

Справедливый режим и безопасность иностранных инвестиций в международном праве

Александр Боргояков*

Проблема обеспечения безопасности иностранных инвестиций и справедливого обращения с ними является одной из наиболее сложных проблем международного инвестиционного права. Она вытекает, в частности, из многолетней дискуссии о правовой природе и содержании норм, формирующих режим иностранных капиталовложений в принимающем инвестиции государстве, и поднимает ряд фундаментальных вопросов международного права, включая вопрос образования его обычных норм. В статье рассматриваются суть данной проблемы, её генезис в исторической ретроспективе, а также подходы к решению поднимаемых ею вопросов. В частности, в статье приведены исторические предпосылки формирования международного минимального стандарта обращения с иностранными лицами в качестве обычной нормы международного права и основания для включения стандартов «справедливого режима» и «безопасности» в международные соглашения о поощрении и взаимной защите капиталовложений; проанализировано содержание стандартов «справедливого режима» и «безопасности», в частности определён их элементный состав и проанализирована практика их толкования и применения в рамках международных инвестиционных арбитражных разбирательств; обоснована позиция, в соответствии с которой стандарты «справедливого режима» и «безопасности», несмотря на их сходство с международным минимальным стандартом, необходимо рассматривать в качестве договорных норм международного права, содержание которых должно устанавливаться в соответствии с положениями Венской конвенции о праве международных договоров 1969 года, а также предложены подходы к толкованию указанных стандартов при разрешении инвестиционных споров. Так, при разрешении споров не может исключаться возможность толкования стандартов «справедливого режима» и «безопасности» с привязкой к нормам международного обычного права. 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.

→ *Иностранные инвестиции; международный инвестиционный арбитраж; международный минимальный стандарт; национальный стандарт; стандарт «справедливого и равноправного режима»; стандарт «полной защиты и безопасности»; международное обычное право*

DOI: 10.21128/2226-2059-2018-3-111-127

1. Введение

Каждый инвестор, принимающий решение об осуществлении инвестиций на территории иностранного государства, заинтересован в

том, чтобы его капиталовложения за рубежом пользовались адекватной защитой от неправомерных действий и вмешательства как со стороны частных лиц, так и со стороны самого принимающего государства в лице его органов и учреждений. Такая защита может обеспечиваться, в частности, предоставлением иностранному лицу стабильного, прозрачного и недискриминационного правового режима и надлежащей правоприменительной практикой.

Изучение международно-правовых обязательств, законодательства и судебной прак-

* Боргояков Александр Сергеевич — кандидат юридических наук, практикующий юрист, Москва, Россия (e-mail: alexborgoyakov@mail.ru). Статья была особо отмечена и рекомендована к публикации Советом Конкурса 2018 года на соискание премии «Международное право в XXI веке» за лучшую научную работу по международному публичному праву, организованного Центром международных и сравнительно-правовых исследований».

тики принимающего государства позволяет иностранному инвестору сформировать представление о правовых рисках, с которыми он столкнётся при осуществлении капиталовложений в данном государстве, а также определённые ожидания от инвестиционной деятельности в нём. Степень соответствия таких ожиданий правовой действительности во многом определяет уровень удовлетворённости инвестора от зарубежных капиталовложений и непосредственно влияет на конкурентоспособность соответствующей (принимающей) юрисдикции с точки зрения её привлекательности для дальнейшего инвестирования.

Следовательно, всякое государство, в той или иной мере, заинтересовано в предоставлении иностранным инвесторам уровня гарантий, достаточного для удовлетворения их ожиданий, что могло бы обеспечить постоянный приток капитала в страну. В то же время решение задачи по повышению привлекательности государства для иностранных инвестиций нередко может требовать от него принятия мер, прямо конфликтующих с его суверенными интересами, что зачастую оказывается неприемлемым и, как следствие, может приводить к конфликту с самими иностранными инвесторами.

Выстраивание баланса между интересами принимающего государства и иностранных частных лиц, инвестирующих на его территории, является одной из важных задач, решаемых юристами и на национальном, и на международном уровне. Последнее обуславливает значительное количество международных договоров по вопросам поощрения и защиты иностранных капиталовложений, регулярно заключаемых государствами (*далее* — инвестиционные соглашения, инвестиционные договоры). По данным Конференции ООН по торговле и развитию (*далее* — ЮНКТАД), на начало 2017 года в мире было заключено 3324 таких соглашения, из которых 2957 — двусторонние инвестиционные договоры¹. Россия являлась на тот момент стороной по более чем 80 инвестиционным соглашениям².

Такие соглашения, как правило, предусматривают перечень стандартов обращения с инвесторами и их капиталовложениями, гарантируемых договаривающимися государствами. К таким стандартам могут относиться, например, обязательства: 1) предоставить иностранным инвестициям режим наибольшего благоприятствования и национального режим³, 2) выплатить «быструю, адекватную и эффективную компенсацию»⁴ в случае экспроприации имущества иностранного лица (так называемая, «формула Халла»), 3) соблюдать любые обязательства, принятые договаривающимся государством перед инвестором другого договаривающегося государства (так называемая «зонтичная оговорка», или «umbrella clause»)⁵.

Большинство инвестиционных соглашений (в том числе соглашений с участием России) также предусматривает обязательство договаривающихся государств обеспечить на взаимной основе инвесторам и инвестициям других договаривающихся государств «справедливый режим»⁶ и «безопасность»⁷. Соответствующие положения 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).

Обеспечение справедливого обращения с иностранными инвестициями и их безопасности на протяжении длительного времени остаётся одной из основных проблем международного инвестиционного права. В статье будут рассмотрены суть данной проблемы, её генезис в исторической ретроспективе, а также подходы к решению поднимаемых ею вопросов.

³ См., например: статья 3 Соглашения между Правительством Российской Федерации и Правительством Итальянской Республики о поощрении и взаимной защите капиталовложений (Рим, 9 апреля 1996 года).

⁴ Там же. Ст. 5.

⁵ См., например: статья 8 Соглашения между Правительством Союза Советских Социалистических Республик и Правительством Французской Республики о поощрении и взаимной защите капиталовложений (Париж, 4 июля 1989 года).

⁶ См.: Fair and Equitable Treatment: UNCTAD Series on Issues in International Investment Agreements II. New York ; Geneva : United Nations, 2012. URL: http://www.unctad.org/en/Docs/unctaddiaieia2011d5_en.pdf (дата обращения: 20.07.2018). P.xiii.

⁷ См.: Schreuer C. Full Protection and Security // Journal of International Dispute Settlement. Vol. 1. 2010. No. 2. P.353–369, 353.

¹ См.: World Investment Report 2017: Investment and the Digital Economy. Geneva : United Nations, 2017. P.111. URL: http://www.unctad.org/en/PublicationsLibrary/wir2017_en.pdf (дата обращения: 20.07.2018).

² См.: International Investment Agreements Navigator. URL: <http://investmentpolicyhub.unctad.org/IIA/CountryBits/175#iiaInnerMenu> (дата обращения: 20.07.2018).

2. Стандарты «справедливого режима» и «безопасности» и международный инвестиционный арбитраж

Одной из особенностей инвестиционных договоров является предусматриваемый в них механизм разрешения споров между принимающими государствами и иностранными инвесторами, предоставляющий инвесторам право инициировать арбитражное разбирательство против государства, если предоставляемые государством стандарты, по мнению инвесторов, нарушаются (международный инвестиционный арбитраж). В качестве суда в таком случае может выступать, например, арбитражный суд *ad hoc*, учреждённый 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 года⁸.

По данным ЮНКТАД, на начало 2016 года количество таких арбитражных разбирательств в мире достигло 696 (за всю историю)⁹, и их количество продолжает расти. Так, в период с 2002 по 2015 год количество принимаемых к рассмотрению новых дел колебалось в диапазоне между 25 и 70 каждый год¹⁰. Россия на начало 2016 года являлась стороной (ответчиком) по 21 арбитражному спору за всю историю¹¹. Этот показатель существенно ниже, чем, например, у Аргентины, которая в тот момент являлась ответчиком по 59 арбитражным разбирательствам за всю историю¹², однако Россия имеет наихудшие показатели по суммам удовлетворённых требований иностранных инвесторов к государству.

Так, в июле 2014 года арбитраж при Постоянной палате третейского суда (г. 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 её обязательств в соответствии со статьёй 13 («Экспроприация») Договора к Энергетической хартии, подписанного 17 декабря 1994 года (*далее* – ДЭХ). Отдельным вопросом, рассмотренным по заявлению истцов в рамках данных разбирательств, было также требование о признании России ответственной за нарушение статьи 10 («Поощрение, защита и режим капиталовложений») ДЭХ, предусматривающей, помимо прочего, обязательство предоставить иностранным инвестициям «справедливый и одинаковый режим» (англ.: *fair and equitable treatment*) и обеспечить, чтобы инвестиции «постоянно пользовались максимальной защитой и безопасностью»¹⁶ (англ.: *enjoy the most constant protection and security*). Анализу данного вопроса было уделено существенное внимание в ходе разбирательства, однако арбитраж воздержался от его окончательной оценки, сославшись на то, что установление нарушения обязательств Российской Федерации в соответствии со статьёй 13 ДЭХ является достаточным для вынесения окончательного решения¹⁷.

Как отмечают эксперты, стандарты «справедливого режима» и «безопасности» явля-

⁸ См., например: статья 8 Соглашения между Правительством Российской Федерации и Правительством Республики Индонезии о поощрении и защите капиталовложений (Джакарта, 6 сентября 2007 года).

⁹ См.: Investor-State Dispute Settlement: Review of Developments in 2015 // IIA Issues Note, 2016. No. 2. P. 1. URL: <http://investmentpolicyhub.unctad.org/Upload/ISDS%20Issues%20Note%202016.pdf> (дата обращения: 20.07.2018).

¹⁰ См.: *Ibid.* P. 2.

¹¹ См.: *Ibid.* P. 3.

¹² См.: *Ibid.*

¹³ Permanent Court of Arbitration (*далее* – PCA). *Hulley Enterprises Limited (Cyprus) v. the Russian Federation*. Case No. AA226. Final Award of 18 July 2014.

¹⁴ PCA. *Yukos Universal Limited (Isle of Man) v. the Russian Federation*. Case No. AA227. Final Award of 18 July 2014.

¹⁵ PCA. *Veteran Petroleum Limited (Cyprus) v. the Russian Federation*. Case No. AA228. Final Award of 18 July 2014.

¹⁶ *Ibid.*

¹⁷ См.: PCA. *Hulley Enterprises Limited (Cyprus) v. the Russian Federation*. § 1585; *Yukos Universal Limited (Isle of Man) v. the Russian Federation*. § 1585; *Veteran Petroleum Limited (Cyprus) v. the Russian Federation*. § 1585.

ются наиболее востребованными стандартами, включаемыми в инвестиционные соглашения, к которым регулярно обращаются инвесторы в случае возникновения споров с принимающими инвестицию государствами¹⁸. Так, комментируя статью 1105 (“Minimum Standard of Treatment”) Североамериканского соглашения о свободной торговле, подписанного 17 декабря 1992 года (*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»¹⁹. 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*)²⁰.

Приведённые примеры свидетельствуют о значительной роли, которая отводится данным стандартам при разрешении международных инвестиционных споров, о чём, в частности, свидетельствует и опыт России. 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, возникающих при анализе данных стандартов в рамках арбитражных разбирательств, является вопрос 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 (вероятно, более высокие) стандарты за-

щиты иностранных инвестиций, чем международный минимальный стандарт²¹;

2) стандарты являются договорным отражением обычных норм международного права, составляющих международный минимальный стандарт, и, соответственно, ограничены содержанием этих норм²²;

3) стандарты являются договорными нормами, содержание которых необходимо устанавливать отдельно в каждом случае, применяя правила Венской конвенции о праве международных договоров 1969 года²³.

Последняя из указанных концепций связана в первую очередь с тем, что формулировки стандартов в различных инвестиционных соглашениях могут различаться, в одних случаях просто упоминая, что инвестициям гарантируются «справедливый и равноправный режим», а также «полная защита и безопасность»²⁴, а в других случаях дополнительно уточняя, например, что содержание стандартов ограничено нормами общего международного права (как то: «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»²⁵).

От того, какая из указанных концепций возобладает, в значительной степени зависит и дальнейшее развитие правоприменительной практики. Для понимания сути проблемы необходимо обратиться к её истории.

²¹ См.: *Fair and Equitable Treatment: UNCTAD Series on Issues in International Investment Agreements III*. New York ; Geneva : United Nations, 1999. P. 17. URL: <http://www.unctad.org/en/Docs/psiteitd11v3.en.pdf> (дата обращения: 20.07.2018).

²² См.: UNCITRAL. *Saluka Investments B.V. (the Netherlands) v. the Czech Republic*. Partial Award of 17 March 2006. § 290. URL: <http://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/ita0740.pdf> (дата обращения: 20.07.2018).

²³ См.: International Centre for Settlement of Investment Disputes (*далее* — ICSID). *Azurix Corp. v. Argentine Republic*. Case No. ARB/01/12. Award of 14 July 2006. § 358–361.

²⁴ Пункт 2 статьи 2 Соглашения между Правительством Российской Федерации и Правительством Венгерской Республики о поощрении и взаимной защите капиталовложений (Москва, 6 марта 1995 года).

²⁵ § 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). URL: <http://www.state.gov/documents/organization/43475.pdf> (дата обращения: 20.07.2018).

¹⁸ См.: *Fair and Equitable Treatment: UNCTAD Series on Issues in International Investment Agreements II*. P. 1.

¹⁹ *Brower C.H.*, II. *Fair and Equitable Treatment under NAFTA's Investment Chapter: Remarks // Proceedings of the ASIL Annual Meeting*. Vol. 96. 2002. P. 9–11, 9.

²⁰ *North American Free Trade Agreement* (17 December 1992).

3. Справедливый режим и безопасность иностранных инвестиций в исторической ретроспективе

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 интересам²⁶. Так, при рассмотрении дела «*Mavrommatis Palestine Concessions*» 1924 года²⁷ 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»²⁸.

Предполагается, что и обязательство государства обеспечивать безопасность иностранных инвестиций на своей территории первоначально могло сформироваться в качестве нормы международного обычного права. Одно из первых упоминаний соответствующего обычая встречается в 1796 году в комментариях вице-президента США Джона Адамса в отношении первого договора о дружбе, коммерции и навигации, заключённого между США и Францией в 1778 году. Д. Адамс 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»²⁹.

Необходимо отметить, что в последующие годы вплоть до начала XX века ни в договорной практике государств, ни в доктрине не уделялось особого внимания развитию правовых механизмов и самой концепции обеспечения защиты иностранных инвестиций в принимающем государстве. Отдельные международные договоры, заключавшиеся в XIX веке, ограничивались отсылками к нормам законодательств принимающих государств и не закрепляли международно-правовые стандарты защиты собственности иностранцев³⁰. Такой подход был основан на презумпции того, что каждое государство в принципе стремится защищать частную собственность на своей территории всей совокупностью внутренних правовых средств и распространение режима такой защиты на собственность иностранцев обеспечивает достаточный уровень её безопасности³¹.

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»³². В отношении экспроприации отмечается, что она «была известна отечественному праву и означала то же, что и в любой другой цивилизованной стране: отчуждение прав собственности за равноценный выкуп»³³. В отношении общего порядка регулирования положения иностранцев М. А. Исаев указывает на то, что он «может быть охарактеризован как типичный *status personalis*; в частности, русский закон признавал за ними точно такую же правоспособность, какую они имели у себя на родине»³⁴.

Описанная выше парадигма, в рамках которой иностранцам предоставлялся тот же уровень защиты частной собственности, что

²⁶ См., например: *Лабин Д. К.* Международное право по защите и поощрению иностранных инвестиций. М.: Волтерс Клувер, 2008. С. IV. См. также: *Международное право: учеб. для бакалавров / под ред. А. Н. Вылегжанина.* М.: Юрайт, 2012. С. 846.

²⁷ Permanent Court of International Justice (*далее* — PCIJ). *Mavrommatis Palestine Concession Case. Mandatory of Palestine (United Kingdom) v. Greece.* 1924, PCIJ Reports. Series A, No. 2.

²⁸ *Лабин Д. К.* Указ. соч. С. 253—254.

²⁹ *Moore J. B.* A Digest of International Law. Vol. 4. Washington, D. C.: U. S. Government Printing Office, 1906. P. 5.

³⁰ См.: *Dolzer R., Schreuer C.* Principles of International Investment Law. Oxford: Oxford University Press, 2012. P. 1.

³¹ См.: *Ibid.*

³² *Исаев М. А.* История российского государства и права: учеб. / МГИМО (Университет) МИД России. М.: Статут, 2012. С. 329.

³³ Там же. С. 330.

³⁴ Там же. С. 372.

и собственным гражданам договаривающихся государств, нашла своё абсолютизированное воплощение в трудах выдающегося аргентинского юриста К. Кальво. Концепция, впервые сформулированная им в монографии «Derecho Internacional Teórico y Práctico de Europa y América» в 1868 году³⁵, в международно-правовой литературе стала известна как «доктрина Кальво».

Суть доктрины сводилась к констатации абсолютного равенства резидентов и нерезидентов (национальный стандарт) и, как следствие, права государства ограничивать права иностранцев в отношении их собственности на территории такого государства, если одновременно ограничиваются соответствующие права резидентов. В рамках доктрины Кальво предполагалось, что государство, обладая полным суверенитетом на своей территории, путём принятия нормативно-правовых актов может обеспечивать как высокий уровень защиты иностранных капиталовложений, так и лишать их какой-либо защиты в принципе. При этом за отстаиванием своих прав иностранный инвестор должен был обращаться в суды принимающего государства и лишался права на дипломатическую защиту³⁶. Данная концепция основана на идее о том, что правовой режим иностранных капиталовложений имеет национально-правовую, а не международно-правовую природу³⁷.

В первые десятилетия XX века доктрина Кальво получила широкое распространение не только в кругах теоретиков, но и на уровне государственной практики, что привело в итоге к её существенному переосмыслению.

В России после 1917 года была осуществлена масштабная экспроприация иностранной собственности, не сопровождавшаяся предоставлением какой-либо компенсации. Такая экспроприация обосновывалась, в частности, реализацией национального стандарта, так как экспроприационные действия проводились в равной мере и в отношении собственных граждан, и в отношении иностранных лиц³⁸. Одним из символических собы-

тий того времени стало арбитражное разбирательство между английской компанией «Lena Goldfields Ltd.» и правительством СССР, инициированное в 1930 году. Причиной послужила осуществлённая правительством экспроприация предприятий по добыче золота, управлявшихся иностранной компанией на основе концессионного соглашения. Несмотря на то что СССР на определённом этапе отказался от участия в процессе, против него было вынесено решение, присудившее пострадавшему инвестору денежную компенсацию. Данное решение, однако, так и не было исполнено, а компенсация была выплачена из средств государственной казны Великобритании лишь спустя 38 лет благодаря урегулированию спора на дипломатическом уровне правительствами двух государств³⁹.

В тот же исторический период происходили схожие революционные события в Мексике, также приведшие к радикальному переосмыслению режима владения собственностью. В стране были национализированы предприятия аграрного и нефтяного секторов, находившиеся 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 года. Работа комиссии в течение нескольких лет была неэффективной, что побудило государственного секретаря США К. Халла инициировать в 1938 году переписку с правительством Мексики для урегулирования споров.

Именно в рамках данной переписки К. Халлом было сформулировано правило, в соответствии с которым международное право допускает экспроприацию имущества иностранных лиц при условии выплаты им «незамедлительной, адекватной и эффективной компенсации» (англ.: prompt, adequate and effective compensation). Данное правило в дальнейшем получило широкое распространение в договорной практике государств⁴⁰ и

³⁵ См.: *Calvo C. Derecho Internacional Teórico y Práctico de Europa y América*. Paris : A. Durand et Pedone-Lauriel, 1868. Автор перевёл бы название монографии следующим образом: «Международное право: теория и практика Европы и Америки».

³⁶ См.: *Dolzer R., Schreuer C.* Op. cit. P. 1–2.

³⁷ См.: *Лабин Д. К.* Указ. соч. С. 181.

³⁸ См.: *Dolzer R., Schreuer C.* Op. cit. P. 2.

³⁹ См.: *Dugan C. F., Wallace D., Jr., Rubins N. D., Sabahi B.* Investor-State Arbitration. Oxford : Oxford University Press, 2008. P. 434. См. также: *Veeder V. V.* The Lena Goldfields Arbitration: The Historical Roots of Three Ideas // *International and Comparative Law Quarterly*. Vol. 47. 1998. No. 4. P. 747–792.

⁴⁰ См., например: статья 5 Соглашения между Правительством Российской Федерации и Правительством Итальянской Республики о поощрении и взаимной защите капиталовложений (Рим, 9 апреля 1996 года).

стало известным под названием «формула Халла» (англ.: Hull Formula). В свою очередь, позиция Мексики была в значительной степени основана на принципах доктрины Кальво, и, хотя стороны смогли договориться о выплате компенсаций, консенсуса по вопросам права между ними достигнуто не было⁴¹.

Многолетняя дискуссия о правомерности доктрины Кальво особенно обострилась в эпоху деколонизации в середине XX века в контексте споров между развивающимися странами и странами — экспортёрами 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 никак не зависит от законодательства принимающего государства и положения его собственных граждан. Совокупность таких норм принято называть «международным минимальным стандартом»⁴².

Так, комментируя вопрос о компенсации, которая при изъятии имущества должна быть выплачена его собственнику, Европейский Суд по правам человека в решении по делу *Джеймс и другие (James and Others) против Великобритании* 1986 года предложил следующее обоснование необходимости разграничения статуса резидентов и нерезидентов: «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 никакого 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 резидентам и нерезидентам применим разный подход, и есть вполне обосно-

ванные основания утверждать, что резиденты должны нести большее бремя во имя публичных интересов, чем нерезиденты»⁴³.

Таким образом, если сама необходимость разграничения статуса резидентов и нерезидентов представляется обоснованной, определение содержания международного минимального стандарта, который должен применяться к нерезидентам, представляется затруднительным. Вплоть до настоящего времени он не нашёл своего письменного закрепления ни в одном международно-правовом документе.

Классическое описание такого обращения с иностранным лицом, которое нарушало бы международный минимальный стандарт, было сформулировано в 1926 году при рассмотрении дела *«Hup u Hup» («Neer & Neer») против Мексики* общей комиссией по претензиям между США и Мексикой, функционировавшей в один исторический период с упомянутой выше специальной комиссией. 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»⁴⁴.

Такая характеристика международного минимального стандарта, безусловно, позволяет определить общие рамки и направление его действия, однако оставляет открытыми множество вопросов при рассмотрении деталей, что не только затрудняет практическое применение стандарта, но и в принципе позволяет поднять вопрос о правомерности утверждений о его существовании. Вероятно, недостаточность обычно-правового регулирования и явилась одной из причин формирования во второй половине XX века договорной практики, предусматривающей применение специальных стандартов защиты иностранных инвестиций, которые позволяли бы уточнить правовой режим, обеспечивающий их безопасность и справедливое обращение с ними.

⁴¹ См.: Lowenfeld A.F. International Economic Law. Oxford: Oxford University Press, 2008. P. 475–481.

⁴² Dolzer R., Schreuer C. Op. cit. P. 3. См. также: Roth A.H. The Minimum Standard of International Law Applied to Aliens. Leiden: A.W. Sijthoff, 1949; Borchard E. The Diplomatic Protection of Citizens Abroad. New York: Banks Law Publishing Co., 1915.

⁴³ European Court of Human Rights. *James & Others v. the United Kingdom*. Application No. 8793/79. Judgment of 21 February 1986. § 63.

⁴⁴ Mexico/USA General Claims Commission. “*Neer & Neer*” v. *Mexico*. Opinion of 15 October 1926.

Наиболее ранние примеры применения стандартов «справедливого режима» и «безопасности» относятся к серии договоров США о дружбе, коммерции и навигации, заключавшихся в период с середины XIX века по середину XX века. Так, статья VIII договора между США и Аргентиной 1853 года предусматривала, что гражданам обеих сторон «на взаимной основе предоставляется полная и исчерпывающая защита личности и имущества» (англ.: full and perfect protection for their persons and property)⁴⁵. Договоры США с Францией, Грецией, Ирландией и Пакистаном, заключавшиеся в середине XX века, гарантировали частным лицам «равноправный режим» (англ.: equitable treatment), в то время как договоры с Эфиопией, ФРГ, Оманом и Нидерландами — «справедливый и равноправный режим» (англ.: fair and equitable treatment)⁴⁶. Последняя формулировка в дальнейшем стала использоваться наиболее часто.

4. Содержание стандартов «справедливого режима» и «безопасности»

По мере распространения практики заключения двусторонних инвестиционных договоров во второй половине XX века формулировка стандартов неоднократно изменялась; предпринимались попытки систематизации накопленного материала. Одним из наиболее известных результатов работы по научной кодификации норм международного инвестиционного права стал Проект конвенции об инвестициях за границей, разработанный в 1959 году директором «Дойче Банка» Г. Абсом и юридическим советником правительства Великобритании лордом Шоукроссом. Данный документ также известен под названием «Проект конвенции Абса-Шоукросса» (“Abs-Shawcross Draft Convention”). Статья I этого документа предусматривает положение о том, что собственности граждан договаривающихся сторон гарантируется «справедливый и равноправный режим» и «постоянно обеспечивается максимальная защита и без-

опасность» (англ.: most constant protection and security). Стоит отметить, что указанная формулировка стандарта «безопасности» в последующем была дословно воспроизведена в статье 10 Договора к Энергетической хартии 1994 года.

Типичная формулировка стандартов в российских договорах предусматривает, что капиталовложениям инвесторов каждой договаривающейся стороны «будет предоставляться справедливый и равноправный режим, а также обеспечиваться полная защита и безопасность на территории государства другой Договаривающейся Стороны»⁴⁷.

Вне зависимости от особенностей конкретных формулировок предполагается, что стандарты обязывают принимающее государство воздерживаться от действий, способных негативным образом влиять на безопасность и хозяйственную деятельность иностранного лица, а при необходимости, наоборот, предпринимать активные действия для защиты и восстановления его нарушенных прав. При этом наличие контрактных правоотношений между инвестором и государством не имеет принципиального значения.

Анализ арбитражной практики, относящейся к стандарту «безопасности», демонстрирует, что сфера его действия охватывает следующие вопросы:

1) причинение ущерба в результате действий полиции, армии и иных правительственных сил (например, дело «Asian Agricultural Products Ltd.» против Шри-Ланки 1990 года⁴⁸);

2) причинение ущерба в результате действий нарушителей общественного порядка, незаконных вооружённых формирований и иных третьих лиц (например, дело «Wena Hotels Ltd.» против Арабской Республики Египет 2000 года⁴⁹);

3) причинение ущерба в результате вмешательства (воздействия) нефизического характера, что может выражаться в ненадле-

⁴⁵ Treaty of Friendship, Commerce and Navigation between Argentina and the United States (27 July 1853).

⁴⁶ Fair and Equitable Treatment: UNCTAD Series on Issues in International Investment Agreements. New York ; Geneva: United Nations Publication, 1999. P. 7–8.

⁴⁷ См., например: пункт 2 статьи 3 Соглашения между Правительством Российской Федерации и Правительством Республики Индия о поощрении и взаимной защите капиталовложений (Нью-Дели, 23 декабря 1994 года).

⁴⁸ ICSID. *Asian Agricultural Products Limited v. Democratic Socialist Republic of Sri Lanka*. Case No. ARB/87/3. Award of 27 June 1990.

⁴⁹ ICSID. *Wena Hotels Limited v. Arab Republic of Egypt*. Case No. ARB/98/4. Award of 8 December 2000.

жащей правоприменительной практике или негативных изменениях законодательства (например, «*CME Czech Republic B.V. (The Netherlands)*» *против Чешской Республики* 2001 года⁵⁰).

К. Шройер разбивает указанные направления действия стандарта на две группы, разграничивая, с одной стороны, защиту от физического вмешательства и, с другой стороны, защиту от вмешательства нефизического характера⁵¹.

Хрестоматийным примером применения стандарта «безопасности» является дело «*Asian Agricultural Products Ltd.*» *против Шри-Ланки* 1990 года. Обстоятельства данного дела 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, управлявшая 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 правительство Шри-Ланка несёт абсолютную ответственность за ущерб, причинённый имуществу инвестора военной операцией, однако согласился с тем, что стандарт «безопасности», гарантированный инвестору указанным инвестиционным договором, был нарушен и инвестору причиталась компенсация⁵². Что касается вопроса об абсолютной ответственности государства, в международно-правовой литературе отмечается, что стандарт «безопасности» не может обеспечивать абсолютную за-

щиту от любого вмешательства (физического или нефизического) и, как следствие, не может предполагать абсолютной ответственности государства за любой ущерб, причинённый имуществу иностранного инвестора. Вместо абсолютной защиты и абсолютной ответственности от принимающего государства требуется проявлять так называемую «надлежащую осмотрительность» (англ.: *due diligence*), то есть обеспечить разумный уровень защиты зависимости от конкретных обстоятельств⁵³.

В свою очередь, стандарт «справедливого режима» охватывает более широкий круг вопросов⁵⁴. Предполагается, что он включает в себя ряд элементов (обязательств принимающего государства), имеющих по отдельности самостоятельное правовое содержание, а в совокупности формирующих единый стандарт. Такие элементы можно сгруппировать следующим образом:

1) элементы, формирующие инвестиционный режим: обязанность государства уважать обоснованные ожидания инвестора (англ.: *investor's legitimate expectations*), обеспечивать стабильность (англ.: *stability*) и прозрачность (англ.: *transparency*) правового режима, выполнять контрактные обязательства (англ.: *compliance with contractual obligations* или лат.: *pacta sunt servanda*), действовать добросовестно (англ.: *good faith*);

2) элементы, относящиеся к неправомерным действиям: недопустимость неоправданного и неправомерного обращения (англ.: *arbitrary and abusive treatment*), дискриминации (*discrimination*), принуждения и оказания давления (англ.: *duress and coercion*), а также домогательства (англ.: *harassment*);

3) элементы, относящиеся к процессуальным вопросам: обязанность обеспечивать надлежащую правовую процедуру (англ.: *due process*) и недопустимость отказа в отправлении правосудия (англ.: *denial of justice*).

Иллюстрацией применения стандарта «справедливого режима» может служить дело «*CMS Gas Transmission Company*» *против Аргентины* 2005 года, в котором, в ча-

⁵⁰ ICSID. *CME Czech Republic B.V. (the Netherlands) v. the Czech Republic*, UNCITRAL. Partial Award of 13 September 2001.

⁵¹ См.: *Schreuer C. Op. cit.* P.2–10.

⁵² См.: ICSID. *Asian Agricultural Products Limited v. Democratic Socialist Republic of Sri Lanka*. Case No. ARB/87/3. Award of 27 June 1990.

⁵³ См.: *Dolzer R., Schreuer C. Op. cit.* P.161.

⁵⁴ См.: *Ibid.* P.145, 152, 159. См. также: *Yannaca-Small C. Fair and Equitable Treatment Standard in International Investment Law // OECD Working Papers on International Investment*, 2004. No. 3. P.3; *Fair and Equitable Treatment: UNCTAD Series on Issues in International Investment Agreements II*. P.81–82.

стности, анализировался элемент «стабильности». Дело рассматривалось в МЦУИС и затрагивало вопросы толкования положений пункта 2(а) двустороннего инвестиционного соглашения между США и Аргентиной 1991 года («Инвестициям в любое время предоставляется справедливый и равноправный режим... и не может предоставляться режим менее благоприятный, чем требуется в соответствии с международным правом»). Причиной для разбирательства послужило принятие в 2002 году органами власти Аргентины в рамках мер по разрешению финансового кризиса закона, приравнявшего обменный курс аргентинского песо к курсу доллара США, что привело к колоссальным убыткам транснациональных корпораций, осуществлявших свою деятельность на территории Аргентины. В ответ на такие действия компания «CMS» инициировала разбирательство в международном арбитраже, заявляя о нарушении ряда гарантий, включая стандарт «справедливого режима».

В решении по делу было отмечено: «Стабильная правовая и хозяйственная среда является существенным элементом справедливого и равноправного режима»⁵⁵; а также: «Существовавшие элементы более не присутствуют в режиме, регулирующем хозяйственные операции Истца. В ходе разбирательства было также установлено, что гарантии, предоставленные как часть правового режима, и различные его компоненты имели решающее значение при принятии инвестиционных решений»⁵⁶.

Таким образом, арбитраж установил, что инвестор, принимая инвестиционные решения, имел определённые ожидания, в том числе относительно стабильности, как составляющей стандарта «справедливого режима», которые в конечном итоге не были оправданы. С точки зрения глобализации международных экономических отношений, решение арбитража может считаться прогрессивным. В то же время необходимо отметить, что требование обеспечить «стабильную правовую и хозяйственную среду» так, чтобы её развитие соответствовало ожиданиям инвестора, несёт определённые опасности для любого

принимающего инвестиции государства, так как может фактически лишать его возможности выстраивать внутренний правопорядок по своему (суверенному) усмотрению.

Анализ обстоятельств арбитражных дел, затрагивающих проблему ожиданий инвестора, позволяет выявить типичные контексты, в рамках которых может возникнуть соответствующий спор: отзыв у инвестора лицензии или разрешения на осуществление работ (например, дело «*Técnicas Medioambientales Tecmed, S.A.*» против Мексики 2003 года⁵⁷ и дело «*Metalclad Corporation*» против Мексики 2000 года⁵⁸), непоследовательные (противоречивые) действия различных государственных и муниципальных органов власти (например, дело «*MTD Equity Sdn. Bhd.*» и «*MTD Chile S.A.*» против Республики Чили от 25 мая 2004 года⁵⁹), а также изменения законодательства, негативным образом сказывающиеся на деятельности инвестора (например, упомянутое выше дело «*CMS*», а также «*Occidental Exploration and Production Company*» против Республики Эквадор 2004 года⁶⁰ и «*Parkerings-Compagniet A.S.*» против Литовской Республики 2007 года⁶¹).

5. Стандарты «справедливого режима» и «безопасности» и международное обычное право

5.1. Образование обычных норм международного права

Как уже отмечалось, вопрос взаимосвязанности стандартов «справедливого режима» и «безопасности» и норм международного обычного права является одним из наиболее дискутируемых в рамках рассматриваемой проблематики. Основу данной дискуссии со-

⁵⁷ ICSID. *Técnicas Medioambientales Tecmed, S.A. v. United Mexican States*. Case No. ARB(AF)/00/2. Award of 29 May 2003.

⁵⁸ ICSID. *Metalclad Corporation v. the United Mexican States*. Case No. ARB(AF)/97/1. Award of 30 August 2000.

⁵⁹ ICSID. *MTD Equity Sdn. Bhd. and MTD Chile S.A. v. Republic of Chile*. Case No. ARB/01/7. Award of 25 May 2004.

⁶⁰ The London Court of International Arbitration. *Occidental Exploration and Production Company v. the Republic of Ecuador*. Case No. UN3467. Award of 1 July 2004. URL: <http://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/ita0571.pdf> (дата обращения: 20.07.2018).

⁶¹ ICSID. *Parkerings-Compagniet A.S. v. Republic of Lithuania*. Case No. ARB/05/8. Award of 11 September 2007.

⁵⁵ ICSID. *CMS Gas Transmission Company v. Argentine Republic*. Case No. ARB/01/8. Award of 12 May 2005. § 274.

⁵⁶ Ibid. § 275.

ставляет предположение о том, что широкая распространённость стандартов в договорной практике государств, а также схожесть тех положений договоров, в которых они упоминаются, свидетельствуют об их обычно-правовой природе (то есть о том, что они являются отражением существующего международно-правового обычая или могли трансформироваться в международно-правовой обычай в результате длительной повторяющейся практики государств).

Данная дискуссия затрагивает фундаментальные вопросы международного права, в частности проблему образования обычных норм международного права. Размышляя об элементах международной практики, приводящих к созданию обычно-правовых норм, Г.И. Тункин констатирует, что создание таких норм происходит «в результате повторяющихся действий государств», то есть «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 создаёт презумпции в пользу существования обычной нормы международного права. Ещё меньше оснований считать, что юридически необходимо, чтобы обычное правило было “старым” или значительной давности»⁶².

Рассуждая о том, насколько распространённой должна быть практика для создания предпосылки для формирования обычной нормы, А.Н. Вылегжанин и Р.А. Каламкьян 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 générale»). В последних скорее отражён термин «общая практика», что «сказывается и на понимании юридического смысла термина: у читающего русский текст может сложиться впечатление, что в Статуте закреплено жёсткое требование именно о том, что достаточно одному государ-

ству не придерживаться соответствующей практики (т. е. когда она не является практикой “всех” государств) — и требование “всеобщности” не выполнено. На самом деле столь жёсткое требование не заложено в контексте употребления в Статуте Международного Суда термина “general practice” (“une pratique generale”)⁶³.

Таким образом, повторяющаяся в течение длительного (или короткого) исторического периода общая международная практика может свидетельствовать о существовании сложившегося обыкновения (лат.: *usus* или *consuetudo*). Для преобразования обыкновения в норму международного права требуется его признание в качестве таковой (*opinio juris*). Как отмечает Г.И. Тункин, «только в результате такого признания заканчивается процесс образования обычной нормы международного права, и международный обычай (обыкновение) становится международно-правовым обычаем или, иначе говоря, обычной нормой международного права»⁶⁴.

Позиция Международного суда ООН по данному вопросу была выражена в ряде дел⁶⁵. В частности, в деле о континентальном шельфе в Северном море 1969 года указывалось на то, что практика государств 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 соотносят свои действия с тем, что соответствует юридическому обязательству»⁶⁶.

Таким образом, речь идёт о практике государств в качестве объективного явления и субъективном элементе, известном как *opinio juris sive necessitatis* (или просто *opinio juris*), то есть о признании практики в каче-

⁶³ Вылегжанин А.Н., Каламкьян Р.А. Международный обычай как основной источник международного права // Государство и право. 2012. № 6. С. 78–89, 83.

⁶⁴ Тункин Г.И. Указ. соч. С. 102–103.

⁶⁵ См., например: International Court of Justice (далее – ICJ). *Fisheries Case. United Kingdom v. Norway*. Judgment of 18 December 1951. P. 139; *Case Concerning the Continental Shelf. Libyan Arab Jamahiriya v. Malta*. Judgment of 3 June 1985. § 27.

⁶⁶ ICJ. *North Sea Continental Shelf Case. Federal Republic of Germany v. Denmark; Federal Republic of Germany v. Netherlands*. Judgment of 20 February 1969. § 77.

⁶² Тункин Г.И. Теория международного права / под общ. ред. Л.Н. Шестакова. М.: ИКД «Зерцало-М», 2015. С. 99.

стве нормы права. Говоря словами бывшего Генерального секретаря МЦУИС профессора И. Шихата, *opinio juris* — это способ завершить оформление (англ.: perfect) повторяющейся государственной практики⁶⁷.

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. Швель отмечал, что, несмотря на то что процесс такой трансформации трудноуловимый и иллюзорный (англ.: subtle and elusive), он реален и известен международному праву⁶⁸. Комиссия международного права ООН описала этот процесс следующим образом: «Общепризнано, что международный договор создаёт 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»⁶⁹.

5.2. Стандарты «справедливого режима» и «безопасности» в качестве обычных норм международного права

С учётом изложенного сама возможность формирования обычной нормы в результате или в связи с повторяющейся договорной практикой государств не вызывает особых сомнений. Вопрос заключается в том, могли ли стандарты «справедливого режима» и «безопасности» в результате их общемирового признания «трансформироваться» в обычные нормы международного права. Утверди-

тельный ответ 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.

Несмотря на то что практика гарантирования «справедливого и равноправного режима», а также «полной защиты и безопасности» иностранным инвестициям является глобальной, утверждение о том, что одна только их широкая распространённость сама по себе поднимает их статус от уровня договорной нормы до уровня нормы общего международного права, представляется преждевременным. Так, например, распространённость гарантии режима наибольшего благоприятствования или национального режима вовсе не означает, что соответствующие стандарты сформировали международно-правовой обычай.

Как указывалось выше, формирование обычной нормы международного права происходит в результате комбинированного взаимодействия двух элементов — *usus* и *opinio juris*. Для того чтобы повторяющаяся практика соглашений относительно стандартов «справедливого режима» и «безопасности» могла рассматриваться в качестве международного обычая (обыкновения), 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.

Анализ арбитражной практики, затрагивающей вопросы толкования стандартов «справедливого режима» и «безопасности», не позволяет сделать вывод о том, что соответствующий консенсус сформировался в отношении объёма гарантий и составляющих их элементов. В каждом из упомянутых в настоящей статье дел государство не соглашалось с доводами противной стороны, однако наличие тех или иных элементов, отрицавшихся государством, в конечном итоге констатировалось арбитражем, в то время как каждое новое арбитражное разбирательство в том

⁶⁷ См.: *Shihata I.F.I. The Treaty as a Law-Declaring and Custom Making Instrument // Revue Egyptienne de Droit International. Vol. 22. 1966. P.51–90, 73.*

⁶⁸ См.: *Schwebel S.M. The Influence of Bilateral Investment Treaties on Customary International Law // Proceedings of the ASIL Annual Meeting. Vol. 98. 2004. P.27–30, 29.*

⁶⁹ *Yearbook of the International Law Commission 1960. Vol. II: Documents of the twelfth session including the report of the Commission to the General Assembly. New York : United Nations, 1961. P.145.*

или ином объёме дополняет соответствующие выводы.

Если всё же предположить, что обычношение, в соответствии с которым государства стремятся обеспечивать «справедливый режим» и «безопасность» любым иностранным капиталовложениям, всё-таки сформировалось, для констатации возникновения обычно-правовой нормы было бы также необходимо удостовериться в наличии убеждённости государств в правомерности и необходимости следования такому обычношению как юридически обязательному правилу вне зависимости от существования договорного обязательства.

Установление *opinio juris* представляется 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 (то есть сувереном) и частным лицом. Таким образом, исполнение обязательств выражается 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. Такие отношения характеризуются неравенством их участников, строгой подчинённостью деятельности иностранного инвестора требованиям законодательства принимающего государства и отсутствием у инвестора возможности прямо участвовать в формировании такого законодательства.

В рамках данной конструкции не представляется возможным в полной мере удостовериться в том, были ли те или иные действия государства в лице его органов продиктованы стремлением государства следовать некой (обычно-правовой) норме или же они совершаются просто в порядке реализации им властных полномочий (речь может идти о принятии нового закона, административного или судебного акта и т. п.). Если обратиться к разьяснению Международного суда ООН в приведённом выше деле о континентальном шельфе в Северном море, неясно, совершая какие-либо действия, прямо или косвенно относящиеся к деятельности иностранных инвесторов, сообразует ли их государство с тем,

что, по его мнению, соответствует юридическому (международно-правовому) обязательству⁷⁰.

В свете изложенного понятен вывод арбитража в деле «*ADF Group Inc.*» *против США* 2003 года: «Мы не убеждены в том, что Инвестор обосновал существование в действующем международном обычном праве общего и обособленного требования (то есть 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»⁷¹.

Принимая во внимание вышеизложенное, можно прийти к выводу, что стандарты «справедливого режима» и «безопасности» являются не более чем договорными положениями, содержание которых необходимо устанавливать отдельно в каждом случае, применяя правила Венской конвенции о праве международных договоров 1969 года. В то же время некоторые юристы предлагают альтернативный подход, в соответствии с которым стандарты рассматриваются не в качестве обособленных обычно-правовых норм, но в качестве договорного 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 международно-

⁷⁰ «The States concerned must therefore feel that they are conforming to what amounts to a legal obligation» (*North Sea Continental Shelf Case*. § 77).

⁷¹ ICSID. *ADF Group Inc. v. United States of America*. Case No. ARB(AF)/00/1. Award of 9 January 2003. § 183.

му праву. Предшествующие рассматривались в качестве отражения последнего»⁷².

Соответствующая точка зрения более характерна для стран — экспортёров капитала (прежде всего США), стремящихся утвердить международный минимальный стандарт в качестве обычной нормы общего международного права (констатация существования минимального стандарта является обоснованием того, что капиталовложения иностранного инвестора должны защищаться как минимум соответствующим минимальному стандарту образом вне зависимости от текущей конъюнктуры принимающего государства, что позволяет защищать экспортный капитал даже при денонсации инвестиционных договоров). Стоит отметить, что само тяготение к обычаю как основному источнику международного права в целом характерно государствам, исторически выступавшим в качестве экспортёров капитала. По данному вопросу интересна оценка Г. И. Тункина, сохраняющая свою актуальность и в настоящее время: «Буржуазная международно-правовая доктрина всё ещё 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»⁷³.

В данном контексте уместно обратиться к положениям типового двустороннего инвестиционного договора США 2012 года, предусматривающего прямую отсылку к международному минимальному стандарту. Статья 5 договора, предусматривающая стандарты «справедливого режима» и «безопасности», так и озаглавлена: “Minimum Standard of Treatment” («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 вто-

ром пункте 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 двустороннего инвестиционного договора 2004 года⁷⁴ и статье 1105 НАФТА. Данная логика предполагает, что стандарты «справедливого режима» и «безопасности» являются скорее элементами, нежели эквивалентом международного минимального стандарта.

Стоит отметить, что описанная выше позиция Д. К. Томаса представляется небезупречной. При её детальном рассмотрении возникает разумный вопрос: есть ли необходимость предусматривать в инвестиционных соглашениях какие-либо специальные стандарты защиты иностранных инвестиций, если они заведомо ограничиваются неким обычно-правовым минимальным стандартом? Так, комментируя стандарт «справедливого режима» в инвестиционных договорах с участием Великобритании, Ф. Манн приходит к выводу, что «понятие “справедливый и равноправный режим” предполагает поведение, выходящее далеко за пределы минимального стандарта»⁷⁵. Действительно, констатация того, что договорные положения являются не более чем отражением объективно существующих обычно-правовых норм, лишала бы соответствующие договорные положения всякой оригинальности и делала бы их включение в инвестиционные соглашения просто бессмысленным, что явно не соответствует намерениям договаривающихся государств.

С учётом практики государств — участников НАФТА очевидно, что и отрицание обычно-правовой природы стандартов не является позицией, относительно которой легко достигнуть консенсуса. Компромиссная точка зрения предполагает, что толкование стандартов «справедливого режима» и «безопасности» относительно международного минимального стандарта должно осуществляться в зависимости от особенностей конкретных

⁷² *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. 2002. No. 1. P. 21–101, 50.

⁷³ *Тункин Г. И.* Указ. соч. С. 120.

⁷⁴ *Canadian Model Bilateral Investment Treaty (2004)*. URL: <http://www.italaw.com/documents/Canadian2004-FIPA-model-en.pdf> (дата обращения: 20.07.2018).

⁷⁵ *Mann F. A.* British Treaties for the Promotion and Protection of Investments // *The British Yearbook of International Law*. Vol. 52. 1981. No. 1. P. 241–254, 241.

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 стандартом⁷⁶.

Примером такого толкования является дело «Azurix Corp.» против Аргентины 2009 года, в рамках которого арбитраж, в частности, анализировал стандарты «справедливого режима» и «безопасности», содержащиеся в инвестиционном договоре между США и Аргентиной 1991 года⁷⁷. 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 правом⁷⁸. Арбитраж пришёл 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 года, требующую при толковании договора руководствоваться обычным значением, которое следует придать терминам в их контексте, а также в свете объекта и целей договора⁷⁹. Оценивая значение отсылки к общему международному праву в статье II двустороннего инвестиционного договора 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»⁸⁰.

6. Заключение

Резюмируя, можно остановиться на нескольких выводах. Во-первых, необходимо отметить, что сама дискуссия о природе правового режима иностранных капиталовложений и стандартах, формирующих такой режим, ведётся на протяжении столетий и ещё не завершена. В частности, остаётся открытым вопрос о соотношении национальной и международной составляющей в регулировании иностранных инвестиций, а также о соотношении договорных и обычных норм международного права.

Очевидно, что динамика развития международных экономических отношений предполагает формирование некоего обычно-правового стандарта обращения с иностранными капиталовложениями. В то же время никакой международно-правовой обычай не может своим действием приводить к перманентному ограничению суверенитета принимающего инвестицию государства (то есть не может лишать государство права выстраивать свой внутренний правопорядок по своему усмотрению). В связи с этим ни международному минимальному стандарту, ни специальным стандартам «справедливого режима» и «безопасности» не должно даваться избыточно широкое толкование.

Во-вторых, стандарты «справедливого режима» и «безопасности» с точки зрения их правовой природы являются договорными нормами международного права, толкование которых должно осуществляться с учётом обычного значения, которое следует придать терминам в их контексте, а также в свете объекта и целей договора.

Они имеют сходство друг с другом, что обусловлено их общей нацеленностью на обеспечение благоприятного режима иностранных капиталовложений, однако их содержание различно и состоит из элементов, имеющих самостоятельное правовое содержание и в совокупности формирующих единый стандарт.

В-третьих, 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 обыч-

⁷⁶ См.: Dugan C.F., Wallace D., Jr., Rubins N.D., Sabahi B. Op. cit. P.496.

⁷⁷ § 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).

⁷⁸ См.: Ibid.

⁷⁹ См.: ICSID. *Azurix Corp. v. Argentine Republic*. Case No. ARB/01/12. Award of 14 July 2006. § 359.

⁸⁰ Ibid. § 361.

ными 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, то есть международного минимального стандарта, или же могли трансформироваться в новый международно-правовой обычай) не находят достаточного подтверждения.

И последнее: при разрешении международных инвестиционных споров не может исключаться возможность толкования стандартов с привязкой к нормам международного обычного права. Так, 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.

Библиографическое описание:

Боргояков А. Справедливый режим и безопасность иностранных инвестиций в международном праве // Международное правосудие. 2018. № 3 (27). С. 111–127.

Fair treatment and security of foreign investments in international law

Alexander Borgoyakov

Candidate of Sciences (Ph.D.) in Law, legal practitioner, Moscow, Russia (e-mail: alexborgoyakov@mail.ru).

Abstract

The problem of fair and equitable treatment and full protection and security of foreign investments is one of the most complicated issues of international investment law. It arises out of a continuous discussion regarding the nature and content of the rules of law constituting the legal framework of foreign investments in a host state and raises a number of fundamental issues of public international law, including the process of forming the rules of international customary law. This article analyses the essence of this problem, its genesis in the historical retrospective, and the approaches of solving problems that are raised by it. In particular, this article reviews and analyses the historical background preceding the formation of the international minimum standard of treatment of aliens as customary rule of public international law and the reasons for including the standards of fair and equitable treatment and full protection and security in international treaties on promotion and mutual protection of foreign investments. It also analyses the

content of the standards of fair and equitable treatment and full protection and security, including the structure of their elements, and the practice of their interpretation and application in international investment arbitration proceedings. It is argued in the article that these standards, despite the fact that they are similar to the minimum standard of treatment of aliens, are treaty rules of public international law and hence shall be construed in accordance with the requirements of the Vienna Convention on the law of treaties from 1969. Finally, the article suggests practical approaches for interpreting these standards in international investment arbitration proceedings. Thus, the standards of fair and equitable treatment and full protection and security may be construed with a link to the rules of international customary law when certain disputes are resolved. For example, the express indication in a treaty that the standards are a part (or an equivalent) of the international minimum standard may be considered as an argument to construe such standards as elements of or equivalent to the international minimum standard for the purposes of interpreting such a treaty.

Keywords

foreign investments; international investment arbitration; international minimum standard; national standard; standard of fair and equitable treatment; standard of full protection and security; international customary law.

Citation

Borgoyakov A. (2018) Spavedlivyy rezhim i bezopasnost' inostrannukh investitsiy v mezhdunarodnom prave [Fair treatment and security of foreign investments in international law]. *Mezhdunarodnoe pravosudie*, vol. 8, no. 3, pp. 111–127. (In Russian).

References

- Borchard E. (1915) *The Diplomatic Protection of Citizens Abroad*, New York: Banks Law Publishing Co.
- Brower C. H., II. (2002) Fair and Equitable Treatment under NAFTA's Investment Chapter: Remarks. *Proceedings of the ASIL Annual Meeting*, vol. 96, pp. 9–22.
- Calvo C. (1868) *Derecho Internacional Teórico y Práctico de Europa y América*, Paris: A. Durand et Pedone-Lauriel.
- Dolzer R., Schreuer C. (2012) *Principles of International Investment Law*, Oxford: Oxford University Press.
- Dugan C. F., Wallace D., Jr., Rubins N. D., Sabahi B. (2008) *Investor-State Arbitration*, Oxford: Oxford University Press.
- Isaeva M. A. (2012) *Istoriya rossiyского gosudarstva i prava: uchebnik* [The history of Russian state and law: Textbook], Moscow: Statut. (In Russian).
- Labin D. K. (2008) *Mezhdunarodnoe pravo po zashchite i pooshchreniyu inostrannukh investitsiy* [International law of protection and promotion of foreign investments], Moscow: Wolters Kluwer. (In Russian).
- Lowenfeld A. F. (2008) *International Economic Law*, Oxford: Oxford University Press.
- Mann F. A. (1981) British Treaties for the Promotion and Protection of Investments. *The British Yearbook of International Law*, vol. 52, no. 1, pp. 241–254.
- Roth A. H. (1949) *The Minimum Standard of International Law Applied to Aliens*, Leiden: A. W. Sijthoff.
- Schreuer C. (2010) Full Protection and Security. *Journal of International Dispute Settlement*, vol. 1, no. 2, pp. 353–369.
- Schwebel S. M. (2004) The Influence of Bilateral Investment Treaties on Customary International Law. *Proceedings of the ASIL Annual Meeting*, vol. 98, pp. 27–30.

- Shihata I. F. I. (1966) The Treaty as a Law-Declaring and Custom Making Instrument. *Revue Egyptienne de Droit International*, vol. 22, pp. 51–90.
- Thomas J. C. (2002) Reflections on Article 1105 of NAFTA: History, State Practice and the Influence of Commentators. *ICSID Review: Foreign Investment Law Journal*, vol. 17, no. 1, pp. 21–101.
- Tunkin G. I. (2015) Teoriya mezhdunarodnogo prava [Theory of international law], L. N. Shestakova (ed.), Moscow: IKD "Zertsalo-M". (In Russian).
- Veeder V. V. (1998) The Lena Goldfields Arbitration: The Historical Roots of Three Ideas. *International and Comparative Law Quarterly*, vol. 47, no. 4, pp. 747–792.
- Vylegzhanin A. N. (ed.) (2012) *Mezhdunarodnoe pravo: uchebnik dlya bakalavrov* [International law: Textbook for bachelors], Moscow: Urait. (In Russian)
- Vylegzhanin A. N., Kalamkaryan R. A. (2012) Mezhdunarodnyy obyчай kak osnovnoy istochnik mezhdunarodnogo prava [International custom as primary source of International Law]. *Gosudarstvo i pravo*, no. 6, pp. 78–89. (In Russian).
- Yannaca-Small C. (2004) Fair and Equitable Treatment Standard in International Investment Law: *OECD Working Papers on International Investment*, no. 3.