



# Генеральная Ассамблея

Distr.: Limited  
29 August 2019  
Russian  
Original: English

---

**Комиссия Организации Объединенных Наций  
по праву международной торговли  
Рабочая группа III (Реформирование системы  
урегулирования споров между инвесторами  
и государствами)  
Тридцать восьмая сессия  
Вена, 14–18 октября 2019 года**

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

### **Представление правительства Бахрейна**

#### **Записка Секретариата**

Настоящая записка содержит представление, полученное от правительства Бахрейна 29 августа 2019 года, в рамках подготовки тридцать восьмой сессии Рабочей группы III. Это представление воспроизводится в качестве приложения к настоящей записке в том виде, в каком оно было получено. Расширенный вариант этого представления был получен Секретариатом 5 августа 2019 года и доступен только на английском языке.



## Приложение

### 1. Введение

1. Настоящий документ состоит из шести разделов. Сначала в нем освещаются некоторые положительные аспекты системы УСИГ как для государств, так и для инвесторов (раздел 2). Затем изложены проблемы, возникающие в контексте УСИГ в связи с коллизиями интересов, обеспечением разнообразия, стоимостью и длительностью разбирательства, а также последовательностью арбитражных решений и постановлений (раздел 3). Далее в документе рекомендуется проявлять осторожность при решении вопроса о переходе к системе, состоящей из одного или нескольких постоянных международных инвестиционных судов (раздел 4). Затем проводится анализ альтернативных предложений по реформе УСИГ (раздел 5). Кроме того, в документе объясняется, почему мандат Рабочей группы III, который ограничивается процессуальными аспектами УСИГ<sup>1</sup>, не позволяет рассмотреть возможность проведения содержательной реформы международных инвестиционных соглашений (раздел 6). В заключение в свете решения, принятого Рабочей группой III на ее тридцать шестой сессии, о разработке плана работы для рассмотрения проблем, для решения которых была признана целесообразность проведения реформ в рамках ЮНСИТРАЛ<sup>2</sup>, Бахрейн представляет свое предварительное мнение о предлагаемом плане работы (раздел 7).

### 2. Преимущества существующей системы УСИГ для государств и инвесторов

2. Хотя у существующей системы УСИГ есть ряд недостатков, следует подчеркнуть ее многочисленные преимущества как для государств, так и для инвесторов. Как отмечено в докладе Центра по урегулированию международных споров (ЦУМС), к числу «многочисленных выгод» системы проведения арбитражных разбирательств между инвесторами и государствами относятся:

- Нейтральность. «Отдаленность лиц, принимающих решения, от политики (или деполитизация, которую называли преимуществом инвестиционного арбитража) и в то же время от интересов бизнеса».
- Окончательность и исполнимость решений в рамках УСИГ. «Первое экономит время и деньги, а второе обеспечивает максимальную эффективность этой системы».
- Управляемость, или функциональность системы УСИГ. Эта система отличается «легкостью» по сравнению с «тяжеловесностью» постоянных органов, принимающих решения, таких как Всемирная торговая организация (ВТО), так как они «требуют существенных ресурсов»<sup>3</sup>.

3. В рамках реформы преимущества УСИГ должны быть не просто сохранены, но и существенно укреплены. При этом самый важный момент заключается в том, что любая проводимая ЮНСИТРАЛ реформа не должна создавать риск дальнейшей фрагментации системы УСИГ.

<sup>1</sup> ЮНСИТРАЛ, Доклад Рабочей группы III о работе ее тридцать четвертой сессии, часть 1, A/CN.9/930/Rev.1, 19 декабря 2017 года, пункт 20 («было разъяснено, что мандат, предоставленный Рабочей группе, акцентирован на процессуальные аспекты урегулирования споров, а не на материально-правовые положения»).

<sup>2</sup> См. ЮНСИТРАЛ, Доклад Рабочей группы III о работе ее тридцать шестой сессии, A/CN.9/964, 6 ноября 2018 года, пункты 135–141.

<sup>3</sup> Gabrielle Kaufmann-Kohler & Michele Potestà, *Can the Mauritius Convention Serve as a Model for the Reform of Investor-State Arbitration in Connection with the Introduction of a Permanent Investment Tribunal or an Appeal Mechanism? Analysis and Roadmap* para. 23 (CIDS — Geneva Center for International Dispute Settlement 2016), [http://www.uncitral.org/pdf/english/CIDS\\_Research\\_Paper\\_Mauritius.pdf](http://www.uncitral.org/pdf/english/CIDS_Research_Paper_Mauritius.pdf) [далее — Доклад ЦУМС].

### 3. Проблемы в связи с УСИГ

#### 3.1 Коллизии интересов

4. Независимость и непредвзятость третейского суда являются основополагающими принципами верховенства права. Важно, чтобы третейский суд не просто являлся независимым и беспристрастным, но воспринимался как таковой<sup>4</sup>.

5. При рассмотрении вопроса о независимости и беспристрастности в контексте УСИГ есть веские основания использовать более жесткие критерии, чем в какой-либо другой области. В спорах в рамках УСИГ гораздо больше шанс возникновения пересекающихся и повторяющихся правовых вопросов и фактологических моделей. В случае УСИГ часто проводится толкование двусторонних инвестиционных договоров, которые содержат аналогично сформулированные материально-правовые положения, затрагивающие одни и те же правовые концепции<sup>5</sup>. Это в сочетании с тем фактом, что решения по спорам в рамках УСИГ обычно принимаются арбитрами, назначенными из относительно небольшого круга лиц, создает реальный риск возникновения коллизий интересов. Более того, некоторые специалисты-практики в области арбитража в своей профессиональной жизни выполняют несколько функций, выступая в качестве арбитров, адвокатов и экспертов, и регулярно назначают друг друга на эти должности, что является обычной практикой, и это увеличивает указанный риск<sup>6</sup>. Эта проблема еще более усугубляется тем, что специализированные арбитражные учреждения склонны воздерживаться от издания руководящих принципов по вопросу коллизий интересов<sup>7</sup>.

#### *Отводы арбитров и коллизии интересов*

6. Хотя многие решения об отводе арбитров в рамках инвестиционного арбитража общедоступны, целая категория решений, связанных с определенными аспектами коллизий интересов, такими как коллизии взглядов, остаются по большей части закрытыми. По поводу недостаточности решений, о которых предоставляется информация, в совместном докладе АОМП-МСКА о коллизиях взглядов отмечено, что «ограниченность числа общедоступных мотивированных решений об отводе арбитров является существенным препятствием для дальнейшего анализа» и что «во многих важных аспектах границы того, что является ненадлежащей предвзятостью, остаются размытыми»<sup>8</sup>.

<sup>4</sup> *R v. Sussex Justices, ex parte McCarthy* [1924] 1 KB 256, [1923] All ER Rep 233 («Правосудие должно не просто свершиться, но и быть явным»).

<sup>5</sup> Nassib G. Ziadé, *How Many Hats Can a Player Wear: Arbitrator, Counsel and Expert?* 24 ICSID Review – Foreign Investment Law Journal 49, 50 (2009).

<sup>6</sup> ЮНСИТРАЛ, Рабочая группа III, *Обеспечение независимости и беспристрастности арбитров и лиц, принимающих решения, в рамках УСИГ, записка Секретариата*, A/CN.9/WG.III/WP.151, 30 августа 2018 года, пункт 25 (Секретариат ЮНСИТРАЛ предостерегает, что «адвокат может согласиться на назначение конкретного арбитра в одном деле, и этот арбитр, выступая в качестве адвоката в другом деле, соглашается назначить назначившего его адвоката в качестве арбитра в этом втором деле.»). См. Ziadé, сноска 5 выше, 59–60.

<sup>7</sup> Nassib G. Ziadé, *Do we need a permanent investment court?* Global Arbitration Review (Feb. 13, 2019), <https://globalarbitrationreview.com/article/1180209/do-we-need-a-permanent-investment-court>.

<sup>8</sup> Report of the ASIL-ICCA Joint Task Force on Issue Conflicts in Investor-State Arbitration para. 185 (ICCA Reports No. 3, Mar. 17, 2016), [www.arbitration-icca.org/media/6/81372711507986/asil-icca\\_report\\_final\\_5\\_april\\_final\\_for\\_ridderprint.pdf](http://www.arbitration-icca.org/media/6/81372711507986/asil-icca_report_final_5_april_final_for_ridderprint.pdf). В докладе АОМП-МСКА говорится, что «коллизия взглядов» касается «предположения о том, что арбитр относится предвзято к конкретной точке зрения по определенным вопросам или уже составил свое мнение по этим вопросам. Такая предполагаемая предвзятость или предрасположенность к определенной точке зрения означает, что по правовым и фактологическим вопросам арбитр предположительно придерживается собственных уже сложившихся взглядов, которые сформировались на основе его опыта работы арбитром или адвокатом, в ходе написания научных статей, участия в интервью и публичного выражения своего мнения другими способами.» Там же, пункт 2.

7. Еще одна область, вызывающая обеспокоенность в контексте легитимности системы УСИГ, касается рассмотрения отводов арбитров и коллизий интересов. Решения об отводе арбитров в рамках инвестиционных споров чаще всего принимаются с помощью одной из двух систем. Право решать вопрос об отводе предоставляется либо компетентному органу (как, например, в соответствии с арбитражным регламентом Арбитражного института Стокгольмской торговой палаты или ЮНСИТРАЛ) либо остальным членам третейского суда, в отношении которых не заявлен отвод (как в рамках системы МЦУИС). Однако в соответствии с обеими системами решения принимаются без опоры на какие-либо подробные руководящие принципы в форме кодексов поведения. Это увеличивает риск того, что лица, принимающие такие решения об отводе, будут исходить исключительно из собственного личного опыта и субъективных взглядов, тем самым подрывая прозрачность и последовательность решений об отводе<sup>9</sup>. Проблематично также и то, что решение по ходатайству об отводе компетентный орган принимает самостоятельно, в силу чего неосознанная предвзятость лица, принимающего такое решение, не поддается контролю.

*Комитеты по аннулированию и коллизии интересов*

8. Для недавней практики МЦУИС характерна весьма любопытная особенность, связанная с отменой арбитражных решений: арбитры, чьи арбитражные решения рассматриваются или рассматривались в рамках процедуры отмены, нередко входят в состав комитетов по аннулированию по другим делам<sup>10</sup>. Это создает «как минимум впечатление, что члены комитетов по аннулированию решений могут быть склонны к выработке такой судебной практики, которая была бы выгодна с точки зрения их текущих или потенциальных арбитражных дел»<sup>11</sup>. Проблемы, возникающие в связи с такой практикой, очевидны и являются предметом критики<sup>12</sup>.

*Ограничения «мягких» норм Руководящих принципов Международной ассоциации юристов относительно конфликта интересов в международном арбитраже*

9. Большое значение для международного арбитража имела подготовка Руководящих принципов МАЮ относительно представительства сторон в международном арбитраже (2013 год) и Руководящих принципов МАЮ относительно конфликта интересов в международном арбитраже (с поправками 2014 года). В их основе лежит положение о том, что раскрытие информации арбитрами должно быть добровольным. Эти руководящие принципы содержат полезные указания по регулированию поведения как арбитров, так и адвокатов, и на них

<sup>9</sup> См. Nassib G. Ziadé, *Is ICSID heading in the wrong direction?* Global Arbitration Review (Feb. 24, 2015), <https://globalarbitrationreview.com/article/1034244/is-icsid-heading-in-the-wrong-direction> («У арбитров, принимающих решения, должна быть возможность воспользоваться подробными руководящими принципами, чтобы им не приходилось опираться главным образом на собственные субъективные взгляды и опыт. Результатом подобных бессистемных усилий в случае их совершения различными лицами, принимающими решения, может стать непоследовательная судебная практика по вопросу отвода арбитров или хуже того — принятие решения, не отражающего в достаточной степени принципы справедливости и надлежащего отправления правосудия.»).

<sup>10</sup> Там же.

<sup>11</sup> Там же.

<sup>12</sup> См. Hamid Gharavi, *ICSID annulment committees: the elephant in the room*, Global Arbitration Review (Nov. 24, 2014), <https://globalarbitrationreview.com/article/1033891/icsid-annulment-committees-the-elephant-in-the-room> (отмечается, что «были зафиксированы вызывающие обеспокоенность случаи, когда в специальные комитеты, назначенные генеральным секретарем [МЦУИС], входили члены третейских судов, чьи решения являлись предметом ходатайств об отмене», что, по мнению автора, «должно быть просто недопустимым», особенно с учетом «исключительного характера режима аннулирования решений МЦУИС как средства оспаривания арбитражных решений, [и] отсутствия каких-либо механизмов обжалования решений об аннулировании»).

регулярно ссылаются третейские суды по УСИГ при вынесении решений по ходатайствам об отводе.

10. Однако у них есть свои ограничения. Руководящие принципы содержат «мягкие» нормы и поэтому не имеют обязательной силы. Как отметил Секретариат ЮНСИТРАЛ, «вопрос совмещения должностей не затрагивается в Руководящих принципах МАЮ»<sup>13</sup>. Более того, один комментатор отметил, что [п]одавляющее большинство членов подкомитета, которые подготовили эти Руководящие принципы, сами являются теми же практикующими специалистами в области арбитража, деятельность которых подлежит регулированию. Другими словами, Руководящие принципы МАЮ представляют собой примеры передовой практики так, как их понимают признанные практикующие специалисты, что означает, что они в большей степени дают права, чем налагают ограничения<sup>14</sup>.

### 3.2 Кризис в области разнообразия в рамках УСИГ

11. Дискуссия по поводу разнообразия — или, скорее, его отсутствия — при формировании состава третейских судов в рамках УСИГ далеко не нова. Секретариат ЮНСИТРАЛ ранее уже отмечал обеспокоенность Рабочей группы по поводу проблемы разнообразия<sup>15</sup>. Бахрейн разделяет такую обеспокоенность.

12. Крайне важно, чтобы дискуссия по вопросу разнообразия основывалась на точных и полных данных и статистике. Однако имеющиеся данные о гражданстве арбитров, к сожалению, носят далеко не исчерпывающий характер. Во-первых, учреждения, как правило, публикуют информацию, касающуюся арбитражных дел по инвестиционным спорам, только при согласии сторон на такую публикацию<sup>16</sup>. Во-вторых, не все источники данных по инвестиционному арбитражу содержат статистические данные о гражданстве арбитров<sup>17</sup>. В-третьих, хотя некоторые арбитражные учреждения публикуют данные об арбитражах в

<sup>13</sup> ЮНСИТРАЛ, Рабочая группа III, *Обеспечение независимости и беспристрастности арбитров и лиц, принимающих решения, в рамках УСИГ, записка Секретариата*, A/CN.9/WG.III/WP.151, 30 августа 2018 года, пункт 29.

<sup>14</sup> Nassib G. Ziadé, *How Should Arbitral Institutions Address Issues of Conflicts of Interest?*, в работе *Festschrift Ahmed Sadek El-Koshery: From the Arab World to the Globalization of International Law and Arbitration* 211–223, at 215 (Mohamed Abdel Raouf, Philippe Leboulanger & Nassib G. Ziadé eds., Wolters Kluwer 2015).

<sup>15</sup> ЮНСИТРАЛ, Рабочая группа III, *Арбитры и лица, принимающие решение: механизмы назначения и связанные с этим вопросы, записка Секретариата*, A/CN.9/WG.III/WP.152, 30 августа 2018 года, пункт 20 (отмечено, что «ограниченный круг лиц неоднократно назначается арбитрами и, следовательно, неоднократно принимает решения по делам УСИГ. Рабочая группа также отметила отсутствие разнообразия в плане половой принадлежности, географического распределения, этнического происхождения и возраста» (внутренние ссылки опущены)). См. также ЮНСИТРАЛ, *Доклад Рабочей группы III о работе ее тридцать пятой сессии*, A/CN.9/935, 14 мая 2018 года, пункт 70 (указано, что «отсутствие разнообразия, как было отмечено, заключается в преимущественном назначении арбитров, представляющих определенный регион, ограниченную возрастную группу, одну половую принадлежность и ограниченную этническую группу»).

<sup>16</sup> Например, как указано на сайте Постоянной палаты третейского суда (ППТС), ППТС публикует «перечень дел, стороны которых согласились обнародовать публичную информацию о деле». См. <https://pca-cpa.org/en/cases/>. Аналогичным образом, в соответствии с арбитражным регламентом Арбитражного института Торговой палаты Стокгольма (ТПС), арбитражные решения, вынесенные при участии ТПС, остаются конфиденциальными, «если сторонами не согласовано иное». См. статью 3 Арбитражного регламента ТПС, [https://sccinstitute.com/media/293617/skiljedomsregler\\_2017\\_ru\\_web.pdf](https://sccinstitute.com/media/293617/skiljedomsregler_2017_ru_web.pdf). Точно так же на сайте PluriCourts приводится информация о 434 делах, решения по которым были приняты на основании материально-правовых положений инвестиционных договоров. Однако 26,9 процента окончательных арбитражных решений по этим делам не были обнародованы, что «ограничивает объем информации, которую [PluriCourts] может внести [в свою базу данных] по этим делам». См. [www.jus.uio.no/pluricourts/english/topics/investment/research-projects/database.html](http://www.jus.uio.no/pluricourts/english/topics/investment/research-projects/database.html).

<sup>17</sup> Например, ТПС публикует статистические данные об инвестиционных спорах, находящихся в ее ведении, однако они не содержат информации о гражданстве арбитров, назначенных для рассмотрения таких споров. Данные ТПС об инвестиционных спорах за 2018 год размещены на <https://sccinstitute.com/statistics/investment-disputes-2018/>.

разбивке по региону или гражданству, в них не проводится различие между делами по УСИГ и делами, не связанными с УСИГ<sup>18</sup>. Неполнота этих данных мешает проведению обоснованной дискуссии о масштабах кризиса разнообразия в системе УСИГ.

13. При этом статистические данные МЦУИС все же могут служить полезным ориентиром, особенно с учетом того, что, согласно его ежегодным докладам и другим данным из надежных источников, МЦУИС проводит от 60 до 75 процентов всех известных международных инвестиционных разбирательств<sup>19</sup>. Статистические данные МЦУИС о разнообразии приводятся ниже и не внушают оптимизма.

<sup>18</sup> Например, ТПС, Лондонский суд международного арбитража (ЛСМА) и Международная торговая палата (МТП) публикуют статистические данные о своей рабочей нагрузке, включая данные о гражданстве арбитров, но не проводят разграничение между делами по УСИГ и делами, не связанными с УСИГ. Данные об арбитрах, собранные каждым учреждением, в разбивке по региону выглядят следующим образом. Данные ТПС за 2018 год: Европа — 251 назначение (94 процента всех назначений арбитров), остальные 6 процентов: Южная Америка (1 назначение), Африка (2 назначения), Азия (3 назначения), Северная Америка (5 назначений) и Австралия (5 назначений); см. <https://sccinstitute.com/statistics/>. Данные ЛСМА за 2018 год: Западная Европа — 338 назначений (83 процента общего числа назначений), остальные 17 процентов: Ближний Восток (7 назначений), Восточная Европа (8 назначений), страны Африки к югу от Сахары (9 назначений), Южная Америка (9 назначений) и Юго-Восточная Азия и Тихоокеанский регион (29 назначений); см. [www.lcia.org/News/2018-annual-casework-report.aspx](http://www.lcia.org/News/2018-annual-casework-report.aspx). Данные МТП за 2017 год: Северная и Западная Европа — 53,6 процента, страны Африки к югу от Сахары — 1,6 процента, Северная Африка — 2,3 процента, Центральная и Западная Азия — 4,2 процента, Северная Америка — 9,3 процента, Юго-Восточная Азия и Тихоокеанский регион — 9,5 процента и Латинская Америка и Карибский бассейн — 13,5 процента; см. <https://cdn.iccwbo.org/content/uploads/sites/3/2018/07/2017-icc-dispute-resolution-statistics.pdf>. Хотя эти статистические данные не отражают положения дел в плане разнообразия непосредственно в сфере инвестиционного арбитража, они показывают, что не только УСИГ, но и международный арбитраж в целом сталкивается с проблемой разнообразия.

<sup>19</sup> См., например, Годовой доклад МЦУИС за 2017 год, стр. 3 (отмечено, что МЦУИС «проводит более 70 процентов всех известных международных инвестиционных разбирательств»). См. также ЮНСИТРАЛ, Рабочая группа III, *Возможная работа по реформированию системы урегулирования споров между инвесторами и государствами (УСИГ)*, записка Секретариата, A/CN.9/WG.III/WP.149, 5 сентября 2018 года, пункт 7 (Секретариат ЮНСИТРАЛ отметил, что «дела, рассматриваемые МЦУИС, как считается, составляют 75 процентов от общего количества дел, касающихся инвестиционных договоров») (внутренние ссылки опущены). Более того, по данным, собранным Центром по вопросам инвестиционной политики (это сайт, которым управляет Конференция Организации Объединенных Наций по торговле и развитию (ЮНКТАД)), по состоянию на 27 июля 2019 года МЦУИС вел 73 процента всех известных дел по УСИГ на основе договоров, в отношении которых были доступны данные, или 62 процента дел, если учитывать дела, в случае которых проводящее разбирательство учреждение не указано или у ЮНКТАД отсутствует достаточная информация по другим причинам. Согласно ЮНКТАД, было зафиксировано 942 дела по УСИГ на основе международных договоров, разбирательство по которым проводили следующие арбитражные учреждения: МЦУИС (568 дел), ППТС (136 дел), ТПС (47 дел), МТП (17 дел), ЛСМА (5 дел), Московская торговая промышленная палата (3 дела), Каирский региональный центр международного коммерческого арбитража (2 дела), Гонконгский международный арбитражный центр (1 дело). Кроме того, было зафиксировано 67 разбирательств по УСИГ без участия какого-либо учреждения и 70 дел, в отношении которых у ЮНКТАД отсутствует соответствующая информация. См. <https://investmentpolicy.unctad.org/investment-dispute-settlement> (раздел «Учреждения» (“Institutions”)).

Арбитры, посредники и члены специальных комитетов, назначенные в рамках рассмотрения дел, зарегистрированных в соответствии с Конвенцией МЦУИС и Регламентом дополнительного механизма МЦУИС (2011–2018 годы), в разбивке по региону<sup>20</sup>:

Географическое положение	2011	2012	2013	2014	2015	2016	2017	2018
Африка к югу от Сахары	3%	1%	1%	1%	1%	3%	5%	1%
Ближний Восток и Северная Африка	3%	1%	2%	3%	4%	2%	5%	4%
Центральная Америка и Карибский бассейн	2%	3%	3%	3%	5%	2%	5%	2%
Восточная Европа и Центральная Азия	2%	2%	1%	5%	3%	1%	3%	6%
Юго-Восточная Азия и Тихоокеанский регион	15%	14%	13%	14%	13%	19%	14%	9%
Южная Америка	21%	13%	10%	10%	5%	13%	7%	15%
Северная Америка	19%	24%	14%	15%	19%	18%	14%	16%
Западная Европа	35%	42%	56%	49%	50%	42%	47%	47%

Географическое распределение дел, зарегистрированных против государств в соответствии с Конвенцией МЦУИС и Регламентом дополнительного механизма МЦУИС (2011–2018 годы)<sup>21</sup>:

Географическое положение	2011	2012	2013	2014	2015	2016	2017	2018
Африка к югу от Сахары	11%	14%	15%	21%	15%	6%	15%	11%
Ближний Восток и Северная Африка	13%	10%	20%	5%	11%	11%	15%	16%
Центральная Америка и Карибский бассейн	0	4%	7%	8%	2%	6%	4%	4%
Восточная Европа и Центральная Азия	29%	26%	33%	32%	23%	31%	36%	32%

14. Эти статистические данные свидетельствуют о серьезной недопредставленности целых регионов мира и «указывают на четкое разделение труда в МЦУИС: дела возбуждаются против арабских государств, государств Африки, Центральной Азии и Восточной Европы, а принятием решений по ним и формированием соответствующей судебной практики занимаются граждане Западной Европы и Северной Америки»<sup>22</sup>.

15. Бахрейн считает, что для УСИГ проблема разнообразия является одной из наиболее острых на сегодняшний день. Наблюдается серьезная нехватка разнообразия с точки зрения как гендерной принадлежности, так и географического происхождения. Для решения проблемы несбалансированности назначений необходимо прилагать гораздо больше усилий. Необходимы срочные реформы и реальные изменения.

### 3.3 Стоимость и сроки рассмотрения дел в рамках УСИГ

16. Бахрейн разделяет обеспокоенность, выраженную Секретариатом ЮНСИТРАЛ<sup>23</sup> и правительством Таиланда<sup>24</sup>, в связи со стоимостью и продолжительностью арбитражных разбирательств как для инвесторов, особенно для малых и средних предприятий, так и для государств. Как неоднократно

<sup>20</sup> Статистика рабочей нагрузки МЦУИС (2011–2018 годы), <https://icsid.worldbank.org/en/Pages/resources/ICSID-Caseload-Statistics.aspx> (за 2011 год: Выпуск 2012-1, стр. 25; 2012 год: Выпуск 2013-1, стр. 18; 2013 год: Выпуск 2014-1, стр. 30; 2014 год: Выпуск 2015-1, стр. 24; 2015 год: Выпуск 2016-1, стр. 30; 2016 год: Выпуск 2017-1, стр. 32; 2017 год: Выпуск 2018-1, стр. 33; 2018 год: Выпуск 2019-1, стр. 33).

<sup>21</sup> Там же, (за 2011 год: Выпуск 2012-1, стр. 22; 2012: Выпуск 2013-1, стр. 24; 2013 год: Выпуск 2014-1, стр. 24; 2014 год: Выпуск 2015-1, стр. 30; 2015 год: Выпуск 2016-1, стр. 24; 2016 год: Выпуск 2017-1, стр. 25; 2017 год: Выпуск 2018-1, стр. 26; 2018 год: Выпуск 2019-1, стр. 26).

<sup>22</sup> См. Ziadé, сноска 9 выше.

<sup>23</sup> В целом см. ЮНСИТРАЛ, Рабочая группа III, *Возможная работа по реформированию системы урегулирования споров между инвесторами и государствами (УСИГ)*, записка Секретариата, A/CN.9/WG.III/WR.149, 5 сентября 2018 года.

<sup>24</sup> См. ЮНСИТРАЛ, Рабочая группа III, *Возможная работа по реформированию системы урегулирования споров между инвесторами и государствами (УСИГ)*, Замечания, представленные правительством Таиланда, A/CN.9/WG.III/WR.147, 11 апреля 2018 года, пункты 15–16, 19–21.

показывали обследования, проводимые совместно Факультетом международного арбитража Лондонского университета королевы Марии и компанией «White & Case», худшей характеристикой международного арбитража является его стоимость<sup>25</sup>.

17. Вступив в серьезный и дорогостоящий спор по УСИГ, государства, как правило, опираются на помощь международных юридических фирм. Именно гонорары адвокатов и экспертов, а не арбитров или арбитражных учреждений, являются истинной причиной роста стоимости разбирательства. Расходы, связанные с обеспечением наилучшего юридического представительства, действительно высоки, и они возрастают еще больше из-за продолжительности разбирательства, которое может длиться несколько лет.

### 3.4 Последовательность и согласованность судебной практики по УСИГ

18. Бахрейн отмечает замечания Секретариата ЮНСИТРАЛ, представленные в его содержательном документе о последовательности в системе УСИГ<sup>26</sup>. Бахрейн разделяет точку зрения Секретариата о том, что последовательность и согласованность «не являются самоцелью» и что, пытаясь «добиться единообразного толкования» положений «разнообразных международных инвестиционных договоров», необходимо «проявлять предельную осторожность», с учетом того, что сам договорной режим УСИГ «является неоднородным»<sup>27</sup>.

19. Кроме того, Бахрейн отмечает обеспокоенность, выраженную в документе Секретариата ЮНСИТРАЛ, по поводу расхождений в толковании материально-правовых стандартов<sup>28</sup>.

20. Однако Рабочей группе III не следует полагать, что такие расхождения касаются судебной практики по УСИГ в целом. Напротив, следует отметить, что в судебной практике по УСИГ есть много примеров единообразия. Поэтому дискуссии по вопросу о расхождениях должны быть соразмерными.

21. Что касается особых мнений при вынесении арбитражных решений, то Бахрейн отмечает обеспокоенность в связи с тем фактом, что такое мнение «в большинстве случаев высказывается»<sup>29</sup> арбитрами, назначенными проигравшей стороной, что «способствует общему представлению о наличии возможной предвзятости»<sup>30</sup>. Однако особые мнения могут играть важную роль в контексте аннулирования арбитражных решений.

<sup>25</sup> Queen Mary School of International Arbitration and White & Case, *2018 International Arbitration Survey: The Evolution of International Arbitration* para. 7, [www.whitecase.com/sites/whitecase/files/files/download/publications/qmul-international-arbitration-survey-2018-18.pdf](http://www.whitecase.com/sites/whitecase/files/files/download/publications/qmul-international-arbitration-survey-2018-18.pdf) («Респондентам также был задан вопрос о том, что, по их мнению, является худшей характеристикой арбитража. Предыдущие обследования, проведенные Факультетом еще в 2006 году, показали, что наибольшее недовольство пользователей вызывает "стоимость" арбитража. Эта тенденция сохраняется и в нынешнем обследовании, поскольку вариант "стоимость" снова лидирует и лидирует с существенным отрывом.»).

<sup>26</sup> ЮНСИТРАЛ, Рабочая группа III, *Последовательность и смежные вопросы, записка Секретариата*, A/CN.9/WG.III/WP.150, 28 августа 2018 года.

<sup>27</sup> Там же, пункт 8.

<sup>28</sup> Там же, пункты 16–18, а также арбитражные решения и решения инвестиционных судов, упомянутые в сносках 8–40.

<sup>29</sup> ЮНСИТРАЛ, Рабочая группа III, *Обеспечение независимости и беспристрастности арбитров и лиц, принимающих решения, в рамках УСИГ, записка Секретариата*, A/CN.9/WG.III/WP.151, 30 августа 2018 года, пункт 42 (цит. по пункту 58 документа A/CN.9/935).

<sup>30</sup> Там же.

#### 4. Трудности, связанные с системой на основе постоянного многостороннего инвестиционного суда

##### 4.1 Аргументы в пользу создания системы на основе инвестиционного суда

22. В ответ на критику в адрес УСИГ в одном из выдвинутых предложений было предложено заменить существующую систему на систему на основе постоянного инвестиционного суда.

23. Наиболее значимым сторонником этого предложения является Европейская комиссия. В соответствии с недавними договорами, заключенными Европейским союзом (ЕС) с Канадой, Вьетнамом и Сингапуром, на стороны этих договоров распространяется действие системы инвестиционного суда<sup>31</sup>. Предложение ЕС по вопросам инвестиций, содержащееся в главе II документа о Трансатлантическом торговом и инвестиционном партнерстве (ТТИП), также содержит модель системы на основе инвестиционного суда<sup>32</sup>. Кроме того, каждый из вышеупомянутых документов налагает на договаривающиеся государства обязательство вести совместную работу в целях создания системы на основе многостороннего инвестиционного суда<sup>33</sup>.

24. ЦУМС (по заказу ЮНСИТРАЛ) провел исследование по вопросу о том, может ли Конвенция Организации Объединенных Наций о прозрачности в контексте арбитражных разбирательств между инвесторами и государствами на основе международных договоров («Маврикийская конвенция») использоваться в качестве полезной модели для проведения более широкой реформы процедурных аспектов УСИГ. В своем первом докладе («Доклад ЦУМС») ЦУМС предусматривает создание «действительно многосторонней системы урегулирования споров»<sup>34</sup> в форме постоянного многостороннего инвестиционного суда («Международного суда по вопросам инвестиций», или МСИ) и/или механизма обжалования (МО) арбитражных решений по спорам между инвесторами и государствами. Согласно Докладу ЦУМС, одним из возможных путей создания такой системы на основе многостороннего инвестиционного суда является разработка факультативной конвенции, аналогичной Маврикийской конвенции<sup>35</sup>. Затем ЦУМС подготовил для ЮНСИТРАЛ дополнительный доклад о составе

<sup>31</sup> Всеобъемлющее экономическое и торговое соглашение (СЕТА) между Канадой и ЕС, глава 8 (Инвестиции); Соглашение о защите инвестиций между ЕС и Вьетнамом, глава 3 (Урегулирование споров); Соглашение о защите инвестиций между ЕС и Сингапуром, глава 3 (Урегулирование споров).

<sup>32</sup> См. EU's draft textual proposal of the Transatlantic Trade and Investment Partnership (ТТИП), Chapter II (Investment).

<sup>33</sup> См. статью 8.29 СЕТА («Стороны совместно с другими торговыми партнерами ведут работу по созданию многостороннего инвестиционного суда и апелляционного механизма для урегулирования инвестиционных споров.»); статья 3.41 ССТ между ЕС и Вьетнамом (то же); статья 3.12 ССТ между ЕС и Сингапуром (то же); статья 12 (проекта) ТТИП (то же). В Докладе ЦУМС по поводу СЕТА и ССТ между ЕС и Вьетнамом отмечено, что «новый многосторонний орган должен обладать юрисдикцией и заменить двусторонний постоянный орган и/или апелляционный суд, действующий в соответствии с этими двумя договорами». См. Доклад ЦУМС, сноска 3 выше, пункт 54.

<sup>34</sup> Доклад ЦУМС, сноска 3 выше, стр. 4.

<sup>35</sup> Там же, пункты 75–78. В частности, в Докладе ЦУМС отмечено, что факультативная конвенция могла бы стать «инструментом, с помощью которого стороны» международных инвестиционных договоров могли бы «выражать свое согласие» на передачу споров между инвесторами и государствами на рассмотрение в постоянный инвестиционный суд. См. Доклад ЦУМС, сноска 3 выше, пункт 212. В Докладе ЦУМС для рассмотрения ЮНСИТРАЛ предлагается следующая «дорожная карта»: i) определение основных характеристик Международного суда по вопросам инвестиций (МСИ) и механизма обжалования (МО); и ii) разработка факультативной конвенции, предполагающей обеспечение действия МСИ и МО в отношении международных инвестиционных договоров. Что касается правовых инструментов, учреждающих МСИ и МО («уставов»), то в Докладе ЦУМС предлагается два варианта: они либо могут иметь форму «мягких» правовых норм, как Арбитражный регламент ЮНСИТРАЛ, и тогда их разработкой будет заниматься Рабочая группа II, либо форму международных договоров.

многостороннего инвестиционного суда, в котором, среди прочего, идет речь о критериях и процедуре отбора судей («Дополнительный доклад ЦУМС») <sup>36</sup>.

25. Сторонники системы на основе постоянного инвестиционного суда считают ее одним из способов решения основных проблем, связанных с УСИГ. Например:

- Судьи, назначаемые в постоянный суд, будут работать на постоянной, а не на разовой основе, что, по мнению сторонников этого подхода, поможет гарантировать их независимость и беспристрастность. Кроме того, разработка обязательного кодекса поведения и создание реестра судей будут способствовать обеспечению того, чтобы у всех кандидатов была возможность заслушивать дела <sup>37</sup>.
- Создание постоянного инвестиционного суда может способствовать более последовательному толкованию материально-правовых средств защиты, предусмотренных международными инвестиционными соглашениями, а обжалование решений на основе вопросов факта и права — исправлению ошибочных решений и повышению предсказуемости <sup>38</sup>.
- Продолжительность разбирательства будет ограничена, а его продление будет разрешаться только в исключительных обстоятельствах <sup>39</sup>.
- Возможность совмещения должностей в итоге будет исключена <sup>40</sup>.

#### 4.2 Вопросы, вызывающие обеспокоенность в связи с системой на основе постоянного инвестиционного суда

26. Хотя Бахрейн разделяет многие критические замечания в адрес системы УСИГ, у него есть сомнения по поводу того, что создание системы на основе постоянного инвестиционного суда позволит адекватным образом устранить основные недостатки существующей системы. Постоянный суд может даже создать новые проблемы.

##### 4.2.1 Риск политизации назначения судей

27. На текущем этапе неизбежно складывается впечатление, что система на основе инвестиционного суда — в том виде, в каком она предусмотрена в настоящее время — будет ориентирована на интересы государств, особенно в плане назначения судей <sup>41</sup>. В рамках действующей системы УСИГ каждая сторона

<sup>36</sup> В целом см. Gabrielle Kaufmann-Kohler & Michele Potestà, *The Composition of a Multilateral Investment Court and of an Appeal Mechanism for Investment Awards: CIDS Supplemental Report* (CIDS — Geneva Center for International Dispute Settlement 2017), [www.uncitral.org/pdf/english/workinggroups/wg\\_3/CIDS\\_Supplemental\\_Report.pdf](http://www.uncitral.org/pdf/english/workinggroups/wg_3/CIDS_Supplemental_Report.pdf) [далее — *Дополнительный доклад ЦУМС*]. Цель этого доклада заключалась в проведении сравнительного анализа международных судов и трибуналов и извлечении уроков из этого сравнения.

<sup>37</sup> См. Bahrain Chamber for Dispute Resolution and the Arbitration Institute of the Stockholm Chamber of Commerce, *Salient Issues in Investment Arbitration, Report on Panel 1: Should investment disputes be submitted to international arbitration or to a permanent investment court?* Комментарии Маркуса Бургшталлера (отмечено, что «предложение ЕС ориентировано на урегулирование основных вопросов, вызывающих обеспокоенность Рабочей группы III»), [www.bcdr-aaa.org/report-on-panel-1-should-investment-disputes-be-submitted-to-international-arbitration-or-to-a-permanent-investment-court/](http://www.bcdr-aaa.org/report-on-panel-1-should-investment-disputes-be-submitted-to-international-arbitration-or-to-a-permanent-investment-court/).

<sup>38</sup> Там же.

<sup>39</sup> Там же. Комментарии Марка Бунгенберга.

<sup>40</sup> В заключенных ЕС договорах, связанных с созданием системы на основе инвестиционного суда, предусмотрено, что вместо вознаграждения судьям может выплачиваться обычная заработная плата и что на этом этапе судье будет «запрещено заниматься какой-либо профессиональной деятельностью», кроме случаев предоставления соответствующего разрешения в «исключительных обстоятельствах». См. статью 9(15) (проекта) ТТИП; статью 3.38(17) ССТ между ЕС и Вьетнамом (то же); статью 3.10(13) ССТ между ЕС и Сингапуром (то же). В СЕТА аналогичное положение не предусмотрено.

<sup>41</sup> Ziadé, сноска 7 выше.

спора участвует в формировании состава третейского суда на равноправной основе. Однако в соответствии с системой, описанной в заключенных ЕС договорах, полномочия по назначению судей будут принадлежать исключительно государствам. В результате государство, являющееся стороной спора, который рассматривается постоянным инвестиционным судом, будет играть центральную роль в процессе назначения, поскольку оно является договаривающейся стороной договора. При этом у инвесторов, напротив, не будет таких полномочий<sup>42</sup>. Вопрос о доминирующей роли, которую получат государства в процессе отбора судей, также освещается в Дополнительном докладе ЦУМС<sup>43</sup>.

28. По вопросу назначения судей сторонники системы на основе инвестиционного суда утверждают следующее: при назначении в состав постоянного механизма договаривающиеся стороны будут отдавать объективно настроенным кандидатам предпочтение перед теми, кого считают слишком явно предрасположенными в пользу инвесторов или же государств, поскольку от арбитров будет требоваться учет интересов не только потенциальных ответчиков, но и потенциальных истцов в инвестиционных спорах ввиду необходимости обеспечить инвесторам в соответствующих странах надлежащую степень защиты. Поэтому их подход будет более дальновидным<sup>44</sup>.

29. Тем не менее замена всей системы, предусматривающей назначение арбитров сторонами спора, системой, в рамках которой судьи назначаются государствами, которые являются сторонами договора об учреждении постоянного инвестиционного суда, создает риск политизации процесса назначения судей. Действительно, эта проблема была озвучена комментаторами<sup>45</sup>, и она может стать причиной исчезновения одной из отличительных черт существующего режима УСИГ, в рамках которого до настоящего момента удавалось весьма успешно не допускать политизации процесса назначения<sup>46</sup>.

<sup>42</sup> Там же.

<sup>43</sup> *Дополнительный доклад ЦУМС*, сноска 36 выше, пункт 107 («В результате перехода от специального к постоянному механизму урегулирования споров процесс отбора будет осуществляться под контролем государств.»). Там же, стр. 3 («судьи будут назначаться не сторонами спора, а в основном (хотя и [sic] необязательно исключительно) выбираться сторонами документа, учреждающего новые органы, проводящие разбирательства»). Там же, пункт 14 («Государства будут иметь возможность участвовать в определении состава этого органа, выступая в качестве сторон договора»), и «переход от специального к постоянному режиму означает, что одна категория сторон в споре теряет контроль над процессом отбора, так как он остается полностью в руках другой стороны, поскольку она одновременно является стороной договора»).

<sup>44</sup> ЮНСИТРАЛ, Рабочая группа III, *Возможная работа по реформированию системы урегулирования споров между инвесторами и государствами (УСИГ)*, *Представление Европейского союза и его государств-членов*, A/CN.9/WG.III/WP.159/Add.1, 24 января 2019 года, пункт 23.

<sup>45</sup> Доклад ЦУМС, сноска 3 выше, пункт 34 («Как показывает опыт, политические факторы всегда были "важной переменной" в процессе назначения судей в международные суды. Создание постоянного органа может означать возвращение политики в урегулирование споров между инвесторами и государствами и противоречить основополагающей цели этого режима, что, в свою очередь, может негативно повлиять на его легитимность.») (внутренние ссылки опущены). См. также American Bar Association Section of International Law, *Investment Treaty Working Group Task Force: Report on the Investment Court System Proposal* 24 (Oct. 14, 2016) [далее — Доклад AAA] («[К]омментаторы выразили обеспокоенность в связи с тем, что отбор судей будет осуществляться на основе политических соображений и будет сопряжен с риском назначения сторонами договора лиц, которые, несмотря на свою независимость, с большей вероятностью будут учитывать интересы государств-ответчиков. В результате может сложиться впечатление о предвзятости Инвестиционного суда в пользу государства-ответчика.») (внутренние ссылки опущены).

<sup>46</sup> В *Дополнительном докладе ЦУМС* также признаются риски политизации назначения судей в постоянный орган. См. *Дополнительный доклад ЦУМС*, сноска 36 выше, пункт 108 («Как показывает практика действующих постоянных международных судов и трибуналов, участие государств (и в рамках государственного аппарата в особенности *правительств*) может создавать риски политизации процедуры отбора.») (внутренние ссылки опущены).

30. Кроме того, если система на основе инвестиционного суда будет предусматривать, как и разработанная ЕС модель, назначение части судей из числа граждан «третьих стран», то в результате в этой системе может возникнуть наибольший риск политизации назначения судей. В соответствии с (проектом) ТТИП председателем Суда первой инстанции или Апелляционного суда может быть только гражданин «третьей страны». Председатели обоих судов обладают значительными полномочиями. Они выносят решения об отводе судей<sup>47</sup>, председательствуют в соответствующих судах<sup>48</sup> и назначают судей для рассмотрения отдельных споров<sup>49</sup>. Неясно, предполагается ли применение этого подхода в случае создания многостороннего инвестиционного суда. Что касается вопроса о назначениях в рамках системы на основе многостороннего суда, то в Дополнительном докладе ЦУМС точно так же признаются риски, связанные с порядком распределения дел между судьями<sup>50</sup>.

31. Более того, как отметил один из комментаторов, «лишь тот факт, что авансовый гонорар судьям будет выплачиваться государствами, сделает судей экономически зависимыми от государств, что может помешать их восприятию как независимых и беспристрастных»<sup>51</sup>.

32. Кроме того, если срок полномочий судей будет подлежать продлению, то у некоторых государств может возникнуть соблазн выступить против повторного назначения судей, которые, по мнению этих государств, действовали не в их интересах.

33. В основе имеющихся предложений о создании системы на основе постоянного инвестиционного суда лежит в значительной мере модель урегулирования споров, принятая в ВТО. Однако одна ее важная характеристика отсутствует. В рамках системы ВТО стороны спора могут выбирать членов коллегии из списка кандидатов на должность судей, тогда как имеющиеся предложения о создании постоянного инвестиционного суда не предусматривают возможности аналогичного выбора. Как было подчеркнуто Секцией международного права

<sup>47</sup> См. статью 11(2)–(3) (проекта) ТТИП. См. также статью 3.4011(2)–(3) ССТ между ЕС и Вьетнамом; статью 3.1140(2)–(3) ССТ между ЕС и Сингапуром (то же). Согласно СЕТА, Председатель Международного суда выносит решения по ходатайствам об отводе. См. статью 8.30(2) СЕТА.

<sup>48</sup> См. статью 9(6) (проекта) ТТИП («Председателем коллегии суда назначается судья, являющийся гражданином третьей страны.»). См. также статью 8.27(6) СЕТА (то же).

<sup>49</sup> См. статью 9(7) (проекта) ТТИП (в которой предусмотрено, что председатель суда «назначает» судей для рассмотрения споров «на основе ротации» в целях обеспечения того, чтобы состав коллегий был «случайным и непредсказуемым при условии предоставления» всем судьям «равных возможностей» для работы). См. также статью 8.27(7) СЕТА (то же); статью 3.38(7) ССТ между ЕС и Вьетнамом (то же); статью 3.9(8) ССТ между ЕС и Сингапуром (то же).

<sup>50</sup> По вопросу о возможном введении «списка кандидатов» для распределения дел между судьями в *Дополнительном докладе ЦУМС* отмечаются не только определенные преимущества, но и опасения в связи с созданием подобной системы. См. *Дополнительный доклад ЦУМС*, сноска 36 выше, пункт 173 («Система на основе списка кандидатов будет способствовать сохранению обеспокоенности по поводу предвзятости судей в пользу назначающей стороны спора и возникающего в результате чрезмерного влияния председателя палаты.»); там же, пункт 174 («[В]полне можно предположить, что в рамках модели на основе списка кандидатов члены [Международного суда по вопросам инвестиций] МСИ в целях получения назначений могут испытывать желание позиционировать себя в качестве сторонников либо инвесторов, либо государств, что будет сопряжено с риском поляризации»).

<sup>51</sup> Burgstaller, сноска 37 выше. См. также *Доклад ЦУМС*, сноска 3 выше, пункт 34 («[Н]азначение государствами судей в постоянный штат может вызывать вопросы в плане беспристрастности. Может возникнуть неизбежный риск того, что будут отбираться только или в основном "прогосударственные" кандидатуры, особенно если оплачивать их работу будут только государства. Особое "беспокойство связано с необходимостью опираться на решения лиц, подотчетных тем самым суверенным государствам, действия которых оцениваются.») (внутренние ссылки опущены).

Американской ассоциации адвокатов, это равносильно полному устранению автономии сторон из процесса назначения членов третейского суда<sup>52</sup>.

34. В целях решения проблемы полного исчезновения назначаемых сторонами третейских судов было предложено при назначении судей «проводить некоторые консультации с организациями, представляющими интересы инвесторов»<sup>53</sup>. Однако в связи с этим сразу же возникает два вопроса. Во-первых, кто будет определять такие коммерческие организации и назначать их? Во-вторых, если не будет предусмотрено, что договаривающиеся государства обязаны следовать рекомендациям таких организаций, то степень их влияния будет ограничена, а сами рекомендации будут оказывать лишь убеждающее действие<sup>54</sup>.

#### 4.2.2 Коллизии интересов

35. Как было отмечено выше, коллизии интересов являются реальной причиной для обеспокоенности в рамках УСИГ<sup>55</sup>. Имеющиеся предложения не только не устраняют такую обеспокоенность, но и, скорее всего, приведут к сохранению сомнительной практики. На настоящий момент решения об отводе судей принимаются единолично председателем Суда первой инстанции или Апелляционного суда<sup>56</sup>. В результате возникают риски, аналогичные тем, которые отмечаются в связи с передачей полномочий по вынесению решений об отводе компетентному органу<sup>57</sup>.

#### 4.2.3 Разнообразие

36. Как уже было отмечено в настоящем документе, в составе третейских судов по УСИГ серьезно недопредставлены целые регионы мира<sup>58</sup>. Любое предложение о реформировании должно предусматривать исправление этой ситуации.

37. В каком-то смысле имеющееся предложение о создании системы на основе постоянного инвестиционного суда создает возможности для укрепления разнообразия. Например, согласно модели, предлагаемой ЕС, определенная доля судей должна отбираться из граждан «третьих стран», т.е. из числа тех, кто не

<sup>52</sup> См. Доклад ААА, сноска 45 выше, стр. 30 («В основе модели Инвестиционного суда лежит система урегулирования споров ВТО. При определении состава конкретной коллегии Инвестиционного суда, которая будет рассматривать дело, Инвестиционный суд не будет учитывать мнения сторон спора. Это значительно отличается от процесса урегулирования споров ВТО, в рамках которого стороны спора выбирают членов своих коллегий на основе предложений, выдвинутых Секретариатом ВТО.»).

<sup>53</sup> Доклад ЦУМС, сноска 3 выше, пункт 99. См. также *Дополнительный доклад ЦУМС*, сноска 36 выше, пункт 113 («[п]роцедура [выбора кандидатов] должна носить *открытый* характер и предполагать учет мнений различных заинтересованных сторон. Поэтому на одном из этапов этого процесса необходимо удостовериться в том, что при отборе кандидатов были учтены мнения заинтересованных сторон, не являющихся государствами.») (внутренние ссылки опущены). Там же, пункт 211 («любая процедура отбора, разработанная государствами, должна быть легитимной с точки зрения всех заинтересованных сторон»). См. также ЮНСИТРАЛ, Рабочая группа III, *Возможная будущая работа в области урегулирования споров: Реформы в области урегулирования споров между инвесторами и государствами (УСИГ)*, записка Секретариата, A/CN.9/917, 20 апреля 2017 года, пункт 36 («Были заданы вопросы, касающиеся того, будут ли исключительно государства принимать участие в процессе отбора либо предполагается также проводить консультации с бизнес-организациями, т.е. организациями, представляющими интересы инвесторов, что позволило бы избежать избрания главным образом или же только судей "государственников", особенно если система будет финансироваться исключительно за счет государственных средств.»).

<sup>54</sup> Ziadé, сноска 7 выше.

<sup>55</sup> Пункты 4–10 настоящего документа.

<sup>56</sup> См. статью 9(6) (проекта) ТТИП («Председателем коллегии суда назначается судья, являющийся гражданином третьей страны.»). См. также статью 8.27(6) СЕТА (то же).

<sup>57</sup> См. пункт 7 настоящего документа.

<sup>58</sup> Пункты 11–15 настоящего документа.

является гражданами ни одной из стран ЕС, или другого договаривающегося государства<sup>59</sup>.

38. Вместе с тем вызывает сожаление тот факт, что, в соответствии с имеющимися предложениями, в рамках системы на основе инвестиционного суда при наборе судей не предполагается учет факторов, связанных с разнообразием. В своем комментарии к (проекту) ТТИП Секция международного права Американской ассоциации адвокатов отметила, что инвестиционный суд «не учитывает вопросы разнообразия» и что «[о]тсутствуют очевидные руководящие принципы, предусматривающие включение в число членов лиц, отражающих принципы разнообразия», а также что «[р]азмер Суда по вопросам инвестиций не позволяет обеспечить представительство каждого члена ЕС»<sup>60</sup>. На данном этапе неясно, каким образом в рамках системы на основе многостороннего инвестиционного суда может быть обеспечено разнообразие с точки зрения пола и географического происхождения или сбалансированное представительство стран-экспортеров и стран-импортеров капитала либо экономически развитых стран, с одной стороны, и стран с формирующейся рыночной экономикой и развивающихся стран — с другой.

#### 4.2.4 Затраты

39. Как уже было отмечено в настоящем документе, существенная часть расходов приходится на выплату гонораров адвокатам и экспертам<sup>61</sup>. Такие расходы не только сохраняются в случае создания постоянного инвестиционного суда<sup>62</sup>, но и могут возрасти в результате введения механизма обжалования. Кроме того, остается много нерешенных вопросов о том, каким образом государства будут совместно нести расходы, связанные с деятельностью многостороннего инвестиционного суда, и участвовать в них:

- Каким образом будет распределяться финансирование бюджета суда между государствами — основателями системы инвестиционного суда? И как государства, которые присоединятся позднее, будут вносить свой вклад и в каких долях?
- Как показывает опыт других международных судов и трибуналов, включая Международный уголовный суд и другие специализированные международные уголовные трибуналы, очень часто возникают огромные, непредвиденные расходы. Это должно стать полезным предостережением в плане того, что создание постоянно действующих судебных органов с большой вероятностью влечет за собой значительные расходы<sup>63</sup>.

#### 4.2.5 Возможности по обеспечению последовательности в судебной практике в рамках УСИГ

40. В настоящее время в рамках УСИГ не действует доктрина *stare decisis*, или доктрина строгого следования прецедентам. Критика в адрес существующего режима УСИГ связана, в частности, с отсутствием механизма обжалования, который мог бы способствовать исправлению принятых решений и обеспечению

<sup>59</sup> См, например, статью 8.27(6) СЕТА («Суд рассматривает дела с помощью коллегий, состоящих из трех членов Суда, один из которых является гражданином одного из государств — членом Европейского союза, один — гражданином Канады и один — гражданином третьей страны. Председателем коллегии назначается судья, являющийся гражданином третьей страны.») См. также статью 3.39(8) ССТ между ЕС и Вьетнамом («Апелляционный суд рассматривает апелляции с помощью коллегий, состоящих из трех членов Суда, один из которых является гражданином одного из государств — членом Европейского союза, один — гражданином Вьетнама и один — гражданином третьей страны. Председателем коллегии назначается судья, являющийся гражданином третьей страны.»).

<sup>60</sup> Доклад ААА, сноска 45 выше, стр. 27–28.

<sup>61</sup> Пункт 17 настоящего документа.

<sup>62</sup> См. Ziadé, сноска 7 выше.

<sup>63</sup> Там же.

материально-правовой последовательности судебной практики в рамках УСИГ. Процедура отмены решений по спорам, рассматриваемым МЦУИС, дает ограниченные основания для пересмотра. Сторонники системы на основе инвестиционного суда, такие как ЕС, утверждают, что решения «постоянных органов», «подлежащие пересмотру путем обжалования», обеспечивают правильность и «большую предсказуемость»<sup>64</sup>.

41. Однако на практике возможности постоянного органа по обеспечению большей последовательности в судебной практике в рамках УСИГ ограничены. Пока большинство государств не даст согласие на участие в механизме многостороннего инвестиционного суда и не внесет во все свои действующие портфели ДИД поправки, разрешающие обжалование решений в таком суде, расхождения в толковании материально-правовых норм договоров будут сохраняться. Это неизбежно при наличии общей совокупности из примерно 3 000 международных инвестиционных договоров, состоящей из двусторонних и многосторонних договоров с разными формулировками. Как отметил один комментатор, идея о том, что создание инвестиционного суда повысит уровень последовательности, основывается на предположении, что суд будет выносить решения на основе единого международного инвестиционного договора. Однако верно обратное, и, несмотря на все усилия суда по обеспечению последовательности в процессе принятия решений, он неизбежно будет терпеть неудачи в достижении этой цели из-за того, что существует множество различных международных инвестиционных договоров, которые ему необходимо будет применять, а в них содержатся различающиеся материально-правовые нормы. Таким образом, любая попытка добиться широкой согласованности потребует прежде всего обеспечения единообразия процессуальных и материально-правовых норм, что маловероятно в краткосрочной перспективе, поскольку мнения международного сообщества по данному вопросу расходятся<sup>65</sup>.

#### 4.2.6 Негативные последствия введения процедуры обжалования в рамках УСИГ

42. Введение в рамках УСИГ процедуры обжалования сопряжено не только со значительными трудностями, связанными с распространением действия такого механизма примерно на 3 000 действующих международных инвестиционных соглашений, но и с увеличением продолжительности и стоимости разбирательств. В своем недавнем докладе по вопросам последовательности Международная ассоциация юристов предупредила о следующем: [н]аличие механизма обжалования, скорее всего, приведет к увеличению числа оспариваемых арбитражных решений, что повлечет за собой дополнительные расходы и задержки в процессе урегулирования споров. В результате государства будут вынуждены увеличить объем ресурсов, выделяемых на защиту по искам в соответствии с инвестиционными договорами, в ущерб своим внутренним расходам<sup>66</sup>.

43. Кроме того, создание возможности для подачи ходатайств об обжаловании позволит делать это не только государствам, но и инвесторам. Существует риск того, что если такие ходатайства будут возможны, то они быстро станут нормой в спорах по УСИГ. Как бы государства оценили систему, в рамках которой

<sup>64</sup> ЮНСИТРАЛ, Рабочая группа III, *Возможная работа по реформированию системы урегулирования споров между инвесторами и государствами (УСИГ), представление Европейского союза*, A/CN.9/WG.III/WP.145, 12 декабря 2017 года, пункт 8. См. также ЮНСИТРАЛ, Рабочая группа III, *Возможная работа по реформированию системы урегулирования споров между инвесторами и государствами (УСИГ), представление Европейского союза и его государств-членов*, A/CN.9/WG.III/WP.159/Add.1, 24 января 2019 года, пункт 41 («Предсказуемость и последовательность могут быть реально достигнуты только путем создания постоянного механизма с собственным постоянным штатом арбитров.»).

<sup>65</sup> Burgstaller, сноска 37 выше.

<sup>66</sup> International Bar Association, *Consistency, efficiency and transparency in investment treaty arbitration: A report by the IBA Arbitration Subcommittee on Investment Treaty Arbitration* (Nov. 2018), [https://uncitral.un.org/sites/uncitral.un.org/files/investment\\_treaty\\_report\\_2018\\_full.pdf](https://uncitral.un.org/sites/uncitral.un.org/files/investment_treaty_report_2018_full.pdf).

проигравшие инвесторы могут на регулярной и систематической основе обжаловать арбитражные решения, принятые в пользу государств?<sup>67</sup>

#### 4.2.7 Возможность приведения в исполнение арбитражных решений в третьих государствах

44. Для успешного функционирования системы на основе постоянного инвестиционного суда крайне важно, чтобы решения, принимаемые судом, могли быть приведены в исполнение. Как признается в Докладе ЦУМС, возможность приведения в исполнение решений [Международного суда по вопросам инвестиций] очень важна с точки зрения общей эффективности этой системы и в основном зависит от того, какой статус будет иметь [Международный суд по вопросам инвестиций] — суда или арбитражного учреждения. Если решения [Международного суда по вопросам инвестиций] не будут считаться арбитражными по своему характеру в силу наличия у этого органа характеристик, в основном типичных для суда, то вероятность приведения в исполнение решений будет существенно ниже<sup>68</sup>.

45. Недостаточно того, чтобы решения постоянного инвестиционного суда признавались и приводились в исполнение в государствах — участниках факультативного многостороннего договора, в соответствии с которым был учрежден такой суд. Пока большинство государств не присоединится к механизму постоянного инвестиционного суда, его эффективность будет определяться возможностью приведения в исполнение его решений в третьих государствах, которые не присоединились к договору.

46. Важно подчеркнуть, что есть существенные различия между возможностью приведения в исполнение арбитражных решений и возможностью приведения в исполнение решений международных судов. Первые имеют далеко идущие последствия, в том числе в третьих государствах, а вторые — нет.

47. В отличие от арбитражных решений, не существует международной системы признания и приведения в исполнение решений международных судов, т.е. их признание и приведение в исполнение на международном уровне имеет гораздо меньшие масштабы, чем в случае арбитражных решений. Это подтверждается в Докладе ЦУМС: [в] отличие от арбитражных решений, не существует единого международного режима для приведения в исполнение постановлений международных судов. Подобные международные решения могут быть исполнимы только в соответствии с конкретными правилами, установленными в документе об учреждении суда. Это означает, что государства, которые не дали согласия на применение этого документа, не обязаны исполнять решения, вынесенные этим судом. В действительности, в большинстве государств в настоящее время нет ни законодательной базы, ни судебного механизма для обеспечения исполнения международных судебных решений. Это основная причина, по которой важно учредить новый орган таким образом, чтобы он носил арбитражный характер, так как в противном случае существует риск создания системы урегулирования споров, которая будет крайне неэффективна<sup>69</sup>.

48. Соответственно, наличие у решений, принимаемых в рамках системы на основе постоянного инвестиционного суда, статуса «арбитражных» крайне важно с точки зрения приведения их в исполнение в третьих государствах<sup>70</sup>.

<sup>67</sup> См. Ziadé, сноска 7 выше.

<sup>68</sup> Доклад ЦУМС, сноска 3 выше, пункт 138.

<sup>69</sup> Доклад ЦУМС, сноска 3 выше, пункт 138.

<sup>70</sup> В Докладе ЦУМС признается, что «вопрос о том, должен ли постоянный суд являться арбитражным или судебным учреждением не однозначен, поскольку новый орган по урегулированию споров станет серьезным “отступлением” от прошлых моделей, включая механизмы арбитражного разбирательства между инвесторами и государствами и межгосударственного разбирательства, и его место в рамках традиционных категорий международного урегулирования споров представляется неясным». Там же, пункт 82.

49. Бахрейн подчеркивает, что настоящий документ не предназначен для решения столь важного и трудного вопроса. Скорее Бахрейн хотел бы просто обратить внимание Рабочей группы III на то, что возможность приведения в исполнение решений постоянного инвестиционного суда является одним из наиболее важных — и пока не решенных — вопросов, который требует прояснения, прежде чем Рабочая группа сможет обоснованно решить вопрос о целесообразности создания многостороннего инвестиционного суда в качестве серьезной альтернативы механизму УСИГ.

50. Следует признать, что среди специалистов в области права сохраняются значительные расхождения во мнениях относительно того, являются ли решения, выносимые инвестиционным судом, арбитражными решениями и действуют ли в их отношении механизмы приведения в исполнение конвенции МЦУИС и Нью-Йоркской конвенции.

## **5. Альтернативные предложения по реформированию процедурных аспектов УСИГ**

### **5.1 Рабочей группе III следует рассмотреть вопрос о том, учитывают ли предлагаемые МЦУИС поправки к своему Регламенту и положениям критику в адрес УСИГ**

51. Поскольку в настоящее время большинство споров по УСИГ рассматривается МЦУИС<sup>71</sup>, представляется целесообразным, чтобы Рабочая группа III изучила вопрос о том, отвечают ли предлагаемые поправки к Регламенту МЦУИС критике в адрес УСИГ в более общем смысле. В августе 2018 года МЦУИС опубликовал свои предложения о внесении поправок в свой Регламент<sup>72</sup>. Не так давно (в январе и марте 2019 года) МЦУИС опубликовал подборку замечаний, полученных им от государств, международных и региональных организаций, международных юридических фирм, ученых и арбитров, а также второй проект предлагаемых им поправок к своему Регламенту<sup>73</sup>.

52. Поправки, предложенные МЦУИС, были разработаны с учетом критики в адрес УСИГ в том, что касается продолжительности разбирательства, стоимости, эффективности и прозрачности<sup>74</sup>.

### **5.2 Реформа УСИГ является более предпочтительной, чем создание системы на основе постоянного инвестиционного суда**

53. С учетом изложенных выше опасений в отношении создания постоянного инвестиционного суда Рабочая группа III вполне может счесть, что на данном этапе любое предложение о создании такого суда было бы преждевременным. Несмотря на определенные недостатки, система УСИГ обладает тем преимуществом, что она является проверенным и испытанным механизмом урегулирования инвестиционных споров. Сомнения в эффективности постоянного

<sup>71</sup> См. пункт 13 настоящего документа.

<sup>72</sup> See ICSID, *Proposals for Amendment of the ICSID Rules – Synopsis* (Aug. 2, 2018), [https://icsid.worldbank.org/en/Documents/Amendments\\_Vol\\_One.pdf](https://icsid.worldbank.org/en/Documents/Amendments_Vol_One.pdf); ICSID, *Proposals for Amendment of the ICSID Rules – Consolidated Draft Rules* (Aug. 2, 2018), [https://icsid.worldbank.org/en/Documents/Amendments\\_Vol\\_Two.pdf](https://icsid.worldbank.org/en/Documents/Amendments_Vol_Two.pdf).

<sup>73</sup> К числу государств и международных и региональных организаций, которые представили замечания по поправкам, предложенным МЦУИС, относятся следующие: Австрия, Алжир, Аргентина, Армения, Африканский союз, Венгрия, Гватемала, Греческая Республика, Грузия, Демократическая Республика Конго, Европейский союз и его государства-члены, Израиль, Индонезия, Испания, Италия, Канада, Катар, Китайская Народная Республика, Колумбия, Коста-Рика, Маврикий, Мальта, Марокко, Нигерия, Нидерланды, Объединенные Арабские Эмираты, Оман, Панама, Сингапур, Словацкая Республика, Того, Тунис, Турция, Украина, Франция и Япония. См. [https://icsid.worldbank.org/en/Documents/State\\_Public\\_Comments\\_Rule\\_Amendment\\_Project\\_1.17.19.pdf](https://icsid.worldbank.org/en/Documents/State_Public_Comments_Rule_Amendment_Project_1.17.19.pdf). Второй проект предлагаемых МЦУИС поправок к своему Регламенту: ICSID, *Proposals for Amendment of the ICSID Rules* (Mar. 2019), [https://icsid.worldbank.org/en/Documents/Vol\\_1.pdf](https://icsid.worldbank.org/en/Documents/Vol_1.pdf).

<sup>74</sup> В целом см. документы МЦУИС, указанные в сносках 72 и 73 выше.

инвестиционного суда создают риск того, что, по словам одного комментатора, «инвесторы могут начать отказываться делать инвестиции в странах, которые присоединились к механизму такого суда, или инвестировать только при условии включения в инвестиционные договоры арбитражных оговорок, или настаивать на более высокой норме прибыли для компенсации воспринимаемого увеличения риска»<sup>75</sup>. Если инвесторы снизят масштабы своей деятельности, то это может негативно сказаться на способности государств привлекать прямые иностранные инвестиции.

54. По всем этим причинам Бахрейн считает, что тщательная и продуманная реформа УСИГ была бы более предпочтительной, чем создание постоянного инвестиционного суда, с которым связано множество факторов неопределенности. Как было отмечено, «реформированный» механизм инвестиционного арбитража «должен получить возможность проявить себя»<sup>76</sup>. Далее приводятся предложения Бахрейна в отношении реформы УСИГ.

### 5.3 Предложения Бахрейна по реформированию процедурных аспектов УСИГ

#### *Кодекс поведения для коллизий интересов*

55. Будучи нейтральными органами, арбитражные учреждения должны взять на себя ведущую роль в разработке обязательных кодексов поведения. В подобных кодексах должны освещаться все аспекты коллизий интересов, включая отбор арбитров, этические нормы, которые должны соблюдать арбитры, отвод арбитров, а также этическое поведение адвокатов и сотрудников учреждений.

56. Что касается отвода арбитров, то кодекс поведения должен содержать четкие и исполнимые руководящие принципы в отношении того, что является допустимым поведением, а что нет. Должны быть охвачены различные сценарии совмещения должностей. Следует также рассмотреть вопрос о создании в рамках арбитражного учреждения действительно независимого органа, занимающегося непосредственно рассмотрением ходатайств об отводе. Это позволило бы положить конец практике МЦУИС, когда судьба арбитра, которому заявлен отвод, решается остальными членами третейского суда или, если эти арбитры придерживаются разных мнений, Президентом Всемирного банка.

57. Рабочая группа, возможно, действительно пожелает рассмотреть вопрос о том, следует ли усилить роль арбитражных учреждений в процессе отбора арбитров для назначения на должности арбитров. Эта точка зрения была изложена при рассмотрении МЦУИС одного недавнего дела арбитром, который высказал особое мнение<sup>77</sup> и предложил, что МЦУИС следует предоставлять список предварительно отобранных арбитров<sup>78</sup>.

58. Кроме того, при рассмотрении сложных и неоднозначных споров по УСИГ, возможно, было бы разумно увеличить число членов третейского суда до пяти или семи, что не только создало бы возможность для обеспечения большего

<sup>75</sup> См. Ziadé, сноска 7 выше.

<sup>76</sup> Там же.

<sup>77</sup> См. *Supervision y Control S.A. v. Republic of Costa Rica*, Дело МЦУИС № ARB/12/4, особое мнение арбитра Джозефа П. Клока, 18 января 2017 года, стр. 13–14 («[м]еханизм, который предусматривает выбор двух членов третейского суда сторонами соглашения, создает неудобную атмосферу конфликта, которая, по моему мнению, влияет на ход разбирательства. В результате эти две стороны сталкиваются с настоящей этической проблемой, так как им нужно абстрагироваться от интересов тех, кто их выбрал.»).

<sup>78</sup> Там же, стр. 14 («[С] точки зрения репутации и профессиональной этики МЦУИС было бы гораздо лучше, если бы арбитры выбирались из списков, полностью составленных МЦУИС и состоящих из лиц, в отношении которых была проведена тщательная проверка для установления того, что у отобранных лиц нет коллизий интересов, причем не только реальных коллизий, которые должны быть выявлены в ходе процесса проверки, но и презюмируемых, как в силу взглядов, так и отношений. МЦУИС было бы крайне невыгодно иметь несправедливую репутацию клуба, в котором на результаты влияют взаимоотношения между теми, кто может выступать как в качестве адвоката, так и в качестве арбитра.»).

разнообразия, но и позволило бы избежать концентрации полномочий в руках небольшого числа лиц<sup>79</sup>.

*Расширение круга арбитров в целях включения в него большего числа женщин и представителей развивающихся стран*

59. Бахрейн высоко оценивает недавние усилия по обеспечению назначения большего числа женщин в третейские суды, включая, например, обязательство об обеспечении равного представительства в арбитраже<sup>80</sup>, целью которого является увеличение на основе равных возможностей числа женщин, назначаемых арбитрами, с целью достижения гендерного равенства. Усилия по обеспечению большего разнообразия должны быть также направлены на расширение круга арбитров за счет включения в него представителей развивающихся стран, с тем чтобы «все правовые системы мира были справедливым и всеобъемлющим образом представлены в третейских судах, которые формируют судебную практику [по УСИГ]»<sup>81</sup>.

60. Следует отметить, что работа по обеспечению большего разнообразия среди арбитров, назначаемых в состав третейских судов, не зависит от реформы УСИГ. Система, предусматривающая назначение арбитров сторонами, уже позволяет государствам выдвигать и назначать больше женщин и представителей развивающихся стран. Это зависит только от их воли.

61. Бахрейн выступает за то, чтобы рекомендовать ЮНСИТРАЛ официально включить в критерии отбора членов арбитражных коллегий факторы, касающиеся разнообразия, а также чтобы обеспечить регулярную публикацию арбитражными учреждениями статистических данных о разнообразии состава их третейских судов.

*Совместные комитеты по толкованию*

62. Возможно, более эффективным способом обеспечения согласованности толкования договорных положений могло бы стать не создание механизма обжалования, а использование совместных комитетов по толкованию, существующих при третейских судах. Третейские суды могли бы продолжать заниматься установлением факта и рассмотрением вопросов права, а действующий параллельно постоянный орган по толкованию предоставлял бы руководящие указания по вопросам судебной практики. Авторитетные совместные комитеты по толкованию могли бы обеспечить столь необходимую ясность для инвесторов и государств<sup>82</sup>. Такое решение также было бы менее обременительным, чем процедура обжалования.

*Создание резерва арбитров непосредственно для принятия решений об аннулировании*

63. Идея состоит в том, что в МЦУИС следует создать резерв арбитров с учетом факторов разнообразия в целях ведения процедур по аннулированию арбитражных решений. Это способствовало бы обеспечению последовательности в применении Конвенции и Регламента МЦУИС комитетами по аннулированию решений<sup>83</sup>.

<sup>79</sup> См. Gabrielle Kaufmann-Kohler, *Accountability in International Investment Arbitration*, Charles N. Brower Lecture, American Society of International Law, 8 (Mar. 31, 2016) («Возможно, было бы целесообразно изучить вопрос о том, не следует ли увеличить число лиц, принимающих решения (по крайней мере, в некоторых случаях), в целях оптимизации процесса принятия решений и предотвращения чрезмерной концентрации полномочий у отдельных членов.»).

<sup>80</sup> В целом см. [www.arbitrationpledge.com/](http://www.arbitrationpledge.com/). См. также кампанию [www.gqualcampaign.org/home/](http://www.gqualcampaign.org/home/), цель которой заключается в укреплении гендерного паритета в рамках международного представительства.

<sup>81</sup> См. Ziadé, сноска 9 выше.

<sup>82</sup> Комментарии Nassib Ziadé, сноска 37 выше.

<sup>83</sup> Там же.

*Включение новых оснований для аннулирования решений в международные инвестиционные договоры*

64. Рабочая группа, возможно, пожелает рассмотреть вопрос о разработке типовых положений, предусматривающих дополнительные основания для аннулирования решений, с тем чтобы государства могли включать их в новые или действующие международные инвестиционные договоры. Это позволило бы ослабить критику в связи с тем, что система МЦУИС допускает аннулирование решений лишь на ограниченных основаниях<sup>84</sup>.

## **6. Процедурная направленность деятельности Рабочей группы — это упущенная возможность**

65. Бахрейн разделяет мнение, выраженное правительствами Таиланда и Индонезии в своих замечаниях в адрес Рабочей группы III, что ограничение рассмотрения вопроса о реформировании УСИГ только процедурными аспектами без рассмотрения материально-правовых договорных средств защиты представляет собой упущенную возможность<sup>85</sup>.

66. Почему проведение реформы УСИГ по существу так важно? Бахрейн признателен Конференции Организации Объединенных Наций по торговле и развитию (ЮНКТАД) за проделанную основательную работу по этой теме, включая публикацию нескольких докладов. Бахрейн хотел бы сделать три кратких замечания по этому вопросу.

- Во-первых, более 2 500 действующих сегодня международных инвестиционных договоров (95 процентов всех действующих международных договоров) были заключены до 2010 года<sup>86</sup>. Большинство из них были заключены в 1990-е годы<sup>87</sup>. Эти договоры первого поколения содержат сходные, широко сформулированные материально-правовые положения, но лишь «небольшое число гарантий»<sup>88</sup>. Международные инвестиционные договоры первого поколения являются причиной разного толкования договорных норм<sup>89</sup>.

<sup>84</sup> Там же.

<sup>85</sup> См. *Замечания, представленные правительством Таиланда*, сноска 24 выше, пункт 1 («обсуждение вопросов реформирования системы УСИГ должно сосредоточиваться не только на процессуальных, но и на материально-правовых вопросах с учетом материально-правовых различий между международными инвестиционными соглашениями»). См. также ЮНСИТРАЛ, Рабочая группа III, *Возможная работа по реформированию системы урегулирования споров между инвесторами и государствами (УСИГ)*, *Замечания, представленные правительством Индонезии*, A/CN.9/WG.III/WP.156, 9 ноября 2018 года, пункт 1 («Обсуждение предлагаемой реформы УСИГ в рамках ЮНСИТРАЛ ведется по двум направлениям — материально-правовые вопросы и процессуальные вопросы. В свете такого двойного подхода Индонезия полагает, что это может фактически свести на нет задачу создания полноценного механизма УСИГ, поскольку трудно разделить материально-правовые и процессуальные нормы»).

<sup>86</sup> ЮНКТАД, *Доклад о мировых инвестициях, 2017 год: Инвестиции и цифровая экономика*, [https://unctad.org/en/PublicationsLibrary/wir2017\\_en.pdf](https://unctad.org/en/PublicationsLibrary/wir2017_en.pdf).

<sup>87</sup> Там же.

<sup>88</sup> Там же.

<sup>89</sup> ЮНКТАД, *Доклад о мировых инвестициях, 2015 год, Реформирование управления международными инвестициями*, [https://unctad.org/en/PublicationsLibrary/wir2015\\_en.pdf](https://unctad.org/en/PublicationsLibrary/wir2015_en.pdf), стр. 137 английского текста («[международные инвестиционные соглашения] первого поколения, как правило, предусматривали применение четко не определенного справедливого и равноправного режима»); там же, стр. 139 («Традиционно в [международных инвестиционных соглашениях] не было предусмотрено никаких критериев для разграничения действий государства, представляющих собой косвенную экспроприацию, и действий государства более регуляторного характера, за которые не должна выплачиваться компенсация.»); там же, стр. 140 («стандартные [международные инвестиционные соглашения], как правило, не предусматривают явных исключений, касающихся государственной политики [...]»); там же, стр. 143 («Согласно традиционному, открытому определению инвестиций защита предоставляется всем типам активов. Хотя

- Во-вторых, в отличие от международных инвестиционных договоров первого поколения, современные договоры обеспечивают бóльшую ясность в отношении материально-правовых гарантий, и в них особое внимание уделяется праву государства на регулирование<sup>90</sup>.
- В-третьих, по данным ЮНКТАД, к концу 2016 года более 1 000 двусторонних инвестиционных договоров достигли того этапа, когда их действие может быть в одностороннем порядке прекращено одной из договаривающихся сторон, и еще больше договоров достигнут этого этапа в будущем<sup>91</sup>. Подобная ситуация дает возможность провести реформу путем пересмотра, внесения поправок или полной замены старых договоров более новыми и современными. Однако, если государство не прекращает международное инвестиционное соглашение, срок действия которого подходит к концу, то оно продолжает действовать в течение периода, указанного в оговорке о сохранении действия<sup>92</sup>. Как отмечено ЮНКТАД, «[п]редоставление возможности для применения (в неизменном виде) договора прошлого поколения в течение длительного срока после его истечения... подрывает усилия по реформированию [...]».<sup>93</sup>

67. Некоторые государства в рамках осуществления своего суверенного права разработали и заключили более современные международные инвестиционные соглашения, которые обеспечивают бóльшую ясность в отношении материально-правовых мер защиты в рамках УСИГ и более сбалансированный подход к обязательствам инвесторов и государств, в частности в связи с правом государства на регулирование. Однако в этой области требуется проведение гораздо большей работы. Вызывает глубокое сожаление и огорчение тот факт, что мандат Рабочей группы III не позволяет ей рассматривать вопрос о проведении реформы по существу. Для международного сообщества было бы чрезвычайно ценно, если бы Рабочая группа III также рассмотрела вопрос о проведении такой реформы, особенно с учетом того, что Секретариат уже признал, что «договоры

---

такой подход может быть направлен на повышение инвестиционной привлекательности, он может также охватывать экономические операции, которые не предусматривались сторонами, или налагать на государства непредвиденные обязательства [...]»); там же, стр. 144 («В традиционных [международных инвестиционных соглашениях] не оговаривается тип средств правовой защиты, которые могут быть применены третейским судом в отношении государства.»).

<sup>90</sup> Сноска 86 выше, стр. 120: ЮНКТАД отмечает, что «некоторые другие договорные элементы, встречающиеся в [международных инвестиционных соглашениях] 2016 года, направлены в более широком плане на сохранение пространства для регулирования и/или на сведение к минимуму вероятности инвестиционного арбитража. К числу таких элементов относятся положения, которые i) ограничивают охват договора (например, путем исключения определенных типов активов из определения инвестиций); ii) более точно очерчивают обязательства (например, путем включения более подробных положений о [справедливом и равноправном режиме] и/или косвенной экспроприации); iii) содержат исключения из обязательств по переводу денежных средств или исключения из пруденциальных мер; и iv) предусматривают тщательное регулирование УСИГ (например, путем конкретизации того, какие договорные положения подлежат УСИГ, исключения определенных областей политики из действия УСИГ, установления специального механизма налогообложения и пруденциальных мер и/или ограничения срока, в течение которого могут подаваться иски). В частности, в 13 из рассмотренных договоров предусмотрено ограничение на доступ к УСИГ, и в 16 договорах исключена так называемая универсальная защитная оговорка (что также сокращает возможности доступа к УСИГ) [...]».

<sup>91</sup> Там же, стр. 127.

<sup>92</sup> Оговорки о сохранении действия включены в большинство международных инвестиционных соглашений и предназначены для продления действия договора на дополнительный период времени после прекращения его действия (иногда на пять лет, но чаще всего на десять, пятнадцать или даже двадцать лет). Там же, стр. 132.

<sup>93</sup> Там же.

второго поколения привнесли бóльшую ясность в материально-правовые нормы защиты и в процессуальные положения»<sup>94</sup>.

## 7. Предварительные мнения по плану работы Рабочей группы III

68. Бахрейн считает, что основная задача на данном этапе заключается в достижении консенсуса в отношении комплекса предложений по реформированию, который с наибольшей вероятностью получит единодушную поддержку со стороны Рабочей группы. По мнению Бахрейна, в ходе последующих обсуждений следует уделить приоритетное внимание вопросам коллизий интересов, разнообразия, стоимости и продолжительности разбирательства.

69. Одно из предложений, внесенных на прошлой сессии, заключалось в том, что работу следует вести по двум направлениям. В рамках первого направления предполагалось, среди прочего, вести подготовку кодекса поведения арбитров и разработку решений для урегулирования вопросов издержек и продолжительности разбирательства. В рамках второго направления должны рассматриваться варианты структурного реформирования, в частности вопросы, касающиеся юрисдикции многостороннего инвестиционного суда, его состава, создания механизма обжалования и приведения в исполнение решений<sup>95</sup>.

70. Однако, по мнению Бахрейна, на данном этапе обсуждений было бы преждевременно официально разделять работу Рабочей группы III. Скорее Бахрейн считает, что Рабочей группе III следует сохранять единство в решении всех соответствующих проблем и не торопиться с формулированием каких бы то ни было предложений. В действительности, у Бахрейна есть сомнения в том, что наличие отдельных направлений работы может «уменьшить нагрузку на государства, поскольку они смогут принять решение о том, в каком направлении деятельности они будут участвовать»<sup>96</sup>. Напротив, это, скорее всего, приведет к росту нагрузки, так как делегации с большой вероятностью захотят активно участвовать в обоих направлениях с учетом того, что речь идет о будущем УСИГ.

71. В таких обстоятельствах Бахрейн согласен с тем, что Рабочая группа «могла бы сосредоточить внимание на содержании реформы и отложить пока вопрос о форме любого решения»<sup>97</sup>. Учитывая предполагаемый объем работы Рабочей группы, Бахрейн не возражает против выделения дополнительной недели конференционного времени в 2019 или 2020 годах, если в этом возникнет необходимость.

---

<sup>94</sup> ЮНСИТРАЛ, Рабочая группа III, *Возможная работа по реформированию системы урегулирования споров между инвесторами и государствами (УСИГ): последовательность и смежные вопросы*, A/CN.9/WG.III/WP.150, 28 августа 2018 года, пункт 34.

<sup>95</sup> ЮНСИТРАЛ, Доклад Рабочей группы III о работе ее тридцать седьмой сессии, A/CN.9/970, 9 апреля 2019 года, пункт 74.

<sup>96</sup> Там же, пункт 75.

<sup>97</sup> Там же, пункт 78.