



Генеральная Ассамблея

Distr.: General
24 May 2016
Russian
Original: English

**Комиссия Организации Объединенных Наций
по праву международной торговли**

Сорок девятая сессия

Нью-Йорк, 27 июня – 15 июля 2016 года

**Урегулирование коммерческих споров: представление
исследовательского документа по Маврикийской
конвенции о прозрачности в контексте арбитражных
разбирательств между инвесторами и государствами
на основе международных договоров как возможной
модели для дальнейшего реформирования процесса
урегулирования споров между инвесторами
и государствами**

Записка Секретариата

Содержание

	<i>Пункты</i>	<i>Стр.</i>
I. Введение	1-5	3
II. Краткий обзор исследовательского документа: Маврикийская конвенция о прозрачности в контексте арбитражных разбирательств между инвесторами и государствами на основе международных договоров как возможная модель для дальнейшего реформирования процесса урегулирования споров между инвесторами и государствами	6-49	4
A. Справочная информация: отличительные черты Маврикийской конвенции и нынешние предложения по проведению процедурной реформы	6-22	4
1. "Подход, принятый в Маврикийской конвенции"	6-10	4
2. Проблемы, возникающие в механизмах урегулирования споров между инвесторами и государствами	11-20	6
3. Существующие предложения по процедурной реформе	21-22	9



В.	Применение "подхода, принятого в Маврикийской конвенции", к возможным процедурным реформам	23-49	9
1.	Оценка целесообразности	23-35	9
2.	Краткое изложение вопросов	36-49	12
III.	Заключительные замечания	50-52	15

I. Введение

1. На своей сорок восьмой сессии в 2015 году Комиссия с удовлетворением отметила осуществляемые Секретариатом сотрудничество и меры по координации усилий с организациями, занимающимися вопросами международного арбитража и согласительной процедуры. Комиссия также отметила, что стандарты ЮНСИТРАЛ в этой области отличаются гибкостью и общей применимостью к различным видам арбитража, включая как непосредственно коммерческий арбитраж, так и арбитражные разбирательства между инвесторами и государствами. В этой связи Комиссия согласилась с тем, что Секретариату следует продолжить координацию усилий с организациями в отношении различных видов арбитража, к которым применяются стандарты ЮНСИТРАЛ, и тщательно отслеживать изменения, продолжая изучать возможные области для сотрудничества и координации¹.

2. Комиссия отметила, что в области арбитражных разбирательств между инвесторами и государствами в настоящее время существует целый ряд проблем, в связи с чем несколько организаций выдвинули свои предложения по проведению реформ. В этом контексте Комиссии также сообщили, что Секретариат проводит исследование по вопросу о том, может ли Конвенция Организации Объединенных Наций о прозрачности в контексте арбитражных разбирательств между инвесторами и государствами на основе международных договоров ("Маврикийская конвенция о прозрачности" или "Маврикийская конвенция") служить полезной моделью для проведения возможных реформ в области арбитражных разбирательств между инвесторами и государствами во взаимодействии с заинтересованными организациями, в том числе с Центром по урегулированию международных споров (ЦУМС) – объединенным исследовательским центром Института высших исследований по международным вопросам и проблемам развития и юридического факультета Женевского университета. В связи с этим Секретариату было предложено представить Комиссии на одной из следующих сессий доклад, содержащий новую информацию по этому вопросу².

3. В соответствии с этой просьбой цель настоящей записки состоит в том, чтобы предоставить Комиссии обновленную информацию об исследовании, проведенном в рамках исследовательского проекта ЦУМС (далее именуется "исследовательским документом"), и дать краткий обзор его результатов³.

4. Цель исследовательского документа – выяснить, можно ли использовать Маврикийскую конвенцию о прозрачности в качестве модели для осуществления более широких инициатив по реформированию системы урегулирования споров между инвесторами и государствами ("УСИГ") в том случае, если на более позднем этапе будет принято решение о проведении реформ на многостороннем уровне. В качестве иллюстрации возможной процедурной реформы, к которой можно было бы с пользой применить

¹ *Официальные отчеты Генеральной Ассамблеи, семидесятая сессия, Дополнение № 17 (A/70/17), пункт 268.*

² Там же.

³ Исследовательский документ размещен только на английском языке на веб-сайте ЮНСИТРАЛ по адресу: <http://www.uncitral.org/uncitral/commission/sessions/49th.html>.

принятый в рамках Маврикийской конвенции подход, а также в целях обеспечения основы для анализа в исследовательском документе рассматриваются сфера применения документа, аналогичного Маврикийской конвенции, и соответствующие возможности и проблемы, отдельно или в сочетании с другими инструментами, в связи с созданием i) постоянного органа по урегулированию споров, призванного заменить или дополнить положения по УСИГ в существующих и будущих инвестиционных договорах; или ii) механизма обжалования арбитражных решений, вынесенных в рамках процедуры УСИГ в соответствии с действующими или будущими инвестиционными договорами.

5. Однако настоящая записка ограничивается изложением результатов юридического исследования по вопросу о том, можно ли использовать Маврикийскую конвенцию о прозрачности в качестве модели для осуществления более широких инициатив по проведению процедурных реформ в области УСИГ в том случае, если будет принято решение о проведении реформ на многосторонней основе. В настоящей записке содержится – исключительно в информационных целях – краткий обзор юридических вопросов, возникающих в связи с возможными процедурными реформами УСИГ, и не приводится подробный анализ таких реформ, поскольку это будет выходить за рамки мандата, предоставленного Комиссией. В настоящей записке нет рекомендаций относительно возможной будущей работы над любыми такими реформами, поскольку для этого Комиссии необходимо будет вынести отдельное решение.

II. Краткий обзор исследовательского документа: Маврикийская конвенция о прозрачности в контексте арбитражных разбирательств между инвесторами и государствами на основе международных договоров как возможная модель для дальнейшего реформирования процесса урегулирования споров между инвесторами и государствами

A. Справочная информация: отличительные черты Маврикийской конвенции и нынешние предложения по проведению процедурной реформы

1. "Подход, принятый в Маврикийской конвенции"

6. В 2013 году ЮНСИТРАЛ утвердила Правила о прозрачности в контексте арбитражных разбирательств между инвесторами и государствами на основе международных договоров, пересмотренный Арбитражный регламент ("Правила о прозрачности") вместе с новой статьей 1(4) Арбитражного регламента ЮНСИТРАЛ (пересмотренного в 2010 году)⁴. Правила о прозрачности, которые вступили в силу 1 апреля 2014 года, представляют

⁴ *Официальные отчеты Генеральной Ассамблеи, шестьдесят восьмая сессия, Дополнение № 17 (A/68/17), глава III и приложения I и II.*

собой свод процессуальных норм, которые позволяют обеспечить прозрачность арбитражных разбирательств между инвесторами и государствами на основе международных договоров и открытый доступ к ним. Правила о прозрачности применяются к спорам, возникающим в связи с инвестиционными договорами, заключенными 1 апреля 2014 года или впоследствии, когда арбитражное разбирательство между инвестором и государством открывается в соответствии с Арбитражным регламентом ЮНСИТРАЛ, если только стороны инвестиционного договора не договорились об ином⁵. Правила о прозрачности применяются к спорам, возникающим в связи с инвестиционными договорами, заключенными до 1 апреля 2014 года, если стороны инвестиционного договора (т.е. государства или региональные организации экономической интеграции)⁶ или стороны в споре (т.е. инвестор и государство или региональная организация экономической интеграции)⁷ договорились об их применении. Правила о прозрачности могут также применяться к арбитражным разбирательствам, открытым в соответствии с другими регламентами, помимо Арбитражного регламента ЮНСИТРАЛ, или в контексте специальных арбитражных разбирательств⁸.

7. После принятия Правил о прозрачности ЮНСИТРАЛ подготовила конвенцию, призванную облегчить применение Правил о прозрачности в отношении примерно 3 000 инвестиционных договоров, заключенных до вступления в силу Правил о прозрачности, благодаря чему государства получили эффективный механизм для применения Правил о прозрачности в отношении их существующих инвестиционных договоров, если они пожелают сделать это⁹. И действительно, Маврикийская конвенция о прозрачности является инструментом, с помощью которого стороны инвестиционных договоров, заключенных до 1 апреля 2014 года выражают свое согласие на применение Правил о прозрачности в отношении арбитражных разбирательств, открываемых в связи с этими договорами.

8. Маврикийская конвенция разрешает применять Правила о прозрачности ко всем существующим двусторонним, региональным и многосторонним инвестиционным договорам, а также на всех доступных арбитражных форумах, если и государство-ответчик, и государство базирования инвестора являются договаривающимися сторонами Маврикийской конвенции или если – в качестве альтернативного варианта – инвестор (как истец) принимает одностороннее предложение государства-ответчика применять Правила о прозрачности. По сути "принятый в Маврикийской конвенции подход" можно охарактеризовать как внедряющий основные стандарты прозрачности, закрепленные в Правилах о прозрачности, в режимы отдельных договоров на основании единого многостороннего документа. Он вводит гибкий режим,

⁵ Правила о прозрачности, статья 1(1).

⁶ Правила о прозрачности, статья 1(2)(b). В случае многосторонних инвестиционных договоров достаточно, чтобы государство истца и государство-ответчик достигли соответствующей договоренности.

⁷ Правила о прозрачности, статья 1(2)(a).

⁸ Правила о прозрачности, статья 1(9).

⁹ *Официальные отчеты Генеральной Ассамблеи, шестьдесят восьмая сессия, Дополнение № 17 (A/68/17), пункт 127.*

поскольку предусматривает ограниченное число оговорок, которые могут сформулировать договаривающиеся стороны.

9. Маврикийская конвенция – это инструмент, который включает в огромное количество существующих инвестиционных договоров понятие прозрачности, – процедурный аспект, который, как правило, не затрагивается в подавляющем большинстве инвестиционных договоров. Она дополняет существующие инвестиционные договоры единообразным режимом обеспечения прозрачности, закрепленным в Правилах о прозрачности. На своей сорок шестой сессии Комиссия подтвердила точку зрения, высказывавшуюся большим числом делегаций на пятьдесят девятой сессии Рабочей группы II, а именно то, что конвенция о прозрачности после вступления в силу будет представлять собой последующий международный договор, в котором будут установлены новые обязательства согласно статье 30 Венской конвенции о праве международных договоров (1969 года) ("Венская конвенция")¹⁰.

10. Необходимо рассмотреть вопрос о том, будет ли конвенция, предусматривающая дальнейшее реформирование существующих инвестиционных договоров и составленная по образцу Маврикийской конвенции, представлять собой последующий международный договор, в котором будут установлены новые обязательства согласно статье 30 Венской конвенции, или же она будет служить поправкой или изменением, вносимыми в инвестиционные договоры (с учетом положений существующих инвестиционных договоров и главы IV Венской конвенции). Если конвенция, предусматривающая новые реформы, будет рассматриваться как вносящая поправки или изменения в базовые инвестиционные договоры, то возникнут некоторые дополнительные элементы, которые необходимо будет учитывать при разработке конвенции (например, о порядке внесения поправок/изменений в договоры), и государствам-участникам Конвенции необходимо будет рассмотреть возможные внутренние процедуры, которым необходимо будет следовать при проведении таких реформ.

2. Проблемы, возникающие в механизмах урегулирования споров между инвесторами и государствами

11. Международный режим инвестиционного права состоит из более чем 3 000 инвестиционных договоров, включая более широкие двусторонние или многосторонние соглашения о свободной торговле, содержащие раздел по защите инвестиций. Хотя инвестиционные договоры не идентичны друг другу, они в своей структуре, как правило, следуют схожим моделям и разработаны с учетом ряда ключевых принципов. Общие схожие черты инвестиционных договоров позволяют говорить о "режиме" международной защиты инвестиций, который по сути основан на двух элементах.

¹⁰ Там же, *шестьдесят девятая сессия, Дополнение № 17 (A/69/17)*, пункт 25. Когда Рабочая группа рассматривала этот вопрос на своей пятьдесят девятой сессии, было отмечено, что в контексте последующего международного договора, в котором устанавливаются новые обязательства для договаривающихся сторон, было бы логичным вести речь не о поправке или изменении, вносимых в международные инвестиционные договоры, а о последующем соглашении между договаривающимися сторонами (A/CN.9/794, пункты 17-22).

12. Во-первых, инвестиционные договоры предусматривают существенные гарантии инвесторам в виде международных обязательств, возлагаемых на договаривающиеся государства, в силу которых государства обязуются соблюдать определенные стандарты защиты инвестиций по отношению к иностранным инвесторам и их инвестициям (как, например, предоставление справедливого и равноправного режима, защита от экспроприации и недискриминация).

13. Во-вторых, большинство инвестиционных договоров позволяют иностранным инвесторам применять эти основные средства защиты с помощью процедурного механизма разрешения споров. Хотя положения по УСИГ в разных инвестиционных договорах могут различаться, они, как правило, содержат следующие элементы: i) инвестор может возбудить иск непосредственно против принимающего государства; ii) спор рассматривается арбитражным судом, специально созданным¹¹ для рассмотрения конкретного спора; iii) обе стороны в споре, в том числе инвестор (в качестве истца) и государство-ответчик, играют важную роль в выборе арбитражного суда.

14. В исследовательском документе кратко изложены различные мнения относительно достоинств и недостатков режима защиты иностранных инвестиций, и в частности УСИГ, которые приводятся в нижеследующих пунктах.

15. Сторонники этой системы обычно подчеркивают тот факт, что режим защиты иностранных инвестиций в целом оказался полезным и положительно повлиял на укрепление верховенства права на международном уровне, функционирование мирового рынка, увеличение потоков иностранных инвестиций, а также на экономический рост и развитие человеческого потенциала в государствах, экспортирующих и импортирующих капитал. Разработка системы УСИГ стала частью инициативы по созданию институционализированной и официально закрепленной процедуры на международном уровне в рамках более широкой инициативы, которая преследует цель сделать инвестиционные договоры (в том числе их положения об урегулировании споров) инструментами укрепления доверия к стабильности инвестиционного климата в развивающихся странах.

16. Сторонники также особо выделяют новизну системы УСИГ, которая позволяет частному субъекту (будь то физическое лицо или компания) возбуждать международный иск непосредственно против суверенного государства, что является серьезным отходом от традиционных механизмов, которые были основаны главным образом на системе дипломатической защиты (или дипломатической поддержки). Важно отметить, что внедрение УСИГ также привело к "деполитизации" инвестиционных споров и резко снизило риск их перерастания в межгосударственные конфликты.

17. Для оценки эффективности воздействия инвестиционных договоров на прямые иностранные инвестиции были проведены многочисленные

¹¹ Термин "специально" означает здесь, что спор рассматривается не постоянным органом, а судом (будь то под эгидой арбитражного учреждения или нет), созданным для рассмотрения данного конкретного спора (и не обладающим полномочиями, выходящими за рамки данного спора). Он не используется для обозначения неинституционального арбитражного разбирательства.

эмпирические анализы¹². Эти исследования привели к самым различным выводам. Согласно докладу Конференции Организации Объединенных Наций по торговле и развитию (ЮНКТАД), по итогам большинства из этих исследований был сделан вывод, что действительно существует положительная взаимосвязь между инвестиционными договорами и прямыми иностранными инвестициями¹³. В других уточнялось, что это воздействие зависит от содержания инвестиционных договоров¹⁴. И наконец, некоторые исследователи не выявили сколько-нибудь значительного роста инвестиций, обусловленного наличием инвестиционных договоров¹⁵.

18. Режим инвестиционных договоров также вызывает серьезные и все более частые критические замечания. Их можно объединить в две основные группы. Первая группа критических замечаний сконцентрирована на тех, кто принимают решения в системе УСИГ, т.е. на арбитрах (и в меньшей степени на арбитражных учреждениях, которые могут осуществлять арбитражное разбирательство между инвестором и государством). Вторая касается арбитражного процесса, его результатов и его структурных особенностей. Выражалась озабоченность по поводу отсутствия согласованности арбитражных решений, выносимых арбитражными судами, продолжительности и стоимости разбирательства, отсутствия надлежащих механизмов контроля и отсутствия прозрачности.

19. Критика в адрес УСИГ по существу отражает обеспокоенность по поводу демократической подотчетности и легитимности этого процесса разрешения споров. Хотя этот механизм создали сами государства, и, соответственно, их согласие гарантирует его легитимность согласно нормам международного права, это не всегда может восприниматься именно так государствами и их субъектами.

20. В исследовательском документе особо отмечается, что недостатки в плане подотчетности и легитимности требуют принятия мер по их устранению и что эти меры не должны допускать принесения в жертву положительных сторон УСИГ, таких как i) нейтральность или, иными словами, дистанцирование лиц, принимающих решения, от политических соображений – деполитизация, благодаря которой инвестиционный арбитраж и получает положительные отзывы, – и одновременно от деловых кругов; ii) окончательный характер и возможность приведения в исполнение арбитражного решения; и iii) управляемость и практическая пригодность этого процесса.

¹² UNCTAD (2014), *The Impact of International Investment Agreements on Foreign Direct Investment: An Overview of Empirical Studies 1998–2014*, IIA Issues Note, Working draft.

¹³ Ibid.

¹⁴ См., например, Axel Berger, Matthias Busse, Peter Nunnenkamp & Martin Roy (2010), *Do Trade and Investment Agreements Lead to More FDI? Accounting for Key Provisions Inside the Black Box*, World Trade Organization, Economic Research and Statistics Division, Working Paper, also published under the same title as Kiel Institute for the World Economy, Working Paper No. 1647.

¹⁵ См., например, Mary Hallward-Driemeier (2003), *Do Bilateral Investment Treaties Attract FDI? Only a bit...and they could bite*, World Bank, Policy Research Paper WPS 3121.

3. Существующие предложения по процедурной реформе

21. В последнее десятилетие проходило бурное обсуждение и неоднократно раздавались призывы к созданию постоянных органов в рамках режима инвестиционных договоров как в форме механизма обжалования¹⁶, так и путем более радикальной замены УСИГ постоянным органом по урегулированию споров¹⁷. И действительно, в течение последнего десятилетия несколько раз предпринимались попытки создать постоянный орган по урегулированию споров или механизм обжалования, функционирующий в рамках системы УСИГ. Наиболее существенными из них стали действия, предпринимавшиеся Международным центром по урегулированию инвестиционных споров (МЦУИС)¹⁸ и Организацией экономического сотрудничества и развития (ОЭСР)¹⁹, а также формулировки программного характера, включенные в ряд инвестиционных договоров²⁰, и новаторские предложения о создании постоянных инвестиционных органов в рамках заключенных в последнее время инвестиционных договоров²¹.

22. Именно с учетом этих дебатов и зарождающихся попыток реформирования системы можно решать, способна ли Маврикийская конвенция о прозрачности служить моделью для реформирования международного инвестиционного права в связи с созданием постоянного органа по урегулированию споров и механизма обжалования.

В. Применение "подхода, принятого в Маврикийской конвенции", к возможным процедурным реформам

1. Оценка целесообразности

23. Исследовательский документ дает представление о преимуществах внедрения принятого в Маврикийской конвенции подхода для реформирования существующих инвестиционных договоров в плане создания постоянного органа по урегулированию споров или апелляционного механизма, о чем кратко говорится ниже.

¹⁶ См. в целом UNCTAD (2014), *Investor-State Dispute Settlement: A Sequel, Series on Issues in IIA II*, p. 192; UNCTAD (2013), *Reform of Investor-State Dispute Settlement: In Search of a Roadmap, Special issue for the Multilateral Dialogue on Investment*, International Investment Agreement Issues Note, No. 2, p. 8.

¹⁷ См. в целом UNCTAD (2014), *Investor-State Dispute Settlement: A Sequel, Series on Issues in IIAs II*, p. 194; UNCTAD (2013), *Reform of Investor-State Dispute Settlement: In Search of a Roadmap Special issue for the Multilateral Dialogue on Investment*, International Investment Agreement Issues Note, No. 2, p. 9.

¹⁸ ICSID Secretariat (2004), *Possible Improvements of the Framework for ICSID Arbitration*, Discussion Paper, p. 5.

¹⁹ Инвестиционный комитет ОЭСР изучал возможность и целесообразность создания апелляционного механизма для инвестиционных споров в 2006 году.

²⁰ См., например, Типовой двусторонний инвестиционный договор Соединенных Штатов Америки 2012 года (статья 28(10)); или Соглашение о свободной торговле между Канадой и Кореей, 1 января 2015 года (приложение 8-E).

²¹ См. Всеобъемлющее торгово-экономическое соглашение между ЕС и Канадой (ВТЭС) (глава 8, раздел F); или Соглашение о свободной торговле между Европейским союзом и Вьетнамом (глава 8.П, раздел 3).

24. Во-первых, этот подход освобождает государства от необходимости осуществления потенциально сложного и длительного процесса внесения поправок, предусмотренного в их многочисленных существующих инвестиционных договорах. Ведь конвенция, предусматривающая проведение новых процедурных реформ и разработанная по образцу Маврикийской конвенции (именуемая далее факультативной конвенцией), сделает нововведения непосредственно применимыми к существующим инвестиционным договорам в случае тех государств, которые желают принять такие нововведения.

25. Во-вторых, принятый в Маврикийской конвенции подход может дать возможность создать многостороннюю постоянно функционирующую систему урегулирования споров. Фактически это привело бы к созданию единого инвестиционного органа, потенциально правомочного разрешать инвестиционные споры в отношении стольких государств, сколько решили отдать предпочтение этому варианту, и/или к созданию единого механизма обжалования, потенциально правомочного выступать в качестве апелляционного органа в связи с арбитражными решениями по линии УСИГ в рамках всех инвестиционных договоров. Такой подход, возможно, помог бы повысить согласованность в международном инвестиционном праве и, соответственно, избежать фрагментарных подходов, различающихся в случае каждого отдельного договора.

26. В-третьих, реформа, основанная на принятом в Маврикийской конвенции подходе, будет, как правило, сконцентрирована на той или иной части наиболее важных вопросов, касающихся инвестиционных договоров, например урегулирование споров, и не будет допускать начала полемики по поводу основных стандартов. Благодаря этому возрастает вероятность ее успешного осуществления, поскольку попытка унифицировать основные положения вполне может привести к многолетней дискуссии без какой-либо гарантии достижения консенсуса.

27. В конкретном плане результатом реформы, основанной на принятом в Маврикийской конвенции подходе, станет то, что основные обязательства будут по-прежнему определять многочисленные базовые инвестиционные договоры, а вновь созданный постоянный орган по урегулированию споров и/или механизм обжалования будут правомочны применять эти различные базовые инвестиционные договоры. Естественно, никакого абсолютного единообразия достичь не удастся, поскольку применимое законодательство – материально-правовые договорные нормы – по-прежнему будет фиксироваться в различных инвестиционных договорах. Однако будет достигнута согласованность в применении одного и того же инвестиционного договора и различных инвестиционных договоров с одинаковыми или почти одинаковыми формулировками. И даже при применении по-разному сформулированных инвестиционных договоров можно ожидать проявления большей последовательности со стороны постоянного органа по урегулированию споров и/или механизма обжалования, что является естественным результатом действия таких заложенных в них элементов, как традиции, преемственность и коллегиальность, присущих постоянным органам в отличие от специальных структур.

28. И наконец, факультативная конвенция, разработанная по аналогии с принятым в Маврикийской конвенции подходом, может позволить начать осуществление многостороннего проекта реформы с возможностью присоединения к нему на более позднем этапе и других государств, если они сочтут это целесообразным. Это тоже укрепит шансы на успех такой реформы.

29. Если следовать принятому в Маврикийской конвенции подходу, то в случае осуществления такого проекта реформы первая задача может заключаться в определении "существенных" черт постоянного органа по урегулированию споров и механизма обжалования. Это будет включать проработку их мандатов, характера, структуры и их организации. Этот шаг будет отражать то, что было сделано в отношении прозрачности, когда в Правилах о прозрачности впервые было согласовано содержание новых соответствующих положений. Вторым логически вытекающим из этого шагом будет разработка факультативной конвенции (как это было сделано в случае Маврикийской конвенции), которая позволит распространить действие новых правил, касающихся постоянного органа по урегулированию споров и механизма обжалования, на существующие инвестиционные договоры.

30. При этом следует определить, будет ли факультативная конвенция представлять собой последующий договор, в котором будут установлены новые обязательства согласно статье 30 Венской конвенции, или же она будет служить поправкой или изменением, вносимыми в действующие инвестиционные договоры согласно положениям таких инвестиционных договоров и главы IV Венской конвенции.

31. Ответ на этот вопрос будет зависеть от того, как будет конкретно осуществляться проект реформы и как этот проект будет согласовываться с существующими механизмами УСИГ, предусмотренными в инвестиционных договорах. Если проект реформы будет задуман как изменение существующих механизмов УСИГ (в отличие от поправки к положениям по УСИГ в инвестиционных договорах), это не обязательно будет означать внесение поправки в инвестиционные договоры. Точно так же, если проект реформы будет преследовать цель создать дополнительный механизм УСИГ без замены уже существующих механизмов, то факультативную конвенцию, предусматривающую внедрение дополнительной системы УСИГ, можно будет считать последующим договором, в котором будут установлены новые обязательства согласно статье 30 Венской конвенции.

32. Процедурная реформа УСИГ также может привести к внесению поправок/изменений в положения существующих инвестиционных договоров, касающиеся УСИГ, в частности если реформа будет преследовать цель заменить существующие механизмы УСИГ на новый. В этом случае внимание в факультативной конвенции следует уделить положениям, касающимся внесения поправок/изменений в инвестиционные договоры. При необходимости у государств можно собрать дополнительную информацию о внутренних процедурах, которые начнут действовать на национальном уровне в результате проведения таких реформ.

33. В контексте вопросов договорного права, которые могут возникнуть в связи с осуществлением факультативной конвенции, в исследовательском документе также рассматриваются возможные "оговорки о совместимости",

касающиеся взаимосвязи между факультативной конвенцией и существующими инвестиционными договорами. Точно так же еще одним заслуживающим внимания вопросом является взаимосвязь между факультативной конвенцией, в которой упоминается механизм обжалования арбитражных решений, и Конвенцией МЦУИС, которая исключает любое обжалование или другое средство правовой защиты, кроме тех, что предусмотрены в самой Конвенции (статья 53).

34. Кроме того, если такая реформа будет осуществляться, можно было бы предусмотреть механизмы, допускающие определенный уровень гибкости в отношении обязательств государств. Благодаря этому в согласованных рамках государства-участники факультативной конвенции могли бы изменять масштабы своего участия в реформах, сделав соответствующие оговорки или заявления о согласии/несогласии. Такие возможности помогли бы учесть конкретные озабоченности или цели государств, стремящихся, например, исключить определенные инвестиционные договоры из сферы реформы или создать новые органы по урегулированию споров в дополнение к существующим вариантам УСИГ (а не путем их исключения).

35. В этой связи следует отметить, что Маврикийская конвенция также допускает ограниченное число оговорок и что аналогичный подход можно было бы принять и в отношении факультативной конвенции.

2. Краткое изложение вопросов

36. Поскольку вопрос о том, можно ли принятый в Маврикийской конвенции подход использовать в качестве возможной модели для дальнейших реформ, нельзя рассматривать изолированно, в исследовательском документе подробно анализируется пример использования принятого в Маврикийской конвенции подхода в работе по созданию постоянного органа по урегулированию споров или механизма обжалования.

37. Изложение всего анализа, проведенного в исследовательском документе, вышло бы за рамки мандата, предоставленного Комиссией Секретариату на данном этапе. В нижеследующих разделах лишь в качестве иллюстрации приводится краткое изложение основных юридических проблем и вопросов, связанных с созданием постоянного органа по урегулированию споров и механизма обжалования. Эти вопросы тщательно проанализированы в исследовательском документе.

Варианты

38. Одним из возможных вариантов является создание постоянного органа, укомплектованного штатными (или занятыми неполный рабочий день) сотрудниками, на которых возложена задача урегулирования инвестиционных споров между иностранными инвесторами и принимающими государствами (см. ниже, пункты 39-45). Такой постоянный орган может либо основываться на двухуровневой системе принятия решений и, соответственно, иметь заранее предусмотренную систему обжалования, либо же не иметь такой системы. Наличие заранее предусмотренной системы обжалования при таком сценарии не следует путать с созданием механизма обжалования, о чем говорится ниже в

пунктах 46-49, где рассматривается создание механизма обжалования арбитражных решений, вынесенных в рамках традиционной системы УСИГ.

Юридические проблемы и вопросы, связанные с созданием постоянного органа по урегулированию споров

39. Необходимо будет рассмотреть следующие вопросы, связанные с созданием постоянного органа по урегулированию споров.

40. *Первый вопрос* касается определения юридического характера постоянного органа по урегулированию споров: будет ли он носить характер "арбитража" или "международного суда". От ответа на этот вопрос будет зависеть определение права, регулирующего производство в постоянном органе по урегулированию споров, и, кроме того, это имеет важнейшее значение для целей признания и приведения в исполнение решений/арбитражных решений, вынесенных постоянным органом по урегулированию споров. В связи с этим вопросом в исследовательском документе проанализированы основные черты, которыми должен обладать постоянный орган по урегулированию споров, для того чтобы квалифицироваться либо как арбитраж, либо как международный суд. Короче говоря, для того чтобы постоянный орган по урегулированию споров квалифицировался в качестве арбитража, а не одного из судебных методов урегулирования споров, наиболее важным элементом является обращение к этому органу на основе соглашения между государством и инвестором. Такое согласие включает принятие метода отбора членов арбитражного суда, предусмотренного в учредительном документе.

41. Еще одним аспектом этого первого вопроса является право, регулирующее производство в постоянном органе по урегулированию споров, что имеет важные последствия для возможных надзорных полномочий национальных судов, для аннулирования/обжалования и для приведения в исполнение вынесенных решений. В исследовательском документе высказывается мнение, что заслуживает внимания вариант, при котором производство регулируется только нормами международного права. Такое решение позволило бы избежать трудностей, связанных с выбором априори приемлемого внутреннего арбитражного законодательства (с которым были бы готовы согласиться все государства) или с предоставлением права выбора места арбитражного разбирательства (и, соответственно, процессуального законодательства) сторонам в споре или постоянному органу по урегулированию споров, что может вызвать противоречия, если выбраны разные места и арбитражные законы. И наоборот, нет никаких оснований полагать, что подлинно автономный режим (в плане процедуры), свободный от надзора и контроля со стороны какого бы то ни было национального суда, создаст какие-то проблемы. В исследовательском документе высказывается мнение, что каким бы ни был выбор, он должен быть четко сформулирован.

42. *Второй вопрос* связан с наличием систем контроля за решениями/арбитражными решениями постоянного органа по урегулированию споров, в частности в том, что касается аннулирования и обжалования, а также альтернатив обжалования, как, например, предварительные постановления, определения en banc и механизмы консультаций. В исследовательском документе рассматривается проблема разработки системы, позволяющей

установить четкий баланс между противоречивыми требованиями: с одной стороны, необходимость эффективного механизма окончательного урегулирования спора и, с другой стороны, стремление сохранить целостность процесса и обеспечить правильное принятие решений. В нем также анализируются обычные варианты осуществления контроля, вопросы аннулирования и заранее предусмотренная система обжалования (со всеми сопутствующими аспектами, такими как состав апелляционного суда, основания для обжалования и стандартные требования в отношении пересмотра, последствия решения апелляционного суда, обязательный характер решения). В исследовательском документе также рассмотрены альтернативы заранее предусмотренной системе обжалования, т.е. предварительные постановления, определения *en banc* и механизмы консультаций.

43. *Третий вопрос* касается приведения в исполнение решений/арбитражных решений постоянного органа по урегулированию споров, что имеет важное значение для обеспечения в конечном итоге эффективности системы, и этот вопрос рассматривается с тем допущением, что постоянный орган по урегулированию споров будет квалифицироваться как арбитраж (а не как суд). В исследовательском документе этот вопрос анализируется применительно к ситуации, когда приведение в исполнение решений/арбитражных решений постоянного органа по урегулированию споров должно осуществляться на территории государства-участника факультативной конвенции, а также к ситуации, когда приведения в исполнение добиваются в государстве, не являющемся участником факультативной конвенции. Кроме того, в нем рассматриваются вопросы приведения в исполнение в соответствии с Конвенцией о признании и приведении в исполнение иностранных арбитражных решений (Нью-Йорк, 1958 год) ("Нью-Йоркская конвенция"), и в частности i) будет ли постоянный орган по урегулированию споров квалифицироваться как "постоянный арбитражный орган" согласно Нью-Йоркской конвенции, ii) будут ли его решения/арбитражные решения отвечать территориальным требованиям Нью-Йоркской конвенции и iii) вопросы, связанные с применением Нью-Йоркской конвенции в тех случаях, когда имеется заранее предусмотренный механизм обжалования.

44. *Четвертый вопрос* касается состава постоянного органа по урегулированию споров, куда входит и метод включения членов в состав нового судебного органа, т.е. процесс выбора/отбора, а также способов назначения или утверждения этих отобранных членов для занятия должности в составе группы по рассмотрению спора.

45. *Пятый вопрос* касается компетенции постоянного органа по урегулированию споров и взаимосвязи с другими механизмами урегулирования споров, с которыми может взаимодействовать этот орган (например, межгосударственный арбитраж и комитеты договаривающихся государств, которые наделены правом – согласно инвестиционным договорам – толковать инвестиционные договоры). В исследовательском документе дается некоторое представление о вопросах, связанных с определением границ компетенции постоянного органа.

Юридические проблемы и вопросы, связанные с созданием механизма обжалования

46. В исследовательском документе подчеркивается, что некоторые вопросы, возникающие при создании постоянного органа по урегулированию споров, возникнут и при создании механизма обжалования.

47. В исследовательском документе рассматриваются характерные черты механизма обжалования. В нем подчеркивается, что, хотя в большинстве арбитражных режимов исключена возможность обжалования арбитражных решений (и вместо этого для проигравших сторон предусмотрены лишь ограниченные правовые средства для аннулирования и пересмотра решений), в то же время есть и примеры институциональных арбитражных режимов, которые допускают внутренний пересмотр арбитражных решений в апелляционном порядке²². Согласно арбитражному законодательству некоторых стран, стороны могут договориться о двухуровневом арбитражном процессе, и нет никаких свидетельств того, что возможность обжалования делает этот процесс отличным от арбитражного разбирательства.

48. В исследовательском документе рассматривается ряд вопросов, которые потенциально могут возникнуть вследствие внедрения механизма обжалования в отношении арбитражных разбирательств, осуществляемых в рамках МЦУИС и вне их, как, например, законодательство, регулирующее производство в рамках механизма обжалования, взаимодействие механизма обжалования с правовыми средствами аннулирования решений, которые обычно могут применяться в отношении арбитражных решений, вынесенных по спорам между инвесторами и государствами, а также приведение решений в исполнение.

49. Кроме того, в исследовательском документе рассматриваются конкретные юридические вопросы, которые необходимо учитывать при разработке механизма обжалования, как, например, i) определение видов арбитражных решений, которые подлежат обжалованию; ii) основания для обжалования и стандартные требования в отношении пересмотра; iii) последствия вынесения решения апелляционной инстанцией; и iv) обязательный характер решения.

III. Заключительные замечания

50. Комиссия, возможно, пожелает выразить свою признательность Г. Кауфман-Колер и М. Потесте за проведенное исследование и подготовленный исследовательский документ, в котором приводится тщательный анализ данного вопроса.

²² См., например, Институт арбитров и посредников Новой Зеландии (ИАПНЗ) (2009 год), Апелляционный арбитражный регламент (2009 год); Американская арбитражная ассоциация (ААА) (2013 год), Факультативный апелляционный арбитражный регламент; JAMS (2003 год), Факультативная арбитражная апелляционная процедура; Международный институт предупреждения и разрешения споров (ПРС) (2015 год), Арбитражная апелляционная процедура; Европейский арбитражный суд (ЕАС) (2015 год), Арбитражный регламент, статья 28; что касается сырьевых товаров, см. Ассоциация торговли зерном и пищевыми продуктами (АТЗПП) (2014 год), Арбитражный регламент № 125, статьи 10-15.

51. Комиссия, возможно, пожелает рассмотреть вопрос о том, следует ли Секретариату продолжить исследование совместно с ЦУМС, о чем говорится выше, и если да, то какие темы требуют дальнейшего рассмотрения.

52. Комиссия, возможно, пожелает также принять решение о том, следует ли предоставлять исследовательский документ для дальнейшего рассмотрения на одной из будущих сессий. И наконец, Комиссия, возможно, пожелает обсудить, следует ли вообще продолжать работу в этой области, и если да, то в какой форме.
