



Генеральная Ассамблея

Distr.: Limited
28 August 2018
Russian
Original: English

**Комиссия Организации Объединенных Наций
по праву международной торговли**
Рабочая группа III (Реформирование системы
урегулирования споров между инвесторами
и государствами)
Тридцать шестая сессия
Вена, 29 октября — 2 ноября 2018 года

Возможная работа по реформированию системы урегулирования споров между инвесторами и государствами (УСИГ): последовательность и смежные вопросы

Записка Секретариата

Содержание

	<i>Стр.</i>
I. Введение	2
II. Последовательность, слаженность, предсказуемость и правильность арбитражных решений, принимаемых судами по УСИГ	2
A. Оценка выявленных проблем	2
1. Выявленные проблемы	2
2. Распространенность и последствия необоснованной непоследовательности	3
B. Существующие механизмы	13
C. Целесообразность проведения реформы	15
1. Общие замечания	15
2. Возможные реформы на многосторонней основе	17



I. Введение

1. На своей тридцать пятой сессии Рабочая группа высказала предложение о том, чтобы Секретариат i) подготовил перечень проблем, связанных с урегулированием споров между инвесторами и государствами (УСИГ) и затронутых в ходе ее тридцать четвертой и тридцать пятой сессий, ii) определил возможные основы для будущих обсуждений и iii) рассмотрел вопрос о том, какую дополнительную информацию можно представить государствам в отношении охвата некоторых проблем (A/CN.9/935, пункты 99 и 100).
2. В документе A/CN.9/WG.III/WP.149 пункты (i) и (ii) затрагиваются на уровне общего обзора. В настоящей записке рассматривается тема последовательности, слаженности, предсказуемости и правильности арбитражных решений, принимаемых судами по УСИГ, а также представлена дополнительная информация по этой теме.
3. Как и в случае с другими документами, представленными Рабочей группе, настоящая записка была подготовлена на основании целого ряда опубликованных источников информации по этой теме¹ и не преследует цель выразить мнение относительно целесообразности реформирования этого режима, что является предметом рассмотрения Рабочей группы.

II. Последовательность, слаженность, предсказуемость и правильность арбитражных решений, принимаемых судами по УСИГ

A. Оценка выявленных проблем

1. Выявленные проблемы

4. В настоящей записке рассматриваются проблемы, поднятые на тридцать четвертой и тридцать пятой сессиях Рабочей группы и касающиеся последовательности, слаженности, предсказуемости и правильности решений, принимаемых третейскими судами в рамках дел по УСИГ (A/CN.9/930/Add.1/Rev.1, пункты 9–35; и A/CN.9/935, пункты 20–44).
5. На тридцать четвертой сессии Рабочей группы было указано, что жалобы на непоследовательность и разлаженность системы УСИГ стали одной из причин, по которым Комиссия решила заняться темой ее возможного реформирования, признав тем самым важность обеспечения слаженности и последовательности режима УСИГ. Было отмечено, что последовательность и слаженность этого режима способствуют укреплению законности, обеспечивают уверенность в стабильности инвестиционного климата и придают легитимность системе УСИГ. Отмечалось также, что непоследовательность и разлаженность, с другой стороны, могут негативно отразиться на надежности, эффективности и предсказуемости функционирования режима УСИГ и подорвать доверие к нему (A/CN.9/930/Add.1/Rev.1, пункт 11).

¹ Настоящая записка была подготовлена на основании целого ряда опубликованных источников информации по этой теме (см. библиографические ссылки, опубликованные Научным форумом, которые можно найти в разделе «Дополнительные ресурсы» на сайте http://www.uncitral.org/uncitral/en/publications/online_resources_ISDS.html). При подготовке настоящей записки, и в частности раздела А.2, были использованы материалы, которые предоставила Группа специалистов-практиков (дополнительную информацию об этой группе см. на сайте: http://www.uncitral.org/pdf/english/workinggroups/wg_3/Practitioner_Group_Statement_of_Purpose.pdf), Женевский центр по урегулированию международных споров (ЦУМС), а также следующие эксперты: Хосе Х. Кайседо, Дэмиен Шарлотин, Мелида Ходжсон, Лиз Джонсон (КЦУР), Йозеф Острански (ЦУМС), Микеле Потеста (ЦУМС), Джереми Шарп и Дерек Смит.

6. Можно отметить, что различия между решениями третейских судов или арбитражными решениями могут обуславливаться разными факторами. Например, разногласия могут возникнуть в связи с тем, что основополагающие правила толкования договоров (кодифицированные в статьях 31–33 Венской конвенции о праве международных договоров) предусматривают рассмотрение лицом или органом, принимающим решение, не просто тех или иных формулировок договора при его толковании. Кроме того, различия в аргументации и достигнутых результатах могут неизбежно вытекать из различий в том, как и насколько подробно были изложены соответствующие доказательства и обоснованы соответствующие позиции.

7. Для разграничения этих проблем проводилось различие между различными решениями, которые были обоснованы (и отражали, например, правила толкования договоров или различные факты и доказательства, представленные в суде), и различными толкованиями, которые не могут быть обоснованы (например, противоречивые толкования одного и того же материально-правового стандартного положения в одном и том же договоре или одного и того же процессуального вопроса). Рабочая группа решила сосредоточить свои обсуждения на последней категории (необоснованная непоследовательность) и рассмотреть вопрос о ее распространенности и воздействии (A/CN.9/935, пункт 25).

8. В ходе обсуждения в Рабочей группе было достигнуто согласие по поводу того, что стремление обеспечить последовательность не должно наносить ущерб правильности решений и что главной целью должны быть предсказуемость и правильность, а не единообразие (A/CN.9/935, пункт 26)². Действительно, Рабочая группа сочла, что последовательность и слаженность не являются самоцелью и что, пытаясь добиться единообразного толкования положений разнообразных международных инвестиционных договоров, необходимо проявлять предельную осторожность, поскольку сам режим международных инвестиционных договоров является неоднородным (A/CN.9/930/Add.1/Rev.1, пункты 11, 17 и 18).

2. Распространенность и последствия необоснованной непоследовательности

9. В ходе тридцать четвертой сессии Рабочей группы некоторые государства сообщили об опыте, связанном с инвестиционными договорами, похожие положения которых по-разному толкуются разными судами даже в случае открытия параллельных производств, касающихся одних и тех же фактов, сторон, договорных положений и применимого арбитражного регламента (A/CN.9/930/Add.1/Rev.1, пункт 14)³. Говорилось также, что специально создаваемые третейские суды не всегда последовательно придерживаются международных правил толкования международных договоров и норм международного обычного права (A/CN.9/930/Add.1/Rev.1, пункт 13). На своей тридцать пятой сессии Рабочая группа высказала мнение, что в большей степени проблемой можно считать непоследовательность и, как следствие, отсутствие предсказуемости, когда одно и то же стандартное положение инвестиционного договора или одна и та же норма обычного международного права толкуется по-разному в отсутствие обоснованных оснований для проведения такого различия (A/CN.9/935, пункт 21).

² См. также исследование ОЭСР на сайте <http://www.oecd.org/investment/internationalinvestmentagreements/50291642.pdf>, p. 61.

³ См. также UNCTAD, PA Issues Note No.2, *Reform of investor-state dispute settlement* (арбитражные решения, которые были преданы гласности, «выявили неоднократные случаи непоследовательных выводов ... [включая] расходящиеся юридические толкования идентичных или аналогичных положений договоров, а также различия в оценке существа дел, связанных с одними и теми же фактами. Иногда различающиеся результаты могут быть объяснены различиями в формулировке конкретного МИС, применимого в данном конкретном случае, однако нередко они представляют собой различия во взглядах отдельных арбитров».)

10. Рабочая группа, возможно, пожелает рассмотреть i) основные сценарии, при которых на практике наблюдается непоследовательность в процессе принятия решений, и ii) примеры из различных областей права, когда проявляются последствия принятия непоследовательных решений.

а) Различные сценарии

11. *Во-первых*, различные суды приходили к разным выводам в отношении одного и того же стандартного положения одного и того же инвестиционного договора или в отношении одного и того же процессуального вопроса, в том числе в тех случаях, когда факты были схожими или имели различия, которые считались недостаточными для обоснования иного результата. Часто приводимые примеры включают решения третейских судов в рамках Североамериканского соглашения о свободной торговле (НАФТА)⁴, а также решения, вынесенные в рамках арбитражных разбирательств, с толкованием, например, существенных аспектов оговорки о залоге⁵. Точно так же третейские суды давали различное толкование некоторых понятий, содержащихся в Конвенции МЦУИС (см. пункты 17 и 25 ниже).

12. *Во-вторых*, третейские суды, созданные в рамках различных инвестиционных договоров, приходили к разным выводам в отношении споров, связанных с одной и той же мерой, близкими сторонами и аналогичными договорными стандартными положениями и/или применимыми правовыми нормами. В качестве самых ярких примеров в сфере инвестиционного арбитража можно привести часто упоминаемые дела *Lauder v. Czech Republic* на основе двустороннего инвестиционного договора (ДИД) между США и Чешской Республикой и *CME Republic BV v. Czech Republic* на основе ДИД между Нидерландами и Чешской Республикой. Эти два разбирательства касались: одной и той же меры и ущерба; частично одного и того же истца в экономическом плане (г-н Лаудер, который предъявил иск от своего имени в одном разбирательстве и в качестве акционера СМЕ в другом), но разных юридических лиц (СМЕ и г-н Лаудер) с разной национальной принадлежностью (голландская и американская); и двух отдельных инвестиционных договоров. В итоге два арбитражных разбирательства привели к противоположным результатам (квази) отклонение исков в одном случае и присуждение ущерба в другом)⁶.

13. *В-третьих*, третейские суды, созданные в рамках различных инвестиционных договоров или одного и того же инвестиционного договора, рассматривают споры, связанные не с находящимися в тесных отношениях сторонами, но с

⁴ *S.D. Myers, Inc. v. Government of Canada*, ЮНСИТРАЛ, частичное арбитражное решение, 13 ноября 2000 года; *Pope & Talbot Inc. v. The Government of Canada*, ЮНСИТРАЛ, арбитражное решение по существу дела на этапе 2, 10 апреля 2001 года.

⁵ *CMS Gas Transmission Company v. The Republic of Argentina*, дело № ARB/01/8 МЦУИС, арбитражное решение, 12 мая 2005 года; *Enron Corporation Ponderosa Assets, L.P. v. The Republic of Argentina*, дело № ARB/01/3 МЦУИС, арбитражное решение, 22 мая 2007 года; *LG&E Energy Corp., L&E Capital Corp., LG&E International Inc. v. The Republic of Argentina*, дело № ARB/02/1 МЦУИС, решение относительно ответственности, 3 октября 2006 года; *Continental Casualty Company v. The Republic of Argentina*, дело № ARB/03/9 МЦУИС, арбитражное решение, 5 сентября 2008 года.

⁶ *CME and Lauder (CME Czech Republic B.V. v. Czech Republic*, Специальный арбитражный регламент ЮНСИТРАЛ, частичное арбитражное решение от 13 сентября 2001 года, окончательное арбитражное решение от 14 марта 2003 года и *Lauder v. Czech Republic*, Специальный арбитражный регламент ЮНСИТРАЛ, окончательное арбитражное решение, 3 сентября 2001 года), а также дела *SGS*, связанные с толкованием так называемых универсальных защитных оговорок, позволяющих относить нарушения инвестиционного соглашения к нарушениям самого инвестиционного договора (*SGS Societe Generale de Surveillance S.A. v. Islamic Republic of Pakistan*, дело № ARB/01/13 МЦУИС, решение суда относительно возражений по поводу юрисдикции, 6 августа 2003 года и *SGS Societe Generale de Surveillance S.A. v. Republic of the Philippines*, дело № ARB/02/6 МЦУИС, решение суда относительно возражений по поводу юрисдикции, 29 января 2004 года; *SGS Société Générale de Surveillance S.A. v. Republic of Paraguay*, дело № ARB/07/29 МЦУИС, арбитражное решение, 10 февраля 2012 года).

аналогичными фактами, и дают противоположные толкования применимых правовых норм. Такая ситуация обычно возникает, когда меры, принимаемые одним государством, оказывают влияние на ряд не связанных между собой инвесторов⁷. Государства часто проводят политику в отношении иностранных инвестиций в целом в рамках своих усилий по привлечению инвестиций в данные сектора, способствуя тем самым увеличению количества сделок с широким кругом 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. Например, изменение государственной политики (или политики государственной структуры) может повлиять на целый ряд капиталовложений, сделанных 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.

b) Соответствующие области права

14. Делегации привели Рабочей группе на ее тридцать четвертой сессии примеры непоследовательных решений. Примеры касались определения «инвестиций» и вопроса о том, должны ли инвестиции осуществляться «на территории» или же «в интересах» принимающей страны; применения клаузулы о наиболее благоприятствуемой нации (НБН) к урегулированию споров; понятия косвенной экспроприации; толкования сферы охвата и действия универсальной защитной оговорки; определения и применения принципов обычного международного права; процессуальных решений по вопросам предоставления обеспечения в ходе производства по ходатайству об отмене решения; порядка рассмотрения арбитражных решений на предмет приведения их в исполнение; способности государств и инвесторов отступить по соглашению от положений УСИГ (см. [A/CN.9/935](#), пункты 31 и 32); ситуаций, когда возбуждаются параллельные производства или несколько производств (см. также [A/CN.9/915](#), пункты 5 и 6); общих норм международного обычного права, касающихся настоятельной/крайней необходимости, вменения ответственности и правовых принципов возмещения убытков ([A/CN.9/930/Add.1/Rev.1](#), пункт 30).

15. Рабочая группа, возможно, пожелает рассмотреть приводимый ниже ориентировочный перечень примеров различного толкования основных стандартных положений; различного толкования юрисдикции и приемлемости; и процессуальной непоследовательности. Рабочая группа, возможно, пожелает отметить, что основное внимание в этом примерном перечне уделено недавним или относительно недавним делам (рассматривавшимся в последние 15 лет), с тем чтобы отразить развивающиеся тенденции.

16. Ниже приводятся примеры материально-правовых средств защиты, которые получали различное толкование:

- i) справедливый и беспристрастный подход (СБП): даже если комментаторы отмечали развитие со временем тех или иных тенденций⁸,

⁷ См. [A/CN.9/881](#), пункты 8 и 20(ii). См., например, *Charanne and Construction Investments v. Kingdom of Spain*, дело № V 062/2012 СТП; *Eiser Infrastructure Limited and Energía Solar Luxembourg S.à r.l. v. Kingdom of Spain*, дело № ARB/13/36 МЦУИС; *Isolux Netherlands, BV v. Kingdom of Spain*, дело № V2013/153 СТП; *Portigon AG v. Kingdom of Spain*, дело № ARB/17/15 МЦУИС; *RREEF Infrastructure (G.P.) Limited and RREEF Pan-European Infrastructure Two Lux S.à r.l. v. Kingdom of Spain*, дело № ARB/13/30 МЦУИС.

⁸ Например, комментаторы отмечали, что суды, похоже, все чаще: особо отмечают необходимость создания стабильной правовой и предпринимательской базы в принимающем государстве; отказываются от требования, касающегося недобросовестности со стороны принимающего государства; и учитывают законные ожидания иностранного инвестора. См., например, Martins Paparinskis, *The International Minimum Standard and Fair and Equitable Treatment* (Oxford University Press, 2013);

сохраняется непоследовательность в определении содержания и уровня обязательств согласно положению о СБП⁹. Различное толкование может быть отмечено в отношении следующих вопросов:

- охватывает ли понятие отказа в правосудии отказ в правосудии по соображениям материально-правового, а не только процессуального характера¹⁰, и стандарт для установления факта отказа в правосудии в контексте защиты СБП¹¹;
- может ли нарушение законных ожиданий инвестора само по себе являться нарушением стандартного требования СБП, и если да, то должны ли эти ожидания основываться на конкретных обязательствах со стороны принимающего государства или же могут вытекать из общего законодательства¹²;

Jonathan Bonnitcha, *Substantive Protection under Investment Treaties* (Cambridge University Press, 2014), Chapter 4.

⁹ См., например, решения, в которых СБП толкуется достаточно широко: *Metalclad Corporation v. The United Mexican States*, дело № ARB(AF)/97/1 МЦУИС, арбитражное решение, 30 августа 2000 года; *Técnicas Medioambientales Tecmed, S.A. v. The United Mexican States*, дело № ARB (AF)/00/2 МЦУИС, арбитражное решение, 29 мая 2003 года; *William Ralph Clayton, William Richard Clayton, Douglas Clayton, Daniel Clayton and Bilcon of Delaware Inc. v. Government of Canada*, ЮНСИТРАЛ, дело № 2009-04 ППТС, арбитражное решение относительно юрисдикции и ответственности, 17 марта 2015 года; и наоборот, решения, в которых СБП толкуется более ограничительно, например, *Waste Management Inc. v. United Mexican States («Number 2»)*, дело № ARB(AF)/00/3 МЦУИС, арбитражное решение, 30 апреля 2004 года; *Saluka Investments B.V. v. Czech Republic*, ЮНСИТРАЛ, частичное арбитражное решение, 17 марта 2006 года; *Invesmart v. Czech Republic*, ЮНСИТРАЛ, арбитражное решение, 26 июня 2009 года.

¹⁰ См., например, *Jan de Nul N.V. and Dredging International N.V. v. Arab Republic of Egypt*, дело № ARB/04/13 МЦУИС, арбитражное решение, 6 ноября 2008 года (пункты 207–261, в которых суд рассмотрел оба утверждения об отказе в правосудии по соображениям материально-правового и процессуального характера, но не счит их обоснованными); См. также *Jan Oostergetel and Theodora Laurentius v. The Slovak Republic*, ЮНСИТРАЛ, окончательное арбитражное решение, 23 апреля 2012 года (пункты 276–99); *Corona Materials LLC v. Dominican Republic*, дело № ARB(AF)/14/3 МЦУИС, арбитражное решение, 31 мая 2016 года (пункты 239–270, где рассматривается только вопрос отказа в правосудии по соображениям процессуального характера); см. также *Fouad Alghanim & Sons Co. for General Trading & Contracting, W.L.L. and Fouad Mohammed Thunyan Alghanim v. Hashemite Kingdom of Jordan*, дело № ARB/13/38 МЦУИС (пункты 427 и далее, касающиеся рассмотрения вопроса об отказе в правосудии по соображениям процессуального характера).

¹¹ В отношении предположения, что в международном обычном праве отказ в правосудии и СБП неразрывно связаны и превратились в современную версию отказа в правосудии, см., например, дело *ОАО Tatneft v. Ukraine*, ЮНСИТРАЛ, 29 июля 2014 года, арбитражное решение по существу дела; в отношении предположения, что СБП является ссылкой на принятую в международном обычном праве концепцию отказа в правосудии, см., например, дело *Iberdrola Energía S.A. v. Republic of Guatemala*, дело № ARB/09/5 МЦУИС, арбитражное решение, 17 августа 2012 года.

¹² В отношении дел, в которых отрицалось возможное существование защищенных ожиданий, вытекающих из законодательства, см., например, *Charanne and Construction Investments v. Kingdom of Spain*, дело № V 062/2012 СТП, арбитражное решение, 21 января 2016 года; *Philip Morris Brands Sárl, Philip Morris Products S.A. and Abal Hermanos S.A. v. Oriental Republic of Uruguay*, дело № ARB/10/7 МЦУИС, арбитражное решение, 8 июля 2016 года; *Ulysseas, Inc. v. The Republic of Ecuador*, ЮНСИТРАЛ, окончательное арбитражное решение, 12 июня 2012 года; *Convia Callao S.A. and CCI — Compañía de Concesiones de Infraestructura S.A. v. Republic of Peru*, дело № ARB/10/2 МЦУИС, окончательное арбитражное решение, 21 мая 2013 года; и наоборот, в отношении решений, подразумевающих или явно допускающих такую возможность, см., например, *CMS Gas Transmission Company v. The Republic of Argentina*, дело № ARB/01/8 МЦУИС, арбитражное решение, 12 мая 2005 года; *Electrabel S.A. v. Republic of Hungary*, дело № ARB/07/19 МЦУИС, решение относительно юрисдикции, применимого права и ответственности, 30 ноября 2012 года; *Total S.A. v. The Republic of Argentina*, дело № ARB/04/01 МЦУИС, решение относительно ответственности, 27 декабря 2010 года.

- подразумевается ли в инвестиционных договорах, предусматривающих СБП «в соответствии с международным правом» (или аналогичная формулировка), минимальный стандартный подход согласно международному праву или другой «самостоятельный» стандарт (в отличие от инвестиционных договоров, в которых просто упоминается «СБП»)¹³.

ii) Универсальные защитные оговорки. В одних решениях было принято ограничительное или чем-то обусловленное толкование универсальных защитных оговорок¹⁴, в то время как в других давалось широкое и ничем не обусловленное толкование независимо от формулировки самой оговорки¹⁵.

iii) Положения о существенных интересах безопасности/концепция необходимости: общепризнано, что концепция необходимости в международном обычном праве закреплена в статье 25 проектов статей об ответственности государств за международно-противоправные деяния («проекты статей») Комиссии международного права¹⁶. Концепция необходимости широко обсуждалась в рамках дел либо как основное средство защиты, либо — при наличии закрепленного в договоре положения о «существенных интересах безопасности» — как альтернативное средство¹⁷. В ряде арбитражных решений, вынесенных по линии МЦУИС, непоследовательность при обсуждении концепции необходимости проявляется между действиями третейских судов и действиями специальных комитетов, на которые возложена ответственность за рассмотрение ходатайств об отмене арбитражных решений¹⁸.

¹³ См., например, *S. D. Myers, Inc. v. Government of Canada*, ЮНСИТРАЛ, частичное арбитражное решение, 13 ноября 2000 года (см. пункты 262–263: «Фразы ... справедливый и беспристрастный подход... и ... полная защита и безопасность ... не могут рассматриваться изолированно. Их следует воспринимать вместе с вводной фразой ... подход в соответствии с международным правом. [...] Суд считает, что нарушение статьи 1105 имеет место только в том случае, когда продемонстрировано, что инвестор стал объектом такого несправедливого или субъективного отношения, что оно достигло того уровня, когда становится неприемлемым с международной точки зрения»); *Pope & Talbot Inc. v. The Government of Canada*, ЮНСИТРАЛ, арбитражное решение по существу дела на этапе 2, 10 апреля 2001 года (см. пункт 111: «Суд толкует эту формулировку как прямое принятие аддитивного характера элементов справедливости. Инвесторы имеют право на эти элементы независимо от их других прав по международному праву. Логичным следствием этой формулировки является то, что соблюдение элементов справедливости должно устанавливаться свободно без каких-либо пороговых ограничений, которые могут применяться к оценке мер в соответствии с минимальными стандартами международного права»).

¹⁴ *SGS Societe Generale de Surveillance S.A. v. Islamic Republic of Pakistan*, дело № ARB/01/13 МЦУИС, решение суда относительно возражений по поводу юрисдикции, 6 августа 2003 года; *SGS Societe Generale de Surveillance S.A. v. Republic of the Philippines*, дело № ARB/02/6 МЦУИС (2004 год); *Bureau Veritas, Inspection, Valuation, Assessment and Control, BIVAC B.V. v. The Republic of Paraguay*, дело № ARB/07/9 МЦУИС, решение суда относительно возражений по поводу юрисдикции, 29 мая 2009 года.

¹⁵ *Société Générale de Surveillance S.A. v. The Republic of Paraguay*, дело № ARB/07/29 МЦУИС, арбитражное решение, 10 февраля 2012 года; *EDF International S.A., SAUR International S.A. and León Participaciones Argentinas S.A. v. The Republic of Argentina*, дело № ARB/03/23 МЦУИС, арбитражное решение, 11 июня 2012 года.

¹⁶ Проекты статей об ответственности государств за международно-противоправные деяния, с комментариями. Ежегодник Комиссии международного права, 2001 год, том II, часть вторая, размещены также на сайте http://untreaty.un.org/ilc/texts/instruments/english/commentaries/9_6_2001.pdf.

¹⁷ См., например, *BG Group Plc. v. The Republic of Argentina*, ЮНСИТРАЛ, арбитражное решение, 24 декабря 2007 года, пункты 387–388; *CMS*, пункт 318 и далее; *Total S.A. v. The Republic of Argentina*, дело № ARB/04/1 МЦУИС/ARB/04/1, решение относительно ответственности, 27 декабря 2010 года, пункт 219.

¹⁸ *Sempra Energy International v. The Republic of Argentina*, дело № ARB/02/16 МЦУИС, решение по ходатайству Аргентинской Республики об отмене арбитражного решения, 29 июня 2010 года, пункты 186–207; *Enron Corporation and Ponderosa Assets, L.P. v. Argentine Republic*, дело № ARB/01/3 МЦУИС (известное также как дело *Enron Creditors Recovery Corp. and Ponderosa Assets, L.P. v. The Republic of Argentina*), решение по

iv) Благоприятные инвестиционные условия: третейские суды давали последовательное толкование обязательств, взятых государствами во многих инвестиционных договорах в целях создания «благоприятных инвестиционных условий»¹⁹.

17. Ниже приводятся примеры различных толкований, касающихся юрисдикции и приемлемости:

i) В делах, рассматривавшихся в МЦУИС, третейские суды давали самые различные толкования внешних пределов конкретной юрисдикции согласно статье 25(1) Конвенции МЦУИС. В качестве примеров можно привести различные толкования по следующим вопросам:

- является ли вклад в экономическое развитие принимающего государства критерием для определения инвестиций²⁰;
- долгосрочный договор гарантированной закупки по фиксированным ценам представляет собой инвестиции согласно инвестиционному договору и Конвенции МЦУИС²¹;
- на портфельные инвестиции распространяется защита²²; и

ходатайству Аргентинской Республики об отмене решения, 30 июля 2010 года, пункт 406 и далее; *CMS Gas Transmission Company v. The Republic of Argentina*, дело № ARB/01/8 МЦУИС, решение специального комитета по ходатайству Аргентинской Республики об отмене решения, 25 сентября 2007 года, пункт 150. Ходатайство об отмене решения в CMS было отклонено несмотря на тот факт, что Специальный комитет не согласился с аналитическим подходом, которого придерживался суд CMS, хотя впоследствии специальные комитеты по обоим делам *Enron* и *Sempra* отменили выводы третейских судов, частично базировавшиеся на логических обоснованиях, представленных при рассмотрении вопроса об отмене решения CMS в связи с аргументом Аргентины о необходимости защиты.

¹⁹ В то время как одни суды считали это обязательством «поощрять и развивать благоприятные условия для инвесторов», а не «отдельным позитивным обязательством, порождающим материальные права», дело *White Industries Australia Limited v. India*, ЮНСИТРАЛ, окончательное арбитражное решение, 30 ноября 2011 года, пункт 9.2.12, другие признавали материально-правовое обязательство поощрять благоприятные условия для инвесторов, как это имело место, например, в деле *National Grid v. The Republic of Argentina*, ЮНСИТРАЛ, арбитражное решение, 3 ноября 2008 года, пункт 170.

²⁰ В отношении решений, в которых было принято требование касательно вклада в экономическое развитие, см., например, *Salini Costruttori S.p.A. and Italstrade S.p.A. v. Kingdom of Morocco*, дело № ARB/00/4 МЦУИС, решение относительно юрисдикции, 31 июля 2001 года; *Malaysian Historical Salvors, SDN, BHD v. The Government of Malaysia*, дело № ARB/05/10 МЦУИС, арбитражное решение относительно юрисдикции, 17 мая 2007 года; в отношении решений, в которых вклад в экономическое развитие не признается в качестве юрисдикционного требования, см., например, *Deutsche Bank AG v. Democratic Socialist Republic of Sri Lanka*, дело № ARB/09/2 МЦУИС, арбитражное решение, 31 октября 2012 года; *Saba Fakes v. Republic of Turkey*, дело № ARB/07/20 МЦУИС, арбитражное решение, 14 июля 2010 года; *Société Générale de Surveillance S.A. v. The Republic of Paraguay*, дело № ARB/07/29 МЦУИС, решение относительно юрисдикции, 12 февраля 2010 года.

²¹ В отношении дел, в которых долгосрочный договор гарантированной закупки по фиксированным ценам не признается в качестве инвестиций, см., например, *Tenaris S.A. and Talta — Trading e Marketing Sociedade Unipessoal Lda. v. Bolivarian Republic of Venezuela*, дело № ARB/11/26 МЦУИС, арбитражное решение, 29 января 2016 года; в отношении дел, в которых такие договоры признаются в качестве инвестиций, являющихся частью более крупной экономической сделки, см., например, *Koch Minerals Sàrl and Koch Nitrogen International Sàrl v. Bolivarian Republic of Venezuela*, дело № ARB/11/19 МЦУИС, арбитражное решение, 30 октября 2017 года.

²² В отношении решений, в которых признается, что на портфельные инвестиции распространяется защита, см., например, *Fedax N.V. v. The Republic of Venezuela*, дело № ARB/96/3 МЦУИС, решение суда относительно возражений по поводу юрисдикции, 11 июля 1997 года; *Abaclat and Others v. The Republic of Argentina*, дело № ARB/07/5 МЦУИС (бывшее дело *Giovanna Beccara and others v. The Argentine Republic*), решение относительно юрисдикции и приемлемости, 4 августа 2011 года; *Ambiente Ufficio S.p.A. and others v. The Republic of Argentina*, дело № ARB/08/9 МЦУИС

- понятие штаб-квартиры компании должно толковаться в соответствии с внутренним законодательством или как самостоятельный термин согласно действующему инвестиционному договору или путем ссылки на международное обычное право и может ли самостоятельное определение означать реальное место нахождения или место регистрации²³.

ii) Различное толкование получали вопросы воздействия денонсации Конвенции МЦУИС на юрисдикцию третейских судов²⁴.

iii) Отмечались различные подходы к вопросу о том, должен ли эффективный контроль истца над соответствующим субъектом быть просто юридическим или же и фактическим тоже²⁵.

(бывшее дело *Giordano Alpi and others v. Argentine Republic*), решение относительно юрисдикции и приемлемости, 8 февраля 2013 года; *Giovanni Alemanni and Others v. The Republic of Argentina*, дело № ARB/07/8 МЦУИС, решение относительно юрисдикции и приемлемости, 17 ноября 2014 года; в отношении решений, в которых был принят иной подход, см., например, *Poštová banka, a.s. and ISTROKAPITAL SE v. Hellenic Republic*, дело № ARB/13/8 МЦУИС, арбитражное решение, 9 апреля 2015 года.

²³ В отношении решений, в которых термин «*siège social*» толкуется в соответствии с применимым ДИД как «место реального управления», см., например, *Tenaris S.A. and Talta — Trading e Marketing Sociedade Unipessoal Lda. v. Bolivarian Republic of Venezuela*, дело № ARB/11/26 МЦУИС, арбитражное решение, 29 января 2016 года, и *Tenaris S.A. and Talta — Trading e Marketing Sociedade Unipessoal Lda. v. Bolivarian Republic of Venezuela*, дело № ARB/12/23 МЦУИС, арбитражное решение, 12 декабря 2016 года; в отношении решений, в которых термин «*siège social*» толкуется в соответствии с применимым ДИД как «зарегистрированный офис», см., например, *Orascom TMT Investments S.à r.l. v. People's Democratic Republic of Algeria*, дело № ARB/12/35 МЦУИС, окончательное арбитражное решение, 31 мая 2017 года. См. также *Central European Aluminium Company (CEAC) v. Montenegro*, дело № ARB/14/8 МЦУИС, арбитражное решение, 26 июля 2016 года.

²⁴ В отношении решений, в которых была признана юрисдикция при подаче дел для арбитражного разбирательства после денонсации в течение шестимесячного срока, упомянутого в статье 71, см., например, *Venoklim Holding B.V. v. Bolivarian Republic of Venezuela*, дело № ARB/12/22 МЦУИС, арбитражное решение, 3 апреля 2015 года; *Saint-Gobain Performance Plastics Europe v. Bolivarian Republic of Venezuela*, дело № ARB/12/13 МЦУИС, решение относительно ответственности и принципов квантум, 30 декабря 2016 года; *Tenaris S.A. and Talta — Trading e Marketing Sociedade Unipessoal Lda. v. Bolivarian Republic of Venezuela*, дело № ARB/12/23 МЦУИС, арбитражное решение, 12 декабря 2016 года; *Blue Bank International & Trust (Barbados) Ltd. v. Bolivarian Republic of Venezuela*, дело № ARB 12/20 МЦУИС, арбитражное решение, 26 апреля 2017 года; *Transban Investments Corp. v. Bolivarian Republic of Venezuela*, дело № ARB/12/24 МЦУИС, арбитражное решение, 22 ноября 2017 года; в отношении решений, в которых не была признана юрисдикция при подаче дел для арбитражного разбирательства в течение шестимесячного срока, см., например, *Fábrica de Vidrios Los Andes, C.A. and Owens-Illinois de Venezuela, C.A. v. Bolivarian Republic of Venezuela*, дело № ARB/12/21 МЦУИС, арбитражное решение, 13 ноября 2017 года.

²⁵ См. *Banjo American Resource, Ince. & Société Aurisère du Kivu et du Maniema S.A.R.L. v. Democratic Republic of the Congo*, дело № ARB/98/7 МЦУИС, арбитражное решение, 1 сентября 2000 года, в котором суд постановил, что перевода инвестиций из одной структуры в другую будет недостаточно для того, чтобы последняя могла инициировать арбитражное разбирательство в рамках МЦУИС, ввиду необходимости получения согласия сторон (пункты 3–5); *Carabe International Oli Comptant LLP and Houari v. république of Kazakhstan*, дело № ARB/13/13 МЦУИС, арбитражное решение, 27 сентября 2017 года («Не может быть никакого спора по поводу того, что в формулировке статьи 25(2)(b) Конвенции МЦУИС не уточняется требуемая форма и масштабы иностранного контроля и, более конкретно, не предусматривается прямо наличие фактического, действительного контроля, а не юридического контроля», пункты 611–615); *BG Group PLC v. The Republic of Argentina*, ЮНСИТРАЛ, окончательное арбитражное решение, 24 декабря 2007 года (см., в частности, пункт 113, где суд проверил как юридические (участие в дочерних компаниях), так и фактические аспекты (свидетельские показания, представленные для подтверждения участия)); *Daimler Financial Services AG v. The République of Argentina*, дело № ARB/05/1 МЦУИС, арбитражное решение, 22 августа 2012 года (см. пункт 83: «Из подпункта (b) этого определения становится ясно, что 99 процентов акций истца в DCS Аргентина действительно представляют собой защищенные инвестиции согласно Договору.»); *TSA Spectrum de Argentina, S.A. v. The*

iv) Может ли арбитражное решение квалифицироваться как инвестиция²⁶.

v) Подача связанными между собой сторонами нескольких исков о возмещении убытков: на практике здесь можно выделить три различных подхода. Согласно первому подходу, иски приемлемы, однако суд не должен допускать двойного возмещения (т.е. поиск решения на уровне определения ущерба)²⁷. Согласно второму подходу, суд считает, что сразу после установления юрисдикции истец должен решить, в рамках какого производства он намерен добиваться удовлетворения дублирующих друг друга частей своих исков. Несоблюдение этого требования может привести к совершению третейским судом ошибок, когда он будет делать заключения на последующих этапах разбирательства (т.е. поиск решения на уровне рассмотрения существа дела)²⁸. В соответствии с третьим подходом, суд заявил, что «в тех случаях, когда несколько договоров предоставляют субъектам, расположенным в вертикальной иерархической цепочке, схожие процессуальные права на доступ к арбитражному разбирательству и сопоставимые материально-правовые гарантии, инициирование нескольких производств для возмещения по сути одного и того же экономического ущерба повлечет за собой осуществление прав для целей, которые не имеют ничего общего с целями, ради которых были установлены эти права» (т.е. поиск решения на уровне определения приемлемости)²⁹.

Republican of Argentina, дело № ARB/05/5 МЦУИС, арбитражное решение, 19 декабря 2008 года (см. пункты 134–162, где суд постановил, что «необходимо снять корпоративную завесу и установить, находилась ли национальная компания объективно под иностранным контролем или нет.»); *Biwa ter Gaffe (Tanzanisai) Limited v. United République of Tanzania*, дело № ARB/05/22 МЦУИС, арбитражное решение, 24 июля 2008 года (см. пункт 316: «Суд считает, что более гибкий и прагматичный подход к значению термина «инвестиции» вполне уместен»); *Consortium Groupement LESI—DIPENTA v. People's Democratic Republic of Algeria*, дело № ARB/03/8 МЦУИС, арбитражное решение, 10 января 2005 года (см. пункты 37–41, в которых суд высказал твердое юридически обоснованное мнение о том, что истец (консорциум) не может требовать проведения арбитражного разбирательства вместо дочерней компании, которая подписала инвестиционный договор); *SGS Société Générale de Surveillance S.A. v. Islamic Republic of Pakistan*, дело № ARB/01/13 МЦУИС, решение относительно возражений по поводу юрисдикции, 6 августа 2003 года (см. пункты 136–137: суд рассмотрел фактические детали дела, в частности перевод денег для создания и организации работы отделений для связи в Пакистане, для того чтобы определить понятие инвестиций через местную дочернюю компанию).

²⁶ В отношении дел, в которых арбитражные решения не признаны в качестве инвестиций, см., например, *Romak S.A. (Switzerland) v. The Republic of Uzbekistan*, ЮНСИТРАЛ, дело № AA280 ППТС, арбитражное решение, 26 ноября 2009 года; *GEA Group Aktiengesellschaft v. Ukraine*, дело № ARB/08/16 МЦУИС, арбитражное решение, 31 марта 2011 года; в отношении дел, в которых арбитражные решения признаны в качестве инвестиций, хотя и по разным причинам, см., например, *Saipet SpA v. People's Republic of Bangladesh*, дело № ARB/05/07 МЦУИС, арбитражное решение, 30 июня 2009 года; *ATA Construction, Industrial and Trading Company v. Hashemite Kingdom of Jordan*, дело № ARB/08/2 МЦУИС, арбитражное решение, 18 мая 2010 года; *White Industries Australia Limited v. India*, ЮНСИТРАЛ, окончательное арбитражное решение, 30 ноября 2011 года.

²⁷ См. *SME Czech Republic B.V. v. Czech Republic*, Специальный арбитражный регламент ЮНСИТРАЛ, частичное арбитражное решение, 13 сентября 2001 года, окончательное арбитражное решение, 14 марта 2003 года, и *Lauder v. Czech Republic*, Специальный арбитражный регламент ЮНСИТРАЛ, окончательное арбитражное решение, 3 сентября 2001 года, а также *SGS Societe Generale de Surveillance S.A. v. Islamic Republic of Pakistan*, дело № ARB/01/13 МЦУИС и *SGS Societe Generale de Surveillance S.A. v. Republic of the Philippines*, дело № ARB/02/6 МЦУИС.

²⁸ См. *Ampal-American Israel Corporation and others v. Arab Republic of Egypt*, дело № ARB/12/11 МЦУИС, решение относительно юрисдикции, 1 февраля 2016 года, пункты 330–339. *Mr. Yosef Maiman and Others v. Egypt*, ЮНСИТРАЛ (нет в открытом доступе).

²⁹ *Orascom TMT Investments S.à r.l. v. People's Democratic Republic of Algeria*, дело № ARB/12/35 МЦУИС, окончательное арбитражное решение, 31 мая 2017 года, пункт 543.

18. Ниже приводятся примеры несоответствий в процессуальных вопросах.

- i) До начала арбитражного разбирательства:
- оговорка о наиболее благоприятствуемой нации (НБН): возникали серьезные разногласия по поводу применения оговорки о НБН к положениям об урегулировании споров. Согласно одним решениям, оговорка о НБН позволяет изменять положения об урегулировании споров договоров, которые применяются в противном случае³⁰, в то время как другие отрицают эту возможность³¹;
 - были отмечены различные режимы или подходы в отношении:
 - o периода ожидания или периода обдумывания и переговоров³²;
 - o толкования понятия одностороннего предложения о передаче дела в арбитраж³³;
 - o возможности прибегнуть к арбитражному разбирательству на основании отмененного законодательного акта об иностранных инвестициях³⁴; и

³⁰ См., например, *Emilio Agustin Maffezini v. Kingdom of Spain*, дело № ARB/97/7 МЦУИС, решение суда относительно возражений по поводу юрисдикции, 25 января 2000 года; *Gas Natural SDG, S.A. v. The Republic of Argentina*, решение суда по предварительным вопросам, связанным с юрисдикцией, 17 июня 2005 года; *National Grid plc v. The Republic of Argentina*, решение относительно юрисдикции, 20 июня 2006 года; *AWG Group Ltd. v. The Republic of Argentina*, ЮНСИТРАЛ, решение относительно юрисдикции, 3 августа 2006 года; *Impregilo S.p.A. v. The Republic of Argentina*, дело № ARB/07/17 МЦУИС, арбитражное решение, 21 июня 2011 года; *Hochtief AG v. The Republic of Argentina*, решение относительно юрисдикции, 24 октября 2011 года; *RosInvestCo UK Ltd. v. The Russian Federation*, дело № V079/2005 СТП, арбитражное решение относительно юрисдикции, октябрь 2007 года.

³¹ *Plama Consortium Limited v. Republic of Bulgaria*, дело № ARB/03/24 МЦУИС, решение относительно юрисдикции, 8 февраля 2005 года; *ICS Inspection and Control Services Limited (United Kingdom) v. The Republic of Argentina*, ЮНСИТРАЛ, дело № 2010-9 ППТС, арбитражное решение относительно юрисдикции, 10 февраля 2012 года; *Vladimir Berschader and Moïse Berschader v. The Russian Federation*, дело № 080/2004 СТП, арбитражное решение, 21 апреля 2006 года.

³² В отношении дел, в которых период обдумывания и переговоров рассматривается как вопрос приемлемости, см., например, *RREEF Infrastructure (G.P.) Limited and RREEF Pan-European Infrastructure Two Lux S.à r.l. v. Kingdom of Spain*, дело № ARB/13/30 МЦУИС, решение относительно юрисдикции, 6 июня 2016 года; в отношении дел, в которых этот период рассматривается как вопрос юрисдикции, см., например, *Guaracachi America, Inc. and Rurelec PLC v. Plurinational State of Bolivia*, дело № 2011-17 ППТС, арбитражное решение, 31 января 2014 года. В деле *SGS v. Pakistan* подход к понятию периода консультаций был весьма гибким (см. пункт 184: «Суды обычно рассматривают периоды консультаций как ориентировочные и носящие процессуальный, а не обязательный и юрисдикционный характер. Поэтому соблюдение такого требования не считается равносильным выполнению условия, необходимого для наделения юрисдикцией»), в то время как третейский суд в деле *Murphy Exploration and Production Company International v. Republic of Ecuador*, дело № ARB/08/4 МЦУИС, арбитражное решение относительно юрисдикции, 15 декабря 2010 года, придерживался очень строгого определения этого императивного процесса (заявив в пунктах 140–157 следующее: «В соответствии с [Венской конвенцией о праве международных договоров] невозможно игнорировать существование норм, содержащихся в статье VI ДИД [между США и Эквадором], в отношении обязательства сторон попытаться провести переговоры с целью разрешения их споров и невозможности прибегнуть к МЦУИС до истечения шестимесячного срока ... суд отклоняет довод истца о том, что шестимесячный период ожидания, предусмотренный в статье VI(3)(a), не является юрисдикционным требованием.»).

³³ В отношении дел, в которых соблюдался применимый принцип *effet utile*, см., например, *PNG Sustainable Development Program Ltd. v. Independent State of Papua New Guinea*, дело № ARB/13/33 МЦУИС; в отношении дел, в которых отвергалась применимость принципа *effet utile*, см., например, *CEMEX Caracas Investments B.V. and CEMEX Caracas II Investments B.V. v. Bolivarian Republic of Venezuela*, дело № ARB/08/15 МЦУИС.

³⁴ См. *ABCI Investments N.V. v. Republic of Tunisia*, дело № ARB/04/12 МЦУИС; *AES Corporation and Tau Power B.V. v. Republic of Kazakhstan*; дело № ARB/10/16 МЦУИС.

- сроков и характера отказа в предоставлении льгот со стороны государства³⁵.
- ii) В ходе арбитражного разбирательства отмечались различные позиции или подходы в отношении:
 - наличия требования об исчерпании внутренних средств правовой защиты³⁶;
 - последствий обращения в национальные суды до начала инвестиционного арбитражного разбирательства³⁷;
 - понятия «продолжающееся нарушение» как исключения для применимых сроков исковой давности³⁸;

В арбитражном решении по делу *ABCI Investments* третейский суд принял решение на основании фактов дела (см. пункты 99–100), а в деле *AES Corporation* однозначный ответ на этот вопрос был дан на основе изучения соответствующих правовых документов (см. пункт 216).

³⁵ Этот вопрос получает самое различное толкование в третейских судах: в деле *Plama Consortium Limited v. Republic of Bulgaria*, дело № ARB/03/24 МЦУИС, решение относительно юрисдикции, 8 февраля 2005 года, пункты 148–151, было высказано мнение, что государство не может лишить инвестора предусмотренных в договоре льгот после того, как инвестор обратился с просьбой о проведении арбитражного разбирательства, исключив тем самым возможность ретроактивного применения оговорки о льготах; однако в деле *Guaracachi America, Inc. and Rurelec PLC v. Plurinational State of Bolivia*, дело № 2011-17 ППТС, арбитражное решение, 31 января 2014 года, пункт 376, суд пришел к выводу о том, что он «не может согласиться с истцами, когда они утверждают, что ответчик не может использовать отказ в применении оговорки о льготах ретроактивно».

³⁶ Общеизвестно, что нет необходимости исчерпывать местные средства правовой защиты, если имеется согласие на арбитражное разбирательство между государством и инвестором (см. Dolzer and Schreuer, *Principles of International Investment Law*, 2nd ed., p. 264). Тем не менее некоторые суды полагают, что инвестор должен попытаться найти какое-то местное средство правовой защиты, для того чтобы установить, что было нарушено соответствующее стандартное материально-правовое положение о защите инвестиций. См. *Generation Ukraine, Inc. v. Ukraine*, дело № ARB/00/9 МЦУИС, арбитражное решение, 16 сентября 2003 года. См. также *Helnan International Hotels A/S v. Arab Republic of Egypt*, дело № ARB/05/19 МЦУИС, арбитражное решение, 3 июля 2008 года, которое впоследствии было отменено на этом основании решением специального комитета от 14 июня 2010 года.

³⁷ В деле *Fouad Mohammed Thunyan Alghanim v. Hashemite Kingdom of Jordan*, дело № ARB/13/38 МЦУИС, арбитражное решение, 14 декабря 2017 года, суд пришел к выводу, что как только мера, принятая государством, оспорена в национальных судах, третейский суд больше не может рассматривать вопрос о совместимости такой меры с инвестиционным договором (т.е. произвольный характер такой меры), и инвестор может обратиться только с иском, касающимся отказа в правосудии. Однако другой суд МЦУИС в деле *Generation Ukraine v. Ukraine* сформулировал принцип, согласно которому «[и]нвестору недостаточно воспользоваться актом неправильного отправления правосудия, ... если не предприняты какие-либо усилия для исправления административной ошибки; и, соответственно, заявлять о факте международного деликта ... В таких случаях международный суд может счесть, что необращение за помощью к национальным властям лишает международный иск силы не потому, что существует требование исчерпания местных средств правовой защиты, а потому, что само фактическое поведение, равносильное принудительному отчуждению, вызывает сомнения в отсутствие разумных — не обязательно исчерпывающих — усилий со стороны инвестора, направленных на исправление положения.» (*Generation Ukraine, Inc. v. Ukraine*, дело № ARB/00/9 МЦУИС, арбитражное решение, 16 сентября 2004 года, пункт 20.30).

³⁸ *United Parcel Service v. Canada*, ЮНСИТРАЛ, арбитражное решение по существу дела, 24 мая 2007 года (см. пункт 28 «постоянный характер поведения представляет собой постоянное нарушение юридических обязательств и, соответственно, ведет к продлению срока исковой давности»); *Eli Lilly v. Canada*, дело № UNCT/14/2 МЦУИС, окончательное арбитражное решение, 16 марта 2017 года (см. пункт 170); *Corona Materials LLC v. Dominican Republic*, дело № ARB(AF)/14/3 МЦУИС, арбитражное решение относительно ускоренной подачи ответчиком предварительных возражений в соответствии со статьей 10(20)(5) Соглашения КАФТА-ДР, 31 мая 2016 года (факт постоянного нарушения юридических обязательств не признается, пункты 200–238); *Spence International Investments, LLC, Berkowitz, et al v. Republic of Costa Rica*, дело № UNCT/13/2 МЦУИС,

- распределения издержек³⁹; и
 - юридического обоснования и методологии оценки ущерба.
- iii) После вынесения арбитражного решения:
- некоторых аспектов процедуры отмены решений в рамках МЦУИС, например в связи с ходатайством о приостановлении приведения в исполнение арбитражного решения⁴⁰.

В. Существующие механизмы

19. На тридцать пятой сессии Рабочей группы была выражена глубокая озабоченность в связи с тем, что существующих механизмов недостаточно для обеспечения последовательного и правильного толкования инвестиционных договоров (A/CN.9/935, пункт 38).

20. Выражавшаяся в Рабочей группе озабоченность по поводу непоследовательности, неслаженности и непредсказуемости, а также потенциального отсутствия правильных решений часто была связана с вопросами адекватности существующих механизмов для решения таких проблем (A/CN.9/935, пункты 39–41). Рабочая группа, возможно, пожелает рассмотреть, в какой мере функционирование существующих механизмов может обеспечивать последовательность по делам, связанным с УСИГ, в частности в случае инвестиционных договоров

промежуточное арбитражное решение, 25 октября 2016 года (см. пункт 208 «Хотя дело может обстоять так, что сохраняющийся характер поведения представляет собой продолжающееся нарушение обязательств, суд считает, что такое поведение не может вести к продлению срока исковой давности, поскольку это фактически лишает оговорку о сроке давности ее основной цели, а именно подвести черту под судебным преследованием по давним искам. Такой подход способствовал бы также попыткам бесконечного дробления иска на все более мелкие составные элементы нарушения, относящиеся к различным периодам времени, в стремлении добиться распространения на них действия сроков исковой давности.»); *Rusoro Mining Limited v. Bolivarian Republic of Venezuela*, дело № ARB(AF)/12/5 МЦУИС, арбитражное решение, 22 августа 2016 года (см. пункт 206, где суд признал непоследовательность в толковании третейскими судами положения о сроке давности: «Суд признает в этой связи, что судебная практика НАФТА не дает однозначного ответа на вопрос о том, как должно рассчитываться время непрерывного деяния и его составных элементов», и в конечном итоге отказал в исключении в связи с продолжающимся нарушением, пункт 208).

³⁹ См. *EDF (Services) Limited v. Romania*, дело № ARB/05/13 МЦУИС, арбитражное решение, 8 октября 2009 года, пункт 322 («Суд отмечает, что традиционно позиция в рамках инвестиционного арбитража — в отличие от коммерческого арбитража — заключается в соблюдении общепринятого международного правила не применять принцип, согласно которому проигравшая сторона оплачивает издержки по арбитражному разбирательству и расходы выигравшей стороны»), в отличие от дела *ADC Affiliate Limited and ADC & ADMC Management Limited v. The Republic of Hungary*, дело № ARB/03/16 МЦУИС, арбитражное решение, 2 октября 2006 года, пункт 533: («[С]уд не может найти никаких причин для отхода от базового принципа, заключающегося в том, что выигравшая сторона должна получить возмещение от проигравшей стороны»). См. также *Telenor Mobile Communications A.S. v. The Republic of Hungary*, дело № ARB/04/15 МЦУИС, арбитражное решение, 13 сентября 2006 года, пункт 107 («Данный суд, хотя и знает о распространенной в арбитражных разбирательствах в рамках МЦУИС практике, когда стороны сами покрывают свои собственные расходы и расходы МЦУИС и суда в равных долях независимо от результатов дела, входит в число тех, кто выступает за общий принцип, согласно которому расходам должно предшествовать событие»); эти два разных подхода были приведены в деле *Orascom TMT Investments S.à r.l. v. People's Democratic Republic of Algeria*, дело № ARB/12/35 МЦУИС, окончательное арбитражное решение, 31 мая 2007 года, в пункте 583, без каких-либо попыток сблизить их.

⁴⁰ *Tenaris S.A. and Talta — Trading e Marketing Sociedade Unipessoal Lda. v. Bolivarian Republic of Venezuela*, дело № ARB/11/26 МЦУИС, в котором приостановление рассматривается как исключение; *Tenaris S.A. and Talta — Trading e Marketing Sociedade Unipessoal Lda. v. Bolivarian Republic of Venezuela*, дело № ARB/12/23 МЦУИС, в котором приостановление рассматривается как нормальное явление в отсутствие непредвиденных обстоятельств.

с одинаковыми или по сути аналогичными стандартами защиты инвестиций, или же может способствовать исправлению вынесенных арбитражных решений.

21. Отмечалось, что в нынешних условиях варианты решения проблемы непоследовательных или неправильных решений ограничены, поскольку эти варианты разрабатывались для пересмотра арбитражных решений с целью устранения ограниченного числа основных процессуальных недостатков. Существующие механизмы пересмотра касаются объективности и справедливости этого процесса, а не последовательности, слаженности и правильности конечных результатов (см. [A/CN.9/WG.III/WP.142](#), пункт 39, и [A/CN.9/935](#), пункт 23).

22. Варианты включают подачу просьб об изменении арбитражного решения в соответствии с применимым арбитражным регламентом. Однако правила, применимые к арбитражному разбирательству, строго ограничивают виды действий, которые могут оправдывать внесение изменений, и исправлению, как правило, подлежат только незначительные канцелярские ошибки⁴¹.

23. Другой вариант — это оспаривание арбитражного решения по ограниченному числу оснований. Однако арбитражные решения носят окончательный характер и могут быть пересмотрены только на основании ходатайств о приостановлении приведения в исполнение или с помощью соответствующих процедур во внутренних судах, а в случае арбитражных решений, принятых в рамках МЦУИС, — в ходе производства по ходатайству об отмене таких решений. Из-за концепции окончательности арбитражных решений средства правовой защиты в данном случае изначально ограничены.

24. В системе МЦУИС процедура отмены арбитражных решений основана на оценке объективности самой процедуры и не затрагивает существа спора посредством пересмотра урегулируемого дела. Основания, по которым может быть направлена просьба об отмене, расписаны самым детальным образом с указанием основной отличительной особенности этого процесса: он призван служить исключением и должен использоваться очень редко с учетом строго определенных оснований.

25. Можно отметить, что наблюдалась непоследовательность в использовании оснований для отмены решений в контексте МЦУИС. Первое поколение решений об отмене⁴² подвергалось критике за то, что в них прослеживался слишком широкий подход к масштабам и стандартам пересмотра⁴³. В более поздних решениях этот недостаток, похоже, был устранен⁴⁴. В последнее время в решениях вновь стала проявляться непоследовательность в том, что касается процесса отмены арбитражных решений — отчасти из-за расхождения взглядов по поводу того, является ли неправильное толкование взаимосвязи между инвестиционным договором и международным обычным правом основанием для отмены

⁴¹ Susan D. Franck, *The Legitimacy Crisis in Investment Treaty Arbitration: Privatizing Public International Law Through Inconsistent Decisions*, 73 Fordham L. Rev. 1521 (2005).

⁴² *Klockner Industrie-Anlagen GmbH and others v. United Republic of Cameroon and Société Camerounaise des Engrais*, дело № ARB/81/2 МЦУИС, решение специального комитета относительно отмены решения, 3 мая 1985 года; *Amco Asia Corporation and others v. Republic of Indonesia*, дело № ARB/81/1 МЦУИС, решение специального комитета по ходатайству об отмене решения, 16 мая 1986 года.

⁴³ W. Michael Reisman, *Repairing ICSID's Control System: Some Comments on Aron Broches - Observations on the Finality of ICSID Awards* (1992) 7 ICSID Review — Foreign Investment Law Journal 196.

⁴⁴ *Maritime International Nominees Establishment v. Republic of Guinea*, дело № ARB/84/4 МЦУИС, решение специального комитета по вопросам отмены решений, частично отменяющее арбитражное решение, 22 декабря 1989 года; *Klöckner Industrie-Anlagen GmbH and others v. United Republic of Cameroon and Société Camerounaise des Engrais*, дело № ARB/81/2 МЦУИС, второе решение специального комитета, отклоняющее ходатайство об отмене решения, 17 мая 1990 года; *Amco Asia Corporation and others v. Republic of Indonesia*, дело № ARB/81/1 МЦУИС, решение по второй просьбе об отмене решения (17 декабря 1992 года).

решения⁴⁵. Одни комитеты считали, что серьезные случаи неправильного применения закона могут привести к отмене решения, в то время как другие полагали, что такой подход будет равносителен обжалованию⁴⁶. Рабочая группа, возможно, пожелает принять к сведению представленные в последнее время предложения о внесении поправок в Правила процедуры арбитражного разбирательства МЦУИС⁴⁷.

26. В делах, которые рассматриваются вне рамок МЦУИС, отмена арбитражных решений, а также исполнительное производство будут осуществляться в государственных судах. И здесь основное внимание опять уделяется соблюдению основополагающих правил процедуры, и сюда не входит рассмотрение существа дела ввиду того принципа, что арбитражные решения являются окончательными и обязательными после их вынесения. Эта система применяется как к коммерческому, так и к инвестиционному арбитражу.

C. Целесообразность проведения реформы

27. Рабочая группа, возможно, пожелает отметить, что приводимые ниже вопросы также обсуждаются в документе [A/CN.9/WG.III/WP.149](#), в котором содержатся общие рамки для рассмотрения вопроса о целесообразности проведения реформ.

1. Общие замечания

а) Вопросы для рассмотрения

28. Необходимость обеспечения последовательности и слаженности связана с необходимостью обеспечения определенности, предсказуемости и равного подхода. На тридцать четвертой сессии Рабочей группы предсказуемость и правильность были отмечены как именно те ценности, которые позволяют укрепить законность, обеспечить уверенность в стабильности инвестиционного климата и придать легитимность системе УСИГ, а также способствуют развитию инвестиционного законодательства (A/CN.9/930/Add.1/Rev.1, пункт 11). Результатом обеспечения, предсказуемости, о которой говорилось в Рабочей группе, является то, что она позволит государствам понять, не нарушат ли они своими действиями международных обязательств, например в случае принятия законодательных и нормативно-правовых актов. В этой связи говорилось, что предсказуемость поможет государствам определять их инвестиционную политику. Предсказуемость также позволит инвесторам оценивать соответствие того или иного режима договорным обязательствам (A/CN.9/930/Add.1/Rev.1, пункт 15). Действительно, в рамках инвестиционных арбитражных разбирательств зачастую затрагивается сфера действия регулирующих полномочий принимающих государств. Делегации подтвердили, что они провели консультации со своими различными субъектами и заинтересованными сторонами. Как отмечалось, по итогам этих консультаций стало ясно, что предсказуемость имеет также важное значение для инвесторов и что отсутствие предсказуемости может быть фактором

⁴⁵ *CMS Gas Transmission Company v. The Republic of Argentina*, дело № ARB/01/8 МЦУИС, решение специального комитета по ходатайству Аргентинской Республики об отмене решения, 25 сентября 2007 года; *Sempra Energy International v. The Republic of Argentina*, дело № ARB/02/16 МЦУИС, решение по ходатайству Аргентинской Республики об отмене арбитражного решения, 29 июня 2010 года; *Enron Creditors Recovery Corporation and Ponderosa Assets L.P. v. The Republic of Argentina*, дело № ARB/01/3 МЦУИС, решение по ходатайству Аргентинской Республики об отмене решения, 30 июля 2010 года; *Helnan International Hotels A/S v Arab Republic of Egypt*, дело № ARB/05/19 МЦУИС, решение специального комитета, 14 июня 2010 года.

⁴⁶ См. Nicholas Fletcher, *Should ICSID have or not a new appellate process? Contemporary Issues in International Arbitration and Mediation*, The Fordham Papers 2015.

⁴⁷ См. ICSID Secretariat, *Proposals for Amendment of ICSID Rules — Working Paper*, August 2, 2018, pp. 270–289, размещено на сайте https://icsid.worldbank.org/en/Documents/Amendments_Vol_Three.pdf.

риска для инвесторов и, следовательно, создавать препятствия для инвестирования. Говорилось также, что инвесторы высоко ценят систему урегулирования споров, которая обеспечивает предсказуемость с учетом сопряженных с этим издержек (A/CN.9/935, пункт 37).

29. В свете характеристик инвестиционных договоров и УСИГ в Рабочей группе поднимался вопрос желательности и необходимости обеспечения большей предсказуемости результатов, а также повышения единообразия и согласованности в развитии судебной практики (A/CN.9/930/Add.1/Rev.1, пункт 16; A/CN.9/935, пункты 34–38).

30. В этой связи Рабочая группа, возможно, пожелает рассмотреть вопрос о том, означает ли сам характер инвестиционного законодательства и тот факт, что нормы инвестиционного права и стандарты защиты инвестиций раздроблены в различных источниках права, включая многочисленные инвестиционные договоры и внутренние режимы, что методы урегулирования инвестиционных споров должны играть центральную роль при разработке согласованных правовых норм. Рабочая группа, возможно, пожелает также рассмотреть вопрос о том, означает ли необходимость применения лицами, отвечающими за принятие решений в рамках УСИГ, свода правил, которые пока разработаны недостаточно детально и все еще находятся в стадии формирования, что их решения будут оказывать большее воздействие на становление предсказуемых норм и разработку согласованных правовых стандартов в будущем⁴⁸.

31. Рабочая группа, возможно, также пожелает принять во внимание конечную цель инвестиционных договоров и инвестиционного законодательства: стимулировать потоки иностранных инвестиций между странами такого вида и типа, чтобы это отвечало целям устойчивого развития, и рассмотреть — помимо последствий отсутствия последовательности и предсказуемости для государств, подписавших инвестиционные договоры, — последствия для иностранных инвесторов и оценку политических и экономических рисков, связанных с инвестициями за рубежом.

b) Предварительные мнения, выраженные государствами

32. На своих тридцать четвертой и тридцать пятой сессиях Рабочая группа заслушала некоторые предварительные мнения относительно того, как можно было бы решать проблему непоследовательности и отсутствия слаженности в целях повышения предсказуемости режима УСИГ. Были высказаны следующие предложения: внесение изменений в инвестиционные договоры, содержащие нечеткие формулировки; определение решений для предоставления большего контроля государствам — участникам инвестиционных договоров, таких как совместные заявления о толковании и руководящие указания, касающиеся толкования стандартов, представление материалов сторонами, не являющимися участниками спора, с тем чтобы другие государства-члены могли высказать свои мнения относительно толкования стандартов, создание механизма, посредством которого суды могли бы направлять вопросы партнерам по договору до вынесения арбитражных решений; использование системного подхода посредством институциональных решений (механизмы обжалования или постоянные судебные органы); рассмотрение вопроса о реформировании внутренней базы в сфере инвестиций, включая основные стандарты защиты, содержащиеся во внутреннем законодательстве; внедрение или обеспечение функционирования системы судебного прецедента; поощрение консолидации, где это возможно, а также координации действий арбитражных судов; совершенствование существующих механизмов пересмотра и процедур отмены решений; и повышение роли национальных судов (A/CN.9/930/Add.1/Rev.1, пункт 34, и A/CN.9/935, пункт 43).

⁴⁸ Gabrielle Kaufmann-Kohler, *Arbitral Precedent: Dream, Necessity or Excuse?* The 2006 Freshfields Lecture.

33. Некоторые перечисленные выше решения будут осуществляться государствами либо в ходе разработки ими договоров, либо посредством связанных с договором мер. В своем Докладе о мировых инвестициях за 2017 год ЮНКТАД перечисляет десять вариантов реформ, которые могут предпринять государства⁴⁹.

34. Например, договоры так называемого «второго поколения» лучше определяют рамки различных стандартов по сравнению с договорами «первого поколения», в которых содержатся неясные формулировки, в большей мере подверженные разному толкованию (A/CN.9/935, пункт 28). Договоры второго поколения привнесли большую ясность в материально-правовые нормы защиты и в процессуальные положения. Поэтому государства, возможно, пожелают рассмотреть возможность заключения новых инвестиционных договоров или обсудить вопрос о внесении поправок в уже существующие. В качестве общего замечания отметим, что государства могли бы рассмотреть возможность использования вышеупомянутого исследования примеров непоследовательности в качестве «плана» вопросов, где их намеченные программные результаты могут быть сформулированы путем более четкого определения процессуальных или материально-правовых требований. Вместе с тем Рабочая группа, возможно, пожелает рассмотреть, сколько времени потребуется для реализации этого подхода и будет ли он приемлемым решением для многих договоров первого поколения.

35. Кроме того, государства могут рассмотреть вопрос о выпуске подробных и, возможно, императивных указаний для третейских судов. В качестве примеров можно привести нормативные толкования или использование других процедурных инструментов, таких как разрешение принимать представления от не участвующих в споре сторон договора (A/CN.9/930/Add.1/Rev.1, пункты 22 и 23)⁵⁰. В прошлом такие толкования выпускались специально для определенных целей или основывались на консультациях в рамках институционализированного форума или постоянного комитета (как, например, постоянный орган НАФТА в составе представителей правительств трех государств-членов, который может выпускать нормативные записки по толкованию для судов НАФТА, предусмотренных в главе XI). В ряде инвестиционных договоров также предусматривается, что государства — участники инвестиционного договора могут поднимать некоторые вопросы в целях получения их общего толкования⁵¹.

36. Помимо этого Рабочая группа, возможно, пожелает рассмотреть вопрос об эффективности таких указаний и, в частности, о взаимосвязи между этими заявлениями государств и последующими толкованиями этих норм третейскими судами⁵².

2. Возможные реформы на многосторонней основе

а) Внедрение системы прецедентов

37. В историческом плане последовательность и слаженность не являются неотъемлемыми элементами режима УСИГ. Решения принимаются третейскими судами, создаваемыми на разовой основе, без каких-либо формальных обязательств в отношении принципа прецедента.

38. Рабочая группа, возможно, пожелает рассмотреть вопрос о том, что «последовательность», «слаженность» и «предсказуемость» решений в системе УСИГ в большинстве случаев будет означать, что лица, принимающие решения,

⁴⁹ UNCTAD, World Investment Report 2017, at p. 131; размещен в Интернете на сайте http://unctad.org/en/PublicationChapters/wir2017ch3_en.pdf.

⁵⁰ См. также UNCTAD IIA Issues Notes, No. 3, December 2011, *Interpretation of IIAs: What States can do*; UNCTAD Series on Issues in International Investment Agreements II, *Investor-State Dispute Settlement: A Sequel*, 2014.

⁵¹ См. Договор между Уругваем и Соединенными Штатами Америки, статья 31.

⁵² См., например, Соглашение о свободной торговле между Доминиканской Республикой и странами Центральной Америки (КАФТА-ДР), где договором предусмотрено, что общее толкование является обязательным для третейских судов.

учитывают существовавшую ранее практику применения правовых норм и по мере возможности или целесообразности придерживаются принятых в ней юридических толкований. Это также будет означать, что суд — если он считает, что подходы к толкованию и юридические доводы в вынесенном ранее решении не применимы к данному делу, — может занять другую позицию при условии ее аргументированного разъяснения. В «слаженной» и «предсказуемой» системе противоречивые решения будут основываться на последовательном подходе к толкованию рассматриваемых вопросов, выходящих за рамки данного дела, который будет учитывать существовавшую ранее практику применения правовых норм и способствовать развитию инвестиционного права и судебной практики.

39. Несмотря на многообразие инвестиционных договоров можно установить образцы последовательного толкования общих элементов в неоднократно встречающихся положениях, и, соответственно, благодаря последовательному и слаженному толкованию можно прояснить основные стандарты и принципы (A/CN.9/930/Add.1/Rev.1, пункт 16). В этой связи можно отметить, что стандарты прозрачности в системе УСИГ, разработанные МЦУИС в 2006 году и ЮНСИТРАЛ в 2013 и 2014 годах, предусматривают доступ к распоряжениям и решениям третейских судов. Благодаря использованию таких стандартов и публикации решений по УСИГ третейским судам будет легче получить доступ к вынесенным ранее решениям, что будет способствовать развитию системы прецедентов.

40. В настоящее время, хотя суды, похоже, признают, что доктрины обязательных прецедентов как таковой нет, они в то же время согласны с необходимостью учета более ранних дел. В арбитражных решениях часто проявляется убеждение суда в том, что он должен надлежащим образом учитывать вынесенные ранее решения международных судов и трибуналов и что при наличии веских противоречивых оснований он обязан принимать выводы, сделанные в ряде последовательных решений⁵³. Тем не менее это не всегда обеспечивало последовательность арбитражных решений, поскольку данный подход трудно реализовать при децентрализованном режиме принятия решений, куда входят только специальные суды⁵⁴. Кроме того, некоторые суды, хотя и признают целесообразность обеспечения последовательности в целом, подчеркивали, что «[н]икакой иерархии международных судов не существует, и даже если бы она и была, нет никаких веских причин позволять первому по времени суду решать вопросы за все создаваемые впоследствии суды»⁵⁵. Если Рабочая группа считает, что

⁵³ См., например, *Burlington Resources Inc. v. Republic of Ecuador*, дело № ARB/08/5 МЦУИС, решение относительно ответственности, 14 декабря 2012 года, пункт 187 (в котором отражено мнение одного арбитра о том, что не существует обязанности следовать тенденциям в судебной практике, но при этом говорится, что: «[С]уд полагает, что при наличии веских противоречивых оснований он обязан принимать выводы, сделанные в ряде последовательных решений. Он также полагает, что с учетом специфики данного договора и обстоятельств фактического дела он обязан стремиться содействовать гармоничному развитию инвестиционного права и тем самым удовлетворять обоснованные ожидания сообщества государств и инвесторов, связанные с уверенностью в торжестве законности»).

⁵⁴ Для сравнения можно указать, что в Международном Суде не существует де-юре *stare decisis* (см. статью 59 Статута Международного Суда); однако отмечается активное использование ранее принятых судебных решений, которые перечислены в статье 38 Статута Международного Суда в качестве «вспомогательного средства для определения правовых норм», и практика показывает, что принятые ранее решения имеют очень большое значение для Суда.

⁵⁵ См. *SGS Société Générale de Surveillance S.A. v. Republic of the Philippines*, дело № ARB/02/6 МЦУИС, решение относительно возражений по поводу юрисдикции, 29 января 2004 года, пункт 97 («Конвенция МЦУИС предусматривает только, что вынесенные в соответствии с ней арбитражные решения являются «обязывающими для сторон»(статья 53(1)), и это положение может рассматриваться как призванное придать арбитражным решениям силу *res judicata*, а не обеспечить их использование в последующих делах в качестве прецедентов. По мнению Суда, хотя различные суды, создаваемые в рамках системы МЦУИС, как правило, должны стремиться действовать согласованно друг с другом, в конце концов каждый суд сам осуществляет свои

необходимо внедрить систему имеющих обязательную силу прецедентов, она, возможно, пожелает рассмотреть возможность реализации такого решения с учетом характеристик режима УСИГ.

41. Третейские суды, несмотря на то что они несут основную ответственность за принятие решений по представленным им вопросам, действуют также в рамках более широкой судебной системы, имеющей общественное значение. Действительно, суды, занимающиеся инвестиционными договорами, способствуют определению и уточнению смысла основных договорных стандартов⁵⁶. Поэтому в данной связи возникает вопрос, следует ли считать, что арбитры несут перед международной системой правосудия общее обязательство действовать в публичных интересах (A/CN.9/935, пункты 85 и 86), и если да, то как выполнять такое обязательство (см. также по этому вопросу документ A/CN.9/WG.III/WP.153).

b) Предоставление указаний третейским судам

42. Существует ряд процедурных механизмов, которые третейские суды могут использовать или которые им рекомендуется использовать, для того чтобы лучше координировать процессы принятия своих решений, в том числе в случае параллельных производств. Эти инструменты описаны в документе A/CN.9/915, пункты 10–33. Они включают различные подходы, такие как активное использование консолидации, обмен информацией, приостановление производства, а также использование доктрин *lis pendens* и *res judicata*.

c) Предварительное изучение арбитражных решений

43. Также можно рассмотреть вопрос создания системы, предусматривающей предварительное изучение проектов арбитражных решений. Тщательное изучение арбитражных решений — это характерная особенность Регламента Международного арбитражного суда МТП, который часто получает положительную оценку за то, что способствует повышению качества арбитражных решений и обеспечению возможности их исполнения. Аналогичную систему можно было бы разработать для обеспечения последовательности, недопущения юридических ошибок и обеспечения качества арбитражных решений, выносимых судами по делам, связанным с УСИГ.

полномочия в рамках своей компетенции в соответствии с действующим законодательством, и по определению это будет различаться в случае каждого ДИД и каждого государства-ответчика. Кроме того, в международном праве нет понятия прецедента, если под прецедентом понимается норма, имеющая обязательную силу единого решения. Никакой иерархии международных судов не существует, и даже если бы она и была, нет никаких веских причин позволять первому по времени суду решать вопросы за все создаваемые впоследствии суды.». См. также *Electrabel S.A. v. Republic of Hungary*, дело № ARB/07/19 МЦУИС, арбитражное решение, 25 ноября 2015 года, пункт 224 («Данный суд должен принять решение по аргументам, выдвинутым сторонами в этом арбитражном разбирательстве, на основе доказательств, представленных сторонами в этом разбирательстве. Поэтому на него не могут влиять результаты другого арбитражного разбирательства, в котором иск инвестора, как представляется, был сформулирован по-другому, и решение принималось на основании иных аргументов и доказательств»).

⁵⁶ См. *Glamis Gold Ltd. v. United States of America*, арбитражная система ЮНСИТРАЛ (НАФТА), арбитражное решение, 8 июня 2009 года, пункт 7, где суд указал следующее: «этот Суд, выполняя свой основной мандат по урегулированию данного конкретного спора, делает это с пониманием контекста, в котором он действует. Суд подчеркивает, что он никоим образом не рассматривает свое понимание контекста, в котором он действует, как оправдывающее (или действительно предусматривающее) отход от его обязанности сосредоточиться на конкретном деле, находящемся на его рассмотрении. Скорее он рассматривает свое понимание действий в этом контексте как ограничительный фактор для его аргументации, что не меняет решение суда, а направляет суд и помогает ему одновременно поддерживать систему, в которой он является лишь временным элементом». См. также *Saipet S.p.A v. The People's Republic of Bangladesh*, дело № ARB/05/07 МЦУИС.

d) Механизм обжалования

44. В некоторых инвестиционных договорах можно найти примеры намерения сторон предусмотреть механизмы рассмотрения апелляции⁵⁷.

45. Еще одним часто упоминаемым вариантом является создание автономного механизма обжалования. Основные функции апелляционного органа заключаются в обеспечении процессуальной и материально-правовой правильности решений. Ему можно было бы поручить проведение детального обзора решений, и это позволило бы создать систему имеющих обязательную силу прецедентов⁵⁸. Необходимо будет четко обозначить сферу обзора, проводимого механизмом обжалования, для того чтобы избежать проведения повторных обзоров.

e) Система предварительных постановлений

46. В соответствии с этим вариантом третейским судам следует разрешить передавать любой вопрос, связанный с применением и толкованием того или иного юридического аспекта, специальному органу.

f) Создание международной судебной системы

47. В некоторых заключенных недавно инвестиционных договорах предусматривается создание суда, учреждаемого в качестве постоянного международного учреждения⁵⁹. Обосновывается это тем, что судьи, заседая и принимая решения по делам на постоянной основе, будут выносить последовательные решения.

⁵⁷ См., например, Договор между Соединенными Штатами Америки и Восточной Республикой Уругвай о поощрении и взаимной защите инвестиций, 4 ноября 2005 года (вступил в силу 1 ноября 2006 года), приложение Е; Соглашение о свободной торговле между правительством Республики Чили и правительством Соединенных Штатов Америки, 6 июня 2003 года (вступило в силу 1 января 2004 года), статья 10.19(10) и приложение 10-Н; Соглашение о свободной торговле между Доминиканской Республикой и странами Центральной Америки, 5 августа 2004 года; Всеобъемлющее торгово-экономическое соглашение между Канадой и Европейским союзом (СЕТА), статья 8.28.

⁵⁸ См. также МЦУИС-Секретариат, документ для обсуждения: Possible Improvements of the Framework for ICSID Arbitration (22 October 2004), размещен на сайте <https://icsid.worldbank.org/apps/ICSIDWEB/resources/Documents>.

⁵⁹ См., например, Всеобъемлющее торгово-экономическое соглашение между Канадой и Европейским союзом (СЕТА); Соглашение о свободной торговле между Европейским союзом и Вьетнамом.