

## ПРОБЛЕМЫ ЛЕГИТИМНОСТИ ТОРГОВЫХ И ИНВЕСТИЦИОННЫХ СОГЛАШЕНИЙ С ТОЧКИ ЗРЕНИЯ РАЗВИВАЮЩИХСЯ СТРАН<sup>1</sup>

**Аннотация.** Рассматриваются проблемы большинства развивающихся стран, в частности государств африканского континента, в таких областях, как государственное регулирование, государственное управление, а также обеспечение верховенства права, баланса между защитой инвестиций и способностью государства осуществлять регулирование в общественных интересах в связи с действием инвестиционного режима. Исследован механизм урегулирования споров между инвесторами и государствами (ISDS) и его недостатки в части толкования инвестиционных договоров.

**Ключевые слова:** торговые соглашения, инвестиции, инвестиционный режим, инвестиционные соглашения, иностранные инвестиции, инвестиционные споры, развивающиеся страны.



**Эммануэль ОВУКО-ОПУКО,**  
доктор философии,  
магистр права Лондонского университета,  
солистор Англии и Уэльса, юрисконсульт Секретариата АСР (Группа африканских, карибских и тихоокеанских государств)  
**lab.kkonkpr@msal.ru**  
125993, Россия, г. Москва, ул. Садовая-Кудринская, д. 9

DOI: 10.17803/2311-5998.2020.66.2.095-108

**E. OVUKO-OPUCO,**

Ph.D., Master of Laws, University of London, Solicitor of England and Wales, Legal Adviser, ACP Secretariat (Group of African, Caribbean and Pacific States)

**lab.kkonkpr@msal.ru**

125993, Russia, Moscow, ul. Sadovaya-Kudrinskaya, 9

### LEGITIMACY CHALLENGES OF TRADE AND INVESTMENT AGREEMENTS FROM A DEVELOPING COUNTRY'S PERSPECTIVE

**Abstract.** The article is devoted to the problems of government regulation and supremacy of law as well as situation of international investment regime in developing countries. The author explores problems of investment treaties and compares existing ways to protect investments on regional level in different countries. There is detailed overview of investor-state dispute settlement mechanisms. The issues are presented from the perspective of developing countries, in particular the African continent. The general conclusion is that for efficiency development of infrastructure by enhancing industries investments it is necessary to increase regional regulation as well as regionalization of regulatory bodies and agencies.

**Keywords:** trade and investment agreements, investment, developing countries, investment regime, investor-state disputes settlement mechanism, investment treaties, investment disputes.

<sup>1</sup> Взгляды, выраженные в статье, принадлежат только ее автору и не отражают точку зрения АКП Групп. Факт работы автора в Секретариате АКП не означает, что АКП Групп и Секретариат разделяют данное мнение.

**К**ак уже отмечалось в течение последних нескольких лет, соглашения о свободной торговле становятся все более и более популярным инструментом регулирования отношений. Растет число таких соглашений, которые включают в себя разделы, посвященные инвестициям. По данным ЮНКТАД, на сегодняшний день существует 3 324 международных инвестиционных соглашения (МИС)<sup>2</sup>, включая 2 957 двусторонних инвестиционных договоров и 367 договоров, включающих положения об инвестициях<sup>3</sup>.

Многие африканские страны, а также другие развивающиеся страны открыли свою экономику и устранили регулятивные барьеры для иностранных инвесторов с помощью двусторонних инвестиционных соглашений и региональных торговых соглашений. Однако существующий международный инвестиционный режим создает проблемы для большинства развивающихся стран в таких областях, как государственное регулирование, государственное управление и обеспечение верховенства права, а также обеспечение баланса между защитой инвестиций и способностью государства осуществлять регулирование в общественных интересах.

## **I. Ситуация в развивающихся странах**

Многие африканские страны, как и большинство развивающихся государств, в значительной степени полагаются на свои природные ресурсы для обеспечения экономического роста, поэтому для увеличения экспортных поступлений они часто прибегают к их чрезмерной эксплуатации без какой-либо добавленной стоимости. Данный факт едва ли способствует их промышленному развитию и способности удовлетворять растущие внутренние и внешние потребности. Кроме того, отрасли, которые в основном интегрированы на региональном уровне, представлены преимущественно теми, которые включают переработку сельскохозяйственной продукции.

Однако дальнейшее развитие и расширение региональных производственно-сбытовых цепочек остается трудно решаемой задачей до тех пор, пока внутри-африканские инвестиции осуществляются в пределах местного рынка и между странами, обладающими одинаковыми сравнительными преимуществами в производстве. Существуют также инфраструктурные проблемы, такие как недостаточное транспортное обеспечение, отсутствие развитой системы энергетических и телекоммуникационных сетей. Большинство национальных компаний в Африке сталкиваются с многочисленными препятствиями, такими как громоздкие административные процедуры, сложные фискальные системы, несправедливая торговая политика, благоприятствующая импорту за счет местных производителей,

<sup>2</sup> Будет использоваться для обозначения общей группы двусторонних и региональных инвестиционных договоров, включая двусторонние инвестиционные договоры (BITs) и преференциальные торговые и инвестиционные соглашения (PTIAs), которые устанавливают правила защиты, поощрения и либерализации потоков иностранных инвестиций.

<sup>3</sup> UNCTAD. World Investment Report 2017. Investment and the Digital Economy. United Nations. New York and Geneva, 2017. P. 111.

плохое материально-техническое обеспечение, высокие цены на энергоносители, отсутствие надлежащего управления и верховенства закона.

В значительной степени от органов государственного управления зависит разработка новых инициатив по поддержке местных предприятий путем установления связей с иностранными инвесторами с целью повышения добавленной стоимости продукции. Можно утверждать, что любые новые инициативы должны быть направлены на то, чтобы кооптировать предприятия в качестве партнеров по развитию, определяя роль государственно-частного партнерства, поддерживая внутренние инвестиции, а также прямые иностранные инвестиции как часть стратегии развития.

С учетом этого инвестиционное сотрудничество в формате «Юг — Юг» в рамках региональных торговых соглашений было бы идеальным решением для объединения африканских предприятий в целях обмена технологическими навыками и ноу-хау. Однако недавние переговоры по региональным торговым соглашениям в формате «Юг — Юг» либо не завершены, либо все еще находятся на стадии их осуществления. Кроме того, нелегко получить обновленные данные для определения количества инвесторов из африканских стран, финансирующих проекты в Африке или в развивающихся государствах других регионов (в этой области необходимы новые исследования).

Однако доподлинно известно, что африканские государства диктуют правила в рамках региональных торговых соглашений, заключаемых в формате «Север — Юг». Об этом свидетельствует подписание соглашений об экономическом партнерстве с Европой и другими развитыми странами, включающих положения об инвестициях<sup>4</sup>. Эти главы не охватывают исключительно торговлю товарами и услугами, а включают более широкий круг вопросов, в том числе право интеллектуальной собственности, перемещение предпринимателей и инвестиции.

Данная ситуация повлияла на развивающиеся страны, которые традиционно поддерживали контролируемые государством режимы, с тем чтобы пересмотреть принятие нового национального инвестиционного законодательства, которое дерегулирует инвестиционные процедуры и ослабляет контроль за прямыми иностранными инвестициями. В целом мы видим, что законы об иностранных ин-

<sup>4</sup> См.: UNCTAD. World Investment Report 2017, Investment and the Digital Economy, United Nations, New York and Geneva, 2017. P. 113.

В докладе излагаются тенденции на региональном и континентальном уровнях в сфере переговоров по инвестиционным договорам и реформам, при этом учитываются, в частности: а) Североамериканское соглашение о свободной торговле (NAFTA); б) Региональное всеобъемлющее экономическое партнерство (RECEP); в) Южноамериканский общий рынок (Меркосур); г) Сообщество развития Юга Африки (SADC); д) Центрально-европейская континентальная зона свободной торговли (CEFTA); е) Трехсторонняя зона свободной торговли (TFTA); ж) Панафриканский инвестиционный кодекс (PAIC); з) Организация стран Африки, Карибского бассейна и Тихого океана (АСР), Руководящие принципы инвестиционной политики; и) Азиатско-Тихоокеанское экономическое сотрудничество (АРЕС), Лимская декларация; к) Принципы по инвестициям между Африкой и ЕС; л) Соглашение о торговле услугами (TISA).



вестициях в развивающихся странах, особенно в Африке, отражают рыночный подход, позволяющий иностранным инвестициям выходить на их рынки.

Такое положение основано на принципах режима наибольшего благоприятствования, национального режима и справедливого и равноправного режима, а также на гарантиях по таким вопросам, как компенсация за экспроприацию и право на перевод капитала, прибыли и доходов из принимающего государства. Эти правомочия зачастую находят отражение в международных инвестиционных соглашениях (МИС). Вместе с тем требования к производительности, которые обязывают инвесторов, например, достигать определенного уровня по количеству рабочих мест, участвовать в программах подготовки рабочей силы или передавать технологии в страну, встречаются редко.

Исходя из существующих в международном праве принципов ответственности государств за обращение с иностранцами предполагается, что принимающие государства будут последовательно действовать в целях защиты иностранных инвесторов, соблюдая при этом минимальные международные стандарты. В этой связи возникают легитимные ожидания того, что внутренняя политика и реформы судебной системы должны будут соответствовать минимальным международным стандартам. Ввиду изложенного реформа или создание коммерческих судов для ускорения рассмотрения гражданских и торговых дел имеют принципиально важное значение.

Тем не менее многие развивающиеся страны сталкиваются с проблемами, связанными с судебными процессами и реформами. Так, судья Кофи Датэ-Бах определил следующие проблемы, связанные с судебной системой Ганы:

- а) время, затраченное на судебные процессы, является причиной жалоб со стороны деловых кругов в большинстве развивающихся стран, в частности в Гане;
- б) такого мнения придерживаются не только предприниматели, но и многие другие представители всех слоев общества, которые обратились за помощью в суды для разрешения своих коммерческих споров;
- в) постоянные жалобы связаны с задержками в отправлении правосудия;
- г) причины неудовлетворенности многочисленны и разнообразны: примерами являются действие (а в некоторых случаях и содержание) процессуальных норм, особенно те возможности, которые они предоставляют для воспрепятствования и отсрочки исполнения судебных решений;
- д) неспособность судебных приставов-исполнителей, зачастую по необъяснимым причинам, подавать иски или иным образом обращаться в судебные учреждения в отношении участников процесса;
- е) запись судебных разбирательств без использования современной компьютерной техники, особенно доказательств в ходе слушаний;
- ж) число сотрудников судебных органов, работающих в судах; отсутствие специальных знаний у судей, рассматривающих коммерческие споры;
- з) продолжительность рабочего времени судей и продолжительность законных сроков; время, в течение которого судьи составляют судебные решения; качество и численность вспомогательного персонала; а также отсутствие надлежащего оборудования и его пользователей для ускорения судебного процесса<sup>5</sup>.

<sup>5</sup> *Kofi Date-Bah*. Developing a New Commercial Court in Ghana // *Taxes International Law Journal*. Summer 2007. Vol. 42. No. 3.

Эти проблемы затрагивают многие развивающиеся страны и могут привести к тому, что иностранные инвесторы отойдут в сторону от национальных судов и прибегнут к механизму урегулирования споров между инвесторами и государством. Закон Южно-Африканской Республики «О защите инвестиций» предлагает альтернативный путь через обращение к специальному органу для разрешения инвестиционных споров<sup>6</sup>. Закон предусматривает следующее.

Иностранный инвестор, желающий оспорить действия правительства, которые повлияли на его инвестиции, может в течение шести месяцев после того, как ему стало известно о данных действиях, обратиться в Департамент с просьбой содействовать разрешению спора путем назначения медиатора.

Департамент ведет список квалифицированных медиаторов, обладающих высокими моральными качествами и признанной компетенцией в области права, торговли, промышленности или финансов, на независимое решение которых и желание выступить в роли медиатора можно полагаться.

Медиатор назначается по соглашению правительства и иностранного инвестора (далее именуемым сторонами) из списка, а в отсутствие списка — из лиц, предложенных любой из сторон.

В случае, если Департамент является стороной в споре, стороны могут совместно просить председателя одного из отделов высокого суда назначить медиатора. Обращение к медиации должно регулироваться установленными правилами, и любой срок может быть скорректирован по соглашению между сторонами в споре.

Для содействия разрешению предполагаемого спора иностранный инвестор должен представить следующую информацию и установленную форму:

- а) контактные данные иностранного инвестора, в том числе физический адрес в Республике или на территории, где инвестор преимущественно проживает, или на территории, где он зарегистрирован, его адрес электронной почты, номер факса и номер телефона;
- б) краткое изложение требований, в том числе мер, приведших к возникновению инвестиционного спора;
- в) конкретный орган, учреждение, провинцию или другое подразделение Республики, предположительно несущее ответственность за меры, которые, по утверждению иностранного инвестора, представляют собой нарушение любого из положений о защите инвестиций, содержащихся в настоящем Законе;
- г) положения этого Закона, которые, как утверждает иностранный инвестор, были нарушены;
- д) требуемое решение.

С учетом действующего законодательства инвестор, узнав о вышеуказанных действиях, не лишается возможности обратиться в любой компетентный суд, независимый трибунал или уставной орган в пределах Республики для разрешения спора, связанного с инвестированием.

Правительство может дать согласие на международный арбитраж в отношении инвестиций при условии исчерпания внутренних средств правовой защиты.

<sup>6</sup> См.: Government Gazette, Republic of South Africa Act No. 22 of 2015: Protection of Investment Act, 2015, Vol. 606, Cape town, 15 December 2015, No. 39514.



Рассмотрение просьбы о международном арбитраже будет осуществляться в соответствии с административными процедурами, изложенными в разд. 6 Закона. Такой арбитраж будет проводиться между Республикой и государством происхождения соответствующего инвестора<sup>7</sup>.

Существуют также законные ожидания того, что регулирующие органы должны быть свободны от политического давления. Они должны обладать значительной независимостью, подчиняться четким руководящим принципам отчетности, а избранные должностные лица или представительные органы должны нести ответственность за принимаемые решения. Это относится к судам и судебным системам, а также к регулирующим органам, действующим в таких секторах экономики, как электроэнергетика, транспорт, телекоммуникации, банковское дело, таможня, налоги, инвестиции и лицензирование. Такое положение дел дало бы больше ясности инвесторам в целом.

## II. Проблемы регулирования

Каждая страна имеет суверенное право на регулирование. Нормативные акты включают как общие правовые положения, затрагивающие основы государственного регулирования, так и отраслевые правила. Нормативное регулирование предполагает эффективную имплементацию указанных норм, включая право на принудительное исполнение. Регулирование — это не только право, но и необходимость. Без адекватной нормативно-правовой базы страна не будет привлекательна для иностранных инвесторов, поскольку инвесторы стремятся к ясности, стабильности и предсказуемости условий инвестирования в принимающей стране.

При определенных обстоятельствах полномочия по регулированию могут быть переданы международному органу, который устанавливает правила для группы государств. Полномочия по регулированию могут охватываться международными обязательствами, которые берут на себя страны. Что касается режима иностранных инвесторов, то это часто происходит на двустороннем или региональном уровне. Таким образом, международные обязательства могут сократить пространство для маневра в политике. Вместе с тем было высказано мнение о том, что странам необходимо сохранять достаточное пространство для маневра в политике в целях осуществления регулирования в интересах общественного блага<sup>8</sup>.

Инвестиционная политика принимающего государства должна служить двум потенциально противоречивым целям. С одной стороны, она должна создать привлекательные условия для иностранных инвесторов, а с другой — обеспечить возможность принятия мер регулирования в будущем, поскольку такие меры могут быть оправданы в случае финансового или продовольственного кризиса, а также проблем, связанных с изменением климата или защитой здоровья населения. Такие меры должны быть сбалансированными, ведь задача состоит в том, чтобы

<sup>7</sup> Government Gazette. Republic of South Africa Act. No. 22 of 2015.

<sup>8</sup> UNCTAD, World Investment Report «Towards a New Generation of Investment Policies». United Nations, 2012. P. 109.



найти баланс между сохранением политического пространства для регулирования в интересах общественного блага и введением регулятивных мер, которые могут привлечь и обеспечить гарантии иностранным инвесторам.

Все международные договоры в экономической сфере ограничивают пространство для маневра в национальной политике: правительства могут быть связаны юридическими обязательствами принимать определенные регулирующие меры и никакие другие. Поэтому переговоры по инвестиционным договорам предполагают деликатное балансирование между принятием обязательств по защите иностранных инвестиций, с одной стороны, и сохранением пространства для маневра в политике — с другой.

Поскольку защита инвестиций способствует инвестиционной привлекательности государств и приносит позитивные социальные, экологические и экономические результаты, она является важным компонентом мер по содействию устойчивому развитию. Но если вопрос защиты инвестиций не будет тщательно проработан, он может существенно ограничить пространство для маневра в политике принимающих государств. Характерная особенность инвестиционных договоров заключается в том, что используемые формулировки часто являются неопределенными и допускают различные толкования. При рассмотрении инвестиционных споров некоторые арбитражные суды толковали стандарты защиты инвестиций в расширенном виде.

Нередко утверждается, что инвестиционный арбитраж ведет к отходу от позиции принимающих государств в отношении окончательного контроля над национальными делами, поскольку он зачастую глубоко изучает внутреннее законодательство и практику в свете договорных норм. Такой контроль охватывает различные внутренние меры в таких чувствительных областях национального правового регулирования, как охрана окружающей среды, сохранение ресурсов, здравоохранение, банковское дело, налоги, аннулирование разрешений, меры, принятые в ответ на экономические кризисы в рамках реформы регулирования, прекращение концессий национальными судами и др.<sup>9</sup>

Центральным требованием стандартов справедливого и равноправного режима является соблюдение законных ожиданий, которые инвестор имел при осуществлении инвестиций. Данное требование включает, например, последовательность и прозрачность действий правительства, а также стабильность и предсказуемость нормативно-правовой базы. Благодаря безоговорочному обещанию государства обращаться с инвесторами «справедливо и благоразумно», государство обеспечивает максимальную защиту для инвесторов, но также рискует ограничить пространство политического влияния, повышая риски «прогнуться под требования» иностранных инвесторов и возложить на себя определенные финансовые обязательства.

Большинство международных инвестиционных договоров включают гарантию полной защиты и безопасности (ПЗБ), которая обычно рассматривается как кодифицирующая обязательства обычного международного права по предо-

<sup>9</sup> *Dagbanja D. N. The Limitation on Sovereign Regulatory Autonomy and Internationalization of investment Protection by Treaty: African Perspectives // Journal of African Law. SOAS, University of London, UK. 2015.*



ставлению определенных уровней государственной защиты и физической безопасности. Однако некоторые суды могут толковать обязательство ПЗБ таким образом, что они охватывают не только защиту государственными мерами. Если под ПЗБ понимать экономическую, правовую и иную защиту и безопасность, то она может ограничивать prerogatives государственного регулирования, включая цели устойчивого развития. Рекомендуются, чтобы органы государственного управления следовали новейшей тенденции квалифицировать стандарт ПЗБ, прямо связывая его с обычным международным правом или включая определение стандартов, уточняющее, что они ограничиваются обеспечением физической безопасности. Предполагается, что это обеспечит предсказуемость и предотвратит экспансивные толкования, ограничивающие регулятивные prerogatives<sup>10</sup>.

### III. Разъяснение инвестиционных договоров

По данным ЮНКТАД, растет беспокойство в отношении механизмов урегулирования споров между инвесторами и государствами, поскольку инвесторы продолжают использовать такие механизмы для предъявления претензий принимающим государствам. Эти претензии могут затрагивать регулирующие меры в общественных интересах принимающего государства, таких как охрана труда и прав человека, защита здоровья населения или охрана окружающей среды<sup>11</sup>.

Аргентинская Республика в связи с экономическим кризисом приняла ряд мер, которые впоследствии были оспорены в ходе инвестиционных разбирательств. В рамках этих разбирательств трибуналы и специальные комитеты ad hoc МЦУИС (Международный центр по урегулированию инвестиционных споров) разошлись во мнениях относительно надлежащего толкования сферы охвата и содержания норм о необходимости защиты в соответствии со ст. XI Аргентино-Американского двустороннего инвестиционного договора и его связи с обычными нормами об ответственности государств<sup>12</sup>. Кроме того, Аргентинская Республика поясняет, что многие из этих мер носят временный характер, в настоящее время подлежат пересмотру с инвесторами в рамках программы приватизации и не влекут за собой экспроприации осуществленных инвестиций<sup>13</sup>.

Этот и многие другие случаи являются причиной того, что международные инвестиционные режимы стали объектом пристального внимания со стороны государств. Такие страны, как Боливия, Эквадор и Венесуэла, вышли из состава Международного центра по урегулированию инвестиционных споров. Индонезия, Марокко и Южно-Африканская Республика объявили о своем решении прекратить действие многих или всех своих МИС. Эти страны осуществляют пересмотр всего режима МИС, что является сложной задачей.

<sup>10</sup> UNCTAD. World Investment Report «Towards a New Generation of Investment Policies». United Nations, 2012. P. 147—149.

<sup>11</sup> UNCTAD. Interpretation of IIAs: What States Can Do. United Nations. No. 3. December 2011.

<sup>12</sup> UNCTAD. Interpretation of IIAs: What States Can Do.

<sup>13</sup> International Centre for Settlement of Investment Disputes (ICSID) ; CMS GAS Transmission Company v. Republic of Argentina (42 ILM. 2003. P. 788).



Проблемы носят технический характер из-за специальных положений, действующих после прекращения контракта, которые обычно включаются в инвестиционные договоры. Они рассчитаны на продление срока действия договора еще на 10—20 лет после его прекращения. Обе стороны могут применять эти положения либо в одностороннем порядке, либо совместно. Таким образом, такие положения позволяют предъявлять инвестиционные претензии даже после прекращения действия договора. Даже в отсутствие таких положений, согласно ст. 31 (3) «а» Венской конвенции о праве международных договоров, государства-участники должны учитывать вместе с контекстом «любое последующее соглашение между сторонами относительно толкования договора».

Ниже приведены некоторые из основных принципов (их можно найти практически во всех инвестиционных соглашениях), которые обеспечивают определенные гарантии для инвесторов принимающих государств.

*Недискриминационное обращение с инвесторами.* Это защита от дискриминации. В соответствии с принципом недискриминационного обращения с инвесторами государство — участник соглашения обязуется относиться к иностранным инвесторам из другого государства так же, как оно относится к своим собственным инвесторам (национальный режим), или так же, как оно относится к инвесторам из других стран (режим наибольшего благоприятствования). Эти принципы обеспечивают равные условия игры для иностранных инвесторов и местных инвесторов или иностранных инвесторов из разных стран. Например, если будет доказано, что химическое вещество является токсичным для здоровья, и государство примет решение о его запрете, то такое государство не должно налагать этот запрет только на иностранные компании, позволяя при этом отечественным компаниям продолжать производить и продавать это вещество — это будет равносильно дискриминации.

*Принцип обеспечения справедливого и равноправного режима, а также полной защиты и безопасности инвесторов.* Обязательство предоставлять иностранным инвесторам справедливый и равноправный режим является одним из ключевых принципов защиты инвестиций в большинстве международных инвестиционных соглашений. Он обеспечивает защиту инвесторов и инвестиций со стороны принимающего государства от произвольной, несправедливой или неправомерной практики. Этот принцип предоставил третейским судам значительные возможности для толкования соглашений. Утверждалось, что отсутствие ясности в отношении принципа справедливости и равноправия привело к появлению большого числа претензий инвесторов, некоторые из которых вызвали беспокойство в связи с правом принимающего государства на регулирование. В некоторых случаях этот принцип даже понимается как охватывающий законные ожидания инвесторов. Обеспечение полной защиты и безопасности для инвестора — это обязательство принимающего государства защищать инвестиции, обычно интерпретируемое как охватывающее физическую защиту инвестора и его инвестиций, а также их правовую защиту.

*Защита от экспроприации без надлежащей компенсации.* Законность той или иной меры экспроприации является в первую очередь вопросом внутреннего права принимающего государства. Акт экспроприации, как правило, совершается в соответствии с законом или другими правовыми актами принимающего государ-



ства. Существует общее правило о том, что экспроприация является законной, когда она отвечает общественным интересам. Однако она требует адекватной и эффективной компенсации. Это означает, что экспроприированное имущество должно быть оценено для установления фактического экономического ущерба, понесенного собственником имущества, и степени, в которой собственник имеет право на компенсацию понесенных убытков<sup>14</sup>.

#### **IV. Недостатки и проблемы механизма урегулирования споров между государством и инвестором (ISDS)**

Механизм ISDS был разработан для деполитизации инвестиционных споров. Он нацелен на создание органа, который предложил бы инвесторам справедливое разбирательство в независимом нейтральном и квалифицированном суде. Он рассматривался как механизм для вынесения окончательных и подлежащих исполнению решений посредством быстрого, дешевого и гибкого процесса. Вместе с тем к числу проблем, вызывающих озабоченность в отношении нынешней системы ISDS, относятся, в частности, вопросы транспарентности, противоречия между арбитражными решениями, трудности в исправлении ошибочных арбитражных решений, вопросы независимости и беспристрастности арбитров, а также проблемы, связанные с временными и финансовыми затратами на арбитражные процедуры<sup>15</sup>. Положения ISDS также допускают делокализацию разрешения споров и позволяют иностранным инвесторам обходить местные суды принимающих государств без необходимости исчерпания национальных средств правовой защиты.

Большинство развивающихся стран считают, что споры между инвесторами и государствами должны разрешаться через их национальные суды. Это означает, что иностранные инвесторы в принципе не должны иметь возможность решать споры между инвесторами и государством с помощью интернационализированных методов урегулирования споров. В статье 2 (2) Устава Организации Объединенных Наций об экономических правах и обязанностях государств (1974 г.) подчеркивается, что каждое государство имеет право регулировать и осуществлять полномочия в отношении иностранных инвестиций в пределах своей национальной юрисдикции в соответствии со своими законами и положениями и со своими национальными целями и приоритетами. Ни одно государство не должно быть вынуждено предоставлять преференциальный режим иностранным инвестициям.

В Уставе ООН также говорится, что споры, касающиеся компенсации в результате национализации или экспроприации, должны разрешаться в соответствии с внутренним правом национализировавшего государства и его трибуналами, если только все заинтересованные государства добровольно и взаимно не договорятся о том, что другие мирные средства должны изыскиваться на основе суверенного равенства государств и в соответствии с принципом выбора средств (ст. 2.2 «а»

<sup>14</sup> Muchlinski P. T. *Multinational Enterprise and the Law*. Blackwell, Oxford UK, 1995. P. 506.

<sup>15</sup> UNCTAD. *Reforming of Investor-State Dispute Settlement // Search of Roadmap*. United Nations. No. 2. 26 June 2013.

и «с»)<sup>16</sup>. Это означает, что государствам предоставляется свобода использовать другие средства для разрешения инвестиционных споров. Таким образом, Устав, безусловно, не может быть истолкован как запрещающий использование интернационализированных мер, а только как не пропагандирующий их использование.

В этой связи чилийская модель двустороннего инвестиционного соглашения<sup>17</sup> предлагает выход, заявляя, что инвесторы и принимающее государство должны вступать в консультации по любому спору, но в случае неудачных консультаций инвестор может передать спор: 1) в компетентный суд договаривающейся стороны, на территории которой была осуществлена инвестиция; или 2) в международный арбитраж (МЦУИС).

Статья 13 (5) Закона «О защите инвестиций» (2015 г.) Южно-Африканской Республики также предусматривает, что правительство может дать согласие на рассмотрение инвестиционного спора в международном арбитраже при условии исчерпания внутренних средств правовой защиты.

Рассмотрение ходатайства о передаче спора в международный арбитраж будет подлежать административным процедурам, и такой арбитраж будет проводиться между Южно-Африканской Республикой и государством происхождения соответствующего инвестора<sup>18</sup>. Аналогичным образом, в пересмотренном проекте типовых соглашений о поощрении и защите инвестиций Афро-Азиатского консультативно-правового комитета (1985 г.) говорится, что «если между Договаривающейся стороной и гражданином, компанией или государственным предприятием другой Договаривающейся стороны возникнут какой-либо спор или разногласия, которые не могут быть урегулированы путем переговоров, то любая из сторон спора может инициировать процедуру примирения или арбитража после исчерпания внутренних средств правовой защиты»<sup>19</sup>.

Соглашение о сотрудничестве и упрощении процедур инвестирования Бразилии предоставляет возможность предотвращения споров в качестве одного из ключевых элементов усилий по содействию и поощрению прямых иностранных инвестиций: «Цель настоящего соглашения заключается в поощрении сотрудничества между сторонами в целях содействия развитию взаимных инвестиций посредством создания институциональной основы для управления программой (планом) дальнейшего инвестиционного сотрудничества, а также посредством механизмов снижения рисков и предотвращения споров, в том числе посредством других взаимно согласованных сторонами инструментов».

Соглашение предусматривает создание совместных комитетов, состоящих из представителей обеих сторон инвестиционного договора, в целях поощрения инвестиций и предотвращения споров. Такой совместный комитет создает площадку высокого уровня для предотвращения споров, связанных с инвестициями,

<sup>16</sup> *Brownlie Ia.* (ed.) *Basic Documents in International Law* Third edition. Clarendon Press, Oxford. P. 239—240.

<sup>17</sup> UNCTAD «Dispute Settlement: Investor-State». UNCTAD/ITE/IIT/ 30. United Nations, 2003, P. 29.

<sup>18</sup> Government Gazette, Republic of South Africa Act No. 22 of 2015 // Protection of Investment Act. 2015. Vol. 606. Cape Town. 15 December 2015. No. 39514.

<sup>19</sup> UNCTAD. Dispute Settlement: Investor-State. UNCTAD/ITE/IIT/30. Dispute Settlement. United Nations, 2003. P. 29.



и обмена инвестиционными возможностями между двумя сторонами. Он стремится разрешить любые вопросы или споры между сторонами в дружественной форме. После того как процедура в рамках предотвращения споров будет исчерпана, стороны могут по взаимному согласию принять решение о передаче спора в постоянное арбитражное учреждение<sup>20</sup>.

Габриэль Боттини<sup>21</sup> утверждает, что международные инвестиционные соглашения, как правило, являются односторонними инструментами. Они предусматривают мощные механизмы урегулирования споров между инвесторами и государством. Таким образом, международные инвестиционные соглашения могут значительно ограничить регулирующие полномочия принимающей страны, не возлагая при этом на иностранных инвесторов существенных обязанностей. В лучшем случае такие соглашения могут поставить осуществление определенных прав иностранными инвесторами в зависимость от соблюдения национального законодательства с помощью так называемых положений о «законности» или «соблюдении».

Положения соглашений позволили значительно расширить круг потенциальных бенефициаров прав на одни и те же инвестиции. Несколько взаимосвязанных субъектов, образующих корпоративную цепочку, могут иметь право предъявлять претензии даже в отношении одного и того же вида убытков. В дополнение к отсутствию обязательств инвестора в международном инвестиционном соглашении такие договоры не возлагают на субъектов ответственности за любые незаконные действия, совершенные в отношении инвестиций, за исключением случаев, когда любой из иностранных субъектов является стороной инвестиционных соглашений (договоров).

Как правило, только местная компания может нести ответственность за незаконные действия, совершенные на территории принимающей страны. Кроме того, принимающие государства, как правило, не смогут использовать механизм разрешения споров, предусмотренных международным инвестиционным соглашением, против таких местных компаний или даже против защищенных инвесторов. В случае претензий акционеров инвестиционные суды считают, что акционеры владеют защищенными инвестициями в соответствии с международным инвестиционным соглашением<sup>22</sup>.

## V. Переоценка и пересмотр условий контрактов

Пересмотр и переоценка международных контрактов могут рассматриваться как эффективный метод предотвращения споров и обеспечения того, чтобы отношения между иностранными инвесторами и принимающими государствами оставались жизнеспособными в случае изменений и обстоятельств, которые могут возникнуть в принимающем государстве. Кодекс поведения транснацио-

<sup>20</sup> Investment Policy, [policyhub.unctad.org/IIA/Country/CountryBITs/treaty file14746](http://policyhub.unctad.org/IIA/Country/CountryBITs/treaty%20file14746).

<sup>21</sup> Bottini G. Using Investor-State Dispute Settlement to enforce Investor Obligations // Investment Issues. No. 173. May 9. Colombia University, USA.

<sup>22</sup> Bottini G. Op. cit.

нальных корпораций Организации Объединенных Наций предусматривает, что договоры между правительствами и транснациональными корпорациями должны заключаться и осуществляться добросовестно. В такие контракты, особенно долгосрочные, как правило, следует включать положения о переоценке или пересмотре условий.

В отсутствие таких положений и в случае существенного изменения обстоятельств, на которых был основан договор или соглашение, транснациональные корпорации, действуя добросовестно, должны сотрудничать с правительствами в целях переоценки или пересмотра условий таких договоров или соглашений. Переоценка или пересмотр таких контрактов или соглашений должны осуществляться в соответствии с законодательством принимающего государства, соответствующими национальными законами и международно-правовыми принципами<sup>23</sup>. Полагаем, что лица, ведущие переговоры по международным инвестиционным соглашениям, должны настаивать на включении в свои контракты пункта о переоценке и пересмотре условий с учетом продолжительности инвестиционной деятельности в принимающем государстве.

Многие развивающиеся государства, включая африканские страны, продолжают подписывать двусторонние инвестиционные договоры, а также заключают региональные торговые соглашения с инвестиционными положениями. Однако существуют нормативные проблемы, связанные с реформированием регулятивной политики и инвестиционными гарантиями, такими как режим наибольшего благоприятствования, национальный режим, справедливый и равноправный режим, общие положения и положения, действующие после прекращения контракта.

Существуют три основных объяснения этих проблем: во-первых, многие развивающиеся государства, включая африканские страны, не были в полной мере осведомлены об обязательствах, вытекающих из этих соглашений (или их толковании) в момент их подписания, а также о финансовых последствиях их нарушения; во-вторых, смена правительства, политическая нестабильность и конфликты в африканском регионе сделали невозможным для некоторых стран выполнение своих обязательств по защите инвесторов и инвестиций, что привело к возникновению споров; в-третьих, положения этих инвестиционных соглашений иногда формулируются в такой свободной и общей форме, что увеличивают потенциальную ответственность государства, «открывая дверь» претензиям инвесторов практически по любому поводу.

Каждое национальное государство имеет суверенное право осуществлять регулирование в соответствии со своим внутренним законодательством в интересах общественного блага. В Африке существует ряд эффективных методов регулирования как на национальном, так и на региональном уровне. Например, африканские региональные экономические сообщества сформулировали ряд принципов, направленных на минимизацию споров и создание благоприятной инвестиционной атмосферы.

<sup>23</sup> Commission on Transitional Corporations, Report on the Special Session (7—18 March and 9—21 May 1983). Official Records of the Economic and Social Council. 1983. New York, United Nations.



Данные принципы, в частности, предполагают, что инвестиции не должны быть национализированы или экспроприированы, кроме как в общественных целях и при условии выплаты быстрой, адекватной и эффективной компенсации. Режим иностранных инвестиций должен быть справедливым и равноправным, к иностранным инвесторам должен применяться режим наиболее благоприятствуемой нации. В случае спора между иностранным инвестором и принимающим государством внутренние средства правовой защиты должны быть исчерпаны прежде, чем спор будет передан в международный арбитраж.

Развивающимся государствам, включая африканские страны, необходимо будет рассмотреть варианты осуществления государственного регулирования иностранных инвестиций, которое должно основываться на общественных интересах и учитывать международно-правовые обязательства. Принимающие государства должны учитывать, что инвесторы обоснованно ожидают, что обстоятельства, сложившиеся на момент осуществления инвестиций, останутся неизменными. В то же время иностранные инвесторы должны осознавать, что принимающее государство имеет законное право регулировать внутренние вопросы в интересах общественного блага.

Усиление регионального регулирования в сочетании с регионализацией органов управления и учреждений могло бы помочь развивающимся странам преодолеть национальные ограничения в области поиска технических специалистов и укрепить потенциал для принятия обязательств по формированию стабильного пространства реализации соответствующей политики в обозначенной сфере. Это позволит повысить эффективность инфраструктурных отраслей, позволив им развиваться без соблюдения экономически искусственных национальных границ, и тем самым в конечном итоге увеличить инвестиции в инфраструктуру. Гармонизация нормативно-правовой базы на региональном уровне также позволит минимизировать инвестиционные споры.

## БИБЛИОГРАФИЯ

1. *Muchlinski P. T.* Multinational Enterprise and the Law, Blackwell, Oxford UK, 1995.
2. *Brownlie Ia.* (ed.) Basic Documents in International Law Third edition. Clarendon Press, Oxford.
3. *Bottini G.* Using Investor-State Dispute Settlement to enforce Investor Obligations // Investment Issues. No. 173. May 9. Colombia University, USA.