



**Комиссия Организации Объединенных Наций
по праву международной торговли
Рабочая группа III (Реформирование системы
урегулирования споров между инвесторами
и государствами)
Сорок третья сессия
Вена, 5–16 сентября 2022 года**

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

Оценка ущерба и компенсация

Записка Секретариата

Содержание

	<i>Page</i>
I. Введение	3
II. Оценка ущерба и определение размеров компенсации при УСИГ	5
A. Существующая правовая база	5
1. Законная экспроприация	5
2. Незаконная экспроприация	6
3. Нарушение других договорных обязательств	6
4. Ограничение возмещения ущерба	7
B. Ключевые вопросы	7
1. Метод оценки	7
2. Причинно-следственная связь – отнесение убытка инвестора к нарушению обязательств государством	10
3. Бремя и стандарт доказывания	11
4. Начисление процентов и порядок их расчета	11
5. Роль экспертов	13
6. Другие факторы, ограничивающие размер компенсации	14
C. Вопросы для рассмотрения и возможная работа	15



1.	Сложность и неопределенность существующей практики	15
2.	Высокие суммы компенсации и повышенный объем требований	16
3.	Способы устранения несоответствия между заявленными потерями и присужденными убытками, включая чрезмерные претензии	17
4.	Расхождение в экспертных расчетах ущерба	18
D.	Взаимосвязь с другими вариантами реформирования	19

I. Введение

1. На своей тридцать четвертой сессии в 2017 году Рабочая группа рассмотрела вопросы согласованности и последовательности решений, вынесенных судами по УСИГ, и отметила наличие непоследовательных решений в отношении применения правовых принципов к оценке ущерба и компенсации (A/CN.9/930/Add.1/Rev.1, п. 30).
2. На тридцать седьмой сессии в 2019 году в качестве проблемы, вызывающей беспокойство, были отмечены большие суммы компенсации, присуждаемые третейскими судами по УСИГ, поскольку это подрывает способность государств осуществлять регулятивные функции (A/CN.9/970, пп. 36–38).
3. На своей тридцать восьмой сессии в 2019 году Рабочая группа обратилась к Секретариату с просьбой рассмотреть вопрос о возможной работе по возмещению ущерба и компенсации (A/CN.9/1004*, п. 104). Было высказано предположение, что любая работа по этой теме потребует тщательного изучения этапа, когда суды по УСИГ оценивают ущерб и определяют размеры компенсации, требований к доказательствам, применимых стандартов бухгалтерского учета и финансовой отчетности и взаимосвязи с распределением издержек (A/CN.9/1004*, п. 102). Упомянулось также о влиянии финансирования третьими сторонами на объем требований о компенсации (A/CN.9/1004*, п. 80).
4. В представлениях, полученных от правительств («представления»), указывалось на проблему оценки ущерба и размеров компенсации как на проблему, вызывающую беспокойство, что подтверждает непоследовательность и непредсказуемость решений о возмещении ущерба¹.
5. В одном из представлений указывалось на наличие «большой разницы между вложенными суммами и суммами, подлежащими уплате в качестве компенсации»; отмечалось, что суды по УСИГ, «как правило, не принимают во внимание контекстуальные факторы»; и подчеркивалось, что выплаты значительных сумм могут привести к «нормативному застою»². В другом представлении отмечалось, что истцы, как правило, предъявляют завышенные требования о компенсации «в надежде, что менее высокая, но все равно неоправданная сумма в результате сопоставления покажется разумной»³. В этом представлении упоминалась также большая разница между оценками ущерба истцами и ответчиками и указывалось на необходимость применения четкого метода оценки для ограничения риска злоупотреблений.
6. В этом представлении подчеркивалось, что «руководящие принципы в отношении компенсации» должны содержать «механизм сдержек и противовесов в отношении исков, устоявшийся метод оценки коммерческой деятельности в соответствии с международно признанными стандартами в сфере финансовой отчетности, (...) и механизм отклонения необоснованных исков на ранней стадии»⁴.
7. В другом представлении предлагалось подготовить объективные и прозрачные критерии для определения компенсации и подчеркивалось, что важно, чтобы сумма компенсации была соразмерна фактически понесенному ущербу⁵.
8. Соответственно, в настоящей записке излагаются ключевые вопросы, касающиеся оценки ущерба и определения размера компенсации по

¹ Вопросы ущерба рассматривались в следующих представлениях: Индонезия (A/CN.9/WG.III/WP.156), Европейский союз и его государства-члены (A/CN.9/WG.III/WP.159/Add.1), Колумбия (A/CN.9/WG.III/WP.173), Эквадор (A/CN.9/WG.III/WP.175), Южная Африка (A/CN.9/WG.III/WP.176), Израиль, Мексика, Перу, Чили и Япония (A/CN.9/WG.III/WP.182), Буркина-Фасо (A/CN.9/WG.III/WP.199).

² A/CN.9/WG.III/WP.199, пп. 7, 9 и 10.

³ A/CN.9/WG.III/WP.156, пп. 8 и 9.

⁴ Там же; A/CN.9/WG.III/WP.176, п. 73.

⁵ A/CN.9/WG.III/WP.161, п. 14; A/CN.9/WG.III/WP.199, п. 11.

инвестиционным договорам⁶, включая основополагающие правовые принципы и методологии для рассмотрения Рабочей группой⁷.

9. Как и в случае с другими документами, предоставленными Рабочей группе, настоящая записка была подготовлена на основе опубликованной информации по этой теме⁸ и не выражает точку зрения на возможные варианты реформирования, которые подлежат рассмотрению Рабочей группой.

⁶ Термины «ущерб» и «компенсация» используются в настоящей записке в соответствии с терминологией проекта статей Комиссии международного права об ответственности государств за международно-противоправные деяния с комментариями 2001 года (статьи КМП с комментариями), который доступен по адресу https://legal.un.org/ilc/texts/instruments/english/commentaries/9_6_2001.pdf и в котором обычно делается ссылка на «ущерб» в смысле вреда или убытков и на «компенсацию» как общий термин для денежных сумм, подлежащих выплате за ущерб, нанесенный пострадавшей стороне. Статьи КМП были разработаны в 2001 году и недавно были одобрены резолюцией Генеральной Ассамблеи в 2019 году (см. резолюцию Генеральной Ассамблеи A/RES/74/180 от 27 декабря 2019 года, доступно по адресу <https://undocs.org/ru/A/RES/74/180>). Статьи КМП не имеют обязательной силы для государств, но хорошо известны и широко применяются судами по УСИГ.

⁷ Хотя в настоящей записке используются различные термины, например, принципы и стандарты, в ней не рассматривается вопрос о том, действительно ли они квалифицируются как таковые.

⁸ Например, следующие исследования, доклады и другая справочная информация: С. L. Beharry, ed., *Contemporary and Emerging Issues on the Law of Damages and Valuation in International Investment Arbitration* (Leiden, The Netherlands, Brill, 2018); С. L. Beharry and E. Méndez Bräutigam, “Damages and Valuation in International Investment Arbitration” (Beharry/Bräutigam), в *Handbook of International Investment Law and Policy*, J. Chaisse, L. Choukroune, S. Jusoh (eds). (Springer Singapore, 2021); J. Bonnitche, M. Langford, J. M. Alvarez-Zarate, Daniel Behn, Damages and ISDS Reform: Between Procedure and Substance, 2021, *Journal of International Dispute Settlement*, 2021, 00, 1–34, <https://doi.org/10.1093/jnlids/idab034> (документ Научного форума); M. Hodgson, Y. Kryvoi, D. Hrcka, 2021 *Empirical Study: Costs, Damage and Duration in Investor-State Arbitration* (June 2021) (BIICL study); J. Y. Gotanda, Compound Interest in International Disputes Vol. 34 (2002–03) *Law & Policy in International Business*, p. 394 (Gotanda); T. H. Hart and R. Velez, “Study of Damage Awards in Investor-State Cases”, *Transnational Dispute Management*, (January 2021), доступно по адресу: <https://www.transnational-dispute-management.com/journal-advance-publication-article.asp?key=1870> (Hart/Velez Study); International Institute for Sustainable Development (by J. Bonnitche, S. Brewin), Best Practises Series: Compensation under Investment Treaties, доступно по адресу: <https://www.iisd.org/publications/iisd-best-practices-series-compensation-under-investment-treaties> (“IISD”); J.E. Kalicki, A. Joubin-Bret, *Reshaping the Investor-State Dispute Settlement System*, Nijhoff International Investment Law Series, Band: 4 (BRILL, 2015); Kantor, The Impact of Contributory Investor Conduct: Only with Difficulty Commensurable, in M. Kinnear, G. R. Fischer, et al., *Building International Investment Law: The First 50 Years of ICSID*, 2015 (Kantor); M. Kantor, *Valuation for Arbitration: Compensation Standards, Valuation Methods and Expert Evidence* (Kluwer Law International, 2008); R. Knieper, *Rethinking Investment Arbitration* (München, SchiedsVZ, 2015), pp. 25–32; I. Marboe, *Calculation of Compensation and Damages in International Investment Law*, 2nd ed. (Oxford University Press, 2017) (Marboe, Calculation); I. Marboe, *Damages in Investor-State Arbitration: Current Issues and Challenges* (Leiden, The Netherlands, Brill, 2018), pp. 39–86 (Marboe, Damages); P. Muchlinski, F. Ortino, C. Schreuer, eds., *Oxford Handbook of International Investment Law* (Oxford, Oxford University Press, 2008) (“Schreuer”); OECD Working Papers on International Investment 2012/03, Investor-State Dispute Settlement, D. Gaukrodger, K. Gordon, доступно по адресу: http://www.oecd.org/investment/investment-policy/WP-2012_3.pdf (OECD Working Paper); PriceWaterhouseCoopers LLP (PWC), “International Arbitration damages research, Closing the gap between claimants and respondents” (PWC Study 2015), доступно по адресу <https://www.pwc.com/sg/en/publications/assets/international-arbitration-damages-research-2015.pdf>; PWC, “Dispute perspectives, Tribunals’ conflicts of interest” (PWC Study 2016), доступно по адресу <https://www.pwc.co.uk/tax/assets/tribunals-conflicts-on-interest-new.pdf>; PWC, “PwC International Arbitration damages research, 2017 update” (PWC Study 2017), доступно по адресу <https://www.pwc.co.uk/forensic-services/assets/pwc-international-arbitration-damages-research-2017.pdf>; S. H. Reisberg, K. M. Pauley, “An Arbitrator’s Authority to Award Interest on an Award Until ‘Date of Payment’: Problems and Limitations”, *Int. A. L. R.*, iss. 1 (2013), p. 25, доступно по адресу <https://www.willkie.com/-/media/files/publications/2013/04/an-arbitrators-authority-to-award-interest-on->

II. Оценка ущерба и определение размеров компенсации при ИССД

A. Существующая правовая база

10. В целях привлечения инвестиций и содействия предсказуемости и стабильности правовой среды инвестиционные договоры обеспечивают защиту иностранных инвесторов посредством существенных гарантий и стандартов, таких как защита от экспроприации, справедливый и равноправный режим (СРР), полная защита и безопасность, свободный перевод средств и недискриминация. Инвестиционные договоры позволяют также инвесторам в случае нарушения этих обязательств требовать компенсацию посредством процедур УСИГ.

11. В то время как инвестиционные договоры содержат стандарты в отношении компенсации за законную экспроприацию, компенсация за незаконную экспроприацию и нарушение других основных обязательств обычно основывается на принципе полного возмещения в соответствии с нормами международного обычного права⁹.

1. Законная экспроприация

12. Инвестиционные договоры обычно предусматривают компенсацию в качестве одного из условий признания законности экспроприации, которая также должна осуществляться в соответствии с надлежащей правовой процедурой, в публичных целях и на недискриминационной основе¹⁰. В инвестиционных договорах обычно указывается, что размеры компенсации должны быть эквивалентны справедливой рыночной стоимости экспроприированных инвестиций до момента экспроприации (или до того, как об этом стало известно) и что компенсация должна включать проценты¹¹, предоставляться без промедления и выплачиваться в конвертируемой или свободно конвертируемой валюте¹².

[an_/files/anarbitratorauthoritytoawardpdf/fileattachment/an_arbitrator_authority_to_award.pdf](#); B. Sabahi, *Compensation and Restitution in Investor–State Arbitration: Principles and Practice* (New York, Oxford University Press, 2011); K. Sachs and N. Schmidt-Ahrendts, “Protocol on Expert Teaming: A New Approach to Expert Evidence”, in *Arbitration Advocacy in Changing Times, ICCA Congress Series, vol. 15*, A. J. Berg, ed. (Kluwer Law International, 2011); Ratner, “Compensation for Expropriations in a World of Investment Treaties: Beyond the Lawful/Unlawful Distinction”, 111 *American Journal of International Law* 1 (2017), доступно по адресу <https://www.cambridge.org/core/journals/american-journal-of-international-law/article/compensation-for-expropriations-in-a-world-of-investment-treaties-beyond-the-lawful-unlawful-distinction/2F9D90327EC113E12FB7EDD415BBC935>; S. W. Schill, “Enhancing International Investment Law’s Legitimacy: Conceptual and Methodical Foundations of a New Public Law Approach”, *Va. J. Int’l L.*, vol. 52, No. 57 (2011–2012); M. W. Swinehart, “Reliability of Expert Evidence in International Disputes”, *Mich. J. Int’l L.*, vol. 38, iss. 2 (2017), p. 287; UNCTAD Series on Issues in International Investment Agreements II, Expropriation: A Sequel (2013) (UNCTAD); 2013-02-19J. M. Waincymer, *Procedure and Evidence in International Arbitration* (Kluwer Law International, 2012); A. C. Weber, C. A. Pascuzzo S., et al., “Challenging the “Splitting the Baby” Myth in International Arbitration”, *Journal of International Arbitration*, Volume 31, iss. 6 (2014), p.720; The World Bank Group, *Legal framework for the treatment of foreign investment (Vol. 2): Guidelines*. (Washington) (World Bank, Vol.2), доступно по адресу **Error! Hyperlink reference not valid..**

⁹ См. также OECD Working Paper, p. 29.

¹⁰ См., например, Japan-Morocco BIT (2020), Article 9; Brazil-India BIT (2020), Article 6.

¹¹ Например, по «обычной коммерческой ставке» (Pakistan-UK BIT (1994), Article 5(1)), или по «коммерчески разумной ставке» (United States of America–People’s Republic of the Congo BIT (1990), Article III (1)), до даты платежа (Chile-Hong Kong China SAR BIT (2016), Article 10; Trans-Pacific Partnership Agreement (2016)(TPP), Article 9.8; Energy Charter Treaty (1994), Article 13).

¹² UNCTAD, p. 40.

13. В некоторых инвестиционных договорах упоминаются другие элементы¹³, в том числе справедливая и адекватная компенсация и контекстуальные факторы¹⁴.

2. Незаконная экспроприация

14. Инвестиционные договоры обычно не предусматривают стандарта компенсации в случае незаконной экспроприации. Некоторые утверждают, что в равной степени должен применяться стандарт в отношении законной экспроприации. Другие утверждают, что должен применяться принцип полного возмещения¹⁵.

а) Принцип полного возмещения

15. Принцип «полного возмещения» был впервые применен и развит в решении Постоянной палаты международного правосудия (ППМЮ) от 1928 года по делу о *фабрике в Хожуве*. Суд постановил, что компенсация должна «полностью устранить» последствия противоправного деяния государства¹⁶. Впоследствии этот принцип был включен в статью 31 статей КМП, которая обязывает ответственное государство предоставить полное возмещение вреда, причиненного международно-противоправным деянием.

б) Реституция или компенсация

16. Чтобы «полностью устранить» последствия противоправного деяния, i) следует сопоставить текущую ситуацию после противоправного деяния с гипотетической ситуацией, но без противоправного деяния; и ii) необходимо обеспечить эффективное средство правовой защиты. В деле о *фабрике в Хожуве* было особо указано на приоритет реституции по сравнению с компенсацией при условии, что реституция осуществима¹⁷. Статья 34 статей КМП предусматривает три формы средств правовой защиты: реституцию, компенсацию и сатисфакцию¹⁸, а статья 35 статей КМП предусматривает компенсацию только в случае невозможности или непропорциональности реституции. Тем не менее подавляющее большинство судов по УСИГ выносило решения о денежной компенсации вместо реституции.

3. Нарушение других договорных обязательств

17. В случае нарушения других существенных обязательств, таких как СРР или стандарт полной защиты и безопасности, и в тех случаях, когда в договорах не содержится указаний о компенсации, суды по УСИГ, как правило, также применяли принцип полного возмещения, изложенный в *деле о фабрике в Хожуве* и в соответствующих статьях КМП, касающихся компенсации. Принцип полного

¹³ Например, определение справедливой рыночной стоимости может включать оценку стоимости функционирующей хозяйственной единицы, стоимости активов, включая заявленную налоговую стоимость материального имущества, и других соответствующих критериев (см., например Indonesia-Switzerland BIT (2022), Article 7 (4) и EU-Singapore Investment Protection Agreement, Article 2(6)).

¹⁴ Компенсация должна отражать «справедливый баланс между публичными интересами и интересами затронутых сторон, учитывая все соответствующие обстоятельства и принимая во внимание текущее и предшествующее использование имущества, историю приобретения, справедливую рыночную стоимость имущества, цель экспроприации, размер прибыли в предшествующий период, полученной иностранным инвестором в результате инвестиций, и продолжительность инвестирования» (см., например, SADC Model Bilateral Investment Treaty (2012), Article 6.2; см. также the Common Market for Eastern and Southern Africa (COMESA) Common Investment Area Agreement (the CCIA) и the Pan-African Investment Code (PAIC)).

¹⁵ Beharry/Bräutigam, pp. 11–12.

¹⁶ Factory at Chorzów, Germany v Poland, 1928 P.C.I.J. (ser. A) No. 17 (Sept. 13).

¹⁷ Ibid., para. 118.

¹⁸ Статья 34 статей КМП перечисляет «сатисфакцию» в качестве средства правовой защиты, которая, согласно статье 37(2), может заключаться в «признании нарушения, выражении сожаления, официальном извинении или выражаться в другой подобающей форме».

возмещения обязывает предоставить возмещения фактических убытков потерпевшей стороны. В отношении косвенных экспроприаций или действий государства, равносильных экспроприации, суды по УСИГ обычно применяют также стандарт справедливой рыночной стоимости.

4. Ограничение компенсации ущерба

18. Применение стандарта справедливой рыночной стоимости подвергается сомнению: i) когда инвестор не лишается окончательно и полностью права собственности и стоимости имущества, ii) когда инвестор продолжает управлять своими инвестициями, но с меньшей доходностью инвестиций; и iii) когда не ущемляется способность инвестора реально использовать или контролировать имущество¹⁹.

19. В некоторых недавно заключенных инвестиционных договорах и типовых договорах применяется более подробный и ограничительный подход к компенсации ущерба. Они содержат положения о возмещении ущерба, i) исключаящие определенные виды ущерба, например, штрафные санкции²⁰; ii) устанавливающие ограничения на компенсацию, которая может быть присуждена (например, компенсация не должна превышать размер убытков, понесенных инвестором, и должна быть уменьшена на сумму любой предыдущей компенсации)²¹; iii) содержащие требование о том, что нарушение обязательства должно иметь достаточно тесную связь с причинением вреда²²; или iv) предусматривающие смягчающие факторы при расчете суммы компенсации²³.

В. Ключевые вопросы

1. Метод оценки

20. Существуют различные методы расчета суммы компенсации²⁴. Ни международное обычное право, ни инвестиционные договоры не требуют применения

¹⁹ Beharry/Bräutigam, pp. 14–15.

²⁰ Canada-EU Comprehensive Economic and Trade Agreement (CETA) (2016), Article 8.39(4); The Netherlands Model BIT (2019), Article 22(4); EU-Singapore Investment Protection Agreement (2018), Article 3.18; SADC Model BIT, Article 29.19.

²¹ См. Netherlands Model BIT (2019), Article 22 (3); EU-Singapore Investment Protection Agreement (2018), Article 3.18; EU-Viet Nam Investment Protection Agreement (2019), Article 3.53; CETA, Article 8.12 (3) and 8.39(3); India Model BIT (2015), Article 26.3; India-Kyrgyzstan BIT (2019), Article 23(3); Договор между Республикой Беларусь и Республикой Индия об инвестициях (2018 год), статья 26.3; Canada Model Foreign Investment Promotion and Protection Agreement (Canada 2021 Model FIPA), Article 40 (5).

²² TPP, Article 9.29 (4): “(...) единственная категория ущерба, возмещение которого может быть присуждено, - это тот ущерб, в отношении которого истец доказал, что он был понесен при попытке осуществить инвестиции, при условии, что истец доказывает также, что непосредственной причиной такого ущерба является нарушение обязательства (...)”; Canada 2021 Model FIPA, Article 40 (5).

²³ См. Indian Model BIT (2015), Article 26.3; Договор между Республикой Беларусь и Республикой Индия об инвестициях (2018 год), статья 26.3.

²⁴ Использование разных методов оценки может привести к существенно различающимся результатам. Например, дела *Tethyan Copper Company PTY Limited v Islamic Republic of Pakistan* (ICSID case ARB/12/1, award dated 12 July 2019) и *Bear Creek Mining Corporation v Republic of Peru*, (ICSID ARB 14/21, award dated 30 November 2019) были оба связаны с горнодобывающими проектами на стадии разведки/утверждения. В случае с *Tethyan Copper* государство не заключило требуемый договор аренды на добычу, а в случае с *Bear Creek* государство аннулировало выданное инвестору разрешение на строительство рудника. В обоих случаях шахты не были построены, поэтому инвестиции не приняли форму функционирующей хозяйственной единицы. Оба суда по УСИГ установили, что имела место косвенная экспроприация и что возмещение ущерба должно отражать справедливую рыночную стоимость. В деле *Tethyan Copper* суд провел анализ ДДП и оценил количество меди и золота в месторождении, которое инвестор собирался добыть, оценил рыночную стоимость этих рудников за весь период эксплуатации рудника и вычел вероятные затраты на эксплуатацию рудника, которые инвестор понес бы в течение всего

того или иного метода оценки, и суды по УСИГ обычно имеют право по своему усмотрению выбирать методологию, предложенную сторонами.

21. Методологии, используемые судами по УСИГ для определения размера ущерба, можно разделить на две общие категории, основанные на ретроспективном и перспективном подходах.

а) Ретроспективный подход

Подход, основанный на активах

22. Подход, основанный на активах, использует либо балансовую стоимость, либо восстановительную стоимость рассматриваемых активов. Балансовая стоимость — это метод учета, который определяет стоимость всех активов за вычетом накопленного износа, истощения и амортизации и за вычетом общей суммы обязательств, тогда как восстановительная стоимость — это сумма, которую инвестор вынужден был бы заплатить, чтобы заменить данный актив.

Исторический подход

23. Исторический подход позволяет учесть сумму, первоначально вложенную инвестором до нарушения обязательства (именуемую также необратимыми затратами).

б) Перспективный подход

24. Перспективный подход предназначен для определения ожидаемой доходности инвестиций и прогнозирования того, как могла бы развиваться инвестиционная деятельность в будущем, если бы не противоправные действия государства. При таком подходе признается, что ценность предприятия основана на его способности приносить прибыль. Примерами перспективного подхода являются рыночный подход и подход, основанный на доходах.

Рыночный подход

25. Рыночный подход позволяет сопоставить оспариваемый коммерческий интерес со стоимостью аналогичных предприятий на рынке и определить, сколько гипотетический покупатель был бы готов заплатить за соответствующие результаты инвестиций до принятия мер государством. Этот метод требует наличия сопоставимых данных (либо о сопоставимых сделках, либо о сопоставимых открытых акционерных компаниях). Тем не менее это может быть сопряжено с проблемами, поскольку инвестиции, о которых идет речь, часто уникальны, и сопоставимые данные отсутствуют.

Подход, основанный на доходах

26. Подход, основанный на доходах, позволяет преобразовать ожидаемые экономические выгоды в текущую стоимость с помощью метода дисконтированных денежных потоков (ДДП). Такой подход на сегодняшний день является наиболее часто используемым методом расчета приведенной стоимости ожидаемых будущих потоков денежных средств, с тем чтобы оценить будущие прибыли или доходы. Он позволяет это сделать путем оценки будущих потоков денежных средств с последующим дисконтированием полученной суммы по ставке, которая учитывает риски и течение времени.

срока его службы, в том числе с учетом риска эксплуатации рудника. Пакистану было предписано выплатить около 4 млрд долл. США, плюс проценты и издержки (фактические расходы инвестора составили около 200 млн долл. США). Суд в деле *Bear Creek* не применял анализ ДДП, а вместо этого исходил из фактических расходов инвестора, которые составили около 18 млн долл. США. См. также Bonnitcha, Brewin, IISD policy brief, *Compensation Under Investment Treaties: What are the problems and what can be done?*, p. 4.

с) Выбор метода оценки

27. При выборе метода оценки суды по УСИГ, как правило, учитывают особенности соответствующего предприятия или отрасли, в которой действует такое предприятие. Например, подход, основанный на активах, считается уместным, когда стоимость предприятия в значительной степени определяется его базовой стоимостью, а не его доходами. Его применение зависит также от информации и доказательств, предоставленных сторонами²⁵. На практике суды по УСИГ часто прибегали к сочетанию различных методов оценки.

28. Выбор подхода может зависеть также от результатов деятельности предприятия в прошлом и от того, можно ли полагаться на исходные данные. Когда предприятие на основе прошлых результатов может продемонстрировать, что существует вероятность получения прибыли в будущем, уместным может оказаться перспективный подход. В других случаях, когда инвестиции не обладают четко установленным потенциалом приносить доход и не имеется данных о прибыльности в прошлом, большую определенность позволяет обеспечить ретроспективный подход.

д) Надлежащее применение метода ДДП

29. Метод ДДП предназначен для оценки стоимости предприятия на основе его способности приносить прибыль в будущем, которая затем дисконтируется с учетом рисков и изменения стоимости денег. Таким образом, его применение зависит от предположений и информации о расходах, рыночных условиях (включая инфляцию, процентные ставки и цены на товары), политических и финансовых рисках (включая риски на рынке принимающего государства), конкурентных преимуществах и перспективах отрасли. Эффективность метода ДДП подвергается сомнению применительно к неоперационным активам, предприятиям с ограниченной историей операций и в тех случаях, когда конъюнктурная информация ограничена (особенно если инвестиции уникальны)²⁶.

30. Различия в допущениях и прогнозах на будущее часто приводят к значительным расхождениям в оценках, а ставки дисконтирования, которые должны учитывать будущие неопределенности и риски, являются серьезным источником разногласий²⁷. Чтобы спрогнозировать будущие доходы от инвестиций, судам по УСИГ необходимо оценивать различные переменные на протяжении всего срока, в течение которого инвестиции, как ожидается, будут создавать будущие потоки денежных средств, включая все будущие доходы и расходы, размер капитала, а также операционные расходы, дополнительные потребности в капитале и другие элементы. Сложность правильной оценки этих значений и риск спекуляции возрастают с увеличением периода времени, на который делаются прогнозы.

31. Поэтому и в комментариях к статьям КМП²⁸, и в Руководящих принципах Всемирного банка²⁹ используется осторожный подход к методу ДДП.

32. Несмотря на эти призывы проявлять осторожность, метод ДДП является наиболее широко используемым методом оценки, применяемым судами по УСИГ. Исследование, в ходе которого было проанализировано 95 общедоступных решений, показало, что суды все чаще полагаются на подход, основанный на доходах, особенно на метод ДДП. В период 2011–2015 год он применялся в 69% дел, когда оценивались размеры компенсации, по сравнению только с 17%

²⁵ См. Beharry/Bräutigam, p. 17.

²⁶ Ibid.

²⁷ См. PWC Study 2015, p. 3.

²⁸ Комментарий КМП к статье 36, пп. 26–27.

²⁹ World Bank Group, Vol 2, para. 42.

дел до 2000 года. И это привело к увеличению сумм компенсации³⁰, которая может значительно превышать сумму, которую вложил инвестор..

е) Дата оценки

33. Выбор даты оценки также может оказать существенное влияние на размеры компенсации. В случаях законной экспроприации датой оценки обычно является дата экспроприации или дата, предшествующая моменту, когда информация о предстоящей экспроприации стала достоянием гласности, поскольку распространение информации оказывает непосредственное влияние на стоимость. В случае незаконной экспроприации или других нарушений договорных обязательств обычно существуют две возможные даты оценки, которые суд может рассмотреть в зависимости от обстоятельств дела: i) дата нарушения обязательства; и ii) дата вынесения окончательного решения³¹.

2. Причинно-следственная связь – отнесение убытков, понесенных инвестором, на счет нарушения обязательства государством

34. Убытки, заявленные инвестором, должны быть связаны с противоправным деянием государства, чтобы они подлежали компенсации. Как правило, соответствующие стандарты или критерии для доказывания причинно-следственной связи не включаются в инвестиционные договоры. Только несколько договоров содержат формулировку о причинно-следственной связи, например, о том, что инвесторы могут получить компенсацию только за убытки, понесенные «по причине» или «являющиеся следствием меры, принятой государством»³². Более точные формулировки требуют, «чтобы инвестиции или инвестор в отношении своих инвестиций понесли фактические и неспекулятивные потери в результате нарушения обязательства (...) (и) чтобы такие потери были предсказуемы и были непосредственно вызваны нарушением обязательства»³³.

35. Статья 31 статей КМП предусматривает, что вред должен быть «причинен» международно-противоправным деянием. Согласно комментарию, причинно-следственная связь между нарушением соглашения и заявленными убытками не должна быть слишком косвенной, отдаленной или неточной. Существует множество терминов, используемых для описания связи, которая должна существовать между противоправным деянием и ущербом, чтобы возникло обязательство по возмещению ущерба³⁴. Обычно используются такие термины, как удаленность, непосредственность, близость и предсказуемость. В статьях КМП не отдается предпочтения конкретному правовому критерию причинно-следственной связи³⁵, но отмечается, что требование наличия причинно-следственной связи не обязательно является одинаковым применительно к каждому нарушению международного обязательства³⁶.

³⁰ PWC Study 2015, p. 3. См. также исследование *Hart/Velez Study (2021)*, pp. 47, 50–51, в котором не анализируется использование метода ДДП с течением времени, а рассчитывается общее среднее значение. Соответственно, метод ДДП был наиболее часто применяемым основанием для присужденных сумм, который использовался в 30,3% случаев (инвестиционные затраты в 23,0%, рыночная стоимость в 5,7% и упущенная выгода в 4,9% случаев).

³¹ Дата принятия решения обычно не применяется. Обычно это происходит только тогда, когда актив увеличился с даты нарушения обязательства под воздействием рыночных факторов (например, роста товарных цен) или поведения государства.

³² Canada-Costa Rica BIT (1998), Article XII (2); China-Korea BIT (2007), Article 9(1); US Model BIT (2004), Article 24 (1); Investment Agreement for the COMESA Common Investment Area (2007), Article 28 (1); CETA, Article 8.18; Canada 2021 Model FIPA, Article 40 (5).

³³ См. India Model BIT (2003), Article 23 (2).

³⁴ Комментарий КМП к статье 31, п. 10.

³⁵ Marboe, *Damages*, pp. 39–86.

³⁶ См. сноску 34 выше.

3. Бремя и стандарт доказывания

36. В соответствии с общепринятым принципом права сторона, ссылающаяся на факт, обязана его доказать³⁷. Соответственно, в отношении ущерба инвестор обычно несет бремя доказывания суммы убытков и причинно-следственной связи, тогда как государство-ответчик несет бремя доказывания своих возражений, таких как обстоятельства, ограничивающие причинно-следственную связь или размер убытков³⁸.

37. Большинство арбитражных регламентов не содержат каких-либо положений о стандарте доказывания и обычно предоставляют арбитражным судам широкую свободу действий при оценке доказательств. Например, в статье 27(4) Арбитражного регламента ЮНСИТРАЛ и в статье 9(1) Регламента МАЮ говорится, что арбитражный суд определяет допустимость, относимость, существенность и вес представленных доказательств. Правило 36(1) Арбитражного регламента МЦУИС 2022 года также гласит, что «арбитражный суд определяет допустимость и доказательную силу представленных доказательств».

38. В статье 36(2) статей КМП разъясняется, что компенсация охватывает исчисленный в финансовом выражении ущерб, насколько он установлен. Что касается упущенной выгоды, то в комментарии к статьям КМП указывается, что такая компенсация часто присуждалась тогда, когда предполагаемая будущая прибыль приобретала свойства, позволяющие считать ее законно защищаемым интересом с достаточными основаниями для компенсации. В комментарии далее указывается, что вероятность ожидаемой будущей прибыли должна быть продемонстрирована достаточными документальными или другими соответствующими доказательствами, полученными на основе договорных соглашений или подтвержденной динамикой хозяйственной деятельности за прошлые периоды³⁹.

4. Начисление процентов и способы их расчета

39. Неотъемлемой частью компенсации являются проценты. Учитывая продолжительность разбирательства по УСИГ, проценты могут составлять значительную часть общей суммы компенсации и, следовательно, имеют большое экономическое значение⁴⁰.

40. Проценты компенсируют истцу убытки, связанные с использованием его денежных средств; обеспечивают истцу полную компенсацию, восстанавливая положение, в котором он находился бы, если бы нарушения обязательства не произошло.

41. Тем не менее общий принцип полного возмещения не определяет все необходимые элементы для расчета процентов, в частности процентную ставку и вопрос о том, следует ли начислять сложные проценты, что влияет на размеры присуждаемых процентов.

42. В некоторых договорах об инвестициях проценты упоминаются в контексте экспроприации и указывается, что проценты должны начисляться «по коммерчески разумной ставке» или с небольшим отклонением от такой ставки⁴¹ с даты экспроприации до даты выплаты. Некоторые договоры предусматривают выплату процентов в качестве компенсации за ущерб, причиненный в результате

³⁷ См. статью 27(1) Арбитражного регламента ЮНСИТРАЛ и Арбитражный регламент МЦУИС 2022 года, правило 36(2).

³⁸ Beharry/Bräutigam, p. 7.

³⁹ Комментарий КМП к статье 36, п. 27.

⁴⁰ Проценты в среднем составляют 24% от суммы компенсации, а в некоторых случаях сумма присужденных процентов даже превышает сумму ущерба, см. PWC Study 2016, p. 1.

⁴¹ Используются такие варианты, как «по обычной коммерческой ставке» (СЕТА, Article 8.12(3)) и «по ставке, определяемой в соответствии с рыночными критериями» (Brazil-India BIT 2020, Article 6.2)). В других случаях договоры по существу предусматривают ставки выше «коммерчески разумной ставки» (Cabo Verde-Hungary BIT 2019, Article 6.3).

других действий, помимо экспроприации⁴². В то же время в договорах обычно не рассматривается вопрос о простых или сложных процентах и о нарастающих интервалах.

43. Вопрос о процентах рассматривается в статье 38 статей КМП, однако она аналогичным образом не содержит каких-либо других положений помимо общего стандарта, с соответствии с которым «ставка и метод расчета процентов определяются таким образом, чтобы достичь этого результата». Что касается периода времени, в отношении которого должны начисляться проценты, то в статье 38 говорится, что этот период начинается «с даты, когда должна была быть выплачена основная сумма, по дату выполнения платежного обязательства».

а) Ставка до вынесения решения

44. После определения даты оценки суды определяют процентную ставку до вынесения решения. Суды часто применяют межбанковскую ставку, поскольку это позволяет обеспечить более объективные и предсказуемые результаты по сравнению со ставкой, основанной на кредитоспособности отдельного инвестора. Суды также часто применяют дополнительную надбавку к межбанковской ставке, чтобы отразить рыночную стоимость денежных средств в определенной валюте. Другие варианты применимой процентной ставки могут включать процентную ставку по банковским депозитам, ставку «без риска», средневзвешенную стоимость капитала (WACC), регулятивную рентабельность инвестиций, стоимость заемных средств, абсолютную стоимость (например, установленные законом ставки) и договорные ставки, некоторые из которых используются редко.

б) Проценты после вынесения решения – потенциально более высокие ставки

45. Проценты после вынесения решения определяются главным образом с учетом трех факторов: i) сохранение справедливой рыночной стоимости присужденной суммы; ii) компенсация по рискам, связанным с получением присужденной суммы, включая любой риск неисполнения обязательств; и iii) стремление воспрепятствовать задержке платежа и использованию присужденной суммы в качестве источника недорогого финансирования.

46. При определении процентных ставок после вынесения решения суды по УСИГ используют различные подходы в отношении начальной даты, с которой должны начисляться проценты после вынесения решения, применяемой процентной ставки и метода расчета. В то время как проценты после вынесения решения обычно начисляются с даты вынесения решения, некоторые суды устанавливают льготный период, чтобы дать сторонам возможность принять необходимые внутренние меры для организации выплаты. Кроме того, некоторые суды применяют более высокую ставку в отношении процентов после вынесения решения, чтобы воспрепятствовать задержке платежа. Следуя той же логике, некоторые суды начисляют только проценты после вынесения решения или же используют более короткие интервалы для начисления процентов после вынесения решения⁴³.

с) Простые или сложные проценты

47. Другой аспект расчета суммы процентов связан с выбором между простыми или сложными процентами, а также с выбором интервалов, через которые должны начисляться проценты.

48. Все чаще суды присуждают сложные проценты⁴⁴. По данным одного исследования, доля судов по УСИГ, присудивших сложные проценты, до 2005 года

⁴² См., например, Cabo Verde–Hungary BIT 2019, Article 5.2.

⁴³ Beharry/Bräutigam, p. 30.

⁴⁴ Ibid., pp. 29, 30.

составляла 50%, однако в период с 2011 по 2015 год она возросла до 87%⁴⁵. В основном это предусматривает выплату сложных процентов, что приводит к присуждению чрезвычайно больших сумм процентов, которые могут даже превышать основную сумму⁴⁶.

49. Во многих национальных правовых системах начисление сложных процентов не допускается, и комментарий к статье 38 статей КМП предполагает, что при отсутствии веских оснований для присуждения сложных процентов более уместным является присуждение простых процентов⁴⁷. Сторонники сложных процентов утверждают, что решение о возмещении должно отражать сложность операций предприятий, занимающихся транснациональной торговлей в наше время. Они утверждают также, что присуждение сложных процентов уместно, когда неспособность ответчика своевременно выполнить свои обязательства приводит к тому, что истец либо несет финансовые затраты, включающие сложные проценты, либо отказывается от возможностей, которые оказали бы совокупное влияние на его инвестиции.

50. Что касается интервалов начисления, то суды по УСИГ часто рассматривают период, в течение которого должны начисляться проценты, и интервалы, через которые должны начисляться проценты, как отдельные вопросы. Например, суды могут принять решение о том, чтобы проценты начислялись на годовой основе в течение шестимесячного периода или, наоборот, чтобы проценты начислялись раз в полгода в течение одного года. Суды по УСИГ уменьшают частоту начисления сложных процентов, когда итоговая абсолютная сумма процентов оказывается слишком большой⁴⁸, в то время как другие суды выносили определения о том, что частоту начисления сложных процентов следовало увеличить из-за продолжительности времени, в течение которого истец не получал компенсации⁴⁹.

5. Роль экспертов

51. Что касается количественной оценки компенсации, стороны обычно обращаются за помощью к экспертам. Выбор и применение методологии, а также расчет компенсации часто требуют специальных и технических знаний, в частности, когда метод оценки требует подробной информации об отрасли или деловой практике.

52. Ряд арбитражных регламентов предусматривает участие эксперта (экспертов) в арбитражном разбирательстве и признает экспертов, назначенных стороной и арбитражным судом. В Арбитражном регламенте ЮНСИТРАЛ прямо предусмотрены оба типа экспертов⁵⁰. Арбитражный регламент МЦУИС предусматривает, что стороны могут полагаться на показания эксперта и что суд может назначить одного или нескольких независимых экспертов⁵¹. Хотя суды по УСИГ могут по своему усмотрению назначать своих собственных экспертов, они делают это редко⁵².

53. В Правилах МАЮ также рассматривается вопрос об экспертах, назначаемых сторонами и судом. Статья 5.2(е) предусматривает, что заключение эксперта

⁴⁵ PWC Study 2016, p. 2.

⁴⁶ См., например, дело *Compania Del Desarrollo De Santa Elena, S.A. v. Costa Rica*: 4,15 млн долларов США в качестве возмещения основного ущерба и 11,85 млн долларов США в качестве присужденных процентов, исходя из ставки, которая начислялась раз в полгода (в отличие от 5,7 млн долларов США, если бы трибунал присуждал простые проценты), paras. 85 and 107, доступно по адресу http://icsidfiles.worldbank.org/icsid/ICSIDBLOBS/OnlineAwards/C152/DC539_En.pdf.

⁴⁷ Комментарий КМП к статье 38, пп. 8–12.

⁴⁸ PWC Study 2016, p. 5.

⁴⁹ См. Gotanda, p. 394.

⁵⁰ См. статьи 27(2) и 29.

⁵¹ См. Rules 38 and 39.

⁵² Тем не менее, МЦУИС недавно отметил, что все чаще используются эксперты, назначенные судом.

должно содержать «описание методов, доказательств и информации, использованных при получении выводов», чтобы другая сторона и суд могли осмысленно оценить это заключение. Кроме того, заключение эксперта должно содержать заявление о независимости эксперта. Статья 5.4 Правил МАЮ разрешает суду распорядиться, чтобы эксперты, назначенные стороной, которые представили заключения по аналогичным вопросам, встретились и обсудили эти вопросы, а также представили совместные заключения, чтобы определить области согласия и разногласий. Это может сделать разбирательство более экономичным, поскольку эксперты в одной и той же дисциплине могут относительно быстро определить причины своих разногласий и определить вопросы, по которым они могут достичь согласия⁵³.

6. Другие факторы, ограничивающие размер компенсации

54. Государства могут прибегнуть к средствам правовой защиты, чтобы не допустить нарушения договорных обязательств. Например, состояние необходимости касается ситуации, когда единственным средством защиты существенных национальных/публичных интересов, которым угрожает большая и неминуемая опасность, является принятие мер, несовместимых с их обязательствами по инвестиционным договорам⁵⁴.

55. В некоторых случаях при расчете суммы компенсации необходимо учитывать действие или бездействие инвестора, как отмечается ниже. В одном случае инвестор может быть виноват, а во втором случае инвестор не предпринял надлежащих действий для уменьшения убытков. Могут быть и другие факторы, ограничивающие размер компенсации⁵⁵.

а) Усугубляющая вина

56. Хотя в инвестиционных договорах этот вопрос, как правило не рассматривается, сумма компенсации может быть уменьшена, если поведение самого истца способствовало нанесению ему убытков. Это соответствует принципу, согласно которому пострадавшей стороне присуждается полное возмещение, но не более, чем ущерб, причиненный другой стороной.

57. Понятие усугубляющей вины отражено в статье 39 статей КМП, в которой предусматривается, что при определении возмещения учитывается «усугубление вреда намеренным или небрежным действием или бездействием потерпевшей» стороны. Тот же принцип выражен и в других областях права (например, в статье 80 Венской конвенции о международной купле-продаже товаров («КМКПТ»)) или статье 7.4.7 Принципов международных коммерческих договоров УНИДРУА («Принципы УНИДРУА»).

58. При присуждении компенсации суды по УСИГ признают понятие усугубляющей вины⁵⁶. Усугубляющая вина может включать нарушение внутреннего законодательства государства⁵⁷ и увеличение убытков инвестора, например, в

⁵³ Комментарий к обновленному тексту Правил МАЮ по получению доказательств в международном арбитраже 2020 года, стр. 23.

⁵⁴ Beharry/Bräutigam, p. 25; в соответствии со статьей 27 статей КМП состояние необходимости исключает противоправность поведения государства, однако компенсация может быть присуждена. Несколько инвестиционных договоров предусматривают защиту по необходимости, которая призвана оправдать нарушение.

⁵⁵ Дополнительные факторы, ограничивающие компенсацию, включают предшествующие убытки или компенсацию, полученную за те же убытки, а также реституцию имущества или отмену или изменение меры, которая привела к нарушению.

⁵⁶ См. *MTD Equity Sdn. Bhd. and MTD Chile S.A. v. Republic of Chile*, ICSID Case No. ARB/01/7 (MTD v. Chile); *Occidental Petroleum Corporation and Occidental Exploration and Production Company v. The Republic of Ecuador*, ICSID Case No. ARB/06/11 (Occidental v Ecuador); *Yukos Universal Limited (Isle of Man) v. The Russian Federation*, UNCITRAL, PCA Case No. 2005-04/AA227 (Yukos v Russia).

⁵⁷ См. *Occidental v Ecuador*; *Yukos v Russia*; *Copper Mesa v. Ecuador Copper Mesa Mining Corporation v. Republic of Ecuador*, PCA Case No. 2012-2.

результате коммерческого риска⁵⁸. Суды, как правило, имеют право по своему усмотрению определять, в какой степени вина инвестора повлияет на размер компенсации⁵⁹.

b) Неспособность уменьшить убытки

59. Принцип смягчения последствий отражает обязанность потерпевшей стороны принять разумные меры для уменьшения убытков, причиненных нарушившей стороной. Если потерпевшая сторона этого не сделает, она не сможет возместить часть убытков, связанных с неспособностью уменьшить ущерб.

60. Принцип смягчения последствий широко признан в различных областях права, что отражено в статье 77 КМКПТ и статье 7.4.8 принципов УНИДРУА. В решении о возмещении упущенной выгоды Совет управляющих Компенсационной комиссии Организации Объединенных Наций признал обязанность истца по возможности уменьшить размер убытков⁶⁰. Соответственно, истец не только имеет право, но и обязан принять необходимые меры для уменьшения убытков.

61. Комментарий к статье 31 статей КМП также касается смягчения ущерба, и в нем разъясняется, что это не является правовым обязательством, которое порождает ответственность, но несмягчение может исключить в этой степени получение компенсации⁶¹.

62. Обязанность смягчать ущерб и ее ограничивающее воздействие на возмещаемый ущерб были признаны судами по УСИГ в качестве принципа международного права. Что касается степени такой обязанности смягчать ущерб, то суды неизменно отмечали, что пострадавшая сторона должна выполнить обязанность приложить все усилия и предпринять разумные и предусмотрительные шаги для минимизации убытков⁶².

C. Вопросы для рассмотрения и возможная работа

63. Рабочая группа, возможно, пожелает рассмотреть целесообразность проведения работы, например, путем i) разработки соответствующих положений по процедурным вопросам, касающимся оценки убытков и компенсации, которые, возможно, будут иметь обязательную силу, для включения в инвестиционные договоры, арбитражные регламенты или многосторонний документ о процессуальной реформе; и ii) разработки руководящих принципов и стандартов, которые будут предоставлены судам по УСИГ по данной теме.

1. Сложность и неопределенность существующей практики

64. Как показано в разделе В, существующая практика оценки размеров компенсации представляется крайне сложной, что отчасти может быть обусловлено неурегулированностью основных параметров расчета ущерба, а также различиями в фактических обстоятельствах. Такая сложность способствует увеличению расходов на разбирательства по УСИГ и может негативно сказаться на обоснованности⁶³, последовательности⁶⁴ и предсказуемости решений, связанных с расчетом компенсации⁶⁵.

⁵⁸ Kantor, p. 535; *Emilio Agustín Maffezini v. The Kingdom of Spain*, ICSID Case No. ARB/97/7.

⁵⁹ *Occidental v Ecuador*; Kantor, p. 540.

⁶⁰ Решение 15 Совета управляющих ККООН от 18 декабря 1992 года.

⁶¹ Комментарий КМП к статье 31, п. 11.

⁶² Beharry/Bräutigam, p. 24.

⁶³ См. the Academic Forum paper, section 4.2.

⁶⁴ Ibid, section 4.1.

⁶⁵ См., например, IISD, p. 30; BIICL study, pp. 26, 29.

Возможные направления работы

65. Рабочая группа, возможно, пожелает рассмотреть вопрос о подготовке проектов договорных положений или руководящих принципов по следующим вопросам:

- стандарт компенсации, в частности, в случае незаконной экспроприации и нарушений, не связанных с экспроприацией;
- метод оценки (включая целесообразность использования метода ДДП, а также использование анализа чувствительности или альтернативных допущений);
- дата оценки;
- поведение истца, ограничивающее размер компенсации;
- причинно-следственная связь между нарушением и убытками;
- требования к доказательствам, включая стандарт доказывания;
- проценты до и после вынесения решения (процентная ставка, способ расчета и возможность начисления процентов);
- уместность просьб о налоговых надбавках для увеличения присуждаемой суммы исходя из предположения, что с нее будет взиматься налог;
- потенциальная роль национальных органов и внутреннего законодательства в расчете ущерба;
- роль экспертов в оценке ущерба, включая способы назначения и их этический режим; и
- распределение расходов, при котором могут учитываться различные факторы, например, исход дела, поведение сторон, разумность⁶⁶.

2. Высокие суммы компенсации и повышение суммы требований

66. Рабочая группа, возможно, пожелает рассмотреть вопрос о том, следует ли решать вопрос о высоких и растущих суммах компенсации, заявленных инвесторами и присужденных в рамках разбирательства по УСИГ.

67. На август 2019 года известно о 44 решениях на сумму 100 млн долл. США и 9 решениях на сумму более 1 млрд долл. США⁶⁷. Со времени первого дела в 1981 году потребовался 21 год, чтобы кумулятивная сумма компенсации ущерба выросла до 10 млрд долл. США. В 2006 году совокупная сумма удвоилась, достигнув 20 млрд долл. США, а 4 года спустя сумма снова удвоилась, достигнув в 2010 году 40 млрд долл. США⁶⁸.

68. Кроме того, комментаторы отмечают, что присуждаемые суммы часто значительно превышают расходы инвесторов на инвестиции и что при расчете компенсации не принимается во внимание ни выгода от инвестиций для

⁶⁶ См. также A/CN.9/WG.III/WP.219, раздел C.

⁶⁷ См. также IISD, p. 29.

⁶⁸ В исследовании Hart/Velez Study, p. 13, делает вывод, что сумма требований в последние годы, похоже, стабилизировалась, хотя и на высоком уровне. В докладе Научного форума упоминаются различные данные и исследования, все из которых показывают значительный рост за последние десятилетия. Например, на основе данных ЮНКТАД/ITALAW медианная сумма компенсаций в период 1990-1999 годов составляла 2 млн долл. США, в период 2000-2009 годов до 16,7 млн долл. США и в период 2010-2019 годов до 32,9 млн долл. США, см. section 2.2. По данным инвестиционного арбитража PluriCourts (PITAD), медианная сумма компенсаций в период 1980-1999 годов составляла 4,2 млн долл. США, в период 2000–2009 годов до 21,3 млн долл. США и в период 2010–2019 годов до 27,8 млн долл. США, см. section 2.3. Медианная сумма — это не средняя сумма, а среднее значение, на которое не влияют очень маленькие или большие суммы.

принимающего государства, ни неправомерные действия инвестора, например, нарушения прав человека⁶⁹.

Возможные направления работы

69. Рабочая группа, возможно, пожелает рассмотреть вопрос о разработке проектов договорных положений или руководящих принципов, которым должны следовать суды по УСИГ в отношении:

- использования методов оценки, включая соответствующую ставку дисконтирования, применяемую к расчетам по методу ДДП и расчету процентов;
- ограничения размера компенсации, например, суммой, фактически вложенной инвестором; а также
- таких контекстных факторов, как способность принимающего государства оплатить присужденные суммы, потенциальное «деструктивное воздействие» вынесенного решения на государство-ответчика и выгоды от инвестиций для целей устойчивого развития государства⁷⁰.

3. Способы устранения несоответствия между заявленными убытками и присужденным возмещением, включая чрезмерные требования

70. Рабочая группа, возможно, пожелает рассмотреть значительное расхождение между суммой заявленной компенсации и присужденной компенсацией.

71. По данным одного исследования, средний размер исков составил 910,6 млн долл. США по сравнению со средней суммой компенсации в размере 298,3 млн долл. США⁷¹. Таким образом, инвесторы требуют в среднем в три раза больше, чем то, что они фактически получают. В другом исследовании, после исключения трех особых случаев, средняя заявленная сумма составила 275,3 млн долл. США, а средняя сумма присужденной компенсации составила 55,2 млн долл. США⁷². Исходя из этих данных, инвесторы требуют в среднем в пять раз больше, чем то, что они фактически получают.

Эффект привязки и распределение издержек

72. Так называемый «эффект привязки» обсуждался в качестве потенциальной причины роста размера компенсаций за ущерб⁷³. Как показывают наблюдения, инвесторы склонны предъявлять завышенные требования в качестве юридической тактики, тем самым рассчитывая на возможную когнитивную предвзятость

⁶⁹ Типовое инвестиционное соглашение Нидерландов (2019 года) предусматривает в статье 23, что при принятии решения о сумме компенсации суды могут учитывать «несоблюдение инвестором своих обязательств в соответствии с Руководящими принципами предпринимательской деятельности в аспекте прав человека ООН и Руководящими принципами ОЭСР для многонациональных предприятий»; см. также С. Baltag (Editor), 'Human Rights and Environmental Disputes in International Arbitration', Kluwer Arbitration Blog, 24 July 2018, доступно по адресу <http://arbitrationblog.kluwerarbitration.com/2018/07/24/human-rights-and-environmental-disputes-in-international-arbitration/>.

⁷⁰ PSD, p. 31; см. также М. Paporinkis, A Case Against Crippling Compensation in International Law of State Responsibility, *The Modern Law Review*, Volume 83, Issue 6 (November 2020).

⁷¹ Hart/Velez Study, p. 7; в своем исследовании БИМСП пришел к следующему выводу: «Когда сумму заявленного возмещения ущерба сравнивают с суммой присужденного возмещения, можно заметить небольшое увеличение суммы возмещения ущерба по сравнению с заявленной суммой в среднем на 29% до июня 2017 года и на 36% за последние три года» (The BIICL study, p. 28).

⁷² Исследование, в котором была проанализирована 241 компенсация, показало, что «присужденные суммы компенсации составляют в общей сложности около 71,91 млрд долл. США по искам на сумму более 219 млрд долл. США, в результате чего средняя сумма компенсации в процентах от суммы требования составляет 32,8%». В то же время средняя присужденная сумма составила 298,3 млн долл. США при средней сумме требования в размере 910,6 млн долл. США. См. Hart/Velez Study, p. 7.

⁷³ См. Swinehart, p. 310.

судов, когда завышенные требования используются в качестве основы для расчета компенсации⁷⁴.

73. Рабочая группа, возможно, пожелает рассмотреть вопрос о том, можно ли решить проблему явного завышения суммы ущерба путем распределения издержек (см. A/CN.9/WG.III/WP.219). Например, истца можно обязать возмещать более высокую долю издержек, если заявленный ущерб превышает определенный процент от фактических убытков⁷⁵.

4. Расхождение в экспертных расчетах ущерба

74. Еще одной причиной несоответствия в оценках заявленного ущерба и присуждаемой компенсации может быть существенное расхождение в суммах компенсации, представленных экспертами сторон⁷⁶.

75. По данным одного исследования, такое расхождение в результатах оценок экспертов отчасти обусловлено тем, что эксперты инструктируются адвокатами и отвечают на разные вопросы, потенциально основанные на разных фактических или юридических предположениях, и по-разному относятся к фактическим вопросам, поскольку у них действительно разные мнения. Проблемы качества не упоминались как часто возникающая проблема⁷⁷.

Возможные направления работы

76. Рабочая группа, возможно, пожелает рассмотреть вопрос о том, следует ли проводить работу по подготовке проектов договорных положений или руководящих принципов⁷⁸ в отношении назначения экспертов для оказания помощи судам в расчете размеров ущерба. Это могло бы повысить беспристрастность и независимость экспертов по вопросам возмещения ущерба. Такой подход мог бы еще больше снизить общие расходы на разбирательство, частично связанные с ростом расходов на экспертов.

77. В качестве альтернативы можно было бы разработать руководящие принципы в отношении экспертов, назначаемых сторонами, которые будут:

- обеспечивать работу экспертов на основе согласованного, четко определенного набора инструкций, основанных на аналогичных предположениях;
- предусматривать альтернативные расчеты в случае разногласий по фактам и юридическим подходам;
- предусматривать представление совместного заявления экспертов с разъяснением различий в случае расхождения результатов экспертных мнений; и
- предусматривать объединение усилий назначенных сторонами экспертов для составления совместного заключения и право судов направлять работу экспертов.

⁷⁴ A/CN.9/WG.III/WP.156, пп. 8–9.

⁷⁵ PSD, p. 25; см. Colombia Model BIT (2017), p.21, в котором предусматривается, что, если предполагаемая сумма ущерба, определенная истцом, превышает доказанную сумму на пятьдесят процентов или более, суд обязан распределить 15 процентов полученной разницы в качестве издержек в пользу ответчика.

⁷⁶ PWC Study 2015, p. 2: сумма, определенная экспертами ответчиков, в среднем составляла 13% от суммы, определенной экспертами истцов; см. также Beharгу, p. 3–8.

⁷⁷ Ibid., p. 2 and 5.

⁷⁸ Для такой работы могут быть полезны существующие документы, например, Протокол об определении ущерба в арбитражном разбирательстве Международного комитета по арбитражу МИУС.

D. Взаимосвязь с другими вариантами реформ

78. Рабочая группа, возможно, пожелает принять во внимание, что тема возмещения ущерба и компенсации тесно связана со следующими вариантами реформы:

- раннее отклонение спекулятивных, необоснованных и завышенных требований ([A/CN.9/WG.III/WP. 219](#));
 - регулирование финансирования третьими сторонами для решения проблемы больших сумм требуемой компенсации ([A/CN.9/WG.III/WP. 219](#));
 - апелляционные и постоянные многосторонние механизмы для проверки процедурной и материально-правовой обоснованности решений и исправления ошибок в решениях судов по УСИГ ([A/CN.9/WG.III/WP. 185](#));
 - средства для устранения «нормативного нормативному застою»; и
 - методы решения проблемы множественных производств, в том числе по искам акционеров и косвенным убыткам ([A/CN.9/WG.III/WP. 170](#); и [A/CN.9/WG.III/WP. 193](#)).
-