



ESG-принципы в международном бизнесе и «устойчивые контракты»

Мажорина Мария Викторовна

Кандидат юридических наук, доцент кафедры международного частного права,
Московский государственный юридический университет имени О.Е. Кутафина (МГЮА),
Россия

Abstract

Концепция устойчивого развития захватила мир и видоизменяет социум, порождает новые социальные паттерны, перестраивает бизнес- и управленческие модели, свидетельствует о предельной связанности мира и, как следствие, побуждает переосмысливать правовую надстройку, адаптировать сверхновые нормативные массивы к актуальной правовой таксономии, что не всегда удается с учетом позитивистского подхода к праву. ESG-принципы стали сегодня некоей моделью устойчивого развития бизнеса, за счет которой достигаются цели вовлеченности компаний в решение экологических, социальных и управленческих задач. Они обладают не только векторным эффектом, но и регуляторным, репутационным, а также оказывают все большее влияние на международный бизнес в самых разных отраслях. Кроме того, они актуализируют относительно новые рейтинговые механизмы, закладываемые в основу инвестиционной, финансовой, кредитной, торговой, корпоративной, управленческой и иных политик компаний. При этом ESG-принципы сегментированы, фрагментированы и, как правило, объективированы вовне в форме норм негосударственного, часто отраслевого регулирования. Не обладая юридически обязательной силой, ESG-принципы по степени воздействия на общественные отношения и по порождаемым правовым и экономическим последствиям вполне сравнимы с правом. Трансграничные договорные практики также изменяются, что ведет к инкорпорации в контракты оговорок «об устойчивости», а также к становлению концепции устойчивого контракта. Преддоговорная стадия усложняется, требуются проведение процедур human due diligence, формирование и оценка цепочек поставок, проработка стратегий по раскрытию нефинансовой информации, исследование правовых рисков с учетом мировой правоприменительной практики, а также определение способов и юрисдикционного форума по разрешению споров. Международный коммерческий



арбитраж заявляет о своей привлекательности в разрешении споров, связанных с ESG-повесткой. Эти и другие вопросы с учетом их актуальности и исследуются в настоящей работе.

Keywords: международное частное право, международный коммерческий арбитраж, «зеленый» арбитраж, ESG-принципы, трансграничные контракты, международный бизнес, оговорки об устойчивости, устойчивые контракты, устойчивое развитие (sustainable development)



1. «Устойчивое развитие» и ESG-принципы для международного бизнеса

Идея устойчивости восходит к лесному хозяйству в XVIII в., когда растущая индустриализация стимулировала спрос на древесину. Владелец лесных хозяйств Ханс Карл фон Карловиц рассматривал устойчивость в контексте естественной скорости размножения деревьев с целью обеспечения долгосрочного выживания своего предприятия (Carlowitz, 1713). Этот первый подход к обеспечению устойчивости был сосредоточен на экономических и экологических аспектах, а более поздние разработки также учитывали социальную повестку¹. Широкое распространение концепция устойчивого развития получила с конца 1980-х и в начале 1990-х гг., и ее развитие связывается с деятельностью ООН и ряда других международных организаций. Впервые концепция устойчивого развития была презентована на международном уровне в 1987 г. в докладе «Наше общее будущее» Всемирной комиссии ООН по окружающей среде и развитию (известном как «доклад Брунтланд»), Она базировалась на презумпции того, что человечество способно придать развитию устойчивый и долговременный характер, с тем чтобы оно отвечало потребностям ныне живущих людей, не лишая будущие поколения возможности удовлетворять свои потребности. Концепция устойчивого развития, как отмечалось в Докладе, предполагает определенные ограничения в области эксплуатации природных ресурсов, но эти ограничения являются не абсолютными, а относительными и связаны с современным уровнем техники и социальной организации, а также со способностью биосферы справляться с последствиями человеческой деятельности². В 2015 г. Генеральной Ассамблеей ООН была принята Повестка дня в области устойчивого развития на период до 2030 г.³ как план преобразования мира,

1. Groschopf W., Dobrovnik M., Herneth C. Smart Contracts for Sustainable Supply Chain Management: Conceptual Frameworks for Supply Chain Maturity Evaluation and Smart Contract Sustainability Assessment // URL: https://www.researchgate.net/publication/350763462_Smart_Contracts_for_Sustainable_Supply_Chain_Management_Conceptual_Frameworks_for_Supply_Chain_Maturity_Evaluation_and_Smart_Contract_Sustainability_Assessment (дата обращения: 29.11.2021).

2. URL: <https://www.un.org/ru/ga/pdf/brundtland.pdf>.

3. URL: https://www.un.org/ga/search/view_doc.asp?symbol=A/RES/70/1&Lang=R (дата обращения: 21.11.2021)



включающий 17 целей и 169 задач. В пункте 68 Повестки указывается, что международная торговля является одной из движущих сил всеохватного экономического роста и сокращения масштабов нищеты и способствует поощрению устойчивого развития. Мы будем и далее содействовать универсальной, основанной на правилах, открытой, недискриминационной и справедливой многосторонней торговой системе под эгидой Всемирной торговой организации, а также реальной либерализации торговли⁴. В 2020 г. в Конституции РФ появилась статья 75.1, которая закрепила отдельные принципы концепции устойчивого развития⁵.

Не будучи самостоятельным предметом данного исследования, концепция устойчивого развития представляет значительный интерес сточки зрения ее «интерпретации» и воздействия на регулирование трансграничных частноправовых отношений, в особенности на международный бизнес, международную торговлю, международное потребительское право, финансовую, инвестиционную сферы и международный коммерческий арбитраж. В области бизнеса концепция устойчивого развития находит свое проявление в сформулированных впервые в 2004 г. генеральным секретарем ООН Кофи Аннаном ESG-принципах, которые он адресовал в своем докладе «Неравнодушный побеждает» руководителям мировых компаний, призвав их присоединиться к инициативе и включить ESG- принципы в свои стратегии⁶. ESG-принципы стали, таким образом, некоей моделью устойчивого развития бизнеса, за счет которой достигаются цели вовлеченности компаний в решение экологических, социальных и управленческих задач. Аббревиатура ESG расшифровывается как «экология» (E — environment), т.е. ответственное отношение к окружающей среде; «социальная политика» (S — social), высокая социальная ответственность, и «корпоративное управление» (G — governance).

Первоначально компании рассматривали показатели и заявления в области устойчивого развития как добровольное обязательство, в значительной степени лишенное юридического или рыночного риска. Однако нормативное пространство стало

4. URL: https://www.un.org/ga/search/view_doc.asp?symbol=A/RES/70/1&Lang=R (дата обращения: 21.11.2021)

5. СПС «Гарант»

6. URL: https://d306pr3pise04h.cloudfront.net/docs/issues_doc%2FFinancial_markets%2Fwho_cares_who_wins.pdf (дата обращения: 26.11.2021).



стремительно фрагментироваться и в разных сегментах международного бизнеса начали формироваться отраслевые ESG- стандарты, системы принципов, вырабатываемые как международными организациями, так и профессиональными ассоциациями или ad hoc объединениями, при этом, как правило, лишенные юридической силы и квалифицируемые как неправовые источники, аккумулирующие нормы негосударственного регулирования.

В аналитическом докладе «Международный опыт применения стандартов ESG и возможности его использования в России», опубликованном в 2020 г., выделяются следующие 4 типа регуляторных документов и инициатив:

1) наднациональное регулирование политических/экономических объединений государств (например, Цели ООН в области устойчивого развития до 2030 г.; Принципы корпоративного управления G20/OЗСР; Руководящие принципы ОЭСР для многонациональных предприятий; Принципы ответственного инвестирования ООН и др.), а также отдельно — значимые и самые передовые инициативы ЕС, многие из которых носят обязательный характер (например, Директива 2014/95/EU о нефинансовой отчетности; Руководство по нефинансовой отчетности 2017/C215/01; План действий: финансирование устойчивого роста Европейской комиссии 2018 г. и др.)⁷. В ЕС в 2021 г. подготовлены 2 отчета, в которых предлагаются дорожная карта для разработки всеобъемлющего набора стандартов отчетности ЕС в области устойчивого развития и реформа структуры управления Европейской консультативной группой по финансовой отчетности (EFRAG)⁸;

2) вторым типом источников регулирования служат национальные кодексы надлежащего управления (Stewardship Codes) и кодексы корпоративного управления (Corporate Governance Codes) (например, Совет по финансовой отчетности Великобритании выпустил новый Кодекс надлежащего управления (UK Stewardship Code) с акцентом на ESG-показатели, который вступил в силу 1 января 2020 г.);

3) национальное регулирование в вопросах корпоративного права, окружающей среды и социальных вопросов (например,

7. См.: Международный опыт применения стандартов ESG («Environmental, Social, Governance») и возможности его использования в России. Аналитический доклад // URL: https://mfc-moscow.com/assets/files/analytics/doklad_ESG_june_2020.pdf (дата обращения: 25.11.2021)

8. URL: https://ec.europa.eu/info/publications/210308-efrag-reports_en (дата обращения: 20.11.2021).



Стратегия зеленого финансирования в Великобритании (Green Finance Strategy))⁹. В России принято распоряжение Правительства РФ от 14.07.2021, в котором определены цели и основные направления устойчивого (в том числе зеленого) развития Российской Федерации¹⁰. Важным документом является также постановление Правительства РФ от 21.09.2021 № 1587 «Об утверждении критериев проектов устойчивого (в том числе зеленого) развития Российской Федерации и требований к системе верификации проектов устойчивого (в том числе зеленого) развития в Российской Федерации»¹¹;

4) добровольные инициативы по раскрытию информации в сфере ESG от участников рынка (например, Стандарты Глобальной инициативы по отчетности об устойчивом развитии (GRI Standards), Стандарты Совета по стандартам бухгалтерского учета в области устойчивого развития (SASB Standards), Стандарты Целевой группы по раскрытию финансовой информации, связанной с климатом (TCFD Standards), а также разные стандарты, разработанные международными биржами, ассоциациями банков (например, Принципы Экватора¹²), инвестиционных компаний, профессиональных ассоциаций бизнеса, а также мировых индексных, рейтинговых агентств и консалтинговых компаний)¹³.

Уже существует более 400 различных индексов, характеризующих ESG-факторы. Крупнейшие провайдеры таких рейтингов и индексов — S&P, FTSE Russell, MSCI, Sustainalytics, CDP, Bloomberg, JUST Capital, Refinitiv и др. При этом единый подход к формированию ESG-рейтингов отсутствует, оценочные критерии являются непубличными и разные агентства могут давать компаниям разные оценки. Наблюдается масштабирование новых типов оценочных, рейтинговых и репутационных инструментов (кредитные рейтинги, ESG-рейтинги, ESG-стандарты), которые формируют внеправовую систему социального управления, строятся на основе децентрализованного информационного контроля и создают конкретные юридические последствия или риски их наступления у субъектов оценки.

9. См.: Международный опыт применения стандартов ESG («Environmental, Social, Governance») и возможности его использования в России. Аналитический доклад

10. СПС «Гарант».

11. СПС «Гарант».

12. The Equator Principles (EP 4) // URL: <https://equator-principles.com/about-the-equator-principles/> (дата обращения: 15.11.2021).

13. См.: Международный опыт применения стандартов ESG («Environmental, Social, Governance») и возможности его использования в России. Аналитический доклад



Продвижение ESG-принципов влечет за собой появление новых, «зеленых» инструментов, демонстрирующих связь с экологией, социальными целями, устойчивостью развития в целом: «зеленые сделки», «зеленые продукты», «зеленые облигации», «зеленые кредиты»; «зеленые финансы», «зеленые инвестиции», «зеленая энергия» и даже «зеленый арбитраж».

Одним из важных правовых вопросов в связи с этим становится вопрос соотношения стремительно масштабируемых ESG-стандартов и международного и национального правового регулирования, то есть оценка правовых рисков и правовых коллизий, которые могут возникать в зоне коллидирования права и неправа.

Не менее значимыми являются и экономические риски влияния ESG-принципов на рынки акций и облигаций, инвестиционную политику, так как происходит формирование ESG-ориентированных подходов к оценке активов, инвестированию, в том числе посредством применения инструментов раскрытия нефинансовой отчетности и международного рейтингования. Так, например, в 2017 г. Европейский парламент принял резолюцию, призывающую все государственные и частные инвестиционные организации выйти из активов, связанных с ископаемым топливом¹⁴.

Складывается **новая парадигма ответственного ведения международного бизнеса**, направленная на обеспечение устойчивого развития и базирующаяся на новой нормативной архитектуре множатых ESG-принципов и стандартов, объективируемая вовне посредством стратегий устойчивого развития компаний и нефинансовой отчетности последних, ESG-рейтингования и регулирования отношений в рамках цепочек поставок.

2. Раскрытие нефинансовой отчетности и судебная ESG-практика

Инструментом, свидетельствующим о реализуемой ESG-политике и о приверженности компании концепции устойчивого развития, служит значительный объем информации, обобщенно именуемый «нефинансовой отчетностью». Однако сегодня

14. The Global Fossil Fuel Divestment and Clean Energy... // URL: <https://www.arabellaadvisors.com/wpcontent/uploads/2018/09/Global-Divestment-Report-2018.pdf> (дата обращения: 10.11.2021).



отсутствуют унифицированные подходы к установлению единых правил раскрытия показателей ESG.

Согласно Директиве ЕС 2014/95/EU о нефинансовой отчетности¹⁵, в годовой отчет крупных компаний, представляющих их интерес для общества¹, с более чем 500 сотрудниками, должны быть включены как минимум экологические аспекты, социальные аспекты и вопросы занятости, вопросы уважения прав человека и аспекты борьбы с коррупцией и взяточничеством. При этом Директива предоставляет компаниям гибкость в раскрытии информации, допуская, что компании могут ориентироваться на любые по их выбору международные, европейские или национальные руководства по раскрытию. Это может быть, например, Руководство (рамочный подход) для компаний по отчетности в области прав человека¹⁶, а примером такой отчетности может служить «Белая книга» по вопросам соблюдения прав человека, опубликованная корпорацией Nestle¹⁷.

Заявления и стратегии компаний в области ESG, а также открытая ESG-отчетность всё чаще закладываются в основу исковых претензий потребителей к различным компаниям. Это порождает интересную судебную практику, в ходе которой суды проводят различия между заявлениями компаний, которые носят желательный для них характер, и конкретными обязательствами компаний, отражающими фактические обязательства. Например, в деле Ruizv. Darigold, Inc. суд отклонил иски, поданные против компании по переработке молочной продукции Darigold в связи с заявлениями, сделанными в годовом отчете компании о Корпоративной социальной ответственности (далее — КСО). Истцы утверждали, что отчет о КСО содержал вводящие в заблуждение заявления, касающиеся устойчивого ведения сельского хозяйства, благополучия животных и справедливого обращения с работниками, на которые они полагались, когда решили приобрести продукцию Darigold. Суд, однако, постановил, что заявления не являются основанием для претензий потребителей, и пришел к выводу, что оспариваемые заявления отражают детальную оценку текущей ситуации,

15. URL: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=CELEX:32014L0095> (дата обращения: 21.11.2021).

16. URL: <https://csrjournal.com/wp-content/uploads/2015/03/Руководство-рамочный-подход-для-компанийпо-отчетности-в-области-прав-человека.pdf> (дата обращения: 01.12.2021).

17. URL: https://www.nestle.com/sites/default/files/asset-library/documents/library/documents/corporate_social_responsibility/nestle-hria-white-paper.pdf (дата обращения: 15.11.2021).



являются желательными и не доказаны как ложные. Суд квалифицировал заявления компании как перспективные и счел, что они не могут быть разумно истолкованы в качестве обещания, что Darigold уже приняли меры по защите и благополучию животных или что такие меры были (или будут) 100%-но эффективными. А потому суд пришел к выводу, что истцам не удалось доказать, что ответчик вводил в заблуждение потребителей, в связи с чем исковые требования были отклонены¹⁸.

Напротив, в тех случаях, когда заявления компании содержат «конкретные и поддающиеся проверке факты», касающиеся ее деятельности, суды могут принять меры к их сведению. Например, в деле *Water & Sanitation Health, Inc. v. Chiquita Brands Int'l, Inc.* суд отклонил ходатайство компании о прекращении дела, связанного с публичной отчетностью на сайте компании Chiquita о ее экологически безопасной бизнес-практике, в том числе о защите водных источников путем восстановления лесных массивов всех пораженных естественных водотоков, использования надежных ловушек для отходов на всех упаковочных станциях для сохранности чистоты рек, выращивания попкорновых культур в дренажных канавах банановых ферм и пр. Истец утверждал, что эти заявления были недостоверными ввиду того, что масштабная деятельность по производству бананов одного из поставщиков Chiquita привела к загрязнению питьевой воды местной общины. Суд постановил, что компания Chiquita сделала очень конкретные фактические заявления на своем сайте, на которые истец обоснованно полагался. Сходные выводы были сделаны судом также в рамках рассмотрения дела *National Consumers League v. Wal-Mart Stores*, возбужденном против Walmart и других общенациональных розничных торговцев в рамках Защиты прав потребителей округа Колумбия¹⁹. Часто иски данной категории связываются с экологической маркетинговой кампанией («гринвошингом», ан г. *greenwashing*), проводимой той или иной корпорацией, что в зарубежной литературе именуется «гринвошин- говыми исками» (*greenwashing claims*)²⁰.

18. Привод. по: Hackett D., Demas R., Sanders D., Wicha J., Fowler A. A growing ESG risks of litigation // URL: https://www.bakermckenzie.com/-/media/files/insight/publications/2020/10/growing_esg_risks_the_rise_of_litigation.pdf (дата обращения: 09.11.2021).

19. Привод. по: Hackett D., Demas R., Sanders D., Wicha J., Fowler A. Op. cit.

20. No Good Deed Goes Unpunished: Growing ESG Litigation Risks // URL: <https://www.natlawreview.com/article/no-good-deed-goes-unpunished-growing-esg-litigation-risks> (дата обращения: 11.11.2021).



Судебные иски, связанные с формированием ESG-практик компаний, также могут касаться нарушений прав человека, например в связи с использованием детского или принудительного труда в рамках цепочек поставок, что может создавать потенциальные риски для деятельности транснациональных корпораций. В этой связи в иностранной литературе анализируются дела *Doe 1 v. Apple Inc.*, *Lesnik v. Se, Ratha v. Phatthana Seafood Co.* и др.²¹

Центральное место в оценке приверженности компании принципам устойчивого развития имеет корпоративная отчетность о выбросах парниковых газов и об обязательствах в области изменения климата, что сегодня значительно актуализируется углеродной повесткой и оценкой углеродного следа. Всё большее число компаний вынуждены брать на себя конкретные, поддающиеся проверке публичные обязательства по переходу на возобновляемые источники энергии и сокращению выбросов парниковых газов. Такие корпоративные обязательства могут стать предметом судебных разбирательств. Особенностью судебных споров становится распространение оценки соответствия ESG-принципам не только в отношении контрагентов по контракту, но и на цепочки поставок, на субподрядчиков и третьих лиц, что ведет к значительному расширению субъектного состава компаний, чья деятельность экспортируется на предмет соответствия целям устойчивого развития.

В иностранной литературе судебные разбирательства в рамках ESG-повестки с участием компаний условно подразделяются две группы: иски, в которых оспаривается достоверность ESG-отчетности, и иски, непосредственно оспаривающие правомерность и результаты деятельности компаний. В последней категории преобладают юридические проблемы, вызванные предполагаемыми последствиями или неправомерными действиями, связанными с экологией и правами человека²². В другом исследовании выделяются три ключевых риска судебных разбирательств, которые должны учитываться компаниями в контексте ESG-деятельности: ответственность за иностранные операции (деятельность за пределами собственной юрисдикции); ответственность директоров и должностных лиц компаний за вопросы ESG и

21. Hackett D., Demas R., Sanders D., Wicha J., Fowler A. Op. cit

22. Hackett D., Demas R., Sanders D., Wicha J., Fowler A. Op. cit



предъявляемые в этой связи к ним иски; требования о раскрытии информации, связанные с заявлениями о ESG-политиках²³.

Итак, в настоящее время наблюдается усиление общественного, рыночного и правового интереса к ESG-повестке, что сопряжено с растущими обязательствами для компаний по раскрытию информации о результатах ESG-деятельности, а также проведению ESG-дью-дилидженс. Последнее влечет за собой усиление контроля, а также распространение практик влияния на финансовую, кредитную, инвестиционную, транзакционную политики компаний, на оценку цепочек поставок и деловых отношений с партнерами в ESG-контексте. В отсутствие надлежащего правового регулирования ESG-принципов риски для компаний существенно возрастают, а их последствия перемещаются в зону судебного усмотрения. Это актуализирует необходимость оценки ESG-рисков судебного/арбитражного разбирательства (ESG litigation risk), как правило смещаемого в трансграничную зону и влекущего коллизии права, юрисдикционные коллизии, решение вопросов об арбитрабельности споров, использовании судебных и несудебных способов разрешения споров, применении иностранного права, признания и исполнения судебных решений и пр.

3. «Устойчивые контракты» (sustainable contracts), смарт- контракты и оговорки об устойчивости (sustainability clauses) в международных коммерческих контрактах

ESG-принципы все чаще проникают в различные трансграничные контракты: кредитные соглашения, соглашения о совместных предприятиях, сделки слияний и поглощений, долгосрочные инвестиционные контракты, в том числе в энергетическом, горнодобывающем и инфраструктурном секторах и пр. Они могут включать, например, обязательства инвестора соблюдать определенные стандарты ESG. Использование ESG-условий или ESG-оговорок в контрактах

23. Piumpton L. M., Cumbo-Steinmetz Sh. Terry J. A., Allen H. ESG litigation risk // URL: <https://www.torys.com/Our%20Latest%20Thinking/Publications/2021/03/esg-litigation-risk/> (дата обращения: 21.11.2021).



становится одним из актуальных способов управления рисками в сфере обеспечения устойчивого развития.

В настоящее время в иностранной юридической доктрине формируется концепция «устойчивого контракта» (sustainable contract), которая естественным образом вытекает из концепции устойчивого развития и нацелена на договорную интерпретацию целей устойчивого развития, аккумуляцию норм, формирующих правовую среду для корпоративной социальной ответственности (КСО)²⁴. Как пишет Янн Кьюиннек (Yann Queinnec), «устойчивый контракт» может быть определен как любой контракт, объект и условия исполнения которого сочетают экономические, социальные и экологические аспекты с целью обеспечения основных прав человека и охраны окружающей среды²⁵. Разработка «устойчивых контрактов» направлена, по мнению автора, на реализацию тройного интереса:

- обеспечение интерпретации: судьи и арбитры получили бы возможность квалифицировать контракты в контексте концепции устойчивого развития, а формирование критериев «устойчивого контракта» способствовало бы снижению риска, когда компании по своему усмотрению интерпретируют стандарты социальной и экологической ответственности;
- формирование инструмента принятия решений: фактически речь идет о модельном регулировании, формировании системы стандартов, способствующих процессу принятия решений, когда компании сталкиваются с вопросами КСО. Таким образом, «устойчивый контракт» будет представлять собой инструмент оценки эффективности, непосредственно связанный с принципом триединства²⁶;
- разработка руководства для новых типов контрактов, заключаемых в рамках государственно-частного партнерства или между частными лицами, обеспечивающих

24. Queinnec Y. Sustainable Contract: Concept's outlines and exploration tracks // URL: <https://media.businesshumanrights.org/media/documents/files/reports-and-materials/Sherpa-on-sustainable-contracts-Jan-2010.pdf> (дата обращения: 25.11.2021).

25. Queinnec Y. Op. cit.

26. Принцип триединства (Triple bottom line) — это концепция построения бизнеса, инструмент оценки корпоративной деятельности в области устойчивого развития по трем факторам: люди (социальный критерий), планета (экологический критерий), прибыль (экономический критерий). Концепция была предложена в 1994 г. американским предпринимателем и экономистом Джоном Элкингтоном, соучредителем Sustainability, первой британской консалтинговой фирмы по стратегии устойчивого развития



баланс между экономическими, социальными и экологическими последствиями исходя из концепции устойчивого развития. Это потребует разработки международной доктрины, способной обеспечить синтез разрозненных в настоящее время норм. В рамках арбитражных споров значительный вклад в разработку доктрины могли бы внести *Amicus curiae*. Концепция «устойчивого контракта» может опираться на основополагающие принципы *lex mercatoria*, общие принципы права и нормы международного обычного права, которые регулируют сферу общественных отношений, адаптированную к наднациональным измерениям многонациональных групп²⁷.

В 2018 г. Американская ассоциация юристов разработала первую версию типовых условий контрактов (Model Contract Clauses (MCCs 1.0)), направленных на защиту прав работников, участвующих в международных цепочках поставок. Обновленная версия MCCs была выпущена в 2021 г. (MCCs 2.0), она расширила сферу обязательств ESG, чтобы требовать от покупателей более активного участия в защите прав человека²⁸. Версия 1.0 предусматривала бизнес-модель, в которой покупатели, сталкиваясь с поставщиками, которые потенциально могли бы нарушать права работников, должны были решить соответствующие проблемы посредством механизмов контрактного контроля — главным образом путем предоставления заверений и гарантий поставщикам. MCCs 2.0 же возлагает договорную ответственность за соблюдение прав человека в цепочке поставок как на покупателей, так и на поставщиков, которые обязаны проявлять «должную осмотрительность в области прав человека». В этой обновленной версии покупатели обязуются соблюдать ответственную практику закупок, в то время как поставщики обязуются ответственно и этично управлять своей рабочей силой и своими субподрядчиками. В новой версии произошел переход от режима заверений и гарантий к режиму должной осмотрительности в области прав человека. Таким образом, юридическая экспертиза соблюдения прав человека в цепочках поставок (human rights due diligence) представляет собой один из примеров ESG-

27. Queinnec Y. Op. cit.

28. URL: https://www.americanbar.org/content/dam/aba/administrative/human_rights/contractual-clauses-project/mccs-full-report.pdf (дата обращения: 10.11.2021).



ограничений, которые могут быть охвачены контрактными условиями и сопряжены с необходимостью раскрытия информации.

В рамках деятельности ООН в 2011 г. были разработаны Принципы ответственных контрактов²⁹, которые закрепляют 10 ключевых принципов, помогающих интегрировать управление рисками, связанными с правами человека, в формат переговоров с целью заключения контрактов по инвестиционным проектам между структурами принимающего государства и иностранными коммерческими инвесторами. В 2018 г. было подготовлено Руководство ОЭСР по дью-дилидженс для ответственного бизнеса, направленное на обеспечение открытой и прозрачной международной инвестиционной среды и поощрение позитивного вклада многонациональных предприятий в экономический и социальный прогресс. Это, как провозглашается, наиболее полный набор рекомендаций относительно того, что представляет собой ответственное ведение бизнеса. Руководство призвано помочь предприятиям проводить комплексную оценку (due diligence) ответственного ведения бизнеса в конкретных секторах и цепочках поставок, в том числе в сельском хозяйстве, горнодобывающей и добывающей промышленности, швейном, обувном и финансовом секторах³⁰. Агентство Affectio Mutandi, специализирующееся на стратегии по экологическим, социальным и управленческим вопросам (ESG), разработало Принципы «устойчивых контрактов»³¹, а также занимается исследованиями в области оговорок об устойчивости и оговорок о КСО в международных контрактах.

Формирование пула типовых или модельных «устойчивых контрактов», вероятно, потребовало бы серьезной аналитики не только в области договорного права, но и в сферах конкурентного, финансового, инвестиционного, международного (права человека), корпоративного, налогового, экологического, потребительско

го, административного, трудового, деликтного права,

29. Принципы ответственных контрактов: интеграция управления рисками, связанными с правами человека, в формат переговоров с целью заключения контрактов между государством и инвесторами: руководящие указания для участников переговоров // URL: https://www.ohchr.org/Documents/Publications/PrinciplesResponsibleContracts_HR_PUB_15_1_RU.pdf (дата обращения: 01.11.2021).

30. OECD Due Diligence Guidance for Responsible Business Conduct // URL: <http://mneguidelines.oecd.org/FlyerRBC-Due-Diligence.pdf> (дата обращения: 26.11.2021).

31. Sustainability Clauses in Commercial Contracts: The Key to Corporate Responsibility // URL: <https://resources.ecovadis.com/whitepapers/sustainability-clauses-commercial-contracts-key-corporate-responsibility> (дата обращения: 29.11.2021).



гражданского судопроизводства, международного арбитражного разбирательства и пр.

При заключении «устойчивых контрактов», или контрактов, включающих отсылку к ESG- принципам, представляется целесообразным обращать внимание на следующие важные обстоятельства:

- на преддоговорную стадию оценки потенциального и доказанного воздействия на окружающую среду (загрязнение ресурсов, биоразнообразие, использование альтернативных и возобновляемых источников энергии и пр.) и обеспечение основных прав человека при исполнении обязательств по контракту. Эта экспертиза должна быть направлена на выявление общественного интереса, создание механизмов, обеспечивающих максимальную профилактику и превенцию нарушений в контексте ESG-принципов, а также на определение той нефинансовой информации, которая будет подлежать раскрытию и иных механизмов отчетности и верификации;
- определение прав и обязанностей сторон контракта на основе справедливости, пропорциональности, добросовестности, согласованности и взаимной ответственности в контексте ESG-принципов, а также с учетом обеспечения общественного интереса. Последнее, как представляется, требует некоторого переосмысления самой природы частноправовых договоров через призму концепции устойчивого развития³²;
- установление заинтересованных сторон (компаний-преемников, субподрядчиков, субъектов, прямо или косвенно участвующих в проектировании, производстве, поставке и пр.), которые являются сторонами цепочки контрактов, что в рамках устойчивого развития³³ становится крайне важной, но недостаточно исследованной областью с правовой точки зрения в контексте ответственности за нарушение ESG-принципов. Растущее

32. В качестве примера стоит упомянуть иск Министерства экономики и финансов Франции, поданный против компании Amazon в Коммерческий суд Парижа в связи со злоупотреблением доминирующим положением в отношении некоторых поставщиков. Заявитель утверждает, что платформа навязывает несбалансированные условия своим поставщикам. Министерство добивается штрафа в размере 10 млн евро (см.: Sustainability Clauses in Commercial Contracts: The Key to Corporate Responsibility).

33. Например, восходящая цепочка поставок Toyota уровня 1-3 состоит из 13 подсетей с 2 191 поставщиком, расположенным по всему миру (см.: Groschopf W., Dobrovnik M., Herneth C. Op. cit.).



число сторон и сделок в цепочке поставок стимулирует поиск новых способов координации деятельности, надзора и контроля за группой людей, которых связывают общие экономические интересы;

- определение применимого права в случае, если контракт имеет трансграничную природу³⁴. В «устойчивых контрактах» большим потенциалом может обладать юридическая биотехнология или депесаж (depegage), позволяющая определять разные правопо- рядки в качестве применимых к отдельным частям контракта. Значительный объем регуляторов в искомой области может иметь неправовую природу и включать в себя общие или отраслевые стандарты, руководства, системы ESG- принципов, что также подлежит оценке до инкорпорации в контракт;
- оговорки об устойчивости³⁵, о КСО (CSR clause, Corporate Social Responsibility clause) и вопросы ответственности за нарушение экологических и социальных стандартов, а также регулирование аудитов и оценок;
- оговорки о транспарентности, информационной прозрачности и раскрытии нефинансовой информации;
- выбор несудебных и судебных/арбитраж- ных способов разрешения споров, оценка арбитрабельности споров, наличия компетенции у международного коммерческого арбитража в случае передачи спора в соответствующую институцию, а также анализ правоприменительной практики.

Новые возможности для обеспечения транспарентности внутри цепочек поставок как новой договорной парадигмы «устойчивых контрактов» предлагают цифровые технологии, например технология распределенного реестра, или блокчейн. Совместное применение инновационных технологий позволяет использовать

34. В ряде стран уже принято специальное законодательство, регулирующее вопросы устойчивого развития: Калифорнийский закон о прозрачности в цепочках поставок 2012 (California Transparency in Supply Chains Act); Закон Великобритании о современном рабстве 2014 (The UK Modern Slavery Act); Закон о должной осмотрительности в области детского труда в Нидерландах 2017 (the Child Labor Due Diligence Law); Закон об обязанности проявлять осторожность 2017 (Devoir de Vigilance) во Франции, который требует, чтобы крупные компании выявляли и снижали риск коррупции, нарушения прав человека, нарушения здоровья и безопасности и ущерба окружающей среде в своей цепочке поставок

35. В качестве примера можно привести оговорку «об устойчивости» группы компаний Pirelli (см.: URL: [https:// www.pirelli.com/asset/index.php?idelement=59887](https://www.pirelli.com/asset/index.php?idelement=59887) (дата обращения: 25.11.2021)).



новые возможности для отслеживания происхождения и текущего состояния продуктов, идентификации поставщиков и их репутации, а также для снижения рисков мошенничества и затрат во всей цепочке поставок³⁶. В этом ключе перспективным инструментом видится смарт-контракт. Внедрение цифровых технологий, таких как смарт-контракты и блокчейн, потенциально может «создать новые основы наших экономических и социальных систем»³⁷. Смарт-контракты потенциально могут превратиться в центральный элемент трансформации цепочек поставок, а также оптимизации управления и контроля, обеспечения большей транспарентности и цифровой осведомленности относительно действий субъектов цепочек поставок, а также стать триггерами к запуску децентрализованных систем правосудия типа блокчейн-арбитража и внедрения систем автоматического исполнения решений. По своей природе смарт-контракты коррелируют с особенностями меняющегося мира, формирования сетевого общества, выстраиваемого на фундаменте децентрализации, и высокотехнологичного общества 5.0. Смарт-контракты могут стать узлами цифровых экосистем цепочек поставок с точки зрения устойчивого развития, что, однако, требует значительной проработки, оценки всех рисков и экономических затрат.

4. ESG-принципы и «зеленый арбитраж»

Значимое влияние концепции устойчивого развития на международный бизнес не могло не отразиться на области разрешения трансграничных частноправовых споров. Важным событием в этой сфере стала разработка в 2019 г. Гаагских правил арбитража по делам бизнеса и прав человека³⁸ (далее — Гаагские правила), в которых фактически было подчеркнуто преимущественное значение международного коммерческого арбитража в разрешении споров, связанных с ESG-повесткой в части соблюдения прав человека. Данный документ коррелирует с нормами Руководящих принципов по вопросам

36. Groschopf W., Dobrovnik M., Herneth C. Op. cit.

37. Iansiti M., Lakhani K. R. The truth about blockchain // Harvard Business Review. Vol. 95. 2017. P. 118-127.

38. The Hague Rules on Business and Human Rights Arbitration. December 2019 // URL: https://www.cilc.nl/cms/wp-content/uploads/2019/12/The-Hague-Rules-on-Business-and-HumanRights-Arbitration_CILC-digital-version.pdf (дата обращения: 06.11.2021)



предпринимательской деятельности и прав человека ООН³⁹, Трехсторонней декларации принципов, касающихся многонациональных корпораций и социальной политики, Руководящих принципов ОЭСР для многонациональных предприятий и др.

В основу процедурных вопросов Гаагских правил положен Арбитражный регламент ЮНСИТРАЛ, а потому процесс разрешения споров сходен с международным коммерческим арбитражем⁴⁰. Основанием для рассмотрения спора из нарушения прав человека арбитражем является наличие арбитражного соглашения или включение арбитражной оговорки в текст многостороннего соглашения о защите прав человека. Типовые оговорки сформулированы в приложении к Гаагским правилам.

Интересными являются нормы ст. 46 Гаагских правил относительно определения применимого к спору права. Как и во многих регламентах международных коммерческих арбитражей, Гаагские правила в качестве основного правила традиционно закрепляют принцип автономии воли сторон (*lex voluntatis*). При этом Гаагские правила расширительно толкуют этот принцип, позволяя сторонам выбрать не только право, но и «нормы права» (*rules of law*), а также стандарты, определенные сторонами в качестве применимых к существу спора. В отсутствие соглашения сторон о применимом праве арбитражный суд применяет право или нормы права, которые он сочтет надлежащими. Это представляет собой проявление метода «прямого выбора» (*voie directe*) права арбитрами, что также в настоящее время встречается во многих регламентах мировых центров арбитража. При наличии прямого указания сторон арбитры также вправе решать спор в качестве дружеских посредников (*amiable compositeur*) и «по справедливости» (*ex aequo et bono*). Во всех случаях, в соответствии с п. 4 ст. 46 Гаагских правил, арбитражный суд принимает решение в соответствии с условиями соглашения, а также с учетом торгового обыкновения (*usage of trade*), применимого к сделке, включая любые стандарты или инструменты в области бизнеса и прав человека, которые могли бы стать торговыми обыкновениями. Нормы ст. 46 Гаагских правил крайне важны в

39. URL: https://www.ohchr.org/Documents/Publications/GuidingPrinciplesBusinessHR_RU.pdf (дата обращения: 14.11.2021).

40. См. об этом: Засемкова О. Ф. Гаагские правила арбитража по делам бизнеса и правам человека // Вестник Университета имени О.Е. Кутафина (МГЮА). 2021. № 3. С. 139–148



контексте распространения ESG-принципов, которые формируются сегодня как некая система стандартов поведения или деятельности компаний. Представляется, что можно квалифицировать соответствующие нормы как неофициальную легитимизацию норм негосударственного регулирования, а также стандартов в области прав человека и, вероятно, ESG-принципов в части соблюдения прав человека, что создает серьезные риски для контрагентов ввиду большой неопределенности ESG-стандартов и недостаточности правовых регуляторов в данной области.

Похоже, что сейчас, в рамках повестки устойчивого развития, не только формируется огромный пул норм негосударственного регулирования в области ESG-принципов, но и в сфере международного коммерческого арбитража формируются ESG-инициативы, одной из которых является Кампания за более экологичный арбитраж⁴¹ (далее — Кампания) по сокращению углеродного следа международных арбитражей за счет изменения поведенческих практик.

Кампания была основана международным арбитром Люси Гринвуд в 2019 г. В рамках Кампании было проведено исследование, в котором прогнозируется, что для крупномасштабного арбитража может потребоваться чуть менее 20 000 деревьев, чтобы компенсировать общий объем выбросов углерода в результате одного арбитража. Потенциальное воздействие арбитражных разбирательств на окружающую среду может быть огромным, учитывая количество арбитражных разбирательств, проводимых ежегодно. Например, в 2020 г. в Гонконгском международном арбитражном центре (HKIAC) было подано 318 арбитражных заявлений, а в Сингапурском международном арбитражном центре (SIAC) — 1 005 новых дел (по состоянию на 30 октября 2020 г.)^{42,43}.

В 2021 г. Кампания представила Общие условия (The Framework) для принятия Зеленых протоколов и шесть Зеленых протоколов для сокращения углеродного следа международного арбитражного сообщества посредством конкретных действий. Общие условия предлагают ряд практических способов по сокращению отходов и энергопотребления в арбитражных

41. Campaign for Greener Arbitrations. URL: <https://www.greenerarbitrations.com/> (дата обращения: 08.11.2021).

42. Sim W. N. Greener Arbitrations — The Way Forward in International Dispute Resolution? // URL: <https://www.eyonesg.com/2021/03/greener-arbitrations-the-way-forward-in-international-dispute-resolution/> (дата обращения: 08.11.2021).

43. URL: <https://www.greenerarbitrations.com/green-protocols> (дата обращения: 08.11.2021).



разбирательствах, касающихся максимизации электронной коммуникации, поощрения видеоконференц-связи в качестве альтернативы поездкам, отказа от печати документов, привлечения поставщиков услуг, которые также стремятся уменьшить свое воздействие на окружающую среду и пр. К числу Зеленых протоколов относились: Арбитражное разбирательство и Типовой Зеленый процессуальный порядок; Юридические фирмы, палаты и поставщики юридических услуг, работающие в сфере арбитража; Арбитры; Арбитражные конференции; Места проведения арбитражных слушаний; Арбитражные учреждения. Всем заинтересованным арбитражным учреждениям, арбитрам, юридическим фирмам предлагается присоединяться к Зеленому обязательству Кампании, демонстрируя свою приверженность охране окружающей среды, особенно в отношении сокращения выбросов углерода⁴⁵.

Резюмируя вышесказанное, можно видеть, что сегодня мы становимся свидетелями и исследователями того, как правовое и институциональное пространства видоизменяются в интересах реализации концепции устойчивого развития. Нормативная и институциональная матрицы современного мира коэволюционируют: меняются социальные паттерны, перестраиваются бизнес-модели, управленческие практики, при этом право, ввиду своей постфактумной логики, временно уступает регулятивные функции неправовым нормам, объективированным вовне в качестве фрагментированных ESG-принципов, институциональные же системы адаптируются к новым реалиям, что показано на примере международного коммерческого арбитража. Сетевая парадигма современного мироустройства, сопряженная с концепцией устойчивого развития, порождает новые вызовы для права. В этой связи любопытны воззрения отдельных ученых, которые выделяют в качестве моделей регулирования современных отношений диалогические сети, выстраиваемые на фундаменте убеждения и согласования, и сети контроля, базирующиеся на балансе принуждения и поощрения⁴⁴. Можно предположить, что ESG-практика представляет собой новый формат регулирования и управления деятельностью компаний, в том числе в сфере международного бизнеса и транзакций, аккумулируемый в нормативные массивы, которые в сетевом праве имеют характер реагентов, запускающих регулирование сверхновых

44. Braithwaite J., Drahos P. Global business regulation. Cambridge : Cambridge University Press, 2000. P. 550–564.



общественных отношений или даже моделирующих будущее регулирование, модифицируя имеющееся⁴⁵. Превалирующее в этой сфере «мягкое право» будет «отвердевать», и его источники сменят негосударственную/рекомендательную природу на правовую в его позитивистском смысле, что обостряет необходимость изучения происходящих изменений с целью обеспечения национальных государственных и общественных интересов.

БИБЛИОГРАФИЯ

1. Засемкова О. Ф. Гаагские правила арбитража по делам бизнеса и правам человека // Вестник Университета имени О.Е. Кутафина (МГЮА). - 2021. - № 3. - С. 139-148.

2. Международный опыт применения стандартов ESG («Environmental, Social, Governance») и возможности его использования в России. Аналитический доклад // URL: https://mfc-moscow.com/assets/files/analytics/doklad_ESG_june_2020.pdf (дата обращения: 25.11.2021).

3. Groschopf W., Dobrovnik M., Herneth C. Smart Contracts for Sustainable Supply Chain Management: Conceptual Frameworks for Supply Chain Maturity Evaluation and Smart Contract Sustainability Assessment // URL: https://www.researchgate.net/publication/350763462_Smart_Contracts_for_Sustainable_Supply_Chain_Management_Conceptual_Frameworks_for_Supply_Chain_Maturity_Evaluation_and_Smart_Contract_Sustainability_Assessment (дата обращения: 29.11.2021).

4. Hackett D., Demas R., Sanders D., Wicha J., Fowler A. A growing ESG risks of litigation // URL: https://www.bakermckenzie.com/-/media/files/insight/publications/2020/10/growing_esg_risks_the_rise_of_litigation.pdf (дата обращения: 09.11.2021).

5. Piumpton L. M., Cumbo-Steinmetz Sh. Terry J. A., Allen H. ESG litigation risk // URL: https://www.torys.com/Our_Latest_Thinking/Publications/2021/03/esg-litigation-risk (дата обращения: 21.11.2021).

6. Sim W. N. Greener Arbitrations - The Way Forward in International Dispute Resolution? // URL: <https://www.eyeonesg.com/2021/03/greener-arbitrations-the-way-forward-in-international-dispute-resolution> (дата обращения: 08.11.2021).

45. Мажорина М. В. Право сетевого общества и проблема управления гибридной // Lex russica. 2020. № 9. С. 117.



7. Sustainability Clauses in Commercial Contracts: The Key to Corporate Responsibility // URL: <https://resources.ecovadis.com/whitepapers/sustainability-clauses-commercial-contracts-key-corporate-responsibility> (дата обращения: 29.11.2021).

8. Queinnec Y. Sustainable Contract: Concept's outlines and exploration tracks // URL: <https://media.businesshumanrights.org/media/documents/files/reports-and-materials/Sherpa-on-sustainable-contracts-Jan-2010.pdf> (дата обращения: 25.11.2021).

Материал поступил в редакцию 1 декабря 2021 г.

REFERENCES (TRANSLITERATION)

1. Zasemkova O. F. Gaagskie pravila arbitrazha po delam biznesa i pravam cheloveka //Vestnik Universiteta imeni O.E. КурафаАпа (MGYuA). - 2021. - № 3. - S. 139-148.
2. Mezhdunarodnyj opyt primeneniya standartov ESG («Environmental, Social, Governance») i vozmozhnosti ego ispol'zovaniya v Rossii. Analiticheskij doklad // URL: <https://mfc-moscow.com/assets/files/analytics/pdf> (data obrashcheniya: 25.11.2021).
3. Groschopf W., Dobrovnik M., Herneth C. Smart Contracts for Sustainable Supply Chain Management: Conceptual Frameworks for Supply Chain Maturity Evaluation and Smart Contract Sustainability Assessment // URL: https://www.researchgate.net/publication/350763462_Smart_Contracts_for_Sustainable_Supply_Chain_Management_Conceptual_Frameworks_for_Supply_Chain_Maturity_Evaluation_and_Smart_Contract_Sustainability_Assessment (data obrashcheniya: 29.11.2021).
4. Hackett D., Demas R., Sanders D., Wicha J., Fowler A. Agrowing ESG risks of litigation //URL: https://www.bakermckenzie.com/-/media/files/insight/publications/2020/10/growing_esg_risks_the_rise_of_litigation.pdf (data obrashcheniya: 09.11.2021).
5. Piumpton L. M., Cumbo-Steinmetz Sh. Terry J. A., Allen H. ESG litigation risk // URL: <https://www.torys.com/Our%20Latest%20Thinking/Publications/2021/03/esg-litigation-risk/> (data obrashcheniya: 21.11.2021).
6. Sim W. N. Greener Arbitrations — The Way Forward in International Dispute Resolution? // URL: <https://eyeonesg.com/2021/03/greener-arbitrations-the-way-forward-in->



[international-dispute-resolution/](https://www.iaea.org/en/press/news/2021/08/08/20210808-international-dispute-resolution/) (data obrashcheniya:
08.11.2021).

7. Sustainability Clauses in Commercial Contracts: The Key to Corporate Responsibility // URL: <https://resources.ecovadis.com/whitepapers/sustainability-clauses-commercial-contracts-key-corporate-responsibility> (data obrashcheniya: 29.11.2021).
8. Queinnec Y. Sustainable Contract: Concept's outlines and exploration tracks // URL: <https://media.businesshumanrights.org/media/documents/files/reports-and-materials/Sherpa-on-sustainable-contracts-Jan-2010>. pdf (data obrashcheniya: 25.11.2021).

© Мажорина М. В., 2021