



Генеральная Ассамблея

Distr.: Limited
4 March 2024
Russian
Original: English

**Комиссия Организации Объединенных Наций
по праву международной торговли
Рабочая группа III (Реформирование системы
урегулирования споров между инвесторами
и государствами)
Сорок восьмая сессия
Нью-Йорк, 1–5 апреля 2024 года**

Возможная работа по реформированию системы урегулирования споров между инвесторами и государствами

Представление правительства Швейцарии

Записка Секретариата

В рамках подготовки к сорок восьмой сессии Рабочей группы III правительство Швейцарии 1 марта 2024 года представило в Секретариат записку, касающуюся проекта устава постоянного механизма урегулирования международных инвестиционных споров ([A/CN.9/WG.III/WP.239](#)). Полученный Секретариатом текст воспроизводится в приложении к настоящей записке в том виде, в каком он был получен.



Приложение

Предложение Швейцарской Конфедерации по отдельным аспектам, касающимся Апелляционного судебного органа

1. Швейцарская Конфедерация («Швейцария») рада представить на рассмотрение Рабочей группы III настоящее предложение по отдельным аспектам, касающимся Апелляционного судебного органа.
2. Швейцария рассмотрела последние рабочие документы, подготовленные Секретариатом в связи с постоянным механизмом урегулирования международных инвестиционных споров (проект устава постоянного механизма, содержащийся в документе [A/CN.9/WG.III/WP.239](#), и аннотации к нему, содержащиеся в документе [A/CN.9/WG.III/WP.240](#)). В настоящей записке Швейцария излагает свои предложения по формулировкам проектов положений, касающихся четырех аспектов, которые, по ее мнению, имеют решающее значение для правильного функционирования Апелляционного судебного органа, а именно следующих: i) постановления и решения, подлежащие обжалованию; ii) основания для обжалования; iii) полномочия Апелляционного судебного органа; и iv) взаимосвязь между будущими правовыми средствами для обжалования и существующими такими средствами для аннулирования¹. Предлагаемые Швейцарией изменения к проектам статей в документе [A/CN.9/WG.III/WP.239](#) сопровождаются краткими пояснительными комментариями.

I. Постановления и решения, подлежащие обжалованию

3. Швейцария предлагает изменить формулировку статьи 27 следующим образом:

Статья 27 — Постановления или решения, подлежащие обжалованию

1. Любая из сторон может обжаловать окончательное постановление или окончательное решение, вынесенное судебным органом первой инстанции, в течение *[указать срок]* дней с даты вынесения этого постановления или решения.
2. Окончательное постановление или окончательное решение, которое было вынесено судебным органом первой инстанции и которое не было обжаловано в течение срока, указанного в предыдущем пункте, является окончательным и обязательным для сторон в споре.

Пояснительные комментарии

4. Предлагаемый Швейцарией проект положения направлен на обеспечение ясности и простоты, предусматривая, что обжалованию подлежат только окончательные постановления (в случае двухуровневого постоянного органа) и окончательные решения (в случае обжалования арбитражных решений). Этот подход приведет, в частности, к такому порядку, что позитивные² решения о

¹ Швейцария оставляет за собой право представить свои комментарии и предложения по другим аспектам, которые охвачены документами [A/CN.9/WG.III/WP.239](#) и [A/CN.9/WG.III/WP.240](#), в будущих письменных и устных представлениях.

² Решение об отказе от юрисдикции (негативное юрисдикционное решение) — это окончательное постановление или окончательное решение, которое, таким образом, также подлежит обжалованию.

юрисдикции будут обжаловаться только вместе с окончательным постановлением или решением по существу дела. Как это указывалось в предыдущих письменных комментариях Швейцарии, представленных Рабочей группе³, откладывание обжалования юрисдикционных постановлений до вынесения окончательного решения по существу дела имеет как преимущества, так и недостатки. Тем не менее, учитывая сложности, которые, вероятно, возникнут в связи с процедурой Апелляционного судебного органа, и с целью ограничить возможность подачи нескольких апелляционных жалоб по одному и тому же делу, что приведет к ненадлежащим задержкам, Швейцария считает, что — в общем и целом — преимущества ограничения возможности обжалования окончательными постановлениями/решениями перевешивают потенциальные недостатки. Это предложение также согласуется с рамочной базой для аннулирования в Конвенции МЦУИС⁴, которая не вызывает особых трудностей или опасений в этом отношении. Предлагаемый подход также устраняет потенциальные сложности и моменты неопределенности, связанные с сочетанием (неисчерпывающего) позитивного списка и негативного списка (как это предусмотрено в статье 27(1) и (2) в документе [A/CN.9/WG.III/WP.239](#)).

5. В любом случае, что касается статьи 27(1) в документе [A/CN.9/WG.III/WP.239](#), то Швейцария считает, что обеспечительные меры, принятые судебным органом первой инстанции, не должны подлежать обжалованию в Апелляционном судебном органе, поскольку они по определению не являются окончательными и могут быть пересмотрены в любое время судебным органом, который их назначил, в зависимости от обстоятельств.

II. Основания для обжалования

6. Швейцария предлагает изменить формулировку статьи 29 следующим образом:

Статья 29 — Основания для обжалования

Сторона может обжаловать решение или постановление, указанное в статье 27, на том основании, что:

- а) судебный орган первой инстанции допустил ошибку в применении или толковании права [в отношении юрисдикции, приемлемости, ответственности или количественного определения ущерба];
- б) судебный орган первой инстанции допустил явную ошибку в оценке фактов, включая внутреннее законодательство [, в отношении юрисдикции, приемлемости, ответственности или количественного определения ущерба];
- с) любой из членов судебного органа первой инстанции не обладал беспристрастностью или независимостью, либо судебный орган первой инстанции был назначен или сформирован ненадлежащим образом;

³ См. комментарии, представленные Швейцарией по двум проектам рабочих документов ЮНСИТРАЛ, 19 ноября 2020 года, п. 11, размещены по адресу https://uncitral.un.org/sites/uncitral.un.org/files/media-documents/uncitral/en/switzerland_comments_on_two_uncitral_draft_working_papers.pdf; комментарии, представленные Швейцарией по проекту рабочего документа ЮНСИТРАЛ об апелляционном механизме, 13 мая 2022 года, пп. 4–9, размещены по адресу https://uncitral.un.org/sites/uncitral.un.org/files/media-documents/uncitral/en/compilation_0.pdf.

⁴ См. Конвенцию МЦУИС, статья 52 (разрешение отмены только в отношении (окончательных) арбитражных решений).

- d) судебный орган первой инстанции вынес решение, выходящее за рамки представленного ему искового требования;
- e) имело место серьезное отступление от какого-либо основополагающего процессуального правила.

Пояснительные комментарии

7. Определение оснований для обжалования имеет центральное значение для функционирования Апелляционного судебного органа. Предложенные Швейцарией основания для обжалования позволят Апелляционному судебному органу проводить рассмотрение как в отношении целостности разбирательства и арбитражного решения (например, отсутствие тяжких процессуальных пороков), так и в отношении корректности рассматриваемого решения по существу. Таким образом, предложение Швейцарии соответствует предыдущим обсуждениям Рабочей группы, согласно которым новые основания для обжалования должны включать как основания апелляционного типа (например, ошибки в праве и явные ошибки в фактах), так и типовые основания для аннулирования (например, отсутствие беспристрастности адъюдикаторов и нарушение надлежащей правовой процедуры). Кроме того, предлагаемые Швейцарией основания сформулированы с учетом транснационального контекста и призваны отразить специфику урегулирования споров между инвесторами и государствами (УСИГ).

8. Кроме того, что касается ошибок в праве и явных ошибок в фактах (пересмотренная статья 29(a) и (b)), то Швейцария считает, что ссылка на «ошибки» является достаточно широкой, чтобы охватить все ошибки, которые могут быть допущены судебным органом первой инстанции, независимо от того, имели ли они место в отношении решения этого органа о юрисдикции, приемлемости, ответственности или количественной оценке. Так, Швейцария не видит необходимости добавлять заключенный в квадратные скобки текст «в отношении юрисдикции, приемлемости, ответственности или количественного определения ущерба» в формулировку пересмотренной статьи 29(a) и (b), поскольку само собой разумеется, что ошибка в любой из этих областей может быть обжалована. Вместе с тем она предлагает использовать заключенный в квадратные скобки текст на тот случай, если делегации государств сочтут, что определенная неясность все-таки может возникнуть.

9. Швейцария хотела бы подчеркнуть важность того, чтобы основания для обжалования были сформулированы таким образом, чтобы свести к минимуму неопределенность в отношении их объема и частичное дублирование применительно к различным основаниям. Она с уважением высказывает мнение, что проект статьи 29 в документе [A/CN.9/WG.III/WP.239](#), вероятно, приведет к значительным неопределенностям и к спорам о толковании в Апелляционном судебном органе, что было бы нежелательным результатом. Во-первых, ряд оснований, перечисленных в этой статье, заимствован из Типового закона ЮНСИТРАЛ о международном торговом арбитраже: они обычно касаются арбитражных разбирательств, основанных на коммерческом договоре, и поэтому не имеют отношения или, по крайней мере, явно не подходят для разбирательств в рамках УСИГ, основанных на инвестиционном международном договоре. Это касается, например, «недействительности» арбитражного соглашения «по закону, которому стороны его подчинили» (проект статьи 29(2)(a) в документе [A/CN.9/WG.III/WP.239](#)). По мнению Швейцарии, предпочтительнее не включать эти формулировки, которые будут иметь ограниченное применение, если они вообще будут применяться, в рамках работы Апелляционного судебного органа и, кроме того, которые являются несколько устаревшими. Как это было указано выше применительно к действительности арбитражного соглашения, широкая формулировка «ошибки» в статье 29(a) и (b), предложенная

Швейцарией, будет охватывать любую юрисдикционную ошибку. Во-вторых, два основания — явное превышение полномочий (статья 29(2)(с) в документе [A/CN.9/WG.III/WP.239](#)) и отсутствие указания причин (статья 29(2)(f) в документе [A/CN.9/WG.III/WP.239](#)), — источниками которых являлись эквивалентные основания для аннулирования, содержащиеся в Конвенции МЦУИС, вызвали трудности в толковании. Таким образом, представляется, что не имеется никаких причин применять их в нынешнем контексте только для того, чтобы эти споры о толковании вновь возникли в Апелляционном судебном органе. В-третьих, основания, перечисленные в статье 29 в документе [A/CN.9/WG.III/WP.239](#), в значительной степени дублируют друг друга. Например, если судебный орган первой инстанции допускает юридическую ошибку в своем определении о юрисдикции, то это определение потенциально может быть обжаловано по всем следующим основаниям, перечисленным в документе [A/CN.9/WG.III/WP.239](#): пункт 1(a) ([явная] ошибка в праве); пункт 2(b) (недействительность арбитражного соглашения в той мере, в которой оно вообще применимо при урегулировании споров по инвестиционным международным договорам); и пункт 2(c) (явное превышение полномочий). Такое дублирование является ненужным и нежелательным, особенно если пороговый критерий будет различаться по разным основаниям (сравнить «простую» ошибку с «явным» превышением полномочий), а это будет побуждать спорящие стороны к спорам о том, какое основание применяется в конкретном деле. И наконец, заключенное в скобки основание, включенное в статью 29(2)(h) в документе [A/CN.9/WG.III/WP.239](#) («новые или вновь открывшиеся факты»), является типичным основанием для пересмотра (сравнить, например, статью 51 Конвенции МЦУИС). По мнению Швейцарии, основания для пересмотра не следует смешивать с основаниями для обжалования и аннулирования, хотя бы потому, что основания для пересмотра могут возникнуть гораздо позже истечения срока для обжалования.

III. Полномочия Апелляционного судебного органа и последствия его решений

10. Швейцария предлагает изменить формулировки статьи 33(3)–(5)⁵ и статьи 34 следующим образом:

Статья 33 — Решения Палаты

1. (...)
2. (...)
3. Палата может оставить в силе, изменить или отменить решение или постановление судебного органа первой инстанции, полностью или частично.

⁵ Переформулированная Швейцарией статья 33 охватывает только основные аспекты полномочий Апелляционного судебного органа и не затрагивает другие аспекты, которые в настоящее время включены в проект статьи 33 в документе [A/CN.9/WG.III/WP.239](#), такие как большинство, необходимое для принятия решения, формальные аспекты решения и другие средства правовой защиты после вынесения решения, такие как толкование, исправление и дополнительные решения. Эти аспекты потребуются урегулировать в отдельных положениях.

Изменение без возвращения дела на новое разбирательство

4. Если Палата не оставляет в силе решение или постановление, то она в принципе изменяет решение или постановление на основании фактов, установленных судебным органом первой инстанции, или, если Палата сочтет это полезным и целесообразным, посредством собственного установления фактов.

Отмена с возвращением дела в судебный орган первой инстанции

5. Если Палата не оставляет в силе решение или постановление и не может изменить его в соответствии с пунктом 4, то она отменяет его и возвращает спор в судебный орган первой инстанции с соответствующими инструкциями.

6. В этом случае спор, если это возможно, возвращается в судебный орган первой инстанции, вынесший постановление или решение. Если один или несколько членов первоначального состава судебного органа первой инстанции более не желают, не готовы или иным образом не способны исполнять свои обязанности, то любой такой член заменяется новым членом, назначенным в соответствии с правилами, применимыми к формированию судебного органа первой инстанции.

Отмена с повторной передачей дела судебному органу в новом составе

7. Если Палата определяет, что возвращение дела в соответствии с пунктом 5 настоящей статьи представляется нецелесообразным, то спор по просьбе любой из сторон повторно передается судебному органу первой инстанции в новом составе, сформированному в соответствии с правилами, применимыми к формированию судебного органа первой инстанции.

8. Если Палата отменяет решение или постановление на основании пункта (с) статьи 29, то спор в любом случае повторно передается, по просьбе любой из сторон, судебному органу первой инстанции в новом составе, сформированному в соответствии с правилами, применимыми к формированию судебного органа первой инстанции.

9. (...)

Статья 34 — Последствия решения

1. Решение или постановление судебного органа первой инстанции, оставленное Палатой в силе, является окончательным и обязательным для сторон в споре.

2. Решение или постановление судебного органа первой инстанции, измененное Палатой, является окончательным и обязательным для сторон в споре с внесенными изменениями.

3. Решение или постановление судебного органа первой инстанции, которое было полностью отменено Палатой с возвращением дела на новое разбирательство, не имеет последствий.

4. Решение или постановление судебного органа первой инстанции, которое было частично отменено Палатой с возвращением дела на новое разбирательство, не имеет последствий применительно к отмененной части.

5. Решение или постановление, вынесенное судебным органом первой инстанции после возвращения дела на новое разбирательство, подлежит обжалованию на том основании, что судебный орган первой инстанции, которому было возвращено дело, не выполнил инструкций Палаты, и применительно к любым новым выводам, которые не являлись предметом

первой апелляционной жалобы, на всех основаниях, предусмотренных статьей 29.

6. Решение или постановление, отмененное в соответствии с пунктами 7 и 8 статьи 33, не имеет последствий. Окончательное постановление или окончательное решение, вынесенное в рамках разбирательства при повторной передаче дела, подлежит обжалованию в соответствии со статьей 29.

Пояснительные комментарии

11. Швейцарские предложения направлены на упорядочение и упрощение полномочий Апелляционного судебного органа, возможных результатов обжалования и координации действий между апелляционным и первым инстанциями судебных органов. Следующая таблица призвана в общем плане проиллюстрировать процесс, намеченный в пересмотренных статьях 33 и 34.



12. В случае удовлетворения апелляционной жалобы (полностью или частично), по мнению Швейцарии, Апелляционному судебному органу следует разрешить, насколько это возможно, самостоятельно провести анализ и вынести окончательное постановление или решение. Это позволит избежать чрезмерного затягивания разбирательства. В то же время могут возникнуть ситуации, когда Апелляционный судебный орган не сможет провести анализ и спор необходимо будет вернуть («возвратить дело») в судебный орган первой инстанции. Это может произойти, если Палата сочтет, что фактическая база, установленная судебным органом первой инстанции, является недостаточной и что сама Палата не обладает достаточными возможностями для проведения необходимого установления фактов, или если определенный аспект факта или права не был оценен судебным органом первой инстанции по соображениям судебной экономии.

13. В случае возвращения дела на новое рассмотрение предполагается, что, насколько это возможно, те же члены первоначального судебного органа первой инстанции будут выносить решение и после возвращения дела. Такой порядок является эффективным с точки зрения затрат, поскольку они уже знакомы со спорными вопросами. Вместе с тем в других случаях основание, влияющее на вынесение постановления или решения, может быть настолько серьезным (например, отсутствие беспристрастности у адьюдикатора первой инстанции), что это может подорвать весь процесс первой инстанции. В таких обстоятельствах спор должен быть полностью «повторно передан» новому составу судебного органа.

14. Швейцарские предложения направлены на то, чтобы как можно более четко сформулировать различные сценарии, которые могут возникнуть на практике в зависимости от заявленных оснований для обжалования и которые могут привести к различиям как в решениях Апелляционного судебного органа, так и в последующем производстве (возвращение/повторная передача дела).

IV. Взаимосвязь с существующими правовыми средствами для аннулирования

15. Швейцария предлагает более четко, чем это предусмотрено в документе [A/CN.9/WG.III/WP.239](#), урегулировать на основе координации взаимосвязь между правовыми средствами для обжалования, имеющимися в случае Апелляционного судебного органа, и существующими правовыми средствами для аннулирования в нынешних рамках. С этой целью она предлагает полностью исключить статью 28 в той степени, в которой она касается «отказа от права» (по причинам, объясняемым ниже), и рассмотреть взаимосвязь с другими средствами правовой защиты в новом отдельном положении, которое должно заменить статью 31 и может быть сформулировано следующим образом:

Статья 31 — Исключение других средств правовой защиты

1. В случае, когда постановление или решение подлежит обжалованию в соответствии со статьей 18, оно не является предметом любого другого средства правовой защиты, включая аннулирование, отмену или любой другой пересмотр на любых форумах, кроме тех, которые предусмотрены настоящим Уставом.
2. Во избежание сомнений считается, что, возбуждая разбирательство в судебном органе первой инстанции, инвестор согласился на исключение любых других средств правовой защиты.
3. *[При двухуровневой системе, когда судебным органом первой инстанции является арбитражный суд МЦУИС]* В арбитражных разбирательствах, регулируемых Конвенцией МЦУИС и подпадающих под юрисдикцию Апелляционного судебного органа в соответствии со статьей 18, статья 52 Конвенции МЦУИС не применяется.
4. *[При двухуровневой системе, когда судебным органом первой инстанции является арбитражным судом, не входящим в состав МЦУИС]* В арбитражных разбирательствах, которые не регулируются Конвенцией МЦУИС и которые подпадают под юрисдикцию Апелляционного судебного органа в соответствии со статьей 18, место пребывания арбитража устанавливается в одной из Договаривающихся сторон настоящего Устава и не допускается использования любых средств правовой защиты против постановлений или решений, которые в противном случае были бы доступны в соответствии с национальным законодательством. Договаривающиеся стороны обязуются принять законодательство для обеспечения того, чтобы арбитражные разбирательства по спорам между инвесторами и государствами, проводимые в рамках их юрисдикционных систем и подпадающие под юрисдикцию Апелляционного судебного органа в соответствии со статьей 18, не подлежали использованию любых средств правовой защиты после вынесения решения в соответствии с их национальным законодательством.

Пояснительные комментарии

16. Как это уже отмечалось в предыдущих комментариях, представленных Рабочей группой⁶, Швейцария придерживается мнения о том, что в случае создания Апелляционного судебного органа он должен заменить существующие механизмы аннулирования или отмены для государств-участников Устава, регулирующего функционирование Апелляционного судебного органа (и для инвесторов, имеющих их гражданство). Иными словами, при будущей двухуровневой системе арбитража плюс обжалование существующие правовые средства для аннулирования должны быть «отключены» как в рамках МЦУИС, так и за пределами МЦУИС. Это соответствует новым основаниям для обжалования в статье 29, охватывающей как основания апелляции типа, так и типовые основания для аннулирования (см. выше), а также соответствует обсуждениям в рамках Рабочей группы, целью которых является предотвращение параллельных разбирательств и дублирования средств правовой защиты.

17. Для достижения этих целей, по мнению Швейцарии, в Уставе следует оговорить четкое исключение существующих средств правовой защиты, предусматривающих аннулирование. Это исключение должно действовать автоматически (для тех государств, которые являются участниками Устава) и не должно зависеть от «отказа» подателя апелляционной жалобы от его права (как это предусмотрено в настоящее время в статье 28 документа [A/CN.9/WG.III/WP.239](#)). Требование об отказе от права, содержащееся в статье 28 документа [A/CN.9/WG.III/WP.239](#), следует исключить, поскольку оно ошибочно наталкивает на мысль о том, что сторона каким-то образом может выбирать между «новой» системой обжалования и «старой» системой аннулирования. Эта же мысль прослеживается и в статье 31 документа [A/CN.9/WG.III/WP.239](#), в которой говорится, что решение или постановление судебного органа первой инстанции «больше не может быть предметом разбирательства об аннулировании», «если апелляционная жалоба зарегистрирована». Таким образом, представляется, что в рамках системы, предусмотренной в документе [A/CN.9/WG.III/WP.239](#), до момента регистрации апелляционной жалобы стороны в споре сохраняют возможность выбора между различными средствами правовой защиты, например между обращением к новому Апелляционному судебному органу или к судам по аннулированию в месте пребывания. Здесь остается неясным, что произойдет, если одна из сторон подаст ходатайство об аннулировании в существующие органы по аннулированию, а затем другая сторона подаст апелляционную жалобу в Апелляционный судебный орган.

18. Предлагаемая Швейцарией новая формулировка статьи 31 направлена на устранение этих моментов неопределенности. Так, в пункте 1 предложения Швейцарии закреплён принцип автоматического исключения любого другого средства правовой защиты (для тех государств, которые решат принять участие в новой системе обжалования). В пункте 2 четко указывается, что инвестор считается согласившимся с исключением других средств правовой защиты, если он возбуждает производство в первой инстанции, на которое распространяется новая система обжалования. В пунктах 3 и 4 учитывается различие между арбитражными разбирательствами, проводимыми в рамках МЦУИС, и такими разбирательствами, проводимыми за этими рамками. При двухуровневой системе, когда судебным органом первой инстанции является орган, созданный в соответствии с Конвенцией МЦУИС, в пункте 3 исключается применение статьи 52

⁶ См. комментарии, представленные Швейцарией 19 ноября 2020 года, п. 3, размещены по адресу https://uncitral.un.org/sites/uncitral.un.org/files/media-documents/uncitral/en/switzerland_comments_on_two_uncitral_draft_working_papers.pdf, и 13 мая 2022 года, п. 15, размещены по адресу https://uncitral.un.org/sites/uncitral.un.org/files/media-documents/uncitral/en/compilation_0.pdf.

Конвенции МЦУИС. Для государств, являющихся одновременно участниками Конвенции МЦУИС и нового международного договора, предусматривающего создание Апелляционного судебного органа, это будет представлять собой изменение *inter se* Конвенции МЦУИС в соответствии со статьей 41 Венской конвенции о праве международных договоров. При двухуровневой системе, когда судебным органом первой инстанции является арбитражный суд, не входящий в систему МЦУИС, в этом пункте исключается любая роль национальных судов для целей аннулирования арбитражных решений. С тем чтобы обеспечить более прочное исключение параллельных правовых средств для аннулирования в месте пребывания и обеспечения большей определенности, Швейцария предлагает уточнить, что Договаривающиеся стороны Устава должны принять законодательство, подтверждающее, что судебный пересмотр в соответствии с их внутренним законодательством исключен в отношении решений, подпадающих под юрисдикцию Апелляционного судебного органа. Как вспомогательный результат принятия этих правил, в пункте 4 также устанавливается, что арбитражное разбирательство в первой инстанции должно проводиться в государстве, являющемся участником Устава⁷. В противном случае в обстоятельствах, когда местопребывание арбитража находится в третьем государстве, существует риск того, что такое государство не признает исключение судебного пересмотра действительным.

⁷ Отдельный вопрос заключается в том, что при сценарии арбитража плюс обжалование вне рамок МЦУИС должно ли производство в Апелляционном судебном органе быть полностью делокализованным или подчиняться национальному закону *lex arbitri*, равно как и производство в первой инстанции. По мнению Швейцарии, этот момент также должен быть четко регламентирован в Уставе. Если выбор будет сделан в пользу «юридического местопребывания» также и для Апелляционного судебного органа, то содержащееся в пункте 4 предложения Швейцарии правило о том, что в случае, когда местопребывание должно было установлено в одной из Договаривающихся сторон Устава, должно применяться и к Апелляционному судебному органу.