



Генеральная Ассамблея

Distr.: Limited
17 July 2019
Russian
Original: English

**Комиссия Организации Объединенных Наций
по праву международной торговли
Рабочая группа III (Реформирование системы
урегулирования споров между инвесторами
и государствами)
Тридцать восьмая сессия
Вена, 14–18 октября 2019 года**

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

Представление правительства Южной Африки

Записка Секретариата

В настоящей записке содержится представление, полученное от правительства Южной Африки 17 июля 2019 года в ходе подготовки к тридцать восьмой сессии Рабочей группы III. Представление воспроизведено в приложении к настоящей записке в том виде, в каком оно было получено Секретариатом.



Приложение

I. Введение

1. Рабочая группа ЮНСИТРАЛ III (РГ) определила следующие четыре категории проблем, в связи с которыми представляется целесообразным провести реформирование системы УСИГ:

- *проблемы, связанные с отсутствием последовательности, слаженности, предсказуемости и правильности арбитражных решений, выносимых третейскими судами по УСИГ*: расхождения в толковании основных стандартов, расхождения в толковании юрисдикции и приемлемости и процессуальная непоследовательность; отсутствие основы для регулирования множественных производств; ограниченные возможности существующих механизмов для урегулирования проблемы непоследовательности и неправильности арбитражных решений¹;
- *проблемы, связанные с арбитрами и лицами, принимающими решения*: отсутствие или кажущееся отсутствие независимости и беспристрастности; недостатки существующих механизмов отвода; отсутствие разнообразия в составе лиц, принимающих решения; квалификация лиц, принимающих решения²;
- *проблемы, связанные со стоимостью и сроками рассмотрения дел по УСИГ*: продолжительность и высокая стоимость процедур УСИГ и отсутствие механизма отклонения необоснованных и поверхностных исков; распределение издержек в системе УСИГ; проблемы, связанные с наличием обеспечения для покрытия издержек в рамках УСИГ; проблемы, связанные с финансированием третьими сторонами³; и
- *проблемы, касающиеся финансирования третьими сторонами*: отсутствие прозрачности и регулирования финансирования третьими сторонами и его последствия для различных аспектов УСИГ, таких, например, как увеличение числа необоснованных исков, стоимость процедур УСИГ и обеспечение покрытия издержек⁴.

2. Рабочая группа также приняла во внимание ряд аспектов, затронутых в ходе обсуждения других проблем в контексте разработки инструментария реформы, с тем чтобы все соответствующие заинтересованные стороны могли согласиться с правомерностью предлагаемых решений. К этим аспектам относятся: рассмотрение вопроса о наличии других средств, помимо арбитража для урегулирования споров между инвесторами и государствами, а также методов предупреждения их возникновения⁵; исчерпание местных средств правовой защиты⁶; подключение местных общин, затрагиваемых инвестиционным спором, для обеспечения постановки и рассмотрения соответствующих вопросов, выходящих за рамки представлений от третьих сторон⁷; обязательства инвесторов и встречные иски⁸; и, в связи с обсуждением проблемы нормативного застоя,

¹ Комиссия Организации Объединенных Наций по праву международной торговли (ЮНСИТРАЛ), доклад Рабочей группы III (Реформирование системы урегулирования споров между инвесторами и государствами) о работе ее тридцать шестой сессии (Вена, 29 октября — 2 ноября 2018 года), пункты 39, 53 и 63.

² Там же, пункты 83, 90, 98 и 106.

³ Там же, пункты 122, 123 и 133.

⁴ ЮНСИТРАЛ, доклад Рабочей группы III (Реформирование системы урегулирования споров между инвесторами и государствами) о работе ее тридцать седьмой сессии (Нью-Йорк, 1–5 апреля 2019 года) (здесь и далее упоминаемый как «доклад тридцать седьмой сессии»), пункт 25.

⁵ Там же, пункт 29.

⁶ Там же, пункт 30.

⁷ Там же, пункты 31–33.

⁸ Там же, пункты 34–35.

потенциальное воздействие УСИГ на осуществление государствами своих регулятивных функций⁹.

II. **Согласованная процедура выявления и реализации решений**

3. На своей тридцать седьмой сессии, состоявшейся в Нью-Йорке в период с 1 по 5 апреля 2019 года, Рабочая группа пришла к согласию в отношении следующего:

- Этап 1: К 15 июля 2019 года государства и организации со статусом наблюдателя представят Секретариату ЮНСИТРАЛ материалы о том, какие другие решения следует разработать и когда эти решения можно рассмотреть;
- Этап 2: На следующей сессии в октябре 2019 года (ориентировочно 14–18 октября 2019 года) Рабочая группа III определит, какие решения будут обсуждены и в какие сроки, с учетом ее возможностей и графика;
- Этап 3: Рабочая группа III приступит к разработке и анализу возможных решений, которые будут рекомендованы Комиссии для рассмотрения.

4. В настоящем представлении Южная Африка хотела бы изложить свои соображения в отношении возможных вариантов реформы с учетом общего контекста режима УСИГ и связанных с ним проблем, а также необходимых принципов, на которых должны основываться любые предложения по успешной реформе.

III. **УСИГ в общем контексте**

5. Международные экономические организации широко поощряют иностранное инвестирование как средство обеспечения развития. В этом контексте под развитием понимается либерализация финансовой сферы, приватизация товаров и услуг общественного значения, дерегуляризация, открытость для финансового инвестирования, фискальная дисциплина и невмешательство государства в отдельные сферы общественной и частной жизни. Соответственно, развитие означает экономический рост, основанный на свободном рынке, личной собственности и беспрепятственном движении капитала.

6. Наилучший путь достижения развития, как это часто отмечают, состоит в обеспечении экономического роста, требующего гарантий свободы рыночных отношений и справедливой конкуренции. Кроме того, для достижения развития необходимо гарантировать максимальную защиту частного предпринимательства и договорных прав, а также обеспечить свободное движение капитала на основе международной торговли, коммерческой деятельности и прямых иностранных инвестиций (ПИИ). Роль государства в этой связи сводится к тому, чтобы создать и обеспечить работу системы надлежащих институтов в поддержку такой практики. В свете этого на государство возлагается ответственность за обеспечение гарантий прав собственности для оптимизации процесса развития рыночной экономики. Это предполагает перевод на рыночные рельсы распределения государством соответствующих ресурсов, включая такие сферы, как охрана здоровья, жилье, образование, водоснабжение, санитария и т.д., т.е. невмешательство с его стороны в этот процесс, поскольку государственный интерес может негативно сказаться на сохранении беспристрастности и справедливого характера конкуренции на рынке.

7. Права человека в этом ракурсе рассматриваются как представляющие высокие производственные издержки, а проживающее в местах осуществления проектов развития население — как элемент юридического риска, который

⁹ Там же, пункты 36–37.

нельзя оставлять без внимания. Местное население переселяют из мест его обычного проживания, высвобождаемых под площадки для инвестиционных проектов, без его трудоустройства и предоставления ему других возможностей на новом месте, а также в основном без учета его привязанности к своей земле в культурном, социальном и политическом отношении. В силу этого общественные интересы и потребности заслоняются имущественными и договорными правами инвесторов. Эти права пользуются при этом документальной защитой, предоставляемой, например, такими документами, как международные инвестиционные соглашения (МИС) и договоры между инвесторами и государствами. В инвестиционных договорах государства гарантируют инвесторам соблюдение их прав, отчасти по аналогии с международными юридическими документами по правам человека, предусматривающими, например, гарантии права на защиту от произвольной экспроприации и права на равенство перед законом. Отдельные права инвесторов, однако, могут затрагивать вопросы, представляющие публичный интерес, включая такие области, как здравоохранение, условия труда, продовольственная безопасность, окружающая среда и доступ к безопасной питьевой воде.

8. Режим УСИГ позволяет иностранным инвесторам подавать иски против правительств принимающих стран в международные арбитражные трибуналы и предоставляет частным сторонам доступ на наднациональный уровень. Это ставит компании, действующие на местном уровне, в дискриминационное положение и затрагивает вопросы системного характера. У населения и общины, пострадавших в результате иностранного инвестирования, не имеется четких механизмов для того, чтобы требовать справедливости и возмещения ущерба. Их права регулируются системой, руководствующейся сугубо коммерческими соображениями частного порядка, мотивированными желанием решать дело исключительно в обеспечение частно-собственнических интересов инвестора.

9. Отсутствие доступа общественности к участию в переговорах по инвестиционным договорам или спорах по ним уже само по себе является достаточным основанием для того, чтобы требовать надлежащего и реального включения правозащитного аспекта в МИС. Кроме того, представление о том, что в соответствии с международным правом в области прав человека ответственность за поощрение, защиту и гарантию прав человека несут лишь государства, игнорирует сложившийся на сегодня глобальный экономический уклад, в рамках которого корпоративный корпус оказывает на жизнь людей повышенное влияние, не неся при этом ответственности за свои действия, по крайней мере в формальном отношении. В результате страны имеют дело с ассиметричной системой, в которой транснациональные корпорации пользуются защитой механизмов исполнительного производства УСИГ, а права человека и окружающая среда защищены лишь «мягким правом», соблюдение которого никак не обеспечено. Соответственно, система УСИГ переносит государственные интересы и права людей в сферу частного права.

10. Иностранное инвестирование отнюдь не является вопросом сугубо частным, связанным с экономической выгодой инвесторов. Оно включает аспекты, затрагивающие права человека и публичные интересы. Поэтому вопрос взаимодействия прав человека и законодательства в области международного инвестирования следует сделать предметом самого серьезного рассмотрения. В рамках права в области инвестиционных договоров в толковании и соблюдении прав инвесторов применяется собственный подход, существенно отличающийся от используемого в правозащитном законодательстве. Кроме того, обеспечение соблюдения гарантий инвесторам может, как следствие, отразиться на гарантиях прав человека других сторон, необязательно представленных в таких разбирательствах.

11. Международный инвестиционный режим в его нынешнем виде отрицательно сказывается на государственном бюджете, отвечающей государственным интересам регламентации, демократии и правопорядке. Он не обеспечивает какой-либо защиты прав населения, затрагиваемого иностранным

инвестированием. Транснациональные корпорации не несут требующих своего выполнения международных обязательств по соблюдению прав человека и трудовых прав и охране окружающей среды, а пострадавшие лица и общины лишены возможности прибегнуть к международному правосудию для защиты от нарушений их прав, совершаемых транснациональными компаниями. Такие компании, будучи коммерческими организациями, должны быть подчинены публичным интересам, причем не только на национальном, но и на международном уровне.

12. Странам необходимо произвести оценку затрат и выгод по международным инвестиционным договорам, а также подумать над тем, какие задачи и стратегии они будут преследовать в будущем. Наряду с этим необходимо выработать специальные формулировки, четко определяющие, что задачи защиты инвестиций и либерализации в рамках инвестиционных договоров не должны решаться в ущерб интересам охраны здоровья, безопасности, защиты окружающей среды и поощрения соблюдения международно-признанных трудовых прав.

13. Сегодня растет число стран, стремящихся решить проблему асимметрии УСИГ посредством изменения международного инвестиционного режима или выхода из него и выступающих за принятие имеющего обязательную силу договора Организации Объединенных Наций о транснациональных корпорациях и соблюдении прав человека. Такой договор должен включать свод требующих исполнения обязательств для транснациональных корпораций и предусматривать механизм обеспечения их соблюдения, способствуя тем самым пресечению безнаказанности многонациональных корпораций, нарушающих права человека, а также обеспечению доступа к правосудию для отдельных лиц и общин, пострадавших в результате таких действий с их стороны. Необходимо ввести запрет, не оставляющий места соглашениям, дающим транснациональным корпорациям право обращаться в суд на правительства, выполняющие задачи, связанные с удовлетворением социально-экономических потребностей. При этом следует предусмотреть проведение такой политики, которая:

- поощряла бы и обеспечивала защиту прав человека и трудовых прав, а также охрану здоровья людей и защиту окружающей среды;
- позволила бы странам осуществлять переход в экономике, свободный от дорогостоящих обязательств и риска ответственности;
- устанавливала бы верховенство прав человека и права охраны природы над соображениями выгоды.

IV. Подход к реформе

14. Любая реформа международного инвестиционного режима прежде всего должна начинаться с рассмотрения его цели. В силу самого характера МИС их главной целью была и остается защита иностранных инвесторов, а в последнее время — также содействие их практической деятельности с целью поощрения на этой основе дополнительных потоков ПИИ. Сегодня, однако, одной этой цели недостаточно, ее необходимо расширить. В частности, в рамках МИС следует также учесть необходимость в стимулировании, в поддержку реализации этой цели, устойчивого развития и устойчивого потока ПИИ.

15. Следует четко уяснить важность принципа достижения устойчивого развития на основе стимулирования и поощрения ответственного инвестирования. Это означает также и то, что реформы должны быть нацелены на содействие внедрению в инвестировании инклюзивной альтернативы урегулированию споров.

16. Кроме того, реформа УСИГ должна соответствовать более широким задачам в области устойчивого развития. Важно, чтобы в контексте перехода Рабочей группы III к осуществлению Этапа 3 и поиска решений выявленных

проблем участвующие в обсуждении государства руководствовались своими международными и национальными обязательствами. Принятые в результате осуществления Этапа 3 решения должны способствовать выполнению задач Организации Объединенных Наций, в последний раз обозначенных в формулировках целей в области устойчивого развития (ЦУР). Поощрение и привлечение инвестиций должно быть не самоцелью, а шагом вперед в выполнении более общих задач ЦУР и обязательств по осуществлению прав человека, таких, например, как сокращение масштабов нищеты и голода, предоставление прав и возможностей коренному населению, содействие в обеспечении достойной работы и обращение вспять процесса деградации окружающей среды и изменения климата.

17. В ходе обсуждения реформы УСИГ необходимо рассмотреть широкий спектр предложений по реформе и выделить достаточное время для их обсуждения. Дискуссии по вопросам реформы также должны быть направлены на поиск скоординированного, комплексного и инклюзивного альтернативного способа урегулирования инвестиционных споров, отвечающего не только требованиям УСИГ в отношении прозрачности, но и участия не вовлеченных в спор третьих сторон, которых разбирательства в рамках УСИГ, тем не менее, затрагивают, либо подключения заинтересованных общественных организаций к его процедурам в порядке защиты конкретных общих интересов.

18. Кроме того, существует необходимость в наличии альтернативы режиму УСИГ в виде более современной и структурированной процедуры урегулирования, лучше приспособленной к требованиям инвестиционных споров, затрагивающих вопросы устойчивого развития и государственной политики, а также самые различные заинтересованные стороны и самые различные интересы.

19. Любое обсуждение режима УСИГ должно быть помещено в более широкий контекст и диалог по реформе, с тем чтобы также затронуть и терминологию, используемую в лежащих в основе системы договорах, поскольку реформирование лишь самого режима УСИГ не будет достаточным для решения стоящих перед ним сегодня проблем. Поиск решений многих проблем нынешнего режима следует искать на путях реформы базовых стандартов.

20. Южная Африка считает, что ввиду неразрывной взаимосвязи между проблемами процедурного характера и проблемами существа их нельзя отделять друг от друга. Поскольку работой ЮНСИТРАЛ руководят правительства и поскольку Комиссия, поручая Рабочей группе мандат, согласилась оставить решение целого ряда вопросов на усмотрение Группы, ее задачи в рамках мандата оказались бы выполненными не полностью, если бы обсуждения не затронули вопросов существа.

21. Решить проблемы УСИГ в целом можно будет лишь на основе реформирования всех элементов системы. Половинчатые подходы будут иметь ограниченный эффект, поскольку «старые» МИС будут оставаться в силе, и инвесторы смогут и далее структурировать свои инвестиции таким образом, чтобы извлечь выгоду из этих соглашений.

22. В соответствии с принципом устойчивого развития инвестиционное право следует рассматривать не как препятствие этому процессу, а как имеющийся в распоряжении принимающих государств инструмент достижения его целей. При этом данный принцип также предполагает, что иностранное инвестирование должно подпадать под эффективное регулирование как на национальном, так и международном уровне, с тем чтобы оно не наносило ущерба экологии и обществу.

23. Поэтому страны должны провести системную реформу, ориентированную на достижение устойчивого развития. В рамках таких усилий им следует поместить МИС в более широкий контекст устойчивого развития и привести в соответствие друг с другом национальные и региональные задачи в этой области. В данном контексте роль инвестиционного законодательства и любой системы

урегулирования инвестиционных споров должна заключаться в том, чтобы способствовать политической стабильности, необходимой для того, чтобы отечественные и иностранные инвесторы могли подключиться к нацеленной на рост экономической деятельности, не создавая препятствий для одновременного решения многообразных государственных задач.

24. Поэтому странам следует продвигаться к заключению соглашений, обеспечивающих:

- возможность осуществления инвестирования в целях развития;
- постановку инвестиционного регулирования на службу экономическому росту;
- интеграцию устойчивого развития в процесс обсуждения инвестиционной политики в целом и отражение задач устойчивого развития в новом поколении инвестиционных договоров;
- включение задач по обеспечению инклюзивного роста и устойчивого развития как центрального элемента национальной международной инвестиционной политики; и
- нацеленность системы урегулирования инвестиционных споров на поощрение процесса устойчивого развития.

25. Странам следует стимулировать и поощрять инвестирование так, чтобы гарантировать ответственное отношение к этой деятельности. Отечественные компании и транснациональные корпорации должны способствовать усилиям по достижению устойчивого развития и предоставлению возможностей достойной работы с соблюдением принципа верховенства закона и прав трудящихся в своей деятельности и инвестировании, соотнося свои корпоративные инициативы с государственной политикой и национальными приоритетами обеспечения прав на достойный труд.

26. Страны нуждаются в наличии всеохватного, прагматичного, сбалансированного и комплексного механизма, учитывающего сложный характер трансграничного инвестирования и предоставляющего необходимую гибкость для урегулирования самых различных споров, затрагивающих многообразные и потенциально противоречащие друг другу интересы, права и обязанности.

27. Странам необходимо нацелиться на такие решения, которые обеспечивали бы достаточную защиту и сохранение того места, которое должна занимать регламентационная политика.

28. Несмотря на дальнейшее расширение консенсуса по поводу необходимости в реформе УСИГ, спорными остаются вопросы, касающиеся сферы охвата, формата и стратегий этой реформы. Успех в системном реформировании УСИГ будет прежде всего зависеть от подготовки таких предложений по реформе, в которых предусматривались бы эффективные и правомерные решения выявленных проблем и в основу которых были бы положены правовые нормы, принятые в мировом масштабе. Имеющаяся нормативная база может быть использована для подготовки целого ряда конкретных предложений по реформе инвестиционного права и внедрения механизмов, позволяющих государствам обеспечить эволюцию УСИГ в русле демократии, соблюдения прав человека и обеспечения верховенства закона.

V. Принципы реформы

Защита основополагающих прав и прав человека

29. Защита основополагающих прав и прав человека является международно признанным конституционным принципом, соблюдение которого будет определять успешность реформы и перестройки режима УСИГ. В контексте придания нового качества международным инвестиционным отношениям и любой реформы УСИГ страны должны помнить о важности гарантий прав человека. Для этого требуется, чтобы принимаемые в рамках любого механизма по урегулированию споров решения обязательно учитывали также и параллельные, не связанные с инвестициями интересы и не создавали правительствам препятствий в выполнении в полном объеме их обязательств в области прав человека.

Место политики для обеспечения регулирования

30. Принимающие государства должны отводить соответствующее место политике в области регулирования, отвечающей интересам государства.

Справедливые и равные условия

31. Интересам развития отвечало бы обеспечение сбалансированности прав и обязанностей принимающих государств и инвесторов.

Инклюзивность

32. Еще одним необходимым условием является обеспечение прозрачности режима УСИГ с включением в урегулирование не вовлеченных в спор, но затрагиваемых процедурами УСИГ третьих сторон. В частности, это означало бы участие заинтересованных государственных организаций, выступающих в качестве защитников конкретных интересов более общего порядка, возможно затрагиваемых процедурами УСИГ. Соответственно, реформы должны быть направлены на проработку инклюзивной альтернативы в урегулировании споров, связанных с инвестициями.

Уважение верховенства права

33. Уважение верховенства права требует обеспечения согласованности и предсказуемости и предполагает такую организацию режима УСИГ, которая не делала бы доступ к правосудию запретительным.

Защита ответственного инвестирования

34. Предоставление защиты должно ограничиваться исками ответственных инвесторов, не нарушивших закон, правила и положения, а также международно признанные нормы, и не вовлеченных в коррупционную деятельность, и исключать иски, затрагивающие законодательство, защищающее публичные интересы.

35. Предполагаемые процедурные реформы по урегулированию инвестиционных споров, если иметь в виду достижение такого изменения системы, которое соответствовало бы поставленным ЮНСИТРАЛ задачам, могут и должны сопровождаться существенной перестройкой норм защиты инвесторов. Это включает конкретизацию определения и сферы охвата инвестирования и режима наибольшего благоприятствования, с изъятием или существенным ограничением при этом действия вызывающих наиболее серьезные оговорки механизмов отвода решений государственных регуляторов, таких, например, как косвенная экспроприация, справедливый и одинаковый режим и физическая целостность сверх того, что требуется в соответствии со стандартами обычного международного права. Также включены должны быть и соответствующие обязательства, связанные с ответственностью инвесторов.

VI. Возможные решения по реформе

36. Сегодня международное инвестиционное право стоит перед выбором, связанным с использованием надлежащих методов урегулирования международных инвестиционных споров. Для того чтобы продвинуться вперед в обсуждении положительных сторон системы УСИГ, необходимо выяснить, не существует ли других подходов, которые могли бы лучше способствовать достижению ее целей при меньших затратах. Внимание, таким образом, следует сосредоточить на поиске сбалансированного, приемлемого и практически реализуемого решения проблемы урегулирования инвестиционных споров.

Необходимость в урегулировании споров между инвесторами и государствами — Страны должны выяснить, существует ли реальная необходимость в механизмах УСИГ.

37. Следует задаться вопросом, целесообразны ли и необходимы ли вообще механизмы системы УСИГ. Странам не стоит торопиться с выводом о том, что политика УСИГ должна быть частью их инвестиционных соглашений, памятуя о причинах, по которым этот режим возник. Он никогда не рассматривался как замена внутреннего правового урегулирования споров, будучи предложенным в качестве альтернативного способа урегулирования в случаях серьезных административных нарушений со стороны государства.

Политика недопущения споров — ПНС

38. ПНС осуществляется до возникновения спора или лишь противоречий между инвестором и государством. Она способствует недопущению или эффективному предупреждению возможного инвестиционного спора, снижая вероятность того, что он перерастет в конфликт, требующий обращения в международный арбитраж. Соответственно, цель ПНС состоит в том, чтобы обеспечивать профилактику споров.

39. ПНС можно рассматривать как подход, позволяющий успешно решать проблему увеличения количества дел в рамках УСИГ. Процедура АУС, как и арбитраж, предполагает разрешение уже существующих споров, требующих урегулирования, поэтому перспектива избежать спора должна представляться правительствам более предпочтительной.

Альтернативное урегулирование споров — АУС

40. АУС предоставляет альтернативу обращению как в арбитраж по инвестиционным договорам, так и в национальные суды. АУС может предусматривать примирение или посредничество, а также сосредоточиться лишь на сборе фактов, позволяющем сузить реальный масштаб спора. Этот процесс призван способствовать урегулированию уже возникших споров.

41. Преимущество таких альтернативных подходов состоит в том, что они предполагают ускоренное и менее дорогостоящее урегулирование, особенно если проблема рассматривается на начальном этапе, специально чтобы не допустить эскалации.

Национальные административные процедуры обзора — Административный обзор законов или мер, нарушающих, по мнению инвестора, условия договора.

42. Для недопущения эскалации спора можно использовать и такой путь, как привлечение институциональных механизмов, позволяющих потерпевшим инвесторам начать в принимающем государстве процедуру административного обзора законов или мер, нарушающих, по мнению инвестора, условия договора. Преимущества такого административного обзора состоят в том, что он может позволить найти простое решение проблемы. Подобное использование административной процедуры институционального или дружественного

урегулирования может отвечать интересам как соответствующих правительств, так и соответствующих инвесторов.

Национальные суды — До обращения к УСИГ должны быть исчерпаны возможности использования местных средств правовой защиты.

43. В рамках этого подхода, прежде чем передавать дело в УСИГ, действия государства будут квалифицированы национальными судами. Такой подход также позволит привести инвестиционное право в соответствие с обычным международным правом и международным правом в области прав человека и будет способствовать тому, чтобы не допускать его нестыковки с национальными законодательными нормами и положениями.

44. УСИГ препятствует надлежащему управлению. С переадресацией дела в международный арбитраж УСИГ заменяет использование национальных юридических институтов и в результате может способствовать сохранению их слабости. Наличие системы УСИГ в международном поле освобождает государства от внешнего давления, требующего совершенствования национальных механизмов и практики государственного управления.

45. Причины асимметрии в отношении закона к иностранным и отечественным предприятиям кроются в том, что УСИГ затрагивает проблемы не только процедуры, но и существа. Поскольку дела урегулируются в обход национальных судов, арбитражные трибуналы правомочны толковать и применять положения национального права скорее в коммерческом, чем общественно-политическом аспекте, в результате чего баланс часто смещается в пользу частных, а не государственных интересов. Функцию арбитров по инвестиционным делам обычно выполняют специалисты в области международного инвестиционного права, не всегда хорошо знакомые с нюансами внутренней правовой системы. Проявление уважения к национальной политической власти предполагает, что вопросы внутреннего права будут передаваться на рассмотрение местных властей.

46. Даже в контексте права в области прав человека предусмотрено, что лицо, предположительно являющееся жертвой нарушения, сначала должно обратиться в местные органы для рассмотрения его или ее жалобы, с тем чтобы ликвидировать возможно имевшую место несправедливость. Почему же тогда иностранные инвесторы должны иметь право незамедлительно требовать рассмотрения своих жалоб на международном уровне, не воспользовавшись прежде всеми имеющимися национальными средствами правовой защиты?

Бюро омбудсмана — Создание бюро омбудсмана как единого центра для приема претензий.

47. Для инвесторов бюро омбудсмана предоставляет собой официальный канал, которым они могут воспользоваться для решения вопросов и проблем на начальной стадии. Используя этот путь, инвестор может уже на раннем этапе попытаться быстро, без особых затрат и мирно урегулировать проблему, связанную с его инвестициями. Для принимающих государств бюро омбудсмана представляет собой первый контактный пункт или канал для решения проблемы, с которой столкнулся иностранный инвестор. Бюро омбудсмана может предоставить властям предварительную информацию для оценки проблемы. Оно также может способствовать принятию при необходимости предварительных мер, позволяющих властям урегулировать проблему, прежде чем она приобретет более серьезный характер.

Сотрудничество между государствами в предупреждении споров — Сотрудничество между государствами вместо конфронтации — альтернатива рассмотрения претензий оперативно и без ненужных осложнений представляется более предпочтительной по сравнению с дорогостоящей и занимающей много времени процедурой УСИГ.

48. В данном контексте предусматривается создание совместных межгосударственных комиссий по сотрудничеству, принимающих претензии инвесторов

для их последующей передачи компетентным государственным органам на дальнейшее рассмотрение. Инвесторы могли бы обращаться с претензией к представителю совместной комиссии в своей стране, который затем связывался бы со своим коллегой в принимающей стране, с тем чтобы попытаться добиться скорейшего урегулирования возникающего спора.

Арбитражные учреждения

49. Определенную роль в избрании альтернативных средств, популярных в обществе субъектов международного инвестиционного права, играют также арбитражные учреждения:

- арбитражные учреждения могут предложить упрощенный режим АУС либо предусмотреть более гибкое применение норм, касающихся примирения, посредничества и установления фактов, с тем чтобы сделать их более привлекательными для тех, кто хотел бы ими воспользоваться в контексте процедуры юридического урегулирования инвестиционных вопросов;
- арбитражные учреждения также могут способствовать упрощению доступа к процедурам АУС на основе наращивания потенциала и поощрения включения экспертов по методологии АУС в свои списки;
- арбитражные учреждения могут усилить свою поддержку сторонам, желающим воспользоваться процедурой АУС; такая поддержка может быть материально-технической, секретариатской и т.д.

Международные организации (МО) — *Международные организации (МО) могли бы играть важную роль в углублении осведомленности международного инвестиционного сообщества и государств о возможных преимуществах подходов, предоставляющих альтернативу инвестиционному договорному арбитражу.*

50. МО могли бы предоставлять консультации по разработке, принятию и осуществлению надлежащей политики по профилактике и избежанию споров, включая любую необходимую техническую помощь и наращивание потенциала. Это позволило бы государствам укрепить их институциональные механизмы по предотвращению инвестиционных споров.

Прецедент — *Прецедент является основой согласованного и последовательного законодательства и должен иметь обязательную силу*

51. Уже сегодня судьи в арбитраже часто упоминают и цитируют принятые ранее решения по инвестиционным делам, создавая своего рода доказательный прецедент, пока еще, однако, не обеспечивающий необходимой последовательности в принятии решений, поскольку этим принципом руководствуются не все арбитры.

Законное участие — *Правом на законное участие должны обладать все субъекты, затрагиваемые процедурой.*

52. Разрешение на подачу исков инвесторами против государств, наряду с исками затрагиваемых лиц или общин против инвесторов, означает предоставление физическим или юридическим заинтересованным лицам, которых это непосредственно касается, возможности участвовать в процедуре разбирательства. Это является необходимым элементом придания процессу более справедливого характера и превращения его в форум, обеспечивающий защиту прав всех людей, а не только транснациональных корпораций.

53. Такой подход отличается от представления экспертных заключений (*amicus curiae*). Существующий процесс *amicus curiae* применяется бессистемно и непоследовательно. Зачастую ввиду отсутствия конкретных письменно закрепленных положений, имеющих обязательную силу, статус *amicus curiae* не признается. Для того чтобы обеспечить содержательное участие общественности,

необходимо наличие четких письменных правил, регулирующих возможность участия общественности.

54. Для того чтобы многосторонний инвестиционный суд (МСИС) придерживался передовой практики проведения открытого и прозрачного процесса, необходимо более четко определить возможность участия третьих сторон. Следует обеспечить, чтобы участие осуществлялось в публичных интересах, а не для того, чтобы оказать несправедливое влияние на стороны, участвующие в инвестиционном споре. Нужны правила, гарантирующие то, что согласие МСИС допустить участие третьей стороны поможет инвестиционному суду принять решение благодаря возможности выслушать новые или независимые мнения.

Юрисдикция — Ограничить юрисдикцию исками со стороны ответственных инвесторов, которые не нарушили никаких законов, правил, норм и международно признанных принципов.

55. Необходимо предусмотреть подход по принципу «чистые руки» и отказ в рассмотрении исков, связанных с нарушением каких-либо законов, норм или международных обязательств.

Исключение в отношении публичных интересов — Это положение исключит возможность подачи исков вопреки законам, нормам и законодательству в области публичных интересов.

56. Необходимо обеспечить, чтобы инвесторы не могли оспаривать законные нормы в отношении публичных интересов.

57. Исключение в отношении публичных интересов важно, поскольку одним из наиболее серьезных недостатков УСИГ является то, что инвесторы используют этот процесс в целях противодействия социально-экономической политике, угрожая судебным разбирательством.

Положение о примате обязательств — Положение о примате обязательств, поясняющее, что меры защиты инвестиций не могут быть выше социальных и природоохранных обязательств, а также обязательств в области охраны прав человека.

58. Страны должны располагать необходимыми возможностями для проведения политики, обеспечивающей выполнение их международных социальных и природоохранных обязательств. Наличие положения о примате обязательств даст арбитрам в инвестиционном разбирательстве четкое понимание того, что обязательства, вытекающие из международных соглашений по вопросам охраны окружающей среды, социальным вопросам и вопросам прав человека, имеют более высокий статус, нежели обязательства, вытекающие из МИС. В случае коллизии этих обязательств, публичные социальные и природоохранные обязательства будут иметь преимущественную силу над мерами защиты инвестиций.

Кодекс поведения арбитров — Разработать кодекс поведения, определяющий этические нормы поведения лиц, принимающих решения в инвестиционных спорах, в котором будут четко изложены имеющие обязательную силу нормы, гарантирующие независимость и беспристрастность арбитров, а также принять более четкие правила в отношении дисквалификации арбитров.

59. Существует беспокойство в связи с тем, что арбитры в третейских судах по УСИГ не являются независимыми и беспристрастными. Поскольку указанные лица могут выполнять функции не только арбитров, но также и юристов, работающих в компаниях или правительствах, высказывалась обеспокоенность относительно возможной предвзятости или коллизии интересов. Страны обеспокоены тем, что такая система создает коллизии интересов, так как арбитры также работают юристами и могут рассчитывать на получение в будущем заказов от инвесторов.

60. Кодекс поведения должен запрещать судьям заниматься юридической практикой по аналогичным делам, совмещая должности, и в нем должны быть

предусмотрены обязательства в отношении независимости и беспристрастности. Также должны быть включены вопросы, касающиеся ограничения срока полномочий и повторного назначения — судьи должны назначаться только на один срок.

Расходы — *Процесс судопроизводства, регулирование гонораров арбитров, верхний предел гонорара арбитра.*

61. Упорядоченные процессы и процедуры, четко определенные сроки и прозрачная структура гонораров позволят эффективно и действенно осуществлять судопроизводство, что сократит издержки.

Обеспечение для покрытия расходов — *Обеспечение для покрытия расходов и возможность принятия судом решения о приостановлении или прекращении производства, если обеспечение для покрытия расходов не выплачено в установленный срок.*

62. Наличие обеспечения для покрытия расходов позволит странам приводить в исполнение арбитражные решения, вынесенные в их пользу, в отношении оплаты судебных расходов и услуг юристов. Это необходимо, поскольку страны часто сталкиваются с трудностями при приведении в исполнение арбитражных решений по оплате расходов, связанных с услугами адвокатов в делах по УСИГ. Предоставляемое обеспечение должно быть пропорциональным и разумным, а также учитывать ряд факторов, таких как сумма иска. Требование предоставления обеспечения для покрытия расходов может побудить истцов воздерживаться от необоснованных, неправомерных или надуманных исков. Предоставление обеспечения для покрытия расходов должно быть обязательным условием в делах, оплачиваемых третьими сторонами.

Отказ от правового регулирования — *Следует предусмотреть исключения/изъятия из УСИГ.*

63. Часто инвесторы используют УСИГ в стратегических целях, публично и неоднократно подавая иски, с тем чтобы заставить правительства согласиться на благоприятные условия для их инвестиций, вместо того чтобы использовать УСИГ в качестве крайней меры. Хотя МИС сами по себе не ограничивают законодательные или нормативно-правовые полномочия государств, они могут побуждать правительства действовать более осмотрительно — и, соответственно, потенциально принимать меры, недостаточные с точки зрения публичных интересов, — при планировании и разработке нормативно-правовых актов. В этой связи правительства могут воздерживаться от принятия мер правового регулирования в публичных интересах ввиду угрозы инвестиционного арбитражного разбирательства и связанного с ним значительного ущерба.

Встречный иск — *Государство должно иметь возможность подать встречный иск против инвестора, нарушившего соглашение.*

64. Государство всегда является ответчиком и не может подавать встречные иски против инвесторов в связи с нарушением ими своих обязательств. Такая система ассиметрична и должна предусматривать возможность подачи встречных исков для устранения дисбаланса в существующем механизме УСИГ.

Страхование инвестиций — *Страхование инвестиций вместо УСИГ*

65. Одно из предложений заключается в возможности использования страхования инвестиций вместо УСИГ. Страхование от политического риска, предлагаемое организациями частного и публичного секторов, может помочь защитить инвесторов от убытков, вызванных правовой неопределенностью, войной или гражданскими беспорядками, экспроприацией, причинением физического вреда, ограничениями на перевод средств, нарушением договора и т.д.

Унификация формулировок субстантивных обязательств

66. В целях обеспечения единообразия необходимо унифицировать формулировки содержащихся в МИС субстантивных обязательств.

Финансирование третьей стороной (ФТС) — *Финансирование третьей стороной должно быть запрещено. Если такое финансирование не будет запрещено, то во избежание коллизии интересов следует раскрывать информацию о наличии осуществляющей финансирование третьей стороны и сообщать ее идентификационные данные, а также раскрывать соглашение о финансировании и предусмотреть санкции в случае наличия соглашения о неразглашении. В случаях ФТС должно предоставляться обеспечение для покрытия расходов.*

67. Против использования ФТС в исках, связанных с МИС, существуют серьезные политические возражения: так, ФТС может привести к увеличению числа сомнительных исков. С точки зрения страны-респондента, такие надуманные иски — даже если большинство из них будет отклонено — могут отвлечь существенные ресурсы и причинить репутационный ущерб.

68. Поскольку большинство ФТС — это структуры, ставящие целью извлечение прибыли, они не заинтересованы в вопросах существа, передаваемых на рассмотрение арбитражному суду. Следовательно, они будут склонны инвестировать в иски, обладающие потенциалом присуждения крупных сумм. Кроме того, структуры, предоставляющие финансирование, не являются, строго говоря, участниками инвестиционного арбитражного разбирательства, но, предоставляя средства, они получают контроль и экономические полномочия в отношении данного иска. Поэтому они могут влиять на рассмотрение дела и в конечном итоге на результат рассмотрения спора между инвестором и государством-респондентом. Более того, страны, всегда являющиеся ответчиком, не имеют возможности подать встречный иск. Это означает, что ФТС всегда осуществляется принимающей страной — респондентом. По существу, при ФТС за инвестиционное разбирательство платят принимающие страны. Это проблематично, поскольку данные средства поступают за счет налогов. Тем самым возникает серьезный риск того, что ФТС создаст существенное бремя для принимающих стран и повлияет на процесс регулирования.

69. Кроме того, о ФТС в международном инвестиционном арбитраже по-прежнему известно очень мало, в связи с чем в отношении ФТС возникают важные вопросы. Является ли использование ФТС необходимостью или просто решением, принимаемым в контексте корпоративного финансирования? Кто на самом деле обращается к ФТС — мелкие инвесторы или крупные компании? Утверждение о том, что в результате ФТС не появляются более надуманные иски, поскольку структуры, предоставляющие финансирование, перед выдачей средств проводят предварительное обследование, лишь отчасти, как представляется, отражает экономическую реальность. ФТС зачастую входит в портфель исков, позволяющий предоставляющей финансирование структуре действовать более спекулятивно и применять «стратегии диверсификации риска». Существует вполне реальная вероятность увеличения числа международных инвестиционных арбитражных дел, которые могут оказать весьма существенное негативное влияние на принимающие страны — респонденты, в частности на развивающиеся страны.

Обязательства инвестора — *Права инвестора должны зависеть от наличия обязательств инвестора. Без такого баланса инвестиционное законодательство будет односторонним и недемократичным.*

70. В инвестиционное законодательство можно с пользой добавить целый ряд обязательств инвестора. Наиболее актуальное — необходимость поддерживать минимальный уровень экологических и трудовых норм: такие обязательства инвестора должны быть непосредственно указаны в договорах, что будет способствовать созданию международного минимального стандарта.

Надуманые иски

71. Отклонение надуманных исков.

Требования в отношении раскрытия информации и обеспечения для покрытия расходов — Важнейшая информация относительно гражданства инвестора, наличия удовлетворяющей требованиям инвестиции, а также характера и величины заявленного убытка может помочь государствам выявить дефекты исков, позволяющие их досрочно отклонить.

72. Это может дать государствам возможность выявить дефекты в исках, позволяющие их досрочно отклонить.

Убытки — Руководство по вынесению арбитражных решений о возмещении убытков

73. Такое руководство может уменьшить непоследовательность и непредсказуемость в вынесении арбитражных решений.

Правило недопустимости отраженных потерь — Недопустимость исков о возмещении отраженных потерь

74. Следует допускать компенсацию только тех потерь, которые были непосредственно понесены пострадавшей компанией, но не косвенных исков — акционерам следует запретить подачу исков о возмещении потерь, лишь отражающих убытки, понесенные компанией, акционерами которой они являются. Тем самым акционеры смогут подавать иски только в отношении убытков, понесенных компанией, и не смогут заявлять о том, что они понесли убытки в личном качестве в связи с личным правом. Это позволит избежать двойной компенсации. Многие косвенные иски сопряжены со злоупотреблениями, такими как выбор наиболее выгодного судебного органа и параллельные производства.

Множественные иски — Консолидация множественных исков, поданных на основании одного и того же договора.

75. Преимущества — экономия времени и средств, кроме того по делам со схожими фактами обеспечивается вынесение одного решения.

Срок исковой давности

76. Срок исковой давности для подачи исков.

МСИС и апелляционный орган

Как МСИС, так и механизм обжалования могут служить интересам правосудия благодаря введению дополнительной инстанции, позволяющей обеспечить правильность решений, выносимых в рамках УСИГ.

77. В то же время существуют сомнения относительно того, смогут ли они также повысить последовательность в режиме УСИГ и способствовать формированию судебной практики.

78. МСИС потенциально способен создать независимую и законную систему урегулирования споров в связи с инвестиционными соглашениями, однако это будет возможным лишь в том случае, если процесс создания суда будет осуществляться справедливым и нейтральным образом. По сравнению с УСИГ МСИС может улучшить институциональную структуру. Однако такое улучшение не решает проблемы дискриминации и системные проблемы.

79. Преимущество механизма обжалования по сравнению с постоянным инвестиционным судом заключается прежде всего в том, что в политическом плане такой механизм создать проще, чем создавать МСИС. Кроме того, механизм обжалования может работать в сочетании с существующей арбитражной системой в качестве первой инстанции. Такая система могла бы опираться на опыт механизма урегулирования споров Всемирной торговой организации (ВТО), в рамках

которого под руководством Апелляционного органа (АО) ВТО действует система групп, назначаемых по каждому отдельному спору. По сравнению с постоянным судом со штатными судьями, которым придется платить независимо от наличия фактических дел, такая система, наверное, является более экономической.

80. Предложение о создании инвестиционного суда, выдвинутое ЕС, не устраняет ни одну из проблем, связанных с существенным неравноправием и дисбалансом, закрепленными в положениях инвестиционных договоров. Как таковая, система материальных компенсаций будет и впредь побуждать инвесторов и юридические фирмы подавать иски, которыми в противном случае они, возможно, не стали бы заниматься, поскольку система основана на целом ряде плохо сформулированных, неоднозначных МИС, допускающих расширительное толкование.

81. То, в какой степени суд сможет повысить последовательность принимаемых решений, также зависит от применимого права. Если нормативные положения так и будут оставаться в двусторонних договорах, добиться последовательности будет труднее и сохранится риск того, что суд может еще больше расширить сферу охвата гарантий для инвестора на более постоянной основе. В этой связи возникают сомнения в том, что такой суд снизит неопределенность в принятии решений и повысит предсказуемость и правовую определенность для инвесторов и принимающих правительств.

82. Нигде не говорится о том, что инвесторы, прежде чем обращаться в инвестиционный суд, должны сначала исчерпать местные средства судебной защиты или доказать, что национальные суды не могут провести рассмотрение конкретного дела.

83. Кроме того, нет гарантий того, что в результате создания предлагаемого суда не сложится ситуация отказа от правового регулирования. Ввиду таких широких, субстантивных прав возникает риск возникновения финансового бремени, ввиду которого директивные органы будут воздерживаться от принятия мер правового регулирования.

84. Нет упоминания об обязательствах инвестора или о нормативно-правовых документах, из которых такие обязательства могли бы вытекать.

85. Кроме того, не предусмотрено никаких ограничений для доступа инвесторов к этой системе, т.е. иски смогут подавать даже те инвесторы, которые нарушают права своих рабочих или загрязняют окружающую среду. Создание суда это не изменит, и тем самым будет закреплена нынешняя проблематичная система УСИГ.

86. Как МСИС будет взаимодействовать с национальными судами, если потребуется помощь с их стороны? В вопросах национального права МСИС должен быть обязан обращаться к национальным судам принимающего государства. Это не только обеспечит получение надлежащих указаний относительно понимания национального законодательства, но и поможет предотвратить риск того, что соглашение будет признано противоречащим национальному законодательству.

87. Обжалование позволяет суду изменить результат. Каковы будут основания для обжалования? Например, ошибки в праве или в факте — какие другие основания будут приниматься во внимание? Будет ли АО располагать полномочиями для вынесения своего собственного определения в отношении фактов или же все вопросы фактов будут возвращаться в первоначальный трибунал? Будет ли АО располагать полномочиями для вынесения распоряжений относительно обеспечительных мер и предварительных средств защиты для сохранения статус-кво до вынесения определения по апелляции? Сколько судей будет в составе АО? АО потребуются свои собственные правила процедуры, в том числе ограничения по срокам. Его решения должны публиковаться, причем предыдущие решения должны иметь обязательную силу прецедента для последующих дел и

являться источником права для вынесения решений по передаваемым в суд спорам.

88. Учреждение инвестиционного суда повлечет за собой свои собственные проблемы. Для функционирования механизма обжалования и постоянного инвестиционного суда потребуются создать многостороннее учреждение, которое сможет осуществлять надзор за делами по УСИГ независимо от сторон в споре и применимого МИС. Для того чтобы такая система работала, на практике потребуется разработать многосторонний договор об учреждении инвестиционного суда, определяющий его компетенцию. Кроме того, для создания инвестиционного суда потребуется либо адаптировать двусторонние и региональные договоры, предусматривающие в настоящее время согласие на арбитраж, либо создать свой собственный механизм, который будет использоваться государствами. Эти огромные структурные проблемы придется преодолевать.

89. Создание многосторонней судебной системы может также вызывать вопросы в отношении ее собственной легитимности. Отбор судей — кто здесь принимает решения и кто их назначает или избирает? Где будет находиться штаб-квартира такого суда и будут ли у этого учреждения соответствующие привилегии и иммунитеты? Процесс отбора членов трибунала должен быть предметом досконального контроля, учитывая озабоченность, вызванную тем, что арбитры УСИГ, придерживающиеся расширительного толкования, могут повторно оказаться судьями МСИС; процесс назначения должен идти под контролем государств, а не под совместным контролем инвесторов и государств.

90. Как представляется, МСИС дает надежду на переход от модели, при которой решение по делу принимается главным образом судьями, представляющими конкретные стороны в споре, к автономному судебному органу. Очень важны будут механизмы назначения судей, и недавние противоречия в связи с политизацией назначений в АО ВТО являются свидетельством того, насколько сложно выработать процесс назначения, не допускающий возможности господства или манипуляций со стороны государства или государств, стремящихся этот процесс политизировать.

91. Число мест для судей будет, скорее всего, небольшим. Это приведет к конкуренции между различными интересами стран, в ходе которой важную роль в установлении контроля над судом будет играть политическое влияние. Это влияние нужно будет ограничить четкими и прозрачными правилами, чтобы избежать неравенства и предвзятости судей.

92. Сохраняется беспокойство относительно обеспечения разнообразия в составе суда и процессе направления исков судьям. Следует приложить максимум усилий для достижения разнообразия в составе трибуналов: географического, мужчин/женщин и т.д.

93. Независимость судебной власти является важным условием обеспечения доверия и легитимности международных судов и трибуналов. В этих целях необходимо тщательно проанализировать стандарты независимости и беспристрастности судебных органов, чтобы не допустить какой-либо предвзятости со стороны возможных судей МСИС и обеспечить их независимость.

94. Одного лишь объявления о создании нового МСИС недостаточно, чтобы обеспечить правосудие и верховенство права. Учитывая центральное значение исполнения решений для обеспечения общего успеха МСИС, важными соображениями для стран, поддерживающих создание МСИС, будут являться полномочия, которыми будет наделен такой суд, а также то, будут ли его решения иметь обязательную силу и будет ли существовать возможность приведения их в исполнение. Кроме того, будут ли арбитражные решения, вынесенные МСИС, подлежать приведению в исполнение в соответствии с Нью-Йоркской конвенцией или Конвенцией МЦУИС?

95. Большое значение имеют правила процедуры МСИС. МСИС (как суд первой инстанции, так и апелляционный суд) будет выносить важные решения,

касающиеся как частных, так и публичных прав и обязательств. МСИС необходим подробный свод прозрачных правил процедуры. Как минимум, МСИС должен соответствовать следующим критериям: быть нейтральным, действенным, юридически предсказуемым и последовательным в его деятельности по защите системы урегулирования споров и ее применению. Несбалансированные процедурные положения подрывают доверие к нейтральному характеру МСИС и будут противоречить требованиям надлежащего судебного разбирательства, справедливости и правосудия.

96. Многие обеспокоенности, побудившие выдвинуть предложение об учреждении МСИС, связаны с необходимостью обеспечения прозрачности и участия общественности. Необходимы четкие и ясные положения, разрешающие делать содержательные представления, с тем чтобы не ущемить право сторон в споре на проведение упорядоченного и справедливого слушания. Доверие к независимости и беспристрастности МСИС зависит от прозрачности процесса отбора судей. Отбор судей должен производиться на основе прозрачного процесса, в рамках которого учитываются интересы соответствующих заинтересованных сторон. Для обеспечения доверия общественности к МСИС необходимо повышать прозрачность и раскрывать информацию относительно отводов, поданных в отношении членов инвестиционного суда. Для сохранения доверия и независимости следует обеспечить доступ для широкой общественности.

97. Одна из постоянных проблем нынешней системы инвестиционного арбитража состоит в том, что производство и арбитражное решение часто являются конфиденциальными. Так, согласно Регламенту ЮНСИТРАЛ арбитражное решение или материалы производства могут быть опубликованы только с согласия всех сторон, а производство МЦУИС также носит частный характер. В то же время МЦУИС публикует арбитражные решения на своей веб-странице, а многие арбитражные решения по инвестиционным спорам, вынесенные вне МЦУИС, становятся достоянием общественности, когда арбитражное решение обжалуется в национальных судах или когда государству приходится отчитываться о выплате, произведенной на основании арбитражного решения. Остается, однако, проблема, связанная с тем, что арбитражное производство по инвестиционным спорам носит частный характер, тогда как большинство инвестиционных споров по своей сути являются публичными. Арбитражное производство по инвестиционным спорам связано с международным публичным правом — вынесением решения в отношении мер правового регулирования, принятых суверенным государством, — причем арбитражное решение, вынесенное против государства, будет также иметь последствия для граждан этого государства. Ввиду частного характера производства и наличия специальных арбитражных решений общественность не в состоянии составить полное представление об арбитражном производстве и обосновании решений. Страна подотчетна перед своими гражданами, и законность принятых страной мер правового регулирования является вопросом, который представляет публичный интерес и не должен быть конфиденциальным. МСИС придется сделать свое производство открытым для третьих сторон и обнародовать свои решения и их обоснование. Страны могли бы применять в отношении споров Правила ЮНСИТРАЛ о прозрачности, а в тех случаях, когда страны сочтут, что этих Правил недостаточно, они могут развивать эти правила дальше.

98. Для использования суда на экспериментальной основе не обязательно являться его полноправным членом. Суд должен представлять собой форум для урегулирования как межгосударственных споров, так и споров между инвесторами и государством. Использование МСИС для урегулирования споров должно быть добровольным.

99. Предлагаемый МСИС потенциально может стать препятствием на пути реформы прав интеллектуальной собственности. Примером тому является фармацевтическая компания «Эли Лилли» из Соединенных Штатов Америки, которая в рамках арбитражного разбирательства УСИГ предъявила иск на 500 млн канадских долларов, после того как Канада внесла поправки в свое патентное

право, стремясь улучшить доступ к медицинскому обслуживанию. По мнению «Эли Лилли», реформа патентного права в Канаде противоречит соглашению ВТО по торговым аспектам прав интеллектуальной собственности (ТРИПС). Арбитры в инвестиционных спорах, занимающиеся толкованием соглашения ТРИПС и выносящие решения по вопросу о его соблюдении, могли бы изменить динамику толкования, поскольку в вопросах политики инвесторы не столь ограничены, как государства и поскольку существует разница между пониманием прав интеллектуальной собственности как стимула для инноваций и их пониманием как активов.

100. Предлагаемый МСИС создает риск подрыва защиты данных. Иностранные инвесторы смогут использовать МСИС для оспаривания мер по защите данных, принимаемых для регулирования трансграничных потоков данных. Тем самым МСИС создает риск подрыва защиты персональных данных.

101. Предлагаемый МСИС потенциально может воспрепятствовать принятию мер по борьбе с изменением климата. Ввиду изменения климата странам необходимо переходить от использования активов с высоким содержанием углерода к чистой энергетике. Для этого потребуются огромные изменения в инвестициях и принятие публичной политики для поддержки и стимулирования надлежащих инвестиций. УСИГ может подорвать усилия правительств в областях, тесно связанных с безопасной для климата политикой в сфере предупреждения, смягчения последствий и адаптации. Бюджетные средства следует направлять на содействие переходу к чистой энергетике, а не на компенсацию потерь будущих доходов для виновников загрязнения, если они не смогут своевременным и ответственным образом адаптировать свои бизнес-модели.

102. В отличие от национальных правовых систем МСИС предоставил бы инвесторам возможность требовать компенсаций. В итоге государственные реформы стали бы чрезмерно дорогостоящими, страны перестали бы принимать меры правового регулирования, что помешало бы принятию важнейших мер по борьбе с изменением климата. Это еще больше подрывает способность стран проводить реформы и реагировать на кризисы, в том числе на изменение климата.

103. Если принять во внимание потенциальные проблемы, предложение о создании МСИС, как представляется, подразумевает сохранение в неизменном виде многих ключевых аспектов, закрепляя, по сути дела, систему УСИГ. В целом, предложение о создании МСИС представляет собой косметическую реформу, не затрагивающую фундаментальные проблемы системы. По существу, предложение о создании МСИС, как представляется, сохраняет и подтверждает систему УСИГ. Таким образом, создание инвестиционного суда лишь усугубило бы и закрепило бы эту несбалансированную и вредную систему.

104. Нам необходимо в конструктивном духе обсудить реформу УСИГ и связанные с ней задачи, причем обсуждения не должны ограничиваться УСИГ и системой суда, а включать и другие варианты урегулирования споров (например, предупреждение споров, межгосударственные споры и т.д.). Реформа УСИГ должна сопровождаться реформами, касающимися более глубоких субстантивных проблем, вытекающих из положений инвестиционных договоров.

105. В рамках обсуждения реформы УСИГ можно было бы затронуть такие документы, как имеющий обязательную силу договор Организации Объединенных Наций о предпринимательской деятельности и правах человека, чтобы обеспечить последовательный подход к политике, ориентированной на устойчивое развитие. Кроме того, необходимо рассмотреть субстантивные инвестиционные стандарты, используемые в инвестиционных договорах.

106. Учитывая готовность ряда стран изучать различные альтернативные варианты, важно, чтобы в ходе обсуждений по вопросу о реформе УСИГ стороны располагали всей необходимой информацией и чтобы был обеспечен сбалансированный учет интересов всех заинтересованных сторон.

VII. Заключение

107. Южная Африка поддерживает в принципе проведение обсуждений по вопросу о реформе режима УСИГ и создании нового механизма для урегулирования споров, связанных с инвестициями. Отказ от проведения обсуждений по вопросу о реформе чреват серьезными недостатками, поскольку в таком случае не будет рассмотрена ни одна из проблем, вытекающих из нынешнего глобального режима МИС, и страны по-прежнему будут сталкиваться с рисками, создаваемыми МИС в их традиционной форме.

108. Южная Африка согласна с необходимостью нахождения альтернативы традиционному УСИГ в виде более современного и структурированного процесса урегулирования споров — процесса, лучше подходящего для инвестиционных споров, которые связаны с вопросами устойчивого развития и публичной политики и в которых задействованы различные заинтересованные стороны и различные интересы.

109. Странам необходимо в конструктивном духе обсудить реформу УСИГ и связанные с ней задачи, причем обсуждения не должны ограничиваться УСИГ, а включать и другие варианты урегулирования споров (предупреждение споров, межгосударственные споры и т.д.), а также учитывать другие документы, такие как имеющий обязательную силу договор Организации Объединенных Наций о предпринимательской деятельности и правах человека, чтобы обеспечить последовательный подход к политике, ориентированной на устойчивое развитие.

110. Кроме того, любые обсуждения вопросов урегулирования споров должны вестись в более широком контексте с учетом реформирования положений исходных договоров. Любые обсуждения режима УСИГ должны также быть направлены на то, чтобы содействовать остро необходимой разработке всесторонней и всеобъемлющей альтернативы в области связанных с инвестициями споров.

111. Важно отметить, что самой по себе реформы УСИГ недостаточно для того, чтобы решить все проблемы, с которыми сталкивается международный режим инвестиций. Многие проблемы, выявленные на предыдущих этапах, могут быть должным образом решены лишь посредством реформы субстантивных стандартов.

112. Поэтому реформа УСИГ должна сопровождаться реформами в области решения более глубоких субстантивных проблем, вытекающих из положений инвестиционных договоров, которые являются предметом вынесения арбитражных решений и приведения в исполнение в рамках УСИГ. Необходимо рассмотреть субстантивные инвестиционные стандарты, используемые в инвестиционных договорах.

113. Аналогичным образом, достичь полного единообразия будет невозможно, если будут сохраняться многие тысячи МИС. Для достижения лучшего баланса, обеспечения большего единообразия и создания в целом более легитимного международного инвестиционного режима также потребуются реформировать существо инвестиционных договоров и пересмотреть форму, в которой они заключаются.

114. Ряд стран готовы рассмотреть различные альтернативы традиционной модели УСИГ. Согласование новых договоров, включающих УСИГ, идет вразрез с решением некоторых стран реформировать или расторгнуть эти соглашения, чтобы защитить свое право принимать меры правового регулирования. Поэтому важно, чтобы в ходе обсуждений по вопросу о реформе УСИГ стороны располагали всей необходимой информацией и чтобы был обеспечен сбалансированный учет интересов всех заинтересованных сторон.