



Генеральная Ассамблея

Distr.: Limited
9 November 2018
Russian
Original: English

**Комиссия Организации Объединенных Наций
по праву международной торговли
Рабочая группа III (Реформирование системы
урегулирования споров между инвесторами
и государствами)
Тридцать седьмая сессия
Нью-Йорк, 1–5 апреля 2019 года**

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

Замечания, представленные правительством Индонезии

Записка Секретариата

В рамках подготовки к тридцать седьмой сессии Рабочей группы правительство Индонезии представило Секретариату краткое изложение перспективного видения реформы УСИГ. Английская версия этого документа была представлена Секретариату 29 октября 2018 года. Текст, полученный Секретариатом, воспроизводится в качестве приложения к настоящей записке в том виде, в котором он был получен.



Приложение

Реформа УСИГ: краткое изложение перспективного видения Индонезии

[Подлинный текст на английском языке]

[Дата: 29 октября 2018 года]

А. Введение

1. Цель настоящего документа — представить перспективное видение Индонезией проблем, связанных с УСИГ. Обсуждение предлагаемой реформы УСИГ в рамках ЮНСИТРАЛ ведется по двум направлениям – материально-правовые вопросы и процессуальные вопросы. В свете такого двойного подхода Индонезия полагает, что это может фактически свести на нет задачу создания полноценного механизма УСИГ, поскольку трудно разделить материально-правовые и процессуальные нормы.
2. По мнению Индонезии, процессуальные нормы по сути являются материально-правовыми, и наоборот. Материально-правовые и процессуальные положения международных инвестиционных соглашений (МИС) являются по своему характеру взаимосвязанными.
3. Кроме того, в настоящем документе детально излагается перспективное видение Индонезией реформы УСИГ как отражение результатов обзора двусторонних инвестиционных договоров Индонезии, который проводился в период с 2014 по 2016 год.
4. Настоящий документ не наносит ущерба той позиции, которую правительство Индонезии может занять на третьем этапе работы над решением, которое будет рекомендовано, если реформа будет сочтена целесообразной всеми государствами.

В. Общая позиция в процессе реформирования УСИГ

5. Процесс реформирования УСИГ может выиграть от включения всех заинтересованных сторон — государственных и частных, представляющих деловые круги и некоммерческие структуры, — в процесс обсуждения, направленный на обеспечение сбалансированности и достижение результатов, которые смогут быть в равной мере приемлемыми для государств, инвесторов и третьих сторон.
6. Процесс реформирования УСИГ должен отражать усилия по установлению баланса между правами и обязательствами всех соответствующих заинтересованных сторон, защите инвесторов и их инвестиций при сохранении для государства возможности проводить свою политику и права регулировать иностранные инвестиции на своей территории.

С. Связанные с УСИГ проблемы, которые необходимо решить

7. В 2014 году, после проведения нескольких арбитражных разбирательств, связанных с инвестициями, Индонезия приняла важное решение пересмотреть все существующие МИС. Основанием для такого пересмотра стала потребность в оценке влияния существующих МИС на права Индонезии в сфере регулирования и преследования законных целей государственной политики, а также в обновлении МИС с целью включения в них принципов и положений, обеспечивающих более справедливый баланс между целями иностранных инвесторов и принимающего государства. Озабоченность по поводу механизма УСИГ будет разъяснена ниже.

Необоснованные иски

8. Следует отметить, что в любой правовой системе истцы обычно начинают свои дела с предъявления завышенных требований о компенсации. Завышенные требования предъявляются в надежде, что менее высокая, но все равно неоправданная сумма в результате сопоставления покажется разумной. Разница между оценками истцов и ответчиков, как правило, велика в случае споров между инвесторами и государством, связанных с природными ресурсами. Этот разрыв требует комплексной оценки коммерческой деятельности и системы сдержек и противовесов для ограничения риска злоупотреблений. Если арбитры не могут снизить этот риск, то результатом могут стать колоссальные по своим масштабам экономические ошибки, и платить за такие ошибки часто приходится именно государствам.

9. Для решения этой проблемы необходимо разработать руководство, в котором будут изложены механизм сдержек и противовесов в отношении исков, устоявшийся метод оценки коммерческой деятельности в соответствии с международно признанными стандартами в сфере финансовой отчетности, кодекс поведения для арбитров при проведении такой оценки и механизм отклонения необоснованных исков на ранней стадии.

Застой в нормативной области

10. Имеются также свидетельства того, что угроза УСИГ может привести к «застою в нормативной области», когда правительства начинают проявлять нерешительность в принятии законных мер регулирования в интересах общества из-за страха перед исками, что препятствует праву правительства осуществлять регулирование. Каждый раз, когда правительство меняет или принимает новые нормативно-правовые акты, оно рискует стать объектом судебных исков со стороны инвесторов. Опасение, что международные арбитражные органы могут принять решение в пользу инвесторов, может отразиться на действиях правительств по проведению законных стратегических реформ в будущем. В результате правительства рискуют потерять возможности для маневра в политике и идут на ограничение своего права осуществлять регулирование из-за страха стать объектом судебных разбирательств или столкнуться с угрозами со стороны недовольных инвесторов.

Создание параллельной системы судебного разбирательства

11. УСИГ позволяет иностранным инвесторам обойти внутренние судебные процедуры и возбудить дело против принимающей страны в международном арбитраже. Инвесторы могут даже оспаривать меры правительства, которые на самом деле отвечают их конституции и законодательству.

12. Выдвигались предложения о введении процессуальных ограничений с помощью норм, касающихся местных средств правовой защиты, в соответствии с которыми инвесторы должны сначала подавать свои иски в национальные суды, прежде чем они получают доступ к УСИГ (*исчерпание местных средств правовой защиты*). Суды, занимающиеся УСИГ, признают правомочность национальных административных судов в вопросах контроля за органами государственной власти и обеспечения верховенства права путем предоставления средств правовой защиты подпадающим под их юрисдикцию юридическим и физическим лицам в связи с неправомерными действиями государственных органов. Сфера охвата деятельности национальных административных судов и УСИГ распространяется на схожие факты или ситуации, с которыми сталкиваются инвесторы, такие как несоблюдение надлежащей правовой процедуры, противоправный или произвольный отказ в лицензии, а также экспроприации и изменения в нормативной или налоговой политике.

Авторитетность международной арбитражной системы

13. Арбитражные решения, выносимые инвестиционными арбитражными судами, иногда бывают несогласованными или даже противоречивыми, и никакого соответствующего механизма для устранения или ограничения такой несогласованности нет. Несогласованные арбитражные решения могут негативно отразиться на надежности, эффективности и предсказуемости режима инвестиционного арбитража, а в конечном итоге — и на его авторитетности.

14. Когда заходит речь о вопросе независимости и беспристрастности арбитров, возникает еще одна проблема, а именно смена ролей у арбитров, адвокатов и экспертов при рассмотрении разных дел. Иногда они также переключаются со своей частной арбитражной практики на работу в государственной службе (совмещение двух или трех должностей); по сообщениям, некоторые арбитры выполняли официальные или неофициальные государственные функции на переговорах по тем же самым видам МИС, по которым они выносят решения или ведут разбирательство в частном секторе, что обуславливает предвзятое отношение и отсутствие независимости.

D. Варианты реформы УСИГ

15. Индонезия считает, что сохранение традиционного подхода в рамках УСИГ вряд ли является приемлемым вариантом в свете нынешней критики в адрес существующего механизма УСИГ. Поэтому предлагается доработать традиционный подход УСИГ таким образом, чтобы можно было эффективно снизить подверженность государств юридическим и финансовым рискам, которые сопряжены с использованием механизма УСИГ. На основе проведенного в Индонезии обзора двусторонних инвестиционных договоров можно привести несколько вариантов реформы УСИГ, которые можно обсудить дополнительно:

- обеспечение дополнительных гарантий как в материально-правовых нормах, так и в положениях по УСИГ в целях внедрения справедливого подхода к правам и обязанностям инвесторов;
- предоставление инвесторам возможности подавать иск в международный арбитраж после исчерпания местных средств правовой защиты;
- необходимость отдельного письменного согласия в качестве требования, которое должен выполнить инвестор, прежде чем подавать иск по линии УСИГ в международный арбитраж;
- введение обязательной процедуры посредничества как альтернативного метода урегулирования споров, предшествующего обращению к УСИГ.

Обеспечение дополнительных гарантий как в материально-правовых нормах, так и в положениях по УСИГ в целях внедрения справедливого подхода к правам и обязанностям инвесторов

16. Исключение положений по УСИГ, возможно, не является разумным подходом, особенно если основная цель заключается в привлечении иностранных инвестиций. Поэтому Индонезия вместо этого рассматривает более сбалансированный подход в контексте совершенствования своей модели инвестиционного договора, с тем чтобы предусмотреть дополнительные гарантии как в материально-правовых нормах, так и в положениях по УСИГ. Среди гарантий, которые Индонезия считает важными, — определение инвестиций (определение на основе активов с некоторыми исключениями и ограничениями), охватываемые инвестиции (требование о проведении проверки при приемлемости в соответствии с национальным законодательством), статьи, касающиеся права осуществлять регулирование, меры по борьбе с коррупцией, корпоративная социальная ответственность (КСО), отклонение исков, общие исключения и исключения по

соображениям безопасности, платежный баланс (ПБ), меры предосторожности и государственный долг.

Предоставление инвесторам возможности подавать иск в международный арбитраж после исчерпания местных средств правовой защиты

17. Индонезия также рассматривает возможность требовать от инвесторов исчерпать местные средства правовой защиты, прежде чем предъявлять иск по линии УСИГ. Кроме того, государствам необходимо укрепить свои внутренние правовые системы, приняв соответствующие законы и нормативно-правовые акты, с тем чтобы предоставить иностранным инвесторам средства правовой защиты в течение разумного периода времени. Исчерпание местных средств правовой защиты согласуется с международным обычным правом в том смысле, что эти средства должны быть первым и главным средством в государстве для урегулирования спора, прежде чем будет инициировано какое-либо разбирательство в международном арбитраже.

Необходимость отдельного письменного согласия в качестве требования, которое должен выполнить инвестор, прежде чем подавать иск по линии УСИГ в международный арбитраж

18. В соответствии с предлагаемым новым подходом международный арбитраж обладает юрисдикцией для рассмотрения спора между инвестором и государством лишь в том случае, если соответствующий инвестор и принимающее государство заключили соглашение о представлении споров между инвестором и государством в международный арбитраж. Индонезия рассматривает возможность введения отдельного требования о согласии в форме письменного соглашения, которое должно быть выполнено, прежде чем инвестор сможет передать дело в международный арбитраж. В этом случае потребуется письменное согласие или специальное соглашение об урегулировании спора с помощью международного арбитража, в котором будут указаны детали спора, такие как имя и адрес участвующего в споре инвестора, положения Соглашения, которые предположительно были нарушены, и фактическая и правовая основа для иска. Этот подход нельзя рассматривать как средство, позволяющее государствам вообще избежать рассмотрения дела в международном арбитраже.

Обязательная процедура посредничества

19. В качестве потенциальных альтернатив УСИГ рассматривается и использование иных методов, помимо арбитража, для урегулирования споров. Государства могли бы применять предусмотренные в их инвестиционных соглашениях инструменты для сокращения продолжительности разбирательства и затрат на него, используя альтернативные методы урегулирования споров помимо арбитража, например посредничество. Индонезия рассматривает обязательную процедуру посредничества — после исчерпания возможностей процесса консультаций — как выход, позволяющий избежать перехода спора в юридическую плоскость, что может привести к большим издержкам и нанести ущерб отношениям сторон в споре. Инвесторы, в зависимости от обстоятельств дела, обращаются за помощью к посреднику для урегулирования спора после передачи уведомления о возможном споре с государством и исчерпания возможностей процесса консультаций.

20. Индонезия внедрила эту процедуру посредничества в переговоры по своим двусторонним МИС как альтернативный метод урегулирования споров, который должен быть обязательным элементом для инвесторов, прежде чем они смогут прибегнуть к процедуре УСИГ. Остается надеяться, что введение еще одной формальности в этом процессе поможет повысить значимость альтернативных процедур урегулирования споров как эффективного альтернативного средства в свете непростого характера судебных разбирательств и международного арбитража.

Е. Заключение

21. Положение относительно УСИГ, которое повышает уязвимость государства перед исками инвесторов в международном арбитраже, вызывает у Индонезии самую серьезную озабоченность. Поэтому ЮНСИТРАЛ предлагается рассмотреть вопрос о доработке традиционного подхода УСИГ таким образом, чтобы можно было эффективно снизить излишнюю подверженность государств юридическим и финансовым рискам, которые создает механизм УСИГ. На пути вперед многое еще предстоит сделать в этой рассматриваемой области.
