



**Комиссия Организации Объединенных Наций
по праву международной торговли**
Рабочая группа III (Реформирование системы
урегулирования споров между инвесторами
и государствами)
Тридцать девятая сессия
Нью-Йорк, 30 марта — 3 апреля 2020 года

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

Толкование инвестиционных договоров их сторонами

Записка Секретариата

Содержание

	<i>Стр.</i>
I. Введение	2
II. Толкование инвестиционных договоров	3
A. Толкование договоров в контексте УСИГ	3
1. Предложения и замечания в представлениях	3
2. Совместные полномочия по толкованию у сторон договора и судов по УСИГ	4
3. Обзор вопросов, связанных с толкованием договоров в контексте УСИГ ..	6
B. Полномочия сторон договора по толкованию	7
1. Инструменты толкования, доступные сторонам договора	7
2. Эффективное использование инструментов толкования	12



I. Введение

1. На своих тридцать четвертой — тридцать седьмой сессиях Рабочая группа провела работу по возможному реформированию системы урегулирования споров между инвесторами и государствами (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 по вариантам реформирования². Она предложила Секретариату провести подготовительную работу по вопросам толкования договоров государствами-участниками (A/CN.9/1004, пункт 25).
3. Соответственно, в настоящей записке рассматривается вопрос о толковании договоров в контексте УСИГ с описанием существующих инструментов толкования и обсуждением вопроса о том, как содействовать их использованию сторонами договора.
4. Как и другие документы, представленные Рабочей группе, настоящая записка подготовлена со ссылкой на широкий спектр опубликованной информации по этой теме³ и в ней не предпринимается попытки выразить какое-либо мнение 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 обсуждений и принятые Рабочей группой на ее тридцать четвертой — тридцать седьмой сессиях решения изложены в документах A/CN.9/930/Rev.1 и добавлении к нему, A/CN.9/935, A/CN.9/964 и A/CN.9/970, соответственно.

² Ход обсуждения данной темы на тридцать восьмой сессии и решения, принятые Рабочей группой, изложены в документе A/CN.9/1004; обзор вариантов реформирования приведен в документе A/CN.9/WG.III/WP.166.

³ Настоящая записка была подготовлена с учетом широкого спектра опубликованной информации по этой теме: Gordon, K. and Pohl, J. *Investment Treaties over Time – Treaty Practise and Interpretation in a Changing World*, OECD Working Papers on International Investment 2015/02; Gaukrodger, D., *The Legal Framework Applicable to Joint Interpretative Agreements of Investment Treaties*, OECD Working Papers on International Investment, 2016/01; Johnson, L. and Razbaeva, M., *State Control over Interpretation of Investment Treaties*, April 2014; Boisson de Chazournes L., Kohen M., and Viñuales J., *Diplomatic and Judicial Means of Dispute Settlement*, Chapter by Kaufmann-Kohler, G., *Non-Disputing State Submissions in Investment Arbitration: Resurgence of Diplomatic Protection?*; Kaufmann-Kohler, G., *Interpretive Powers of the Free Trade Commission and the Rule of Law*, Fifteen Years of NAFTA Chapter 11 Arbitration, JurisNet, LLC 2011; Legum, B., *Lessons Learned from the NAFTA: The New Generation of U.S. Investment Treaty Arbitration Provisions*, ICSID Review – Foreign Investment Law Journal, Volume 19, Issue 2, 1 (Oct. 2004) 344; Menaker A.J., Thornton and N., *U.S. Model Bilateral Investment Treaty (2004) (US BIT)*, in *World Arbitration Reporter* (2nd Edition 2010); UNCTAD IIA Issues Note, *Interpretation of IIAs: what States can do*, 3 December 2011; Sharpe J., *The Agent’s Indispensable Role in International Investment Arbitration*, ICSID Review, Vol.33, No. 3 (2018), pp. 675–701; Gáspár Szilágyi S., Behn D. and Langford M., *Adjudicating Trade and Investment Disputes, Convergence or Divergence?* Chapter by Chernykh Y., *Assessing Convergence between International Investment Law and International Trade Law through Interpretative Commissions/Committees: A Case of Ambivalence?* Cambridge University Press; Arato J., Brown C., and Ortino F., *Parsing and Managing Inconsistency in ISDS*, (2020) 21 *Journal of World Investment and Trade and Academic Forum on ISDS Concept Paper* 2019/3.

II. Толкование инвестиционных договоров

A. Толкование договоров в контексте УСИГ

1. Предложения и замечания в представлениях

5. На своей тридцать шестой сессии Рабочая группа заслушала предварительные предложения о средствах расширения участия государств в толковании и применении их договоров. Примерами того, как государства в настоящее время решают этот вопрос, являются подготовка и применение договорных положений об односторонних, совместных или многосторонних заявлениях о толковании, рекомендаций для арбитражных судов в отношении значения определенных терминов и стандартов, юридически обязывающих толкований основных обязательств по инвестиционным договорам и учреждение совместных комитетов или комиссий по толкованию договоров ([A/CN.9/964](#), пункт 38; см. также [A/CN.9/935](#), пункт 43).

6. Рабочая группа, возможно, пожелает принять к сведению, что предложения по реформированию, представленные правительствами в ходе подготовки к обсуждениям в рамках третьего этапа мандата («представления»), также затрагивают этот вопрос, поскольку это может способствовать обеспечению более эффективного контроля со стороны участников договоров за толкованием их договоров и решению проблем, связанных с недостатком согласованности, последовательности, предсказуемости и правильности решений, выносимых судами по УСИГ⁴.

7. В одном из представлений подчеркивается, что реформа УСИГ должна быть направлена на обеспечение последовательности в толковании положений инвестиционных договоров, особенно существенных положений таких договоров, в целях формирования единообразной судебной практики, способствующей правовой определенности⁵.

8. По вопросу о средствах обеспечения более последовательного толкования договоров вносятся различные предложения. В частности, предлагается поощрять использование сторонами юридически обязывающих совместных толкований положений договоров⁶ и обеспечивать, чтобы такие совместные толкования были обязательными для судов по УСИГ. Как отмечается в представлениях, современные инвестиционные договоры предусматривают право сторон устанавливать юридически обязывающие толкования основных договорных обязательств.

9. Кроме того, предлагается разработать механизм, который позволит сторонам договора совместно определять правила или принципы толкования для использования судами по УСИГ в целях обеспечения того, чтобы договор толковался так, как это было задумано его сторонами⁷.

10. В представлениях подчеркивается, что не участвующей в споре стороне договора, в рамках которого возникает спор, должна быть предоставлена

⁴ Представление Европейского союза и его государств-членов ([A/CN.9/WG.III/WP.159/Add.1](#)); представление правительства Марокко ([A/CN.9/WG.III/WP.161](#)); представление правительства Таиланда ([A/CN.9/WG.III/WP.162](#)); представление правительств Израиля, Чили и Японии ([A/CN.9/WG.III/WP.163](#)); представления правительства Коста-Рики ([A/CN.9/WG.III/WP.162](#) и [A/CN.9/WG.III/WP.178](#)); представление правительства Эквадора ([A/CN.9/WG.III/WP.175](#)); представление правительства Южной Африки ([A/CN.9/WG.III/ WP.176](#)); представление правительства Бахрейна ([A/CN.9/WG.III/WP.180](#)); представление правительств Израиля, Мексики, Перу, Чили и Японии ([A/CN.9/WG.III/WP.182](#)).

⁵ Представление правительства Марокко ([A/CN.9/WG.III/WP.161](#)).

⁶ Представления правительства Коста-Рики ([A/CN.9/WG.III/WP.164](#) и [A/CN.9/WG.III/WP.178](#)); представление правительств Израиля, Мексики, Перу, Чили и Японии ([A/CN.9/WG.III/WP.182](#)).

⁷ Представление правительства Таиланда ([A/CN.9/WG.III/WP.162](#)).

возможность участвовать в разбирательстве путем рассмотрения вопросов толкования договора⁸. Предлагается также, чтобы в случае сомнений арбитражные суды имели возможность консультироваться по вопросам толкования с государственными органами⁹.

11. В представлении, в котором предлагается учредить постоянный многосторонний механизм, рекомендуется подумать над тем, должны ли — и если да, то при каких условиях — правительства других стран, являющиеся сторонами документа об учреждении постоянного механизма, иметь возможность вмешиваться в споры по вопросам толкования инвестиционных договоров, сторонами которых они не являются, если эти споры имеют общесистемное значение; одновременно необходимо будет обеспечить, чтобы это не ущемляло право сторон договора определять его толкование¹⁰.

12. Что касается средств проведения реформы в области толкования международных договоров, в представлениях высказываются различные предложения, в частности о том, что механизм толкования международных договоров следует предусмотреть в форме положения типового договора¹¹, что его можно включить в пересмотренный вариант Арбитражного регламента ЮНСИТРАЛ¹² или в многосторонний постоянный механизм¹³. Предлагается также учредить совместные комитеты или комиссии по толкованию, действующие при арбитражных судах¹⁴. И наконец, предлагается, чтобы в русле тенденций в области прозрачности в контексте УСИГ на основе международных договоров осуществлялась публикация составительных бумаг, арбитражных решений и других документов, касающихся толкования договоров, с тем чтобы будущие стороны и суды были осведомлены о заявлениях о толковании¹⁵.

2. Совместные полномочия по толкованию у сторон договора и судов по УСИГ

13. Хотя стороны договора и суды по УСИГ играют разные роли в толковании инвестиционных договоров, у тех и у других имеются полномочия по толкованию. Введя УСИГ в инвестиционные договоры, стороны договоров передали судам по УСИГ полномочия по урегулированию споров между инвесторами и государствами путем применения соответствующих положений инвестиционных договоров к конкретной фактической ситуации, относящейся к конкретному спору.

14. Толкование положений договоров судами по УСИГ необходимо для разграничения прав и обязанностей сторон в споре; тем самым оно помогает проводить различие между действиями, которые представляют собой вмешательство в права инвесторов, и действиями, которые относятся к правомерному поведению государства. Отсутствие точных формулировок во многих инвестиционных договорах обостряет потребность в толковании, которое позволяет применять эти широко сформулированные положения к конкретным фактическим ситуациям.

⁸ Представление Европейского союза и его государств-членов (A/CN.9/WG.III/WP.159/Add.1); представление правительства Эквадора (A/CN.9/WG.III/WP.175, пункт 26); представление правительств Израиля, Мексики, Перу, Чили и Японии (A/CN.9/WG.III/WP.182).

⁹ Представление правительства Коста-Рики (A/CN.9/WG.III/WP.164, Приложение II).

¹⁰ Представление Европейского союза и его государств-членов (A/CN.9/WG.III/WP.159/Add.1).

¹¹ Представление правительств Израиля, Мексики, Перу, Чили и Японии (A/CN.9/WG.III/WP.182).

¹² Представление правительства Таиланда (A/CN.9/WG.III/WP.162).

¹³ Представление Европейского союза и его государств-членов (A/CN.9/WG.III/WP.159/Add.1).

¹⁴ Представление правительства Бахрейна (A/CN.9/WG.III/WP.180).

¹⁵ Представление правительства Таиланда (A/CN.9/WG.III/WP.147, пункты 24 и 25); Представления правительства Коста-Рики (A/CN.9/WG.III/WP.164, Приложение I а) 1); A/CN.9/WG.III/WP.178, приложение II а) 2).

15. Хотя принятие решения по делу и толкование и применение инвестиционного договора с этой целью остается задачей арбитражного суда, стороны договора сохраняют за собой право уточнять смысл договора посредством авторитетного толкования. В силу общего международного публичного права они могут разъяснять свои подлинные намерения и делать авторитетные заявления о толковании своих договоров¹⁶. Наиболее широко применяемые правила толкования содержатся в статьях 31 и 32 Венской конвенции о праве международных договоров (ВКПМД). Эти правила устанавливают элементы, которые толкователи должны учитывать при придании значения положениям договора. Конвенция представляет собой кодификацию норм международного обычного права, применяемых для толкования договоров (см. ниже, пункты 34 и 35)¹⁷.

16. Кроме того, представление государства-ответчика о толковании положений договора, поддержанное не участвующей в споре стороной договора, потенциально может служить признаком соглашения¹⁸. Как указывалось выше (см. пункт 12), состязательные бумаги, поддерживаемые не участвующими в споре сторонами, могут, таким образом, служить руководством при толковании договора.

17. Можно отметить, что участники договоров редко используют имеющиеся в их распоряжении механизмы для обеспечения правильного толкования договора, как следует из анализа практики государств, представленного в документе ОЭСР (см. также ниже, пункт 38)¹⁹. Поэтому стороны договоров могли бы занимать более активную позицию, когда речь идет о толковании обязательств в инвестиционных договорах. Более активная позиция могла бы способствовать более предсказуемому и последовательному толкованию договорных условий. Толкование инвестиционных договоров сторонами может, таким образом, содействовать оптимизации договорных формулировок и другим предпринимаемым в настоящее время усилиям по устранению некоторых выявленных проблем.

¹⁶ Постоянная палата Международного Суда (ППМС) отметила, что «право давать авторитетное толкование правовой нормы принадлежит исключительно лицу или органу, который полномочен изменять или отменять ее». (Permanent Court of International Justice, Jaworzina, Advisory Opinion, 1923, P.C.I.J., Series B, No. 8, p. 37). Позднее это было подтверждено Комиссией международного права (Yearbook of the International Law Commission, 1966, Vol. II, p. 221, para. 14), Международным Судом (International Court of Justice in the *Kasikili/Sedudu Island (Botswana/Namibia)*), Judgement (13 December 1999), para. 63), а также арбитражными судами (см., например, дело *ADF Group Inc. v. United States*, ICSID No. ARB(AF)/00/1 (9 January 2003), para. 177).

¹⁷ Правила толкования, изложенные в ВКПМД, широко применяются такими международными судебными органами, как Международный Суд, международные уголовные суды и трибуналы.

¹⁸ Roberts A., *Power and Persuasion in Investment Treaty Interpretation: The Dual Role of States*, American Journal of International Law, Vol. 104, No. 1, 2010, p. 217.

¹⁹ Gordon, K. and J. Pohl (2015), “Investment Treaties over Time – Treaty Practice and Interpretation in a Changing World”, OECD Working Papers on International Investment, 2015/02 (Гордон К., Пол Дж. (2015 год), «Инвестиционные договоры сквозь призму времени — договорная практика и толкование в меняющемся мире», рабочие документы ОЭСР по теме международных инвестиций, 2015/02), публикация ОЭСР: статистическое исследование правовых аргументов, используемых судами МЦУИС при рассмотрении дел, связанных с договорами, показывает, что решения других арбитражных судов на сегодняшний день являются наиболее часто цитируемыми внешними источниками в этих арбитражных решениях, на долю которых приходится 38 процентов от общего числа ссылок на толкование в 98 рассмотренных арбитражных решениях. Ссылки на теорию права (научные статьи) приводятся в 73 из 98 изученных решений МЦУИС и составляют 16 процентов от общего числа источников толкования, цитируемых в решениях. Источники, относящиеся к участникам договора (например, подготовительные материалы, сами договоры, типовые договоры, а также предмет и цель, как они описаны в самом договоре) составляют лишь 29 процентов от общего числа цитируемых источников толкования.

3. Обзор вопросов, связанных с толкованием договоров в контексте УСИГ

18. Рабочая группа, возможно, пожелает принять к сведению следующие вопросы, касающиеся толкования сторонами международных договоров в контексте УСИГ.

а) Сторона договора и ответчик по делу

19. Стороны договора, которые могут использовать аутентичные и авторитетные средства толкования своих договоров, также могут быть ответчиками в разбирательствах по УСИГ, возникающих в рамках таких договоров. Рабочая группа, возможно, пожелает принять к сведению, что представления, направляемые стороной — ответчиком по договору в рамках находящихся в производстве споров, квалифицируются как действия, которые могут способствовать установлению последующего соглашения о толковании; при этом представления не участвующих в споре сторон могут также использоваться в качестве руководства при толковании и применении договоров в ведущихся разбирательствах по УСИГ. Заключенные в последнее время инвестиционные договоры прямо предоставляют сторонам договора возможность принимать обязательные для исполнения решения в процессе разбирательства по УСИГ. Однако некоторые договоры также прямо предусматривают неприменимость совместного толкования, представленного после учреждения арбитражного суда²⁰.

20. Чтобы снять опасения относительно возможных неправомерных толкований после учреждения суда, стороны договора могут рассмотреть вопрос о том, чтобы заявления о толковании делались в упреждающем порядке — заблаговременно — и вне рамок конкретного спора.

б) Права иностранных инвесторов в рамках инвестиционного договора

21. Инвестиционные договоры, в отличие от большинства других международных договоров в сфере экономики, создают права для физических лиц. Эти права иностранных инвесторов могут быть потенциально затронуты или даже поставлены под сомнение последующим авторитетным толкованием сторонами договора. Общий режим в рамках ВКПМД оставляет сторонам договора возможность изменять или отменять права третьих государств, в том числе путем внесения поправок в договор. ВКПМД не рассматривает вопрос об изменении или признании недействительными прав или интересов частных третьих лиц²¹.

в) Толкование договоров и внесение поправок в договоры

22. В-третьих, следует проводить различие между толкованием инвестиционных договоров и внесением поправок в договоры. Толкование направлено на разъяснение условий договора. Поправки, напротив, могут дополнять или изменять существующие обязательства, и они, как правило, требуют официального утверждения, например, путем внутренней ратификации. Между внесением поправок в договор (к которому применим принцип отсутствия обратной силы, поскольку поправка создает новую норму) и толкованием договора (к которому принцип отсутствия обратной силы не применяется, так как толкование уточняет содержание нормы) имеется существенное различие. На практике, однако, граница между толкованием и внесением поправок может оказаться размытой²².

²⁰ См., например, пункт 2 статьи 24 типового ДИД Нидерландов (2018 год).

²¹ Gaukrodger, D., *The legal framework applicable to joint interpretative agreements of investment treaties*, OECD Working Papers on International Investment, 2016/01.

²² Roberts A., *Power and Persuasion in Investment Treaty Interpretation: The Dual Role of States*, *American Journal of International Law*, Vol. 104, No. 1, 2010, pp. 201–202; Kaufmann-Kohler, G., *Interpretive Powers of the Free Trade Commission and the Rule of Law, Fifteen Years of NAFTA Chapter 11 Arbitration*, JurisNet, LLC 2011.

В. Полномочия сторон договора по толкованию

1. Инструменты толкования, доступные сторонам договора

23. На разных этапах в распоряжении участников договоров имеются различные инструменты толкования: i) в процессе переговоров по договорам составители имеют возможность обеспечить точные формулировки договора и четкие руководящие принципы толкования; ii) после заключения договора стороны могут уточнять формулировки договора посредством заявлений и соглашений о толковании; iii) в случае возникновения спора, возникающего из договора, стороны могут прибегнуть к процедуре урегулирования спора; и iv) после разрешения спора стороны могут проанализировать арбитражные решения и представить свои замечания по вопросам толкования судами по УСИГ.

а) На этапе подготовки инвестиционного договора

24. Вопрос о толковании договора может быть рассмотрен на этапе подготовки инвестиционного договора. Основной и эффективный способ, с помощью которого участники договора могут обеспечить, чтобы толкование договора полностью соответствовало их замыслу — это тщательная проработка формулировок договора.

Точность договорных условий

25. В недавно заключенных инвестиционных договорах договорные условия изложены более точно, конкретизированы общие формулировки²³ и добавлены указания относительно того, что охвачено или не охвачено положениями договора²⁴. Обзор положений об УСИГ в инвестиционных договорах показывает, что эти положения проработаны намного более детально — таким образом, правительства, по-видимому, также стали предоставлять более полные рекомендации о том, как должны проводиться разбирательства в рамках УСИГ²⁵.

Учет преамбулы инвестиционного договора

26. Пункт 1 статьи 31 ВКПМД предусматривает, что положения договора должны толковаться в свете его «контекста» и «объекта и целей». Цели договора обычно указываются в преамбуле инвестиционного договора. Во многих преамбулах инвестиционных договоров в качестве единственного объекта и цели договора указывается защита инвестиций. В результате некоторые суды стали принимать толкование, ориентированное на интересы инвесторов²⁶. Во избежание такого толкования в преамбулах к современным инвестиционным договорам подтверждаются полномочия регулятивных органов (например, их право регулирования), заявляется о приверженности соблюдению прав человека, трудовых

²³ Эту тенденцию иллюстрируют некоторые недавние формулировки положений, касающихся режима наиболее благоприятствуемой нации, справедливого и равноправного режима и экспроприации (см., например, публикацию UNCTAD Series on Issues in International Investment Agreements (A Sequel) on Most-Favoured Nations Treatment («Серия публикаций ЮНКТАД по вопросам международных инвестиционных соглашений (продолжение) о режиме наиболее благоприятствуемой нации») (публикация о справедливом и равноправном режиме и экспроприации ожидается в ближайшее время), размещенную по адресу <http://www.unctad.org/iaa>).

²⁴ Примеры включают в себя i) указание вида активов, которые не охвачены положениями о сфере применения и определениях; ii) уточнение вида действий правительств, которые не запрещены (например, отчуждение в порядке регулирования), или iii) указание на то, что положение о режиме наиболее благоприятствуемой нации не применяется к УСИГ.

²⁵ Pohl, J., Mashigo K., and Nohen A., (2012), Dispute Settlement Provisions in International Investment Agreements: A Large Sample Survey, OECD Working Papers on International Investment, 2012/02, p. 39.

²⁶ SGS v. Philippines, ICSID Case No. ARB/02/6, Decision on Jurisdiction (29 January 2004); Noble Ventures, Inc. and Romania, ICSID Case No. ARB/01/11, Award, (12 October 2005).

или экологических норм или содействию достижению более широких политических целей (таких как устойчивое развитие и передача технологии).

Определение правил толкования

27. Правила, которым должны следовать суды по УСИГ при толковании договора, могут быть также указаны сторонами договора в договоре, либо путем прямой ссылки на ВКПМД, либо путем включения самостоятельных правил толкования, норм или принципов, соответствующих конкретным потребностям режима инвестиционного права, дополняющих или заменяющих правила ВКПМД.

Введение конкретных механизмов

28. В современных договорах введен механизм в форме обратной ссылки, касающейся определенных вопросов, которые прямо определены в договоре, участникам договора на предмет их толкования. В этих случаях договором предусматривается, что стороны договора (или иногда специально созданный объединенный комитет или комиссия) должны толковать определенные вопросы или положения и давать юридически обязывающее толкование для суда²⁷.

29. Некоторые инвестиционные договоры предусматривают, что до вынесения решения любая сторона в споре может просить арбитражный суд направить проект арбитражного решения для представления замечаний сторонам в споре и государству — участнику договора, не являющемуся стороной в споре. Все стороны договора вправе представить свои замечания в установленные сроки. Арбитражный суд должен рассмотреть эти замечания до вынесения решения²⁸.

Представление участника договора, не являющегося стороной спора.

30. Как указывалось выше (см. пункты 12 и 16), одной из обладающих огромнейшим потенциалом, но в настоящее время недостаточно используемых форм односторонних заявлений, способных порождать последующие соглашения и практику, являются представления, подаваемые стороной договора в инвестиционных спорах — будь то в качестве ответчика или в качестве стороны договора, не участвующей в споре.

31. В некоторых договорах прямо предусмотрено вступление в процесс других государств-участников, не являющихся сторонами спора²⁹. Представление стороны международного договора, не участвующей в споре, также предусмотрено в статье 5 Правил ЮНСИТРАЛ о прозрачности в контексте арбитражных разбирательств между инвесторами и государствами на основе международных договоров³⁰. Даже в тех случаях, когда договором или применимыми нормами прямо не предусмотрены представления не участвующей в споре стороны договора,

²⁷ Так, например, были созданы комиссии по возмещению ущерба, которые либо дают толкование правил расчета убытков, возникших в связи с договором, либо проводят фактический расчет убытков и создают прецеденты; см. Desierto D., Behn D., n Bonnitcha J., Langford M., Damages and ISDS Reform, Academic Forum on ISDS Concept Paper 2019/18.

²⁸ См., например, Colombia-Peru BIT (2007) in Article 25 (14)(a).

²⁹ Например, статья 35 (пункт 1) ДИД Канады — Перу (2006 год) предусматривает, что «после письменного уведомления сторон в споре не участвующая в споре сторона вправе направлять представления в арбитражный суд по вопросу толкования настоящего Соглашения».

³⁰ См. <https://uncitral.un.org/fr/texts/arbitration/contractualtexts/transparency>. Статья 5 Правил о прозрачности предусматривает, что «Арбитражный суд принимает (...) или, после проведения консультаций со сторонами спора, может пригласить внести такое представление». Аналогичные положения можно найти в Арбитражном регламенте МЦУИС, который предусматривает, что «по согласованию с обеими сторонами арбитражный суд может разрешить лицу или субъекту, не являющемуся стороной спора (в настоящем Регламенте именуемом "не участвующая в споре сторона"), подать в арбитражный суд письменное представление, касающееся вопроса, относящегося к существу спора».

суды, скорее всего, не оставят без внимания заявления, сделанные не участвующей в споре стороной³¹.

b) На этапе заключения инвестиционного договора

32. При заключении инвестиционного договора стороны могут принимать дополнительные документы, такие как официальные или неофициальные дополнительные соглашения, договоренности или обмены письмами.

33. Кроме того, в момент заключения инвестиционных договоров ряд односторонних документов может быть открыт для правительств и парламентов. Смысл положений договора могут прояснить письма и памятные записки, адресованные правительственным или законодательным органам, комментарии, официальные заявления и парламентские обсуждения.

c) Последующее соглашение о толковании или последующая практика

Общее правило толкования

34. Как указывалось выше, наиболее широко используемые правила толкования содержатся в статьях 31 и 32 ВКПМД.

35. Стороны договора могут уточнять содержание своих первоначальных договорных обязательств посредством последующего соглашения или последующей практики. Эта возможность вытекает из пунктов 3 (a) и (b) статьи 31 ВКПМД. «Последующее соглашение» согласно пункту 3 (a) статьи 31 — это любое последующее соглашение между участниками относительно толкования договора или применения его положений³². «Последующая практика» согласно пункту 3 (b) статьи 31 может быть определена как «поведение при применении договора после его заключения, которое устанавливает соглашение участников относительно толкования договора». Хотя она имеет такую же силу, как и «последующее соглашение» согласно пункту 3 (a) статьи 31, установить «последующее поведение» согласно пункту 3 (b) статьи 31 может оказаться труднее³³. Статья 31 (пункт 3) гласит, что последующее соглашение и последующая практика должны учитываться при толковании договора наряду с другими элементами, такими как обычное значение терминов договора, его объект и характер. Когда толкование договора в соответствии со статьей 31 оставляет его значение «неоднозначным или неясным» или приводит к результатам, которые являются «явно абсурдными или неразумными», суды могут обратиться к «дополнительным средствам» толкования в соответствии со статьей 32 ВКПМД.

Обязывающее толкование

36. Некоторые инвестиционные договоры содержат положения о том, что стороны договора могут давать толкования, которые в этом случае будут обязательными для судов по УСИГ³⁴. Указывая в договоре, что соглашения сторон являются окончательными, стороны устраняют любые сомнения в отношении их силы. Положения, прямо предусматривающие последующее соглашение сторон договора по обязательным толкованиям, в последнее время включаются во все большее число инвестиционных договоров³⁵.

³¹ См., например, *Aguas del Tunari, S.A. v. Republic of Bolivia*, ICSID Case No. ARB/02/3, Decision on Respondent's Objections to Jurisdiction (21 October 2005), paras. 249–263.

³² Доклад Комиссии международного права о работе ее шестьдесят пятой сессии A/68/10 (2013 год), вывод 4, с. 14.

³³ Доклад Комиссии международного права о работе ее шестьдесят пятой сессии A/68/10 (2013 год), вывод 5 и комментарий, с. 48.

³⁴ Например, статья X (пункт 6) ДИД между Канадой и Чехией (2009 год) предусматривает: «Толкование настоящего Соглашения, согласованное между договаривающимися сторонами, является обязательным для суда, учрежденного в соответствии с настоящей статьей».

³⁵ Положения, прямо предусматривающие последующее соглашение сторон договора по обязательным толкованиям, первоначально были включены в Североамериканское

37. Недавно несколько государств дали совместное толкование действующих инвестиционных договоров и/или учредили в своих договорах совместные органы, уполномоченные давать имеющее обязательную силу толкование положений договоров (см. ниже, пункты 39 и 40), как это было отмечено в подготовленном ЮНКТАД Докладе о мировых инвестициях за 2019 год³⁶.

38. Следует отметить, что по данным Центра по вопросам инвестиционной политики ЮНКТАД, из 2 573 проанализированных договоров 126 договоров (4,9 процента) отмечены как договоры, прямо допускающие обязательные толкования договаривающимися сторонами либо комитетами или комиссиями по толкованию. Институциональные механизмы в виде комитетов или комиссий по толкованию предусмотрены лишь в тридцать одном договоре, что составляет чуть более 1,56 процента³⁷.

Институционализированное сотрудничество в области толкования договоров

39. В дополнение к специальным механизмам рядом инвестиционных договоров установлено институционализированное сотрудничество между сторонами договора. Эти комиссии или комитеты состоят из представителей сторон договора и на них возложена задача по наблюдению за осуществлением договора и выпуску заявлений о толковании положений договора. Наличие таких постоянных органов облегчает обмен мнениями и формулирование общих толкований³⁸.

40. В зависимости от договора толкования могут быть даны по инициативе комитетов или комиссий, по просьбе любой из сторон договора, по просьбе суда, если ответчик или сторона в споре просят о толковании, или в результате различных комбинаций оснований. Некоторые инвестиционные договоры предоставляют комитетам или комиссиям исключительные полномочия давать

соглашение 1994 года о свободной торговле (НАФТА); в настоящее время они широко используются в типовых ДИД и договорной практике правительств НАФТА: Типовой ДИД 2012 года Соединенных Штатов, статья 30 (пункт 3); Соглашение 2004 года между Канадой и [...] о поощрении и защите инвестиций (Типовое канадское соглашение ФИПА), статья 40 (пункт 2); они также содержатся в различных международных договорах, таких как Всеобъемлющее инвестиционное соглашение АСЕАН (2009 год), статья 40 (пункт 3) («Совместное решение государств-членов, в котором они заявляют о своем толковании того или иного положения настоящего Соглашения, имеет обязательную силу для суда, и любое вынесенное судом или арбитражем решение должно соответствовать этому совместному решению»); Соглашение о свободной торговле между Доминиканской Республикой, странами Центральной Америки и Соединенными Штатами Америки (2004 год) (КАФТА-ДР), статья 10.22 (пункт 3), ДИД Чили — Перу, статья 11.22 (пункт 2); ДИД между Китайской Народной Республикой (Китаем) и Мексикой, статья 19 (пункт 2).

³⁶ UNCTAD, World Investment Report 2019, p. 109 and 110.

³⁷ Например, Соглашение о свободной торговле между Австралией и Китаем (2015 год), ДИД между Бельгийско-Люксембургским экономическим союзом и Черногорией (2010 год), Инвестиционный договор между Бельгийско-Люксембургским экономическим союзом и Перу (2005 год), Всеобъемлющее экономическое и торговое соглашение между Канадой и ЕС (2016 год), Соглашение о свободной торговле между Канадой и Гондурасом (2013 год), Соглашение о свободной торговле между Республикой Корея и Вьетнамом (2015 год), Соглашение о свободной торговле между Мексикой и Панамой (2014 год), Дополнительный протокол к Тихоокеанскому альянсу (2014 год), Всеобъемлющее и прогрессивное соглашение для транстихоокеанского партнерства (ВПСТП). Число договоров, предусматривающих институциональные механизмы для толкования в виде комиссий/комитетов по толкованию, составляет немногим менее четверти (лишь 22,4 процента) из 126 инвестиционных договоров, в которых сделан выбор в пользу прямого признания права государств на совместное толкование.

³⁸ Например, статья 165 Соглашения о свободной торговле между Японией и Мексикой (2004 год) предусматривает создание Объединенного комитета, который должен служить форумом для консультаций в целях рассмотрения и осуществления этого соглашения, утверждения его толкований и принятия решений по правилам процедуры арбитражного разбирательства.

толкования, которые прекращаются через определенный срок в случае, если толкований не дано³⁹.

Консультации

41. Некоторые инвестиционные договоры предусматривают проведение «консультаций» по предложению любой из сторон договора и по любому вопросу, касающемуся толкования. Такие механизмы связаны, например, в контексте определения инвестиций и инвестора, с вопросами «контролирования» компании или инвестиции; с государственной принадлежностью инвестора; или с отказом в предоставлении льгот инвесторам из третьих стран⁴⁰.

Документы для целей толкования инвестиционного договора

42. Для целей толкования инвестиционного договора может быть использован ряд других документов, в том числе:

- подготовительные материалы, к которым суды по УСИГ могут обращаться, например, для уточнения смысла неоднозначного термина; опубликование подготовительных материалов может стать для участников договора средством обеспечения сохранности их изначального замысла;
- документы, в одностороннем порядке опубликованные или обнародованные стороной договора, которые отражают ее переговорную позицию и могут помочь судам по УСИГ в толковании условий договора;
- типовые инвестиционные договоры, которые могут служить руководством для судов по УСИГ и способствовать эволютивному толкованию договора, особенно если они открыты для публичного доступа и дополнены официальным комментарием.

Этап после урегулирования спора

43. Этап после урегулирования спора предоставляет сторонам договора возможность отреагировать на толкование арбитражных решений. Стороны договора могут, действуя в одностороннем порядке либо совместно, одобрить или отвергнуть конкретные толкования. Опубликовав эти толкования, стороны договора могут задать ориентиры для будущих решений судов по УСИГ⁴¹.

³⁹ Gáspár Szilágyi S., Behn D. and Langford M., *Adjudicating Trade and Investment Disputes, Convergence or Divergence?* Chapter by Chernykh Y., *Assessing Convergence between International Investment Law and International Trade Law through Interpretative Commissions/Committees: A Case of Ambivalence?* Cambridge University Press.

⁴⁰ See Gordon, K. and J. Pohl (2015), "Investment Treaties over Time – Treaty Practice and Interpretation in a Changing World", *OECD Working Papers on International Investment*, 2015/02, OECD Publishing, см. по адресу: <http://dx.doi.org/10.1787/5js7rhd8sq7h-en>.

⁴¹ В деле «Компания "Сосьете женераль де сюрвейанс" против Пакистана» Швейцария подала жалобу в Секретариат МЦУИС на то, что суд не запросил ее мнение о толковании, прежде чем принять спорное толкование зонтичной оговорки ДИД. Швейцарские власти ясно указали, что они отвергают узкое толкование, данное судом зонтичной оговорке в деле «Компания "Сосьете женераль де сюрвейанс" против Пакистана» (ДИД Пакистан — Швейцария), заявив: «Швейцарские власти задаются вопросом, почему суд не счел необходимым выяснить их мнение о значении статьи 11 [зонтичная оговорка], несмотря на то, что суд придал большое значение намерению сторон договора при подготовке этой статьи и, по сути, поставил этот вопрос перед одной из сторон договора (Пакистаном). Швейцарские власти встревожены тем, что суд дал весьма узкое толкование значения статьи 11, которое не только противоречит намерению Швейцарии при заключении Договора, но и, что совершенно очевидно, не подкреплено ни значением аналогичных статей в ДИД, заключенных другими странами, ни комментариями специалистов к таким положениям». Записка о толковании статьи 11 Двустороннего инвестиционного договора между Швейцарией и Пакистаном, приложенная к письму Швейцарского секретариата по экономическим вопросам на имя заместителя Генерального секретаря МЦУИС (1 октября 2003 года), перепечатанная в издании «Милиз интернэшнл арб. рип.», февраль 2004 года.

2. Эффективное использование инструментов толкования

44. Как указывалось выше, в распоряжении сторон договоров имеются многочисленные инструменты для обеспечения надлежащего толкования. От разработки четких и точных формулировок договора до выпуска совместных записок о толковании или односторонних заявлений и представления материалов в качестве не участвующей в споре стороны — стороны договора имеют возможность направлять процесс толкования посредством действий, относящихся к различным этапам. В этой связи Рабочая группа, возможно, пожелает рассмотреть вопрос о том, каким образом расширить использование таких инструментов участниками договоров.

а) Одностороннее толкование

45. Участников договора можно информировать о шагах, которые они могут предпринять в одностороннем порядке, таких как:

- публичное распространение информации о толковании расплывчатых или неопределенных положений договора;
- мониторинг заявлений и практики, вытекающих из их договоров, с целью выявления областей согласия и несогласия с другими участниками договора; и
- сотрудничество с другими участниками договора в целях установления соглашений, проясняющих неоднозначные формулировки и уточняющих, намерены ли они придать этим соглашениям обязательный характер.

б) Совместное толкование

Договорные положения

46. Соглашения о совместном толковании, вероятно, будут становиться все более важным инструментом для обеспечения того, чтобы договоры толковались в соответствии с намерениями сторон договора и позволяли достигать поставленных в них целей. Стороны договора могут предусмотреть в своих инвестиционных договорах четко прописанный механизм, который позволит им согласовывать толкования с течением времени.

47. Рабочая группа, возможно, пожелает рассмотреть, следует ли разработать типовые договорные положения по таким вопросам, как:

- обеспечение того, чтобы совместное толкование сторонами договора по некоторым или всем вопросам было обязательным для судов;
- определение правил толкования, которым должен следовать суд по УСИГ, и указание значения, придаваемого молчанию по некоторым вопросам;
- поощрение (или обязывание) сторон договора к проведению консультаций и осуществлению сотрудничества в целях устранения неясностей в вопросах толкования и/или применения;
- обеспечение создания комитетов или комиссий, которым поручается толкование договоров; и
- требование о том, чтобы государства происхождения или другие не участвующие в споре стороны i) уведомлялись об исках, предъявляемых в рамках их договоров, ii) получали документы, представляемые судам и выдаваемые судами, и iii) могли делать представления судам по вопросам толкования договоров.

48. В дополнение к созданию основы или образца для будущих договоров такие типовые договорные положения можно применить к действующим инвестиционным договорам.

49. В дополнение к договорным положениям Рабочая группа, возможно, пожелает рассмотреть вопрос о предоставлении рекомендаций участникам договоров. В таких рекомендациях могут быть представлены не только общие принципы толкования договоров и различные инструменты, которые могут быть использованы, но и то, каким образом могут разрешаться некоторые вопросы, такие как воздействие толкования договоров на права инвесторов, а также вопрос о том, будет ли обеспечена защита инвесторов, на которых распространяются положения договора, если участники договора прямо согласятся с тем, что такое толкование должно применяться ретроактивно, и если да, то каким образом.

50. Такие рекомендации могут также быть направлены на разъяснение того, могут ли участники договора договориться о последующем толковании на основании общего мнения о значении договора, к которому они придут после заключения договора. В докладе Комиссии международного права высказывается мысль о том, что ВКПМД дает сторонам договора возможность основывать свои соглашения о толковании на их нынешних намерениях на дату заключения последующего соглашения⁴². Напротив, некоторые суды по УСИГ, например, предлагают, чтобы последующие соглашения имели юридическое значение только в том случае, если они касаются изначального замысла⁴³.

51. Могут быть также даны рекомендации относительно толкований, не имеющих обязательной силы. В целях повышения их эффективности такие толкования могут включаться в практику государственных органов на оперативной и постоянной основе. Как подчеркивается в исследованиях, убедительность толкования зависит от ряда факторов, включающих:

- разумность толкования;
- качество метода, посредством которого формируется толкование;
- ясность толкования;
- обоснованность толкования, включая соответствие толкования основополагающим принципам и нормам международного права;
- соответствие более ранним и более поздним толкованиям; и
- когда было дано толкование.

52. Можно также предположить, что некоторые рекомендации будут предоставляться с использованием услуг консультативного центра.

На этапе разбирательства в рамках УСИГ

53. Строгое применение правил толкования судами по УСИГ способствует правовой предсказуемости и защищает правомерные ожидания участников договора в отношении того, как будут толковаться договоры. Первая сторона вопроса касается обеспечения надлежащего применения правил толкования договоров судами по УСИГ. Вторая сторона вопроса касается обеспечения того, чтобы суды по УСИГ придерживались толкования договоров сторонами договора.

54. Рабочая группа, возможно, пожелает рассмотреть вопрос о том, следует ли также предоставить рекомендации в отношении действий, которые участники договоров могли бы предпринять на этапе разбирательства в рамках УСИГ для обеспечения того, чтобы:

⁴² Комиссия международного права, Доклад о работе шестьдесят пятой сессии, A/68/10 (2013 год), с. 24 (согласованное после заключения договора намерение, в котором выражается общая воля сторон, обладает известным весом в плане указания на смысл договора, «даже после заключения договора»). Она считает, что ВКПМД «тем самым наделяет участников договора ролью, которая может быть необычной для толкования юридических текстов во внутренних правовых системах»).

⁴³ *Sempra Energy International v. Argentina*, Award, 28 September 2007, §§ 385–86; *Enron v. Argentina*, Award, 22 May 2007, § 337).

- быть всегда в курсе толкования и применения своих договоров;
- их представления публиковались;
- участвовать в качестве сторон, не участвующих в споре, в разбирательствах, возникающих в рамках этих договоров; и
- ясно заявлять, когда они не согласны с толкованиями, данными судами.

c) Создание возможностей или базы для многосторонних толкований

55. Многостороннее толкование особенно полезно, когда речь идет о решении глобальных проблем и выработке новых многосторонних решений, например для уточнения сферы охвата основных обязательств в инвестиционных договорах или выяснения связи между такими договорами и другими областями международного права, такими как борьба с изменением климата и проблемы, общие для инвестиционного режима в целом. Например, можно рассмотреть возможность принятия многосторонней декларации о взаимосвязи между инвестиционными договорами и режимом борьбы с изменением климата, в которой разъяснялось бы, что инвестиционные режимы не ограничивают меры по борьбе с изменением климата, и обеспечивалось бы толкование инвестиционных договоров в русле соответствующих согласованных на многосторонней основе глобальных стратегий.

56. В процессе достижения многостороннего консенсуса многосторонние инструменты толкования могут принимать различные формы, начиная от рекомендательных документов, таких как руководящие указания и принципы толкования для судов по УСИГ, и заканчивая юридически обязывающими нормативными актами.

d) Инструмент для толкования конкретных инвестиционных договоров

57. В подавляющем большинстве инвестиционных договоров действия правительств по толкованию не рассматриваются⁴⁴. Поэтому на них распространяются более общие принципы толкования договоров. Рабочая группа, возможно, пожелает рассмотреть вопрос о том, может ли эта работа принять форму разработки самостоятельных принципов и правил толкования, которые могли бы дополнить или заменить общие принципы толкования договоров, отвечая при этом конкретным потребностям режима инвестиционного права.

⁴⁴ Pohl, J., Mashigo K., and Nohen A., (2012), "Dispute Settlement Provisions in International Investment Agreements: A Large Sample Survey", OECD Working Papers on International Investment, 2012/02.