



**Конференция Организации
Объединенных Наций
по торговле и развитию**

Distr.: General
17 December 2014
Russian
Original: English

Совет по торговле и развитию
Комиссия по инвестициям,
предпринимательству и развитию
Совещание экспертов по теме:
"Трансформация режима международных
инвестиционных соглашений:
перспективы на будущее"
Женева, 25–27 февраля 2015 года
Пункт 3 предварительной повестки дня

**Трансформация режима международных
инвестиционных соглашений**

Записка секретариата

Резюме

В развитии режима международных инвестиционных соглашений (МИС) наступил критический момент. С каждым годом число заключаемых МИС неуклонно возрастает, равно как и количество исков, возбуждаемых в рамках механизмов по урегулированию споров между инвесторами и государством (УСИГ), которые содержатся во многих из этих соглашений. Эти споры порождают ряд важных вопросов, таких как интерпретация нередко довольно широких и расплывчатых положений этих соглашений и то пространство для маневра в политике, которое они делают для стран недоступным или которое они позволяют им сохранить. По мере возникновения этих вопросов расширяются рамки обсуждения заинтересованными сторонами роли и последствий режима МИС. С одной стороны, МИС по-прежнему рассматриваются в качестве важного инструмента политики, который служит интересам защиты и привлечения прямых иностранных инвестиций (ПИИ), способствуя формированию стабильного и предсказуемого делового климата. Вместе с тем существует широкое совпадение мнений в отношении необходимости реформы как сети МИС, так и системы урегулирования споров.

GE.14-24600 (R) 150115 150115



* 1 4 2 4 6 0 0 *

Просьба отправить на вторичную переработку



В настоящей справочной записке рассматривается ряд вопросов, связанных с трансформацией режима МИС: тенденции в области МИС и УСИГ, пять направлений реформирования системы урегулирования инвестиционных споров, четыре направления реформы режима МИС в целом и перспективы на будущее. В приложении к настоящему документу приводится информация об истечении сроков договоров и о возможностях прекращения действия существующих МИС. Настоящая справочная записка призвана помочь экспертам в поиске однозначных вариантов, позволяющих повысить эффективность работы режим МИС в интересах устойчивого развития.

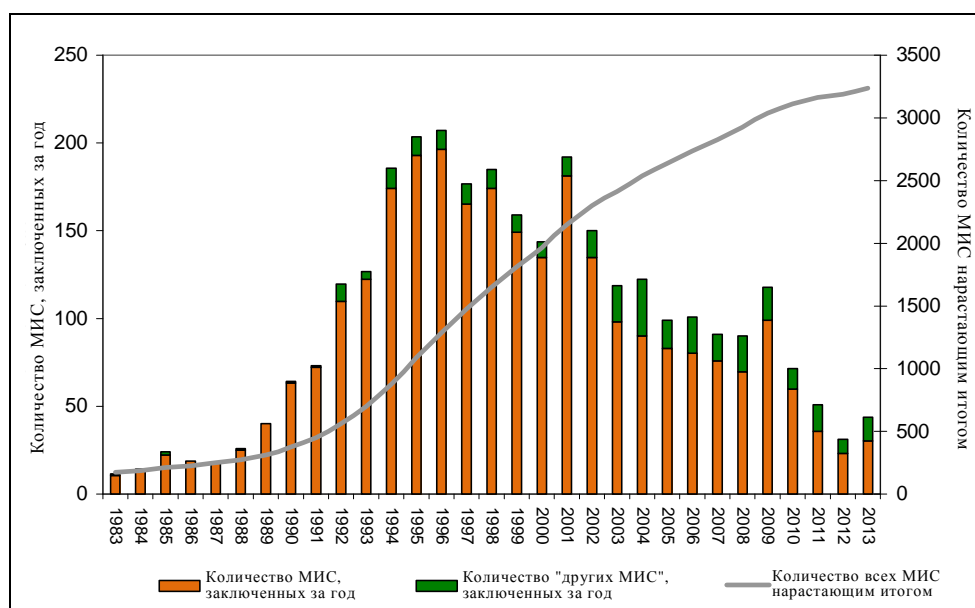
I. Тенденции в сфере международных инвестиционных соглашений и урегулирования споров между инвесторами и государством

A. Нарастание дихотомии в области заключения инвестиционных договоров

1. С заключением еще 44 новых договоров (30 двусторонних инвестиционных договоров (ДИД) и 14 "других МИС"¹) глобальная система МИС по состоянию на конец 2013 года насчитывала около 3 240 МИС (диаграмма 1). Последние тенденции обусловили нарастание дихотомии в области заключения инвестиционных договоров. Система теряет все больше развивающихся стран Африки, Азии и Латинской Америки. В то же время масштабы работы по заключению договоров расширяются, и это находит свое проявление в том, что сама эта деятельность становится все динамичнее (все больше стран принимают участие в раундах переговоров, которые все быстрее следуют один за другим), а проработка вопросов ведется все глубже и шире.

Диаграмма 1

Тенденции в области международных инвестиционных соглашений, подписанных в период 1983–2013 годов



Источник: ЮНКТАД, на основе базы данных о МИС.

Сокращения: ДИД – двусторонний инвестиционный договор; МИС – международное инвестиционное соглашение.

2. Все чаще участники переговоров по заключению МИС новаторски подходят к существующим положениям МИС и идут по пути включения новых во-

¹ По определению ЮНКТАД под "другими МИС" понимаются соглашения, в которых содержатся положения по вопросам инвестиций, например соглашения о свободной торговле и соглашения об экономическом партнерстве.

просов в повестку дня переговоров. В порядке примера можно упомянуть положения, привносящие в МИС либерализационную составляющую и/или укрепляющие некоторые элементы защиты инвестиций.

3. Кроме того, новые МИС свидетельствуют о растущей тенденции к разработке договоров, которые согласуются с целями устойчивого развития. Анализ имеющихся текстов 18 МИС, которые были заключены в 2013 году (11 ДИД и 7 соглашений о свободной торговле, содержащих существенные положения об инвестициях), показывает, что в большинстве этих договоров имеются элементы, ориентированные на обеспечение устойчивого развития, подобные тем, которые определены в Рамочных основах инвестиционной политики в интересах устойчивого развития и в выпусках *Доклада о мировых инвестициях* за 2012 и 2013 годы.

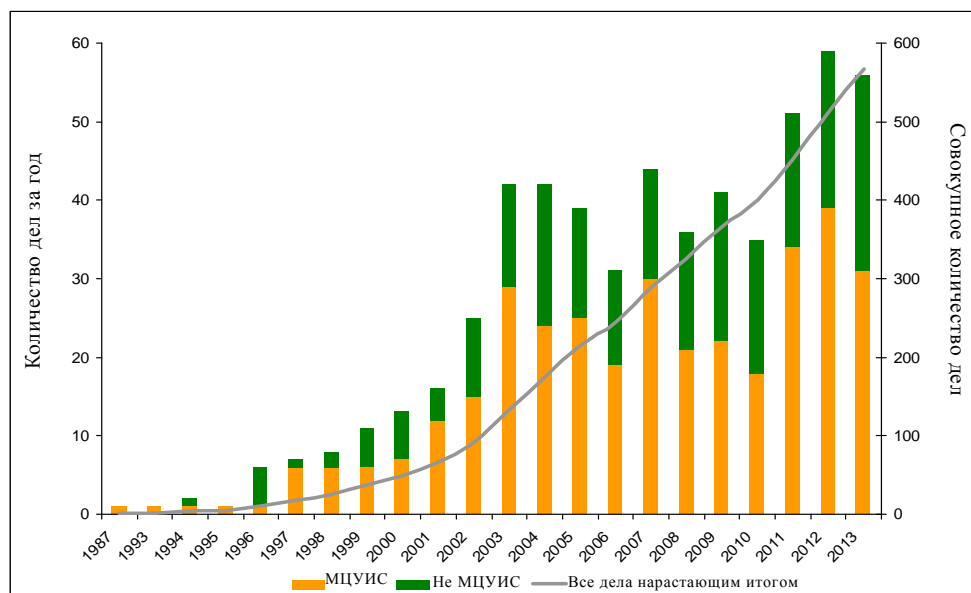
В. Тенденции в области урегулирования споров между инвесторами и государством

4. 2013 год занял второе место по числу зафиксированных арбитражных исков по вопросам инвестиций, поданных за отдельный год (56), в результате чего зафиксированное общее количество таких дел достигло 568 (диаграмма 2). В порядке сравнения во Всемирной торговой организации по состоянию на конец 2013 года было зарегистрировано 474 спора.

5. Из числа новых исков более 40% было подано против государств-членов Европейского союза – во всех этих случаях за одним исключением речь шла о спорах между тем или иным инвестором одного государства-члена с другим государством-членом. Инвесторы по-прежнему оспаривали широкий круг мер в самых различных областях политики, в частности в секторе возобновляемых источников энергии.

Диаграмма 2

Количество зафиксированных дел об урегулировании споров между инвесторами и государством, 1987–2013 годы



Источник: ЮНКТАД, на основе базы данных о МИС.

Сокращение: МЦУИС – Международный центр по урегулированию инвестиционных споров.

II. Определение пяти общих направлений реформирования системы урегулирования инвестиционных споров

6. В связи с увеличением числа дел об УСИГ возросла активность обсуждения вопроса о целесообразности и законности этого механизма, в особенности в тех странах и регионах, где он фигурирует в повестке переговоров о заключении важных МИС.

7. Первоначально этот механизм создавался в качестве нейтрального форума, обеспечивающего инвесторам справедливое судебное разбирательство независимым и компетентным судом с помощью быстрой, дешевой и гибкой процедуры урегулирования инвестиционных споров. К тому же, механизм УСИГ дает сторонам в споре немалые возможности контролировать ход процедуры, например, наделяя их правом выбирать арбитров. Поскольку жалобы инвесторов касаются действий суверенных государств, выведение таких споров из внутренней хозяйственной сферы заинтересованного государства служит для инвесторов, интересы которых ущемлены, серьезной гарантией независимого и беспристрастного рассмотрения их исков. Кроме того, обычно для прав, закрепленных в международных договорах, предусматриваются международные правоприменительные средства.

8. Вместе с тем реальное функционирование механизма УСИГ в соответствии с международными инвестиционными договорами может опровергнуть наличие многих из тех преимуществ, которые, как полагают, дает процедура арбитражного разбирательства. Жизнь показала, что режиму УСИГ присущи системные пороки². Они подробно отражены в специальной литературе и обобщены в *Докладе о мировых инвестициях* за 2012 год:

а) легитимность. Вряд ли трем лицам, назначенным специально для рассмотрения конкретного случая, можно доверить оценку обоснованности действий государства, особенно когда к этому примешивается государственная политика. Бремя, ложащееся на государственные финансы³, и возможные факторы, которые могут затруднять введение норм регулирования в общественных интересах, могут стать препятствием для устойчивого развития этих стран;

² Эти пороки подробно отражены в специальной литературе и обобщены в *Докладе о мировых инвестициях за 2012 год*; M Waibel et al., eds., 2010, *The Backlash against Investment Arbitration: Perceptions and Reality* (Alphen aan den Rijn, the Netherlands, Kluwer Law International); D Gaukrodger and K Gordon, 2012, *Investor-State dispute settlement: A scoping paper for the investment policy community*, OECD Working Papers on International Investment, No. 2012/03, имеется в Интернете по адресу http://www.oecd.org/daf/inv/investment-policy/WP-2012_3.pdf; C Olivet, 2012, *Profiting from Injustice: How Law Firms, Arbitrators and Financiers are Fuelling an Investment Arbitration Boom* (Brussels/Amsterdam/Corporate Europe Observatory and the Transnational Institute), имеется в Интернете по адресу <http://corporateeurope.org/sites/default/files/publications/profitting-from-injustice.pdf>.

³ В июле 2014 года арбитражный суд, рассматривавший три связанных между собой спора по поводу инвестиционных договоров, присудил самое крупное на сегодняшний день возмещение в размере в общей сложности 50 млрд. долл. США. "*Халлей энтерпрайзес лимитед*" против Российской Федерации (Постоянная палата Третейского суда (ППТС), дело № АА 226), "*Ветеран петролеум лимитед*" против Российской Федерации (дело ППТС № АА 228) и "*Юкос юниверсал лимитед*" против Российской Федерации (дело ППТС АА 227). Окончательные решения от 18 июля 2014 года.

b) прозрачность⁴. Несмотря на повышение степени прозрачности данной системы за период с начала 2000-х годов, по желанию сторон урегулирование споров между инвесторами и государством по-прежнему может проходить полностью в конфиденциальном порядке, причем даже в тех случаях, когда спор сопряжен с вопросами, представляющими общественный интерес⁵;

c) планирование национальной принадлежности. Инвесторы могут получать доступ к механизмам УСИГ, используя организационную структуру компаний, т.е. направляя инвестиции через компанию, учрежденную в третьей стране, лишь целью воспользоваться преимуществами МИС, заключенного между этой страной и принимающим государством;

d) последовательность арбитражных решений. Вновь и вновь появляющиеся примеры несогласованности заключений арбитражных судов порождают расхождения в правовом толковании идентичных или сходных положений договоров, а также различия в оценке по существу дел, имеющих одну и ту же фактическую основу. Неоднозначность толкования имеет следствием неопределенность содержания ключевых договорных обязательств, а также недостаточную предсказуемость их понимания в будущих спорах⁶;

e) ошибочные решения. При допущении арбитражными судами ошибок в вопросах материального права такие ошибки не могут эффективно устраняться с помощью существующих механизмов пересмотра решений. Так, в частности, помимо крайне ограниченного круга полномочий по пересмотру решений⁷, комитеты по отмене арбитражных решений при Международном центре по урегулированию инвестиционных споров (МЦУИС) учреждаются в индивидуальном порядке по конкретному спору, и их члены также могут разойтись во мнениях;

f) независимость и беспристрастность арбитров. Рост числа отводов арбитров, возможно, свидетельствует о том, что стороны в споре находят их пристрастными или предубежденными. Особую озабоченность вызывает наблюдающаяся тенденция к назначению каждой стороной в споре лиц, сочувственно настроенных к их интересам. Усиливает эту озабоченность и тот факт, что арбитры заинтересованы в том, чтобы их и в будущем назначали для рассмотрения дел, и что они нередко выполняют разные функции, выступая арбитрами в одних спорах и консультантами в других⁸;

g) финансовая составляющая. Высокая стоимость арбитражных разбирательств может создавать проблемы и для государств, и для инвесторов, особенно малых и средних предприятий (МСП). Что касается государств, то

⁴ UNCTAD, 2012, *Transparency: A Sequel*, UNCTAD Series on Issues in International Investment Agreements II (New York and Geneva, United Nations publication).

⁵ Показательно, что по состоянию на конец 2012 года из 85 дел, разбиравшихся ППТС в соответствии с Арбитражным регламентом Комиссии Организации Объединенных Наций по праву международной торговли, публичная процедура была избрана лишь в 18 случаях. (Источник: Международное бюро ППТС).

⁶ В некоторых случаях различия в решениях можно объяснить различиями в формулировках МИС. Однако в большинстве случаев они отражают расхождения в точках зрения отдельных арбитров.

⁷ Примечательно, что даже при обнаружении в арбитражном решении "явных правовых ошибок" учрежденный МЦУИС комитет по отмене может оказаться не в состоянии аннулировать такое решение или исправить ошибку. *CMS Gas Transmission Company v. The Republic of Argentina*, ICSID Case No. ARB/01/8, Decision of the ad hoc Committee on the application for annulment of the Argentine Republic, 25 September 2007.

⁸ Подробнее см. Gaukrodger and Gordon, 2012, pp. 43–51.

даже в случае выигранного правительством дела суд может не обязать ответчика оплатить издержки, и эта сумма (а расходы на оплату услуг адвокатов и арбитров в среднем составляют 8 млн. долл. США) ляжет серьезным бременем на государственные финансы, исключая использование этих средств на другие цели⁹;

9. Эти вопросы стали толчком к обсуждению проблем и возможностей УСИГ. Оно проходит на различных форумах, в том числе в рамках Комиссии по инвестициям, а также совещаний экспертов ЮНКТАД, Всемирного инвестиционного форума¹⁰, "бесед у камелька" в ЮНКТАД¹¹, а также круглых столов по вопросам свободы инвестиций, проводимых Организацией экономического сотрудничества и развития (ОЭСР)¹².

10. По итогам этих обсуждений обозначились пять обширных направлений проведения реформы, которые также рассматривались на Конференции по МИС, проводившейся в ходе Всемирного инвестиционного форума в 2014 году:

- a) поощрение альтернативных методов урегулирования споров;
- b) адаптация существующей системы;
- c) ограничение доступа инвесторов к УСИГ;
- d) создание апелляционного механизма;
- e) учреждение постоянно действующего международного инвестиционного суда.

11. Эти пять направлений описываются ниже.

A. Поощрение альтернативных методов урегулирования споров

12. Сторонники этого подхода выступают за расширение использования альтернативных методов разрешения споров и мер предупреждения их возникновения; оба эти направления работы уже включены в работу ЮНКТАД по линии технического содействия и предоставления консультативных услуг по вопросам МИС. Альтернативные механизмы урегулирования споров и предупреждения их возникновения могут закрепляться в МИС или же реализовываться на национальном уровне без конкретной привязки к таким соглашениям.

13. По сравнению с арбитражным разбирательством при применении альтернативных методов урегулирования споров, таких, например, как примирение и посредничество, меньше внимания уделяется юридическим правам и обязанностям. Они предполагают участие нейтральной третьей стороны, главной задачей которой является не неукоснительное соблюдение положений законодательства, а изыскание варианта решения, которое было бы признано справедливым спорящими сторонами. Альтернативные методы урегулирования споров помо-

⁹ Самой крупной статьей расходов являются гонорары адвокатов, которые в случае компаньонов крупных юридических фирм могут достигать 1 000 долл. США в час: в среднем они, согласно оценкам, составляют около 82% от общего объема издержек по делу. См. Gaukrodger and Gordon, 2012, p. 19.

¹⁰ <http://unctad-worldinvestmentforum.org/>.

¹¹ Неофициальные обсуждения, организовывавшиеся ЮНКТАД или совместно с ней в составе небольшой группы различных заинтересованных сторон для получения конкретных результатов по вопросу о путях повышения эффективности системы УСИГ.

¹² <http://www.oecd.org/daf/inv/investment-policy/foi.htm>.

гают сэкономить время и деньги, найти взаимоприемлемое решение, не допустить эскалации конфликта и сохранить рабочие взаимоотношения между сторонами в споре. Вместе с тем при этом нет гарантии того, что спор будет урегулирован; в подобном случае данная процедура увеличит сумму издержек разбирательства. Кроме того, в зависимости от характера государственного нормативного акта, оспариваемого инвестором (например, нормативного правового акта общего действия), применение альтернативного механизма урегулирования споров не всегда является приемлемым вариантом.

14. Альтернативные способы урегулирования споров могут быть тесно связаны с укреплением мер политики в области предупреждения и урегулирования споров на национальном уровне. Такая политика направлена на создание эффективных каналов связи и укрепление институциональных механизмов взаимодействия между инвесторами и соответствующими учреждениями (например, политика послеинвестиционного обслуживания) и между различными государственными министерствами, занимающимися вопросами инвестиций. Управление уполномоченного по вопросам инвестиций или специально уполномоченное учреждение, которое берется за дело при возникновении конфликта с инвестором, может способствовать урегулированию инвестиционных споров на ранних этапах, а также оценить перспективы международного арбитражного разбирательства и при необходимости провести подготовку к нему¹³.

15. В плане практического осуществления этот подход не сопряжен с особыми трудностями, и немало уже сделано странами во всем мире. Важно отметить, что, если говорить о проведении политики внедрения альтернативных механизмов урегулирования и предотвращения споров на национальном уровне, отдельные страны могут предпринимать шаги без необходимости заручиться согласием своих партнеров по договору. В то же время сами по себе альтернативные методы урегулирования споров не позволяют решить основные проблемы, связанные с УСИГ. Альтернативные механизмы разрешения и предотвращения споров как максимум позволяют предотвратить возникновение спора, вследствие чего данный элемент реформы становится дополнительным, а не самостоятельным магистральным направлением реформирования системы УСИГ.

В. Адаптация существующей системы

16. Этот вариант предполагает сохранение основных элементов нынешней системы и применение отдельными странами выработанных "в ручном режиме" решений с изменением некоторых аспектов УСИГ в новых МИС. Ряд стран уже пошли по этому пути¹⁴. Процедурные новации, многие из которых также фигурируют в Рамочных основах инвестиционной политики в интересах устойчивого развития, включают в себя следующее¹⁵:

¹³ См. UNCTAD, 2010, *Investor–State Disputes: Prevention and Alternatives to Arbitration*, UNCTAD Series on International Investment Policies for Development (New York and Geneva, United Nations publication); UNCTAD, 2011, *Best Practices in Investment for Development: How to Prevent and Manage Investor–State Disputes – Lessons from Peru*, Investment Advisory Series, Series B, No. 10, (New York and Geneva, United Nations publication).

¹⁴ Например, Канада, Колумбия, Мексика и Соединенные Штаты Америки.

¹⁵ Варианты политики по отдельным элементам УСИГ подробнее проанализированы в документе UNCTAD, 2014, *Investor–State Dispute Settlement: A Sequel*, UNCTAD Series

а) установление предельных сроков подачи исков, чтобы в известной степени оградить государство и предотвратить повторное появление "старых" притязаний (например, через три года после событий, ставших основанием для подачи иска);

б) повышение роли договаривающихся сторон в вопросах толкования договора, с тем чтобы избежать правовых толкований, выходящих за рамки их первоначальных намерений (с изложением, например, имеющих обязательную юридическую силу совместных толкований, включением положения, обязывающего трибуналы передавать некоторые вопросы сторонам договора для толкования, и с принятием мер, облегчающих вмешательство договаривающейся стороны, не участвующей в споре)¹⁶;

с) создание механизма для объединения связанных между собой исков, что могло бы помочь в решении проблемы соответствующего разбирательства и способствовать единообразному применению закона (способствуя тем самым повышению согласованности и последовательности арбитражных решений) и снижению связанных с разбирательством издержек;

д) обеспечение большей прозрачности системы УСИГ, например посредством допущения общественности к документации и на заседания, а также участия заинтересованных сторон, не участвующих в споре;

е) создание механизма для скорейшего отклонения необоснованных исков (т.е. требований, явно не имеющих оснований), с тем чтобы не допускать растрачивания ресурсов на проведение полноценного разбирательства.

17. Подход, в соответствии с которым страны проводят адресную коррекцию в рамках своих МИС, позволяет использовать индивидуализированные варианты и множество вариаций. Например, в своих МИС те или иные страны могут пойти по пути решения вопросов и проблем, которые им представляются наиболее актуальными. В то же время, однако, при этом в стороне остаются многие основополагающие проблемы УСИГ.

18. Такой подход потребует проведения комплексной подготовки кадров и наращивания потенциала в целях повышения уровня информированности об УСИГ и понимания этих вопросов¹⁷. Полезную роль сыграет также качественная правовая защита развивающихся стран по приемлемой цене.

19. Механизм реализации этого варианта вполне однозначен, поскольку при этом требуется договоренность лишь двух сторон договора (или нескольких в случае договора с ограниченным кругом участников). Однако эффективность этого подхода ограничена: если только речь не идет о пересмотре предыдущего договора, вносимые изменения распространяются только на новые МИС, в то время как ранее заключенные 3 000 соглашений остаются в прежнем виде.

on Issues in International Investment Agreements II (New York and Geneva, United Nations publication).

¹⁶ По вопросу о различных инструментах, которые могут быть использованы государствами, см. UNCTAD, 2011, Interpretation of IIAs: What States can do, IIA Issues Note, No. 3, http://unctad.org/en/docs/webdiaeia2011d10_en.pdf.

¹⁷ Такие мероприятия в области укрепления потенциала, в частности, осуществляются ЮНКТАД и организациями-партнерами. Например, с 2005 года ЮНКТАД ежегодно проводит для стран Латинской Америки углубленные региональные курсы подготовки кадров по вопросам УСИГ. См. [Http://unctad.org/en/Pages/DIAE/International%20Investment%20Agreements%20\(IIA\)/IIA-Technical-Cooperation.aspx](http://unctad.org/en/Pages/DIAE/International%20Investment%20Agreements%20(IIA)/IIA-Technical-Cooperation.aspx),

Кроме того, одно из основных преимуществ такого подхода – т.е. то, что страны могут решать, затрагивать или не затрагивать некоторые вопросы, – является и одним из его главных недостатков, поскольку этот вариант реформ превращается в фрагментарный подход, который не способен стать всеобъемлющей и комплексной программой для продвижения вперед.

С. Ограничение доступа инвесторов к системе урегулирования споров между инвесторами и государством

20. Данный вариант сужает круг ситуаций, в которых инвесторы могут прибегать к механизму УСИГ. Это можно сделать двумя способами: путем сужения предметного охвата исков в системе УСИГ и введения требования об исчерпании национальных средств правовой защиты до обращения в международный арбитраж. В экстремальном варианте этот подход выливается в полный отказ от УСИГ как инструмента урегулирования споров и возвращение к межгосударственному арбитражу.

21. Ряд стран избрали первый вариант, исключая, например, из сферы арбитражного разбирательства некоторые виды исков¹⁸. Исторически данный подход использовался для ограничения пределов юрисдикции арбитражных судов, например допуская использование механизма УСИГ лишь в случае споров, касающихся экспроприации¹⁹. В некоторых недавно заключенных договорах механизм УСИГ вообще исключен²⁰.

22. Обязанность исчерпать внутренние средства правовой защиты является обязательным предварительным условием получения доступа к международным судебным форумам публичного международного права. Однако большинство МИС предусматривают освобождение от этой обязанности, превращая, таким образом, иностранных инвесторов в привилегированный класс, имеющий возможность обойти национальные судебные органы. Введение требования, согласно которому инвесторы должны были бы исчерпать внутренние средства правовой защиты или, в альтернативном варианте, продемонстрировать неэф-

¹⁸ Например, иски, связанные с недвижимым имуществом (ДИД Камеруна и Турции); иски в отношении финансовых учреждений (Договор о защите и поощрении иностранных инвестиций между Канадой и Иорданией); иски, связанные с созданием и приобретением инвестиционных проектов (соглашение об экономическом партнерстве Японии и Мексики); иски в отношении конкретных договорных обязательств, таких как национальный режим и требования в отношении эффективности (соглашение об укреплении экономического партнерства между Малайзией и Пакистаном); а также иски, основанием для которых являются меры, направленные на защиту интересов национальной безопасности (соглашение об укреплении экономического партнерства между Индия и Малайзией). Более подробный анализ см. UNCTAD, 2014, *Investor–State Dispute Settlement: A Sequel*, UNCTAD Series on International Investment Agreements II (New York and Geneva, United Nations publication).

¹⁹ В частности, согласно ДИД, заключенным Китаем в 1980-х годах и начале 1990-х годов (Албания – Китай (1993 год), Болгария – Китай (1989 год)), инвесторы имели право обратиться в международный арбитраж только при возникновении споров, связанных с размерами компенсации после экспроприации инвестиций.

²⁰ Недавними примерами МИС, в которых не предусмотрен механизм УСИГ, являются соглашение о свободной торговле между Австралией и Соединенными Штатами Америки (2004 года), соглашение об экономическом партнерстве между Японией и Филиппинами (2006 года) и соглашение о свободной торговле между Австралией и Малайзией (2012 года).

фективность или пристрастность отечественных судов, позволило бы восстановить баланс и сделать международный арбитраж скорее исключительным средством правовой защиты.

23. Вариант ограничения доступа инвесторов к механизмам УСИГ не решает возникающих проблем, но делает их менее острыми. Он может способствовать замедлению процесса нарастания числа случаев использования процедур УСИГ, ограничить размеры финансовых обязательств, связанных с решениями в рамках УСИГ, и сохранять имеющиеся ресурсы. Кроме того, он может содействовать укреплению национальных судебных систем и поощрению более активного участия правового сообщества принимающего государства. В некоторой степени этот подход стал бы тем не менее возвратом к существовавшей ранее системе, когда инвесторы могли подавать свои иски только в национальные суды принимающего государства, согласовывать арбитражные оговорки в конкретных договорах между инвесторами и государством или ходатайствовать о дипломатической защите со стороны государства базирования.

24. В плане практического осуществления этот вариант – подобно первому – не требует осуществления согласованных действий большого числа стран и может быть реализован на практике сторонами отдельных договоров. В случае будущих МИС процедура осуществления вопросов не вызывает; в случае договоров, заключенных в прошлом, нужно будет вносить поправки, пересматривать условия соглашений или прекращать их в одностороннем порядке²¹. Как и в первом варианте тем не менее это приводит к тому, что подход к проведению реформы приобретает фрагментарный характер.

D. Создание апелляционного механизма

25. Функционирование апелляционного механизма²² предполагает наличие постоянно действующего органа, наделенного полномочиями, позволяющими рассматривать по существу решения, вынесенные арбитражными судами. Данная система предлагается в качестве инструмента повышения согласованности правовой практики, устранения ошибок судов первой инстанции и повышения степени предсказуемости закона²³. Этот вариант рассматривается некоторыми странами в настоящее время²⁴. В составе постоянных членов, назначаемых го-

²¹ Прекращение действия МИС осложняется оговорками о "продолжении существования", согласно которым положения договора продолжают применяться, как правило, в течение 10–15 лет после прекращения его действия.

²² В 2004 году секретариат МЦУИС рассматривал возможность создания апелляционного механизма, но в то время эта идея не встретила достаточной поддержки со стороны государств. См. ICSID, 2004, Possible improvements of the framework for ICSID arbitration, ICSID Discussion Paper, часть VI и приложение, имеется в Интернете по адресу https://icsid.worldbank.org/ICSID/FrontServlet?requestType=CasesRH&actionVal=OpenPage&PageType=AnnouncementsFrame&FromPage=NewsReleases&pageName=Archive_Announcement14. За прошедшие восемь лет позиции правительств многих стран, возможно, изменились.

²³ Обсуждение этого вопроса см. в C Tams, 2006, An appealing option? A debate about an ICSID appellate structure, Essays in Transnational Economic Law Working Paper No. 57.

²⁴ В некоторых МИС, заключенных Соединенными Штатами, предусматривается возможность создания постоянно действующего органа для рассмотрения апелляционных жалоб на арбитражные решения по спорам между инвесторами и государством. В соглашении о свободной торговле между Чили и Соединенными Штатами было впервые оставлено место для включения положений об апелляционном механизме в случае его создания согласно самостоятельному многостороннему

сударством из числа наиболее достойных юристов, апелляционный механизм может стать авторитетным органом, который в состоянии давать последовательные – и более взвешенные – заключения, позволяющие устранять сомнения в легитимности существующего режима УСИГ.

26. Авторитетные заключения апелляционного механизма по правовым вопросам служили бы ориентиром как для спорящих сторон (при оценке перспектив своих дел), так и для разбирающих споры арбитров. Даже при сохранении без изменений существующей в настоящее время системы судов первой инстанции, острота проблем в известной мере снималась бы обеспечением эффективного надзора на стадии апелляционного производства. Таким образом, апелляционный механизм позволил бы внести элемент упорядоченности в существующую децентрализованную систему, которая строится не по иерархическому принципу, а на ситуативной основе.

27. В то же время абсолютная степень последовательности и определенности не достижима в правовой системе, которую образуют примерно 3 000 юридических документов; формулировки конкретных применимых договоров могут и впредь обуславливать принятие различных решений. К тому же введение апелляционной процедуры дополнительно увеличит сроки и стоимость разбирательства, хотя их можно взять под контроль, введя жесткие предельные сроки, аналогичные предусмотренным в рамках Апелляционного органа ВТО²⁵.

28. В практической плоскости вариант апелляционного производства будет иметь смысл при поддержке со стороны большого числа стран. Помимо принципиального соглашения нужно будет решить ряд важных вопросов: будет ли апелляционный механизм ограничен рамками системы УСИГ или же распространяться на другие арбитражные правила? Кто будет избирать его членов и каким образом? Как он будет финансироваться²⁶? С учетом всего вышеизложенного данный вариант реформы, по всей вероятности, сопряжен с серьезными практическими проблемами.

соглашению (статья 10.19 (10)). Стороны соглашения о свободной торговле между Доминиканской Республикой, странами Центральной Америки и Соединенными Штатами (2004 года) пошли дальше, предусмотрев положение об учреждении переговорной группы для создания апелляционного органа или аналогичного механизма (приложение 10-F). Несмотря на эти положения, сообщений о проведении каких-либо подобных переговоров не поступало и в письменном виде ничего о создании какого бы то ни было апелляционного органа не зафиксировано.

²⁵ В ВТО на процедуру апелляции отводится максимум 90 дней.

²⁶ Актуальный характер носят, в частности, и следующие вопросы: будет ли апелляционное производство ограничиваться правовыми вопросами или же включать и рассмотрение фактических обстоятельств дела? Будет ли апелляционный орган полномочен исправлять принятые решения или лишь вправе возвращать решение в вынесший его суд на повторное рассмотрение? Будет ли учреждение механизма апелляционного пересмотра означать постепенное сворачивание существующего в МЦУИС механизма отмены решений и рассмотрения решений национальных судов? Как добиться включения ранее заключенных МИС в сферу действия новой апелляционной структуры?

Е. Учреждение постоянно действующего международного инвестиционного суда

29. Этот вариант предполагает замену существующей системы специально создаваемых арбитражных судов постоянно действующим международным судом. В состав последнего входили бы судьи, назначаемые государствами на постоянной основе, например на определенный срок без права продления. Кроме того, возможен вариант создания апелляционной палаты.

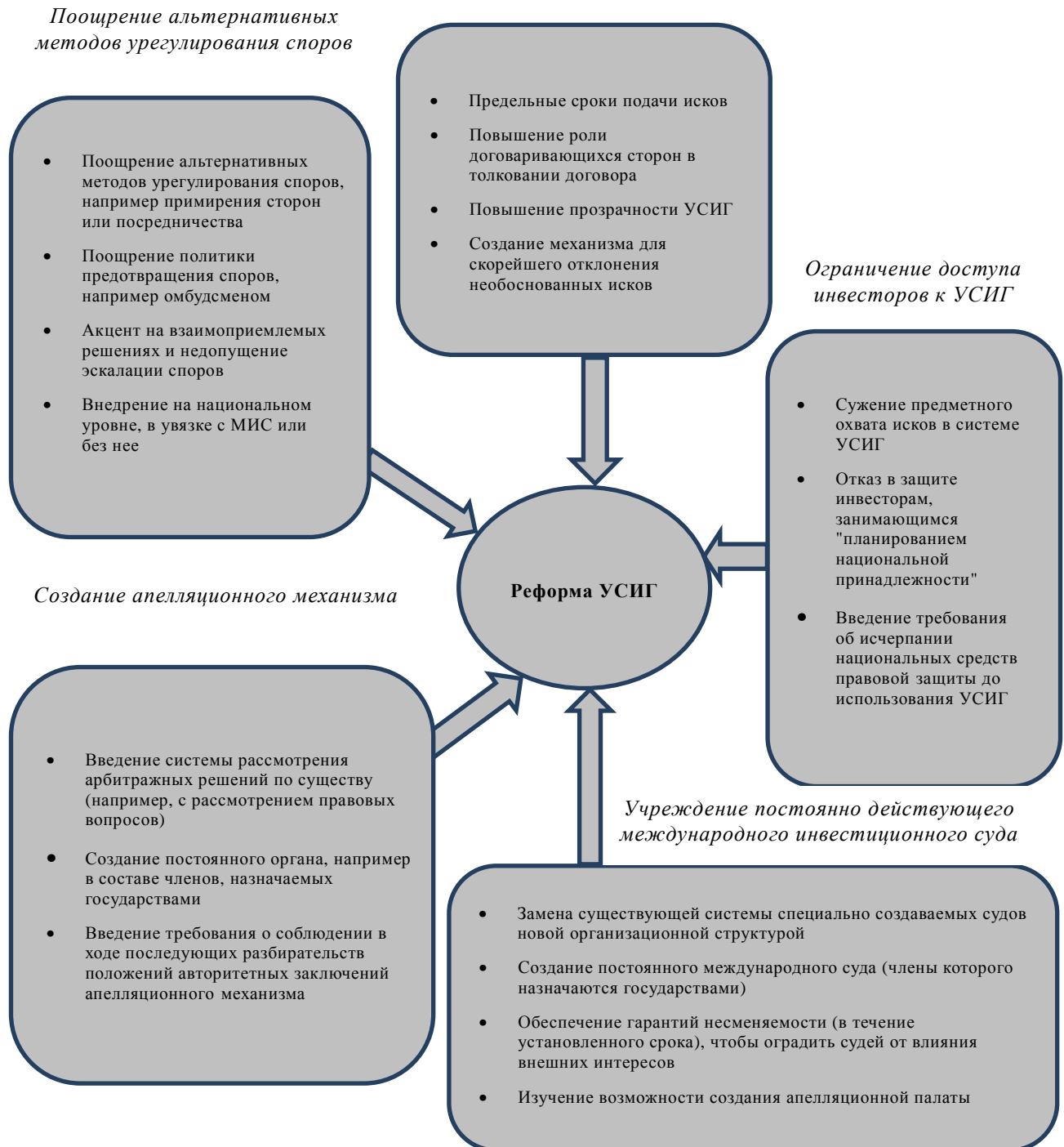
30. Существует точка зрения, согласно которой частная модель вынесения судебного решения (т.е. арбитраж) неуместна в вопросах, касающихся публичного права²⁷. В последнем случае требуются объективные гарантии независимости и беспристрастности судей, что может быть обеспечено лишь в случае их несменяемости – чтобы оградить судей от внешних интересов, например от заинтересованности в повторном назначении на должность и в сохранении отрасли арбитражного разбирательства. Согласно этой логике только судьи с установленным сроком полномочий в силах создать справедливую систему, которая, по общему мнению, будет свободна от пристрастности²⁸.

²⁷ Такой подход зиждется на теории, согласно которой арбитражное рассмотрение споров, вытекающих из инвестиционного договора, аналогично публично правовому внутреннему судебному надзору, поскольку "оно предполагает участие судебного органа, правомочного устанавливать на основании иска физического лица законность применения суверенных властных полномочий, а также присуждать средства правовой защиты". G Van Harten, 2008, A Case for an International Investment Court, Society of International Economic Law Inaugural Conference 2008, имеется в Интернете по адресу http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1153424 28.

²⁸ См. G Van Harten, 2008.

Диаграмма 3
Пять направлений реформирования системы урегулирования споров между инвесторами и государством

Адаптация существующей системы на основе отдельных МИС



Источник: ЮНКТАД, Доклад о мировых инвестициях, 2013 год.

31. Постоянно действующий инвестиционный суд стал бы институциональным общественным благом, отвечающим интересам инвесторов, государств и других заинтересованных сторон. Суд позволил бы решить основную часть проблем, о которых говорилось выше: он в значительной степени обеспечивал бы легитимность и прозрачность системы и способствовал бы обеспечению согласованности и точности решений, а также независимости и беспристрастности арбитров²⁹.

32. Вместе с тем этот вариант является и наиболее сложным для практического осуществления, поскольку он потребовал бы полного пересмотра существующей системы на основе скоординированных действий значительного числа государств. В то же время консенсус необязательно должен носить универсальный характер. Постоянно действующий инвестиционный суд вполне может начать функционировать в качестве инициативы с ограниченным числом участников, предусматривающей механизм подключения государств, изъявляющих желание присоединиться.

33. Отдельно придется решать вопрос о том, впишется ли новый суд в фрагментированный режим по большей части двусторонних МИС. Представляется, что этот вариант лучше всего сработал бы в системе с единым корпусом применимого права.

34. Поскольку в связи с существующей системой УСИГ возникают многочисленные проблемы, настало время для того, чтобы государства проанализировали ее, взвесили плюсы и минусы вариантов реформ и выбрали наиболее оптимальный курс.

35. Из пяти вариантов, изложенных в настоящем документе, некоторые предполагают действия правительств в индивидуальном порядке, другие – совместные действия большого числа стран. Хотя варианты с принятием коллективных мер позволяют эффективнее решать существующие проблемы, они в свою очередь сопряжены с более серьезными трудностями в процессе практического осуществления и потребуют достижения согласия более широкого круга стран по целому ряду важных деталей. Многосторонний диалог по вопросам урегулирования инвестиционных споров мог бы стать полезным подспорьем в формировании консенсуса в отношении предпочтительного курса реформы и путей его реализации.

36. Важно также иметь в виду, что система урегулирования инвестиционных споров является системой применения права. Ввиду этого, как показано ниже, совершенствование системы урегулирования споров должно быть тесно связано с реформированием режима МИС.

²⁹ Система, в рамках которой судьи назначаются для рассмотрения дела, а не выбираются сторонами в споре, позволит экономить десятки, а может быть и сотни тысяч долларов, которые обычно тратятся адвокатами на изучение информации об арбитрах.

III. Реформа режима международных инвестиционных соглашений: четыре направления действий и перспективы на будущее

37. Режим МИС находится на этапе анализа, критического обзора и реформы. Хотя большинство стран являются участниками одного или более МИС, существующий режим по целому ряду причин мало кого удовлетворяет; в числе этих причин следует назвать растущее беспокойство в связи с реальными последствиями МИС в плане поощрения прямых иностранных инвестиций и сужения пространства для маневра в политике и в области нормативного регулирования, повышение вероятности использования механизма УСИГ и отсутствие конкретного курса на достижение целей в области устойчивого развития. Кроме того, мнения в отношении МИС весьма разноречивы, причем даже в рамках отдельных стран. К этому следует прибавить сложный и многогранный характер режима МИС и отсутствие многостороннего учреждения, подобного ВТО в сфере торговли. Все это затрудняет выработку системного подхода в вопросах всеобъемлющего реформирования режима МИС и системы урегулирования инвестиционных споров. Ввиду этого масштабы усилий по проведению реформы в сфере МИС пока относительно невелики.

38. Многие страны занимают выжидательную позицию. Колебания в вопросе проведения более комплексной и далеко идущей реформы отражают стоящую перед правительством дилемму: более кардинальные сдвиги могут отрицательно сказаться на привлекательности страны для иностранных инвестиций, и те страны, которые первыми начнут действовать, могут понести особо ощутимые потери в этом плане. К тому же имеются вопросы в отношении конкретного содержания новой модели МИС, а также опасения по поводу того, что некоторые подходы могут усугубить существующие проблемы сложности и неопределенности этого режима.

39. Тем не менее реформирование МИС происходит на различных уровнях выработки политических решений. На национальном уровне страны пересматривают свои типовые договоры, иногда на основе инклюзивных и прозрачных процессов с участием широкого круга заинтересованных сторон. В настоящее время как минимум 40 стран и 5 региональных организаций анализируют и пересматривают свои подходы к нормотворческой деятельности в сфере международных инвестиций. Кроме того, страны продолжают заключать МИС на двустороннем и региональном уровнях, обсуждая при этом новые положения и перерабатывая прежние формулировки. Примером служат мегарегиональные соглашения. Несколько стран отказались от МИС, прекратив действие ряда своих ДИД или денонсировав конвенции о международном арбитраже. На многостороннем уровне страны совместно обсуждают конкретные аспекты реформы МИС.

40. Опыт, накопленный в последнее время в этой области, позволяет выделить четыре обширных направления действий, направленных на реформирование международного инвестиционного режима (см. таблицу):

- a) сохранение статус-кво;
- b) выход из системы;
- c) внесение выборочных корректив;
- d) проведение системной реформы.

Таблица
Четыре направления действий – обзор

<i>Направление</i>	<i>Содержание мер политики</i>	<i>Уровень стратегических действий</i>
Статус-кво	Не вносятся никаких существенных изменений в положения МИС или международные обязательства, связанные с инвестициями	<p>Принятие стратегических мер на двустороннем и региональном уровнях:</p> <ul style="list-style-type: none"> • продолжение переговоров по заключению МИС на основе существующих моделей • существующие договоры оставляются без изменений
Выход	Отказ от международных обязательств, связанных с инвестициями	<p>Принятие стратегических мер на различных уровнях и/или в различных областях разработки инвестиционной политики:</p> <ul style="list-style-type: none"> • на национальном уровне (например, аннулирование согласия на УСИГ в рамках национального законодательства и прекращение действия инвестиционных договоров) • на двустороннем и региональном уровнях (см., например, прекращение действия существующих МИС)
Выборочная корректировка	<p>Выборочное внесение изменений в необязательном порядке:</p> <ul style="list-style-type: none"> • включение в МИС вопросов устойчивого развития (например, упоминание устойчивого развития в преамбуле) • изменение баланса прав и обязанностей (например, включение в преамбулу не имеющего обязательной силы положения о социальной ответственности корпораций) • изменение отдельных аспектов УСИГ (например, отклонение необоснованных исков уже на ранних этапах рассмотрения) • выборочное решение вопросов взаимодействия мер политики (например, без снижения уровня стандартных положений) 	<p>Выборочное принятие стратегических мер на трех уровнях разработки политики:</p> <ul style="list-style-type: none"> • на национальном уровне (например, внесение изменений в новую модель МИС) • на двустороннем/региональном уровнях (например, согласование МИС на основе пересмотренных моделей или публикация совместных толкований) • на многостороннем уровне (например, обмен опытом)
Системная реформа	<p>Согласование инвестиционных международных обязательств для:</p> <ul style="list-style-type: none"> • составления МИС, активно ориентированных на цели устойчивого развития (например, поощрение инвестиций в интересах содействия достижению целей в области устойчивого развития) • эффективного изменения баланса прав и обязательств в рамках МИС (например, включение дополнительных обязанностей инвесторов и положений о сохранении пространства для маневра в политике) 	<p>Принятие стратегических мер на трех уровнях разработки политики (одновременно и/или в определенной последовательности):</p> <ul style="list-style-type: none"> • на национальном уровне (например, создание новой модели МИС) • на двустороннем/региональном уровнях: заключение (перезаключение) МИС на основе новой модели • на многостороннем уровне (формирование консенсуса среди широкого круга заинтересованных сторон)

Направление	Содержание мер политики	Уровень стратегических действий
	<ul style="list-style-type: none"> • проведения всесторонней реформы системы УСИГ (т.е. с осуществлением деятельности по пяти направлениям, намеченным в главе II настоящего документа и в Докладе о мировых инвестициях за 2013 год) • надлежащего регулирования вопросов взаимодействия и содействия обеспечению согласованности различных уровней инвестиционной политики и инвестиционной политики и других направлений государственной политики (например, обзор с участием широкого круга заинтересованных сторон) 	

Источник: ЮНКТАД.

41. Каждое из этих четырех направлений деятельности имеет свои плюсы и минусы и по своему отражает те или иные проблемы (см. таблицу). В зависимости от поставленной общей цели то, что, по мнению одних сторон, является преимуществом, для других может становиться проблемой. Кроме того, четыре обозначенных сегодня направления действий не являются взаимоисключающими; страны могут использовать элементы одного или нескольких из них, и содержание того или иного МИС может формироваться под влиянием одного или нескольких упомянутых направлений.

42. Каждое направление действий обсуждается ниже в разрезе стратегической реформы существующего режима. Сначала рассмотрены два наиболее сильно различающихся подхода к связанным с инвестициями международным обязательствам: на одном конце спектра находится направление, предполагающее сохранение статус-кво, а на другом – направление с выходом из режима МИС. Между ними пролегают два направления, в той или иной степени предусматривающие реформирование этого режима.

43. основополагающая посылка данного анализа состоит в том, что о необходимости реформы говорить уже не приходится. И Рамочные основы инвестиционной политики в интересах устойчивого развития вместе с закрепленным в них принципом динамичной разработки политики, требующим постоянной оценки эффективности инструментов политики, – тому лишь один из примеров. Сегодня вопрос не в том, реформировать ли систему определения международной инвестиционной политики, а в том, каким образом это делать. Речь идет не только об изменении какого-то одного аспекта конкретного соглашения, но и о всеобъемлющей переориентации глобального режима МИС в целях обеспечения баланса интересов защиты инвесторов и соображений устойчивого развития.

А. Сохранение статус-кво

44. На одном конце всего спектра находится решение страны сохранять статус-кво. Решение воздерживаться от серьезной трансформации системы формулирования международных обязательств в области инвестиций служит сигналом преемственности и дружелюбности к инвестору. Именно так обстоит дело, особенно в том случае, когда сохранение статус-кво предполагает заключе-

ние новых МИС на основе существующих моделей. Прежде всего, это направление может быть привлекательным для стран с хорошими перспективами вывоза инвестиций и для стран, которым пока не приходится выступать ответчиками в многочисленных – и сильно политизированных – делах по урегулированию споров между инвесторами и государством.

45. Интуитивно это направление действий представляется самым легким и простым в плане практической реализации. Оно требует ограниченных затрат ресурсов – нет необходимости, скажем, в проведении оценок, национальных обзоров или консультаций с участием широкого круга заинтересованных сторон. Кроме того, оно позволяет избежать нежелательных и потенциально далеко идущих последствий, возникающих в результате применения инновационных подходов в процессе согласования положений МИС.

46. В то же время сохранение статус-кво не позволяет решить ни одной из проблем, порождаемых существующим в настоящее время глобальным режимом МИС, и может усиливать настрой сторон против МИС. Кроме того, в условиях, когда все больше стран начинают реформировать МИС, сохранять статус-кво, сохраняя ДИД и заключая новые договоры на основе существующих моделей, возможно будет все труднее.

В. Выход из правового режима международных инвестиционных соглашений

47. На другом конце спектра находится вариант выхода страны из режима международных инвестиционных соглашений, будь то отдельные соглашения и договоры или режим в целом. Односторонний выход из МИС служит наглядным свидетельством неудовлетворенности существующей системой. Это направление действий может особенно привлечь те страны, в которых сопряженные с МИС проблемы занимают видное место в национальном политическом дискурсе.

48. Интуитивно выход из режима МИС может восприниматься в качестве самого решительного и далеко идущего шага. В конечном счете, для тех, кто занимается ввозом и вывозом инвестиций, он обернется устранением международных обязательств в отношении защиты инвестиций, которые закреплены в международных договорах. Кроме того, они будут эффективно ограждены от рисков, связанных с УСИГ.

49. Вместе с тем в большинстве своем желаемые последствия будут появляться лишь со временем, причем по каждому договору в отдельности. Выход из системы не обеспечивает государству немедленную защиту от возникновения в будущем дел в рамках процедуры УСИГ, поскольку договорные обязательства, как правило, остаются в силе в течение какого-то времени в соответствии с предусмотренными в соглашении оговорками на этот счет. К тому же может возникнуть необходимость в проведении обзора национального законодательства и государственных подрядных договоров, где даже при отсутствии международного инвестиционного соглашения также могут предусматриваться процедуры УСИГ (включая арбитражные разбирательства в рамках этого механизма). Кроме того, за исключением тех случаев, когда действие соглашения прекращается в консенсусном порядке, возможности правительства прекратить действие МИС ограничены. Такие возможности зависят от положений соответствующего договора, причем они могут иметься лишь в определенный ограниченный период времени.

50. Помимо этого, разовое прекращение действия международного соглашения (т.е. одного договора в каждом отдельном случае) не способствует реформе режима МИС в целом, а лишь заостряет внимание на индивидуальных взаимоотношениях. Шагом на пути к реформе всего режима такое прекращение действия договора может стать лишь в том случае, если это делается для заключения соглашения на новых условиях.

С. Внесение выборочных корректив

51. Внесение ограниченных или выборочных корректив для устранения определенных проблем становится направлением действий, которое приобретает все больше сторонников. Особенно привлекательным оно может стать для тех стран, которые стремятся решить связанные с МИС проблемы, продемонстрировав при этом неизменную приверженность инвестиционной системе. Такие действия могут быть ориентированы на обеспечение устойчивого развития, а также достижение других целей политики.

52. Данное направление действий имеет целый ряд преимуществ. Избирательный выбор вносимых изменений позволяет приоритизировать "линию наименьшего сопротивления" – т.е. решение наиболее актуальных и насущных проблем, – не затрагивая основную часть договора. Выборочные коррективы также дают возможность стороне договора формулировать изменения для отдельных партнеров на переговорах с учетом особых экономических отношений. Они также позволяют апробировать различные варианты и проверять их в порядке эксперимента, при этом ориентация на будущие договоры облегчает процедуру прямого применения (т.е. изменения могут реализовываться на практике непосредственно сторонами, участвующими в конкретных переговорах). Кроме того, использование "мягких", не имеющих обязательной силы изменений сводит риск к минимуму. Благодаря постепенному, поэтапному подходу можно избежать эффекта "большого взрыва", к тому же при таком подходе меньше вероятность того, что внесение соответствующего изменения будет рассматриваться как ослабление защитного действия соглашения. Таким образом, внесение в новые соглашения выборочных корректив может представляться заманчивым – или даже наиболее реалистичным – вариантом снижения растущего давления на МИС.

53. В то же время, однако, вариант внесения выборочных корректив в будущие МИС не позволяет в комплексе решать проблемы, возникающие в связи со всей массой заключенных договоров³⁰. Путем внесения выборочных корректив невозможно в полной мере снять проблемы взаимодействия договоров между собой, и в этом варианте, если только речь не идет о режиме наиболее благоприятствуемой нации (НБН), возможно возникновение практики "снятия сливок" и "поиска удобного договора"³¹. Данный вариант может удовлетворять не все заинтересованные стороны. Кроме того, в конечном итоге при этом может

³⁰ За исключением тех случаев, когда новый договор представляет собой пересмотр предыдущего соглашения (или иным образом заменяет ранее существовавший договор), вносимые коррективы распространяются только на новые МИС, а уже заключенные остаются без изменений.

³¹ Через механизм оговорки о НБН (в зависимости от ее формулировки) обязательства, взятые перед некоторыми партнерами по ранее заключенным МИС, могут просачиваться и в новые МИС со всеми возможно непредусмотренными последствиями.

закладываться основа для дальнейших изменений, что вместо стабильности будет порождать неопределенность.

D. Системная реформа

54. Проведение системной реформы означает разработку международных обязательств с учетом трансформации парадигмы инвестиционной деятельности и развития (*Доклад о мировых инвестициях, 2012 год*), а также в интересах содействия устойчивому развитию. При принятии мер на всех уровнях государственного управления это самый всеобъемлющий подход к реформе существующего режима МИС.

55. Это направление действий предполагает разработку новой модели МИС, позволяющей действенно решать три проблемы, о которых говорилось выше³², а также нацеленной на активное поощрение инвестиций в целях устойчивого развития. Кроме того, системная реформа предусматривает комплексное решение вопросов реформы УСИГ, которые рассматривались выше в главе II.

56. На первый взгляд, это направление действий во многих аспектах представляется сложной и трудной задачей. Эти усилия могут потребовать больших затрат времени и ресурсов. Полученный результат – более сбалансированные МИС – может восприниматься как ослабление защитного действия таких соглашений и снижение привлекательности инвестиционного климата. Для всесторонней реализации этого курса нужно устранить проблемы, связанные с существующими МИС, что может расцениваться как посягательство на приобретенные права инвесторов. А для внесения изменений в соглашения или их пересмотра может потребоваться сотрудничество потенциально большого числа партнеров по договорам.

57. Однако только это направление действий открывает путь к всеобъемлющей и последовательной реформе. Кроме того, оно в наибольшей мере отвечает интересам содействия принятию международным сообществом совместных ответных мер для решения стоящей на повестке дня общей задачи поощрения инвестиций для достижения целей устойчивого развития.

58. В ходе конференции по МИС, проведенной в рамках Всемирного инвестиционного форума в октябре 2014 года, высказывался ряд ценных идей по этому поводу. Отмечалось, например, что реформа МИС должна быть постепенной и комплексной; что по отдельности странам по силам только отдельные элементы необходимой реформы МИС и что действительно эффективными могут быть только совместные и многосторонние усилия. Кроме того, участники конференции обозначили контуры "дорожной карты" для проведения всеобъемлющей реформы МИС. Такая "дорожная карта" могла бы стать общим ориентиром для правительств и региональных и межправительственных организаций. Участники конференции также призвали ЮНКТАД совместно с другими заинтересованными сторонами, такими как МЦУИС, ОЭСР и Комиссия Организации Объединенных Наций по праву международной торговли, обеспечить многостороннюю площадку для проработки вопросов инвестиционной политики.

³² Повышение роли аспектов развития, изменение баланса прав и обязательств и решение проблем системной сложности режима МИС.

59. Экспертам предлагается разработать элементы такой "дорожной карты" для проведения реформы и предложить реальные варианты и решения для трансформации режима МИС, чтобы он в большей степени отвечал интересам устойчивого развития.

Приложение

Трансформация режима международных инвестиционных соглашений: возможности, открывающиеся в связи с истечением сроков действия договоров

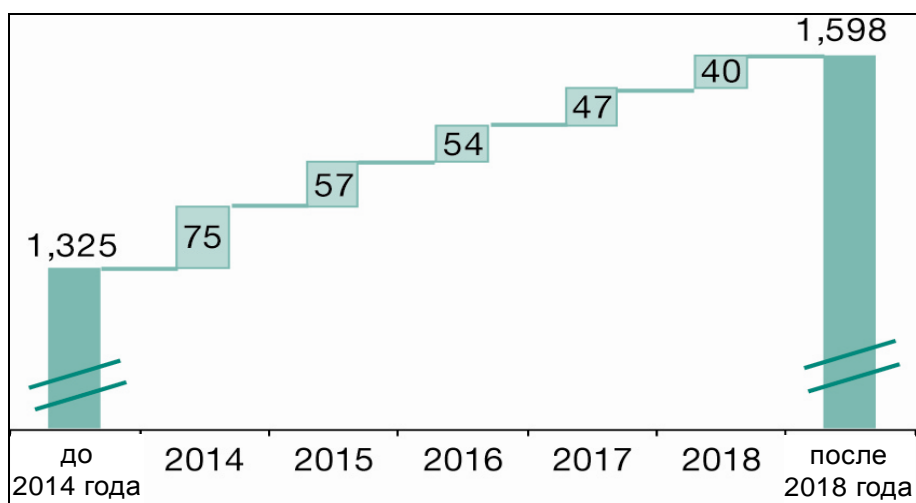
1. В рамках режима МИС настал момент, когда открываются возможности для перемен. Пик подписания ДИД был достигнут в 90-х годах прошлого века. Спустя пятнадцать лет темпы заключения новых ДИД резко снизились (см. диаграмму A1.1), создавая возможности для реальных системных преобразований режима МИС³³. При истечении срока действия соглашения какая-либо его сторона может избрать вариант автоматического продления действия договора или уведомляет другую сторону о своем желании аннулировать его³⁴. В последнем случае стороны получают возможность пересмотреть условия соглашения, в том числе путем обновления его содержания с учетом накопленного опыта и включением новых положений, отражающих новые цели политики.

2. Значительное число ДИД, срок действия которых истек или вскоре истекает, открывает великолепные возможности для преобразований. По состоянию на 1 января 2014 года насчитывалось более 1 300 международных договоров, которые могут быть прекращены в любой момент (диаграмма A1.1).

³³ В настоящем разделе речь идет только о ДИД без учета "других МИС", так как в связи с последними возникает иной комплекс вопросов. Важно отметить, что действие положений посвященных инвестициям разделов соглашений о свободной торговле не может быть прекращено отдельно; договор должен быть расторгнут в полном объеме.

³⁴ В соответствии с нормами публичного международного права договор может быть прекращен по взаимному согласию договаривающихся сторон в любой момент, независимо от истечения первоначального срока его действия (статья 54 b) Венской конвенции о праве международных договоров).

Диаграмма А1.1
**Совокупное количество двусторонних инвестиционных договоров,
 которые могут быть прекращены в любое время**



Источник: ЮНКТАД.

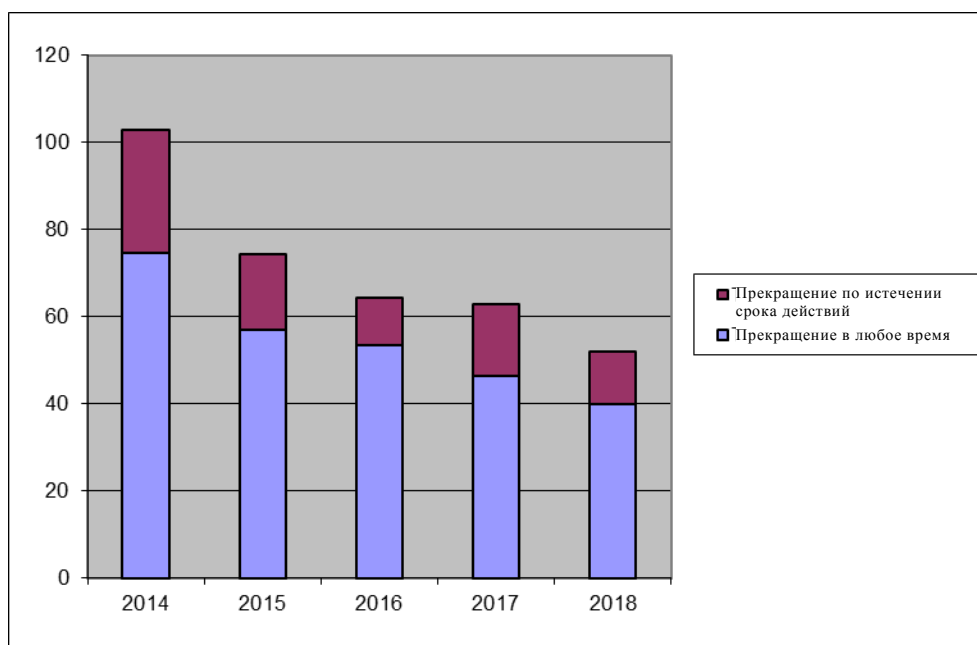
Примечание: Методология – данные по ДИД с возможностью прекращения действия в любой момент – на основе анализа репрезентативной выборки в составе свыше 300 ДИД с экстраполяцией на все действующие ДИД и учетом первоначально установленного срока действия договоров.

Сокращения: ДИД – двусторонний инвестиционный договор, МИС – международное инвестиционное соглашение.

3. Кроме того, в период 2014–2018 годов истечет первоначальный срок действия по меньшей мере еще 350 ДИД. Только в 2014 году истечет первоначальный срок действия 103 ДИД (см. диаграмму А1.2).

Диаграмма А1.2

Двусторонние инвестиционные договоры с истекающим первоначально установленным сроком действия, 2014–2018 годы



Источник: ЮНКТАД.

Примечание: Методология – данные получены на основе анализа ДИД, тексты которых имеются, с экстраполяцией на ДИД, текстов которых нет. Параметры экстраполяции были определены на основе репрезентативной выборки в составе свыше 300 ДИД.

4. Эффективно использовать истечение срока договора для целей оперативного изменения существующего режима МИС отнюдь не просто. Во-первых, нужно представлять себе, как нормы ДИД связаны с механизмом прекращения договора, чтобы можно было выявлять возможности по мере их возникновения и определять требующиеся в этой связи процедурные действия.

Положения о прекращении договора и продлении срока его действия

Как правило, в ДИД предусмотрено, что договор остается в силе в течение определенного, первоначально установленного срока (чаще всего 10–15 лет). Лишь немногие международные договоры, не предусматривая такого первоначально установленного срока, заключаются на неопределенное время.

В тех ДИД, в которых определен первоначальный срок действия, как правило, предусмотрен механизм продления договора. При этом преобладают два подхода. В первой группе ДИД оговаривается, что по истечении первоначально установленного срока и в том случае, если одна из сторон не предпочтет прекратить договор, последний остается в силе в течение неопределенного периода времени. Вместе с тем каждая сторона сохраняет за собой право прекратить действие соглашения в любое время, направив предварительное письменное уведомление. Во второй группе договоров предусматривается, что соглашение остается в силе в течение дополнительных установленных периодов времени, и в таком случае договор может быть прекращен только по истечении каждого последующего периода продления.

Таким образом, большинство ДИД относится к одной из упомянутых двух категорий: договоры, которые могут быть прекращены в любой момент после истечения первоначально установленного срока, и договоры, которые могут быть прекращены только по истечении каждого установленного срока. Эти два возможных варианта можно определить как "прекращение в любой момент времени" и "прекращение по истечении срока действия".

<i>Пре́кращение в любой момент времени</i>			<i>Пре́кращение по исте- чении срока действия</i>
Продолжительность: первоначально уста- новленный срок; автоматическое про- дление на неопреде- ленное время	Продолжительность: первоначально уста- новленный срок; автоматическое про- дление на дополни- тельные установлен- ные сроки	Продолжительность: никакого первоначаль- но установлен- ного срока; неопре- деленное время дей- ствия с самого нача- ла	Продолжительность: первоначально уста- новленный срок; автоматическое про- дление на дополни- тельные установлен- ные сроки
Пре́кращение	Пре́кращение	Пре́кращение	Пре́кращение
<ul style="list-style-type: none"> • истечение перво- начально уста- новленного срока • в любое время после истечения первоначально установленного срока 	<ul style="list-style-type: none"> • истечение перво- начально уста- новленного срока • в любое время после истечения первоначально установленного срока 	<ul style="list-style-type: none"> • в любое время 	<ul style="list-style-type: none"> • истечение перво- начально уста- новленного срока • истечение каждо- го последующего установленного срока
Пример: ДИД Венгрии и Таиланда (1991 год)	Пример: ДИД Исландии и Мексики (2005 год)	Пример: ДИД Армении и Канады (1997 год)	Пример: ДИД Азербайджана и Бельгии/Люксем- бурга (2004 год)

Возможность прекращения договора в любой момент времени обеспечивает максимальную степень гибкости в плане пересмотра, поскольку стороны не связаны конкретными датами, когда они могут уведомить другую сторону о своем желании прекратить действие ДИД. В противоположность этому процедура прекращения договора только по истечении его срока действия предусматривает возможность прекращения действия такого договора один раз в несколько лет. При несоблюдении требования об уведомлении в течение оговоренного периода времени (как правило, за 12 или 16 месяцев до истечения срока действия договора) о намерении прекратить действие договора стороны окажутся в положении, когда этот договор нельзя будет прекратить в одностороннем порядке в течение еще одного рассчитанного на несколько лет периода.

Источник: ЮНКТАД.

5. Другая трудность сопряжена с содержащейся в большинстве ДИД оговоркой о так называемом продолжении существования, которая при определенных условиях препятствует незамедлительному вступлению в силу решения о прекращении действия договора. По сути дела, эта оговорка пролонгирует международную ответственность принимающего государства, дополнительно продлевая срок применения договора (как правило, на 10 или 15 лет) в отношении инвестиций, произведенных до прекращения договора³⁵.

³⁵ Вопрос о том, действует ли оговорка "о продолжении существования" только в случае прекращения договора в одностороннем порядке или же и в тех случаях, когда договор

6. К тому же, усилия по пересмотру соглашения с целью сужения договорных обязательств или изменения их баланса могут оказаться тщетными из-за обязательства в отношении режима НБН. При неограниченной сфере применения оговорки о режиме НБН в новом договоре может произойти непредвиденный перенос более широких прав инвестора из МИС, заключенных с третьими странами. В виду этого при проведении переговоров о внесении изменений в МИС или о заключении таких соглашений на других условиях стороны могут изъявить желание сформулировать положения о НБН в виде, не допускающем перенос существенных положений МИС из других международных инвестиционных соглашений. Это позволит добиться того, чтобы положения прежних – или будущих – договоров не попадали в тексты тщательно продуманных соглашений из-за сформулированной без ограничений оговорки о НБН (см. "Рамочные основы инвестиционной политики в интересах устойчивого развития")³⁶.

прекращен по взаимному согласию договаривающихся сторон, остается открытым. Ответ на него может зависеть от того, как сформулировано данное положение, а также от других факторов, допускающих различное толкование.

³⁶ Это не позволит автоматически решить вопрос о тех прежних соглашениях, которые не пересматривались или пыляться на полках, но, возможно, постепенно удастся заложить новую основу, опираясь на которую, участники переговоров смогут создать более сбалансированную систему МИС.