ФЕДЕРАЛЬНОЕ ГОСУДАРСТВЕННОЕ АВТОНОМНОЕ
ОБРАЗОВАТЕЛЬНОЕ УЧРЕЖДЕНИЕ ВЫСШЕГО ОБРАЗОВАНИЯ
«МОСКОВСКИЙ ГОСУДАРСТВЕННЫЙ ИНСТИТУТ
МЕЖДУНАРОДНЫХ ОТНОШЕНИЙ (УНИВЕРСИТЕТ)
МИНИСТЕРСТВА ИНОСТРАННЫХ ДЕЛ РОССИЙСКОЙ ФЕДЕРАЦИИ»

На правах рукописи

Боргояков Александр Сергеевич

СТАНДАРТЫ «СПРАВЕДЛИВОГО РЕЖИМА» И «БЕЗОПАСНОСТИ» ИНОСТРАННЫХ ИНВЕСТИЦИЙ В МЕЖДУНАРОДНОМ ПРАВЕ

Специальность 12.00.10 – Международное право; Европейское право

Диссертация на соискание ученой степени
кандидата юридических наук

Научный руководитель:
доктор юридических наук
Лабин Д.К.

Москва – 2018

СОДЕРЖАНИЕ

ВВЕДЕНИЕ 3

ГЛАВА I – РЕГУЛИРОВАНИЕ РЕЖИМА ИНОСТРАННЫХ ИНВЕСТИЦИЙ В МЕЖДУНАРОДНОМ ПРАВЕ 16

§ 1.1 Источники международного права по вопросам иностранных инвестиций 16
§ 1.2 Особенности юридической терминологии в сфере иностранных инвестиций ... 22
§ 1.3 Вопросы защиты иностранных инвестиций в исторической ретроспективе 32
§ 1.4 Генезис стандарта «справедливого режима» 39
§ 1.5 Генезис стандарта «безопасности» 46

ГЛАВА II – ПОНЯТИЕ И СОДЕРЖАНИЕ СТАНДАРТА «СПРАВЕДЛИВОГО РЕЖИМА» 51

§ 2.1 Понятие стандарта «справедливого режима» 51
§ 2.2 Элементы, формирующие инвестиционный режим: обоснованные ожидания инвестора, стабильность, прозрачность, выполнение контрактных обязательств, добросовестность 60
§ 2.3 Элементы, относящиеся к неправомерным действиям: недопустимость неоправданного и неправомерного обращения, дискриминации, принуждения, оказания давления и домогательства 76
§ 2.4 Элементы, относящиеся к процессуальным вопросам: обеспечение надлежащей правовой процедуры и недопустимость отказа в отправлении правосудия 81

ГЛАВА III – ПОНЯТИЕ И СОДЕРЖАНИЕ СТАНДАРТА «БЕЗОПАСНОСТИ» 84

§ 3.1 Понятие стандарта «безопасности» 84
§ 3.2 Защита от физического вмешательства 87
§ 3.3 Защита от вмешательства нефизического характера 90

ГЛАВА IV – СТАНДАРТЫ «СПРАВЕДЛИВОГО РЕЖИМА» И «БЕЗОПАСНОСТИ» В СИСТЕМЕ МЕЖДУНАРОДНОГО ОБЫЧНОГО ПРАВА 94

§ 4.1 Вопрос формирования обычных норм международного права 94
§ 4.2 Стандарты «справедливого режима» и «безопасности» в качестве обычных норм международного права 101
§ 4.3 Стандарты «справедливого режима» и «безопасности» в качестве договорного отражения международного минимального стандарта 107

ЗАКЛЮЧЕНИЕ 115

БИБЛИОГРАФИЧЕСКИЙ СПИСОК 119

ПРИЛОЖЕНИЕ 137

Введение

Актуальность темы диссертационного исследования. В эпоху глобализации международных экономических отношений возрастает роль иностранных инвестиций как одного из важных факторов развития национальных экономик. Обеспечение безопасности инвестиций и справедливого обращения с ними является на протяжении длительного времени одной из ключевых проблем, заботящих иностранных инвесторов при осуществлении ими трансграничных капиталовложений. Этим, в частности, обусловлен стремительный рост количества заключаемых международных договоров по вопросам поощрения и защиты иностранных капиталовложений (далее также – инвестиционные договоры или инвестиционные соглашения). По данным Конференции ООН по торговле и развитию (далее – ЮНКТАД) на начало 2017 г. в мире было заключено 3 324 инвестиционных соглашения, из которых 2 957 – двусторонние инвестиционные договоры (далее также – ДИД)[1]. Российская Федерация являлась на тот момент стороной по более, чем 80 инвестиционным соглашениям[2].

Такие соглашения, как правило, предусматривают определенный перечень стандартов обращения с инвесторами и их капиталовложениями, гарантируемых договаривающимися государствами. К таким стандартам могут относиться, например, обязательства 1) предоставить режим наибольшего благоприятствования и национальный режим[3], 2) выплатить «быструю, адекватную и эффективную компенсацию»[4] в случае осуществления экспроприации имущества иностранного лица (так называемая, «формула Халла» или «Hull Formula»), 3) соблюдать любые обязательства, принятые

[1] World Investment Report 2017 // UNCTAD, United Nations Publication, Geneva, 2017. P. 111. [Electronic resource]. – Mode of access: <http://unctad.org/en/PublicationsLibrary/wir2017_en.pdf>.
[2] International Investment Agreements Navigator // UNCTAD Investment Policy Hub. [Electronic resource]. – Mode of access: <http://investmentpolicyhub.unctad.org/IIA/CountryBits/175#iiaInnerMenu>.
[3] См., напр.: ст. 3 Соглашения между Правительством Российской Федерации и Правительством Итальянской Республики о поощрении и взаимной защите капиталовложений (Рим, 9 апреля 1996 г.). [Электронный ресурс]. – Режим доступа: СПС «ГАРАНТ».
[4] Там же. Ст. 5.

договаривающимся государством перед инвестором другого договаривающегося государства (так называемая, «зонтичная оговорка» или «umbrella clause»)[5].

Большинство инвестиционных соглашений (в том числе соглашений с участием Российской Федерации) также предусматривает обязательство договаривающихся государств обеспечить на взаимной основе инвесторам и инвестициям других договаривающихся государств «справедливый режим»[6] и «безопасность»[7]. Данные положения соглашений также известны как стандарты (или гарантии) «справедливого и равноправного режима» (англ.: «fair and equitable treatment») и «полной защиты и безопасности» (англ.: «full protection and security»).

Одной из особенностей международных инвестиционных договоров является предусматриваемый в них механизм разрешения споров между принимающими инвестиции государствами и иностранными инвесторами (далее также – международные инвестиционные споры), предоставляющий инвесторам право инициировать арбитражное разбирательство против государства, если предоставляемые государством стандарты, по мнению инвесторов, нарушаются. В качестве суда в таком случае может выступать, например, арбитражный суд *ad hoc*, учрежденный в соответствии с Арбитражным регламентом Комиссии ООН по праву международной торговли (далее – ЮНСИТРАЛ) или Международный центр по урегулированию инвестиционных споров (далее – МЦУИС), созданный в соответствии с Конвенцией об урегулировании инвестиционных споров между государствами и физическими или юридическими лицами других государств, подписанной 18 марта 1965 г. (далее – Конвенция МЦУИС)[8].

---

[5] См., напр.: ст. 8 Соглашения между Правительством Союза Советских Социалистических Республик и Правительством Французской Республики о поощрении и взаимной защите капиталовложений (Париж, 4 июля 1989 г.). [Электронный ресурс]. – Режим доступа: СПС «ГАРАНТ».

[6] См.: Fair and Equitable Treatment // UNCTAD Series on Issues in International Investment Agreements II. United Nations, New York and Geneva, 2012. [Electronic resource]. – Mode of access: <http://unctad.org/en/Docs/unctaddiaeia2011d5_en.pdf >. P. xiii.

[7] См.: C. Schreuer. Full Protection and Security // Journal of International Dispute Settlement, 2010. P. 1.

[8] См. напр.: ст. 8 Соглашения между Правительством Российской Федерации и Правительством Республики Индонезии о поощрении и защите капиталовложений (Джакарта, 6 сентября 2007 г.). [Электронный ресурс]. – Режим доступа: СПС «ГАРАНТ».

По данным ЮНКТАД на начало 2016 г. количество таких арбитражных разбирательств в мире достигло 696 (за всю историю)[9], и их количество продолжает расти. Так, в период с 2002 по 2015 гг. количество принимаемых к рассмотрению новых дел колебалось в диапазоне между 25 и 70 каждый год[10]. Российская Федерация на начало 2016 г. являлась стороной (ответчиком) по 21 арбитражному спору (за всю историю)[11]. Этот показатель существенно ниже, чем, например, у Аргентины, которая на тот момент являлась ответчиком по 59 арбитражным разбирательствам (за всю историю)[12], однако Россия имеет наихудшие показатели по суммам удовлетворенных требований иностранных инвесторов к государству. Так, в июле 2014 г. арбитраж при Постоянной палате третейского суда (Гаага) вынес решения по искам бывших акционеров ОАО «Нефтяная компания «ЮКОС» – компаний «Hulley Enterprises Limited» (Кипр)[13], «Yukos Universal Limited» (Остров Мэн)[14] и «Veteran Petroleum Limited» (Кипр)[15], присудившие в пользу истцов компенсацию убытков на общую сумму около 50 миллиардов долларов США, а также юридических и иных расходов, насчитывающих десятки миллионов долларов США (беспрецедентная сумма).

Основанием для принятия таких решений послужило признание Российской Федерации ответственной за нарушение ее обязательств в соответствии со статьей 13 («Экспроприация») Договора к Энергетической хартии, подписанного 17 декабря 1994 г. (далее также – Договор к Энергетической хартии или ДЭХ). Отдельным вопросом, рассмотренным по заявлению истцов в рамках данных разбирательств, было также и требование о признании Российской Федерации

---

[9] Investor-State Dispute Settlement: Review of Developments in 2015 // UNCTAD, IIA Issues Note, № 2, 2016. [Electronic resource]. – Mode of access: <http://investmentpolicyhub.unctad.org/Upload/ISDS%20Issues%20Note%202016.pdf>. P. 1.
[10] Ibid. P. 2.
[11] Ibid. P. 3.
[12] Ibid.
[13] См.: Hulley Enterprises Limited (Cyprus) v. The Russian Federation, Permanent Court of Arbitration, PCA Case No. AA 226 (Final Award of 18 July 2014). [Electronic resource]. – Mode of access: <http://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/italaw3278.pdf>.
[14] См.: Yukos Universal Limited (Isle of Man) v. The Russian Federation, Permanent Court of Arbitration, PCA Case No. AA 227 (Final Award of 18 July 2014). [Electronic resource]. – Mode of access: <http://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/italaw3279.pdf>.
[15] См.: Veteran Petroleum Limited (Cyprus) v. The Russian Federation, Permanent Court of Arbitration, PCA Case No. AA 228 (Final Award of 18 July 2014). [Electronic resource]. – Mode of access: <http://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/italaw3280.pdf>.

ответственной за нарушение статьи 10 («Поощрение, защита и режим капиталовложений») ДЭХ, предусматривающей, помимо прочего, обязательство предоставить иностранным инвестициям «справедливый и одинаковый режим»[16] (англ.: «fair and equitable treatment») и обеспечить, чтобы инвестиции «постоянно пользовались максимальной защитой и безопасностью»[17] (англ.: «enjoy the most constant protection and security»). Анализу данного вопроса было уделено существенное внимание в ходе разбирательств. Тем не менее, арбитраж воздержался от его окончательной оценки, сославшись на то, что установление нарушения обязательств Российской Федерации в соответствии со статьей 13 ДЭХ является достаточным для вынесения окончательного решения[18].

Как отмечают эксперты, гарантия «справедливого режима» и гарантия «безопасности» являются наиболее востребованными стандартами, включаемыми в инвестиционные соглашения, к которым регулярно обращаются инвесторы в случае возникновения споров с принимающими инвестиции государствами[19]. Так, комментируя статью 1105 («Minimum Standard of Treatment») Североамериканского соглашения о свободной торговле, подписанного 17 декабря 1992 г. (далее – НАФТА), Ч. Брауэр (США) отмечал, что «без преувеличения статья 1105 превратилась в «альфа» и «омега» арбитража между инвестором и государством… В каждом рассматриваемом требовании заявляется о нарушении статьи 1105»[20]. Данная статья, помимо прочего, содержит требование о предоставлении инвестициям справедливого и равноправного режима (англ.: «fair and equitable treatment») и обеспечении «полной защиты и безопасности» (англ.: «full protection and security»)[21].

---

[16] Договор к Энергетической хартии (Лиссабон, 17 декабря 1994 г.). [Электронный ресурс]. – Режим доступа: СПС «Консультант Плюс».
[17] Там же.
[18] См.: Hulley Enterprises Limited (Cyprus) v. The Russian Federation. Para 1585; Yukos Universal Limited (Isle of Man) v. The Russian Federation. Para 1585; Veteran Petroleum Limited (Cyprus) v. The Russian Federation. Para 1585.
[19] См.: Fair and Equitable Treatment // UNCTAD Series on Issues in International Investment Agreements II (2012). P. 1.
[20] Brower C.H., II. Fair and Equitable Treatment under NAFTA's Investment Chapter: Remarks // American Society of International Law, 96th Annual Meeting, 2002. P. 9.
[21] North American Free Trade Agreement (17 December 1992). [Electronic resource] / Official website of the Organization of American States. – Mode of access: <http://www.sice.oas.org/trade/nafta/naftatce.asp>.

Приведенные выше примеры свидетельствуют о значительной роли, которая отводится данным стандартам при разрешении международных инвестиционных споров, о чем, в частности, свидетельствует и опыт Российской Федерации. При этом, несмотря на то, что положения инвестиционных соглашений, закрепляющие данные стандарты, регулярно анализируются в рамках арбитражных разбирательств, ни практикам, ни теоретикам до сих пор не удалось выработать единые подходы к их толкованию и применению.

Одной из фундаментальных проблем, неизменно возникающих при анализе данных стандартов, является проблема их взаимосвязанности с обычными нормами международного права, включая, так называемый, «международный минимальный стандарт» (англ.: «international minimum standard»). По данному вопросу существует три взаимоисключающие концепции: 1) стандарты являются обособленными нормами международного обычного права, и, соответственно, могут предполагать отличные (более высокие) стандарты защиты иностранных инвестиций, чем международный минимальный стандарт[22]; 2) стандарты являются договорным отражением обычных норм международного права, составляющих международный минимальный стандарт, и, соответственно, ограничены содержанием этих норм[23]; 3) стандарты являются договорными нормами, содержание которых необходимо устанавливать отдельно в каждом случае, применяя правила Венской конвенции о праве международных договоров 1969 г.[24] Последняя из указанных концепций обосновывается, в частности, тем, что формулировки стандартов в различных инвестиционных соглашениях варьируются и нередко дополняются различными уточнениями. В одних случаях в них просто упоминается, что инвестициям гарантируются «справедливый и

[22] См.: Fair and Equitable Treatment // UNCTAD Series on Issues in International Investment Agreements III. United Nations, New York and Geneva, 1999. [Electronic resource]. – Mode of access: <http://unctad.org/en/Docs/psiteiitd11v3.en.pdf>. P. 17.

[23] См.: Saluka Investments B.V. (The Netherlands) v. The Czech Republic, UNCITRAL (Partial Award of March 17, 2006). Para 290. [Electronic resource]. – Mode of access: <http://italaw.com/sites/default/files/case-documents/ita0740.pdf>.

[24] См.: Azurix Corp. v. Argentine Republic, ICSID Case No. ARB/01/12 (Award of 14 July 2006) // ICSID Reports, Vol. 14, 2009. Para 358-361.

равноправный режим» и «полная защита и безопасность»[25]. В других случаях содержание гарантий уточняется, например, указанием на общее международное право (например: «инвестициям в любое время предоставляется справедливый и равноправный режим и обеспечивается полная защита и безопасность, и ни в коем случае не может предоставляться режим, менее благоприятный, чем требуется в соответствии с международным правом»[26]).

От того, какая из указанных концепций возобладает, в значительной степени зависит и дальнейшее развитие правоприменительной практики, которая, в частности, затрагивает вопрос о структурных элементах (нормах), составляющих содержание стандартов. К числу таких элементов может, например, относиться обязанность не допускать «отказа в отправлении правосудия» (англ.: «denial of justice») со стороны принимающего инвестиции государства. Подтверждение такого отказа обстоятельствами дела может свидетельствовать о нарушении стандарта «справедливого режима». Данный элемент, в частности, подробно анализировался в вышеприведенных делах с участием Российской Федерации, в том числе в контексте толкования международного минимального стандарта[27].

Обозначенные выше проблемы с учетом общих тенденций развития международных инвестиционных отношений (в частности, с учетом поступательного роста количества международных инвестиционных споров) подтверждают необходимость изучения стандартов «справедливого режима» и «безопасности». Актуальность темы настоящего диссертационного исследования обусловлена не только необходимостью решения проблем теоретического характера, но и необходимостью выработки практических подходов к формулированию стандартов в международных инвестиционных договорах и их толкованию в рамках арбитражных разбирательств.

---

[25] П.2. ст. 2 Соглашения между Правительством Российской Федерации и Правительством Венгерской Республики о поощрении и взаимной защите капиталовложений (Москва, 6 марта 1995 г.). [Электронный ресурс]. – Режим доступа: СПС «ГАРАНТ».

[26] Para 2(a) of Art. II. of the Treaty between United States of America and the Argentine Republic concerning the Reciprocal Encouragement and Protection of Investment (14 November 1991) // U.S. Department of State. [Electronic resource]. – Mode of access: <http://www.state.gov/documents/organization/43475.pdf>.

[27] См., напр.: Hulley Enterprises Limited (Cyprus) v. The Russian Federation. Paras 63, 1487-1489, 1501, 1503, 1505, 1508, 1516-1518, 1526.

Степень научной разработанности темы. Вопросы защиты и поощрения иностранных инвестиций нашли свое отражение в трудах целого ряда российских и зарубежных ученых. Общие вопросы правового регулирования иностранных инвестиций, а также разрешения международных инвестиционных споров исследовались такими отечественными правоведами как А.Г. Богатырев, М.М. Богуславский, Г.М. Вельяминов, А.А. Данельян, Н.Г. Доронина, С.И. Крупко, Д.К. Лабин, В.Н. Лисица, И.И. Лукашук, Н.Г. Семилютина, И.З. Фархутдинов, В.М. Шумилов и др. Среди известных зарубежных правоведов можно выделить Ч. Брауэра, Т. Вальде, Р. Дольцера, К. Дугана, Н. Кинселлу, Р. Клагера, А. Лоуэнфельда, Ф. Манна, Н. Рубинса, Б. Сабахи, М. Сорнараджа, Д. Томаса, Д. Уолласа Мл., К. Шройера, Г. Шварценбергера, С. Швебеля, И. Шихата, К. Яннака-Смолл и др.

Особое значение для настоящего исследования имеют труды Р. Дольцера, К. Дугана, Р. Клагера, Н. Рубинса, Б. Сабахи, Д. Уолласа Мл., К. Шройера, К. Яннака-Смолл и других юристов-международников, посвятивших отдельные работы стандартам «справедливого режима» и «безопасности»[28].

Характеризуя степень научной разработанности темы, необходимо отметить, что в отечественной правовой науке стандартам «справедливого режима» и «безопасности» не уделялось значительного внимания, и они, как правило, рассматривались обзорно в контексте иных (более широких) тем[29]. Настоящая работа является одной из первых попыток их специального исследования.

Теоретическая основа исследования. Теоретическую основу настоящей работы составили труды российских и зарубежных ученых, занимающихся исследованием общих проблем международного права, а также вопросов

---

[28] См., напр.: R. Dolzer. Fair and Equitable Treatment: a Key Standard in Investment Treaties // 39 (1) International Lawyer, 2005. P. 87; C.F. Dugan, D. Wallace Jr., N.D. Rubins, B. Sabahi. Investor-State Arbitration. – Oxford: Oxford University Press, 2008. Pp. 491-539; C. Schreuer. Full Protection and Security. Pp. 1-17; C. Schreuer. Fair and Equitable Treatment in Arbitral Practice // 6 (3) Journal of World Investment & Trade, 2005. Pp. 357-386; C. Yannaca-Small. Fair and Equitable Treatment Standard in International Investment Law // OECD Working Papers on International Investment, 2004/3. 40 pp.

[29] См., напр.: Г.М. Вельяминов. Международное экономическое право и процесс. Академический курс: учебник. – М.: Волтерс Клувер, 2004. §§ 688-690; А.А. Данельян, И.З. Фархутдинов. Международный инвестиционный арбитраж. – М.; СПб.: Центр гуманитарных инициатив, 2013. С. 50-53; Д.К. Лабин. Международное право по защите и поощрению иностранных инвестиций. – М.: «Волтерс Клувер», 2008. С. 230.

правового регулирования иностранных инвестиций и разрешения международных инвестиционных споров. В части общих вопросов правового регулирования иностранных инвестиций, включая вопросы разрешения международных инвестиционных споров, основу настоящего исследования составили теоретические разработки отечественных юристов: А.Г. Богатырева, М.М. Богуславского, Г.М. Вельяминова, Н.Г. Дорониной, Д.К. Лабина, И.З. Фархутдинова, И.И. Лукашука и др., а также зарубежных юристов: Р. Дольцера, К. Дугана, А. Лоуэнфельда, Н. Рубинса, Б. Сабахи, Д. Уолласа Мл., Г. Шварценбергера, К. Шройера и др.

В части вопросов толкования стандартов «справедливого режима» и «безопасности» в настоящей работе использовались преимущественно труды иностранных юристов: Я. Браунли, Ф. Гарсия-Амадора, Р. Дольцера, К. Дугана, Р. Клагера, Й. Паулссона, Н. Рубинса, Б. Сабахи, Д. Уолласа Мл., А. Фримана, К. Шройера, К. Яннака-Смолл, а также публикации ЮНКТАД и Комиссии международного права ООН.

В части общих проблем международного права, включая вопросы нормообразования, а также соотношения обычных и конвенционных норм международного права в контексте стандартов «справедливого режима» и «безопасности» в настоящей работе использовались труды отечественных юристов: А.Н. Вылегжанина, Г.М. Даниленко, Р.А. Каламкаряна, В.И. Менжинского, Г.И. Тункина и др., а также зарубежных юристов: Б. Кишояна, Р. Клагера, Д.К. Томаса, С. Швебеля, И. Шихата и др.

Цель и задачи исследования. Целью настоящего исследования является выявление основных теоретических и практических правовых проблем, возникающих в процессе толкования и применения договорных и обычных норм международного права по вопросам справедливого режима и безопасности иностранных капиталовложений, а также подготовка теоретико-практических рекомендаций для решения выявленных проблем.

Для достижения указанной цели были поставлены следующие задачи:

– изучить и проанализировать источники национального и международного права, научную и справочную литературу, а также судебные и арбитражные решения, относящиеся к теме настоящего исследования;

– обобщить позиции и взгляды теоретиков и практиков по вопросам, относящимся к теме настоящего исследования, с учетом суверенных и коммерческих интересов сторон судебных и арбитражных разбирательств, а также динамики их развития в исторической ретроспективе;

– сформулировать теоретико-практические рекомендации по решению проблем, возникающих в процессе толкования и применения стандартов «справедливого режима» и «безопасности», на основе произведенных обобщений.

Объект исследования. Объектом настоящего исследования являются общественные отношения, возникающие в процессе применения норм международных инвестиционных договоров, гарантирующих иностранным инвесторам и инвестициям справедливый режим и безопасность.

Предмет исследования. Предметом настоящего исследования являются обычные и договорные нормы международного права, регулирующие режим иностранных капиталовложений, включая вопросы справедливого обращения с иностранными капиталовложениями и их безопасности, а также международная судебная и арбитражная практика.

Нормативно-правовая и эмпирическая основы исследования. Выводы настоящей работы основаны на результатах аналитического и сравнительно-правового исследования отечественной и зарубежной научно-правовой литературы, справочных материалов, подготовленных экспертами международных организаций, источников национального и международного права, а также международной судебной и арбитражной практики. Значительная часть использованных материалов составлена на английском языке и не имеет официального перевода на русский язык, в связи с чем при цитировании фрагментов данных материалов автором был произведен их самостоятельный перевод.

В рамках настоящего исследования были использованы философские и общенаучные методы (в том числе методы анализа и синтеза, индукции и дедукции, критический и диалектический методы), а также частные научные методы, характерные для юридических наук: исторический, логический, формально-юридический, сравнительно-правовой и другие научные методы.

Научная новизна исследования. Настоящая работа является одним из первых в отечественной науке комплексных исследований международно-правовых стандартов «справедливого режима» и «безопасности» иностранных инвестиций. Научная новизна исследования заключается в определении структурного содержания указанных стандартов с учетом теоретических разработок российских и зарубежных правоведов, а также подробного анализа международной судебной и арбитражной практики, накопившей значительный опыт толкования стандартов при разрешении международных инвестиционных споров.

Проделанная таким образом работа позволила сформулировать выводы, нацеленные, прежде всего, на разработку практических подходов к толкованию стандартов с учетом актуальных теоретических обоснований.

Положения, выносимые на защиту. На защиту выносятся следующие основные положения:

1. С точки зрения правовой природы стандарты «справедливого режима» и «безопасности» представляют собой договорные нормы международного права, получившие распространение в двусторонних и многосторонних соглашениях по вопросам поощрения и защиты иностранных капиталовложений. Они предусмотрены абсолютным большинством действующих инвестиционных соглашений, включая соглашения с участием Российской Федерации, в связи с чем могут рассматриваться в качестве их характерных (неотъемлемых) составляющих. Правовой режим, устанавливаемый посредством указанных стандартов, предусматривает обязательство принимающего инвестиции государства обеспечить определенный (минимальный) уровень защиты иностранных капиталовложений и надлежащего обращения с ними. Данный

режим не зависит напрямую от того, как государство обращается с собственными гражданами и юридическими лицами или гражданами и юридическими лицами других (третьих) государств.

2. Стандарты «справедливого режима» и «безопасности» имеют сходство друг с другом, что обусловлено их общей нацеленностью на обеспечение благоприятного режима иностранных капиталовложений, однако их содержание различно, что подтверждается не только их толкованиями на уровне теоретической дискуссии, но и практикой их применения в рамках международных судебных и арбитражных разбирательств.

3. Содержание стандарта «справедливого режима» включает следующие структурные элементы (нормы):

– элементы, формирующие инвестиционный режим: обязанность уважать обоснованные ожидания инвестора (англ.: «investor's legitimate expectations»), обязанность обеспечивать стабильность и прозрачность правового регулирования иностранных инвестиций, обязанность выполнять контрактные обязательства, обязанность действовать добросовестно;

– элементы, относящиеся к неправомерным действиям: обязанность воздерживаться от неоправданного и неправомерного обращения (англ.: «arbitrary and abusive treatment»), обязанность воздерживаться от проявлений дискриминации, принуждения (англ.: «coercion»), оказания давления (англ.: «duress») и домогательства (англ.: «harassment»);

– элементы, относящиеся к процессуальным вопросам: обязанность обеспечивать надлежащую правовую процедуру (англ.: «due process») и не допускать отказа в отправлении правосудия (англ.: «denial of justice»).

4. Стандарт «безопасности» охватывает, в первую очередь, вопросы защиты иностранного инвестора и его капиталовложений от вмешательства физического характера (т.е. от причинения непосредственного физического вреда личности или имуществу иностранного инвестора). Расширительное толкование стандарта, в соответствии с которым он может обеспечивать защиту также от вмешательства

нефизического характера (например, от применения мер административного воздействия), допустимо.

5. Избыточно широкое толкование стандартов «справедливого режима» и «безопасности» должно избегаться, так как оно может наносить неоправданный ущерб принимающему инвестиции государству. Так, обязательство государства обеспечить стабильный правовой режим, возведенное на уровень международно-правовой нормы, способно существенно ограничивать суверенитет государства, лишая его фактической возможности выстраивать внутренний правопорядок по своему усмотрению.

6. Стандарты «справедливого режима» и «безопасности» имеют сходство с обычно-правовой концепцией международного минимального стандарта обращения с иностранными лицами, что послужило одной из причин дискуссии о правовой природе стандартов и их взаимосвязанности с обычными нормами международного права по вопросам поощрения и защиты иностранных капиталовложений. Однако утверждения об обычно-правовой природе стандартов (в частности, о том, что стандарты являются договорным отражением существующего международно-правового обычая (т.е. международного минимального стандарта) или же могли трансформироваться в новый международно-правовой обычай) не находят достаточного подтверждения.

7. При разрешении международных инвестиционных споров, представляется целесообразным подход, в соответствии с которым стандарты должны толковаться в качестве договорных норм, содержание которых должно устанавливаться в соответствии с обычным значением, которое следует придать терминам в их контексте, а также в свете объекта и целей договора. Прямое указание в договоре на то, что содержание стандартов ограничено содержанием (или эквивалентно содержанию) международного минимального стандарта, может являться основанием для того, чтобы рассматривать их в качестве составных элементов или эквивалента международного минимального стандарта для целей толкования конкретного договора.

Научная и практическая значимость. Сформулированные в работе теоретические выводы и практические рекомендации могут быть использованы для дальнейшего изучения вопросов правового регулирования иностранных инвестиций, а также для разработки практических подходов к решению проблем, связанных с толкованием стандартов «справедливого режима» и «безопасности», в том числе при разрешении международных инвестиционных споров. Изученные в рамках исследования материалы могут быть использованы в учебном процессе при проведении занятий и чтении лекций по курсам «Международное право», «Международное экономическое право» и др.

Апробация результатов исследования. Настоящая диссертация была обсуждена и одобрена на заседании Кафедры международного права МГИМО (У) МИД России. Основные положения исследования были апробированы автором в докладе на научном семинаре Юридической школы Университета Лондона (Queen Mary, University of London), подготовленном в рамках учебных мероприятий по курсу «Международное экономическое право» при прохождении обучения по программе «Магистр правовых наук» («Master of Laws») в 2014 г., а также были отражены в научных статьях автора в российских юридических журналах, рекомендованных Высшей аттестационной комиссией Министерства образования и науки Российской Федерации. Отдельные положения исследования были апробированы в докладе на Международной конференции «Урегулирование инвестиционных споров с участием государств с переходной экономикой» (г. Москва, 13-15 ноября 2009 г.), организованной Институтом права стран Восточной Европы Кильского университета им. Христиана Альбрехта в сотрудничестве с Институтом государства и права Российской академии наук, Академией государственного управления (Азербайджан) и Казахским национальным университетом им. Аль-Фараби.

Структура диссертации. Структура диссертации обусловлена поставленными целями и задачами и включает введение, четыре главы, заключение и библиографический список.

Глава I – Регулирование режима иностранных инвестиций в международном праве

§ 1.1 Источники международного права по вопросам иностранных инвестиций

Международно-правовое регулирование иностранных инвестиций исторически формировалось под влиянием норм общего международного права по вопросам дипломатической защиты граждан и их собственности за рубежом, а также ответственности государства за причинение вреда иностранным лицам и их имущественным интересам[30]. Так, при рассмотрении дела «Mavrommatis Palestine Concessions» 1924 г.[31] Постоянная палата международного правосудия обосновала существование института дипломатической защиты в рамках международного обычного права тем, что «право государства осуществлять защиту своих подданных, пострадавших от действий другого государства, нарушающих международное право, <…> есть основополагающий принцип международного права. Беря под свою опеку своего подданного и прибегая к дипломатическим средствам или международным судебным процедурам, государство такими действиями защищает свои собственные права: право обеспечивать в лице своих граждан уважение к нормам международного права»[32].

Обычные нормы международного права и в современном мире продолжают играть значительную роль в регулировании инвестиционных отношений. Так, при толковании терминов международных договоров Венская конвенция о праве международных договоров 1969 г. устанавливает, что наряду с контекстом должны учитываться «любые соответствующие нормы международного права, применяемые в отношениях между участниками»[33]. Как будет показано далее в настоящей диссертации, вопросы применения обычных норм международного

---

[30] См., напр.: Д.К. Лабин. Международное право по защите и поощрению иностранных инвестиций. С. IV. См. также: Международное право: учебник для бакалавров [под ред. А. Н. Вылегжанина]. – М.: Изд-во Юрайт, 2012. С. 846.

[31] Mavrommatis Palestine Concession Case. Mandatory of Palestine (United Kingdom) v. Greece. 1924, PCIJ Rep. Series A, No.2.

[32] Д.К. Лабин. Международное право по защите и поощрению иностранных инвестиций. Сс. 253-254.

[33] П. 3.c) ст. 31 Венской конвенции о праве международных договоров (23 мая 1969 г.) // [Электронный ресурс]. – Режим доступа: СПС «Консультант Плюс».

права нередко становятся предметом дискуссии при разрешении международных инвестиционных споров. Это касается, например, толкования и применения обычно-правовых норм, составляющих «международный минимальный стандарт».

Несмотря на то, что изначально в основе международно-правового регулирования иностранных инвестиций лежали обычные нормы международного права, в настоящее время режим иностранных капиталовложений формируется преимущественно конвенционными нормами. Как уже указывалось выше, по данным ЮНКТАД на начало 2016 г. в мире насчитывалось свыше 3 000 инвестиционных соглашений. В юридической литературе по данному вопросу отмечается, что «в отсутствие универсальной конвенции в данной области в настоящее время констатируется, что сложилась двухуровневая система международно-правового регулирования трансграничного движения иностранных инвестиций. Составными частями этой системы являются: 1) многосторонние международно-правовые механизмы, которые, в свою очередь, подразделяются на универсальные и региональные; 2) двусторонние соглашения государств в области регулирования инвестиций, представленные, прежде всего, двусторонними инвестиционными договорами…»[34].

Национальное право также играет важную роль. По данному вопросу в Хартии экономических прав и обязанностей государств, принятой резолюцией Генеральной Ассамблеи ООН в 1974 г., констатируется право государств «регулировать и контролировать иностранные инвестиции в пределах действия своей национальной юрисдикции согласно своим законам и постановлениям и в соответствии со своими национальными целями и первоочередными задачами». И далее: «ни одно государство не должно принуждаться к предоставлению льготного режима иностранным инвестициям»[35].

---

[34] Международное право: учебник для бакалавров [под ред. А. Н. Вылегжанина]. С. 847.

[35] Пп. а) п. 2 ст. 2 Хартии экономических прав и обязанностей государств (принята резолюцией № 3281 (XXIX) Генеральной Ассамблеи ООН от 12 декабря 1974 г.) // Организация Объединенных Наций. [Электронный ресурс]. – Режим доступа: <http://www.un.org/ru/documents/decl_conv/conventions/rights_and_duties.shtml>.

В зависимости от обстоятельств дела взаимодействие между нормами законодательства принимающего инвестиции государства или государства происхождения иностранного инвестора и применимыми нормами международного права может стать основным вопросом при разрешении конкретного дела. Так, нормы национального права, касающиеся личного закона юридического лица, выступающего в качестве стороны в споре с государством, могут определить юрисдикцию суда в конкретном деле. Другие отрасли национального права (права страны происхождения инвестора или права принимающего государства) также могут быть применимы при разрешении споров. В частности, это касается правового регулирования имущественных, коммерческих, трудовых и налоговых[36] отношений, вопросов недропользования и т.д.[37]

Размышляя о принципах, лежащих в основе правового регулирования иностранных инвестиций, В.Н. Лисица наряду с прочими принципами выделяет принцип подчинения иностранного инвестора праву принимающего государства[38]. В свою очередь, И.З. Фархутдинов обращает внимание на то, что «международные инвестиционные отношения в силу своей особой юридической природы не могут быть отрегулированы только национальным правом. Не случайно именно международно-правовой механизм защиты иностранных инвестиций сформировался раньше, чем его национальный аналог»[39].

Не углубляясь в детали правовой дискуссии относительно соотношения национального и международного права в регулировании трансграничной инвестиционной деятельности, отметим позицию А.Г. Богатырева, который указал на то, что с точки зрения общей теории права приоритет международного права над национальным, равно как и приоритет национального права над

---

[36] См., напр.: И.В. Рачков. Бывшие акционеры "ЮКОСа" против России. Комментарий к арбитражному решению под эгидой Постоянной палаты третейского суда в Гааге // Международное правосудие, № 3 (11), 2014. С.18-34.
[37] R. Dolzer, C. Schreuer. Principles of International Investment Law. – Oxford: Oxford University Press, 2012. P. 12.
[38] Лисица В.Н. Правовое регулирование инвестиционных отношений: теория, законодательство и практика применения: монография. – Новосибирск, 2011. С. 254-255.
[39] Фархутдинов И.З. Иностранные инвестиции: вызов экономическому суверенитету // Московский журнал международного права, № 3 (71), 2008. С. 6.

международным, вряд ли возможен и оправдан[40]. Рассуждая по данному вопросу, он приходит к выводу о том, что верховенство норм международного права над национально-правовыми нормами и наоборот должно быть, вероятно, исключено как принцип взаимодействия двух систем единого комплексного правового механизма регулирования международных инвестиционных отношений, поскольку приоритет одного над другим в сфере иностранных инвестиций ведет к диктату экономически сильной стороны в конкретном правоотношении[41]. По данному вопросу И.И. Лукашук высказался о некорректности постановки вопроса о формальном примате того или иного права, считая, что и национальное право, и международное право решают свои задачи в своей области и с помощью собственного механизма[42].

Что касается системы источников международного права по вопросам иностранных инвестиций, Р. Дольцер и К. Шройер отмечают, что наиболее важную роль среди таких источников играют двусторонние инвестиционные договоры[43] (наиболее распространенный из видов инвестиционных договоров). Они, как правило, бывают небольшими по объему и включают 12-14 статей. Структурно такие договоры можно разделить на три части: первая часть включает определения основных понятий (таких как, «инвестор» и «инвестиции»); вторая часть предусматривает нормы материального права, устанавливающие различные стандарты обращения с иностранными капиталовложениями (в том числе стандарты «справедливого режима» и «безопасности»); третья часть предусматривает порядок разрешения споров. Большинство двусторонних инвестиционных договоров содержат заранее данное согласие договаривающегося государства на рассмотрение спора между ним и иностранным инвестором другого договаривающегося государства в международном арбитраже[44].

---

[40] Богатырев А.Г. Государственно-правовой механизм регулирования инвестиционных отношений (вопросы теории). Автреф. дис. д-ра наук. М., 1996. С. 23.
[41] Там же. С. 24.
[42] Лукашук И.И. Международное право. Общая часть. Т. 1. – М.: Волтерс Клувер, 2005. С. 257.
[43] R. Dolzer, C. Schreuer. Principles of International Investment Law. P. 13.
[44] Ibid.

Последнее характерно и для российской практики. Так, пункт 2 статьи 8 типового двустороннего инвестиционного договора Российской Федерации предусматривает, что «если спор не может быть разрешен путем переговоров …, то он по выбору инвестора может быть передан на рассмотрение в компетентный суд или арбитраж Договаривающейся Стороны, на территории которой осуществлены капиталовложения, либо в арбитражный суд ad hoc в соответствии с Арбитражным регламентом Комиссии Организации Объединенных Наций по праву международной торговли (ЮНСИТРАЛ), либо в Международный центр по урегулированию инвестиционных споров…»[45].

Классический инвестиционный договор регулирует исключительно вопросы иностранных инвестиций (как например, большинство двусторонних инвестиционных договоров). Одной из тенденций последних десятилетий, однако, стало увеличение количества соглашений более широкого содержания, регулирующих иностранные инвестиции в дополнение к другим вопросам (например, в дополнение к вопросам торговли, транзита, освоения природных ресурсов, экологии и др.). Первым таким многосторонним соглашением, устанавливающим, в частности, режим иностранных капиталовложений, принято считать Договор к Энергетической хартии[46]. Широкое распространение получили многосторонние и двусторонние соглашения о свободной торговле, также затрагивающие вопросы инвестиций. Одно из наиболее известных таких соглашений – НАФТА, участниками которого являются Канада, США и Мексика. Одним из ранних двусторонних соглашений, установивших зону свободной торговли, стало соглашение между Австралией и Новой Зеландией об особых экономических и торговых отношениях 1983 г.[47]

---

[45] Типовое соглашение между Правительством Российской Федерации и правительствами иностранных государств о поощрении и взаимной защите капиталовложений, утвержденное Постановлением Правительства РФ № 456 «О заключении соглашений между Правительством Российской Федерации и правительствами иностранных государств о поощрении и взаимной защите капиталовложений» от 9 июня 2001 г. [Электронный ресурс]. – Режим доступа: СПС «ГАРАНТ».

[46] R. Dolzer, C. Schreuer. Principles of International Investment Law. P. 15.

[47] Australia New Zealand Closer Economic Relations Trade Agreement (28 March 1983) // Department of Foreign Affairs and Trade. Australian Government. [Electronic resource]. – Mode of access: <http://dfat.gov.au/trade/agreements/anzcerta/Documents/anzcerta1.pdf>.

Значимым региональным соглашением последних лет с участием Российской Федерации стал Договор о Евразийском экономическом союзе, подписанный в г. Астана 29 мая 2014 г. между Республикой Беларусь, Республикой Казахстан и Российской Федерацией и вступивший в силу 1 января 2015 г. (далее – Договор о Евразийском экономическом союзе). Вопросам инвестиций в договоре посвящен Раздел XV «Торговля услугами, учреждение, деятельность и осуществление инвестиций», а также Приложение № 16 к договору.

На многосторонней основе также заключаются соглашения, которые, хоть прямо и не регулируют режим иностранных капиталовложений, но способствуют улучшению международно-правового инвестиционного климата в целом. К числу таких соглашений относится, в частности, Конвенция МЦУИС, устанавливающая правовые механизмы разрешения споров между инвесторами и принимающими инвестиции государствами. Урегулирование споров в рамках МЦУИС осуществляется посредством примирительной или арбитражной процедуры. Сеульская конвенция об учреждении Многостороннего агентства по гарантиям инвестиций 1985 г.[48] призвана обеспечить гарантии безопасности иностранных инвестиций, в первую очередь, для поощрения иностранного прямого инвестирования в развивающиеся экономики.

Таким образом, регулирование режима иностранных инвестиций в международном праве осуществляется, в первую очередь, международными инвестиционными соглашениями (двусторонними и многосторонними), направленными непосредственно на отношения, возникающие по поводу иностранных инвестиций (как например, двусторонние инвестиционные договоры), или затрагивающими их наряду с другими вопросами (как например, соглашения о свободной торговле), а также международно-правовыми обычаями. Национальное право принимающего инвестиции государства или государства происхождения иностранного инвестора также играет важную роль, в частности, при разрешении споров между инвестором и государством.

[48] Сеульская конвенция об учреждении Многостороннего агентства по гарантиям инвестиций (11 октября 1985 г.). [Электронный ресурс]. – Режим доступа: СПС «ГАРАНТ».

§ 1.2 Особенности юридической терминологии в сфере иностранных инвестиций

В настоящем параграфе будут рассмотрены базовые понятия, используемыми в международно-правовых и национально-правовых документах, регулирующих вопросы трансграничного движения капиталов. К ним, в частности, относятся такие понятия, как «иностранный инвестор», «иностранные инвестиции» (или «иностранные капиталовложения»), «экспроприация», «национализация» и др. Особый интерес представляют термины, используемые для обозначения стандартов (или гарантий) надлежащего обращения с иностранными капиталовложения. К таким терминам, в частности, относятся «справедливый и равноправный режим» и «полная защита и безопасность».

Типовой двусторонний инвестиционный договор Российской Федерации определяет понятие «инвестор (в отношении каждой из Договаривающихся Сторон)» как «любое физическое лицо, являющееся гражданином государства этой Договаривающейся Стороны» и «любое юридическое лицо, созданное или учрежденное в соответствии с законодательством этой Договаривающейся Стороны»[49]. Аналогичным образом «инвестор» определяется в большинстве ДИД с участием Российской Федерации. Так, пункт 1.а) статьи 1 договора между Российской Федерацией и Республикой Куба устанавливает, что «термин «инвестор» означает любое физическое лицо, являющееся гражданином государства одной из Договаривающихся Сторон, и любое юридическое лицо, созданное в соответствии с ее законодательством, при условии, что физическое или юридическое лицо правомочны в соответствии с законодательством своей Договаривающейся Стороны осуществлять капиталовложения на территории другой Договаривающейся Стороны»[50]. Таким образом, под защиту договора

[49] Ст.1 Типового соглашения между Правительством Российской Федерации и правительствами иностранных государств о поощрении и взаимной защите капиталовложений, утвержденного Постановлением Правительства РФ № 456 «О заключении соглашений между Правительством Российской Федерации и правительствами иностранных государств о поощрении и взаимной защите капиталовложений» от 9 июня 2001 г.

[50] Соглашение между Правительством Российской Федерации и Правительством Республики Куба о поощрении и взаимной защите капиталовложений (Москва, 7 июля 1993 г.). [Электронный ресурс]. – Режим доступа: СПС «ГАРАНТ».

подпадает практически любое физическое или юридическое лицо, чье право осуществлять инвестиции на территории иностранного государства не ограничено, и страной происхождения которого является одно из договаривающихся государств. Похожим образом понятие «инвестор» определено и в Договоре к Энергетической хартии[51], и в НАФТА[52].

Закон «Об иностранных инвестициях в Российской Федерации» от 9 июля 1999 г. в дополнение к гражданам и юридическим лицам иностранных государств в определении «иностранного инвестора» также называет лиц без гражданства, международные организации и иностранные государства[53]. Иранский Закон о поощрении и защите иностранных капиталовложений от 10 марта 2002 г., помимо иностранных физических и юридических лиц, упоминает иранских лиц, «использующих капитал иностранного происхождения»[54]. Вьетнамский Закон об иностранных инвестициях от 12 ноября 1996 г. в определении «иностранного инвестора» ограничивается упоминанием «иностранных экономических организаций» (англ.: «foreign economic organization») и физических лиц, инвестирующих во Вьетнаме[55].

Иностранное происхождение является не единственным критерием, позволяющим определить круг лиц, подпадающих под защиту международных договоров и национального законодательства в качестве иностранных инвесторов. Другой необходимой характеристикой таких лиц является осуществление ими капиталовложений (инвестиций) на территории иностранного (принимающего) государства.

Как отмечает А.Г. Богатырев, с юридической точки зрения иностранные инвестиции представляют собой иностранный капитал, собственность в различных видах и формах, вывезенная из одного государства и вложенная в

---

[51] Ст.1 Договора к Энергетической хартии (Лиссабон, 17 декабря 1994 г.).
[52] Art. 1139 of the North American Free Trade Agreement (17 December 1992).
[53] Ст. 2 Федерального закона № 160-ФЗ «Об иностранных инвестициях в Российской Федерации» от 9 июля 1999 г. [Электронный ресурс]. – Режим доступа: СПС «Консультант Плюс».
[54] Art. 1 of Iran's Foreign Investment Promotion and Protection Act (10 March 2002) // The British Iranian Chamber of Commerce. [Electronic resource]. – Mode of access: <http://www.bicc.org.uk/downloads/fippa.pdf>.
[55] Art. 2 of the Law on Foreign Investment in Vietnam (12 November 1996) // Embassy of Vietnam in UK. [Electronic resource]. – Mode of access: <http://www.vietnamembassy.org.uk/chapter1.html>.

предприятие (или дело) на территории другого государства[56]. Отталкиваясь от данного теоретического посыла, он приходит к выводу о том, что смысл и суть правового регулирования инвестиций и инвестиционного процесса заключаются в установлении правовых норм (условий и гарантий), определяющих отношения субъектов инвестиционных отношений собственников[57].

По данному вопросу М.М. Богуславский также подчеркивает принципиальную значимость института собственности: «любая инвестиция – это то, что является объектом права собственности. Она может быть собственностью частных юридических лиц или граждан (частные инвестиции)»[58]. Однако, при этом, отмечает он, знак равенства между понятиями «иностранная собственность» и «иностранные инвестиции» ставить не следует. «Собственность» в широком смысле и «иностранная собственность» в частности выступают основополагающими понятиями по отношению к «инвестициям» и «иностранным инвестициям». Иллюстрирующим примером может служить собственность иностранного государства (например, посольство) или жилой дом, в котором проживает иностранное физическое лицо и который находится в его собственности. Эти объекты не могут рассматриваться в качестве инвестиций, так как оба они имеют иное (в отличие от инвестиций) целевое назначение – не служат целям предпринимательской или иной хозяйственной деятельности. Таким образом, то, в каких целях используется собственность, имеет существенное значение[59].

«Капиталовложения» по смыслу российского типового ДИД предполагают «все виды имущественных ценностей, которые вкладываются инвестором одной Договаривающейся Стороны на территории другой Договаривающейся Стороны в соответствии с законодательством последней…»[60]. К числу таких ценностей, в

---

[56] Богатырев А. Г. Инвестиционное право. – М.: Рос. право, 1992. С. 12.
[57] Там же. С.13.
[58] Богуславский М.М. Иностранные инвестиции: правовое регулирование. – М.: Изд-во «Бек», 1996. С. 55.
[59] Там же.
[60] Ст.1 Типового соглашения между Правительством Российской Федерации и правительствами иностранных государств о поощрении и взаимной защите капиталовложений, утвержденного Постановлением Правительства РФ № 456 «О заключении соглашений между Правительством Российской Федерации и правительствами иностранных государств о поощрении и взаимной защите капиталовложений» от 9 июня 2001 г.

частности, относятся движимое и недвижимое имущество, акции, вклады и другие формы участия в капитале коммерческих организаций, права требования по вложенным денежным средствам, исключительные права на объекты интеллектуальной собственности и др.[61] Данное определение характерно для российской договорной практики[62] и нацелено на то, чтобы охватить любые возможные виды инвестиций, включая, так называемые, «прямые» и «портфельные» инвестиции.

В соответствии с определением, предложенным Д.К. Лабиным, «под прямыми иностранными инвестициями <…> понимается прямой перевод денежных средств или иного имущества юридическими или физическими лицами для участия на территории иностранного государства посредством их имущественных и интеллектуальных ценностей в предприятии либо в уставном (складочном) капитале хозяйствующих субъектов в целях извлечения прибыли при полном или частичном контроле над данными ценностями»[63]. Прямые иностранные инвестиции предполагают глубокую вовлеченность иностранного лица в экономику принимающего государства, в связи с чем их принято рассматривать отдельно от портфельных инвестиций, суть которых сводится к покупке ценных бумаг публичных (открытых) эмитентов[64].

При этом необходимо иметь в виду, что «сделки, совершаемые на рынке ценных бумаг, включая и операции с корпоративными ценными бумагами (акции, выпускаемые юридическими лицами), не всегда рассматриваются как портфельные инвестиции. Так, сделки с ценными бумагами, результатом которых является приобретение права контроля над компанией-эмитентом, относятся к

---

[61] Там же.

[62] См., напр.: п. 1 ст. 1 Соглашения между Правительством Российской Федерации и Правительством Итальянской Республики о поощрении и взаимной защите капиталовложений (Рим, 9 апреля 1996 г.); п. b) ст. 1 Соглашения между Правительством Российской Федерации и Правительством Республики Индонезии о поощрении и защите капиталовложений (Джакарта, 6 сентября 2007 г.); п. а) 1 ст. 1 Договора Союза Советских Социалистических Республик и Федеративной Республики Германии о содействии осуществлению и взаимной защите капиталовложений (Бонн, 13 июня 1989 г.). [Электронный ресурс]. – Режим доступа: СПС «ГАРАНТ»; п. б) ст. 1 Соглашения между Правительством Российской Федерации и Правительством Республики Армения о поощрении и взаимной защите капиталовложений (Ереван, 15 сентября 2001 г.). [Электронный ресурс]. – Режим доступа: СПС «ГАРАНТ»; п. 1 ст. 1 Соглашения между Правительством Российской Федерации и Правительством Республики Казахстан о поощрении и взаимной защите инвестиций (Москва, 6 июля 1998 г.). [Электронный ресурс]. – Режим доступа: СПС «ГАРАНТ».

[63] Д.К. Лабин. Международное право по защите и поощрению иностранных инвестиций. С. 29.

[64] Там же.

прямым инвестициям»[65]. Как отмечает Н.Г. Доронина, приобретение 10%-доли участия в капитале акционерного общества при определенных условиях может обеспечить ее владельцу контроль над этим обществом[66].

Различия между прямыми и портфельными инвестициями могут иметь практическое значение для целей установления их правового режима. Так, упоминавшийся выше вьетнамский Закон об иностранных инвестициях от 12 ноября 1996 г. касается только «прямых иностранных инвестиций» (англ.: «foreign direct investment»), под которыми в законе понимается «перевод капитала во Вьетнам в форме денег или любых активов иностранными инвесторами для целей осуществления инвестиционной деятельности…»[67]. Российский же закон имеет более широкую сферу применения. Он оперирует как общим (широко сформулированным) понятием «иностранная инвестиция» для описания всех основных вопросов правового регулирования иностранных капиталовложений, так и частным понятием «прямая иностранная инвестиция»[68], используемым в отдельных контекстах.

Несмотря на отдельные отличия в практике различных государств, необходимо отметить, что понятие «капиталовложение» («инвестиция») в международно-правовых документах, как правило, охватывает широкий круг вопросов, что позволяет обеспечивать защиту практически любым видам и формам иностранных инвестиций. Одним из примеров установления такой защиты на многосторонней основе является Договор к Энергетической хартии, определяющий инвестиции как «все виды активов, находящихся в собственности и контролируемых прямо или косвенно Инвестором»[69], включая, в частности, «вещественную и невещественную, а также движимую и недвижимую собственность и любые имущественные права», «компанию или деловое предприятие, либо акции, вклады или другие формы участия в акционерном

[65] Н.Г. Доронина. Комментарий к Закону об иностранных инвестициях // Право и экономика, № 4, 2000.
[66] Там же.
[67] Art. 2 of the Law on Foreign Investment in Vietnam (12 November 1996).
[68] См.: ст. 2 Федерального закона № 160-ФЗ «Об иностранных инвестициях в Российской Федерации» от 9 июля 1999 г.
[69] Ст.1 Договора к Энергетической хартии (Лиссабон, 17 декабря 1994 г.).

капитале компании или делового предприятия, а также облигации и другие долговые обязательства компании или делового предприятия», «право требования по денежным средствам», «интеллектуальную собственность» и т.д.[70]

Практически каждый международно-правовой и национально-правовой документ, устанавливающий режим иностранных капиталовложений, затрагивает те или иные вопросы экспроприации (национализации, реквизиции и т.п.). Вне зависимости от тонкостей используемой в договорах или законах терминологии, вопросы принудительного изъятия собственности иностранцев являются ключевыми в регулировании режима иностранных капиталовложений и носят наиболее принципиальный для инвесторов характер. Ни российский типовой ДИД, ни Закон «Об иностранных инвестициях в Российской Федерации» не предусматривают специального определения «экспроприации» или «национализации» и используют эти термины в их общеправовом значении. В Гражданском кодексе Российской Федерации «национализация» определяется как «обращение в государственную собственность имущества, находящегося в собственности граждан и юридических лиц»[71].

Необходимо отметить, что в международном праве признается право государства осуществлять экспроприацию иностранной собственности в исключительных случаях, в общественных интересах и на недискриминационной основе[72]. Такой подход закреплен во многих современных инвестиционных соглашениях.

Нередко в международно-правовых документах к экспроприации приравниваются также действия, результаты которых имеют равнозначные с экспроприацией последствия. В таком случае речь может идти о так называемой «ползучей экспроприации» (англ.: «creeping expropriation») – т.е. экспроприации, осуществляемой непрямыми (косвенными) способами (например, путем регуляторного воздействия). Российский типовой ДИД в определенной степени

---

[70] Там же.

[71] П. 9) ст. 235 Гражданского кодекса Российской Федерации (часть первая). [Электронный ресурс]. – Режим доступа: СПС «Консультант Плюс».

[72] См.: Д.К. Лабин. Международное право по защите и поощрению иностранных инвестиций. С. 234.

отражает данную концепцию, ограничивая возможность осуществления принимающим инвестиции государством «мер принудительного изъятия, равносильных по последствиям экспроприации или национализации»[73]. Аналогичный подход применяется в НАФТА, ограничивающем право страны-участницы осуществлять «прямо или косвенно национализацию или экспроприацию инвестиций <…> или принимать меры, равнозначные национализации или экспроприации…»[74].

Такие же ограничения установлены и Договором к Энергетической хартии, запрещающем осуществлять национализацию и экспроприацию, а также меры, «имеющие аналогичные национализации или экспроприации последствия»[75], за исключением случаев, когда такие действия осуществляются «с целью, которая отвечает государственным интересам», «без дискриминации», «с соблюдением надлежащих правовых процедур» и «одновременно с выплатой быстрой, достаточной и эффективной компенсации»[76]. Именно невыполнение Российской Федерацией последнего из перечисленных требований (т.е. требования о компенсации, в то время как сам факт экспроприации был, по мнению арбитража, установлен) было констатировано в упоминавшихся выше разбирательствах между Российской Федерацией и акционерами ОАО «Нефтяная компания «ЮКОС», что послужило обоснованием для вынесенного решения[77].

Что касается терминов, используемых для обозначения стандартов «справедливого режима» и «безопасности» иностранных инвестиций, необходимо отметить, что в договорной практике государств используются разные формулировки. Так, в аутентичном тексте Договора к Энергетической хартии на русском языке используется понятие «справедливый и одинаковый режим»[78], в то

---

[73] Ст. 4 Типового соглашения между Правительством Российской Федерации и правительствами иностранных государств о поощрении и взаимной защите капиталовложений, утвержденного Постановлением Правительства РФ № 456 «О заключении соглашений между Правительством Российской Федерации и правительствами иностранных государств о поощрении и взаимной защите капиталовложений» от 9 июня 2001 г.
[74] Art. 1110 of the North American Free Trade Agreement (17 December 1992).
[75] Ст. 13 Договора к Энергетической хартии (Лиссабон, 17 декабря 1994 г.).
[76] Там же.
[77] См.: Hulley Enterprises Limited (Cyprus) v. The Russian Federation. Para 1584; Yukos Universal Limited (Isle of Man) v. The Russian Federation. Para 1584; Veteran Petroleum Limited (Cyprus) v. The Russian Federation. Para 1584.
[78] П. (1) ст. 10 Договора к Энергетической хартии (Лиссабон, 17 декабря 1994 г.).

время как многие двусторонние инвестиционные договоры с участием Российской Федерации оперируют понятием «справедливый и равноправный режим» (например, договор между Российской Федерацией и Великобританией[79]). При этом следует отметить, что и указанная формулировка ДЭХ, и соответствующие формулировки многих российских ДИД являются разными вариациями дословного перевода английской формулировки «fair and equitable treatment», которая была, в частности, включена в аутентичные тексты на английском языке и Договора к Энергетической хартии[80], и упомянутого выше договора между Российской Федерацией и Великобританией[81]. В договорной практике государств встречаются также и различные вариации формулировки стандарта на английском языке. Так, английский текст итальянского типового ДИД 2003 г. оперирует понятием «just and fair treatment»[82].

Анализ международной арбитражной практики позволяет сделать вывод, что различные особенности положений договоров, содержащих стандарт «справедливого режима», в целом имеют существенное значение для толкования соответствующих договоренностей сторон (отдельные примеры таких положений будут рассмотрены в других параграфах настоящей диссертации), однако различия в том, какие термины используются в договоре непосредственно для обозначения (названия) стандарта представляются не столь существенными.

Не вдаваясь в детали лексического значения терминов «fair», «just» и «equitable» (последний термин имеет глубокое историческое содержание в странах англосаксонской правовой семьи), тем не менее, необходимо отметить, что в зависимости от контекста все они могут быть переведены на русский язык в

---

[79] См.: п. 2 ст. 2 Соглашения между Правительством Союза Советских Социалистических Республик и Правительством Соединенного Королевства Великобритании и Северной Ирландии о поощрении и взаимной защите капиталовложений (Лондон, 6 апреля 1989 г.). [Электронный ресурс]. – Режим доступа: СПС «ГАРАНТ».

[80] См.: para (1) of Art. 10 of the Energy Charter Treaty (Lisbon, 17 December 1994). [Electronic resource]. – Mode of access: <http://www.energycharter.org/fileadmin/DocumentsMedia/Legal/ECTC-en.pdf>.

[81] См.: para 2 of Art. 2 of the Agreement between the Government of the United Kingdom of Great Britain and Northern Ireland and the Government of the Union of Soviet Socialist Republics for the Promotion and Reciprocal Protection of Investments (London, 6 April 1989) // UNCTAD. [Electronic resource]. – Mode of access: <http://investmentpolicyhub.unctad.org/Download/TreatyFile/2235>.

[82] См.: para 3. of Art. II of the Italian Model Treaty on the Promotion and Protection of Investments (2003). [Electronic resource]. – Mode of access: <http://www.italaw.com/sites/default/files/archive/ITALY%202003%20Model%20BIT%20.pdf>.

качестве понятия «справедливый». Соответственно, при отсутствии официального перевода на русский язык отдельных международно-правовых документов, анализируемых в рамках диссертационного исследования, различные вариации перевода указанных терминов используются в настоящей диссертации с определенной долей условности. В зависимости от контекста данные термины могли быть переведены на русский язык как понятия «справедливый», «равноправный» или «беспристрастный». В любом случае, отсылки к тем или иным формулировкам стандарта «справедливого режима» предполагают, что в основе этого стандарта лежит концепция «справедливости».

В контексте делимитации границы на континентальном шельфе Международный Суд ООН при разрешении спора между Тунисом и Ливией[83] указал на то, что «справедливость как юридическая концепция происходит непосредственно от идеи правосудия <…> В истории правовых систем термин «справедливость» использовался для обозначения разных юридических понятий. Часто это понятие противопоставлялось негибким нормам позитивного права, жесткость которых необходимо было смягчить для цели отправления правосудия. В общем случае это противопоставление не имеет аналога в развитии международного права; правовая концепция справедливости составляет общий принцип, непосредственно применимый в качестве права. Более того, применяя позитивное международное право, Суд может выбрать из нескольких возможных толкований права то, которое представляется, в свете обстоятельств дела, наиболее соответствующим требованиям правосудия»[84]. Следует отметить, что в соответствующем комментарии суд использовал термины «equity» (рус.: «справедливость») и «justice» (рус.: «правосудие») для обозначения соответствующих понятий[85].

---

[83] См.: Case concerning the Continental Shelf. Tunisia v. Libyan Arab Jamahiriya (Judgment of 24 February 1982). [Electronic resource] / International Court of Justice. – Mode of access: <http://www.icj-cij.org/files/case-related/63/063-19820224-JUD-01-00-EN.pdf>.

[84] А.Н. Вылегжанин. Решения Международного Суда ООН по спорам о разграничении морских пространств. – М.: Юридическая литература, 2004. С. 106.

[85] Case concerning the Continental Shelf. Tunisia v. Libyan Arab Jamahiriya (Judgment of 24 February 1982). P. 60.

Формулировки, используемые в правовых документах для обозначения стандарта «безопасности» иностранных инвестиций, также варьируются. Упоминавшийся выше инвестиционный договор между Российской Федерацией и Великобританией предусматривает, что «капиталовложениям инвесторов каждой из Договаривающихся Сторон <…> обеспечиваются полная защита и безопасность на территории другой Договаривающейся Стороны»[86]. Аутентичный текст договора на английском языке оперирует понятием «full protection and security»[87]. Договор к Энергетической хартии предусматривает, что «Инвестиции также постоянно пользуются максимальной защитой и безопасностью…»[88], в то время как аутентичный текст договора на английском языке оперирует понятием «the most constant protection and security»[89]. Закон «Об иностранных инвестициях в Российской Федерации» от 9 июля 1999 г. устанавливает, что «иностранному инвестору на территории Российской Федерации предоставляется полная и безусловная защита прав и интересов».

Международно-правовые документы, как правило, не предусматривают специального определения терминов «защита» и «безопасность», что создает определенные трудности в толковании соответствующего стандарта. Однако, как показывает арбитражная практика (что будет рассмотрено далее в настоящей диссертации), так же, как и в случае со стандартом «справедливого режима», различия в формулировках, используемых непосредственно для обозначения (названия) стандарта «безопасности», не столь существенны для его толкования, в то время как общее содержание и контекст тех положений договоров, в которых данный стандарт упоминается, может иметь определяющее значение.

Что касается самих понятий «стандарт» или «гарантия», используемых в настоящей диссертации для обозначения положений международных договоров о

---

[86] П. 2 ст. 2 Соглашения между Правительством Союза Советских Социалистических Республик и Правительством Соединенного Королевства Великобритании и Северной Ирландии о поощрении и взаимной защите капиталовложений (Лондон, 6 апреля 1989 г.).

[87] См.: para 2 of Art. 2 of the Agreement between the Government of the United Kingdom of Great Britain and Northern Ireland and the Government of the Union of Soviet Socialist Republics for the Promotion and Reciprocal Protection of Investments (London, 6 April 1989).

[88] П. (1) ст. 10 Договора к Энергетической хартии (Лиссабон, 17 декабря 1994 г.).

[89] См.: para (1) of Art. 10 of the Energy Charter Treaty (Lisbon, 17 December 1994).

«справедливом режиме» и «безопасности» иностранных капиталовложений, необходимо отметить, что они используются в значении словосочетания «обязательство обеспечить» и не предполагают какого-либо специфического (самостоятельного) содержания.

В процессе толкования стандартов «справедливого режима» и «безопасности» иностранных капиталовложений, в том числе в рамках международных судебных разбирательств, могут также рассматриваться и другие понятия, используемые для обозначения тех или иных норм международного права. К ним, в частности, относятся такие понятия, как «международный минимальный стандарт» (англ.: «international minimum standard»), «отказ в отправлении правосудия» (англ.: «denial of justice»), «оправданные ожидания инвестора» (англ.: «investor's legitimate expectations»), «надлежащая правовая процедура» (англ.: «due process»), прозрачность (англ.: «transparency») и др. Не будем останавливаться на каждом из них в данном параграфе. Соответствующие определения и комментарии будут даны по мере необходимости.

§ 1.3 Вопросы защиты иностранных инвестиций в исторической ретроспективе

Как указывалось выше, в современной договорной практике государств обязательство предоставления иностранным инвестициям на взаимной основе «справедливого» и «равноправного» обращения, а также обеспечения им «безопасности» закрепляется в большинстве международных инвестиционных соглашений[90]. При этом также важно отметить, что первоначально обязательство государства обеспечить благоприятный режим капиталовложений и их защиту сформировалось в качестве обычной нормы международного права. Одно из ранних упоминаний данного международно-правового обычая встречается в комментариях вице-президента США Джона Адамса 1796 г. к первому соглашению о дружбе, коммерции и навигации между США и Францией 1778 г.

[90] См.: Fair and Equitable Treatment // UNCTAD Series on Issues in International Investment Agreements II (2012). P. xiii. См. также: C. Schreuer. Full Protection and Security. P. 1.

Он отмечал, что «среди принципов права наций не существует более утвердившегося принципа, чем тот, что наделяет защитой всеми средствами, доступными суверену, собственность иностранцев, пребывающих под юрисдикцией страны, находящейся в дружественных отношениях со страной их происхождения»[91].

Однако в последующие десятилетия вплоть до начала XX в. ни в договорной практике государств, ни в международно-правовой доктрине не уделялось особого внимания вопросам правовых механизмов, призванных обеспечить защиту и благоприятный режим иностранных капиталовложений в принимающем государстве. Так, на протяжении XIX в. международные инвестиционные договоры в большинстве случаев ограничивались отсылками к нормам законодательства принимающих инвестиции государств и не предусматривали отдельных стандартов защиты собственности иностранных лиц[92]. Логика, лежавшая в основе такой практики, заключалась в том, что каждое государство, как правило, стремится обеспечивать защиту частной собственности на своей территории всей совокупностью внутренних правовых средств, и применение режима такой защиты в отношении собственности иностранцев должно было обеспечивать достаточный уровень ее безопасности[93].

Так, например, комментируя имущественные отношения в Российской империи М.А. Исаев отмечает, что «неприкосновенность частной собственности как абсолютный принцип вещного (частного) права всегда признавался за подданными Всероссийского императора»[94]. Что касается экспроприации, она «была известна отечественному праву и означала то же, что и в любой другой цивилизованной стране: отчуждение прав собственности за равноценный выкуп»[95]. В отношении общего порядка регулирования положения иностранцев М.А. Исаев указывает на то, что он «может быть охарактеризован как типичный

[91] J.B. Moore. A Digest of International Law. U.S. Government Printing Office, 1906. – Vol. 4. P. 5.
[92] R. Dolzer, C. Schreuer. Principles of International Investment Law. P. 1.
[93] Ibid.
[94] М.А. Исаев. История российского государства и права: учебник / МГИМО (Университет) МИД России. – М.: Статут, 2012. С. 329.
[95] Там же. С. 330.

status personalis – в частности, русский закон признавал ними точно такую же правоспособность, какую они имели у себя на родине»[96].

Описанная выше парадигма (в рамках которой иностранцам предоставлялся тот же уровень защиты частной собственности, что и собственным гражданам договаривающихся государств) нашла свое абсолютизированное воплощение в трудах выдающегося аргентинского юриста К. Кальво. Концепция, впервые сформулированная им в монографии «Международное право: теория и практика Европы и Америки» («Derecho Internacional Teórico y Práctico de Europa y América») 1868 г.[97], в международно-правовой литературе стала известна как «доктрина Кальво». Суть ее сводилась к утверждению об абсолютном равенстве резидентов и нерезидентов перед законом (национальный стандарт), и, как следствие, возможности государства ограничивать уровень защиты иностранной собственности, если одновременно с этим ограничивается уровень защиты собственности резидентов.

В основе доктрины Кальво лежала идея государственного суверенитета. Предполагалось, что государство, обладая всей полнотой власти на своей территории, путем принятия соответствующих законов может обеспечивать как высокий уровень защиты иностранных капиталовложений, так и лишать их всякой защиты. При этом предполагалось, что за отстаиванием своих прав иностранный инвестор должен обращаться в суды принимающего государства, и лишен права на дипломатическую защиту[98]. Данная концепция основана на идее о том, что правовой режим иностранных капиталовложений имеет национально-правовую, а не международно-правовую природу[99].

В первые десятилетия XX в. доктрина Кальво получила широкое распространение не только в кругах теоретиков, но и на уровне государственной практики, приведшей к ее существенному переосмыслению. В России после 1917 г. была осуществлена широкомасштабная экспроприация иностранной

[96] Там же. С. 372.
[97] См.: C. Calvo, Derecho Internacional Teórico y Práctico de Europa y América. A. Durand et Pedone-Lauriel, 1868. 1093 pp.
[98] R. Dolzer, C. Schreuer. Principles of International Investment Law. Pp. 1-2.
[99] Д.К. Лабин. Международное право по защите и поощрению иностранных инвестиций. С. 181.

собственности, не сопровождавшаяся предоставлением какой-либо компенсации. Она обосновывалась, в частности, реализацией принципа национального стандарта[100], так как экспроприационные действия реализовывались в равной мере и в отношении собственных граждан, и в отношении иностранцев.

Одним из символичных событий того времени стало арбитражное разбирательство 1930 г. между английской компанией «Lena Goldfields Ltd.» и правительством СССР. Причиной для разбирательства послужила осуществленная правительством экспроприация предприятий по добыче золота, управлявшихся иностранной компанией на основании концессионного соглашения. Несмотря на то, что СССР на определенном этапе отказался от участия в процессе, против него было вынесено решение, присудившее пострадавшему инвестору денежную компенсацию. Данное решение, однако, так и не было приведено в исполнение. Компенсация была выплачена из средств государственной казны Великобритании лишь спустя 38 лет благодаря урегулированию спора на дипломатическом уровне правительствами двух государств[101].

Аналогичные события, приведшие к радикальному пересмотру режима владения собственностью, происходили и в Мексике в тот же исторический период. В результате революции в этой стране были национализированы предприятия аграрного и нефтяного секторов, находившиеся преимущественно в собственности граждан США, что привело к многочисленным спорам, для разрешения которых правительствами США и Мексики была создана специальная комиссия по претензиям на основании договора 1923 г. Работа комиссии в течение нескольких лет не отличалась эффективностью, что побудило государственного секретаря США Корделла Халла инициировать в 1938 г. переписку с правительством Мексики для урегулирования споров.

---

[100] R. Dolzer, C. Schreuer. Principles of International Investment Law. P. 2.

[101] C. F. Dugan, D. Wallace Jr., N. D. Rubins, B. Sabahi. Investor-State Arbitration. P. 434. См. также: V.V. Veeder. The Lena Goldfields Arbitration: The Historical Roots of Three Ideas // International and Comparative Law Quarterly, Vol. 47 (04), 1998. Pp. 747-792.

Именно в рамках данной переписки К. Халлом было сформулировано правило, в соответствии с которым международным правом допускается экспроприация имущества иностранных лиц при условии выплаты им «незамедлительной, адекватной и эффективной компенсации» (англ.: «prompt, adequate and effective compensation»). Данное правило в дальнейшем стало известно под названием «формула Халла» (англ.: «Hull Formula»). В свою очередь, позиция Мексики была в значительной степени основана на принципах доктрины Кальво, и, несмотря на то, что стороны смогли договориться о выплате компенсаций, консенсуса по вопросам права между ними достигнуто не было[102].

Важно отметить, что формула Халла получила широкое распространение в договорной практике государств. Многие международные договоры, затрагивающие вопросы экспроприации, в настоящее время предусматривают соответствующее условие о компенсации. Так, например, пункт (d) статьи 13 Договора к Энергетической хартии предусматривает условие о «быстрой, достаточной и эффективной компенсации», в то время как большинство двусторонних инвестиционных договоров с участием Российской Федерации предусматривают условие о «быстрой, адекватной и эффективной компенсации»[103].

Многолетняя дискуссия о правомерности доктрины Кальво особенно обострилась в эпоху после деколонизации в середине XX в. в контексте споров между развивающимися странами и странами-экспортерами капитала. Эта дискуссия, а также итоги революций в России и Мексике обусловили актуальность концепции, в соответствии с которой иностранное лицо пользуется защитой от неприемлемых мер в отношении него и его собственности в силу действия норм международного права, применение которых не зависит от

[102] См.: A.F. Lowenfeld. International Economic Law. Oxford: Oxford University Press, 2008. Pp. 475-481.
[103] См., напр.: ст. 5 Соглашения между Правительством Российской Федерации и Правительством Итальянской Республики о поощрении и взаимной защите капиталовложений (Рим, 9 апреля 1996 г.).

законодательства принимающего инвестиции государства. Совокупность таких норм принято называть «международным минимальным стандартом»[104].

В основе данной концепции лежат традиционные принципы международного обычного права, касающиеся регламентации правового режима иностранных капиталовложений. Они формировались под воздействием концепции ответственности государства за причинение вреда иностранным лицам или их собственности[105]. Согласно международно-правовой доктрине, получившей развитие в конце XIX в., принимающее инвестиции государство должно соблюдать международный минимальный стандарт цивилизованности по отношению к иностранным лицам и их собственности. Применение данного стандарта не может ставиться в зависимость от того, предоставляется ли аналогичный стандарт собственным гражданам и юридическим лицам принимающего государства. Международный минимальный стандарт цивилизованности устанавливал также минимальный уровень защиты прав человека и прав собственности в рамках национального уголовного и гражданского судопроизводства[106].

Комментируя вопрос о компенсации, которая должна быть выплачена собственнику имущества при его изъятии, Европейский суд по правам человека в решении по делу «James & others» против Великобритании 1986 г. обосновал концепцию международного минимального стандарта следующим образом: «Особенные основания для разграничения резидентов и нерезидентов при решении вопросов компенсации имеются при изъятии собственности в рамках социальных реформ. Во-первых, нерезиденты более уязвимы перед национальным законодательством: в отличие от резидентов они не принимают никого участия в выборах или назначении официальных лиц, и с ними никто не консультируется по данному вопросу. Во-вторых, несмотря на то, что изъятие собственности всегда должно осуществляться в общественных интересах, к

[104] R. Dolzer, C. Schreuer. Principles of International Investment Law. P. 3. См. также: A.H. Roth.The Minimum Standard of International Law Applied to Aliens. – Leiden: A.W. Sijthoff, 1949; E. Borchard. The Diplomatic Protection of Citizens Abroad. – New York: Banks Law Publishing Co., 1915. 988 pp.
[105] См.: G. Schwarzenberger. Foreign Investment and International Law. – London: Praeger, 1969.
[106] Д.К. Лабин. Международное право по защите и поощрению иностранных инвестиций. С. 178-179.

резидентам и нерезидентам применим разный подход, и есть вполне обоснованные основания утверждать, что резиденты должны нести большее бремя во имя публичных интересов, чем нерезиденты»[107].

Резюмируя вышеизложенное, можно прийти к выводу, что необходимость разграничения статуса резидентов и нерезидентов является обоснованной, когда речь идет об обеспечении безопасности частной собственности. Одновременно необходимо иметь в виду, что определение международного минимального стандарта, который должен применяться к нерезидентам, представляется чрезвычайно затруднительным, принимая во внимание то, что вплоть до настоящего времени он так и не нашел своего письменного закрепления ни в одном международно-правовом документе.

Классическое описание такого обращения с иностранным лицом, которое нарушало бы международный минимальный стандарт, было сформулировано общей комиссией по претензиям между США и Мексикой, функционировавшей в один исторический период с упоминавшейся выше специальной комиссией, при рассмотрении дела «Neer & Neer» против Мексики в 1926 г. Такое обращение является «возмутительным, недобросовестным, намеренным нарушением обязательства или недостаточность действий государства, настолько ниже международных стандартов, что любое разумное и беспристрастное лицо признает такую недостаточность»[108].

Настолько широкая характеристика международного минимального стандарта позволяет определить общие рамки и направление его действия. Тем не менее, она оставляет открытыми множество вопросов при рассмотрении деталей, что не только затрудняет практическое применение стандарта, но и в принципе позволяет поднять вопрос о том, существует ли вообще такая норма обычного права как международный минимальный стандарт. Вероятно, это и явилось одной из причин формирования во второй половине XX в. договорной практики,

---

[107] James & others v UK, ECHR, Application No. 8793/79 (Judgment of 21 February 1986). [Электронный ресурс]. – Режим доступа: <http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-57507#{%22itemid%22:[%22001-57507%22]}>. Para 63.

[108] Neer & Neer v. Mexico (Opinion of October 15, 1926) // American Journal of International Law. – 1927. – Vol. 21 (3). P. 556.

предусматривающей применение специальных стандартов защиты прав иностранных лиц и их собственности, которые позволяли бы уточнить правовой режим, обеспечивающий их безопасность и справедливое обращение с ними. В частности, к таким специальным стандартам относятся и стандарты «справедливого режима» и «безопасности», содержащиеся в большинстве действующих международных инвестиционных соглашений и традиционно рассматриваемые экспертами (как будет показано ниже) либо в качестве альтернативы международному минимальному стандарту, либо в качестве договорной формы его отражения.

§ 1.4 Генезис стандарта «справедливого режима»

На многосторонней основе условие о предоставлении иностранным инвестициям «справедливого режима», впервые было сформулировано в рамках Гаванской хартии Международной торговой организации 1948 г. (далее – Гаванская хартия)[109]. Пункт 2.(a)(i) статьи 11 этого документа устанавливал, что Международная торговая организация может рекомендовать и продвигать заключение двусторонних и многосторонних инвестиционных соглашений, нацеленных на «обеспечение беспристрастного и справедливого режима (англ.: «just and equitable treatment») в отношении предприятий, рабочей силы, капиталов, знаний и технологий, принимаемых одной Страной-участницей от другой»[110]. Необходимо отметить, что Гаванская хартия так и не вступила в силу, не набрав достаточного количества ратификаций.

На двусторонней основе стандарт впервые стал применяться в договорной практике США. Речь идет о серии двусторонних соглашений о дружбе, коммерции и навигации, заключавшихся Соединенными Штатами в середине XX в.[111] Часть этих соглашений (например, соглашения с Францией, Грецией, Ирландией и Пакистаном) предусматривала обязательство принимающего

[109] C. Yannaca-Small. Fair and Equitable Treatment Standard in International Investment Law. P. 3.
[110] Havana Charter for an International Trade Organization. Final Act of the United Nations Conference on Trade and Employment (Held at Havana, Cuba from 21 November 1947 to 24 March 1948) // World Trade Organization. [Electronic resource]. – Mode of access: <https://www.wto.org/english/docs_e/legal_e/havana_e.pdf>.
[111] См.: R. Dolzer, C. Schreuer. Principles of International Investment Law. Pp. 130-131.

инвестиции государства обеспечить иностранными гражданам, компаниям, собственности и иным интересам «справедливый режим» (англ.: «equitable treatment»), в то время как другая часть (включая соглашения с Эфиопией, Германией, Оманом и Нидерландами) гарантировала иностранным инвесторам «справедливый и равноправный режим» (англ.: «fair and equitable treatment»)[112]. Так, пункт 1 статьи I соглашения о дружбе, коммерции и навигации между США и Германией 1954 г. предусматривала обязательство договаривающейся стороны «на постоянной основе предоставлять справедливый и равноправный режим гражданам и компаниям другой Стороны, а также их собственности, предприятиям и другим интересам»[113].

По мере распространения практики заключения двусторонних инвестиционных договоров во второй половине XX в. формулировка стандарта неоднократно изменялась; предпринимались попытки систематизации накопленного материала. Одним из наиболее известных результатов работы по научной (неофициальной) кодификации норм международного инвестиционного права стал Проект конвенции об инвестициях за границей, разработанный в 1959 г. директором «Дойче Банка» Г. Абсом и юридическим советником правительства Великобритании лордом Шоукроссом. Данный документ также известен под названием «Проект конвенции Абса-Шоукросса» (англ.: «Abs-Shawcross Draft Convention»). Статья I этого документа предусматривает обязательство стороны «на постоянной основе предоставлять справедливый и равноправный режим собственности граждан других Сторон»[114]. Данная формулировка впоследствии была дословно воспроизведена в пункте (a) статьи 1 Проекта конвенции по

[112] Fair and Equitable Treatment // UNCTAD Series on Issues in International Investment Agreements III (1999). Pp. 7-8.
[113] Treaty of Friendship, Commerce and Navigation between the United States of America and the Federal Republic of Germany (29 October 1954) // Office of Trade Agreements Negotiation and Compliance. US Department of Commerce. [Electronic resource]. – Mode of access: <http://tcc.export.gov/Trade_Agreements/All_Trade_Agreements/exp_005344.asp>.
[114] Draft Convention on Investments Abroad (Abs-Shawcross Draft Convention) (April 1959) // International Arbitration Attorney Network. [Electronic resource]. – Mode of access: <https://www.international-arbitration-attorney.com/wp-content/uploads/137-volume-5.pdf>.

защите иностранной собственности, разработанной в рамках Организации экономического сотрудничества и развития (далее – ОЭСР) в 1967 г.[115]

Дискуссия о стандарте «справедливого режима», развернувшаяся в рамках ОЭСР в 1960-е гг., вдохновила многие государства на то, чтобы начать использовать данный стандарт в собственной договорной практике. Таким образом, условие о предоставлении инвестициям справедливого и равноправного режима стало одной из характерных черт многих двусторонних инвестиционных договоров, заключавшихся в тот период[116].

Последовавший рост общего количества заключаемых в мире международных инвестиционных соглашений, на регулярной основе закреплявших гарантию «справедливого режима», привел к тому, что данный стандарт в настоящее время стал рассматриваться как неотъемлемый элемент современной договорной практики государств по вопросам иностранных инвестиций[117]. Так, согласно исследованиям, проведенным бывшим генеральным секретарем МЦУИС И. Шихата, из 335 изученных им двусторонних инвестиционных договоров около 92 процентов содержали стандарт «справедливого режима»[118].

При этом, несмотря на чрезвычайную распространенность стандарта и сходство контекстов, в рамках которых в отношении него достигается договоренность между государствами, абсолютные обобщения относительно его содержания представляются преждевременными. Результаты толкования стандарта в разных случаях неодинаковы, и зависят, в частности, от формулировок соответствующих положений договора, которые могут предусматривать дополнительные уточнения содержания стандарта, а также определения используемых в договоре терминов. Примеры различных

---

[115] Draft Convention on the Protection of Foreign Property (12 October 1967) // Organisation for Economic Co-operation and Development. [Electronic resource]. – Mode of access: <http://www.oecd.org/investment/internationalinvestmentagreements/39286571.pdf>.

[116] C. Yannaca-Small. Fair and Equitable Treatment Standard in International Investment Law. Pp. 4-5.

[117] См., напр.: И.В. Рачков. Концепция «законных ожиданий иностранного инвестора» в практике международных инвестиционных арбитражей // Московский журнал международного права, № 1, 2014. С. 196 – 220.

[118] I.F.I. Shihata. Legal Treatment of Foreign Investment: The World Bank Guidelines. – Leiden: Martinus Nijhoff Publishers, 1993. Pp. 233-37.

формулировок стандарта приведены в приложении к настоящей диссертации («Формулировки стандартов «справедливого режима» и «безопасности» иностранных инвестиций в международных договорах»).

Для иллюстрации можно провести сравнение между инвестиционным договором между Великобританией и Аргентиной 1990 г., с одной стороны, и договором между Российской Федерацией и Германией 1989 г., с другой стороны. В то время как договор между Великобританией и Аргентиной устанавливает обязанность обеспечивать «справедливый и равноправный режим», никак ее не ограничивая, что соответствует подходу упоминавшегося выше соглашения о дружбе, коммерции и навигации между США и Германией 1954 г. («Инвестициям инвесторов каждой Договаривающейся стороны в любое время предоставляется справедливый и равноправный режим…»[119]), договор между Российской Федерацией и Германией содержит важное уточнение объема предоставляемой гарантии, ограничивая ее рамками законодательства принимающего инвестиции государства: «Каждая из Договаривающихся Сторон в соответствии со своим законодательством будет содействовать осуществлению на своей территории капиталовложений инвесторами другой Договаривающейся Стороны, разрешать такие капиталовложения и обращаться с ними в каждом случае со всей справедливостью»[120]. Следует отметить, что данный подход, позволяющий нормами национального права уточнять содержание международно-правовых обязательств государства, в целом соответствует традиции, сформированной в рамках доктрины Кальво.

Другой способ уточнения объема гарантии (со ссылкой на общее международное право) встречается в двустороннем инвестиционном договоре

[119] Para (2) of Art.2 of the Agreement between the Government of the United Kingdom of Great Britain and Northern Ireland and the Government of the Republic of Argentina for the Promotion and Protection of Investments (London, 11 December 1990) // UNCTAD. [Electronic resource]. – Mode of access: <http://investmentpolicyhub.unctad.org/Download/TreatyFile/126>.

[120] П. 1. ст. 2 Договора Союза Советских Социалистических Республик и Федеративной Республики Германии о содействии осуществлению и взаимной защите капиталовложений (Бонн, 13 июня 1989 г.).

между США и Турцией 1985 г., который предусматривает, что гарантия должна толковаться в «духе, соответствующем международному праву»[121].

При рассмотрении многосторонних соглашений по вопросам иностранных инвестиций, выявляются дальнейшие различия в подходах. Так, Сеульская конвенция об учреждении Многостороннего агентства по гарантиям инвестиций 1985 г. упоминает стандарт «справедливого режима» без какого-либо уточнения его объема, устанавливая лишь, что «при предоставлении гарантии под капиталовложение Агентство удостоверяется в <…> существовании условий для капиталовложений в принимающей стране, включая наличие справедливого и равного подхода к капиталовложению…»[122]. В свою очередь, Договор к Энергетической хартии предусматривает более сложную формулировку стандарта, позволяющую детализировать его содержание: «Каждая Договаривающаяся Сторона, в соответствии с положениями настоящего Договора, поощряет и создает стабильные, равноправные, благоприятные и гласные условия Инвесторам других Договаривающихся Сторон для Осуществления Инвестиций на ее Территории. Такие условия включают обязательство предоставлять без исключения Инвестициям Инвесторов других Договаривающихся Сторон справедливый и одинаковый режим»[123].

Официальный подход государства к формулированию стандарта может проявляться в его типовом (модельном) двустороннем инвестиционном договоре. Типовая форма ДИД может разрабатываться и утверждаться уполномоченным органом соответствующего государства для того, чтобы обозначить желательные с точки зрения интересов этого государства условия договора, а также служить отправной точкой в процессе переговоров по поводу его заключения. Так, итальянский типовой ДИД 2003 г. ограничивается простым упоминанием «беспристрастного и справедливого режима», не предполагая каких-либо

---

[121] Para 3. of Art. II of the Treaty between the United States of America and the Republic of Turkey Concerning the Reciprocal Encouragement and Protection of Investments (3 December 1985) // U.S. Department of State. [Electronic resource]. – Mode of access: <http://www.state.gov/documents/organization/43615.pdf>.

[122] Пп. iv) п. d) ст. 12 Сеульской конвенции об учреждении Многостороннего агентства по гарантиям инвестиций (11 октября 1985 г.).

[123] П. (1) ст. 10 Договора к Энергетической хартии (Лиссабон, 17 декабря 1994 г.).

условий, уточняющих его содержание[124]. Типовой договор США 2012 г. напротив – предусматривает подробное описание стандарта, тем самым, обеспечивая более предсказуемый результат его толкования. Статья 5 указанного документа предлагает рассматривать гарантию «справедливого и равноправного режима» (англ.: «fair and equitable treatment») в качестве составного элемента международного минимального стандарта[125]. Пункт 2 статьи 5 дополнительно устанавливает, что гарантия «справедливого и равноправного режима» (вместе с гарантией «полной защиты и безопасности» (англ.: «full protection and security»)) не предполагает такого обращения с иностранными инвестициями, которое выходило бы за пределы того, что предусмотрено международным минимальным стандартом[126]. И далее: «стандарт "справедливого и равноправного режима" включает в себя обязательство не отказывать в отправлении правосудия в рамках уголовного, гражданского и административного производства в соответствии с принципом обеспечения надлежащей правовой процедуры, интегрированным в основные правовые системы в мире»[127]. Следует отметить, что сама статья 5 типового ДИД США озаглавлена: «Minimum Standard of Treatment»[128] (т.е. «Минимальный стандарт обращения»). Детальный анализ вопроса о взаимосвязанности стандарта «справедливого режима» и международного минимального стандарта будет приведен в Главе IV настоящей диссертации.

Приведенные выше примеры свидетельствуют о том, что содержание стандарта может быть различным в каждом отдельном случае. Необходимо отметить, что ограничительный подход США к формулированию стандарта (т.е. его максимальная детализация) является исключением; в большинстве случаев стандарт формулируется широко с минимальными уточнениями относительно его содержания или без таковых. Лаконичность формулировок вообще характерна

---

[124] Para 3. of Art. II of the Italian Model Treaty on the Promotion and Protection of Investments (2003).
[125] См.: Art. 5 of the US Model Bilateral Investment Treaty (2012) // Office of the United States Trade Representative. [Electronic resource]. – Mode of access: <http://www.ustr.gov/sites/default/files/BIT%20text%20for%20ACIEP%20Meeting.pdf>.
[126] Ibid.
[127] Ibid.
[128] Ibid.

инвестиционным договорам, однако она не может служить мерилом значимости тех или иных положений[129].

Во избежание необоснованных обобщений при толковании стандарта в рамках конкретного дела Р. Дольцер и К. Шройер рекомендуют руководствоваться правилами статьи 31 Венской конвенции о праве международных договоров 1969 г.[130], которая, в частности, устанавливает, что «договор должен толковаться добросовестно в соответствии с обычным значением, которое следует придать терминам договора в их контексте, а также в свете объекта и целей договора»[131].

Размышляя о причинах, побуждающих государства излагать стандарт «справедливого режима» в договорах общими фразами без какой-либо детализации, К. Яннака-Смолл высказывает предположение о том, что «расплывчатая формулировка используется в договорах намеренно для того, чтобы предоставить арбитрам возможность самостоятельно сформулировать перечень принципов, необходимых для достижения цели договора при разрешении конкретных споров»[132]. Она также отмечает, что ряд государств занимают позицию, в соответствии с которой недостаточность руководства (инструкций) для арбитров относительно содержания стандарта позволяет приблизить результаты его толкования при разрешении спора к реализации принципа *ex aequo et bono* (рус.: «по добру и справедливости»)[133]. Следуя данной логике, П. Вейл отмечает, что «стандарт 'справедливого и равноправного режима' определенно является не менее действенным, чем ранее являлся стандарт 'надлежащей правовой процедуры' (англ.: «due process of law»), и будущая практика его толкования, включая арбитражную практику, наполнят его специфическим содержанием»[134].

---

[129] С.В. Усоскин. Соглашения о поощрении и защите инвестиций и национальное законодательство: о чистых руках и не только // Международное правосудие, № 1 (17), 2016. С.104–112.
[130] R. Dolzer, C. Schreuer. Principles of International Investment Law. P. 132.
[131] П. 1. ст. 31 Венской конвенции о праве международных договоров (23 мая 1969 г.).
[132] C. Yannaca-Small. Fair and Equitable Treatment Standard in International Investment Law. P. 2.
[133] Id. Pp. 2-3.
[134] P. Weil. The State, The Foreign Investor, and International Law: The No Longer Stormy Relationship of a Ménage à Trois // ICISD Review – Foreign Investment Law Journal, Vol. 15, 2000. P. 415.

В данном контексте уместно высказать предположение о том, что в отсутствие официального толкования стандарта со стороны договаривающихся государств инвесторы, как правило, будут стремиться интерпретировать соответствующие положения договоров расширительно, в то время как сами государства-ответчики напротив – заинтересованы в сужении объема предоставляемых инвесторам гарантий. Практика разрешения международных инвестиционных споров показывает, что в настоящее время арбитрами и участниками споров накоплен значительный опыт толкования стандарта «справедливого режима», позволяющий определить основные позиции по вопросам его содержания и объема. Более подробный анализ таких позиций будет приведен в последующих главах диссертации.

§ 1.5 Генезис стандарта «безопасности»

Международные инвестиционные соглашения нацелены не только на то, чтобы обеспечить защиту иностранных инвесторов от «несправедливых» действий принимающего инвестиции государства, но также побуждают государство обеспечивать «защиту инвестора или инвестиций от третьих лиц, включая, например, повстанцев»[135].

По данному вопросу в юридической литературе можно встретить мнение о том, что стандарт «справедливого режима» применяется в случаях, когда государство совершает «активные действия», ущемляющие права иностранного инвестора (т.е. стандарт «справедливого режима» защищает инвестора от неправомерных действий государства), в то время как стандарт «безопасности» применяется в случае, если государство воздерживается от совершения необходимых действий, когда инвестор нуждается в его защите от посягательств со стороны третьих лиц[136]. Данное объяснение в целом соответствует сложившейся практике толкования стандартов «справедливого режима» и «безопасности», однако должно рассматриваться с определенной долей

[135] A.F. Lowenfeld. International Economic Law. P. 558.
[136] C. F. Dugan, D. Wallace Jr., N. D. Rubins, B. Sabahi. Investor-State Arbitration. P. 532.

условности, так как более широкое их толкование в рамках процедур разрешения международных инвестиционных споров на практике возможно. Так, при рассмотрении в МЦУИС дела «Asian Agricultural Products Ltd.» против Шри-Ланки 1990 г. государство было признано ответственным за нарушение гарантии «безопасности», в то время как ущерб собственности иностранного инвестора был нанесен действиями правительственных вооруженных сил (т.е. не третьим лицом, а самим государством в лице его армии)[137].

Так же как и обязательство предоставления «справедливого режима», гарантия «безопасности» является одним из общепринятых положений современных инвестиционных соглашений. История ее возникновения связана, в первую очередь, с широким распространением соглашений о дружбе, коммерции и навигации, заключавшихся США, а также другими государствами-экспортерами капитала, начиная с середины XIX в. Так, статья VIII соглашения о дружбе, коммерции и навигации между США и Аргентиной 1853 г. предусматривала, что гражданам обоих государств «на взаимной основе предоставляется полная и исчерпывающая защита личности и имущества» (англ.: «full and perfect protection for their persons and property»)[138].

В последующие десятилетия формулировка, используемая для обозначения гарантии, неоднократно изменялась. Проект конвенции Абса-Шоукросса предусматривал гарантию того, что инвестиции «постоянно пользуются максимальной защитой и безопасностью» (англ.: «most constant protection and security»)[139]. Данная формулировка в дальнейшем заимствовалась государствами при заключении договоров. В частности, она была воспроизведена в Договоре к Энергетической хартии[140]. В свою очередь, НАФТА оперирует понятием «полная защита и безопасность» (англ.:«full protection and security»)[141].

---

[137] Asian Agricultural Products Limited v. Democratic Socialist Republic of Sri Lanka, ICSID Case No. ARB/87/3 (Award of 27 June 1990) // ICSID Review – Foreign Investment Law Journal, Vol. 6, 1990.
[138] Treaty of Friendship, Commerce and Navigation between Argentina and the United States (27 July 1853) // Yale Law School. [Electronic resource]. – Mode of access: <http://avalon.law.yale.edu/19th_century/argen02.asp>.
[139] Art. I of the Draft Convention on Investments Abroad (Abs-Shawcross Draft Convention) (April 1959).
[140] П. (1) ст. 10 Договора к Энергетической хартии (Лиссабон, 17 декабря 1994 г.).
[141] Para 1 of Art. 1105 of the North American Free Trade Agreement (17 December 1992).

Типичная формулировка гарантии в договорах с участием Российской Федерации предусматривает, что «капиталовложениям инвесторов одной из Договаривающихся Сторон будет <…> обеспечиваться полная защита и безопасность на территории государства другой Договаривающейся Стороны»[142]. Комментируя гарантию «безопасности», предусмотренную инвестиционным договором между Великобританией и Вьетнамом 2002 г., формулировка которой дословно воспроизводит приведенную выше формулировку из практики Российской Федерации[143], английский юрист М. Малик отмечает, что данная формулировка является наиболее распространенной в инвестиционных соглашениях[144]. Примеры иных формулировок приведены в приложении к настоящей диссертации («Формулировки стандартов «справедливого режима» и «безопасности» иностранных инвестиций в международных договорах»).

Принимая во внимание различные подходы государств к формулированию гарантии в инвестиционных договорах, К. Шройер, прежде всего, обращает внимание на то, что она обязывает государство предпринять активные действия по защите иностранных капиталовложений от негативного воздействия, в то время как различия в формулировках не имеют существенного значения (некоторые договоры используют понятие «полная защита и безопасность», некоторые – «максимальная защита и безопасность», иные помещают слово «безопасность» перед словом «защита»)[145]. Данное утверждение представляется верным применительно к тому, какие термины используются для непосредственного обозначения (названия) гарантии в договоре, однако, как будет показано ниже, не означает, что ее значение одинаково во всех случаях.

---

[142] П. 2 ст. 3 Соглашения между Правительством Российской Федерации и Правительством Республики Индии о поощрении и взаимной защите капиталовложений (Нью-Дели, 23 декабря 1994 г.). [Электронный ресурс]. – Режим доступа: СПС «ГАРАНТ».

[143] См.: para (2) of Art. 2 of the Agreement between the Government of the United Kingdom of Great Britain and Northern Ireland and the Government of the Socialist Republic of Vietnam for the Promotion and Protection of Investments (Hanoi, 1 August 2002) // UNCTAD. [Electronic resource]. – Mode of access: <http://investmentpolicyhub.unctad.org/Download/TreatyFile/2376>.

[144] Malik M. The Full Protection and Security Standard Comes of Age: Yet another challenge for states in investment treaty arbitration? // International Institute for Sustainable Development, 2011. [Electronic resource]. – Mode of access: <http://www.iisd.org/pdf/2011/full_protection.pdf>. P. 2.

[145] C. Schreuer. Full Protection and Security. P. 1.

Под негативным воздействием, требующим вмешательства со стороны государства, понимаются действия третьих лиц, причиняющие вред капиталовложениям иностранного инвестора. Предполагается, что вред может быть причинен как в результате физического воздействия (например, уничтожение принадлежащего инвестору имущества), так и в результате воздействия нефизического характера (например, создание неблагоприятных для инвестора условий путем регуляторного воздействия). Более подробно данный вопрос будет рассмотрен в следующей главе диссертации.

В данной части лишь отметим, что развитие стандарта «безопасности» исторически происходило под влиянием обычно-правовой концепции, в соответствии с которой государство несет ответственность за необеспечение безопасности иностранным лицам, находящимся на его территории. Указанная концепция изначально затрагивала вопросы исключительно физической безопасности и приобрела особую актуальность в эпоху между двумя Мировыми войнами, когда проблема ксенофобского отношения к иностранцам обострилась во многих странах[146]. Примером, иллюстрирующим суть концепции, является заявление Президента США по делу о расправе над итальянскими гражданами в Новом Орлеане (событие имело место до Первой мировой войны в 1891 г.). В заявлении было сказано, что, несмотря на то, что преступные действия были совершены не самими Соединенными Штатами, Президент, тем не менее, считает долгом Правительства США выплатить потерпевшим удовлетворяющую компенсацию[147].

В завершении уместно будет вновь обратиться к официальному подходу Соединенных Штатов к формулированию стандарта «безопасности», выраженному в типовом ДИД США от 2012 г. Как было отмечено в предыдущем параграфе, статья 5 указанного документа ограничивает объем предоставляемой гарантии рамками международного минимального стандарта, и при этом уточняет, что «стандарт «полной защиты и безопасности» обязывает каждую

[146] См.: N. Rubins, N.S. Kinsella. International Investment, Political Risk, and Dispute Resolution: A Practitioner's Guide. – New York: Oceana Publications, 2005. P. 218.
[147] C. F. Dugan, D. Wallace Jr., N. D. Rubins, B. Sabahi. Investor-State Arbitration. P. 533.

Сторону обеспечивать уровень полицейской защиты, соответствующий требованиями международного обычного права»[148]. Данное уточнение формулировки существенно сужает содержание гарантии, ограничивая ее обязанностью государства выполнять функции по поддержанию правопорядка в пределах компетенции органов полиции.

Приведенный пример свидетельствует о том, что объем принимаемых государством обязательств в соответствии с гарантией «безопасности» может различаться в разных инвестиционных договорах в зависимости от особенностей тех или иных формулировок, уточняющих ее содержание (то же относится и к стандарту «справедливого режима»). Доктринальное описание гарантии, допускающее ее широкое толкование (включающее, в частности, вопросы физической безопасности инвестиций, а также их защиты от нефизического воздействия), может быть существенно ограничено на практике, если из содержания договора и обстоятельств дела следует, что такое ограничение соответствовало намерению договаривающихся государств. Более подробно примеры различных толкований гарантии с учетом практики арбитражных разбирательств будут рассмотрены в третьей главе диссертации.

[148] US Model Bilateral Investment Treaty (2012).

Глава II – Понятие и содержание стандарта «справедливого режима»

§ 2.1 Понятие стандарта «справедливого режима»

Стандарт «справедливого режима» неоднократно анализировался в рамках международных арбитражных разбирательств; различные его определения и толкования предлагались в научной литературе. Нередко для обоснования той или иной позиции арбитраж обращается к правовой доктрине.

Так, при рассмотрении в МЦУИС дела «Sempra Energy International» против Аргентины 2007 г. арбитраж, комментируя положения инвестиционного договора между США и Аргентиной 1991 г., предусматривающие гарантию «справедливого режима»[149], процитировал фрагмент из статьи Р. Дольцера «Справедливый и равноправный режим: ключевой стандарт в инвестиционных договорах» [150]. В данном фрагменте отмечалось, что «целью стандарта в практике двусторонних инвестиционных договоров является необходимость заполнить пробелы, которые остаются после применения более специфических стандартов, для того, чтобы достичь того уровня защиты инвестора, который предполагался при заключении договора»[151].

По данному вопросу также отмечается, что концепция «справедливого режима» похожа на то, как в гражданских кодексах в странах романо-германской правовой семьи специальные нормы дополняются общей нормой о добросовестности, которая рассматривается в качестве «всеобщего принципа», уточняющего содержание таких специальных норм[152]. В рамках данной логики арбитраж в деле «PSEG Global Inc.» и «Konya Ilgin Elektrik Üretim ve Ticaret Limited Sirketi» против Турецкой Республики 2007 г. пришел к выводу, что практическое значение гарантии «справедливого режима» заключается в том, чтобы предоставить истцу возможность обратиться за защитой своих прав в

---

[149] См.: para 2(a) of Art. II. of the Treaty between the United States of America and the Argentine Republic concerning the Reciprocal Encouragement and Protection of Investment (14 November 1991).
[150] См.: R. Dolzer. Fair and Equitable Treatment: a Key Standard in Investment Treaties. P. 90.
[151] Sempra Energy International v. Argentine Republic, ICSID Case No. ARB/02/16 (Award of 28 September 2007) // ICSID. [Electronic resource]. – Mode of access: <https://icsid.worldbank.org/ICSID/FrontServlet?requestType=CasesRH&actionVal=showDoc&docId=DC694_En&caseId=C8>. Para 297.
[152] R. Dolzer, C. Schreuer. Principles of International Investment Law. P. 132.

случаях, когда заявление об экспроприации не может быть в достаточной мере подкреплено фактами[153].

Дискуссия о правовой природе гарантии, ее функциях в значительной степени сфокусировалась на вопросе о том, каким образом она соотносится с обычно-правовой концепцией международного минимального стандарта. Более подробно данный вопрос будет рассмотрен в четвертой главе диссертации. Пока лишь отметим, что позиции по вопросу толкования гарантии «справедливого режима» варьируются от утверждения о том, что она является обособленным стандартом защиты иностранных инвестиций, обладающим самостоятельным (не зависящим от международного минимального стандарта) содержанием, до утверждения о том, что она лишена всякого правового смысла. Отдельные примеры таких позиций будут рассмотрены ниже.

Предполагается, что в международных инвестиционных спорах инвесторы, как правило, поддерживают «прямое» или «обычное» значение понятия «справедливый и равноправный режим». Такое значение, по мнению С. Васцианни, заключается в том, что действия государства должны оцениваться арбитражем с точки зрения обычного «хозяйственного» или «делового» (англ.: «business») понимания справедливости[154]. Такое широкое толкование стандарта «справедливого режима» хотя прямо не противоречит Венской конвенции о праве международных договоров 1969 г., устанавливающей, что при толковании договора терминам должно придаваться их обычное значение с учетом контекста в свете объекта и целей договора[155], тем не менее, вызывает определенные вопросы. В частности, неясно, что именно понимается под «хозяйственным» или «деловым» пониманием справедливости, ведь в сфере коммерческих правоотношений не существует универсального определения этого

---

[153] PSEG Global Inc. and Konya Ilgin Elektrik Üretim ve Ticaret Limited Sirketi v. Republic of Turkey, ICSID Case No. ARB/02/5 (Award of 19 January 2007) // ICSID. [Electronic resource]. – Mode of access: <https://icsid.worldbank.org/ICSID/FrontServlet?requestType=CasesRH&actionVal=showDoc&docId=DC630_En&caseId=C212>. Para 238.

[154] S. Vasciannie S, *The Fair and Equitable Treatment Standard in International Investment Law and Practice* (1999) 70 (1) BYBIL 103.

[155] Ст. 31 Венской конвенции о праве международных договоров (23 мая 1969 г.)

понятия, а сама концепция справедливости толкуется по-разному в разных юрисдикциях.

В предыдущей главе указывалось на то, что дискуссия по поводу значения и содержания стандарта во многом обусловлена тем фактом, что в международных договорах он, как правило, формулируется либо с минимальными уточнениями относительно его содержания, либо вообще без таковых. Существует даже мнение, что такая недостаточность формулировок договоров допускается государствами намеренно для того, чтобы при разрешении спора приблизить результаты толкования стандарта к реализации принципа *ex aequo et bono* (рус.: «по добру и справедливости»)[156].

Как отмечает А.Н. Вылегжанин, в международно-правовой литературе, в том числе отечественной, разрешение дела *ex aequo et bono* отождествлялось с применением принципов справедливости[157]. Так, в коллективном труде отечественных правоведов отмечалось, что «Статут Международного суда ООН предусматривает право Суда, если стороны с этим согласны, разрешать дело *ex aequo et bono*, т.е. по справедливости»[158]. Вопреки такому отождествлению, Международный Суд ООН четко разграничил две эти концепции, указав на то, что «применение принципов справедливости следует отличать от разрешения дела *ex aequo et bono*. Суд может разрешить дело *ex aequo et bono* только при условии, если стороны с этим согласны (п. 2 ст. 38 Статута), и Суд после выражения такого согласия не связан строгим применением правовых норм в целях осуществления надлежащего урегулирования»[159], в то время как «концепция справедливости составляет общий принцип, непосредственно применимый в качестве права»[160].

В любом случае, сама возможность разрешения споров на основании абстрактной концепции справедливости может вызывать опасения относительно

---

[156] C. Yannaca-Small. Fair and Equitable Treatment Standard in International Investment Law. Pp. 2-3.
[157] См.: А.Н. Вылегжанин. Решения Международного Суда ООН по спорам о разграничении морских пространств. С. 106.
[158] Международная безопасность и Мировой океан [Отв. ред. Л.А. Иванащенко, Ю.М. Колосов]. – М.: Изд-во Наука, 1982. С. 56.
[159] Case concerning the Continental Shelf. Tunisia v. Libyan Arab Jamahiriya (Judgment of 24 February 1982). P. 60.
[160] Ibid.

того, что решения по таким спорам будут в значительной степени зависеть от субъективного восприятия арбитрами справедливости (т.е. сами решения в конечном итоге будут необъективными). Такие опасения привели к тому, что некоторые государства, выступающие ответчиками в международных инвестиционных спорах, заявляли, что концепция «справедливого режима» слишком субъективна, чтобы иметь какое-либо действенное правовое содержание. Такую позицию, в частности, заняли Соединенные Штаты при рассмотрении в МЦУИС дела «Mondev International Ltd.» против США 2002 г.[161]

Любопытно, что США используют понятие «справедливый и равноправный» (англ.: «fair and equitable») в собственном законодательстве. Так, в контексте процедур банкротства пункт (b)(1) статьи 1129 Главы 11 Кодекса США о банкротстве гласит: «суд по запросу сторонника плана утверждает его <…> если план не дискриминирует несправедливым образом и является справедливым и равноправным в отношении каждого класса требований или затронутых интересов…»[162]. Следует также отметить, что в пункте (b)(2) указанной статьи дается развернутое описание понятия «справедливый и равноправный», наполняющее его специфическим содержанием (относящимся к вопросам процедур банкротства).

По мнению отдельных авторов, опасения относительно возможной субъективности решений арбитражей при толковании стандарта «справедливого режима» так и не были реализованы на практике. Так, в коллективном труде иностранных юристов отмечается, что существующая арбитражная практика, напротив, свидетельствует о том, что арбитры при рассмотрении дел стремятся сформулировать объективное значение «справедливого режима»[163]. Как отмечает по данному вопросу С.В. Усоскин, решения международных судов не являются обязательными прецедентами, однако играют важную роль в принятии решений

---

[161] См.: Mondev International Ltd. v. United States of America, ICSID Case No. ARB(AF)/99/2 (Award of 11 October 2002) // U.S. Department of State. [Electronic resource]. – Mode of access: <http://www.state.gov/documents/organization/14442.pdf>. Para 119.

[162] 11 United States Code § 1129 (2005) // United States Code. Office of the Law Revision Counsel. [Electronic resource]. – Mode of access: <http://uscode.house.gov/view.xhtml?req=granuleid:USC-prelim-title11-section1129&num=0&edition=prelim#effectivedate-amendment-note>.

[163] C. F. Dugan, D. Wallace Jr., N.D. Rubins, B. Sabahi. Investor-State Arbitration. Pp. 505-06.

по другим делам. В связи с этим они, безусловно, влияют на развитие норм международного права[164]. Анализ арбитражной практики позволяет сделать вывод о том, что нарушение стандарта «справедливого режима» необязательно связано с недобросовестными действиями государства, в то время как подтверждение недобросовестного обращения с иностранными инвестициями может свидетельствовать о нарушении стандарта. Данный вывод основан на принципе учета всех обстоятельств дела, что является обязательным условием выявления объективного содержания стандарта[165].

В подтверждение сказанного можно обратиться к делу «CMS Gas Transmission Co.» против Аргентины 2005 г. (далее – дело «CMS») В данном деле арбитраж указал на то, что требование о предоставлении справедливого режима «является объективным требованием, не зависящим от того, имел ли Ответчик какое-либо намерение или проявил недобросовестность при совершении рассматриваемых действий»[166]. Английский правовед Ф. Манн по данному вопросу уточнил, что «арбитраж обязан решить будет ли соответствующее действие при всех обстоятельствах справедливым и равноправным или наоборот – несправедливым и неравноправным»[167].

Как уже отмечалось выше, арбитражная практика выработала различные подходы к определению стандарта «справедливого режима». В решении по делу «Alex Genin», «Eastern Credit Limited, Inc.» и «A.S. Baltoil» против Эстонской Республики 2001 г. указывалось на то, что содержание стандарта является неясным, однако арбитраж понимает его как «требование о предоставлении "международного минимального стандарта", установленного вне национального законодательства, но являющегося действительным минимальным стандартом. Действия, которые нарушали бы такой минимальный стандарт, являются намеренным пренебрежением обязанностью, недостаточностью действий, которая

---

[164] С. В. Усоскин. О роли арбитражей в развитии инвестиционного права на примере определения понятия капиталовложение // Международное правосудие, № 3, 2013. С. 96.
[165] C. F. Dugan, D. Wallace Jr., N.D. Rubins, B. Sabahi. Investor-State Arbitration. P. 506.
[166] CMS Gas Transmission Company v. Argentine Republic, ICSID Case No. ARB/01/8 (Award of 12 May 2005) // ICSID Reports, Vol. 14, 2009. Para 280.
[167] F.A. Mann. British Treaties for the Promotion and Protection of Investments // The British Yearbook of International Law, Vol. 52 (1), 1981. P. 244.

была бы существенно ниже международных стандартов, или даже субъективной недобросовестностью»[168]. Необходимо заметить, что данное описание перекликается с тем, как действия, нарушающие международный минимальный стандарт, были описаны в решении по делу «Neer & Neer» против Мексики в 1926 г., фрагмент из которого был процитирован выше (параграф 1.3 диссертации)[169].

В решении по делу «Técnicas Medioambientales Tecmed, S.A.» против Мексики 2003 г. (далее – дело «Tecmed») было сформулировано одно из наиболее подробных определений стандарта «справедливого режима», в соответствии с которым стандарт «с учетом принципа добросовестности, установленного международным правом, требует, чтобы Договаривающиеся государства предоставляли иностранным инвестициям режим, не нарушающий базовых ожиданий, которые учитывались иностранным инвестором при принятии решения об осуществлении капиталовложения. Иностранный инвестор ожидает, что принимающее Государство будет действовать последовательно и абсолютно прозрачно, избегая двусмысленности, таким образом, чтобы инвестор был заранее осведомлен о любых (и всех) нормах и правилах, которыми регулируются его инвестиции, а также цели соответствующих политик и административных практик или директив, для того, чтобы иметь возможность планировать свои инвестиции и соблюдать все эти правила»[170]. В дополнение к сказанному арбитраж уточнил, что все перечисленное также означает обязанность государства избегать необоснованного отзыва ранее принятых решений или предоставленных разрешений, на которые полагался инвестор, в то время как любые правовые инструменты, используемые государством, должны применяться обычными для таких инструментов способами. Кроме того, арбитраж также указал на то, что стандарт «справедливого режима» предполагает обязательство государства «не лишать инвестора его капиталовложений без предоставления

[168] Alex Genin, Eastern Credit Limited, Inc. and A.S. Baltoil v. the Republic of Estonia, ICSID Case No. ARB/99/2 (Award of 25 June 2001) // ICSID Review – Foreign Investment Law Journal, Vol. 17, 2002. Para 367.
[169] Neer & Neer v. Mexico (Opinion of October 15, 1926) // American Journal of International Law. – 1927. – Vol. 21 (3). P. 556.
[170] Técnicas Medioambientales Tecmed, S.A. v. United Mexican States, ICSID Case No. ARB(AF)/00/2 (Award of 29 May 2003) // Investment Treaty Arbitration. [Electronic resource]. – Mode of access: <http://italaw.com/documents/Tecnicas_001.pdf>. Para 154.

необходимой компенсации»[171] (формула Халла). Последнее, как правило, включается в инвестиционные договоры в статью, посвященную экспроприации, в качестве отдельного условия. Столь широкое толкование стандарта придает ему характер рамочного обязательства, призванного заполнить любые пробелы в регулировании режима иностранных капиталовложений, для достижения справедливого обращения с ними во всех аспектах.

Определение стандарта «справедливого режима», сформулированное в решении по делу «Tecmed», в дальнейшем неоднократно цитировалось, в том числе в рамках других арбитражных разбирательств. Так, в решении по делу «MTD Equity Sdn. Bhd.» и «MTD Chile S.A.» против Республики Чили от 25 мая 2004 г. (далее – дело «MTD») арбитраж со ссылкой на решение по делу «Tecmed» указал на то, что стандарт «должен пониматься как обращение беспристрастным и справедливым образом, нацеленное на содействие и поощрение иностранных инвестиций»[172]. Далее также отмечалось, что для обеспечения такого обращения действия государства должны быть активными и «опережающими» (англ.: «pro-active»), а не «пассивными»[173].

Последовавший комитет *ad hoc* при рассмотрении заявления Республики Чили об отмене вынесенного решения хоть и поддержал решение по существу (государство было признано ответственным за нарушение стандарта «справедливого режима»[174]), тем не менее, критически высказался в отношении того, что арбитраж полагался на определение стандарта, сформулированное в решении по делу «Tecmed»: «тот факт, что арбитраж по делу «Tecmed» очевидно полагался на ожидания иностранного инвестора в качестве источника обязательств Государства (как, например, обязательство выплатить компенсацию за экспроприацию) вызывает вопросы. Обязательства принимающего Государства по отношению к иностранным инвесторам вытекают из условий применимого

---

[171] Ibid.
[172] MTD Equity Sdn. Bhd. and MTD Chile S.A. v. Republic of Chile, ICSID Case No. ARB/01/7 (Award of 25 May 2004) // Investment Treaty Arbitration [Electronic resource]. – Mode of access: <http://italaw.com/documents/MTD-Award_000.pdf>. Para 113.
[173] Ibid.
[174] Ibid. Para 253.

международного инвестиционного соглашения, а не из какого-либо перечня ожиданий инвесторов, которые они имели или утверждают, что имели»[175]. При этом, тем не менее, комитет отметил, что ожидания инвестора могут быть учтены, если они вытекают из прямого взаимодействия между инвестором и государственными органами[176]. Таким образом, комитет высказался в пользу того, что при толковании стандарта «справедливого режима» должны, прежде всего, учитываться объективные обстоятельства дела, а не субъективное восприятие инвестором предоставленных ему гарантий, однако и не исключил того, что ожидания инвестора могут учитываться при определенных обстоятельствах.

Необходимо отметить, что решение по делу «Tecmed» оказало заметное влияние на развитие арбитражной практики. Отдельные выводы, сформулированные в данном решении, обнаруживаются в ряде последующих дел. Например, в решении по делу «Saluka Investments B.V. (The Netherlands)» против Чешской Республики 2006 г. (далее также – дело «Saluka») арбитраж, комментируя стандарт «справедливого режима», предусмотренный инвестиционным договором между Королевством Нидерландов и Чешской Республикой 1991 г.[177], отметил, что государство «приняло на себя обязательство обращаться с капиталовложениями инвестора таким образом, чтобы не нарушать его обоснованных и разумных ожиданий. Иностранный инвестор, чьи интересы подпадают под защиту Договора, правомочен ожидать того, что Чешская Республика не будет действовать очевидно непоследовательно, непрозрачно, неразумно (т.е. вне рамок какой-либо рациональной политики) или дискриминационным образом (т.е. основываясь на неоправданных различиях в подходах)»[178].

---

[175] MTD Equity Sdn. Bhd. and MTD Chile S.A. v. Republic of Chile, ICSID Case No. ARB/01/7 (Decision on Annulment of 21 March 2007) // Investment Treaty Arbitration [Electronic resource]. – Mode of access: <http://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/ita0546.pdf>. Para 67.

[176] Ibid. Para 69.

[177] См.: para 1) of Art. 3 of the Agreement on Encouragement and Reciprocal Protection of Investments between the Kingdom of The Netherlands and the Czech and Slovak Federal Republic (29 April 1991) // UNCTAD. [Electronic resource]. – Mode of access: <http://investmentpolicyhub.unctad.org/Download/TreatyFile/2080>.

[178] Saluka Investments B.V. (The Netherlands) v. The Czech Republic, UNCITRAL (Partial Award of 17 March 2006) // Investment Treaty Arbitration [Electronic resource]. – Mode of access: <http://italaw.com/sites/default/files/case-documents/ita0740.pdf>. Para 309.

Аналогичная аргументация была приведена арбитражем в решении по делу «Waste Management, Inc.» против Мексики 2004 г., рассмотренному в рамках МЦУИС в соответствии с арбитражной оговоркой НАФТА. Список ненадлежащих действий государства, нарушающих стандарт «справедливого режима», по мнению арбитража, включал, помимо прочего, «необоснованные, в значительной степени несправедливые, неравноправные или нетипичные» действия, «необеспечение надлежащей правовой процедуры», «расовые предрассудки», «полное отсутствие прозрачности действий и беспристрастности административных процедур»[179]. Арбитраж также отметил, что тот факт, что инвестор полагался на заверения государства, имеет значение для разрешения дела (таким образом, обоснованные ожидания инвестора были учтены)[180].

Приведенные выше примеры свидетельствуют о том, что арбитражная практика толкования стандарта «справедливого режима» нацелена, прежде всего, на то, чтобы установить его объективное содержание и сформулировать лежащие в его основе нормы. В рамках данной работы арбитражи стремятся к тому, чтобы при рассмотрении конкретного дела все его фактические обстоятельства были учтены, и, как следствие, стандарт толковался с учетом и в контексте таких обстоятельств. По мнению К. Шройера, такой подход «ведет к выработке более конкретных принципов, которые охватываются справедливым и равноправным режимом»[181].

Для эффективного анализа стандарта представляется целесообразным отдельно рассмотреть его структурные элементы. К. Яннака-Смолл к ним, помимо прочего, относит обязанность государства обеспечивать надлежащую правовую процедуру (англ.: «due process»), обеспечивать беспристрастное обращение и не допускать отказа в отправлении правосудия (англ.: «lack of arbitrariness and denial of justice»)[182], обеспечивать прозрачность (англ.:

---

[179] Waste Management, Inc. v. United Mexican States, UNCITRAL (Award of 30 April 2004) // Investment Treaty Arbitration [Electronic resource]. – Mode of access: <http://www.italaw.com/cases/1158>. Para 98.
[180] Ibid.
[181] C. Schreuer. Fair and Equitable Treatment in Arbitral Practice. P. 373.
[182] C. Yannaca-Small. Fair and Equitable Treatment Standard in International Investment Law. P. 28.

«transparency»)[183], добросовестность и уважение базовых ожиданий инвестора (англ.: «good faith and respect of basic expectations»)[184]. Р. Дольцер и К. Шройер добавляют к этому списку обязанность обеспечивать стабильность (англ.: «stability»)[185], выполнять контрактные обязательства (англ.: «compliance with contractual obligations» или лат.: *pacta sunt servanda*)[186], а также не допускать принуждения (англ.: «coercion») и домогательства (англ.: «harassment»)[187]. В материалах ЮНКТАД также предлагается к рассмотрению обязанность не допускать проявлений дискриминации (англ.: «discrimination»)[188] и неправомерного обращения (англ.: «abusive treatment»)[189]. Для целей эффективного анализа данных элементов (норм) они будут тематически сгруппированы и рассмотрены в последующих параграфах.

§ 2.2 Элементы, формирующие инвестиционный режим: обоснованные ожидания инвестора, стабильность, прозрачность, выполнение контрактных обязательств, добросовестность

Обязанность уважать обоснованные ожидания инвестора (англ.: «investor's legitimate expectations») тесно связана с такими понятиями, как «правовой режим принимающего государства» (англ.: «host state's legal framework»), а также «обязательства и заверения принимающего государства» (англ.: «host state's undertakings and representations»). Именно понимание правового режима принимающего инвестиции государства в совокупности с обязательствами, принятыми государством непосредственно перед иностранным инвестором, и предоставленными государством заверениями формируют ожидания инвестора. Предполагается, что действия государства, нарушающие обоснованные ожидания инвестора, могут рассматриваться в качестве нарушения стандарта «справедливого режима».

---

[183] Ibid. P. 37.
[184] Ibid. P. 38.
[185] R. Dolzer, C. Schreuer. Principles of International Investment Law. P. 145.
[186] Ibid. P. 152.
[187] Ibid. P. 159.
[188] Fair and Equitable Treatment // UNCTAD Series on Issues in International Investment Agreements II (2012). P. 81.
[189] Ibid. P. 82.

Правовой режим принимающего государства формируется преимущественно нормами его законодательства, а также нормами международных соглашений с его участием. В дополнение к таким нормам существенное значение для иностранного инвестора имеют обязательства, принятые перед ним принимающим государством, а также предоставленные иностранному инвестору заверения. Такие обязательства и заверения государства могут содержаться в контрактах, лицензиях и различных постановлениях. Как отмечают Р. Дольцер и К. Шройер, обязательства и заверения принимающего государства создают «сильнейшие основания для обоснованных ожиданий»[190].

Необходимо отметить, что концепция заверений, широко распространенная в иностранных юрисдикциях, была введена в российское гражданское законодательство в июне 2015 г. Федеральным законом № 42-ФЗ "О внесении изменений в часть первую Гражданского кодекса Российской Федерации" от 8 марта 2015 г. в Гражданский кодекс Российской Федерации была введена статья 431.2 «Заверения об обстоятельствах»[191]. Указанная статья регулирует вопрос ответственности участников гражданско-правовых отношений за предоставление при заключении договора либо до или после его заключения недостоверных «заверений об обстоятельствах, имеющих значение для заключения договора, его исполнения или прекращения (в том числе относящихся к предмету договора, полномочиям на его заключение, соответствию договора применимому к нему праву, наличию необходимых лицензий и разрешений, своему финансовому состоянию либо относящихся к третьему лицу)…»[192]. Данное определение заверений об обстоятельствах имеет более узкую сферу применения, чем подразумевается в контексте международно-правового регулирования иностранных инвестиций, однако позволяет сформировать общее представление о направленности действия самой концепции заверений.

---

[190] R. Dolzer, C. Schreuer. Principles of International Investment Law. P. 145.

[191] См.: п. 75) ст. 1 Федерального закона № 42-ФЗ "О внесении изменений в часть первую Гражданского кодекса Российской Федерации" от 8 марта 2015 г. [Электронный ресурс]. – Режим доступа: СПС «Консультант Плюс».

[192] Ст. 431.2 Гражданского кодекса Российской Федерации (часть первая).

Анализ обоснованных ожиданий инвестора нередко проводится в рамках международных арбитражных разбирательств для надлежащей оценки действий государства по вопросам применения стандарта «справедливого режима». В рамках такого анализа основное внимание, как правило, уделяется вопросу о том, изменилась ли позиция государства в отношении его изначальных действий (например, принятых обязательств, предоставленных заверений), которые сформировали основу для разумного делового суждения инвестора (англ.: «reasonable business judgment»), «таким образом, что вытекающие ожидания инвестора оказались неосуществимыми»[193].

Таким образом, предполагается, что правовой режим принимающего инвестиции государства вместе с различными его обязательствами и заверениями, предоставленными в тот период, когда осуществлялись соответствующие капиталовложения, являются решающими факторами при оценке обоснованных ожиданий инвестора. Соответствующий вывод был сделан арбитражем при рассмотрении дела «Enron Creditors Recovery Corporation (formerly Enron Corporation)» и «Ponderosa Assets, L.P.» против Аргентины 2007 г.: «тем не менее, что представляется существенным, это то, что соответствующие ожидания были основаны на условиях, которые были предложены Государством инвестору в момент осуществления капиталовложений, и что инвестор полагался на эти условия, когда принимал решение об инвестировании»[194].

Аналогичные рассуждения встречаются в решениях по ряду других дел (например, «Mondev International Ltd.» против США 2002 г.[195], «LG&E Energy Corp.» «LG&E Capital Corp.» и «LG&E International Inc.» против Аргентины 2006 г.[196], «Jan de Nul N.V.», «Dredging International N.V.» против Арабской Республики

---

[193] C. F. Dugan, D. Wallace Jr., N. D. Rubins, B. Sabahi. Investor-State Arbitration. P. 510.

[194] Enron Creditors Recovery Corporation (formerly Enron Corporation) and Ponderosa Assets, L.P. v. Argentine Republic, ICSID Case No. ARB/01/3 (Award of 22 May 2007) // Investment Treaty Arbitration. [Electronic resource]. – Mode of access: <http://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/ita0293.pdf>. Para 262.

[195] См.: Mondev International Ltd. v. United States of America, ICSID Case No. ARB(AF)/99/2 (Award of 11 October 2002). Para 156.

[196] См.: LG&E Energy Corp., LG&E Capital Corp. and LG&E International Inc. v. Argentine Republic, ICSID Case No. ARB/02/1 (Decision on Liability of 3 October 2006) // ICSID Review – Foreign Investment Law Journal, Vol. 21, 2006. Para 130.

Египет 2008 г.[197] и «Bayindir Insaat Turizm Ticaret Ve Sanayi A.S.» против Исламской Республики Пакистан 2009 г.[198]). В деле «National Grid plc.» против Аргентины 2008 г. указывалось на то, что действия принимающего государства «не должны нарушать базовых ожиданий, которые учитывались инвестором при принятии решения об осуществлении капиталовложений»[199].

Настолько широкое толкование стандарта «справедливого режима» (в основе которого лежат ожидания инвестора), тем не менее, не является абсолютным. Так, в решении по делу «GAMI Investments, Inc.» против Мексики 2004 г. арбитраж, сформированный по правилам ЮНСИТРАЛ в соответствии с арбитражной оговоркой НАФТА, указал на следующее: «Арбитры НАФТА не уполномочены на то, чтобы оценивать законы и регулирования, которые предшествовали решению инвестора об осуществлении капиталовложений»[200].

По данному вопросу правоведы отмечают наличие двух принципиальных подходов к толкованию обоснованных ожиданий инвестора в рамках арбитражных разбирательств: «узкий» подход, в соответствии с которым необходимо оценивать только те обязательства и заверения, которые даны принимающим государством напрямую иностранному инвестору (например, посредством заключения с ним контрактов или предоставления ему лицензии); и «широкий» подход, предполагающий необходимость оценивать все применимые законы принимающего государства и его правовой режим в целом в момент осуществления инвестором капиталовложений[201].

Любопытно то, что Российская Федерация в делах по искам бывших акционеров ОАО «Нефтяная компания «ЮКОС» заявила позицию, в соответствии

---

[197] См.: Jan de Nul N.V. and Dredging International N.V. v. Arab Republic of Egypt, ICSID Case No. ARB/04/13 (Award of 6 November 2008) // Investment Treaty Arbitration. [Electronic resource]. – Mode of access: <http://italaw.com/sites/default/files/case-documents/ita0440.pdf>. Para 265.

[198] См.: Bayindir Insaat Turizm Ticaret Ve Sanayi A.S. v. Islamic Republic of Pakistan, ICSID Case No. ARB/03/29 (Award of 27 August 2009) Investment Treaty Arbitration [Electronic resource]. – Mode of access: <http://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/ita0075.pdf>. Paras 190, 191.

[199] National Grid plc. v. The Argentine Republic, UNCITRAL (Award of 3 November 2008) // Investment Treaty Arbitration. [Electronic resource]. – Mode of access: <http://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/ita0555.pdf>. Para 173.

[200] GAMI Investments, Inc. v. The United Mexican States, UNCITRAL (Award of 15 November 2004) // Investment Treaty Arbitration. [Electronic resource]. – Mode of access: <http://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/ita0353_0.pdf>. Para 93.

[201] C. F. Dugan, D. Wallace Jr., N. D. Rubins, B. Sabahi. Investor-State Arbitration. P. 513.

с которой «при определении того, были ли действия принимающего Государства справедливыми и равноправными, обоснованные и разумные ожидания инвестора являются «доминирующим» элементом»[202]. В рамках данной позиции также указывалось на то, что для определения того, были ли ожидания инвестора обоснованными и разумными, необходимо оценить «положения законодательства принимающего Государства, его политические и исторические условия и любые иные особенности тех условий, которые формировали режим, предложенный Государством инвестору в момент принятия им решения об инвестировании»[203]. Таким образом, арбитражу предлагалось оценить особенности правового регулирования иностранных инвестиций и иных относящихся к делу вопросов, политические условия, а также иные особенности Российской Федерации в качестве основы содержания стандарта «справедливого режима».

Анализ фактических обстоятельств арбитражных дел, затрагивающих проблему толкования обоснованных ожиданий инвестора, позволяет выявить типичные контексты, в рамках которых между инвестором и государством может возникнуть спор: отзыв у инвестора лицензии или разрешения на осуществление работ (например, дело «Tecmed»[204] и дело «Metalclad Corporation» против Мексики 2000 г. (далее – дело «Metalclad»)[205]), непоследовательные (противоречивые) действия различных государственных или муниципальных органов (например, дело «MTD»[206]), а также изменения законодательства, негативным образом сказывающиеся на деятельности инвестора (например, дело «CMS»[207], «Occidental Exploration and Production Company» против Республики

[202] См., напр.: Hulley Enterprises Limited (Cyprus) v. The Russian Federation. Para 1498.
[203] Ibid.
[204] См.: Técnicas Medioambientales Tecmed, S.A. v. United Mexican States, ICSID Case No. ARB(AF)/00/2 (Award of 29 May 2003).
[205] См.: Metalclad Corporation v. The United Mexican States, ICSID Case No. ARB(AF)/97/1 (Award of 30 August 2000) // Investment Treaty Arbitration. [Electronic resource]. – Mode of access: <http://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/ita0510.pdf>.
[206] См.: MTD Equity Sdn. Bhd. and MTD Chile S.A. v. Republic of Chile, ICSID Case No. ARB/01/7 (Award of 25 May 2004).
[207] См.: CMS Gas Transmission Company v. Argentine Republic, ICSID Case No. ARB/01/8 (Award of 12 May 2005).

Эквадор 2004 г.[208] и «Parkerings-Compagniet A.S.» против Литовской Республики 2007 г.[209]). Далее рассмотрим отдельные примеры.

В решениях по делу «Tecmed» и по делу «Metalclad» арбитраж признал государство ответственным за нарушение стандарта «справедливого режима». В рамках дела «Tecmed» было установлено, что правительство в нарушение предоставленных инвестору заверений отказалось продлить ему лицензию на право осуществления работ на полигоне опасных отходов[210]; в рамках дела «Metalclad» федеральное правительство ошибочно заверило иностранного инвестора в том, что для работ на полигоне не потребуется получения никаких разрешений местных властей[211].

В деле «MTD» государство было признано ответственным за непоследовательные действия его властей: в то время как государственное агентство по поощрению инвестиций одобрило планируемый проект, ответственный муниципалитет отказался выдать необходимое разрешение[212].

Третья группа дел, в рамках которой анализировались изменения правового регулирования иностранных инвестиций в принимающем государстве, представляется наиболее сложной. Дела, относящиеся к данной группе, имеют отношение к широкому толкованию концепции обоснованных ожиданий инвестора и связаны с понятием стабильности правового режима (англ.: «stability of the legal framework»).

Обязанность обеспечивать стабильность закреплена во многих международных инвестиционных соглашениях. Так, один из абзацев преамбулы инвестиционного договора между США и Аргентиной 1991 г. начинается со слов:

---

[208] См.: Occidental Exploration and Production Company v. The Republic of Ecuador, LCIA Case No. UN3467 (Award 1 July 2004) // Investment Treaty Arbitration. [Electronic resource]. – Mode of access: <http://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/ita0571.pdf>.

[209] См.: Parkerings-Compagniet A.S. v. Republic of Lithuania, ICSID Case No. ARB/05/8 (Award of 11 September 2007) // Investment Treaty Arbitration. [Electronic resource]. – Mode of access: <http://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/ita0619.pdf>.

[210] См.: Técnicas Medioambientales Tecmed, S.A. v. United Mexican States, ICSID Case No. ARB(AF)/00/2 (Award of 29 May 2003). Para 163.

[211] См.: Metalclad Corporation v. The United Mexican States, ICSID Case No. ARB(AF)/97/1 (Award of 30 August 2000). Paras 28-69.

[212] См.: MTD Equity Sdn. Bhd. and MTD Chile S.A. v. Republic of Chile, ICSID Case No. ARB/01/7 (Award of 25 May 2004). Para 208.

«Соглашаясь с тем, что справедливый и равноправный режим инвестиций желателен для поддержания стабильного режима инвестирования и максимального использования экономических ресурсов…». Основной проблемой, возникающей при рассмотрении требования стабильности, является необходимость обнаружить баланс между обоснованными ожиданиями инвестора, касающимися планирования его деловой активности в стабильных условиях, и правом государства формировать и развивать свою правовую и экономическую систему. Суть вопроса, по мнению Р. Дольцера и К. Шройера, сводится к следующему: «в то время как прилежный инвестор <…> внимательно изучит законы до осуществления капиталовложений, принимающее государство в любое время должно помнить, что его правовой порядок формирует основу для обоснованных ожиданий инвестора, которые должны учитываться государством при осуществлении будущих реформ»[213].

Одним из наиболее известных дел, цитируемых в контексте требования стабильности, является дело «CMS». Спор, рассматривавшийся в МЦУИС в рамках данного дела, возник в результате радикальных действий аргентинских властей, предпринятых в ответ на финансовый кризис, возникший в конце 1990-х гг. В 2002 г. в Аргентине был принят, так называемый «Чрезвычайный закон» (англ.: «Emergency Law» или «Public Emergency and Exchange Regime Reform Act»), изменивший курс аргентинского песо к доллару США и саму систему формирования курса национальной валюты, что привело к колоссальным издержкам для многих иностранных компаний, осуществлявших свою деятельность на территории Аргентины[214].

В ответ на эти реформы компания из США «CMS Gas Transmission Company» инициировала арбитражное разбирательство, заявляя о нарушении государством ряда стандартов, включая стандарт «справедливого режима», гарантированный пунктом 2.a) инвестиционного договора между США и Аргентиной 1991 г. («Инвестициям в любое время предоставляется справедливый и равноправный

[213] R. Dolzer, C. Schreuer. Principles of International Investment Law. P. 146.
[214] См.: Argentina's Public Emergency and Exchange Regime Reform Act No. 25.561 (6 January 2002, Executive Order No. 50/2002) // Lex Universal. [Electronic resource]. – Mode of access: <http://lexuniversal.com/en/articles/913>.

режим и обеспечивается полная защита и безопасность, и ни в коем случае не может предоставляться режим, менее благоприятный, чем требуется в соответствии с международным правом»[215]).

Со ссылкой на преамбулу договора между США и Аргентиной арбитраж заключил, что «стабильная правовая и деловая среда, без всяких сомнений, является существенным элементом справедливого и равноправного режима»[216]. Комментируя систему тарифов в Аргентине, а также курс национальной валюты к доллару США арбитраж в заключении отметил, что «соответствующие элементы более не присутствуют в режиме, регулирующем деловые операции Истца. Также было установлено, что гарантии, предоставленные в связи с этим в рамках правового режима, а также его различные компоненты имели решающее значение при принятии инвестиционных решений»[217].

Иная аргументация встречается в деле «Parkerings-Compagniet A.S.» против Литовской Республики 2007 г. Основанием для спора, рассмотренного в рамках данного дела, послужило изменение позиции литовских властей относительно их соглашения с консорциумом инвесторов и последовавшие изменения законодательства, негативным образом повлиявшие на ожидаемые комиссии инвесторов. Истец, помимо прочего, заявлял о нарушении принимающим государством стандарта «справедливого режима», гарантированного истцу в соответствии с инвестиционным договором между Королевством Норвегия и Литовской Республикой 1992 г.[218] Арбитраж пришел к выводу, что обоснованные ожидания инвестора не были нарушены. Как отмечалось в решении, литовское правительство ни прямо, ни косвенно не давало каких-либо обещаний или

[215] Para 2(a) of Art. II. of the Treaty between United States of America and the Argentine Republic concerning the Reciprocal Encouragement and Protection of Investment (14 November 1991).
[216] CMS Gas Transmission Company v. Argentine Republic, ICSID Case No. ARB/01/8 (Award of 12 May 2005). Para 274.
[217] Ibid. Para 275.
[218] См.: Art. III of the Agreement between the Government of the Kingdom of Norway and the Government of the Republic of Lithuania on the Promotion and Mutual Protection of Investments (Vilnius, 16 August 1992) // UNCTAD. [Electronic resource]. – Mode of access: <http://investmentpolicyhub.unctad.org/Download/TreatyFile/1917>.

заверений инвестору в том, что правовой режим не будет никоим образом изменяться[219].

Важно отметить, что в дополнение ко всему арбитраж указал на то, что Литовская Республика в момент осуществления капиталовложений являлась страной с «переходной экономикой» (англ.: «a country in transition»), и, как следствие, иностранный инвестор должен был предвидеть и ожидать возможные изменения законодательства[220]. Данный вывод основывается на экономической характеристике принимающего государства, что, по мнению арбитража, влияет на правовую оценку обоснованных ожиданий инвестора. Аналогичным образом можно прийти к выводу, что обоснованные ожидания инвестора также ограничиваются и рисками, связанными с политической нестабильностью в принимающем государстве (например, дело «Bayindir Insaat Turizm Ticaret Ve Sanayi A.S.» против Исламской Республики Пакистан 2009 г.[221]).

Таким образом, анализ арбитражной практики подтверждает, что вне зависимости от того, какой подход к толкованию обоснованных ожиданий инвестора применяется арбитражем, «узкий», предполагающий рассмотрение только тех заверений, которые прямо даны инвестору государством, или «широкий», предполагающий анализ всего массива правовых норм, регулирующих иностранные инвестиции в принимающем государстве, арбитраж стремится к установлению объективного содержания обоснованных ожиданий инвестора, что является также обязательным условием установления объективного содержания стандарта «справедливого режима». Для решения данной задачи арбитражной практикой выработаны различные критерии определения обоснованных ожиданий инвестора, нарушение которых признается недопустимым. В частности, такие ожидания с учетом фактических обстоятельств дела должны быть разумными (англ.: «reasonable») и обоснованными (англ.: «legitimate»). Как было разъяснено арбитражем в деле «Suez, Sociedad General de

[219] Parkerings-Compagniet A.S. v. Republic of Lithuania, ICSID Case No. ARB/05/8 (Award of 11 September 2007). Para 334.
[220] Ibid. Para 335.
[221] См.: Bayindir Insaat Turizm Ticaret Ve Sanayi A.S. v. Islamic Republic of Pakistan, ICSID Case No. ARB/03/29 (Award of 27 August 2009). Paras 192-197.

Aguas de Barcelona S.A.» и «InterAgua Servicios Integrales del Agua S.A.» против Аргентины 2010 г. «субъективные ожидания Истцов не должны рассматриваться прямолинейно. Арбитраж должен также анализировать их с точки зрения их объективности и разумности. Он должен сформулировать фундаментальный вопрос: что можно рассматривать в качестве обоснованных и разумных ожиданий разумного инвестора, если бы он был на месте Истцов в то время, когда они осуществляли свои капиталовложения…»[222].

Концепции обоснованных ожиданий инвестора и стабильности правового режима также связаны с обязанностью обеспечивать прозрачность (англ.: «transparency») правового регулирования. Данную норму принято рассматривать в качестве требования, в соответствии с которым правовой режим, регулирующий деятельность иностранных инвесторов в принимающем государстве, должен быть достаточно «понятным» или «очевидным» (англ.: «apparent»), чтобы коммерческие суждения инвестора могли строиться на понимании такого режима[223]. Одной из характеристик прозрачности является осведомленность инвестора о законах и регулированиях принимающего государства. Так, типовой двусторонний инвестиционный договор США 2012 г. предусматривает правило, в соответствии с которым «законы, регулирования, процедуры, административные постановления общего применения и судебные решения незамедлительно публикуются или становятся публично доступными иными способами»[224].

Как отмечается в материалах ЮНКТАД, концепция прозрачности имеет, как минимум, два толкования, в рамках которых она совпадает или пересекается с содержанием «справедливого режима». Первое толкование основано на идее о том, что обязанность государства информировать инвестора о планируемых изменениях законодательства до принятия таких изменений основана на принципе справедливости[225]. В рамках данного толкования предполагается, что

---

[222] Suez, Sociedad General de Aguas de Barcelona S.A., and InterAgua Servicios Integrales del Agua S.A. v. Argentine Republic, ICSID Case No. ARB/03/17 (Decision on Liability of 30 July 2010) // Investment Treaty Arbitration. [Electronic resource]. – Mode of access: <http://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/ita0826.pdf>. Para 228.
[223] R. Dolzer, C. Schreuer. Principles of International Investment Law. P. 149.
[224] Para 1 of Art. 10 of the US Model Bilateral Investment Treaty (2012).
[225] Fair and Equitable Treatment // UNCTAD Series on Issues in International Investment Agreements III (1999). P. 51.

обязанность государства обеспечить прозрачность правового регулирования по умолчанию предусматривается инвестиционным договором, если в него включен стандарт «справедливого режима».

Другое толкование предполагает, что обязанность государства обеспечить прозрачность не является непосредственно частью «справедливого режима», однако является одним из обязательных сопутствующих условий, позволяющих иностранному инвестору оценить, был ли действиями государства нарушен стандарт «справедливого режима». Такой подход имеет своеобразное логическое обоснование: всякий раз, когда инвестор пытается оценить, были ли действия государства справедливыми и равноправными, он анализирует нормы, регулирующие его хозяйственную деятельность. Уровень доступности таких норм для анализа свидетельствует об уровне прозрачности правового регулирования в принимающем государстве[226]. Как следствие, обеспечение прозрачности является обязательным условием предоставления «справедливого режима». Таким образом, несмотря на разную природу двух подходов, оба они предполагают, что обязательство государства обеспечить прозрачность правового регулирования инвестиций имеет непосредственное отношение к стандарту «справедливого режима».

В продолжение данного анализа можно прийти к выводу о том, что содержание требования прозрачности в определенной части также совпадает с концепцией обоснованных ожиданий инвестора. По данному вопросу уместно привести пример упоминавшегося выше дела «Metalclad», в рамках которого рассматривался спор, возникший в связи с тем, что федеральные власти Мексики ошибочно заверили иностранного инвестора в том, что для осуществления работ на полигоне ему не потребуется получать никаких разрешений на местном уровне. Такие заверения были даны после того, как все разрешения, необходимые на федеральном уровне, уже были предоставлены. Впоследствии местные власти заявили о необходимости получения инвестором дополнительных разрешений и,

[226] Ibid.

после того, как инвестор обратился к ним за получением таких разрешений, отказали в их предоставлении[227].

Анализируя вопрос о том, нарушило ли принимающее государство стандарт «справедливого режима», арбитраж рассмотрел среди прочих вопросов положения о прозрачности, закрепленные в статье 102 НАФТА («Цели настоящего соглашения, более детально сформулированные через его принципы и нормы, включая национальный режим, режим наибольшего благоприятствования и прозрачность…»[228]). Обязательство государства обеспечить прозрачность, по мнению арбитража, включает в себя «идею о том, что все юридические требования в отношении вопросов, касающихся начала и завершения процесса инвестирования, а также успешного управления осуществленными или планируемыми к осуществлению капиталовложениями, в соответствии с Соглашением должны легко становиться известными всем заинтересованным инвесторам другой Стороны. Не должно быть ни малейшего сомнения или неясности по таким вопросам»[229]. Далее арбитраж также отметил, что устранение любого недопонимания по таким вопросам является обязанностью государства с момента, когда ему стало известно об этом недопонимании[230].

Определение прозрачности, сформулированное в деле «Metalclad», нашло свое отражение в ряде последующих дел. Например, в решении по делу «Tecmed» арбитраж отметил, что «Истец имел право ожидать того, что действия правительства не будут двусмысленными настолько, чтобы это могло негативно повлиять на изначальные оценки, произведенные им относительно его реального правового положения и положения его инвестиций, а также действий, которые он должен предпринять в рамках таких оценок»[231]. В решении по делу «MTD» арбитраж указал на то, что власти «Чили должны были действовать

---

[227] См.: Metalclad Corporation v. The United Mexican States, ICSID Case No. ARB(AF)/97/1 (Award of 30 August 2000). Paras 28-69.
[228] Para 1 of Art. 102 of the North American Free Trade Agreement (17 December 1992).
[229] Metalclad Corporation v. The United Mexican States, ICSID Case No. ARB(AF)/97/1 (Award of 30 August 2000). Para 76.
[230] Ibid.
[231] Técnicas Medioambientales Tecmed, S.A. v. United Mexican States, ICSID Case No. ARB(AF)/00/2 (Award of 29 May 2003). Para 167.

последовательно и применять свои политики соответственно, независимо от того, насколько предусмотрителен был инвестор»[232]. Важность реализации принципа прозрачности в контексте стандарта «справедливого режима» была также отмечена в решении по делу «Maffezini» против Испании 2000 г., в котором указывалось на то, что «недостаточность прозрачности <…> несовместима с обязательством Испании обеспечить инвестору справедливый и равноправный режим»[233].

Анализ фактических обстоятельств арбитражных дел показывает, что обоснованные ожидания инвестора нередко основываются непосредственно на контрактных договоренностях между инвестором и принимающим инвестиции государством. Данный факт позволяет высказать предположение, что стандарт «справедливого режима», помимо прочего, предполагает обязанность государства надлежащим образом выполнять его контрактные обязательства перед инвестором, таким образом, на практике воплощая собой общеправовой принцип *pacta sunt servanda*. Как отмечают отдельные авторы, это, тем не менее, «не означает, что каждое нарушение контрактного обязательства принимающим государством или каким-либо его юридическим лицом автоматически приравнивается к нарушению стандарта справедливого и равноправного режима»[234].

По данному вопросу практика разрешения международных инвестиционных споров выработала два подхода. Первый предполагает, что любое нарушение контрактных обязательств является нарушением стандарта «справедливого режима». Такое мнение, в частности, высказал арбитраж при рассмотрении дела «Mondev International Ltd.» против США 2002 г., в рамках которого анализировался стандарт «справедливого режима», предусмотренный статьей 1105 НАФТА. В решении по делу указывалось на то, что «прерогативу

[232] MTD Equity Sdn. Bhd. and MTD Chile S.A. v. Republic of Chile, ICSID Case No. ARB/01/7 (Award of 25 May 2004). Para 165.
[233] Maffezini v. Kingdom of Spain, ICSID Case No. ARB/97/7 (Award of 13 November 2000) // ICSID Review – Foreign Investment Law Journal, Vol. 16, 2001. Para 83.
[234] R. Dolzer, C. Schreuer. Principles of International Investment Law. P. 152.

правительства нарушать инвестиционные контракты можно считать несовместимой с принципами, заложенными статьей 1105…»[235].

Второй подход предполагает, что для признания нарушения контрактного обязательства нарушением стандарта «справедливого режима» должно быть установлено, что соответствующие действия были осуществлены государством «в порядке реализации его суверенных полномочий» (англ.: «exercise of sovereign powers»)[236], а не коммерческих. Так, при рассмотрении дела «Waste Management, Inc.» против Мексики 2004 г. арбитраж пришел к выводу, что простого нарушения государством платежного обязательства в соответствии с контрактом недостаточно для того, чтобы приравнять его к нарушению стандарта «справедливого режима», предусмотренного НАФТА: «даже регулярные просрочки по денежным обязательствам, допущенные муниципалитетом, не могут быть приравнены к нарушению статьи 1105, если такие просрочки не представляют собой окончательный и необоснованный отказ от исполнения сделки, и если кредитору доступны какие-либо средства правовой защиты для решения проблемы»[237].

Необходимо отметить, что арбитражная практика в основном придерживается второго подхода, т.е. предполагает, что для признания нарушения контрактных обязательств перед иностранным инвестором в качестве нарушения стандарта «справедливого режима» должны быть установлены и проанализированы мотивы государства[238]. Такой подход создает определенные трудности. В частности, не всегда представляется возможным определить, какова природа действий государства. Иными словами: действует ли оно в качестве суверена или в качестве участника коммерческих отношений. Даже если государство действует в качестве участника коммерческих отношений, мотивы его действий могут по-прежнему иметь суверенную природу[239].

---

[235] Mondev International Ltd. v. United States of America, ICSID Case No. ARB(AF)/99/2 (Award of 11 October 2002). Para 134.
[236] Bayindir Insaat Turizm Ticaret Ve Sanayi A.S. v. Islamic Republic of Pakistan, ICSID Case No. ARB/03/29 (Award of 27 August 2009). Para 377.
[237] Waste Management, Inc. v. United Mexican States, UNCITRAL (Award of 30 April 2004). Para 115.
[238] См.: R. Dolzer, C. Schreuer. Principles of International Investment Law. P. 154.
[239] Ibid.

В данном контексте представляется необходимым рассмотреть другой неотъемлемый элемент, формирующий содержание стандарта «справедливого режима». Речь идет об обязанности действовать добросовестно (англ.: «good faith»), которая, как было отмечено в решении по делу «Sempra Energy International» против Аргентины 2007 г., «находится в сердцевине концепции справедливого и равноправного режима»[240].

В арбитражной практике встречаются различные позиции относительно взаимосвязанности требования добросовестности и стандарта «справедливого режима». В решении по делу «Tecmed», например, указывалось на то, что «обязательство, принимаемое государством в соответствии с гарантией справедливого и равноправного режима <…> является выражением и частью принципа добросовестности (*bona fide*), признаваемого международным правом…»[241]. В решении по делу «Waste Management, Inc.» против Мексики 2004 г. в контексте НАФТА арбитражем также отмечалось, что «базовым обязательством Государства в соответствии со статьей 1105(1) является обязательство действовать добросовестно и надлежащим образом и не допускать намеренных действий, разрушающих и нарушающих инвестиции неправомерными средствами»[242].

Сама идея о том, что требование добросовестности является частью концепции «справедливого режима», не вызывает сомнений, однако вопрос заключается в том, является ли всякое нарушение «справедливого режима» следствием недобросовестных действий. Для того чтобы дать обоснованный ответ на данный вопрос, его необходимо сформулировать следующим образом: будет ли считаться надлежащей защитой со стороны государства утверждение о том, что его действия, хоть они и причинили вред инвестору, были совершены добросовестно и, как следствие, не могут рассматриваться в качестве нарушения

[240] Sempra Energy International v. Argentine Republic, ICSID Case No. ARB/02/16 (Award of 28 September 2007). Para 298
[241] Técnicas Medioambientales Tecmed, S.A. v. United Mexican States, ICSID Case No. ARB(AF)/00/2 (Award of 29 May 2003). Para 153.
[242] Waste Management, Inc. v. United Mexican States, UNCITRAL (Award of 30 April 2004). Para 138.

стандарта «справедливого режима»[243]. Ответ на данный вопрос убедительно дан в деле «Mondev International Ltd.» против США 2002 г.: «Современная позиция заключается в том, что то, что является несправедливым (англ.: «unfair») и «неравноправным» (англ.: «inequitable»), не обязательно должно быть возмутительным (англ.: «outrageous») и вопиющим (англ.: «egregious»). В частности, Государство может обращаться с инвестициями несправедливо и неравноправно, что не во всех случаях предполагает недобросовестность действий»[244]. Аналогичные разъяснения по данному вопросу были даны в решениях по делам «Occidental Exploration and Production Company» против Республики Эквадор 2004 г.[245], «CMS»[246], «El Paso Energy International Company» против Аргентины 2011 г.[247] и в других решениях.

Резюмируя, важно отметить, что обязанность государства уважать обоснованные ожидания инвестора, а также обеспечивать определенный уровень стабильности и прозрачности правового регулирования иностранных инвестиций может рассматриваться в качестве правомерной составляющей стандарта «справедливого режима». Одновременно важно отметить, что чрезмерно расширительное толкование такой обязанности недопустимо. При любых международно-правовых обязательствах принимающего инвестиции государства, это государство не может быть лишено возможности выстраивать внутренний правопорядок по своему усмотрению.

---

[243] R. Dolzer, C. Schreuer. Principles of International Investment Law. P. 158.
[244] Mondev International Ltd. v. United States of America, ICSID Case No. ARB(AF)/99/2 (Award of 11 October 2002). Para 116.
[245] См.: Occidental Exploration and Production Company v. The Republic of Ecuador, LCIA Case No. UN3467 (Award 1 July 2004). Para 186.
[246] См.: CMS Gas Transmission Company v. Argentine Republic, ICSID Case No. ARB/01/8 (Award of 12 May 2005). Para 280.
[247] См.: El Paso Energy International Company v. Argentine Republic, ICSID Case No. ARB/03/15 (Award of 31 October 2011) // Investment Treaty Arbitration. [Electronic resource]. – Mode of access: <http://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/ita0270.pdf>. Para 356.

§ 2.3 Элементы, относящиеся к неправомерным действиям: недопустимость неоправданного и неправомерного обращения, дискриминации, принуждения, оказания давления и домогательства

Предполагается, что концепция «справедливого режима» включает в себя не только регулятивные или обязывающие нормы, побуждающие принимающее государство совершать определенные действия для обеспечения надлежащего обращения с иностранными инвестициями, но также и нормы запрещающего характера. К таким нормам, в частности, относится обязанность не допускать неоправданного и неправомерного обращения (англ.: «arbitrary and abusive treatment»), дискриминации («discrimination»), принуждения и оказания давления (англ.: «duress and coercion»), а также домогательства (англ.: «harassment»).

Для целей дальнейшего анализа данных элементов стандарта «справедливого режима» необходимо отметить, что понятия «неоправданный» и «неправомерный» нередко используются в качестве синонимов и могут, в зависимости от контекста, заменять друг друга. То же относится и к понятиям «принуждение» и «оказание давления». Такое понимание в целом соответствует сложившейся практике толкования данных понятий в рамках международных арбитражных разбирательств.

Как указывается в аналитических материалах ЮНКТАД, «отталкиваясь от прямого значения терминов, <…> если были совершены дискриминационные действия, имеющие неправомерные основания, или если Государство обращалось с инвестициями своенравно (англ.: «capricious») или неправомерно (англ.: «arbitrary»), стандарт справедливого и равноправного режима был нарушен»[248]. Далее также отмечалось, что неправомерное обращение представляет собой такое обращение с иностранными инвестициями, которое причиняет им ущерб без стремления достичь какой-либо обоснованной цели, не имеет рационального

[248] Fair and Equitable Treatment // UNCTAD Series on Issues in International Investment Agreements III (1999). P. 37.

объяснения и вместо этого основывается на предубеждении (англ.: «prejudice») и пристрастии (англ.: «bias»)[249].

Вопрос о взаимосвязанности стандарта «справедливого режима» и концепции неправомерного и неоправданного обращения является одним из наиболее дискутируемых в рамках международных инвестиционных споров[250]. Некоторые арбитражи приходят к выводу о том, что неоправданное (англ.: «arbitrary») действие само по себе является несправедливым (англ.: «unfair») и неравноправным (англ.: «inequitable»). К такому выводу, в частности, пришел арбитраж в деле «Waste Management, Inc.» против Мексики 2004 г.[251]

При этом открытым остается вопрос о том, служит ли концепция неоправданного и неправомерного обращения только для уточнения содержания стандарта «справедливого режима» или предполагает наличие обособленного стандарта защиты. Необходимо отметить, что запрет на совершение неоправданных (или дискриминационных) мер часто включается в международные инвестиционные договоры в качестве отдельного положения. Так, например, инвестиционный договор между Российской Федерацией и Королевством Нидерландов 1989 г. устанавливает, что «каждая из Договаривающихся Сторон будет обеспечивать справедливый и равноправный режим капиталовложениям инвесторов другой Договаривающейся Стороны и не будет путем принятия неоправданных или дискриминационных мер препятствовать эксплуатации, управлению, содержанию, пользованию, владению или ликвидации капиталовложений, осуществляемых этими инвесторами»[252].

По данному вопросу представляется целесообразным привести пример толкования США, заявивших при рассмотрении дела «Elettronica Sicula SpA (ELSI)» (США против Италии) 1989 г.[253] позицию, в соответствии с которой

---

[249] См.: Fair and Equitable Treatment // UNCTAD Series on Issues in International Investment Agreements II (2012). P. 78.
[250] См.: C. F. Dugan, D. Wallace Jr., N. D. Rubins, B. Sabahi. Investor-State Arbitration. P. 507.
[251] Waste Management, Inc. v. United Mexican States, UNCITRAL (Award of 30 April 2004). Para 98.
[252] П. 1 ст. 3 Соглашения о поощрении и взаимной защите капиталовложений между Союзом Советских Социалистических Республик и Королевством Нидерландов (Москва, 5 октября 1989 г.). [Электронный ресурс]. – Режим доступа: СПС «ГАРАНТ».
[253] См.: Elettronica Sicula SpA (ELSI) (United States of America v. Italy) (Judgment of 20 July 1989) // ICJ Reports 1989.

понятия «неоправданный» (англ.: «arbitrary») и «несправедливый» (англ.: «unfair») в целом могут рассматриваться в качестве синонимов: «запрет «неоправданных» действий предполагает, прежде всего, обязательство соответствующих Правительств не причинять вреда инвестициям и связанным с ними интересам иностранных инвесторов неоправданным или несправедливым применением своих властных полномочий. В соответствии со словарными определениями «неоправданными» могут быть названы меры, которые характеризуются реализацией абсолютных властных полномочий или злоупотреблением правом. «Неоправданные меры» включают в себя действия, не имеющие справедливого и адекватного обоснования (включая достаточное правовое обоснование), и осуществляемые в качестве неразумного и своенравного (англ.: «capricious») применения властных полномочий»[254].

Необходимо отметить, что указанная позиция США не представляется в полной мере обоснованной. Признание неоправданных действий в качестве формы несправедливого обращения (или наоборот – несправедливого обращения в качестве формы неоправданных действий) означало бы, что отдельное указание на запрет неоправданных действий в инвестиционных договорах (как в приведенном выше примере договора между Российской Федерацией и Королевством Нидерландов 1989 г.) было бы избыточным и, следовательно, бессмысленным. Следуя данной логике, арбитраж в деле «LG&E Energy Corp.» «LG&E Capital Corp.» и «LG&E International Inc.» против Аргентины 2006 г. ясно разделил стандарт «справедливого режима» и запрет на осуществление неоправданных действий, признав государство ответственным за нарушение стандарта «справедливого режима», в то время как нарушение запрета на осуществление неоправданных действий установлено не было[255].

В связи с этим интересной представляется позиция арбитража в деле «Saluka Investments B.V. (The Netherlands)» против Чешской Республики 2006 г. Со ссылкой на положения инвестиционного договора, схожие с приведенными выше

[254] C. F. Dugan, D. Wallace Jr., N. D. Rubins, B. Sabahi. Investor-State Arbitration. Pp. 507-508.
[255] См.: LG&E Energy Corp., LG&E Capital Corp. and LG&E International Inc. v. Argentine Republic, ICSID Case No. ARB/02/1 (Decision on Liability of 3 October 2006). Paras 161-163.

положениями договора между Российской Федерацией и Королевством Нидерландов, арбитраж пришел к выводу, что нарушение запрета на принятие «неоправданных мер» не имеет существенных отличий от нарушения стандарта «справедливого режима». В отношении пункта договора о запрете применения «неоправданных мер», в решении отмечалось, что он «просто более детально уточняет последствия такого рода нарушений, в частности, в отношении управления, содержания, пользования, владения или распоряжения капиталовложениями инвестора»[256]. Данный вывод позволяет высказать предположение о том, что концепция запрета на принятие «неоправданных мер» не приравнивается к стандарту «справедливого режима», но пересекается с ним в определенной части или является его составным элементом.

В деле «Saluka» также отмечалось, что принимающее государство обязано «обеспечить инвестору защиту от оказания давления (англ.: «coercion») или домогательства (англ.: «harassment») со стороны собственных регулирующих органов»[257]. В аналитических материалах ЮНКТАД указывается на то, что «оказание давления» и «домогательство» вместе с «принуждением» (англ.: «duress») формируют такой вид поведения, который можно охарактеризовать как «неправомерное действие» (англ.: «abusive conduct»)[258]. Такие действия могут включать в себя «арест и помещение под стражу работников и руководителей; угрозу возбудить или возбуждение уголовного дела; намеренное наложение необоснованного налога, уголовного или иного штрафа; арест или изъятие материальных активов, акций или денежных средств на банковских счетах; вмешательство в обычную хозяйственную деятельность, а также препятствование ей или ее остановка; депортация с территории принимающего государства или отказ продлить срок документов, которые позволяют иностранцу жить и работать в принимающем государстве»[259].

---

[256] Saluka Investments B.V. (The Netherlands) v. The Czech Republic, UNCITRAL (Partial Award of 17 March 2006). Para 461.
[257] Ibid. Para 308.
[258] См.: Fair and Equitable Treatment // UNCTAD Series on Issues in International Investment Agreements II (2012). P. 82.
[259] Ibid.

Аналогичные действия, в частности, рассматривались арбитражем в рамках дела «Pope & Talbot Inc.» против Канады 2001 г. В решении по делу арбитраж охарактеризовал «уточняющую проверку» (англ.: «verification review»), инициированную государством в отношении иностранного инвестора, «больше, как боевые действия, нежели регуляторное взаимодействие»[260]. В решении также отмечалось, что соответствующие действия представляли собой «угрозы и введение в заблуждение», были «обременительными и конфронтационными» и, следовательно, представляли собой нарушение стандарта «справедливого режима»[261]. Известными примерами дел, в рамках которых инвестор подвергался ненадлежащему обращению со стороны принимающего государства, также являются дело «Tecmed», в котором замена неограниченной по сроку лицензии лицензией с ограниченным сроком действия была признана арбитражем способом оказания давления (англ.: «coercion») с целью принудить инвестора сменить место проведения работ[262], и дело «Desert Line Projects LLC» против Йеменской Республики, обстоятельства которого включали вооруженные угрозы и аресты[263].

В свете вышеизложенного можно прийти к выводу о том, что утверждение, что различные виды «неправомерных действий», рассмотренных в настоящем параграфе, в полном объеме охвачены содержанием стандарта «справедливого режима» (если он закреплен в международном договоре) не представляется в полной мере обоснованным. Различные позиции по данному вопросу высказывались и в рамках арбитражных разбирательств. Одновременно не вызывает сомнений тот факт, что содержание стандарта «справедливого режима» в том или ином объеме пересекается с концепцией неоправданного и

---

[260] Pope & Talbot Inc. v. The Government of Canada, NAFTA (Award on Merits of 10 April 2001) // Investment Treaty Arbitration [Electronic resource]. – Mode of access: <http://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/ita0678.pdf>. Para 181.

[261] См.: Pope & Talbot Inc. v. The Government of Canada, NAFTA (Award on Damages of 31 May 2002) // Investment Treaty Arbitration [Electronic resource]. – Mode of access: <http://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/ita0686.pdf>. Paras 67-69.

[262] Técnicas Medioambientales Tecmed, S.A. v. United Mexican States, ICSID Case No. ARB(AF)/00/2 (Award of 29 May 2003). Para 163.

[263] См.: Desert Line Projects LLC v. The Republic of Yemen, ICSID Case No. ARB/05/17 (Award of 6 February 2008) // Investment Treaty Arbitration [Electronic resource]. – Mode of access: <https://icsid.worldbank.org/ICSID/FrontServlet?requestType=CasesRH&actionVal=showDoc&docId=DC791_En&caseId=C62>. Paras 151-194.

неправомерного обращения, недопустимости проявления дискриминации, принуждения, оказания давления и домогательства. Масштабы такого пересечения предстоит выяснить в дальнейших дискуссиях.

§ 2.4 Элементы, относящиеся к процессуальным вопросам: обеспечение надлежащей правовой процедуры и недопустимость отказа в отправлении правосудия

Завершая рассмотрение структурных элементов, формирующих содержание стандарта «справедливого режима», необходимо отметить, что он включает в себя не только нормы материального права, но также процессуальные нормы. В иностранной (западной) юридической литературе обязанность государства обеспечивать надлежащую правовую процедуру (англ.: «due process») принято рассматривать в качестве неотъемлемого элемента стандарта «справедливого режима»[264].

Предполагается, что у основания данной нормы лежит сформировавшийся в более ранние эпохи обычно-правовой принцип недопустимости отказа в отправлении правосудия (англ.: «denial of justice»). Концепция отказа в отправлении правосудия предполагает, в частности, что при разрешении спора истец обязан исчерпать местные средства правовой защиты (доступ к которым должно обеспечить принимающее государство), прежде чем обратиться за защитой своего государства или к международному арбитражу[265].

По мнению Й. Паулссона, отказ в отправлении правосудия может принимать различные формы. Основываясь на результатах изучения арбитражной практики, он выделил, в частности, такие формы, как отказ в доступе к правосудию, отказ государства от применения арбитражного соглашения, манипуляции с составом суда, отказ от приведения в исполнение решения суда, публичное оказание давления, неадекватные меры воздействия на нарушителя и т.п.[266] К. Яннака-

[264] C. F. Dugan, D. Wallace Jr., N. D. Rubins, B. Sabahi. Investor-State Arbitration. P. 525.
[265] Ibid. P. 527.
[266] См.: J. Paulsson. Denial of Justice in International Law. – Cambridge: Cambridge University Press, 2005. Pp. vi, 131-207.

Смолл отмечает, что большинство споров между инвестором и принимающим государством в том или ином объеме затрагивают заявления об отказе в отправлении правосудия[267].

Описывая концепцию отказа в отправлении правосудия, Ф.В. Гарсия-Амадор придерживается ее расширительного толкования, которое включает в себя практически любые возможные виды ненадлежащих действий, которые может предпринять государство в отношении иностранного лица[268]. К таким действиям могут относиться действия или бездействие любых ветвей государственной власти: законодательной, исполнительной или судебной[269].

В свою очередь, с критикой данной позиции выступает А.В. Фриман. Он отмечает, что избыточно широкое толкование отказа в отправлении правосудия расширяет сферу применения самой этой концепции до такого масштаба, что она может включать в себя практически любое нарушение международного права[270]. Более узкое (и, вероятно, более точное) толкование концепции предполагает, что она охватывает ситуации, при которых принимающее инвестиции государство отказывает иностранному инвестору в доступе к надлежащим судебным (и иным аналогичным) процедурам. Как отмечает Дон Уоллес Мл., такое толкование было характерно для представителей части латиноамериканских государств в рамках дискуссий относительно толкования обычно-правовой концепции международного минимального стандарта[271].

Большинство арбитров при рассмотрении международных инвестиционных споров склоняются к срединной позиции относительно значения отказа в отправлении правосудия. В соответствии с данной позицией под таким отказом понимается, прежде всего, «ненадлежащее администрирование гражданского или уголовного судопроизводства в отношении иностранного лица, включая отказ в

---

[267] См.: C. Yannaca-Small. Fair and Equitable Treatment Standard in International Investment Law. P. 28.
[268] См.: F.V. Garcia-Amador, L.B. Sohn, R.R. Baxter. Recent Codification of the Law of State Responsibility for Injuries to Aliens. Oceana Publications, 1974. P. 331.
[269] См.: C. Yannaca-Small. Fair and Equitable Treatment Standard in International Investment Law. P. 29.
[270] См.: A.V. Freeman. The International Responsibility of States for Denial of Justice. – New York: Kraus Reprint Company, 1938. 105.
[271] См.: Don Wallace Jr. Fair and Equitable Treatment and Denial of Justice: Loewen v. US and Chattin v. Mexico // International Investment Law & Arbitrations: Leading Cases from the ICSID, NAFTA, Bilateral Treaties, and Customary International Law, Todd Weiler ed., Cameron, 2005. P. 677.

доступе к судебным процедурам, ненадлежащую процедуру или несправедливые решения»[272]. Несмотря на то, что концепция касается в основном судебных процедур, она, тем не менее, охватывает также и иные вопросы. Более детальное описание такой срединной позиции предложил Я. Браунли: «отказ в отправлении правосудия существует в том случае, если имеет место отказ, необоснованное затягивание или иная помеха в получении доступа к судам, существенная недостаточность администрирования судебного или иного процесса, отсутствие тех гарантий, которые обычно считаются неотъемлемыми составляющими надлежащего администрирования системы правосудия, или вынесение очевидно несправедливого решения. Ошибка национального суда, которая не может быть квалифицирована как очевидно несправедливое решение, не может считаться отказом в отправлении правосудия»[273].

Необходимо отметить, что дискуссия относительно объема и содержания концепции отказа в отправлении правосудия и надлежащей правовой процедуры имеют долгую историю. Для целей настоящей диссертации нет необходимости углубляться в детали данной дискуссии. В заключение необходимо лишь отметить, что сам факт того, что принимающее государство обязано обеспечить иностранному инвестору доступ к системе правосудия в качестве составляющей стандарта «справедливого режима», не вызывает особенных сомнений. Вопрос же о том, какое из толкований данной обязанности представляется наиболее обоснованным (узкое, широкое или срединное), подлежит разрешению в рамках дальнейших дискуссий. В данной части лишь согласимся с Фриманом и отметим, что избыточно широкое толкование концепции отказа в отправлении правосудия в принципе должно избегаться.

---

[272] См.: F.V. Garcia-Amador, L.B. Sohn, R.R. Baxter. Recent Codification of the Law of State Responsibility for Injuries to Aliens. P. 122.

[273] I. Brownlie. Principles of Public International Law. – Oxford: Oxford University Press, 6th Edition, 2003. P. 506.

Глава III – Понятие и содержание стандарта «безопасности»

§ 3.1 Понятие стандарта «безопасности»

Наряду со стандартом «справедливого режима» большинство международных инвестиционных соглашений гарантируют «защиту» и «безопасность» иностранным капиталовложениям[274]. Так же, как и в отношении стандарта «справедливого режима», инвестиционные соглашения, как правило, не предусматривают какого-либо пояснения относительно содержания стандарта «безопасности» и ограничиваются лишь констатацией обязанности государства обеспечивать «защиту» и «безопасность» иностранным капиталовложениям.

В отдельных соглашениях может упоминаться обязанность государства обеспечить «полную защиту»[275], в иных – «полную и безусловную правовую защиту»[276], в третьих – «полную защиту и безопасность»[277], в четвертых – «постоянную защиту и безопасность»[278]. Приведенными примерами список возможных формулировок стандарта «безопасности» не ограничивается. Принимая во внимание различные подходы государств к его формулированию в инвестиционных договорах, К. Шройер, прежде всего, обращает внимание на то, что он обязывает государство предпринять активные действия по защите иностранных капиталовложений от негативного воздействия, в то время как различия в формулировках не имеют существенного значения[279].

При отсутствии конвенционного определения стандарта «безопасности» вопрос его толкования остается, в первую очередь, на усмотрение арбитражей, призванных применять его при разрешении международных инвестиционных

---

[274] См.: C. Schreuer. Full Protection and Security. P. 1.

[275] См.: п. 2 ст. 3 Соглашения между Правительством Российской Федерации и Правительством Государства Катар о поощрении и взаимной защите капиталовложений (Доха, 12 февраля 2007 г.). [Электронный ресурс]. – Режим доступа: СПС «ГАРАНТ».

[276] См.: п. 2 ст. 3 Соглашение между Правительством Российской Федерации и Правительством Республики Польша о поощрении и взаимной защите капиталовложений (Варшава, 2 октября 1992 г.). [Электронный ресурс]. – Режим доступа: СПС «ГАРАНТ».

[277] См.: п. 1 ст. III Соглашения между Правительством Союза Советских Социалистических Республик и Правительством Канады о поощрении и взаимной защите капиталовложений (Москва, 20 ноября 1989 г.). [Электронный ресурс]. – Режим доступа: СПС «ГАРАНТ».

[278] См.: п. 3 ст. 3 Соглашения между Правительством Российской Федерации и Правительством Японии о поощрении и защите капиталовложений (Москва, 13 ноября 1998 г.). [Электронный ресурс]. – Режим доступа: СПС «ГАРАНТ».

[279] C. Schreuer. Full Protection and Security. P. 1.

споров. Арбитражной практикой за годы был накоплен значительный опыт его толкования. Так, в решении по делу «Saluka» арбитраж предложил следующее определение: «стандарт обязывает принимающее Государство принять все разумные меры для защиты активов и имущества от угроз или атак, которые могут быть нацелены непосредственно на иностранных лиц или определенные группы иностранных лиц. Практика арбитражных разбирательств, тем не менее, показывает, что положение договора о «полной защите и безопасности» не нацелено на то, чтобы охватить абсолютно все виды нарушений в отношении капиталовложения инвестора, но нацелено, прежде всего, на защиту физической целостности (англ.: «physical integrity») капиталовложения от вмешательства с использованием силы»[280]. Данное определение, как и многие другие, фокусирует внимание на обязанности принимающего государства предпринять активные и разумные действия для защиты иностранных капиталовложений от вмешательств угрожающих, в первую очередь, физической безопасности капиталовложений.

Показательный пример того, как на практике применяется стандарт «безопасности» – дело «Asian Agricultural Products Ltd.» против Шри-Ланки 1990 г. Обстоятельства данного дела, послужившие причиной спора, заключались в следующем: ферма по производству креветок, принадлежавшая британской компании «Asian Agricultural Products Ltd.», была расположена на территории, контролируемой тамильскими повстанцами; она была уничтожена в результате военной операции правительственных войск Шри-Ланки несмотря на то, что операционная компания, осуществлявшая управление фермой, активно сотрудничала с властями Шри-Ланки, помогая им в выявлении работников фермы, оказывавших поддержку повстанцам. В результате этих событий иностранный инвестор инициировал арбитражное разбирательство против Шри-Ланки, заявляя о нарушении стандарта «полной защиты и безопасности», предусмотренного пунктом 2(2) инвестиционного договора между Шри-Ланкой и Великобританией 1980 года. Арбитраж отклонил аргумент компании о том, что

[280] Saluka Investments B.V. (The Netherlands) v. The Czech Republic, UNCITRAL (Partial Award of 17 March 2006). Para 484.

правительство Шри-Ланка несет абсолютную ответственность за весь ущерб, причиненный имуществу инвестора военной операцией, однако согласился с тем, что стандарт «безопасности», гарантированный инвестору указанным инвестиционным договором, был нарушен государством[281].

Что касается вопроса об абсолютной ответственности, заявленного «Asian Agricultural Products Ltd.» в споре с Шри-Ланкой, в международно-правовой литературе отмечается, что стандарт «безопасности» не может обеспечивать абсолютную защиту от любого вмешательств (физического или нефизического) и, как следствие, не может предполагать абсолютной ответственности государства за любой ущерб, причиненный имуществу иностранного инвестора. Вместо абсолютной защиты и абсолютной ответственности, от принимающего государства требуется проявить, так называемую, «надлежащую осмотрительность» (англ.: «due diligence»), т.е. обеспечить разумный уровень защиты в зависимости от соответствующих обстоятельств[282].

Несмотря на то, что стандарт «безопасности» принято связывать, в первую очередь, с нарушениями в результате физического вмешательства, необходимо отметить, что «физическая целостность» (англ.: «physical integrity») иностранных капиталовложений может быть нарушена и в результате вмешательства нефизического характера (например, путем применения законодательных или административных механизмов). Таким образом, сфера действия стандарта «безопасности» может охватывать следующие вопросы:

1) причинение ущерба в результате действий полиции, армии и иных правительственных сил;

2) причинение ущерба в результате действий нарушителей общественного порядка, незаконных вооруженных формирований и иных третьих лиц;

3) причинение ущерба в результате вмешательства (воздействия) нефизического характера, что может выражаться в ненадлежащей правоприменительной практике или негативных изменениях законодательства.

---

[281] См.: Asian Agricultural Products Limited v. Democratic Socialist Republic of Sri Lanka, ICSID Case No. ARB/87/3 (Award of 27 June 1990).
[282] См.: R. Dolzer, C. Schreuer. Principles of International Investment Law. P. 161.

К. Шройер разбивает указанные направления действия стандарта «безопасности» на две группы, разграничивая, с одной стороны, защиту от физического вмешательства и, с другой стороны, защиту от вмешательства нефизического (юридического) характера[283]. Рассмотрим разные аспекты стандарта в рамках предложенной логики.

§ 3.2 Защита от физического вмешательства

Как отмечает К. Шройер, «тот факт, что стандарт полной защиты и безопасности относится к защите инвестора и его имущества от физического вмешательства, не вызывает сомнений»[284]. Данный вывод прослеживается в ряде арбитражных решений, в которых подчеркивалось, что стандарт обязывает принимающее государство, прежде всего, обеспечить защиту инвесторов от физического вреда, причиняемого действиями официальных или частных лиц принимающего государства (например, дела «PSEG Global Inc.» и «Konya Ilgin Elektrik Üretim ve Ticaret Limited Sirketi» против Турецкой Республики 2007 г.[285], «Enron Creditors Recovery Corporation (formerly Enron Corporation)» и «Ponderosa Assets, L.P.» против Аргентины 2007 г.[286], «Sempra Energy International» против Аргентины 2007 г.[287], «Plama Consortium Limited» против Республики Болгария 2008 г.[288] и другие дела).

Комментируя данный вопрос, арбитраж по делу «Rumeli Telekom A.S. and Telsim Mobil Telekomunikasyon Hizmetleri A.S.» против Республики Казахстан 2008 г. «согласился с Ответчиком в том, что стандарт полной защиты и

---

[283] См.: C. Schreuer. Full Protection and Security. Pp. 2-10.
[284] Ibid. P. 2.
[285] См.: PSEG Global Inc. and Konya Ilgin Elektrik Üretim ve Ticaret Limited Sirketi v. Republic of Turkey, ICSID Case No. ARB/02/5 (Award of 19 January 2007). Paras 257-259.
[286] См.: Enron Creditors Recovery Corporation (formerly Enron Corporation) and Ponderosa Assets, L.P. v. Argentine Republic, ICSID Case No. ARB/01/3 (Award of 22 May 2007). Paras 284-287.
[287] См.: Sempra Energy International v. Argentine Republic, ICSID Case No. ARB/02/16 (Award of 28 September 2007). Paras 321-324.
[288] См.: Plama Consortium Limited v. Republic of Bulgaria, ICSID Case No. ARB/03/24 (Award of 27 August 2008) // Investment Treaty Arbitration [Electronic resource]. – Mode of access: <http://www.italaw.com/cases/857>. Para 180.

безопасности <…> обязывает Государство обеспечить определенный уровень защиты иностранного капиталовложения от физического ущерба»[289].

Ущерб капиталовложениям может быть причинен действиями самого принимающего государства (в лице его полиции, армии или иных правительственных сил), как в деле «Asian Agricultural Products Ltd.» против Шри-Ланки 1990 г. Аналогичная (но не идентичная) ситуация имела место в деле «American Manufacturing & Trading, Inc.» против Республики Заир 1997 г., в рамках которого имущество иностранного инвестора подверглось разграблению правительственными войсками. Относящийся к делу инвестиционный договор между США и Республикой Заир (в настоящее время: Демократическая Республика Конго) 1984 г. в пункте II(4) гарантировал иностранным инвестициям защиту в соответствии с требованиями законодательства принимающего государства. Указанный пункт также уточнял, что такая защита не может быть ниже, чем требуется в соответствии с международным правом[290]. Проанализировав соответствующие положения инвестиционного договора, арбитраж признал факт нарушения стандарта «безопасности»: «Заир ответственен за неспособность предотвратить разрушительные последствия этих событий, негативно повлиявших на капиталовложения компании «AMT», которые Заир обязан был защищать»[291].

Действия третьих лиц, причиняющие ущерб иностранным капиталовложениям, могут включать общественные беспорядки, действия незаконных вооруженных формирований, действия компаний-контрагентов иностранного инвестора и пр. Один из показательных примеров таких действий рассматривался арбитражем в рамках дела «Wena Hotels Ltd.» против Арабской Республики Египет 2000 г. Причиной возникновения спора послужили

---

[289] Rumeli Telekom A.S. and Telsim Mobil Telekomunikasyon Hizmetleri A.S. v. Republic of Kazakhstan, ICSID Case No. ARB/05/16 (Award of 29 July 2008) // Investment Treaty Arbitration. [Electronic resource]. – Mode of access: <http://www.italaw.com/documents/Telsimaward.pdf>. Para 668.

[290] См.: para II(4) of the Treaty between the United States of America and the Republic of Zaire concerning the Reciprocal Encouragement and Protection of Investment (Washington, 3 August 1984) // U.S. Department of State. [Electronic resource]. – Mode of access: <http://www.state.gov/documents/organization/43544.pdf>.

[291] American Manufacturing & Trading, Inc. v. Republic of Zaire, ICSID Case No. ARB/93/1 (Award of 21 February 1997) // Investment Treaty Arbitration. [Electronic resource]. – Mode of access: <http://www.italaw.com/cases/76>. Para 6.08.

незаконные действия компании, аффилированной с государством, которая осуществила захват двух отелей в Луксоре и Каире, после того, как ее переговоры с контрагентом (иностранным инвестором) по поводу существующих арендных договоренностей зашли в тупик. Правительство Египта было осведомлено о планах по захвату отелей. Арбитраж признал правительство ответственным за то, что оно не предотвратило захват и в дальнейшем не предприняло действий для восстановления пострадавшего инвестора в правах[292].

В свою очередь, в делах «Tecmed» и «Noble Ventures, Inc.» против Румынии 2005 г. арбитражи не усмотрели нарушения стандарта «безопасности». Так, в решении по делу «Tecmed» отмечалось, что для признания Мексики ответственной не было представлено достаточных доказательств того, что правительство действовало недостаточно разумно в ответ на общественные демонстрации, приведшие к порче имущества инвестора[293]. Аналогично в деле «Noble Ventures, Inc.» против Румынии арбитраж пришел к выводу, что факт того, что государство не проявило «надлежащей осмотрительности» (англ.: «due diligence»), не был доказан[294]. В данном контексте уместно привести комментарий арбитров в деле «Elettronica Sicula SpA (ELSI)» (США против Италии) 1989 г.: «ссылка в статье V на «постоянную защиту и безопасность» не может расцениваться как гарантия того, что имущество никогда и ни при каких обстоятельствах не будет никем занято или потревожено иным образом»[295].

Приведенные выше примеры наглядно демонстрируют общий подход арбитражей, в соответствии с которым гарантия «безопасности» в инвестиционном соглашении обязывает принимающее государство обеспечивать физическую безопасность иностранных капиталовложений, проявляя при этом «надлежащую осмотрительность». Защита иностранных капиталовложений

---

[292] См.: Wena Hotels Ltd. v. Arab Republic of Egypt, ICSID Case No. ARB/98/4 (Award of 8 December 2000) // ICSID. [Electronic resource]. – Mode of access: <http://www.italaw.com/cases/1162>.

[293] Técnicas Medioambientales Tecmed, S.A. v. United Mexican States, ICSID Case No. ARB(AF)/00/2 (Award of 29 May 2003). Para 177.

[294] Noble Ventures, Inc. v. Romania, ICSID Case No. ARB/01/11 (Award of 12 October 2005) // Investment Treaty Arbitration. [Electronic resource]. – Mode of access: <http://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/ita0565.pdf>. Para 158.

[295] Elettronica Sicula SpA (ELSI) (United States of America v. Italy) (Judgment of 20 July 1989) // ICJ Reports 1989. Para 108.

государством в таком случае может потребоваться, если в деятельность инвестора вмешиваются какие-либо правительственные силы или третьи лица.

Одновременно существует позиция, в соответствии с которой стандарт «безопасности» не ограничивается обязанностью обеспечить защиту от физического вмешательства. Термины «защита» и «безопасность» могут также предполагать защиту от вмешательств (воздействия) нефизического характера (например, путем применения законодательных или административных механизмов). Ниже рассмотрим примеры такого толкования.

§ 3.3 Защита от вмешательства нефизического характера

Комментируя Договор к Энергетической хартии Т. Вальде отметил, что положения договора, предусматривающие гарантию «максимальной защиты и безопасности»[296], предполагают «исполнимую в принудительном порядке посредством инвестиционного арбитража обязанность использовать возможности правительства для обеспечения нормального функционирования иностранных инвестиций на равных условиях, беспрепятственно и без любого вторжения со стороны местных политических или экономических сил»[297]. Данное толкование распространяет действие гарантии значительно шире, чем просто в отношении вопросов физической безопасности.

Анализируя решение Международного суда ООН по делу «Elettronica Sicula SpA (ELSI)» (США против Италии) 1989 г., К. Шройер отмечает, что сам факт того, что суд дал правовую оценку тому, нарушали ли затянутые процессуальные действия в итальянском суде предусмотренный инвестиционным договором стандарт «безопасности», позволяет сделать вывод, что стандарт распространяется не только на вопросы физической безопасности, но и на вопросы правовой защиты в национальных судах принимающего государства.

Еще более широкое толкование стандарта было представлено в деле «CME Czech Republic B.V. (The Netherlands)» против Чешской Республики 2003 г. По

[296] П. (1) ст. 10 Договора к Энергетической хартии (Лиссабон, 17 декабря 1994 г.).
[297] T.W. Wälde. Energy Charter Treaty-based Investment Arbitration // Journal of World Investment & Trade, 5, 2004. Pp. 390-91.

данному делу государство было признано ответственным за нарушение обязательства обеспечить «полную безопасность и защиту» (англ.: «full security and protection»), предусмотренного инвестиционным договором между Королевством Нидерландов и Чешской Республикой 1991 г.[298] Арбитраж обосновал свое решение тем, что «принимающее инвестиции государство обязано обеспечить, чтобы согласованный и принятый уровень защиты и безопасности капиталовложений инвестора не был отозван или обесценен ни в результате изменений законодательства, ни в результате действий административных органов государства. Это не было обеспечено. Соответственно, Ответчик нарушил свое обязательство»[299].

Примечательный юридико-лингвистический анализ стандарта «безопасности» был проведен арбитражем при рассмотрении дела «Azurix Corp.» против Аргентины 2009 г. В решении по делу отмечалось, что в случаях, «когда понятия 'защита и безопасность' дополнены понятием 'полная', и никакого иного прилагательного или разъяснения нет, эти понятия, в своем обычном значении, расширяют содержание стандарта за пределы вопросов физической безопасности»[300]. Более простое (и также расширительное) толкование стандарта было предложено в деле «National Grid plc.» против Аргентины 2008 г. Арбитраж высказался в пользу того, что широкое толкование стандарта возможно постольку, поскольку положения инвестиционного договора между Великобританией и Аргентиной 1990 г., предусматривающие стандарт «безопасности»[301], не фокусируются только на вопросах физической безопасности[302].

---

[298] Para 2 of Art. 3 of the Agreement on Encouragement and Reciprocal Protection of Investments between the Kingdom of the Netherlands and the Czech and Slovak Federal Republic (29 April 1991) // UNCTAD. [Electronic resource]. – Mode of access: <http://investmentpolicyhub.unctad.org/Download/TreatyFile/968>.

[299] CME Czech Republic B.V. (The Netherlands) v. The Czech Republic, UNCITRAL (Partial Award of 13 September 2001) // Investment Treaty Arbitration [Electronic resource]. – Mode of access: <http://www.italaw.com/cases/281>. Para 613.

[300] Azurix Corp. v. Argentine Republic, ICSID Case No. ARB/01/12 (Award of 14 July 2006) // ICSID Reports, Vol. 14, 2009. Para 408.

[301] Para (2) of Art.2 of the Agreement between the Government of the United Kingdom of Great Britain and Northern Ireland and the Government of the Republic of Argentina for the Promotion and Protection of Investments (London, 11 December 1990).

[302] National Grid plc. v. The Argentine Republic, UNCITRAL (Award of 3 November 2008). Para 189.

Приведенные примеры свидетельствуют о том, что суды и арбитражи в принципе допускают возможность расширительного толкования стандарта «безопасности», суть которого, вероятно, заключается в том, что принимающее государство обязано обеспечить защиту инвестиций как от физического вмешательства в деятельность инвестора со стороны государственных органов (или иных правительственных сил) или третьих лиц, так и защиту от вмешательства (воздействия) нефизического характера (например, защиту от радикальных изменений законодательства или правоприменительной практики).

Следуя данной логике можно прийти к выводу о том, что государство должно обеспечивать, в частности, надлежащую правовую защиту в случае возникновения споров, а также стабильный режим инвестирования, не позволяющий изменениям законодательства или административной практики обесценить инвестиции. Данный вывод, однако, вытекает из расширительной интерпретации возможных толкований стандарта «безопасности», допущенных в рамках отдельных международных судебных и арбитражных разбирательств. Кроме того, такое толкование стандарта существенно сближает его содержание со стандартом «справедливого режима» (например, в части требований стабильности, обеспечения надлежащей правовой процедуры, недопустимости отказа в отправлении правосудия и др.), что представляется не вполне обоснованным, так как, тем самым, оно лишает оба стандарта их оригинальности.

В связи с вышеизложенным, полагаем, что расширительное толкование стандарта «безопасности» концептуально допустимо, однако утверждение о том, что данный подход полностью сформирован, было бы преждевременным. Пределы такого толкования требуют дальнейшего изучения по мере развития практики разрешения международных инвестиционных споров. В связи с этим необходимо отметить, что избыточно широкое толкование стандарта должно избегаться, так как оно может наносить неоправданный ущерб принимающему инвестиции государству. Так, например, обязательство государства обеспечить стабильный правовой режим, возведенное на уровень международно-правового регулирования, в его крайних проявлениях способно существенно ограничивать

суверенитет государства, лишая его фактической возможности выстраивать внутренний правопорядок по своему усмотрению.

Глава IV – Стандарты «справедливого режима» и «безопасности» в системе международного обычного права

§ 4.1 Вопрос формирования обычных норм международного права

Вопрос о взаимосвязанности стандартов «справедливого режима» и «безопасности» и норм международного обычного права является одним из наиболее дискутируемых в раках рассматриваемой в диссертации проблематики. Широкая распространенность стандартов в договорной практике государств, а также схожесть тех положений договоров (и контекстов), в которых они упоминаются, позволяют высказать предположение о том, что обязанность государств обеспечивать иностранным капиталовложениям «справедливый и равноправный режим», а также «защиту и безопасность» может быть обусловлена действием международно-правового обычая. Иными словами, положения договоров, предусматривающие данные стандарты, могли являться лишь договорным отражением существующего международно-правового обычая или же могли трансформироваться в новый международно-правовой обычай.

Данное предположение тесно связано с концепцией международного минимального стандарта, существование которого в качестве нормы международного обычного права также предполагается. Анализ международно-правовой доктрины и практики по данному вопросу выявляет три взаимоисключающие позиции: 1) стандарты «справедливого режима» и «безопасности» являются обособленными нормами международного обычного права, и, соответственно, могут предполагать отличные (более высокие) стандарты защиты иностранных инвестиций, чем международный минимальный стандарт[303]; 2) стандарты являются договорным отражением обычных норм международного права, составляющих международный минимальный стандарт, и, соответственно, ограничены содержанием этих норм[304]; 3) стандарты являются договорными нормами, содержание которых необходимо устанавливать отдельно

[303] См.: Fair and Equitable Treatment // UNCTAD Series on Issues in International Investment Agreements III (1999). P. 17.
[304] См.: Saluka Investments B.V. (The Netherlands) v. The Czech Republic, UNCITRAL (Partial Award of March 17, 2006). Para 290.

в каждом случае, применяя правила Венской конвенции о праве международных договоров 1969 г.[305]

Прежде чем приступить к детальному рассмотрению указанных позиций представляется целесообразным сформулировать базовые вопросы, составляющие суть правовой проблематики. К ним, в частности, относятся вопрос о механизмах формирования обычных норм международного права, а также вопрос о возможности трансформации конвенционных норм в обычно-правовые.

Как отмечал Г.И. Тункин, «проблема обычных норм международного права является одной из самых важных и вместе с тем одной из самых сложных теоретических проблем международного права». Размышляя об элементах международной практики, приводящих к созданию обычно-правовых норм, он констатирует, что создание таких норм происходит «в результате повторяющихся действий государств». Таким образом, «элемент повторения является исходным моментом формирования правила поведения». Далее он отмечает, что «продолжительность, иначе говоря, элемент времени, также играет важную роль в процессе образования обычной нормы международного права. Однако элемент времени сам по себе не создает презумпции в пользу существования обычной нормы международного права. Еще меньше оснований считать, что юридически необходимо, чтобы обычное правило было "старым" или значительной давности»[306].

Он также обращает внимание на то, что «некоторые авторы[307] высказывают мнение, что только непрерывность международной практики может привести к созданию обычной нормы международного права», и опровергает это мнение, указывая на то, «что, пожалуй, ни одна обычная норма международного права не появилась на свет в результате международной практики, не имевшей перерыва». Тем не менее, он не считает правильным утверждение, что перерыв в

---

[305] См.: Azurix Corp. v. Argentine Republic, ICSID Case No. ARB/01/12 (Award of 14 July 2006). Paras 358-361.

[306] Г.И. Тункин. Теория международного права [под общей ред. Л. Н. Шестакова]. М.: ИКД «Зерцало-М», 2015. С. 99.

[307] См., напр.: A. Cavaglieri. Règles Générales du Droit de la Paix // RdC, Vol. 26, 1929. Pp. 336-337; G. Morelli. Nozioni di Diritto Internazionale. Padova, 1951. §18; J. Kunz. The Nature of Customary International Law // American Journal of International Law, Vol. 47, 1953. P. 666; A. Sereni. Diritto Internazionale. Vol. I. Giuffrè, 1956. P. 121.

международной практике не оказывает влияния на формирование обычной нормы. Напротив –«прерывность может разрушить обычное правило поведения, которое еще находится в процессе становления <…> все зависит от того, какой характер имеет эта прерывность»[308].

Рассуждая о том, насколько распространенной должна быть практика для создания предпосылки для формирования обычной нормы международного права А.Н. Вылегжанин и Р.А. Каламкарян справедливо обращают внимание на то, что используемый в русском тексте статьи 38 Статута Международного Суда ООН термин «всеобщая практика» в отношении международного обычая несколько отличается от соответствующего термина в английском и французском текстах (англ.: «general practice», фр.: «une pratique generale»). В последних скорее отражен термин «общая практика», что «сказывается и на понимании юридического смысла термина: у читающего русский текст может сложиться впечатление, что в Статуте закреплено жесткое требование именно о том, что достаточно одному государству не придерживаться соответствующей практики (т.е. когда она не является практикой "всех" государств) – и требование "всеобщности" не выполнено. На самом деле столь жесткое требование не заложено в контексте употребления в Статуте Международного Суда термина "general practice" ("une pratique generale")»[309].

Таким образом, повторяющаяся в течение длительного (или короткого) исторического периода прерывная (или непрерывная) общая международная практика может свидетельствовать о существовании сложившегося обыкновения (лат.: «usus», «consuetudo»). Для преобразования обыкновения в обычную норму международного права требуется его признание в качестве такой нормы. Как отмечает Г.И. Тункин, «только в результате такого признания заканчивается процесс образования обычной нормы международного права, и международный

[308] Г.И. Тункин. Теория международного права [под общей ред. Л. Н. Шестакова]. С. 100-101.
[309] А.Н. Вылегжанин, Р.А. Каламкарян. Международный обычай как основной источник международного права // Государство и право, № 6, 2012. С. 83.

обычай (обыкновение) становится международно-правовым обычаем или, иначе говоря, обычной нормой международного права»[310].

Позиция Международного Суда ООН по данному вопросу была выражена в ряде дел[311]. В частности, в деле о континентальном шельфе в Северном море 1969 г. указывалось на то, что практика государств («usus» или «consuetudo») становится международно-правовым обычаем лишь при условии, что действия, составляющие практику, осуществлялись «таким образом, чтобы свидетельствовать об убеждении, что данная практика является обязательной в силу существования нормы права <…> Государства должны, следовательно, чувствовать, что они сообразуют свои действия с тем, что соответствует юридическому обязательству»[312].

Таким образом, речь идет о практике государств в качестве объективного явления и субъективном элементе, известном как *opinio juris sive necessitatis* (или просто *opinio juris*), т.е. о признании практики в качестве нормы права. Говоря словами бывшего Генерального секретаря МЦУИС профессора И. Шихата, *opinio juris* – это способ завершить оформление (англ.: «perfect») повторяющейся государственной практики[313].

Комментируя данный вопрос, Г.И. Тункин указывает на то, что «практически во всех случаях, когда необходимо установить наличие той или иной общепризнанной нормы международного права, нормальная процедура состоит в том, чтобы исследовать, имеется ли "всеобщая практика" и, если такая практика существует, получила ли она признание в качестве правовой нормы и каким количеством государств»[314]. Говоря о признании правовой нормы государствами он подчеркивает, что, несмотря на формальное юридическое равенство

---

[310] Г.И. Тункин. Теория международного права [под общей ред. Л. Н. Шестакова]. С. 102-103.

[311] См., напр.: Fisheries Case. United Kingdom v. Norway (Judgment of 18 December 1951). [Electronic resource] / International Court of Justice. – Mode of access: <http://www.icj-cij.org/docket/files/5/1809.pdf>. P. 139; Case Concerning the Continental Shelf. Libyan Arab Jamahiriya v. Malta (Judgment of 3 June 1985). [Electronic resource] / International Court of Justice. – Mode of access: <http://www.icj-cij.org/docket/files/68/6415.pdf>. Para 27.

[312] North Sea Continental Shelf Case. Federal Republic of Germany v. Denmark; Federal Republic of Germany v. Netherlands (Judgment of 20 February 1969) // ICJ Reports, 1969. Para 77.

[313] I.F.I. Shihata. The Treaty as a Law-Declaring and Custom Making Instrument // Revue Egyptienne de Droit International, Vol. 22, 1966. P. 73.

[314] Г.И. Тункин. Теория международного права [под общей ред. Л. Н. Шестакова]. С. 114.

государств, позиция великих держав имеет решающее значение в процессе создания общепризнанных норм международного права[315].

В юридической литературе обращается внимание на «парадоксальность теоретической конструкции международного обычая: каким образом практика государств может развиться в общую норму международного права, если государства, создающие практику, должны считать, что эта норма уже существует»[316]? «Получается, норма права существовала до того, как практические действия государств могли стать юридически значимыми. Но именно благодаря таким действиям норма права может возникнуть. Чтобы это противоречие устранить, поставлен вопрос: достаточно ли того, чтобы вначале государства действовали, ошибочно полагая, что норма уже существует, т.е. что имеет место случай *communis error facit jus* ("совместная ошибка рождает право")»[317]? Примеры обсуждения данного вопроса известны в юридической литературе[318].

В свою очередь, Г.И. Тункин отмечает, что такие «трудности возникают в связи с тем, что к вопросу о "признании практики в качестве нормы права" или к opinio juris подходят недиалектически. Создание обычной нормы международного права есть процесс, элементы правовой нормы нарастают постепенно». Соответственно, «opinio juris означает, что государство рассматривает то или иное обычное правило как норму международного права, как правило, юридически обязательное в международном плане. Это – выражение воли государства. Когда другие государства также выражают волю в том же направлении, образуется молчаливое соглашение о признании обычного правила в качестве международно-правовой нормы»[319]. К аналогичным выводам приходят В.И. Менжинский и Г.М. Даниленко: «существо процесса создания норм

---

[315] Там же. С. 113.
[316] А.Н. Вылегжанин, Р.А. Каламкарян. Международный обычай как основной источник международного права. С. 80
[317] Там же.
[318] См., напр.: J. Kunz. The Nature of Customary International Law // American Journal of International Law, Vol. 47, 1953. P. 667; H. Thirlway. The Sources of International Law // Principles of International Law [Ed. M.D. Evans]. Oxford, New York, 2006. Pp. 122, 123.
[319] Г.И. Тункин. Теория международного права [под общей ред. Л. Н. Шестакова]. С. 117.

международного права путем обычая состоит в соглашении между государствами, которое в этом случае является молчаливым, а не явно выраженным, как в договоре»[320].

Не останавливаясь более детально на вопросах о соотношении двух составляющих международно-правового обычая – *usus* и *opinio juris*, а также о роли каждого из них, в целях дальнейшего анализа будем исходить из того, что «согласно "классической" интерпретации международного права нормы обычного права формируются именно из комбинированного взаимодействия обоих элементов»[321].

Что же касается взаимодействия обычно-правовых и договорных норм международного права, необходимо, прежде всего, отметить, что «международный договор и международный обычай являются двумя способами создания норм общего международного права. Существо этих способов состоит в соглашении между государствами по поводу признания определенного правила в качестве нормы международного права. Обязательная юридическая сила конвенционных и обычных норм международного права является одинаковой, о чем свидетельствует практика государств»[322]. Правоведы отмечают, что изменение обычной нормы договорным путем и договорной нормы обычным путем в принципе возможно[323].

Изменение обычной нормы международного права договорным путем встречается достаточно часто, что объясняется проводимой масштабной работой по кодификации международного права. В качестве примера Г.И. Тункин приводит, в частности, Парижский пакт 1928 г., установивший принцип запрещения агрессивной войны. Этот принцип заменил в отношениях между участниками пакта обычную норму, подтверждающую право государства на

---

[320] В.И. Менжинский, Г.М. Даниленко. Процесс образования и действия международного обычного права // В кн.: Международное право и международный правопорядок [Отв. ред. Н.А. Ушаков]. – М., 1981.
[321] А.Н. Вылегжанин, Р.А. Каламкарян. Международный обычай как основной источник международного права. С. 80.
[322] Г.И. Тункин. Теория международного права [под общей ред. Л. Н. Шестакова]. С. 125.
[323] Там же. См. так же: T. Perassi. Teoria dommatica delle fonti di norme juridiche in diritto internazionale. RDI, 1917. P. 303; P. Guggenheim. Traité de droit international public. Tome I, 1967. P. 113.

войну, и постепенно приобрел договорным и обычным путем характер общепризнанного принципа международного права[324].

Случаи изменения конвенционной нормы обычным путем встречаются реже, поскольку договоры, как правило, предусматривают порядок их изменения или денонсации[325]. Однако юридически такое изменение возможно с общего согласия участников договора. Вопрос о возможности такого изменения был поднят в докладе Х. Уолдока в рамках работы Комиссии международного права ООН в 1964 г.[326] Х. Уолдок ссылался на два судебных прецедента: решение Международного Суда ООН 1962 г. по спору между Камбоджей и Таиландом о прохождении границы в районе храма Преа Вихеар (Preah Vihear), а также решение арбитража 1963 г. по спору между США и Францией о толковании заключенного между ними соглашения о воздушном сообщении от 1946 г. В обоих решениях была констатирована возможность изменения договора последующей практикой его исполнения. Как было установлено в решениях, последующая практика сформировала самостоятельное (дополнительное) «молчаливое соглашение».

После обсуждения данного вопроса Комиссия международного права ООН пришла к выводу о том, что изменение договорной нормы обычным путем возможно, если практика государств (всех или почти всех участников договора) свидетельствует о наличии между ними соглашения о внесении таких изменений[327], т.е. речь идет о возможности изменения договора в результате появления новой (заменяющей) обычно-правовой нормы по тому же вопросу и между теми же участниками. Таким образом, международно-правовая доктрина допускает не только возможность изменения договора молчаливым соглашением (т.е. путем создания новой обычно-правовой нормы), но и саму возможность

---

[324] Г.И. Тункин. Теория международного права [под общей ред. Л. Н. Шестакова]. С. 127.
[325] Там же.
[326] См.: Documents of the sixteenth session including the report of the Commission to the General Assembly / Yearbook of the International Law Commission 1964. United Nations, New York, 1965. – Vol. II. P. 198.
[327] См.: Documents of the second part of the seventeenth session and of the eighteenth session including the reports of the Commission to the General Assembly / Yearbook of the International Law Commission 1966. United Nations, New York, 1967. – Vol. II. P. 236.

создания такой обычно-правовой нормы в связи с практикой государств по исполнению соответствующего договора.

Предполагается также, что многократно повторяющаяся договорная практика государств по одному и тому же вопросу, выражающаяся, например, в многократном повторении одних и тех же положений в различных договорах, может приводить к тому, что соответствующие положения в конечном итоге сформируют международно-правовой обычай (трансформируются в него). Оценивая возможность такой трансформации, бывший судья Международного Суда ООН С.М. Швебель отмечал, что, несмотря на то, что процесс такой трансформации трудноуловимый и иллюзорный (англ.: «subtle and elusive»), он реален и известен международному праву[328]. Комиссия международного права ООН описала этот процесс следующим образом: «общепризнано, что международный договор создает нормы, обязывающие только договаривающиеся стороны на основании взаимности; однако необходимо помнить, что данные нормы становятся общими (англ.: «become generalized») посредством заключения других аналогичных договоров, содержащих идентичные или схожие положения»[329].

Именно эта логика лежит в основе предположения того, что стандарты «справедливого режима» и «безопасности» могли (в результате их регулярного включения в инвестиционные соглашения с участием различных государств) превратиться в обычно-правовые нормы международного права. Рассмотрим данный вопрос более подробно.

§ 4.2 Стандарты «справедливого режима» и «безопасности» в качестве обычных норм международного права

Сама возможность формирования обычной нормы в результате или в связи с повторяющейся договорной практикой государств не вызывает особенных

[328] S.M. Schwebel. The Influence of Bilateral Investment Treaties on Customary International Law // Proceedings of the 98th Annual Meeting of the American Society of International Law, Vol. 98, 2004. P. 29.
[329] Documents of the twelfth session including the report of the Commission to the General Assembly / Yearbook of the International Law Commission 1960. United Nations, New York, 1961. – Vol. II. P. 145.

сомнений. Возможность «перехода» (или «трансформации») конвенционной нормы в обычно-правовую была подтверждена Международным Судом ООН в решении по делу о континентальном шельфе в Северном море 1969 г.: «Нет сомнений в том, что данный процесс вполне возможен и время от времени происходит: на самом деле, он является одним из признанных способов формирования новых норм международного обычного права. В то же время такой результат не должен рассматриваться как легко достижимый»[330].

Таким образом, вопрос заключается в том, могли ли стандарты «справедливого режима» и «безопасности» в результате их общемирового признания «трансформироваться» в обычные нормы международного права. Утвердительный ответ на данный вопрос означал бы, что государства обязаны гарантировать иностранным инвесторам «справедливый и равноправный режим», а также «полную защиту и безопасность» вне зависимости от того, имеется ли международный договор, обязывающий их это делать. Размышляя над обычно-правовой природой стандарта «справедливого режима» Р. Клагер обращает внимание на то, что «фундаментальные требования государственной практики (*consuetudo*) и понимания юридической обязательности (*opinio juris*) не должны упускаться из виду»[331].

Практика гарантирования «справедливого и равноправного режима», а также «полной защиты и безопасности» иностранным инвестициям является глобальной (большинство двусторонних инвестиционных договоров в мире содержит либо один из указанных стандартов, либо одновременно оба стандарта). В данном контексте воля государств обеспечивать справедливый режим, защиту и безопасность любым (или практически любым) иностранным инвестициям кажется выраженной очевидным образом.

Однако утверждение о том, что широкая распространенность стандартов сама по себе поднимает их статус от уровня договорной нормы до уровня нормы

---

[330] North Sea Continental Shelf Case. Federal Republic of Germany v. Denmark; Federal Republic of Germany v. Netherlands (Judgment of 20 February 1969) // ICJ Reports, 1969. Para 71.

[331] R. Kläger. 'Fair and Equitable Treatment' in International Investment Law. – Cambridge: Cambridge University Press, 2013. P. 266.

общего международного права, представляется не вполне обоснованным. Так, например, распространенность в договорной практике государств обязательства обеспечить иностранным инвесторам режим наибольшего благоприятствования и национальный режим вовсе не означает, что соответствующие положения договоров сформировали международно-правовой обычай, в соответствии с которым все государства должны обеспечивать соответствующий режим любым иностранным инвесторам.

Как указывалось выше, формирование обычной нормы международного права происходит в результате комбинированного взаимодействия двух элементов – *usus* и *opinio juris*. Вопрос о наличии обоих этих элементов применительно к стандартам «справедливого режима» и «безопасности» требует отдельного рассмотрения. Для того чтобы повторяющаяся практика соглашений относительно данных стандартов могла рассматриваться в качестве международного обычая (обыкновения), побуждающего каждое государство обеспечивать определенный режим иностранным капиталовложениям вне зависимости от наличия договора с тем или иным государством и, тем самым, создающего предпосылки для создания обычной нормы международного права, необходимо, чтобы между государствами существовал консенсус относительно того, каково содержание данного обычая (обыкновения). Иными словами: важно не только то, что государства включают в договоры схожие по содержанию положения, но и то, какой они вкладывают в это смысл. Без соответствующего консенсуса (хотя бы по наиболее принципиальным аспектам) никакой обычай существовать не может. При этом анализ арбитражной практики, затрагивающей вопросы толкования стандартов «справедливого режима» и «безопасности» (Главы II и III настоящей диссертации), позволяет сделать вывод о том, что дискуссия об объеме и элементах, составляющих содержание данных стандартов, еще далека от завершения, т.е. вопрос о содержании стандартов в настоящее время не может считаться в достаточной мере разрешенным. Более того, каждое новое арбитражное разбирательство в том или ином объеме изменяет и дополняет представления о содержании и применимости тех или иных элементов.

Тем не менее, если предположить, что обыкновение, в соответствии с которым государства стремятся обеспечивать «справедливый режим» и «безопасность» любым иностранным капиталовложениям, все-таки сформировалось (что так или иначе подтверждается множеством договоров, содержащих схожие положения по данному вопросу), для констатации возникновения обычно-правовой нормы было бы также необходимо удостовериться в наличии убежденности государств в правомерности и необходимости следования такому обыкновению как юридически обязательному правилу (*opinio juris*).

Установление *opinio juris* в рассматриваемом примере представляется существенно более сложной задачей, нежели выявление сложившейся практики. Данная задача усложняется, прежде всего, тем, что сама суть правоотношений в рамках инвестиционных соглашений предполагает, что они будут исполняться, в первую очередь, во взаимодействии между принимающим государством (т.е. сувереном) и частным лицом. Таким образом, исполнение обязательств выражается, в первую очередь, не в действиях (или воздержании от действий) государств по отношению друг к другу, а в их действиях (или воздержании от действий) по отношению к иностранным физическим или юридическим лицам, осуществляющим капиталовложения на территории принимающего государства и, соответственно, в рамках его юрисдикции. Такие отношения характеризуются неравенством их участников, строгой подчиненностью деятельности иностранного инвестора требованиям законодательства принимающего государства и отсутствием у инвестора возможности прямо участвовать в формировании такого законодательства.

В рамках данной конструкции не представляется в полной мере возможным удостовериться в том, были ли те или иные действия государства в лице его органов, прямо или косвенно относящиеся к деятельности иностранного инвестора, продиктованы стремлением государства следовать некой (обычно-правовой) норме или же они совершаются просто в порядке реализации властных полномочий государства (речь может идти о принятии нового закона,

административного или судебного акта и т.п.). Обращаясь к разъяснению Международного Суда ООН в приведенном выше примере дела о континентальном шельфе в Северном море 1969 г., неясно, совершая такие действия, сообразует ли государство их с тем, что, по его мнению, соответствует юридическому (международно-правовому) обязательству («The States concerned must therefore feel that they are conforming to what amounts to a legal obligation»[332]).

В свете вышеизложенного логичным представляется вывод арбитража в деле «ADF Group Inc.» против США 2003 г.: «Мы не убеждены в том, что Инвестор обосновал существование в действующем международном обычном праве общего и обособленного требования (т.е. вытекающего из специфических правил, относящихся к конкретным ограниченным контекстам) предоставлять справедливый и равноправный режим и полную защиту и безопасность иностранным капиталовложениям. Инвестор, к примеру, не обосновал того, что такое требование было включено в содержание современного международного обычного права многими сотнями двусторонних инвестиционных договоров, существующих в настоящее время. Можно предполагать, что ни последовательная государственная практика, ни судебная или арбитражная практика в их нынешнем состоянии не предоставляют убедительного обоснования (равно как и опровержения) позиции Инвестора»[333].

В контексте стандарта «справедливого режима» Р. Клагер упоминает различные точки зрения относительно того, каким образом может быть преодолена проблема подтверждения *opinio juris* для признания существования обычно-правовых норм, составляющих содержание стандарта. Эти позиции варьируются от предположения о том, феномен двусторонних инвестиционных договоров, получивших столь широкое распространение в современном мире, требует пересмотра традиционного понимания механизмов нормообразования в международном праве, до утверждения о том, что сам факт заключения настолько

[332] North Sea Continental Shelf Case. Federal Republic of Germany v. Denmark; Federal Republic of Germany v. Netherlands (Judgment of 20 February 1969) // ICJ Reports, 1969. Para 77.
[333] ADF Group Inc. v. United States of America, ICSID Case No. ARB(AF)/00/1 (Award of 9 January 2003) // ICSID Review – Foreign Investment Law Journal, Vol. 18, 2003. Para 183.

большого количества инвестиционных договоров может рассматриваться как *opinio juris*[334]. Как отмечает Б. Кишоян, двусторонние инвестиционные договоры «служат постепенной кристализации международного обычного права, которое, в конечном итоге, может полностью перетечь в договорное право»[335].

Для целей настоящего исследования не будем отдельно останавливаться на каждой из обозначенных позиций и не видим необходимости в целенаправленном поиске аргументов для обоснования существования международно-правового обычая «справедливого режима» и «безопасности» иностранных инвестиций.

Принимая во внимание вышеизложенное, можно прийти к выводу о том, что стандарты «справедливого режима» и «безопасности», вероятно, являются не более чем договорными положениями, содержание которых необходимо устанавливать отдельно в каждом случае, применяя правила Венской конвенции о праве международных договоров 1969 г.

Однако некоторые юристы предлагают иной (альтернативный) подход, в соответствии с которым стандарты рассматриваются не в качестве обособленных обычно-правовых норм, но в качестве договорной формы отражения обычных норм международного права, составляющих международный минимальный стандарт. Так, согласно наблюдениям известного канадского правоведа Д.К. Томаса при согласовании инвестиционных соглашений государства усматривают «очевидную связь между постоянной (или полной) защитой и безопасностью, справедливым и равноправным режимом и международным минимальным стандартом согласно общему международному праву. Предшествующие рассматривались в качестве отражения последнего»[336]. Рассмотрим данную позицию более подробно.

---

[334] R. Kläger. 'Fair and Equitable Treatment' in International Investment Law. – Cambridge: Cambridge University Press, 2013. P. 268.

[335] B. Kishoiyian. The Utility of Bilateral Investment Treaties in the Formulation of Customary International Law // Northwestern Journal of International Law & Business, No. 14(2), 1993. P. 374.

[336] Thomas J.C. Reflections on Article 1105 of NAFTA: History, State Practice and the Influence of Commentators // ICSID Review – Foreign Investment Law Journal, Vol. 17(1), 2002. P. 50.

§ 4.3 Стандарты «справедливого режима» и «безопасности» в качестве договорного отражения международного минимального стандарта

Концепция международного минимального стандарта получила развитие в условиях глобализации мировой экономики на рубеже XIX и XX веков в ответ на возрастающую необходимость обеспечить безопасность и приемлемые условия трансграничного движения капиталов (данный вопрос подробно рассматривался в параграфе § 1.3 диссертации).

В основе концепции лежит идея о том, что вопросы защиты иностранных инвестиций относятся, в первую очередь, к сфере международно-правового (а не национально-правового) регулирования. Эта идея была естественным образом принята государствами-экспортерами капитала, стремящимися обеспечить безопасность собственных инвестиций за рубежом, и неизбежно вступала в противоречие с интересами принимающих инвестиции государств. Последним исторически всегда были близки идеи К. Кальво, в основе которых лежал принцип абсолютного равенства резидентов и нерезидентов, что предполагало преобладающую роль национального права в регулировании иностранных инвестиций.

Доктрина Кальво и в настоящее время сохраняет свою актуальность, в особенности для стран, являющихся преимущественно реципиентами иностранных инвестиций. Они, как правило, чаще выступают в качестве ответчиков по международных инвестиционным спорам и в большей степени склонны минимизировать роль международного права в регулировании иностранных инвестиций. В определенной степени это относится и к Российской Федерации.

Однако события XX века и, в частности, его первой четверти (революции в России и Мексике) продемонстрировали, что доктрина Кальво не способна в полной мере обеспечивать справедливый баланс интересов государств с различным политическим устройством и уровнем экономического развития. Таким образом, учитывая интересы разных участников международных экономических отношений, было бы правомерно утверждение о том, что в

регулировании иностранных инвестиций приоритет национального права над международным и наоборот – международного права над национальным, не оправдан. Как отмечает А.Г. Богатырев, приоритет одного над другим ведет к диктату экономически сильной стороны в конкретном правоотношении[337].

Исходя из данного посыла и не отрицая роли национального права в регулировании иностранных инвестиций, нельзя не согласиться с тем, что вопросы защиты иностранных инвестиций в равной степени подпадают и под регулирование международного права. В данном контексте концепция международного минимального стандарта представляется необходимым инструментом, призванным обеспечить минимальный уровень защиты иностранных инвестиций, который должен обеспечиваться принимающим государством вне зависимости от особенностей его законодательства.

Как следствие, возникает закономерный вопрос о соотношении международного минимального стандарта и стандартов «справедливого режима» и «безопасности». Данный вопрос усложняется, прежде всего, тем, что содержание указанных стандартов по настоящее время остается предметом дискуссии.

Рассуждая о международном минимальном стандарте, К. Яннака-Смолл характеризует его как требование в соответствии с международным правом, устанавливающее минимальный набор принципов, регулирующих обращение с иностранцами. Она подчеркивает, что данные принципы должны уважаться государствами вне зависимости от того, как они обращаются с собственными гражданами, в то время как обычное право устанавливает ответственность государств за нарушение этих принципов после того, как местные средства правовой защиты буду исчерпаны иностранным лицом[338]. Возвращаясь к определению стандарта, данному общей комиссией по претензиям между США и Мексикой по делу «Neer & Neer» против Мексики в 1926 г., можно сформулировать суть этих принципов: недопустимость настолько

[337] Богатырев А.Г. Государственно-правовой механизм регулирования инвестиционных отношений (вопросы теории). Автреф. дис. д-ра наук. М., 1996. С. 24.
[338] C. Yannaca-Small. Fair and Equitable Treatment Standard in International Investment Law. P. 8.

возмутительного, недобросовестного, намеренного нарушения обязательств или недостаточности действий, которая была бы настолько ниже международных стандартов, что любое разумное и беспристрастное лицо признало бы такую недостаточность[339].

Данная характеристика позволяет определить общие рамки и направление действия международного минимального стандарта, однако носит слишком широкий (обобщающий) характер, что затрудняет его практическое применение. Кроме того, она устанавливает действительно «минимальный» уровень защиты, т.е. нацелена против наиболее существенных (грубых) нарушений прав иностранного инвестора. Вероятно, это и является одной из причин того, что отдельные государства, включая Российскую Федерацию, заявляли в рамках арбитражных разбирательств, что стандарты «справедливого режима» и «безопасности» ограничиваются содержанием международного минимального стандарта в соответствии с его определением, данным по делу «Neer» (например, дело «Saluka Investments B.V. (The Netherlands)» против Чешской Республики 2006 г.[340], «Hulley Enterprises Limited», «Yukos Universal Limited» и «Veteran Petroleum Limited» против Российской Федерации 2014 г. [341]).

Иные идут дальше. Так, типовой двусторонний инвестиционный договор США 2012 г. предусматривает прямую отсылку к международному минимальному стандарту. Статья 5 договора, предусматривающая стандарты «справедливого режима» и «безопасности», озаглавлена: «Minimum Standard of Treatment» (т.е. «Минимальный стандарт обращения»). Пункт 1 указанной статьи гласит: «Каждая сторона обеспечивает инвестициям обращение в соответствии с обычным международным правом, включая справедливый и равноправный режим и полную защиту и безопасность». Для большей ясности во втором пункте

---

[339] См.: Neer & Neer v. Mexico (Opinion of October 15, 1926). P. 556.

[340] Saluka Investments B.V. (The Netherlands) v. The Czech Republic, UNCITRAL (Partial Award of 17 March 2006). Para 290.

[341] Hulley Enterprises Limited (Cyprus) v. The Russian Federation, Permanent Court of Arbitration, PCA Case No. AA 226 (Final Award of 18 July 2014). Para 1501; Yukos Universal Limited (Isle of Man) v. The Russian Federation, Permanent Court of Arbitration, PCA Case No. AA 227 (Final Award of 18 July 2014). Para 1501; Veteran Petroleum Limited (Cyprus) v. The Russian Federation, Permanent Court of Arbitration, PCA Case No. AA 228 (Final Award of 18 July 2014). Para 1501.

статьи 5 указывается на то, что данные стандарты не предполагают такого обращения с иностранными инвестициями, которое выходило бы за пределы того, что предусмотрено международным минимальным стандартом. Аналогичные положения закреплены в статье 5 канадского типового ДИД 2004 г.[342] и статье 1105 НАФТА. Данная логика предполагает, что стандарты «справедливого режима» и «безопасности» являются скорее элементами, нежели эквивалентом международного минимального стандарта.

Само тяготение к обычаю как основному источнику международного права (как в приведенных выше примерах) характерно государствам, исторически выступавшим в качестве экспортеров капитала. По данному вопросу интересна оценка Г.И. Тункина, сохраняющая свою актуальность по настоящее время: «Буржуазная международно-правовая доктрина все еще придерживается в основном старой концепции о главенствующей роли обычая. С помощью этой концепции капиталистические государства нередко пытаются отстоять выгодные им старые, в большинстве случаев обычные нормы международного права, созданные этими государствами в период господства в мире капиталистической системы»[343].

Иные правоведы, комментируя формулировки стандартов «справедливого режима» и «безопасности», приходят к выводу о том, что эти стандарты должны анализироваться независимо, т.е. без привязки к международному минимальному стандарту. Действительно возникает разумный вопрос: есть ли необходимость предусматривать в соглашениях специальные стандарты защиты иностранных инвестиций, если они ограничиваются обычно-правовым минимальным стандартом? Так, комментируя стандарт «справедливого режима» в инвестиционных договорах с участием Великобритании, Манн приходит к выводу, что «понятие 'справедливый и равноправный режим' предполагает поведение, выходящее далеко за пределы минимального стандарта»[344].

---

[342] Canadian Model Bilateral Investment Treaty (2004) // Investment Treaty Arbitration. [Electronic resource]. – Mode of access: <http://www.italaw.com/documents/Canadian2004-FIPA-model-en.pdf>.
[343] Г.И. Тункин. Теория международного права [под общей ред. Л. Н. Шестакова]. С. 120.
[344] F.A. Mann. British Treaties for the Promotion and Protection of Investments. P. 241.

В качестве компромисса некоторые юристы предлагают альтернативный подход, в соответствии с которым толкование стандартов относительно международного минимального стандарта должно осуществляться в зависимости от особенностей конкретных формулировок договора: если формулировки прямо отсылают к минимальному стандарту (как в договорах США и Канады), стандарты должны толковаться соответственно; если такой отсылки нет – стандарты предполагают иной (вероятно, даже более высокий) уровень защиты, чем тот, что предполагается минимальным стандартом[345]. Вместе с тем необходимо иметь в виду, что сам минимальный стандарт также развивается, и его содержание сегодня может отличаться (например, быть более широким) от того, что было в эпоху дела «Neer»[346].

Показательным примером такого толкования является дело «Azurix Corp.» против Аргентины 2009 г., в рамках которого арбитраж, в частности, анализировал стандарты «справедливого режима» и «безопасности», содержащиеся в инвестиционном договоре между США и Аргентиной 1991 г.[347] Соответствующие положения договора требовали, чтобы инвестициям обеспечивался справедливый и равноправный режим, а также полная защита и безопасность и одновременно чтобы этот режим не был хуже, чем тот, что должен обеспечиваться в соответствии с общим международным правом[348]. Арбитраж пришел к выводу, что стандарты, как они были сформулированы в договоре, предусматривали более высокий уровень защиты инвестиций, чем предусмотрен общим международным правом. Данный вывод был сделан со ссылкой на статью 31 Венской конвенции о праве международных договоров 1969 г., требующую при толковании договора руководствоваться обычным значением, которое следует придать терминам в их контексте, а также в свете объекта и целей договора[349]. Оценивая значение отсылки к общему международному праву в

[345] C. F. Dugan, D. Wallace Jr., N. D. Rubins, B. Sabahi. Investor-State Arbitration. P. 496.
[346] Ibid.
[347] Para 2(a) of Art.II of the Treaty between United States of America and the Argentine Republic concerning the Reciprocal Encouragement and Protection of Investment (14 November 1991).
[348] Ibid.
[349] Azurix Corp. v. Argentine Republic, ICSID Case No. ARB/01/12 (Award of 14 July 2006). Para 359.

статье II ДИД между США и Аргентиной, арбитраж отметил: «Целью третьего предложения является установление нижнего, а не верхнего порога для того, чтобы избежать возможного толкования соответствующих стандартов ниже, чем требуется в соответствии с общим международным правом»[350].

Принимая во внимание тот факт, что дискуссия о содержании стандартов «справедливого режима» и «безопасности» еще далека от завершения, подход арбитража в деле «Azurix» представляется обоснованным. Резюмируя вышесказанное, необходимо констатировать, что присвоение стандартам статуса обособленных норм международного обычного права, равно как и утверждение о том, что они являются не более, чем отражением международного минимального стандарта, представляются преждевременными.

В данном случае показателен пример типового ДИД США 2012 г., демонстрирующий намерение Соединенных Штатов уточнить содержание стандартов в договоре так, чтобы никаких сомнений относительно их содержания не возникало. Для этого США описывают стандарты, максимально детализируя их. Так, пункт 2(a) статьи 5 типового ДИД устанавливает, что «стандарт "справедливого и равноправного режима" включает в себя обязательство не отказывать в отправлении правосудия в рамках уголовного, гражданского и административного производства в соответствии с принципом обеспечения надлежащей правовой процедуры, интегрированным в основные правовые системы в мире». Данная формулировка перекликается с концепцией отказа в отправлении правосудия (англ.: «denial of justice»), подробно рассмотренном в Главе II диссертации.

Пункт 2(b) статьи 5 типового ДИД устанавливает, что «стандарт "полной защиты и безопасности" обязывает каждую Сторону обеспечивать уровень полицейской защиты в соответствии с требованиями обычного международного права». Данная формулировка существенно сужает объем стандарта в сравнении толкованиями, рассмотренными в Главе III диссертации (например, она полностью исключает вопросы правовой защиты и ограничивает содержание

[350] Ibid. Para 361.

стандарта обязанностью государства выполнять функции по поддержанию правопорядка в пределах компетенции органов полиции).

Подход Соединенных Штатов (в части связывания стандартов с международным минимальным стандартом) может быть раскритикован ввиду того, что он ограничивает развитие стандартов, лишая их самостоятельности и, вероятно, лишая соответствующие положения договоров какой-либо оригинальности. Тем не менее, несмотря на то, что он может быть охарактеризован как ограничительный, он (в части детализации содержания стандартов), вероятно, предпочтителен с точки зрения практики разрешения споров, так как позволяет сделать результаты рассмотрения стандартов арбитражем более предсказуемыми, а также обеспечить их применение в соответствии с прямо выраженным намерением договаривающихся государств.

Данный подход (в части уточнения и детализации положений договоров), безусловно, заслуживает внимания и в целях повышения уровня российской договорной практики. Как указывалось в первой главе диссертации, российские инвестиционные договоры, как правило, ограничиваются отсылкой к стандартам «справедливого режима» и «безопасности», оставляя вопросы их толкования исключительно на усмотрение арбитража. Соответствующие статьи договоров в большинстве случаев сформулированы настолько просто и лаконично, что, как отмечает И.В. Рачков, «кажется, они содержат лишь политические декларации или отвлеченные философские категории, а не юридические обязательства государств»[351]. Он также высказывает предположение, что "излишняя краткость в ДИДах России не помогает ей успешно противостоять иностранным инвесторам в международных инвестиционных арбитражах", и приводит пример США как самого успешного государства по результатам участия в международных инвестиционных арбитражных разбирательствах, отмечая «казуистичность» договоров с участием США, позволяющую детально регулировать «поведение

[351] И.В. Рачков. Применение двусторонних инвестиционных договоров российскими судами // Международное правосудие, № 3 (15) 2015. Разд. 15 (Выводы).

инвестора и государства, их взаимные права и обязанности и ответственность за неисполнение таковых»[352].

Некоторые правоведы отмечают, что, несмотря на то, что в целом дискуссия о правовой природе стандартов и их отношении к минимальному стандарту трудноразрешима, «практических различий между стандартом справедливого и равноправного режима и обычно-правовым минимальным стандартом применительно к большинству фактических ситуаций нет»[353]. Так, комментируя стандарт «справедливого режима» и международный минимальный стандарт, арбитраж по делу «Saluka» пришел к выводу, что разница между ними «скорее кажущаяся, чем настоящая»[354].

Завершая, стоит отметить, что приравнивание стандартов «справедливого режима» и «безопасности» к международному минимальному стандарту с учетом сформированной к настоящему времени практики и научной доктрины выглядит не более убедительным, чем утверждение о том, что эти стандарты являются обособленными нормами международного обычного права.

[352] Там же.
[353] C. F. Dugan, D. Wallace Jr., N. D. Rubins, B. Sabahi. Investor-State Arbitration. P. 499.
[354] Saluka Investments B.V. (The Netherlands) v. The Czech Republic, UNCITRAL (Partial Award of 17 March 2006). Para 291.

Заключение

Резюмируя рассмотрение стандартов «справедливого режима» и «безопасности» иностранных инвестиций, представляется целесообразным остановиться на следующих утверждениях:

1. В эпоху глобализации международных экономических отношений возрастает роль иностранных инвестиций как одного из важных факторов развития национальных экономик, что обусловливает стремительный рост количества заключаемых международных инвестиционных соглашений. Подавляющее большинство таких соглашений, включая соглашения с участием Российской Федерации, предусматривают стандарты «справедливого режима» и «безопасности». Указанные стандарты могут рассматриваться в качестве характерных (неотъемлемых) составляющих таких соглашений, что повышает актуальность изучения их теоретических основ в контексте практических задач, которые решаются Правительством Российской Федерации при заключении международных инвестиционных соглашений, а также при разрешении международных инвестиционных споров. Актуальность изучения стандартов возрастает и для российских инвесторов, осуществляющих инвестиции за рубежом.

2. С точки зрения правовой природы стандарты «справедливого режима» и «безопасности» представляют собой договорные нормы международного права, получившие значительное распространение в двусторонних и многосторонних инвестиционных соглашениях. Правовой режим, устанавливаемый посредством указанных стандартов, предполагает обязательство принимающего инвестиции государства обеспечить определенный (минимальный) уровень защиты иностранных капиталовложений и надлежащего обращения с ними. Данный режим не зависит напрямую от того, как государство обращается с собственными гражданами и юридическими лицами или гражданами и юридическими лицами других (третьих) государств.

3. Стандарты «справедливого режима» и «безопасности» имеют сходство друг с другом, что обусловлено их общей нацеленностью на обеспечение

благоприятного режима иностранных капиталовложений и защиты таких капиталовложений от неправомерного вмешательства со стороны государства или третьих лиц. Однако содержание данных стандартов различно, что подтверждается не только их толкованиями на уровне теоретической дискуссии, но и практикой их применения в рамках международных судебных и арбитражных разбирательств.

4. Анализ решений международных судов и арбитражей по вопросам толкования стандартов «справедливого режима» и «безопасности» позволяет сделать вывод о том, что практика разрешения международных инвестиционных споров сформулировала определенный перечень элементов (норм), формирующих содержание стандартов. Без понимания сути этих элементов невозможно эффективное решение практических задач (в частности, задач по успешному разрешению споров).

5. Содержание стандарта «справедливого режима» включает следующие структурные элементы (нормы):

– элементы, формирующие инвестиционный режим: обязанность уважать обоснованные ожидания инвестора (англ.: «investor's legitimate expectations»), обязанность обеспечивать стабильность и прозрачность правового регулирования иностранных инвестиций, обязанность выполнять контрактные обязательства, обязанность действовать добросовестно;

– элементы, относящиеся к неправомерным действиям: обязанность воздерживаться от неоправданного и неправомерного обращения (англ.: «arbitrary and abusive treatment»), обязанность воздерживаться от проявлений дискриминации, принуждения (англ.: «coercion»), оказания давления (англ.: «duress») и домогательства (англ.: «harassment»);

элементы, относящиеся к процессуальным вопросам: обязанность обеспечивать надлежащую правовую процедуру (англ.: «due process») и не допускать отказа в отправлении правосудия (англ.: «denial of justice»).

6. Стандарт «безопасности» охватывает, в первую очередь, вопросы защиты иностранного инвестора и его капиталовложений от вмешательства физического

характера (т.е. от причинения непосредственного физического вреда личности или имуществу иностранного инвестора). Такой вред может быть нанесен 1) действиями полиции, армии и иных правительственных сил, а также 2) действиями нарушителей общественного порядка, незаконных вооруженных формирований и иных третьих лиц.

Расширительное толкование стандарта «безопасности», в соответствии с которым он может обеспечивать защиту также от вмешательства или воздействия нефизического характера (что может выражаться в ненадлежащей правоприменительной практике или негативных изменениях законодательства), концептуально допустимо.

7. Характеризуя структурное содержание стандартов «справедливого режима» и «безопасности», важно отметить, что избыточно широкое их толкование должно избегаться. Такое толкование может наносить неоправданный ущерб принимающему инвестиции государству. Так, обязательство государства обеспечить стабильный правовой режим, возведенное на уровень международно-правовой нормы, в его крайних проявлениях способно существенно ограничивать суверенитет государства, лишая его фактической возможности выстраивать внутренний правопорядок по своему усмотрению.

8. Стандарты «справедливого режима» и «безопасности» имеют сходство с обычно-правовой концепцией международного минимального стандарта, что послужило одной из причин дискуссии о правовой природе стандартов и их взаимосвязанности с обычными нормами международного права по вопросам поощрения и защиты иностранных капиталовложений. Анализ юридической литературы, а также международной судебной и арбитражной практики позволяет сделать вывод о том, что утверждения об обычно-правовой природе стандартов (в частности, утверждения о том, что стандарты являются договорным отражением существующего международно-правового обычая (т.е. международного минимального стандарта) или же могли трансформироваться в новый международно-правовой обычай) не находят достаточного подтверждения.

9. Для решения практических задач, связанных с толкованием стандартов «справедливого режима» и «безопасности» при разрешении международных инвестиционных споров, представляется целесообразным подход, в соответствии с которым стандарты должны толковаться в качестве договорных норм, содержание которых должно устанавливаться в соответствии с обычным значением, которое следует придать терминам в их контексте, а также в свете объекта и целей договора. Прямое указание в договоре на то, что содержание стандартов ограничено содержанием (или эквивалентно содержанию) международного минимального стандарта, может являться основанием для того, чтобы рассматривать их в качестве составных элементов или эквивалента международного минимального стандарта для целей толкования конкретного договора.

10. В целях повышения качества российской практики заключения международных инвестиционных соглашений представляется целесообразным подход, в соответствии с которым содержание стандартов «справедливого режима» и «безопасности» должно детализироваться непосредственно в тексте соглашения (как например, в НАФТА и двусторонних инвестиционных договорах с участием США и Канады). Такой подход позволил бы ограничить возможные интерпретации указанных стандартов и придать более предсказуемый характер результатам рассмотрения споров с иностранными инвесторами.

Библиографический список

I. Официальные документы на русском языке:

1) Венская конвенция о праве международных договоров (23 мая 1969 г.). [Электронный ресурс]. – Режим доступа: СПС «Консультант Плюс».

2) Гражданский кодекс Российской Федерации (часть первая). [Электронный ресурс]. – Режим доступа: СПС «Консультант Плюс».

3) Договор к Энергетической хартии (Лиссабон, 17 декабря 1994 г.). [Электронный ресурс]. – Режим доступа: СПС «Консультант Плюс».

4) Договор Союза Советских Социалистических Республик и Федеративной Республики Германии о содействии осуществлению и взаимной защите капиталовложений (Бонн, 13 июня 1989 г.). [Электронный ресурс]. – Режим доступа: СПС «ГАРАНТ».

5) Сеульская конвенция об учреждении Многостороннего агентства по гарантиям инвестиций (11 октября 1985 г.). [Электронный ресурс]. – Режим доступа: СПС «ГАРАНТ».

6) Соглашение между Правительством Российской Федерации и Правительством Венгерской Республики о поощрении и взаимной защите капиталовложений (Москва, 6 марта 1995 г.). [Электронный ресурс]. – Режим доступа: СПС «ГАРАНТ».

7) Соглашение между Правительством Российской Федерации и Правительством Государства Катар о поощрении и взаимной защите капиталовложений (Доха, 12 февраля 2007 г.). [Электронный ресурс]. – Режим доступа: СПС «ГАРАНТ».

8) Соглашение между Правительством Российской Федерации и Правительством Итальянской Республики о поощрении и взаимной защите капиталовложений (Рим, 9 апреля 1996 г.). [Электронный ресурс]. – Режим доступа: СПС «ГАРАНТ».

9) Соглашение между Правительством Российской Федерации и Правительством Республики Армения о поощрении и взаимной защите

капиталовложений (Ереван, 15 сентября 2001 г.). [Электронный ресурс]. – Режим доступа: СПС «ГАРАНТ».

10) Соглашение между Правительством Российской Федерации и Правительством Республики Индии о поощрении и взаимной защите капиталовложений (Нью-Дели, 23 декабря 1994 г.). [Электронный ресурс]. – Режим доступа: СПС «ГАРАНТ».

11) Соглашение между Правительством Российской Федерации и Правительством Республики Индонезии о поощрении и защите капиталовложений (Джакарта, 6 сентября 2007 г.). [Электронный ресурс]. – Режим доступа: СПС «ГАРАНТ».

12) Соглашение между Правительством Российской Федерации и Правительством Республики Казахстан о поощрении и взаимной защите инвестиций (Москва, 6 июля 1998 г.). [Электронный ресурс]. – Режим доступа: СПС «ГАРАНТ».

13) Соглашение между Правительством Российской Федерации и Правительством Республики Куба о поощрении и взаимной защите капиталовложений (Москва, 7 июля 1993 г.). [Электронный ресурс]. – Режим доступа: СПС «ГАРАНТ».

14) Соглашение между Правительством Российской Федерации и Правительством Республики Польша о поощрении и взаимной защите капиталовложений (Варшава, 2 октября 1992 г.). [Электронный ресурс]. – Режим доступа: СПС «ГАРАНТ».

15) Соглашение между Правительством Российской Федерации и Правительством Японии о поощрении и защите капиталовложений (Москва, 13 ноября 1998 г.). [Электронный ресурс]. – Режим доступа: СПС «ГАРАНТ».

16) Соглашение о поощрении и взаимной защите капиталовложений между Союзом Советских Социалистических Республик и Королевством Нидерландов (Москва, 5 октября 1989 г.). [Электронный ресурс]. – Режим доступа: СПС «ГАРАНТ».

17) Соглашение между Правительством Союза Советских Социалистических Республик и Правительством Канады о поощрении и взаимной защите капиталовложений (Москва, 20 ноября 1989 г.). [Электронный ресурс]. – Режим доступа: СПС «ГАРАНТ».

18) Соглашение между Правительством Союза Советских Социалистических Республик и Правительством Соединенного Королевства Великобритании и Северной Ирландии о поощрении и взаимной защите капиталовложений (Лондон, 6 апреля 1989 г.). [Электронный ресурс]. – Режим доступа: СПС «ГАРАНТ».

19) Соглашение между Правительством Союза Советских Социалистических Республик и Правительством Французской Республики о поощрении и взаимной защите капиталовложений (Париж, 4 июля 1989 г.). [Электронный ресурс]. – Режим доступа: СПС «ГАРАНТ».

20) Статут Международного Суда Организации Объединенных Наций // Организация Объединенных Наций. [Электронный ресурс]. – Режим доступа: <http://www.un.org/ru/icj/statut.shtml>.

21) Типовое соглашение между Правительством Российской Федерации и правительствами иностранных государств о поощрении и взаимной защите капиталовложений, утвержденное Постановлением Правительства РФ N 456 "О заключении соглашений между Правительством Российской Федерации и правительствами иностранных государств о поощрении и взаимной защите капиталовложений" от 9 июня 2001 г. [Электронный ресурс]. – Режим доступа: СПС «ГАРАНТ».

22) Федеральный закон № 160-ФЗ «Об иностранных инвестициях в Российской Федерации» от 9 июля 1999 г. [Электронный ресурс]. – Режим доступа: СПС «Консультант Плюс».

23) Федеральный закон № 42-ФЗ "О внесении изменений в часть первую Гражданского кодекса Российской Федерации" от 8 марта 2015 г. [Электронный ресурс]. – Режим доступа: СПС «Консультант Плюс».

24) Хартия экономических прав и обязанностей государств (принята резолюцией № 3281 (XXIX) Генеральной Ассамблеи ООН от 12 декабря 1974 г.) // Организация Объединенных Наций. [Электронный ресурс]. – Режим доступа: <http://www.un.org/ru/documents/decl_conv/conventions/rights_and_duties.shtml>.

II. Официальные документы на английском языке:

25) Agreement between the Government of the Kingdom of Norway and the Government of the Republic of Lithuania on the Promotion and Mutual Protection of Investments (Vilnius, 16 August 1992) // UNCTAD. [Electronic resource]. – Mode of access: <http://investmentpolicyhub.unctad.org/Download/TreatyFile/1917>.

26) Agreement between the Government of the United Kingdom of Great Britain and Northern Ireland and the Government of the Republic of Argentina for the Promotion and Protection of Investments (London, 11 December 1990) // UNCTAD. [Electronic resource]. – Mode of access: <http://investmentpolicyhub.unctad.org/Download/TreatyFile/126>.

27) Agreement between the Government of the United Kingdom of Great Britain and Northern Ireland and the Government of the Socialist Republic of Vietnam for the Promotion and Protection of Investments (Hanoi, 1 August 2002) // UNCTAD. [Electronic resource]. – Mode of access: <http://investmentpolicyhub.unctad.org/Download/TreatyFile/2376>.

28) Agreement between the Government of the United Kingdom of Great Britain and Northern Ireland and the Government of the Union of Soviet Socialist Republics for the Promotion and Reciprocal Protection of Investments (London, 6 April 1989) // UNCTAD. [Electronic resource]. – Mode of access: <http://investmentpolicyhub.unctad.org/Download/TreatyFile/2235>.

29) Agreement on Encouragement and Reciprocal Protection of Investments between the Kingdom of The Netherlands and the Czech and Slovak Federal Republic (29 April 1991) // UNCTAD. [Electronic resource]. – Mode of access: <http://investmentpolicyhub.unctad.org/Download/TreatyFile/2080>.

30) Argentina's Public Emergency and Exchange Regime Reform Act No. 25.561 (6 January 2002, Executive Order No. 50/2002) // Lex Universal. [Electronic resource]. – Mode of access: <http://lexuniversal.com/en/articles/913>.

31) Australia New Zealand Closer Economic Relations Trade Agreement (28 March 1983) // Department of Foreign Affairs and Trade. Australian Government. [Electronic resource]. – Mode of access: <http://dfat.gov.au/trade/agreements/anzcerta/Documents/anzcerta1.pdf>.

32) Canadian Model Bilateral Investment Treaty (2004) // Investment Treaty Arbitration. [Electronic resource]. – Mode of access: <http://www.italaw.com/documents/Canadian2004-FIPA-model-en.pdf>.

33) Draft Convention on Investments Abroad (Abs-Shawcross Draft Convention) (April 1959) // International Arbitration Attorney Network. [Electronic resource]. – Mode of access: <https://www.international-arbitration-attorney.com/wp-content/uploads/137-volume-5.pdf>.

34) Draft Convention on the Protection of Foreign Property (12 October 1967) // Organisation for Economic Co-operation and Development. [Electronic resource]. – Mode of access: <http://www.oecd.org/investment/internationalinvestmentagreements/39286571.pdf>.

35) Energy Charter Treaty (Lisbon, 17 December 1994). [Electronic resource]. – Mode of access: <http://www.energycharter.org/fileadmin/DocumentsMedia/Legal/ECTC-en.pdf>.

36) Havana Charter for an International Trade Organization. Final Act of the United Nations Conference on Trade and Employment (Held at Havana, Cuba from 21 November 1947 to 24 March 1948) // World Trade Organization. [Electronic resource]. – Mode of access: <https://www.wto.org/english/docs_e/legal_e/havana_e.pdf>.

37) Iran's Foreign Investment Promotion and Protection Act (10 March 2002) // The British Iranian Chamber of Commerce. [Electronic resource]. – Mode of access: <http://www.bicc.org.uk/downloads/fippa.pdf>.

38) Italian Model Treaty on the Promotion and Protection of Investments (2003). [Electronic resource]. – Mode of access: <http://www.italaw.com/sites/default/files/archive/ITALY%202003%20Model%20BIT%20.pdf>.

39) Law on Foreign Investment in Vietnam (12 November 1996) // Embassy of Vietnam in UK. [Electronic resource]. – Mode of access: <http://www.vietnamembassy.org.uk/chapter1.html>.

40) North American Free Trade Agreement (17 December 1992). [Electronic resource] / Official website of the Organization of American States. – Mode of access: <http://www.sice.oas.org/trade/nafta/naftatce.asp>.

41) Treaty between the United States of America and the Argentine Republic concerning the Reciprocal Encouragement and Protection of Investment (14 November 1991) // U.S. Department of State. [Electronic resource]. – Mode of access: <http://www.state.gov/documents/organization/43475.pdf>.

42) Treaty between the United States of America and the Republic of Turkey Concerning the Reciprocal Encouragement and Protection of Investments (3 December 1985) // U.S. Department of State. [Electronic resource]. – Mode of access: <http://www.state.gov/documents/organization/43615.pdf>.

43) Treaty between the United States of America and the Republic of Zaire concerning the Reciprocal Encouragement and Protection of Investment (Washington, 3 August 1984) // U.S. Department of State. [Electronic resource]. – Mode of access: <http://www.state.gov/documents/organization/43544.pdf>.

44) Treaty of Friendship, Commerce and Navigation between Argentina and the United States (27 July 1853) // Yale Law School. [Electronic resource]. – Mode of access: <http://avalon.law.yale.edu/19th_century/argen02.asp>.

45) Treaty of Friendship, Commerce and Navigation between the United States of America and the Federal Republic of Germany (29 October 1954) // Office of Trade Agreements Negotiation and Compliance. US Department of Commerce. [Electronic resource]. – Mode of access: <http://tcc.export.gov/Trade_Agreements/All_Trade_Agreements/exp_005344.asp>.

46) US Model Bilateral Investment Treaty (2012) // Office of the United States Trade Representative. [Electronic resource]. – Mode of access: <http://www.ustr.gov/sites/default/files/BIT%20text%20for%20ACIEP%20Meeting.pdf >.

47) 11 United States Code § 1129 (2005) // United States Code. Office of the Law Revision Counsel. [Electronic resource]. – Mode of access: <http://uscode.house.gov/view.xhtml?req=granuleid:USC-prelim-title11-section1129&num=0&edition=prelim#effectivedate-amendment-note>.

III. Международные судебные и арбитражные решения:

48) ADF Group Inc. v. United States of America, ICSID Case No. ARB(AF)/00/1 (Award of 9 January 2003) // ICSID Review – Foreign Investment Law Journal, Vol. 18, 2003.

49) Alex Genin, Eastern Credit Limited, Inc. and A.S. Baltoil v. the Republic of Estonia, ICSID Case No. ARB/99/2 (Award of 25 June 2001) // ICSID Review – Foreign Investment Law Journal, Vol. 17, 2002.

50) American Manufacturing & Trading, Inc. v. Republic of Zaire, ICSID Case No. ARB/93/1 (Award of 21 February 1997) // Investment Treaty Arbitration. [Electronic resource]. – Mode of access: <http://www.italaw.com/cases/76>.

51) Asian Agricultural Products Limited v. Democratic Socialist Republic of Sri Lanka, ICSID Case No. ARB/87/3 (Award of 27 June 1990) // ICSID Review – Foreign Investment Law Journal, Vol. 6, 1990.

52) Azurix Corp. v. Argentine Republic, ICSID Case No. ARB/01/12 (Award of 14 July 2006) // ICSID Reports, Vol. 14, 2009.

53) Bayindir Insaat Turizm Ticaret Ve Sanayi A.S. v. Islamic Republic of Pakistan, ICSID Case No. ARB/03/29 (Award of 27 August 2009) // Investment Treaty Arbitration [Electronic resource]. – Mode of access: <http://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/ita0075.pdf>.

54) Case Concerning the Continental Shelf. Libyan Arab Jamahiriya v. Malta (Judgment of 3 June 1985). [Electronic resource] / International Court of Justice. – Mode of access: <http://www.icj-cij.org/docket/files/68/6415.pdf>.

55) Case concerning the Continental Shelf. Tunisia v. Libyan Arab Jamahiriya (Judgment of 24 February 1982). [Electronic resource] / International Court of Justice. – Mode of access: <http://www.icj-cij.org/files/case-related/63/063-19820224-JUD-01-00-EN.pdf>.

56) CME Czech Republic B.V. (The Netherlands) v. The Czech Republic, UNCITRAL (Partial Award of 13 September 2001) // Investment Treaty Arbitration [Electronic resource]. – Mode of access: <http://www.italaw.com/cases/281>.

57) CMS Gas Transmission Company v. Argentine Republic, ICSID Case No. ARB/01/8 (Award of 12 May 2005) // ICSID Reports, Vol. 14, 2009.

58) Desert Line Projects LLC v. The Republic of Yemen, ICSID Case No. ARB/05/17 (Award of 6 February 2008) // Investment Treaty Arbitration [Electronic resource]. – Mode of access: <https://icsid.worldbank.org/ICSID/FrontServlet?requestType=CasesRH&actionVal=showDoc&docId=DC791_En&caseId=C62>.

59) Elettronica Sicula SpA (ELSI) (United States of America v. Italy) (Judgment of 20 July 1989) // ICJ Reports 1989.

60) El Paso Energy International Company v. Argentine Republic, ICSID Case No. ARB/03/15 (Award of 31 October 2011) // Investment Treaty Arbitration. [Electronic resource]. – Mode of access: <http://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/ita0270.pdf>.

61) Enron Creditors Recovery Corporation (formerly Enron Corporation) and Ponderosa Assets, LP v. Argentine Republic, ICSID Case No. ARB/01/3 (Award of 22 May 2007) // Investment Treaty Arbitration. [Electronic resource]. – Mode of access: <http://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/ita0293.pdf>.

62) Fisheries Case. United Kingdom v. Norway (Judgment of 18 December 1951). [Electronic resource] / International Court of Justice. – Mode of access: <http://www.icj-cij.org/docket/files/5/1809.pdf>.

63) GAMI Investments, Inc. v. The United Mexican States, UNCITRAL (Award of 15 November 2004) // Investment Treaty Arbitration. [Electronic resource]. – Mode of access: <http://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/ita0353_0.pdf>.

64) Hulley Enterprises Limited (Cyprus) v. The Russian Federation, Permanent Court of Arbitration, PCA Case No. AA 226 (Final Award of 18 July 2014). [Electronic resource]. – Mode of access: <http://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/italaw3278.pdf>.

65) James & others v UK, ECHR, Application No. 8793/79 (Judgment of 21 February 1986). [Электронный ресурс]. – Режим доступа: <http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-57507#{%22itemid%22:[%22001-57507%22]}>.

66) Jan de Nul N.V. and Dredging International N.V. v. Arab Republic of Egypt, ICSID Case No. ARB/04/13 (Award of 6 November 2008) // Investment Treaty Arbitration. [Electronic resource]. – Mode of access: <http://italaw.com/sites/default/files/case-documents/ita0440.pdf>.

67) LG&E Energy Corp, LG&E Capital Corp. and LG&E International Inc. v. Argentine Republic, ICSID Case No. ARB/02/1 (Decision on Liability of 3 October 2006) // ICSID Review – Foreign Investment Law Journal, Vol. 21, 2006.

68) Maffezini v. Kingdom of Spain, ICSID Case No. ARB/97/7 (Award of 13 November 2000) // ICSID Review – Foreign Investment Law Journal, Vol. 16, 2001.

69) Mavrommatis Palestine Concession Case. Mandatory of Palestine (United Kingdom) v. Greece. 1924, PCIJ Rep. Series A, No.2.

70) Metalclad Corporation v. The United Mexican States, ICSID Case No. ARB(AF)/97/1 (Award of 30 August 2000) // Investment Treaty Arbitration. [Electronic resource]. – Mode of access: <http://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/ita0510.pdf>.

71) Mondev International Ltd. v. United States of America, ICSID Case No. ARB(AF)/99/2 (Award of 11 October 2002) // U.S. Department of State. [Electronic resource]. – Mode of access: <http://www.state.gov/documents/organization/14442.pdf>.

72) MTD Equity Sdn. Bhd. and MTD Chile S.A. v. Republic of Chile, ICSID Case No. ARB/01/7 (Award of 25 May 2004) // Investment Treaty Arbitration [Electronic resource]. – Mode of access: <http://italaw.com/documents/MTD-Award_000.pdf>.

73) MTD Equity Sdn. Bhd. and MTD Chile S.A. v. Republic of Chile, ICSID Case No. ARB/01/7 (Decision on Annulment of 21 March 2007) // Investment Treaty Arbitration [Electronic resource]. – Mode of access: <http://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/ita0546.pdf>.

74) National Grid plc. v. The Argentine Republic, UNCITRAL (Award of 3 November 2008) // Investment Treaty Arbitration. [Electronic resource]. – Mode of access: <http://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/ita0555.pdf>.

75) Neer & Neer v. Mexico (Opinion of October 15, 1926) // American Journal of International Law. – 1927. – Vol. 21 (3).

76) Noble Ventures, Inc. v. Romania, ICSID Case No. ARB/01/11 (Award of 12 October 2005) // Investment Treaty Arbitration. [Electronic resource]. – Mode of access: <http://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/ita0565.pdf>.

77) North Sea Continental Shelf Case. Federal Republic of Germany v. Denmark; Federal Republic of Germany v. Netherlands (Judgment of 20 February 1969) // ICJ Reports, 1969.

78) Occidental Exploration and Production Company v. The Republic of Ecuador, LCIA Case No. UN3467 (Award 1 July 2004) // Investment Treaty Arbitration. [Electronic resource]. – Mode of access: <http://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/ita0571.pdf>.

79) Parkerings-Compagniet A.S. v. Republic of Lithuania, ICSID Case No. ARB/05/8 (Award of 11 September 2007) // Investment Treaty Arbitration. [Electronic resource]. – Mode of access: <http://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/ita0619.pdf>.

80) Plama Consortium Limited v. Republic of Bulgaria, ICSID Case No. ARB/03/24 (Award of 27 August 2008) // Investment Treaty Arbitration [Electronic resource]. – Mode of access: <http://www.italaw.com/cases/857>.

81) Pope & Talbot Inc. v. The Government of Canada, NAFTA (Award on Merits of 10 April 2001) // Investment Treaty Arbitration [Electronic resource]. – Mode of access: <http://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/ita0678.pdf>.

82) Pope & Talbot Inc. v. The Government of Canada, NAFTA (Award on Damages of 31 May 2002) // Investment Treaty Arbitration [Electronic resource]. – Mode of access: <http://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/ita0686.pdf>.

83) PSEG Global Inc. and Konya Ilgin Elektrik Üretim ve Ticaret Limited Sirketi v. Republic of Turkey, ICSID Case No. ARB/02/5 (Award of 19 January 2007) // ICSID. [Electronic resource]. – Mode of access: <https://icsid.worldbank.org/ICSID/FrontServlet?requestType=CasesRH&actionVal=showDoc&docId=DC630_En&caseId=C212>.

84) Rumeli Telekom A.S. and Telsim Mobil Telekomunikasyon Hizmetleri A.S. v. Republic of Kazakhstan, ICSID Case No. ARB/05/16 (Award of 29 July 2008) // Investment Treaty Arbitration. [Electronic resource]. – Mode of access: <http://www.italaw.com/documents/Telsimaward.pdf>.

85) Saluka Investments B.V. (The Netherlands) v. The Czech Republic, UNCITRAL (Partial Award of 17 March 2006) // Investment Treaty Arbitration [Electronic resource]. – Mode of access: <http://italaw.com/sites/default/files/case-documents/ita0740.pdf>.

86) Sempra Energy International v. Argentine Republic, ICSID Case No. ARB/02/16 (Award of 28 September 2007) // ICSID. [Electronic resource]. – Mode of access: <https://icsid.worldbank.org/ICSID/FrontServlet?requestType=CasesRH&actionVal=showDoc&docId=DC694_En&caseId=C8>.

87) Suez, Sociedad General de Aguas de Barcelona S.A., and InterAgua Servicios Integrales del Agua S.A. v. Argentine Republic, ICSID Case No. ARB/03/17 (Decision on Liability of 30 July 2010) // Investment Treaty Arbitration. [Electronic resource]. – Mode of access: <http://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/ita0826.pdf>.

88) Técnicas Medioambientales Tecmed, S.A. v. United Mexican States, ICSID Case No. ARB(AF)/00/2 (Award of 29 May 2003) // Investment Treaty Arbitration. [Electronic resource]. – Mode of access: <http://italaw.com/documents/Tecnicas_001.pdf>.

89) Veteran Petroleum Limited (Cyprus) v. The Russian Federation, Permanent Court of Arbitration, PCA Case No. AA 228 (Final Award of 18 July 2014). [Electronic resource]. – Mode of access: <http://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/italaw3280.pdf>.

90) Waste Management, Inc. v. United Mexican States, UNCITRAL (Award of 30 April 2004) // Investment Treaty Arbitration [Electronic resource]. – Mode of access: <http://www.italaw.com/cases/1158>.

91) Wena Hotels Ltd. v. Arab Republic of Egypt, ICSID Case No. ARB/98/4 (Award of 8 December 2000) // ICSID. [Electronic resource]. – Mode of access: <http://www.italaw.com/cases/1162>.

92) Yukos Universal Limited (Isle of Man) v. The Russian Federation, Permanent Court of Arbitration, PCA Case No. AA 227 (Final Award of 18 July 2014). [Electronic resource]. – Mode of access: <http://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/italaw3279.pdf>.

IV. Учебники, монографии, учебные пособия на русском языке:

93) Богатырев А.Г. Инвестиционное право. – М.: Рос. право, 1992.

94) Богатырев А.Г. Государственно-правовой механизм регулирования инвестиционных отношений (вопросы теории). Автреф. дис. д-ра наук. М., 1996.

95) Богуславский М.М. Иностранные инвестиции: правовое регулирование. – М.: Изд-во «Бек», 1996.

96) Вельяминов Г.М. Международное экономическое право и процесс. Академический курс: учебник. – М.: Волтерс Клувер, 2004.

97) Вылегжанин А.Н. Решения Международного Суда ООН по спорам о разграничении морских пространств. – М.: Юридическая литература, 2004. 222 с.

98) Данельян А.А., Фархутдинов И.З. Международный инвестиционный арбитраж. – М.; СПб.: Центр гуманитарных инициатив, 2013. 356 с.

99) Доронина Н.Г., Семилютина Н.Г. Международное частное право и инвестиции. – М.: Институт законодательства и сравнительного правоведения при Правительстве РФ; Юридическая фирма «Контракт», 2012. 272 с.

100) Исаев М.А. История российского государства и права: учебник / МГИМО (Университет) МИД России. – М.: Статут, 2012. 840 с.

101) Крупко С.И. Инвестиционные споры между государством и иностранным инвестором: учебно-практическое пособие. – М.: БЕК, 2002. 272 с.

102) Лабин Д.К. Международное право по защите и поощрению иностранных инвестиций. – М.: «Волтерс Клувер», 2008. 315 с.

103) Лисица В.Н. Правовое регулирование инвестиционных отношений: теория, законодательство и практика применения: монография. – Новосибирск, 2011. 467 с.

104) Лукашук И.И. Международное право. Общая часть. Т. 1. – М.: Волтерс Клувер, 2005.

105) Международная безопасность и Мировой океан [Отв. ред. Л.А. Иванащенко, Ю.М. Колосов]. – М.: Изд-во Наука, 1982. 303 с.

106) Международное право и международный правопорядок [Отв. ред. Н.А. Ушаков]. – М., 1981.

107) Международное право: учебник для бакалавров [под ред. А. Н. Вылегжанина]. – М.: Изд-во Юрайт, 2012. 904 с.

108) Тункин Г.И. Теория международного права [под общей ред. Л. Н. Шестакова]. М.: ИКД «Зерцало-М», 2015. 416 с.

109) Шумилов В.М. Международное экономическое право: учебник для магистров. 6-е изд., перераб. и доп. – М.: Издательство Юрайт, 2014. 612 с.

V. Учебники, монографии, учебные пособия на иностранных языках:

110) Borchard E. The Diplomatic Protection of Citizens Abroad. – New York: Banks Law Publishing Co., 1915. 988 pp.

111) Brownlie I. Principles of Public International Law. – Oxford: Oxford University Press, 6th Edition, 2003.

112) Calvo C. Derecho Internacional Teórico y Práctico de Europa y América. A. Durand et Pedone-Lauriel, 1868. 1093 pp.

113) Dolzer R., Schreuer C. Principles of International Investment Law. – Oxford: Oxford University Press, 2012. 417 pp.

114) Dugan C. F., Wallace Jr. D., Rubins N. D., Sabahi B. Investor-State Arbitration. – Oxford: Oxford University Press, 2008. 791 pp.

115) Freeman A.V. The International Responsibility of States for Denial of Justice. – New York: Kraus Reprint Company, 1938.

116) Garcia-Amador F.V., Sohn L.B., Baxter R.R. Recent Codification of the Law of State Responsibility for Injuries to Aliens. Oceana Publications, 1974.

117) Guggenheim P. Traité de droit international public. Tome I, 1967.

118) Kläger R. 'Fair and Equitable Treatment' in International Investment Law. – Cambridge: Cambridge University Press, 2013. 410 pp.

119) Lowenfeld A.F. International Economic Law. – Oxford: Oxford University Press, 2008. 956 pp.

120) Moore J.B. A Digest of International Law. U.S. Government Printing Office, 1906. – Vol. 4.

121) Morelli G. Nozioni di Diritto Internazionale. Padova, 1951.

122) Paulsson J. Denial of Justice in International Law. – Cambridge: Cambridge University Press, 2005.

123) Perassi T. Teoria dommatica delle fonti di norme juridiche in diritto internazionale. RDI, 1917.

124) Roth A.H. The Minimum Standard of International Law Applied to Aliens. – Leiden: A.W. Sijthoff, 1949.

125) Rubins N., Kinsella N.S. International Investment, Political Risk, and Dispute Resolution: A Practitioner's Guide. – New York: Oceana Publications, 2005.

126) Schwarzenberger G. Foreign Investment and International Law. – London: Praeger, 1969. 237 pp.

127) Sereni A. Diritto Internazionale. Vol. I. Giuffrè, 1956.

128) Shihata I.F.I. Legal Treatment of Foreign Investment: The World Bank Guidelines. – Leiden: Martinus Nijhoff Publishers, 1993. 468 pp.

129) Thirlway H. The Sources of International Law // Principles of International Law [Ed. M.D. Evans]. Oxford, New York, 2006.

VI. Статьи на русском языке:

130) Богатырев А.Г. Актуальные проблемы правового регулирования инвестиционных отношений в Российской Федерации / А.Г. Богатырев // Вопросы экономики и права. – № 9. – 2015. – С. 25-28.

131) Вылегжанин А.Н., Каламкарян Р.А. Международный обычай как основной источник международного права / А.Н. Вылегжанин, Р.А. Каламкарян // Государство и право. – № 6. – 2012. – С. 78–89.

132) Доронина Н.Г. Комментарий к Закону об иностранных инвестициях / Н.Г. Доронина // Право и экономика. – № 4. – 2000.

133) Рачков И.В. Бывшие акционеры "ЮКОСа" против России. Комментарий к арбитражному решению под эгидой Постоянной палаты третейского суда в Гааге / И.В. Рачков // Международное правосудие. – № 3 (11). – 2014. – С.18-34.

134) Рачков И.В. Концепция «законных ожиданий иностранного инвестора» в практике международных инвестиционных арбитражей / И.В. Рачков // Московский журнал международного права. – № 1. – 2014. – С. 196-220.

135) Рачков И.В. Применение двусторонних инвестиционных договоров российскими судами / И.В. Рачков // Международное правосудие. – № 3 (15). – 2015. – С. 71-92.

136) Усоскин С.В. Соглашения о поощрении и защите инвестиций и национальное законодательство: о чистых руках и не только / С.В. Усоскин // Международное правосудие. – № 1 (17). – 2016. – С.104-112.

137) Усоскин С.В. О роли арбитражей в развитии инвестиционного права на примере определения понятия капиталовложение / С.В. Усоскин // Международное правосудие. – № 3. – 2013. – С. 95–105.

138) Фархутдинов И.З. Иностранные инвестиции: вызов экономическому суверенитету / И.З. Фархутдинов // Московский журнал международного права. – № 3 (71). – 2008. – С. 5-20.

VII. Статьи на иностранных языках:

139) Brower C.H., II. Fair and Equitable Treatment under NAFTA's Investment Chapter: Remarks // American Society of International Law, 96th Annual Meeting, 2002. Pp. 9-22.

140) Cavaglieri A. Règles Générales du Droit de la Paix // RdC, Vol.26, 1929.

141) Dolzer R. Fair and Equitable Treatment: a Key Standard in Investment Treaties // 39 (1) International Lawyer, 2005. P. 87.

142) Don Wallace Jr. Fair and Equitable Treatment and Denial of Justice: Loewen v. US and Chattin v. Mexico // International Investment Law & Arbitrations: Leading Cases from the ICSID, NAFTA, Bilateral Treaties, and Customary International Law, Todd Weiler ed., Cameron, 2005.

143) Kishoiyian B. The Utility of Bilateral Investment Treaties in the Formulation of Customary International Law // Northwestern Journal of International Law & Business, No. 14(2), 1993.

144) Kunz J. The Nature of Customary International Law // American Journal of International Law, Vol.47, 1953.

145) Malik M. The Full Protection and Security Standard Comes of Age: Yet another challenge for states in investment treaty arbitration? // International Institute for Sustainable Development, 2011. [Electronic resource]. – Mode of access: <http://www.iisd.org/pdf/2011/full_protection.pdf>.

146) Mann F.A. British Treaties for the Promotion and Protection of Investments // The British Yearbook of International Law, Vol. 52 (1), 1981. 241-254 pp.

147) Schreuer C. Fair and Equitable Treatment in Arbitral Practice // 6 (3) Journal of World Investment & Trade, 2005. 357-386 pp.

148) Schreuer C. Full Protection and Security // Journal of International Dispute Settlement, 2010. 1-17 pp.

149) Schwebel S.M. The Influence of Bilateral Investment Treaties on Customary International Law // Proceedings of the 98th Annual Meeting of the American Society of International Law, Vol. 98, 2004.

150) Shihata I.F.I. The Treaty as a Law-Declaring and Custom Making Instrument // Revue Egyptienne de Droit International, Vol. 22, 1966.

151) Thomas J.C. Reflections on Article 1105 of NAFTA: History, State Practice and the Influence of Commentators // ICSID Review – Foreign Investment Law Journal, Vol. 17(1), 2002.

152) Veeder V.V. The Lena Goldfields Arbitration: The Historical Roots of Three Ideas // International and Comparative Law Quarterly, Vol. 47 (04), 1998. Pp. 747-792.

153) Wälde T.W. Energy Charter Treaty-based Investment Arbitration // Journal of World Investment & Trade, 5, 2004.

154) Weil P. The State, The Foreign Investor, and International Law: The No Longer Stormy Relationship of a Ménage à Trois // ICISD Review – Foreign Investment Law Journal, Vol. 15, 2000.

155) Yannaca-Small C. Fair and Equitable Treatment Standard in International Investment Law // OECD Working Papers on International Investment, 2004/3. 40 pp.

VIII. Иные источники:

156) Documents of the twelfth session including the report of the Commission to the General Assembly / Yearbook of the International Law Commission 1960. United Nations, New York, 1961. – Vol. II.

157) Documents of the sixteenth session including the report of the Commission to the General Assembly / Yearbook of the International Law Commission 1964. United Nations, New York, 1965. – Vol. II.

158) Documents of the second part of the seventeenth session and of the eighteenth session including the reports of the Commission to the General Assembly / Yearbook of the International Law Commission 1966. United Nations, New York, 1967. – Vol. II.

159) Fair and Equitable Treatment // UNCTAD Series on Issues in International Investment Agreements III. United Nations, New York and Geneva, 1999. [Electronic resource]. – Mode of access: <http://unctad.org/en/Docs/psiteiitd11v3.en.pdf>.

160) Fair and Equitable Treatment // UNCTAD Series on Issues in International Investment Agreements II. United Nations, New York and Geneva, 2012. [Electronic resource]. – Mode of access: <http://unctad.org/en/Docs/unctaddiaeia2011d5_en.pdf >.

161) Investor-State Dispute Settlement: Review of Developments in 2015 // UNCTAD, IIA Issues Note, № 2, 2016. [Electronic resource]. – Mode of access: <http://investmentpolicyhub.unctad.org/Upload/ISDS%20Issues%20Note%202016.pdf >.

162) International Investment Agreements Navigator // UNCTAD Investment Policy Hub. [Electronic resource]. – Mode of access: <http://investmentpolicyhub.unctad.org/IIA/CountryBits/175#iiaInnerMenu>.

163) World Investment Report 2017 // United Nations Publication, Geneva, 2017. [Electronic resource]. – Mode of access: <http://unctad.org/en/PublicationsLibrary/wir2017_en.pdf>.

Приложение

Формулировки стандартов «справедливого режима» и «безопасности» иностранных инвестиций в международных договорах

Договор	Статья
Договоры с участием Российской Федерации	
Соглашение между Правительством Союза Советских Социалистических Республик и Правительством Соединенного Королевства Великобритании и Северной Ирландии о поощрении и взаимной защите капиталовложений (Лондон, 6 апреля 1989 г.)	Статья 2 Поощрение и защита капиталовложений 1. Каждая из Договаривающихся Сторон поощряет и создает благоприятные условия инвесторам другой Договаривающейся Стороны для осуществления капиталовложений на ее территории и допускает такие капиталовложения в соответствии со своим законодательством. 2. Капиталовложениям инвесторов каждой из Договаривающихся Сторон всегда предоставляется **справедливый и равноправный режим**, и им обеспечиваются **полная защита и безопасность** на территории другой Договаривающейся Стороны. Ни одна из Договаривающихся Сторон никоим образом не будет препятствовать путем принятия неоправданных или дискриминационных мер управлению, содержанию, пользованию, владению или распоряжению на своей территории капиталовложениями инвесторов другой Договаривающейся Стороны. Каждая из Договаривающихся Сторон будет соблюдать

Договор	Статья
	любое обязательство, которое она может принять на себя в соответствии с настоящим Соглашением в отношении капиталовложений инвесторов другой Договаривающейся Стороны.
Договор Союза Советских Социалистических Республик и Федеративной Республики Германии о содействии осуществлению и взаимной защите капиталовложений (Бонн, 13 июня 1989 г.)	Статья 2 1. Каждая из Договаривающихся Сторон в соответствии со своим законодательством будет содействовать осуществлению на своей территории капиталовложений инвесторами другой Договаривающейся Стороны, разрешать такие капиталовложения и обращаться с ними в каждом случае **со всей справедливостью.** 2. Капиталовложения и доходы от них пользуются **полной защитой** настоящего Договора.
Соглашение между Правительством Союза Советских Социалистических Республик и Правительством Французской Республики о взаимном поощрении и взаимной защите капиталовложений (Париж, 4 июля 1989 г.)	Статья 3 1. Каждая из Договаривающихся Сторон обязуется обеспечивать на своей территории и в своей морской зоне капиталовложениям инвесторов другой Договаривающейся Стороны в соответствии с принципами международного права **справедливый и равноправный режим**, исключающий любую несправедливую или дискриминационную меру, которая могла бы помешать управлению, содержанию, пользованию или ликвидации этих капиталовложений.

Договор	Статья
	<…> Статья 4 1. Капиталовложениям, произведенным инвесторами одной из Договаривающихся Сторон, обеспечиваются на территории и в морской зоне другой Договаривающейся Стороны **полные и всеобъемлющие защита и безопасность**. <…>
Соглашение между Правительством Союза Советских Социалистических Республик и Правительством Канады о поощрении и взаимной защите капиталовложений (Москва, 20 ноября 1989 г.)	Статья III Защита капиталовложений 1. Капиталовложениям или доходам инвесторов каждой из Договаривающихся Сторон всегда предоставляется **справедливый и равноправный режим** в соответствии с принципами международного права и им обеспечиваются **полная защита и безопасность** на территории другой Договаривающейся Стороны. <…>
Соглашение между Правительством Российской Федерации и Правительством Республики Куба о поощрении и взаимной защите капиталовложений	Статья 2 1. Каждая из Договаривающихся Сторон будет поощрять инвесторов другой Договаривающейся Стороны осуществлять капиталовложения на своей территории и в соответствии со своим законодательством допускать такие капиталовложения.

Договор	Статья
(Москва, 7 июля 1993 г.)	2. Каждая из Договаривающихся Сторон гарантирует в соответствии со своим законодательством **полную и безусловную правовую защиту** капиталовложениям инвесторов другой Договаривающейся Стороны. Статья 3 1. Каждая из Договаривающихся Сторон будет обеспечивать на своей территории капиталовложениям инвесторов другой Договаривающейся Стороны и деятельности в связи с капиталовложениями **справедливый и равноправный режим**, исключающий применение мер дискриминационного характера, которые могли бы препятствовать управлению и распоряжению капиталовложениями. 2. Режим, упомянутый в пункте 1 настоящей статьи, будет не менее благоприятным, чем режим, который предоставляется капиталовложениям и деятельности в связи с капиталовложениями собственных инвесторов и инвесторов любого третьего государства. <…>
Договор к Энергетической хартии (Лиссабон, 17 декабря 1994 г.)	Часть III Поощрение и защита капиталовложений Статья 10 Поощрение, защита и режим капиталовложений

Договор	Статья
	(1) Каждая Договаривающаяся Сторона, в соответствии с положениями настоящего Договора, поощряет и создает стабильные, равноправные, благоприятные и гласные условия Инвесторам других Договаривающихся Сторон для Осуществления Инвестиций на ее Территории. Такие условия включают обязательство предоставлять без исключения Инвестициям Инвесторов других Договаривающихся Сторон **справедливый и одинаковый режим**. Такие Инвестиции также постоянно пользуются **максимальной защитой и безопасностью**, и никакая Договаривающаяся Сторона не должна никоим образом препятствовать посредством неоправданных или дискриминационных мер управлению, поддержанию, пользованию, владению или распоряжению ими. Ни при каких обстоятельствах таким Инвестициям не должен предоставляться режим, менее благоприятный, чем режим, предписываемый международным правом, в том числе договорными обязательствами. Каждая Договаривающаяся Сторона соблюдает все обязательства, которые она приняла в отношении Инвестора или Инвестиции Инвестора любой другой Договаривающейся Стороны. <…>

Договор	Статья
Соглашение между Правительством Российской Федерации и Правительством Республики Индии о поощрении и взаимной защите капиталовложений (Нью-Дели, 23 декабря 1994 г.)	Статья 3 Поощрение и взаимная защита капиталовложений 1. Каждая из Договаривающихся Сторон будет поощрять инвесторов другой Договаривающейся Стороны осуществлять капиталовложения на территории своего государства, создавать для них благоприятные условия и допускать такие капиталовложения в соответствии с его законодательством. 2. Капиталовложениям инвесторов одной из Договаривающихся Сторон будет предоставляться **справедливый и равноправный режим**, а также обеспечиваться **полная защита и безопасность** на территории государства другой Договаривающейся Стороны. 3. Положения настоящего Соглашения не будут препятствовать применению любой из Договаривающихся Сторон мер, необходимых для защиты существенных интересов безопасности либо предотвращения болезней и заражения животных или растений.
Соглашение между Правительством Российской Федерации и Правительством Венгерской Республики о	Статья 2 Поощрение и взаимная защита капиталовложений 1. Каждая из Договаривающихся Сторон

Договор	Статья
поощрении и взаимной защите капиталовложений (Москва, 6 марта 1995 г.)	будет поощрять инвесторов другой Договаривающейся Стороны осуществлять капиталовложения на своей территории, создавать благоприятные условия для них и допускать такие капиталовложения в соответствии со своим законодательством. 2. Капиталовложения инвесторов одной из Договаривающихся Сторон будет предоставляться **справедливый и равноправный режим**, а также обеспечиваться **полная защита и безопасность** на территории другой Договаривающейся Стороны. 3. Настоящее Соглашение не будет препятствовать применению любой из Договаривающихся Сторон мер, необходимых для обеспечения обороны, национальной безопасности, общественного порядка, охраны окружающей среды, защиты нравственности и здоровья населения.
Соглашение между Правительством Российской Федерации и Правительством Итальянской Республики о поощрении и взаимной защите капиталовложений (Рим, 9 апреля 1996 г.)	Статья 2 Поощрение и взаимная защита капиталовложений 1. Каждая из Договаривающихся Сторон будет поощрять инвесторов другой Договаривающейся Стороны осуществлять капиталовложения на своей территории и допускать такие капиталовложения в соответствии со своим законодательством.

Договор	Статья
	2. Каждая из Договаривающихся Сторон будет предоставлять капиталовложениям, осуществленным на ее территории инвесторами другой Договаривающейся Стороны, **справедливый и равноправный режим**, поддерживать благоприятные экономические и правовые условия для них и будет воздерживаться от принятия неоправданных или дискриминационных мер, которые могли бы нанести ущерб управлению и пользованию капиталовложениями, их содержанию, передаче, преобразованию или ликвидации. Таким капиталовложениям будут обеспечиваться **полная защита и безопасность.** 3. В случае повторного вложения доходов от капиталовложения или расширения капиталовложения такому повторному вложению или приросту капиталовложения будут предоставляться такие же защита и режим, как и первоначальному капиталовложению. <…>
Соглашение между Правительством Российской Федерации и Правительством Республики Армения о поощрении и взаимной защите	Статья 2 Защита капиталовложений 1. Каждая Договаривающаяся Сторона стремится создавать благоприятные условия инвесторам другой Договаривающейся Стороны

Договор	Статья
капиталовложений (Ереван, 15 сентября 2001 г.)	для осуществления капиталовложений на ее территории и допускает такие капиталовложения в соответствии со своим законодательством. 2. Каждая Договаривающаяся Сторона обеспечивает в соответствии со своим законодательством **полную защиту** на своей территории капиталовложений инвесторов другой Договаривающейся Стороны.
Соглашение между Правительством Российской Федерации и Правительством Государства Катар о поощрении и взаимной защите капиталовложений (Доха, 12 февраля 2007 г.)	Статья 4 Режим капиталовложений 1. Каждая Договаривающаяся Сторона обеспечивает на своей территории **справедливый и равноправный режим** капиталовложениям и доходам инвесторов другой Договаривающейся Стороны в отношении владения, пользования и распоряжения такими капиталовложениями и доходами. 2. Режим, указанный в пункте 1 настоящей статьи, должен быть не менее благоприятным, чем режим, который предоставляется капиталовложениям собственных инвесторов или капиталовложениям инвесторов любого третьего государства, в зависимости от того, какой из них, по мнению инвестора, является более благоприятным.

Договор	Статья
	3. Каждая Договаривающаяся Сторона сохраняет за собой право применять и вводить в соответствии со своим законодательством изъятия из национального режима в отношении иностранных инвесторов и их капиталовложений, в том числе реинвестированных капиталовложений. 4. Положения пунктов 1 и 2 настоящей статьи в отношении режима наибольшего благоприятствования не должны толковаться как обязывающие одну Договаривающуюся Сторону распространять на капиталовложения инвесторов другой Договаривающейся Стороны преимущества любого режима, преференции или привилегии, которые могут быть предоставлены первой Договаривающейся Стороной: a) в связи с ее участием в зоне свободной торговли, таможенном союзе, валютном союзе, общем рынке и любых аналогичных экономических интеграционных образованиях или любых международных соглашениях, ведущих к созданию таких союзов или образований; b) на основе любых международных соглашений или договоренностей, относящихся полностью или частично к вопросам налогообложения.

Договор	Статья
	<…>
Соглашение между Правительством Российской Федерации и Правительством Республики Индонезии о поощрении и защите капиталовложений (Джакарта, 6 сентября 2007 г.)	Статья 2 Поощрение и защита капиталовложений 1. Каждая Договаривающаяся Сторона стремится создавать благоприятные условия инвесторам другой Договаривающейся Стороны для осуществления капиталовложений на ее территории и допускает такие капиталовложения в соответствии со своими законами и иными нормативными правовыми актами. 2. Каждая Договаривающаяся Сторона обеспечивает в соответствии со своими законами и иными нормативными правовыми актами **защиту** на своей территории капиталовложений инвесторов другой Договаривающейся Стороны. Статья 3 Режим капиталовложений 1. Каждая Договаривающаяся Сторона обеспечивает на своей территории **справедливый и равноправный режим** капиталовложениям, осуществленным инвесторами другой Договаривающейся Стороны, в отношении владения, пользования и распоряжения такими капиталовложениями. 2. Режим, указанный в пункте 1 настоящей

Договор	Статья
	статьи, должен быть не менее благоприятным, чем тот, который предоставляется Договаривающейся Стороной, на чьей территории осуществлены капиталовложения, капиталовложениям ее собственных инвесторов в соответствии с законами и иными нормативными правовыми актами этой Договаривающейся Стороны или капиталовложениям инвесторов любого третьего государства в зависимости от того, какой из них, по мнению инвесторов, является более благоприятным. <…>
Договоры с участием иностранных государств	
Agreement between the Government of the United Kingdom of Great Britain and Northern Ireland and the Government of the Republic of Argentina for the Promotion and Protection of Investments (London, 11 December 1990)	Article 2 Promotion and Protection of Investment (1) Each Contracting Party shall encourage and create favourable conditions for investors of the other Contracting Party to invest capital in its territory, and, subject to its right to exercise powers conferred by its laws, shall admit such capital. (2) Investments of investors of each Contracting Party shall at all times be accorded **fair and equitable treatment and shall enjoy protection and constant security** in the territory of the other Contracting Party. Neither Contracting Party shall in any way impair by unreasonable or

Договор	Статья
	discriminatory measures the management, maintenance, use, enjoyment or disposal of investments in its territory of investors of the other Contracting Party. Each Contracting Party shall observe any obligation it may have entered into with regard to investments of investors of the other Contracting Party.
Agreement on Encouragement and Reciprocal Protection of Investments between the Kingdom of The Netherlands and the Czech and Slovak Federal Republic (29 April 1991)	Article 3 1) Each Contracting Party shall **ensure fair and equitable treatment** to the investments of investors of the other Contracting Party and shall not impair, by unreasonable or discriminatory measures, the operation, management, maintenance, use, enjoyment or disposal thereof by those investors. 2) More particularly, each Contracting Party shall accord to such investments **full security and protection** which in any case shall not be less than that accorded either to investments of its own investors or to investments of investors of any third State, whichever is more favourable to the investor concerned. 3) The provisions of this Article shall not be construed so as to oblige either Contracting Party to accord preferences and advantages to investors of the other Contracting Party similar to those accorded to investors of a third State (a) by virtue of membership of the former of

Договор	Статья
	any existing or future customs union or economic union, or similar institutions; or (b) on the basis of an agreement for the avoidance of double taxation, or on the basis of reciprocity with a third State. <…>
Treaty between the United States of America and the Argentine Republic concerning the Reciprocal Encouragement and Protection of Investment (Washington, 14 November 1991)	Article II <…> 2. a) Investment shall at all times be accorded fair and equitable treatment, shall enjoy full protection and security and shall in no case be accorded treatment less than that required by international law. b) Neither Party shall in any way impair by arbitrary or discriminatory measures the management, operation, maintenance, use, enjoyment, acquisition, expansion, or disposal of investments. For the purposes of dispute resolution under Articles VII and VIII, a measure may be arbitrary or discriminatory notwithstanding the opportunity to review such measure in the courts or administrative tribunals of a Party. <…>
Agreement between the Government of the Kingdom of Norway and the Government of the Republic of Lithuania on the	Article III Promotion and Protection of Investments Each Contracting Party shall promote and encourage in its Territory investments of Investors

Договор	Статья
Promotion and Mutual Protection of Investments (Vilnius, 16 August 1992)	of the other Contracting Party and accept such investments in accordance with its laws and regulations and accord them **equitable and reasonable treatment and protection**. Such investments shall be subject to the laws and regulations of the Contracting Party in the Territory of which the investments are made.