



Генеральная Ассамблея

Distr.: General
12 June 2017
Russian
Original: English

**Комиссия Организации Объединенных Наций
по праву международной торговли**
Пятидесятая сессия
Вена, 3-21 июля 2017 года

Урегулирование коммерческих споров

Основы урегулирования споров между инвесторами и государствами

Замечания международных межправительственных организаций

Добавление

Содержание

	<i>Стр.</i>
IV. Замечания международных межправительственных организаций	2
1. Организация экономического сотрудничества и развития (ОЭСР)	2
2. Конференция Организации Объединенных Наций по торговле и развитию (ЮНКТАД).	10



IV. Замечания международных межправительственных организаций

В настоящем разделе приводятся замечания, полученные Секретариатом от Организации экономического сотрудничества и развития (ОЭСР) и Конференции Организации Объединенных Наций по торговле и развитию (ЮНКТАД) и касающиеся деятельности в отношении основ урегулирования споров между инвесторами и государствами.

1. Организация экономического сотрудничества и развития (ОЭСР)

[Подлинный текст на английском языке]

[Дата: 8 июня 2017 года]

Содержание

- A. Введение*
- B. Первоначальная работа по УСИГ (2011-2012 годы) («круглые столы» 15, 16, 17; публичные консультации)*
 - 1. Разнообразие государственной политики, практика подготовки международных договоров и опыт в области инвестиционного арбитража*
 - 2. Ключевые вопросы в области УСИГ*
- C. Последующая работа по обеспечению согласованности в области УСИГ и вклад правительств в толкование, а также по требованиям акционеров в отношении рефлексивных потерь (2012-2014 годы) («круглые столы» 18, 19, 20, 21)*
- D. Текущая работа в формате круглых столов по инвестиционным договорам (2014 год – настоящее время) («круглые столы» 22, 23, 24, 25, 26)*
 - 1. Баланс между защитой инвесторов и правом правительства осуществлять регулирование*
 - 2. Социальные выгоды и издержки, связанные с инвестиционными договорами*
 - 3. Арбитры, судьи и назначающие органы*
- E. Другие направления работы, частично касающиеся инвестиционных договоров (ответственный подход к предпринимательской деятельности, принадлежащие государству предприятия, содействие инвестициям)*
- F. Заключение*

A. Введение

1. На организованном ОЭСР межправительственном Круглом столе, в котором участвовали представители свыше 55 стран со всего мира, были проведены регулярный анализ и обсуждение инвестиционных договоров и вопросов урегулирования споров между инвесторами и государствами (УСИГ) с 2011 года. Энергичное обсуждение обогащалось вкладом деловых кругов, гражданского общества и неправительственных организаций, а также экспертов. Проведению Круглого стола также способствовали материалы, касающиеся политики заключения инвестиционных договоров и/или новых типовых договоров, которые были представлены многочисленными правительствами, включая Бразилию, Европейский союз, Индию, Индонезию и Южную Африку. Были обнародованы резюме обсуждения за Круглым столом и справочных до-

кументов. В настоящем документе кратко излагаются результаты этого обсуждения за Круглым столом и анализ справочной документации.

2. Участвовать в работе Круглого стола были приглашены следующие страны: Австралия, Австрия, Аргентина, Бельгия, Болгария, Бразилия, Венгрия, Германия, Греция, Дания, Египет, Израиль, Индия, Индонезия, Иордания, Ирландия, Исландия, Испания, Италия, Канада, Китайская Народная Республика, Колумбия, Корея, Коста-Рика, Латвия, Литва, Люксембург, Малайзия, Марокко, Мексика, Нидерланды, Новая Зеландия, Норвегия, Парагвай, Перу, Польша, Португалия, Российская Федерация, Румыния, Саудовская Аравия, Сингапур, Словакия, Словения, Соединенное Королевство, Соединенные Штаты, Таиланд, Тунис, Турция, Украина, Финляндия, Франция, Чешская Республика, Чили, Швейцария, Швеция, Эстония, Южная Африка, Япония и Европейский союз. Уровень участия, как правило, несколько разнится в зависимости от обсуждаемых вопросов. Международные организации, включая ЮНКТАД, МЦУИС, ЮНСИТРАЛ и ППТС, также участвовали в работе Круглого стола по инвестиционным договорам. В дополнение к работе Круглого стола по инвестиционным договорам правительства также определили заметные вопросы, касающиеся инвестиционных договоров, и председательствовали на межправительственном обсуждении в ходе отдельного регулярно организуемого ОЭСР Диалога по инвестиционным договорам. Например, ЕС и Канада подготовили Диалог по вопросу о возможном создании многостороннего инвестиционного суда в 2016 году и председательствовали на нем.

3. Настоящее краткое изложение сосредоточивается на проводимой в ОЭСР работе, прямо касающейся инвестиционных договоров и УСИГ, которое находится в центре внимания участников Круглого стола. В области инвестиций работа ОЭСР также затрагивает ответственный подход к предпринимательской деятельности, политические основы для инвестиций (помощь правительствам в улучшении инвестиционного климата посредством осуществления широкой совокупности программ), обзоры инвестиционной политики, инвестиционную статистику и многие другие области. Если говорить более широко, то работа по инвестиционным договорам и политике в ОЭСР проводится в более широком контексте взаимодействия с правительствами в отношении полной совокупности программных областей, вызывающих споры в связи с УСИГ (например, политика, касающаяся охраны окружающей среды, здравоохранения, энергетики, финансов, бюджета, борьбы со взяточничеством, конкуренции, надлежащего регулирования и т.д.).

В. Первоначальная работа за Круглым столом по УСИГ (2011-2012 годы) («круглые столы» 15, 16, 17; публичные консультации)¹

4. Первоначальная работа за Круглым столом сосредоточивалась на урегулировании споров с находящимся в центре обсуждения аналитическим документом по УСИГ с широким охватом². Цели заключались в: i) создании широкой картины системы УСИГ, включая последние события и возникающие вопросы, которые представляют интерес для правительств; ii) наращивании объема сравнительной информации об урегулировании споров в рамках этой системы; и iii) приглашении большого числа правительств для участия со временем в стратегическом и межправительственном обсуждении с широким охватом инвестиционных договоров. В этом разделе сначала кратко излагаются некоторые выводы относительно разнообразия правительственной политики,

¹ См. Summaries of discussions 15th Roundtable (<http://oe.cd/1Zm>), 16th Roundtable (<http://oe.cd/1Zn>), and 17th Roundtable (<http://oe.cd/1Zo>) and Public consultation on ISDS (<http://oe.cd/1Zp>).

² См. Gaukrodger, D. and K. Gordon (2012), “Investor-State Dispute Settlement: A Scoping Paper for the Investment Policy Community”, OECD Working Papers on International Investment, 2012/03. <http://dx.doi.org/10.1787/5k46b1r85j6f-en>.

практики подготовки международных договоров и опыта применения УСИГ, а затем излагаются результаты работы по ключевым вопросам в области УСИГ.

1. Выводы в отношении разнообразия государственной политики, практики подготовки международных договоров и опыта в области инвестиционного арбитража

- *Различные правовые источники.* Инвестиционное законодательство отличается от других крупных сводов норм международного экономического права в том, что оно распространяется на чрезвычайную совокупность международных и внутренних источников права. Вместо того, чтобы основываться главным образом на компактном и широко применимом своде документов (как, например, в ВТО, где ключевые соглашения применяются ко всем 164 членам ВТО), инвестиционное законодательство содержится в: i) примерно 3 000 двусторонних или многосторонних инвестиционных договорах с в целом аналогичными, но никоим образом не идентичными положениями; ii) других международных договорах (особенно в Конвенции МЦУИС и Нью-Йоркской конвенции); iii) различных арбитражных регламентах, включая регламенты, которые были разработаны главным образом правительствами (МЦУИС, ЮНСИТРАЛ), а также правилах, разработанных организациями деловых кругов (например, МТП, ГКС); iv) обычном международном праве; и v) внутреннем законодательстве многих государств. Многообразный характер применимых процессуальных норм и материально-правовых норм затрудняет осознание вопросов, которые ставит эта система.
- *Широкое признание того, что сравнительный анализ УСИГ и других международных систем урегулирования споров позволяет получить большой объем информации.* Правительства за Круглым столом рассмотрели вопрос о том, каким образом УСИГ можно сопоставить с системой урегулирования споров в ВТО и системой Европейского суда по правам человека (ЕСПЧ). Хотя эти системы касаются аналогичных и иногда дублирующих друг друга вопросов, они разнятся во многих отношениях (таких, как виды сторон, имеющие доступ к этим системам, средства правовой защиты, выбор и статус лиц, судей, возможность обжалования и сроки).
- *Широко признаваемая необходимость проведения эмпирического анализа быстро развивающейся системы.* Правительства за Круглым столом поддержали необходимость постоянного уделения ими внимания оценке этой системы с учетом ее все более широкого использования и проходящих широких политических дебатов в парламентах и обществе.
- *Различные виды практики заключения двусторонних инвестиционных договоров, касающихся регулирования вопросов урегулирования споров.* Крупномасштабное статистическое обследование положений УСИГ, содержащихся в двусторонних инвестиционных договорах³, показало, что, несмотря на огромное большинство положений, касающихся УСИГ, их содержание существенно разнится. Посредством инвестиционного арбитража УСИГ стало общей чертой, однако 1 660 международных договоров, входивших в выборку, содержат приблизительно 1 200 различных сводов норм, касающихся УСИГ. Существуют различия в подходе ко многим процессуальным вопросам (например, выбору и регулированию деятельности арбитров), а также незначительные различия с точки зрения языков.

³ Pohl, J., K. Mashigo and A. Nohen (2012), "Dispute Settlement Provisions in International Investment Agreements: A Large Sample Survey", OECD Working Papers on International Investment, 2012/02. <http://dx.doi.org/10.1787/5k8xb71nf628-en>.

- *Упрощенное, но углубляющееся регулирование УСИГ в двусторонних инвестиционных договорах.* Большинство инвестиционных договоров либо хранят молчание, либо содержат незначительное число и лишь спорадические рекомендации по важным аспектам проведения УСИГ. В результате этого принятие ключевых решений, касающихся проведения разбирательства, главным образом было оставлено на усмотрение участвующих в споре сторон, если они могли бы достичь согласия, или на усмотрение арбитражных судов. Международные договоры, которые разрешают охватываемым инвесторам делать выбор между предъявлением исков в местных судах или использованием УСИГ, или же выбор между вариантами арбитража мог бы позволять предъявляющим иски инвесторам оказывать значительное влияние на важнейшие вопросы.
- *Разный опыт в отношении подверженности искам инвесторов.* Страны, представленные за Круглым столом, обладали разным опытом в отношении УСИГ. Некоторые страны осуществляли защиту по многим делам, тогда как другие страны еще не сталкивались с такого рода исками. Некоторые страны скорректировали положения об УСИГ в текстах своих типовых договоров и своих заключенных договоров, с тем чтобы отразить свой опыт в качестве ответчиков.
- *Различные программы и подходы.* Как указывалось в докладе о работе Круглого стола 2012 года по УСИГ⁴, большинство стран на Круглом столе считали, что система УСИГ является ценной, но может быть улучшена. Несколько стран заявили, что, по их мнению, весьма важно признать, что система УСИГ в целом функционирует хорошо. Было также отмечено, что внутренние суды в некоторых странах функционируют плохо или являются неэффективными. Некоторые страны, участвовавшие в Круглом столе, выразили глубокую озабоченность относительно структуры и воздействия УСИГ и/или никогда не давали согласия на УСИГ.

2. Ключевые вопросы в области УСИГ

5. Аналитический документ по вопросам УСИГ⁵ и предварительное обсуждение за Круглым столом вопросов УСИГ также позволили затронуть целый ряд ключевых вопросов, причем некоторые из них возникли давно, а другие возникли только в то время:

- *доступ к правосудию для различных видов инвесторов и других потерпевших в результате неправомерных действий правительства.* Изучение имеющейся информации относительно заявителей требований в рамках УСИГ показало, что i) имеется незначительный объем общественной информации относительно многих инвесторов – заявителей требований в области УСИГ или же такая информация отсутствует вообще; ii) небольшие инвесторы были представлены как заявители требований в области УСИГ; и iii) на средние и крупные многонациональные предприятия приходится почти половина изученных случаев. Показатели завершенности в отношении требований и результатов не подвергались оценке. Государственную принадлежность контролирующего субъекта/индивида часто было очень трудно определить. Было отмечено, что, хотя УСИГ является мощной международной системой урегулирования споров, которой могут воспользоваться охватываемые иностранные инвесторы, другие инвесторы и другие негосударственные субъекты, не имеющие доступа к системе УСИГ, должны в целом пола-

⁴ “Government perspectives on investor-state dispute settlement: a progress report”; Freedom of Investment Roundtable, 14 December 2012 (<http://oe.cd/1Zq>).

⁵ Gaukrodger, D. and K. Gordon (2012), “Investor-State Dispute Settlement: A Scoping Paper for the Investment Policy Community”, OECD Working Papers on International Investment, 2012/03. <http://dx.doi.org/10.1787/5k46b1r85j6f-en>.

гаться на свои государства для поддержки международных требований (если только они не имеют доступа к определенным региональным правозащитным системам);

- *издержки и финансирование третьей стороной требований в порядке инвестиционного арбитража.* В аналитическом документе по УСИГ в целом отмечается, что: i) издержки в связи с УСИГ являются значительными, и предпринимаются некоторые усилия по реформированию в попытке их сократить; и ii) правила, касающиеся распределения этих издержек между сторонами, являются весьма гибкими и являются источником неопределенности. Имеющаяся ограниченная информация позволяет предположить, что в среднем издержки составляют 8 млн. долл. США в каждом случае. Характерные для системы УСИГ значительные издержки и потенциальное вынесение арбитражных решений, присуждающих возмещение больших потерь, как представляется, обуславливает привлекательность УСИГ в качестве рынка для финансирующих третьих сторон;
- *вопрос о единых правилах игры для иностранных и внутренних инвесторов: средства правовой защиты и выбор международного договора.* Вопрос о том, предоставляют ли инвестиционные договоры больше материальных и процессуальных прав охватываемым иностранным инвесторам, чем внутренним инвесторам, согласно внутреннему законодательству, обсуждался в ряде стран в последние годы, равно как и соответствующие программные выводы. Первоначальный анализ и обсуждение сосредоточивались на имеющихся средствах правовой защиты (как правило, только неденежные средства защиты согласно внутреннему законодательству в отличие от возмещения в денежной форме ущерба в рамках системы УСИГ) позволяют отметить широкую возможность «выбора международного договора» в связи с УСИГ;
- *приведение в исполнение арбитражных решений в порядке УСИГ.* Во время первоначального обсуждения вопрос об исполнении государствами арбитражных решений, вынесенных в рамках УСИГ, в целом считался благоприятным, однако возникли некоторые проблемы с соблюдением арбитражных решений как вынесенных, так и не вынесенных МЦУИС. Ряд участников Круглого стола и заинтересованных сторон выразили озабоченность в связи с вопросом о приведении в исполнение;
- *характеристики, выбор, стимулы и регулирование деятельности арбитров.* Участники Круглого стола рассмотрели результаты обзора в аналитическом документе по УСИГ имеющейся информации и программных вопросов, касающихся i) характеристик группы инвестиционных арбитров (например, элитный статус в юридической профессии, преобладание юристов в области частной практики, низкий уровень исходных материалов правительства и по публичному праву, контраст между региональным происхождением арбитров и государствами-ответчиками, гендерный баланс 95/5 процентов и т.д.); ii) выборов арбитров, включая обсуждение вопроса о назначении арбитров сторонами и их адвокатов в рамках системы УСИГ, а также вопроса об информационной асимметрии между участвующими в споре сторонами; iii) вопроса об экономических стимулах для арбитров и случаях коллизии интересов; и iv) ограниченного регулирования деятельности арбитров, в том числе применительно к возникающим проблемам такого рода, как, например, множественная роль индивидов в качестве арбитра, адвоката и эксперта.

С. Последующая работа по обеспечению согласованности в области УСИГ и вклад правительств в толкование, а также по требованиям акционеров в отношении рефлексивных потерь (2012-2014 годы) («круглые столы» 18, 19, 20, 21)⁶

6. В рамках первоначальной работы по УСИГ рассматривался вопрос о согласованности, и значительное число участников Круглого стола выразили серьезную озабоченность по поводу несогласованности решений, принятых в рамках УСИГ. Некоторые другие участники придерживались более позитивного мнения, подчеркивая различия между международными договорами и контекстами. Правительства располагают большим числом инструментов для общения друг с другом по вопросу о том, каким образом следует толковать международные договоры. Участники Круглого стола просили провести последующую работу по обеспечению согласованности, включая роль вклада правительств в процесс толкования. Затем на Круглом столе были рассмотрены i) различные формы «мнения» правительств в качестве альтернативы «выходу» из международных договоров, которые воспринимаются как объект нежелательного толкования⁷; ii) правовой режим, регулирующий совместное толкование правительствами инвестиционных договоров⁸; и iii) система урегулирования споров между государствами (УСГ) в качестве возможного метода совершенствования толкования международных договоров⁹.

7. Работа Круглого стола по вопросу о признании в рамках УСИГ требований охватываемых акционеров в связи с потерями компаний, в которых им принадлежат акции (требования в отношении рефлексивных потерь), началась как часть работы по обеспечению согласованности. В документе о воздействии требований в связи с рефлексивными потерями на согласованность¹⁰, излагаются чрезвычайно контрастирующие подходы к таким требованиям между передовыми системами корпоративного права, с одной стороны (в которых требования в связи с рефлексивными потерями в целом запрещены по политическим соображениям), и в рамках УСИГ, с другой стороны (в котором требования в связи с рефлексивными потерями широко допускаются). В нем отмечается, что, хотя подходы на основе УСИГ предоставляют выгоды акционерам – заявителям требований, касающиеся согласованности риски, связанные с требованиями в отношении рефлексивных потерь, включают совпадающие или множественные требования, возникающие из одних и тех же фактов и сторон, несогласованных решений, подверженности правительствам двойному возмещению, сокращенной предсказуемости, препятствий урегулированию требований на дружеской основе и облегчения выбора международного договора.

8. Первоначальная работа применительно к акционерам позволила также отметить, что необычный подход к требованиям в связи с рефлексивными потерями в области УСИГ может нарушить иерархию требований в отношении активов компании. Такой подход может также породить новые риски для некоторых инвесторов в компаниях (кредиторы и неохватываемые акционеры), возможно, усиливая неопределенность и увеличивая общие затраты на привле-

⁶ См. Summaries of discussions 18th Roundtable (<http://oe.cd/1Zr>), 19th Roundtable (<http://oe.cd/1Zs>), 20th Roundtable (<http://oe.cd/1Zs>), 21st Roundtable (<http://oe.cd/1Zu>).

⁷ 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. <http://dx.doi.org/10.1787/5js7rhd8sq7h-en>.

⁸ Gaukrodger, D. (2016), “The legal framework applicable to joint interpretive agreements of investment treaties”, OECD Working Papers on International Investment, 2016/01. <http://dx.doi.org/10.1787/5jm3xgt6f29w-en>.

⁹ Gaukrodger, D. (2016), “State to State dispute settlement and the interpretation of investment treaties”, OECD Working Papers on International Investment, 2016/03. <http://dx.doi.org/10.1787/5jlr71rq1j30-en>.

¹⁰ Gaukrodger, D. (2013), “Investment Treaties as Corporate Law: Shareholder Claims and Issues of Consistency”, OECD Working Papers on International Investment, 2013/03. <http://dx.doi.org/10.1787/5k3w9t44mt0v-en>.

чение инвестиционного капитала. (Кредиторы были в широком смысле определены как включающие договорных заявителей требований применительно к компании, в том числе держателей облигаций и других кредиторов, служащих, поставщиков и других лиц.) Участники Круглого стола далее изучили вопросы корпоративного права, поставленные требованиями в связи с рефлексивными потерями¹¹, включая воздействие на корпоративное финансирование и инвестирование, управление корпорациями и передаваемость акций; они также рассмотрели соответствующие виды практики по заключению инвестиционных договоров¹². В дополнительном документе затрагивались вопросы, представляющие интерес главным образом для деловой аудитории¹³.

D. Текущая работа в формате круглых столов по инвестиционным договорам (2014 год – настоящее время) («круглые столы» 22, 23, 24, 25, 26)¹⁴

1. Баланс между защитой инвесторов и правом правительств осуществлять регулирование

9. В настоящее время правительствам часто предлагается объяснить их программные выборы, в частности в отношении баланса между правом правительств осуществлять регулирование и защитой иностранных и внутренних инвесторов. Предлагаемые методы обеспечения такого баланса в инвестиционных договорах могут включать коррективы к материально-правовым нормам, которые i) определяют или ограничивают индивидуальные меры защиты согласно международному договору для иностранных инвесторов; ii) устанавливают оговорки или специальные режимы для конкретных секторов; iii) предусматривают общие исключения, положения о праве на регулирование или разъяснения в этом отношении; iv) уточняют или предусматривают условия, касающиеся доступа к выгодам от международных договоров, таким как соблюдение норм внутреннего законодательства; или v) согласовывают режим иностранных и внутренних инвесторов. Они могут также включать порядок урегулирования споров (см. ниже).

10. Ведущаяся в этой области работа включала i) обсуждение аналитического документа об обеспечении баланса между защитой инвесторов и правом правительств осуществлять регулирование¹⁵; ii) изучение положений о честном и справедливом обращении (ЧСО) с особым учетом правительственной политики в рамках НАФТА¹⁶ и мнений относительно ЧСО как о возможном методе обеспечения такого баланса путем ограничения ЧСО нормами обычного международного права и активного вмешательства в их толкование; и iii) конференцию

¹¹ Gaukrodger, D. (2014), “Investment Treaties and Shareholder Claims for Reflective Loss: Insights from Advanced Systems of Corporate Law”, OECD Working Papers on International Investment, 2014/02. <http://dx.doi.org/10.1787/5jz0xvngnrm3-en>.

¹² Gaukrodger, D. (2014), “Investment Treaties and Shareholder Claims: Analysis of Treaty Practice”, OECD Working Papers on International Investment, 2014/03. <http://dx.doi.org/10.1787/5jxvk6shpvs4-en>.

¹³ “The impact of investment treaties on companies, shareholders and creditors” OECD Business and Finance Outlook 2016, Chapter 8 (<http://oe.cd/1Zv>).

¹⁴ Summary of the 22nd Roundtable (<http://oe.cd/1Zw>), 23rd Roundtable (<http://oe.cd/1Zx>), 24th Roundtable (<http://oe.cd/1Zy>), 25th Roundtable (<http://oe.cd/1Zz>).

¹⁵ Gaukrodger, D. (2017), “The balance between investor protection and the right to regulate in investment treaties: A scoping paper”, OECD Working Papers on International Investment, 2017/02. <http://dx.doi.org/10.1787/82786801-en>.

¹⁶ Gaukrodger, D. (2017), “Addressing the balance of interests in investment treaties: The limitation of fair and equitable treatment provisions to the minimum standard of treatment under customary international law”, OECD Working Papers on International Investment, 2017/03. <http://dx.doi.org/10.1787/0a62034b-en>.

по вопросам инвестиционных договоров, затрагивающих стремление установить такой баланс¹⁷.

2. Социальные выгоды и издержки, связанные с инвестиционными договорами

11. Предварительное обсуждение за Круглым столом позволило рассмотреть воздействие системы УСИГ на развитие, включая ее воздействие на внутренние институты государственного управления. С 2014 года более широкая работа по социальным выгодам и издержкам, связанным с инвестиционными договорами, позволила накопить большой объем доказательств экономических последствий для своих стран, а также принимающих и транзитных стран; последствий для глобального и внутреннего управления; а также воздействия на процесс достижения стратегических целей внешней политики. Эта работа также позволила выявить информацию, необходимую для проведения более всеобъемлющей оценки выгод и издержек. Эти вопросы обсуждались на Конференции 2017 года по оценке и повышению результативности инвестиционных договоров¹⁸.

3. Арбитры, судьи и назначающие органы

12. В ходе ведущейся работы были рассмотрены изменения последнего времени в этой области, включая подход системы инвестиционных судов к постоянному трибуналу, как указано в недавно заключенном Всеобъемлющем торгово-экономическом соглашении между Канадой и ЕС (СЕТА). В ходе этой работы также рассматриваются роль и значение назначающих органов в области арбитража по спорам между инвесторами и государствами. Назначающие органы, как правило, выполняют задачи по назначению председателя арбитражного суда, если стороны или соарбитры не в состоянии согласовать кандидатуру председателя. Теория проведения переговоров позволяет предположить, что назначающий орган с учетом практики выдвижения кандидатур, по всей вероятности, будет оказывать значительное воздействие на состав арбитражных судов по спорам между инвесторами и государствами и на общую группу арбитров. Воздействие учреждений по урегулированию споров на баланс интересов также рассматривалось на Конференции по роли инвестиционных договоров в поисках баланса¹⁹, а вопрос о возможном многостороннем инвестиционном суде рассматривался в ходе Диалога по инвестиционным договорам.

Е. Другие направления работы, частично касающиеся инвестиционных договоров (ответственный подход к предпринимательской деятельности, принадлежащие государству предприятия, содействие инвестициям)

13. Многие правительства стремятся привлечь инвестиции, которые соответствуют стандартам ответственного подхода к предпринимательской деятельности (РБК) и устойчивого развития. Глубокое изучение договорных положений в 2014 году²⁰ показало, что только 12 процентов из них содержат ссылки на эти вопросы. Вместе с тем виды практики разнятся в каждой стране, и частотность включения становится все более быстрой. Потенциальная роль инвестиционных договоров в содействии РБК обсуждалась во время первого организованного правительствами Диалога по инвестиционным договорам в 2015 году.

¹⁷ Conference on investment treaties: The quest for balance between investor protection and governments' right to regulate (<http://oe.cd/1ZA>).

¹⁸ Conference on evaluating and enhancing outcomes of investment treaties (<http://oe.cd/1ZB>).

¹⁹ Conference on investment treaties: The quest for balance between investor protection and governments' right to regulate (<http://oe.cd/1ZA>).

²⁰ Gordon, K., J. Pohl and M. Bouchard (2014), "Investment Treaty Law, Sustainable Development and Responsible Business Conduct: A Fact Finding Survey", OECD Working Papers on International Investment, 2014/01. <http://dx.doi.org/10.1787/5jz0xvgx1zlt-en>.

Совместно с Круглым столом несколько комитетов ОЭСР участвовали в активном обсуждении роли принадлежащих государству предприятий на внутреннем и международном рынках²¹ с уделением внимания соответствующей политике в отношении инвестиционных договоров. На данном Круглом столе также рассматривался вопрос о содействии инвестициям с учетом давно проявляемого внимания многим аналогичным вопросам в ходе разработки и применения Программных основ для инвестирования.

Ф. Заключение

14. Мнения, которые разделяют страны, участвующие в работе Круглого стола и поддерживающие справочные исследования, проводимые Секретариатом ОЭСР, позволили получить информацию, которая может способствовать взаимному пониманию и помогать правительствам в реализации их политики в отношении международных договоров и инвестиций.

2. Конференция Организации Объединенных Наций по торговле и развитию

[Подлинный текст на английском языке]

[Дата: 12 июня 2017 года]

Растущее беспокойство в связи с нынешним функционированием глобального режима международных инвестиционных соглашений (МИС) наряду с сегодняшним императивом в отношении устойчивого развития, вызвали движение к реформированию процесса нормотворчества в области международных инвестиций. В течение прошлых лет страны достигли консенсуса относительно необходимости проведения реформы, выявили области реформы и подходы к ней, провели обзор своих сетей МИС, разработали новые типовые договоры и начали переговоры по вопросу о заключении новых, более современных МИС. В течение данного первого этапа реформирования МИС был достигнут значительный прогресс, однако многое еще предстоит сделать. Для перехода к этапу 2 реформирования МИС политическое внимание должно сосредоточиться на всесторонней модернизации имеющегося количества устаревших международных договоров первого поколения. В Докладе о мировых инвестициях за 2017 год ЮНКТАД излагает и анализирует плюсы и минусы 10 вариантов политики в отношении реформирования существующих МИС предыдущего поколения (ЮНКТАД, 2017 год). Вопрос о реформировании системы урегулирования инвестиционных споров занимает видное место в данной повестке дня, причем предпринимаются конкретные шаги, в том числе на многостороннем уровне. Некоторые из шагов по реформированию могут потенциально распространяться на существующее количество ранее заключенных международных договоров. В целом усилия по реформированию должны быть направлены на использование целостного подхода, обеспечивая транспарентный и инклюзивный процесс и не упуская из виду всеобъемлющую цель устойчивого развития.

²¹ “*State-Owned Enterprises as Global Competitors – A Challenge or an Opportunity?*”, 2016 (<http://oe.cd/IZC>).

I. Реформирование механизма урегулирования инвестиционных споров как часть «дорожной карты» ЮНКТАД, касающейся реформы МИС

Информационно-просветительская работа ЮНКТАД в целях системного и устойчивого принятия политических решений в отношении ориентированного на развитие инвестирования началась в 2010 году. Разработка Основ инвестиционной политики ЮНКТАД в интересах устойчивого развития, опубликованных в 2012 году и обновленных в 2015 году (диаграмма 1), которые предлагают политические варианты разработки МИС нового поколения, завершилась разработкой «дорожной карты» ЮНКТАД, касающейся реформы МИС (2015 год) (диаграмма 2), в которой указаны пять областей действий по реформированию: i) гарантирование права на регулирование при обеспечении защиты; ii) реформирование механизма урегулирования инвестиционных споров; iii) поощрение и облегчение инвестиций; iv) обеспечение ответственного подхода к инвестициям; и v) повышение системной согласованности.

Диаграмма 1

Основы инвестиционной политики ЮНКТАД в интересах устойчивого развития [Источник: ©UNCTAD]

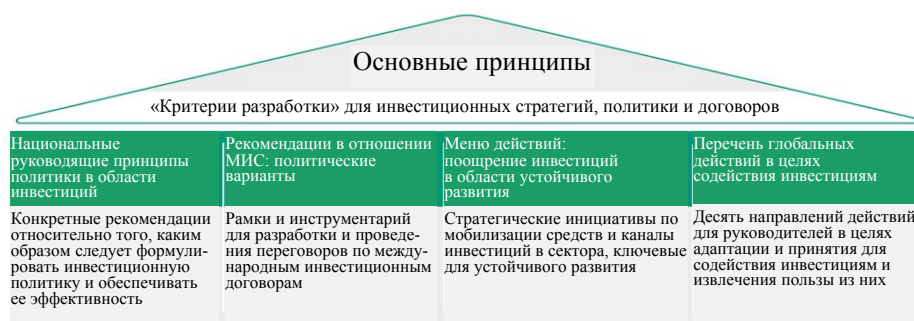


Диаграмма 2

«Дорожная карта» ЮНКТАД, касающаяся реформы МИС [Источник: ©UNCTAD]



С опорой на результаты предыдущей работы ЮНКТАД в области урегулирования споров между инвесторами и государствами (УСИГ)²², в «дорожной карте» определяются три совокупности вариантов улучшения механизма урегулирования инвестиционных споров по двум направлениям действий: реформирование существующего механизма специального арбитража для УСИГ при сохранении его основной структуры; или замена этого механизма (таблица 1)²³.

Таблица 1

Набор вариантов для реформирования механизма урегулирования инвестиционных споров

Реформирование существующего механизма арбитража по спорам между инвесторами и государствами		Замена существующего механизма арбитража по спорам между инвесторами и государствами
Установление существующих механизмов УСИГ	Добавление новых элементов к существующим механизмам УСИГ	
1. Улучшение арбитражного процесса , например путем обеспечения его большей прозрачности и упорядоченности, предотвращения представления необоснованных требований, снятия имеющихся озабоченностей относительно назначений арбитра и потенциальных коллизий. 2. Ограничение доступа инвесторов , например путем сокращения сферы охвата рассматриваемой темы, ограничения совокупности поддающихся арбитражному рассмотрению требований, установления сроков и предотвращения злоупотреблений компаниями «почтового ящика». 3. Использование фильтров для направления сложных дел на рассмотрение в рамках механизма урегулирования споров между государствами. 4. Введение требований в отношении местных судебных тяжб в качестве предварительного условия для УСИГ	1. Создание эффективного альтернативного механизма урегулирования споров 2. Внедрение апелляционной инстанции (будь то двусторонней, региональной или многосторонней)	1. Создание постоянного международного инвестиционного суда 2. Замена УСИГ механизмом урегулирования споров между государствами 3. Замена УСИГ внутренним механизмом урегулирования споров

Источник: ©UNCTAD, Доклад о мировых инвестициях за 2015 год.

Все выявленные варианты реформирования имеют свои плюсы и минусы и сопряжены со своими конкретными задачами. Независимо от того, какой вариант предпочитают страны, они должны учитывать три задачи: i) необходима всеобъемлющая реформа, относящаяся не только к УСИГ, но и к материально-правовым положениям МИС; ii) меры по реформированию должны не только затрагивать будущие международные договоры, но и решать вопросы, связанные с большим числом существующих МИС; и iii) создание внутреннего потенциала необходимо для наращивания административного и судебного потенциала развивающихся стран, что представляет собой предварительное условие для некоторых вариантов реформирования.

²² Это включает, например, вариант ЮНКТАД 2012 года, касающийся Основ инвестиционной политики в интересах устойчивого развития (UNCTAD, 2012, размещено на http://unctad.org/en/PublicationsLibrary/diaepcb2012d5_en.pdf), Доклад о мировых инвестициях за 2013 год (UNCTAD, 2013, размещено на http://unctad.org/en/PublicationsLibrary/wir2013_en.pdf) и Приложение по УСИГ (UNCTAD, 2014, размещено на http://unctad.org/en/PublicationsLibrary/diaeia2013d2_en.pdf). См. также «Варианты политики в отношении МИС: Часть А. Период после учреждения» в варианте ЮНКТАД 2015 года Основ инвестиционной политики в интересах устойчивого развития (“Policy Options for IIAs: Part A. Post-Establishment” in the 2015 version of UNCTAD’s Investment Policy Framework for Sustainable Development) (UNCTAD, 2015a, размещено на http://unctad.org/en/PublicationsLibrary/diaepcb2015d5_en.pdf).

²³ Более подробный анализ набора вариантов реформирования механизма урегулирования инвестиционных споров, в том числе их плюсов и минусов, см. UNCTAD, 2015b, размещено на http://unctad.org/en/PublicationsLibrary/wir2015_en.pdf, Chapter IV, pp. 145-155.

А. Реформирование существующих арбитражных механизмов по спорам между инвесторами и государствами

Вариант сохранения и реформирования существующего механизма арбитража по спорам между инвесторами и государствами сопряжен с двумя аспектами: фиксация существующего механизма и добавление к нему.

Фиксация существующих механизмов УСИГ

Элементы реформы могут быть включены в новые положения МИС, призванные 1) улучшать арбитражный процесс; 2) уточнять доступ инвесторов к инвестиционному арбитражу; 3) устанавливать фильтры для передачи сложных дел механизму урегулирования споров между государствами; и 4) устанавливать требования в отношении местных судебных тяжб. Эти варианты реформы могут быть имплементированы договаривающимися государствами в существующих и будущих отдельных МИС и не будут требовать скоординированных действий большого числа стран.

1) Улучшение арбитражного процесса: этот вариант сосредоточивается на реформировании способа проведения арбитражного разбирательства при сохранении основных черт механизма УСИГ. Цели таких преобразований заключаются в i) повышении легитимности механизма УСИГ, ii) усилении контроля договаривающимися сторонами над толкованием их договоров и/или iii) упорядочении процесса и обеспечении его большей эффективности.

2) Ограничение доступа инвесторов к УСИГ: этот подход направлен на уменьшение числа ситуаций, в которых иностранные инвесторы могут прибегать к международному арбитражу, и сокращение тем самым подверженности государств правовым и финансовым рискам, создаваемым УСИГ.

3) Использование фильтров для передачи сложных дел механизму урегулирования споров между государствами: этот вариант реформы предусматривает урегулирование споров между государствами, если совместный комитет не в состоянии урегулировать какое-либо дело. При сохранении общей структуры сегодняшнего механизма УСИГ это представляет собой «передачу» споров по чувствительным вопросам для урегулирования в рамках механизма урегулирования споров между государствами.

4) Установление требований в отношении местных судебных тяжб в качестве предварительного условия для УСИГ (включая исчерпание местных средств правовой защиты): этот вариант реформы направлен на содействие использованию иностранными инвесторами внутренних судов при сохранении варианта арбитража по спорам между инвесторами и государствами в качестве последнего средства (например, после определенного периода времени, в течение которого проводилась судебная тяжба по спору во внутренних судах или после исчерпания местных средств правовой защиты). Таким образом, это отвечало бы некоторым озабоченностям, возникающим в связи с резким увеличением дел в рамках механизма УСИГ в течение последнего десятилетия.

Добавление новых элементов к существующим механизмам УСИГ

Эти программные варианты добавляют новые элементы к существующему арбитражному механизму по спорам между инвесторами и государствами. Они могут сочетаться с вышеупомянутыми улучшениями этого механизма.

1) Создание эффективной системы альтернативного урегулирования споров: этот подход к реформе механизма УСИГ способствует использованию механизма альтернативного урегулирования споров (АУС) в качестве шага до открытия международного инвестиционного арбитража. Хотя АУС само по себе не может решить ключевые задачи, связанные с УСИГ, оно может способствовать уменьшению числа споров, которые приводят к задействованию полномасштабного арбитража. Этот обуславливает его дополняющий, а не само-

стоятельный характер как средства реформирования механизма УСИГ. На национальном и международном уровнях (через МИС) имеются программные варианты, которые могут дополнять друг друга, такие как назначение ведущих учреждений для урегулирования споров на дружеской основе или управлений омбудсменов на национальном уровне и включение положений об АУС в МИС (ЮНКТАД, 2015b).

2) Апелляционная инстанция: этот вариант будет позволять сохранить структуру существующего механизма инвестиционного арбитража и добавить к ней новый уровень. Апелляционная инстанция может принять в основном две формы: либо форму постоянного, либо форму специального органа. Она может обладать компетенцией для проведения обзора по существу и исправления решений арбитражных судов, принятых ими в качестве первой инстанции. Апелляционный механизм может быть наделен юрисдикцией в отношении обзора, которая выходит за сферу обзора, предусмотренную согласно существующим процедурам аннулирования Конвенцией МЦУИС. Он может служить для повышения предсказуемости толкования договоров и улучшения согласованности арбитражных решений. Все это может существенно способствовать усилению политической приемлемости УСИГ и режима МИС в целом.

Если страны примут решение в пользу создания такого апелляционного механизма, то потребуется решить вопросы, касающиеся нескольких совокупностей проблем: i) создание такого органа, особенно то, будет ли он иметь двусторонний, региональный или многосторонний характер; будет ли он постоянным или специальным; ii) его организация или институциональная структура; iii) добавленное время и издержки разбирательства; и iv) компетенция такого органа.

В. Замена существующего механизма УСИГ другими механизмами урегулирования споров

Нижеизложенные варианты приведут к отмене существующего механизма арбитража по спорам между инвесторами и государствами и его замене другими механизмами урегулирования инвестиционных споров. Возможные варианты замены включают: 1) создание постоянного международного инвестиционного суда, 2) механизм урегулирования споров между государствами и/или 3) опору на внутренние судебные системы принимающего государства. Эти варианты замены разнятся с точки зрения степени преобразований, которые они приносят. Государства могут сосредоточить свои усилия на одном из вариантов или могут осуществлять их параллельно или в сочетании.

1) Постоянный международный инвестиционный суд: этот вариант сохраняет право инвесторов на предъявление требований к принимающим государствам, однако заменяет систему множественных специальных арбитражных судов единой институциональной структурой – постоянным международным инвестиционным судом. Такой суд будет состоять из судей, назначенных или избранных государствами на постоянной основе; он будет обладать компетенцией в отношении всех инвестиционных споров, возникающих из МИС, на которые была распространена его юрисдикция, а также мог бы иметь в своей структуре апелляционную палату. Постоянный инвестиционный суд будет государственным учреждением, обслуживающим интересы инвесторов, государств и других заинтересованных сторон и в более широком смысле укрепляющим законность режима по спорам между инвесторами и государствами. Было также высказано предположение о том, что компетенцию такого суда можно было бы расширить в зависимости от содержания соглашений, на которые будет распространяться его юрисдикция, например путем наделения правовым статусом или процессуальными правами других заинтересованных сторон.

Несомненно, создание суда ставит ряд важных правовых и политических задач, и в силу своего характера он будет представлять собой долгосрочный

проект. По мере продвижения стран в этом направлении им потребуется рассмотреть ряд ключевых вопросов: i) создание такого суда, сопряженное с необходимостью достижения консенсуса между критическим числом стран в отношении конвенции о создании такого суда; ii) организация и институциональная структура, например местонахождение, финансирование и кадровое обеспечение суда; iii) участие стран в работе суда и вопрос о том, каким образом обеспечить переход от возможного двустороннего или многостороннего суда к более универсальной структуре, отвечающей нуждам развивающихся и наименее развитых стран; iv) компетенция суда, например вопрос о том, какие виды международных договоров и дел он компетентен рассматривать.

2) Урегулирование споров между государствами: арбитраж по спорам между государствами включен почти во все существующие МИС, и именно этот подход использует ВТО для урегулирования международных торговых споров. В отличие от содействия урегулированию споров между государствами в качестве дополнения к УСИГ этот вариант предполагает, что разбирательство по спорам между государствами будет единственным способом урегулирования инвестиционных споров на международном уровне. Принимающее государство будет располагать дискреционными полномочиями по вопросу о том, следует ли предъявлять какой-либо иск. Государствам потребуется принять решение в отношении суда, который должен заслушать дело. Варианты включают Международный Суд, специальные суды или международный суд, как это предусматривается выше. Вариант замены УСИГ механизмом урегулирования споров между государствами может способствовать снятию некоторых озабоченностей в отношении УСИГ. Вместе с тем он также порождает ряд трудных проблем, которые необходимо разрешить до продвижения по этому пути.

3) Исключительная опора на внутренний механизм урегулирования споров: этот вариант предусматривает отмену права инвесторов предъявлять иски принимающим государствам в международных судах и ограничивает их варианты в отношении урегулирования споров внутренними судами. В отличие от содействия внутреннему урегулированию в качестве шага, предшествующего предъявлению инвесторами исков на международном уровне (например, исчерпание местных средств правовой защиты, требование о проведении местного судебного процесса), согласно этому варианту внутренние судебные учреждения будут единственным и решающим механизмом урегулирования споров между инвесторами и государствами. Этот вариант сопряжен с рядом плюсов и минусов, и некоторые стороны отметили, что он дает преимущества главным образом в странах, в которых опора на УСИГ является менее важной вследствие их надежных правовых систем, надлежащего управления и специального опыта местных судов.

II. Последние изменения

До настоящего времени 109 стран являлись ответчиками по одному или нескольким известным искам в рамках УСИГ (ЮНКТАД, 2017 год). В 2016 году были возбуждены 62 новых дела, что довело общее число известных дел до 767. Это число является меньшим, чем 74 дела, возбужденных в предыдущем году, но большим, чем среднее число в течение 10 лет, составляющее 49 дел в год (2006-2015 годы). Примерно две трети дел в рамках УСИГ в 2016 году были возбуждены согласно двусторонним инвестиционным договорам (ДИД), большинство из них было возбуждено еще в 1980-х и 1990-х годах. МИС, наиболее часто применявшимися в 2016 году, являлись Договор к Энергетической хартии (ДЭХ) (10 дел), Североамериканское соглашение о свободной торговле (НАФТА) и ДИД между Российской Федерацией и Украиной (3 дела по каждому из них).

С точки зрения заключения международных договоров большинство сегодняшних новых МИС включает элементы реформы, ориентированные на устойчивое развитие, которые сохраняют право на регулирование при сохране-

нии защиты, способствуют ответственному подходу к инвестициям и улучшают механизм урегулирования инвестиционных споров (ЮНКТАД, 2017 год). Сравнение международных договоров с течением времени показывает, что выбранные варианты реформирования механизма УСИГ наиболее часто встречаются в последних ДИД, чем в предыдущих ДИД (таблица 2).

Таблица 2

Выбранные варианты УСИГ в МИС – сопоставление «старых» и «новых» ДИД

Договорные положения Выбранные варианты УСИГ	Вариант программных основ ЮНКТАД	Предыдущие ДИД (1959-2010 годы) (2 432)	Недавние ДИД (2011-2016 годы) (110)
Ограничение договорных положений с учетом УСИГ или исключение программных областей из УСИГ	6.2.1	8%	29%
Ограничение срока для предъявления требований	6.2.1	5%	40%

Источник: ©UNCTAD, IIA Mapping Project²⁴.

Из числа МИС, подписанных в 2015 и 2016 годах, большинство рассмотренных международных договоров включали по меньшей мере один элемент, ограничивающий доступ к УСИГ (например, ограничение договорных положений, подлежащих УСИГ, исключение программных областей из сферы УСИГ или ограничение срока для предъявления исков), причем в некоторых договорах УСИГ вообще не упоминается (например, в договорах, подписанных Бразилией с ее договорными партнерами).

К этим усилиям в области реформирования следует добавить меры по совершенствованию механизма урегулирования инвестиционных споров, принятые на многостороннем уровне. Нынешнее обсуждение вопроса о создании многостороннего инвестиционного суда и/или апелляционного механизма может привести к разработке документа, который в конечном счете изменит положения об УСИГ, которые были включены в предыдущие международные договоры. Такие усилия по реформированию механизма урегулирования инвестиционных споров могут способствовать устранению ключевых озабоченностей и позволять обеспечивать процессуальные и институциональные улучшения.

III. Выводы: целостный, инклюзивный и ориентированный на устойчивое развитие процесс реформирования механизма урегулирования инвестиционных споров

Режим МИС в настоящее время сталкивается с рядом проблем, из которых УСИГ является лишь одной частью. Для эффективного реформирования нынешнего режима МИС потребуется более тщательно обдумать вопрос о том, каким образом синхронизировать реформу механизма урегулирования инвестиционных споров и реформу материально-правового содержания МИС. «Дорожная карта» ЮНКТАД, касающаяся реформы МИС, может содержать рекомендации для рассмотрения этих ключевых областей реформирования МИС (ЮНКТАД, 2015а), и это могут сделать разработанные ЮНКТАД 10 программных вариантов модернизации существующего числа МИС преды-

²⁴ Нумерация касается «Программных вариантов для МИС: Часть А. Период после учреждения» в варианте 2015 года Основ инвестиционной политики ЮНКТАД в интересах устойчивого развития (UNCTAD, 2015а). Данные получены в результате осуществления проекта по согласованию МИС ЮНКТАД. Проект по согласованию является проектом сотрудничества под эгидой ЮНКТАД более 45 университетов из всех стран мира. Свыше 2 500 МИС были проанализированы с точки зрения соответствия до настоящего времени по 100 чертам каждого из них (включая примерно 20 вариантов урегулирования инвестиционных споров).

душего поколения, как указывается в Докладе о мировых инвестициях за 2017 год²⁵.

В течение всего периода участия стран в инициативах по реформированию следует руководствоваться тремя ключевыми соображениями²⁶:

- i) использование целостного подхода к МИС и реформе МИС; изучение новых способов урегулирования споров с учетом материально-правового содержания нынешней совокупности международных договоров;
- ii) обеспечение инклюзивного и транспарентного процесса, затрагивающего «задачи в области развития» (например, избежание ситуации, в которой страны со слабой переговорной позицией или страны, присоединившиеся к процессу впоследствии, окажутся в роли «сторон, принимающих правила») и сопряженного с участием других затрагиваемых заинтересованных сторон;
- iii) не следует упускать из виду всеобъемлющую цель реформы МИС, ориентированной на обеспечение устойчивого развития, установление режима МИС, который является благоприятным для устойчивого развития, и мобилизации инвестиций, требуемых для достижения целей в области устойчивого развития (ЦУР).

Всеобъемлющая реформа режима – рассмотрение новых и существующих международных договоров с точки зрения пяти областей действий, выявленных в «дорожной карте» ЮНКТАД, – будет извлекать пользу из интенсивного многостороннего обеспечения поддержки. ЮНКТАД через свои три опоры работы (исследование и программный анализ, техническая помощь и достижение межправительственного консенсуса) может играть ключевую роль в этом отношении. В качестве координатора Организации Объединенных Наций в области международных инвестиций и международного форума для основывающегося на широком участии обсуждения на высоком уровне существующего сегодня многоаспектного и многогранного режима МИС ЮНКТАД может способствовать обеспечению координации и последовательности усилий по реформированию.

Дополнительные ресурсы ЮНКТАД

Программа-навигатор ЮНКТАД по международным инвестиционным соглашениям; размещено на <http://investmentpolicyhub.unctad.org/IIA>

Проект анализа МИС ЮНКТАД; размещено на <http://investmentpolicyhub.unctad.org/IIA/mappedContent#iiaInnerMenu>

Диаграмма 1:

Программа-навигатор ЮНКТАД по урегулированию инвестиционных споров; размещено на <http://investmentpolicyhub.unctad.org/ISDS>

²⁵ Более подробный анализ 10 программных вариантов для этапа 2 реформы МИС и их плюсы и минусы см. в главе III Доклада о мировых инвестициях за 2017 год (UNCTAD, 2017), размещено на http://unctad.org/en/PublicationsLibrary/wir2017_en.pdf.

²⁶ См. также “UNCTAD Director contributes to exploratory discussions on a multilateral investment court”, 15 December 2016, размещено на <http://investmentpolicyhub.unctad.org/News/Calendar/Archive/533>.