



Генеральная Ассамблея

Distr.: Limited
31 July 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 Республики Корея

Записка Секретариата

В настоящей записке воспроизводится представление, полученное 31 июля 2019 года от правительства Республики Корея в рамках подготовки к тридцать восьмой сессии Рабочей группы III. Это представление воспроизводится в качестве приложения к настоящей записке в том виде, в каком оно было получено.



Приложение

I. Введение

Республика Корея (далее Корея) высоко оценивает коллективные усилия, которые были предприняты государствами-членами, участвующими в деятельности Рабочей группы III, в ходе последних четырех сессий, в целях выявления широкого спектра проблем в связи с механизмами урегулирования споров между инвесторами и государствами (УСИГ), предусмотренными международными инвестиционными соглашениями (МИС), и в целях рассмотрения возможных вариантов реформирования. Поскольку Рабочая группа на тридцать восьмой сессии в октябре 2019 года начнет следующий этап обсуждения, Корея хотела бы представить свои замечания по поводу будущей направленности деятельности Рабочей группы в целях содействия проведению дальнейших дискуссий.

С учетом открытости обсуждений в Рабочей группе и меняющегося характера рассматриваемых тем Рабочей группе следует, по мнению Кореи, придерживаться гибкого подхода в отношении оценки возможных вариантов реформирования, поддерживая при этом текущую динамику работы. В этом контексте цель Кореи заключается во внесении практического вклада в содействие обсуждениям в Рабочей группе.

В своем представлении, которое также отражает разнообразие мнений научных кругов и гражданского общества¹, Корея хотела бы охватить три основные темы: i) формат дальнейших обсуждений в Рабочей группе; ii) дополнительные темы для обсуждения в Рабочей группе; и iii) предложения в отношении подхода к учреждению постоянного механизма для урегулирования международных инвестиционных споров («постоянный механизм»).

II. Формат дальнейших обсуждений в Рабочей группе

В ходе предыдущих сессий Рабочей группы сложилось два самостоятельных подхода. Первый подход предполагает поэтапное реформирование. Государствам предлагается прорабатывать дальнейшие проблемы и осуществлять необходимые изменения в рамках действующего механизма УСИГ². В соответствии со вторым подходом государствам следует провести структурную реформу. Такой подход предполагает, что выявленные на данный момент проблемы свидетельствуют о необходимости рассмотреть возможность полной трансформации действующей системы УСИГ³. Признав существование двух самостоятельных подходов и наличие расхождений в мнениях, озвученных в Рабочей группе,

¹ В июне 2019 года несколько корейских групп гражданского общества под общим названием «Народная солидарность за представительную демократию» (НСПД) опубликовали и направили в Министерство юстиции Кореи совместное заявление, в котором они предложили несколько вариантов реформирования в связи с обсуждениями в Рабочей группе ЮНСИТРАЛ. В этих материалах предлагается следующее: i) запрет финансирования третьими сторонами; ii) обязательное исчерпание местных средств правовой защиты; iii) более широкое участие третьих сторон (включая гражданское общество); iv) расширение практики предъявления ответчиками встречных требований; v) повышение прозрачности; vi) предупреждение возникновения споров; и даже vii) упразднение системы УСИГ. Они указали, что обсуждение реформирования УСИГ в ЮНСИТРАЛ дает отличную возможность для разработки более демократичной и более ориентированной на права человека инвестиционной политики на основе целей Организации Объединенных Наций в области устойчивого развития и целей в области развития, сформулированных в Декларации тысячелетия. *Opinion on ISDS Reform submitted by Lawyers for Democratic Society and People's Solidarity for Participatory Democracy on June 27, 2019.*

² A/CN.9/970, Доклад Рабочей группы III (Реформирование системы урегулирования споров между инвесторами и государствами) о работе ее тридцать седьмой сессии (Нью-Йорк, 1–5 апреля 2019 года), пункт 68.

³ Там же, пункт 71.

государства приняли решение об использовании двойственного подхода, в рамках которого Рабочая группа в ходе дальнейших дискуссий будет вести работу по обоим направлениям, выделив на каждое из них равное количество времени и ресурсов⁴.

Остается открытым вопрос о том, как организовать управление работой в рамках двойственного подхода справедливым, сбалансированным и эффективным образом, чтобы государства могли достичь целей, предусмотренных мандатом Комиссии. Как уже обсуждалось на тридцать седьмой сессии Рабочей группы, состоящая из двух частей схема обсуждений и переговоров в рамках двойственного подхода будет создавать материально-техническую нагрузку как для государств, так и для Секретариата. По нашему мнению, четыре прошлые сессии уже показали нам, что организация, подготовка и проведение мероприятий Рабочей группы создают существенную материально-техническую нагрузку для государств и Секретариата. В этой связи использование двойственной модели может добавить еще один уровень сложности, если только не удастся обеспечить надлежащее управление.

По мнению Кореи, самый важный момент заключается в том, что использование двойственной модели не должно фактически означать, что в рамках Рабочей группы будут независимо и изолированно функционировать две разные подгруппы или что такая практика будет допустима. Это не только приведет к углублению разрозненности в группе, но и сделает достижение цели менее вероятным по причине роста материально-технических препятствий. Таким образом, Корея считает, что крайне важно не допустить разделения Рабочей группы на две отдельные подгруппы. Напротив, в рамках этого процесса единая группа должна вести работу по двум направлениям обсуждения.

Это значит, что обсуждение на одном направлении должно быть продолжением обсуждения на другом направлении и наоборот. Другими словами, не следует приостанавливать дискуссии на одном направлении, чтобы начать работу на другом направлении. Государства-члены могут просто корректировать свой подход к соответствующим вопросам. В результате, обсуждения на одном направлении будут обогащать обсуждения на втором направлении взаимодополняющим образом. Это позволит в максимально возможной степени сохранить динамику обсуждений и обеспечить эффективность.

По мнению Кореи, целесообразность такого формата работы обусловлена тем, что в рамках двух подходов предполагается обсуждать одни и те же (или, по крайней мере, пересекающиеся) основные элементы (например, выявленные на данный момент проблемы). Цели и темы обсуждений либо идентичны, либо весьма сходны. Единственное различие, судя по всему, заключается в том, как следует решать выявленные проблемы. Если это так, то Рабочая группа могла бы построить свою работу следующим образом. В ходе будущих сессий Рабочей группе следует начинать каждую неделю с обсуждений в рамках поэтапного подхода и затем переносить результаты этих обсуждений на направление структурного реформирования; возможно, единственное отличие при обсуждении в контексте структурного реформирования заключается в том, что те же самые вопросы необходимо рассматривать с точки зрения введения нового постоянного механизма. Точно так же в начале следующей сессии содержание обсуждений, проведенных в рамках направления структурного реформирования, может быть перенесено на направление поэтапных изменений. Другими словами, можно обеспечить перенос вопросов, обсуждавшихся на одном направлении, на другое направление на постоянной основе. С точки зрения Кореи, при условии надлежащего предварительного планирования это предложение может быть реализовано эффективным образом. Выработка конкретного плана в этой связи может быть поручена Секретариату.

⁴ Там же, пункт 81.

По мнению Кореи, в ходе этого процесса важно соблюдать и сохранять дискреционное право Председателя. Он может реализовывать такое право гибким образом, поддерживая общий баланс и справедливость. В принципе для дискуссий в рамках каждого направления должно быть выделено одинаковое количество времени, при этом Председатель вправе перераспределять время в зависимости от хода обсуждения.

Что касается итогов обсуждений в Рабочей группе, то, как неоднократно подчеркивалось, на этом этапе нельзя делать никаких заранее определенных выводов. Рабочей группе следует удостовериться в том, что результаты сохраняют открытый характер. По нашему мнению, это наиболее эффективный способ обеспечения того, чтобы государства вносили значимый и честный вклад в деятельность Рабочей группы.

В заключении обсуждений результаты работы по двум направлениям могут быть представлены для окончательного обобщения, упорядочения или корректировки. Желательно, чтобы они были представлены в виде единого окончательного «пакета». В таком пакете государствам, которые выступают за соответствующий вариант, может быть предложен многосторонний инструмент. В пакете также могут содержаться руководства и альтернативные варианты, из которых государства смогут выбрать подходящий и реализовать его в своих будущих МИС. Каждое государство, в зависимости от своих обстоятельств и содержания окончательного пакета, сможет либо выбрать один или оба варианта, либо не выбрать ничего.

III. Дополнительные темы для обсуждения в Рабочей группе

В целях расширения текущих обсуждений Корея хотела бы обратить внимание Рабочей группы на следующие темы: 1) регулирование финансирования третьими сторонами; 2) международное сотрудничество в области предупреждения инвестиционных споров; и 3) регулирование исков от многонациональных хедж-фондов.

1. Регулирование финансирования третьими сторонами

С учетом замечаний и информации, представленных на предыдущих сессиях, широко признается, что практика финансирования третьими сторонами (ФТС) получает все большее распространение как в плане увеличения числа финансирующих сторон, так и в плане роста объема доступного капитала⁵. В Корее есть множество мнений по поводу того, какие меры следует принять в отношении ФТС. Организации гражданского общества выступают за то, что в принципе ФТС должно быть запрещено и разрешаться только в исключительных обстоятельствах в целях обеспечения доступа к правосудию⁶. Однако, исходя из того, что обсуждения в Рабочей группе развиваются в направлении регулирования ФТС, а не его полного запрета, мы хотели бы предложить некоторые моменты для рассмотрения.

Как показали предыдущие обсуждения в Рабочей группе, у государств есть общее понимание основных мотивов, определяющих необходимость регулирования ФТС, например, решение таких проблем, как скрытые коллизии интересов между арбитрами и финансирующими сторонами, осуществление третьими

⁵ *Возможная работа по реформированию системы урегулирования споров между инвесторами и государствами (УСИГ): финансирование третьими сторонами, записка Секретариата*, документ ООН A/CN.9/WG.III/WP.157, пункт 7; *Доклад Рабочей группы III (Реформирование системы урегулирования споров между инвесторами и государствами) о работе ее тридцать пятой сессии (Нью-Йорк, 23–27 апреля 2018 года)*, документ ООН A/CN.9/935, пункт 89.

⁶ *Opinion on ISDS Reform submitted by Lawyers for Democratic Society and People's Solidarity for Participatory Democracy on June 27, 2019.*

сторонами ненадлежащего контроля за ходом дела или урегулированием спора и оказание влияния на них, проблемы конфиденциальности, обеспечение для покрытия издержек и рост числа необоснованных исков⁷. Корея разделяет эти опасения и хотела бы вновь выразить свою заинтересованность в начале всестороннего обсуждения этой проблематики. Подобное обсуждение было бы целесообразно провести в три этапа, рассмотрев на каждом из них: охват регулирования; обязательство о раскрытии информации и связанные с ним требования; и меры правоприменения.

Что касается охвата возможного регулирования ФТС, то основное внимание следует уделить необходимости включения в него адвокатов и представителей. Неспособность стороны выполнить условия арбитражного решения в пользу противоположной стороны (включая такие решения в отношении издержек) была определена в качестве одной из основных проблем, связанных с регулированием ФТС⁸. Это особенно актуально для государств-ответчиков, так как были случаи, когда государствам были присуждены издержки, но в итоге они не смогли их взыскать⁹. Соглашения об альтернативном расчете гонорара, такие как соглашения об условном адвокатском гонораре, — это классические примеры финансирования, предоставляемого представителями сторон, и во многих случаях такое финансирование может быть сопряжено с потенциальным риском нехватки средств у одной из сторон. Обеспечение охвата вопросов издержек на услуги адвокатов и представителей в рамках потенциального регулирования ФТС может способствовать повышению эффективности такого нового регулирования.

Что касается требований о раскрытии информации, то может быть введено положение, предусматривающее явным образом, что стороны несут обязательство по раскрытию факта существования ФТС, наименования финансирующей стороны и, возможно, общего характера и условий заключенного соглашения о ФТС. Соответствующие требования могут быть дополнены положениями МИС или наделением третейского суда полномочиями для предписания более широкого раскрытия в случае необходимости. Кроме того, суд, приняв во внимание соответствующие обстоятельства спора, такие как наличие ФТС и характер предусмотренных в нем договоренностей, может вынести решение об обеспечении для покрытия издержек в целях решения проблемы потенциальной нехватки средств у одной из сторон.

Важно предусмотреть надлежащие средства обеспечения исполнения этих требований на случай их нарушения или несоблюдения. В этой связи возможными вариантами могут быть приостановка разбирательства (что в принципе может приводить к прекращению разбирательства) или возможность присуждения издержек в пользу противоположной стороны. Кроме того, может быть предусмотрено, что отсутствие раскрытия является для суда основанием сделать вывод в пользу противной стороны.

Корея представила замечания по этому вопросу в контексте процесса внесения поправок в Регламент МЦУИС¹⁰. Текущие обсуждения ФТС в контексте внесения поправок в Регламент МЦУИС, а также материалы, представляемые в

⁷ *Возможная работа по реформированию системы урегулирования споров между инвесторами и государствами (УСИГ): финансирование третьими сторонами, записка Секретариата*, документ ООН A/CN.9/WG.III/WP.157, пункты 16–34.

⁸ *Возможная работа по реформированию системы урегулирования споров между инвесторами и государствами (УСИГ): финансирование третьими сторонами, записка Секретариата*, документ ООН A/CN.9/WG.III/WP.157, пункт 31.

⁹ ICSID Secretariat, *Survey for ICSID Member States on Compliance with ICSID Awards (2017)*, at 4; Christine Sim, *Security for Costs in Investor-State Arbitration*, 33(3) ARBITRATION INTERNATIONAL 427, at 461–462.

¹⁰ *The Republic of Korea's Further Comments to ICSID Rule Amendments*, at 3–5, 9–11. (Размещено на https://icsid.worldbank.org/en/Documents/Korea_CommentsWP2_06.28.2019.pdf.)

этой связи Секретариатом МЦУИС и участвующими государствами, вносят важный вклад в дальнейшее обсуждение этой темы в Рабочей группе.

2. Международное сотрудничество в области предупреждения инвестиционных споров и соответствующее реагирование

Как было показано в ходе множества исследований, реагирование на разбирательства по УСИГ требует существенных временных и финансовых затрат. По мнению Кореи, более экономичным является подход, ориентированный на профилактику споров, а не на урегулирование спора после его возникновения. На самом деле, Корея предпринимает значительные усилия для разработки и реализации мер по предупреждению УСИГ, включая, как было отмечено некоторыми государствами-членами в ходе нашего обсуждения, создание системы омбудсмана и публикацию руководств.

Как свидетельствует опыт Кореи, система омбудсмана по иностранным инвестициям может быть ценным активом с точки зрения удержания инвестиций и предупреждения споров путем оказания иностранным инвесторам комплексной последующей поддержки. С помощью этой системы проводится рассмотрение жалоб и обеспечивается согласованность в работе соответствующих органов. Система омбудсмана может препятствовать превращению жалобы в инвестиционный спор. Правительство Кореи занимается публикацией и распространением руководств и брошюр по УСИГ в целях предоставления общей информации о предотвращении споров и смысле ключевых положений МИС. По запросу государственных органов, муниципалитетов или публичных учреждений соответствующее министерство проводит лекции и семинары по теме предупреждения УСИГ на основе информации из этих руководств.

Следует отметить, что, как показал опыт Кореи в связи с рядом недавних дел по УСИГ, накопление знаний и опыта, повышение квалификации и расширение институциональных возможностей играют очень важную роль в проведении эффективной работы по инвестиционным спорам, особенно на начальных этапах инвестиционного арбитража. В этом контексте Корея считает, что разработка механизма систематического обмена информацией и успешными наработками в области предупреждения и урегулирования споров была бы очень полезна для государств-членов. Аналогичная идея уже была озвучена в Рабочей группе¹¹ правительством Таиланда, которое предложило Рабочей группе рассмотреть возможность разработки «Руководящих принципов для предупреждения споров» и создания консультативного центра по международному инвестиционному праву¹². Корея признает достоинства этих предложений и поддерживает их.

На базе Консультативного центра может осуществляться сбор и распространение передовых наработок и институциональной информации. Центр мог бы оказывать помощь развивающимся странам путем публикации руководящих принципов, организации обучения в области предупреждения споров, создания базы данных арбитражных решений и постановлений судов, а также предоставления юридических консультаций по вопросам управления потенциальными спорами. В этом ключе Корея хотела бы добавить, что с точки зрения достижения этой цели, возможно, было бы более целесообразно создать сеть региональных консультативных центров. Пользуясь представившейся возможностью, Корея хотела бы предложить государствам-членам наделить соответствующими функциями действующий Региональный центр ЮНСИТРАЛ для Азии и района Тихого океана (РЦАТО), который с успехом мог бы взять на себя выполнение этих обязанностей.

¹¹ *Возможная работа по реформированию системы урегулирования споров между инвесторами и государствами (УСИГ): записка Секретариата*, документ ООН A/CN.9/WG.III/WP.149, пункт 59.

¹² *Представление правительства Таиланда*, документ ООН A/CN.9/WG.III/WP.162, пункты 25–27.

3. Иски от многонациональных хедж-фондов

Что касается последней темы для дальнейшего обсуждения в Рабочей группе, то Корея хотела бы привлечь внимание государств-членов к необходимости регулирования недобросовестных исков, подаваемых многонациональными хедж-фондами¹³. Как точно отметили некоторые делегации в ходе наших предыдущих сессий, увеличилось как число, так и масштаб таких исков. Несмотря на растущие сомнения в соответствии этих фондов целям и задачам МИС, некоторые из них, как предполагается, совершают злоупотребления, используя свою многоуровневую, недостаточно ясную корпоративную структуру (обычно ориентированную на достижение налоговых целей) для «выискивания» дел по УСИГ в различных юрисдикциях.

Практически все МИС, подписанные и ратифицированные на настоящий момент, направлены на содействие экономическому развитию государств-участников путем формирования благоприятных условий для привлечения иностранных инвесторов и при этом обеспечения защиты их прав¹⁴. Как правило, в МИС налагаются определенные ограничения на охват материально-правовой защиты и юрисдикции путем указания того, какие инвесторы и инвестиции являются «охватываемыми» или «защищенными». В этой связи, как подтверждают вынесенные ранее арбитражные решения, инвестиции, подлежащие защите, должны обладать определенными характеристиками, такими как длительность и вклад в экономическое развитие принимающего государства¹⁵. Однако в рамках действующего режима МИС еще не было возможности тщательно проанализировать с этой точки зрения уникальный характер исков, подаваемых хедж-фондами. Третейские суды также не рассматривали это явление и не выработали надлежащую судебную практику по этому поводу. Можно поставить вопрос о том, соблюдают ли эти фонды базовые требования, предъявляемые к «инвестиции» и/или «инвестору», и если да, то каким образом.

IV. Обсуждение постоянного механизма

Хотя, по мнению Кореи, проведение структурной реформы — это единственный адекватный вариант решения проблем, выявленных государствами ранее в связи с действующим режимом УСИГ, она считает, что, прежде чем Рабочая группа сделает преждевременный вывод, необходимо в первую очередь тщательно и подробно рассмотреть и проанализировать правовые вопросы и материально-технические трудности, связанные с проведением подобной структурной перестройки. Мы хотели бы отметить, что структурная реформа может привести к нежелательным и неожиданным последствиям во многих отношениях, поскольку Рабочая группа проводит пересмотр системы, существующей 53 года, в рамках которой было заключено более 3 300 МИС. Минимизировать подобные нежелательные последствия и подготовиться к ним государствам поможет формирование более ясного представления о возможной многосторонней договоренности, такой как постоянный механизм, с учетом не только ее сильных сторон, но и недостатков.

Совместимость с действующей системой УСИГ — это, возможно, один из вопросов, заслуживающих наибольшего внимания. Более подробно следует рассмотреть совместимость потенциальной многосторонней договоренности

¹³ В приложении А.2 к документу A/CN.9/WG.III/WP.149, *Возможная работа по реформированию системы урегулирования споров между инвесторами и государствами (УСИГ): записка Секретариата*, процессуальные злоупотребления были названы одной из проблем, связанных с действующим механизмом УСИГ.

¹⁴ KENNETH VANDELDE, *BILATERAL INVESTMENT TREATIES: HISTORY, POLICY, AND INTERPRETATION*, Oxford University Press (2009), at 1–2.

¹⁵ Эти два требования давно признаны неотъемлемой частью так называемого «критерия Салини». См. CHRISTOPH SCHREUER ET AL., *THE ICSID CONVENTION: A COMMENTARY* (2ND EDITION), Cambridge University Press (2009), at 130–134.

с действующей Конвенцией МЦУИС, Нью-Йоркской конвенцией и МИС государств. В частности, государствам, вероятно, следует прояснить вопрос о том, придется ли вносить поправки в эти действующие документы в целях обеспечения совместимости с потенциальным постоянным механизмом. Некоторым государствам-членам, возможно, также придется внести изменения в свое внутреннее законодательство.

Еще один важный вопрос связан с тем, как долго может длиться переходный период. Существует вероятность того, что некоторые государства могут столкнуться с ситуацией, когда в переходный период будут существовать две разные системы. Государствам придется вести разбирательства по УСИГ в рамках их действующих МИС, обеспечивая в то же время ведение разбирательств в соответствии с недавно созданным постоянным механизмом. Для некоторых государств это будет означать появление нового уровня фрагментации с точки зрения урегулирования инвестиционных споров. Поэтому важной темой для обсуждения в Рабочей группе является вопрос о том, как следует справляться с такой ситуацией в переходный период.

Кроме того, практические трудности будут связаны с отбором третейских судей. С точки зрения критериев отбора будет необходимо принимать во внимание самые разные факторы, такие как региональное представительство, разнообразие в специализации и подтвержденный уровень квалификации. Не менее важна будет разработка согласованной процедуры отбора. В обеспечении успешности реформы очень большую роль будет играть отбор и сохранение третейских судей, способных решать выявленные проблемы. Кроме того, внимания Рабочей группы заслуживает вопрос о способах обеспечения финансовых ресурсов для финансирования новой многосторонней договоренности и вопрос распределения издержек между государствами. От решения этих конкретных вопросов и их тщательного рассмотрения Рабочей группой в конечном итоге зависит, станет ли вариант, предполагающий проведение структурной реформы, действительно оптимальным и целесообразным.

В этом контексте Корея считает, что в целях обеспечения максимальной эффективности обсуждения структурных реформ в Рабочей группе необходимо принимать во внимание указанные системные последствия и практические трудности.
