



Генеральная Ассамблея

Distr.: General
17 July 2017
Russian
Original: English

Семьдесят вторая сессия

Пункт 73(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

Последствия внешней задолженности и других соответствующих международных финансовых обязательств государств для полного осуществления всех прав человека, в частности экономических, социальных и культурных прав

Записка Генерального секретаря

Генеральный секретарь имеет честь препроводить членам Генеральной Ассамблеи доклад Независимого эксперта по вопросу о последствиях внешней задолженности и других соответствующих международных финансовых обязательств государств для полного осуществления всех прав человека, в частности экономических, социальных и культурных прав, Хуана Пабло Боославски, представленный в соответствии с резолюциями [25/16](#) и [34/3](#) Совета по правам человека.

* [A/72/150](#).



Доклад Независимого эксперта по вопросу о последствиях внешней задолженности и других соответствующих международных финансовых обязательств государств для полного осуществления всех прав человека, в частности экономических, социальных и культурных прав

Резюме

В настоящем докладе Независимый эксперт по вопросу о последствиях внешней задолженности и других соответствующих международных финансовых обязательств государств для полного осуществления всех прав человека, в частности экономических, социальных и культурных прав, анализирует последствия долговых споров, представляемых на рассмотрение в систему международного инвестиционного арбитража, для прав человека и пытается ответить на вопрос о том, является ли — с точки зрения прав человека — инвестиционный арбитраж адекватной процедурой для урегулирования споров в контексте реструктуризации долга.

В отсутствие международной системы, которая регулировала бы процессы реструктуризации суверенного долга, инвестиционный арбитраж до последнего времени воспринимался как потенциальный форум, с помощью которого кредиторы, не соглашающиеся на реструктуризацию долга, и «фонды-стервятники» пытаются добиться исполнения условий суверенных долговых инструментов. Однако система инвестиционного арбитража была создана для обеспечения правовой защищенности прямых иностранных инвестиций и для содействия экономическому развитию, а не для обеспечения исполнения финансовых обязательств, а тем более не для продвижения требований спекулятивных фондов хеджирования и отказывающихся от сотрудничества кредиторов. Тем не менее, на сегодняшний день большинство арбитражных трибуналов по инвестиционным спорам изыскало юрисдикцию для урегулирования споров, связанных с суверенной задолженностью. Готовность арбитражных судей, занимающихся инвестиционными вопросами, рассматривать такие споры может побудить «фонды-стервятники» и кредиторов, не соглашающихся на реструктуризацию долга, использовать эту форму урегулирования споров для того, чтобы сделать процедуры реструктуризации долга более продолжительными и более дорогостоящими и сложными.

В большинстве двусторонних инвестиционных договоров отсутствуют какие-либо конкретные положения, касающиеся прав человека, и арбитражные трибуналы по инвестиционным спорам довольно неохотно идут на то, чтобы конкретно отражать в своих решениях права человека. Если не считать несколько арбитражных решений, рассмотрение вопросов прав человека в рамках международного инвестиционного арбитражного производства остается пока на периферии международного правового режима, регулирующего инвестиции. С учетом того, сколь глубокие и широкие последствия имеют долговые кризисы для прав человека, будет опасно, если двусторонние инвестиционные договоры станут основой для урегулирования споров о суверенной задолженности.

Хотя международное сообщество прилагает немалые усилия с целью предотвратить или свести к минимуму судебные тяжбы со стороны кредиторов, не соглашающихся на реструктуризацию задолженности, инвестиционный арбитраж может вновь предоставить таким кредиторам возможность применять свои деструктивные стратегии. Таким образом, нынешняя система инвестиционного арбитража может препятствовать оздоровлению экономики и подрывать усилия государств по финансированию общественных служб и государственных учреждений, которые способствуют реализации экономических, социальных и культурных прав и защите гражданских и политических прав.

Содержание

	<i>Стр.</i>
I. Введение	5
II. Происхождение и назначение двусторонних инвестиционных договоров: никакого отношения к долгам они не имеют	8
III. Инвестиционное право и права человека: недопустимо узкий взгляд на вещи	12
IV. Долговые споры в рамках инвестиционного арбитражного производства	15
V. Двусторонние инвестиционные договоры, реструктуризация долга и права человека	20
VI. Выводы и рекомендации	24
A. Выводы	24
B. Рекомендации	27

I. Введение

1. Двусторонние инвестиционные договоры, обеспечивающие правовую защищенность прямых иностранных инвестиций, могут затруднять исполнение государственных обязательств по защите прав человека. Хотя прямые иностранные инвестиции при определенных условиях могут приносить экономическую и социальную пользу, инвестиционные договоры зачастую ограничивают способность государств обеспечивать соответствующее национальное регулирование в области трудовых стандартов и прав на здоровье, продовольствие, воду и санитарии и приводят к тому, что частные и государственные инвесторы выдвигают в отношении государств требования о выплате компенсации. Таким образом они могут сковывать действия государства по обеспечению соответствующего регулирования экономической деятельности на его территории. Двусторонние и многосторонние инвестиционные договоры вызывают также обеспокоенность с точки зрения реализации права на участие общественности, поскольку многие из них заключались в обстановке секретности. Инвестиционный арбитраж также подвергается критике по процессуальным мотивам, так как в ходе арбитражного производства не соблюдаются принципы транспарентности и представленности сторон в споре, а также отсутствует судебный надзор.

2. В настоящем докладе Независимый эксперт рассматривает конкретный аспект инвестиционного арбитража: использование инвестиционного арбитражного производства для того, чтобы добиться погашения задолженности в контексте процедур реструктуризации долга, и его влияние на права человека¹. Независимый эксперт анализирует последствия для прав человека передачи долговых споров в международный инвестиционный арбитраж и рассматривается вопрос о том, могут ли двусторонние инвестиционные договоры способствовать решению или же, напротив, обострению проблем, вызванных кризисными ситуациями с суверенной задолженностью, в которых оказываются государства-должники. Главный вопрос, на который он пытается дать ответ, состоит в том, является ли — с точки зрения прав человека — инвестиционный арбитраж соответствующим форумом для урегулирования споров в контексте процессов реструктуризации долга².

3. В случае невыполнения финансовых обязательств государства должны определить, как им решить проблему выплаты долга и при этом обеспечить соблюдение прав человека на своей территории. Учитывая ограниченность имеющихся ресурсов, государства могут либо полностью переключиться на выплату своего долга и прекратить финансирование общественных служб или же продолжить предоставление общественных услуг и при этом обслуживать свою задолженность, но не в полном объеме. Оба эти подхода могут негативно сказаться на способности государства соблюдать и выполнять свои обязательства в области прав человека и обеспечивать защиту таких прав. Разумеется, обычно эти альтернативы не реализуются в абсолютной форме: государства в одностороннем порядке не отказываются полностью от выплаты своего долга со ссылкой на экономические трудности, и те государства, которые обращаются к своим гражданам с призывом пойти на значительные жертвы, чтобы выплатить долг, обычно прилагают усилия, направленные на то, чтобы оградить

¹ Независимый эксперт выражает признательность д-ру Эдварду Гантрипу из Сассекского университета за проведенную им исследовательскую работу в связи с подготовкой настоящего доклада.

² Настоящее исследование о двусторонних инвестиционных договорах дополняет доклады по данному вопросу, подготовленные другими экспертами по правам человека. См. [A/HRC/19/59/Add.5](#), [A/69/299](#), [A/70/301](#), [A/HRC/33/42](#), [A/HRC/30/44](#) и [A/HRC/33/40](#).

своих граждан от тягот, которыми сопровождается принятие мер по упорядочению бюджета.

4. На практике в случае неплатежеспособности государства или неликвидности его обязательств обычно начинаются переговоры между должниками и кредиторами, которые в конечном итоге бывают вынуждены договориться о масштабах и размерах сокращения или реструктуризации долга и условиях проведения экономической реформы. Хотя восстановление приемлемого уровня государственной задолженности имеет огромное значение, произвольное игнорирование интересов кредиторов или пренебрежение правами человека в отношении населения нельзя считать приемлемыми вариантами³. С другой стороны, диапазон оскорбительных, дискриминационных или недобросовестных действий, которые могут совершаться как должниками, так и кредиторами до, в ходе и после процедуры банкротства, очень разнообразен. Сбалансированное соблюдение в столь изменчивых ситуациях всех применимых правовых стандартов является очень сложной и деликатной задачей.

5. Хотя Генеральная Ассамблея недавно приняла так называемые Базовые принципы в отношении процессов реструктуризации суверенного долга (см. резолюцию 69/319), тот факт, что большинство развитых стран не поддержало эту резолюцию, говорит о сохраняющейся неспособности международного сообщества создать надежную, всеобъемлющую и устойчивую правовую и организационную систему, которая справедливо решала бы вопросы реструктуризации долга. Из-за этого пробела координация между кредиторами, а также между кредиторами и должником является сложной процедурой, итоги которой трудно предсказать. Глобальный финансовый кризис 2008 года и наблюдаемый в нескольких странах кризис суверенной задолженности создают дополнительные трудности для глобальной финансовой архитектуры и высвечивают ее недостатки⁴.

6. Типичная проблема в этом контексте сводится к следующему: если не все кредиторы соглашаются с условиями погашения долга, которые государство-должник готово выполнить, некоторые из них могут отказаться от сотрудничества с целью попытаться добиться более выгодных результатов в будущем. Кредиторы, не соглашающиеся на предложенные условия, могут существенно замедлить процесс реструктуризации суверенного долга. Если задолженность остается непогашенной, государствам трудно получить доступ на финансовые рынки, и отсутствие уверенности в способности государства выплатить свой долг и выйти из финансового кризиса может также привести к оттоку капиталов. Поэтому продолжительные задержки могут привести к обострению экономического и финансового кризисов и в конечном итоге потребовать еще большего сокращения бюджета. Таким образом, отказ кредиторов от сотрудничества может серьезно затруднить процессы реструктуризации суверенного долга, которые в противном случае позволили бы найти решение, устраивающее более широкий круг сторон. Риски затяжных процессов реструктуризации долга с непредвиденными результатами привели к возникновению рынка фондов хеджирования, участники которого стремятся воспользоваться сложившейся ситуацией, закупают со значительной скидкой непогашенные долговые обязательства у нуждающихся владельцев, а потом пытаются добиться исполнения

³ См. Juan Pablo Bohoslavsky and Matthias Goldmann “An Incremental Approach to Sovereign Debt Restructuring: Sovereign Debt Sustainability as a Principle of Public International Law”, *Yale Journal of International Law*, Vol. 41, № 2, (2016), и [A/70/275](#).

⁴ Christian J. Tams, Stephan W. Schill and Rainer Hofmann “International investment law and the global financial architecture: identifying linkages, mapping interactions”, *International Investment Law and the Global Financial Architecture*, Christian J. Tams, Stephan W. Schill and Rainer Hofmann eds (Cheltenham, Gloucestershire, Edward Elgar Publishing, 2017).

условий договора, чтобы извлечь максимальную прибыль (так называемые «фонды-стервятники»)»⁵.

7. Из-за существующего правового и организационного пробела в этой сфере, и особенно из-за возросшей активности «фондов-стервятников» на рынках суверенной задолженности, кредиторы в последние годы изыскивают альтернативные форумы для защиты своих договорных прав. Одной из альтернатив является передача долговых споров в международный арбитраж на основе двусторонних инвестиционных договоров⁶. Проще говоря, в контексте долговых кризисов кредиторы используют правовые нормы, регулирующие иностранные инвестиции, для защиты своих прав на погашение кредитов, для чего они подают свои требования в международный арбитраж. То, что на первый взгляд может показаться практическим решением, на самом деле является весьма проблематичной альтернативой, если ее рассматривать с точки зрения прав человека и обеспечения приемлемого уровня задолженности.

8. Ситуация, когда на государство одновременно распространяется действие международного правозащитного режима и международного режима, регулирующего инвестиции, может создать для правительств дилемму, которая становится довольно ощутимой, когда государству приходится реагировать на требования, выдвигаемые с этих двух фронтов: либо государство несет ответственность за непринятие мер, которые оно должно было принять в соответствии с договорами о правах человека, либо оно отдает приоритет выполнению обязательств в области прав человека и таким образом ущемляет интересы инвесторов. В некоторой степени эта дилемма усугубляется обычной практикой арбитражных трибуналов, которые отвечают за толкование и применение двусторонних инвестиционных договоров: такие трибуналы считают инвестиционные договоры более важными, и лишь недавно они стали признавать в некоторых из своих решений потенциальную роль правовых документов в области прав человека⁷. Такое правовое размежевание привело к тому, что некоторые национальные регламентационные меры в защиту прав человека были квалифицированы как нарушения двусторонних инвестиционных договоров. Инвестиционные арбитражные трибуналы вынесли в отношении государств жесткие решения, в результате чего и без того ограниченные бюджетные возможно-

⁵ См. резолюцию 27/30 Совета по правам человека, [A/HRC/14/21](#) и [A/HRC/33/54](#).

⁶ С 2005 года кредиторы возбудили четыре иска в инвестиционных арбитражных трибуналах для рассмотрения дел о государственных облигационных займах и обеспечения исполнения соответствующих обязательств (*Абаклат и другие против Аргентинской Республики*, дело МЦУИС № ARB/07/05, решение о юрисдикции и допустимости от 4 августа 2011 года; *АмьентеУффичио и другие против Аргентинской Республики*, дело МЦУИС № ARB/08/9, решение о юрисдикции и допустимости от 8 февраля 2013 года; *Алеманни и другие против Аргентинской Республики*, дело МЦУИС № ARB/07/8, решение о юрисдикции и допустимости от 17 ноября 2014 года; и *Поштова банка а.с. и Истрокапитал С.Е. против Греческой Республики*, дело МЦУСИ № ARB /13/8, постановление от 9 апреля 2015 года).

⁷ См. заявление арбитражного трибунала в деле *СМС Гэз Трансмиин Компани против Аргентинской Республики*, дело МЦУСИ № ARB/01/8, постановление от 12 мая 2005 года. Для обоснования своего заявления в этом споре Аргентина попыталась сослаться на закрепленное в ее конституции положение о правозащитных договорах. В пункте 121 своего решения трибунал заявил, что при «рассмотрении вопросов, затронутых сторонами, не может быть и речи об основных правах человека». См. также дело *Бернхар фон Пецольд против Республики Зимбабве* (дело МЦУСИ № ARB/10/15, постановление от 28 июля 2015 года), постановление по процессуальным вопросам № 2 от 26 июня 2012 года, в котором арбитражный трибунал отклонил записки *amicus curiae* на том основании, что права коренного населения не имеют отношения к данному требованию, а затем сослался на запрет расовой дискриминации в интересах иностранного инвестора.

сти государств, испытывающих финансовые трудности, сократились еще больше⁸.

9. Настоящий доклад разбит на шесть разделов. В разделе II Независимый эксперт рассказывает, как, когда и зачем возник правовой режим, обеспечивающий защиту иностранных инвестиций, и указывает, что основная цель этого режима заключалась в обеспечении правовой защиты всех заинтересованных сторон в случае прямых инвестиций, но он не является правовым режимом, созданным для рассмотрения вопросов частной и государственной задолженности. В разделе III он приводит критический анализ узкого толкования применимого права, которого придерживается большинство инвестиционных арбитражных трибуналов, поскольку они не придают серьезного значения правовым нормам в области прав человека в спорах, урегулированием которых они занимаются. В разделе IV говорится о том, как двусторонние инвестиционные договоры и стандарты, регулирующие инвестиционную деятельность, используются или могут быть использованы для урегулирования споров в отношении суверенной задолженности, и утверждается, что такие договоры нельзя считать адекватными инструментами, учитывающими более широкие последствия процессов реструктуризации суверенного долга. В разделе V Независимый эксперт еще раз подчеркивает сомнительная адекватность такого арбитражного подхода и особо отмечают негативные последствия для прав человека применения двусторонних инвестиционных договоров для урегулирования споров в отношении реструктуризации долга. В разделе VI содержатся основные выводы и рекомендации настоящего доклада.

II. Происхождение и назначение двусторонних инвестиционных договоров: никакого отношения к долгам они не имеют

10. Прямая иностранная инвестиция определяется как передача активов физическим или юридическим лицом (иностраным инвестором), которое является гражданином одного государства (государства происхождения), на территорию другого государства (принимающего государства) в целях получения долгосрочной экономической прибыли⁹. До того как возникли двусторонние инвестиционные договоры, иностранные инвесторы как иностранцы в принимающем государстве пользовались защитой на основании обычного минимального международного стандарта, который применяется в рамках дипломатической защиты. Такая система не обеспечивала достаточной защиты иностранных инвесторов. Это объяснялось не только тем, что факт нарушения обычного стандарта бывало трудно установить, но и тем, что решение принимающего государства удовлетворить требование иностранного инвестора по-

⁸ См. *Саур Интернэшнл С.А. против Аргентинской Республики*, дело МЦУСИ № ARB/04/4, решение о юрисдикции и ответственности от 6 июня 2012 года; *Суэц, Сосьедад Женераль де Агуас де Барселона С.А. и Вивенди Универсал С.А. против Аргентинской Республики*, дело МЦУСИ №. ARB/03/19, решение об ответственности от 30 июля 2010 года. См. также Juan Pablo Bohoslavsky and Juan, Justo, , “The conventionality control of investment arbitrations: enhancing coherence through dialogue”, *Transnational Dispute Management*, vol. 10, No. 1 (2013). По более общему вопросу все большего ограничения возможностей для политического маневра, вызванного за последние 15 лет соглашениями о свободной торговле и двусторонними инвестиционными договорами, см. Rick Rowden, “The case for policy space”, *The Mint*, Issue 2 (June 2017).

⁹ См. OECD, *OECD Benchmark Definition of Foreign Direct Investment* 4th ed. (Paris, OECD, 2008).

средством применения нормы дипломатической защиты носило дискреционный характер и было подвержено политическому влиянию.

11. Процесс деколонизации привел к появлению договоров, которые были призваны обеспечить защиту иностранных инвесторов. Многие молодые государства — бывшие колонии были недовольны тем, как они подвергались экономической эксплуатации в течение колониального периода, и выступали против сохранения в силе ранее существовавших концессионных соглашений с теми, кто теперь стал иностранным инвестором¹⁰. С целью утвердить свою экономическую независимость (в дополнение к независимости политической) молодые государства — бывшие колонии начали экспроприировать иностранные инвестиции. После экспроприации, чтобы устранить правовую неопределенность, которую подпитывали проходившие в Организации Объединенных Наций прения по вопросу о юридических правах иностранных инвесторов, началось заключение двусторонних инвестиционных договоров, которые должны были такую правовую определенность обеспечить. Следует напомнить, что в 1965 году Всемирный банк учредил Международный центр по урегулированию инвестиционных споров в качестве механизма, который призван был содействовать привлечению иностранных инвестиций. Впоследствии, после достижения Вашингтонского консенсуса и глобальной кампании по привлечению иностранных инвестиций, двусторонние инвестиционные договоры стали распространенным средством защиты прав иностранных инвесторов. За последние 25 лет двусторонние инвестиционные договоры превратились в основной инструмент международного права по защите прямых иностранных инвестиций. В настоящее время международный режим, регулирующий инвестиции, охватывает почти 3000 двусторонних инвестиционных договоров и свыше 350 многосторонних договоров, содержащих положения об инвестициях¹¹.

12. В этой связи неудивительно, что так называемый «критерий Салини»¹² долгое время использовался арбитражными судьями для установления того, можно ли сделку считать прямой иностранной инвестицией для целей статьи 25 Конвенции об урегулировании инвестиционных споров между государствами и физическими или юридическими лицами других государств (Конвенция МЦУИС). Согласно этому критерию, чтобы предоставленные денежные средства или имущественные активы считались сопряженной с предпринимательским риском долгосрочной инвестицией на территории принимающего государства, иностранный инвестор обязан участвовать в управлении этой инвестицией, которая должна содействовать экономическому развитию принимающего государства. В целом критерий Салини активно использовался арбитражными судьями для определения того, может ли та или иная сделка характеризоваться как прямая иностранная инвестиция. Это соответствует условиям развития Конвенции МЦУИС, на которых этот критерий был изначально основан. Однако теперь арбитражные судьи, без какого-либо существенного реформирования двусторонних инвестиционных договоров, довольно охотно рассматривают такие договоры как инструмент защиты чисто финансовых обязательств.

¹⁰ См. Edward Guntrip, “Self-determination and foreign direct investment: re-imagining sovereignty in international investment law”, *International and Comparative Law Quarterly*, vol. 65, No. 4 (October 2016).

¹¹ См. Конференция Организации Объединенных Наций по торговле и развитию (ЮНКТАД), навигатор по международным инвестиционным соглашениям, который размещен на веб-сайте <http://investmentpolicyhub.unctad.org/IIA>.

¹² См. *Салини Кострутори С.н.А. против Королевства Марокко, дело МЦУИС No. ARB/00/4*, решение о юрисдикции от 23 июля 2001 года.

13. Теоретически двусторонние инвестиционные договоры обеспечивают правовую определенность для иностранных инвесторов посредством распространения защиты на инвесторов и инвестиционные проекты в форме как материально-правовой защиты, так и защиты процессуальных прав. Двусторонние инвестиционные договоры составлены таким образом, что принимающее государство несет по отношению к государству происхождения обязательства, исполнения которых принимающим государством может добиваться непосредственно иностранный инвестор. Материально-правовые права, возлагаемые косвенно на иностранного инвестора, касаются защиты собственности (он может требовать компенсацию за экспроприацию), юридических прав (справедливое и равное отношение), безопасности (полная защита и безопасность) и отказа от дискриминации (национальный режим и клаузула о наиболее благоприятствуемой нации). Иностранные инвесторы начинают судебное производство посредством возбуждения иска, основанного на постоянном согласии принимающего государства на разбирательство в инвестиционном арбитраже (который обычно предусмотрен в двустороннем инвестиционном договоре или во внутригосударственном законодательстве).

14. Хотя двусторонние инвестиционные договоры направлены главным образом на защиту инвестора, они также являются отражением господствующих политических и экономических идеологий. В течение 1980-х и 1990-х годов условия двусторонних инвестиционных договоров отражали положения Вашингтонского консенсуса и его неолиберальную политику. Рыночный подход к выделению прямых иностранных инвестиций проявлялся в двусторонних инвестиционных договорах, предусматривавших высокий уровень защиты инвестиций в качестве способа привлечения иностранных инвесторов. В 1990-х годах после подписания Североамериканского соглашения о свободной торговле (НАФТА) начались инвестиционные споры между развитыми государствами. В ответ на это развитые государства сузили толкование стандартов, касающихся защиты инвестиций, чтобы свести к минимуму возможность выдвижения против них исковых требований. После 2000 года положения двусторонних инвестиционных договоров были постепенно скорректированы, чтобы учесть в них произошедшие изменения как в области права, так и в области политики¹³.

15. Структура двусторонних инвестиционных договоров основывается на двух посылах. Первая посылка заключается в том, что иностранный инвестор нуждается в защите от принимающего государства после того, как капиталовложение произведено. Когда иностранный инвестор вкладывает средства в принимающем государстве, на эти средства распространяется действие суверенных полномочий данного государства, которые могут применяться произвольным или дискриминационным образом. Учитывая масштабы и продолжительность проектов, связанных с прямыми иностранными инвестициями, потенциально существует риск неблагоприятных действий со стороны принимающего государства. Стандарты защиты инвестиций призваны свести к минимуму этот риск за счет предоставления иностранному инвестору возможности оспорить применение государственной власти, когда это происходит с нарушением стандартов защиты инвестиций. Вторая посылка связана с первой. Чтобы привлечь иностранных инвесторов в сферу действия своей юрисдикции, государства должны обеспечить инвестору защиту как свидетельство того, что они не собираются действовать произвольным или дискриминационным образом. Теоретически, чем большую защиту предлагает государство, тем меньший риск несет иностранный инвестор и тем более привлекательным становится

¹³ См. Edward Guntrip, "Systemic integration and international investment law" in *Select Proceedings of the European Society of International Law, Volume 3 2010*, James Crawford and Sarah Nouwen, eds. (Oxford, Hart Publishing, 2012).

государство как место вложения иностранных инвестиций. Однако эта посылка представляется сомнительной, если принять во внимание результаты эмпирических исследований, касающихся потоков прямых иностранных инвестиций¹⁴.

16. Двусторонние инвестиционные договоры предусматривают применение экспертных процедур урегулирования споров в форме инвестиционного арбитража, который создавался в качестве вроде бы аполитичного форума для противодействия предполагаемой тенденциозности судов принимающего государства. Созданные по образцу международного коммерческого арбитража и традиционных форм межгосударственного арбитража, его процедуры могут регулироваться нормами экспертного инвестиционного арбитража или процессуальными нормами, которые используются для регулирования работы международного коммерческого арбитража. По аналогии с международным коммерческим арбитражем и межгосударственным арбитражем арбитражные судьи по рассмотрению инвестиционных споров назначаются сторонами, когда в этом возникает необходимость. Кроме того, в соответствии с судебной практикой этих двух форм арбитража инвестиционное арбитражное производство традиционно является конфиденциальным. Элементы закрытости инвестиционного арбитражного производства являются отражением того факта, что общественность проявляет интерес к этой форме арбитража. Меры, направленные на расширение участия общественности в инвестиционном арбитраже, включают повышение открытости и применение записок *amicus curiae*, которые позволяют обеспечить представленность общественных интересов.

17. Тем не менее следует отметить, что затронутые третьи стороны, например местное население, интересы которого были ущемлены в результате иностранных инвестиций, зачастую не бывает должным образом представлены в ходе инвестиционного арбитражного разбирательства и располагают лишь ограниченными возможностями участия в нем. В большинстве случаев арбитражные разбирательства проводятся при закрытых дверях, что не дает возможности затронутым третьим сторонам следить за ходом арбитражного производства. Хотя записки *amicus curiae* создали определенную возможность учета общественных интересов в работе арбитражных трибуналов по инвестиционным спорам, с помощью таких записок невозможно преодолеть кризис легитимности, с которым столкнулась система международного инвестиционного права.

18. В целом, учитывая долгосрочный характер инвестиций и значительные расходы, которые несет в этой связи иностранный инвестор, было сочтено необходимым распространить на инвесторов нормы защиты инвестиций, изложенные в двусторонних инвестиционных договорах. Эта система, даже со всеми присущими ей серьезными изъянами, была создана для решения проблем, связанных с прямыми инвестициями, а не с финансовыми сделками. Кроме того, в преамбуле к Конвенции МЦУИС никогда не ставилась задача обеспечения защиты, например, спекулятивных фондов хеджирования, так как в ней говорится, что цель МЦУИС заключается в содействии экономическому развитию посредством поощрения частных инвестиций¹⁵.

¹⁴ См., например, Mary Hallward-Driemeier, "Do bilateral investment treaties attract FDI? Only a bit and they could bite" in *The Effect of Treaties on Foreign Direct Investment: Bilateral Investment Treaties, Double Taxation Treaties, and Investment Flows*, Karl P. Sauvant and Lisa E. Sachs, eds. (Oxford, Oxford University Press, 2009); Lauge Skovgaard Poulsen, "The importance of BITs for foreign direct investment and political risk insurance: revisiting the evidence" in *Yearbook on International Investment Law and Policy 2009/2010*, Karl P. Sauvant, ed. (Oxford, Oxford University Press, 2010).

¹⁵ См. Alex Grabowski, "The definition of investment under the ICSID Convention: a defense of Salini," *Chicago Journal of International Law*, vol. 15, No. 1 (2014).

19. Кроме того, даже учитывая то обстоятельство, что действие многих двусторонних инвестиционных договоров распространяется не только на прямые иностранные инвестиции, но и на портфельные инвестиции, странно, что широкое толкование таких договоров, согласно которому утверждается, что долговые споры в контексте реструктуризации задолженности должны представляться на рассмотрение органов инвестиционного арбитража, осуществляется в обход всей глобальной финансовой инфраструктуры и соответствующих правовых норм. Можно ли считать законным, что многосторонние финансовые учреждения, представители общественности и частных кредиторов и налогоплательщики даже не имеют возможности услышать, что происходит на процессе, в ходе которого решаются вопросы реструктуризации долга, или что инвестиционный трибунал, занимающийся делами подобного рода, даже не рассматривает такие принципы, как обеспечение приемлемого уровня задолженности?

III. Инвестиционное право и права человека: недопустимо узкий взгляд на вещи

20. Несмотря на расширение круга ведения двусторонних инвестиционных договоров и инвестиционного арбитража, который теперь распространяется на delicate экономические и социальные сферы, затрагивающие права человека, пока что в решениях арбитражных судей правозащитным договорам не придается существенного значения¹⁶. Арбитражные трибуналы иногда упоминают обязательства в области прав человека, но непосредственно применяют их редко. Это можно объяснить узким пониманием того, что следует считать применимым правом.

21. Одна из причин этого состоит в том, что до сих пор в двусторонних инвестиционных договорах редко встречались какие-либо конкретные ссылки на права человека. В некоторых двусторонних инвестиционных договорах говорится о том, что инвесторы должны соблюдать основные трудовые права, перечисленные в Декларации МОТ об основополагающих принципах и правах в сфере труда¹⁷. Однако ни в одном типовом инвестиционном договоре, применяемом Германией, Китаем, Соединенным Королевством Великобритании и Северной Ирландии, Соединенными Штатами Америки или Францией, не упоминаются права человека. Хотя в Руководящих принципах предпринимательской деятельности в аспекте прав человека ([A/HRC/17/31](#)) подчеркивается, что «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 преобладающем большинстве действующих в настоящее время двусторонних инвестиционных договоров не предусматривается никаких конкретных гарантий защиты прав человека.

22. Отсутствие в инвестиционных договорах конкретных положений, касающихся прав человека, не должно препятствовать арбитражным судьям применять нормы международного права прав человека. Во-первых, государства потенциально могут отстаивать меры, направленные на защиту прав своих гражд-

¹⁶ См. Susan Karamanian, "The place of human rights in investor-state arbitration", *Lewis & Clark Law Review*, vol. 17, No. 2 (2013); and Pierre-Marie Dupuy and others, eds. *Human Rights in International Investment Arbitration* (Oxford, Oxford University Press, 2009).

¹⁷ См., например, статью 13 типового двустороннего инвестиционного договора Соединенных Штатов Америки 2012 года.

дан, ссылаясь на положения о защите своих регулирующих полномочий, содержащиеся во многих инвестиционных договорах, в частности на предусмотренные в таких договорах общие клаузулы, которые дают принимающему государству право принимать меры для защиты безопасности, человеческой жизни, трудовых прав, здоровья населения или окружающей среды¹⁸. Во-вторых, международное инвестиционное право является частью международного публичного права и как таковое должно учитывать обязательства по международному публичному праву, включая обязательства в области прав человека. Так, согласно статье 31(3)(с) Венской конвенции о праве международных договоров, статье 42 Конвенции МЦУИС и общим положениям, содержащимся во многих двусторонних инвестиционных договорах, арбитражные судьи должны учитывать не только текст инвестиционных договоров, но также и «любые соответствующие нормы международного права, применяемые в отношении между участниками». Поэтому можно утверждать, что статью 31(3)(с) Венской конвенции следует рассматривать как важную отправную норму для систематического учета прав человека в ходе инвестиционного арбитражного производства¹⁹.

23. Основные правозащитные договоры, в частности Международный пакт об экономических, социальных и культурных правах и Международный пакт о гражданских и политических правах, ратифицированы очень многими государствами. В большинстве случаев эти правозащитные договоры выступают в качестве применимого международного права для обоих государств — участников двусторонних инвестиционных договоров и, следовательно, дают возможность арбитражным трибуналам рассматривать вопросы прав человека в контексте инвестиционных споров. Если государства являются участниками правозащитного договора, то они могут ссылаться на ту концепцию, что основные нормы в области прав человека трактуются как влекущие за собой обязательства *erga omnes* (в отношении всех), имеющие обязательную силу для всех государств, поскольку существует всеобщий и неоспоримый интерес к защите этих прав. Поэтому их применимость является всеобщей. Инвесторы не могут на разумном основании рассчитывать на то, что второстепенные двусторонние договоры избавят их от необходимости соблюдения обязательств *erga omnes*, предусмотренных в основных многосторонних договорах по правам человека.

24. Поскольку многосторонние договоры по правам человека требуют широкого признания установленных в них обязательств, трудно себе представить, что государство, подписывающее двусторонний инвестиционный договор, пойдет на нарушение обязательств, принятых по отношению к международному сообществу в целом. Поскольку рассматриваемая в данном случае правовая коллизия является причиной трений в отношениях между инвесторами и принимающими государствами-должниками, необходимо проводить работу по систематической интеграции норм международного права. основополагающий взвешенный подход к применению этих норм требует открытости при толковании «разных рациональных аспектов различных направлений финансового регулирования», поскольку кредитно-денежная и бюджетная политика, а также политика в области банковской деятельности и развития неразрывно связаны между собой²⁰.

¹⁸ См., например, статьи 10 и 11 типового двустороннего инвестиционного договора Канады 2004 года.

¹⁹ См. Bruno Simma, “Foreign investment arbitration: a place for human rights?”, *International and Comparative Law Quarterly*, vol. 60, No. 3 (July 2011).

²⁰ См. Matthias Goldmann, “International investment law and financial regulation: towards a deliberative approach,” in *International Investment Law and the Global Financial Architecture*.

25. При урегулировании спора между государством и инвестором, в ходе которого затрагиваются права человека, арбитражные судьи должны учитывать взаимодействие между этими двумя правовыми режимами, которые фигурируют в рамках их анализа, не игнорируя ни один из них. Основной руководящий принцип для разумного учета этого взаимодействия заключается в таком толковании двусторонних инвестиционных договоров, которое совместимо с обязательствами в области прав человека и наоборот. Необходимо добиваться согласованности, чтобы избежать фрагментации международного правопорядка, который направлен на обеспечение законности, а следовательно, и гармоничности. Хотя отдельные инвестиционные арбитражные трибуналы в последнее время начали ссылаться в своих решениях на права человека, это пока еще нельзя назвать распространенной или общей практикой²¹.

26. Многие ранее созданные инвестиционные трибуналы неохотно включают в свой круг ведения рассмотрение прав человека. Это можно объяснить ограниченной юрисдикцией инвестиционных трибуналов, особенно тех из них, которые строят свою работу в соответствии с Конвенцией МЦУИС, которая ограничивает круг их ведения «любым правовым спором, непосредственно связанным с инвестицией» (статья 25). В то же время инвестиционные трибуналы не считают с ролью прав человека или преуменьшают потенциальную опасность договорных коллизий между обязательствами, закрепленными в двусторонних инвестиционных договорах и правозащитных соглашениях²². Другие трибуналы тенденциозно используют права человека в поддержку требований иностранных инвесторов²³. Самое последнее решение, в котором затрагивались права человека в инвестиционном арбитраже, было вынесено в деле *Урбазер против Аргентины*²⁴. Трибунал по инвестиционным спорам упомянул права человека в своем решении, отметив, как обязательства в области прав человека сказываются на действии стандарта беспристрастного и справедливого режима применительно к состоянию необходимости, и установил правовую базу для встречного иска, основанного на правах человека. Данное решение как таковое является наиболее обстоятельным в плане трактовки коллизии прав человека и международного инвестиционного права. Это решение говорит о том, что некоторые судьи по инвестиционным спорам могут быть готовы применить такой подход к инвестиционному арбитражу, который открыт для учета прав человека. В то же время оно является противоречивым, учитывая то, как трибунал стремился возложить выполнение обязательств в области прав человека непосредственно на иностранного инвестора²⁵. Поэтому на данном этапе нельзя сказать с определенностью, будет ли это решение использоваться в будущем в качестве прецедента для начала арбитражного разбирательства по инвестиционным спорам с обстоятельным рассмотрением применимых норм в области прав человека.

27. Таким образом, хотя права человека начинают признаваться в качестве соответствующих элементов двусторонних инвестиционных договоров, еще далеко до того, чтобы они стали их неотъемлемой составляющей. Поэтому

²¹ См. *Хешам Т. М. Аль-Варрак против Республики Индонезия*, Комиссия Организации Объединенных Наций по праву международной торговли, окончательное решение от 15 декабря 2014 года; *Филип Моррис Брэндс Сарл и Абаль Эрманос С.А. против Восточной Республики Уругвай*, дело МЦУИС № ARB/10/7, 8 июля 2016 года.

²² См., например, *КСМ Гэс Трансмисии Компании против Аргентинской Республики*.

²³ См., например, дело *Бернхар фон Пецольт против Зимбабве*.

²⁴ *Урбазер С.А. и Консорсио де Агуас Бильбао Бискайя против Аргентинской Республики*, дело МЦУИС № ARB/10/26, решение от 6 декабря 2016 года.

²⁵ См. Edward Guntrip, “*Urbaser v Argentina: the origins of a host state human rights counterclaim in ICSID arbitration?*” *EJIL: Talk!* 10 February 2017.

применение прав человека в международном инвестиционном праве по-прежнему занимает периферийное место в этом правовом режиме.

28. В недавно принятых типовых двусторонних инвестиционных договорах начинают использоваться более гибкие нормы защиты инвестиций, предполагающие признание прав человека. В типовом двустороннем инвестиционном договоре Индии 2016 года содержатся положения, которые предусматривают защиту прав человека и возлагают обязательства на государства происхождения²⁶, но еще предстоит узнать, как этот типовой двусторонний инвестиционный договор будет воспринят другими государствами. Всеобъемлющее экономическое и торговое соглашение между Канадой и Европейским союзом, ожидающее ратификации государств — членов Европейского союза, в своей преамбуле также содержит ссылки на права человека. Тем не менее уровень защиты прав человека, который предусматривается в этом соглашении, является предметом критики со стороны правозащитных органов²⁷.

29. Несмотря на упомянутые изменения, существующие двусторонние инвестиционные договоры еще долго будут связывать государства обязательствами и в силу закрепленных в них положений об истечении срока их действия могут применяться даже в том случае, если государства выйдут из них²⁸. Таким образом, если говорить о преобладающем большинстве будущих инвестиционных споров, то в существующих двусторонних инвестиционных договорах нет конкретных текстуальных оснований, которые побуждали бы трибуналы по инвестиционным спорам обсуждать соответствующие обязательства в области прав человека.

IV. Долговые споры в рамках инвестиционного арбитражного производства

30. Кредиторы, не соглашающиеся на реструктуризацию долга, начали использовать инвестиционный арбитраж для того, чтобы добиться исполнения условий своих инструментов о суверенной задолженности. Хотя уже имеются отдельные решения, в которых определяется, что чисто финансовые сделки не подпадают под категорию инвестиций²⁹, об определяющей юрисдикции можно судить по решениям, касающимся кризисов государственной задолженности в Аргентине³⁰. Как представляется, эти решения исходят из того, что произвольное применение государствами их суверенных полномочий для изменения условий их финансовых обязательств по отношению к кредиторам может пред-

²⁶ См. статьи 12(1)(v) и 13.

²⁷ См., например, Commission national consultative des droits de l'homme (France), "Let us not sacrifice human rights for commercial interests", 15 December 2016.

²⁸ Это касается таких государств, как Польша. См. Agnieszka Zarowna, "Termination of BITs and sunset clauses — what can investors in Poland expect?" на веб-сайте <http://kluwerarbitrationblog.com/2017/02/28/booked-22-february-polish-bits/>.

²⁹ См., например, *Федакс Н.В. против Республики Венесуэла, дело МЦУИС № ARB/96/3*, решение по возражениям против юрисдикции от 11 июля 1997 года; *Ческословенска обходни банка против Словацкой Республики, дело МЦУИС № ARB/97/4*, решения по возражениям против юрисдикции от 24 мая 1999 года и 1 декабря 2000 года.

³⁰ См. дела *Алеммани и другие против Аргентинской Республики, Амбьенте Уффизио и другие против Аргентинской Республики* и *Абаклат и другие против Аргентинской Республики*. Несмотря на то, что государственные облигации покупаются и продаются на вторичном рынке, связь с территорией устанавливается на основании того, что для признания присутствия финансовых инструментов на территории соответствующие средства должны быть доступны лишь на территории принимающего государства (см. также сноску 13).

ставлять собой нарушение условий договора³¹. Однако мы должны в полной мере понимать, кем, каким образом и зачем были изменены эти договорные условия. А затем мы с разочарованием узнаем, что при принятии этих решений, имеющих многочисленные последствия, даже не учитывалось, согласно ли с новыми условиями преобладающее большинство кредиторов. Поскольку это были решения, касающиеся юрисдикции трибуналов, а не решения по существу (хотя после установления юрисдикции некоторые из этих требований были урегулированы), мы не имеем возможности узнать, был ли арбитражный трибунал готов рассмотреть вопрос о том, оставляет ли выносимое им решение достаточные бюджетные возможности для того, чтобы государство-заемщик выполнило свои обязательства в области прав человека по отношению к своему населению. При этом такие решения о юрисдикции могут побуждать недовольных кредиторов не участвовать в процессе реструктуризации долга, а вместо этого требовать полной его выплаты, для чего они возбуждают иски в отношении суверенных должников в арбитражных трибуналах. Этими решениями были созданы досадные прецеденты, которые, не отвечая общим интересам, дают возможность кредиторам, составляющим меньшинство, оспаривать в инвестиционном арбитраже предложения о реструктуризации долга, с которыми согласилось преобладающее большинство кредиторов³².

31. С другой стороны, в деле *Поштова банка против Греции* (2015) трибунал МЦУИС постановил, что действие двустороннего инвестиционного договора между Словакией и Грецией не распространяется на государственные облигации, прежде всего по той причине, что являющийся предметом спора суверенный долг не подпадает под определение инвестиции, содержащееся в данном договоре³³. В результате суд заявил, что в его компетенцию не входит рассмотрение данного иска. По сравнению с упомянутыми в предыдущем пункте решениями по Аргентине в этом случае показателен совершенно иной характер рассмотрения арбитражными судьями требований в отношении Греции, что наглядно демонстрирует, насколько непоследовательными могут быть решения, принимаемые в рамках инвестиционного арбитражного производства.

32. В любом случае эти решения показывают, насколько расширился круг ведения инвестиционного арбитража, сколь широко арбитражные судьи могут толковать условия, содержащиеся в двусторонних инвестиционных договорах, и как при этом они могут ограничивать возможности политического маневра государств в столь важной сфере. С учетом того обстоятельства, что эти арбитражные трибуналы, судя по всему, не знают, что суверенную задолженность следует рассматривать в более широком контексте, принимаемые ими решения также говорят о том, что в рамках инвестиционного арбитражного производства зачастую не принимаются во внимание соображения, выходящие за рамки защиты инвестиций.

33. После установления юрисдикции арбитражные трибуналы при рассмотрении споров о суверенном долге могут поставить вопрос о потенциальной ответственности государства на основании стандартов по защите инвестиций. Но пока, ни в одном арбитражном решении по вопросам инвестиций не затрагивались эти стандарты, и поэтому по-прежнему неясно, какой подход может быть в этой связи принят. Но сейчас, в свою очередь, будут рассмотрены некоторые возможные толкования этих стандартов.

³¹ Charles N. Brower, and Alexandra Goetz-Charlier, "International investment arbitration and the global financial system: are they 'yin' and 'yang' or like oil and water?", in *International Investment Law and the Global Financial Architecture*.

³² Felipe Suescun de Roa, "Investor-state arbitration in sovereign debt restructuring: the role of holdouts", *Journal of International Arbitration*, vol. 30, No. 2 (2013).

³³ Дело МЦУИС № ARB/13/8, решение от 9 апреля 2015 года.

34. В соответствии с клаузулами о наиболее благоприятствуемой нации и о национальном режиме, включенными в инвестиционные договоры, принимающее государство не может проводить различия между разными иностранными инвесторами и между иностранными и национальными инвесторами. В результате этого на основании клаузулы о национальном режиме государства, выпускающие облигации, могут быть обязаны предоставлять иностранным держателям облигаций не менее благоприятный режим, чем отечественным держателям. Положение о наиболее благоприятствуемой нации может обязать эмитента облигаций разрешить иностранным держателям акций пользоваться режимом наибольшего благоприятствования, который эмитент предоставил держателям облигаций из третьих стран³⁴. Это вряд ли может представлять интерес, так как отечественные держатели облигаций зачастую пользуются более благоприятным режимом, чем иностранные инвесторы, поскольку это позволяет увеличивать объем ликвидности в национальной экономике и препятствовать оттоку иностранной валюты³⁵. Таким образом, в приложениях к двусторонним инвестиционным договорам, в которых содержится положение об ограничении предметов споров этими стандартами, может затрагиваться вопрос о финансовых обязательствах государства.

35. Положения инвестиционных договоров об экспроприации не позволяют государствам прямо или косвенно отчуждать собственность иностранного инвестора во имя достижения общественной цели без выплаты соответствующей компенсации. Можно утверждать, что обмен облигаций приравнивается к косвенной экспроприации по причине снижения их стоимости или что такой обмен расходится с законным ожиданием инвестора вернуть вложенные средства. В частности, решения, которые не оставляют выбора, могут сопровождаться реальным отчуждением собственности³⁶. Вопрос о том, распространяется ли на договорные права положение об экспроприации, остается открытым³⁴. Поэтому, если считается, что реструктуризация суверенного долга является коммерческой сделкой, как иногда квалифицируют ее арбитражные судьи, то бывает трудно установить, преследует ли реструктуризация общественные цели³⁷. И напротив, иски в связи с экспроприацией распространяются на действия государств³⁴.

36. Обмен государственных облигаций может рассматриваться как нарушение нормы, касающейся справедливого и равного отношения, на том основании, что такой обмен подрывает стабильность правовой системы принимающего государства, а также может противоречить законным ожиданиям кредитора³⁴. Реструктуризация суверенного долга может также проводиться без соблюдения требования о необходимом уровне транспарентности. Если при этом применяется подход, не оставляющий выбора, то такая реструктуризация может нарушать надлежащую правовую процедуру и не считается добросовестной. В случае широкого толкования нормы, касающейся справедливого и равного отно-

³⁴ См. Michael Waibel, *Sovereign Defaults before International Courts and Tribunals* (Cambridge, Cambridge University Press, 2011).

³⁵ См. Anna Gelpern and Brad Setser, "Domestic and external debt: the doomed quest for equal treatment," *Georgetown Journal of International Law*, vol. 35, No. 4 (2004); а также UNCTAD, IIA Issues Note No. 2 "Sovereign debt restructuring and international investment agreements" July 2011.

³⁶ См. Alison Wirtz, "Bilateral investment treaties, holdout investors, and their impact on Grenada's sovereign debt crisis", *Chicago Journal of International Law*, vol. 16, No. 1 (2015).

³⁷ См. Youngjin Jung and Sangwook Daniel Han, "Sovereign debt restructuring under the investor-state dispute regime", *Journal of International Arbitration*, vol. 31, No. 1 (2014). По этому вопросу см. также Tomoko Ishikawa, "Collective action clauses in sovereign bond contracts and investment treaty arbitration- an approach to reconcile the irreconcilable" *Accounting, Economics, and Law: A Convivium*, vol. 4, No. 2 (July 2014).

шения, могут возникнуть финансовые обязательства государства, если иностранный инвестор на разумном основании рассчитывал на выплату, исходя из поведения государства.

37. Положения двусторонних инвестиционных договоров, касающиеся гарантий при возникновении неоговоренных обстоятельств, предусматривают, что нарушение того или иного договорного обязательства может одновременно рассматриваться как нарушение положений двустороннего инвестиционного договора. Такие положения очень часто распространяются на нарушения дополнительных обязательств, взятых принимающим государством, например обязательств, закрепленных в национальном законодательстве. В двусторонних инвестиционных договорах устанавливаются стандарты режима, предоставляемого инвесторам, а не обязательства. Поэтому, чтобы установить факт нарушения двустороннего инвестиционного договора, необходимо, чтобы имело место нарушение контракта, которое также представляет собой нарушение стандартов защиты инвестиций. Можно утверждать, что когда кредитор принимает новые договорные условия на основании оговорки о коллективном принятии решений, то такие новые условия будут обязательными для исполнения, если квалифицированное большинство кредиторов соглашается с разницей в стоимости облигаций, которая применима к каждому кредитору. Альтернативная точка зрения заключается в том, что, поскольку реструктуризация суверенного долга является суверенным актом, нарушение договорного обязательства может быть приравнено к нарушению закрепленного в двустороннем инвестиционном договоре стандарта, на который не распространяется защита, предусмотренная оговоркой о коллективном принятии решений³⁸. Однако в большинстве случаев суверенная задолженность регулируется внутренними правовыми нормами иностранного финансового центра, а не нормами международного права. Поэтому применение этой оговорки может быть ограничено, если другой орган обладает исключительной юрисдикцией на рассмотрение такого спора. Или же применение инвестиционного арбитража может вступать в противоречие с содержащимися в контрактах положениями об исключительной юрисдикции³⁴. На данном этапе неясно, как найти выход из такой ситуации.

38. Еще одним примером, из которого следует, что инвестиционное право не достаточно развито для того, чтобы применяться при урегулировании долговых споров, являются ссылки на форс-мажор и необходимость, которые ни в теории, ни на практике не признаются в качестве правовых концепций, которые могли бы использоваться для урегулирования требований в контексте реструктуризации задолженности³⁹.

39. На первый взгляд, эти оговорки могут применяться в случаях, когда государство потерпело финансовый крах, и они вроде бы дают возможность государству объяснить несоблюдение своих обязательств по выплате суверенного долга необходимостью соблюдения стандартов в области прав человека. Однако на самом деле государства-должники не могут ссылаться на форс-мажор. Статья 23 статей Комиссии международного права об ответственности государств за международно-противоправные деяния предусматривает возможность ссылки на форс-мажор, то есть проявление непреодолимой силы или непредвиденного события, не поддающихся контролю государства, однако эта

³⁸ См. UNCTAD IIA Issues Note No. 2 “Sovereign debt restructuring and international investment agreements”; and Ellie Norton, “International investment arbitration and the European debt crisis”, *Chicago Journal of International Law*, vol. 13. No. 1 (2012).

³⁹ См. *Суэц, Сосьедад Женераль де Агуас де Барселона, С.А. и Вивенди Универсал, С.А. против Аргентины*; дело МЦУИС № ARB/03/19, решение об ответственности от 30 июля 2010 года.

же статья определяет, что государства не могут ссылаться на форс-мажор, если сложившаяся ситуация обусловлена — либо целиком, либо в сочетании с другими факторами — поведением ссылающегося на нее государства. Кроме того, в комментарии к статье 23 статей уточняется, что «форс-мажор не охватывает ситуации, при которых выполнить обязательства стало труднее, например из-за политического или экономического кризиса»⁴⁰.

40. Статья 25 статей об ответственности государств за международно-противоправные деяния также гласит, что государство не может ссылаться на состояние необходимости, если оно само способствовало возникновению такого состояния или если соответствующие деяния государства не является единственным для него способом защиты существенного интереса от большой и неминуемой опасности. Кредиторам достаточно заявить, что реструктуризация долга могла бы произойти раньше, или позже, или иным образом, чтобы доказать, что государство способствовало возникновению проблем или имело иные варианты действий. В этом случае трибуналам придется обсуждать умозрительные противоречивые сценарии только для того, чтобы выяснить, может ли неплатежеспособное государство провести реструктуризацию своего долга, чтобы восстановить его приемлемый уровень.

41. Ссылки на форс-мажор и состояние необходимости не позволяют учесть сложности, с которыми связаны финансовые и экономические кризисы. Неудивительно, что в ходе инвестиционных арбитражных разбирательств крайне редко делались успешные ссылки на финансовую необходимость. Лишь в немногих международных исках, которые рассматривались в Постоянной Палате Международного Суда, признавалась роль форс-мажора как общего принципа права в контексте долговых споров⁴¹.

42. Несостоятельность ссылок на необходимость или форс-мажор при урегулировании долговых споров становится тем более очевидной, если обратиться к статье 27 статей об ответственности государств за международно-противоправные деяния, которая гласит, что на форс-мажор и необходимость нельзя более ссылаться, если состояние необходимости уже не существует. Иными словами, обязанность выполнять договорные обязательства восстанавливается после того, как преодолен финансовый кризис. В этой же статье говорится также, что даже если несоблюдение обязательства в состоянии необходимости может быть оправдано, то вопрос о компенсации за понесенный материальный ущерб требует независимого решения. Даже если государству удастся успешно воспользоваться этими ссылками, чтобы провести с кредиторами переговоры о реструктуризации долга и существенно сократить его размер, обсуждение с кредиторами придется возобновить, как только долговой кризис преодолен, то есть государство возвращается к исходной точке, с которой начались рассматриваемые проблемы.

43. Приведенный анализ показывает, что положения двусторонних инвестиционных договоров и стандарты инвестирования, разработанные арбитражными судьями за последние десятилетия, просто непригодны для рассмотрения споров о реструктуризации долга. Инвестиционный арбитраж не предназначен для рассмотрения требований кредиторов, которые пытаются добиться оплаты государственных облигаций, и не располагает официальной компетенцией для

⁴⁰ См. Ежегодник Комиссии международного права, 2001 год, том II, часть 2.

⁴¹ Более подробное обсуждение этого вопроса см. в Anastasios Gourgourinis, “Financial crisis as a *force majeure* under international law and EU law: defending emergency measures, à la européenne, in investment arbitration under intra-EU BITs”, in *International Investment Law and the Global Financial Architecture*

определения способности государства оплатить долг после дефолта⁴². Это объясняется тем, что система двусторонних инвестиционных договоров призвана обеспечивать защиту индивидуальной собственности в исках, возбуждаемых в отношении государства, а не пытаться создать эффективный механизм распределения активов с учетом интересов других истцов. Если бы двусторонние инвестиционные договоры были призваны взять на себя функцию правовых норм, применяемых в случае неплатежеспособности государств, то в них должны были бы содержаться такие конкретные положения, затрагивающие элементы законодательства о неплатежеспособности и банкротстве, как правила, касающиеся объединения исковых требований, имущества, подлежащего описи, и т.д.⁴³. Таким образом, телеология инвестиционного арбитража в сочетании с практикой исполнения принятых на сегодняшний день арбитражных решений указывает на то, что инвестиционный арбитраж не способен учитывать более широкие последствия процессов реструктуризации суверенного долга.

44. Обобщая аргументы, приведенные в настоящем разделе, следует отметить, что большинство арбитражных трибуналов по инвестиционным делам, столкнувшись с этим вопросом, определило, что споры, касающиеся суверенной задолженности, входят в круг их ведения. Последнее арбитражное решение, основанное на двустороннем инвестиционном договоре между Словакией и Грецией, наводит на мысль об изменении сложившегося подхода, но арбитражный суд в этом случае толковал иные положения. Как представляется, логика, которой руководствовались большинство арбитражных трибуналов по инвестиционным делам, дает основание полагать, что этот вид урегулирования споров выходит за рамки своего изначального предназначения. Готовность арбитражных судей по инвестиционным вопросам заниматься долговыми спорами может побудить кредиторов, не соглашающихся на реструктуризацию задолженности, использовать их для урегулирования спора. Если их требования будут признаны обоснованными на этапе рассмотрения дела по существу, то это может иметь серьезные последствия для ответственности принимающего государства, которое провело реструктуризацию своего долга. Все это задерживает и даже затрудняет коллективные процессы реструктуризации задолженности. Помимо непосредственных экономических последствий решений подобного рода, потенциально могут возникнуть также далеко идущие последствия для прав человека, о чем пойдет речь в следующем разделе.

V. Двусторонние инвестиционные договоры, реструктуризация долга и права человек

45. Кризисы суверенной задолженности имеют непосредственные экономические последствия для государств. Они могут приводить к обесцениванию денежной единицы, экономическому спаду и всплескам инфляции. Может рухнуть банковская система государства. В такой ситуации государству очень трудно развивать свою экономику или привлекать прямые иностранные инвестиции. Социальное воздействие на население может быть значительным. Размер заработной платы, скорее всего, сократится, а цены на импортные товары

⁴² См. Alison Wirtz, "Bilateral investment treaties, holdout investors, and their impact on Grenada's sovereign debt crisis"; Ellie Norton, "International investment arbitration and the European debt crisis"; and Michael Waibel, *Sovereign Defaults before International Courts and Tribunals*.

⁴³ Robert M. Ziff, "The sovereign debtor's prison: analysis of the Argentine crisis arbitrations and the implications for investment treaty law", *Richmond Journal of Global Law and Business*, vol. 10, No. 3 (2011).

возрастут, в результате чего понизится покупательная способность. Возрастет уровень безработицы и увеличится экономическое неравенство. Государственные службы зачастую перестают функционировать надлежащим образом, и большее число людей оказывается за чертой бедности⁴⁴. Если государства-должники больше не смогут финансировать важнейшие государственные службы и институты, то это может нанести серьезный ущерб защите прав на здоровье, образование, жилье, социальное обеспечение и физическую безопасность. Нехватка персонала и средств также зачастую негативно сказывается на эффективном функционировании правоохранительных учреждений и судебных институтов. Поэтому успех процессов реструктуризации долга определяется не только восстановлением приемлемого уровня задолженности — о нем следует также судить по тому, удалось ли свести к минимуму социальные и гуманитарные издержки финансового кризиса.

46. Чтобы обеспечить надлежащую защиту прав человека в подобных ситуациях, необходимо учитывать контекст, в котором проходят процессы реструктуризации долга. Следует помнить о том, что ресурсы национального бюджета, предназначенные для ассигнований на социально-экономические нужды, приходится отвлекать на обслуживание долга⁴⁵. Нужно также признать, что из-за необходимости выполнять условия получения кредитов правительства утрачивают контроль над своей бюджетной политикой. Следует выяснить, каким образом такие условия, в том числе необходимые меры по обеспечению финансовой консолидации, могут подорвать способность государства соблюдать, защищать и осуществлять права человека. Для этого необходимо отказаться от паллиативного подхода, применяемого в настоящее время в финансовом секторе. Нужно также признать, что государства-кредиторы несут экстратерриториальные обязательства в области прав человека. Кроме того, международные финансовые учреждения не должны использовать статьи соглашений об их учреждении в качестве оправдания того, что они не учитывают права человека. Международные финансовые учреждения и правительства в условиях финансового кризиса должны иметь в своем распоряжении достаточно ресурсов, чтобы соответствующее государство при определении масштабов реструктуризации долга и размера соответствующих бюджетных сокращений смогло надлежащим образом выполнить свои обязательства в области прав человека.

47. Соображения подобного рода учитываются в таких международных программах, направленных на облегчение долгового бремени, как инициатива в отношении бедных стран с крупной задолженностью и инициатива по облегчению бремени задолженности на многосторонней основе, выдвинутые Международным валютным фондом и Всемирным банком, в которых облегчение долгового бремени увязывается с мерами по сокращению масштабов нищеты. Хотя эти программы следует воспринимать как позитивное явление в том смысле, что они представляют собой отход от ранее существовавшей системы, их вклад в сокращение масштабов нищеты и обеспечение приемлемого уровня задолженности был, тем не менее, ограничен и не все кредиторы приняли в них участие, в результате чего данный механизм также может оказаться открытым для «фондов-стервятников» и кредиторов, не соглашающихся на реструктуризацию долга. Несмотря на упомянутые ограничения режим, предусмотренный этими инициативами, служит упорядочению процесса реструктуризации долга, в котором приоритет отдается социально-экономическим функциям должника как поставщика общественных благ и услуг.

⁴⁴ См., например, [A/HRC/31/60/Add.2](#) и [A/HRC/34/57/Add.1](#).

⁴⁵ Celine Tan, "Life, debt and human rights: contextualizing the international regime for sovereign debt relief" in *Poverty and the International Economic Legal System: Duties to the World's Poor*, K Nadakavukaren Schefer, ed. (Cambridge, Cambridge University Press, 2013).

48. В настоящее время ряд стран, которым удалось облегчить бремя погашения своего долга благодаря вышеупомянутым инициативам, вновь испытывают кризис суверенной задолженности из-за чрезмерного заимствования на коммерческих рынках. Упор на финансирование из частных источников и смешанное финансирование, который делается в Повестке дня в области устойчивого развития на период до 2030 года, усугубит эту тенденцию, поскольку правительствам теперь, когда происходит сокращение государственного финансирования глобальных общественных благ и государственных услуг, предлагается изыскивать «новаторские и частные формы финансирования». Если не уменьшить государственный долг до приемлемого уровня, то прогресс в реализации целей в области устойчивого развития, а также экономических, социальных и культурных прав, включая право на развитие, будет серьезно подорван.

49. Учитывая расплывчатые и допускающие широкое толкование тексты двусторонних инвестиционных договоров, расширенное толкование международными арбитражными судьями прав инвесторов, их слабую подготовку по некоммерческим вопросам⁴⁶ и их ограниченную подотчетность, инвестиционный арбитраж сложно встроить в систему, которая обеспечивала бы комплексный учет прав человека, а также решала задачи поддержания социальной и экономической устойчивости. Вместо этого инвестиционный арбитраж чаще всего замедляет процессы реструктуризации суверенного долга, выступая в роли доступного форума для кредиторов, не соглашающихся на реструктуризацию задолженности, и «фондов-стервятников», которые препятствуют договорному урегулированию споров. Чем дольше продолжается этот процесс, тем больше ущерба причиняет он государствам-должникам. Задержки ведут к оттоку капитала из государств, что опять-таки негативно сказывается на реализации прав человека в соответствующих странах. Кроме того, международные финансовые учреждения едва ли могут участвовать в инвестиционном арбитражном производстве, так как — согласно условиям двусторонних инвестиционных договоров — они не могут быть ни ответчиками, ни истцами.

50. В инвестиционном арбитраже до сих пор не признается более широкий контекст, в котором проходят процессы реструктуризации долга. Определения инвестиций, основанные на имущественных аспектах, побуждают большинство арбитражных трибуналов по инвестиционным спорам распространять юрисдикцию на государственные облигации. При вынесении решения по существу дела расплывчатые нормы защиты инвестиций могут дать основания для возникновения ответственности государства-должника за действия, принятые в рамках реструктуризации долга. Ответственность государства может возникнуть в результате ссылок на несколько стандартов защиты инвестиций, особенно в силу того, что оговорка о коллективном принятии решений, скорее всего, не обеспечит полной защиты в случае законных действий, предпринимаемых государством в его качестве суверенной власти: оговорка о коллективном принятии решений не защищает суверенных должников от манипулятивного использования принципа мажоритарности небольшим числом влиятельных кредиторов. Есть риск того, что инвестиционные трибуналы могут просто постановить, что государства-должники, которые не выплатили в пол-

⁴⁶ Одна из основных причин такого положения связана с правовой культурой коммерческого арбитража, которая доминирует в среде арбитражных судей по инвестиционным спорам: коммерческий склад ума на первое место ставит обязательства по частному праву, явно отдавая приоритет договорным обязательствам. Эта правовая культура в значительной степени определяется обеими сторонами конкретного правового спора и имеет тенденцию занижать роль общественных интересов (в том числе роль прав человека). См. Moshe Hirsch, "Investment tribunals and human rights: divergent paths," in *Human Rights in International Investment Arbitration*.

ном объеме свой долг всем своим кредиторам, все равно обязаны рассчитаться по всем своим долгам, что дополнительно ограничит бюджетные возможности государств, испытывающих экономические трудности.

51. Кроме того, суды и арбитражные судьи неохотно принимают и поддерживают в своих решениях ссылки на состояние необходимости, даже если соответствующее государство сталкивается с крайне сложными социально-экономическими проблемами в процессе реструктуризации своего долга⁴¹.

52. Инвестиционный арбитраж может ограничить бюджетные и политические возможности государства для маневра и усугубить последствия кризиса задолженности. Он может помешать проведению реформ, направленных на устранение коренных причин тех проблем, которые привели к дефолту. Инвестиционный арбитраж «создает острейшую дилемму, когда приходится выбирать между насущной необходимостью проведения реформ и перспективой возникновения крупных финансовых обязательств. Чем острее кризис, тем более необходимой становится реформа. Однако чем серьезнее реформа, тем больше вероятность того, что инвесторы возбудят иски на основании инвестиционных договоров»⁴³.

53. До настоящего времени трибуналы по инвестиционным вопросам довольно неохотно шли на учет прав человека при вынесении решений по спорам между кредиторами и неплатежеспособными государствами. Как отмечалось ранее, учет прав человека не закрепился в практике инвестиционного арбитража, и в тексте большинства двусторонних инвестиционных договоров очень мало внимания уделяется правам человека. Поэтому маловероятно, что такие трибуналы будут регулярно уделять пристальное и серьезное внимание Международному пакту об экономических, социальных и культурных правах или Базовым принципам в отношении процессов реструктуризации суверенного долга, в которых закреплены такие основные принципы, как приемлемость уровня задолженности, правило мажоритарности, права человека и недопущение злоупотреблений. Кроме того, нежелание трибуналов по инвестиционным спорам проводить различие между государственными облигациями и коммерческими облигациями говорит о том, что в процессе вынесения решений они не принимают во внимание существующие обязательства государств.

54. Применению подхода, учитывающего права человека, при решении проблем задолженности могут помешать кредиторы, не соглашающиеся на реструктуризацию долга, и «фонды-стервятники», которые прибегают к услугам инвестиционного арбитража для того, чтобы добиться выполнения условий имеющихся у них государственных облигаций. Инвестиционный арбитраж ни в правовом, ни в организационном плане не предназначен для выполнения этой роли, и маловероятно, что практический опыт арбитражных судей по инвестиционным вопросам позволит им применить более широкий подход к реструктуризации долга при вынесении их решений (в том числе учитывать их последствия для прав человека). Это может обернуться тем, что усилится влияние кредиторов, не соглашающихся на реструктуризацию задолженности, и «фондов-стервятников», возрастут финансовые обязательства государств-должников и увеличится связанный с этим риск того, что в государствах-должниках могут быть ущемлены права человека.

55. Теоретически положения двусторонних инвестиционных договоров можно толковать с учетом необходимости обеспечения финансовой стабильности и достижения более широких макроэкономических и социальных целей. Однако на практике арбитражные судьи, скорее всего, не смогут преодолеть технические рамки двусторонних инвестиционных договоров для адекватного решения

сложных и комплексных вопросов, связанных с реструктуризацией долга, включая поиск выходов из финансовых кризисов, которые учитывали бы права человека.

VI. Выводы и рекомендации

A. Выводы

56. В отсутствие международной системы, которая регулировала бы процессы реструктуризации суверенного долга, инвестиционный арбитраж воспринимался как потенциальный форум, с помощью которого кредиторы, не соглашающиеся на реструктуризацию задолженности, и «фонды-стервятники» пытаются добиться исполнения условий суверенных долговых инструментов. Это происходит вопреки тому факту, что инвестиционный арбитраж был создан для защиты прямых иностранных инвестиций и продуктивных капиталовложений в целях содействия экономическому развитию. Система инвестиционного арбитража не предназначена для рассмотрения вопросов финансовых обязательств или для обеспечения защиты требований спекулятивных фондов хеджирования и отказывающихся от сотрудничества кредиторов. Тем не менее, на сегодняшний день большинство трибуналов по инвестиционным вопросам изыскало юрисдикцию для урегулирования споров, связанных с суверенной задолженностью, несмотря на уникальный контекст, в котором происходит реструктуризация задолженности. Готовность арбитражных судей, занимающихся инвестиционными вопросами, рассматривать такие споры может побудить «фонды-стервятники» и кредиторов, не соглашающихся на реструктуризацию долга, использовать эту форму урегулирования споров.

57. В чисто экономическом смысле двусторонние инвестиционные договоры не содержат нормы или принципы, которыми можно было бы руководствоваться при вынесении комплексных судебных решений по вопросам реструктуризации задолженности, они также не затрагивают проблемы коллективного принятия решений, которые лежат в основе любого процесса банкротства. Напротив, под влиянием этих договоров кредиторы будут подвергаться искушению без каких-либо издержек для себя отозвать свой вклад в коллективное предприятие, пользуясь при этом преимуществами совместных действий всех других кредитов. «В задачи инвестиционного права не входит содействие несправедливому отношению к одним инвесторам (которые принимают предложения об обмене облигаций) в интересах других инвесторов, находящихся в аналогичной ситуации (тех, которые решают оспаривать такие предложения в арбитраже). Исходя из этого, норма, касающаяся справедливого и равного отношения, должна служить лишь защите инвесторов от несправедливых процедур, связанных с погашением суверенной задолженности, например в случаях нетранспарентных и недоступных для всех участников переговоров или одностороннего отказа от уплаты долга без проведения каких бы то ни было переговоров»²⁰. Однако, как мы видим, арбитражные судьи готовы идти дальше, не ограничиваясь этой задачей.

58. В деле *Абаклат и другие против Аргентины* арбитражный суд отметил, что причиной спора явился «не тот простой факт, что Аргентина не исполнила своих платежных обязательств по облигациям, а тот факт, что она вмешалась в качестве суверена, пользуясь своей государственной властью, с целью изменить обязательства по выплате причитающегося от нее долга по отношению к своим кредиторам». Это ошибочный аргумент. В

силу того, что должник не в состоянии выплатить 100 процентов своего долга, необходимо облегчить бремя его задолженности. С экономической точки зрения арбитражный суд потребовал невозможного, а с точки зрения прав человека суд толкает государство к тому, чтобы оно принесло свое население в жертву.

59. Такие арбитражные постановления, откладывая решение вопроса о реструктуризации долга, порождают новые экономические проблемы. Они препятствуют также реструктуризации долга, поскольку побуждают кредиторов не соглашаться с должником в его стремлении добиться приемлемого уровня задолженности, так как никто не согласится сотрудничать, если отдельные кредиторы смогут получить в полном объеме то, что им причитается. В конечном итоге арбитражные судьи выясняют вопрос о том, защищены ли и в какой степени инвесторы, которые решили, не согласившись с большинством, отказаться от реструктуризации долга и начать тяжбу. Проблема состоит в том, что в контексте неплатежеспособности государства должник по определению не в состоянии выплатить свои долги в полном объеме. Активная защита прав инвестора в таком контексте создает дополнительные финансовые обязательства для государств-должников, препятствует возобновлению их экономического роста и сокращает объем финансовых средств, предназначенных для финансирования общественных услуг, что сказывается на выполнении государственных обязательств в области прав человека. Само собой разумеется, распространение действия двусторонних инвестиционных договоров на государственные облигации вовсе не является идеей, которую разделяют все арбитражные судьи, как недавно показало рассмотрение дела *Поштова банка против Греции*.

60. Хотя государства и международное сообщество прилагают немалые усилия к тому, чтобы не допустить или свести к минимуму иски, возбуждаемые «фондами-стервятниками» и кредиторами, не соглашающимися на реструктуризацию задолженности, тот факт, что арбитражные судьи по инвестиционным вопросам, судя по всему, вновь создают возможность для этих кредиторов применять свои деструктивные стратегии, по меньшей мере, вызывает разочарование. Больше того, в ходе инвестиционного арбитражного производства ни финансовое право, ни правовые нормы в области прав человека не играют существенной роли. Системные финансовые риски требуют более активной и более скоординированной реакции со стороны глобальных учреждений и международного права. Здесь необходим взвешенный подход: толкование правовых норм по защите инвестиций нужно осуществлять с учетом других норм, в частности международных стандартов в области прав человека и финансовых правил, призванных обеспечивать приемлемый уровень задолженности, финансовую стабильность, равенство и социально-экономические права²⁰.

61. Официальный форум, который занимался бы урегулированием долговых споров, должен быть основан на широком международном консенсусе. Если страны действительно считают, что вынесение наиболее важных решений в ходе и после финансовых кризисов, стоит поручить арбитражным судьям по инвестиционным вопросам, то государства должны сказать об этом открыто, но большинство двусторонних инвестиционных договоров, как представляется, не отражает эту идею. Фактически в двусторонних инвестиционных договорах редко встречаются слова «суверенная задолженность» или «государственные облигации», и специальные соглашения в отношении «государственных ценных бумаг» и «государственного долга» упоминаются в ограниченном (хотя и растущем) количестве

договоров, заключенных после 1990-х годов⁴⁷. Соответственно почти все выпущенные государственные облигации предусматривают рассмотрение споров в судебном, а не арбитражном порядке⁴⁸.

62. Если арбитражные судьи истолковывают нормативные документы так, что они считают себя компетентными урегулировать долговые споры, то они должны воспринимать правовые нормы в области прав человека в качестве права, применимого в отношении должников и кредиторов. Рассматривать сектора нашего общества так, словно на них не распространяются стандарты в области прав человека, неправильно, поскольку это опасно. На процессы реструктуризации суверенного долга должны распространяться такие принципы в области прав человека, как отсутствие дискриминации, постепенная реализация, недопустимость регресса и выполнение минимальных основных обязательств. В этой связи следовало бы оценить, не наблюдается ли какого-либо ухудшения ситуации в области прав, и как последствия для прав человека будут взаимодействовать друг с другом в течение соответствующего периода⁴⁹. Идеально было бы подкрепить проведение оценки последствий для прав человека мониторингом ситуации. Это может также потребовать рассмотрения возможности временных компромиссов в области прав человека, поскольку, видимо, придется пойти на определенные сокращения ассигнований для обеспечения устойчивости общественных услуг в будущем. Сохранение общественных услуг в краткосрочном плане при увеличении размера долга может впоследствии усложнить соблюдение прав человека. С другой стороны, государства должны также учитывать более долгосрочные последствия, например, сокращения расходов на образование будущих поколений. Если государства попытаются достичь такой сбалансированности, кредиторам придется проявлять гибкость.

63. Урегулирование международных долговых споров должно осуществляться на транспарентной, справедливой и оперативной основе с использованием международного механизма согласования вопросов суверенного долга, учитывающего Руководящие принципы по внешней задолженности и правам человека (A/HRC/20/23 и Согг.1) и Базовые принципы в отношении процессов реструктуризации суверенного долга. В Базовых принципах систематизированы и обобщены правовые принципы международного публичного права, отражающие прогрессивные тенденции в нынешней практике и подкрепляющие, например, принцип приемлемого уровня суверенного долга⁵⁰. Арбитражным судьям по инвестиционным вопросам придется приводить очень веские причины, чтобы объяснить, почему они не учитывают эти принципы при вынесении решений по долговым спорам, имеющих последствия для процессов реструктуризации долга.

⁴⁷ См. Kei Nakajima, "An elusive safeguard with loopholes: sovereign debt and its 'negotiated restructuring' in international investment agreements in the age of global financial crisis," *International Review of Law*, 2016, vol. 2016, No. 3. См. также, например, приложение G к двустороннему инвестиционному договору между Соединенными Штатами и Уругваем (2005); Соглашение о свободной торговле между Соединенными Штатами и Перу (2006) и двусторонний инвестиционный договор между Канадой и Буркина-Фасо (подписан в 2015 году, но еще не вступил в силу).

⁴⁸ См., например, Stephen J. Choi and Mitu Gulati, "An empirical study of securities disclosure practice," *Tulane Law Review*, vol. 80 (2006).

⁴⁹ Daniel Bradlow, "Can parallel lines ever meet? The strange case of the international standards on sovereign debt and business and human rights," *Yale Journal of International Law*, vol. 41, No. 2 (2016).

⁵⁰ См. Juan Pablo Bohoslavsky and Matthias Goldmann, "An incremental approach to sovereign debt restructuring: sovereign debt sustainability as a principle of public international law".

В. Рекомендации

1. Заключение инвестиционных соглашений

64. Двусторонние и многосторонние инвестиционные соглашения до их заключения должны оцениваться на предмет их воздействия на права человека. В Руководящих принципах относительно оценок воздействия торговых и инвестиционных соглашений на права человека (A/HRC/19/59/Add.5) содержатся рекомендации для государств в отношении того, как лучше всего обеспечить соответствие торговых и инвестиционных соглашений их обязательствам в области прав человека.

65. Государства должны обеспечивать, чтобы переговоры по заключению инвестиционных соглашений проводились открытым и транспарентным образом, что давало бы парламентариям, затронутым группам населения и другим заинтересованным сторонам (например, налогоплательщикам) возможность знакомиться со всей соответствующей документацией.

66. Для реализации права на участие в разработке, согласовании и принятии международных инвестиционных соглашений необходимо разработать соответствующие консультативные процедуры и механизмы.

2. Содержание инвестиционных соглашений

67. При ведении переговоров по инвестиционным соглашениям или при их пересмотре государства должны обеспечить, чтобы в статьях таких соглашений содержались четкие положения, в которых оговаривались бы правозащитные обязательства инвесторов, а также принимающих государств и государств происхождения.

68. Инвестиционные соглашения должны содержать положения, подтверждающие, что инвесторы обязаны соблюдать права человека, закрепленные в международных договорах по правам человека, Руководящих принципах предпринимательской деятельности в аспекте прав человека и в Декларации МОТ об основополагающих принципах и правах в сфере труда.

69. Международные инвестиционные соглашения должны исключать возможность возбуждения инвестиционных исков в связи со спорами о реструктуризации задолженности. Учитывая масштабы, характер и последствия проблем, которые инвестиционный арбитраж создает для государств-должников и их населения, кредиторов и международной финансовой системой, государства должны четко исключить эту возможность, что уже сделано в некоторых двусторонних договорах⁵¹. Этой практикой руководствуется, например, Колумбия при заключении инвестиционных соглашений.

70. Инвестиционные соглашения должны в любом случае включать положения, касающиеся права регулировать экономическую деятельность, особенно во время экономических или финансовых кризисов. Это требование должно распространяться на долговые соглашения, достигнутые на недискриминационной основе с квалифицированным большинством кредиторов.

⁵¹ См., например, Соглашение о свободной торговле между Перу и Республикой Корея, Соглашение о свободной торговле между Доминиканской Республикой и странами Центральной Америки (CAFTA-DR) и двусторонний инвестиционный договор между Соединенными Штатами и Уругваем.

71. В инвестиционных соглашениях должно быть оговорено, что добросовестные меры, направленные на защиту прав человека населения государств-должников и на обеспечение приемлемого уровня долга, не являются нарушением соглашения и не влекут за собой выплату компенсации.

3. Урегулирование инвестиционных споров

72. Арбитражные трибуналы должны рассматривать правовые нормы в области прав человека в качестве применимого права при толковании инвестиционных договоров.

73. Необходимо повысить прозрачность инвестиционного арбитражного производства посредством опубликования всех подробностей спора и в целом проведения слушаний в ходе открытых заседаний.

74. Субъекты, не являющиеся сторонами спора, должны иметь право присутствовать в ходе арбитражных разбирательств, и затронутые группы населения и организации, отстаивающие общественные интересы, должны иметь право представлять письменные заявления и записки *amicus curiae*.

75. Международные инвестиционные договоры должны предусматривать строгую систему надзора за выносимыми решениями для уменьшения случаев произвола.

76. Инвестиционные соглашения должны содержать нормы, призванные обеспечить независимость назначаемых арбитражных судей, и требовать, чтобы арбитражные судьи достаточно хорошо разбирались в вопросах инвестиционного права и международно-правовых стандартах в области финансов, прав человека, труда и окружающей среды.

77. Арбитражные судьи, если они считают, что располагают компетенцией рассматривать долговые споры, должны уделять серьезное внимание существующим принципам финансового права и законодательства о банкротстве. Арбитражные судьи должны, в частности, учитывать последствия выносимых ими решений для экономики государства-должника, для прав затронутого населения и прав всех кредиторов.