

Концепция «законных ожиданий иностранного инвестора» в практике международных инвестиционных арбитражей

Рачков И.В.*

На примере практики международных инвестиционных арбитражей в статье раскрывается содержание понятия «законные ожидания инвестора». Этот термин не используется дву- и многосторонних международных договорах России о защите и поощрении иностранных инвестиций. Тем не менее, как следует из практики международных инвестиционных арбитражей, «законные ожидания инвестора» – это составная часть стандарта справедливого и равного обращения с иностранным инвестором со стороны государства, принимающего инвестиции. Только если государство дало иностранному инвестору специфические заверения и гарантии, это порождает у инвестора законные ожидания. Если государство не выполнило эти заверения и гарантии, оно не оправдало тем самым законные ожидания инвестора и, следовательно, нарушило обязательство по справедливому и равному обращению с иностранным инвестором. За это государство может нести международно-правовую ответственность перед инвестором, если тот подаст иск к государству в международный инвестиционный арбитраж.

Ключевые слова: иностранные инвестиции; справедливое и равное обращение; международные договоры о поощрении и защите инвестиций.

В начале 1990-х гг. Россия (РФ) открылась иностранным инвестициям. С тех пор стал актуальным вопрос о том, какой стандарт обращения с иностранными инвесторами наша страна может или должна применять.

Стандарты обращения с иностранными инвесторами

Возможные варианты обращения государства с иностранными инвесторами: минимальный стандарт обращения (англ.: *minimum standard*), стандарт справедливого и равного обращения (англ.: *fair and equitable treatment*), полной защиты и безопасности (*full protection*)

* Рачков Илья Витальевич – к.ю.н., магистр права (LL.M.), преподаватель кафедры международного права МГИМО (У) МИД России; адвокат. irachkov@kslaw.com.

and security), национальный режим (*national treatment*), режим наиболее благоприятствуемой нации (*most favoured nation treatment*) или различные сочетания разных режимов.

Как правило, дву- и многосторонние международные договоры РФ о поощрении и защите иностранных инвестиций (ДИД) содержат все или некоторые из указанных стандартов. Стабильность и защита законных ожиданий иностранного инвестора (англ.: *stability and protection of the investor's legitimate expectations*) являются одной из составляющих стандарта справедливого и равного обращения.

Термин-фантом: отсутствие определения

Проблема заключается в том, что ни международные договоры РФ (включая ДИДы), ни российские нормативные правовые акты не только не используют само понятие «законных ожиданий», но и не дают его определение.

Лишь в российской судебной практике я нашел этот термин – в определении Высшего Арбитражного Суда Российской Федерации (ВАС РФ) от 16.02.2012 г. № ВАС-15837/11 по делу № А47-7623/2010¹ (администрация г. Оренбурга против ОАО «Оренбургстрой»). Правда, это дело не касалось иностранных инвестиций².

В судебной практике (нероссийской, но применимой к России) институт «законных ожиданий» широко используется в практике ЕСПЧ, причем не только применительно к праву собственности или иностранным инвестициям. Например, этот институт положен в основу в более чем 60 решениях ЕСПЧ³ в делах по заявлениям против России.

Если же судить по публикациям в «КонсультантПлюс», то в русскоязычной юридической литературе понятие законных (иные варианты: правомерных или разумных) ожиданий применительно к иностранным инвестициям исследуют только А.Н. Малянова⁴, Пашковская И.Г.⁵ и некоторые (в основном – зарубежные) авторы сборника статей «Соотношение права иностранных инвестиций и экологического права»: Азер Алиев (Азербайджан/ФРГ)⁶, Михаэль Гайстлингер (Австрия)⁷, Софи Напперт (Франция/Великобритания)⁸, Илья Рачков⁹ и Махулена Хофманн (Чехия/ФРГ)¹⁰. Иными словами, в юридической литературе на русском языке концепция «законные ожидания иностранного инвестора» практически не освещена.

Практическое значение понимания термина для России

Тем не менее, как и многие другие государства, принимающие инвестиции (англ.: *host countries*), Россия уже столкнулась со следующим:

некоторые иностранные инвесторы, недовольные тем, как с ними обошлось наше государство, подают иски к нему в международные инвестиционные арбитражи. Речь идет о следующих делах:

– братья Владимир и Мойше Бершадеры (Bershadar) – граждане Бельгии¹¹,

– «Чезаре Гальдабини СпА» (Италия); арбитражное решение не опубликовано¹²,

– «Халли Энтерпрайзис Лимитед» (Кипр), «Ветеран Петролеум Лимитед» (Кипр) и «ЮКОС Юниверсал Лимитед» (о-в Мэн) – бывшие акционеры ОАО «Нефтяная компания «ЮКОС»; все три спора рассматриваются арбитрами, назначенными Генеральным секретарем Постоянного третейского суда (ПТС) в Гааге; пока арбитры вынесли только решение по каждому из этих трех дел (все – от 30.11.2009 г.) о том, что арбитраж вправе рассматривать эти споры на основе Договора к Энергетической Хартии¹³;

– «РосИнвест Ко. ЮК Лтд.» (Соединенное Королевство)¹⁴;

– Рента 4 С.В.С.А и другие (Испания)¹⁵;

– доктор Карл А. Сакс (США) против г. Санкт-Петербург и других¹⁶;

– Франц Зедельмайер (ФРГ)¹⁷;

– неназванный финансовый инвестор из Великобритании¹⁸.

Несколько особняком стоит дело ЕСПЧ № 14902/04 по заявлению ОАО «НК «ЮКОС» против России¹⁹.

С другой стороны, российские инвесторы, которые подвергаются неправомерному обращению в других странах мира, также активно пользуются этой возможностью²⁰:

– Итера против Грузии;

– АФК «Система» и Росимущество против Индии в связи с инвестициями в индийскую компанию «Система Шиам ТелеСервисиз Лтд»;

– ОАО «Газпром» против Литвы; ПТС оказывает арбитрам административную поддержку в этом арбитраже по Арбитражным правилам ЮНСИТРАЛ (1976 г.); решение по делу еще не вынесено;

– Калининградская область против Литвы;

– Богданов против Молдовы;

– Сергей Паушок против Монголии;

– ОАО «МТС» против Туркменистана;

– ОАО «МТС» против Узбекистана;

– АМТО против Украины;

Практически по всех этих делах – как иностранных инвесторов против России, так и российских инвесторов против иностранных государств – истцы ссылались (и часто успешно) на нарушение стандарта равного и справедливого обращения, а в рамках этого – на то, что государство, принимающее инвестиции, не оправдало законные ожидания инвесторов.

Учитывая сказанное, как для нашей страны в целом, так и для иностранных инвесторов, приходящих в Россию, а также для российских компаний, инвестирующих за пределами России, тем более важно понять суть термина «законные ожидания иностранного инвестора».

Практика ППМП

Пожалуй, впервые вопрос о законных ожиданиях инвестора возник в деле Великобритании против Бельгии по поводу британского подданного Оскара Чинна (Oscar Chinn). Оно было рассмотрено Постоянной Палатой Международного Правосудия (ППМП) в 1934 г.²¹ В 1929 г. Чинн начал оказывать в Бельгийском Конго услуги по транспортировке грузов по рекам этой колонии. ППМП пришла к выводу, что, начиная свой бизнес, Чинн не мог не знать о том, что тем самым он вступит в конкуренцию с гораздо более мощной компанией «Юнатра» (создана в 1925 г.), а также об инвестированных в нее капиталах, о ее связях с правительствами Бельгии и колонии и о ее преобладающей и специально оставленной для «Юнатры» роли по установлению и применению тарифов на транспортировку по рекам Конго. На этом основании ППМП отказалась признать Бельгию нарушившей ее обязательства перед Великобританией.

Практика международных инвестиционных арбитражей

В дальнейшем термин «законные ожидания инвестора» был детально разработан в практике международных арбитражей по спорам между иностранными инвесторами и принимающими государствами. Более того, согласно этой практике защита «законных ожиданий» – это ключевой элемент стандарта равного и справедливого обращения²². Впрочем, некоторые арбитры критикуют концепцию «законных ожиданий» и отрицают ее место в стандарте справедливого и равного обращения²³.

Общее определение

Общее (хотя и описательное) определение «законных ожиданий инвестора» было дано в арбитражном решении от 26.01.2006 г. по делу «Тандербёрд» (Thunderbird) против Мексики²⁴: «С учетом недавней практики инвестиционных арбитражей и сформировавшегося

в международном обычном праве принципа добросовестности, концепция «законных ожиданий» касается, в контексте НАФТА²⁵, ситуации, когда поведение Договаривающейся Стороны создает у инвестора разумные и оправданные ожидания, чтобы действовать, полагаясь на такое поведение таким образом, что несоблюдение участником НАФТА этих ожиданий может привести к ущербу для инвестора». Используя это определение, арбитраж постановил, что продолжение ведения игорного бизнеса в Мексике не основывалось на законных ожиданиях.

Из решений арбитражей по спорам между иностранными инвесторами и государствами следует, что законные ожидания инвестора – это информация инвестора о правовых рамках (англ.: *legal framework*) принимающего государства на тот момент, когда инвестор совершает инвестицию, а также обязательства, заявления и гарантии, соответственно взятые на себя или сделанные принимающим государством прямо или косвенно²⁶.

Момент времени, имеющий значение для законных ожиданий инвестора

Что касается момента времени, то, в частности, в решении арбитража от 15.11.2004 г. (п. 93) по делу ГАМИ против Мексики сказано: «Арбитражи согласно НАФТА не вправе оценивать законы и правила, принятые до того, как иностранный инвестор решил совершить инвестицию»²⁷. В решении по делу «Национальная сеть» против Аргентины (п. 173) арбитраж заключил: «Этот стандарт защищает разумные ожидания инвестора на момент принятия им решения об инвестиции, основываясь на заявлениях, обязательствах и особых условиях, предложенных данным государством. Поэтому обращение с инвестором со стороны государства не должно нарушать базовые ожидания, которые инвестор принимал во внимание, чтобы сделать инвестиции»²⁸.

Косвенные обещания и обязательства

Что касается косвенных обещаний и обязательств государства, то в решении по делу «Азурикс» (Azurix) против Аргентины арбитраж указал, что законные ожидания могут основываться не только на договоре между иностранным инвестором и принимающим государством, но и на явных или косвенных заверениях или на заявлениях, сделанных государством, которые инвестор учитывал, когда принял решение сделать инвестицию. Учитывая это, арбитраж пришел к выводу, что Аргентина создала разумные ожидания, на которые инвестор полагался, но государство их не оправдало. Однако в этом деле

арбитраж посчитал, что даже косвенной экспроприации иностранной инвестиции не было, поскольку, несмотря на действия правительства Аргентины, инвестор продолжал осуществлять контроль над своими инвестициями²⁹.

Правовые рамки, на которые полагается инвестор

Правовые рамки, на которые инвестор вправе полагаться при принятии решения о том, чтобы сделать инвестицию, состоят, во-первых, из норм (как изданным законодателем, так и подзаконных) внутреннего права принимающего государства. Во-вторых, эти правовые рамки включают в себя международные договоры (в т.ч. ДИДы) принимающего государства. В-третьих, сюда относятся также заверения, которые могут содержаться как в актах органов исполнительной власти, так и в ненормативных (индивидуальных) правовых актах принимающего государства (например, всякого рода лицензии, согласия, разрешения, одобрения), так и в им подобных заявлениях государственных органов. Наконец, эти правовые рамки охватывают также положения индивидуальных договоров между принимающим государством и иностранным инвестором³⁰.

Поэтому в принципе отказ государства от этих своих обязательств и заверений, которые вызвали у инвестора законные ожидания, представляет собой нарушение стандарта равного и справедливого обращения с иностранным инвестором³¹. Однако проблема заключается в том, что инвестиции – это не разовые трансграничные сделки: первые, как правило, имеют значительный срок реализации (например, срок окупаемости проекта), а могут и вообще не иметь определенного срока (например, завод «Фольксвагена» в Калуге или завод «Либхерр» в Дзержинске Нижегородской области). Разумеется, чем дольше срок реализации инвестиционного проекта, тем выше риск изменения указанных правовых рамок. Такие изменения могут привести к ухудшению базовых условий, полагаясь на которые инвестор пришел в данную страну: например, рост налогового бремени, ужесточение трудового или экологического законодательства, отказ от продления разрешений на ведение бизнеса и т.д.

Возможна ли стабильность рамочных условий для инвестиций?

Однако еще в 1982 г. в решении по делу «Аминойл» против Кувейта (прекращение концессионного договора между этим государством и указанным иностранным инвестором; договор давал инвестору право на добычу нефти в Кувейте) арбитраж постановил, что инвестор

не вправе ожидать, опираясь на стабилизационную (она же – «дедушкина») оговорку в договоре, что государство утратило свое законное право изменять свое законодательство и экспроприировать имущество, принадлежащее инвестору³².

Таким образом, общепризнанным является право государства регулировать деятельность инвесторов, в т.ч. иностранных (англ.: *right to regulate*). Поэтому далеко не каждое изменение правовых рамок принимающего государства, касающееся иностранных инвестиций, нарушает законные ожидания инвестора. Например, если изменение сделано в рамках нормальной адаптации, обычной для принимающего государства и принимаемой другими государствами, такого нарушения не будет. Для осмотрительного инвестора такие изменения предвидимы, даже в тот момент, когда он принимает решение сделать инвестицию³³.

Применение концепции «законных ожиданий инвестора» арбитражами

Концепция законных ожиданий инвестора применялась арбитражами по инвестиционным спорам как отдельно, так и в сочетании с концепцией «стабильности правового регулирования». Некоторые арбитражи занимали сторону инвестора: стандарт справедливого и равного обращения включает в себя обязанность государства поддерживать стабильные правовые и деловые рамочные условия.

Например, в деле «Оксидентал» против Эквадора иск иностранного инвестора к принимающему государству был основан на следующем: власти Эквадора были непоследовательны в возмещении НДС, который истец платил на сумму закупаемых им в Эквадоре товаров, работ и услуг. Истец ссылаясь на ДИД между США и Эквадором, закрепивший принцип равного и справедливого обращения. Арбитраж установил, что правовые рамки, в которых действовал инвестор, изменились существенным образом и что разъяснения государства, за которыми инвестор обратился, повлекли за собой совершенно неудовлетворительный и очень нечеткий ответ. Арбитраж сделал такие выводы: «Закон о налоге был изменен без внесения ясности в его смысл и объем, а практика и подзаконные акты также не были единообразны с этими изменениями (...) С точки зрения международного права, вопросом является не «существует ли обязанность возмещать НДС?», а (...) соответствуют ли правовые и деловые рамки для требования стабильности и предсказуемости, сформированного в международном праве.

Ранее арбитраж сделал вывод о том, что по международному праву государство не обязано возмещать НДС (...) Однако на государстве совершенно точно лежит обязательство не менять правовую и деловую среду, в которой была сделана инвестиция. В настоящем случае последний вопрос приводит к выводу, что обращение с инвестором не было справедливым и равным»³⁴.

Однако другие арбитражи установили, что законные ожидания могут возникать у инвестора только в том случае, когда выполнены некоторые условия.

Стабильные рамочные условия в праве и для ведения бизнеса

Этот подход можно проиллюстрировать на деле «Текмед» (Tectmed) против Мексики. Этот спор касался того, что бессрочная лицензия на эксплуатацию мусорной свалки в принимающем государстве (Мексика) была заменена на лицензию с ограниченным сроком действия. Истец считал, что такое изменение нарушает его законные ожидания и, тем самым, стандарт равного и справедливого обращения, установленный в ДИДе между Испанией и Мексикой. Арбитраж удовлетворил иск по той причине, что при замене лицензии власти Мексики действовали противоречиво и неопределенным образом, нарушив тем самым указанный стандарт. В частности, арбитраж указал: «Положение ДИДа, в свете международно-правового принципа добросовестности, требует от Договаривающихся Сторон предоставлять иностранным инвестициям обращение, которое не нарушает базовые ожидания, принятые иностранным инвестором во внимание, чтобы осуществить инвестицию. Иностранному инвестору ожидается от принимающего государства, что оно будет действовать единообразно (англ.: *consistently*), свободно от противоречивости (англ.: *ambiguity*) и полностью прозрачно в своих отношениях с иностранным инвестором с тем, чтобы тот знал заранее любые и все правила и постановления, которые будут регулировать его инвестиции, а также цели соответствующей политики и административную практику или директивы, чтобы быть в состоянии планировать инвестиции и соблюдать эти нормы»³⁵.

Некоторые авторы впоследствии критиковали этот подход как недостижимый на практике³⁶. Однако арбитражи всё равно следовали этому подходу. Например, в решениях по делам CMS против Аргентины³⁷ и «Энрон» против Аргентины арбитражи сочли, что стандарт равного и справедливого обращения включает требование «стабильных рамочных условий для инвестиций», поскольку согласно преамбуле

ДИДа между США и Аргентиной «справедливое и равное обращение с инвестициями желательно для поддержания стабильных рамок для инвестиций»³⁸. Арбитражи заключили, что чрезвычайные меры, принятые правительством Аргентины в разгар кризиса аргентинского песо (2000–2002 гг.) нарушают стандарт справедливого и равного обращения, поскольку они отменили режим гарантий определенных тарифов, а ведь именно эти гарантии являлись той приманкой, на которую «клянуул» инвестор; это подорвало стабильные рамки для инвестиций³⁹. Арбитраж уточнил, что, даже предполагая, что ответчиком двигали самые лучшие намерения, в чём у арбитража нет оснований сомневаться, имеет место объективное нарушение стандарта справедливого и равного обращения⁴⁰.

В деле PSEG против Турции (которая постоянно меняла свои законы и практику их применения) арбитраж постановил, что изменения, как в законодательстве, так и в поведении и политике властей по отношению к инвестициям противоречили требованию «обеспечить инвесторам стабильную и предсказуемую среду для ведения бизнеса, как требовал ДИД»⁴¹. Конечно, подобные действия принимающего государства подрывали предсказуемость правоприменения. Правда, тот же арбитраж подчеркнул, что законные ожидания по определению требуют обещания со стороны государства, на которые истец полагается в обоснование своего права, которое государство должно соблюдать⁴². Это означает, что арбитраж счел, что для нарушения законных ожиданий инвестора требуется, чтобы государство дало специфическое обещание, а потом его нарушило. Например, в деле «Ревере Медь» (Revere Copper) против ОПИК: принимающее государство (Ямайка) обещало в своем договоре с иностранным инвестором не повышать налоговую нагрузку и роялти, но нарушило это обещание⁴³.

Итак, в этих делах арбитражи фактически пришли к выводу, что любое негативное изменение в рамочных условиях права или ведения бизнеса в принимающем государстве может означать нарушение стандарта справедливого и равного обращения, поскольку эти изменения подрывают законные ожидания инвестора в отношении предсказуемости и стабильности этих рамок. Некоторые авторы считают, что такой подход нельзя признать оправданным, поскольку он игнорирует тот факт, что инвестор должен ожидать, что с течением времени правовые нормы не могут не меняться⁴⁴.

Эта критика была воспринята некоторыми арбитражами в других делах: в них были сформулированы определенные условия для применения концепции законных ожиданий.

Ограничители законных ожиданий

Итак, другие арбитражи считали, что законные ожидания инвесторов должны основываться на реальности, опыте и контексте. Например, в решении по делу «Дьюк» против Эквадора арбитраж подчеркнул необходимость рассмотреть все обстоятельства: «Стабильность правовой и деловой среды прямо связана с оправданными ожиданиями инвестора. Такие ожидания являются важным элементом справедливого и равного обращения. В то же время арбитраж отдает себе отчет в том, что существуют границы этих ожиданий. Для того чтобы пользоваться защитой, ожидания инвестора должны быть законными и разумными в то время, когда инвестор совершает инвестицию. Оценка разумности или законности должны учитывать все обстоятельства, включая не только факты, окружающие инвестицию, но и политические, социально-экономические, культурные и исторические условия, преобладающие в принимающем государстве. Кроме того, такие ожидания должны произрастать из условий, которые государство предоставляло инвесторам, и на которые инвестор полагался в тот момент, когда принимал решение сделать инвестицию»⁴⁵.

Из этого решения следует, что у законных ожиданий инвестора есть такие ограничители: во-первых, законные ожидания могут возникать только из конкретных, специфических заверений государства инвестору или обязательств перед инвестором, взятых государством на себя, и при условии, что инвестор действительно полагается на такие заверения или обязательства. Во-вторых, инвестор должен знать об общих рамках правового регулирования в принимающем государстве, а не надеяться на то, что государство, в силу своей экономической неразвитости или еще каких-то причин, не создало соответствующие правовые нормы. В-третьих, ожидания инвестора должны уравниваться законной деятельностью государства по регулированию разных сфер экономики, социальной и культурной жизни и т.д.

Специфические заверения государства

Исходя из сказанного, в более современных решениях арбитражей по разрешению споров между иностранными инвесторами и принимающими их государствами центральную роль играют специфические, конкретные заверения, данные государством инвестору. К этому выводу

пришел арбитраж в деле «Метанэкс против США»⁴⁶. Истец – производитель метанола из Канады, считал, что принятый в Калифорнии (США) для защиты окружающей среды закон штата о запрете производства автомобильного топлива, содержащего присадки из метанола, нарушает законные ожидания «Метанэкса». Истец заявил, что этим запретом США нарушают свое обязательство по НАФТА – предоставлять иностранным инвесторам справедливое и равное обращение, поскольку запрет не оправдан (англ. *unjustified*), разрушает рынок истца и дискриминирует последнего в пользу производителей этанола из США. Однако арбитраж не согласился с этим доводами по той причине, что США не давали «Метанэксу» никаких специальных, конкретных заверений, на которые истец мог бы разумно полагаться, – насчет того, что подобные изменения в законодательстве США или их отдельных штатов не произойдут.

В деле «Металклад» против Мексики инвестор действовал, полагаясь на заверения федеральных и региональных властей о том, что он получил все разрешения, необходимые по мексиканскому законодательству для ведения своей хозяйственной деятельности. Однако органы местного самоуправления отказались выдать инвестору разрешение на строительство мусороперерабатывающего завода. Арбитраж сделал особый упор на ожидания инвестора, возникшие на основе заверения правительства Мексики: «Эти меры, в совокупности с заверениями федерального правительства Мексики, на которые полагался «Металклад», в отсутствие своевременной, правомерной и основательной базы для отказа муниципалитета выдать местное разрешение на строительство, означают косвенную экспроприацию»⁴⁷.

Однако основой для законных ожиданий являются обязательства и заверения принимающего инвестиции государства, принятые на себя/сделанные не только прямо, но и косвенно. В частности, инвестор может выводить законные ожидания как из конкретных обязательств принимающего государства именно по отношению к этому инвестору (например, в виде стабилизационной, или «дедушкиной» оговорки⁴⁸ в договоре между инвестором и государством), так и из правовых норм, которые хотя и не адресованы персонально данному инвестору, но созданы принимающим государством для того, чтобы побудить иностранных инвесторов, на что инвестор и полагается, делая свои инвестиции⁴⁹. Например, в делах «Энрон» и LG&E (оба дела – против Аргентины) принимающее государство – ответчик не давало конкретных

обязательств именно этим инвесторам, однако гарантии в национальном праве Аргентины представляли собой, по мнению арбитража, обещание иностранным инвесторам как кругу лиц и тем самым были достаточными, чтобы породить законные ожидания таковых⁵⁰. В России такого рода гарантии, адресованные неопределенному кругу лиц, содержатся в правовых нормах о промышленной сборке автомобилей и компонентов для них⁵¹, об особых экономических зонах⁵², о концессионных соглашениях⁵³ и т.д., а конкретные обязательства, обещания и заверения – в договорах, заключаемых соответствующими органами государственной власти и иностранными инвесторами.

Наоборот, в деле «Металпар» против Аргентины арбитраж установил, что не было никакой лицензии, разрешения или договора любого рода между Аргентиной и истцом и поэтому истец не имел основания для законных ожиданий⁵⁴.

Если принимающее государство распространяет подобного рода обязательства на инвесторов в целом, то это существенно ограничивает возможности государства менять свои правовые нормы в дальнейшем. Как отметил арбитраж в деле CMS против Аргентины, общие гарантии, данные ею в ее национальном законодательстве, были ключевыми для принятия истцом решения сделать инвестиции в Аргентине⁵⁵. Это понимание согласуется и с другими арбитражными решениями⁵⁶.

Иногда в делах, касающихся договорных правоотношений между принимающим государством и иностранным инвестором, истцы приводят такой довод: у инвестора было законное ожидание того, что государство будет исполнять договор с инвестором. Поэтому, мол, любое нарушение договора государством представляет собой также нарушение обязательства государства по справедливому и равному обращению с инвесторами. Однако арбитражи четко отличают законные ожидания по международному праву от прав по договору между инвестором и государством. Например, в деле «Паркерингс» (Норвегия) против Литвы арбитраж указал, что не каждая надежда дорастает до «законного ожидания» (в том значении, которое в этот термин вкладывает международное право). В частности, договоры касаются внутренне присущих ожиданий от каждой из сторон, которые не составляют те ожидания, о которых говорится в международном праве⁵⁷. В результате арбитраж отказал истцу в удовлетворении его требований к Литве о компенсации за нарушение стандарта «справедливого и разумного» обращения

(как этот термин используется в договоре между Литвой и Норвегией о взаимной защите инвестиций).

Подобным образом в деле «Густав Ф.-В. Хаместер ГмбХ & Ко. КГ» (ФРГ) против Ганы арбитраж счел, что недостаточно, чтобы истец ссылался на свои, как он считает, нарушенные права из договора с государством в качестве обоснования своего иска о нарушении стандарта справедливого и равного обращения⁵⁸.

Кроме того, арбитражи считают, что иностранный инвестор обязан сам проверить, насколько заверения принимающего государства соответствуют действительности, а не слепо полагаться на заверения и гарантии принимающего государства. В деле МТД (Малайзия) против Чили иностранный девелопер городской недвижимости сумел убедить арбитраж, что Чили нарушил стандарт равного и справедливого обращения, когда чилийская Комиссия по иностранным инвестициям дала согласие на крупный девелоперский проект МТД в нарушение действовавших на тот момент градостроительных норм. Арбитраж согласился с тем, что дача согласия органом принимающего государства (Чили) породило у иностранного инвестора из Малайзии законные ожидания, даже несмотря на то, что такое согласие противоречило закону самого Чили. Однако арбитраж сократил на 50% затребованный инвестором размер компенсации, которую арбитраж обязал Чили выплатить инвестору. В обоснование своего решения арбитраж указал, что инвестор сам должен был проверить правовую ситуацию в Чили, прежде чем делать инвестицию⁵⁹.

Важным является тот момент времени, в который государство дало заверение или гарантию иностранному инвестору. Ряд арбитражей пришел к выводу, что ожидания инвестора следует определять на момент, когда инвестор принял решение вложить капитал в принимающем государстве⁶⁰. Однако в зависимости от случая конкретные заверения от государства инвестору могут также создать у последнего законные ожидания, даже если такие заверения были даны уже после того, как инвестиция была сделана⁶¹.

Презумпция осведомленности инвестора о правовом регулировании

В деле «Метанэкс против США» (см. выше) арбитраж подчеркнул, что инвестор должен быть в целом в курсе тех нормативных актов, которые регулируют его деятельность: это является условием применения к инвестору концепции законных ожиданий. «Метанэкс»

начал вести бизнес в стране, «в которой, как было широко известно (если вообще не являлось общим местом), что государственные органы по защите окружающей среды и здоровья на уровне федерации и штата постоянно наблюдали за использованием химических соединений и их влиянием и обычно запрещали или ограничивали использование некоторых из этих соединений по соображениям защиты экологии и/или здоровья»⁶².

Следовательно, инвестор мог и должен знать об уровне развития законодательства принимающего государства и о практике применения такового и учитывать их при планировании и осуществлении инвестиций. В развивающиеся страны инвесторов часто привлекает возможность заработать более высокие прибыли (по сравнению с инвестиционными возможностями в экономически более развитых странах). Однако надежда на получение более высокой прибыли идет рука об руку с более высокими рисками, включая регулятивную сферу⁶³.

В деле «Генин против Эстонии» арбитраж пришел к выводу, что Эстония не нарушила стандарт справедливого и равного обращения, поскольку истцы сознательно, зная о состоянии законодательства Эстонии в банковской сфере, предпочли инвестировать «в возрождающееся независимое государство, быстро встающее на ноги вместе с реальностью современных финансовых, коммерческой и банковской практики и с возникновением государственных институтов, отвечающих за надзор и регулированием сфер деятельности, которые ранее, возможно, были неизвестны»⁶⁴.

Подобным же образом в деле «Паркерингс» против Литвы арбитраж отметил, что Литва была государством на переходном политическом пути, поэтому инвестор должен был понимать, что изменения в законодательстве страны возможны. В такой ситуации ожидание инвестора, что законы останутся неизменными, нельзя признать оправданными. Инвестор, столкнувшийся с подобной ситуацией, принимает на себя деловой риск нестабильности и должен защищать свои законные ожидания путем введения соответствующих оговорок в инвестиционный договор с властью, которые ограждали бы инвестора от непредвиденных изменений в законах⁶⁵.

Некоторые арбитражи рассматривали прозрачность и участие (англ.: *transparency and participation*) со стороны принимающего государства как часть законных ожиданий инвестора⁶⁶. Прозрачность является не самоцелью, а средством для достижения лучшего управления

и исключения произвола и дискриминационного поведения со стороны государства. Несомненно, лучшая практика государства, принимающего инвестиции, включает в себя, среди прочего, прозрачность по отношению к инвестору и консультации с ним. Однако не у всех государств, принимающих инвестиции, есть правовое регулирование и институты, обеспечивающие полную прозрачность и участие. Очень немногие страны могут гордиться своей полной прозрачностью при принятии решений и их воплощении в жизнь. Негибкий и нереалистичный подход в этих вопросах приведет к тому, что риск от ведения хозяйственной деятельности (присущий любой предпринимательской деятельности в силу самой ее природы) в развивающейся стране перейдет от инвестора к принимающему его государству.

Поэтому основной вопрос состоит в следующем: как найти баланс между законными ожиданиями инвестора и правом государства регулировать ведение инвестором хозяйственной деятельности в этом государстве?

Баланс между правом государства регулировать и законными ожиданиями инвестора

Многие арбитражи, которым предстоит решить инвестиционные споры между государствами и иностранными инвесторами, задумываются над этой проблемой. Как правило, в этих решениях говорится о том, что обязательство принимающего государства по справедливому и равному обращению с инвесторами не мешает государству действовать в общественных интересах, даже если такие действия негативно сказываются на инвестициях.

Впервые это прозвучало в решении по делу «Салука» против Чехии⁶⁷. Арбитраж пояснил, что для того, чтобы законные ожидания были защищены, они должны дорасти до уровня законности (англ. *legitimacy*) и разумности в свете обстоятельств. Ни один инвестор не может разумно ожидать, что обстоятельства, имевшиеся на момент, когда инвестиция сделана, останутся полностью неизменными. Чтобы определить, является ли крах ожиданий иностранного инвестора оправданным и разумным, необходимо также учитывать законное право принимающего государства регулировать впоследствии внутренние дела в общественных интересах. Поэтому ответ на вопрос, нарушило ли государство своё обязательство по справедливому и равному обращению, следует давать, взвесив законные и разумные ожидания инвестора, с одной стороны, и законный интерес государства в регулировании,

с другой. Правда, арбитраж оговорился, что иностранный инвестор вправе ожидать, во всяком случае, что принимающее его государство будет применять свои законы добросовестно. Это значит, что поведение государства (в той мере, в какой оно затрагивает инвестора) должно быть разумно оправданным общественными интересами и не нарушать явным образом требования единообразия (англ. *consistency*), прозрачности, равного обращения и недискриминации. Кроме того, отметил арбитраж, принимающее государство не должно игнорировать принципы процессуальной чистоты и должной процедуры (англ. *due process*) и должно защищать инвестора от принуждения или притеснений со стороны органов власти государства⁶⁸.

Подобное поведение принимающего государства не будет считаться нарушением законных ожиданий иностранного инвестора и, следовательно, стандарта справедливого и равного обращения (при условии, конечно, что это поведение будет добросовестным).

В деле «Паркерингс» против Литвы арбитраж указал, что каждое государство обладает неотъемлемым правом осуществлять суверенную законодательную власть, хотя и разумным и справедливым способом. Инвестор же должен быть готовым к возможным изменениям обстоятельств и поэтому структурировать свои инвестиции с тем, чтобы приспособлять их к новому правовому регулированию, особенно в странах с переходной экономикой. Арбитраж отказал в удовлетворении иска, основанного на стандарте справедливого и равного обращения, и пришел к выводу, что Литва не давала никаких явных или подразумеваемых обещаний, что правовое регулирование иностранных инвестиций останется неизменным. В частности, арбитраж отметил: «Государство вправе принимать, изменять или отменять законы по собственному усмотрению. Если нет соглашения – в виде стабилизационной оговорки или в каком-то ином виде, то нет и никаких возражений против изменений, внесенных в законодательство, существовавшее в то время, когда инвестор делал свои инвестиции. Факт состоит в том, что любой бизнесмен или инвестор знает, что со временем законы изменяются. Однако государство не вправе действовать несправедливо, неразумно или не обращаясь с инвесторами равным образом при осуществлении своей законодательной власти»⁶⁹.

В решении по делу «Континентал Кэжуалти» против Аргентины арбитраж подчеркнул, что стабильность правовых рамок для инвестиций, упомянутая в преамбуле примененного в деле ДИДа, сама по себе

не является юридической обязанностью для Договаривающихся Сторон. Для государства было бы неразумным обещать иностранным инвесторам не менять своё законодательство, поскольку времена и потребности меняются⁷⁰. По мнению арбитража, подобное предположение насчет стабильности в преамбуле ДИДа противоречило бы эффективному толкованию этого договора, а если инвестор полагается на подобное предположение, то это неуместно и, в самом деле, неразумно.

В деле «Вивенди» против Аргентины (2-ая стадия) арбитраж согласился с тем, что недавно пришедшее к власти правительство Аргентины, проводящее политику, отличную от предыдущего правительства, имеет право поменять курс. Однако арбитраж также отметил, что такая смена курса должна сопровождаться прозрачным и ненасильственным проведением переговоров с инвестором по внесению изменений в договор между ним и принимающим государством, а не угрозами расторжения договора, основанными на ярко окрашенных обвинениях в неподобающем поведении (англ. *impropriety*)⁷¹.

В решении по делу ЭДФ против Румынии истец инвестировал в 2 совместных предприятия – с органами государственной власти Румынии и с национальной авиакомпанией Румынии «ТАРОМ» – с целью оказания услуг в аэропорту г. Бухареста, включая магазины беспошлинной торговли. Основанием иска послужило то, что истец создал успешный бизнес по продаже товаров в магазинах беспошлинной торговли в аэропорту, но после прихода к власти нового правительства истец был, по его мнению, несправедливо лишен этого бизнеса. Истец утверждал, что с ним обошлись так по той причине, что он отказался платить взятки румынским государственным служащим, от которых зависело продление договора о совместных предприятиях. В частности, истец заявил, что у него было законное ожидание того, что ему обеспечено продолжение участия в этом бизнесе, основываясь на условиях договора и поведении румынских должностных лиц, но правительство Румынии не оправдало эти ожидания и нарушило тем самым стандарт справедливого и равного обращения.

Однако арбитраж отреагировал на это следующим образом⁷²: «Представление о том, что законные ожидания и, следовательно, справедливое и равное обращение подразумевают стабильность правовых и деловых рамок, может быть неверным, если об этом заявлять в слишком широкой и безоговорочной формулировке. Справедливое и равное обращение может означать в таком случае практически замораживание

правового регулирования экономической деятельности – в противовес нормальному праву государства регулировать и эволюционирующему характеру экономической жизни. За исключением тех случаев, когда государство дает инвестору конкретные обещания или заверения, инвестор не может полагаться на ДИД как на своего рода страховой полис от риска любых изменений в правовых и экономических рамках принимающего государства. Подобное ожидание инвестора не было бы ни легитимным, ни разумным».

Арбитраж также присовокупил: «Законными ожиданиями не могут быть только субъективные ожидания инвестора. Они должны быть рассмотрены как ожидания в тот момент, когда инвестиции были сделаны, в той мере, в какой эти ожидания можно вывести из всех обстоятельств дела, с должным учетом права принимающего государства регулировать свою экономическую жизнь в интересах общества»⁷³.

В рассматриваемом случае истец не доказал, что румынские должностные лица требовали от инвестора взятки. Однако арбитраж отметил, что если бы подобные доказательства были представлены, то такое поведение государственных служащих было бы квалифицировано как нарушение стандарта равного и справедливого обращения⁷⁴. Также инвестор не доказал, что у него были законные основания ожидать продолжения своего участия в этом бизнесе и что действия органов власти Румынии по прекращению этого участия нарушили применимые нормы права Румынии⁷⁵. Более того, арбитраж расценил принятие Румынией закона о прекращении деятельности магазинов беспошлинной торговли в румынских аэропортах как адекватный ответ контрабанде, которая осуществлялась под видом магазинов беспошлинной торговли, и пришел к выводу, что это не ущемило инвестиции истца несоразмерно, т.е. дискриминационным образом, поскольку эти меры затронули только один из его магазинов беспошлинной торговли, а закон применялся равным образом ко всем владельцам таких магазинов по всей Румынии⁷⁶.

Заключение

Принимая иностранные инвестиции, государство посылает инвесторам сигнал о том, каково состояние правового регулирования таковых в настоящий момент. Иногда это происходит путем заключения соответствующего договора между государством и иностранным инвестором, допуска инвестора к ведению бизнеса в государстве, а иногда – просто в силу наличия в государстве определенных правовых норм.

В зависимости от того, насколько конкретно сформулированы эти нормы, их можно квалифицировать как обещания или даже обязательства, данные иностранному инвестору. Полагаясь на эти обязательства, иностранный инвестор решает сделать свои инвестиции в данном государстве. Таким образом, чем специфичнее такое обещание или обязательство, тем более серьезные последствия могут возникнуть для государства в случае отклонения от этих обещаний или обязательств.

Несомненно, государство, принимающее иностранные инвестиции, вправе самостоятельно определять свой правовой и экономический порядок. Однако это может привести к нарушению указанного обязательства или обещания. Поэтому если впоследствии государство не выполняет эти обещания/обязательства, данные иностранному инвестору (например, меняет свои нормы права, сформулированные очень четко в пользу иностранного инвестора), то международные инвестиционные арбитражи часто квалифицируют такое поведение государства как нарушение принципа (или стандарта) справедливого и равного обращения с иностранным инвестором. При этом во внимание принимаются действовавшие на момент совершения инвестиции редакции нормативных и индивидуальных правовых актов, на которые полагался инвестор.

Однако если рамочные правовые условия ведения бизнеса и их изменение были прозрачными и не нарушали минимальный стандарт обращения с инвесторами, то вряд ли последние смогут доказать арбитражу, что корректное применение этих правовых рамок привело к экспроприации⁷⁷.

Об этом необходимо помнить России: когда в 2000-х гг. проводилась реформа электроэнергетики в нашей стране, то «пряником» для инвесторов (в т.ч. иностранных) были т.н. договоры о предоставлении мощности: генерирующая компания была обязана построить необходимое государству количество блоков в выбранных точках, а взамен получала возврат на инвестированный капитал в 14%, получая выплаты в течение 10 лет. В качестве «кнута» для инвесторов эти договоры предусматривали высокие штрафы за просрочку ввода объектов в эксплуатацию: 37,5% от цены продажи мощности. Полагаясь на высокую доходность и рекордно короткий (для подобных крупных проектов) период возврата инвестиций, иностранные инвесторы E.ON (ФРГ), Enel (Италия) и Fortum (Финляндия) вложили значительные средства

в создание в РФ новых объектов генерации электроэнергии. Например, Enel вложила более 5 млрд евро за последние 5 лет.

Однако сначала осенью 2013 г., а затем – зимой 2014 г. Министерство энергетики РФ начало обсуждать изменение договоров. В результате этих изменений доходность инвестиций может снизиться на 2-2,5%, а срок окупаемости вырастет на 5 лет. По оценкам Некоммерческого партнёрства «Совет рынка», доходы генерирующих компаний по договорам о предоставлении мощности составят: 277,8 млн руб. – при возврате инвестиций за 10 лет (действующая ныне схема) и 222,6 млн руб. – при возврате инвестиций за 15 лет (предлагаемая схема).

Реакцией иностранных инвесторов стали обращения к Президенту РФ Путину (в сентября 2013 г.) и к заместителю Председателя Правительства РФ Дворковичу (в феврале 2014 г.) с просьбой не допустить ухудшения экономики генерирующих компаний в связи с ограничением роста тарифов естественных монополий⁷⁸. В сентябре 2013 г. в ответ на обращение к Президенту иностранных инвесторов министр энергетики РФ Александр Новак заверил иностранцев, что параметры договоров о предоставлении мощности пересматриваться не будут.

Таким образом, подобные действия нашего Правительства могут привести к тому, что иностранные инвесторы в сфере электроэнергетики подадут иски в инвестиционные арбитражи к РФ, обосновывая их тем, что наше государство не оправдало законные ожидания инвесторов, основанные на данных им государством обещаниях и обязательствах, и тем самым нарушило стандарт справедливого и равного обращения с иностранными инвесторами.

Concept of “Legitimate Expectations” of Foreign Investors in the International Investment Arbitration Practice (Summary)

*Iliia V. Rachkov**

Based on the practice of international investment arbitral tribunals this article outlines the notion of “legitimate expectations of investors”. This notion is not used in bi- and multilateral international investment treaties of Russia. However, as follows from the practice of international investment arbitral tribunals, legitimate expectations of investors constitute an integral part of the standard of fair and equitable treatment of foreign investor by the state hosting foreign investments. Only if a state gives specific representations and warranties to the investor, this creates legitimate expectations of the investor. If the state failed to perform such representations and warranties, it will not meet legitimate expectations of the foreign investor and, therefore, violated its obligation to treat such investor fairly and equitably. This may trigger liability of such state under international law towards the foreign investor, should he file a claim against such state with an international investment arbitral tribunal.

Keywords: foreign investments, fair and equitable treatment, international treaties of promotion and protection of foreign investments.

¹ Опубликовано на сайте kad.arbitr.ru.

² Истец-арендодатель резко увеличил арендную плату за земельный участок, предоставленный истцом застройщику-арендатору (он же – ответчик) на небольшой срок для строительства многоквартирных жилых домов. Коллегия из 3 судей ВАС РФ указала, что такое увеличение арендной платы нельзя признать справедливым и экономически обоснованным, поскольку из-за этого у арендатора (ответчик) неизбежно возникнут убытки: после сдачи дома в эксплуатацию и перехода права собственности на помещения в доме право собственности на земельный участок под многоквартирным жилым домом возникает у собственников помещений в силу закона. Коллегия из 3 судей ВАС РФ заключила: «Данный подход также соответствует практике Европейского Суда по Правам Человека (далее «ЕСПЧ» – И.Р.), указывающего на необходимость применения принципа «разумных ожиданий» (“legitimate expectations”), в частности,

* Iliia V. Rachkov – Ph.D. in Law, LL.M., lecturer at the Chair of International law, MGIMO-University MFA Russia; attorney at law. irachkov@kslaw.com.

в делах Палам С.П.А. против Италии от 18.08.2010, Анхойзер-Буш Инкорпорейтед против Португалии от 11.01.2007, Пайн Вэллей Девелопментс Лимитед и другие против Ирландии от 29.11.1991.» В результате коллегия передала дело в Президиум ВАС РФ для пересмотра актов нижестоящих инстанций в порядке надзора, а Президиум ВАС РФ передал дело на новое рассмотрение (Постановление Президиума ВАС РФ от 17.04.2012 г. № 15837/11.

³ Опубликованы в базе данных «КонсультантПлюс».

⁴ Малянова А.Н. Обязательства по праву ВТО: коллективные или двусторонние?// «Внешнеторговое право», 2007 г., № 2

⁵ Пашковская И.Г. Варианты реагирования Россией на принятие Евросоюзом Третьего законодательного пакета по энергетике//Право и политика. 2011. № 5. С. 832-841.

⁶ Алиев А.. Оценка поведения инвестора при определении нарушения режима справедливого и равного обращения.//Соотношение права иностранных инвестиций и экологического права: сборник статей/А. Алиев, А. Базарбаева, Д. Байдельдинов и др.; под ред. А. Алиева, С. Крупко, А. Трунка. М.: Норма, 2012.

⁷ Гайстлинггер М.. Международные и национальные нормы экологического права в международных инвестиционных спорах: практика по делу «Металклад»//Там же.

⁸ Напперт С. «Ползучая» экспроприация. Оценка поведения инвестора при определении нарушения режима справедливого и равного обращения.//Там же.

⁹ Рачков И.В. Экологическое право как инструмент «ползучей» экспроприации: компенслируемые и некомпенсируемые изъятия//там же.

¹⁰ Хофманн М. Взаимодействие права иностранных инвестиций и международного экологического права//там же.

¹¹ Решение арбитража от 21.04.2006 г.: http://drupaldev.italaw.com/sites/default/files/case-documents/ita0079_0.pdf и <http://ita.law.ca/documents/BershaderCorrection of Award.pdf>.

¹² Luke Eric Peterson. Russia defeats treaty arbitration claim by arguing that trade-related debts don't amount to a protected "investment". 14.11.2011//http://www.iareporter.com/articles/20111114_3.

¹³ <http://italaw.com/sites/default/files/case-documents/ita0411.pdf>, <http://italaw.com/sites/default/files/case-documents/ita0891.pdf> и <http://italaw.com/sites/default/files/case-documents/ita0910.pdf>.

¹⁴ Решение арбитража о юрисдикции от октября 2007 г.: <http://italaw.com/sites/default/files/case-documents/ita0719.pdf>. Решение арбитража от 12.09.2010 г. по существу спора: <http://italaw.com/sites/default/files/case-documents/ita0720.pdf>. России удалось добиться отмены обоих арбитражных решений: в 2011 г. – о юрисдикции, а 05.09.2013 г. – по существу спора в Апелляционном суде Свеа (Стокгольм)//Russia secures set-aside of hedge fund's modest Yukos-related arbitral award, as investor declines to spend funds to defend pyrrhic arbitral win//http://www.iareporter.com/articles/20130910_4.

¹⁵ Решение арбитража о юрисдикции от 20.03.2009 г.: <http://italaw.com/sites/default/files/case-documents/ita0714.pdf>. Решение арбитража от 20.07.2012 г. по существу спора: <http://italaw.com/sites/default/files/case-documents/ita1075.pdf>.

¹⁶ Решение арбитража от 30.03.2012 г. по существу спора: <http://italaw.com/sites/default/files/case-documents/italaw1485.pdf>.

¹⁷ Решение арбитража от 07.07.1998 г.: <http://italaw.com/sites/default/files/case-documents/ita0757.pdf>.

¹⁸ Luke Eric Peterson. World Bank arbitration tribunal upholds jurisdiction over Billion Dollar claim by Italian victims of Argentine sovereign debt default. 08.08.2011//<http://www.iareporter.com/articles/20110808>. В этом деле инвестор квалифицировал объявленный Россией в августе 1998 г. дефолт и дальнейшую реструктуризацию долга как нарушение договор о защите инвестиций между Россией и Великобританией. Однако инвестор и Россия довольно быстро заключили конфиденциальное мировое соглашение, поэтому арбитры не успели вынести ни одного решения по этому делу.

¹⁹ Решения ЕСПЧ: о приемлемости жалобы от 29.01.2009 г.: <http://echr.ketse.com/doc/14902.04-en-20090129/view/>; по существу – от 20.09.2011 г.: <http://echr.ketse.com/doc/14902.04-en-20110920/view/>.

²⁰ Об этих делах сообщает Интернет-сайт www.iareporter.com.

²¹ PCIJ, Series A-B, No. 63, 84.

²² M. Kinnear. The continuing development of the fair and equitable treatment standard// Andrea Bjorklund et al., eds. *Investment Treaty Law: Current Issues III*. British Institute of International and Comparative Law. P. 207-238. London, 2008.

²³ Например, особое мнение судьи Никкена в решении арбитража по делу «АВГ Групп» против Аргентины//AWG Group v. Argentina, UNCITRAL, Decision on Liability, 30 July 2010.

²⁴ http://www.naftaclaims.com/Disputes/Mexico/Thunderbird/Thunderbird_Award.pdf.

²⁵ НАФТА (англ.: NAFTA) – Североамериканское соглашение о свободной торговле (North-American Free Trade Agreement), см. http://www.naftanow.org/agreement/default_en.asp.

²⁶ R. Dolzer, Chr. Schreuer. *Principles of international investment law*. Oxford University Press, 2nd edition, 2012. P. 115-117, 145-149.

²⁷ GAMI v. Mexico, Award, 15 November 2004.

²⁸ National Grid v. Argentina, Award, 3 November 2008.

²⁹ Azurix v. Argentina, Award, 14 July 2006, paras. 316-322. 14 ICSID Reports 374.

³⁰ Там же, p. 145.

³¹ W.M. Reisman, M.H. Arsanjani. The Question of Unilateral Governmental Statements as Applicable Law in Investment Disputes//19 ICSID Review – FILJ 328 (2004).

³² Aminoil v. Kuwait, Award, 24 March 1982, 21 International Legal Materials (1982) 976.

³³ R. Dolzer, Chr. Schreuer. Op. cit., p. 115-116.

³⁴ Occidental v. Ecuador, LCIA Case No. UN 3467, Final Award, 1 July 2004, paras. 184-191.

³⁵ Tecmed v. Mexico. ICSID Case No. ARB (AF)/00/2, Award, 29 May 2003.

³⁶ См., например, Z. Douglas. Nothing if not critical for investment treaty arbitration: Occidental, Eureko and Methanex. *Arbitration International*. 22. P. 28.

³⁷ Законодательство Аргентины, подзаконные акты и лицензии гарантировали истцу адаптацию тарифа на транспортировку природного газа. Однако принятые в дальнейшем законы сначала приостановили, а потом отменили действие этой гарантии.

³⁸ CMS v. Argentina, Award of 12 May 2005, para. 274; Enron v. Argentina, Award of 22 May 2007, paras. 259-260.

³⁹ Enron v. Argentina, Award of 22 May 2007, пп. 264-268.

⁴⁰ Там же, п. 268.

⁴¹ PSEG et al. v. Turkey, ICSID Case No. ARB/02/5, Award, 19 January 2007, paras. 252-253.

⁴² Там же, п. 241.

⁴³ Revere Copper v. OPIC, Award, 24 August 1978.

- ⁴⁴ United Nations Conference on Trade and Development. Fair and Equitable Treatment. UNCTAD Series on Issues in International Investment Agreements II. United Nations. New York and Geneva, 2012. P. 67.
- ⁴⁵ *Duke Energy v. Ecuador*, ICSID Case No. ARB/04/19, Award, 18 August 2008, para. 340.
- ⁴⁶ *Methanex Corporation v. USA*, UNCITRAL (NAFTA), Final Award, 3 August 2005.
- ⁴⁷ *Metalclad v. Mexico*, Award, 30 August 2000, para. 107.
- ⁴⁸ В РФ стабилизационная оговорка закреплена в ст. 9 Федерального закона «Об иностранных инвестициях» 1999 г., но она не работает, так как Правительство РФ не утвердило список приоритетных инвестиционных проектов. Тем более странной представляется критика «дедушкиной» оговорки Д.А. Медведевым на Санкт-Петербургском юридическом форуме в 2013 г. (Д. Бутрин, П. Нетреба. При дедушке такого точно не было//Коммерсантъ, 16.05.2013 г.). В остальном в России стабилизационная оговорка содержится только в соглашениях о разделе продукции (всего 3 проекта, все – добыча углеводородов: Харьяга, Сахалин-I и Сахалин-II).
- ⁴⁹ *Glamis Gold Ltd. V. United States*, UNCITRAL (NAFTA), Award, 8 June 2009, para. 627.
- ⁵⁰ *Enron v. Argentina*, ICSID Case No. ARB/01/3, Award, 22 May 2007, paras. 264-266; *LG&E v. Argentina*, ICSID Case No. ARB/02/1, Award, 25 July 2007, paras. 130 and 133.
- ⁵¹ Приказ Минэкономразвития РФ № 73, Минпромэнерго РФ № 81, Минфина РФ № 58н от 15.04.2005 г. (редакция от 24.12.2010 г.) «Об утверждении Порядка, определяющего понятие «Промышленная сборка» и устанавливающего применение данного понятия при ввозе на территорию РФ автокомпонентов для производства моторных транспортных средств товарных позиций 8701 – 8705 ТН ВЭД, их узлов и агрегатов».
- ⁵² Соглашение по вопросам свободных (специальных, особых) экономических зон на таможенной территории Таможенного союза и таможенной процедуры свободной таможенной зоны (заключено в г. Санкт-Петербурге 18.06.2010 г.
- ⁵³ Федеральный закон от 21.07.2005 № 115-ФЗ (редакция от 28.12.2013) «О концессионных соглашениях»//«Собрание законодательства РФ», 25.07.2005, № 30 (ч. II), ст. 3126; «Российская газета», № 161, 26.07.2005.
- ⁵⁴ *Metalpar v. Argentina*, ICSID Case No. ARB-03-5, Award on the Merits, 6 June 2008, para. 186.
- ⁵⁵ *CMS v. Argentina*. ICSID Case No. ARB/01/8, Award, 12 May 2005, para. 275.
- ⁵⁶ *Enron v. Argentina*, ICSID Case No. ARB/01/3, Award, 22 May 2007, para. 262; *CME Czech Republic BV (The Netherlands) v. Czech Republic*, UNCITRAL, Partial Award, 13 September 2001, para. 611; *Teemed v. Mexico*, Award, 29 May 2003, para. 154; *LG&E v. Argentina*, ICSID Case No. ARB/02/1, Award, 25 July 2007, paras. 127.
- ⁵⁷ *Parkerings-Compagniet AS v. Lithuania*, ICSID Case No. ARB/05/8, Award, 11 September 2007, para. 344.
- ⁵⁸ *Gustav F W Hamester GmbH & Co KG v. Ghana*, ICSID Case No. ARB/07/24, Award, 18 June 2010, para. 337.
- ⁵⁹ *MTD Equity Sdn. Bhd. and MTD Chile S.A. v. Chile*, ICSID Case No. ARB/01/7, 25 May 2004, paras. 244-246.
- ⁶⁰ *Bayindir v. Pakistan*, ICSID Case No. ARB/03/29, Award, 27 August 2009, para.190; *Duke Energy v. Ecuador*, ICSID Case No. ARB/04/19, Award, 18 August 2008, para. 340; *AES v. Hungary*, ICSID Case No. ARB/02/17, Award, 23 September 2010. Paras. 9.3.8-9.3.12.
- ⁶¹ *Kardassopoulos v. Georgia*, ICSID Case No. ARB/05/18, Award, 10 March 2010, paras. 434-441.

⁶² Methanex Corporation v. USA, UNCITRAL (NAFTA), Final Award, 3 August 2005, Part IV, Chapter D, para. 10.

⁶³ Например, к этому выводу пришел арбитраж в деле «Generation Ukraine, Inc.» против Украины, ICSID No. ARB/00/9, Award, 16 September 2003, paras. 20.37.

⁶⁴ Genin v. Estonia, ICSID Case No. ARB/99/2, Award, 25 June 2001, para. 348.

⁶⁵ Parkerings-Compagniet AS v. Lithuania, ICSID Case No. ARB/05/8, Award, 11 September 2007, paras. 335-336.

⁶⁶ A. Newcombe and L. Paradell. Law and Practice of Investment Treaties: Standards of Treatment. Kluwer Law International. 2009, pp. 291 -294. J. Salacuse. The Law of Investment Treaties. Oxford University Press. Oxford. 2010, pp. 237-238.

⁶⁷ Saluka v. Czech Republic, UNCITRAL Rules, Partial Award, 17 March 2006, paras. 304-208.

⁶⁸ К похожему выводу пришел арбитраж в деле Джозеф Лемир против Украины//Joseph C. Lemire v. Ukraine, ICSID Case No. ARB/06/18, Decision on Jurisdiction and Liability, 21 January 2010.

⁶⁹ Parkerings-Compagniet AS v. Lithuania, ICSID Case No. ARB/05/8, Award, 11 September 2007, paras. 332.

⁷⁰ Continental Casualty v. Argentina, ICSID case No. ARB/03/9, Award, 5 September 2008, para. 258.

⁷¹ Vivendi v. Argentina II, ICSID Case No. ARB/97/3, Award, 20 August 2007, para. 7.4.31.

⁷² EDF v. Romania, ICSID Case No. ARB/05/13, Award, 8 October 2009, para. 217.

⁷³ Там же, п. 219.

⁷⁴ Там же, п. 221 и 237.

⁷⁵ Там же, п. 240-301.

⁷⁶ Там же, п. 293-294.

⁷⁷ R. Dolzer, Chr. Schreuer. Op. cit. P. 115.

⁷⁸ Алина Фадеева. Энергетикам перемены не нужны//«Ведомости», 28.01.2014 г. Анастасия Фомичёва, Наталья Скорлыгина. Обещанного Чубайсом 15 лет ждут//«Коммерсантъ», 28.01.2014 г. Анастасия Фомичёва. Энергетики просят защиты//«Ведомости», 07.10.2013 г. Александра Терентьева, Анастасия Фомичёва. Enel просит сочувствия//«Ведомости», 30.09.2013 г.