



Генеральная Ассамблея

Distr.: General
13 July 2023
Russian
Original: English

Семьдесят восьмая сессия

Пункт 73 b) предварительной повестки дня**

Поощрение и защита прав человека: положение в области прав человека и доклады специальных докладчиков и представителей

Платят загрязнителям: катастрофические последствия урегулирования споров между инвесторами и государствами для действий по борьбе с изменением климата и прав человека

Записка Генерального секретаря

Генеральный секретарь имеет честь препроводить Генеральной Ассамблее доклад Специального докладчика по вопросу о правозащитных обязательствах, касающихся пользования безопасной, чистой, здоровой и устойчивой окружающей средой Дэвида Р. Бойда, представленный в соответствии с резолюцией [46/7](#) Совета по правам человека.

* Переиздано по техническим причинам 19 марта 2024 года.

** [A/78/150](#).



**Доклад Специального докладчика по вопросу о
правозащитных обязательствах, касающихся
пользования безопасной, чистой, здоровой и устойчивой
окружающей средой Дэвида Р. Бойда**

**Платят загрязнителям: катастрофические последствия
урегулирования споров между инвесторами и государствами
для действий по борьбе с изменением климата и прав человека**

Резюме

В настоящем докладе Специальный докладчик по вопросу о правозащитных обязательствах, касающихся пользования безопасной, чистой, здоровой и устойчивой окружающей средой Дэвид Р. Бойд сообщает о неопровержимых доказательствах того, что негласный международный арбитражный процесс, называемый «Урегулирование споров между инвесторами и государствами», превратился в серьезное препятствие для принятия незамедлительных мер, необходимых для борьбы с кризисами в области прав человека и экологии планеты. Иностранные инвесторы используют процесс урегулирования споров с целью получения непомерно высокой компенсации от государств, укрепляющих охрану окружающей среды, при этом в отрасли добычи ископаемого топлива и горной добычи объем выплат уже составляет более 100 миллиардов долларов США. Из-за таких случаев возникает нормативный застой. Специальный докладчик выделяет конкретные действия, которые должны предпринять государства для того, чтобы в будущем избежать получения исков в рамках процесса урегулирования споров между инвесторами и государствами и выполнить свои обязательства в области прав человека

I. Введение

1. Сегодня, когда государства обязаны ускорить темп и увеличить масштабы действий по борьбе с изменением климата и защите окружающей среды в целях предотвращения катастрофы на планете и выполнения своих обязательств в области прав человека, появилось обескураживающее препятствие. Иностранные инвесторы используют в качестве оружия скрытый международный арбитражный процесс, известный как урегулирование споров между инвесторами и государствами (УСИГ) и лежащий в основе тысяч международных инвестиционных соглашений (МИС), в основном двусторонних инвестиционных договоров. Иски, поданные в рамках процесса УСИГ, используются для оспаривания действий по борьбе с изменением климата и защите окружающей среды, совершаемых государствами, и для требования миллиардов долларов США в виде компенсаций. Решения по таким делам принимают не независимые судьи, а арбитражные юристы, многие из которых работают в юридических фирмах, представляющих интересы инвесторов. Из-за этого несправедливого, недемократического и малоэффективного процесса возник кризис законности в области международного инвестиционного режима.

2. К мерам государств, уязвимым перед угрозой исков УСИГ, относятся действия по принятию, укреплению и реализации законодательства, нормативных актов, стандартов и политики в области климата и экологии. Например, отказ в выдаче разрешений на разведку месторождений нефти и газа, постепенный уход от использования угольных электростанций, отказ в выдаче разрешений на строительство крупных шахт, введение запрета на гидроразрыв пласта и ужесточение законов о защите источников водоснабжения привели к подаче арбитражных исков. Число известных дел по УСИГ, заведенных в связи с действиями, предпринимаемыми государствами, резко возросло с 12 инициированных дел в 2000 году до 37 в период 2000–2010 годов и 126 в период 2011–2021 годов¹.

3. Дела по УСИГ рассматриваются не в национальных судах, а в международном арбитраже между иностранным инвестором и государством, куда были направлены инвестиции. Если обнаруживается, что государство нарушает обязательства по инвестиционному договору, арбитражные трибуналы имеют право выносить решения о выплате крупных денежных сумм. В последние годы резкий рост числа исков в рамках УСИГ, а также возникновения угрозы их подачи, наблюдается главным образом среди корпораций, занимающихся добычей ископаемых видов топлива, добычей полезных ископаемых и другими отраслями добывающей промышленности, что приводит к вынесению решений, обязывающих государства выплачивать непомерно высокие компенсации, выдавать разрешения на экологически вредную деятельность и отменять жизненно важные правила, направленные на борьбу с изменением климата, утратой биоразнообразия и загрязнением окружающей среды.

4. По данным Конференции Организации Объединенных Наций по торговле и развитию (ЮНКТАД), в рамках УСИГ было подано более 127 исков, в каждом из которых содержится требование возместить ущерб в размере 1 миллиарда долларов США². Многомиллиардные иски в рамках УСИГ приобретают характер установившейся практики в делах по вопросам климата и экологии, представляя собой золотую жилу для иностранных инвесторов и экономической

¹ United Nations Conference on Trade and Development, “Treaty-based investor-State dispute settlement cases and climate action”, IIA Issues Note, No. 4, September 2022.

² Навигатор ЮНКТАД по урегулированию инвестиционных споров (см. <https://investmentpolicy.unctad.org/investment-dispute-settlement>).

кошмар для государств с низким и средним уровнем дохода. К примерам дел УСИГ и вынесенных арбитражных решений по ним относятся:

а) иск сингапурской компании «Зеф Инвестментс» против Австралии на сумму 200 миллиардов долларов США из-за отказа правительства одобрить проект строительства рудника³;

б) иск трех австралийских горнодобывающих корпораций к Конго о выплате 37 миллиардов долларов США, что в три раза превышает валовой внутренний продукт государства в 2021 году, составляющий 13,3 миллиарда долларов США⁴;

в) иск компании Соединенных Штатов Америки «Руби Ривер Кэпитал» против Канады на сумму 20 миллиардов долларов США за отказ одобрить проект по производству сжиженного природного газа (требование компенсации в размере 167 долларов США на каждый вложенный 1 доллар США)⁵;

г) иск компании «ТрансКанада Энерджи» против США на сумму 15 миллиардов долларов США за отказ в разрешении на строительство нефтепровода⁶;

д) решение о выплате Нигерией 6 миллиардов долларов США по иску, связанному с проектом строительства завода по переработке природного газа⁷;

е) иск против Мексики на сумму 3,5 миллиарда долларов США в связи с проектом строительства подводного фосфорного рудника⁸;

ж) иск компании «Гленкор» против Колумбии, сумма требований которого не раскрывается, связан с конфликтом между расширением одной из крупнейших в мире угольных шахт и защитой жизненно важной для коренных народов реки⁹.

5. В связи с тем, что для отрасли добычи ископаемых видов топлива характерно большое количество судебных разбирательств, в рамках УСИГ подаются иски, в которых утверждается, что действия правительства, направленные на преодоление климатического кризиса, приводят к снижению стоимости ее инвестиций. Такие дела дорого обходятся государствам. Средний размер иска в арбитражных разбирательствах, связанных с ископаемыми видами топлива, составляет 1,4 миллиарда долларов США, что вдвое превышает средний размер иска в арбитражных разбирательствах, не связанных с ископаемыми видами

³ См. letter from counsel for Zeph Investments addressed to the Minister for Foreign Affairs of Australia, URL: www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/italaw170014.pdf; and Rory Cross, "What you need to know about Clive Palmer's \$300bn lawsuit against Australia", University of New South Wales Newsroom, 6 April 2023, URL: <https://newsroom.unsw.edu.au/news/business-law/what-you-need-know-about-clive-palmers-300bn-lawsuit-against-australia>.

⁴ Australian Fair Trade and Investment Network Ltd., "Australian mining companies launch claims for over US\$35 billion against Republic of Congo", 21 June 2021, URL: <http://aftinet.org.au/cms/node/2027>.

⁵ *Ruby River Capital LLC v. Canada*, International Centre for Settlement of Investment Disputes (ICSID), Case No. ARB/23/5. Информация по этому делу: www.italaw.com/cases/10270.

⁶ *TC Energy Corporation and TransCanada Pipelines v. United States of America*, ICSID, Case No. ARB/21/63. Информация по этому делу: www.italaw.com/cases/9339. См. также Pete Evans, "Keystone XL owner TC Energy seeking \$15B from US for costs of cancelling pipeline", CBC News, 23 November 2021.

⁷ William Clowes, "Nigeria cries foul again over gas company's \$11 billion award", Bloomberg, 3 November 2022.

⁸ *Odyssey Marine Exploration, v. United Mexican States*, ICSID, Case No. UNCT/20/1. Информация по этому делу: www.italaw.com/cases/7261.

⁹ *Glencore International A.G. v. Republic of Colombia*, ICSID, Case No. ARB/21/30. Информация по этому делу: www.italaw.com/cases/9760.

топлива¹⁰. На стадии рассмотрения дел по существу инвесторы в сектор ископаемого топлива выигрывают 72 процента дел, в результате чего на сегодняшний день правительствам пришлось выплатить более 77 миллиардов долларов США в качестве компенсации¹¹. Средняя сумма компенсации в опубликованных арбитражных решениях, связанных с ископаемыми видами топлива, составляет 600 миллионов долларов США, что в пять раз превышает среднюю сумму, присужденную по делам, не связанным с ископаемым топливом¹². При расчете этой цифры не учитывается крупнейшее в истории инвестиционного арбитража решение о присуждении компенсации в размере 40 миллиардов долларов США, вынесенное по делу об инвестициях в ископаемые виды топлива в Российской Федерации¹³.

6. Правительства, выполняющие свои обязательства в рамках Парижского соглашения по изменению климата, могут понести ответственность перед нефтегазовыми корпорациями в размере 340 миллиардов долларов США в рамках будущих дел по УСИГ, что является серьезным сдерживающим фактором для принятия масштабных мер по борьбе с изменением климата¹⁴. Резкое увеличение числа исков по УСИГ в отношении ископаемых видов топлива происходит в самое неподходящее время. Человечество подошло к рубежу «сейчас или никогда» в вопросе достижения цели Парижского соглашения — ограничения глобального потепления до 1,5°C, для чего требуется сократить выбросы парниковых газов на 45 процентов к 2030 году и достичь чистого нулевого баланса выбросов к 2050 году, что несовместимо с разработкой новых месторождений угля, нефти или газа¹⁵. Необходимо немедленно принять меры по ускорению преобразования глобальной энергетической системы¹⁶.

7. В результате замедления, ослабления, а в некоторых случаях и обращения вспять действий по борьбе с изменением климата и защите окружающей среды иски УСИГ имеют разрушительные последствия для широкого спектра прав человека, усугубляя непропорционально большой ущерб, наносимый уязвимым и маргинализированным группам населения. При этом в международных инвестиционных и торговых соглашениях редко включаются эффективные положения по охране окружающей среды, а обязательства в области прав человека игнорируются. Ни в одном из тысяч действующих МИС не упоминается право на чистую, здоровую и устойчивую окружающую среду. Арбитражные трибуналы по УСИГ на постоянной основе ставят иностранные инвестиции и интересы корпораций выше экологических и правозащитных соображений.

8. Последствия работы системы УСИГ особенно разрушительны для глобального Юга, так как из-за них сохраняются экстрактивизм и экономический колониализм. Подавляющее большинство исков по УСИГ, связанных с ископаемыми видами топлива и добычей полезных ископаемых, направляют инвесторы глобального Севера в адрес государств глобального Юга¹⁷. Более того, большая

¹⁰ Lea Di Salvatore, *Investor-State Disputes in the Fossil Fuel Industry* (Winnipeg, International Institute for Sustainable Development, 2002) pp. 17–19.

¹¹ Ibid.

¹² Ibid.

¹³ *Hulley Enterprises Limited (Cyprus) v. the Russian Federation*, Permanent Court of Arbitration, Case No. 2005-03/AA226. Информация по этому делу: www.italaw.com/cases/544.

¹⁴ Kyla Tienhaara and others, “Investor-state disputes threaten the global green energy transition”, *Science*, vol. 376, No. 6594 (May 2022).

¹⁵ Межправительственная группа экспертов по изменению климата, *Шестой доклад по итогам оценки Межправительственной группы экспертов по изменению климата*, 2023 год.

¹⁶ International Energy Agency, *Net-Zero by 2050: a Roadmap for the Global Energy Sector*, 2021.

¹⁷ UNCTAD, “Treaty-based ISDS cases and climate action”.

часть поданных в период с 1995 по 2021 год исков по УСИГ, связанных с ископаемыми видами топлива и добычей полезных ископаемых, подавали инвесторы всего пяти государств (Австралии, Канады, Королевства Нидерландов, Соединенного Королевства Великобритании и Северной Ирландии и США)¹⁸. Государства Латинской Америки фигурируют в 327 исках по УСИГ, причем все большее число исков поступает из добывающих отраслей, особенно от предприятий горнодобывающей, нефтяной и газовой промышленности. В 62 процентах случаев дела выигрывали инвесторы, при этом размер присужденных компенсаций и достигнутых договоренностей превысил 33 миллиарда долларов США¹⁹. УСИГ также все чаще используется для принудительной выплаты долгов, в результате которой государства обязаны отдавать приоритет выплатам в ущерб финансированию государственных услуг, преодолению климатического кризиса, достижению целей в области устойчивого развития и выполнению обязательств в области прав человека (см. A/72/153).

9. Интерес Специального докладчика к этой теме усилился во время странового визита в Словению в 2022 году вслед за новостью о том, что британская корпорация подала против государства иск с суммой компенсации 500 миллионов евро в связи с отказом разрешить гидроразрыв для добычи газа (см. A/HRC/52/33/Add.2). В апреле 2023 года государствам поступила просьба предоставить информацию, в результате чего было получено 20 заявлений, в том числе из Германии, Доминиканской Республики, Европейского союза, Испании, Италии, Маврикия, Польши, Сальвадора, Словакии, Франции, Чехии и Швейцарии, а также от представителей научных кругов и гражданского общества. В июне 2023 года Специальный докладчик совместно с Колумбийским центром по устойчивым инвестициям организовал семинар для экспертов, в котором приняли участие многие ведущие специалисты в области международного инвестиционного права.

II. Принципиальные недостатки системы урегулирования споров между инвесторами и государствами

10. Система УСИГ была создана в 1960-х годах в целях защиты инвесторов в колониальных державах от экспроприации их активов без компенсации со стороны новых независимых государств. Руководители нефтяных компаний и их юристы оказали значительное влияние на развитие системы УСИГ²⁰. Предоставление иностранным инвесторам возможности предъявлять государствам иски о компенсации напрямую посредством международного арбитража стало чрезвычайной и необоснованной уступкой суверенитета транснациональным корпорациям. В качестве обоснования приводилось утверждение, что в государствах, чьи внутренние правовые системы якобы не обладали достаточной компетентностью или независимостью, действие принципа верховенства права было слабым или ненадежным. Однако сегодня большинство дел по УСИГ связано с оспариванием законной государственной политики, проводимой демократическими правительствами в государствах с независимой судебной системой. Непосредственно с экспроприацией связана небольшая часть исков по УСИГ. Напротив, подавляющее большинство исков связано с регуляторными или допускающими действиями со стороны государств, стратегически оформленными

¹⁸ Manuel Perez-Rocha, “Missing from the climate talks: corporate powers to sue Governments that limit pollution”, *Foreign Policy in Focus* (Institute for Policy Studies, November 2021).

¹⁹ См. <https://isds-americalatina.org>.

²⁰ Nicolás M. Perrone, *Investment Treaties and the Legal Imagination: How Foreign Investors Play by Their Own Rules* (Oxford, Oxford University Press, 2021).

иностранными инвесторами как «косвенная экспроприация» или несправедливое обращение. К другим возможным претензиям относятся подрыв «оправданных ожиданий» инвестора в отношении стабильности регулирования или введение меры, «несоразмерной» законной цели политики. Оправданные ожидания ошибочно трактуются инвесторами и арбитражными трибуналами как препятствующие принятию государствами мер по борьбе с изменением климата, несмотря на то, что эти меры необходимы и предвидимы на протяжении десятилетий.

11. Среди многочисленных опасений, высказываемых государствами и критиками, — несовместимость УСИГ с нормами международного права в области прав человека, непомерно высокие суммы компенсаций, секретность, отсутствие участия общественности, ограничение возможностей государств по регулированию, односторонний характер системы, непоследовательность решений арбитражных трибуналов, высокие затраты на защиту арбитражных исков и конфликт интересов или предполагаемая предвзятость арбитров в пользу инвесторов (см. [A/76/238](#)). Парламентская ассамблея Совета Европы и Европейский парламент предупредили о серьезных последствиях УСИГ для прав человека, демократии, национального суверенитета, политики в области климата и справедливого перехода²¹. Лауреат Нобелевской премии экономист Джозеф Стиглиц описывает УСИГ как «процессуальный терроризм»²².

A. Односторонность и несовместимость с международным правом прав человека

12. Существует фундаментальное противоречие между системой УСИГ и вопросами прав человека. Из-за асимметричного или одностороннего характера МИС у иностранных инвесторов есть юридически закрепленные права, но отсутствуют юридически закрепленные обязанности. Интересы высокопоставленных иностранных инвесторов ставятся выше интересов внутренних инвесторов, государства, прав человека, здоровой окружающей среды, включая безопасный климат, и местных сообществ, на которые оказывают воздействие действующие и предлагаемые проекты. Иностранные инвесторы пользуются преимущественным доступом к системе правосудия, поскольку они могут подавать иски в рамках УСИГ против правительств, но ни правительства, ни сообщества и отдельные лица, затронутые негативными последствиями, не могут подавать иски против иностранных инвесторов (хотя государства могут подавать встречные иски в ограниченных обстоятельствах). Иностранные инвесторы помогают выбрать трибунал, который будет выносить решение по их делу. Правообладателям остается лишь возможность участвовать в арбитражных делах в качестве *amicus curiae* (друзей суда), но это происходит по усмотрению трибунала, без права обжалования, и правообладатели не могут добиваться применения средств правовой защиты. В отличие от жертв нарушений прав человека иностранные инвесторы не обязаны исчерпывать внутренние средства правовой защиты перед подачей иска по УСИГ. Эти дискриминационные и несоразмерные привилегии, описываемые критиками как «пузыри правосудия для привилегированных»,

²¹ Parliamentary Assembly of the Council of Europe, resolution 2151 (2017), “Human rights compatibility of investor-State arbitration in international investment protection agreements”; and motion for a European Parliament resolution on the future of European Union international investment policy (2021/2176(INI)).

²² Sebastien Malo, “UN reform needed to stop companies fighting climate rules”, Reuters, 28 May 2019.

несовместимы с принципом равенства и недискриминации основополагающих прав человека²³.

13. По мнению Рабочей группы по вопросу о правах человека и транснациональных корпорациях и других предприятиях, международные инвестиционные соглашения, особенно договоры старого поколения, составляющие большинство действующих соглашений, не только воплощают собой дисбаланс и непоследовательность, но и стимулируют безответственность инвесторов (A/76/238, п. 74). Средний размер иска и средняя сумма компенсации в системе УСИГ выше, чем в любой другой правовой системе мира²⁴. Еще одним важным преимуществом для иностранных инвесторов является то, что решения по УСИГ могут быть исполнены более чем в 180 государствах, в отличие от решений судов и трибуналов по правам человека, реализация которых сопряжена с большими трудностями. В отношении утверждений о том, что международные инвестиционные договоры обеспечивают экономические выгоды, во всеобъемлющем обзоре Организации экономического сотрудничества и развития (ОЭСР) содержится следующий вывод: на сегодняшний день получено мало надежных доказательств, а по итогам систематического обзора 74 исследований удалось выявить незначительный или нулевой эффект²⁵.

14. Из событий последнего десятилетия ясно, что система УСИГ несовместима с международными обязательствами государств в области прав человека²⁶. В Уставе Организации Объединенных Наций закреплена обязанность всех государств сотрудничать в целях полной реализации прав человека, но о международных инвестициях не говорится ничего. Согласно статье 103 Устава, в том случае, когда обязательства государств – членов Организации Объединенных Наций по настоящему Уставу окажутся в противоречии с их обязательствами по какому-либо другому международному соглашению, преимущественную силу имеют обязательства по настоящему Уставу. Как установила Рабочая группа по вопросу о правах человека и транснациональных корпорациях и других предприятиях, права человека являются *primus inter pares*, или первыми среди равных, а значит, они должны быть в приоритете перед другими международно-правовыми обязательствами (A/76/238, п. 58). Предыдущий Специальный докладчик по вопросу о праве на питание пояснил, что права человека являются нормами *jus cogens*, принятыми и признанными международным сообществом государств в целом в качестве норм, отступление от которых недопустимо, поэтому договоры или положения в этих договорах, не совместимые с правами человека, следует считать недействительными и утратившими силу (A/HRC/19/59/Add.5, с. 6).

15. Большинство МИС, заключенных в период с 1990 по 2009 годы, представляют собой соглашения первого поколения, в которых предусматривается серьезная защита иностранных инвесторов, при незначительном числе

²³ Anil Yilmaz Vastardis, “Investment treaty arbitration as bubbles”, in *The Oxford Handbook of International Arbitration*, Thomas Schultz and Federico Ortino, eds. (Oxford, Oxford University Press, 2020).

²⁴ OECD, “Investment treaties and climate change: the alignment of finance flows under the Paris Agreement”, background note for the seventh annual Conference on Investment Treaties, 10 May 2022, footnote 42.

²⁵ Joachim Pohl, “Societal benefits and costs of international investment agreements: a critical review of aspects and available empirical evidence”, OECD Working Papers on International Investment, No. 2018/01 (Paris, OECD Publishing, 19 January 2018), p. 1; и Josef Brada, Zdenek Drabek and Ichiro Iwasaki, “Does investor protection increase foreign direct investment?: a meta-analysis”, *Journal of Economic Surveys*, vol. 35, No. 1 (2021).

²⁶ Surya Deva and Tara Van Ho, “Addressing (in)equality in redress: human rights-led reform of the investor-State dispute settlement mechanism”, *Journal of World Investment and Trade*, vol. 24, No. 3 (June 2023).

соответствующих обязательств в области прав человека и охраны окружающей среды (A/76/238, п. 15). Лишь в 0,5 процента от более чем 2000 инвестиционных договоров, рассмотренных в ходе крупного исследования, содержатся какие-либо упоминания прав человека²⁷. Отсутствие в МИС ответственности иностранных инвесторов означает, что государства не выполняют свою обязанность защищать права человека от неблагоприятного воздействия предпринимательской деятельности (CCPR/C/21/Rev.1/Add.13, пункт 8). Теоретически отсутствие в МИС положений непосредственно о правах человека не должно мешать арбитражным трибуналам принимать во внимание международное право прав человека, однако на практике большинство трибуналов пренебрегают аргументами в пользу прав человека, сводят их к минимуму или вовсе отвергают (A/72/153, п. 22).

16. Пренебрежение принципами прав человека подрывает верховенство права — один из центральных столпов международного правопорядка. Верховенство права подразумевает, что все субъекты должны подчиняться публично принятым, одинаково исполняемым, независимым законам и соблюдать международные нормы и стандарты в области прав человека. При замене национальных судов арбитражными трибуналами для разрешения споров между иностранными инвесторами и государствами исчезают важные гарантии защиты от нарушений прав человека, в том числе прозрачность, участие общественности, равенство и недискриминация. Кроме того, применение системы УСИГ наносит ущерб демократии, поскольку важные политические решения передаются на рассмотрение неподотчетных арбитражных трибуналов, решения которых не подлежат обжалованию и которые не обязаны принимать во внимание внутреннее законодательство.

В. Урегулирование споров между инвесторами и государствами приводит к сохранению колониального экстрактивизма и усилению неравенства

17. Благодаря УСИГ богатые инвесторы (в основном расположенные на глобальном Севере) могут подавать в суд на государства (в основном расположенные на глобальном Юге) в связи с демократически выбранной политикой и получать очень большие суммы из государственных средств за то, чтобы не начинать или не продолжать экологически разрушительную деятельность. Например, канадские инвесторы в горнодобывающей и нефтегазовой отраслях выиграли 59 процентов своих исков по УСИГ, что в среднем составляет почти один миллиард долларов США (929 миллионов долларов США) на одно вынесенное решение²⁸. Среди государств, которые урегулировали или проиграли канадским инвесторам дела по УСИГ, преобладают государства с низким уровнем дохода, в том числе Боливия (Многонациональное Государство), Венесуэла (Боливарианская Республика), Демократическая Республика Конго, Кыргызстан, Монголия, Нигер, Пакистан, Перу и Эквадор²⁹.

18. Государства с низким уровнем дохода особенно уязвимы, поскольку их МИС более старые и в них содержатся жесткие меры защиты иностранных

²⁷ Kathryn Gordon, Joachim Pohl and Marie Bouchard, “Investment treaty law, sustainable development and responsible business conduct: a fact finding survey”, OECD Working Papers on International Investment, No. 2014/01 (Paris, OECD Publishing, 2014).

²⁸ Hadrian Mertins-Kirkwood, *On the Offensive: How Canadian Companies Use Trade and Investment Agreements to Bully Foreign Governments for Billions* (Ottawa, Canadian Centre for Policy Alternatives, May 2022).

²⁹ Ibid.

инвесторов и отсутствуют положения об охране окружающей среды и прав человека, таким государствам часто приходится принимать или укреплять положения экологических законов, нормативных актов и стандартов, у них может не хватать юридических знаний для оценки рисков, связанных с угрозой подачи исков в рамках УСИГ, а их финансовые ресурсы для защиты от исков в рамках УСИГ или выплаты ущерба в случае неблагоприятного решения ограничены³⁰. Из-за высоких затрат на защиту от таких исков и решений об их удовлетворении, которые могут исчисляться миллиардами долларов, усугубляются проблемы, возникающие в хрупких финансовых системах этих стран, и затрудняется принятие мер по реструктуризации суверенного долга. Особенно уязвимы малые островные развивающиеся государства³¹. К примеру, против Доминиканской Республики были поданы иски по УСИГ, связанные, в частности, с добычей полезных ископаемых, мусорным полигоном, реформой электроэнергетики и крупным проектом в сфере недвижимости. Представитель Доминиканской Республики сообщает: «К сожалению, из-за решений, принятых в защиту экологического законодательства и окружающей среды, в рамках торговых соглашений, участником которых является страна, Доминиканская Республика стала объектом международного арбитража. Это дорого обходится, особенно развивающимся странам»³².

19. Богатые государства принимают меры, чтобы защитить себя от исков по УСИГ. В повторно заключенном торговом соглашении между Канадой, США и Мексикой, вступившем в силу в 2020 году, механизм УСИГ между Канадой и США был упразднен. Занимавшая в то время пост министра иностранных дел Канады Христя Фриланд заявила, что УСИГ обходится канадским налогоплательщикам более чем в 300 миллионов долларов в виде штрафов и судебных издержек и что из-за УСИГ права корпораций ставятся выше прав суверенных правительств. Г-жа Фриланд также заявила, что, отказавшись от УСИГ, Канада укрепила свое право на регулирование в общественных интересах для защиты здоровья населения и окружающей среды³³. Международные арбитражные иски между 27 государствами — членами Европейского союза были аннулированы в соответствии с решениями Суда Европейского союза³⁴.

20. Неравенство, несправедливость и лицемерие поражают. Богатые государства — Канада, США и члены Европейского союза — принимают меры, чтобы защитить себя от исков по УСИГ, но оставляют своим инвесторам возможность продолжать добычу благ и эксплуатацию глобального Юга путем постоянного применения исков по УСИГ и угроз.

C. Тайна

21. Доступ к информации — это одно из прав человека, неотъемлемое условие полного осуществления других прав человека, включая право на здоровую окружающую среду. В отличие от внутренних правовых процедур дела,

³⁰ Roslyn Ng'eno, "Preserving regulatory space for sustainable development in Africa", *Southviews*, No. 246 (South Centre, 5 April 2023).

³¹ Alicia Nicholls, "Caribbean and African SIDS' international investment agreements and climate change", Policy Brief No. 5 (Shridath Ramphal Centre, June 2023). URL: <https://shridathramphalcentre.com>

³² Материалы, предоставленные Доминиканской Республикой.

³³ Speaking notes for the United States-Mexico-Canada agreement, press conference, 10 October 2018. URL: <https://pm.gc.ca/en/news/speeches/2018/10/01/prime-minister-trudeau-and-minister-freeland-speaking-notes-united-states>

³⁴ См., например, Court of Justice of the European Union, *Slovak Republic v. Achmea BV*, Case No. C-284/16.

рассматриваемые в рамках УСИГ, окутаны тайной. Иски никогда не подлежат огласке, слушания часто проходят за закрытыми дверями, документы нередко носят конфиденциальный характер, а размер присужденных компенсаций и достигнутых договоренностей может быть сохранен в тайне. В отличие от арбитража между двумя частными сторонами, при котором конфиденциальность может быть оправдана, участие государств означает, что арбитраж в рамках УСИГ часто затрагивает важные вопросы государственной политики и может иметь огромные экономические последствия.

22. В последние годы количество известных исков по УСИГ возросло, однако отсутствие прозрачности не позволяет точно оценить ни их количество, ни содержание. Еще сложнее подсчитать количество исков в рамках УСИГ, которые грозилась подать иностранные инвесторы, но не подали, и которые успешно оказали давление на государства с целью ослабления действующих или отказа от предлагаемых законов, нормативных актов, налогов и других мер политики в области охраны окружающей среды и климата.

23. Недостаток прозрачности представляет собой серьезную проблему при рассмотрении дел по УСИГ, связанных с ископаемыми видами топлива, которые зачастую носят полностью конфиденциальный характер, что означает, что материалы сторон, процессуальные постановления и решения не подлежат огласке³⁵. Например, согласно базам данных, компания «Клара Петролеум Лтд.» подала иск в рамках УСИГ против Румынии в 2022 году³⁶. Ни один из документов, связанных с этим делом, не доступен, поэтому основание иска и размер требуемого возмещения неизвестны. Почти треть известных арбитражных разбирательств по спорам, связанным с ископаемыми видами топлива, урегулируются до вынесения окончательных решений, а все документы по урегулированию носят конфиденциальный характер³⁷.

D. Препятствия участию общественности

24. Участие общественности и доступ к системе правосудия с эффективными средствами правовой защиты сами по себе являются фундаментальными правами, но они также неотделимы от полного осуществления других прав человека. Инклюзивное участие общественности позволяет повысить качество принимаемых решений, усилить поддержку проектов со стороны правообладателей и выполнить обязательства по соблюдению прав человека. Тем не менее в рамках системы УСИГ возникают серьезные препятствия для участия затрагиваемых сообществ, правозащитников, коренных народов и гражданского общества, которые не имеют права участвовать в процессе в качестве сторон и могут лишь подавать материалы, не представляя стороны, — записки *amicus curiae*. Иностранные инвесторы получают привилегию, благодаря которой они могут обойти национальные судебные системы и перейти непосредственно к обязательной процедуре международного арбитража. Напротив, жертвы нарушений прав человека, как правило, обязаны исчерпать внутренние средства правовой защиты, прежде чем обращаться за правосудием в международные суды и трибуналы.

25. Арбитражные трибуналы обладают абсолютной свободой действий в отношении того, принимать ли им записки *amicus*. К числу критериев относится наличие у заявителя значительного интереса к разбирательству и особых знаний

³⁵ Di Salvatore, *Investor-State Disputes*.

³⁶ См. UNCTAD, Investment Dispute Settlement Navigator (<https://investmentpolicy.unctad.org/investment-dispute-settlement/cases/1218/clara-petroleum-v-romania>).

³⁷ Di Salvatore, *Investor-State Disputes*.

или представлений, которые могли бы оказаться полезными для комиссии³⁸. Трибуналы также следят за тем, чтобы материалы *amicus* не стали причиной нарушения хода разбирательства, не стали обременением для какой-либо из сторон и не нанесли ей несправедливого ущерба³⁹. Трибуналы по УСИГ часто отклоняют записки *amicus*, что означает, что пострадавшие сообщества, правозащитники, коренные народы и гражданское общество не могут участвовать в процессе и, следовательно, не могут обратить внимание на разрушительные последствия деградации окружающей среды для права на здоровую окружающую среду и других прав человека⁴⁰. Исключительная направленность исков по УСИГ на инвесторов и государства обычно приводит к тому, что участие общественности, проблемы местных сообществ и права человека остаются без внимания на всех этапах процесса. Даже допущенные к рассмотрению записки *amicus* представляют собой ограниченную, одноразовую форму участия. Зачастую у заявителей нет доступа к другим документам по делу, их материалы ограничены по объему и длительности, им не разрешается участвовать в устных слушаниях.

26. В качестве примера можно привести дела «“Эко Оро” против Колумбии» и «Фон Пецольд против Зимбабве», в которых непосредственно затрагиваемые сообщества были исключены из процессов УСИГ. В деле компании «Эко Оро» иностранный инвестор подал иск, основанный на отказе Колумбии выдать разрешение на строительство рудника, который предположительно мог нанести значительный ущерб окружающей среде и поставить под угрозу водоснабжение. Общественные организации и организации гражданского общества, выступающие против проекта, обратились с просьбой о представлении записки *amicus*, утверждая, что действия Колумбии оправданы обязательствами государства в области прав человека, включая защиту права на здоровую окружающую среду. Трибунал отказал в приеме предложенных материалов⁴¹. В деле Фон Пецольда, связанном с земельной реформой, трибунал отклонил заявление коренных народов, придя к выводу, что права коренных народов не относятся к предмету спора⁴².

Е. Вращающиеся двери и совмещение функций

27. Система УСИГ подвергается серьезной критике, поскольку решения принимаются не судьями, а юристами, у которых, как считается, часто возникает конфликт интересов или предвзятое отношение к инвесторам. Трибунал по УСИГ обычно состоит из трех арбитров. Инвестор и государство выбирают по одному арбитру, которые вместе выбирают третьего арбитра, выполняющего функции председателя коллегии. Арбитры должны обладать высокими моральными качествами и признанной компетентностью в области права, коммерции, промышленности или финансов, на независимое суждение которых можно положиться⁴³. На практике в качестве арбитров выступают преимущественно белые мужчины, юристы по инвестиционному праву из стран глобального Севера,

³⁸ МЦУИС, Арбитражный регламент, правило 67.

³⁹ Там же, правило 67 4).

⁴⁰ *Kappes v. Guatemala*, ICSID, Case No. ARB/18/43, Procedural order No. 2; *Odyssey Marine Exploration v Mexico*, ICSID, Case No. UNCT/20/01, Procedural order No. 6; и *Bear Creek v. Peru* ICSID, Case No. ARB/14/21.

⁴¹ *Eco Oro v. Colombia*, ICSID, Case No. ARB/16/41, Procedural order No. 6.

⁴² *Bernhard von Pezold and Others v. Zimbabwe*, ICSID, Case No. ARB/10/15, Procedural order No. 2.

⁴³ Конвенция об урегулировании инвестиционных споров между государствами и физическими или юридическими лицами других государств, статьи 14 1) и 40 2).

многие из которых ведут дела по УСИГ для своих клиентов или работают в фирмах, специализирующихся на этом.

28. Предоставление иностранным инвесторам возможности формировать собственные комиссии сопряжено с очевидными рисками предвзятости, конфликта интересов, потенциальных неправомерных действий и других случаев злоупотребления властью. Систему критикуют за то, что она приводит к появлению «вращающихся дверей» и допускает «совмещение функций»⁴⁴. Под «вращающимися дверями» понимается ситуация, когда человек последовательно выступает в различных ролях — адвоката в одном деле, арбитра в другом и эксперта в третьем. Совмещение функций относится к практике одновременного выполнения функций адвоката и арбитра в двух или более делах, что вызывает серьезные сомнения в возможности справедливого рассмотрения дел. Например, юрист выступает от имени клиента за широкое, благоприятное для инвестора толкование косвенной экспроприации в одном деле УСИГ, но решает тот же правовой вопрос в качестве арбитра в другом деле УСИГ, что приводит к созданию очевидного конфликта интересов.

29. Большинство арбитров не обладают знаниями в области прав человека и экологического права. До сих пор не было серьезных попыток учета уникальных особенностей экологической проблематики в арбитражном процессе. Например, в 2001 году Постоянная палата третейского суда опубликовала специализированный регламент, предназначенный для рассмотрения экологических споров, и списки специализированных экологических арбитров, ученых и технических экспертов⁴⁵. Однако и специализированные правила, и назначение специализированных лиц являются факультативными и на практике используются редко.

Г. Предвзятое отношение в пользу инвесторов приводит к вынесению решений о высоких суммах компенсаций

30. Мнение о том, что трибуналы УСИГ отличаются предвзятостью в пользу инвесторов, подтверждается значительным количеством фактов. Ярким примером такого предвзятого отношения является то, что при расчете компенсации трибуналы по УСИГ используют непоследовательные подходы, расходящиеся с общепринятыми принципами международного права и противоречащие подходам, обычно применяемым национальными судами⁴⁶. Например, в двух делах по УСИГ, связанных с разработкой месторождений, предложенных иностранными инвесторами, но не одобренных государствами, трибуналы использовали разные методы оценки и пришли к совершенно разным выводам. По решению трибунала, использовавшего метод дисконтирования денежных потоков, Пакистан должен выплатить компании «Тетиан Коппер» 4,1 миллиарда долларов США (с учетом процентов сумма компенсации составила 5,8 миллиарда долларов США), несмотря на то, что невозвратные затраты инвестора составили всего 300 миллионов долларов США⁴⁷. По решению трибунала Перу должна выплатить компании «Бер Крик» 18 миллионов долларов США, исходя из более

⁴⁴ Malcolm Langford, Daniel Behn and Runar Hilleren Lie, “The revolving door in international investment arbitration”, *Journal of International Economic Law*, vol. 20, No. 2 (June 2017).

⁴⁵ См. https://docs.pca-cpa.org/2016/01/Optional-Rules-for-Arbitration-of-Disputes-Relating-to-the-Environment-and_or-Natural-Resources.pdf; и <https://pca-cpa.org/en/about/structure/panels-of-arbitrators-and-experts-for-environmental-disputes/>.

⁴⁶ Jonathan Bonnitcha and Sarah Brewin, “Compensation under investment treaties” Best Practices Series (Winnipeg, International Institute for Sustainable Development, 23 November 2020).

⁴⁷ Toni Marzal, “Against DCF valuation in ISDS: on the inflation of awards and the need to rethink the calculation of compensation for the loss of future profits”, *EJIL:Talk!*, blog of the European Journal of International Law, 26 January 2021.

консервативного метода учета затрат, который отражает фактические расходы инвестора. Широко применяемый арбитражными трибуналами метод дисконтирования денежных потоков основан на предположительных, зачастую завышенных прогнозах ожидаемых будущих доходов в течение всего срока службы инвестиций, что приводит к чрезмерно высоким суммам компенсации⁴⁸.

31. Обзор всех опубликованных дел по УСИГ, рассмотренных по существу в период с 1987 по 2017 год, показал, что 61 процент дел решается в пользу инвесторов, причём средний размер компенсации составляет 504 миллиона долларов США (без учета мировых соглашений, которые часто оказываются выгодными для инвесторов)⁴⁹. Иностранцам инвесторам вряд ли удастся добиться получения таких колоссальных сумм в национальных судах. Национальные суды как в гражданском, так и в общем праве присуждают возмещение убытков как механизм возвращения потерпевшей стороны в то положение, в котором она находилась бы, если бы правонарушение не имело места, что ограничивает размер присуждаемых сумм.

32. Вынесение крупных решений по УСИГ может оказаться губительным для государств-ответчиков в финансовом отношении, что негативно сказывается на их способности выделять необходимый максимум ресурсов на выполнение своих обязательств в области прав человека. Средства, направляемые на защиту от исков иностранных инвесторов, а также средства, используемые для выплат по мировым соглашениям и решениям о компенсации, выделяются из государственных бюджетов за счет средств, предназначенных для других приоритетов, включая здравоохранение, образование, охрану окружающей среды и борьбу с изменением климата. Ярким примером служит вышеупомянутое дело Компания «Тетиан Коппер» против Пакистана, по которому было вынесено решение о выплате 5,8 миллиарда долларов США⁵⁰. Масштабы этой выплаты можно сравнить с грантами и займами, полученными Пакистаном в 2022 году после катастрофических климатических наводнений, охвативших треть территории страны и затронувших десятки миллионов человек⁵¹. Пакистан ходатайствовал о приостановлении исполнения арбитражного решения, мотивируя это тем, что принуждение к выплате немедленно и потенциально разрушительно скажется на хрупкой экономике Пакистана и приведет к остановке финансирования программ здравоохранения, социальной защиты и социального обеспечения, что будет иметь катастрофические последствия для населения Пакистана, особенно для наиболее обездоленных и уязвимых слоев населения⁵². Поскольку проценты начислялись таким образом, что в 2022 году сумма арбитражного решения составила 11 миллиардов долларов США, правительство Пакистана пошло на уступки и разрешило строительство рудника⁵³.

⁴⁸ См. NERA Economic Consulting, “The discounted cash flow method of valuing damages in arbitration”, Lexology, 27 April 2020.

⁴⁹ UNCTAD, “Investor-State dispute settlement: review of developments in 2017”, IIA Issues Note, No. 2, June 2018.

⁵⁰ *Tethyan Copper v. Pakistan*, ICSID, Case No. ARB/12/1.

⁵¹ Ijaz Nabi, “Responding to Pakistan floods”, Brookings Blogs, 10 February 2023. См. также Tanupriya Singh, “\$10 billion in aid has been promised to Pakistan’s flood survivors but many questions remain”, Peoples Dispatch, 23 January 2023.

⁵² *Tethyan Copper v. Pakistan*, Decision on stay of enforcement of the award, 17 September 2020, para. 143.

⁵³ Sadiksha Waiba, “Imran Khan’s Reko Diq deal is malicious for Balochistan”, Bilaterals.org, 11 April 2022.

Г. Непоследовательность и несогласованность

33. Международные арбитражные трибуналы считают себя не ограниченными ни внутренним законодательством, ни международным правом прав человека, ни международным экологическим правом, ни решениями других трибуналов, даже в делах, касающихся аналогичных фактических или правовых вопросов. В результате сложилась непоследовательная, непредсказуемая и зачастую несогласованная судебная практика, из-за которой возникает большая неопределенность, чреватая колоссальными последствиями для прав человека и окружающей среды. Вследствие такой неопределенности государства не могут точно определить, какие действия, политика или другие меры могут повлечь за собой подачу против них иска в рамках УСИГ. Трибуналы выносят решения, противоречащие толкованию обеих сторон двустороннего инвестиционного договора, что подрывает суверенитет государств⁵⁴.

34. Арбитры склонны рассматривать МИС как автономный режим, превалирующий над другими режимами регулирования, отдавать приоритет таким целям, как поощрение инвестиций, защита инвестиций и повышение экономической конкурентоспособности, и не принимать во внимание важные контекстуальные факторы, в частности обоснование государствами необходимости принятия мер по борьбе с изменением климата, защите прав человека и охране окружающей среды (A/76/238, пункт 17). Решение трибунала, как правило, не обжалуется, что подрывает доверие к нему, особенно при наличии серьезных фактических или юридических ошибок. На совещании по реформированию международных инвестиционных договоров представитель Германии заявил, что отсутствие последовательности и согласованности в решениях по УСИГ «требует неотложного систематического пересмотра системы»⁵⁵.

Н. Игра с системой

35. Многие юридические фирмы призывают своих клиентов задумываться о подаче исков в рамках УСИГ в ответ на действия государств по борьбе с изменением климата и защите окружающей среды⁵⁶. Один из известных юристов, специализирующихся на арбитраже, признал, что УСИГ, несомненно, оказывает замедляющее воздействие на осуществление всех видов программ, а «арбитраж между инвесторами и государством — это самое серьезное орудие инвесторов»⁵⁷. По мнению другого юриста, занимающегося вопросами международного арбитража, «даже одной угрозы такого иска достаточно, чтобы остановить или повернуть вспять [природоохранные] усилия принимающих государств». Он также отметил, что «в силу структурных недостатков в процедуре рассмотрения этих споров, легкости приведения в исполнение вынесенных решений, а также масштабов этих решений по отношению к финансовым ресурсам принимающей страны, угрозы могут быть весьма эффективными, даже если у них нет юридической основы»⁵⁸.

36. Иностранные инвесторы и юридические фирмы используют творческий подход к реализации колоссальных возможностей УСИГ в МИС. Например,

⁵⁴ См. *Eco Oro v. Colombia*, Non-disputing party submission of Canada.

⁵⁵ United Nations Commission on International Trade Law (UNCITRAL), Working Group III (Investor-State Dispute Settlement Reform), 34th session, 27 November-1 December 2017.

⁵⁶ См., например, www.jonesday.com/en/insights/2022/02/climate-change-and-investor-state-dispute-settlement.

⁵⁷ Baldon Avocats, 2022, Summary Note on Regulatory Chill, p. 21. URL: www.ft.com/content/b02ae9da-feae-4120-9db9-fa6341f661ab.

⁵⁸ Ibid., p. 24.

часто иностранные инвесторы, расположенные в государстве А, у которого нет МИС с государством В, куда предполагается направлять инвестиции, регистрируют соответствующее предприятие в государстве С, у которого есть МИС с государством В. Иностранный инвестор может почти не привлекать сотрудников и не осуществлять никакой деятельности в государстве С, но лишь благодаря регистрации предприятия в этом государстве он получает возможность пользоваться преимуществами МИС с этим государством. Арбитражные трибуналы регулярно разрешают этим «компаниям-почтовым ящикам» подавать иски в рамках УСИГ. Например, по оценкам, в рамках нидерландских инвестиционных соглашений инвесторы, расположенные в других государствах и использующие компании-почтовые ящики в Королевстве Нидерландов, подали иски по УСИГ на сумму более 100 миллиардов долларов США⁵⁹. Недавний иск по УСИГ против Перу служит иллюстрацией этой проблемы, поскольку иностранный инвестор, опирающийся на двусторонний инвестиционный договор между Королевством Нидерландов и Перу, представляет собой дочернюю компанию японской корпорации, у которой в Королевстве Нидерландов работает только один сотрудник⁶⁰.

37. В результате выплат огромных сумм компенсаций по искам в рамках УСИГ за последнее десятилетие юридические фирмы и компании венчурного капитала стали финансировать иски по УСИГ, которые в противном случае иностранные инвесторы не стали бы подавать. Финансирование подачи исков третьими сторонами приводит к росту числа исков, связанных с добычей полезных ископаемых и ископаемых видов топлива, поскольку в этом случае снижаются риски и затраты иностранных инвесторов на возбуждение таких дел⁶¹.

I. Оговорки о сохранении действия

38. Из-за оговорок о сохранении действия, иногда называемых оговорками об ограничении срока действия, МИС продолжают защищать инвестиции в течение определенного периода времени даже после прекращения действия соглашения одной или несколькими сторонами. Оговорки о сохранении действия могут быть рассчитаны на срок до 20 лет, в результате чего государства оказываются связанными обязательствами, при которых не учитываются изменения в политической, экономической, научной и экологической ситуации. Это обстоятельство вызывает серьезную тревогу в контексте чрезвычайных климатических ситуаций.

39. Например, оговорка о сохранении действия в Договоре к Энергетической хартии⁶² распространяется на 20-летний период (статья 47 3)). В 2015 году Италия объявила о выходе из Договора, а в 2016 году перестала быть его участником. В соответствии с оговоркой о сохранении действия, иски в рамках УСИГ, связанные с инвестициями, осуществленными до выхода Италии из Договора, можно подавать до 2036 года. После выхода из Договора Италия столкнулась с многочисленными исками с требованием возмещения ущерба на сотни

⁵⁹ Roos van Os, "Fifty years of ISDS: more than \$US 100 billion claimed via the Netherlands", Centre for Research on Multilateral Corporations (SOMO), 13 January 2018. URL: www.somo.nl/fifty-years-of-isds-more-than-us-100-billion-claimed-via-the-netherlands/.

⁶⁰ *SMM Cerro Verde Netherlands v. Peru*, International Centre for Settlement of Investment Disputes, Case No. ARB/20/14.

⁶¹ Brooke Guven and Lise Johnson, "The policy implications of third-party funding in investor-State dispute settlement" (Columbia Center on Sustainable Investment, May 2019).

⁶² United Nations, *Treaty Series*, vol. 2080, No. 36116.

миллионов долларов США⁶³. В 2017 году в рамках борьбы с климатическим кризисом правительство Италии запретило бурение нефтяных скважин в пределах 12 миль от береговой линии. Британская нефтяная компания «Рокхоппер» подала иск в рамках УСИГ, поскольку введение запрета помешало реализации запланированного ею проекта бурения морских нефтяных скважин. Италия проиграла дело и была обязана выплатить компании «Рокхоппер» 290 миллионов долларов США в качестве компенсации⁶⁴. Сумма компенсации была рассчитана с использованием метода дисконтированных денежных потоков и примерно в шесть раз превышает объем инвестиций компании «Рокхоппер». Компания «Рокхоппер» объявила о том, что она намерена использовать эту непредвиденную выплату из государственных средств Италии для финансирования нефте-разведочных работ у побережья Фолклендских (Мальвинских) островов^{65, 66}.

III. Последствия для окружающей среды и прав человека

40. Сотни исков в рамках УСИГ касаются действующих или предлагаемых проектов, противоречащих принципам устойчивого развития из-за их негативных последствий для окружающей среды и прав человека. Общественное противодействие неустойчивому развитию, включая протесты коренных народов, местных общин, экологических правозащитников и гражданского общества, оказывает давление на правительства с целью регулирования, отклонения или закрытия таких проектов. В качестве примера можно привести рудники в Австралии, Гватемале, Колумбии, Коста-Рике, Мексике, Пакистане, Перу, Сальвадоре, Северной Македонии, Сербии и Турции; угольные электростанции в Германии и Королевстве Нидерландов, гидроразрыв в Словении, разведку нефти на шельфе в Италии и проекты по добыче ископаемых видов топлива в Канаде, Словакии, Тунисе и США.

41. В последние годы УСИГ из средства защиты от незаконных действий государства превратилось в орудие запугивания правительств со стороны инвесторов, стремящихся получить непредвиденную прибыль. Принцип «загрязнитель платит», широко принятый в международном экологическом праве, теперь используется с точностью до наоборот: платят загрязнителям. Из 12 крупнейших на сегодняшний день решений по УСИГ 11 связаны с делами, возбужденными инвесторами в сектор ископаемого топлива и полезных ископаемых (см. приложение I⁶⁷). Общая сумма компенсаций только по этим 12 делам составляет более 95 миллиардов долларов США, хотя инвесторы требовали компенсации по этим делам на сумму более 200 миллиардов долларов США. Если рассматривать эту колоссальную цифру в контексте, то компенсации суммой 95 миллиардов долларов США, подлежащие выплате по двенадцати делам в рамках УСИГ, вероятно, превышают общую сумму компенсаций, присужденных жертвам

⁶³ Nathalie Bernasconi-Osterwalder, “Energy Charter Treaty reform: why withdrawal is an option”, *Investment Treaty News* (International Institute for Sustainable Development, 24 June 2021). URL: www.iisd.org/itn/en/2021/06/24/energy-charter-treaty-reform-why-withdrawal-is-an-option/.

⁶⁴ Arthur Nelson, “Oil firm Rockhopper wins £210m payout after being banned from drilling”, *The Guardian*, 24 August 2022. URL: www.theguardian.com/business/2022/aug/24/oil-firm-rockhopper-wins-210m-payout-after-being-banned-from-drilling.

⁶⁵ Между правительством Аргентины и правительством Соединенного Королевства Великобритании и Северной Ирландии существует спор по поводу суверенитета над Фолклендскими (Мальвинскими) островами.

⁶⁶ См. <https://rockhopperexploration.co.uk/2022/08/successful-arbitration-outcome/>.

⁶⁷ URL: www.ohchr.org/en/special-procedures/sr-environment/annual-thematic-reports.

нарушений прав человека согласно решениям всех судов во всех государствах мира за все время.

42. Размеры выплат по решениям в рамках УСИГ стремительно увеличиваются. В результате проведения всестороннего анализа опубликованных судебных решений за период с 1990 по 2020 год выяснилось, что в период с 1990 по 1999 год было вынесено шесть решений со средней суммой компенсации 3,8 миллиона долларов США, в период с 2000 по 2009 год — 51 решение со средней суммой компенсации 67,1 миллиона долларов США, а в период с 2010 по 2019 год — 142 решения со средней суммой компенсации 246,1 миллиона долларов США (без учета трех решений по делу Российской Федерации и «НК «Юкос» с суммой компенсации 50 миллиардов долларов США)⁶⁸. Правительства тратят в среднем 5 миллионов долларов США на защиту по искам в рамках УСИГ, даже в случае вынесения решений в их пользу⁶⁹.

43. Некоторые государства продолжают отрицать факт ответственности, вызванной исками в рамках УСИГ, оспаривающими законные действия по борьбе с изменением климата и защите окружающей среды. Например, Швейцария утверждает, что «государство не обязано компенсировать ущерб за меры, принятые для борьбы с изменением климата, при условии, что они соразмерны и недискриминационны»⁷⁰. Прямо противоположное мнение принадлежит ОЭСР, согласно которому «некоторые из первых недискриминационных программ правительств стран ОЭСР, направленных на постепенный отказ от использования угля, привели к подаче серьезных исков в рамках УСИГ или многомиллиардным компенсациям, как сообщается, частично в обмен на снятие претензий»⁷¹.

44. В то время как для иностранных инвесторов УСИГ является мощным инструментом, для разработки, внедрения и обеспечения соблюдения экологического законодательства, нормативных актов, политики и разрешительных решений, необходимых для преодоления планетарного кризиса, этот процесс превратился в катастрофу. В большинстве МИС не упоминаются обязательства государств по осуществлению мер, направленных на решение проблем изменения климата, утраты биоразнообразия, загрязнения окружающей среды, нехватки воды или деградации земель. Иностранные инвесторы используют иски в рамках УСИГ, чтобы поставить государства в проигрышное положение: либо они выдают разрешения на экологически опасные проекты, либо не выдают и несут непомерные обязательства, исчисляемые сотнями миллионов и даже миллиардами долларов.

45. Это вызывает глубокую обеспокоенность в контексте чрезвычайной ситуации в области климата, поскольку компании, добывающие ископаемые виды топлива, используют иски в рамках УСИГ и угрозу их подачи для агрессивного блокирования действий по борьбе с изменением климата или получения компенсаций колоссальных размеров. В Парижском соглашении государства обязались обеспечивать соответствие финансовых потоков пути к снижению выбросов парниковых газов и климатоустойчивому развитию (статья 2.1с). Однако в настоящее время под действие положений УСИГ подпадают более 10 000 активов в секторе ископаемого топлива, в том числе три четверти угольных электростанций, находящихся в иностранной собственности, что создает угрозу того,

⁶⁸ Jonathan Bonnitcha and others, “Damages and ISDS reform: between procedure and substance”, *Journal of International Dispute Settlement*, vol. 14, No. 2 (June 2023).

⁶⁹ Matthew Hodgson, Yarik Kryvoi and Daniel Hrecka, *Empirical Study: Costs, Damages and Duration in Investor-State Arbitration* (British Institute of International and Comparative Law, June 2021).

⁷⁰ Материалы, предоставленные Швейцарией.

⁷¹ OECD, *Investment treaties and climate change*, para. 32.

что государства могут не решиться на своевременный отказ от использования угля⁷². Государства сталкиваются с изнурительными, а иногда и парализующими противоречиями между выполнением своих обязательств по Парижскому соглашению и выполнением обязательств по МИС перед иностранными инвесторами в сектор ископаемого топлива.

46. В своем шестом докладе по итогам оценки Межправительственная группа экспертов по изменению климата признала, что МИС, особенно Договор к Энергетической хартии, ограничивают возможности государств по принятию амбициозной политики, необходимой для борьбы с изменением климата⁷³. На основании Договора, вступившего в силу в 1998 году, для 55 государств Европы и Азии создана многосторонняя основа сотрудничества в области энергетики. Несмотря на то, что более чем на 100 страницах Договора предусмотрена надежная защита инвестиций в ископаемые виды топлива, принадлежащие иностранным компаниям, в документе ничего не говорится о правах человека. В последнее время наблюдается бурный рост числа исков в рамках УСИГ, поданных инвесторами в сектор ископаемого топлива, которые утверждают, что климатические меры нарушают их права в соответствии с Договором к Энергетической хартии и другими МИС (см. приложение II⁷⁴). Очевидный приоритет ископаемых видов топлива над действиями по борьбе с изменением климата и правами человека привел к необходимости прекращения действия Договора (A/77/226, п. 90).

47. В связи с политикой Испании в области энергетического перехода против нее было подано более 50 исков в рамках УСИГ с требованием компенсации на общую сумму более 11 миллиардов долларов США. Испания выразила обеспокоенность по поводу сильного влияния УСИГ на состояние государственной казны и заявила, что УСИГ «препятствует продвижению государствами политики энергетического перехода из-за страха быть привлеченными к суду иностранным инвестором»⁷⁵.

48. Растущее число и масштабы исков в рамках УСИГ приводят к задержке перехода к экологически чистой энергетике и росту затрат, зачастую в пользу тех самых корпораций, которые и несут ответственность за возникновение климатического кризиса. Выплата компенсаций корпорациям, добывающим ископаемые виды топлива, за действия, способствующие усугублению климатической катастрофы, является порочной, особенно в свете их огромных прибылей и явного отсутствия компенсации жертвам климатического кризиса за понесенные ими разрушительные потери и убытки.

A. Нормативный застой

49. Нормативный застой возникает, когда государство в ответ на потенциально высокие издержки, связанные с предполагаемыми или реальными угрозами арбитража в рамках УСИГ, отменяет, отзывает, ослабляет или не обеспечивает соблюдение законных мер регулирования, направленных на преодоление климатического кризиса, защиту окружающей среды или соблюдение прав человека. Межправительственная группа экспертов по изменению климата недавно

⁷² Kyla Tienhaara and Lorenzo Cotula, “Raising the cost of climate action? Investor-state dispute settlement and compensation for stranded fossil fuel assets” (International Institute for Environment and Development, October 2020).

⁷³ Intergovernmental Panel on Climate Change, *Climate Change 2022: Mitigation of Climate Change – Contribution of Working Group III to the Sixth Assessment Report of the Intergovernmental Panel on Climate Change*.

⁷⁴ URL: www.ohchr.org/en/special-procedures/sr-environment/annual-thematic-reports.

⁷⁵ Материалы, предоставленные Испанией.

подтвердила, что нормативный застой, вызванный угрозой исков в рамках УСИГ, выступает препятствием для действий по борьбе с изменением климата⁷⁶. Юридическая фирма, консультирующая иностранных инвесторов, отметила, что «на каждое дело между инвестором и государством, доведенное до конца, приходится несколько случаев, когда компании используют МИС в качестве рычага для переговоров с правительством принимающей страны и заставляют его изменить свое поведение быстрее и с меньшими затратами»⁷⁷.

50. Новая Зеландия, Дания и Франция отказались от масштабных мер по борьбе с изменением климата из-за опасений, связанных с УСИГ. В 2018 году Новая Зеландия запретила новую морскую нефтеразведку, но не отменила действующие разрешения на морскую добычу нефти и оставила возможность для новой наземной нефтеразработки. Новая Зеландия решила отказаться от дальнейших действий из-за опасности возникновения затратных исков в рамках УСИГ⁷⁸. Дания установила срок отказа от добычи нефти и газа до 2050 года, что коснулось только одного лицензионного соглашения по ископаемым видам топлива. Дания не установила более ранний срок — 2030 или 2040 год, — поскольку из-за исков в рамках УСИГ стране пришлось бы выплачивать «чрезвычайно высокую» компенсацию иностранным компаниям, добывающим ископаемые виды топлива⁷⁹. В 2017 году, после того как Франция объявила о смелых планах полностью отказаться от добычи ископаемых видов топлива к 2040 году, канадская корпорация «Вермилион», крупнейший производитель нефти во Франции, пригрозила государству арбитражным иском на миллиард долларов. В ответ Франция ввела более мягкие и гораздо менее масштабные нормативные требования⁸⁰.

51. Климатическая политика — не единственное направление деятельности государств, испытывающее на себе замедляющее действие исков по УСИГ. В Армении проект по добыче золота «Амулсар», принадлежащий компании «Лидиан Интернешнл» и одобренный правительством в 2019 году, был временно остановлен государством после громких протестов по поводу воздействия проекта на окружающую среду, особенно из-за кислотного дренажа шахт. Дочерние компании «Лидиан» в Великобритании и Канаде пригрозили разбирательством в рамках УСИГ⁸¹. В результате этих угроз правительство было вынуждено разрешить возобновить работу шахты. Аналогичным образом, когда люди, проживающие вблизи золотодобывающей шахты «Чатри» в Таиланде, подняли тревогу по поводу высокого содержания мышьяка и марганца в их крови, государство распорядилось закрыть шахту до проведения дополнительных исследований. Австралийская горнодобывающая компания «Кингстейт» подала иск в рамках УСИГ, в результате чего Таиланд изменил свою позицию и разрешил возобновить работу рудника⁸². В Индонезии был принят закон, ограничивающий добычу полезных ископаемых открытым способом в охраняемых лесных зонах из-за

⁷⁶ Intergovernmental Panel on Climate Change, *Climate Change 2022: Mitigation of Climate Change*.

⁷⁷ Crowell and Moring, “How mining companies can mitigate risks and protect their investments, part I: international investment agreements” (*Mining Law Monitor*, Winter 2014).

⁷⁸ Elizabeth Meager, “COP26 targets pushed back under threat of being sued”, *Capital Monitor*, 14 January 2020. URL: <https://capitalmonitor.ai/institution/government/cop26-ambitions-at-risk-from-energy-charter-treaty-lawsuits/>.

⁷⁹ Ibid.

⁸⁰ *Le Monde*, 4 September 2018. URL: https://www.lemonde.fr/accord-commercial-europe-canada-ceta/article/2018/09/04/comment-la-menace-d-arbitrage-a-permis-aux-lobbys-de-detricoter-la-loi-hulot_6005132_4998347.html.

⁸¹ См. www.lydianarmenia.am/index.php?m=newsOne&lang=eng&nid=217.

⁸² “Toxic mine to re-open after Australian gold miner sues Thai Government”, *Bilaterals.org*, 15 February 2022.

угрозы водоснабжению и водным экосистемам⁸³. Иностранные горнодобывающие компании, деятельность которых была затронута этим законом, пригрозили исками в рамках УСИГ. В ответ правительство разрешило 13 компаниям продолжать добычу полезных ископаемых в охраняемых лесах⁸⁴. Совсем недавно Сербия выразила опасения по поводу того, что страна может столкнуться с иском иностранного инвестора в рамках УСИГ, если не одобрит строительство крупного литиевого рудника⁸⁵.

52. С нормативным застоём связана чрезмерная компенсация, предоставляемая иностранным инвесторам с целью предотвращения исков в рамках УСИГ. Например, две компании, добывающие и сжигающие бурый уголь (самый грязный вид угля) в Германии, «РВЕ» и «ЛЕАГ», получили более 4,5 миллиарда долларов США в качестве компенсации за прекращение производства электроэнергии из угля к 2038 году⁸⁶. Более того, если Германия ускорит процесс отказа от угля, что, вероятно, необходимо для выполнения обязательств по Парижскому соглашению, то уровень компенсации увеличится. Министерство финансов Германии в 2019 году предупредило Ведомство федерального канцлера, что регулирование постепенного отказа от угля приведет к «повышенному риску судебных разбирательств, особенно международных, на основе Договора к Энергетической хартии»⁸⁷. Министр Королевства Нидерландов, отвечая на вопрос об ускорении вывода из эксплуатации угольных электростанций, заявил, что «дальнейшее вмешательство в угольный сектор сопряжено с серьезными юридическими рисками»⁸⁸. Представители правительства Канады признали, что опасения по поводу УСИГ обусловили политику правительства⁸⁹.

V. Последствия в области прав человека

53. В МИС практически не учитываются права человека (см. A/76/238). Помимо многих других прав УСИГ касается права на жизнь, здоровье, питание, воду и здоровую окружающую среду. Десятки исков в рамках УСИГ были направлены против государственной политики или решений, нацеленных на соблюдение и защиту прав коренных народов, права на здоровье, права на доступ к воде и права на здоровую окружающую среду. В документе «Руководящие принципы предпринимательской деятельности в аспекте прав человека: осуществление рамок Организации Объединенных Наций, касающихся “защиты, соблюдения и средств правовой защиты”» подчеркивается, что государства должны сохранять достаточное пространство для проведения внутренней политики в целях выполнения своих обязательств в области прав человека при достижении связанных с бизнесом политических целей с другими государствами или предприятиями, например, в рамках инвестиционных договоров или контрактов (A/HRC/17/31, принцип 9). В рамочных принципах по правам человека

⁸³ URL: <https://www.ecolex.org/details/legislation/forestry-act-no-41-of-1999-lex-faoc036649/>.

⁸⁴ Kyla Tienhaara, “Regulatory chill and the threat of arbitration: a view from political science” in *Evolution in Investment Treaty Law and Arbitration*, Chester Brown and Kate Miles, eds. (Cambridge University Press, 2011).

⁸⁵ Ekapija, “Is Serbia obliged to Rio Tinto? Contradictory statements from Government confuse public”, 30 December 2021. URL: www.ekapija.com/en/news/3534883/is-serbia-obliged-to-rio-tinto-contradictory-statements-from-government-confuse-public.

⁸⁶ Fabian Flues, “Coal ransom: how the Energy Charter Treaty drove up the costs of the German coal phase-out” (PowerShift and others, 22 April 2022).

⁸⁷ См. <https://www.ft.com/content/b02ae9da-feae-4120-9db9-fa6341f661ab>.

⁸⁸ Baldon Avocats, 2022, *Summary Note on Regulatory Chill*, p. 25.

⁸⁹ Gus Van Harten and Dayna Nadine Scott, “Investment treaties and the internal vetting of regulatory proposals: a case study from Canada”, *Journal of Investment Dispute Settlement*, vol. 7, No. 1, (March 2016).

и окружающей среде подтверждается, что государства должны обеспечивать, чтобы соглашения, способствующие международной торговле и инвестициям, скорее способствовали, чем препятствовали способности государств соблюдать, защищать и осуществлять права человека и обеспечивать безопасную, чистую, здоровую и устойчивую окружающую среду (A/HRC/37/59, принцип 13, п. 39).

54. Многие из проектов, по которым поданы иски в рамках УСИГ, являются или будут являться препятствием для реализации права населения на экологически чистую, здоровую и устойчивую окружающую среду, которое подразумевает чистый воздух, безопасную воду в достаточном количестве, здоровые и производимые на устойчивой основе продукты питания, нетоксичную окружающую среду, здоровое биоразнообразие и экосистемы, а также безопасный климат. Выбросы угольных электростанций — это один из основных источников загрязнения атмосферы, однако Германии и Королевству Нидерландов грозят многомиллиардные выплаты в связи с принятием решений о постепенном отказе от использования угольной электроэнергии. Американская корпорация «Доу Ран» эксплуатировала печально известный медеплавильный завод «Ла Оройя» в Перу, что привело к масштабному загрязнению воздуха, в результате которого отравилась община и дети в ней. Однако вместо того, чтобы заплатить за загрязнение окружающей среды при попытке Перу ввести более жесткие экологические стандарты, компания «Доу Ран» подала два иска в рамках УСИГ в связи с якобы несправедливым и неравноправным обращением⁹⁰.

55. Крупные горнодобывающие проекты в Азии, Африке, Европе и Латинской Америке представляют угрозу для качества воды, однако действия государства по обеспечению безопасности водных ресурсов приводят к подаче исков в рамках УСИГ со стороны иностранных инвесторов, расположенных в странах глобального Севера и требующих компенсации в размере миллиардов долларов США. Словакия получила иск от иностранного инвестора в рамках дела по УСИГ в отношении предполагаемого экспорта воды наливом, признанного незаконным в результате принятия поправки к конституции⁹¹.

56. Биоразнообразие, и без того стремительно сокращающееся, оказывается под еще большей угрозой из-за исков в рамках УСИГ, направленных на продвижение проектов, приводящих к деградации экосистем и наносящих ущерб дикой природе. Шведская корпорация выиграла иск против Объединенной Республики Танзания в размере 165 миллионов долларов США после того, как государство остановило предложенное строительство биоэнергетического завода, в результате которого тысячи людей были бы вынуждены покинуть свои дома, а слоны, бегемоты и жирафы в национальном парке оказались бы в опасности⁹². Из-за более чем 50 исков в рамках УСИГ, связанных с промышленной деятельностью в океане, в опасности находятся морские экосистемы⁹³.

57. Безопасный климат находится в опасности из-за продолжения функционирования проектов по добыче ископаемых видов топлива, а также разведки дополнительных запасов угля, нефти и газа и расширения инфраструктуры, связанной с добычей ископаемых видов топлива. Иностранные инвесторы уже использовали иски в рамках УСИГ или угрозу их подачи для оспаривания действий правительств по ограничению или постепенному прекращению разведки,

⁹⁰ *Renco v. Peru (I)*, International Centre for Settlement of Investment Disputes, Case No. UNCT/13/1; and *Renco v. Peru II*, Permanent Court of Arbitration, Case No. 2019-46.

⁹¹ *Muszynianka v. Slovakia*, Permanent Court of Arbitration, Case No. 2017-08.

⁹² Kizito Makoye, “Villagers spared eviction as Tanzania halts \$500 million energy project to save wildlife”, Reuters, 6 June 2016.

⁹³ Материалы, предоставленные One Ocean Hub и the International Institute for Environment and Development.

добычи или использования ископаемого топлива в Германии, Дании, Италии, Канаде, Королевстве Нидерландов, Новой Зеландии, Словакии, Словении, США, Франции и Эквадоре. Наглядным примером требования абсурдных компенсаций является случай, когда иностранный инвестор, потративший 20 миллионов долларов США на приобретение лицензий на разведку нефти и газа в Словакии, не прошел процедуру оценки воздействия на окружающую среду и потребовал возмещения ущерба в размере 2 миллиардов долларов США⁹⁴. Корпорации, занимающиеся добычей ископаемых видов топлива, также используют механизм УСИГ, пытаясь избежать повышения налогов⁹⁵.

58. Многие иностранные инвесторы, проекты которых становятся причиной серьезных климатических и экологических последствий, игнорируют права коренных общин на свободное, предварительное и осознанное согласие, не проводят консультаций с другими заинтересованными общинами, не соблюдают законы об оценке воздействия на окружающую среду и сокращают гражданское пространство. Экологические правозащитники часто выступают против иностранных инвестиционных проектов из-за их негативного воздействия на окружающую среду, средства к существованию и культуру, а также из-за того, что процессы одобрения не позволяют устранить это воздействие. Защитники часто работают в ущерб себе, сталкиваясь с запугиванием, насилием и криминализацией.

59. Многие эксперты Организации Объединенных Наций предупреждали о рисках, которые представляют собой МИС для реализации прав человека⁹⁶. Несколько специальных докладчиков призвали к ликвидации механизмов УСИГ⁹⁷. Эксперты Бостонского университета отдельно предупредили, что «УСИГ представляет собой значительную угрозу праву человека на чистую, здоровую и устойчивую окружающую среду»⁹⁸. Государства часто защищаются от исков в рамках УСИГ, объясняя, что их действия были необходимы для соблюдения, защиты и выполнения обязательств в области прав человека. Колумбия, Коста-Рика, Сальвадор и Эквадор утверждали, что их отказ разрешить открытие или продолжение работы рудников связан с обязательством государств защищать право на здоровую окружающую среду. Трибуналы часто отклоняли эти аргументы в пользу прав человека. Мексика проиграла дело по УСИГ после отмены разрешения на строительство завода, деятельность которого была сопряжена с производством опасных отходов, в связи с нарушением конституционного права на здоровую окружающую среду. Трибунал отклонил это обоснование при присуждении компенсации иностранному инвестору⁹⁹.

60. Редки случаи, когда арбитражные трибуналы уделяют серьезное внимание проблемам прав человека. В двух делах, касающихся иностранных инвесторов, заключивших контракты на поставку питьевой воды, арбитражные трибуналы постановили, что Аргентина должна соблюдать как обязательства по инвестиционным договорам, так и обязательства в области прав человека¹⁰⁰. Однако при

⁹⁴ *Discovery Global v. Slovakia*, ICSID, Case No. ARB/21/51.

⁹⁵ *Burlington Resources v. Ecuador*, ICSID, Case No. ARB/08/5, Decision on liability, 14 December 2012.

⁹⁶ E/CN.4/Sub.2/2003/9, A/HRC/19/59/Add.5, A/70/301, A/72/208, пункты 18, 19 и 47, A/77/226, пункты 5 и 90, A/77/284, пункт 62, A/HRC/42/38, пункт 168, A/HRC/41/39 и A/HRC/41/39/Corr.1, A/77/549 и A/HRC/EMRTD/5/CRP.2.

⁹⁷ A/77/226, пункт 90, A/77/284, пункт 80 j), A/HRC/36/40, пункт 91, и A/HRC/33/42.

⁹⁸ Материалы, предоставленные Бостонским университетом.

⁹⁹ *Abengoa y COFIDES v. Mexico*, ICSID, Case No. ARB(AF)/09/2.

¹⁰⁰ *Suez and Interagua v Argentina*, ICSID, Case No. ARB/03/17, Decision on liability, para. 240, and *Suez and Vivendi v Argentina (II)*, ICSID, Case No. ARB/03/19, Decision on liability, para. 262.

рассмотрении другого дела, связанного с Аргентиной, был сделан вывод о том, что «право человека на воду влечет за собой обязанность соблюдения со стороны государства, но не предусматривает обязанности исполнения со стороны какой-либо компании, предоставляющей требуемую по договору услугу»¹⁰¹.

IV. Усилия по реформированию системы урегулирования споров между инвесторами и государствами

61. Система МИС, особенно процесс УСИГ, все чаще становится объектом критики. Государства пытаются реагировать посредством включения элементов устойчивого развития в новые и пересматриваемые договоры с помощью положений, призванных упростить регулятивное пространство государств и решить проблемы ответственности инвесторов, связанные с окружающей средой, изменением климата и правами человека (A/76/238, п. 9). Например, в двустороннем инвестиционном договоре между Австралией и Великобританией (2021 год) признается право каждого государства «устанавливать свои собственные уровни внутренней охраны окружающей среды и свои собственные приоритеты в отношении окружающей среды, включая изменение климата, и разрабатывать, принимать или изменять свои законы и политику в области охраны окружающей среды соответствующим образом»¹⁰². В двустороннем инвестиционном договоре между Грузией и Японией от 2021 года отдельно оговаривается, что недискриминационные регулирующие действия государства, направленные на защиту окружающей среды, не считаются экспроприацией¹⁰³.

62. Эти реформы вряд ли увенчаются успехом в деле обеспечения справедливого и устойчивого развития. Неоднозначное дело «Эко Оро против Колумбии» было связано с соглашением второго поколения — Соглашением о свободной торговле между Канадой и Колумбией (вступило в силу в 2011 году). Различные положения были призваны обеспечить сторонам достаточное нормативное пространство для охраны окружающей среды¹⁰⁴. Однако когда Колумбия отказалась выдать разрешение на добычу полезных ископаемых в экологически уязвимой экосистеме, обеспечивающей питьевой водой миллионы людей, три канадские горнодобывающие компании подали иски в рамках УСИГ. В деле «Эко Оро» трибунал установил, что Колумбия нарушила право на справедливое и равноправное обращение¹⁰⁵. В особом мнении один из арбитров заключил, что «подход, принятый большинством, не соответствует тексту, согласованному составителями [соглашения о свободной торговле], и, скорее всего, негативно скажется на защите окружающей среды»¹⁰⁶. По мнению ЮНКТАД, решение по делу «Эко Оро» «ставит под сомнение эффективность усилий стран по изменению баланса МИС путем включения в них прямых гарантий и исключений для защиты права государства на регулирование в целях охраны окружающей среды»¹⁰⁷.

63. В рамках Договора к Энергетической хартии, Комиссии Организации Объединенных Наций по праву международной торговли, Международного центра по урегулированию инвестиционных споров и ОЭСР ведется работа по реформированию международных МИС, а также выдвигаются предложения о

¹⁰¹ *Urbaser v. Argentina*, para. 1,208 (www.italaw.com/cases/1144).

¹⁰² Статья 22.3.

¹⁰³ Статья 11 4).

¹⁰⁴ *Canada-Colombia Free Trade Agreement*, annex, 811 2 (b), chap. 17, and art. 2,201.

¹⁰⁵ *Eco Oro v. Colombia*, Decision on jurisdiction, liability and directions on quantum, 9 September 2021.

¹⁰⁶ *Eco Oro v. Colombia*, Partial dissent of Professor Philippe Sands, para. 4.

¹⁰⁷ UNCTAD, “Treaty-based ISDS cases and climate action”, p. 2.

создании многосторонних инвестиционных судов (см. приложение III¹⁰⁸). К сожалению, прогресс идет медленно, и ему мешают серьезные недостатки, в том числе узкая направленность на реформирование процедурных аспектов. Рабочая группа по вопросу о правах человека и транснациональных корпорациях и других предприятиях назвала скромные положения о правах человека, включаемые в МИС, «символическими» (A/76/238, п. 25). Исследование 65 последних МИС, в которые включены положения о корпоративной социальной ответственности, позволило сделать вывод о том, что эти слабые формулировки не предполагают каких-либо обязательств, обладающих исковой силой, и поэтому «вряд ли будут иметь какое-либо практическое значение»¹⁰⁹. Ни одна из ограниченных попыток реформирования МИС не направлена на устранение фундаментальной несовместимости системы УСИГ с требованиями в области климата, окружающей среды и прав человека¹¹⁰.

V. Отзыв согласия на урегулирование споров между инвесторами и государствами

64. Что могут сделать государства, столкнувшись с катастрофическими последствиями системы УСИГ для климата, окружающей среды и прав человека? Государства могут в одностороннем порядке отозвать согласие на участие в арбитраже, причем такой решительный шаг можно сделать незамедлительно. Кроме того, МИС можно расторгнуть в одностороннем порядке, прекратить по согласию сторон, перезаключить или заменить новыми соглашениями. Государства также могут выйти из многосторонних механизмов, поддерживающих режим УСИГ, таких как Конвенция об урегулировании инвестиционных споров между государствами и гражданами других государств. При любых обстоятельствах иностранные инвесторы сохраняют возможность подавать иски в национальные суды (на равных условиях с внутренними инвесторами) и возможность приобрести страховку от политических рисков.

65. Некоторые государства уже начали выходить из МИС, ограничивающих их возможности регулирования в общественных интересах. С 2017 года количество расторгнутых государствами договоров существенно превысило количество новых созданных МИС¹¹¹. По меньшей мере 575 МИС были расторгнуты, причем многие из них — в течение последних пяти лет¹¹². К числу государств, принявших меры по снижению или исключению возможности подачи исков в рамках УСИГ, относятся все 27 членов Европейского союза, Бразилия, Индия, Индонезия, Канада, Пакистан, США и Южная Африка. В некоторых случаях при расторжении соглашений государства соглашались на нейтрализацию или ограничение действия оговорок о сохранении действия.

¹⁰⁸ URL: www.ohchr.org/en/special-procedures/sr-environment/annual-thematic-reports.

¹⁰⁹ Nicolas Bueno, Anil Yilmaz Vastardis and Isidore Ngneuleu Djeuga, “Investor human rights and environmental obligations: the need to redesign corporate social responsibility clauses”, *Journal of World Investment and Trade*, vol. 24 (2023), p. 38.

¹¹⁰ ЮНКТАД, Доклад о мировых инвестициях за 2023 год, с. 57 и 73–74.

¹¹¹ Ibid., p. 73.

¹¹² ЮНКТАД, Навигатор по международным инвестиционным соглашениям.

А. Односторонние заявления об отказе от согласия на арбитраж

66. У государств есть возможность делать односторонние заявления об отзыве своего согласия на арбитраж¹¹³. Односторонние заявления не повлияют на уже поданные иски в рамках УСИГ, но позволят предотвратить подачу исков в будущем, оставляя при этом нетронутыми остальные положения МИС (включая урегулирование споров между государствами) и тем самым указывая на дальнейшую поддержку международного инвестиционного права. Десятилетие назад такой шаг мог бы вызвать неоднозначную реакцию, но теперь ситуация изменилась в связи с широко распространенными и обоснованными опасениями по поводу УСИГ и действиями богатых государств, включая государства — члены Европейского союза, Канаду и США, направленными на снижение или устранение своей уязвимости к искам по УСИГ. Учитывая действия этих богатых государств, с их стороны было бы лицемерием выступать против таких заявлений. В свете глобального экологического кризиса односторонний отказ от согласия на арбитраж является для государств наиболее быстрым способом преодоления негативного воздействия системы УСИГ на действия по борьбе с изменением климата, охрану окружающей среды и права человека.

В. Одностороннее расторжение договоров

67. Согласно Венской конвенции о праве международных договоров, одностороннее расторжение договора осуществляется в соответствии с положениями договора (ст. 54 а). В МИС содержатся различные виды оговорок, благодаря которым государства могут прекратить их действие: в определенные периоды до продления, по истечении определенного срока или в любое время. Как правило, прекращающая действие договора сторона уведомляет об этом другую сторону или стороны за 6–12 месяцев. Оговорки о сохранении действия нельзя расторгнуть в одностороннем порядке, требуется взаимное или многостороннее согласие.

С. Расторжение договора по согласию сторон

68. В соответствии с Венской конвенцией о праве международных договоров стороны могут прекратить действие соглашения или выйти из него по согласию всех сторон после консультации с другими участвующими в соглашении государствами (ст. 54 б). Прекращение действия договора по согласию может сопровождаться, а может и не сопровождаться переговорами о разработке заменяющего договора или нового многостороннего документа. Например, государства — члены Европейского союза в соответствии с договором согласились расторгнуть все двусторонние инвестиционные договоры между членами Союза после того, как Суд Европейского союза пришел к выводу, что арбитражные оговорки между инвесторами и государствами несовместимы с правом Европейского союза. Соглашение распространяется на все текущие и будущие арбитражные иски и предусматривает прекращение действия всех оговорок о сохранении действия, содержащихся в двусторонних инвестиционных договорах между государствами — членами Европейского союза¹¹⁴. Соглашение вступило в силу в 2020 году и было ратифицировано 23 государствами.

¹¹³ Rob Howse, “A short cut to pulling out of investor-State arbitration under treaties: just say no”, international economic law and policy blog, 9 March 2017 (<http://worldtradelaw.typepad.com>).

¹¹⁴ Соглашение о прекращении действия двусторонних инвестиционных договоров между государствами — членами Европейского союза, ст. 2 2) и 3.

69. Как уже было отмечено ранее, оговорки о сохранении действия представляют собой серьезную проблему для эффективного прекращения действия МИС, так как государства продолжают нести ответственность за действия, совершенные после прекращения действия договора. Единственным способом нейтрализовать такую оговорку является согласие обеих или всех сторон, как в рассмотренном выше случае с двусторонними инвестиционными договорами Европейского союза. Другим примером может служить двусторонний инвестиционный договор между Аргентиной и Индонезией 1995 года, в котором оба государства согласились прекратить действие договора и отменить оговорку о сохранении его действия.

D. Замена международных инвестиционных соглашений новыми договорами

70. В новые договоры можно включать положения, направленные на поощрение инвестиций в мероприятия по смягчению последствий изменения климата, адаптации к ним и повышению жизнестойкости, защиту нормативно-правового пространства государств, приоритетность обязательств государств в области прав человека и содействие глобальному сотрудничеству в решении транснациональных проблем. Если государства-участники МИС заключают новый инвестиционный договор, то действие первоначального договора прекращается. В новых договорах оговорки о сохранении действия обычно рассматриваются с помощью переходных положений. В соответствии с недавно подписанным Всеобъемлющим экономическим и торговым соглашением между Канадой и Европейским союзом действие восьми двусторонних инвестиционных договоров было прекращено. В переходном положении указано, что действие ранее существовавших двусторонних инвестиционных договоров между Канадой и различными государствами — членами Европейского союза прекращается и заменяется Соглашением с момента его вступления в силу (ст. 30.8 1)). Иски по одному из прекращенных соглашений можно подавать только в том случае, если оспариваемое действие государства предшествовало прекращению и прошло менее трех лет (ст. 30.8 2) а) и b)).

E. Выход из многосторонних механизмов

71. Выход из многосторонних инструментов, обеспечивающих поддержку УСИГ, является еще одним шагом на пути к упразднению этой неэффективной системы¹¹⁵. Боливия (Многонациональное Государство) и Эквадор вышли из Конвенции об урегулировании инвестиционных споров между государствами и физическими или юридическими лицами других государств и расторгли все свои двусторонние инвестиционные договоры. В конституциях этих двух государств существуют положения, согласно которым правительствам запрещается передавать юрисдикцию международного арбитража по вопросам, связанным с иностранными инвестициями.

VI. Вывод и рекомендации

72. Принятие мер по преодолению планетарного экологического кризиса и его катастрофических последствий для прав человека нельзя откладывать. Человечество подошло к рубежу «сейчас или никогда», поэтому к

¹¹⁵ UNCTAD, *UNCTAD's Reform Package for the International Investment Regime* (2018), p. 92.

2030 году необходимо обеспечить значительное и быстрое сокращение выбросов, детоксикацию и усилить охрану природы. В противном случае человечество рискует оказаться в нежизнеспособном для себя и грядущих поколений будущем. Однако в то время как государства борются с климатическим кризисом, защищают окружающую среду и обеспечивают защиту прав человека, им угрожают иностранные инвесторы, прибегающие к искам по УСИГ и угрозам, чтобы отсрочить, ослабить или отменить эти неотложные действия и потребовать миллиарды долларов США в виде компенсации.

73. Система УСИГ берет свое начало в колониализме и экстрактивизме и не отвечает требованиям XXI века, поскольку интересы иностранных инвесторов в такой системе ставятся выше прав государств, прав человека и окружающей среды. Иски по УСИГ и связанные с ними непомерные расходы уже привели к серьезным последствиям, поскольку из-за них сдерживаются, задерживаются и ослабляются решения государств в области климатической и экологической политики. Не меньшую обеспокоенность, чем непомерные расходы, связанные с арбитражными разбирательствами в рамках УСИГ, вызывает и регулятивный застой, возникающий в результате угроз проведения таких разбирательств в отношении действий по борьбе с изменением климата и защите окружающей среды.

74. Поскольку иски по УСИГ и угрозы выступают препятствием для прогресса в решении климатических и экологических проблем, они оказывают значительное влияние на права человека. Права участия, необходимые для реализации всех прав человека, постоянно нарушаются, в результате чего пострадавшие сообщества оказываются невидимыми. Права на жизнь, здоровье, питание и воду, культурные права и право на чистую, здоровую и устойчивую окружающую среду нарушаются и будут нарушаться, а верховенство закона по-прежнему будет подрываться, если не ликвидировать систему УСИГ. Необходимо полностью пересмотреть МИС, чтобы пресечь инвестиции, противоречащие действиям по борьбе с изменением климата и защите окружающей среды и нормам в области прав человека, упразднить защиту, предоставляемую инвесторам, осуществляющим такие инвестиции, и способствовать инвестированию в разработку рациональных решений. Мир отчаянно нуждается в справедливом переходе к «зеленой», безуглеродной энергетике, для чего необходимы масштабные инвестиции в возобновляемые источники энергии, накопители энергии и энергоэффективность, а также стремительный отказ от использования ископаемых видов топлива, прекращение вырубki лесов и преобразование промышленного сельского хозяйства. Все эти действия следует возглавить и в значительной степени профинансировать богатым государствам, уровень выбросов которых исторически высок.

75. Чтобы стимулировать безотлагательные и масштабные действия по борьбе с изменением климата и защите окружающей среды и выполнять свои обязательства в области прав человека, включая связанные с правом на чистую, здоровую и устойчивую окружающую среду, все государства должны незамедлительно:

а) исключить возможность предъявления в будущем исков в рамках УСИГ, предприняв следующую последовательность действий:

i) в одностороннем порядке заявить об отказе от согласия на арбитраж в рамках действующих МИС (оставив без изменений остальные положения договоров и межгосударственное урегулирование споров) и

отказаться от возражений против того, чтобы партнеры по договорам сделали то же самое;

ii) провести переговоры об исключении механизмов УСИГ из всех существующих МИС и прекращении действия оговорок о сохранении действия;

iii) в одностороннем порядке или совместно расторгнуть существующие МИС, в которых предусмотрено УСИГ, включая Договор к Энергетической хартии;

iv) выйти из Конвенции об урегулировании инвестиционных споров между государствами и физическими или юридическими лицами других государств;

b) отказаться включать процедуру УСИГ в новые МИС;

c) вести переговоры на основе полной прозрачности и широкого участия общественности по новым МИС, направленным на защиту прав человека и окружающей среды, посредством выполнения следующих действий:

i) обеспечивать способность государств предпринимать масштабные и эффективные действия по борьбе с изменением климата и защите окружающей среды;

ii) гарантировать государствам возможность принимать меры, направленные на выполнение своих обязательств в области прав человека;

iii) использовать понятные определения терминов, включая экспроприацию, справедливый и равноправный режим и оправданные ожидания;

iv) назначать национальные суды надлежащей инстанцией для разрешения споров между инвесторами и государством и, при необходимости, усиливать степень независимости, продлевать срок полномочий и повышать квалификацию судей;

v) предотвращать подачу исков о выплате компенсаций в национальные суды иностранными инвесторами, нарушающими национальное законодательство, права человека или иным образом не соблюдающими национальные, региональные и международные стандарты;

vi) не допускать подачи исков о выплате компенсаций в национальные суды «корпорациями-почтовыми ящиками», созданными в первую очередь для использования преимуществ МИС;

vii) устанавливать предел компенсации в размере доказанной суммы, вложенной иностранным инвестором в проект и не окупившейся;

viii) возлагать на иностранных инвесторов обязанности по соблюдению прав человека, включая обязательную проверку соблюдения прав человека и охраны окружающей среды;

ix) обеспечивать своевременный и недорогой доступ к системе правосудия с эффективными средствами правовой защиты для сообществ и отдельных лиц, чьи права человека подвергаются угрозе со стороны иностранных инвесторов или затрагиваются ими;

- х) содействовать реализации ценностей прозрачности, подотчетности, равенства, недискриминации, профилактики и устойчивого развития;
 - d) в соответствии с Руководящими принципами предпринимательской деятельности в аспекте прав человека проводить оценку воздействия торговых и инвестиционных соглашений, предварительную и последующую оценку воздействия МИС на права человека и окружающую среду и выполнять все рекомендации;
 - e) поддерживать переговоры по подготовке предлагаемого международного договора о транснациональных корпорациях и правах человека и оперативно ратифицировать его, как только соглашение будет достигнуто.
- _____