Организация Объединенных Наций A/CN.9/WG.III/WP.221

Генеральная Ассамблея

Distr.: Limited
22 July 2022
Russian
Original: English

Комиссия Организации Объединенных Наций по праву международной торговли
Рабочая группа III (Реформирование системы урегулирования споров между инвесторами и государствами)
Сорок третья сессия
Вена, 5–16 сентября 2022 года

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

Многосторонний документ по реформированию системы УСИГ

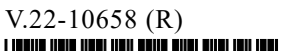
Записка Секретариата

Содержание

Стр.

I. Введение 2
II. Многосторонний документ по реформированию системы УСИГ 3
A. Возможная структура многостороннего документа 3
B. Согласованность и гибкость 4
C. Сфера применения и связь с ранее заключенными договорами 8
D. Пример возможной структуры 13

V.22-10658 (R)



Просьба отправить на вторичную переработку

I. Введение

1. В 2020 году на тридцать восьмой сессии Рабочая группа обратилась к Секретариату с просьбой провести подготовительную работу в отношении средств реализации вариантов реформы (в настоящей записке они именуются «элементами реформы») и в этом контексте подготовить документ о многостороннем документе по реформированию системы УСИГ (МДР УСИГ) (A/CN.9/1004, пп. 101 и 104). Соответственно, на тридцать девятой сессии Рабочей группы, также прошедшей в 2020 году, ей был представлен документ, в котором освещались ключевые вопросы, относящихся к разработке МДР УСИГ (A/CN.9/WG.III/WP.194).

2. На той сессии было отмечено, что МДР УСИГ должен обеспечить основу для реализации различных элементов реформы и что последовательный и гибкий подход к различным элементам реформы позволит государствам-участникам решать, какие элементы реформы они будут осуществлять и в какой степени (A/CN.9/1044, п. 105).

3. Кроме того, по мнению участников сессии, МДР УСИГ должен обладать следующими характеристиками: i) учитывать выявленные проблемы, в частности связанные с обеспечением согласованности и последовательности, и способствовать повышению правовой определенности в рамках УСИГ; ii) устанавливать гибкие рамки, позволяющие государствам выбирать разные элементы реформы, включая создание механизма УСИГ и относящихся к нему процессуальных инструментов, и реагировать на будущие изменения в сфере УСИГ; iii) предусматривать гибкие временные рамки, обеспечивающие возможность непрерывного участия государств-участников; iv) предполагать участие как можно более широкого круга государств для обеспечения общего реформирования системы УСИГ; v) предусматривать целостный подход к реформированию системы УСИГ, четко отражающий цель достижения устойчивого развития за счет стимулирования международных инвестиций (A/CN.9/1044, п. 106).

4. Учитывая необходимость тщательного анализа как формы МДР УСИГ, так и его юридических последствий для существующей системы УСИГ, была выражена поддержка продолжению работы над МДР УСИГ, в том числе в рамках межсессионной работы, проводимой заинтересованными делегациями (A/CN.9/1044, п. 111).

5. После тридцать девятой сессии, проведенной в 2020 году, по этой теме было организовано два неофициальных заседания[1]. Секретариат также обратился за помощью к Договорной секции Управления по правовым вопросам Организации Объединенных Наций, а также к экспертам в области международного публичного права и международного договорного права, которым было предложено представить замечания по документу A/CN.9/WG.III/WP.194 и очертить круг вопросов, требующих дальнейшего изучения[2].

---

[1] Неофициальные заседания были проведены 9–10 декабря и 10 июня 2021 года. Краткие отчеты о неофициальных заседаниях доступны по ссылкам: https://uncitral.un.org/sites/uncitral.un.org/files/media-documents/uncitral/en/summary_informal_meetings_6-10_december_final.pdf и https://uncitral.un.org/sites/uncitral.un.org/files/media-documents/uncitral/en/wg_iii_-_summary_informal_meetings_7-10_june_2022_final.pdf.

[2] Секретариат хотел бы выразить признательность г-же Данае Азария (Университетский колледж Лондона, юридический факультет), г-ну Дункану Холлису (Университет Темпл, Школа права Бисли), г-ну Яну Клабберсу (Университет Хельсинки, юридический факультет), г-ну Макане Мбенге (Университет Женевы, юридический факультет) и г-же Малгосии Фицморис (Лондонский университет королевы Марии, юридический факультет) за их замечания и вклад. Секретариат будет рад получить дополнительные замечания и предложения других заинтересованных экспертов в области публичного международного права и договорного права.

6. Согласно плану работы (A/CN.9/1054, приложение I), Рабочая группа должна представить Секретариату рекомендации в отношении МДР УСИГ в ходе текущей сессии. Соответственно, настоящая записка дополняет документ A/CN.9/WG.III/WP.194 и представляет ряд вопросов на рассмотрение Рабочей группы с целью получения указаний относительно работы, которую должен провести Секретариат по данной теме. Она также содержит показательный пример того, какую структуру мог бы иметь МДР УСИГ.

II. Многосторонний документ по реформированию системы УСИГ

A. Возможная структура многостороннего инструмента

7. Как уже упоминалось, ранее подчеркивалась необходимость применения последовательного и гибкого подхода к разным элементам реформы (см. п. 2 выше). Рабочая группа, возможно, пожелает рассмотреть вопрос о структуре МДР УСИГ, которая должна обеспечить баланс между согласованностью реформы УСИГ и гибкостью в интересах государств — участников УСИГ.

Рамочная конвенция с протоколами

8. МДР УСИГ мог бы, в частности, принять форму рамочной конвенции с одним или несколькими протоколами. Рамочная конвенция — это юридически обязывающее соглашение, в котором установлены цели, основные принципы, институциональная или управленческая структура и обязательства государств-участников общего характера, при этом более конкретные вопросы регулируются дополнительными протоколами. Протоколы могут выступать самостоятельными договорами и выполнять ряд функций[3]. Такая структура может обеспечить определенную гибкость, поскольку государство может присоединиться к рамочной конвенции, не становясь участником протоколов к ней[4].

9. Примером такой структуры может служить Рамочная конвенция ООН об изменении климата 1992 года (РКИКООН), а также Киотский протокол 1997 года и Парижское соглашение 2015 года, которые устанавливают более конкретные правила и цели[5]. Другие заметные примеры рамочных конвенций

[3] Посредством протоколов можно вносить изменения в ранее заключенные договоры. Например, Протоколом 1972 года были внесены изменения в Единую конвенцию о наркотических средствах 1961 года, а в Конвенцию о борьбе с торговлей женщинами и детьми 1921 года изменения были внесены посредством Протокола 1947 года. Протоколы также могут дополнять существующие договоры. Например, Монреальский протокол 1989 года по веществам, разрушающим озоновый слой, дополняет и уточняет обязательства общего характера по защите озонового слоя, предусмотренные Венской конвенцией 1985 года. Протоколы могут заменять предыдущие договорные обязательства и могут также включать положения об оговорках, заявлениях об участии или отказе от участия, процедурах внесения поправок и требованиях к вступлению в силу, отличных от рамочной конвенции. Например, в протоколе можно перечислить предыдущие или существующие договоры, которые новый документ призван заменить или изменить.

[4] Государство также может стать участником протокола, не присоединяясь к рамочной конвенции. Например, два протокола к Конвенции ООН о правах ребенка 1990 года позволяют государствам-участникам присоединиться к ним, даже если они не являются участниками самой Конвенции (см. Факультативный протокол к Конвенции о правах ребенка, касающийся торговли детьми, детской проституции и детской порнографии (2171 UNTS 227) и Факультативный протокол к Конвенции о правах ребенка, касающийся участия детей в вооруженных конфликтах (2173 UNTS 222)). Однако, большинство рамочных конвенций не предусматривают для государств возможности присоединяться к протоколам, не будучи участником рамочной конвенции.

[5] Например, Киотский протокол обязывает промышленно развитые страны и страны с переходной экономикой ограничить и сократить выбросы парниковых газов в соответствии с согласованными индивидуальными целями, а Парижское соглашение устанавливает более жесткие обязательства в отношении борьбы с изменением климата. Согласно статье 17 РКИКООН решения в соответствии с любым протоколом принимаются только Сторонами соответствующего протокола.

включают Венскую конвенцию об охране озонового слоя 1985 года, Конвенцию о биологическом разнообразии 1992 года и Конвенцию о международных гарантиях в отношении подвижного оборудования (Кейптаунская конвенция).

10. Протоколы могут служить удобным средством для проведения реформы УСИГ и оформления обязательств государств по выполнению их положений, но для обеспечения согласованного режима УСИГ могут потребоваться некоторые гарантии. Это связано с тем, что рамочная конвенция с протоколами, к каждому из которых присоединились разные государства-участники, может привести к дальнейшей фрагментации и создать сложности, особенно когда предусмотренные в ней реформы будут применяться также к существующим инвестиционным соглашениям, которыми связаны эти государства-участники.

Единая конвенция с приложениями

11. Другой вариант структуры МДР УСИГ — единая конвенция с одним или несколькими приложениями. Подобно протоколам, приложения могут регулировать различные аспекты, связанные с конвенцией, включая основные обязательства, а также институциональную структуру. Можно предусмотреть возможность для государства при присоединении к конвенции указывать, будет ли оно связано приложениями.

12. В качестве примера можно привести Международную конвенцию по предотвращению загрязнения с судов (Конвенция МАРПОЛ): основные обязательства сторон изложены собственно в конвенции, а более конкретные обязательства содержатся в шести технических приложениях, два из которых являются обязательными для всех государств-участников[6]. У Конвенции ООН по морскому праву (КООНМП) имеется 9 приложений; в частности, приложение V посвящено согласительной процедуре, приложение VI содержит Устав Международного трибунала по морскому праву (МТМП), а приложение VII регулирует вопросы арбитража.

Резюме

13. Несмотря на явные различия между этими двумя типами структур, в зависимости от содержания МДР УСИГ может иметь как протоколы, так и приложения. Например, Кодекс поведения может иметь вид протокола, а перечень инвестиционных соглашений, к которым применяются элементы реформы, может быть приведен в приложении. Также возможно, что после заключения основной конвенции будут согласованы дополнительные протоколы, а перечень инвестиционных соглашений в приложении будет обновляться по мере того, как все больше государств будут присоединяться к МДР УСИГ. Рабочая группа, возможно, пожелает воспользоваться гибкими возможностями, которые обеспечивают два типа структуры.

B. Согласованность и гибкость

14. Рабочая группа определила две характеристики, которыми можно руководствоваться при работе над МДР УСИГ. Это согласованность и гибкость. Еще одной характеристикой, заслуживающей внимания Рабочей группы, является удобство пользования, учитывая, что использовать МДР УСИГ будут стороны споров.

[6] Конвенция МАРПОЛ была принята 2 ноября 1973 года. Протокол 1978 года был принят в качестве реакции на участившиеся аварии танкеров в 1976 и 1977 годах. Поскольку Конвенция МАРПОЛ 1973 года еще не вступила в силу, Протокол МАРПОЛ 1978 года заменил собой исходную Конвенцию. Объединенный документ вступил в силу 2 октября 1983 года. В 1997 году был принят Протокол о внесении изменений в Конвенцию и добавлено новое приложение VI, которое вступило в силу 19 мая 2005 года. На протяжении многих лет в МАРПОЛ вносились поправки.

Согласованность и функционирование МДР УСИГ

15. Для обеспечения согласованности процессов реформирования УСИГ ряд основных положений необходимо сделать обязательным для всех государств-участников.

16. *Цели* — такие основные положения могут устанавливать цели и принципы, лежащие в основе МДР УСИГ, и фиксировать приверженность государств-участников реформированию механизма УСИГ в рамках как существующих, так и будущих инвестиционных соглашений. Рабочая группа, возможно, пожелает определить некоторые принципы, которые необходимо будет отразить, в частности, связанные с защитой прав инвесторов, включая процессуальное право на предъявление требований, прозрачностью и эффективностью разбирательства, правом государства на регулирование, целями в области устойчивого развития и так далее.

17. *Способы обеспечения УСИГ* — Рабочая группа, возможно, пожелает рассмотреть вопрос о том, следует ли включить в ряд основных положение, согласно которому государства-участники будут определять способы обеспечения УСИГ, которые они примут или с которым согласятся[7]. При этом в качестве ориентира можно использовать типовое положение инвестиционных соглашений, в котором инвесторам предлагается прибегнуть к различным механизмам разрешения споров. Такие механизмы могут, в частности, включать посредничество, внутренние средства правовой защиты, международный арбитраж, а также любой новый механизм, который может быть разработан Рабочей группой, например, постоянные механизмы первой инстанции или апелляционный механизм. Типовые правила, которые будут применяться ко всем таким механизмам, можно включить в основные положения, в то время как правила, относящиеся к конкретным механизмам разрешения споров (например, таким, как обжалование, аннулирование или исправление решения), могут быть включены в соответствующие протоколы.

18. *Механизмы управления и организационные вопросы* — Административно-управленческие аспекты МДР УСИГ можно включить в основные положения, поскольку для надлежащего функционирования МДР УСИГ, вероятно, потребуется определенная институциональная поддержка. На практике это обычно означает, что некий конкретный орган или учреждение наделяется полномочиями по обеспечению функционирования соглашения. В организационном плане это может быть Конференция сторон (КС), в которой участвуют все государства — участники МДР УСИГ[8]. КС может стать постоянным форумом для взаимодействия между всеми государствами-участниками, что позволит обмениваться мнениями и опытом в реализации элементов реформы. Можно также использовать иной административный орган или секретариат, который может быть как существующим, так и новым учреждением[9]. Независимо от формы, функции, которые будет выполнять такой орган, могут включать учет актов по договору, надзор за соблюдением его положений со стороны государств-участников, обработку предлагаемых поправок, включая возможные переговоры по новым протоколам или приложениям, толкование МДР УСИГ[10], а также систематизацию и разъяснение элементов реформы в МДР УСИГ, применимых к разбирательствам в рамках УСИГ.

---

[7] См. КООНМП, статья 287(1).

[8] Конференция сторон РКИКООН или государств — участников КООНМП.

[9] Административные функции в отношении Конвенции МАРПОЛ осуществляет Международная морская организация. Другой вариант — создание комитета независимых экспертов в области права, аналогичного Комиссии международного права (КМП). Функции контроля в отношении Международной конвенции о ликвидации всех форм расовой дискриминации осуществляет Комитет по ликвидации расовой дискриминации (КЛРД).

[10] Способность такого органа готовить комментарии или рекомендации для целей толкования (контекстуальное толкование) с течением времени позволит обеспечить актуальность положений МДР УСИГ в современном контексте, с тем чтобы они могли и в будущем выполнять свои задачи.

19. Правила, касающиеся внесения изменений в МДР УСИГ (включая любой протокол или приложение) также могут быть включены в основные положения. Если МДР УСИГ потребует выделения каких-либо финансовых ресурсов (например, на создание и обеспечение функционирования наблюдательного договорного органа, консультативного центра или постоянного механизма), такие аспекты также могут войти в основные положения.

20. В свете вышеизложенного Рабочая группа, возможно, пожелает рассмотреть вопрос о том, как будет функционировать МДР УСИГ и какие важные аспекты должны быть включены в основные положения.

Гибкость

21. Еще одной характеристикой МДР УСИГ, важность которой подчеркнула Рабочая группа, является гибкость. Вопрос о гибкости был поднят, когда вносились предложения относительно подхода, предусматривающего разработку набора решений, из которых государства могли бы выбирать предпочтительные для себя (A/CN.9/WG.III/WP.194, п. 10)[11], а также относительно разработки единого инструмента, содержащего «блоки» элементов реформы (A/CN.9/WG.III/WP.194, пп. 3 и 8). Действительно, существует целый ряд способов обеспечить государствам такую гибкость, когда они присоединяются к МДР УСИГ, при этом ее следует отличать от гибких возможностей, предоставляемых сторонам спора при использовании системы УСИГ (см. п. 27 ниже). МДР УСИГ также должен быть достаточно гибким, чтобы учитывать будущие изменения и в то же время выдерживать течение времени.

22. Государства, присоединившиеся к МДР УСИГ, будут связаны основными положениями этого документа, но в то же время МДР УСИГ может содержать факультативные элементы, которые государства могут принимать или не принимать (A/CN.9/1044, п. 108). Как упоминалось в разделе A, такие элементы могут содержаться в протоколе или приложении.

23. При использовании механизма прямого согласия государства должны предпринять определенное действие, чтобы выразить выражают согласие на обязательную силу соответствующего положения. Преимуществом такого механизма является гибкость, предоставляемая государствам, однако он требует, чтобы государство предприняло дополнительный шаг для выражения своего согласия на обязательную силу факультативных элементов в дополнение к изначально выраженному согласию на обязательность основных положений. Например, государство — участник рамочной конвенции должно будет сделать заявление о том, что оно считает себя связанным протоколами к рамочной конвенции.

24. Если используется механизм отказа, государствам не нужно дополнительно выражать согласие с факультативными элементами, напротив — им нужно будет заявить о своем намерении не быть связанными ими, обычно в течение установленного периода времени после присоединения к основной конвенции. Преимущество этого механизма заключается в том, что он не требует дополнительных шагов для получения согласия и обеспечивает эффективность при демонстрации широкой приверженности элементам реформы[12].

25. Другим механизмом обеспечения гибкости являются оговорки, в которых государства могут заявить о конкретных интересах или проблемах при присоединении к документу (A/CN.9/WG.III/WP.194, п. 18). Оговорки широко используются в международном договорном праве, однако следует проявлять осторожность при их применении в качестве основного средства обеспечения гибкости, поскольку они также могут привести к возникновению правовой

[11] A/CN.9/WG.III/WP.182, представление правительств Израиля, Мексики, Перу, Чили и Японии.

[12] См. Устав ВОЗ, статья 22. Правила ВОЗ вступают в силу после надлежащего уведомления участников, за исключением тех участников, которые заявили об отказе в течение срока, указанного в уведомлении.

неопределенности. Например, в соответствии с Венской конвенцией о праве международных договоров оговорки должны быть совместимы с объектом и целью договора, а это не всегда ясно или очевидно[13]. Это, в свою очередь, может усложнить определение того, является ли оговорка допустимой в соответствии с договором. Необходимо также рассмотреть последствия недопустимых оговорок[14].

26. Если оговорки будут разрешены в МДР УСИГ, то Рабочая группа может пожелать рассмотреть вопрос о том, какие виды оговорок допустимы в отношении каких положений, протоколов или приложений[15]. Например, оговорки не могут касаться основных обязательств или минимальных стандартов, но государство может сделать оговорку о применимости того или иного положения или метода разрешения споров, указанного в каком-либо из протоколов[16].

27. Еще один вопрос, который предстоит рассмотреть Рабочей группе, — это степень гибкости, которая согласно МДР УСИГ будет предоставлена сторонам в споре, а точнее инвесторам-истцам, например, будет ли им разрешено выбирать из предусмотренных в документе механизмов разрешения споров или менять некоторые положения МДР УСИГ (см. пп. 24–26 документа A/CN.9/WG.III/WP.216 о степени, в которой стороны в споре могут изменять применение Кодекса поведения).

Удобство для пользователя

28. Средства обеспечения гибкости были описаны выше, при этом следует отметить, что обеспечение полной гибкости может затруднить применение МДР УСИГ, поскольку не всегда будет ясно, какие элементы реформы могут применяться в конкретном споре и каким образом. Это особенно актуально в свете того, что стороны инвестиционного соглашения могут занимать различные позиции в отношении факультативных элементов МДР УСИГ, особенно если МДР УСИГ будет допускать «одностороннее предложение о применении», предусмотренное Правилами о прозрачности (см. A/CN.9/WG.III/WP.194, пп. 32–37). Это может привести к снижению уровня согласованности или непоследовательной реализации элементов реформы.

29. Учитывая предполагаемую сложность применения различных элементов реформы, а также трудности, которые будут возникать при применении этих элементов реформы к огромному количеству существующих инвестиционных договоров, МДР УСИГ должен будет обеспечивать ясность и удобство для пользователей. Стороны споров, лица, принимающие решения и другие участники разбирательств должны иметь возможность в полной мере понимать свои права и обязанности по МДР УСИГ и порядок разрешения споров. Для ориентирования в основных положениях и различных элементах реформы, а также для определении того, применяются ли они к тем или иным инвестиционным соглашениям (и если да, то каким образом), можно использовать технологии, но и сам МДР

[13] Венская конвенция о праве международных договоров, статьи 19–23.

[14] Например, в соответствии со статьей 21 Венской конвенции о праве международных договоров государства, возражающие против оговорки, могут отказаться от договорных отношений с государством, сделавшим оговорку, но если государство, возражающее против оговорки, не возражало против вступления в силу договора между собой и сделавшим оговорку государством, то положения, к которым относится оговорка, не применяются между этими двумя государствами в пределах сферы действия такой оговорки.

[15] См. статью 3 Маврикийской конвенции. В пункте 4 указано, что не допускаются никакие оговорки, за исключением тех, которые разрешаются в данной статье. См. также статью 42 Будапештской конвенции о киберпреступности и статью 309 КООНМП.

[16] В контексте международного инвестиционного права см., например, перечень оговорок, допустимых согласно статье 3 Маврикийской конвенции о прозрачности. Эти оговорки предусматривают исключение конкретного международного инвестиционного соглашения, исключение проведения арбитража по конкретному арбитражному регламенту и исключение механизма «одностороннего предложения о применении», упоминаемого в пункте 2 статьи 2 Конвенции.

УСИГ следует структурировать таким образом, чтобы упростить его применение. Это помогло бы снять некоторые вопросы, высказанные гражданским обществом и другими заинтересованными сторонами в связи с МДР УСИГ.

Резюме

30. Рабочая группа, возможно, пожелает рассмотреть вопрос о том, как лучше всего обеспечить согласованность и гибкость при разработке МДР УСИГ и в то же время — ясность и правовую определенность для сторон в споре (удобство для пользователей).

C. Сфера применения и связь с ранее заключенными договорами

31. Было высказано пожелание, чтобы МДР УСИГ применялся как к существующим, так и к будущим инвестиционным соглашениям и чтобы одна из ключевых целей этого документа заключалась в том, чтобы некоторые или все элементы реформы, разрабатываемые Рабочей группой, применялись к существующим инвестиционным соглашениям (A/CN.9/1044, п. 109). Это помогло бы сделать режим УСИГ несколько более единообразным.

Применение к будущим инвестиционным соглашениям

32. Что касается возможного применения МДР УСИГ к будущим инвестиционным соглашениям, Рабочая группа, возможно, пожелает рассмотреть вопрос о том, должен ли МДР УСИГ содержать полный набор положений, регулирующих споры между инвесторами и государствами, — в этом случае государствам было бы проще ссылаться на МДР УСИГ в отношении любого инвестиционного соглашения, по которому они будут вести переговоры в будущем. В качестве альтернативного варианта можно было бы структурировать МДР УСИГ таким образом, чтобы содержащиеся в нем положения действовали параллельно с аналогичными положениями по УСИГ, которые будут предусмотрены будущими инвестиционными соглашениями. Рабочая группа, возможно, также пожелает рассмотреть аспекты возможного взаимодействия МДР УСИГ с будущими инвестиционными соглашениями, в которых рассматриваются те же процедурные вопросы, но непоследовательным образом, особенно если переговоры по таким соглашениям проводились государствами, присоединившимися к МДР УСИГ.

Связь с существующими инвестиционными соглашениями

33. В ходе обсуждений в Рабочей группе значительное внимание было уделено применению МДР УСИГ с учетом уже действующих инвестиционных соглашений. Отправной точкой для любого дальнейшего анализа этого вопроса должна быть Венская конвенция о праве международных договоров (ВКПМД) (A/CN.9/1044, п. 95).

34. ВКПМД является универсальным и гибким документом, который предоставляет государствам большую гибкость в организации своих договорных отношений. Большинство его положений считаются авторитетными нормами обычного международного права и, таким образом, применяются даже к государствам, которые не являются сторонами ВКПМД. Она основана на двух главных принципах: согласие государств и *pacta sunt servanda*. Это означает, что положения договора становятся для государства твердым обязательством только в случае, если оно явным образом выразило согласие с договором. В ВКПМД также закреплен принцип *res inter alios acta*, согласно которому договор имеет силу только в отношении его сторон. Принято считать, что государства являются «хозяевами» своих договоров и могут самостоятельно вырабатывать решения для организации и контроля своих договорных отношений по своему усмотрению.

35. Соответственно, ВКПМД предлагает государствам широкий выбор вариантов взаимодействия между новым договором и предыдущим договором. В контексте реформы УСИГ имеется в виду взаимодействие между МДР УСИГ и существующими инвестиционными соглашениями, содержащими положения об урегулировании претензий между инвесторами и государствами, в основном инвестиционными соглашениями первого и второго поколения. Такие соглашения могут иметь несколько государств-участников, одно или несколько из которых являются стороной МДР УСИГ, и Рабочая группа, возможно, пожелает рассмотреть вопрос о том, как МДР УСИГ будет взаимодействовать с ними в таких обстоятельствах.

36. МДР УСИГ может оказать влияние на предыдущие инвестиционные соглашения несколькими путями (при соблюдении определенных условий). Одним из таких условий будет то, что государства — участники МДР УСИГ и государства — участники существующих инвестиционных соглашений должны быть идентичными или, по крайней мере, частично совпадать. Что касается возможного влияния на предыдущие инвестиционные соглашения, то МДР УСИГ может:

- представлять собой соглашение между участниками относительно толкования существующего инвестиционного соглашения или применения его положений (статья 31(3)(a) ВКПМД);
- вносить изменения в ранее заключенные инвестиционные соглашения (статьи 39 и 40 ВКПМД);
- вносить изменения в многосторонние инвестиционные соглашения, ранее заключенные между конкретными сторонами, но на ограничительных условиях (изменение по взаимному соглашению, статья 41 ВКПМД)[17];
- полностью или частично приостанавливать действие ранее заключенного инвестиционного соглашения (статьи 57, 59 и 59 ВКПМД);
- останавливать действие ранее заключенных инвестиционных соглашений (статьи 54 и 59 ВКПМД)[18];
- заменять ранее заключенные инвестиционные соглашения (пункт 3 статьи 30 ВКПМД)[19].

---

[17] Статья 41 ВКПМД предусматривает, что такие изменения по взаимному соглашению допустимы только в том случае, если: «a) возможность такого изменения предусматривается самим договором; b) такое изменение не запрещается договором и: i) не влияет на пользование другими участниками своими правами по договору или на выполнение ими своих обязательств; ii) не затрагивает положения, отступление от которого является несовместимым с эффективным осуществлением объекта и целей договора в целом». Хотя статья 41 ВКПМД не применялась на практике, положения об изменениях по взаимному соглашению были включены в ряд многосторонних соглашений (например, пункты 3 и 4 статьи 311 КООНМП).

[18] Это может быть сделано явно с согласия всех участников по консультации с прочими договаривающимися государствами (статья 54) или имплицитно, если либо более поздний договор, либо намерения сторон предполагают, что более поздний договор должен действовать таким образом, а положения более позднего договора настолько несовместимы с положениями предыдущего договора, что оба договора невозможно применять одновременно (статья 59).

[19] Это логически вытекает из принципа *lex posterior* при условии, что предыдущее инвестиционное соглашение и МДР УСИГ касаются одного и того же предмета. Вопрос о том, касаются ли предыдущие инвестиционные соглашения и многосторонний документ одного и того же предмета и в какой степени их положения совместимы, иногда является спорным и может приводить к возникновению правовой неопределенности. Однако, договор может содержать конкретные положения, касающиеся его взаимодействия с другими предшествующими или последующими договорами, например, коллизионные, защитительные оговорки или оговорки о совместимости (см. пп. 42–48). В этом случае принцип *lex posterior* не применяется.

37. Следует также отметить, что перечисленные выше варианты не являются взаимоисключающими. Например, МДР УСИГ может вносить изменения в существующее инвестиционное соглашение, прекращать или приостанавливать действие другого такого соглашения, а также представлять собой последующее соглашение о толковании таких соглашений[20].

38. Что касается возможного применения МДР УСИГ к существующим инвестиционным соглашениям, примером могут служить Конвенция Организации Объединенных Наций о прозрачности в контексте арбитражных разбирательств между инвесторами и государствами на основе международных договоров («Маврикийская конвенция о прозрачности») и Многосторонняя конвенция ОЭСР для применения предусмотренных международными договорами мер, касающихся налогообложения, с целью предотвращения размывания налоговой базы и перемещения доходов (см. A/CN.9/WG.III/WP.194, пп. 25–30 и A/CN.9/1044, п. 102). Маврикийская конвенция о прозрачности предоставляет государствам эффективный механизм применения Правил о прозрачности в контексте инвестиционных соглашений, заключенных до вступления в силу Правил о прозрачности. Инвестиционные соглашения, заключенные после этого, часто содержат ссылку на Правила о прозрачности. Многосторонняя конвенция ОЭСР применяется параллельно с действующими международными налоговыми договорами, изменяя их применение с целью реализации мер по предотвращению размывания налоговой базы и вывода прибыли из-под налогообложения.

39. Рабочая группа, возможно, пожелает рассмотреть другие примеры многосторонних соглашений, вносящих изменения в существующие двусторонние договоры. Например, в Европейской конвенции о выдаче 1957 года предусматривается, что она заменяет собой предыдущие двусторонние договоры, конвенции или соглашения, регулирующие выдачу между любыми двумя договаривающимися сторонами, и что любые новые обязательства договаривающихся сторон могут лишь дополнять Конвенцию или способствовать применению содержащихся в ней принципов[21]. В этом случае действие Конвенции ограничено конкретной географической областью со схожими национальными правовыми системами; ранее заключенные двусторонние соглашения заменяются новым многосторонним документом, при этом допускается заключение дополнительных соглашений.

Связь с другими договорами

40. Если выше речь шла о применимости МДР УСИГ к существующим инвестиционным соглашениям, то еще один вопрос, который необходимо рассмотреть, заключается в том, как МДР УСИГ будет взаимодействовать с другими действующими договорными режимами, в том числе с участием нескольких сторон.

41. Одним из примеров может быть взаимодействие между МДР УСИГ и Конвенцией об урегулировании инвестиционных споров между государствами и физическими или юридическими лицами других государств («Конвенция МЦУИС»), особенно в тех случаях, когда вариант реформы, предусмотренный в МДР УСИГ, не совместим с Конвенцией МЦУИС (например, арбитражное решение является предметом апелляции)[22]. Учитывая, что Конвенция МЦУИС содержит правила о внесении в нее поправок, для чего требуется согласие всех

[20] См., например, Соглашение о воздушном транспорте между США и ЕС от 30 апреля 2007 года, статья 22.

[21] European Treaty Series (ETS), No. 24, article 28 (https://rm.coe.int/1680064587). См. также Европейскую конвенцию о взаимной помощи по уголовным делам 1959 года (ETS, No. 30, article 26) и Европейскую конвенцию о репатриации несовершеннолетних 1970 года (ETS, No. 71, article 27).

[22] См. пункт 1 статьи 53 Конвенции МЦУИС: «Решение Арбитража является обязывающим для сторон и не подлежит апеллированию или иным способам обжалования, за исключением тех, которые предусмотрены в настоящей Конвенции».

договаривающихся государств[23], одним из подходов могло бы стать рассмотрение возможности внесения изменений по взаимному соглашению в соответствии со статьей 41 ВКПМД (см. A/CN.9/WG.III/WP.202, пп. 45–55).

Оговорки о совместимости или коллизионные оговорки

42. Для того чтобы элементы реформы были реализованы должным образом, возможно, потребуется прояснить взаимосвязь между МДР УСИГ, содержащим элементы реформы, и ранее заключенными инвестиционными соглашениями. ВКПМД предоставляет государствам значительную гибкость в организации своих договорных отношений, но свободы толкования должно быть как можно меньше. Это особенно важно в тех случаях, когда положение МДР УСИГ противоречит положению существующего инвестиционного соглашения или несовместимо с ним[24], что может быть урегулировано с помощью договорных инструментов. Например, в пункте 7 статьи 1 Правил о прозрачности ЮНСИТРАЛ и пункте 4 статьи 2 Маврикийской конвенции о прозрачности рассматривается коллизия между Правилами о прозрачности и применимыми арбитражными регламентами, а также действующими международными договорами.

43. Так называемая оговорка о совместимости или коллизионная оговорка урегулирует эту ситуацию, указывая, какое положение (положения) будет иметь преимущественную силу и при каких обстоятельствах. Однако, для того, чтобы правильно составить оговорку, Рабочая группа, возможно, пожелает указать, предполагается ли, что положения МДР УСИГ заменят собой соответствующие положения существующих инвестиционных соглашений в рамках процесса реформы. В качестве альтернативы она может пожелать применять положения МДР УСИГ лишь в той степени, в которой они совместимы с положениями существующих международных договоров.

44. Рабочая группа, возможно, пожелает отметить, что МДР УСИГ может рассматриваться как документ, заменяющий собой существующие договоры, относящиеся к тому же предмету, как это предусмотрено статьей 30 ВКПМД, и что существующие инвестиционные соглашения могут включать собственную оговорку о совместимости или коллизии.

45. Аналогичный аспект обсуждается в контексте пункта 2 статьи 2 проекта Кодекса поведения (A/CN.9/WG.III/WP.216, п. 18)[25]. Рабочая группа, возможно, пожелает рассмотреть этот вопрос в более широком контексте, поскольку ей еще предстоит определить, может ли Кодекс поведения быть включен в МДР УСИГ и в каком качестве, в том числе будет ли он одним из факультативных элементов, из которых государства могут выбирать. Возможно, МДР УСИГ будет считаться «документом, на основе которого дается согласие на адъюдикацию по спору», о котором говорится в пункте 2 статьи 2 проекта Кодекса.

46. Еще одним примером может служить регулирование финансирования третьими сторонами (см. A/CN.9/WG.III/WP.219, раздел E). Может случиться так, что в действующем инвестиционном соглашении, в МДР УСИГ и в правилах, применимых к разбирательству, предусмотрены различные противоречивые нормы. Хотя положение договора, как правило, имеет преимущественную силу относительно положений правил, вопрос о том, применяется ли к спору положение действующего инвестиционного соглашения или положение МДР УСИГ, может быть прояснен с помощью коллизионной оговорки. Например, МДР УСИГ может предусматривать, что содержащиеся в нем положения

[23] Конвенция МЦУИС, статья 66.

[24] Тот же вопрос может возникнуть и в отношении положений любых будущих инвестиционных соглашений.

[25] В настоящее время пункт 2 статьи 2 сформулирован так: «Если документ, на основе которого дается согласие на адъюдикацию по спору, содержит положения о поведении адъюдикатора или кандидата в рамках разбирательства по МИС, то настоящий Кодекс [считается дополнением к таким положениям] [дополняет такие положения]. В случае любого противоречия между Кодексом и такими положениями последние имеют преимущественную силу в части такого противоречия».

применяются только если в действующем договоре нет положения, касающегося тех же вопросов (A/CN.9/WG.III/WP.194, п. 31). Однако, такой подход ограничит сферу применения реформ. В качестве альтернативы МДР УСИГ может предусматривать, что содержащиеся в нем положения имеют преимущественную силу относительно положений ранее заключенных договоров или имеют преимущественную силу только в случае расхождений[26].

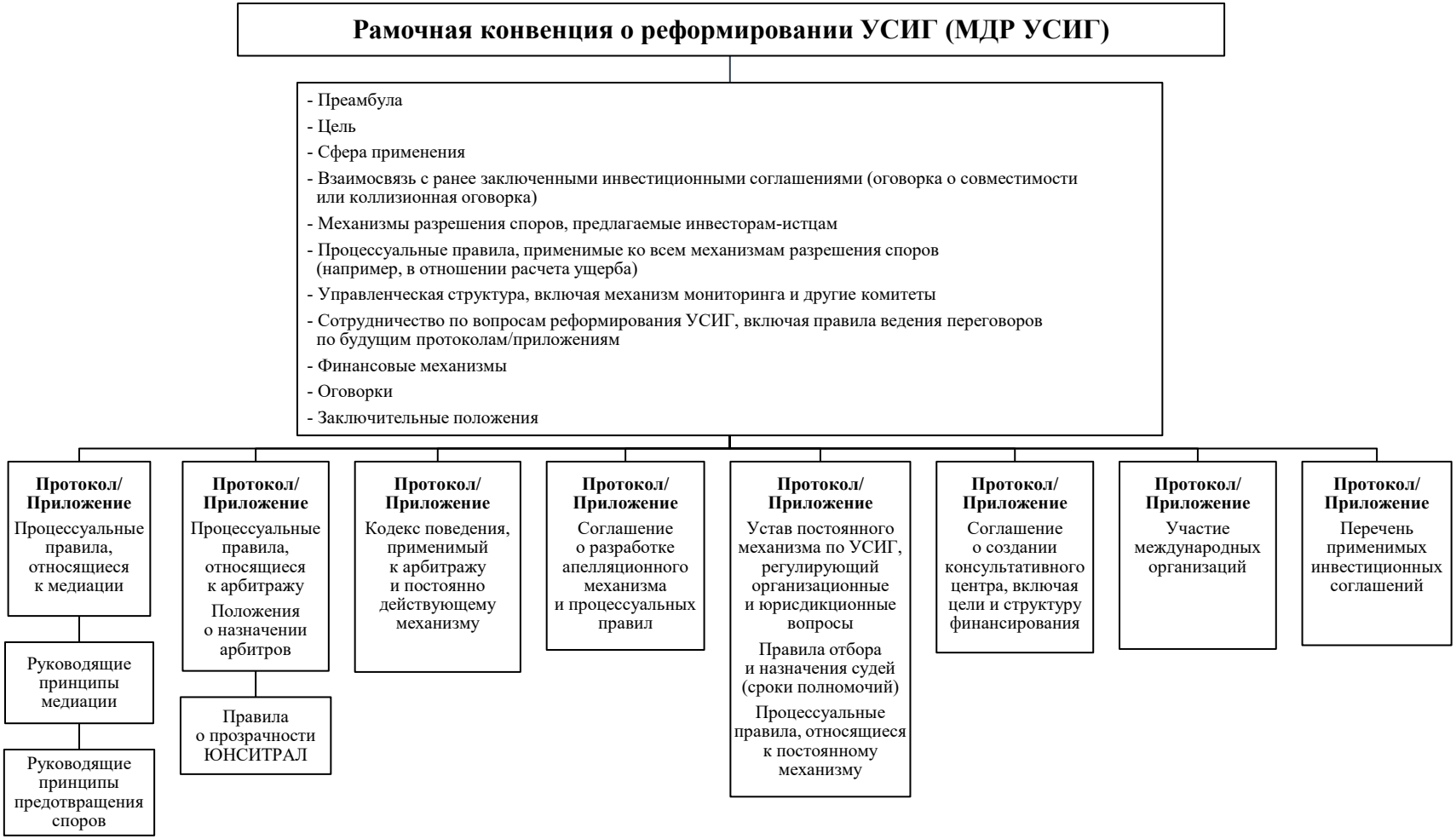
47. Дополнительной ясности можно добиться, перечислив ранее заключенные инвестиционные соглашения, к изменению которых приведет МДР УСИГ, как это было сделано в Конвенции о труде в морском судоходстве 2006 года[27]. МДР УСИГ также может предусматривать, что его положения не наносят ущерба правам и обязательствам государств-участников по другим конкретным соглашениям[28].

48. В целом оговорки о совместимости или коллизионные оговорки могут оказаться крайне важными, учитывая разнообразие и сложность элементов реформы, подлежащих согласованию, и значительное количество потенциально совпадающих договоров.

[26] Например, пункт 1 статьи 311 КООНМП предусматривает, что Конвенция «имеет преимущественную силу в отношениях между государствами-участниками перед Женевскими конвенциями по морскому праву от 29 апреля 1958 года», а в пункте 2 статьи 311 поясняется, что Конвенция «не изменяет прав и обязательств государств-участников, которые вытекают из других соглашений, совместимых с настоящей Конвенцией, и которые не затрагивают осуществления другими государствами-участниками своих прав и выполнения ими своих обязательств по настоящей Конвенции». Многосторонняя конвенция ОЭСР также содержит положение о том, что в случае несовместимости с положениями налогового соглашения, положения Конвенции имеют приоритет.

[27] Перечень, включающий 36 морских конвенций и один протокол, на которые влияет Конвенция, размещен по адресу https://www.ilo.org/global/standards/maritime-labour-convention/text/WCMS_150389/lang--en/index.htm.

[28] См., например, статью 4 Соглашения ООН по рыбным запасам: «[н]ичто в настоящем Соглашении не наносит ущерба правам, юрисдикции и обязанностям государств по [КООНМП]. Настоящее Соглашение толкуется и применяется в контексте и в порядке, которые согласуются с [КООНМП]». См. также приложение IV Протокола по охране окружающей среды к Договору об Антарктике, в котором предусматривается совместимость в отношении Конвенции МАРПОЛ.

D. Пример возможной структуры

49. Ниже приводится наглядный пример возможной структуры МДР УСИГ. Это лишь пример, который может быть рассмотрен Рабочей группой.