



Генеральная Ассамблея

Distr.: Limited
11 February 2020
Russian
Original: French

**Комиссия Организации Объединенных Наций
по праву международной торговли
Рабочая группа III (Реформирование системы
урегулирования споров между инвесторами
и государствами)
Тридцать девятая сессия
Нью-Йорк, 30 марта — 3 апреля 2020 года**

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

Представление правительства Марокко

Записка Секретариата

В настоящей записке содержится представление, полученное от правительства Марокко 11 февраля 2020 года. Текст этого представления воспроизводится в приложении в том виде, в котором оно было получено Секретариатом.



Приложение

Делегация Марокко в первую очередь хотела поблагодарить Комиссию Организации Объединенных Наций по праву международной торговли (ЮНСИТРАЛ) за колоссальный объем работы, которую она провела в связи с реформированием системы режима урегулирования споров между инвесторами и государствами (УСИГ), предоставив в распоряжение делегаций стран, участвующих в работе Рабочей группы III, обильную и разнообразную документацию по этой тематике, с тем чтобы они могли осознать задачи и трудности в области реформирования УСИГ.

В рамках работы над реформированием применительно к типовому двустороннему инвестиционному договору (ДИД) Марокко подготовило инновационный проект по апелляционному суду на основе наилучших видов международной практики в этой области.

В ожидании учреждения апелляционного органа на многостороннем уровне Марокко намеревается предложить проект по апелляционному суду тем своим партнерам, которые выступают за заключение ДИД, предусматривающий апелляционный механизм применительно к арбитражным решениям, вынесенным в контексте УСИГ.

Кроме того, новый марокканский типовой ДИД предусматривает возможность обращения к национальным судам в связи с пересмотром или отменой решений, вынесенных согласно Правилам дополнительного механизма Международного центра по урегулированию инвестиционных споров (МЦУИС) или Арбитражному регламенту ЮНСИТРАЛ, а также предусматривает обязательство выигравшей стороны приостановить приведение в исполнение решения до того момента, когда у проигравшей стороны появится возможность начать обжалование в течение срока в 90 дней.

В своем представлении, направленном секретариату ЮНСИТРАЛ в марте 2019 года, Марокко подчеркнула важность создания апелляционного механизма для арбитражных решений, который позволит:

- i) обеспечить доверие к режиму урегулирования споров между инвесторами и государствами посредством недопущения приведения в исполнение некорректных решений, которые могут влечь за собой существенные последствия для публичных ресурсов;
- ii) унифицировать арбитражную прецедентную практику с учетом правовых норм, касающихся защиты капиталовложений в инвестиционных международных договорах, и тем самым способствовать выработке более последовательного международного правового урегулирования в области инвестиций, что позволит обеспечить правовую определенность и расширить законные возможности применения арбитража в области инвестирования;
- iii) гарантировать, чтобы пересмотр арбитражных решений осуществлялся не национальными судами, а исключительно нейтральным и компетентным органом, который будет выносить свое собственное решение на основе процедур и правил, согласованных на международном уровне; и
- iv) содействовать общему пониманию между государствами тех положений, которые касаются защиты инвестиций, в процессе работы над их инвестиционными договорами и при заключении таких договоров.

Важность вопросов апелляции в области инвестиций также оправдывается тем фактом, что — в отличие от коммерческого арбитража — здесь очень трудно согласиться с риском ошибок с учетом окончательного характера решений, поскольку они связаны с вопросами публичных интересов.

Первоначальные обсуждения по вопросу о создании апелляционного механизма для инвестиционных споров были начаты еще в 90-е годы, особенно в контексте переговоров по проекту многостороннего инвестиционного соглашения (МИС), работа над которым была остановлена в 1998 году.

В начале 2000-х годов некоторые страны приняли решение включить в свои ДИД положения, касающиеся апелляционного механизма применительно к спорам в области инвестиций. В то же время официально никакого апелляционного механизма создано не было в связи с этими ДИД, которые только предусматривали лишь возможность создания такого органа.

В 2004 году МЦУИС изучил возможность создания международного апелляционного механизма применительно к решениям, вынесенным в контексте арбитражных разбирательств между инвесторами и государствами, а также возможность стать администратором этого механизма. Хотя эта инициатива МЦУИС не принесла конкретных результатов, опыт Центра, накопленный в этой области, может сыграть значительную роль в усилиях, предпринимаемых в настоящее время в рамках Рабочей группы III, по созданию структуры, аналогичной апелляционному механизму.

В этом контексте и с целью обогащения дискуссий по этому вопросу делегация Марокко хотела бы затем поделиться с участниками работы Рабочей группы III своим представлением о создании апелляционного механизма.

1. Апелляционный суд: единый механизм, который носит институциональный постоянный характер и который аффилирован с одним из органов Организации Объединенных Наций

Делегация Марокко считает, что апелляционный суд должен являться единой постоянной структурой, которая носит многосторонний характер и которая аффилирована с одним из органов Организации Объединенных Наций (будь то МЦУИС, будь то Международный Суд).

Апелляционный суд будет рассматриваться как судебный орган более высокой инстанции, выносящий решение, обладающее более значительной прецедентной силой.

Соответствующий орган Организации Объединенных Наций будет предоставлять необходимую помощь апелляционному суду при выполнении его функций.

Делегация Марокко не поддерживает подхода к созданию апелляционного суда *ad hoc*, поскольку это вызовет продление сроков арбитража и увеличение затрат на него, особенно применительно к назначению арбитров и к их потенциальным отводам сторонами в споре. Кроме того, подход *ad hoc* будет способствовать расширению круга апелляционных судов, а это может способствовать фрагментации системы УСИГ и может вызвать негативные последствия с точки зрения последовательности и единообразия правового регулирования в области разрешения споров, связанных с инвестированием.

2. Назначение арбитров: справедливая представленность развивающихся стран в апелляционном суде

С целью обеспечить беспристрастность и независимость по отношению к государствам и сторонам в споре, предлагается, чтобы члены апелляционного суда назначались Генеральным секретарем (или Председателем) соответствующего органа Организации Объединенных Наций, с которым апелляционный суд будет аффилирован, на срок в шесть лет, который может быть возобновлен всего один раз. В состав этого суда будут входить пять-семь арбитров/судей.

В числе критериев назначения, помимо соображений пола, должны приниматься во внимание справедливое представительство различных регионов и основных правовых систем мира.

С тем чтобы обеспечить справедливое представительство развивающихся стран в апелляционном суде, предлагается создать возможности для надлежащей подготовки судей из этих стран.

Члены апелляционного суда должны обладать совершенными знаниями международного публичного права и международного инвестиционного права, а также прекрасным пониманием вопросов, которые носят публичный характер и представляют собой общий интерес, с тем чтобы они были в состоянии вынести обоснованное решение относительно мер, которые должны принять государства в общих интересах.

Члены апелляционного суда должны отвечать квалификационным и этическим требованиям, а также должны воздерживаться от действий в таком качестве, как советник, эксперт или свидетель в делах УСИГ во время выполнения их своих функций.

3. Финансирование бюджета апелляционного суда: следует избегать внесения государствами двойных взносов

Делегация Марокко предлагает, что финансирование апелляционного механизма должно обеспечиваться пользователями этого механизма (т.е. сторонами в споре, а именно инвесторами и заинтересованными государствами) и не всеми государствами — участниками механизма, с тем чтобы избежать такого положения, когда государства должны будут выплачивать двойной взнос, в первый раз как в качестве страны — члена апелляционного механизма и во втором случае в качестве страны — участника в споре.

Создание подобного апелляционного механизма, финансируемого пользователями, будет удерживать их от частого обращения к этому механизму.

4. Круг оснований для апелляции: путь к созданию симметричной и сбалансированной системы

И государство, и инвестор имеют право подать апелляцию на вынесенное решение.

Апелляционная жалоба может быть подана только после того, как решение, вынесенное третейским судом, станет окончательным.

Апелляционная жалоба должна быть направлена секретариату третейского суда, который вынес первоначальное решение, в течение 90 дней считая от дня, когда было направлено уведомление об этом решении.

Апелляционная жалоба может быть заявлена только по следующим мотивам:

- a) ошибки в применении или толковании применимого права;
- b) грубые ошибки в оценке фактов; и
- c) ошибки в оценке причиненных убытков.

Апелляция может также касаться пересмотра или отмены решения в случаях, которые предусмотрены в статье 51 и пункте 1 (подпункты (a), (b), (c), (d) и (e)) статьи 52 Конвенции о порядке разрешения споров между государствами и иностранными лицами (Конвенция о МЦУИС).

Апелляция может касаться i) решений, вынесенных по делам, связанным с УСИГ, и ii) предварительных вопросов, заявленных ответчиком в качестве возражений (необоснованные исковые требования).

Апелляционный суд может рассматривать решения и постановления, вынесенные третейскими судами, образованными в силу двусторонних, региональных или многосторонних соглашений, касающихся инвестиций.

Делегация Марокко не поддерживает мнение о том, что апелляция может касаться окончательных судебных решений, вынесенных национальными судебными органами принимающего государства, включая судебные решения, вынесенные в контексте споров, вытекающих из инвестиционных договоров или из применения национального законодательства. Окончательные судебные решения национальных судебных органов имеют силу *res judicata*, и, соответственно, они не могут быть предметом апелляции, поскольку все национальные средства правовой защиты уже были исчерпаны, включая средства обжалования.

С тем чтобы сократить число случаев подачи апелляционных жалоб сторонами в споре для обжалования вынесенных арбитражных решений, предусматривается, как это уже ранее предлагалось в представлении Марокко в марте 2019 года, процедура предварительного изучения арбитражных решений, аналогичная процедуре, используемой Арбитражным судом Международной торговой палаты (МТП). Такая процедура будет дополнять средства контроля за качеством решений.

Могут быть предусмотрены меры, направленные на сдерживание систематического обращения к апелляции, например установление обязательства предоставить залог, покрывающий сумму, указанную в решении, или сумму затрат на производство.

Правила апелляции: путь к укреплению прозрачности и эффективности с точки зрения затрат и продолжительности

Используемые процедуры должны носить прозрачный характер в соответствии с Правилами ЮНСИТРАЛ о прозрачности в контексте арбитражных разбирательств между инвесторами и государствами на основе международных договоров.

Апелляционный суд и стороны в споре должны прилагать все усилия для проведения апелляционного производства оперативным и эффективным образом, в том числе с точки зрения затрат и продолжительности.

В случае апелляции апелляционный суд должен приостановить последствия решения третейского суда до завершения апелляционного производства.

Апелляционный суд может отклонить апелляционную жалобу, если он установит, что она не является обоснованной. Он может также отклонить апелляционную жалобу в ускоренном порядке, если он установит, что жалоба явно является необоснованной.

Правила и процедуры, касающиеся апелляции, будут выработаны органом Организации Объединенных Наций, с которым будет аффилирован постоянный апелляционный суд. Эти правила и процедуры должны быть одобрены странами, которые присоединились к соглашению, касающемуся учреждения постоянного апелляционного механизма в области инвестирования.

Секретариат апелляционного суда будет оказывать помощь сторонам в споре для выполнения любых формальных требований, которые могут быть необходимыми в контексте апелляционного производства.

Применимое право

Применимым законодательством должно являться международное право и национальное право принимающего государства.

Апелляционный суд будет связан толкованиями, вынесенными компетентными судами применяющего государства в отношении внутренних законодательных актов. В то же время любое толкование относительно внутренних законодательных актов со стороны апелляционного суда не связывает суды принимающего государства.

Апелляционный суд будет предоставлять государствам — участникам инвестиционного международного договора возможность совместно выносить толкования положений этого международного договора, на которые ссылаются стороны в рамках этого спора. Это толкование связывает апелляционный суд при вынесении заключительного решения.

Решение апелляционного суда: путь к закреплению принципа отказа от возвращения дела

Апелляционный суд самостоятельно выносит окончательное решение по спору, которое заменяет решение третейского суда, без возвращения дела в этот последний суд для нового изучения дела на основе соответствующих инструкций.

Возвращение спора третейскому суду может затянуть сроки апелляционного производства и увеличить затраты. Кроме того, возвращение дела связано с тем риском, что третейский суд отклонит выводы апелляционного суда, а это может подорвать цель создания апелляционного суда, особенно если он не будет иметь полномочий в отношении инстанции, в которой было вынесено первоначальное решение.

Апелляционный суд должен обеспечить единообразное толкование положений различных инвестиционных международных договоров, касающихся третейских судов, создаваемых в силу этих договоров.

Третейский суд должен предоставить в распоряжение апелляционного суда всю документацию, необходимую ему для вынесения решения.

Апелляционный суд должен вынести окончательное решение в разумный срок, не превышающий 180 дней после даты подачи апелляционной жалобы.

Если апелляционному суду потребуется больше времени для вынесения окончательного решения, то он может в письменной форме проинформировать стороны в споре о причинах задержки и может предложить срок, в течение которого он должен вынести окончательное решение. В любом случае вся процедура не должна превышать 300 дней.

Апелляционный суд может подтвердить, изменить или отменить, полностью или частично, выводы, указанные в решении третейского суда, и вынести окончательное и последнее решение, которое будет иметь силу *res judicata*.

Апелляционный суд указывает мотивы, на которых он выносит решение подтвердить, изменить или отменить выводы третейского суда.

Апелляционный суд будет принимать меры к тому, чтобы решения принимались консенсусом. Если какое-либо решение не может быть принято консенсусом, то апелляционный суд выносит свое решение большинством голосов всех его членов.

Окончательное решение, вынесенное апелляционным судом, носит обязательный характер для сторон в споре, которые незамедлительно переходят к приведению в исполнение.

Ни одна из сторон в споре не пытается добиться нового пересмотра, аннулирования или обжалования окончательного решения, а также не обращается ни к какой аналогичной процедуре, направленной против окончательного решения апелляционного суда.

Окончательное решение апелляционного суда создает прецедент, включаемый в прецедентное право, на которое третейские суды должны ссылаться при рассмотрении аналогичных вопросов, когда они возникают в связи с ДИД. Намеченная цель состоит в том, чтобы обеспечить последовательность решений, выносимых третейскими судами, и поощрить государства разрабатывать аналогичные и последовательные защитные нормы применительно к своим ДИД.

Приведение решений в исполнение

Решения будут приводиться в исполнение в соответствии с применимыми международными договорами и положениями, предусмотренными в Конвенции о признании и приведении в исполнение иностранных арбитражных решений (Нью-Йоркская конвенция 1958 года), в частности в соответствии с ее статьей V, и в Конвенции Организации Объединенных Наций о юрисдикционных иммунитетах государств и их собственности (2004 год), в частности в соответствии с ее статьями 18, 19 и 21, в которых содержатся положения относительно иммунитета государств от принудительных мер в связи с производством, проводимым судом.

Статья V Нью-Йоркской конвенции 1958 года предусматривает в пункте 2, что в признании и приведении в исполнение арбитражного решения может быть отказано, если компетентная власть страны, в которой испрашивается признание и приведение в исполнение, найдет, что:

- a) объект спора не может быть предметом арбитражного разбирательства по законам этой страны; или
- b) признание и приведение в исполнение этого решения противоречит публичному порядку этой страны.

В статье 21 Конвенции Организации Объединенных Наций о юрисдикционных иммунитетах государств и их собственности перечислены категории собственности государства, которые не могут стать предметом принудительных мер до или после вынесения судебного решения, такие как обращение взыскания, арест и исполнение решения.

Кроме того, процедура урегулирования споров между государствами может быть предусмотрена для случаев, когда возникают сложности при реализации положений окончательного решения, в частности в связи с трудностями, с которыми может столкнуться государство-ответчик применительно к незамедлительной оплате суммы убытков, или с разногласиями, которые сохраняются между государством-ответчиком и инвестором при исполнительном производстве в связи с арбитражным решением.