



Генеральная Ассамблея

Distr.: Limited
12 January 2022
Russian
Original: English

**Комиссия Организации Объединенных Наций
по праву международной торговли
Рабочая группа III (Реформирование системы
урегулирования споров между инвесторами
и государствами)
Сорок вторая сессия
Нью-Йорк, 14–18 февраля 2022 года**

Резюме межсессионного совещания по вопросам реформирования системы урегулирования споров между инвесторами и государствами (УСИГ), представленное правительством Республики Корея

В настоящей записке воспроизводится представленный правительством Республики Корея документ, содержащий резюме четвертого регионального межсессионного совещания по вопросам реформирования системы УСИГ, проведенного 2 и 3 сентября 2021 года в Сеуле, Республика Корея. Вариант этого резюме на английском языке был представлен 4 января 2022 года, и полученный Секретариатом текст воспроизводится в качестве приложения к настоящей записке.



Приложение

Введение

1. Четвертое межсессионное совещание по вопросам реформирования системы урегулирования споров между инвесторами и государствами (УСИГ) (далее — «Совещание») проходило 2 и 3 сентября 2021 года виртуально и в Сеуле, Республика Корея. Совещание было организовано совместно Министерством юстиции Кореи и Региональным центром для Азии и Тихого океана (РЦАТ) Комиссии Организации Объединенных Наций по праву международной торговли (ЮНСИТРАЛ). Республика Корея пользуется этой возможностью, чтобы еще раз выразить Секретариату ЮНСИТРАЛ благодарность за его огромную поддержку в подготовке этого совещания, а также делегатам Рабочей группы III и учреждениям-наблюдателям за их существенный вклад и активное участие.
2. Совещание состояло из четырех заседаний в течение двух дней. На первых трех заседаниях был рассмотрен подготовленный Секретариатом проект документа о раннем отклонении исковых требований, обеспечении покрытия издержек и встречных требованиях. Четвертое заседание состояло из серии презентаций делегатов и учреждений-наблюдателей по сквозным вопросам процессуальной реформы, включая оценку ущерба, исчерпание внутренних средств правовой защиты, «нормативный застой», право осуществлять регулирование, участие третьих сторон, иммунитет от исполнительных действий и участие национальных судов.
3. Обмен мнениями в ходе совещания позволил Секретариату получить полезные рекомендации в отношении подготовки официальных рабочих документов для будущих сессий Рабочей группы III. Корея будет и впредь стремиться активно участвовать в обсуждении вопросов реформирования УСИГ и надеется принять участие в дальнейшей совместной работе в будущем.

Вступительное слово

4. Совещание открыл министр юстиции Бом-Ки Пак, Республика Корея. Министр Пак приветствовал и поблагодарил все государства-члены и учреждения за участие в совещании, которое Корея принимает у себя во второй раз. Министр Пак призвал участников активно обмениваться мнениями и выразил надежду на продолжение сотрудничества между ЮНСИТРАЛ и Министерством юстиции Кореи в отношении работы по реформированию системы УСИГ. После этого с приветственным словом выступила секретарь ЮНСИТРАЛ г-жа Анна Жубен-Бре. Г-жа Жубен-Бре выразила признательность Министерству юстиции и подчеркнула важность продолжения работы над процессуальными реформами и сквозными вопросами.

Резюме работы совещания

Заседание 1. Раннее отклонение необоснованных требований

5. Координатором заседания по вопросам раннего отклонения необоснованных требований выступал профессор Хи-Тэк Шин (почетный профессор права, Сеульский национальный университет).
6. Профессор Шин представил тему и изложил следующие конкретные вопросы для обсуждения: i) виды необоснованных требований, подлежащих рассмотрению; ii) последствия признания требований судом необоснованными; iii) риск злоупотребления или неправильного использования нормативной базы при рассмотрении необоснованных требований; и (iv) раннее отклонение исковых требований.

7. Секретариат представил справочную информацию по проекту документа, который включает проект положения (возможно, в качестве дополнения к Арбитражному регламенту ЮНСИТРАЛ) и примеры положений, содержащихся в международных инвестиционных соглашениях и регламентах арбитражных учреждений.

Общие замечания

8. Была признана важность разрешения раннего отклонения необоснованных и явно лишенных основания требований, чтобы предотвратить злоупотребление системой УСИГ и гарантировать эффективный доступ к правосудию для других исковых требований. В этой связи были высказаны мнения о том, что проект положения должен обеспечивать правильный баланс на основе ясной, четкой и легкой для понимания формулировки. Было отмечено, что важно обеспечить четкий правовой стандарт, который лица, ответственные за принятие решений, и арбитражные суды могли бы применять при рассмотрении необоснованных исковых требований. Было также указано, что обсуждение проекта положения может различаться в зависимости от того, будет ли оно включено в процессуальную норму или в международный договор.

9. Что касается названия проекта положения, то было предложено использовать «необоснованные или надуманные исковые требования» вместо «предварительное определение».

Проект пункта 1

1. *Сторона может сделать заявление о том, что:*

- a) исковое требование или возражение по нему является явно необоснованным с юридической точки зрения;*
- b) изложение вопросов факта или права, подтверждающих исковое требование или возражение по нему, является явно необоснованным;*
- c) некоторые доказательства являются недопустимыми;*
- d) арбитражное решение не может быть вынесено в пользу другой стороны, даже если изложение вопросов факта или права, подтверждающих исковое требование или возражение по нему, предположительно является верным;*
- e) ...*

10. Было отмечено, что проект пункта 1(a) допускает ускоренное рассмотрение заявлений о том, что исковое требование или возражение по нему явно лишены юридических оснований, что соответствует последним тенденциям (например, Инвестиционный арбитражный регламент Сингапурского международного Арбитражного центра (СМАЦ)). Были подняты вопросы о включении в проект пункта 1(a) слов «возражение по нему», поскольку положения в отношении необоснованных требований, которые обычно используются в договорах, касаются только исковых требований, но не возражений. Было высказано мнение, что включение возражений приведет к возбуждению параллельного разбирательства. В ответ было указано, что если бы сфера охвата ограничивалась исковыми требованиями, необоснованными с юридической точки зрения, то было бы легче предусмотреть конкретные сроки, следуя подходу, применяемому в Арбитражном регламенте Международного центра по урегулированию инвестиционных споров (МЦУИС).

11. По проектам пунктов 1(b) и (c) были выражены сомнения относительно целесообразности рассмотрения вопросов факта и доказательств на ранних этапах разбирательства. Было указано, что рассмотрение вопросов факта и доказательств может привести к длительному разбирательству по установлению фактов и увеличить стоимость и продолжительность разбирательства, что может

противоречить целям механизма раннего отклонения. Было также отмечено, что суды уже имеют возможность выносить решения о допустимости доказательств в соответствии с действующими правилами, такими как статья 9 Правил МАЮ по получению доказательств, что исключает необходимость в проекте пункта 1(с). Было высказано мнение о том, что следует учитывать тот факт, что недопустимость доказательств не всегда может означать неприемлемость искового требования, и что было бы полезно обсудить вопросы о том, следует ли проводить различие между этими двумя факторами или как надлежащим образом рассматривать недопустимые доказательства в контексте раннего отклонения исковых требований, если эта категория заявлений будет включена.

12. В отношении проекта пункта 1(d) было высказано мнение, что он имеет такое же действие, как и существующие договорные положения, допускающие предварительное возражение. Был задан вопрос о том, почему он сформулирован иначе, чем общепринятые формулировки. Был поднят также вопрос о том, что формулировка этого проекта пункта неясна, и был задан вопрос о взаимосвязи этого проекта пункта с проектом пункта 1(a). Далее было указано, что может показаться, что проекты пунктов 1(b)–1(d) устанавливают систему «упрощенного порядка вынесения решения» или рассмотрения, исходя из правовых оснований, которая используется в некоторых юрисдикционных системах. В связи с этим было указано, что упрощенный порядок вынесения решения представляет собой юридическую процедуру, полностью отличную от раннего отклонения явно необоснованных исковых требований.

Проект пункта 2

2. Сторона делает такое заявление как можно скорее и не позднее, чем через 30 дней после представления соответствующих исковых требований/возражений, изложения вопросов права или факта либо доказательств. Арбитражный суд может принять заявление, сделанное позднее, если он сочтет задержку оправданной.

13. Было указано, что на практике 30-дневный срок для подачи возражений может быть нереалистично коротким. Поэтому были предложены сроки в 45 или 60 дней. В отношении просроченных заявлений было предложено предусмотреть возможность установления по усмотрению арбитражного суда 30-дневного предельного срока для принятия более позднего заявления, даже если суд сочтет задержку оправданной.

Проект пункта 3

3. Сторона, выступающая с заявлением, как можно точнее излагает факты и правовое основание для заявления и демонстрирует, что вынесение постановления по нему ускорит разбирательство с учетом всех обстоятельств дела.

14. Было отмечено, что проект пункта 3, возможно, необходимо будет пересмотреть вместе с проектом пункта 2 с точки зрения того, следует ли рассматривать заявление в качестве вопроса предварительного характера или заявлений, которые могут быть сделаны на более поздних этапах, как это предусмотрено в проекте пункта 2.

Проекты пунктов 4 и 5

4. После предложения сторонам изложить свои позиции арбитражный суд в течение [15] дней с даты заявления определяет, будет ли он выносить постановление по заявлению как по вопросу предварительного характера.

5. В течение [30] дней с даты заявления арбитражный суд выносит по нему постановление. Этот срок может быть продлен арбитражным судом в исключительных обстоятельствах.

15. Было предложено предоставить арбитражному суду 30 дней с даты заявления для определения того, будет ли он выносить постановление по заявлению как по вопросу предварительного характера (вместо 15 дней). Было выражено сомнение в необходимости этого проекта положения, и было указано, что решение о рассмотрении заявления может быть принято судом в довольно сжатые сроки. В этом отношении было предложено уравновесить его положением о распределении издержек, с тем чтобы в случае необоснованного заявления возникал риск принятия решения об издержках. В отношении проекта пункта 5 было предложено дать определение понятию «исключительные обстоятельства» и указать срок, в течение которого арбитражный суд обязан вынести решение по заявлению.

Проект пункта 6

6. Постановление арбитражного суда по заявлению не наносит ущерба праву стороны заявлять в ходе разбирательства возражения относительно того, что исковое требование или возражение по нему является юридически необоснованным.

16. Было предложено рассмотреть возможность включения в конце проекта пункта 6 следующей формулировки: «это не препятствует стороне оспаривать юрисдикцию суда».

17. Было указано также, что подобные формулировки были включены в ряд международных договоров для разъяснения того, что решение суда по этому вопросу не повлияет на будущие возражения в отношении существа дела и юрисдикции суда.

Прочие вопросы

18. Было предложено два различных подхода к представлению этого проекта положения. Один из них заключался в том, чтобы включить данный проект положения в Арбитражный регламент ЮНСИТРАЛ, взяв примеры из соответствующих регламентов, в которых рассматривается вопрос о необоснованных требованиях, таких как регламенты СМАЦ и Гонконгского центра международного арбитража (ГЦМА). Другой подход заключался в том, чтобы рассмотреть возможность включения стандартного положения, которое позволит отклонять необоснованные исковые требования в том случае, если в самом регламенте ничего об этом не говорится, со ссылкой на соответствующие положения действующих международных договоров, таких как Соглашение между Канадой, Мексикой и Соединенными Штатами (USMCA).

19. По вопросу процессуальных злоупотреблений было кратко выражено мнение о том, что это еще одна концепция, требующая дополнительного разъяснения юридических аспектов и дополнительной информации. Было указано, что при рассмотрении различных способов решения проблемы, связанной с поиском наиболее выгодного договорного режима, и проблем, связанных с неправомерным использованием имеющихся положений об урегулировании споров, следует также принимать во внимание такие вопросы, как отказ в предоставлении льгот. Было отмечено также, что поиск наиболее выгодного договорного режима не является надлежащим вопросом для обсуждения в Рабочей группе.

20. Был также проведен обмен мнениями относительно целесообразности объединения положений о заявлениях по необоснованным исковым требованиям с положением о заявлениях в отношении юрисдикции. Кроме того, было предложено рассмотреть возможность установления презумпции того, что стороне, возражение которой было удовлетворено, следует присудить возмещение издержек на арбитражное разбирательство, как это предлагается в контексте поправок к Регламенту и положениям МЦУИС.

Заседание 2. Обеспечение покрытия издержек

21. Координатором заседания по вопросам обеспечения покрытия издержек выступал профессор Сын Ва Чанг (профессор права, Сеульский национальный университет).

22. Профессор Чанг представил эту тему, рассмотрение которой направлено на решение проблем, с которыми сталкиваются выигравшие дело государства-ответчики при взыскании издержек на УСИГ. Профессор Чанг далее отметил, что не существует какой-либо иной надлежащей основы для обеспечения покрытия издержек, помимо обеспечительных мер. В этой связи была подчеркнута необходимость разработки четкой и предсказуемой основы для обеспечения покрытия расходов, с тем чтобы защитить государства-ответчики от несоблюдения инвесторами-истцами арбитражных решений и предотвратить представление необоснованных исковых требований. Профессор Чанг отметил также, что требуется сбалансированный подход, поскольку меры по обеспечению покрытия издержек могут замедлить разбирательство и увеличить расходы, а также еще больше вынуждать определенные группы инвесторов (например, индивидуальных инвесторов, семейный бизнес или малые и средние предприятия) воздерживаться от подачи исков.

23. Секретариат представил справочную информацию и отметил, что в большинстве инвестиционных договоров ничего не говорится об обеспечении покрытия издержек, а суды неохотно принимают решения об обеспечении покрытия издержек из-за различных факторов неопределенности и опасений, таких как неправомерность предварительного решения по делу и его существу, невозможность установить конкретные риски неуплаты и недостаточность доказательств того, что инвестор-истец не имеет активов.

Общие замечания

24. Была выражена поддержка включению конкретного положения об обеспечении покрытия издержек, которое будет являться отдельным и независимым от существующих положений, касающихся обеспечительных мер. Далее было предложено, чтобы Рабочая группа рассмотрела вопрос о целесообразности включения конкретных стандартов для оказания помощи судам в определении того, является ли постановление об обеспечении покрытия издержек необходимым или оправданным. В этой связи было высказано мнение о том, что не следует предусматривать высокого порога для вынесения решения об обеспечении покрытия издержек. Кроме того, было упомянуто, что желательно предоставить суду полномочия и право принимать решения на основе своей оценки всех обстоятельств. С другой стороны, были высказаны опасения, что установление общей нормы в отношении обеспечения покрытия издержек может затруднить правосудие для определенных групп инвесторов, включая малые и средние предприятия. В этой связи было указано, что существующей системы достаточно для того, чтобы гарантировать обеспечение покрытия издержек с учетом полномочий суда тщательно оценить все соответствующие обстоятельства. Было указано также, что необходимо придерживаться осторожного и взвешенного подхода, чтобы не создавать препятствий для предъявления исковых требований.

Проект пункта 1

1. По просьбе одной из сторон арбитражный суд может обязать любую сторону, заявляющую требование или встречный иск, предоставить обеспечение покрытия издержек.

25. Была выражена поддержка тому, чтобы постановление об обеспечении покрытия издержек принималось по просьбе одной из сторон, а не на основе *ex officio*. Были высказаны мнения об отсутствии необходимости в том, чтобы государства становились субъектом постановлений об обеспечении покрытия издержек. С другой стороны, было заявлено, что необходимо предусмотреть равный режим в отношении инвесторов-истцов и государств-ответчиков, особенно в ситуации, когда чрезвычайно трудно добиться принудительного исполнения арбитражного решения в отношении несогласного суверенного государства. В этой связи упоминалась возможность предъявления встречных требований.

Проект пункта 2

2. Применяется следующая процедура:

- а) в просьбе указываются обстоятельства, требующие обеспечения покрытия издержек;*
- б) арбитражный суд устанавливает сроки для письменных и устных представлений в отношении такой просьбы, если это требуется;*
- с) если сторона запрашивает обеспечение покрытия издержек до формирования арбитражного суда, арбитражный суд рассматривает эту просьбу сразу же после своего формирования; и*
- д) арбитражный суд выносит свое решение по просьбе в течение 30 дней с момента формирования арбитражного суда или представления просьбы, в зависимости от того, что происходит позднее.*

26. В отношении стандартов для принятия решения об обеспечении покрытия издержек, изложенных в подпункте (а), было выражено мнение о том, что было бы более уместно использовать термин «оправдывающие», а не термин «требующие». В ответ были подняты вопросы о целесообразности использования термина «оправдывающие» в качестве более общего понятия. Было дано дополнительное разъяснение, что слова «письменных и устных» включены в подпункт (б), чтобы предоставить суду большую свободу действий, например, для назначения более коротких слушаний. Было сделано еще одно замечание о том, что подпункт (б) будет полезен только в том случае, если в разбирательстве участвует учреждение или секретариат, управляющие арбитражным разбирательством. Что касается просьб о разъяснении смысла подпункта (д), то было указано, что этот пункт составлен таким образом, чтобы решение было вынесено как можно скорее, независимо от того, была ли просьба представлена до или после формирования суда.

Проекты пунктов 3 и 4

3. При определении того, следует ли обязать сторону предоставить обеспечение покрытия издержек, арбитражный суд рассматривает все соответствующие обстоятельства, включая:

- а) способность данной стороны выполнить решение о возмещении издержек;*
- б) готовность данной стороны выполнить решение о возмещении издержек;*

с) возможные последствия предоставления обеспечения покрытия издержек для способности данной стороны предъявить свое исковое требование или встречный иск; и

d) поведение сторон.

4. Арбитражный суд рассматривает все доказательства, представленные в отношении обстоятельств, указанных в пункте (3), включая наличие финансирования третьей стороной.

27. Были высказаны различные мнения относительно факторов, которые суд обязан принимать во внимание при определении того, следует ли выносить решение об обеспечении покрытия издержек, в том числе о том, должен ли перечень в пункте 3 быть неисчерпывающим и следует ли его сохранить. Некоторые участники решительно поддерживали сохранение такого перечня, причем один из них прямо упомянул о необходимости сохранения подпункта (с).

28. Что касается влияния наличия финансирования третьей стороной на принятие решения об обеспечении покрытия издержек, то было выражено общее мнение о том, что финансирование третьей стороной должно быть одним из факторов, которые необходимо учитывать, но само по себе не должно быть определяющим фактором. Были высказаны опасения в отношении нынешней структуры этого проекта положения, поскольку, если обеспечение покрытия издержек будет предусматриваться в отдельном подпункте, то это может ввести суд в заблуждение, побуждая оценивать этот фактор иным образом, чем другие.

Проекты пунктов 5 и 6

5. Арбитражный суд указывает любые соответствующие условия в решении о предоставлении обеспечения покрытия издержек и устанавливает срок для выполнения этого решения.

6. В случае невыполнения стороной решения о предоставлении обеспечения покрытия издержек арбитражный суд может приостановить разбирательство. Если разбирательство приостанавливается более чем на 90 дней, арбитражный суд может после консультации со сторонами принять решение о прекращении разбирательства.

29. Было указано, что установление предельного срока не вызывает затруднений, однако слова «любые соответствующие условия» могут означать определенные процессуальные вопросы, включая оценку суммы обеспечения покрытия издержек.

Проекты пунктов 7 и 8

7. Сторона незамедлительно сообщает о любых существенных изменениях обстоятельств, на основании которых суд принял решение об обеспечении покрытия издержек.

8. Арбитражный суд может в любое время изменить или отменить свое решение об обеспечении покрытия издержек по собственной инициативе или по просьбе одной из сторон.

30. Был задан вопрос о том, может ли суд изменить или отозвать решение по собственной инициативе с учетом того, что просьба об обеспечении покрытия издержек должна быть представлена одной из сторон. Было объяснено, что это соответствует текущему подходу, который используется МЦУИС в процессе внесения поправок.

Заседание 3. Встречные требования

31. Координатором этого заседания выступал профессор Джемин Ли (профессор права, Сеульский национальный университет).

32. Профессор Ли открыл это заседание, отметив, что вопросу о встречных требованиях было уделено достаточное внимание в процессе выявления вопросов, вызывающих озабоченность государств. Он отметил, что встречные требования могут способствовать обеспечению баланса в общей динамике разбирательства по УСИГ, повышению эффективности и, в конечном счете, способствовать решению вопросов, касающихся стоимости и продолжительности, а также множественности производства. В настоящее время встречные требования допускаются в соответствии со статьей 46 Конвенции МЦУИС, статьей 40 Арбитражного регламента МЦУИС и статьей 21(3) Арбитражного регламента ЮНСИТРАЛ, однако на практике они используются редко. Поэтому обсуждение было сосредоточено на том, как сформулировать основу или положение, которые могут облегчить использование и принятие встречных требований в рамках будущих разбирательств по УСИГ.

33. Секретариат отметил, что правила, касающиеся встречных требований, могут различаться в зависимости от источника основных обязательств инвесторов. Такие основные обязательства могут также быть диспозитивными или добровольными и варьироваться от соблюдения законодательства и нормативных актов принимающих государств до обязательств обеспечить, чтобы деятельность инвесторов не противоречила целям социально-экономического развития этих государств.

34. Секретариат далее отметил, что, возможно, потребуются сформулировать положение, чтобы урегулировать вопрос о допустимости встречных требований. Наконец, Секретариат указал на необходимость сбалансировать преимущества и потенциальные недостатки допустимости встречных исков, связанные, например, с задержками в проведении разбирательства и опасностью образования двух направлений в рамках одного и того же производства.

35. Профессор Ли отметил, что, поскольку вопрос о встречных требованиях связан также с другими вопросами, включая раннее отклонение, обеспечение покрытия издержек и необоснованные исковые требования, необходимо определить сферу охвата обсуждений, особенно с учетом того факта, что в соответствии с мандатом Рабочей группе следует сосредоточить внимание на процессуальных аспектах.

Основные обязательства

36. Были высказаны различные мнения о целесообразности обсуждения Рабочей группой основных обязательств в качестве юридических оснований для встречных требований. Было указано, что мандат, полученный от Комиссии, заключается в том, чтобы сосредоточить внимание на процессуальных аспектах УСИГ, и что поэтому работа над встречными требованиями должна быть сосредоточена на процессуальных аспектах. С другой стороны, была подчеркнута необходимость использовать более широкое толкование мандата Рабочей группы для обеспечения сбалансированного подхода.

37. В то же время было разъяснено, что подлежащие разработке процессуальные нормы по встречным требованиям могут выглядеть по-разному в зависимости от источников объема и содержания обязательств инвесторов. В связи с этим было отмечено, что положение о встречных требованиях должно каким-то образом отражать содержание основного обязательства.

38. Было отдельно указано, что необходимо рассмотреть вопрос о том, насколько целесообразно, чтобы государства-ответчики использовали УСИГ вместо внутренних средств правовой защиты. Было указано также, что это основание для беспокойства будет особенно актуальным в тех случаях, когда

обязательства инвесторов регулируются законодательством и нормативными актами принимающего государства.

Формулировки проектов положений с учетом действующих международных договоров

39. Было указано, что Всеобъемлющее и прогрессивное соглашение о транстихоокеанском партнерстве (ВПТП) и Конвенция МЦУИС требуют, чтобы встречный требование было увязано с фактической или правовой основой требования, предъявляемого инвестором. В связи с этим было предложено рассмотреть вопрос о том, будет ли достаточно формулировки ВПТП или же потребуются дополнительная формулировка для охвата других обязательств по международным договорам, которые могут быть не полностью связаны с данным требованием.

40. Было указано далее, что Рабочей группе следует проявлять осторожность в отношении исключения возможности предъявлять встречные требования, если это предусмотрено соответствующим международным договором. Была выражена обеспокоенность по поводу того, что, возможно, будет сложно найти надлежащую формулировку, не связанную с конкретным договором.

41. Был поднят вопрос о том, должны ли связь с фактической или правовой основой искового требования и нарушение обязательств по самому международному договору быть условиями для предъявления встречных требований. При этом было отдано определенное предпочтение тому, что они не обязательно должны иметь кумулятивный характер.

42. Было указано также, что формулировку в отношении встречных требований необходимо разработать в контексте постоянного суда. Было подчеркнуто, что Рабочей группе следует разработать конкретный текст, который постоянный суд мог бы использовать для рассмотрения пределов юрисдикции, условий допустимости встречных требований и других вопросов.

43. Было высказано мнение о том, что постоянный суд может оказаться более эффективным с точки зрения рассмотрения встречных требований. В то же время было отмечено, что если встречные требования будут касаться несоблюдения законодательства принимающего государства и других договорных обязательств, то от судов может потребоваться нечто большее нежели то, чем они обычно занимаются. Поэтому, несмотря на то, что имеет смысл подавать искивые требования, связанные друг с другом, в один и тот же суд для повышения эффективности, можно рассмотреть возможность использования других учреждений, если они лучше подготовлены для рассмотрения исков, касающихся законодательства государства или других договорных обязательств.

Заседание 4. Сквозные вопросы

44. Координатором заседания по сквозным вопросам выступал председатель Рабочей группы III г-н Шейн Спеллиски. Представители государств и учреждения-наблюдатели соответственно выступили с презентациями по сквозным вопросам.

Исчерпание внутренних средств правовой защиты — Южная Африка (г-жа Кекелетсо Машиго)

45. Г-жа Машиго подчеркнула важность вопроса об исчерпании внутренних средств правовой защиты и предложила рассмотреть четыре варианта. Во-первых, национальные суды можно было бы рассматривать как форум для урегулирования всех инвестиционных споров или же, в противном случае, только споров по определенным вопросам, например споров, касающихся конституционных прав, вопросов налогообложения, природных ресурсов, обязательств перед коренными народами или других вопросов, связанных с публичными интересами. Во-вторых, можно сформулировать четкое положение, которое будет

прямо требовать исчерпания внутренних средств правовой защиты до возбуждения инвестиционного арбитражного разбирательства. В-третьих, из УСИГ должны быть исключены решения национальных судов, в том числе о юрисдикции и средствах правовой защиты. В-четвертых, национальным судам может быть предоставлена исключительная юрисдикция в отношении толкования вопросов внутреннего законодательства, с тем чтобы обеспечить баланс между частными и публичными интересами. Делегат подчеркнула также необходимость выделения надлежащего времени и ресурсов для рассмотрения сквозных вопросов, включая исчерпание внутренних средств правовой защиты.

«Нормативный застой» и возмещение ущерба — Габон (посол Аристид Эбанг Эссоно)

46. В связи с решением проблемы «нормативного застоя» посол Эссоно подчеркнул необходимость обеспечения баланса между защитой инвестиций и осуществлением суверенными государствами полномочий по регулированию в направлении достижения общего блага, а также необходимостью предотвращения процессуальных злоупотреблений. С учетом этой необходимости посол Эссоно предложил рассмотреть вопрос об ограничении возмещения и оценки ущерба в соответствии с бюджетными возможностями государств. Кроме того, поскольку сложность методологии, используемой судами при оценке ущерба (например, метод дисконтирования денежных потоков), может увеличить сложность, продолжительность и стоимость разбирательства, было подчеркнуто, что более последовательный, предсказуемый и прозрачный подход к присуждению размера компенсации может существенно снизить опасения государств по поводу «нормативного застоя».

Исчерпание внутренних средств правовой защиты и «нормативный застой» — Индия (г-н Нур Рахман Шейх и г-н Джордж Потан Путикот)

47. Г-н Шейх и г-н Путикот вновь выразили озабоченность по поводу легитимности системы УСИГ, в частности, с учетом роста количества необоснованных решений и «нормативного застоя». Г-н Шейх и г-н Путикот отметили, что «нормативный застой» подрывает принцип верховенства права, лишая уязвимые или эксплуатируемые сообщества доступа к правосудию и средствам правовой защиты. Г-н Шейх и г-н Путикот упомянули, что дела *Philip Morris Asia Limited v. Australia* и *Vattenfall v. Germany* поднимают вопрос о законности того, в какой степени политические решения демократически избранных органов или судебных органов, осуществляющих конституционные полномочия, могут быть отменены по решению частных арбитражных судов. Г-н Шейх и г-н Путикот далее пояснили, что предоставление национальным судам права на предварительное рассмотрение соответствующих вопросов поможет арбитражным судам оценить доводы таких национальных судов, и подчеркнули важность исчерпания внутренних средств правовой защиты, прежде чем прибегать к международному арбитражу.

Иммунитет от исполнительных действий — Марокко (г-н Абду Аль Азизи)

48. Г-н Азизи выделил два типа юрисдикционных иммунитетов: i) иммунитет от юрисдикции, который позволяет государству избежать судебного преследования; и ii) иммунитет от исполнительных действий, на который государство может ссылаться для предупреждения принудительного исполнения арбитражных решений в отношении его собственности и активов, чтобы обеспечить непрерывность деятельности публичных служб. В отношении иммунитета от юрисдикции делегат заявил, что включение арбитражной оговорки или заключение арбитражного соглашения государством или его органом подразумевает отказ этого государства от иммунитета от юрисдикции. Тем не менее в отношении иммунитета от исполнительных действий делегат указал на отсутствие согласованного международного режима иммунитета от исполнительных действий, особенно в рамках УСИГ. Поэтому г-н Азизи предложил разработать

согласованный международный документ, который позволит унифицировать практику государств и обеспечит сбалансированный подход со стороны государств по вопросу иммунитета от исполнительных действий в целях улучшения исполнения арбитражных решений, не нанося при этом ущерба публичной службе принимающих государств.

Участие национальных судов — Шри-Ланка (заместитель генерального солиситора Сумати Дхармавардене)

49. Г-н Дхармавардене поделился опытом Шри-Ланки, где национальные суды уполномочены участвовать в УСИГ в соответствии с Законом об арбитраже 1995 года, который был принят на основе Типового закона ЮНСИТРАЛ о международном торговом арбитраже (далее «Типовой закон ЮНСИТРАЛ»). Г-н Дхармавардене отметил проблемы, связанные с участием национальных судов в УСИГ, например, отсутствие у судебных органов возможности исправлять правовые и фактические ошибки, отсутствие четких рекомендаций для судов в отношении принятия решений о беспристрастности и независимости арбитров, а также неадекватность системы обеспечительных мер и сохранения активов. С учетом этого г-н Дхармавардене предложил применять целостный подход и пересмотреть Типовой закон ЮНСИТРАЛ, чтобы обеспечить основу, допускающую ограниченное вмешательство судов, и подготовить рекомендации по оценке независимости арбитров и обеспечительным мерам.

«Нормативный застой» и право осуществлять регулирование — Африканская континентальная зона свободной торговли (АКЗСТ) (г-жа Росли Н'гено)

50. Г-жа Н'гено разъяснила концепции права осуществлять регулирование и «нормативного застоя» в контексте УСИГ и выразила соответствующие опасения, в частности с точки зрения государств — членов Африканского союза, в том числе в связи с нехваткой финансовых ресурсов для обеспечения защиты по делам в рамках УСИГ или для выплаты возмещения по арбитражным решениям. В качестве решения г-жа Н'гено предложила ограничить предметную юрисдикцию арбитражных судов, чтобы исключить из сферы арбитража вопросы, касающиеся общественных интересов. Г-жа Н'гено подчеркнула также необходимость целостного подхода к общему реформированию механизма УСИГ, сочетающему рассмотрение процессуальных и материально-правовых вопросов и проведение структурных реформ, которые позволили бы правительствам регулировать деятельность на благо общества.

Право осуществлять регулирование — Доминиканская Республика (г-жа Лейдлин Контрерас Де Фернанде)

51. Г-жа Фернанде подчеркнула необходимость надлежащего баланса между защитой правового пространства государства и либерализацией и защитой инвестиций. При этом г-жа Фернанде заявила, что необходимо должным образом и тщательно разрабатывать международные инвестиционные соглашения, например, разъясняя такие стандарты, как справедливый и равноправный режим. Кроме того, сославшись на Соглашение о свободной торговле между Доминиканской Республикой и ЗСТ Центральной Америки (ДР-КАФТА), г-жа Фернанде подчеркнула также необходимость того, чтобы правительства предусматривали конкретные исключения в таких чувствительных областях, как национальная безопасность или экономические кризисы, чтобы лучше обеспечивать пространство для регулирования и возможности для принятия мер без нарушения своих международных обязательств.

Участие третьих сторон — Колумбийский центр устойчивого инвестирования (КЦУИ) (г-жа Лиз Джонсон)

52. Г-жа Джонсон указала на проблемы эффективного или значимого участия третьих сторон в соответствии с действующими правилами УСИГ и разъяснила негативные последствия УСИГ для прав и интересов третьих сторон, предложив возможные решения для устранения таких последствий. В качестве возможных вариантов реформы г-жа Джонсон указала на то, что требование об исчерпании внутренних средств правовой защиты может лучше обеспечить участие всех соответствующих правообладателей в разбирательстве. Г-жа Джонсон высказала также мнение о том, что более четкие стандарты в отношении прекращения дел, лишенных юридических оснований, могли бы способствовать раннему прекращению рассмотрения определенных типов дел, например исковых требований, которые фактически представляют собой апелляции, подаваемые инвесторами на неблагоприятные решения национальных судов в отношении других частных сторон. Кроме того, использование процесса ЮНСИТРАЛ для содействия упорядоченному переходу от УСИГ к урегулированию споров между государствами по всем или некоторым исковым требованиям может способствовать ограничению обстоятельств, при которых возникают такие вопросы. Г-жа Джонсон предложила также другие возможные подходы, которые могут предусматривать i) участие заинтересованных или затрагиваемых третьих сторон посредством присоединения к иску; ii) отклонение исковых требований, если такие стороны не желают или не могут присоединиться к иску; и iii) пересмотр исковых требований, аргументов и средств правовой защиты.

Замечания

53. В ответ на презентации было предложено укрепить судебный потенциал в области урегулирования споров, а также организовать по линии ЮНСИТРАЛ подготовку национальных судей по вопросам УСИГ. В то же время было высказано мнение, что Рабочей группе следует помнить о том, что существуют пределы того, что можно и что нельзя делать в контексте поведения судей.

54. Что касается права осуществлять регулирование, то был задан вопрос о том, может ли защита права осуществлять регулирование быть обеспечена как на общем, многостороннем уровне, так и на индивидуальном, национальном уровне, и стремится ли Рабочая группа разработать такой принцип в качестве типового положения или рекомендации. В ответ было указано, что государства могут включать типовые положения в международные договоры, но одной такой формулировки может быть недостаточно, и впоследствии должно быть принято соответствующее национальное законодательство. Было отмечено также, что этот вопрос следует рассматривать на всех возможных уровнях, включая как национальный, так и многосторонний. Кроме того, было высказано мнение, что вопросы, касающиеся права осуществлять регулирование, могут решаться в процессуальном плане только с учетом существующей прочной материально-правовой базы, закрепленной в международных инвестиционных соглашениях. В связи с этим было указано, что было бы полезно сначала установить правила игры для решения этих проблем. В связи с этим было также подчеркнуто, что Рабочей группе следует применять широкий подход, рассматривая возможности таких вариантов «мягкого права», как руководящие принципы или руководства, в дополнение к договорным положениям.

55. Что касается вопроса об иммунитете от исполнительных действий, то было указано, что необходимо провести обзор действующих международных договоров, чтобы определить, что еще можно сделать.

56. Были высказаны мнения о том, что создание постоянного органа может стать действенным и эффективным средством реагирования на сквозные вопросы, такие как право осуществлять регулирование и оценка ущерба. В свете дальнейшей работы Секретариата было предложено разграничить и проанализировать те области, в которых должны приниматься решения, касающиеся

исключительно внутригосударственного права, и те вопросы, по которым должно быть задействовано международное право.

Заключительные замечания

57. В конце двухдневного межсессионного совещания с заключительными замечаниями выступили г-жа Атита Коминдр (руководитель ЮНСИТРАЛ-РЦАТ), г-жа Натали Моррис-Шарма (докладчик Рабочей группы III) и г-н Чангван Хан (директор отдела по урегулированию международных споров Министерства юстиции Республики Корея).
