекты

22. Обеспокоенность в связи с процессуальными аспектами УСИГ вызывают: i) длительность и высокая стоимость процедуры УСИГ; ii) недостаточная прозрачность разбирательства; iii) отсутствие механизма, позволяющего уже на раннем этапе отклонять необоснованные претензии; iv) отсутствие механизма для рассмотрения встречных исков государств-ответчиков.

а) Длительность и стоимость

23. Арбитраж был изначально задуман, среди прочего, как метод сравнительно быстрого и недорогого разрешения споров. Однако причиной недовольства становятся все более высокие издержки и затяжной характер процедур УСИГ²⁵.

24. Высокая стоимость и длительность разбирательства могут по меньшей мере отчасти объясняться сложностью самих рассматриваемых дел, разрознен-

²⁵ Начиная с 2010 года МЦУИС публикует в своих годовых докладах подробные данные о средней продолжительности арбитражного разбирательства, как правило составляющей «от трех до четырех лет». По данным ОЭСР, наиболее весомую часть издержек составляют оплачиваемые каждой из сторон гонорары и расходы адвокатов и экспертов, на которые,

ным характером положений о защите инвесторов, неурегулированностью многих вопросов права, по которым возникают споры, и связанной с этим необходимостью изучения многочисленных прецедентов из арбитражной практики и других правовых источников.

25. Не все государства-ответчики бывают в состоянии изыскать значительные суммы, необходимые им для защиты своих интересов по делам, возбуждаемым инвесторами. В целом в адрес государств возможна критика в связи с использованием ими государственных средств для покрытия расходов на такую защиту, прежде всего по той причине, что арбитражные суды, как правило, не возлагают на проигравшего дело инвестора-истца оплату издержек государства в случае разрешения спора в пользу последнего.

b) Прозрачность

26. Важным поводом для критики существующего режима УСИГ является недостаток прозрачности, т.е. то, что правосудие вершится «при закрытых дверях»²⁶.

27. В связи с этим следует отметить, что прозрачность процедуры УСИГ и доступ общественности к участию в ней были целью ряда недавних реформ, таких как внесение в 2006 году связанных с прозрачностью поправок в арбитражный регламент МЦУИС и принятие в 2013 году Правил о прозрачности (см. пункт 18 выше). Ожидается, что такие реформы позволят лучше понять подход третейских судов к толкованию стандартов защиты инвестиций. Это, в свою очередь, может способствовать большей последовательности в их работе и предоставить общественности реальную возможность участия в разбирательствах, тем самым сделав арбитражный процесс более понятным для общества.

c) Другие процессуальные вопросы

28. Рабочая группа, возможно, пожелает рассмотреть и другие процессуальные вопросы, в том числе упомянутые в подпунктах (iii) и (iv) пункта 22 выше.

29. Рабочая группа, возможно, пожелает принять к сведению, что арбитражными учреждениями прилагались усилия по осуществлению целого ряда мер, направленных на решение некоторых процессуальных вопросов и, в частности, на рационализацию арбитражного процесса. Речь шла, например, о реагировании на заведомо недобросовестные иски при наличии сомнений относительно юрисдикции и о возможности предварительного решения юрисдикционных вопросов и заблаговременного отклонения необоснованных претензий. В целях рационализации процесса арбитражными учреждениями устанавливались жесткие временные ограничения и принимались другие меры. Данный подход нашел свое отражение и в пересмотренном Арбитражном регламенте ЮНСИТРАЛ 2010/2013 года.

30. При анализе процессуальных аспектов УСИГ Рабочая группа, возможно, пожелает учесть, что арбитражная процедура обладает гибкостью, позволяющей адаптировать ее к потребностям сторон в той мере, в какой это допускают договорные или иные документы, регулирующие отношения между ними.

по оценкам, приходится в среднем около 82 процентов всех затрат на урегулирование. Доля гонорара арбитров в этих затратах составляет в среднем около 16 процентов, а на оплату административных издержек организаций, под эгидой которых проходит арбитражное разбирательство и которые обеспечивают его секретариатское обслуживание (таких, как МЦУИС, ППТС и СТП), приходится около 2 процентов всех расходов.

²⁶ UNCTAD, *Transparency in IAS: A Sequel*, UNCTAD Series on Issues in International Investment Agreements (2012), p. 36, and UNCTAD, *World Investment Report 2015*, p. 148.

2. Конечные результаты: слаженность и последовательность

а) Стандарты защиты инвестиций

31. Слаженность действий в системе означает, что все ее компоненты логически увязаны и не вступают в противоречие друг с другом. Последовательность действий в системе означает, что к идентичным или схожим ситуациям применяется один и тот же подход. Режим УСИГ, характеризующийся слаженностью и последовательностью, позволяет поддерживать верховенство права и укрепляет уверенность в стабильности инвестиционных условий. В свою очередь, непоследовательность и отсутствие слаженности могут негативно отражаться на надежности, эффективности и предсказуемости функционирования режима УСИГ и в длительной перспективе подрывать доверие к нему (см. документ [A/CN.9/915](#))²⁷.

32. Причиной такого отсутствия слаженности и последовательности в режиме УСИГ может быть взаимная несогласованность лежащих в его основе инвестиционных договоров. Во-первых, закрепленные в этих договорах стандарты защиты инвестиций сильно отличаются друг от друга: некоторые из них сформулированы весьма расплывчато и обобщенно, оставляя арбитрам широкий простор для толкований, хотя в последнее время формулировки таких договоров стали более точными (см. пункт 9 выше).

33. Во-вторых, различаются между собой и те положения инвестиционных договоров, которые касаются УСИГ. Некоторые из них предусматривают процедуру УСИГ для любых споров, возникших в связи с данной инвестиционной сделкой. Другие ограничивают сферу применения этой процедуры лишь исками, подаваемыми в связи с нарушением определенных положений договора или касающимися экспроприации. Тенденция к установлению тех или иных ограничений на применение процедуры УСИГ в последнее время, по-видимому, распространяется все шире (см. пункт 9 выше).

34. В-третьих, доступ к арбитражному разбирательству часто обставляется целым рядом условий и процессуальных требований, зафиксированных в положениях договоров и подробных регламентах различных арбитражных учреждений.

б) Решения по делам, связанным с УСИГ

35. Даже в случаях, когда иски инвесторов к государству касаются одних и тех же действий последнего либо сходных фактических обстоятельств, или основываются на идентичных либо схожих положениях договоров, исход разбирательства не всегда одинаков²⁸. Причиной может быть то, что дела по УСИГ рассматриваются третейскими судами, учреждаемыми специально в каждом отдельном случае, а арбитрам приходится заниматься толкованием расплывчатых или обобщенных положений о защите инвестиций.

36. Проблема противоречащих друг другу результатов обостряется при наличии параллельных или множественных производств, чаще всего имеющих место в случаях, когда тем или иным решением государства оказывается затронут целый ряд инвесторов, и для рассмотрения каждого иска учреждается отдельный третейский суд (см. документ [A/CN.9/915](#), пункты 5 и 6). Как отмечается в документе [A/CN.9/915](#), обоюдным интересам инвесторов и государств могло бы отвечать обеспечение более предсказуемых базовых основ координации параллельных производств.

37. Хотя в арбитражной практике отсутствует доктрина *stare decisis* (судебного прецедента), третейские суды нередко подчеркивают, что они не связаны более ранними решениями других третейских судов. В то же время решения, вынесенные в прошлом, должным образом учитываются некоторыми из них: так, в ряде

²⁷ Доклад ЦУМС, пункт 22.

²⁸ Доклад ЦУМС, пункт 22.

арбитражных решений встречаются ссылки на другие такие решения. Это, однако, не всегда обеспечивает последовательность при вынесении решений.

38. В данном контексте Рабочая группа, возможно, пожелает рассмотреть вопрос о том, являются ли существующие на сегодняшний день в ограниченных масштабах коррекционные механизмы (именуемые также механизмами контроля или обжалования), достаточными для обеспечения слаженности и последовательности при вынесении решений (см. пункты 39–40 ниже).

3. Окончателность арбитражных решений и механизмы обжалования

39. Арбитражные решения являются окончательными и подлежат обжалованию лишь в порядке их отмены или принудительного исполнения национальными судами, а также, применительно к решениям МЦУИС, посредством процедуры аннулирования²⁹. Хотя такие механизмы обжалования могут в известной мере способствовать слаженному и последовательному вынесению решений, их главная цель заключается в контроле за добросовестностью решений, выносимых третейскими судами. При этом компетенция комитетов по аннулированию в рамках Конвенции МЦУИС, а также национальных судов в месте арбитражного разбирательства или в месте, где испрашивается исполнение решения (если речь не идет о решениях МЦУИС), в части обжалования арбитражных решений зачастую ограничена³⁰.

40. Хотя окончательный характер арбитражного решения также рассматривается как фактор, повышающий эффективность арбитража, отсутствие механизма обжалования означает, что некорректное решение не может быть отменено, и гарантии правовой корректности таким образом отсутствуют³¹. Кроме того, судебная практика в отношении дел по УСИГ в рамках различных инвестиционных договоров, содержащих одинаковые или принципиально схожие стандарты защиты инвестиций, едва ли поддается гармонизации³².

²⁹ Порядок отмены арбитражного решения определяется законодательством места проведения арбитражного разбирательства. Национальные законы, касающиеся такой отмены, обычно придают арбитражным решениям большой вес, что соответствует стремлению поощрять выбор сторон в пользу арбитражного разбирательства. Условия отмены, предусмотренные в статье 34 Типового закона ЮНСИТРАЛ о международном торговом арбитраже (1985 год) с поправками, внесенными в него в 2006 году, во многом воспроизводят положения Нью-Йоркской конвенции о признании и приведении в исполнение иностранных арбитражных решений (Нью-Йорк, 1958 год). Первые четыре возможных основания для отмены решения предполагают подачу ходатайства стороной, заинтересованной в такой отмене, тогда как по остальным двум суд может принять решение по собственной инициативе. В первых четырех случаях основанием служат процессуальные нарушения и вопросы, касающиеся согласия сторон на передачу спора в арбитраж, а остальные два связаны со ссылками на публичный порядок и возможностью арбитражного урегулирования в государстве исполнения. Составители Конвенции МЦУИС стремились к выработке денационализированной, или делокализованной, процедуры, выведенной из-под контроля судов какой-либо страны. Статья 52 Конвенции МЦУИС гласит: «1) Любая из сторон может посредством письменного обращения к Генеральному секретарю просить об отмене решения по одному или нескольким из нижеследующих оснований: а) Суд был сформирован ненадлежащим образом; б) Суд явно превысил свои полномочия; в) имела место коррупция со стороны какого-либо члена Суда; д) имело место серьезное отступление от какого-либо основного процедурного правила; или е) в решении не изложены мотивы, на которых оно основывается». Выбор в пользу процедуры аннулирования вместо механизма обжалования указывает на то, что большее значение придается окончательному характеру арбитражных решений. Комитет ad hoc, т.е. орган, отвечающий за процедуру отмены, может либо отменить решение (полностью или частично), либо оставить его в силе. Права заменить решение третейского суда собственным решением он не имеет.

³⁰ Доклад ЦУМС, пункт 22.

³¹ Там же. См. также документ A/CN.9/881, пункты 18–22.

³² Там же, пункты 20–24.

41. Рабочая группа, возможно, пожелает исходить из того, что целью возможных реформ, повышающих слаженность и последовательность, является не достижение единообразия, а увеличение предсказуемости решений по делам, касающимся споров между инвесторами и государствами. Единообразие решений по УСИГ представляется труднодостижимым, по крайней мере до тех пор, пока материально-правовые стандарты защиты инвестиций закреплены в разрозненных договорах. Кроме того, сами обстоятельства дел будут различными и впредь.

С. Арбитры/лица, принимающие решения

1. Назначение и этические требования

42. В большинстве дел по УСИГ третейский суд формируется из трех арбитров. Состав третейского суда определяется применимыми договорными положениями и арбитражными правилами, которые наделяют каждую сторону в споре правом назначить одного арбитра; методы назначения председателя третейского суда при этом могут различаться.

43. Право сторон назначать арбитров является важным элементом арбитражного процесса, и часто рассматривается как источник легитимности арбитража. Оно призвано обеспечить назначение лиц, обладающих необходимым опытом, надежной репутацией и компетентностью, а также гарантировать беспристрастность; все это повышает доверие сторон к арбитражному процессу.

44. Тем не менее, право сторон назначать арбитров стало одним из поводов для критических отзывов об УСИГ, которые касаются следующих аспектов:

- отсутствие достаточных гарантий независимости и беспристрастности арбитров, действующих в личном качестве³³;
- немногочисленность лиц, более одного раза назначавшихся арбитрами по УСИГ;
- непрозрачность процесса назначения;
- сочетание некоторыми лицами функций адвоката в одном производстве по УСИГ и арбитра в другом, что может приводить к коллизиям интересов и/или так называемым коллизиям спорных вопросов³⁴;
- представление, согласно которому арбитры менее озабочены общественными интересами, чем судьи, являющиеся должностными лицами государства³⁵;
- этические проблемы, возникающие в связи с развитием практики финансирования третьими сторонами (возможные коллизии интересов между арбитрами и сторонами, предоставляющими финансирование, а также обязанности этих сторон по сохранению конфиденциальности), и вопросы процессуального характера (возможность контроля финансирующей стороны над арбитражным процессом или ее влияния на этот процесс, а также распределение расходов).

³³ См. доклад ЦУМС, пункт 20.

³⁴ Там же, пункт 21; см. также документ [A/CN.9/916](#), пункты 16 и 23.

³⁵ Там же.

D. Восприятие государствами, инвесторами и обществом

45. Не существует единого мнения относительно достоинств и недостатков режима защиты иностранных инвестиций и, в частности, арбитражного урегулирования споров между инвесторами и государствами³⁶. Дискуссия об этом приобрела во многом публичный характер, с критическими высказываниями в ведущих СМИ по таким вопросам, как передача споров государства с иностранными инвесторами в арбитраж вместо национальных судов, право сторон в споре назначать арбитров, защита инвестиций средствами международного права, а не внутреннего законодательства и неравноправный подход, при котором механизмы УСИГ доступны лишь иностранным инвесторам.

46. Решения инвестиционного арбитража зачастую имеют важные последствия для общества в целом и потому привлекают к себе внимание прессы, особенно если речь идет о присуждении иностранным инвесторам крупных или вызывающих споры денежных сумм (хотя статистические данные, проведенные в пункте 13 выше, свидетельствуют о том, что присуждаемые суммы в среднем значительно меньше требуемых истцами). Если режим УСИГ и позволил деполитизировать споры между инвесторами и государствами, предотвратив их перерастание в межгосударственные конфликты, то сегодня он сам по себе становится политической проблемой во все большем числе государств.

47. Критическая позиция по отношению к УСИГ во многом обусловлена сомнениями в демократической подотчетности и легитимности процесса урегулирования споров. Те, кто занимает такую позицию, не допускают и не признают право арбитров, действующих в личном качестве, выносить решения по УСИГ. Кроме того, процедура назначения арбитров сторонами в споре может проигрывать в сопоставлении с процедурой назначения судей в национальных судах, призванной обеспечивать их добросовестность как служителей закона и общественный надзор за вынесением судебных решений. И наконец, то, что существующий режим УСИГ был установлен и принят самими государствами, подтвердившими его легитимность с точки зрения международного права, еще не означает, что эта легитимность будет автоматически признаваться их гражданами³⁷.

IV. Целесообразность реформ в области УСИГ

48. В свете вышеизложенного Рабочая группа, возможно, пожелает рассмотреть целесообразность реформирования режима УСИГ³⁸.

49. Если Рабочая группа сочтет, что идея реформирования режима УСИГ заслуживает рассмотрения, то она, возможно, пожелает изучить, в частности, следующие вопросы:

- какими должны быть основные стратегические цели любой реформы режима УСИГ;
- достаточно ли для достижения этих стратегических целей провести реформу, направленную на решение конкретных вопросов (таких, как, например, длительность процедуры и ее высокая стоимость, непоследовательность при вынесении арбитражных решений, отсутствие механизма обжалования, право сторон назначать арбитров и вытекающие из этого вопросы их независимости и беспристрастности);

³⁶ Краткое изложение аргументации сторонников и противников см. в докладе ЦУМС, пункты 8–23.

³⁷ Там же, пункт 23.

³⁸ *Официальные отчеты Генеральной Ассамблеи, семьдесят вторая сессия, Дополнение № 17 (A/72/17)*, пункт 264.

- будет ли такая реформа достаточно обширной для того, чтобы охватить широкий круг инвестиционных договоров и процедур урегулирования в рамках различных арбитражных регламентов³⁹.

50. Рабочая группа, возможно, пожелает иметь в виду различные варианты возможных реформ, от сравнительно небольшой корректировки существующего режима УСИГ до дальнейшей институционализации этого режима с созданием постоянного судебного органа (такого, как постоянный инвестиционный суд или орган по урегулированию споров).

51. Возможная корректировка существующего режима УСИГ может включать:

- альтернативные методы назначения арбитров (см. документ [A/CN.9/917](#), пункты 26 и 27), в том числе рационализацию процедуры назначения и создание системы, при которой члены нового судебного органа назначались бы из специального резерва кандидатов. Рабочая группа, возможно, пожелает принять к сведению, что в дополнительном докладе, который в настоящее время готовит ЦУМС, будет рассмотрен вопрос о назначении лиц, принимающих решения (арбитров/третейских судей) (см. также документ [A/CN.9/917](#), пункты 33–39);
- ужесточение (или формулирование) этических требований в рамках существующего режима УСИГ, например путем принятия кодекса поведения. Такой кодекс поведения может быть основан на существующих аналогах или разработан специально с учетом специфики режима УСИГ (см. документ [A/CN.9/916](#), пункты 19–36) (см. документ [A/CN.9/916](#))⁴⁰;
- разработку мер, касающихся параллельных производств (см. документ [A/CN.9/915](#));
- введение доктрины прецедента (см. Документ [A/CN.9/917](#))⁴¹;
- создание постоянного или самостоятельного апелляционного органа (см. документ [A/CN.9/917](#)).

52. Более существенной реформой могло бы стать создание постоянного органа по урегулированию споров, например, международного инвестиционного суда, членам которого было бы поручено разрешать споры между инвесторами и государствами, подпадающие под его юрисдикцию⁴².

Последовательность рассмотрения вопросов в связи с реформой в области УСИГ

53. В свете вышеизложенного Рабочая группа, возможно, пожелает начать свою работу с рассмотрения вопросов реформирования режима УСИГ. Однако

³⁹ См. документ [A/CN.9/917](#), пункты 17–66.

⁴⁰ Национальными ассоциациями адвокатов, арбитражными учреждениями и международными организациями (а также другими структурами) составлено множество текстов по этической тематике: они включаются в арбитражные регламенты, руководства, а в последнее время также в инвестиционные договоры, дополняя собой положения об УСИГ. Такие кодексы и нормы могут включать процедуры выявления реальной или усматриваемой коллизии интересов и шаги по ее устранению. Некоторые нормы имеют обязательную силу, тогда как другие призваны задавать общие ориентиры. Вынесение судебных решений по ходатайствам об отводе арбитров, а также об отмене или приведении в исполнение арбитражных решений дает сторонам возможность рассмотреть поведение арбитров (о существующих юридических положениях, касающихся этики, см. в документе [A/CN.9/916](#), пункты 4–17).

⁴¹ Рабочая группа, возможно, пожелает обратиться к документу [A/CN.9/915](#), в котором говорится о ряде других механизмов, ограничивающих возможность принятия несовместимых решений в рамках параллельных производств, включая указания третейским судам относительно введения мораториев, а также о способах противодействия процессуальным злоупотреблениям и о возможностях обмена информацией. В данном документе упоминается также о различных типах положений о параллельных производствах, которые могут включаться в договоры.

⁴² См. документ [A/CN.9/917](#), пункты 29–57.

она, возможно, также пожелает учесть соображения относительно того, что реформа в области УСИГ должна быть дополнена преобразованиями, позволяющими решить проблему согласованности и непротиворечивости материально-правовых норм о защите инвестиций. В этой связи Рабочая группа, возможно, пожелает принять во внимание, что рассмотрение материально-правовых стандартов защиты инвестиций может повлечь за собой более всеобъемлющую работу и потребовать ответа на вопрос о том, следует ли обеспечить взаимную согласованность этих стандартов, и если да, то каким образом⁴³. В таком случае эти вопросы можно будет рассмотреть позднее.

⁴³ См. документ [A/CN.9/917](#), пункт 14.