



Генеральная Ассамблея

Distr.: Limited
4 March 2019
Russian
Original: French

**Комиссия Организации Объединенных Наций
по праву международной торговли
Рабочая группа III (Реформирование системы
урегулирования споров между инвесторами
и государствами)
Тридцать седьмая сессия
Нью-Йорк, 1–5 апреля 2019 года**

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

Представление правительства Марокко

Записка Секретариата

Настоящая записка содержит первоначальное представление, полученное 1 марта 2019 года от правительства Марокко (см. приложение I), а также дополнение к нему, полученное 19 марта 2019 года (см. приложение II), в рамках подготовки к тридцать седьмой сессии Рабочей группы III.



Приложение I

1. Марокко высоко оценивает инициативу Комиссии, с которой она выступила на своей сессии в июле 2017 года в Вене при рассмотрении темы реформирования нынешнего режима урегулирования споров между инвесторами и государствами (УСИГ).
2. Важность этой инициативы нельзя отрицать, поскольку она предоставляет развивающимся странам возможность участвовать в реформировании одной из основных отраслей международного инвестиционного права, связанной с международным арбитражем, действующие правила и принципы которого были сформулированы без участия большинства из этих стран.
3. Кроме того, всеобъемлющее реформирование режима УСИГ на многостороннем уровне должно позволить заменить механизмы УСИГ в двусторонних инвестиционных договорах (ДИД) стран, занимающихся многосторонним реформированием системы УСИГ, и вследствие этого обеспечить унификацию соответствующих норм и процедур на международном уровне.
4. В этой связи Марокко считает, что реформирование системы УСИГ должно привести к формированию ответственного международного режима инвестирования, который отвечает целям в области устойчивого развития и способствует борьбе с мошенническими видами практики, применяемыми некоторыми иностранными инвесторами для предъявления требований в отношении принимающих государств в арбитражные суды с целью получения незаслуженной компенсации.
5. Реформирование системы УСИГ, которое является темой, порученной Рабочей группе III, направлено на преодоление обеспокоенности, высказываемой многими государствами во всем мире по поводу функционирования режима УСИГ в соответствии с ДИД, к числу которых относятся развивающиеся страны, которые страдают от пагубных последствий этого режима, в частности в финансовом отношении, с учетом того, что эти страны не имеют достаточных квалифицированных людских ресурсов для рассмотрения дел по УСИГ и контроля за ними.
6. Марокко приветствует работу, проделанную к настоящему времени Рабочей группой III, которая представляет собой надлежащий форум для сближения позиций разных стран в отношении самых эффективных средств реформирования системы УСИГ.
7. Марокко пользуется этой возможностью, чтобы подчеркнуть важность достижения консенсуса по вопросам реформирования режима УСИГ в рамках Рабочей группы III. Это реформирование должно быть всеобъемлющим и учитывать обеспокоенность, выраженную различными государствами, с целью создания справедливой и равноправной системы УСИГ, пользующейся доверием всех стран, и в частности развивающихся стран.
8. Недавно в Марокко был разработан новый типовой ДИД, в котором обеспечивается равновесие между правами и обязанностями как инвесторов, так и принимающего государства и в котором сохраняется существующая система УСИГ при одновременном обновлении соответствующих положений.
9. Основные нововведения, включенные в новый марокканский типовой ДИД в отношении УСИГ, направлены на:
 - создание институциональной базы для предупреждения возникновения споров, в рамках которых созданный совместный комитет и назначенные координаторы играют в соответствии с договором важную роль;
 - ограничение видов споров, которые могут представляться в рамках механизма УСИГ, и установление конечного срока для представления требований с целью предупреждения представления старых требований;

- обеспечение исчерпания внутренних средств правовой защиты до представления спора в международный арбитраж, поскольку исчерпание внутренних средств правовой защиты является требованием в соответствии с международным публичным правом;
- укрепление права государств — участников договора толковать положения договора, касающиеся защиты инвестиций, даже после его вступления в силу;
- создание механизма для ускоренной обработки необоснованных или поверхностных требований и консолидации требований с целью уменьшения арбитражных издержек;
- предоставление принимающему государству возможности предъявлять встречное требование в арбитражный суд, если инвестор не выполняет одного или нескольких обязательств по договору;
- предупреждение неправомерного использования иностранными инвесторами арбитража путем установления штрафных санкций за представление необоснованных требований;
- ограничение использования арбитража инвесторами, которые занимаются «выбором удобного договора»;
- укрепление этических норм поведения арбитров и повышение эффективности функционирования и прозрачности арбитражных разбирательств в соответствии с Правилами ЮНСИТРАЛ о прозрачности в контексте арбитражных разбирательств между инвесторами и государствами на основе международных договоров; и
- предоставление сторонам спора между инвесторами и государствами возможности представлять спор на УСИГ в многосторонний инвестиционный суд после его создания.

10. Несмотря на усилия Марокко по реформированию механизма УСИГ в своем новом типовом договоре, все еще существует определенный ряд аспектов этого механизма, которые в силу своего характера требуют согласованных действий со стороны многих стран во всем мире.

11. С этой целью проведение в рамках Рабочей группы III многостороннего диалога по вопросу о реформировании системы УСИГ может способствовать достижению консенсуса в отношении наилучшего варианта реформирования и самого подходящего способа осуществления этого варианта.

12. В этой связи Марокко приветствует эту возможность представить Секретариату ЮНСИТРАЛ замечания по идущему в Рабочей группе III процессу реформирования режима УСИГ и разделяет обеспокоенность, высказанную Рабочей группой на ее сессии, проведенной в Вене 29 октября — 2 ноября 2018 года.

13. Вместе с тем Марокко считает полезным продолжить обсуждение в рамках темы реформирования ряда вопросов, касающихся нижеследующих основных аспектов.

I. Сокращение арбитражных издержек

14. Повышение стоимости арбитража вызвало растущее недовольство международным арбитражем, особенно в связи с его воздействием на государственную политику и устойчивое развитие государств. В этой связи важно, чтобы Рабочая группа III провела работу по выявлению наилучших вариантов сокращения арбитражных издержек и экономии времени. В этом контексте можно рассмотреть ряд следующих путей сокращения издержек, связанных с УСИГ:

- создание механизма по предупреждению возникновения споров и поощрения создания альтернативных механизмов урегулирования споров, которые

- могли бы использоваться до обращения в международный арбитраж с целью выявления взаимоприемлемых решений по урегулированию спора;
- исчерпание внутренних средств правовой защиты до передачи спора в международный арбитраж. Исчерпание внутренних средств правовой защиты может привести к урегулированию спора к удовлетворению всех сторон и тем самым предотвратить необходимость обращения в арбитраж, что сопряжено с большими расходами по сравнению с использованием внутренних средств правовой защиты;
 - запрещение передачи споров в арбитраж, если национальные компетентные суды уже вынесли окончательное решение в отношении спора, который имеет силу *res judicata*, с целью недопущения множественных производств и экономии финансовых средств;
 - создание механизма предварительного изучения необоснованных или поверхностных требований, включая предоставление суду возможности взыскания с заявителя требований всех издержек, связанных с такими требованиями;
 - установление срока, в течение которого арбитры могут вынести окончательное арбитражное решение, которое будет побуждать арбитров к более эффективной работе. Вместе с тем этот срок не должен быть настолько коротким, чтобы заставить арбитров выносить некачественные арбитражные решения, которые впоследствии могут быть отменены;
 - изменение механизма распределения издержек между сторонами спора путем включения правила «проигравший платит», в соответствии с которым проигравшая сторона должна оплатить все арбитражные издержки;
 - создание шкалы расценок, которая сокращает арбитражные издержки за счет ограничения вознаграждения арбитров, экспертов и свидетелей;
 - принятие объективных и прозрачных критериев для определения возмещения, выплачиваемого инвесторам, которым был причинен ущерб. В этой связи важно, чтобы сумма возмещения была соразмерна фактически понесенному ущербу.

II. Приоритет юрисдикции внутренних судов по договору перед юрисдикцией арбитражных судов по двустороннему инвестиционному договору

15. В ряде случаев при арбитраже арбитражный суд разрешает инвесторам представлять спор договорного характера на основе международного договора, несмотря на существование в договоре конкретной оговорки, касающейся урегулирования споров (например, дело «Салини против Марокко»).

16. В других случаях, споры, касающиеся нарушения договора, представлялись в арбитраж в соответствии с ДИД даже в отсутствие договорной оговорки, которая наделяет юрисдикцией Международный центр по урегулированию инвестиционных споров (МЦУИС).

17. Во избежание такого дублирования, которое создает коллизию юрисдикции между внутренними судами и арбитражными судами, предлагается определить условия, регулирующие юрисдикцию арбитражных судов в отношении арбитража между инвесторами и государствами, и ограничить эту юрисдикцию ходатайствами, направляемыми на основе ДИД.

III. Поддержка развивающихся стран в области арбитража

18. В силу своих ограниченных финансовых ресурсов и отсутствия профессиональных юристов, обладающих значительным опытом в области УСИГ, развивающиеся страны нуждаются в помощи в этой области. В этой связи будет весьма желательно создать механизм поддержки этих стран и оказания им помощи в рассмотрении дел по УСИГ с целью предоставления им возможности лучше подготовить, вести и контролировать дела по спорам, связанным с международным инвестированием.

19. Кроме того, следует наладить сотрудничество между судьями национальных судов и арбитрами. Судья национального суда играет важную роль в приведении в исполнение арбитражных решений посредством обеспечения исполнения этих арбитражных решений. Он также выступает в качестве судьи по исполнению судебных решений в случае оспаривания арбитражных решений.

20. В рамках реформирования УСИГ также предлагается определить роль национальных арбитражных центров и оказывать им поддержку, с тем чтобы они могли выполнять свои функции и, следовательно, отвечать ожиданиям экономических субъектов.

IV. Предварительное изучение арбитражных решений

21. Большинство регламентов, касающихся инвестиционного арбитража, не предусматривает процедуру контроля качества, до того, как будет вынесено окончательное арбитражное решение, которое в силу этого может стать объектом пересмотра.

22. Важно установить процедуру предварительного изучения арбитражных решений, аналогичную процедуре, используемой Международным арбитражным судом Международной торговой палаты.

23. Такое предварительное изучение, которое должно проводиться в течение короткого периода времени (приблизительно в течение двух недель), должно обеспечить, чтобы в каждом арбитражном решении были соблюдены все формальности, рассмотрены все требования и указаны основания для его принятия.

24. Кроме того, такая процедура позволит сторонам спора представлять письменные замечания арбитражному суду в отношении всех аспектов арбитражного решения, до того как оно станет окончательным.

25. Предварительное изучение арбитражных решений может осуществляться независимым органом при одной из существующих арбитражных организаций, например МЦУИС или Постоянной палатой третейского суда.

V. Финансирование третьими сторонами

26. Финансирование третьими сторонами является важным инструментом, используемым многими инвесторами, особенно теми из них, которые не имеют достаточных финансовых ресурсов для покрытия арбитражных издержек, связанных с предъявлением требований в отношении принимающих государств.

27. Однако такое финансирование не является прозрачным, поскольку соответствующие субъекты, использующие этот вид финансирования, обычно предпочитают не раскрывать информацию о своей роли другим сторонам спора или арбитрам.

28. Финансирование третьими сторонами не может играть конструктивную роль в системе УСИГ без соответствующего регулирования.

29. В этой связи для регулирования такого финансирования следует установить правила и процедуры, с тем чтобы инвесторы не могли его использовать в спекулятивных или неправомерных целях. Такие правила и процедуры можно предусмотреть для раскрытия идентификационных данных финансирующей третьей стороны, суммы финансирования и условий договора о финансировании, включая наличие или отсутствие безотзывного обязательства третьей стороны нести все возможные издержки, которые будут возложены на подавшего требование инвестора с учетом того, что инвестор, прибегающий к финансированию третьей стороной, обычно находится в трудном финансовом положении, которое не позволяет ему выполнить постановление об оплате издержек, в связи с чем такое невыполнение представляет собой риск для принимающего государства.

30. В ожидании принятия международных правил, регулирующих финансирование третьими сторонами, предлагается рассмотреть вопрос о запрещении такого финансирования в рамках нынешнего реформирования режима УСИГ.

VI. Обеспечение для покрытия издержек

31. Обеспечение для покрытия издержек является эффективным средством сдерживания подачи поверхностных или необоснованных требований. Кроме того, обеспечение для покрытия издержек позволяет принимающему государству защититься от риска объявления инвестором о своем банкротстве до выполнения постановления об оплате издержек.

32. В этой связи важно, чтобы реформирование системы УСИГ включало создание механизма, обязывающего арбитражные суды предписывать подающим требования инвесторам предоставлять обеспечение для покрытия издержек, особенно при наличии оснований считать, что инвестор структурировал предприятие или передал активы, с тем чтобы избежать последствий арбитражного разбирательства.

33. Кроме того, если финансирование третьими сторонами принимается в рамках реформирования системы УСИГ, то инвесторы, использующие этот инструмент, должны предоставить обеспечение для покрытия издержек с учетом того, что у таких инвесторов нет достаточных финансовых ресурсов для самостоятельного покрытия арбитражных издержек.

VII. Создание постоянного апелляционного механизма для рассмотрения арбитражных решений

34. Создание постоянного апелляционного механизма, который будет считаться более высокой судебной инстанцией, позволит:

- обеспечить последовательность при толковании положений ДИД, особенно существенных положений таких договоров, с целью недопущения формулирования арбитражными судами разных выводов в отношении одних и тех же фактов и, следовательно, формирования единообразной судебной практики, способствующей правовой определенности;
- придать осуществлению положений ДИД более предсказуемый характер для государств и инвесторов и таким образом повысить легитимность инвестиционного арбитража;
- исправлять ошибки, допущенные некоторыми арбитражными судами в арбитражных решениях, которые могут оказывать существенное воздействие на публичные средства, особенно в связи с тем, что инвестиционный арбитраж часто касается вопросов, представляющих публичный интерес.

Приложение II

[Подлинный текст на арабском языке]

1. Реформирование системы урегулирования споров между инвесторами и государствами является одной из основных проблем, возникающих в связи с отношениями между иностранным инвестором и государством, в котором осуществляются инвестиции. Эта проблема создает ряд юридических и материально-правовых вопросов.

I. Правовой дисбаланс

2. Инвестиционные арбитражные споры возникают в связи с обязательствами принимающего государства, изложенными в международном инвестиционном договоре, по отношению к другому государству-участнику в отличие от иностранного инвестора. Арбитражные споры зависят от вида участника, а не от другой стороны. Поведение оценивается с учетом обязательства, изложенного в международном инвестиционном договоре, заключенном другой стороной, а именно другим государством.

3. Публичный и открытый характер оферты, выданной принимающим государством, означает, что любой инвестор может обратиться в арбитраж даже при отсутствии прямых правовых отношений. Оферта адресована сторонам, которых государство не знает или о которых оно не осведомлено. Государство выдает оферты в открытом для всех порядке, что позволяет любой стороне, о которой ничего не известно, предъявить требование в арбитражном порядке. Это не имеет отношения к арбитражному разбирательству на основе договора, в рамках которого стороны знают друг друга в момент согласования условий арбитража. Эти вопросы рассматривались в рамках нескольких дел в Международном центре урегулирования инвестиционных споров, участником которого является Марокко. В качестве примера можно упомянуть дело Carlyle Group и дело с участием немецкой компании Scholz.

4. К арбитражному механизму может прибегнуть только инвестор, который определяет наиболее подходящие для него сроки и арбитражный режим. Он обладает определенной монополией на обращение в арбитражный суд, хотя государство не имеет таких полномочий. При инвестиционном арбитраже может быть только один заявитель требования, а именно инвестор, и один ответчик, а именно государство.

5. В результате инвесторы иногда обращаются в арбитражные суды, злоупотребляя этой практикой. В некоторых случаях их цель заключается в получении преимуществ для торга и оказания давления на принимающее государство для получения определенных привилегий в достижении урегулирования спора с ним или закрытия уголовного дела в отношении них.

II. Дисбаланс по существу

6. Инвестиционный арбитраж является односторонним в том смысле, что инвестору предоставляется абсолютная защита благодаря обязательствам, возлагаемым на принимающее государство. С другой стороны, обязательства иностранных инвесторов являются незначительными или вообще отсутствуют.

7. Кроме того, такие термины, как «инвестиции», «инвестор», «экспроприация инвестиций» и «справедливый и равноправный режим», определяются широко и в общих чертах. Эти термины охватывают целый ряд форм поведения государства, включая отказ в правосудии, дискриминационные процедуры, неправомерные и произвольные меры, и добросовестное участие. В этой связи

положения об арбитраже являются непоследовательными, а арбитражные суды лишены гарантий, подотчетности и прозрачности национальных судебных систем.

8. Такие формулировки, как «законные ожидания инвестора», также вызывают ряд вопросов. Не ясно, что означают эти термины, поскольку они различаются в зависимости от арбитражного суда, а их определения иногда противоречат политическим взглядам конкретной страны или наносят ущерб ее суверенному праву вносить поправки в свое внутреннее законодательство, особенно в области здравоохранения, охраны окружающей среды, безопасности и культурного разнообразия.

III. Замечания, касающиеся режима урегулирования споров между инвесторами и государствами

9. С учетом вышеизложенного и в целях обеспечения справедливого баланса между ожиданиями иностранных инвесторов и принимающего государства мы не считаем, что от режима урегулирования споров между инвесторами и государствами следует полностью отказаться. Наоборот, мы предлагаем провести поэтапную реформу, направленную на развитие арбитражного механизма и нацеленную на решение следующих вопросов:

а) большинство международных инвестиционных договоров не разрешают принимающему государству обратиться с ходатайством об арбитраже в отношении иностранного инвестора. Такая ситуация ущемляет права принимающего государства. В связи с этим следует предусмотреть, что государства могут возбуждать дело в отношении иностранного инвестора, если этот инвестор нарушает какие-либо положения внутреннего законодательства принимающего государства или международных договоров;

б) позиция арбитражного суда в отношении законных ожиданий инвестора может нарушать суверенные прерогативы принимающего государства, и в частности его право на внесение поправок в собственное законодательство. В этой связи мы предлагаем подробно рассмотреть обязательства, возлагаемые на государства. Государствам следует сохранить свободу законодательной деятельности в строго определенных секторах и областях при том условии, что приобретенные по закону инвестором права не будут затронуты. Эти обязательства должны быть предусмотрены в инвестиционном договоре, заключенном между принимающим государством и иностранным инвестором, при этом законные ожидания инвестора не должны толковаться как стабилизационная оговорка. Инвесторы не могут ссылаться на условия, изложенные в международном инвестиционном договоре, особенно в том, что касается справедливого и равноправного режима или законных ожиданий инвестора, таким образом, чтобы наложить на государство обязательство, в результате которого оно не сможет изменить свое собственное внутреннее законодательство. Когда государство принимает законодательные меры для защиты общественного благосостояния, экономические последствия таких мер для инвестора не могут нарушать международные обязательства такого государства;

с) что касается высоких арбитражных издержек, которые являются тяжелым бременем для государственного бюджета, то мы хотели бы внести следующее предложение:

- следует разработать рамочную основу, включающую механизм контроля за запросами инвесторов, с целью недопущения подачи иностранными инвесторами чрезмерных или неправомерных арбитражных ходатайств. Принимающие государства не должны подвергаться правовым и финансовым рискам, в связи с чем мы считаем, что следует поощрять ускоренное арбитражное разбирательство и автоматически отклонять неправомерные ходатайства об арбитраже;

- сторонам следует рекомендовать передавать споры между инвесторами и государствами сначала в национальные суды в течение определенного срока (например, 12 месяцев), прежде чем прибегать к режиму урегулирования споров между инвесторами и государствами. Компетентность по рассмотрению такого рода споров должна быть предоставлена национальным судам. Судьи должны иметь необходимую специальную подготовку по рассмотрению таких дел, и они должны проявлять беспристрастность в тех случаях, когда стороной спора является государство;

d) имели место случаи отсутствия прозрачности или конфликта интересов, которые наносят ущерб режиму урегулирования споров между инвесторами и государствами. Такие ситуации возникают в связи с отсутствием достаточного количества специалистов по урегулированию инвестиционных споров и лиц, которые могут быть назначены в качестве арбитров. В результате этого одни и те же лица могут совмещать функции («совмещение должностей»), выступая одновременно судьями, юрисконсультами и адвокатами. Наилучшим примером этого может служить недавнее дело арбитра г-жи Малотоби, которая отказалась участвовать в рассмотрении спора между Аргентиной и инвестором, после того как выяснилось, что ее муж является советником Аргентины;

в целях обеспечения прозрачности Марокко предлагает учитывать при отборе арбитров географические аспекты и гендерные факторы;

e) статья 4 Правил Комиссии Организации Объединенных Наций по праву международной торговли о прозрачности в контексте арбитражных разбирательств по спорам между инвесторами и государствами на основе международных договоров предусматривает, что третья сторона (т.е. *amicus curiae*) может ходатайствовать об урегулировании спора в арбитраже. В связи с этой практикой возникают следующие вопросы:

- обращение третьих сторон в арбитражные суды противоречит принципу относительности договоров и арбитражных соглашений;
- каким правовым статусом обладает третье лицо? Является ли оно стороной в споре или стороной, поддерживающей позицию одной из сторон арбитражного дела? Имеют ли его замечания общий характер или они относятся к средствам, принятым одной из сторон спора?
- какие ограничения применяются к участию в арбитражном деле субъекта, не являющегося стороной спора? Может ли он обращаться в национальный суд после вступления в силу судебного решения или после оспаривания его действительности?
- арбитражный суд вправе по своему усмотрению принимать или отклонять замечания третьего лица без консультации со сторонами спора, которые имеют право только на представление замечаний, касающихся позиций третьих лиц. В этой связи возникают вопросы в отношении критериев принятия замечаний арбитражным судом и ответственности арбитражного суда, особенно в тех случаях, когда вмешательство третьего лица является неправомерным или преследует цель затянуть разбирательство, в частности, если это третье лицо уведомлено определенными структурами или сторонами.