



# Генеральная Ассамблея

Distr.: General  
27 July 2021  
Russian  
Original: English

---

## Семьдесят шестая сессия

Пункт 75 b) предварительной повестки дня\*

**Поощрение и защита прав человека: вопросы прав человека, включая альтернативные подходы в деле содействия эффективному осуществлению прав человека и основных свобод**

## **Международные инвестиционные соглашения, совместимые с правами человека**

### **Записка Генерального секретаря**

Генеральный секретарь имеет честь препроводить Генеральной Ассамблее доклад Рабочей группы по вопросу о правах человека и транснациональных корпорациях и других предприятиях, представляемый в соответствии с резолюциями 17/4 и 44/15 Совета по правам человека.

---

\* A/76/150.



## **Доклад Рабочей группы по вопросу о правах человека и транснациональных корпорациях и других предприятиях**

### *Резюме*

В настоящем докладе Рабочая группа по вопросу о правах человека и транснациональных корпорациях и других предприятиях обсуждает последствия принципа 9 Руководящих принципов предпринимательской деятельности в аспекте прав человека для государств при проведении переговоров о заключении новых международных инвестиционных соглашений или реформировании старых соглашений. Большинство существующих международных инвестиционных соглашений отражают дисбаланс между правами и обязанностями инвесторов, что может иметь нежелательный эффект, способствуя безответственному поведению инвесторов или затрудняя для государств регулирование такого поведения. В связи с этим Рабочая группа рекомендует государствам обеспечить, чтобы все существующие и будущие инвестиционные соглашения были совместимы с их международными обязательствами в области прав человека. Государства должны также ссылаться на международные инвестиционные соглашения в целях побуждения инвесторов к ответственному ведению предпринимательской деятельности и привлечения их к ответственности за нарушение международно признанных прав человека.

## I. Введение

### A. История вопроса

1. В настоящем докладе Рабочая группа по вопросу о правах человека и транснациональных корпорациях и других предприятиях обсуждает последствия принципа 9 Руководящих принципов предпринимательской деятельности в аспекте прав человека для государств в связи с международными инвестиционными соглашениями. В соответствии с этим принципом государствам «следует сохранять необходимую свободу маневра в сфере внутренней политики для соблюдения своих правозащитных обязательств в процессе достижения связанных с предпринимательством политических целей с другими государствами или предприятиями, например, в рамках инвестиционных соглашений или контрактов». В комментарии к принципу 9 утверждается, что «условия международных инвестиционных соглашений могут ограничивать возможности государства в деле полного выполнения нового правозащитного законодательства или, в случае его осуществления, создавать для них риск принятия международным арбитражем обязательного для исполнения решения».

2. Принцип 9 имеет прямые последствия для государств, желающих провести переговоры по новым международным инвестиционным соглашениям или реформировать существующие соглашения. Он также имеет косвенные последствия для иностранных инвесторов, которые пользуются защитой, предоставляемой такими соглашениями, третейских судей, принимающих решения по спорам между инвесторами и государством, и общин, затронутых связанными с инвестициями проектами. По этой причине основное внимание в этом докладе уделяется всем трем компонентам Руководящих принципов: обязанности государства обеспечивать защиту прав человека, обязанности корпораций соблюдать права человека и доступу к средствам правовой защиты.

3. Инвестиции нередко рассматриваются как необходимые для развития, а также для осуществления прав человека. Однако привлечение инвестиций не является достаточным условием всеохватного и устойчивого развития или осуществления прав человека и, в свою очередь, для того, чтобы никто не остался без внимания. Необходима политическая основа, которая не только поощряет ответственное ведение предпринимательской деятельности, но и направляет усилия по стимулированию инвестиций на достижение всеохватного и устойчивого развития. Государства использовали международные инвестиционные соглашения как одну из стратегий привлечения иностранных инвестиций, несмотря на отсутствие исчерпывающих доказательств прямой положительной зависимости между такими соглашениями и потоком инвестиций<sup>1</sup>. Независимо от дебатов по поводу этой связи, международные инвестиционные соглашения, если они не сформулированы должным образом, могут существенно ограничить возможности государств по регулированию деятельности инвесторов и их инвестиций. Они могут также усугубить существующий дисбаланс между правами и обязанностями инвесторов и подорвать стремление затронутых общин привлекать инвесторов к ответственности за нарушения прав человека и загрязнение окружающей среды.

4. Также представляется, что значительные иностранные инвестиции в различных регионах мира не привели к реальным результатам в решении проблемы

---

<sup>1</sup> Jonathan Bonnitcha, Lauge N. Skovgaard Poulsen and Michael Waibel, *The Political Economy of the Investment Treaty Regime* (Oxford, United Kingdom of Great Britain and Northern Ireland, Oxford University Press, 2017), pp. 155-166.

повсеместного экономического неравенства<sup>2</sup> или улучшения благого управления в целом<sup>3</sup>. Кроме того, пандемия коронавирусной болезни (COVID-19) вызвала дополнительные опасения, что действие международных инвестиционных соглашений может столкнуться с принимаемыми государствами мерами в области здравоохранения или другими мерами. Также звучат призывы ввести мораторий на механизм урегулирования споров между инвесторами и государством<sup>4</sup>, опасаясь, что инвесторы могут оспорить меры, связанные с пандемией<sup>5</sup>. Даже если государства способны защититься от претензий против этих мер<sup>6</sup>, сама по себе правомерность предъявления инвесторами таких претензий поднимает законные вопросы государственной политики.

5. Именно в связи с этим Рабочая группа вскрывает последствия применения принципа 9 Руководящих принципов для государств, инвесторов, инвестиционных арбитров и других соответствующих субъектов. Поскольку этот принцип является частью раздела «Обеспечение согласованности политики» первого компонента Руководящих принципов, настоящий доклад следует рассматривать в более широком контексте согласованности политики, необходимой на различных уровнях для поощрения соблюдения прав человека и подотчетности предпринимателями (см. A/74/198). Кроме того, если иностранный инвестор является государственным предприятием (см. A/HRC/32/45) или инвестирует в район, затронутый конфликтом (см. A/75/212), он должен следовать специальным указаниям Рабочей группы по этим вопросам. Более того, во всех связанных с инвестициями решениях следует учитывать гендерные аспекты (см. A/HRC/41/43).

## V. Цели

6. С помощью настоящего доклада Рабочая группа стремится достичь трех целей. Во-первых, в докладе содержатся рекомендации государствам в отношении того, почему и как следует сохранять свободу маневра в сфере внутренней политики при проведении переговоров по новым международным

<sup>2</sup> «Директивным органам необходимо срочно признать, что нынешняя модель управления иностранными инвестициями неоднократно демонстрировала неспособность обеспечить справедливое распределение выгод от экономической деятельности внутри обществ и между ними. Нынешняя модель сосредоточена исключительно на максимизации прибыльности компании любой ценой». См. Daria Davitti and others, “COVID-19 and the precarity of international investment law”, 6 May 2020; доступно по адресу: <https://medium.com/iel-collective/COVID-19-and-the-precarity-of-international-investment-law-c9fc254b3878>.

<sup>3</sup> Mavluda Sattorova, *The Impact of Investment Treaty Law on Host States: Enabling Good Governance?* (Oxford, United Kingdom, Hart Publishing, 2018). Кроме того, в ходе одной из региональных консультаций было отмечено, что вследствие наличия международных инвестиционных соглашений у некоторых правительств может быть меньше стимулов для реформирования национальных институтов государственного управления.

<sup>4</sup> Columbia Center on Sustainable Investment, “Call for ISDS moratorium during COVID-19 crisis and response”, 6 May 2020; доступно по адресу: <https://medium.com/iel-collective/COVID-19-and-the-precarity-of-international-investment-law-c9fc254b3878>. См. также International Institute for Sustainable Development, “Agreement for the coordinated suspension of investor-State dispute settlement with respect to COVID-19-related measures and disputes”, 18 June 2020; доступно по адресу: [www.iisd.org/system/files/2021-02/suspension-isds-COVID-19-en.pdf](http://www.iisd.org/system/files/2021-02/suspension-isds-COVID-19-en.pdf).

<sup>5</sup> Daniel Uribe and Danish, “Investment policy options for facing COVID-19 related ISDS claims”, South Centre Investment Policy Brief No. 22 (June 2021).

<sup>6</sup> Prabhath Ranjan and Pushkar Anand, “COVID-19, India, and investor-State dispute settlement (ISDS): will India be able to defend its public health measures?”, *Asia Pacific Law Review*, vol. 28, No. 1 (2020), p. 225.

инвестиционным соглашениям или реформировании существующих соглашений, с тем чтобы выполнить свои обязательства в области прав человека в соответствии с нормами международного или конституционного права. Тем самым государства должны иметь возможность действовать в соответствии с принципом 9 Руководящих принципов, поскольку условия международных инвестиционных соглашений влияют на способность государств регулировать поведение иностранных инвесторов.

7. Во-вторых, Рабочая группа анализирует последствия обязанности государств, вытекающие как из принципа 9 Руководящих принципов, так и из международного права прав человека, для иностранных инвесторов. Несмотря на то, что обязанность предприятий соблюдать права человека в соответствии со вторым компонентом Руководящих принципов не является юридически обязательной, она может приобрести обязательный характер в силу международных инвестиционных соглашений или других нормативных изменений, происходящих на национальном, региональном и международном уровнях.

8. В-третьих, Рабочая группа подчеркивает «стимулирующий» потенциал международных инвестиционных соглашений в обеспечении доступа к средствам правовой защиты для отдельных лиц и общин, затронутых проектами, связанными с инвестициями. В докладе также подчеркивается, что такие соглашения, как минимум, не должны иметь никакого «лишающего» потенциала в отношении доступа к средствам правовой защиты для затронутых правообладателей.

## C. Методология

9. Доклад является кульминацией проекта по международным инвестиционным соглашениям и правам человека, который Рабочая группа начала в 2016 году<sup>7</sup>. Помимо обзора соответствующей литературы, доклад основывается на материалах, полученных от различных заинтересованных сторон в ответ на открытый призыв о предоставлении материалов, а также на итогах различных совещаний, организованных на Форуме по вопросам предпринимательской деятельности и прав человека, который ежегодно проводится в Женеве. В связи с пандемией COVID-19 Рабочая группа в сотрудничестве с партнерскими учреждениями организовала несколько виртуальных консультаций с различными заинтересованными сторонами. Помимо региональных консультаций для Африки, Америки, Азии и Тихого океана, Западной Европы, Восточной Европы и Центральной Азии, две консультации были организованы исключительно для государств и частного сектора<sup>8</sup>. Богатый опыт, полученный в ходе этих консультаций, лег в основу настоящего доклада.

10. Кроме того, доклад опирается на работу, проделанную в этой области Конференцией Организации Объединенных Наций по торговле и развитию (ЮНКТАД), Комиссией Организации Объединенных Наций по праву международной торговли (ЮНСИТРАЛ), Организацией экономического сотрудничества и развития (ОЭСР), Центром по проблемам Юга и другими исследовательскими центрами и организациями гражданского общества. Представленные в отчете рекомендации также основаны на типовых двусторонних инвестиционных договорах и отдельных прогрессивных международных инвестиционных соглашениях, которые в той или иной форме содержат положения о правах человека.

<sup>7</sup> См. [www.ohchr.org/EN/Issues/Business/Pages/IAs.aspx](http://www.ohchr.org/EN/Issues/Business/Pages/IAs.aspx).

<sup>8</sup> Ibid.

## D. Сфера охвата и ограничения

11. Доклад посвящен международным инвестиционным соглашениям, которые должны быть совместимы с обязанностью государств уважать, защищать и осуществлять права человека в соответствии с международным правом. В настоящем докладе термин «международные инвестиционные соглашения» включает эти соглашения, а также другие договоры с инвестиционными положениями, заключенные на двусторонней, региональной или международной основе. Термин «права человека» трактуется в соответствии с принципом 12 Руководящих принципов: все «международно признанные права человека, под которыми понимаются, как минимум, права, закрепленные в Международном билле о правах человека, и принципы, касающиеся основополагающих прав, которые изложены в Декларации Международной организации труда об основополагающих принципах и правах в сфере труда». Важно отметить, что предприятиям зачастую необходимо учитывать «другие нормы», как отмечается в комментарии к этому принципу<sup>9</sup>.

12. Принцип 9 также распространяется на торговые соглашения и инвестиционные контракты. При этом, однако, настоящий доклад не направлен на сохранение свободы маневра в области политики в этих сферах. Хотя доклад не имеет прямого отношения к торговым соглашениям, государства могут использовать его как источник вдохновения при проведении переговоров о торговых соглашениях, совместимых с правами человека. С другой стороны, «принципы ответственных контрактов» уже содержат конкретные руководящие указания для участников переговоров по инвестиционным контрактам (см. A/HRC/17/31/Add.3), поскольку эти контракты тесно связаны с требованиями по международным инвестиционным соглашениям.

13. Поскольку международные инвестиционные соглашения являются лишь одной из составных частей более широких рамок инвестиционной политики<sup>10</sup>, настоящий доклад следует рассматривать в контексте необходимости более широких и фундаментальных реформ таких рамок. Помимо переговоров о заключении новых соглашений, совместимых с правами человека, и реформированию старых соглашений, государствам следует разработать рамки инвестиционной политики, в которых больше внимания уделяется таким аспектам иностранных инвестиций, как «для чего» и «для кого»<sup>11</sup>. Они также должны стремиться к пересмотру других инициатив, имеющих отношение к рамочным основам их политики. Например, индекс легкости ведения бизнеса Всемирного банка, который ранжирует государства по степени «благоприятности нормативно-правовой среды для открытия и деятельности местной фирмы»<sup>12</sup>, не рассматривает условия деятельности, благоприятствующие соблюдению предприятиями прав человека, имеющих значение для такого ранжирования. Следовательно, такое ранжирование может подтолкнуть государства к ослаблению трудовых прав и

<sup>9</sup> Рабочая группа, например, подчеркнула, что принятие «гендерной перспективы во всех ситуациях всегда уместно для всех государств и предприятий» (см. A/HRC/41/43, пункт 31).

<sup>10</sup> London School of Economics and Political Science, Centre for the Study of Human Rights, “Guide to implementing the UN Guiding Principles on Business and Human Rights in investment policymaking” (London, 2016).

<sup>11</sup> Surya Deva, “Managing States’ ‘fatal attraction’ to international investment agreements”, 13 August 2018; доступно по адресу: <https://investmentpolicy.unctad.org/blogs/75/managing-states-fatal-attraction-to-international-investment-agreements>.

<sup>12</sup> См. [www.doingbusiness.org/en/rankings](http://www.doingbusiness.org/en/rankings). Методология этого индекса в настоящее время пересматривается (см. <https://consultations.worldbank.org/consultation/seeking-feedback-doing-business-methodology-review-external-panel>.)

экологических стандартов или предоставлению чрезмерно щедрых налоговых льгот.

## II. Опасения, связанные с международными инвестиционными соглашениями

14. По состоянию на 30 июня 2021 года система международных инвестиционных соглашений включала 2852 двусторонних инвестиционных договора и 420 договоров с инвестиционными положениями, из которых 2298 и 324, соответственно, находились в силе<sup>13</sup>. Большинство соглашений были заключены в период с 1990 по 2009 год<sup>14</sup>.

15. Международные инвестиционные соглашения, особенно соглашения первого поколения, заключенные до 2010 года, являются воплощением трех характеристик: дисбаланс, непоследовательность и безответственность. Двух наглядных примеров достаточно, чтобы продемонстрировать присущий таким соглашениям дисбаланс. Во-первых, большинство соглашений предоставляют инвесторам обладающие искомой силой права, но практически не наделяют их обязательствами или ответственностью в отношении прав человека и окружающей среды. Во-вторых, несмотря на то, что инвесторы являются третьими сторонами соглашений, они могут опираться на них в целях инициирования арбитражных разбирательств против государств в связи с предполагаемым нарушением стандартов защиты инвестиций, в том числе с использованием «финансирования третьими сторонами»<sup>15</sup>. При этом, однако, государства или прочие «третьи стороны», такие как отдельные лица и общины, затронутые инвестиционными проектами, такой возможности не имеют.

16. Непоследовательность — это еще один элемент, встроенный в архитектуру международных инвестиционных соглашений. Инвесторы и сторонники таких соглашений обосновывают необходимость процесса урегулирования споров между инвесторами и государством недоверием к правовой системе принимающих государств. В то же время, когда затронутые общины подают иски против компаний-инвесторов за нарушения прав человека, эти инвесторы требуют, чтобы дела рассматривались той самой правовой системой, которую они называют ненадежной и непригодной. Более того, в то время как механизм разрешения споров позволяет материнским компаниям-инвесторам, действуя в качестве акционеров, требовать от государства возмещения ущерба в виде «отраженной потери», такие материнские компании ссылаются на принцип независимой правосубъектности, когда им предъявляется иск за поведение их дочерних компаний<sup>16</sup>. Непоследовательность также наблюдается в арбитражных решениях, выносимых группой назначаемых сторонами арбитров, которые не связаны какой-либо прецедентной системой<sup>17</sup>.

<sup>13</sup> См. <https://investmentpolicy.unctad.org/international-investment-agreements>.

<sup>14</sup> United Nations Conference on Trade and Development (UNCTAD), *World Investment Report 2021: Investing in Sustainable Recovery* (New York, 2021), p. 122.

<sup>15</sup> Brooke Guven and Lise Johnson, “The policy implications of third-party funding in investor-State dispute settlement”, Columbia Center on Sustainable Investment Working Paper 2019 (May 2019).

<sup>16</sup> David Gaukrodger, “Investment treaties as corporate law: shareholder claims and issues of consistency”, Organisation for Economic Co-operation and Development (OECD) Working Papers on International Investment, No. 2013/03 (OECD Publishing, 2013).

<sup>17</sup> Lise Johnson and Lisa Sachs, “Inconsistency’s many forms in investor-State dispute settlement and implications for reform”, Columbia Center on Sustainable Investment Briefing Note (November 2018).

17. Эти глубоко укоренившиеся в международных инвестиционных соглашениях дисбалансы и несоответствия способствуют безответственности со стороны инвесторов. Предлагаемая соглашениями асимметричная защита и отсутствие общей прозрачности в процессах контактов между инвесторами и государством создают для инвесторов стимулы, чтобы сосредоточиться на защите своих инвестиций и не уделять должного внимания своим обязанностям в области прав человека в соответствии с местным законодательством и международными стандартами. В некоторых случаях инвесторы ссылаются на защиту, предусмотренную международными инвестиционными соглашениями, с тем чтобы воспрепятствовать попыткам затронутых общин привлечь их к ответственности за нарушения прав человека. Кроме того, учитывая отсутствие в соглашениях прямых обязательств инвесторов в отношении прав человека и окружающей среды, арбитры склонны рассматривать их как автономный и самодостаточный режим, который превалирует над другими режимами нормативного регулирования.

18. Ниже приведены три широкие группы проблем, касающихся международных инвестиционных соглашений: нормативные ограничения, права инвесторов при отсутствии обязательств и привилегированный доступ инвесторов к средствам правовой защиты. Эти проблемы могут быть связаны, соответственно, с такими компонентами Руководящих принципов, как «защита прав», «соблюдение прав» и «средства правовой защиты».

19. Поскольку в последние годы количество вновь заключенных международных инвестиционных соглашений было меньше, чем количество расторгнутых соглашений<sup>18</sup>, а большинство арбитражных исков подается именно по соглашениям, заключенным до 1990-х годов<sup>19</sup>, крайне важно устранить три характеристики (дисбаланс, непоследовательность и отсутствие ответственности) также и в старых соглашениях. Кроме того, необходимо найти способы нейтрализации «оговорок о сохранении действия» в старых соглашениях.

## A. Нормативные ограничения

20. Все государства имеют суверенное право регулировать инвестиции и поведение инвесторов. Притязание на такое право, однако, скрывает два критически важных аспекта. Во-первых, государства могут быть не в состоянии осуществить это право на практике, поскольку их полномочия могут быть ограничены международными инвестиционными соглашениями или арбитражными исками, поданными против них<sup>20</sup>. Например, некоторые суды толкуют положение о «справедливом и равноправном обращении» в таких соглашениях весьма широко<sup>21</sup>, что, в свою очередь, может подорвать способность государств преследовать законные цели государственной политики. Более того, в условиях конфликта эта оговорка может помешать или подорвать планы применения

<sup>18</sup> UNCTAD, *World Investment Report 2021*, pp. 122 and 123.

<sup>19</sup> *Ibid.*, p. 130.

<sup>20</sup> Jesse Coleman, Kaitlin Y. Cordes and Lise Johnson, “Human rights law and the investment treaty regime”, in *Research Handbook on Human Rights and Business*, Surya Deva and David Birchall, eds. (Cheltenham, United Kingdom, Edward Elgar Publishing, 2020), p. 290, at pp. 297–298.

<sup>21</sup> Gus Van Harten, “Leaders in the expansive and restrictive interpretation of investment treaties: a descriptive study of ISDS awards to 2010”, *European Journal of International Law*, vol. 29, No. 2 (2018), p. 507, at p. 518.



правосудия переходного периода, включая меры, направленные на устранение коренных причин конфликта<sup>22</sup>.

21. Что касается влияния арбитражных исков на право государств на нормативное регулирование, можно сослаться на то, что компании, добывающие ископаемые виды топлива, опираясь на Договор к Энергетической Хартии, оспаривают меры правительств, направленные на смягчение последствий изменения климата<sup>23</sup>. В прошлом табачные компании также инициировали арбитражные иски против государств в целях принятия законных мер по защите права на здоровье<sup>24</sup>. Даже если бы соответствующие государства в итоге смогли обосновать свои меры, этот процесс влечет за собой ненужные затраты времени и ресурсов на защиту против исковых претензий, которых изначально быть не должно. Такие исковые претензии также создают тенденцию к введению замораживания нормативных изменений не только в государствах, участвующих в таких исках, но и в сторонних государствах<sup>25</sup>.

22. Во-вторых, государства фактически обязаны регулировать поведение инвесторов таким образом, чтобы инвестиции не приводили к нарушению прав человека или загрязнению окружающей среды. В отличие от дискреционного права государств регулировать инвестиции и инвесторов, обязанность действовать в целях защиты прав человека является обязательной для исполнения<sup>26</sup>. Государства могут выполнять эту обязанность, например, путем установления правозащитных обязательств инвесторов и эффективного обеспечения их соблюдения.

23. Некоторые государства начали расторгать старые международные инвестиционные соглашения, чтобы освободиться от их нормативных ограничений. Недавно Пакистан<sup>27</sup> присоединился к другим государствам, таким как Индия, Индонезия, Эквадор и Южная Африка, в одностороннем порядке расторгнув свои несбалансированные международные инвестиционные соглашения<sup>28</sup>. Кроме того, в мае 2020 года 23 государства — члена Европейского союза подписали соглашение о расторжении заключенных между ними соглашений. Это расторжение было спровоцировано решением Суда Европейского союза от марта 2018 года по делу *Словацкая Республика против компании Achmea BV*

<sup>22</sup> Tara Van Ho, “Is it already too late for Colombia’s land restitution process? The impact of international investment law on transitional justice initiatives”, *International Human Rights Law Review*, vol. 5, No. 1 (2016), pp. 60–85.

<sup>23</sup> *RWE AG and RWE Eemshaven Holding II BV v. Kingdom of the Netherlands*, International Centre for Settlement of Investment Disputes case No. ARB/21/4. См. также Nathalie Bernasconi-Osterwalder, “How the Energy Charter Treaty could have costly consequences for Governments and climate action”, 19 June 2018; доступно по адресу: [www.iisd.org/articles/how-energy-charter-treaty-could-have-costly-consequences-governments-and-climate-action](http://www.iisd.org/articles/how-energy-charter-treaty-could-have-costly-consequences-governments-and-climate-action).

<sup>24</sup> *Philip Morris Asia Limited v. The Commonwealth of Australia*, Permanent Court of Arbitration case No. 2012-12; и *Philip Morris Brand Sàrl (Switzerland), Philip Morris Products S.A. (Switzerland) and Abal Hermanos S.A. (Uruguay) v. Oriental Republic of Uruguay*, International Centre for Settlement of Investment Disputes case No. ARB/10/7.

<sup>25</sup> Jane Kelsey, “Regulatory chill: learnings from New Zealand’s plain packaging tobacco law”, *QUT Law Review*, vol. 17, No. 2 (2017), pp. 21–45.

<sup>26</sup> См. статью 2 Международного пакта о гражданских и политических правах, и статью 2 Международного пакта об экономических, социальных и культурных правах; см. также замечание общего порядка № 24 (2017) Комитета по экономическим, социальным и культурным правам.

<sup>27</sup> Mushtaq Ghumman, “Most of BITs to be scrapped”, 25 March 2021; доступно по адресу: [www.brecorder.com/news/40077403](http://www.brecorder.com/news/40077403).

<sup>28</sup> International Institute for Sustainable Development, “Terminating a bilateral investment treaty” (Winnipeg, Canada, 2020), pp. 7 and 8; доступно по адресу: [www.iisd.org/system/files/publications/terminating-treaty-best-practices-en.pdf](http://www.iisd.org/system/files/publications/terminating-treaty-best-practices-en.pdf).

(дело C-284/16), в котором Суд постановил, что положения об урегулировании споров между инвестором и государством в международных инвестиционных соглашениях внутри Европейского союза оказывают негативное влияние на автономию Европейского союза и, таким образом, несовместимы с правом Европейского союза.

## **В. Права инвесторов и отсутствие обязательств**

24. Большинство международных инвестиционных соглашений не содержат положений, налагающих на инвесторов ответственность или обязательства в области прав человека<sup>29</sup>. Даже не все соглашения нового поколения, заключенные после 2010 года, содержат такие конкретные положения или ставят обязательства инвесторов в один ряд с их правами. Примером такого соглашения является Региональное соглашение о всеобъемлющем экономическом партнерстве 2020 года между Ассоциацией государств Юго-Восточной Азии, Австралией, Китаем, Новой Зеландией, Республикой Корея и Японией. С другой стороны, Всеобъемлющее соглашение об инвестициях между Европейским союзом и Китаем от 2021 года иллюстрирует второй сценарий: хотя оно содержит несколько положений, касающихся устойчивого развития, корпоративной социальной ответственности и трудовых стандартов, все эти положения были исключены из сферы действия механизма урегулирования споров между государствами, созданного для разрешения связанных с инвестициями споров<sup>30</sup>.

25. Такое общее отсутствие в международных инвестиционных соглашениях или даже символическое включение в них положений о правах человека усугубляет существующую асимметрию между правами и обязанностями инвесторов. Это также способствует тому, что арбитры игнорируют обязанности инвесторов в области прав человека, которые широко применяются в других отраслях международного права, но отсутствуют в тексте соответствующих соглашений.

## **С. Привилегированный доступ инвесторов к средствам правовой защиты**

26. Хотя для местных общин многое поставлено на карту в части иностранных инвестиционных проектов, а также связанных с этими проектами споров, они «не заметны в рамках существующей системы международных инвестиционных соглашений»<sup>31</sup>. Международные инвестиционные соглашения способствуют этой несправедливости. Заключившие такие соглашения государства наделяют инвесторов, которые являются третьими сторонами в таких межгосударственных соглашениях, привилегией обходить все обычные механизмы правовой защиты и добиваться ускоренной процедуры такой защиты против государств с помощью урегулирования спора в арбитраже с обязывающим для сторон решением. Кроме того, инвесторы могут ссылаться на соглашения как на защиту от

<sup>29</sup> Поиск в базе данных ЮНКТАД по международным инвестиционным соглашениям на 12 июля 2021 года показал, что из 2575 соглашений 40 содержали положения о корпоративной социальной ответственности в основном тексте, 112 — трудовые стандарты, 120 — положения о недопустимости снижения стандартов и 317 — положения о здоровье и окружающей среде (см. <https://investmentpolicy.unctad.org/international-investment-agreements/iaa-mapping>).

<sup>30</sup> См. <https://trade.ec.europa.eu/doclib/press/index.cfm?id=2237>.

<sup>31</sup> Nicolás Perrone, “The ‘invisible’ local communities: foreign investor obligations, inclusiveness, and the international investment regime”, *American Journal of International Law Unbound*, vol. 113 (2019), pp. 16–21.

исков в отношении нарушения прав человека<sup>32</sup>. С другой стороны, затронутые общины как еще одна группа третьих сторон таких соглашений остаются исключенными или в лучшем случае находятся на периферии, если им, согласно соглашению или механизму урегулирования споров между инвесторами и государством, разрешено подавать консультативные заключения.

27. Такая модель привилегированного доступа к средствам правовой защиты, которая могла бы быть оправдана для развивающихся государств как путь к привлечению инвестиций и достижению экономического развития, является явно несправедливой и неоправданной<sup>33</sup>. Если будет создан какой-либо специализированный механизм для разрешения споров, он не должен быть односторонним. Напротив, он должен также позволить государствам и затронутым общинам на равных условиях урегулировать свои жалобы, связанные с инвестициями. Иными словами, механизм разрешения споров, действующий в рамках международных инвестиционных соглашений, должен укреплять верховенство права на национальном уровне для всех затронутых сторон, а не только для избранных немногих<sup>34</sup>.

### **III. Положение дел в области прав человека в аспекте международных инвестиционных соглашений**

28. Раздел III содержит обзор усилий, предпринимаемых на различных форумах и в различных условиях в целях внесения изменений в международные инвестиционные соглашения и обеспечения их совместимости с нормами международного права прав человека, трудовых прав и окружающей среды.

#### **A. Конференция Организации Объединенных Наций по торговле и развитию**

29. В Докладе о мировых инвестициях за 2012 год ЮНКТАД отметила, что начала формироваться инвестиционная политика «нового поколения», направленная на систематическую интеграцию устойчивого развития<sup>35</sup>. В то же время, в докладе были отмечены проблемы в разработке международной инвестиционной политики, включая вопрос о том, как международные инвестиционные соглашения могут неоправданно ограничивать разработку национальной политики в области экономического развития, необходимость установления баланса между правами и обязанностями инвесторов и обеспечение эффективной согласованности политики с другими направлениями государственной политики<sup>36</sup>. В доклад также включены предложения по 11 основным принципам

<sup>32</sup> Columbia Center on Sustainable Investment and Working Group on the issue of human rights and transnational corporations and other business enterprises, “Impacts of the international investment regime on access to justice”, Roundtable Outcome Document (September 2018), pp. 11 and 12; доступно по адресу: [www.ohchr.org/Documents/Issues/Business/CCSI\\_UNWGBHR\\_InternationalInvestmentRegime.pdf](http://www.ohchr.org/Documents/Issues/Business/CCSI_UNWGBHR_InternationalInvestmentRegime.pdf).

<sup>33</sup> Muthucumaraswamy Sornarajah, *Resistance and Change in the International Law on Foreign Investment* (Cambridge, United Kingdom, Cambridge University Press, 2015).

<sup>34</sup> Sergio Puig and Gregory Shaffer, “Imperfect alternatives: institutional choice and the reform of investment law”, *American Journal of International Law*, vol. 112, No. 3 (2018), p. 361.

<sup>35</sup> UNCTAD, *World Investment Report 2012: Towards a New Generation of Investment Policies* (New York, 2012), p. 102.

<sup>36</sup> *Ibid.*, pp. 103 and 104.

формирования инвестиционной политики в целях устойчивого развития<sup>37</sup> и способствовал началу внедрения Рамочных основ инвестиционной политики в интересах устойчивого развития<sup>38</sup>. Эти предложения можно рассматривать как создание основы для рекомендаций ЮНКТАД по внесению изменений в международные инвестиционные соглашения в ближайшие годы.

30. Опираясь на результаты предыдущей работы, ЮНКТАД в 2015 году разработала «меню действий», охватывающее существенные, процедурные и системные аспекты реформы международных инвестиционных соглашений<sup>39</sup>. В этом «меню» предложены конкретные варианты достижения пяти целей реформы: обеспечение права на регулирование, реформирование системы урегулирования инвестиционных споров, поощрение и облегчение инвестиций, обеспечение ответственного инвестирования и повышение системной согласованности. В нем также представлены восемь инструментов реформирования — от добавления новых положений в международные инвестиционные соглашения и до устранения или исключения некоторых существующих положений, поиска путей ограничения сферы действия соглашений, установление зависимости защиты от поведения инвесторов, укрепление аспектов устойчивости в положениях соглашений и отсылка к другим сводам законов в целях повышения согласованности<sup>40</sup>. Кроме того, ЮНКТАД подчеркнула, что жесткие положения о защите и эффективные гибкие возможности для договаривающихся сторон могут сосуществовать для «достижения сбалансированного соглашения, которое отвечает потребностям различных заинтересованных сторон в сфере инвестиций»<sup>41</sup>.

31. В 2018 году ЮНКТАД представила свою трехэтапную дорожную карту реформирования международных инвестиционных соглашений: разработка соглашений, ориентированных на устойчивое развитие (этап 1), модернизация существующих соглашений (этап 2) и содействие согласованности между соглашениями и другими центрами формирования инвестиционной политики (этап 3)<sup>42</sup>. Поскольку соглашения старого поколения предусматривают широкую и расплывчатую защиту инвесторов и «кусают» государства, предоставляя основание для предъявления арбитражных исков, ЮНКТАД предложила 10 вариантов их реформирования<sup>43</sup>. Они включают совместное толкование положений договоров, внесение изменений и дополнений в положения договоров, замену устаревших договоров, ссылки на глобальные стандарты, отказ от нератифицированных старых договоров и прекращение действия существующих старых договоров.

32. В 2020 году в целях оказания помощи государствам в модернизации соглашений старого поколения ЮНКТАД запустила программу «Ускоритель реформ международных инвестиционных соглашений», поскольку реформа «существующего массива из 2500 действующих в настоящее время договоров старого поколения еще не приобрела масштабный характер»<sup>44</sup>. Ускоритель реформ ориентирован на восемь аспектов соглашений, которые наиболее нуждаются в реформировании: определение понятия «инвестиции», определение понятия

<sup>37</sup> Основные принципы включали инвестиции в целях устойчивого развития, согласованность политики, сбалансированность прав и обязанностей, право на нормативное регулирование, а также корпоративное управление и ответственность.

<sup>38</sup> UNCTAD, *World Investment Report 2012*, pp. 107–110 and 143–159.

<sup>39</sup> UNCTAD, *World Investment Report 2015: Reforming International Investment Governance* (New York, 2015), pp. 120–171.

<sup>40</sup> *Ibid.*, pp. 132–135.

<sup>41</sup> UNCTAD, *Investment Policy Framework for Sustainable Development* (New York, 2015), p. 89.

<sup>42</sup> UNCTAD, *UNCTAD's Reform Package for the International Investment Regime* (New York, 2018) p. 9.

<sup>43</sup> *Ibid.*, pp. 72–92.

<sup>44</sup> UNCTAD, “International investment agreements: Reform Accelerator” (New York, 2020), p. 2.

«инвестор», национальный режим, режим наибольшего благоприятствования, справедливый и равноправный режим, полная защита и безопасность, косвенная экспроприация и исключения из государственной политики<sup>45</sup>.

## **В. Комиссия Организации Объединенных Наций по праву международной торговли**

33. Рабочая группа III ЮНСИТРАЛ занимается возможной реформой системы урегулирования споров между инвесторами и государством, начиная с 2017 года (см. A/72/17, пункт 264). Однако ЮНСИТРАЛ занималась этим вопросом еще до 2017 года. Например, она разработала Правила о прозрачности в контексте арбитражных разбирательств между инвесторами и государствами на основе международных договоров 2014 года, с тем чтобы решить проблемы обеспокоенности по поводу отсутствия прозрачности в процессе урегулирования споров между инвесторами и государствами с учетом соображений общественного интереса. Несмотря на широкий мандат, Рабочая группа III уделяла основное внимание в первую очередь различным процедурным или институциональным реформам, касающимся таких аспектов как: а) третейские органы, специальные и постоянные многосторонние механизмы; б) методы назначения арбитров и третейских судей и этические соображения в связи с этим; в) участие сторон международных договоров и механизмы контроля толкования международных договоров; г) предупреждение споров и примирение; д) управление расходами; а также е) финансирование третьими сторонами<sup>46</sup>. ЮНСИТРАЛ и Международный центр по урегулированию инвестиционных споров также разрабатывают кодекс поведения третейских судей, с тем чтобы усилить их независимость и беспристрастность, в том числе путем раскрытия конфликтов интересов<sup>47</sup>.

34. В марте 2019 года несколько экспертов Организации Объединенных Наций по правам человека направили в ЮНСИТРАЛ письмо, в котором подчеркнули необходимость внесения «системных структурных изменений в архитектуру» урегулирования споров между инвесторами и государствами<sup>48</sup>. Рабочая группа III, однако, утверждает, что «наличие проблем в отношении материально-правовых стандартов в инвестиционных соглашениях» не входит в ее мандат, хотя она должна сохранять гибкость в целях учета любых изменений, касающихся существа международных инвестиционных соглашений (см. A/CN.9/WG.III/ WP.166, пункт 7). Такая позиция вызвала опасения по поводу того, что в процессе реформирования ЮНСИТРАЛ основное внимание будет уделено процедурным аспектам или принятию переговорного принципа «единого комплекса обязательств» для утверждения реформ<sup>49</sup>. Было также указано, что в предложенном плане работы Рабочей группы III «некоторым сквозным вопросам вообще не отведено никакого времени, включая работу по возмещению убытков и усилия по устранению негативного воздействия [урегулирования споров между инвесторами и государствами] на права и интересы сторон,

<sup>45</sup> Ibid., pp. 9–28.

<sup>46</sup> См. A/CN.9/WG.III/ WP.166, пункты 5 и 6; см. также [https://uncitral.un.org/en/working\\_groups/3/investor-state](https://uncitral.un.org/en/working_groups/3/investor-state).

<sup>47</sup> United Nations Commission on International Trade Law (UNCITRAL) and International Centre for Settlement of Investment Disputes, “Draft code of conduct for adjudicators in international investment disputes”, version 2.

<sup>48</sup> См. [www.ohchr.org/Documents/Issues/Development/IEDebt/OL\\_ARM\\_07.03.19\\_1.2019.pdf](http://www.ohchr.org/Documents/Issues/Development/IEDebt/OL_ARM_07.03.19_1.2019.pdf).

<sup>49</sup> Daniel Uribe and Danish, “UNCITRAL Working Group III: moving forward towards consensus or losing balance?”, South Centre Investment Policy Brief No. 23 (July 2021).

не являющихся участниками»<sup>50</sup>. Будет упущением, если права человека не займут центральное место в этом многостороннем процессе реформирования системы урегулирования споров между инвесторами и государствами.

### **С. Национальный план действий по вопросам предпринимательской деятельности в аспекте прав человека**

35. Национальные планы действий по вопросам предпринимательской деятельности в аспекте прав человека «представляют собой программные документы, в которых государства излагают стратегии и инструменты для выполнения своей обязанности предотвращать и компенсировать нарушения прав человека, связанные с деятельностью корпораций, как это предусмотрено международным правом прав человека и закреплено в первом и третьем компонентах Руководящих принципов»<sup>51</sup>. Рабочая группа «настоятельно рекомендует всем государствам разработать, принять и обновлять» национальный план действий «как часть ответственности государства за распространение и осуществление» Руководящих принципов<sup>52</sup>. Таким образом, эти национальные планы действий должны дать представление о том, как государства планируют осуществлять принцип 9.

36. По состоянию на 30 июня 2021 года 25 государств приняли отдельный национальный план действий по вопросам предпринимательской деятельности в аспекте прав человека. За исключением таких национальных планов действий четырех государств (Перу, Словении, Соединенных Штатов Америки и Чили), остальные планы содержат некоторые конкретные положения о пересечении международных инвестиционных соглашений и прав человека<sup>53</sup>. Характер этих положений варьируется от общих желательных положений до подчеркивания важности достижения согласованности политики или сохранения свободы маневра для регулирования, проведения оценки воздействия международных инвестиционных соглашений на права человека и консультаций с затронутыми общинами и организациями гражданского общества. Несколько государств также обязуются привести свои существующие и будущие соглашения в соответствие с международным правом прав человека.

37. В национальном плане действий Дании, например, отмечается, что принципы и стандарты ответственного ведения предпринимательской деятельности, такие как Руководящие принципы ОЭСР для многонациональных предприятий, «отражены в переговорах по соглашениям о свободной торговле, которые включают область инвестиций»<sup>54</sup>. Аналогичным образом, Италия считает приоритетной задачей содействие внедрению существующих международных стандартов

<sup>50</sup> Lisa Sachs and others, “The UNCITRAL Working Group III work plan: locking in a broken system?”, 4 May 2021; доступно по адресу: <https://ccsi.columbia.edu/news/uncitral-working-group-iii-work-plan-locking-broken-system>.

<sup>51</sup> Daniel Augenstein and others, “The UNGPs in the European Union: the open coordination of business and human rights?”, *Business and Human Rights Journal*, vol. 3, No. 1 (2018), p.1, at p. 2.

<sup>52</sup> См. [www.ohchr.org/EN/Issues/Business/Pages/NationalActionPlans.aspx](http://www.ohchr.org/EN/Issues/Business/Pages/NationalActionPlans.aspx).

<sup>53</sup> Surya Deva, “International investment agreements and human rights: assessing the role of the UN’s business and human rights regulatory initiatives”, в *Handbook of International Investment Law and Policy*, Julien Chaisse, Leïla Choukroune and Sufian Jusoh, eds. (Singapore, Springer, 2021), pp. 11–16.

<sup>54</sup> Denmark, “Danish national action plan: implementation of the UN Guiding Principles on Business and Human Rights” (March 2014), p. 31; доступно по адресу: [www.ohchr.org/Documents/Issues/Business/NationalPlans/Denmark\\_NationalPlanBHR.pdf](http://www.ohchr.org/Documents/Issues/Business/NationalPlans/Denmark_NationalPlanBHR.pdf).



«в отношении переговоров по международным договорам и соглашениям»<sup>55</sup>. Некоторые другие национальные планы действий включают такое обязательство в более конкретной форме. Например, в национальном плане действий Швеции отмечается, что страна будет принимать меры для того, чтобы Европейский союз включил ссылки на Руководящие принципы «в главы об устойчивости своих двусторонних и региональных торговых соглашений, инвестиционных соглашений и соглашений о партнерстве и сотрудничестве»<sup>56</sup>. Норвегия также стремится «обеспечить включение в двусторонние соглашения о свободной торговле и инвестициях положений о соблюдении прав человека, в том числе основных прав трудящихся, и об охране окружающей среды»<sup>57</sup>. Франция в своем национальном плане действий также обязуется продвигать Руководящие принципы «в своих торговых отношениях с другими государствами и подтверждает свою приверженность иерархии норм при подписании торговых и инвестиционных соглашений»<sup>58</sup>. Правительство Японии в своем национальном плане действий обязуется продолжать предпринимать усилия по заключению инвестиционных соглашений, «от которых выиграет не только промышленность, но и широкий круг людей, включая трудящихся»<sup>59</sup>.

38. В некоторых национальных планах действий отмечается важность достижения согласованности политики или сохранения свободы маневра для нормативного регулирования. Швейцария, например, «выступает за включение положений о последовательности при заключении соглашений о защите инвестиций»<sup>60</sup>. В нем также отмечается, что «федеральное правительство должно обеспечить, чтобы эти соглашения предусматривали достаточный охват внутренней политики для выполнения обязательств в области прав человека как Швейцарии, так и договаривающегося партнера»<sup>61</sup>. Дания в своем национальном плане действий аналогичным образом признает существующую практику сохранения свободы маневра «для принятия и обеспечения применения мер, необходимых для достижения законных целей государственной политики»<sup>62</sup>.

39. Правительство Таиланда обязуется учитывать «воздействие международных торговых или инвестиционных соглашений и договоров на права человека до их подписания».<sup>63</sup> В этом же ключе Германия в своем национальном плане

<sup>55</sup> Italy, “Italian national action plan on business and human rights 2016–2021” (December 2016), p. 25; доступно по адресу:

[http://cidu.esteri.it/resource/2016/12/49117\\_f\\_NAPBHRENGFINALEDEC152017.pdf](http://cidu.esteri.it/resource/2016/12/49117_f_NAPBHRENGFINALEDEC152017.pdf).

<sup>56</sup> Sweden, “Action plan for business and human rights” (August 2015), p. 29; доступно по адресу: [www.government.se/contentassets/822dc47952124734b60daf1865e39343/action-plan-for-business-and-human-rights.pdf](http://www.government.se/contentassets/822dc47952124734b60daf1865e39343/action-plan-for-business-and-human-rights.pdf).

<sup>57</sup> Norway, “Business and human rights: national action plan for the implementation of the UN Guiding Principles” (October 2015), pp. 26 and 27; доступно по адресу: [at www.regjeringen.no/globalassets/departementene/ud/vedlegg/mr/business\\_hr\\_b.pdf](http://www.regjeringen.no/globalassets/departementene/ud/vedlegg/mr/business_hr_b.pdf).

<sup>58</sup> France, “National action plan for the implementation of the United Nations Guiding Principles on Business and Human Rights” (April 2017), p. 21; доступно по адресу: [www.ohchr.org/Documents/Issues/Business/NationalPlans/NAP\\_France\\_EN.pdf](http://www.ohchr.org/Documents/Issues/Business/NationalPlans/NAP_France_EN.pdf).

<sup>59</sup> Japan, “National action plan on business and human rights: 2020–2025” (October 2025), p. 21; доступно по адресу: [www.ohchr.org/Documents/Issues/Business/NationalPlans/Japan-NAP.pdf](http://www.ohchr.org/Documents/Issues/Business/NationalPlans/Japan-NAP.pdf).

<sup>60</sup> Switzerland, “UN Guiding Principles on Business and Human Rights: Swiss national action plan 2020–23” (January 2020), p. 19; доступно по адресу: [www.ohchr.org/Documents/Issues/Business/NationalPlans/Beilage01PrincipesdirecteursdeONUrelatifsauxentreprisesdroitshomme\\_Suisse.pdf](http://www.ohchr.org/Documents/Issues/Business/NationalPlans/Beilage01PrincipesdirecteursdeONUrelatifsauxentreprisesdroitshomme_Suisse.pdf).

<sup>61</sup> Ibid., p. 18.

<sup>62</sup> Denmark, “Danish national action plan: implementation of the UN Guiding Principles on Business and Human Rights”, p. 31.

<sup>63</sup> Thailand, “First national action plan on business and human rights (2019–2022)” (October 2019); доступно по адресу: [www.ohchr.org/Documents/Issues/Business/NationalPlans/NAPThailandEN.pdf](http://www.ohchr.org/Documents/Issues/Business/NationalPlans/NAPThailandEN.pdf).

действий отмечает, что «комплексные оценки воздействия должны проводиться до начала переговоров, с тем чтобы гарантировать, что результаты оценок могут повлиять на ход переговоров»<sup>64</sup>. С другой стороны, Нидерланды<sup>65</sup> и Бельгия<sup>66</sup> признают важность консультаций с организациями гражданского общества перед заключением международных инвестиционных соглашений. Ирландия идет на шаг вперед в своем национальном плане действий и призывает «компании, работающие за рубежом, внедрять передовую практику в отношении консультаций с правозащитниками и гражданским обществом в местных общинах, особенно по вопросам экологии и условий труда»<sup>67</sup>.

40. Существует также несколько национальных планов действий, в которых государства обязуются пересмотреть свои существующие, а также будущие международные инвестиционные соглашения, чтобы привести их в соответствие с международным правом прав человека. Кения в своем национальном плане действий берет на себя обязательство пересмотреть «действующие соглашения о содействии торговле и инвестициям и привести их в соответствие с конституцией и международными стандартами в области прав человека»<sup>68</sup>. Франция также обязуется проверить, «чтобы все торговые и инвестиционные соглашения соответствовали международному праву в области прав человека»<sup>69</sup>.

#### **D. Международные инвестиционные соглашения нового поколения и типовые двусторонние инвестиционные договоры**

41. В последние годы начало формироваться новое поколение более сбалансированных международных инвестиционных соглашений<sup>70</sup>. Некоторые из этих соглашений содержат в основном тексте положения о правах человека, корпоративной социальной ответственности или устойчивом развитии, но в основном в рекомендательных, а не юридически обязывающих формулировках<sup>71</sup>. Например,

<sup>64</sup> Germany, “National action plan: implementation of the UN Guiding Principles on Business and Human Rights 2016–2020” (December 2016), p. 13; доступно по адресу:

[www.ohchr.org/Documents/Issues/Business/NationalPlans/NAP\\_Germany.pdf](http://www.ohchr.org/Documents/Issues/Business/NationalPlans/NAP_Germany.pdf).

<sup>65</sup> Netherlands, “National action plan on business and human rights” (December 2013), p. 20; доступно по адресу:

[www.ohchr.org/Documents/Issues/Business/NationalPlans/Netherlands\\_NAP.pdf](http://www.ohchr.org/Documents/Issues/Business/NationalPlans/Netherlands_NAP.pdf).

<sup>66</sup> Belgium, “Plan d’action national : entreprises et droits de l’homme” (23 June 2017), action point 17; доступно по адресу:

[www.sdgs.be/sites/default/files/publication/attachments/20170720\\_plan\\_bs\\_hr\\_fr.pdf](http://www.sdgs.be/sites/default/files/publication/attachments/20170720_plan_bs_hr_fr.pdf).

<sup>67</sup> Ireland, “National plan on business and human rights 2017–2020” (November 2017), p. 21; доступно по адресу: [www.dfa.ie/media/dfa/alldfawebsitemedia/National-Plan-on-Business-and-Human-Rights-2017-2020.pdf](http://www.dfa.ie/media/dfa/alldfawebsitemedia/National-Plan-on-Business-and-Human-Rights-2017-2020.pdf).

<sup>68</sup> Kenya, “National action plan on business and human rights” (June 2019), p. 21; доступно по адресу:

[www.ohchr.org/Documents/Issues/Business/NationalPlans/2019\\_FINAL\\_BHR\\_NAP.PDF](http://www.ohchr.org/Documents/Issues/Business/NationalPlans/2019_FINAL_BHR_NAP.PDF).

<sup>69</sup> France, “National action plan for the implementation of the United Nations Guiding Principles on Business and Human Rights”, p. 22.

<sup>70</sup> Например, все международные инвестиционные соглашения, «заключенные в 2020 году, содержат ориентированные на реформы положения, направленные на сохранение свободы маневра в сфере нормативного регулирования пространства и содействие устойчивым инвестициям»; UNCTAD, *World Investment Report 2021*, p. 131. См. также Kathryn Gordon and others, “Investment treaty law, sustainable development and responsible business conduct: a fact finding survey”, OECD Working Papers on International Investment, No. 2014/01 (2014), pp. 10–14.

<sup>71</sup> Barnali Choudhury, “Investor obligations for human rights”, *ICSID Review*, vol. 35, Nos. 1–2 (2020), pp. 82, at pp. 88–92; и Isabella Seif, “Business and human rights in international investment law: empirical evidence”, в *Handbook of International Investment Law and Policy*, Julien Chaisse, Leïla Choukroune and Sufian Jusoh, eds. (Singapore, Springer, 2021), pp. 6–17; доступно по адресу: [https://doi.org/10.1007/978-981-13-5744-2\\_26-1](https://doi.org/10.1007/978-981-13-5744-2_26-1).



«важность того, чтобы каждая сторона поощряла предприятия, действующие на ее территории, добровольно включать в свою внутреннюю политику те международно признанные стандарты, руководящие принципы и принципы корпоративной социальной ответственности, которые были одобрены или поддерживаются этой стороной», подтверждается в статье 16 двустороннего инвестиционного договора между Чили и Специальным административным районом Гонконг. Некоторые разновидности такого положения содержатся в других недавних соглашениях, таких как двусторонний инвестиционный договор между Колумбией и Францией, двусторонний инвестиционный договор между Бразилией и Мексикой, Соглашение об ассоциации между Европейским союзом и Грузией и двусторонний инвестиционный договор между Канадой и Монголией. Однако нарушение такой оговорки нередко исключается из компетенции арбитража с обязательным для сторон решением.

42. Некоторые последние международные инвестиционные соглашения также направлены на сохранение для государств свободы маневра в сфере нормативного регулирования. Например, статья 4 (2) двустороннего инвестиционного договора между Бангладеш и Турцией предусматривает, что каждая договаривающаяся сторона имеет «право осуществлять все правовые меры в случае утраты, разрушения или нанесения ущерба здоровью или жизни населения или окружающей среде инвестициями инвесторов другой договаривающейся стороны». Аналогичным образом, статья 18 (1) двустороннего инвестиционного договора между Буркина-Фасо и Канадой предусматривает, что сторона может принять или обеспечить выполнение меры, необходимой «для защиты жизни или здоровья людей, животных или растений». Хотя недавно заключенный двусторонний инвестиционный договор между Бразилией и Индией еще не вступил в силу, статьи 22 и 23 содержат широкие основания в сфере государственной политики для утверждения права на регулирование инвестиций и инвесторов. В статье 14 Панафриканского инвестиционного кодекса также перечислены общие исключения, позволяющие государствам принимать недискриминационные меры нормативного регулирования. При этом, однако, следует отметить, что такие положения о праве на нормативное регулирование не будут эффективными, если международные инвестиционные соглашения также не ограничат широкие стандарты защиты инвесторов.

43. В целях противостояния гонке, в которой побеждает тот, кто первым достигнет «морального дна», договаривающиеся государства-участники некоторых международных инвестиционных соглашений договариваются не снижать стандарты для привлечения инвестиций. В качестве примера можно привести типовой двусторонний инвестиционный договор по колумбийской модели и двусторонний инвестиционный договор между Марокко и Нигерией. Также существуют соглашения, направленные на подкрепление необходимости соблюдения инвесторами законов принимающих государств, касающихся трудовых прав, здравоохранения и окружающей среды. Кроме того, некоторые недавние соглашения содержат рекомендации для инвесторов по принятию международных стандартов корпоративной социальной ответственности. Статья 12 двустороннего инвестиционного договора между Беларусью и Индией, например, предусматривает, что «инвесторы и их предприятия, действующие на территории каждой из сторон, стремятся добровольно включить международно признанные стандарты корпоративной социальной ответственности в свою практику и внутреннюю политику».

44. Двусторонний инвестиционный договор между Марокко и Нигерией, хотя он еще не вступил в силу, дает представление о том, как международные инвестиционные соглашения могут обеспечить более справедливый баланс между правами и обязанностями инвесторов. В статье 15 признается, что «для

поощрения инвестиций нецелесообразно ослаблять внутренние стандарты трудовых норм, общественного здравоохранения или безопасности». Статья также предусматривает, что каждая сторона «обеспечивает, чтобы ее законы и правила предусматривали высокий уровень защиты труда и прав человека, соответствующий ее экономическому и социальному положению». В статье 18 договор также налагает прямые обязательства на инвесторов, согласно которым они «поддерживают права человека в принимающем государстве» и «действуют в соответствии с основными трудовыми стандартами». Крайне важно, что согласно статье 20, инвесторы «подлежат гражданским искам об ответственности в судебном процессе своего собственного государства за действия или решения, принятые в отношении инвестиций, если такие действия или решения приводят к значительному ущербу, травмам или гибели людей в принимающем государстве».

45. В дополнение к заключенным международным инвестиционным соглашениям, последние типовые двусторонние инвестиционные договоры также содержат признаки перемен в сторону более целостного подхода к разработке инвестиционной политики. С тех пор как Совет по правам человека одобрил Руководящие принципы в 2011 году, по меньшей мере 20 государств приняли типовой двусторонний инвестиционный договор<sup>72</sup>. В некоторых из этих типовых договоров, например, в договорах Канады (2021 год), Нидерландов (2019 год) и Норвегии (2015 год), Руководящие принципы прямо упоминаются как ориентир для ответственного ведения предпринимательской деятельности или корпоративной социальной ответственности. Стоит отметить, что прогрессивные положения о правах человека, содержащиеся в типовых двусторонних инвестиционных договорах, не всегда воплощаются в реальные положения международных инвестиционных соглашений, заключаемых государствами, поскольку на ход переговоров влияют многочисленные переменные факторы.

46. Хотя типовой двусторонний инвестиционный договор Нидерландов образца 2019 года пока не применялся для заключения каких-либо международных инвестиционных соглашений с этой страной, он содержит полезные прогрессивные элементы. В статье 7 (2) подтверждается важность того, чтобы договаривающиеся стороны поощряли инвесторов «включать в свою внутреннюю политику международно признанные стандарты, руководящие принципы и принципы корпоративной социальной ответственности». В статье 7 (3) подчеркивается «важность проведения инвесторами процесса должной осмотрительности для выявления, предотвращения, смягчения последствий и учета экологических и социальных рисков и последствий своих инвестиций». Актуальной также является статья 20 (5), поскольку она напоминает компетентному органу «прилагать максимальные усилия для того, чтобы третейские судьи ... обладали необходимым опытом в области международного публичного права, которое включает экологическое право и право прав человека». Кроме того, статья 23 предусматривает, что арбитражный суд, «принимая решение о размере компенсации, как ожидается, должен принимать во внимание несоблюдение инвестором своих обязательств» в соответствии с Руководящими принципами и Руководством ОЭСР для многонациональных предприятий.

47. Краткий обзор нового поколения международных инвестиционных соглашений и типовых двусторонних инвестиционных договоров показывает, что, хотя они, по-видимому, пока еще не «продвинулись до стадии включения четких и ясных обязательств по правам человека для инвесторов», некоторые признаки

<sup>72</sup> См. <https://investmentpolicy.unctad.org/international-investment-agreements/model-agreements>.

изменения баланса между правами и обязанностями инвесторов налицо<sup>73</sup>. Однако, как рекомендуется ниже, необходимо срочно провести более далеко идущие и целостные реформы международных инвестиционных соглашений.

## **Е. Решения арбитражных судов, отражающие вопросы прав человека**

48. В последние годы вопросы прав человека все чаще фигурируют в решениях арбитражей по инвестиционным вопросам. В исследовании 2014 года ОЭСР установила, что 287 из 1113 рассмотренных решений содержали хотя бы одно упоминание одного из вопросов ответственного ведения предпринимательской деятельности, таких как права человека, окружающая среда, коррупция и условия труда<sup>74</sup>. В некоторых из этих решений также содержались ссылки на международное право прав человека или международные документы по экологическому праву<sup>75</sup>. Хотя данные свидетельствуют о том, что режим международных инвестиционных соглашений способен взаимодействовать с другими соответствующими режимами, это не обязательно означает, что соображения прав человека получают должное внимание со стороны третейских судей<sup>76</sup>. Даже в широко обсуждаемом решении по делу компании «Urbaser» арбитражный суд в конечном счете постановил, что у инвестора не было позитивного обязательства по обеспечению водой людей, проживающих на территории концессии.

49. При толковании международных инвестиционных соглашений арбитражные суды, особенно если в их состав входят эксперты по правам человека, могли бы сформулировать обязательства инвесторов в области прав человека тремя способами: а) используя «иное применимое право» в качестве «крючка» для таких соглашений в целях включения обязательств в отношении международного права прав человека<sup>77</sup>; б) толкуя определенные положения соглашений в целях включения в них прав человека; и с) опираясь на прямо сформулированные положения о правах человека, содержащиеся в соглашениях<sup>78</sup>. Из этих альтернатив третий вариант, вероятно, является наиболее эффективным в обеспечении всестороннего учета прав человека в решениях инвестиционного арбитража. Прямые положения в международных инвестиционных соглашениях, которые «уполномочивают третейский суд рассматривать вопросы прав человека в ходе рассмотрения исков, поданных в соответствии с соглашением», вероятно, смогут устранить нынешнее «узкое место» в получении аргументов, вопросов и норм в области прав человека в инвестиционных арбитражах<sup>79</sup>.

<sup>73</sup> Markus Krajewski, “A Nightmare or a noble dream? Establishing investor obligations through treaty-making and treaty-application”, *Business and Human Rights Journal*, vol. 5, No. 1 (2020), pp. 105, at p. 128.

<sup>74</sup> Kathryn Gordon and others, “Investment treaty law, sustainable development and responsible business conduct: a fact finding survey”, p. 23.

<sup>75</sup> *Ibid.*, pp. 24–25.

<sup>76</sup> Peter Muchlinski, “The impact of a business and human rights treaty on investment law and arbitration”, в *Building a Treaty on Business and Human Rights: Context and Contours*, Surya Deva and David Bilchitz, eds. (Cambridge, United Kingdom, Cambridge University Press, 2017), pp. 346, at pp. 352–361. См. также Lorenzo Cotula and Mika Schröder, *Community Perspectives in Investor-State Arbitration* (London, International Institute for Environment and Development, 2017).

<sup>77</sup> См. статью 31 (3) (с) Венской конвенции о праве международных договоров.

<sup>78</sup> Markus Krajewski, “A Nightmare or a noble dream? Establishing investor obligations through treaty-making and treaty-application”, pp. 121 and 122.

<sup>79</sup> Peter Muchlinski, “The impact of a business and human rights treaty on investment law and arbitration”, p. 361.

## Г. Проект юридически обязывающего международного документа

50. Взаимосвязь между международными инвестиционными соглашениями и правами человека также была одним из ключевых вопросов на переговорах по предложенному «международному юридически обязывающему документу для регулирования, в международном праве прав человека, деятельности транснациональных корпораций и других предприятий» (см. резолюцию 26/9 Совета по правам человека). Все три проекта, опубликованные до настоящего времени, содержали положения, направленные на определенную форму гармонизации соглашений с предлагаемым документом. Например, статья 14 (5) (а) второго пересмотренного проекта, опубликованного в августе 2020 года, предусматривает, что государства «обеспечивают, чтобы ... любые существующие двусторонние или многосторонние соглашения, ... включая торговые и инвестиционные соглашения, толковались и осуществлялись таким образом, чтобы не подрывать и не ограничивать их способность выполнять свои обязательства по настоящему (юридически обязывающему документу) и протоколам к нему, а также другим соответствующим конвенциям и документам по правам человека». Пункт (b) далее предусматривает, что любые «новые двусторонние или многосторонние торговые и инвестиционные соглашения должны быть совместимы с обязательствами государств-участников в области прав человека в соответствии с настоящим (юридически обязывающим документом) и протоколами к нему, а также с другими соответствующими конвенциями и документами по правам человека»<sup>80</sup>.

51. Этот проект положения, в котором «по-видимому, применяется принцип системной интеграции международного права»<sup>81</sup>, охватывает как существующие, так и новые международные инвестиционные соглашения и ставит государства в известность о том, что они должны обеспечить совместимость таких соглашений со своими международными обязательствами в области прав человека. При этом, однако, в нем нет подробностей о том, как государства могут достичь этой цели, возможно, для предоставления государствам определенной гибкости в этом вопросе. Хотя на данном этапе неясно, как будет проходить процесс переговоров по предлагаемому юридически обязывающему международному документу, этот документ может стимулировать государства к проведению переговоров по международным инвестиционным соглашениям, совместимыми с правами человека в различных областях<sup>82</sup>.

<sup>80</sup> Межправительственная рабочая группа открытого состава по транснациональным корпорациям и другим предприятиям в аспекте прав человека, «Юридически обязывающий документ для регулирования в международном праве прав человека деятельности транснациональных корпораций и других предприятий», 2-й пересмотренный проект (6 августа 2020 года); доступно по адресу: [www.ohchr.org/Documents/HRBodies/HRCouncil/WGTransCorp/Session6/OEIGWG\\_Chair-Rapporteur\\_second\\_revised\\_draft\\_LBI\\_on\\_TNCs\\_and\\_OBEs\\_with\\_respect\\_to\\_Human\\_Rights.pdf](http://www.ohchr.org/Documents/HRBodies/HRCouncil/WGTransCorp/Session6/OEIGWG_Chair-Rapporteur_second_revised_draft_LBI_on_TNCs_and_OBEs_with_respect_to_Human_Rights.pdf).

<sup>81</sup> Daniel Uribe, “Bolstering human rights within international economic agreements: reconciling two ‘separate regimes’?”, *OpinioJuris*, 10 September 2020; доступно по адресу: <http://opiniojuris.org/2020/09/10/bhr-symposium-bolstering-human-rights-within-international-economic-agreements-reconciling-two-separate-regimes>.

<sup>82</sup> Markus Krajewski, “Ensuring the primacy of human rights in trade and investment policies: model clauses for a UN treaty on transnational corporations, other businesses and human rights” (Coopération Internationale pour le Développement et la Solidarité, Brussels, 2017). См. также Peter Muchlinski, “The impact of a business and human rights treaty on investment law and arbitration”.

## IV. Траектория реформ

52. Обзор основных проблем, связанных с международными инвестиционными соглашениями, показывает, что международное инвестиционное право страдает от системных и структурных проблем. В связи с этим желательна далеко идущая и ориентированная на преобразования программа реформ<sup>83</sup>. Данный раздел содержит описание некоторых ключевых элементов такой повестки дня, а также рекомендации по потенциальным путям достижения этих целей нормативного регулирования. Приведенные ниже предложения актуальны как для переговоров по новым соглашениям, так и для реформирования старых соглашений.

### A. Переориентация целей инвестирования

53. Осуществление прав человека должно быть основной целью привлечения иностранных инвестиций, а не просто стать исключением в международных инвестиционных соглашениях для оправдания регулирования инвестиций и инвесторов со стороны принимающего государства. Кроме того, государствам следует обеспечить, чтобы инвестиции способствовали всеохватному и устойчивому развитию и положения соглашений были направлены на достижение этой цели. Например, в статье 1 Панафриканского инвестиционного кодекса четко указано, что целью кодекса является «поощрение, содействие и защита инвестиций, способствующих устойчивому развитию каждого государства-члена». Аналогичным образом, пункт XI.1 Основных принципов международных инвестиций Международной торговой палаты предусматривает, что инвесторы должны «стремиться к созданию общей ценности путем развития деловых возможностей, которые способствуют экономическому, социальному и экологическому прогрессу принимающей страны».

54. В некоторых конституциях также содержится прямое требование от государств вести переговоры по международным соглашениям или привлекать иностранные инвестиции для содействия устойчивому развитию. Таким примером может служить статья 43 (3) Конституции Эфиопии. Она предусматривает, что «заключенные международные соглашения, или установленные государством отношения должны быть такими, чтобы гарантировать право Эфиопии на устойчивое развитие». Согласно статье 99 Конституции Намибии и разделу 2 Закона о поощрении инвестиций в Намибии, иностранные инвестиции должны способствовать устойчивому развитию.

55. При этом, однако, привлечение иностранных инвестиций, способствующих устойчивому развитию, потребует обеспечения вертикальной и горизонтальной согласованности и разработки «восходящей» инвестиционной политики при конструктивном участии всех заинтересованных сторон, включая организации гражданского общества, женские организации и профсоюзы. Существующая «нисходящая» модель инвестирования не учитывает конкретно потребности и предпочтения маргинализированных общин, таких как коренные народы. Вследствие этого коренные народы в несоразмерно большей степени сильно страдают от проектов развития, связанных с иностранными инвестициями (см. [A/70/301](#) и [A/HRC/33/42](#)).

56. Поэтому вместо того, чтобы рассматривать привлечение иностранных инвестиций как самоцель, государства должны использовать потенциал

---

<sup>83</sup> Emma Aisbett and others, *Rethinking International Investment Governance: Principles for the 21st Century* (Boston, United States of America, Boston College Law School, 2018).

иностранных инвестиций для достижения целей в области устойчивого развития. Это потребует разработки международных инвестиционных соглашений, которые выходят за пределы отказа от причинения вреда правам человека<sup>84</sup>. Скорее они должны способствовать соблюдению прав человека для всех, не оставляя никого без внимания. Иностранные инвестиции должны способствовать устранению разрывов для решения проблемы экономического неравенства, а не усугублять его. В этом контексте примечательно, что в статье 24 (е) Панафриканского инвестиционного кодекса говорится, что инвесторы должны «обеспечить справедливое распределение богатства, получаемого от инвестиций». В этом же ключе иностранные инвестиции могут способствовать достижению гендерного равенства по существу<sup>85</sup>, а также других общих социальных целей, таких как смягчение последствий изменения климата. Однако существующие соглашения редко содержат положения, «направленные на обеспечение гендерного равенства»<sup>86</sup>. В будущем это должно измениться.

## **В. Сохранение свободы маневра для осуществления обязанности по нормативному регулированию**

57. Согласно международному праву прав человека, государства обязаны, а не только имеют право, регулировать инвесторов и их инвестиции таким образом, чтобы все международно признанные права человека были надлежащим образом защищены. Следовательно, государства должны обеспечить, чтобы международные инвестиционные соглашения не подрывали их способность выполнять эту обязанность. Соглашения должны предоставлять только минимальную защиту, необходимую для сдерживания оппортунистического поведения принимающих государств, и не ограничивать государства в осуществлении законных изменений в законодательстве и политике<sup>87</sup>.

58. Вследствие фрагментарного характера международного права обязательства по международным инвестиционным соглашениям могут вступать в коллизию или конфликт с обязательствами государств по международному праву прав человека или экологическому праву. В целях сведения к минимуму негативных последствий, вытекающих из такой коллизии или конфликта, государства должны вести переговоры о соглашениях в свете норм международного права прав человека. Они должны осознавать свои обязательства как перед людьми, так и перед планетой, и «международные права человека должны, как минимум, рассматриваться в качестве “*primus inter pares*” (первых среди равных) в различных отраслях международного права»<sup>88</sup>. Законные ожидания инвесторов должны быть сбалансированы с правами человека отдельных лиц и общин и толковаться в свете этих прав<sup>89</sup>.

<sup>84</sup> Mavluda Sattorova, “The foreign investor as a good citizen: investor obligations to do good”, в *Investors’ International Law*, Jean Ho and Mavluda Sattorova, eds. (Oxford, United Kingdom, Hart Publishing), pp. 45–69.

<sup>85</sup> UNCTAD, *Multinational Enterprises and the International Transmission of Gender Policies and Practices* (New York, 2021).

<sup>86</sup> UNCTAD, *World Investment Report 2021*, p. 132.

<sup>87</sup> Emma Aisbett and Jonathan Bonnitcha, “A Pareto-improving compensation rule for investment treaties”, *Journal of International Economic Law*, vol. 24, No. 1 (2021), pp. 181–202.

<sup>88</sup> Surya Deva, “Investors’ international law: beyond the present” в *Investors’ International Law*, Jean Ho and Mavluda Sattorova, eds. (Oxford, United Kingdom, Hart Publishing, 2021), p. 313 at p. 321.

<sup>89</sup> Peter Muchlinski, “Corporate social responsibility”, в *The Oxford Handbook of International Investment Law*, Peter Muchlinski, Federico Ortino and Christoph Schreuer, eds. (Oxford, United Kingdom, Oxford University Press, 2008), p. 637, at pp. 640 and 641. См. также Bruno

59. Объем того, что подпадает под защиту как инвестиции в рамках международных инвестиционных соглашений, следует определять в узком толковании<sup>90</sup>. Стандарт «режима наибольшего благоприятствования» должен быть сформулирован точно, а оговорка о «справедливом и равноправном обращении» должна быть заменена более четким стандартом защиты инвесторов. Более того, инвестиции, нарушающие национальное законодательство или международные стандарты в области прав человека, должны быть исключены из защиты по таким соглашениям. Государства могут прямо включить в соглашения доктрину «чистых рук»: инвесторы, не проводящие с должной осмотрительностью содержательную проверку соблюдения прав человека или замешанные в нарушениях прав человека, могут быть лишены права подавать любые арбитражные иски против государств для обеспечения соблюдения своих прав по соглашениям<sup>91</sup>. Колумбийский типовой двусторонний инвестиционный договор, например, предусматривает возможность отказа договаривающейся стороны от преимуществ данного соглашения, если инвестор «совершил серьезные нарушения прав человека», «нанес серьезный экологический ущерб на территории принимающей стороны» или «допустил серьезные нарушения трудового законодательства принимающей стороны». Кроме того, соглашения могут предусматривать, что сумма ущерба, присуждаемая арбитражными судами, будет уменьшена на сумму убытков, понесенных в результате нарушения прав человека или загрязнения окружающей среды по вине инвестора.

60. Определение понятия «инвесторы» должно быть надлежащим образом выверено в целях избежания риска того, что непреднамеренные выгодоприобретатели будут использовать международные инвестиционные соглашения в своих интересах, прибегая к практике выбора наиболее выгодных соглашений. Простая регистрация подставной компании в государстве происхождения не должна быть достаточной для того, чтобы инвестор мог претендовать на гражданство и, в свою очередь, на защиту по соглашению. Напротив, от инвесторов следует требовать, чтобы они имели «фактическое местонахождение юридического лица» в государстве происхождения, демонстрируя реальную связь и предметную деятельность, связанную с заявленными выгодами от соглашения<sup>92</sup>.

61. Прямое включение в международные инвестиционные соглашения исключений из государственной политики также поможет государствам в принятии правовых и политических мер по регулированию инвестиций для поощрения прав человека, защиты окружающей среды или реализации целей в области устойчивого развития. Кроме того, порог для применения этих исключений не должен быть необоснованно высоким<sup>93</sup>: если определенные меры считаются достаточными, этого должно быть достаточно.

62. Процесс переговоров по международным инвестиционным соглашениям также имеет отношение к сохранению свободы маневра в сфере нормативного регулирования. Например, если «права граждан на доступ к информации и участие в принятии государственных решений» будут защищены в ходе

Simma, “Foreign investment arbitration: a place for human rights?”, *International and Comparative Law Quarterly*, vol. 60, No. 3 (2011), pp. 573–596.

<sup>90</sup> UNCTAD, “International investment agreements: Reform Accelerator”, pp. 10–13.

<sup>91</sup> Isabella Seif, “Business and human rights in international investment law: empirical evidence”, pp. 18–20.

<sup>92</sup> Anil Yilmaz Vastardis, *The Nationality of Corporate Investors under International Investment Law* (Oxford, United Kingdom, Hart Publishing, 2020), pp. 230–243. См. также Chin Leng Lim, Jean Ho and Martins Paporinskis, *International Investment Law and Arbitration: Commentary, Awards and Other Materials* (Cambridge, United Kingdom, Cambridge University Press, 2021), pp. 323–327.

<sup>93</sup> UNCTAD, “International investment agreements: Reform Accelerator”, p. 26.

переговоров по соглашениям, это в значительной степени поможет добиться в них баланса прав<sup>94</sup>. Кроме того, государства должны проводить предварительную оценку воздействия международных инвестиционных соглашений на права человека и окружающую среду, а также на доступную им свободу маневра в сфере нормативного регулирования в соответствии с национальным и международным правом. Такая оценка должна также проводиться в течение срока действия соглашений и вплоть до момента их продления или возобновления. Проведение оценки воздействия в соответствии с руководящими принципами оценки воздействия торговых и инвестиционных соглашений на права человека (см. [A/HRC/19/59/Add.5](#)) должно помочь государствам сохранить свободу маневра в сфере нормативного регулирования, необходимую для выполнения их обязанностей по международному праву человека.

### C. Включение обязательств инвесторов в области прав человека

63. Международные инвестиционные соглашения должны поддерживать паритет между правами и обязанностями иностранных инвесторов. С учетом того, что соглашения наделяют инвесторов обладающими искомой силой правами, они также должны включать обладающие искомой силой обязательства в отношении прав человека и окружающей среды<sup>95</sup>. Идею включения в соглашения обязательств инвесторов в области прав человека можно подкрепить в историческом контексте, на нормативном уровне и как вопрос формирующейся практики.

64. Исторически сложилось так, что когда в середине 1970-х годов Организация Объединенных Наций начала процесс разработки Кодекса поведения транснациональных корпораций, он включал как права, так и обязанности иностранных инвесторов. Тупиковая ситуация с этим кодексом — наряду с разработкой ОЭСР и Международной организацией труда «мягких» обязанностей многонациональных предприятий и резким ростом числа международных инвестиционных соглашений, заключенных в период с 1990 по 2010 год, — привела к «разрыву связи» между правами и обязанностями инвесторов<sup>96</sup>.

65. На нормативно-правовом уровне можно утверждать, что международное право прав человека применяется к инвесторам, по крайней мере, косвенно<sup>97</sup>, поскольку было бы отклонением от нормы считать, что негосударственные субъекты могут делать то, что не могут государства. Кроме того, обязанности инвесторов по международным инвестиционным соглашениям в области прав

<sup>94</sup> Lorenzo Cotula, “Rethinking investment treaties to advance human rights”, International Institute for Environment and Development Briefing (September 2016).

<sup>95</sup> Barnali Choudhury, “Investor obligations for human rights”; Nathalie Bernasconi-Osterwalder and others, “Harnessing investment for sustainable development: inclusion of investor obligations and corporate accountability provisions in trade and investment agreements”, background document for the expert meeting co-hosted by the International Institute for Sustainable Development and the Friedrich-Ebert-Stiftung (2018); и J. Anthony VanDuzer and others, *Integrating Sustainable Development into International Investment Agreements: A Guide for Developing Country Negotiators* (London, Commonwealth Secretariat, 2013).

<sup>96</sup> Surya Deva, “International investment agreements and human rights: assessing the role of the UN’s business and human rights regulatory initiatives”, pp. 5–8. См. также Nicolás M. Perrone, *Investment Treaties and the Legal Imagination: How Foreign Investors Play by Their Own Rules* (Oxford, United Kingdom, Oxford University Press, 2021).

<sup>97</sup> Арбитражный суд по делу компании “Urbaser” постановил, что «больше нельзя признавать, что компании, ведущие международную деятельность, обладают иммунитетом от того, чтобы стать субъектами международного права». *Urbaser S.A. and Consorcio de Aguas Bilbao Bizkaia, Bilbao Biskaia Ur Partuergoa v. The Argentine Republic*, International Centre for Settlement of Investment Disputes case No. ARB/07/26, para. 1195.



человека должны быть наравне с их правами. В связи с этим, если соглашения наделяют инвесторов обладающими исковой силой правами, то они должны также налагать на инвесторов обладающие исковой силой обязательства в области прав человека, а не просто мягкие обязанности, лишённые каких-либо рычагов влияния.

66. Более того, на практике идея о том, что предприятия имеют юридически обязывающие обязательства в области прав человека, также набирает обороты в различных условиях. Примером тому служит появление обязательных законов по обеспечению должной заботы о правах человека в ряде государств Европы, а также на уровне Европейского союза. Кроме того, в последние годы суды выносили постановления о том, что на материнские корпорации в определенных обстоятельствах может быть возложена прямая обязанность принимать меры при злоупотреблениях, связанных с их дочерними компаниями<sup>98</sup>. Некоторые компании и инвесторы также публично поддержали призывы гражданского общества к юридически обязывающим обязательствам предприятий в области прав человека в целях создания равных условий в глобальном масштабе.

#### **D. Предоставление затронутым общинам доступа к средствам правовой защиты**

67. Простого включения обязательств инвесторов в области прав человека в международные инвестиционные соглашения недостаточно: необходимо также создать эффективный механизм обеспечения выполнения этих обязательств. Кроме того, общины должны иметь возможность обращаться за защитой своих прав непосредственно к инвесторам, поскольку надежда на то, что государства защитят их права, не всегда оправдывается из-за коррупции или корпоративного захвата государства.

68. Именно в этом контексте принцип «все пути обеспечения средств правовой защиты», изложенный Рабочей группой в ее докладе 2017 года, имеет непосредственное отношение к решению проблемы асимметричного характера международных инвестиционных соглашений в отношении доступа к средствам правовой защиты (см. A/72/172, пункты 55, 56 и 75–78). Например, компании, входящие в состав многонационального предприятия, становятся «связанными», когда ищут защиты в рамках международных инвестиционных соглашений, но они утверждают, что являются «независимыми», когда на них подают в суд пострадавшие общины за нарушения прав человека<sup>99</sup>. Аналогичным образом, хотя инвесторы требуют для себя «справедливого и равного обращения», они без колебаний ссылаются на соглашения, чтобы опротестовать законные требования правообладателей добиваться справедливости через другие судебные или внесудебные механизмы.

69. Государства могли бы устранить эту асимметрию путем создания путей доступа к средствам правовой защиты для затронутых общин в рамках международных инвестиционных соглашений<sup>100</sup>. Например, государства могут

<sup>98</sup> См., например, *Chandler v. Cape* [2012] EWCA Civ 525; *Choc v. Highbay Minerals Inc.* 2013 ONSC 1414; *Vedanta Resources PLC v. Lungowe* [2019] UKSC 20; *Four Nigerian Farmers and Milieudefensie v. Shell* ECLI:NL:GHDHA:2021:132, ECLI:NL:GHDHA:2021:133 и ECLI:NL:GHDHA:2021:134; и *Okpabi v. Royal Dutch Shell Plc* [2021] UKSC 3.

<sup>99</sup> Pablo Agustín Escobar Ullauri, “Reconciling the rights of multinational companies under IIAs with the tort liability caused by their subsidiaries”, 19 December 2020.

<sup>100</sup> Penelope Simons and J. Anthony VanDuzer, “Using international investment agreements to address access to justice for victims of human rights violations associated with transnational resource extraction”, в *Corporate Citizen: New Perspectives on the Globalized Rule of Law*,

закключать соглашения, которые прямо разрешают общинам, затронутым инвестиционными проектами — которые, как и инвесторы, являются третьими сторонами соглашений — подавать иски в международный арбитраж против инвесторов за нарушения прав человека. Как отмечается ниже, хотя урегулирование споров между инвесторами и государствами, возможно, не является идеальным механизмом для решения проблемы нарушений прав человека, связанных с инвесторами, такая промежуточная реформа необходима, поскольку существующий механизм подачи государствами встречных исков или представления общинами консультативных заключений в арбитражные суды оказался неадекватным в обеспечении правосудия для пострадавших правообладателей.

70. Другим вариантом для договаривающихся сторон международного инвестиционного соглашения может быть включение в него положения «о предоставлении юрисдикции в своих судах истцам из других сторон, утверждающим, что они понесли ущерб, причиненный дочерней компанией, которая находится в собственности или под контролем компании, находящейся под их юрисдикцией»<sup>101</sup>. Такая возможность предусмотрена в статье 17 Дополнительного закона об инвестициях Экономического сообщества западноафриканских государств, а также в типовом двустороннем инвестиционном договоре Нидерландов. Для введения таких положений в действие соответствующим государствам, возможно, потребуется ввести в действие имплементирующее законодательство и устранить другие барьеры для доступа к средствам правовой защиты в транснациональном контексте. Согласно статье 29 Дополнительного закона об инвестициях, государства происхождения обязаны обеспечить, чтобы их правовые системы и правила допускали гражданскую ответственность инвесторов за ущерб, причиненный в результате их инвестиций на территории принимающих государств.

71. Обоснование такого положения, помимо прочего, заключается в паритетном доступе к эффективному механизму правовой защиты. Если суды в принимающих государствах недостаточно хороши для инвесторов, чтобы обеспечить соблюдение их законных прав, затронутые общины не должны принуждаться к поиску средств правовой защиты в таких судах. Напротив, им должна быть предоставлена возможность подавать иски в государствах происхождения инвесторов, не беспокоясь о преодолении препятствий, создаваемых доктриной “*forum non conveniens*” (неудобное место рассмотрения дела) и принципом отдельной правосубъектности.

## **Е. Замена урегулирования споров между инвесторами и государством на более справедливый для всех механизм**

72. Хотя некоторые споры между государствами и инвесторами по поводу инвестиций неизбежны, урегулирование таких споров не является справедливым для всех сторон механизмом. «Система назначения арбитров создает порочные стимулы» и «отсутствует механизм обжалования, обеспечивающий согласованность и проверку неудовлетворительных решений»<sup>102</sup>. Практика «вращающейся двери» также вызывает беспокойство по поводу добросовестности и

Oonagh Fitzgerald, ed. (Montreal, Canada, McGill-Queen's University Press, 2020), p. 279. См. также Jose Daniel Amado, Jackson Shaw Kern and Martin Doe Rodriguez, *Arbitrating the Conduct of International Investors* (Cambridge, United Kingdom, Cambridge University Press, 2017).

<sup>101</sup> Pablo Agustín Escobar Ullauri, “Reconciling the rights of multinational companies under IIAs with the tort liability caused by their subsidiaries”.

<sup>102</sup> Sergio Puig and Gregory Shaffer, “Imperfect alternatives: institutional choice and the reform of investment law”, p. 408.

независимости арбитров<sup>103</sup>. Арбитражные суды, похоже, не уделяют должного внимания безответственному поведению иностранных инвесторов, явно нарушающему международные стандарты<sup>104</sup>. Кроме того, этот механизм не обеспечивает прямого доступа к средствам правовой защиты для общин, затронутых связанными с инвестициями проектами. Инвестиционный арбитраж также не является доступным по средствам для всех государств-участников, поскольку его средняя стоимость составляет более 10 млн долл. США<sup>105</sup>.

73. В связи с этим государствам следует заменить механизм урегулирования споров между инвесторами и государством альтернативной системой. Двумя альтернативами, которые рассматриваются в настоящее время, являются процесс урегулирования споров между государствами или создание международного инвестиционного суда<sup>106</sup>. При этом, однако, крайне важно обеспечить, чтобы новый механизм не унаследовал недостатки старой системы. Новый механизм должен отвечать нескольким ключевым принципам: он должен быть способен рассматривать все споры, связанные с инвестициями, быть укомплектован независимыми третейскими судьями, быть доступным для маргинализированных или уязвимых общин, способствовать согласованности политики путем принятия целостного взгляда на споры, выносить последовательные решения и иметь встроенную систему обжалования<sup>107</sup>. Изложенные в принципе 31 Руководящих принципов критерии эффективности также могут стать полезным руководством для разработки совместимого с правами человека механизма рассмотрения жалоб и урегулирования споров (см. [A/HRC/44/32](#)).

## V. Выводы и рекомендации

### A. Выводы

74. Большинство международных инвестиционных соглашений защищают инвесторов и их права в ущерб правам отдельных лиц и общин. Они также ограничивают возможности государств в сфере нормативного регулирования в плане решительных действий для выполнения своих международных обязательств в области прав человека. Кроме того, они предоставляют инвесторам особую привилегию на принудительное осуществление своих прав через международный арбитраж с имеющими обязательную силу решениями, но не предоставляют аналогичного права правообладателям, пострадавшим от связанных с инвестициями проектов. Одним словом, международные инвестиционные соглашения, особенно договоры старого поколения, к которым относится большинство действующих соглашений, не только воплощают в себе дисбаланс и непоследовательность, но и стимулируют безответственность инвесторов. Системные, целостные и ориентированные на преобразования реформы таких соглашений срочно необходимы для обеспечения их ориентированности на достижение всеохватного и устойчивого развития.

<sup>103</sup> Malcolm Langford and others, "The revolving door in international investment arbitration", *Journal of International Economic Law*, vol. 20, No. 2 (2017), pp. 301–332.

<sup>104</sup> Nicolás Perrone, "The 'invisible' local communities: foreign investor obligations, inclusiveness, and the international investment regime", pp. 19–21.

<sup>105</sup> Jonathan Bonnitcha, Lauge N. Skovgaard Poulsen and Michael Waibel, *The Political Economy of the Investment Treaty Regime*, p. 87.

<sup>106</sup> UNCTAD, *UNCTAD's Reform Package for the International Investment Regime*, pp. 55–58.

<sup>107</sup> Surya Deva, "Investors' international law: beyond the present", pp. 324 and 325.

75. Конечно, существуют пределы возможностей для международных инвестиционных соглашений в плане побуждения инвесторов к соблюдению прав человека и привлечения их к ответственности в случае неудачи таких попыток. Однако государства еще не полностью использовали потенциал таких соглашений даже в этих пределах. В настоящем докладе Рабочая группа раскрывает последствия применения принципа 9 Руководящих принципов и дает практические рекомендации по использованию возможностей международных инвестиционных соглашений в целях побуждения к ответственному поведению иностранных инвесторов.

## **В. Рекомендации**

76. Рабочая группа рекомендует государствам:

a) воздержаться от рассмотрения международных инвестиционных соглашений как панацеи для привлечения иностранных инвестиций или достижения экономического развития;

b) использовать потенциал международных инвестиционных соглашений для осуществления прав человека и целей в области устойчивого развития, а также для побуждения к ответственному ведению предпринимательской деятельности;

c) расторгнуть или срочно реформировать все существующие международные инвестиционные соглашения в соответствии с рекомендациями ЮНКТАД и настоящего доклада;

d) использовать процесс реформирования Рабочей группы III ЮНСИТРАЛ для внесения существенных и системных изменений в международные инвестиционные соглашения в многонациональных рамках;

e) в будущем вести переговоры только по таким международным инвестиционным соглашениям, которые совместимы с их международными обязательствами в области прав человека, а также с национальными потребностями и приоритетами в области развития;

f) расширять возможности должностных лиц, ведущих переговоры по международным инвестиционным соглашениям, и способствовать взаимному обучению, с тем чтобы они могли применять более целостный подход к разработке инвестиционной политики;

g) проводить, согласно руководящим принципам по оценке воздействия торговых и инвестиционных соглашений на права человека, предварительные и последующие оценки воздействия международных инвестиционных соглашений на права человека и окружающую среду, а также на возможности маневра в сфере нормативного регулирования, доступные для них в соответствии с национальным и международным правом;

h) дать узкое определение понятиям «инвестиции» и «инвесторы», защищаемые в рамках международных инвестиционных соглашений;

i) распространять защиту по международным инвестиционным соглашениям только на тех инвесторов, которые соблюдают применимое законодательство и практикуют ответственное ведение предпринимательской деятельности в соответствии с Руководящими принципами и другими соответствующими национальными, региональными и международными стандартами;

j) прямо включать в международные инвестиционные соглашения подробные исключения из государственной политики для оправдания регулятивных вмешательств в целях защиты прав человека или общественных интересов в целом;

k) опубликовать проекты текстов международных инвестиционных соглашений и предложить всем заинтересованным сторонам, включая организации гражданского общества из всех соответствующих юрисдикций, представить свои комментарии до заключения таких соглашений;

l) заменить урегулирование споров между инвесторами и государством механизмом разрешения споров, который является справедливым, прозрачным, независимым, предсказуемым, доступным для всех сторон на равных условиях и действует последовательно;

m) назначать третейских судей, обладающих знаниями и опытом в области международного права, касающегося прав человека, трудовых прав и окружающей среды, и учитывать различные аспекты многообразия при таких назначениях;

n) воплотить на практике свои обязательства по реформированию международных инвестиционных соглашений, принятые в национальных планах действий по вопросам предпринимательской деятельности в аспекте прав человека.

77. Рабочая группа рекомендует инвесторам:

a) принять мысленную установку на «инвестиции для устойчивого развития»;

b) серьезно относиться к своим обязанностям в области прав человека на протяжении всего инвестиционного цикла, независимо от места или условий инвестиций;

c) действовать в соответствии со своей обязанностью соблюдать права человека при подаче арбитражных исков против государств или при использовании международных инвестиционных соглашений для оспаривания разбирательств, возбужденных затронутыми общинами в целях получения средств правовой защиты в связи с предполагаемыми нарушениями прав человека;

d) проводить с должной осмотрительностью экспертизу прав человека с учетом гендерных аспектов, проводя конструктивные консультации со всеми заинтересованными сторонами, до осуществления инвестиций и на протяжении всего их жизненного цикла;

e) соблюдать все законы, касающиеся прав человека и окружающей среды, и другие соответствующие международные стандарты.

78. Рабочая группа рекомендует третейским судьям, рассматривающим споры, связанные с инвестициями:

a) толковать международные инвестиционные соглашения в комплексе, учитывая, в частности, международные обязательства государств в области прав человека, правозащитные обязанности и обязательства инвесторов, а также права человека отдельных лиц и общин;

b) приглашать затронутые общины и организации гражданского общества или разрешать им по их запросу подавать консультативные заключения о любом предполагаемом негативном воздействии инвестиционных

проектов на права человека или окружающую среду и присутствовать на арбитражных разбирательствах;

с) приглашать, при необходимости, свидетелей-экспертов для предоставления рекомендаций по аспектам прав человека в инвестиционных спорах;

д) заявлять о любом фактическом или потенциальном конфликте интересов, который может быть расценен как подрывающий их независимость и беспристрастность.

79. Рабочая группа рекомендует организациям гражданского общества:

а) активно взаимодействовать с государствами в переговорах по заключению международных инвестиционных соглашений, совместимых с их обязательствами в области прав человека;

б) продолжать свою правозащитную деятельность, с тем чтобы инвесторы серьезно относились к своим обязанностям и обязательствам в области прав человека и несли ответственность за причинение вреда людям или планете.

---