



Генеральная Ассамблея

Distr.: General
24 March 2017
Russian
Original: English

**Комиссия Организации Объединенных Наций
по праву международной торговли**
Пятидесятая сессия
Вена, 3-21 июля 2017 года

Возможная будущая работа в области урегулирования споров: параллельные производства в контексте международного арбитража

Записка Секретариата

Содержание

	<i>Стр.</i>
I. Введение	2
II. Возможная будущая работа	3
A. Краткое изложение вопросов и цель работы	3
B. Рекомендации для третейских судов	5
1. Приостановление разбирательства	5
2. Процессуальные злоупотребления	6
3. Обмен информацией	7
4. Другие формы координации	7
5. Вынесение постановления о консолидации, когда это допустимо	8
6. <i>Lis pendens</i> , <i>res judicata</i> и <i>forum non conveniens</i>	8
7. Возражение на основании наличия связанности или связанных между собой исков	9
C. Положения в инвестиционных международных договорах	10
1. Определение инвесторов	10
2. Предупреждение процессуальных злоупотреблений	11
3. Механизм компенсации и понятие косвенных убытков	11
4. Консолидация	12
5. Другие положения международных договоров	12
III. Заключительные замечания	13



I. Введение

1. На своей сорок шестой сессии в 2013 году Комиссия признала, что вопрос параллельных производств приобретает все более важное значение, особенно в контексте инвестиционного арбитража, и, возможно, заслуживает дополнительного рассмотрения¹. На своей сорок седьмой сессии в 2014 году Комиссия рассмотрела вопрос о целесообразности поручения Рабочей группе II (Урегулирование споров) работы в области параллельных производств в контексте инвестиционного арбитража, исходя из подготовленной Секретариатом записки, содержащей краткий анализ вопросов, имеющих отношение к данной теме (A/CN.9/816, добавление). Комиссия согласилась с тем, что Секретариату следует продолжить изучение этой темы в тесном сотрудничестве с экспертами и другими организациями, активно занимающимися работой в этой области, и что эту работу следует сосредоточить на арбитражных разбирательствах между инвесторами и государствами на основе международных договоров, так чтобы не выпадал из сферы внимания этот вопрос в контексте международного коммерческого арбитража². На своей сорок восьмой сессии в 2015 году Комиссия рассмотрела записку Секретариата о параллельных производствах в контексте инвестиционного арбитража (A/CN.9/848). Она просила Секретариат представить ей доклад, в котором будут очерчены актуальные вопросы и будет определена работа, которую ЮНСИТРАЛ, возможно, будет полезно проделать в этой области³.

2. В соответствии с этой просьбой Комиссии на ее сорок девятой сессии в 2016 году была представлена записка Секретариата, в которой были изложены причины и последствия параллельных производств, существующие принципы и механизмы их проведения в контексте международного арбитража и возможная будущая работа в этой области (A/CN.9/881)⁴. После обсуждения Комиссия согласилась с тем, что Секретариату следует продолжить выработку дальнейших направлений возможной работы касательно параллельных производств, о чем говорилось в разделе IV документа A/CN.9/881, для рассмотрения этого вопроса Комиссией на одной из ее будущих сессий⁵.

3. Соответственно, цель настоящей записки заключается в представлении дополнительной информации о работе, которая может быть проделана Комиссией⁶. В соответствии с мнением, высказанным на сорок девятой сессии Ко-

¹ Официальные отчеты Генеральной Ассамблеи, шестьдесят восьмая сессия, Дополнение № 17 (A/68/17), пункты 129-133 и 311.

² Там же, шестьдесят девятая сессия, Дополнение № 17 (A/69/17), пункты 126-127 и 130.

³ Там же, семидесятая сессия, Дополнение № 17 (A/70/17), пункт 147.

⁴ Там же, семьдесят первая сессия, Дополнение № 17 (A/71/17), пункты 175-181.

⁵ Там же, пункт 181.

⁶ Настоящая записка основана главным образом на следующих документах: *Consolidation of Proceedings in Investment Arbitration: How can multiple proceedings arising from the same or related situations be handled efficiently*, Gabrielle Kaufmann-Kohler, Laurence Boisson de Chazournes, Victor Bonnin, Makane Moïse Mbengue, Final Report of the Geneva Colloquium (22 April 2006); *Contract claims et clauses juridictionnelles des traités relatifs à la protection des investissements*, Pierre Mayer, Lalive lecture, 22 May 2008; *Parallel Proceedings in Investor-State Treaty Arbitration: Responses for Treaty-Drafters, Arbitrators and Parties*, Robin F. Hansen, The Modern Law Review, Vol. 73, No. 4, July 2010; *Multiple Proceedings, New Challenges for the Settlement of Investment Disputes*, Gabrielle Kaufmann-Kohler, Contemporary Issues in International Arbitration and Mediation – The Fordham Papers 2013; The International Law of Investment Claims, Zachary Douglas, 2009; *Parallel Proceedings in International Arbitration*, Bernardo M. Cremades and Ignacio Madalena, Arbitration International Vol. 24., No. 4 (2008); *The Coordination of Multiple Proceedings in Investment Treaty Arbitration*, Hanno Wehland, Oxford International Arbitration Series (2013); *Concurrent Proceedings in Investment Disputes*, IAI Series No. 9 (E. Gaillard and D. Reich, eds., 2014); *Multiple Proceedings in International Arbitration: Blessing or Plague?*, Gabrielle Kaufmann-Kohler, Herbert Smith Freehills and SMU School of Law Asian Arbitration Lecture (24 November 2015); *Le concours de procédures arbitrales dans le droit des investissements*, Emmanuel Gaillard, Mélanges en l'honneur du Professeur Pierre Mayer, LGDJ Lextenso Editions, October

миссии, в данной записке рассматриваются не только параллельные производства, но и, когда это целесообразно, последовательные производства, с тем чтобы охватить тем самым весь спектр ситуаций, предусматривающих множественные производства⁷. В настоящей записке основное внимание уделяется этому вопросу, когда он возникает в контексте инвестиционного арбитража⁸.

II. Возможная будущая работа

A. Краткое изложение вопросов и цель работы

4. Параллельные производства в контексте международного арбитража могут возникнуть вследствие различных факторов, таких как участие нескольких сторон, расположенных в разных юрисдикционных системах, в инвестировании или договорной процедуре, наличие нескольких правовых оснований или причин для исков, а также наличие нескольких судебных органов и отсутствие координации между ними.

5. В контексте инвестиционного арбитража параллельные производства могут стать результатом главным образом двух видов ситуаций. Ситуации, относящиеся к первому виду, возникают тогда, когда разные субъекты в рамках одной и той же корпоративной структуры имеют право предъявлять иск к государству или государственной структуре в связи с одними и теми же инвестициями, в отношении одной и той же государственной меры и для обеспечения, по сути, одних и тех же интересов⁹. Каждый субъект может иметь возможность возбудить арбитражное разбирательство по иному договору в дополнение к предъявлению исков в рамках механизма урегулирования споров, предусмотренного в инвестиционном контракте. Короче говоря, могут существовать различные стороны, предъявляющие иски в различных судебных органах и согласно разным источникам права, но добивающиеся, по сути, одинаковых средств судебной защиты в отношении одной и той же меры. С учетом большого количества инвестиционных международных договоров действия участни-

2015; *Recent Developments on the Doctrine of Res Judicata in International Arbitration from a Swiss Perspective: A Call for a Harmonized Solution*, Nathalie Voser & Julie Raneda, ASA Bulletin, Vol. 33, No. 4, (December 2015); *The Regulation of Parallel Proceedings in Investor-State Disputes*, Hanno Wehland, ICSID Review, Vol. 31, Issue 3 (October 2016); *Parallel Proceedings in Investment Arbitration*, Giovanni Zarra G. Giappichelli Editore and Eleven International Publishing (2016); *Abuse of Process in International Arbitration*, Emmanuel Gaillard, ICSID Review Vol. 32, Issue 1 (2017); *Investment Treaties as Corporate Law: Shareholder Claims and Issues of Consistency*, David Gaukrodger, OECD Working Papers on International Investment, 2013/03; *Investment Treaties and Shareholder Claims for Reflective Loss: Insights from Advanced Systems of Corporate Law*, David Gaukrodger, OECD Working Papers on International Investment, 2014/02; *Investment Treaties and Shareholder Claims: Analysis of Treaty Practice*, David Gaukrodger, OECD Working Papers on International Investment, 2014/03; UNCTAD Series on International Investment Agreements, II, 2014; and UNCTAD World Investment Report (2015). Кроме того, настоящая записка основана на результатах обсуждения на совещании группы экспертов, которое было организовано Секретариатом и проведено Министерством иностранных дел и международного развития Франции в январе 2016 года.

⁷ Официальные отчеты Генеральной Ассамблеи, семьдесят первая сессия, Дополнение № 17 (A/71/17), пункт 180.

⁸ На сорок девятой сессии Комиссии рассматривался вопрос о целесообразности сосредоточения работы на вопросах инвестиционного и/или коммерческого арбитража, и было высказано мнение, что если такая работа будет предпринята, то будет необходимо провести различие между этими двумя областями. По общему мнению, необходимость сосредоточения внимания на вопросах параллельных производств в контексте инвестиционного арбитража является более насущной. Было также отмечено, что тема параллельных производств в контексте коммерческого арбитража заслуживает аналогичного внимания (см. Официальные отчеты Генеральной Ассамблеи, шестьдесят девятая сессия, Дополнение № 17 (A/69/17), пункт 180).

⁹ См. A/CN.9/881, пункты 7, 11, 12, 14-16, 19 и 20(i).

ков отношений между инвесторами и государством (т.е. иностранная компания, инвестирующая в принимающем государстве, и акционеры, имеющие разное гражданство) могут регулироваться несколькими международными договорами. Даже если инвестирующая компания и ее акционеры защищены в рамках одного и того же международного договора, их способность предъявлять отдельные иски может привести к тому, что несколько судов будут рассматривать, по сути, один и тот же иск. В этой связи можно отметить, что инвесторы не всегда имеют возможность по своему выбору предъявлять свои иски в один судебный орган, поскольку такого единого судебного органа, обладающего юрисдикцией в отношении всех исков, может и не быть.

6. Ситуации, относящиеся к второму виду, возникают тогда, когда принятая государством мера затрагивает нескольких инвесторов, которые не связаны между собой¹⁰. Государства разрабатывают политику, создающую благоприятные условия для иностранных инвестиций, что приводит к росту сделок с участием самых разных инвесторов. Если государство принимает меры, которые могут затронуть нескольких инвесторов, то оно может столкнуться с целым рядом исков в отношении данных мер со стороны этих не связанных между собой инвесторов. Кроме того, государства или государственные субъекты при заключении соглашений с инвесторами иногда используют стандартные формы контрактов с аналогичными положениями. Изменение политики государства или государственных субъектов, затрагивающее эти положения, может отразиться на целом ряде контрактов, заключенных с разными инвесторами. Хотя вопросы, затрагиваемые в рамках этих процедур, будут, как правило, одинаковыми для всех истцов, можно предположить, что решения, выносимые отдельными судами, могут приводить к различным результатам.

7. Возбуждение нескольких производств может привести к тому, что государство будет вынуждено отвечать сразу по нескольким искам, касающимся одной и той же меры и, возможно, одного и того же экономического ущерба, что потребует двойных усилий и приведет к дополнительным издержкам и нарушению принципа процессуальной справедливости, а также может привести к вынесению противоречивых судебных решений (см. [A/CN.9/848](#), пункт 13). Параллельные производства с участием субъектов в рамках одной и той же корпоративной структуры (о которых говорилось в пункте 5 выше) создают опасность многократного взыскания одних и тех же убытков, что может вызвать недовольство у тех, кто прибегает к арбитражному разбирательству по инвестиционным международным договорам, и, соответственно, подорвать предсказуемость результатов в целом.

8. К существующим принципам и механизмам, которые могут применяться для предупреждения параллельных производств или ограничения их последствий, относятся доктрины *lis pendens* и *res judicata*, консолидация и механизмы координации в инвестиционных международных договорах (см. раздел III документа [A/CN.9/881](#)). Вместе с тем возможное применение доктрин *lis pendens* и *res judicata* имеет ограниченный характер. Кроме того, сложность рамочных основ защиты инвестиций иногда затрудняет применение механизмов консолидации и координации к параллельным производствам в контексте арбитража на основе международных договоров. Хотя почти во всех национальных правовых/судебных системах были выработаны решения, позволяющие избегать совместного существования параллельных производств и противоречивых решений, в настоящее время нет никаких решений, направленных на урегулирование этого вопроса в контексте международного арбитража.

9. Цель работы по параллельным производствам, возникающим в контексте инвестиционного арбитража, заключается в обеспечении более предсказуемых базовых основ координации параллельных производств в интересах инвесторов и государств и повышении эффективности затрат и процедур, а также сте-

¹⁰ См. [A/CN.9/881](#), пункты 8 и 20(ii).

пени надежности и законности этого процесса при одновременном соблюдении прав сторон при урегулировании споров (см. [A/CN.9/881](#), пункты 18-22). Работа может заключаться в создании соответствующих механизмов для устранения некоторых негативных последствий параллельных производств и постоянно возникающих проблем, таких как вынесение противоречивых или несовместимых судебных и арбитражных решений.

В. Рекомендации для третейских судов

10. Когда на своей сорок девятой сессии в 2016 году Комиссия кратко рассматривала возможные формы работы по вопросу параллельных производств, была высказана поддержка в отношении предложения сформулировать рекомендации для третейских судов, сталкивающихся с параллельными производствами, например рекомендации в отношении их полномочий, предусмотренных статьей 17 Арбитражного регламента ЮНСИТРАЛ и аналогичных положениях других арбитражных регламентов¹¹.

11. Рекомендации для третейских судов можно разработать таким образом, чтобы они служили частью процессуально-правовой базы. Так, инвестиционные международные договоры, арбитражные регламенты и арбитражное законодательство редко включают рекомендации для третейских судов по этому вопросу. В этом случае, когда между сторонами не заключено никакого соглашения в отношении урегулирования вопроса, связанного с параллельными производствами, третейский суд может быть вынужден вынести окончательное решение по существу дела без координации, например, своих действий с другими третейскими судами.

12. Рекомендации для третейских судов можно было бы представить в виде норм, не носящих обязательного характера, включая перечень вариантов для третейского суда и методологию для принятия мер в случае параллельных производств, которые предоставляют такому суду определенную свободу действий для оценки того, какой вариант является наиболее приемлемым в данном конкретном случае. Такой документ, содержащий факультативные нормы, может включать возможные меры или действия, которые третейские суды могут предпринимать в рамках своих процессуальных полномочий. В нем можно также пояснить, почему третейский суд должен принять определенные меры даже в тех случаях, когда существование параллельных производств не воспринимается сторонами как неблагоприятный фактор. В рамках этой работы можно также определить границы с учетом важности согласия сторон на арбитражное разбирательство и его связь с полномочиями третейского суда на принятие решений.

1. Приостановление разбирательства

13. После формирования третейского суда и установления его юрисдикции такой суд наделяется полномочиями, которые он может осуществлять для предупреждения возбуждения или ограничения последствий параллельных производств. Например, третейский суд после установления своей юрисдикции может в определенных обстоятельствах приостанавливать по собственному усмотрению разбирательство до вынесения другим судом или третейским судом решения и может сделать это путем применения различных принципов, включая принципы эффективности и справедливости при отправлении правосудия и путем отсылки к работе других судов или третейских судов.

¹¹ *Официальные отчеты Генеральной Ассамблеи, семьдесят первая сессия, Дополнение № 17 (A/71/17), пункт 179.*

Возможная работа

14. В этой связи работа могла бы заключаться в подготовке документа, определяющего обстоятельства, при которых третейские суды могут или должны приостанавливать разбирательство. Работа могла бы также охватить вопросы предоставления третейским судам информации об i) их праве временно останавливать/приостанавливать разбирательство в рамках полномочий третейского суда проводить производство в соответствии с требованиями справедливости и эффективности; и ii) правовой основе и критериях, которыми могут руководствоваться третейские суды при осуществлении своих соответствующих дискреционных полномочий. При этом следует принимать во внимание такие элементы, как принцип добросовестности, окончательность решений, график разбирательства и способность третейского суда осуществлять свою судебную функцию.

15. В ходе работы можно было бы также рассмотреть обстоятельства, при которых третейский суд выносит решение о приостановлении разбирательства в ожидании результата параллельного производства, и вопрос о том, следует ли затем третейскому суду уделить должное внимание решению, вынесенному другим судебным органом, или обосновать любое соответствующее отступление от него. В более общем плане работу можно было бы также сосредоточить на рекомендациях для третейских судов в отношении рассмотрения вопроса о том, каким образом различные судебные инстанции взаимодействуют друг с другом, например вопроса о том, будет ли в рамках применения определенных правил решение одного судебного органа учитываться другими органами.

16. Применительно к последовательным производствам работа могла бы быть сосредоточена на решении вопроса о том, может ли третейский суд в рамках осуществления своих дискреционных полномочий принимать во внимание предшествующее производство и вынесенное в ходе него арбитражное решение при принятии решения, например, о том, могла ли и должна ли та или иная сторона поднять соответствующий вопрос или заявлять соответствующее требование в рамках предшествующего производства, и если да, то следует ли этой стороне впоследствии запретить поднимать этот вопрос или заявлять это требование в рамках текущего производства. Третейским судам можно рекомендовать оценивать дело в контексте общих обстоятельств спора между сторонами.

2. Процессуальные злоупотребления

17. Одним из оснований, позволяющим третейскому суду отклонять неправомерные требования, является недопущение процессуальных злоупотреблений, что является общепризнанным принципом международного права.

18. В контексте параллельных производств недопущение процессуальных злоупотреблений скорее всего становится актуальным и применяется в тех случаях, когда инвестор уже получил решение по существу в одной судебной инстанции, но продолжает поддерживать тот же иск в другом судебном органе. Процессуальные злоупотребления могут также возникать в тех случаях, когда истец делает или реструктурирует свои инвестиции с целью возбуждения иска против принимающего государства в то время, когда спор является предсказуемым, но еще не возник¹².

19. Принцип недопущения процессуальных злоупотреблений позволит третейскому суду определять ситуации, при которых параллельные производства являются приемлемыми или неприемлемыми. Ситуацию, при

¹² См. прецеденты, касающиеся рассмотрения этого вопроса: *Pac rim, Decision on the Respondent's Jurisdictional Objections* (n 9), para. 2.41; *Philip Morris Asia Limited (Hong Kong) v. The Commonwealth of Australia*, PCA Case N0. 2012-12, Award on Jurisdiction and Admissibility (17 December 2015).

которой несколько производств необходимы для получения должных средств правовой защиты и являются неизбежными, следует отличать от ситуации, при которой инвестор стремится получить преимущество, связанное с общим отсутствием координации производств, с целью максимального повышения своих шансов на успех.

Возможная работа

20. Можно было бы провести работу по дальнейшей доработке принципа недопущения процессуальных злоупотреблений и подготовке рекомендаций в отношении того, каким образом третейский суд может определять ситуации, при которых имеют место процессуальные злоупотребления. Кроме того, работа могла бы заключаться в уточнении критериев, на основании которых третейский суд может применять этот принцип для предупреждения прежде всего возбуждения параллельных производств.

3. Обмен информацией

21. Третейским судам может быть рекомендовано запрашивать информацию друг у друга в случае открытия параллельных производств и просить стороны спора информировать соответствующий третейский суд о любых других смежных производствах. В этой связи третейские суды могут также принимать меры для выяснения того, желают ли стороны рассматривать их споры в одном и том же судебном органе.

22. В этой связи можно отметить, что обмен информацией может расширяться с учетом тенденций к повышению прозрачности урегулирования споров между инвесторами и государствами на основе международных договоров. Ссылка на Правила ЮНСИТРАЛ о прозрачности в контексте арбитражных разбирательств на основе международных договоров включена в ряд международных договоров, заключенных после их вступления в силу в апреле 2014 года¹³. Можно также предположить, что принцип прозрачности будет поэтапно применяться в контексте арбитражных производств, возбужденных в соответствии с инвестиционными международными договорами, заключенными до апреля 2014 года, после того как вступит в силу Конвенция Организации Объединенных Наций о прозрачности в контексте арбитражных разбирательств между инвесторами и государствами на основе международных договоров¹⁴.

Возможная работа

23. Работа могла бы включать составление перечня различных инициативных мер, которые имеются в распоряжении третейских судов, а также их ограничений и возможных проблем, касающихся, например, коллизий между обязательством о соблюдении конфиденциальности и необходимостью обмена информацией.

4. Другие формы координации

24. Внимание третейских судов может быть обращено на другие формы координации, в частности в тех случаях, когда параллельные производства являются неизбежными, например в ситуациях, упомянутых в пункте 6 выше. К этим

¹³ С информацией о статусе Правил ЮНСИТРАЛ о прозрачности в контексте арбитражных разбирательств между инвесторами и государствами на основе международных договоров можно ознакомиться в Интернете по адресу http://www.uncitral.org/uncitral/en/uncitral_texts/arbitration/2014Transparency_Rules_status.html.

¹⁴ С информацией о статусе Конвенции Организации Объединенных Наций о прозрачности в контексте арбитражных разбирательств между инвесторами и государствами на основе международных договоров можно ознакомиться в Интернете по адресу http://www.uncitral.org/uncitral/en/uncitral_texts/arbitration/2014Transparency_Convention_status.html.

другим формам координации относятся проведение совместных слушаний или представление общего набора доказательств.

Возможная работа

25. Работа могла бы быть направлена на предоставление третейским судам перечня возможных средств для урегулирования таких ситуаций с целью предотвращения ненужных задержек и расходов, связанных с удвоением или активизацией усилий по установлению фактов, и предупреждения дублирующих друг друга письменных или устных представлений.

26. Работа также могла бы принять форму протокола, который будет использоваться сторонами в рамках их договоренности о передаче споров в арбитраж. Она могла бы охватывать различные элементы, которые обеспечат координацию и, возможно, консолидацию.

5. Вынесение постановления о консолидации, когда это допустимо

27. Консолидация означает объединение двух или более исков или предстоящих арбитражных разбирательств в одно производство. Для консолидации необходимо основание, будь то в законодательстве или договоре (включая институциональные правила), и она обычно основывается на согласии сторон. При условии наличия взвешенной оценки соблюдения принципов справедливости, надлежащих процессуальных норм и эффективности консолидация может быть эффективным инструментом сокращения или предотвращения параллельных производств.

Возможная работа

28. Хотя работу можно было бы сосредоточить на создании механизмов, создающих условия для консолидации параллельных производств, такая работа будет иметь ограниченное применение, если она не будет включать возможное сотрудничество между арбитражными учреждениями, управляющими такими процедурами. Кроме того, поскольку консолидация основана на согласии сторон, в рамках такой работы следует рассмотреть пути учета возможной обеспокоенности сторон. Например, инвестор может выступать против консолидации, если он будет обязан раскрывать конфиденциальную коммерческую информацию своим соистцам.

6. *Lis pendens*, *res judicata* и *forum non conveniens*

29. В условиях внутреннего судебного разбирательства в случае наличия двух параллельных судебных производств применяются различные доктрины, разработанные для предупреждения или ограничения последствий таких производств. Например, в системе гражданского права суд будет применять правило *lis pendens*, а судья, занимающийся вторым производством, вероятно, приостановит производство до вынесения решения судьей, участвующим в первом производстве. В системах общего права могут использоваться такие средства правовой защиты, как *forum non conveniens* (и запрет на возбуждение исков). Если одно из двух производств завершается вынесением судебного решения, то может применяться правило *res judicata*.

Возможная работа

30. В контексте международного арбитража работа может заключаться в вынесении рекомендаций для третейских судов в отношении принципов *lis pendens* и *res judicata*, даже если их применение может быть ограниченным (см. [A/CN.9/881](#), пункты 24-28). Такая работа могла бы дополнять опубликованные в 2006 году окончательные доклады Ассоциации международного права (АМП) о применении доктрин *lis pendens* и *res judicata* в международном коммерческом арбитраже, в которых говорится, что арбитражные решения должны носить окончательный характер и исключать возможность дальнейше-

го арбитражного разбирательства в интересах повышения эффективности и обеспечения окончательности международного коммерческого арбитража и что такие последствия необязательно должны быть прописаны в национальном законодательстве, а могут регулироваться транснациональными нормами, которые будут разработаны в будущем (рекомендации 1 и 2)¹⁵.

31. Действие правила *res judicata* в международном арбитраже приводит к возникновению сложных проблем, в частности с учетом того, что для регулирования применения этого правила могут быть задействованы разные законы (закон места предыдущего арбитражного разбирательства; закон места последующего арбитражного разбирательства; закон, регулирующий существо спора) и что принцип *res judicata* имеет различное содержание в разных правовых системах. Кроме того, работа в этой области могла бы быть также направлена на разработку более согласованного подхода к концепции *res judicata*.

7. Возражение на основании наличия связанности или связанных между собой исков

32. Другим известным средством в области судопроизводства является применение возражения на основании наличия связанности и связанных между собой исков¹⁶. Эта концепция шире, чем доктрина *res judicata*, поскольку она не ограничена тройным критерием подлинности. Пример такого механизма можно обнаружить в Брюссельском постановлении (Постановление Совета (ЕС) № 44/2001 от 22 декабря 2000 года о юрисдикции и признании и приведении в исполнение судебных решений по гражданским и коммерческим вопросам), в котором предусмотрено диспозитивное правило в отношении «связанных между собой исков», что позволяет проводить объединенное разбирательство по смежным или связанным между собой спорам в одном судебном органе¹⁷. Статья 30.3 предусматривает, что «иски считаются связанными между собой, если они настолько связаны между собой, что их целесообразно рассматривать вместе и выносить соответствующее решение во избежание рисков вынесения несогласующихся между собой судебных решений в рамках отдельных производств». В соответствии с Брюссельским постановлением суд иной, чем суд, первым приступивший к рассмотрению иска, может приостановить свое производство, если смежный иск уже рассматривается в другом государстве — члене ЕС, и ожидать результатов рассмотрения этого смежного иска до вынесения решения. При определенных обстоятельствах он может даже отказаться от юрисдикции, если законодательство первого суда позволяет объединять иски.

Возможная работа

33. Можно было бы провести работу по вопросу о целесообразности разработки аналогичного механизма в контексте международного арбитража.

¹⁵ См. International Law Association on Recommendations on *lis pendens* and *res judicata* and arbitration, Seventy-Second International Law Association Conference on International Commercial Arbitration, Toronto, Canada, 4-8 June 2006.

¹⁶ *Multiple Proceedings in International Arbitration: Blessing or Plague?*, Gabrielle Kaufmann-Kohler, Herbert Smith Freehills and SMU School of Law Asian Arbitration Lecture (24 November 2015).

¹⁷ Пункты 1 и 2 статьи 30 предусматривают, что «1. В случае, если связанные между собой иски рассматриваются в судах разных государств-членов, любой суд, помимо суда, первым приступившего к рассмотрению такого иска, может приостановить свое производство. 2. В случае, если эти иски рассматриваются в первой инстанции, то любой суд, помимо суда, первым приступившего к рассмотрению такого иска, может также по ходатайству одной из сторон отказаться от своей юрисдикции, если суд, первым приступивший к рассмотрению исков, обладает юрисдикцией над соответствующими исками и применимое к нему право допускает их объединение».

С. Положения в инвестиционных международных договорах

34. Некоторые инвестиционные международные договоры содержат положения, направленные на предупреждение возбуждения параллельных производств или ограничение их последствий (см. раздел III. С в документе [A/CN.9/881](#)). Параллельные производства можно было бы регулировать при помощи различных положений в инвестиционных международных договорах, о чем кратко говорится ниже.

35. Можно было бы проделать работу по привлечению внимания государств к разным видам содержащихся в международных договорах положений, которые могут быть применены для урегулирования этого вопроса.

1. Определение инвесторов

36. В определениях терминов «инвестор» или «инвестиция» в инвестиционных международных договорах устанавливается, какие инвесторы подлежат защите и какие инвесторы могут возбуждать иски в отношении принимающих государств ([A/CN.9/848](#), пункты 8 и 9). Либеральные определения терминов «инвестор» и «инвестиции», содержащихся во многих международных договорах, предусматривают защиту не прямых инвестиций, сделанных через посредство одного или нескольких корпоративных субъектов.

37. Положения, содержащиеся в международных договорах, разрабатывались в целях предупреждения злоупотреблений при применении инвестиционного международного договора путем запрета исков со стороны инвесторов, которые занимаются «поиском удобного режима международного договора» или «планированием национальной принадлежности» посредством использования имеющих только «почтовый ящик» компаний, которые распределяют инвестиции, но не участвуют в реальных коммерческих операциях в принимающем государстве¹⁸. Существуют разные способы определения защищенных инвесторов или инвестиций с целью ограничения возможностей возбуждения множественных исков, например путем ссылки на критерий «существенная предпринимательская деятельность» и определения его значения и национальную принадлежность субъекта, осуществляющего конечный контроль за деятельностью компании¹⁹.

38. Кроме того, некоторые инвестиционные международные договоры содержат положения, в которых определяется уровень непрямого владения, наличие которого требуется для приобретения статуса акционера в соответствии с инвестиционным международным договором. Такая ясность требуется для уменьшения вероятности возбуждения параллельных производств в тех ситуациях, когда одни и те же стороны (связанные контролем) возбуждают производство в соответствии с разными международными договорами в отношении одной и той же государственной меры.

39. Внимание государств можно было бы обратить на различные варианты в инвестиционных международных договорах, такие как i) установление уровня непрямого владения, необходимого для приобретения инвестором права на обращение в суд на основе инвестиционного международного договора; ii) запрет на предъявление исков инвесторами в случае, если сама компания уже обратилась за правовой защитой в другой судебный орган; iii) разрешение предъявления иска инвестором только при условии, что этот инвестор и местная компания отзовут все иски, находящиеся на рассмотрении других судебных органов, и откажутся от права обращаться в другие органы за судебной помощью; и iv) ограничение возможности выбора суда теми случаями, когда иск еще не был предъявлен ни в один другой судебный орган.

¹⁸ UNCTAD World Investment Report (2015), Chapter IV.

¹⁹ Ibid.

2. Предупреждение процессуальных злоупотреблений

40. Содержащиеся в международных договорах положения о запрещении процессуальных злоупотреблений могут предусматривать необходимые механизмы, позволяющие третейским судам отклонять неправомотные иски и тем самым поощрять инвесторов к согласию на предъявление их исков в один судебный орган. Если инвестиционные международные договоры предусматривают четкий критерий, на основании которого параллельные производства будут считаться неправомотными (см. пункты 17-20 выше), они могут ограничивать параллельные производства теми параллельными производствами, которые являются правомотными и дают возможность сторонам спора иметь ясное представление об этих ситуациях²⁰.

3. Механизм компенсации и понятие косвенных убытков

41. Содержащиеся в международных договорах положения, которые касаются механизма компенсации (включая распределение расходов), также могут оказывать воздействие на уменьшение последствий параллельных производств²¹.

42. Что касается конкретного понятия косвенных убытков, то в последних рабочих документах ОЭСР и в ходе межправительственных обсуждений в ОЭСР подчеркивалось, что при рассмотрении параллельных исков в контексте инвестиционного арбитража необходимо проводить различие между прямыми и косвенными убытками²². Известны случаи, когда при рассмотрении исков, предъявленных на основании инвестиционных международных договоров, третейские суды признавали за акционерами право на возмещение косвенных убытков. Внутреннее законодательство наоборот, как правило, запрещает акционерам требовать возмещения косвенных убытков как в соответствии с положениями корпоративного права, так и по процедурным основаниям, в том числе из-за стремления добиться экономии судебных ресурсов за счет сокращения числа дел, требуемых для возмещения вреда, обеспечения последовательности, предсказуемости, предупреждения двойного взыскания ущерба и обеспечения справедливого отношения к ответчикам. Предъявлять иск вправе только та компания, которой был нанесен прямой ущерб. В материалах ОЭСР отмечается, что допустимость подачи исков о возмещении косвенных убытков является одной из основных причин, обуславливающих возможность предъявления параллельных исков в контексте инвестиционного арбитража.

43. В ходе межправительственных обсуждений в рамках ОЭСР был сделан предварительный вывод о том, что иски о возмещении косвенных убытков вызывают целый ряд принципиальных вопросов при отсутствии каких бы то ни было веских оснований для всеобщего признания приемлемости таких исков согласно инвестиционным международным договорам.

²⁰ См. *The Regulation of Parallel Proceedings in Investor-State Disputes*, Hanno Wehland, ICSID Review Vol. 31, Issue 3 (October 2016).

²¹ См., например, UNCTAD Series on International Investment Agreements, II, 2014; см. также OECD, *Investment Treaties and Shareholder Claims for Reflective Loss: Insights from Advanced Systems of Corporate Law*, OECD Working Papers on International Investment, 2014/02, David Gaukrodger; *Investment Treaties and Shareholder Claims: Analysis of Treaty Practice*, OECD Working Papers on International Investment, 2014/03, David Gaukrodger.

²² Акционеры несут косвенные убытки в результате причинения ущерба «их» компании, как правило, вследствие снижения стоимости акций; косвенным убыткам обычно противопоставляется прямой ущерб правам акционеров, например в результате вмешательства в процесс осуществления акционерами права голоса; Gaukrodger, D. (2013), «Investment Treaties as Corporate Law: Shareholder Claims and Issues of Consistency», OECD Working Papers on International Investment, 2013/03; Gaukrodger, D. (2014), «Investment Treaties and Shareholder Claims for Reflective Loss: Insights from Advanced Systems of Corporate Law», OECD Working Papers on International Investment, 2014/02; Gaukrodger, D. (2014), «Investment Treaties and Shareholder Claims: Analysis of Treaty Practice», OECD Working Papers on International Investment, 2014/03.

4. Консолидация

44. В инвестиционных международных договорах также все чаще встречаются положения о консолидации (см. [A/CN.9/881](#), пункты 32-34). Существует два вида положений о консолидации²³. К первому виду относится подтверждение общего правила, согласно которому консолидация возможна в случае согласия всех соответствующих сторон. Цель таких положений заключается в том, чтобы обратить внимание участников спора на возможность консолидации без обязательного создания механизма консолидации. Второй вид положений допускает, тем не менее, ограничение консолидации случаями, когда существуют «общие правовые вопросы или факты» (например, статья 1126.2 НАФТА), или случаями, когда общие вопросы «вытекают из одних и тех же событий или обстоятельств» (например, статья 10.25 ЦАФТА-ДР). Статья 1117 НАФТА конкретно предусматривает консолидацию исков различных акционеров в связи с требованиями, предъявленными от имени местной акционерной компании, зарегистрированной в качестве юридического лица. В некоторых инвестиционных международных договорах предусматривается, что третейские суды должны выносить решение в интересах справедливого и эффективного урегулирования требований при рассмотрении вопроса о консолидации. В этих положениях механизм консолидации, как правило, изложен весьма подробно. В соответствии со вторым видом положений любая сторона спора, участвующая в соответствующих текущих производствах, может ходатайствовать о консолидации производств. Это ходатайство является основанием для начала процесса, связанного с учреждением консолидирующего судебного органа.

45. Консолидация может также осуществляться в соответствии с действующими регламентами арбитражных учреждений. Однако, как правило, невозможно объединить производства, возбужденные в соответствии с разными арбитражными регламентами и/или осуществляемые разными арбитражными учреждениями. Консолидация требований на основе разных исходных международных договоров может оказаться затруднительной, поскольку эти договоры могут предусматривать разные материально-правовые обязательства, а также различные сроки, процессуальные обязанности и судебные органы, урегулирующие споры. В этой связи интересно отметить, что один из заключенных недавно международных договоров допускает консолидацию в рамках механизма урегулирования споров (см. статью 9.29 Соглашения о свободной торговле между ЕС и Сингапуром)²⁴.

5. Другие положения международных договоров

46. С течением времени для включения в инвестиционные международные договоры были разработаны различные механизмы решения этой проблемы. Некоторые инвестиционные международные договоры предусматривают дополнительные механизмы координации или концентрации. Например, во многих заключенных недавно инвестиционных международных договорах встре-

²³ UNCTAD Series on International Investment Agreements, II, 2014.

²⁴ Статья 9.29 (5) предусматривает следующее: «Консолидирующий судебный орган осуществляет производство следующим образом: а) если только все спорящие стороны не договорились об ином, то в том случае, когда все требования, в связи с которыми испрашивается постановление о консолидации, были переданы на арбитраж в соответствии с одним и тем же механизмом урегулирования споров, консолидирующий суд действует в соответствии с этим же механизмом урегулирования споров; б) в том случае, когда требования, в связи с которыми испрашивается постановление о консолидации, не были переданы на арбитраж в соответствии с одним и тем же механизмом урегулирования споров: i) спорящие стороны могут договориться о применении механизма урегулирования споров, который действует согласно статье 9.16 (Передача требований на арбитраж) и который будет применяться к процедуре консолидации; или ii) если спорящие стороны не могут договориться относительно одного и того же механизма урегулирования споров в течение 30 дней с момента ходатайства, направленного согласно пункту 3, к процедуре консолидации будет применяться Арбитражный регламент ЮНСИТРАЛ».

чается требование, предусматривающее, что истец отказывается от возбуждения любого другого производства или прекращает его, которое также известно как «запрет на разворот», а предусмотренные в них так называемые положения о «перекрестке», касающиеся предоставления инвесторам права выбора между внутренними судами принимающего государства и международным арбитражем, притом что если выбор сделан, то он является окончательным.

47. Полезность таких оговорок в контексте параллельных производств носит ограниченный характер, поскольку они применяются только в том случае, если споры являются одинаковыми (одни и те же стороны, одни и те же интересы и одна и та же правовая база). Например, такие положения не исключают возможности подачи исков мажоритарными и миноритарными акционерами.

III. Заключительные замечания

48. Комиссия, возможно, пожелает рассмотреть вопрос о том, следует ли провести работу по представлению информации об имеющихся инструментах, как это предложено в разделе В выше, третейским судам, которые сталкиваются со случаями параллельных производств. Эта работа может предусматривать дальнейшую разработку определенных принципов, касающихся субсидиарности и процессуальных злоупотреблений.

49. На сорок девятой сессии Комиссии было высказано мнение, что в дополнение к работе, уже проделанной другими организациями, можно было бы привести конкретные примеры существующих механизмов или положений инвестиционных международных договоров и возможные модели действий, которым надлежит следовать²⁵. Комиссия, возможно, пожелает рассмотреть вопрос о том, следует ли обратить внимание государств на имеющиеся механизмы в инвестиционных международных договорах, о которых кратко говорится в разделе С выше, прежде всего с целью предупреждения возбуждения параллельных производств или ограничения их последствий.

²⁵ *Официальные отчеты Генеральной Ассамблеи, семьдесят первая сессия, Дополнение № 17 (A/71/17), пункты 178 и 179.*