



Генеральная Ассамблея

Distr.: Limited
12 December 2017
Russian
Original: Arabic, Chinese, English,
French, Russian, Spanish

**Комиссия Организации Объединенных Наций
по праву международной торговли**
Рабочая группа III (Реформирование системы
урегулирования споров между инвесторами
и государствами)
Тридцать пятая сессия
Нью-Йорк, 23–27 апреля 2018 года

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

Представление Европейского союза

В настоящей записке воспроизводится представление, полученное от Европейского союза в рамках подготовки к тридцать пятой сессии Рабочей группы III. Это представление воспроизводится в качестве приложения к настоящей записке в форме, в какой оно было получено Секретариатом (на английском, арабском, испанском, китайском, русском и французском языках).



Приложение

20 ноября 2017 года

Выявление и рассмотрение вопросов, вызывающих обеспокоенность в связи с урегулированием споров между инвесторами и государством

1. Введение

1. Данный документ подготовлен в качестве вклада в обсуждения Рабочей группы 3 Комиссии Организации Объединенных Наций по праву международной торговли (ЮНСИТРАЛ). Цель данного документа – выявить и рассмотреть вопросы, вызывающие обеспокоенность в связи с существующей системой урегулирования споров между инвесторами и государством (УСИГ), согласно первому этапу мандата, выданного Комиссией ЮНСИТРАЛ Рабочей группе 3. Рассмотрение реформ, проведение которых может оказаться целесообразным, предусмотрено на втором этапе обсуждений и не освещается в этом документе.
2. В записке Секретариата ЮНСИТРАЛ «Возможная работа по реформированию системы урегулирования споров между инвесторами и государствами (УСИГ)» от 18 сентября 2017 г.¹ перечислен ряд вызывающих обеспокоенность вопросов, выявленных в связи с УСИГ (пункт 19 и далее). Настоящий документ основан на упомянутом документе и дает ответы на поставленные в нем вопросы. В частности, в нем предлагается в дальнейшем дополнительно рассматривать вызывающие обеспокоенность вопросы в связи с системой УСИГ путем обсуждения рамок, в которой действует существующая система УСИГ. Рассмотрение системы в целом дает возможность выявить вызывающие обеспокоенность вопросы, поскольку оно позволяет сравнить существующую систему урегулирования споров с другими системами с аналогичными свойствами и противопоставить их. Поэтому в данном документе сначала рассматриваются основные свойства и характеристики режима международных инвестиционных договоров (раздел 2). Затем в документе вкратце рассматриваются, в сравнительном ключе, способы администрирования споров в инвестиционных режимах со сравнимыми характеристиками (раздел 3). После этого в документе уделяется внимание факторам, оказывающим влияние на структуру существующей системы УСИГ (раздел 4), и затем, на основании анализа в предыдущих разделах, документ переходит к выявлению ряда вызывающих обеспокоенность вопросов, которые требуют дальнейшего рассмотрения (раздел 5).

2. Основные свойства режима международных инвестиционных договоров

3. Основные свойства нынешнего инвестиционного режима основаны на двух основополагающих признаках. Во-первых, режим принадлежит к области **международного публичного права**. Во-вторых, он схож с **публичным правом** в том, что он, главным образом, касается подхода к инвесторам и, соответственно, взаимоотношений между индивидуальными действующими сторонами и государством.

¹ A/CN.9/WG.III/WP.142.

4. Международный инвестиционный режим формируется из значительного количества международных договоров. Они являются **инструментами международного публичного права**, заключенными между сторонами международного публичного права, действующими в суверенном качестве.² Согласно этим соглашениям, государства предоставляют физическим или юридическим лицам (инвесторам) право подавать иски с целью выполнения условий соответствующих международных договоров. Тем не менее, это не отменяет принадлежности данных соглашений к области международного публичного права, поскольку они заключены между двумя суверенными сторонами. В качестве международных договоров, данные соглашения следует интерпретировать в соответствии с нормами международного публичного права. Это распространяется как на правила интерпретации договоров, так и на прочие правила, например, правила, касающиеся ответственности государства.
5. Данные договоры в области международного публичного права связаны с **суверенными полномочиями государств осуществлять регулирование**, предоставляя определенные меры защиты, соблюдения которых могут требовать инвесторы.³ Таким образом создается ситуация, аналогичная существующей в публичном и конституционном праве, когда частные лица защищены от действий государства и имеют возможность выдвигать иски для соблюдения данных мер защиты.⁴ Необходимо помнить, что и при утверждении соответствующих международных договоров, и когда речь идет об оспариваемых действиях, государство выступает в качестве суверенной стороны. Обязательства, определенные в инвестиционном договоре, распространяются на любые действия, которые могут быть приписаны государству, независимо от того, идет ли речь о законодательном акте, принятом парламентом, или об отдельном решении местного совета. В случае констатации того, что государство не выполнило свои обязательства, оно должно выплатить возмещение. Обычно возмещение выплачивается в виде денежной компенсации, предполагающей затраты из бюджета государства.
6. Исходя из этих двух основных признаков, т.е. международного публичного права, лежащего в основе международных договоров, и принадлежность взаимоотношений к области публичного права, можно выделить ряд черт международного инвестиционного режима, которые важны для рассмотрения нынешней системы и оценки вопросов, вызывающих беспокойство. Эти черты перечислены ниже:

² Roberts, Anthea "Clash of paradigms: actors and analogies shaping the investment treaty system" (2013) "American Journal of International Law", 107 (1) 45-94, 58-63.

³ Там же стр. 63-68.

⁴ См., среди прочего, работы Van Harten, Gus & Loughlin, Martin "Investment Treaty Arbitration as a Species of Global Administrative Law", 17 "European Journal of International Law" 121 (2006); Van Harten, "Investment Treaty Arbitration and Public Law" (2007); Schneiderman, David, "Constitutionalizing Economic Globalization: Investment Rules And Democracy's Promise" (2008); Schill, Stephan W. "International Investment Law and Comparative Public Law—An Introduction", in "International Investment Law and Comparative Public Law" 3 (Stephan W. Schill ed., 2010); Montt, Santiago "State Liability in Investment Treaty Arbitration: Global Constitutional And Administrative Law in the BIT Generation" (2009).

- a) Составляющая конституционного/административного права: обязательства, определенные в инвестиционных договорах направлены на защиту инвесторов от определенных (ограниченных) действий государства. Поэтому выполнение обязательств подразумевает установление баланса между правом осуществлять суверенные полномочия и обязанностью обеспечивать защиту частных лиц, характерного для определений в области конституционного/административного права;
- b) Односторонне направленная система: инвесторами возбуждаются иски против государств, поскольку инвесторы принимают содержащееся в договорах постоянно открытое предложение о возбуждении арбитражного разбирательства;
- c) Вертикальная направленность взаимоотношений: споры, главным образом, возникают в ситуациях, когда инвесторы возбуждают иски против принимающих государств, возникающие в результате вертикально направленных, нормативных взаимоотношений между сторонами, поскольку инвесторы входят на территорию принимающего государства с установленным на ней экономическим и законодательным порядком;
- d) Повторяющийся характер: рассматриваемые договоры потенциально могут послужить основой для возникновения многочисленных споров на протяжении потенциально продолжительного времени. Здесь необходимо провести различие с правовыми актами, устанавливающими однократные договорные положения;
- e) Компонент определенности: материально-правовые обязательства являются неопределенными, поскольку они устанавливают общие стандарты высокого уровня, применимые в большом количестве различных фактических обстоятельств, подобно нормам конституционного права; и
- f) Предсказуемый/последовательный характер: принимая во внимание общий характер формулировок мер защиты инвестиций и учитывая повторяющийся характер, заинтересованные стороны (правительства, инвесторы, гражданское общество) рассматривают прецеденты для формирования понимания того, как определенные международными договорами обязательства интерпретируются на практике или того, как их следует интерпретировать. Это касается как рассмотрения отдельных договоров, так и ряда договоров в целом, поскольку для них характерна высокая степень однородности. Это означает, что судебная функция играет ключевую роль в подробном определении и последующем уточнении конкретного значения материально-правовых обязательств.

3. Сравнительный анализ

7. Результатом определенных выше характеристик часто становится создание постоянных органов с работающими на постоянной основе третейскими судьями с гарантированным сроком полномочий, ответственными за разрешение споров. Постоянные судебные ор-

ганы имеют ряд преимуществ при рассмотрении споров в условиях режимов с перечисленными характеристиками. Такие преимущества имеют различные и дублирующие проявления. В силу своего постоянного характера, постоянные органы обеспечивают предсказуемость и последовательность, а также позволяют решить вопрос возникновения множественных споров, поскольку они способны дать подробное определение понятиям определенного набора норм, обеспечить их уточнение с течением времени и гарантировать их эффективное и последовательное применение. Это особенно существенно, когда нормы определены относительно нечетко. При назначении третейских судей, действующих на постоянной основе, во внимание принимаются долгосрочные соображения. Государства заинтересованы в том, чтобы одновременно была обеспечена возможность как действий со стороны государства, так и защита интересов частных лиц, и они осознают, что в долгосрочной перспективе необходимо поддерживать баланс этих интересов. Постоянные судебные органы с работающими на постоянной основе третейскими судьями также освобождают третейских судей от необходимости получать вознаграждение из других источников и обычно в той или иной мере обеспечивают гарантированный срок полномочий. Это позволяет третейским судьям избежать давления, требующего принимать во внимание краткосрочные соображения, и устраняет сомнения в их непредвзятости.

8. Можно отметить, что, как на международном, так и на местном уровне, споры в других режимах с вышеуказанными характеристиками инвестиционного режима обычно улаживаются с помощью постоянно действующих органов. Состав этих судебных органов формируется из действующих на постоянной основе третейских судей, назначаемых государствами, что подразумевает высокую степень независимости и непредвзятости. Зачастую решения таких постоянно действующих органов подвергаются пересмотру в ходе апелляции с целью обеспечения правильности и лучшей предсказуемости.
9. Среди примеров на международном уровне можно упомянуть Европейскую конвенцию о защите прав человека с Европейским судом по правам человека и Межамериканскую конвенцию по правам человека с Межамериканским судом по правам человека. Правовым режимам, применяемым этими судами, присуще значительное число из вышеуказанных характеристик в области инвестиционного режима.⁵ У обоих указанных органов есть постоянно действующие суды с работающими на постоянной основе третейскими судьями, назначаемыми сторонами договора. ВТО также занимается рассмотрением действий государств, несмотря на то, что юрисдикция ВТО не распространяется на иски частных лиц. Структура, в рамках которой рассматриваются эти иски, допускает их пересмотр в ходе апелляции третейскими судьями, назначенными сторонами договора.
10. На национальном уровне для правовых режимов с характеристиками, подобными характеристикам инвестиционного режима, обычно также обеспечиваются постоянные судебные органы. Практика рассмотрения споров в области публичного или административ-

⁵ Безусловно, есть также и существенные различия, например, характер мер судебной защиты или отношение к национальному процессуальному порядку.

ного права постоянно действующими судами с независимыми судьями, положение которых в иерархии допускает пересмотр решения в ходе апелляции, является характерным признаком национальных правовых систем во всем мире.

11. Приведенные примеры полезны не обязательно в силу всех своих особенностей и признаков, а в качестве иллюстрации того, что в ходе создания или развития режимов с характеристиками, схожими с инвестиционным режимом, государства последовательно создают постоянно действующие органы. В следующем разделе приведен краткий обзор характера существующего режима, после чего данный документ перейдет к рассмотрению вызывающих беспокойство вопросов, возникающих в рамках существующего режима в свете характеристик, перечисленных в разделе 2.

4. Существующие в настоящее время механизмы урегулирования споров в рамках инвестиционного режима

12. Начиная с 1960-х гг., общий подход к регулированию иностранных инвестиций характеризовался следующими признаками: 1) возникновение международного арбитража в качестве общепринятого способа урегулирования споров в области инвестиций и 2) расширяющееся признание в международном договорном праве возможности для инвесторов настаивать на выполнении условий международных договоров путем подачи исков непосредственно против принимающих государств. Заключенная в 1965 г. Конвенция МЦУИС, объединяющая в настоящее время 161 государство, являлась и продолжает являться существенным шагом вперед в развитии международного инвестиционного права.
13. Используемая Конвенцией МЦУИС модель урегулирования споров основана на арбитраже. Арбитражные суды назначаются сторонами спора, и состав судов определяется специально для рассмотрения конкретного спора. Их решения могут быть отменены специально сформированным комитетом по аннулированию на основании ограниченного спектра причин. В других случаях УСИГ основано на правилах, изначально создававшихся для арбитражных разбирательств в сфере торговли, например, на Арбитражном регламенте ЮНСИТРАЛ.
14. Основы Конвенции МЦУИС были заложены до появления обширного корпуса международных инвестиционных договоров. В 1970 г.⁶ существовало только 63 из нынешних 2667 договоров (Конвенция МЦУИС вступила в силу 14 октября 1966 г.). Поэтому авторы не предполагали, что система урегулирования споров, содержащаяся в Конвенции МЦУИС, будет использоваться главным образом для урегулирования споров в области международных договоров, как это обстоит в настоящее время. В действительности, они предусматривали, что система будет в первую очередь применяться для урегулирования споров в области инвестиционных соглашений. Согласно расчетам авторов МЦУИС ожидалось,

⁶ Источник: *UNCTAD Investment Policy Hub*.

что приблизительно 90% дел будет связано с инвестиционными соглашениями и концессиями, а не с международными инвестиционными договорами.⁷ Этим можно объяснить выбор основных структурных элементов Конвенции МЦУИС.⁸

15. Действительно, государства начали использовать положения, позволяющие инвесторам самостоятельно настаивать на выполнении условий международного договора, только с 1970-х гг., что, по крайней мере отчасти, стало результатом предложения МЦУИС. Это отражает целенаправленное стремление государств вывести споры, связанные с международными договорами, из сферы межгосударственных отношений и дать инвесторам возможность настаивать на выполнении условий соглашения без необходимости убеждать собственное государство оказать поддержку в выдвижении иска.
16. Первые дела, поданные на рассмотрение в МЦУИС, были основаны на содержащихся в инвестиционных соглашениях или национальном законодательстве положениях об арбитраже в отношении стимулирования и защиты иностранных инвестиций. В 1990 г. иск со стороны иностранного инвестора в связи с договором впервые был разрешен в рамках спора *AAPL*, с условием, что согласие сторон на арбитражное рассмотрение в МЦУИС будет дополнено согласием инвестора принять предложение принимающего государства выступить в качестве третейского судьи в рамках договора.⁹
17. Спор *AAPL* дал начало росту числа разбирательств в связи с международными договорами, чему помогли изменения в практике государств, которые стали включать в договоры положения о МЦУИС. В действительности, более 70% разбирательств МЦУИС было инициировано в связи с международными инвестиционными договорами, и только 1% разбирательств – в связи с инвестиционными соглашениями, что отражено на графике 1, приведенном ниже.

⁷ См. J.C. Thomas и H.K. Dhillon "The Foundations of Investment treaty Arbitration, The ICSID Convention, Investment Treaties and the review of Arbitration Awards" (2017) 32(3), Обзор МЦУИС.

⁸ См. J. Pauwelyn, "At the Edge of Chaos? Foreign Investment Law as a Complex Adaptive System, How It Emerged and How It Can Be Reformed," Обзор МЦУИС, Том. 29, № 2 (2014), стр. 372-418, в частности, цитата слов профессора Лоуенфелда (члена делегации США на переговорах по МЦУИС) на стр. 401-402, который писал следующее: «Ни на одном обсуждении в ходе консультативных встреч [во время подготовки Конвенции МЦУИС] или, насколько мне известно, нигде в современных письменных источниках и анализе правовых норм не рассматривается возможность того, что принимающее государство может дать согласие в двустороннем международном соглашении на арбитражное разбирательство с инвесторами из другой страны без ссылки на конкретное инвестиционное соглашение или спор. Я знаю, что я не упоминал эту возможность в моем докладе в Конгрессе США, и так же этого не делал кто-либо еще».

⁹ Разбирательство "*Компания Asian Agricultural Products Ltd (AAPL) против Демократической Социалистической Республики Шри-Ланка*", дело МЦУИС № ARB/87/3, Решение (27 июня 1990 г.). См. также J. Paulsson, "Arbitration without Privity" Обзор МЦУИС, Том 10, № 2 (1995), стр. 232-257.

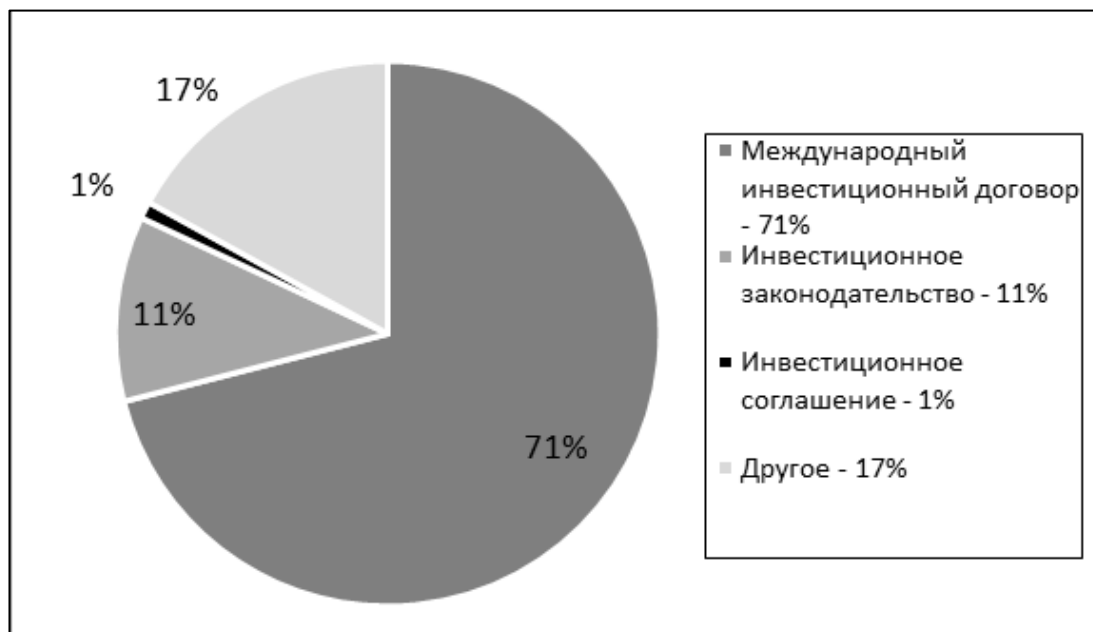


График 1. Средства достижения договоренности в арбитражных разбирательствах МЦУИС (1976-2016 гг.).¹⁰

18. Рост количества разбирательств произошел в 1990-х гг., и особенно в последние два десятилетия, что отражено на графике 2.



График 2. Известные разбирательства в связи с международными договорами (1987 – 2016 гг.).

¹⁰ Jonathan Bonnitcha, Lauge Poulsen и Michael Waibel "The Political Economy of the Investment Treaty Regime" Oxford University Press, 2017, стр. 61. Источник: отобранные автором в августе 2016 г. материалы с сайта МЦУИС, основанные на 573 разбирательствах МЦУИС.

19. Обширная сеть инвестиционных договоров способствовала формированию богатой и постоянно увеличивающейся правоприменительной практики в области арбитражных разбирательств в связи с инвестициями. Растущее количество разбирательств в связи с международными договорами поставило под сомнение эффективность существующей системы урегулирования инвестиционных споров.

5. Вопросы, вызывающие обеспокоенность в связи с существующими механизмами урегулирования споров в рамках инвестиционного режима

20. При сопоставлении основных свойств режима международных инвестиционных договоров со структурой арбитражного разбирательства в области инвестиционных споров можно выявить ряд вызывающих обеспокоенность вопросов в связи с существующей системой. Эти вопросы совпадают с вопросами, сформулированными в документе Секретариата, но они также возникают на системном уровне или являются результатом характера системы. Значимость этих вызывающих обеспокоенность вопросов увеличивается в силу сравнительно высокого уровня и долгосрочности разбирательств. Вызывающие обеспокоенность вопросы можно сформулировать следующим образом:

a) Ситуативность системы оказывает влияние на последовательность и предсказуемость

21. Ситуативный характер системы оказывает влияние на последовательность и предсказуемость. Назначение состава арбитражного суда в каждом случае специально потенциально может сказаться на результатах, поскольку третейские судьи работают или стремятся работать над схожими разбирательствами постоянно, в то время как система предполагает назначение судей вновь для каждого разбирательства. На системном уровне это с большой вероятностью приведет к значительной зависимости результатов от конкретных фактов.¹¹ Это не способствует стабильности и постоянству в системе и, соответственно, возможности заинтересованных сторон (в качестве которых могут выступать компании, правительства или представители гражданского общества) руководствоваться опытом предыдущих разбирательств, чтобы получить представление о применении правил в конкретных обстоятельствах.
22. Существует большое количество примеров непоследовательных арбитражных решений по ключевым аспектам традиционных положений, направленных на защиту инвестиций. Вопросы, возникающие в ходе таких противоречащих друг другу разбирательств, касаются общих понятий и функций, присущих правилам, регулирующим материально-правовую сторону инвестиций, и они регулярно озвучиваются в ходе многочисленных споров, для которых важны последовательные ответы.

¹¹ См. Todd Tucker, "Inside the Black Box: Collegial Patterns on Investment Tribunals" (2016), 7(1) *J Intl Disp Settlement*, стр. 183–204.

23. Одним из таких примеров является непрекращающаяся дискуссия о применимости положений о государствах, которым предоставлен режим наибольшего благоприятствования (СНБ) к процессуальным аспектам (т.е. урегулированию споров). В то время как некоторые арбитражные суды утверждают, что положение об СНБ распространяется на положения об урегулировании споров, содержащиеся в договорах, заключенных между государствами-ответчиками и третьими государствами,¹² другие арбитражные суды пришли к противоположному выводу.¹³ Этот вопрос продолжает возникать в ходе многих разбирательств. Одним из примеров может служить разбирательство *Компания APR Energy и другие против Австралии*, в котором истцы стремятся продемонстрировать существование подразумеваемого положения об урегулировании споров в договоре, который не содержит согласия на арбитражное разбирательство.¹⁴
24. В связи с интерпретацией охвата и действия универсального защитительного положения, некоторые арбитражные суды утверждают, что применение этого положения означало бы, что нарушение определенных договорных обязательств составляет нарушение инвестиционного договора,¹⁵ в то время как другие отрицают такое влияние на обычные коммерческие соглашения.¹⁶
25. Среди других примеров можно упомянуть некоторые арбитражные решения в отношении необходимости защиты согласно статье XI двустороннего договора о защите инвестиций между США и Аргентиной, принятые вследствие финансового и экономического кризиса в Аргентине в 2001-2002 гг. Например, в то время как арбитражный суд по делу *Enron* интерпретировал это положение исходя из чрезвычайно строгих критериев «необходимости» в качестве обстоятельства, исключаящего злой умысел,¹⁷ арбитражный суд по делу *Continental Casualty* интерпретировал это правило исходя из менее строгих критериев «необходимых» мер со стороны государства, разработанных согласно закону Всемирной Торговой Организации.¹⁸

¹² См., например, разбирательство *"Emilio Agustín Maffezini против Испанского Королевства"*, дело МЦУИС № ARB/97/7, Решение Арбитражного суда по вопросу возражений в отношении судебной компетенции, параграф 64; разбирательство *"Компания Siemens против Аргентины"*, дело МЦУИС № ARB/02/8, Решение в отношении судебной компетенции, параграф 103; разбирательство *"Компания Gas Natural против Аргентины"*, дело МЦУИС № ARB/03/10, Решение Арбитражного суда в отношении предварительных вопросов о судебной компетенции, параграфы 31 и 49; разбирательство *"Компании Suez, Sociedad General de Aguas de Barcelona S.A. и InterAguas Servicios Integrales del Agua S.A. против Аргентины"*, дело МЦУИС № ARB/03/17, Решение в отношении судебной компетенции, параграфы 53-66.

¹³ См., например, разбирательство *"Компания Plama Consortium Ltd против Республики Болгария"*, дело МЦУИС № ARB/03/24, Решение в отношении судебной компетенции, параграфы 184, 223, 227; разбирательство *"Компании Salini Costruttori S.p.A. и Italstrade S.p.A. против Хашимитского Королевства Иордания"*, дело МЦУИС № ARB/02/13, Решение в отношении судебной компетенции, параграф 119; разбирательство *"Компания Telenor Mobile Communications A.S. против Республики Венгрия"*, дело МЦУИС № ARB/04/15, Решение, параграфы 90-100.

¹⁴ Разбирательство *"Компании Power Rental Asset Co Two LLC (AssetCo), Power Rental Op Co Australia LLC (OpCo), APR Energy LLC против Правительства Австралии"*, ЮНСИТРАЛ.

¹⁵ Разбирательство *"Компания SGS Société Générale de Surveillance s.a. (SGS) против Республики Филиппины"*, дело МЦУИС № ARB/02/6, Решение Арбитражного суда по вопросу возражений в отношении судебной компетенции, параграф 128.

¹⁶ Разбирательство *"Компания SGS Société Générale de Surveillance s.a. против Исламской Республики Пакистан"*, дело МЦУИС № ARB/01/13, Решение в отношении судебной компетенции, параграф 166.

¹⁷ Разбирательство *"Компания Enron Creditors Recovery Corp. & Ponderosa Assets, L.P. против Республики Аргентина"*, дело МЦУИС № ARB/01/3, Решение, параграфы 322-345.

¹⁸ Разбирательство *"Компания Continental Casualty Co. против Республики Аргентина"*, дело МЦУИС № ARB/03/9, Решение, параграфы 189-230.

26. Со стороны юридических консультантов не использовать все возможности аргументации, которые могут оказаться полезными для их клиентов, означало бы недостаточно добросовестное выполнение своих обязанностей. Ситуативный характер системы стимулирует выдвижение таких аргументов, поскольку в ней отсутствует структура для создания и обеспечения последовательности. Поэтому сам характер системы приводит к дополнительным затратам. Это дополняет очевидные трудности, связанные с недостатком последовательности и предсказуемости. Повторяющийся характер режима и относительная неопределенность обязательств делают вызывающие беспокойство вопросы, связанные с последовательностью и предсказуемостью, еще более важными.

b) Существенные вопросы, вызывающие беспокойство в связи с восприятием

27. Важной чертой упомянутых ранее национальных и международных судебных систем является, как это сформулировал Верховный судья судебной системы Англии, «необходимость не только совершить правосудие, но сделать его совершение явным и несомненным».¹⁹ В этом утверждении содержится решительный отход от ситуативных систем в публичных вопросах во всех законодательных системах, основанный на идеях Джереми Бентама, Вольтера и Александра Гамильтона.²⁰ Ситуативный характер арбитражных разбирательств между инвесторами и государствами, по определению предполагающий, что у третейских судей есть и другие занятия, создает значительные трудности в восприятии. Эти затруднения в восприятии возникают вследствие возможного представления о том, что профессиональные и/или личные интересы лиц, задействованных в системе, могут повлиять на результаты разбирательств. Хотя в силу обстоятельств действительности и сложных взаимоотношений между третейскими судьями и сторонами, назначающими их, фактическая ситуация, несомненно, более сложна, сочетание односторонней направленности системы и важности восприятия, очевидности совершения правосудия вызывает беспокойство.

c) Ограниченность системных проверок правильности и последовательности

28. Еще один вопрос, вызывающий беспокойство в связи с существующей системой, касается ограниченных возможностей системных проверок правильности и последовательности. Отмена решений в рамках системы МЦУИС возможна только для исправления очень ограниченного набора ошибок. Статья 52 Конвенции МЦУИС предусматривает отмену решений только в очень ограниченном спектре обстоятельств.²¹ Они не касаются материально-правовой правильности решения. Аналогичным образом, национальные за-

¹⁹ Лорд-Верховный судья Гордон Хьюарт в разбирательстве "*R v Sussex Justices, Ex Parte McCarty*", [1924] 1KB 256.

²⁰ *Gaukrodger, D.* (2017). "*Adjudicator Compensation Systems and Investor-State Dispute Settlement*", Рабочие документы ОЭСР по вопросам международных инвестиций [*OECD Working Papers on International Investment*], №2017/05, Публикация ОЭСР, Париж.

²¹ См. ч.1 статьи 52 Конвенции МЦУИС («Каждая из сторон вправе требовать отмены решения Арбитража путем подачи письменного заявления Генеральному секретарю по следующим основаниям: а) в случае если Арбитраж был учрежден ненадлежащим образом; б) в случае если Арбитраж превысил свои полномочия; в) в случае если имел место подкуп одного из Арбитров; г) в случае если имело место существенное отступление от правил процедуры; или д) в случае если решение Арбитража не было надлежащим образом обосновано»).

коны в области арбитража и Нью-Йоркская Конвенция о признании и приведении в исполнение иностранных арбитражных решений ограничивают мотивы, по которым может быть отказано в признании решения и приведении его в исполнение.

29. Это означает, что решения могут быть неверными с точки зрения законодательства, но система не предусматривает возможность их исправления. Например, Комитет по аннулированию в рамках разбирательства *Компания CMS против Аргентины* заявил следующее:

«Комитет обнаружил ряд ошибок и недостатков на всем протяжении рассмотрения Решения. Решение содержит очевидные правовые ошибки. Оно содержит пробелы и пропуски. Все это было выявлено и подчеркнуто Комитетом. Тем не менее, Комитет осознает, что его компетенция основана на узких и ограниченных полномочиях, предоставленных статьей 52 Конвенции МЦУИС. Объем этих полномочий допускает возможность отмены решения только при наличии определенных конкретных условий. Как уже указывалось (см пункт 136 выше), в данных обстоятельствах Комитет не может просто заменить выраженное Арбитражным судом понимание законодательства и интерпретацию фактов своими собственными».²²

30. Данное затруднение с обеспечением правильности усугубляет другие черты существующего режима, ведущие к отмечавшемуся выше недостатку последовательности и предсказуемости. Его значимость связана с повторяющимся характером потенциальных споров и относительного уровня определенности. Необходимо отметить, что конституционные и верховные суды служат для интерпретации общих и сравнительно неопределенных норм, оформляя и поясняя их с течением времени. Они зачастую оказывают важное влияние на легитимацию и стабилизацию понимания основополагающих материально-правовых норм. Примером здесь может служить Апелляционный орган ВТО, который при помощи ряда основополагающих отчетов в конце 1990-х и начале 2000-х гг. эффективно установил баланс между обязательствами в области свободной торговли в рамках Соглашений ВТО и регулятивными возможностями членов ВТО.²³

d) Характер назначения третейских судей

31. В случае, когда государства предварительно назначают третейских судей (до возникновения конкретных споров), они выступают в качестве сторон договора и заинтересованы в уравнивании собственных интересов посредством выбора справедливых и непредвзятых третейских судей, которые не вызовут возражений независимо от того, будет ли в будущем разбирательство инициировано их собственными инвесторами или они будут выступать в нем в качестве ответчика. Однако, в области арбитража выбор третейского судьи происходит не предварительно, а по факту (т.е. когда спор уже возник), поэтому

²² Разбирательство "*CMS Gas Transmission Company* против Республики Аргентина" (дело МЦУИС № ARB/01/8), Решение об отмене, параграф 158.

²³ *Wagner, Markus, "Regulatory Space in International Trade Law and International Investment Law"* (16 марта 2014 г.). "*University of Pennsylvania Journal of International Law*", Том 36, № 1, 2014-2015; "*University of Miami Legal Studies Research Paper № 2014-10*".

инвесторы и ответчики со стороны государства принимают решения о назначении третейских судей исходя из соображений наилучшей защиты своих интересов в конкретном разбирательстве. В результате этого, их внимание сконцентрировано на третейских судьях, уже известных в системе и считающихся предрасположенными к одной или другой стороне (воспринимаемых как склонные отдать предпочтение интересам инвесторов или государства). С одной стороны, это естественная реакция на парадигму, в которой действуют стороны спора, поскольку это наименее рискованный выбор в соответствующих обстоятельствах.²⁴ Но с другой стороны, это означает, что все стороны рассматривают назначение судьи для рассмотрения спора в первую очередь с точки зрения своего участия в споре, а не в качестве суверенных сторон, что предполагало бы, что их долгосрочным интересам отвечает создание судебных органов, добросовестно интерпретирующих и применяющих основополагающие материально-правовые нормы. Это особенно важно в свете повторяющегося характера потенциальных споров, относительной неопределенности, вертикального характера отношений, а также присущих системе черт международного публичного права и публичного права.

32. Кроме стимулирования назначения предрасположенных (т.е. воспринимаемых как склонные отдать предпочтение интересам инвесторов или государства) третейских судей и небольшого количества регулярно задействованных сторон, одной из сложностей, возникающих в результате такого подхода, является постоянная высокая концентрация лиц, которые приобрели опыт в качестве третейских судей главным образом в области коммерческого арбитража, связанного с «частным правом», а не в области споров, связанных с международным публичным правом. Такие лица в своем профессиональном качестве часто не так хорошо знакомы с международным публичным правом (международные инвестиционные договоры, безусловно принадлежат к сфере международного публичного права) и публичным правом (важность которого обусловлена тем, что разбирательства касаются действий государств в суверенном качестве). Наконец, система ситуативного назначения судей также оказывает влияние на региональное и половое многообразие лиц, выбранных в качестве третейских судей, поскольку система приводит к относительному ограничению многообразия в обоих направлениях.

е) Значительные затраты

33. Как уже отмечалось, одной из проблемных черт системы является формирование затрат в ней.²⁵ Это происходит из-за недостаточных последовательности и предсказуемости, присущих системе, в которой добросовестные юридические консультанты используют аргументацию, которая уже была отвергнута в ходе другого разбирательства, поскольку остается возможность, что эта аргументация будет принята другим арбитражным судом. Затраты возникают также из-за необходимости подбора и назначения третейских судей.

²⁴ Roberts, Anthea "Power and Persuasion in Investment Treaty Interpretation: the Dual Role of States" (2010) "American Journal of International Law", 104 (4) 179-225.

²⁵ См. Gaukrodger, D. и K. Gordon (2012), "Investor-State Dispute Settlement: A Scoping Paper for the Investment Policy Community", Рабочие документы ОЭСР по вопросам международных инвестиций [OECD Working Papers on International Investment], 2012/03, Публикация ОЭСР, стр. 19 и далее.

Кроме этого, стороны спора сами несут расходы на оплату услуг третейских судей и арбитражных институций.

34. Перечисленные элементы, в сочетании с существенными расходами на участие в судебном разбирательстве, связанными, в особенности, с наймом специализированных юридических консультантов, а также с продолжительностью разбирательства, приводят к общим затратам, делающим подачу иска в рамках существующей системы потенциально невозможной для значительного количества малых и средних инвесторов.

е) Недостаток прозрачности

35. В существующей системе, в значительной степени созданной на основе коммерческого арбитража или возникшей из него, прозрачность исторически не считается необходимой составляющей урегулирования споров. В результате этого, информация об инвестиционных спорах не всегда предоставляется общественности. В рамках существующей системы, вопрос прозрачности все еще остается проблемным, несмотря на предпринятые важные шаги для улучшения ситуации, включающие изменения в Арбитражном регламенте МЦУИС, обеспечивающие определенную степень прозрачности, принятие Правил ЮНСИТРАЛ о прозрачности в контексте арбитражных разбирательств между инвесторами и государствами на основании международных договоров и Конвенции Организации Объединенных Наций о прозрачности в контексте арбитражных разбирательств между инвесторами и государствами на основе международных договоров («Маврикийская конвенция о прозрачности»), а также с тем, что стороны споров все чаще признают целесообразность прозрачности.

6. Заключение

36. В связи с существующей системой УСИГ возникают вопросы, вызывающие серьезную обеспокоенность. Их можно сформулировать следующим образом:
- недостаток последовательности и предсказуемости, являющийся результатом ситуативного характера системы;
 - существенную обеспокоенность вызывает восприятие, которое система генерирует;
 - ограниченные системные проверки правильности и последовательности в отсутствие эффективного механизма апелляций;
 - характер процесса назначения третейских судей, оказывающий влияние на результаты судебного разбирательства;
 - значительные затраты; и
 - недостаточная прозрачность.
37. Перечисленные вопросы, вызывающие обеспокоенность, носят системный характер. Иными словами, они являются результатом взаимодействия многочисленных элементов

существующей системы, но главным образом – ситуативного характера арбитражных судов и отсутствия возможности пересмотра дел в апелляционном порядке. Как показано выше, для современного инвестиционного режима в значительной степени характерны повторяющиеся споры, относительная неопределенность и вертикальный характер отношений в контексте ситуаций, находящихся в области международного публичного права и публичного права. Сравнение свидетельствует о том, что международное сообщество и отдельные государства обычно отдают предпочтение созданию или развитию постоянно действующих органов для рассмотрения споров в контексте подобных режимов.

* * *