



Генеральная Ассамблея

Distr.: Limited
29 November 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 (возобновленная)
Вена, 20–24 января 2020 года**

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

Механизмы апелляции и многостороннего суда

Записка Секретариата

Содержание

	<i>Стр.</i>
I. Введение	2
II. Механизмы апелляции и многостороннего суда	3
A. Механизм апелляции	3
1. Предложения, содержащиеся в представлениях	3
2. Вопросы для рассмотрения	4
3. Варианты создания апелляционного механизма	10
B. Постоянный многосторонний инвестиционный суд	14
1. Предложения и вопросы, содержащиеся в представлениях	14
2. Вопросы для рассмотрения	15
3. Связь с другими вариантами реформы	18



I. Введение

1. На своих тридцать четвертой — тридцать седьмой сессиях Рабочая группа провела работу по возможному реформированию системы УСИГ на основе мандата, предоставленного ей Комиссией на ее пятидесятой сессии в 2017 году¹. На этих сессиях Рабочая группа определила и обсудила вызывающие беспокойство проблемы в области УСИГ и пришла к выводу о целесообразности реформирования данной системы в свете выявленных проблем.
2. На своей тридцать восьмой сессии Рабочая группа согласовала график осуществления проекта (A/CN.9/1004, пункты 16–27 и 104)².
3. В отношении нынешней сессии Рабочая группа решила, что она рассмотрит следующие темы: i) отдельный механизм обжалования или апелляции; ii) постоянный многосторонний инвестиционный суд; и iii) отбор и назначение арбитров и лиц, принимающих решения (A/CN.9/1004, пункты 25 и 27).
4. Соответственно, цель настоящей записки состоит в том, чтобы изложить основные вопросы, касающиеся механизма апелляции и постоянного многостороннего инвестиционного суда. Варианты реформы, касающиеся отбора и назначения членов суда по УСИГ, которые следует рассматривать вместе с настоящей запиской, представлены в документе A/CN.9/WG.III/WP.169.
5. Настоящая записка подготовлена с учетом широкого спектра опубликованной информации по этой теме³ и не направлена на изложение какого-либо мнения по вопросу о возможных вариантах реформы, рассмотрение которого относится к компетенции Рабочей группы.

¹ Официальные отчеты Генеральной Ассамблеи, семьдесят вторая сессия, Дополнение № 17 (A/72/17), пункты 263 и 264. Ход обсуждения на тридцать четвертой — тридцать седьмой сессиях и принятые решения см. документы A/CN.9/930/Rev.1 и добавление к нему, A/CN.9/935, A/CN.9/964 и A/CN.9/970, соответственно.

² Ход обсуждения и решения, принятые на тридцать восьмой сессии, см. A/CN.9/1004; обзор вариантов реформы приводится в документе A/CN.9/WG.III/WP.166.

³ Эта информация включает исследование ЦУМС (далее в тексте — «доклад ЦУМС») под названием “*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*”, by Gabrielle Kaufmann-Kohler and Michele Potestà, доступно по адресу https://uncitral.un.org/sites/uncitral.un.org/files/media-documents/uncitral/en/cids_research_paper_mauritius.pdf; OECD Working Papers on International Investment No. 2012/3, OECD Investment Division 2012, *Investor-state dispute settlement: A scoping paper for the investment policy community*, by D. Gaukrodger et al; the Policy Options Paper, E15 Initiative, International Centre for Trade and Sustainable Development (ICTSD) and World Economic Forum 2016, *The Evolving International Investment Law and Policy Regime: Ways Forward*, by K. Sauvant; *Reshaping the Investor-State Dispute Settlement System, Journeys for the 21st Century*, edited by Jean E. Kalicki and Anna Joubin-Bret, Nijhoff International Investment Law Series, Volume: 4; *Appeals Mechanisms in International Investment Disputes*, edited by Karl Sauvant, Oxford University Press; *Appeal mechanism for ISDS Awards, Interaction with New York and ICSID Conventions, Conference on Mapping the Way Forward for the Reform of ISDS*, Albert Jan van den Berg; *From Bilateral Arbitral Tribunals and Investment Courts to a Multilateral Investment Court, Options regarding the Institutionalization of Investor-State Dispute Settlement*, и *Standalone Appeal Mechanism: Multilateral Investment Appeals Mechanisms*, by Marc Bungenberg and August Reinisch, European Yearbook of International Economic Law; см. также библиографические ссылки, опубликованные Научным форумом и доступные в разделе “Additional resources” по адресу https://uncitral.un.org/en/library/online_resources/investor-state_dispute и www.jus.uio.no/pluricourts/english/projects/leginvest/academic-forum/.

II. Механизмы апелляции и многостороннего суда

A. Механизм апелляции

6. Предложение о создании механизма апелляции содержится в различных предложениях, представленных правительствами в ходе подготовки к обсуждениям в рамках третьего этапа мандата Рабочей группы («Представления»)⁴. Основные вопросы для рассмотрения, касающиеся создания подобного механизма, изложены ниже вместе с информацией о возможных формах такого варианта реформы.

1. Предложения, содержащиеся в представлениях

7. В представлениях, в которых предлагается создать апелляционный механизм, отмечается, что его основными функциями будет решение проблем, выявленных на первых двух этапах выполнения мандата Рабочей группы. В частности, указывается, что этот вариант реформы направлен на обеспечение процедурной и существенной правильности решений и на исправление ошибок в решениях судов по УСИГ⁵. В связи с этим в одном из представлений отмечается, что апелляционный механизм позволил бы пересматривать и исправлять арбитражные решения, благодаря чему стороны получали бы согласованное и справедливое решение⁶. Далее указывается, что с учетом возросшего числа дел по УСИГ апелляционный механизм будет способствовать улучшению последовательности, согласованности и предсказуемости решений по УСИГ. Задача могла бы состоять в том, чтобы со временем обеспечить более подотчетный процесс урегулирования споров, а также возможность разработки свода юридически обоснованных общих принципов и толкований, с тем чтобы повысить согласованность и предсказуемость инвестиционного режима⁷.

8. В одном из представлений создание апелляционного механизма упоминается также как средство повышения легитимности УСИГ и как важный фактор содействия применению принципа верховенства права при урегулировании споров между инвесторами и государствами⁸. Это позволило бы привести режим УСИГ в большее соответствие с судебными механизмами, которые обычно предусматривают возможность обжалования в судебном порядке решений судов первой инстанции с целью устранения судебных ошибок и обеспечения последовательности и согласованности в судебных решениях.

⁴ A/CN.9/WG.III/WP.159/Add.1, представление Европейского союза и его государств-членов (апелляционный орган); A/CN.9/WG.III/WP.161, представление правительства Марокко (предварительное изучение арбитражных решений и постоянный апелляционный механизм); A/CN.9/WG.III/WP.163, представление правительств Израиля, Чили и Японии (апелляционный механизм обжалования, относящийся к конкретному договору); A/CN.9/WG.III/WP.175, представление правительства Эквадора (постоянные механизмы обжалования и апелляции); A/CN.9/WG.III/WP.177, представление правительства Китая (автономный апелляционный механизм); конкретный вариант реформы обсуждается также в документах A/CN.9/WG.III/WP.176, представление правительства Южной Африки, и A/CN.9/WG.III/WP.180, представление правительства Бахрейна.

⁵ A/CN.9/WG.III/WP.161, представление правительства Марокко; A/CN.9/WG.III/WP.175, представление правительства Эквадора; A/CN.9/WG.III/WP.177, представление правительства Китая.

⁶ См. A/CN.9/WG.III/WP.175, представление правительства Эквадора.

⁷ A/CN.9/WG.III/WP.161, представление правительства Марокко; A/CN.9/WG.III/WP.175, представление правительства Эквадора; A/CN.9/WG.III/WP.177, представление правительства Китая.

⁸ A/CN.9/WG.III/WP.177, представление правительства Китая.

9. Отмечается также влияние апелляционного механизма на издержки и продолжительность разбирательства⁹. Этот аспект, а также то, в какой степени апелляция будет дублировать разбирательство в первой инстанции, необходимо будет учитывать при разработке апелляционного механизма.

2. Вопросы для рассмотрения

а) Характер и сфера апелляции

10. Принципиальное значение для создания апелляционного механизма имеют вопросы оснований для апелляции и стандарта пересмотра.

i) Сфера пересмотра

11. Вопрос для рассмотрения состоит в том, i) должна ли основанием для апелляции являться ошибка в толковании закона или его применении и, если да, должно ли обжалование на основании юридических ошибок ограничиваться определенными вопросами права; и ii) может ли ошибка в установлении фактов также являться основанием для апелляции.

12. Рабочая группа, возможно, пожелает отметить, что, если обжалованию будут подлежать только вопросы права, процедура апелляции будет относительно упрощенной и более быстрой, а управлять процессом рассмотрения дел будет легче¹⁰. Рассмотрение и правовых, и фактических вопросов действительно заняло бы больше времени, поскольку для этого потребовалось бы, чтобы стороны вновь представили свое дело. Тем не менее иногда трудно разграничить вопросы права и факта, поскольку они могут быть тесно переплетены.

13. Так, например, апелляция в Апелляционном органе Всемирной торговой организации (АО ВТО) ограничивается «правовыми вопросами, которые обозначены в докладе третейской группы, и юридическим толкованием, данным третейской группой»¹¹. Аналогичным образом, только вопросы права могут быть предметом апелляции в соответствии с режимом Общего рынка Юга (МЕРКОСУР)¹². Апелляция в Суде Европейского союза также ограничивается «вопросами права»¹³.

14. Напротив, в недавно заключенных инвестиционных договорах, которые содержат апелляционный механизм, предусматривается, что основания для апелляции включают также фактические вопросы (в том числе оценку соответствующего внутреннего законодательства) и основания, предусмотренные в статье 52 (1) (а)–(е) Конвенции МЦУИС¹⁴.

15. Решение МЦУИС не подлежит обжалованию, но может быть отменено на ограниченных основаниях¹⁵. В связи с этим в 2004 году было внесено предложение об учреждении Апелляционной инстанции МЦУИС (далее в тексте «предложение об Апелляционной инстанции МЦУИС 2004 года»), которая позволила бы оспаривать решение на основании юридических ошибок, фактических

⁹ См. [A/CN.9/WG.III/WP.175](#), представление правительства Эквадора; см. также [A/CN.9/WG.III/WP.180](#), представление правительства Бахрейна, содержащее комментарии по этому варианту реформы.

¹⁰ См. [A/CN.9/WG.III/WP.175](#), представление правительства Эквадора, в котором говорится, что апелляции должны подлежать только ошибки в применении закона.

¹¹ Статья 17 (6) приложения 2 к Соглашению ВТО «Договоренность о правилах и процедурах, регулирующих разрешение споров».

¹² Статья 17 (2) Протокола Оливос о разрешении споров в МЕРКОСУР.

¹³ Статья 58 Статута Суда Европейского союза.

¹⁴ См., например, статью 3.19 Соглашения между Европейским союзом и Сингапуром о защите инвестиций (подписано 19 октября 2018 года); статью 3.54 Соглашения между Европейским союзом и Вьетнамом о защите инвестиций (подписано 30 июня 2019 года); статью 8.28 Всеобъемлющего экономического и торгового соглашения между Канадой и Европейским союзом (СЕТА) (действует на временной основе с 21 сентября 2017 года).

¹⁵ Статья 52 (1) Конвенции о порядке разрешения инвестиционных споров между государствами и иностранными лицами.

ошибок и любого из пяти оснований для отмены, указанных в статье 52 Конвенции МЦУИС¹⁶.

16. В различных международных судах и трибуналах в области уголовного права решение может быть обжаловано на основании правовых и/или фактических ошибок¹⁷. Процедурные ошибки являются дополнительным основанием для обжалования в Международном уголовном суде и Специальном суде по Сьерра-Леоне¹⁸. Апелляционная комиссия при Спортивном арбитражном суде обладает «полными полномочиями рассматривать фактические и правовые вопросы»¹⁹.

17. В других международных органах, таких как Международный Суд, Международный трибунал по морскому праву и ряд региональных судов, решения не могут быть обжалованы, но могут быть пересмотрены при обнаружении нового обстоятельства²⁰. Пересмотр отличается от апелляции не только по причине более ограниченных оснований, по которым можно запрашивать такой вид обжалования, но и потому, что он проводится тем же органом, который вынес первоначальное решение. Напротив, апелляция обычно предполагает выполнение апелляционной функции другим органом, в состав которого не входит ни один из судей суда первой инстанции.

18. На национальном уровне можно выделить две основные системы. В странах с гражданским правом при апелляции часто проводится повторное рассмотрение фактических и правовых вопросов. В странах общего права апелляция, как правило, ограничивается повторным рассмотрением вопросов права при должном учете определений по вопросам факта, вынесенных судом первой инстанции. В обеих правовых системах обращение в верховный суд обычно ограничивается вопросами права и явной ошибкой в обосновании причин решения.

ii) Стандарт пересмотра

19. Вопрос для рассмотрения состоит в том, должен ли апелляционный механизм предусматривать повторное рассмотрение вопросов или же он должен обеспечивать некоторую степень уважения к выводам первой судебной инстанции. Таким образом, формулировки, ограничивающие апелляцию «явными», «серьезными» или «очевидными» юридическими ошибками/ошибками в оценке фактов, в зависимости от оснований для апелляции, будут ограничивать сферу пересмотра и определять «баланс сил» между первым и вторым уровнями. В одном из представлений высказывается мнение о том, что апелляционный механизм должен заниматься рассмотрением жалоб не только на юридические ошибки, но и на явно ошибочную оценку фактов, при этом он должен избегать повторного рассмотрения фактической стороны дела (см. пункт 53 ниже)²¹.

20. Так, например, стандарт пересмотра правовых вопросов в международных апелляционных механизмах ограничивается редко²². Можно отметить, однако, что в предложении об Апелляционной инстанции МЦУИС 2004 года было

¹⁶ Discussion Paper on Possible Improvement of the Framework for ICSID Arbitration, prepared by the ICSID Secretariat (22 October 2004), “Annex - Possible Features of an ICSID Appeals Facility”, para.7.

¹⁷ Статья 81 (1) Римского статута Международного уголовного суда; статья 25 (1) Устава Международного уголовного трибунала по бывшей Югославии; статья 26 (1) Устава Специального трибунала по Ливану; статья 20 Устава Специального суда по Сьерра-Леоне.

¹⁸ Статья 81 (1) Римского статута и статья 20 Устава Специального суда по Сьерра-Леоне.

¹⁹ Правило 57 Регламента Спортивного арбитражного суда.

²⁰ Статьи 59–61 Статута Международного Суда; статья 127 Регламента Международного трибунала по морскому праву; правило 80 Регламента Европейского суда по правам человека; статья 48 (1) Протокола о Статуте Африканского суда по правам человека; статья 26 Договора о создании Суда Картагенского соглашения.

²¹ A/CN.9/WG.III/WP.159/Add.1, представление Европейского союза и его государств-членов.

²² См., например, статью 17 (6) приложения 2 к Соглашению ВТО «Договоренность о правилах и процедурах, регулирующих разрешение споров»; статью 17 (2) Протокола Оливос о разрешении споров в МЕРКОСУР; статью 58 Статута Суда Европейского союза.

предложено ограничить рассмотрение вопросов права «явными юридическими ошибками»²³, а в апелляционных механизмах в сфере уголовного права рассмотрение правовых вопросов часто ограничивается ошибками, «в результате которых решение утрачивает силу»²⁴.

21. Стандарт пересмотра фактических вопросов обычно ограничивается, например, «очевидными ошибками» в ряде недавних инвестиционных соглашений²⁵ или же «серьезными фактическими ошибками», т.е. основанием, которое должно иметь «узкое определение, чтобы обеспечить надлежащее уважение к оценке фактических обстоятельств арбитражным судом», как это указано в предложении об Апелляционной инстанции МЦУИС 2004 года²⁶. Рассмотрение фактических вопросов в рамках апелляционных механизмов ряда международных уголовных судов ограничивается фактическими ошибками, которые «привели к вынесению неправосудного решения»²⁷.

ii) Решения, подлежащие обжалованию

22. Рабочая группа, возможно, пожелает рассмотреть вопрос о сфере апелляции, в частности вопрос о том, следует ли ее ограничивать решениями по существу дела судов по УСИГ первой инстанции или же она должна распространяться на другие решения, например решения по отводам и обеспечительным мерам.

23. Чтобы избежать создания обременительного и дублирующего режима и обеспечить максимальное использование апелляции, Рабочая группа, возможно, пожелает рассмотреть вопрос о том, можно ли поручить апелляционному механизму пересматривать арбитражные и судебные решения, принимаемые различными органами, например арбитражными судами, любым постоянным многосторонним инвестиционным судом, региональными инвестиционными судами и международными коммерческими судами. Кроме того, можно рассмотреть вопрос о том, могут ли решения национальных судов быть предметом рассмотрения в рамках апелляционного механизма в ситуациях, когда может иметь место нарушение прав истца (например, отказ в правосудии, что широко признается в обычном международном праве) (см. ниже, пункт 48).

b) Последствия апелляции

i) Связь между первым и вторым уровнями

24. Вопросы, касающиеся связи между первой инстанцией и апелляционным механизмом, потребуют тщательного рассмотрения. К числу таких вопросов относится вопрос о том, будет ли второму уровню предоставлена — и в какой степени — возможность возвращать решение в суд первой инстанции с инструкциями или же он сможет подтверждать, отменять, изменять такое решение и выносить окончательное решение по делу, не возвращая его в суд первой инстанции. Возможность возвращения дела обратно в первый суд может рассматриваться в свете различных элементов, включая влияние на общую продолжительность

²³ Discussion Paper on Possible Improvement of the Framework for ICSID Arbitration, prepared by the ICSID Secretariat (22 October 2004), “Annex - Possible Features of an ICSID Appeals Facility”, para.7.

²⁴ Статья 20 Устава Специального суда по Сьерра-Леоне; статья 26 (1)(а) Устава Специального трибунала по Ливану.

²⁵ Статья 3.19 Соглашения между Европейским союзом и Сингапуром о защите инвестиций (подписано 19 октября 2018 года); статья 3.54 Соглашения между Европейским союзом и Вьетнамом о защите инвестиций (подписано 30 июня 2019 года); статья 8.28 Всеобъемлющего экономического и торгового соглашения между Канадой и Европейским союзом (СЕТА) (действует на временной основе с 21 сентября 2017 года).

²⁶ Discussion Paper on Possible Improvement of the Framework for ICSID Arbitration, prepared by the ICSID Secretariat (22 October 2004), “Annex - Possible Features of an ICSID Appeals Facility”, para.7.

²⁷ Статья 20 Устава Специального суда по Сьерра-Леоне; статья 26 (1)(b) Устава Специального трибунала по Ливану.

разбирательства и характер (специально созданный или постоянный) судов по УСИГ, решения которых будут подлежать обжалованию.

25. Еще один вопрос заключается в том, будет ли апелляционный механизм предусматривать возможность не только пересмотра решения суда первой инстанции, но и его отмены, чтобы избежать сложностей в соответствующих процедурах.

26. Рабочая группа, возможно, пожелает рассмотреть вопрос о том, должна ли апелляция временно приостанавливать действие решения суда первой инстанции и должна ли она также исключать возможность обжалования решения суда первой инстанции в национальных судах, например, в процессе признания и приведения в исполнение.

27. Так, например, АО ВТО может «может подтвердить, изменить или отменить правовые выводы и заключения третейской группы», но не имеет полномочий на возвращение дела. Доклады АО ВТО являются обязательными для сторон в споре после их принятия Органом по разрешению споров²⁸. В соответствии с режимом МЕРКОСУР постоянный апелляционный механизм может подтверждать, изменять или отменять решение специально созданного суда. Его решение является обязательным и имеет преимущественную силу по сравнению с решением специально созданного суда²⁹.

28. С другой стороны, Суд Европейского союза может отменить обжалованное решение и вынести окончательное решение или — «если это возможно на данной стадии разбирательства» — вернуть дело в суд общей юрисдикции³⁰.

29. Ряд апелляционных механизмов, в которых основания для апелляции распространяются на вопросы факта, предусматривают возможность передачи дела обратно в первый суд. Согласно одному недавно заключенному инвестиционному договору, апелляционный суд может изменить или отменить юридические выводы и передать дело обратно в первый суд для вынесения пересмотренного решения на основе обязательных выводов и заключений апелляционного суда³¹. Согласно другому инвестиционному договору, апелляционный суд передает дело обратно в суд первой инстанции только в том случае, если факты, установленные этим судом, не позволяют апелляционному трибуналу вынести окончательное решение³².

30. В предложении об Апелляционной инстанции МЦУИС 2004 года предлагается, чтобы апелляционный суд имел возможность принимать решения о возвращении дела в первоначальный арбитражный суд, если он отменяет его решение или если постановление об изменении или отмене приведет к принятию решения, которое не обеспечит «урегулирования спора»³³.

31. Международный уголовный суд и Апелляционная камера Специального суда по Сьерра-Леоне могут требовать представления доказательств фактических ошибок для вынесения определения по данному вопросу или же могут передать этот вопрос в первоначальный судебный орган, чтобы он вынес свое

²⁸ См. статью 17 (13) приложения 2 к Соглашению ВТО «Договоренность о правилах и процедурах, регулирующих разрешение споров»; Орган по разрешению споров может на основе консенсуса решить не принимать доклад Апелляционного органа (статья 17 (14) приложения 2 к Соглашению ВТО «Договоренность о правилах и процедурах, регулирующих разрешение споров»).

²⁹ Статья 22 Протокола Оливос о разрешении споров в МЕРКОСУР.

³⁰ Статья 61 Статута Суда Европейского союза.

³¹ Статья 3.19 Соглашения между Европейским союзом и Сингапуром о защите инвестиций (подписано 19 октября 2018 года).

³² Статья 3.54 Соглашения между Европейским союзом и Вьетнамом о защите инвестиций (подписано 30 июня 2019 года).

³³ Discussion Paper on Possible Improvement of the Framework for ICSID Arbitration, prepared by the ICSID Secretariat (22 October 2004), “Annex - Possible Features of an ICSID Appeals Facility”.

определение и представил соответствующий доклад³⁴. Спортивный арбитражный суд может «принять новое решение, которое заменит оспариваемое решение, или же отменить решение и вернуть дело в предыдущую инстанцию»³⁵.

ii) *Последствия для сторон в споре и сторон инвестиционного договора*

32. Вопрос для рассмотрения состоит в том, будет ли решение по апелляции иметь обязательную силу только для сторон в споре (и суда первой инстанции в случае направления дела на повторное рассмотрение) или оно должно иметь более широкие последствия, в частности если апелляционный механизм принимает форму постоянного органа, которому поручено рассматривать идентичные или похожие вопросы, возникающие в рамках инвестиционных договоров.

33. Что касается сторон инвестиционного договора, по которому возникает спор, вопрос для рассмотрения состоит в том, будет ли сторонам договора предоставлена возможность быть заслушанными по вопросам толкования договора или будут ли они иметь право отклонять решения апелляционной коллегии на основе совместных заявлений или совместных толкований. Еще один вопрос касается уровня уважения, которое апелляционная коллегия должна будет проявить в отношении совместного толкования сторонами договора положений примененного инвестиционного договора.

c) **Состав апелляционного органа или коллегий по УСИГ**

34. Необходимо будет рассмотреть метод отбора и назначения членов апелляционного органа или коллегий. Этот вопрос тесно связан с формой апелляционного механизма: рассмотрение вопросов будет зависеть от того, будет ли апелляционный механизм основываться на нынешней модели арбитражного разбирательства, когда стороны выбирают и назначают арбитров; будет ли создана система реестра; или же в состав палат апелляционного механизма будут входить постоянные судьи. Рабочая группа, возможно, пожелает рассмотреть вопросы, поднятые в документе [A/CN.9/WG.III/WP.169](#).

35. Рабочая группа, возможно, пожелает отметить, что в соответствии с институциональными правилами в сфере коммерческого арбитража, которые предусматривают внутренние апелляции, право назначать арбитра на уровне апелляции обычно либо полностью отнимается у сторон и передается соответствующему учреждению³⁶, либо ограничивается с помощью процедур выбора из списка³⁷.

d) **Применимое процессуальное право**

36. Определение права, применимого к апелляционной процедуре, будет зависеть от того, каким образом будет создан апелляционный механизм. Варианты варьируются от применения права, которое применялось в суде первого уровня, иного права, если место подачи апелляции не совпадает с местом нахождения суда первой инстанции, до создания апелляционного механизма полностью лишённого национальной принадлежности и подчиняющегося только международному праву³⁸.

³⁴ Статья 83(2) Римского статута Международного уголовного суда и статья 21 Устава Специального суда по Сьерра-Леоне.

³⁵ См. правило 57 Регламента Спортивного арбитражного суда.

³⁶ См., например, Европейский арбитражный суд (ЕАС), статья 28 (5) Арбитражного регламента ЕАС («Суд назначает всех членов Апелляционного арбитражного суда в составе трех арбитров без какого-либо участия сторон в таких назначениях [...]»).

³⁷ См. American Arbitration Association (AAA) (2013), Optional Appellate Arbitration Rules; JAMS (2003), Optional Arbitration Appeal Procedure; and International Institute for Conflict Prevention & Resolution (CPR) (2015), Arbitration Appeal Procedure.

³⁸ См. CIDS report, paras. 193–195.

е) Приведение в исполнение

Нью-Йоркская конвенция о признании и приведении в исполнение иностранных арбитражных решений (1958 год) («Нью-Йоркская конвенция»)

37. Вопрос о том, могут ли решения, выносимые апелляционной коллегией, приводиться в исполнение в соответствии с Нью-Йоркской конвенцией, во многом зависит от того, каким образом будет создан апелляционный механизм (см. пункты 39–48 ниже). Если он будет создан как механизм второго уровня для пересмотра арбитражных решений, то это, скорее всего, не изменит характера процесса в целом, поскольку уже существуют примеры арбитражных режимов, действующих либо в соответствии с институциональными арбитражными регламентами³⁹, либо в соответствии с национальным законодательством⁴⁰, которые предусматривают внутренние процедуры апелляционного пересмотра арбитражных решений. Если апелляционная коллегия является частью механизма, который нельзя квалифицировать как арбитраж, то Конвенция не будет подлежать применению. Согласно общепринятому подходу вопрос о том, является ли документ арбитражным решением, должен решаться в соответствии с законодательством об арбитраже, применимым к арбитражному решению, которым почти всегда является законодательство места проведения арбитража. Если апелляционный механизм регулируется положениями международного договора, то для такого определения необходимо будет рассмотреть толкование термина «арбитражное решение» как в Нью-Йоркской конвенции, так и в этом международном договоре.

Конвенция МЦУИС

38. Рабочая группа, возможно, пожелает рассмотреть вопрос о функционировании апелляционного механизма в контексте Конвенции МЦУИС. Статья 53 Конвенции МЦУИС предусматривает, что решения МЦУИС «не подлежат обжалованию или любым другим средствам правовой защиты, помимо предусмотренных в Конвенции». С учетом того, что внесение поправки в эту Конвенцию будет затруднено, поскольку в соответствии со статьей 66 для ее принятия потребуется согласие всех существующих сторон, возможным решением может оказаться модификация порядка применения Конвенции в отношениях между государствами, создающими апелляционный механизм. Это можно осуществить в соответствии с процедурой, изложенной в статье 41 Венской конвенции о праве международных договоров, согласно которой договаривающиеся стороны могут заключить соглашение об изменении договора «только во взаимоотношениях между собой»⁴¹. В любом случае разработка апелляционного механизма потребует тесной координации с МЦУИС.

³⁹ См. Arbitrators' and Mediators' Institute of New Zealand (AMINZ) (2009), Arbitration Appeal Rules (2009); American Arbitration Association (AAA) (2013), Optional Appellate Arbitration Rules; JAMS (2003), Optional Arbitration Appeal Procedure; International Institute for Conflict Prevention & Resolution (CPR) (2015), Arbitration Appeal Procedure; European Court of Arbitration (ECA) (2015), Arbitration Rules, Article 28; в отношении сырьевых товаров см. Grain and Feed Trade Association (GAFTA) (2014), Arbitration Rules No. 125, Articles 10–15 (предоставляющие сторонам право подавать апелляцию во внутренний «Апелляционный совет» в течение 30 дней после вынесения арбитражного решения).

⁴⁰ См., например, пояснительную записку Секретариата ЮНСИТРАЛ к Типовому закону о международном торговом арбитраже 1985 года с поправками, внесенными в 2006 году, стр. 36, пункт 45 (в которой в отношении статьи 34 Типового закона отмечается, что «стороне не запрещено обращаться в арбитражный суд второй инстанции, если такая возможность была согласована сторонами (как это обычно имеет место в некоторых товарных сделках)»). См. также Закон об арбитраже Нидерландов (1986 год, с изменениями, внесенными в 2015 году), статьи 1061(a)–1061(l) (содержащий свод правил для согласия на применение процедуры обжалования арбитражного решения).

⁴¹ См. также CIDS report, paras. 237–245.

3. Варианты создания апелляционного механизма

39. Как будет показано ниже, возможны несколько вариантов создания апелляционного механизма.

а) Типовой апелляционный механизм для применения сторонами международного договора, сторонами в споре или учреждениями

40. Апелляционный механизм может быть разработан в качестве типового механизма i) для включения сторонами в инвестиционные договоры, ii) для использования сторонами спора на специальной основе, или iii) в качестве варианта, доступного в соответствии с регламентами учреждений, занимающихся рассмотрением дел по УСИГ. Разработка типового апелляционного механизма обеспечит унификацию процесса апелляции, доступного в рамках УСИГ, если пользователи не будут его изменять. Вместе с тем такой апелляционный механизм будет функционировать на децентрализованной основе. Хотя такой механизм будет направлен на обеспечение правильности решений, его влияние на последовательность и предсказуемость будет очень ограниченным.

i) Апелляционный механизм, относящийся к конкретному договору

41. В одном из представлений упоминается на апелляционный механизм, относящийся к конкретному договору⁴².

42. Предложение об апелляционном механизме в рамках УСИГ нашло свое отражение в инвестиционных договорах в виде программных формулировок, причем некоторые инвестиционные договоры предусматривают возможность создания апелляционного механизма в будущем либо на многосторонней⁴³, либо на двусторонней⁴⁴ основе. В ряде договоров содержится ссылка как на многостороннее соглашение о создании апелляционного механизма в будущем, так и на переговоры, касающиеся двусторонней системы обжалования⁴⁵, в некоторых — ссылка на многостороннее соглашение о создании апелляционного механизма в будущем⁴⁶, а в других — на переговоры о двусторонней системе

⁴² A/CN.9/WG.III/WP.163, представление правительств Израиля, Чили и Японии.

⁴³ См., например, статью 28 (10) Типового двустороннего инвестиционного договора Соединенных Штатов 2004 года (который основан на законодательстве о содействии торговле Соединенных Штатов Америки 2002 года, 19 USC § 3802(b)(3)(G)(iv), содержащем ссылку на «апелляционный орган [...] для обеспечения согласованности толкования положений об инвестициях в торговых соглашениях») и Типовой двусторонний инвестиционный договор Соединенных Штатов 2012 года, статьи 28 и 34, приложение D; см. также Всеобъемлющее прогрессивное транстихоокеанское партнерство (ВПТОП), статья 9.23(11), которая предусматривает, что, если в будущем будет создан апелляционный механизм, решения, вынесенные в соответствии с ВПТОП, будут подпадать под действие этого механизма.

⁴⁴ См., например, приложение D к Типовому двустороннему инвестиционному договору Соединенных Штатов 2004 года.

⁴⁵ Соглашение о свободной торговле между Сингапуром и США от 6 июня 2003 года (1 января 2004 года), статья 15.19(10); Соглашение о свободной торговле между Чили и США (1 января 2004 года), статья 10.19(10), приложение 10-N; Соглашение о свободной торговле между Марокко и США (1 января 2006 года), статья 10.19(10), приложение 10-D; двусторонний инвестиционный договор между Уругваем и США (31 октября 2006 года), статья 28(10), приложение E; Соглашение о свободной торговле между Перу и США (1 февраля 2009 года), статья 10.20(10), приложение 10-D; Соглашение о свободной торговле между Оманом и США (1 января 2009 года), статья 10.19(9)(b), приложение 10-D; Соглашение о свободной торговле между Панамой и США (31 октября 2012 года), статья 10.20(10), приложение 10-D; Соглашение о свободной торговле между Колумбией и США (2012 год), статья 10.20(10), приложение 10-D; Соглашение о свободной торговле между Австралией и Республикой Корея (12 декабря 2014 года), статья 11.20(13), приложение 11-E; Соглашение о свободной торговле в Центральной Америке между Коста-Рикой, Доминиканской Республикой, Гватемалой, Гондурасом, Никарагуа, Сальвадором и США (1 января 2009 года), статья 10.20(10), приложение 10-F.

⁴⁶ Соглашение о свободной торговле между Панамой и Перу (1 мая 2012 года), статья 12.21(9); Соглашение о свободной торговле между Коста-Рикой и Перу (1 июня

обжалования⁴⁷. Договоры, заключенные в последнее время, предусматривают двусторонние механизмы обжалования решений, принятых судами, как часть постоянного механизма⁴⁸.

ii) *Специально создаваемый апелляционный механизм*

43. Апелляционный механизм может быть также создан исключительно на специальной основе, причем апелляционные коллегии создаются сторонами в каждом отдельном случае по той же схеме, что и арбитражные суды первой инстанции в рамках нынешней системы УСИГ, основанной на международном арбитраже. Такие апелляционные органы могут создаваться в контексте конкретных споров по аналогии со специальными арбитражными судами первого уровня.

iii) *Институциональный апелляционный механизм*

44. Апелляционный механизм может быть разработан для использования учреждениями, занимающимися делами по УСИГ, если документ, на основании которого создано соответствующее учреждение, разрешает такой механизм (см. пункт 38 выше). Возможные параметры апелляционного механизма были разработаны МЦУИС в предложении об Апелляционной инстанции МЦУИС 2004 года. В этом предложении отмечается, что предпочтительнее было бы создать в рамках МЦУИС единый апелляционный механизм, чем несколько механизмов в рамках различных международных договоров. Было предложено создать новый механизм таким образом, чтобы он был совместим с любым видом инвестиционного арбитража (в соответствии с Конвенцией и регламентом МЦУИС, Арбитражным регламентом ЮНСИТРАЛ или другими регламентами)⁴⁹.

b) Постоянный многосторонний апелляционный орган

45. Реформа может принять форму создания постоянного многостороннего апелляционного органа, который может либо дополнить существующий арбитражный режим, либо создать второй уровень в многосторонней инвестиционной судебной системе. Как указывалось выше, некоторые инвестиционные договоры

2013 года), статья 12.21(9); Соглашение о свободной торговле между Никарагуа и Тайванем (1 января 2008 года), статья 10.20(9); Всеобъемлющее прогрессивное соглашение о транстихоокеанском партнерстве (ВПТОП) между Австралией, Брунеем, Вьетнамом, Канадой, Малайзией, Мексикой, Новой Зеландией, Перу, Сингапуром, Чили и Японией (30 декабря 2018 года), статья 9.23(11); см. также Типовое инвестиционное соглашение Нидерландов 2018 года, статья 15.

⁴⁷ Соглашение о свободной торговле между Китаем и Австралией (20 декабря 2015 года). В статье 9.23 предусматривается следующее: «В течение трех лет после даты вступления в силу настоящего Соглашения Стороны начинают переговоры с целью создания апелляционного механизма для пересмотра решений, вынесенных в соответствии со статьей 9.22 в ходе арбитражных разбирательств, начатых после создания любого такого апелляционного механизма. Любой такой апелляционный механизм будет заслушивать апелляции по вопросам права.»; Соглашение о свободной торговле между Канадой и Республикой Корея (1 января 2015 года), приложение 8-Е.

⁴⁸ См., например, Всеобъемлющее экономическое и торговое соглашение между Канадой и Европейским союзом (СЕТА) (действует на временной основе с 21 сентября 2017 года), глава 8, раздел F; Соглашение между Европейским союзом и Вьетнамом о защите инвестиций (подписано 30 июня 2019 года), глава 3, раздел B; Соглашение между Европейским союзом и Сингапуром о защите инвестиций (подписано 19 октября 2018 года).

⁴⁹ См. ICSID Secretariat (2004), Possible Improvements of the Framework for ICSID Arbitration, Discussion Paper; в этом документе для обсуждения отмечается также, что апелляционная коллегия может состоять из 15 человек, избираемых на шестилетний срок. Каждый член должен быть из другой страны, должен быть лицом с признанным авторитетом, с подтвержденным опытом в области права, международных инвестиций и инвестиционных договоров. Регламент может устанавливать обязательство сторон не добиваться приведения решения в исполнение до его пересмотра апелляционным судом.

уже содержат ссылку на апелляционный орган, который будет создан на многосторонней основе (см. пункт 42 выше). В большинстве представлений, в которых предлагается создать апелляционный механизм, речь идет о постоянном многостороннем органе⁵⁰. В одном из представлений указывается, что регламентация механизмов обжалования путем выработки многосторонних правил является более эффективной, чем регулирование на основе двусторонних инвестиционных соглашений⁵¹. Рабочая группа, возможно, пожелает рассмотреть вопросы, касающиеся структуры и финансирования постоянного апелляционного органа. Они аналогичны вопросам, которые связаны с созданием постоянного многостороннего инвестиционного суда, о чем говорится ниже в пунктах 58 и 62–66.

i) В качестве автономного апелляционного органа, дополняющего существующий арбитражный режим

46. Многосторонний апелляционный орган может быть создан в качестве дополнения к существующему режиму УСИГ, который сохранит большую часть своих основных характеристик.

ii) В качестве второго уровня многостороннего инвестиционного суда

47. Многосторонний апелляционный орган может быть также создан в качестве второго уровня многостороннего инвестиционного суда, в состав которого будут входить штатные профессиональные судьи и поддержку которому будет оказывать постоянный секретариат.

48. Рабочая группа, возможно, пожелает рассмотреть вопрос о том, можно ли будет поручить многостороннему апелляционному органу пересматривать решения, вынесенные арбитражными судами первой инстанции, решения многостороннего инвестиционного суда первой инстанции, а также решения региональных инвестиционных судов, международных коммерческих судов и национальных судов в случае отказа в правосудии (см. пункт 23 выше).

c) Другие механизмы

49. Рабочая группа, возможно, пожелает отметить, что, поскольку основания для апелляции, как правило, охватывают более узкие основания для отмены решений, наличие апелляции сделает любой дальнейший пересмотр, включая отмену решения, излишним⁵². Сохранение отмены решения в качестве средства правовой защиты фактически привело бы к созданию трехуровневой системы урегулирования споров, что может противоречить целям окончательности и эффективности (включая рентабельность).

50. Рабочая группа, возможно, пожелает также рассмотреть альтернативы или дополнения к апелляционному механизму, такие как пересмотр решений⁵³ судов

⁵⁰ A/CN.9/WG.III/WP.159/Add.1, представление Европейского союза и его государств-членов; A/CN.9/WG.III/WP.161, представление правительства Марокко; A/CN.9/WG.III/WP.175, представление правительства Эквадора; A/CN.9/WG.III/WP.177, представление правительства Китая.

⁵¹ A/CN.9/WG.III/WP.177, представление правительства Китая.

⁵² Апелляция, как правило, направлена на обеспечение соблюдения надлежащей правовой процедуры и правильности решения по существу. В отличие от этого, отмена решения имеет более узкую направленность на обеспечение соблюдения надлежащей правовой процедуры, независимо от ошибок в применении закона или оценке фактов. Основания для апелляции обычно шире, чем обычные основания для отмены решения (см. CIDS report, paras. 107 and 115).

⁵³ В одном из представлений (см. A/CN.9/WG.III/WP.161, представление правительства Марокко) предлагается установить процедуру предварительного изучения арбитражных решений, аналогичную процедуре, используемой Международным арбитражным судом Международной торговой палаты (МТП) (см. *Note to Parties and Arbitral Tribunals on the Conduct of the Arbitration under the ICC Rules of Arbitration*, 1 January 2019, para. 129, размещено по адресу <https://cdn.iccwbo.org/content/uploads/sites/3/2017/03/icc-note-to-parties-and-arbitral-tribunals-on-the-conduct-of-arbitration.pdf>). Процедура, установленная

по УСИГ, предварительные постановления⁵⁴ и механизмы предварительных консультаций⁵⁵.

судом МТП, заключается в следующем. Все проекты решений подлежат трехэтапному процессу рассмотрения. Статья 34 Арбитражного регламента МТП предусматривает, что суд МТП может вносить изменения в форму проекта решения и, не затрагивая свободу решения арбитражного суда, может также обратить его внимание на существенные вопросы. Комментарии Суда МТП варьируются от формальных замечаний до замечаний по существу. Внесение изменений в существенные положения проектов решений арбитражных судов может быть обусловлено тем, что суд МТП выявляет несоответствия в мотивировке арбитражного суда и указывает на то, что не было предоставлено достаточных обоснований для принятия определенных решений или не были рассмотрены определенные требования, но в то же время были вынесены решения по требованиям, которые не были представлены сторонами. Арбитражные суды сохраняют за собой право принимать окончательное решение по любым вопросам существа. Арбитражный суд может предоставить объяснение суду/Секретариату МТП в отношении того, что он не принял во внимание тот или иной комментарий. Стороны не участвуют в обменах между Судом МТП и арбитражным судом в ходе процесса изучения; они только увидят и получают решение в окончательной форме после одобрения Судом МТП, подписанное арбитражным судом и содержащее уведомление Секретариата МТП. Конфиденциальность процесса изучения обеспечивает целостность процесса принятия решений в арбитражном суде, сохраняет тайну разбирательства в арбитражном суде и не позволяет сторонам узнать о результатах своих требований до вынесения решения. В отношении арбитражных разбирательств, в которых участвует государство или государственное образование, или в делах, в которых один или несколько арбитров выражали несогласие, проекты решений изучаются на ежемесячном пленарном заседании Суда МТП (а не в ходе еженедельных заседаний комитета из трех членов), и один из членов Суда МТП готовит доклад с рекомендациями по проекту решения в дополнение к обзору Секретариата. В делах, основанных на международных договорах, проект решения рассматривается Председателем и/или заместителями Председателя Суда МТП и членами Суда МТП, имеющими опыт в области арбитража по международным инвестиционным договорам.

⁵⁴ Процедура вынесения «предварительного постановления» может быть описана как процедура, в соответствии с которой суд ссылается на решение по конкретному вопросу, возникающему при текущем рассмотрении дела в другом суде, обычно с целью толкования положения закона. Разбирательство в суде, ожидающем такое решение, как правило, приостанавливается до вынесения определения другим судом, и такое постановление обычно связывает запрашивающий его суд, который затем включает его в общее решение об урегулировании рассматриваемого им спора. Процедура вынесения предварительного постановления направлена на решение проблем несоответствия *ex ante*, а не на исправление возможных недостатков *ex post*, как в случае апелляций. Она является средством решения проблемы несогласованности в той степени, в которой предварительное постановление будет де-факто оказывать влияние за рамками одного рассматриваемого международного договора. Когда перед судом встает важный юридический вопрос, он обязан приостановить разбирательство и запросить решение у постоянного органа, созданного для этой цели. Дополнительным преимуществом такой системы является то, что она совместима со статьей 53 Конвенции МЦУИС, поскольку она не влияет на принцип окончательности решения.

⁵⁵ См., например, Типовой двусторонний инвестиционный договор Соединенных Штатов 2004 года, который предусматривает процедуру обзора/комментирования решения сторонами спора до того, как оно станет окончательным, а именно: «В любом арбитражном разбирательстве, проводимом в соответствии с настоящим Разделом, по просьбе одной из сторон в споре, суд до вынесения решения или постановления об ответственности передает свое предлагаемое решение или постановление сторонам в споре и стороне, не являющейся стороной спора. В течение 60 дней после передачи судом его предлагаемого решения или постановления стороны в споре могут представить в трибунал письменные комментарии по любому аспекту предложенного решения или постановления. Суд рассматривает любые такие комментарии и выносит свое решение или постановления не позднее, чем через 45 дней после истечения 60-дневного срока для подачи комментариев».

В. Постоянный многосторонний инвестиционный суд

1. Предложение и вопросы, содержащиеся в представлениях

51. В одном из представлений содержится предложение о создании постоянного суда первой и апелляционной инстанций⁵⁶. Оно основано на мнении о том, что проблемы, выявленные Рабочей группой, взаимосвязаны и носят системный характер, и решение конкретных проблем в рамках частичного подхода не позволит устранить некоторые проблемы⁵⁷.

а) Предложение

i) Два уровня судебных решений

52. Согласно представлению, постоянный механизм с постоянными арбитрами должен предусматривать два уровня вынесения решений. Разбирательство споров ведется в суде первой инстанции. В соответствии с практикой современных третейских судов он занимается установлением фактов, на основании которых затем применяет действующее законодательство. Он также рассматривает дела, возвращенные ему апелляционным судом, по которым апелляционный суд не смог вынести решения. Он руководствуется собственными правилами процедуры.

53. Апелляционный суд рассматривает жалобы на решения суда первой инстанции (см. пункт 47 выше). В представлении отмечается, что основаниями для обжалования являются юридическая ошибка (включая существенные процессуальные недочеты) или явно ошибочная оценка фактов. Апелляционный суд должен избегать повторного рассмотрения фактической стороны дела. Необходимо предусмотреть механизмы, исключающие злоупотребление возможностью обжалования, например обязательное внесение залога⁵⁸.

54. Необходимо обеспечить высокую степень прозрачности при проведении разбирательств. Участие в урегулировании инвестиционных споров следует также разрешить третьим сторонам, например представителям затронутого споров населения.

ii) Арбитры

55. Согласно представлению, арбитры должны наниматься на постоянной основе. Им не разрешается заниматься какой-либо внеслужебной деятельностью. Число арбитров определяется исходя из предполагаемого объема работы постоянного органа. Оклады арбитров должны быть сопоставимы с теми, которые выплачиваются членам других международных судов. Залогом независимости от правительств должен быть длительный срок полномочий без возможности его продления в сочетании с прозрачной процедурой подбора и назначения.

56. Квалификационные требования предлагается установить по аналогии с другими международными судами. Следует использовать механизмы, обеспечивающие как географическое, так и гендерное разнообразие. Процедура назначения должна гарантировать независимость и беспристрастность арбитров, к которым должны предъявляться строгие этические требования.

iii) Исполнение

57. В представлении предлагается предусмотреть в международном документе об учреждении многостороннего инвестиционного суда собственный режим исполнения решений, не включающий их обжалование на национальном уровне. В представлении далее указывается, что решения будущего многостороннего инвестиционного суда должны подлежать исполнению также согласно

⁵⁶ A/CN.9/WG.III/WP.159/Add.1, представление Европейского союза и его государств-членов.

⁵⁷ Там же.

⁵⁸ Там же.

Нью-Йоркской конвенции на том основании, что она предусматривает возможность приведения в исполнение решений, вынесенных «постоянными арбитражными органами» (см. статью 1(2) Конвенции).

iv) Финансирование

58. Взносы на финансирование постоянного механизма в принципе должны вноситься договаривающимися сторонами. Их следует разделить на «весовые категории» в зависимости от уровней развития, с тем чтобы на наименее развитые и развивающиеся государства приходилось меньшее бремя, чем на развитые страны. Механизм «взвешивания» может быть привязан к тем, которые используются другими международными организациями, или построен по аналогии с ними. Можно подумать также над тем, чтобы пользователи постоянного механизма вносили определенную плату за его услуги.

iv) Применение к действующим договорам

59. Согласно представлению, постоянный механизм будет применяться к спорам в рамках действующих и будущих инвестиционных договоров посредством сочетания i) присоединения к документу об учреждении постоянного механизма с ii) конкретными уведомлениями («выражениями согласия») относительно распространения юрисдикции постоянного механизма на конкретный действующий или будущий договор.

b) Комментарии и вопросы в представлениях

60. Некоторые представления содержат комментарии и вопросы по этому варианту реформы. Вопросы, которые в них поднимаются, сосредоточены на системных последствиях и практических проблемах создания многостороннего инвестиционного суда⁵⁹, включая совместимость этого варианта реформы с текущим режимом УСИГ (Конвенция МЦУИС, Нью-Йоркская конвенция и инвестиционные договоры), переходный период, в течение которого государствам придется заниматься разбирательствами по УСИГ в соответствии с существующим режимом, одновременно занимаясь разбирательствами в рамках созданного постоянного механизма⁶⁰, взаимодействие с национальными судами⁶¹ и гарантии, которые должны быть обеспечены в отношении состава суда⁶².

61. В этих представлениях указывается также, что любой процесс создания многостороннего инвестиционного суда должен быть справедливым и нейтральным и что у суда должен быть подробный и прозрачный свод правил процедуры. Указывается также, что суд должен быть нейтральным, эффективным, юридически предсказуемым и последовательным в плане защиты своей системы урегулирования споров и приведения в исполнение принятых решений. Кроме того, для сохранения доверия и независимости следует обеспечить доступ для широкой общественности⁶³.

2. Вопросы для рассмотрения

a) Структура и финансирование

62. Рабочая группа, возможно, пожелает рассмотреть вариант постоянного механизма, который будет обеспечивать единую двухуровневую систему, состоящую из уровня «первой инстанции» с последующим обжалованием или пересмотром на ограниченных основаниях другим органом. Как подчеркивается

⁵⁹ A/CN.9/WG.III/WP.176, представление правительства Южной Африки; A/CN.9/WG.III/WP.179, представление правительства Республики Корея, и A/CN.9/WG.III/WP.180, представление правительства Бахрейна.

⁶⁰ A/CN.9/WG.III/WP.179, представление правительства Республики Корея.

⁶¹ A/CN.9/WG.III/WP.176, представление правительства Южной Африки.

⁶² A/CN.9/WG.III/WP.176, представление правительства Южной Африки; A/CN.9/WG.III/WP.180, представление правительства Бахрейна.

⁶³ A/CN.9/WG.III/WP.176, представление правительства Южной Африки.

в представлениях, пристального внимания заслуживает формула обеспечения финансовых ресурсов для финансирования нового многостороннего механизма и распределения расходов между государствами⁶⁴.

63. В этом отношении могут быть рассмотрены два варианта создания такого механизма: один вариант заключается в разработке системы в качестве дополнения к нынешнему режиму УСИГ.

64. Другой вариант состоит в том, что многосторонний инвестиционный суд будет создан независимо от какого-либо существующего механизма или учреждения. В таком случае можно предположить, что государства, которые согласятся с уставом многостороннего инвестиционного суда, будут в целом нести ответственность за финансирование этого суда⁶⁵; кроме того, с пользователей системы, включая предъявляющих требования инвесторов, может взиматься плата, которая будет способствовать финансированию системы и потенциально может препятствовать представлению необоснованных исков⁶⁶.

65. Что касается структуры бюджета этой системы, то можно выделить три основные статьи. Первая статья — это вознаграждение арбитров, которое будет зависеть от ряда переменных, таких как число арбитров, статус их занятости (на постоянной основе, неполный рабочий день, по вызову) и их оклады, привилегии и иммунитеты, включая налоговые льготы и пенсии. Вторая статья — это финансирование регистратора или секретариата. И в этом случае бюджет будет зависеть от числа сотрудников, статуса их занятости и структуры их оклада, а также от предоставляемых услуг. Третья статья — это оперативные расходы, которые будут покрывать помещения, эксплуатационные расходы, расходы на охрану, информационную поддержку и связь и прочие расходы.

66. Еще один вопрос, относящийся к структуре и финансированию, касается возможности создания региональных отделений многостороннего инвестиционного суда для обеспечения более широкого доступа к его услугам.

b) Состав, отбор и назначение

67. Можно отметить, что в случае постоянного механизма стороны в споре не будут участвовать в назначении лиц, которые будут входить в состав групп арбитров, и суд будет состоять из штатных членов, которых стороны, поддержавшие устав многостороннего инвестиционного суда, будут назначать на конкретный срок и которым споры будут распределяться «случайным и непредсказуемым образом»⁶⁷. В документе [A/CN.9/WG.III/WP.169](#) рассматривается вопрос отбора и назначения судей в соответствии с такой моделью, включая отбор арбитров в состав многостороннего инвестиционного суда (в том числе вопрос о том, захотят ли государства создать органы «полной представленности» или «избирательной представленности», способы обеспечения разнообразия и сбалансированного представительства), а также распределение дел между судьями.

⁶⁴ [A/CN.9/WG.III/WP.179](#), представление правительства Республики Корея; [A/CN.9/WG.III/WP.180](#), представление правительства Бахрейна.

⁶⁵ Необходимо рассмотреть следующие вопросы: как лучше распределить бюджетные расходы между такими государствами-участниками, учитывая, что не все государства могут присоединиться на начальных этапах и что количество инвестиционных договоров, заключенных государствами, а также количество исков, предъявленных таким государствам, различается; одним из элементов, который необходимо принимать во внимание, является влияние уровня экономического развития государств на их финансовый взнос.

⁶⁶ Сравнительный анализ бюджетов и финансовых последствий создания международного суда см. документ [A/CN.9/WG.III/WP.153](#), пункты 66–75.

⁶⁷ Аналогичный механизм предусмотрен во Всеобъемлющем экономическом и торговом соглашении между Канадой и Европейским союзом (СЕТА), статья 8.27.7; и в Соглашении о свободной торговле между ЕС и Вьетнамом, статья 13(9).

с) Вопросы юрисдикции

68. Необходимо рассмотреть вопрос об определении споров, на урегулирование которых постоянный механизм будет обладать судебными полномочиями, в частности, будет ли юрисдикция постоянного механизма в отношении споров, возникающих в рамках данного инвестиционного договора, определяться этим инвестиционным договором, учитывая разнообразие подходов к этому вопросу в инвестиционных договорах. Широкий обзор инвестиционных договоров показывает, что суды по спорам между инвесторами и государствами могут обладать юрисдикцией i) в отношении «любых» или «всех» споров, касающихся инвестиций; ii) только в отношении предполагаемых нарушений основных положений самого договора⁶⁸; iii) в отношении множества оснований, таких как разрешение на инвестирование, инвестиционное соглашение или предполагаемое нарушение договора⁶⁹; или iv) в отношении споров, связанных с размером экспроприации⁷⁰. Кроме того, Рабочая группа, возможно, пожелает рассмотреть вопрос о том, должна ли юрисдикция ограничиваться УСИГ в соответствии с инвестиционными договорами или она должна охватывать все формы УСИГ независимо от основы, на которой возникло данное дело (инвестиционный договор, контракт или иное основание).

д) Приведение в исполнение

69. Важное значение для обеспечения эффективности системы имеет приведение в исполнение решений многостороннего инвестиционного суда. Предварительного рассмотрения в этой связи заслуживают следующие вопросы:

i) должен ли устав многостороннего инвестиционного суда предусматривать конкретный режим приведения в исполнение? Что касается приведения решений многостороннего инвестиционного суда в исполнение на территории государства, которое согласилось с его уставом, то существует два возможных варианта; первый вариант заключается в том, чтобы предусмотреть в уставе особый режим приведения в исполнение, например обязывающий договаривающееся государство признать решение многостороннего инвестиционного суда обязательным к исполнению и обеспечить исполнение вытекающих из него обязательств, как если бы оно было окончательным решением его судов; второй вариант — предусмотреть, чтобы решения многостороннего инвестиционного суда подлежали исполнению в соответствии с Нью-Йоркской конвенцией, в соответствии с которой государства сохраняют определенный контроль над исполнением такого решения через основания для отказа от признания и исполнения, как это предусмотрено в статье V Конвенции⁷¹;

ii) каким образом решения многостороннего инвестиционного суда могут быть исполнены в государствах, которые не поддержали его устав? В частности, какова будет роль национальных судов в исполнении решений многостороннего инвестиционного суда? Государства, не поддержавшие устав суда, не будут связаны каким-либо предусмотренным в нем режимом приведения в исполнение; никакого единого режима приведения в исполнение решений международных судов в настоящее время не существует, и в большинстве государств в настоящее время нет законодательной базы или судебного механизма для приведения в исполнение таких решений; следовательно, возможность исполнения решений многостороннего

⁶⁸ См. Североамериканское соглашение о свободной торговле (НАФТА); Договор к Энергетической хартии (ДЭХ).

⁶⁹ Инвестиционные договоры, основанные на типовых двусторонних инвестиционных договорах США 2004 и 2012 годов.

⁷⁰ Некоторые инвестиционные договоры первого поколения.

⁷¹ См. CIDS report, para. 140.

инвестиционного суда во многом будет зависеть от того, подпадают ли его решения под действие Нью-Йоркской конвенции⁷²; и

iii) если многосторонний инвестиционный суд не будет иметь конкретного режима приведения в исполнение, что потребует для того, чтобы его решения можно было приводить в исполнение в соответствии с Нью-Йоркской конвенцией⁷³?

3. Связь с другими вариантами реформы

70. Постоянный механизм может также предусматривать i) механизмы, обеспечивающие отклонение на ранних этапах необоснованных претензий; ii) возможность поощрять стороны урегулировать спор путем медиации; iii) механизм для удовлетворения возможных встречных требований ответчиков; iv) механизм объединения дел и определения соотношения между процедурами на национальном уровне и средствами правовой защиты, которые могут быть обеспечены в рамках международного разбирательства, с целью ограничения количества параллельных разбирательств⁷⁴; v) правила в отношении судебных издержек сторон в споре, поскольку такие расходы составляют значительную часть общих затрат текущего режима УСИГ; vi) правила о допустимости финансирования третьей стороной; и vii) санкции в случае нарушения кодекса поведения. Постоянному механизму может быть также поручено урегулирование межгосударственных споров о толковании/применении инвестиционного договора либо в качестве единственного средства правовой защиты, либо в качестве альтернативы в дополнение к межгосударственному арбитражу⁷⁵. Постоянный механизм мог бы также обеспечить форум для рассмотрения исков об отказе в правосудии национальными судами в соответствии с международными договорами, которые требуют исчерпания внутренних средств правовой защиты.

⁷² См. CIDS report, para. 143.

⁷³ Вопрос о приведении в исполнение подробно рассматривается в докладе ЦУМС. В нем обсуждается вопрос о том, будет ли постоянный орган по урегулированию споров квалифицироваться в качестве «постоянного арбитражного органа» в соответствии с Нью-Йоркской конвенцией либо в соответствии с «обычным смыслом» статьи I (2) Нью-Йоркской конвенции, либо в соответствии с «эволюционным толкованием» этой формулировки, которое будет учитывать события, происшедшие в сфере международного права и арбитража после 1958 года (см. CIDS report, paras. 138–164).

⁷⁴ См. A/CN.9/917, пункт 31.

⁷⁵ См. Iran-U.S. Claims Tribunal (Claim Settlement Declaration (“CSD”), Article II(1), Article II(2), and Article II(3); и Арабский инвестиционный суд (Unified Agreement, Articles 25–36). См. также Европейский суд по правам человека (статьи 33–34), который обладает компетенцией как в отношении индивидуальных жалоб, так и в отношении межгосударственных споров.