



Генеральная Ассамблея

Distr.: Limited
16 January 2020
Russian
Original: English

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

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

Многосторонний инструмент по реформированию УСИГ

Записка Секретариата

Содержание

	<i>Стр.</i>
I. Введение	2
II. Многосторонний инструмент по реформированию УСИГ	3
A. Возможная структура многостороннего инструмента	3
1. Рамочная основа для осуществления нескольких вариантов реформ	3
2. Гибкая правовая основа	5
B. Связь между многосторонним документом и международными инвестиционными договорами	7
1. Действующие и/или будущие международные инвестиционные договоры	7
2. Возможная модель применения к действующим международным инвестиционным договорам	7
3. Наглядные примеры различных возможных ситуаций	9
C. Вопросы для рассмотрения	11



I. Введение

1. На своих тридцать четвертой — тридцать седьмой сессиях Рабочая группа провела работу по возможному реформированию системы урегулирования споров между инвесторами и государствами (УСИГ) на основе мандата, предоставленного ей Комиссией на ее пятидесятой сессии в 2017 году¹. На этих сессиях Рабочая группа определила и обсудила вызывающие беспокойство проблемы в области УСИГ и пришла к выводу о целесообразности реформирования данной системы в свете выявленных проблем.
2. На своей тридцать восьмой сессии Рабочая группа согласовала график осуществления проекта по рассмотрению вариантов реформы (A/CN.9/1004, пункты 16–27 и 104)².
3. Кроме того, Рабочая группа обратилась к Секретариату с просьбой провести подготовительную работу в отношении возможных средств реализации вариантов реформы и, в этом контексте, подготовить документ о многостороннем документе по реформированию системы УСИГ (A/CN.9/1004, пункт 104). Соответственно, цель настоящей записки заключается в том, чтобы представить основные вопросы, связанные с разработкой многостороннего документа по реформированию системы УСИГ, указав, каким образом можно было бы структурировать такой документ, чтобы отразить в нем разные варианты реформирования, которые будут разработаны Рабочей группой (A/CN.9/1004, пункты 101 и 104). Поэтому в настоящей записке основное внимание уделяется не вариантам реформы, а их осуществлению с помощью единого инструмента, который служил бы для этой цели общим правовым основанием.
4. Как и в случае с другими документами, представляемыми Рабочей группой, настоящая записка подготовлена с использованием опубликованной информации по этой тематике³, и не преследует цели высказать мнение относительно возможных вариантов реформы и их осуществлению, поскольку этот вопрос должен быть рассмотрен самой Рабочей группой.

¹ *Официальные отчеты Генеральной Ассамблеи, семьдесят вторая сессия, Дополнение № 17 (A/72/17)*, пункты 263 и 264. Ход обсуждений и принятые решения Рабочей группы на ее тридцать четвертой — тридцать седьмой сессиях изложены в документах A/CN.9/930/Rev.1 и добавлении к нему, A/CN.9/935, A/CN.9/964 и A/CN.9/970, соответственно.

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

³ Настоящая записка подготовлена с учетом целого ряда опубликованных материалов по данной теме, включая: исследование ЦУМС «Can the Mauritius Convention serve as a model for the reform of investor-State arbitration in connection with the introduction of a permanent investment tribunal or an appeal mechanism? Analysis and roadmap», Section VII, pp.75–93, by Gabrielle Kaufmann-Kohler and Michele Potestà («доклад ЦУМС»), размещено по адресу https://uncitral.un.org/sites/uncitral.un.org/files/media-documents/uncitral/en/cids_research_paper_mauritius.pdf; Designing Investment Dispute Settlement à la carte: Insights from Comparative Institutional Design Analysis, by Stephan W. Schill and Geraldo Vidigal, University of Amsterdam, доступно по адресу https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=3519259; UNCITRAL and ISDS Reform: Visualising a Flexible Framework, by Anthea Roberts and Taylor St. John, EJIL: Talk 24 October 2019; см. также библиографические ссылки, опубликованные Научным форумом и размещенные в разделе «Additional resources» по адресу http://www.uncitral.org/uncitral/en/publications/online_resources_ISDS.html и <https://www.jus.uio.no/pluricourts/english/projects/leginvest/academic-forum/> и <http://bit.ly/isds-academic-forum>.

II. Многосторонний инструмент по реформированию УСИГ

A. Возможная структура многостороннего инструмента

1. Рамочная основа для осуществления нескольких вариантов реформ

Представленные материалы

5. Рабочая группа, возможно, пожелает вновь обратить внимание на принятое ею решение, что на третьем этапе выполнения своего мандата она обсудит, проанализирует и разработает одновременно несколько потенциальных решений по реформированию (A/CN.9/970, пункт 81). В рамках подготовки к обсуждениям на третьем этапе осуществления мандата правительства препроводили свои предложения относительно проведения реформы («представления»). В представлениях предлагаются самые разные варианты реформ. Они изложены в документе A/CN.9/WG.III/WP.166 и добавлении к нему.

6. В некоторых представлениях рассматриваются не только варианты реформы, но и способы их осуществления⁴, что подчеркивает необходимость применения последовательного и гибкого подхода к реформе системы УСИГ в целом, который позволил бы каждому государству выбирать, будет ли оно и в какой мере осуществлять соответствующие варианты реформы.

7. Как указано в представлениях, реформу можно было бы провести, например, на основе многостороннего документа. Он позволил бы охватить и объединить разные варианты реформы в рамках одного многостороннего механизма⁵. Такой документ мог бы выполнять функцию проводника различных вариантов реформ, предлагаемых государствам для осуществления, способствуя тем самым обеспечению правовой определенности и согласованности в рамках УСИГ. В одном из представлений также подчеркивается необходимость обеспечения с помощью многостороннего документа применимости реформы к спорам, возникающим в рамках большого массива действующих и будущих международных инвестиционных договоров⁶.

8. В некоторых представлениях предлагается проект многостороннего договора, содержащий «блоки», которые следует рассматривать как часть минимальных стандартов⁷, а также основные и опциональные элементы. В одном из представлений предлагается не охватывать в таком документе вопросы существа, а рассматривать только процедурные вопросы⁸.

9. В одном из представлений предусматривается разработка документа, учреждающего постоянный многосторонний суд первой инстанции и апелляционный суд, а также особое уведомление («выражение согласия») о распространении юрисдикции постоянного механизма на тот или иной действующий или будущий международный инвестиционный договор. В нем также предлагается применять открытый подход к осуществлению этого варианта реформы, позволяющий государствам либо использовать постоянный механизм как таковой, либо ограничивать его использование, например, применяя его только

⁴ К числу представлений, в которых рассматривается осуществление нескольких вариантов реформы, относятся следующие: A/CN.9/WG.III/WP.159/Add.1 — представление Европейского союза и его государств-членов; A/CN.9/WG.III/WP.173 — представление правительства Колумбии; и A/CN.9/WG.III/WP.175 — представление правительства Эквадора; см. также A/CN.9/WG.III/WP.182 — представление правительств Израиля, Мексики, Перу, Чили и Японии, в котором предлагается осуществление вариантов реформы с помощью подхода с использованием «набора».

⁵ См., в частности, A/CN.9/WG.III/WP.173 — представление правительства Колумбии.

⁶ A/CN.9/WG.III/WP.159/Add.1 — представление Европейского союза и его государств-членов, пункт 35.

⁷ A/CN.9/WG.III/WP.173 — представление правительства Колумбии, пункт 29.

⁸ A/CN.9/WG.III/WP.175 — представление правительства Эквадора, пункты 28–33.

к урегулированию межгосударственных споров или действуя только апелляционный механизм⁹.

10. В другом представлении предлагается выработать подход с использованием «набора», направленный на разработку набора соответствующих решений, которые могут отличаться по форме. После разработки такого набора государства могли бы включить одно или несколько из предлагаемых положений полностью или в предпочтительном для государств сочетании в свои международные инвестиционные договоры с учетом своих собственных политических и стратегических задач и интересов¹⁰.

Возможная архитектура

11. С учетом нынешних предложений по реформе, содержащихся в представлениях¹¹, только в качестве наглядного примера и без ущерба для окончательных результатов тех вариантов реформы, которые Комиссия решит реализовать, многосторонний документ мог бы позволять государствам выбирать те варианты реформы, которые они сочтут предпочтительными, включая как процедурные инструменты, так и различные формы механизмов УСИГ.

12. Рабочая группа, возможно, пожелает рассмотреть возможность разработки многостороннего документа таким образом, чтобы он способствовал обеспечению большей согласованности и последовательности тех норм, которые будут являться общими. В таком случае необходимо будет определить такие общие нормы.

13. Рабочая группа, возможно, пожелает принять решение по вопросу о целесообразности охвата в многостороннем документе всех вариантов реформ¹², независимо от их формы, с учетом того, что большинство предложений по реформированию — если не все из них — могут потребовать разработки специальных положений или приложений, таких как руководящие принципы, типовые положения, документы договорного характера (например, правила) и конвенции (например, уставы постоянных органов).

14. Вопрос непосредственно об архитектуре многостороннего документа следует рассматривать после того, как будет достигнута ясность в отношении тех вариантов реформы, которые будут осуществляться. Вместе с тем Рабочая группа, возможно, пожелает уже сейчас признать, что многосторонний документ будет направлен на обеспечение правовой основы для осуществления различных вариантов реформы. Действительно, этот документ мог бы включать в себя конкретные положения и приложения, касающиеся различных вариантов реформы, а также предусматривать подготовку протоколов для учета возможных изменений. Также в этом документе можно было бы предусмотреть создание многостороннего учреждения по урегулированию инвестиционных споров, которое позволяло бы государствам выбирать различные режимы для применения этим учреждением к урегулированию споров (реформированный механизм арбитража по спорам между инвесторами и государствами, межгосударственный арбитраж, многосторонний постоянный механизм, внутренние средства правовой защиты). По мнению сторонников этой структуры, наличие такого учреждения позволило бы объединить нынешние разрозненные правовые механизмы в рамках единой институциональной структуры, сохранив при этом за государствами право на гибкий подход к урегулированию споров и обеспечив учет различных предпочтений, касающихся порядка урегулирования инвестиционных

⁹ A/CN.9/WG.III/WP.159/Add.1 — представление Европейского союза и его государств-членов, пункт 39; см. также пункты 35–37.

¹⁰ A/CN.9/WG.III/WP.182 — представление правительств Израиля, Мексики, Перу, Чили и Японии, с.2 и приложение.

¹¹ Обзор вариантов реформы приводится в документе A/CN.9/WG.III/WP.166.

¹² A/CN.9/WG.III/WP.166 и A/CN.9/WG.III/WP.166/Add.1.

споров¹³. Для этого может потребоваться тщательное изучение взаимосвязи между новым учреждением и уже существующими, такими как Международный центр по урегулированию инвестиционных споров (МЦУИС) и Постоянная палата третейского суда (ППТС).

2. Гибкая правовая основа

15. Можно было бы предусмотреть, что многосторонний документ как правовая основа мог бы позволять государствам, являющимся его участниками, сохранять за собой право проведения реформы по своему выбору. Такой подход позволил бы сторонникам различных моделей участвовать в создании реформированного механизма УСИГ, обеспечив тем самым максимально возможное широкое участие государств в такой реформе.

16. В этом контексте можно было бы предусмотреть разные решения. Если в этом документе будут предусматриваться различные механизмы урегулирования споров, например арбитражное разбирательство по спорам между инвесторами и государствами, урегулирование межгосударственных споров и многосторонний постоянный механизм, то можно было бы разработать открытую архитектуру. Например, государствам можно было бы предоставить возможность выбирать для урегулирования споров, стороной которых они являются: i) только «реформированное» арбитражное разбирательство по спорам между инвесторами и государствами; ii) только некоторые аспекты «реформированного» арбитражного разбирательства по спорам между инвесторами и государствами (например, кодекс поведения или некоторые новые механизмы отбора и назначения арбитров, их отвода или определенные процедуры, такие как отклонение необоснованных требований или ускоренное разбирательство); iii) только многосторонний постоянный механизм; iv) только урегулирование межгосударственных споров; v) многосторонний постоянный механизм или его отдельные элементы, а также арбитражное разбирательство по спорам между инвесторами и государствами или его отдельные элементы, что представляет собой смешение различных вариантов реформы.

17. Полезной моделью для рассмотрения в этом отношении является Конвенция Организации Объединенных Наций по морскому праву (КООНМП)¹⁴, которая позволяет договаривающимся сторонам определять, какой способ урегулирования споров в принципе может быть принят. В соответствии с пунктом 1 статьи 287 при подписании, ратификации КООНМП или присоединении к ней государство «может выбрать» одно или более из следующих различных институциональных средств урегулирования споров: Международный трибунал по морскому праву (МТМП), Международный Суд (МС) или арбитражный суд, образованный в соответствии с Приложением VII к КООНМП. Последний вариант также является стандартным механизмом в отсутствие соответствующего заявления Договаривающихся сторон¹⁵. В контексте вариантов реформы УСИГ аналогичный подход позволил бы государствам, возможно, сочетать различные процедуры урегулирования спора и предоставлять их в распоряжение потерпевших инвесторов и другой Стороны.

18. Гибкость, позволяющая государствам корректировать свой уровень участия в новых реформах, может быть также обеспечена с помощью оговорок или

¹³ Designing Investment Dispute Settlement à la carte: Insights from Comparative Institutional Design Analysis, by Stephan W. Schill and Geraldo Vidigal, University of Amsterdam.

¹⁴ Конвенция Организации Объединенных Наций по морскому праву, принятая 10 декабря 1982 года, вступила в силу 16 ноября 1994 года, 1833 UNTS 397 (КООНМП).

¹⁵ КООНМП, подпункты (a)–(c) пункта 1 статьи 287; В пунктах 3–4 статьи 287 предусматривается, что в случае, если стороны в споре сделали одинаковые заявления и приняли одну и ту же процедуру для урегулирования спора, то эта процедура становится обязательной для сторон (что не препятствует, однако, принятию сторонами ad hoc решения об урегулировании спора с помощью другого механизма). В отсутствие одинаковых заявлений применяется стандартный механизм — арбитраж в соответствии с Приложением VII к КООНМП.

заявлений. Они позволили бы учесть конкретные интересы, например, желание государства не отказываться от арбитражных разбирательств по спорам между инвесторами и государствами и согласиться при этом также на то, чтобы предусмотреть альтернативные варианты, такие как арбитражные разбирательства по спорам между инвесторами и государствами в сочетании с апелляционным механизмом и/или с использованием услуг консультативного центра.

19. В отношении оговорок полезным наглядным примером мог бы служить перечень оговорок, допускаемых в соответствии со статьей 3 Конвенции Организации Объединенных Наций о прозрачности в контексте арбитражных разбирательств по спорам между инвесторами и государствами на основе международных договоров («Маврикийская конвенция о прозрачности»)¹⁶. Эти оговорки предусматривают исключение конкретного международного инвестиционного договора, исключение проведения арбитража по конкретному арбитражному регламенту и исключение механизма «одностороннего предложения о применении», упоминаемого в пункте 2 статьи 2 Конвенции. Применительно к многостороннему документу аналогичные оговорки позволят государствам-участникам исключить конкретные международные инвестиционные договоры из сферы охвата реформ, исключить некоторые варианты реформы в области арбитражных разбирательств по спорам между инвесторами и государствами и позволят государству-участнику применять новые варианты механизмов урегулирования споров на основе взаимности.

20. В рамках многостороннего документа можно было бы также предусмотреть возможность делать заявления, например, государствам-участникам можно было бы разрешить делать заявление о том, является ли тот или иной реформированный механизм урегулирования споров дополнительным (дополняющим действующие положения о спорах между государствами и инвесторами в их международных инвестиционных договорах) или единственным (полностью заменяющим такие положения).

21. В случае, если государство-участник не делает такого заявления, следует предусмотреть стандартное правило. Например, можно было бы предусмотреть, что государство-участник, которое не делает заявление, будет считаться выбравшим тот или иной определенный механизм урегулирования споров. Кроме того, в многостороннем документе необходимо будет прописать стандартное решение для ситуации, когда заявления государств-участников международного инвестиционного договора, являющихся также участниками многостороннего документа, не совпадают. Например, можно было бы установить, что в случае, если государства-участники делают разные заявления, спор может быть передан на рассмотрение в соответствии с действующими правилами урегулирования споров. Такой подход будет способствовать принятию решения, которое в наименьшей степени отходит от нынешней структуры УСИГ, а также обеспечит правовую определенность. Также можно, конечно, предусмотреть и возможность принятия обратного решения, предусматривающего, что в случае несовпадения заявлений будут преобладать определенные варианты реформы. Альтернатива одинаковым заявлениям государства инвестора и принимающего государства об одном и том же способе урегулирования споров могла бы заключаться в том, чтобы отдать предпочтение механизму, выбранному принимающим государством, поскольку это позволило бы государствам сохранить применение своей собственной политики в отношении УСИГ.

22. И напротив, в отсутствие возможности сделать заявление, варианты реформы в многостороннем документе могли бы автоматически заменять существующие процедуры урегулирования споров.

¹⁶ См. резолюцию 69/116 Генеральной Ассамблеи от 10 декабря 2014 года. Дополнительную информацию см. по адресу: <https://uncitral.un.org/en/texts/arbitration/conventions/transparency> и <https://www.uncitral.org/transparency-registry/registry/index.aspx>.

В. Связь между многосторонним документом и международными инвестиционными договорами

1. Действующие и/или будущие международные инвестиционные договоры

23. Рабочая группа, возможно, пожелает рассмотреть возможность охвата в многостороннем документе как действующих, так и будущих международных инвестиционных договоров. В отсутствие разграничения по времени такой подход в большей мере способствовал бы обеспечению единообразия нового режима урегулирования споров.

24. Кроме того, такой подход избавил бы государства от бремени проведения потенциально сложных и длительных процедур внесения поправок, предусмотренных их многочисленными действующими инвестиционными договорами. Этот документ действительно мог бы позволить напрямую проводить реформы применительно к действующим инвестиционным договорам.

2. Возможная модель применения к действующим международным инвестиционным договорам

25. В представлениях рассматриваются возможные модели для разработки документа о реформе УСИГ, который мог бы применяться к действующим международным инвестиционным договорам (см. также [A/CN.9/1004](#), пункт 101). К числу этих моделей относятся, в частности, Маврикийская конвенция о прозрачности¹⁷ и Многосторонняя конвенция ОЭСР по выполнению мер, относящихся к налоговым соглашениям, в целях противодействия размыванию налоговой базы и выводу прибыли из-под налогообложения (МД)¹⁸. Эти документы кратко представлены ниже.

Конвенция Организации Объединенных Наций о прозрачности в контексте арбитражных разбирательств между инвесторами и государствами на основе международных договоров (Маврикийская конвенция о прозрачности)

26. В 2013 году ЮНСИТРАЛ приняла Правила о прозрачности в контексте арбитражных разбирательств по спорам между инвесторами и государствами на основе международных договоров («Правила о прозрачности») вместе с новым пунктом 4 статьи 1 Арбитражного регламента ЮНСИТРАЛ (в редакции 2010 года)¹⁹. Правила о прозрачности, вступившие в силу 1 апреля 2014 года, представляют собой свод процессуальных правил, предусматривающих обеспечение прозрачности и доступности арбитража по спорам между инвесторами и государствами на основе международных договоров для общественности. Правила о прозрачности применяются к спорам, связанным с международными инвестиционными договорами, заключенными 1 апреля 2014 года или позднее, когда арбитражное разбирательство по спорам между инвесторами и государствами возбуждается в соответствии с Арбитражным регламентом ЮНСИТРАЛ, если только стороны международного инвестиционного договора не договорились об ином²⁰. Правила о прозрачности применяются к спорам, связанным с международными инвестиционными договорами, заключенными до 1 апреля 2014 года, когда стороны соответствующего международного инвестиционного договора (т.е. государства или региональные организации экономической

¹⁷ См. резолюцию 69/116 Генеральной Ассамблеи от 10 декабря 2014 года. Дополнительную информацию см. по адресу: <https://uncitral.un.org/en/texts/arbitration/conventions/transparency> и <https://www.uncitral.org/transparency-registry/registry/index.aspx>.

¹⁸ Подробнее см. <https://www.oecd.org/tax/treaties/multilateral-convention-to-implement-tax-treaty-related-measures-to-prevent-beps.htm>.

¹⁹ Официальные отчеты Генеральной Ассамблеи, шестьдесят восьмая сессия, Дополнение № 17 (A/68/17), глава III и приложения I и II.

²⁰ Правила о прозрачности, пункт 1 статьи 1.

интеграции)²¹ или стороны в споре (т.е. инвестор и государство или региональная организация экономической интеграции) договариваются об их применении²².

27. После принятия Правил о прозрачности ЮНСИТРАЛ подготовила конвенцию, призванную облегчить применение Правил о прозрачности примерно к 3 000 международных инвестиционных договоров, заключенных до вступления Правил о прозрачности в силу, предоставив тем самым государствам эффективный механизм применения Правил о прозрачности к своим действующим международным инвестиционным договорам, если они того пожелают²³. Действительно, Маврикийская конвенция о прозрачности является тем инструментом, с помощью которого стороны международных инвестиционных договоров, заключенных до 1 апреля 2014 года, выражают свое согласие на применение Правил о прозрачности к арбитражным разбирательствам по спорам, вытекающим из этих договоров.

28. Маврикийская конвенция о прозрачности позволяет применять Правила о прозрачности ко всем действующим двусторонним, региональным и многосторонним международным инвестиционным договорам на всех имеющихся арбитражных площадках, если и государство-ответчик и государство происхождения инвестора являются Договаривающимися сторонами Маврикийской конвенции или, в качестве альтернативы, если инвестор (в качестве истца) принимает одностороннее предложение государства-ответчика о применении Правил о прозрачности. По сути, «принятый в Маврикийской конвенции подход» можно охарактеризовать как внедрение основных стандартов прозрачности, закрепленных в Правилах о прозрачности, в режимы отдельных договоров на основании одного многостороннего документа. В нем предусмотрен гибкий режим, поскольку он предусматривает возможность выдвижения договаривающимися сторонами определенного числа оговорок (см. выше пункт 19).

Многосторонняя конвенция ОЭСР по выполнению мер, относящихся к налоговым соглашениям, в целях противодействия размыванию налоговой базы и выводу прибыли из-под налогообложения («МД»)

29. Многосторонняя конвенция ОЭСР по выполнению мер, относящихся к налоговым соглашениям, в целях противодействия размыванию налоговой базы и выводу прибыли из-под налогообложения («МД»)²⁴ призвана модифицировать международные договоры о налогообложении между двумя или несколькими участниками МД, если эти налоговые договоры были зарегистрированы обеими

²¹ Правила о прозрачности, подпункт (b) пункта 2 статьи 1. Для многосторонних международных инвестиционных договоров достаточно, чтобы государство истца и государство-ответчик пришли к соответствующему соглашению.

²² Правила о прозрачности, подпункт (a) пункта 2 статьи 1.

²³ *Официальные отчеты Генеральной Ассамблеи, шестьдесят восьмая сессия, Дополнение № 17 (A/68/17), пункт 127.*

²⁴ Многосторонняя конвенция по выполнению мер, относящихся к налоговым соглашениям, в целях противодействия размыванию налоговой базы и выводу прибыли из-под налогообложения («Многосторонний документ» или «МД»). Организация экономического сотрудничества и развития (ОЭСР). <https://www.oecd.org/tax/treaties/multilateral-convention-to-implement-tax-treaty-related-measures-to-prevent-beps.htm>. OECD (2015), *Developing a Multilateral Instrument to Modify Bilateral Tax Treaties, Action 15 – 2015 Final Report*, OECD/G20 Base Erosion and Profit Shifting Project, OECD Publishing. См. также подготовленное ОЭСР исследование, озаглавленное «Developing a Multilateral Instrument to Modify Bilateral Tax Treaties» («Разработка многостороннего документа для модификации двусторонних налоговых международных договоров» («Исследование ОЭСР»)), в котором отмечается, что в ряде случаев, государства принимали многосторонние конвенции, с тем чтобы внедрить общие международные нормы и стандарты и, таким образом, добиться единообразия в системе двусторонних договоров, например, в области выдачи (ОЭСР (2015), с. 31, пункт 14). Исследование сопровождается приложением А, в котором отражена работа рабочей группы в составе из экспертов по договорному праву, и дается представление о вопросах договорного права, которые будут актуальны в этом контексте (см. ОЭСР (2015), с. 29 и далее).

договаривающимися юрисдикциями как соглашение, на которое они хотели бы распространить действие МД²⁵. МД действует не как протокол о поправках к определенному существующему международному договору, напрямую изменяющий текст международных договоров о налогообложении. Вместо этого, МД применяется параллельно с действующими международными налоговыми договорами, изменяя их применение с целью реализовать меры по предотвращению размывания налоговой базы и вывода прибыли из-под налогообложения (РБВП)²⁶.

30. МД является гибким инструментом. Он позволяет каждой Договаривающейся стороне указывать налоговые соглашения, к которым применяется МД. Кроме того, МД предусматривает альтернативы для удовлетворения требований тех положений, которые отражают минимальные стандарты, не отдавая предпочтение тому или иному определенному способу выполнения таких стандартов. В случае, если какое-либо основное положение не отражает минимальный стандарт, Договаривающаяся сторона может отказаться от этого положения. МД предусматривает ряд альтернатив или факультативных положений, которые каждая из договаривающихся сторон может избрать для применения²⁷.

Оговорки о совместимости или коллизионные оговорки

31. Рабочая группа, возможно, пожелает рассмотреть вопрос о том, что связь между многосторонним документом и заключенными ранее международными инвестиционными договорами может быть установлена с помощью оговорок о совместимости или коллизионных оговорок. Например, в многостороннем документе можно было бы предусмотреть, что варианты реформирования системы урегулирования споров будут считаться включенными в положения об урегулировании споров между инвесторами и государствами, содержащиеся в действующих международных инвестиционных договорах, заключенных государствами-участниками многостороннего документа, на условиях их реализации, изложенных непосредственно в многостороннем документе.

3. Наглядные примеры различных возможных ситуаций

32. Рабочая группа, возможно, пожелает рассмотреть вопрос о применении многостороннего документа к международным инвестиционным договорам при различных сценариях, когда стороны этих документов необязательно участвуют в обоих документах.

²⁵ Note by the OECD Directorate of Legal Affairs. Multilateral Convention to Implement Tax Treaty Related Measures to Prevent Base Erosion and Profit Shifting (“Multilateral Instrument” or “MLI”). The Organization for Economic Cooperation and Development (OECD). (Записка Юридического директората ОЭСР. Многосторонняя конвенция по выполнению мер, относящихся к налоговым соглашениям, в целях противодействия размыванию налоговой базы и выводу прибыли из-под налогообложения («Многосторонний документ» или «МД»). Организация экономического сотрудничества и развития (ОЭСР).) <https://www.oecd.org/tax/treaties/legal-note-on-the-functioning-of-the-MLI-under-public-international-law.pdf>.

²⁶ Explanatory Statement to the Multilateral Convention to Implement Tax Treaty Related Measures to Prevent Base Erosion and Profit Shifting. The Organization for Economic Cooperation and Development (OECD). (Заявление с пояснением к Многосторонней конвенции ОЭСР по выполнению мер, относящихся к налоговым соглашениям, в целях противодействия размыванию налоговой базы и выводу прибыли из-под налогообложения («МД»). Организация экономического сотрудничества и развития (ОЭСР).) <https://www.oecd.org/tax/treaties/explanatory-statement-multilateral-convention-to-implement-tax-treaty-related-measures-to-prevent-BEPS.pdf>.

²⁷ A/CN.9/WG.III/WP.173 — представление правительства Колумбии.

- i) *Принимающее государство в лице ответчика и государство инвестора являются участниками и инвестиционного договора и многостороннего документа*

33. При таком сценарии многосторонний инструмент изменит действие инвестиционного договора между этими двумя государствами, в результате чего инвестор сможет воспользоваться реформированным механизмом УСИГ, который будет создан в результате такого изменения. Такой подход также упоминается в одном из представлений²⁸.

- ii) *Принимающее государство в лице ответчика является участником многостороннего документа, тогда как государство инвестора таковым не является*

34. Такая ситуация учитывается в пункте 2 статьи 2 Маврикийской конвенции о прозрачности, предусматривающем «одностороннее предложение о применении», в соответствии с которым Правила о прозрачности применяются также в том случае, если инвестор из государства, не являющегося участником многостороннего документа, согласится на их применение. Поэтому вопрос заключается в том, можно ли применить такой механизм к вариантам реформы, охватываемым многосторонним документом.

35. В соответствии с общим принципом *pacta tertiis* на государство-участник не может распространяться действие того изменения, на которое оно не давало согласия. Поэтому реформы УСИГ не могут быть распространены на сторону международного инвестиционного договора, не являющуюся стороной многостороннего документа, без ее согласия. Поскольку первоначальные варианты арбитража, предусмотренные международным инвестиционным договором, не будут затронуты, инвестор по-прежнему будет иметь право ими воспользоваться. Здесь возникает вопрос о том, будет ли инвестор иметь право использовать, в дополнение к этим существующим вариантам, варианты реформы, предусмотренные в многостороннем документе, опираясь на одностороннее предложение принимающего государства в лице ответчика, сделанное на основании многостороннего документа.

- iii) *Государство инвестора является участником многостороннего документа, тогда как принимающее государство в лице ответчика таковым не является*

36. Для того чтобы в такой ситуации можно было использовать варианты реформы, инвестору необходимо будет заручиться согласием государства-ответчика. Если такое согласие будет предоставлено по принципу *ad hoc*, то, по всей видимости, никаких препятствий для применения вариантов реформы не будет, поскольку оба государства будут считаться согласившимися на их применение. Ситуация в пункте (iii) отличается от ситуации в пункте (iii) тем, что не влечет за собой изменения международного инвестиционного договора. При ней просто обеспечивается применение системы урегулирования споров к одному конкретному спору.

²⁸ A/CN.9/WG.III/WP.159/Add.1 — Представление Европейского союза и его государств-членов, пункт 35, в котором предусматривается, что «крайне важно, чтобы постоянный механизм имел возможность выносить решения по спорам, возникающим в рамках большого массива действующих и будущих соглашений. Это будет обеспечиваться сочетанием 1) актов присоединения к документу об учреждении постоянного механизма с 2) конкретными уведомлениями («выражениями согласия») относительно распространения юрисдикции постоянного механизма на то или иное существующее или будущее соглашение. Получив такое уведомление от договаривающихся сторон конкретного соглашения, являющихся одновременно сторонами документа об учреждении постоянного механизма, постоянный механизм берет на себя разрешение споров, возникающих из этого соглашения. В соглашения, заключенные после учреждения постоянного механизма, могут включаться положения, наделяющие этот механизм необходимой юрисдикцией или, как указано выше, такие положения могут быть добавлены впоследствии.».

- iv) *Ни принимающее государство в лице ответчика, ни государство инвестора не являются сторонами многостороннего документа*

37. Если государства желают поощрить использование определенных вариантов реформы, то они могли бы включить в многосторонний документ положение, в соответствии с которым этот документ не наносит ущерба применению новой реформированной системы УСИГ в том случае, если стороны в споре соглашаются ее использовать. Возможно, следует отметить, что стороны в споре могли бы договариваться о ее использовании и в отсутствие такого положения в многостороннем документе.

С. Вопросы для рассмотрения

38. Исходя из вышеизложенного и с учетом нынешнего предварительного этапа рассмотрения возможных вариантов реформы Рабочая группа, возможно, пожелает отметить, что целесообразно разработать многосторонний документ, позволяющий осуществлять реформы на согласованной и гибкой основе.

39. К числу вопросов, требующих рассмотрения, относятся следующие вопросы:

i) следует ли включить в многосторонний документ основные положения или минимальные стандарты, которые должны принять все его участники? Если да, то какие аспекты следует рассматривать в таких основных положениях или минимальных стандартах, чтобы создать приемлемый многосторонний правовой документ?

ii) должен ли этот документ применяться как к действующим, так и к будущим международным инвестиционным договорам?

iii) какими руководящими принципами надлежит руководствоваться для определения тех вариантов реформы, которые следует включить в многосторонний документ? Например, должен ли характер документа иметь определяющее значение для осуществления конкретного варианта реформы?

iv) исходя из предположения о том, что многосторонний документ будет охватывать различные варианты реформы, следует ли предусмотреть возможность сочетания разных вариантов? Каким образом будет осуществляться процедура согласия на те или иные варианты реформы или отказа от них? Должен ли этот документ предусматривать гибкий подход, позволяющий государствам-участникам с течением времени присоединяться к определенным вариантам реформы?

v) какая форма многостороннего инструмента была бы наиболее подходящей для обеспечения согласованной и относительно легкой для использования и понимания пользователями реформированной системы УСИГ?

40. В связи с последним вопросом Рабочая группа, возможно, пожелает принять к сведению предложения, содержащиеся в недавно представленных комментариях, касающихся осуществления вариантов реформы системы УСИГ. Одно из предложений заключается в разработке многостороннего документа по образцу Маврикийской конвенции о транспарентности и МД²⁹. Также предлагается создать на основе многостороннего документа учреждение по урегулированию инвестиционных споров, которое обеспечило бы многостороннюю институциональную основу для разрешения споров, что позволило бы государствам выбирать различные режимы для урегулирования споров этим учреждением (см. выше пункт 14)³⁰.

²⁹ Доклад ЦУМС.

³⁰ *Designing Investment Dispute Settlement à la carte: Insights from Comparative Institutional Design Analysis*, by Stephan W. Schill and Geraldo Vidigal, University of Amsterdam.