

УДК 341

ПРОБЛЕМЫ СТАНДАРТА СПРАВЕДЛИВОГО И ОДИНАКОВОГО РЕЖИМА В ДОГОВОРЕ К ЭНЕРГЕТИЧЕСКОЙ ХАРТИИ

Кужатов Багдат Гиззатович

Лектор по Международному энергетическому праву Университета KAZGUU имени М.С. Нарикбаева, докторант Ph.D, LL.M.,
Нур-Султан, Республика Казахстан, e-mail: k_bagdat@kazguu.kz

Аннотация. Стандарт справедливого и равноправного обращения инвесторам (далее - Стандарт) является одним из спорных стандартов защиты прав инвесторов в международном инвестиционном праве и предметом интенсивных научных дискуссий. Недавние изменения в режиме международных инвестиционных договоров, связанные с ростом озабоченности в отношении права принимающих стран на регулирование и системы урегулирования споров между инвесторами и государством, способствовали пересмотру давних положений Стандарта. Договор к Энергетической Хартии (далее-Договор) является примером такого пересмотра. В ноябре 2017 года Конференция по Энергетической хартии приняла решение в Ашхабаде о начале обсуждения потенциальной модернизации Договора. 27 ноября 2018 года Конференция по Энергетической хартии утвердила список тем модернизации Договора. Данная исследовательская статья направлена на рассмотрение действующих положений Стандарта в свете модернизации Договора. С этой целью в статье автор анализирует действующий режим Стандарта и обозначает его проблемы.

В последующем автор рассматривает недавние подходы в усовершенствовании Стандарта в международной практике инвестиционных договоров. В статье также обсуждаются преимущества и недостатки этих подходов. В заключение автор обосновывает применимость того или иного подхода в отношении Договора. Научная новизна статьи определяется тем, что данное исследование посвящено критическому анализу действующего режима Стандарта в Договоре. Предметом исследования является международное инвестиционное право и международное энергетическое право, в частности режим соглашений по защите инвестиций. В статье используется доктринальная методология правовых исследований с позиций исторического, сравнительного и эмпирического анализа. Исследования в рамках этой статьи основаны на тексте и, если применимо, поддерживаются результатами эмпирических исследований.

Ключевые слова: Стандарт справедливого и равноправного обращения, защита прав инвесторов, защита инвестиций, Договор к Энергетической Хартии, арбитражные споры.

ЭНЕРГЕТИКАЛЫҚ ХАРТИЯҒА ШАРТТАҒЫ ӘДІЛЕТТІЛІК ПЕН ТЕНДІК РЕЖИМІ СТАНДАРТЫНЫҢ МӘСЕЛЕЛЕРІ

Бағдат Гиззатұлы Қужатов

М.С. Нарикбаев атындағы KAZGUU университетінің халықаралық энергетикалық құқығы бойынша оқытушысы, докторант Ph.D, LL.M.,
Нұр-Сұлтан, Қазақстан Республикасы, e-mail: k_bagdat@kazguu.kz

Аннотация. Инвесторларға әділеттілік пен теңдік стандарты (бұдан әрі - Стандарт) - бұл халықаралық инвестициялық құқықтағы инвесторлардың құқықтарын қорғаудың даулы стандарттарының бірі және қызу ғылыми талқылаудың тақырыбы. Халықаралық инвестициялық келісім-шарт режиміндегі соңғы өзгерістер, қабылдаушы елдердің реттеу құқығы мен инвесторлар-үкіметтік дауларды реттеу жүйелеріне қатысты алаңдаушылыққа байланысты, Стандарттың ұзақ уақыттан бері сақталым келе жатқан ере-

желерін қайта қарауға мәжбүр етті. Энергетикалық хартияға келісім (бұдан әрі - Келісім) осындай қайта қарауға мысал бола алады. 2017 жылдың қарашасында Энергетикалық хартия конференциясы Ашхабадта Келісімді модернизациялау туралы пікірталастарды бастау туралы шешім қабылдады. 2018 жылдың 27 қарашасында Энергетикалық хартия конференциясы Келісімді модернизациясының тақырыптар тізімін бекітті. Стандарт - солардың бірі. Бұл зерттеу мақаласы Келісімді модернизациялау тұрғысынан Стандарттың қолданыстағы ережелерін қарастыруға бағытталған. Осы мақсатта мақалада автор Стандарттың қазіргі режимін талдап, оның проблемаларын анықтайды. Келесіде автор инвестициялық келісімшарттардың халықаралық тәжірибесінде Стандартты жетілдірудің соңғы тәсілдерін қарастырады. Мақалада осы тәсілдердің артықшылықтары мен кемшіліктері де қарастырылған. Қорытындылай келе, автор Келісімге қатысты сол немесе басқа тәсілдің қолданылуын негіздейді. Мақаланың ғылыми жаңалығы осы зерттеудің шарттағы қазіргі режимнің сыни талдауларына арналғандығымен анықталады. Зерттеу пәні - халықаралық инвестициялық құқық және халықаралық энергетикалық құқық, атап айтқанда инвестицияларды қорғау туралы келісімдер режимі. Мақалада тарихи, салыстырмалы және эмпирикалық талдау тұрғысынан құқықтық зерттеудің доктриналық әдістемесі қолданылады. Осы мақаладағы зерттеулер мәтінге негізделген және қажет болған жағдайда эмпирикалық зерттеулермен қамтамасыз етілген.

Түйін сөздер: Әділеттілік пен теңдік стандарты, инвесторларды қорғау, инвестицияларды қорғау, Энергетикалық хартияға келісім, арбитраждық даулар.

THE PROBLEMS OF FAIR AND EQUITABLE TREATMENT STANDARD IN THE ENERGY CHARTER TREATY

Bagdat Kuzhatov

Lecturer on International Energy Law,

M.S. Narikbayev KAZGUU University, PhD student, LL.M.,

Nur-Sultan, the Republic of Kazakhstan, e-mail: k_bagdat@kazguu.kz

Abstract. The fair and equitable treatment standard (hereinafter referred to as the Standard) is one of the controversial standards for the protection of investors' rights in international investment law and the subject of intense scientific discussions. Recent changes in the international investment treaty regime, in response to growing concerns about host countries' right to regulation and investor-government dispute settlement system, have prompted a revision of longstanding provisions of the Standard. The Energy Charter Treaty (hereinafter referred to as the Treaty) is an example of such a revision. In November 2017, the Energy Charter Conference decided in Ashgabat to start discussions on the potential modernization of the ECT. On November 27, 2018, the Energy Charter Conference approved a list of topics for modernizing the ECT. The standard is one of them. This research article aims to review the current provisions of the Standard in light of the Energy Charter Treaty). In the article the author analyzes the current regime of the Standard and identifies its problems. The article also discusses the advantages and disadvantages of these approaches. In conclusion, the author substantiates the applicability of one or another approach in relation to the Treaty. The scientific novelty of the article is determined by the fact that this study is devoted to a critical analysis of the current regime of the Standard in the Treaty. The subject of the research is international investment law and international energy law, in particular the regime of treaties on investment protection. The article uses the doctrinal methodology of legal research from the standpoint of historical, comparative and empirical analysis. The research in this article is text-based and, where applicable, supported by empirical research.

Keywords: investment protection, fair and equitable treatment, the Energy Charter Treaty, European Union, energy disputes.

Введение. Ближе к концу XXI века политические и экономические интересы стран Европейского Союза (далее - ЕС) и Содружества Независимых Государств (далее - СНГ) побудили их к переговорам по беспрецедентной и уникальной правовой базе в энергетическом секторе. Данная правовая база впервые заключена как Энергетическая хартия, а затем дополнительно к Энергетической хартии заключен Договор, имеющий юридически обязательный характер.

Договор уникальным образом консолидировал различные политические и экономические интересы стран Западной, Центральной и Восточной Европы, России и групп стран Центральной Азии в торговле энергоносителями и освоении энергетических ресурсов стран СНГ. В основе Договора легла идея тесного сотрудничества между Западной Европой, Восточной Европой и Центральной Азией из стран бывшего Советского Союза в энергетическом секторе. Значение Договора основывается на четырех основах, таких как поощрение и защита инвестиций, транзит энергии, торговля энергией и охрана окружающей среды.

Разработка всех типов энергоресурсов сама по себе относится к высоко рисковому сектору с политической, коммерческой и технической точек зрения. В момент заключения Договора казалось важным обеспечить высокий уровень защиты инвесторам ЕС, вкладывающим инвестиции в нефтегазовый сектор в России, Казахстане, Азербайджане, Узбекистане и Кыргызстане. Таким образом, разработчики Договора изначально отдавали приоритет защите инвестиций на пост советском пространстве.

Договор стал защитой для многих инвесторов ЕС на пост советском пространстве. Многие многомиллионные арбитражные иски инвесторов, связанные с защитой инвестицией, были поданы в рамках Договора¹. Основную часть ответчиков составила страны СНГ, Восточной и Центральной Европы². Решение арбитражного трибунала по делу ЮКОС стало беспрецедентным с точки зрения суммы компенсации³.

Дальнейшие изменения в глобальной энергетической политике привели к пересмотру целей внутренней политики Договаривающихся сторон к Договору в направлении устойчивого развития. Переход от традиционного ископаемого топлива к

источникам с низким содержанием углерода повлек за собой осуществление Договаривающимися сторонами комплексных мер регулирования, например, различных схем финансирования по стимулированию использования возобновляемых источников энергии. В свою очередь, эти факторы повлияли на характер энергетических споров, которые сместились от простого отказа в праве на добычу полезных ископаемых к сложным спорам, связанным с финансированием и тарифами в области возобновляемых источников энергии (далее - ВИЭ).

Международные обязательства в отношении изменения климата и стремление к энергетической безопасности привели к тому, что многие страны, в том числе Договаривающиеся стороны ЕС приняли решение перейти на ВИЭ. Договаривающиеся стороны ЕС стимулировали ВИЭ сектор и увеличили долю иностранных инвестиций в сектор ВИЭ. В последующем отмена предоставленных льгот и преференций влекла за собой арбитражные иски.

Растущее количество энергетических споров против Договаривающихся сторон ЕС по Договору стал предметом серьезной критики. Критика была направлена на проблему баланса между регулируемыми правами Договаривающихся сторон и предоставлением защиты инвестициям инвесторов. Рост споров вызвал проблемы толкования Договора.

Основным стандартом защиты инвестиций, на основе которого инвесторы подали иски является Стандарт справедливого и равноправного обращения инвесторам. На английском так называемый «fair and equitable treatment». Обширная и неоднозначная формулировка Стандарта привела к сегментарной интерпретации и неопределенности в применении арбитражными трибуналами. Это привело к тому, что каждый иск, поданный в соответствии с Договором, содержит предполагаемое нарушение Стандарта. На практике есть случаи, когда заявители не могли объяснить, как был нарушен Стандарт, а Договаривающиеся стороны не могли объяснить, как Стандарт не был нарушен. В настоящее время Стандарт оказался оружием в руках инвесторов для подачи иска в арбитраж против Договаривающихся сторон.

¹ Статистика Секретариата Договора к Энергетической Хартии <https://www.energychartertreaty.org/cases/statistics/>

² Статистика Секретариата Договора к Энергетической Хартии <https://www.energychartertreaty.org/cases/statistics/>

³ Судебная практика: *Yukos Universal Limited v. Russian Federation, PCA Case No. AA 227, 2014.*

С учетом накопленных проблемных вопросов, помимо в рамках положений о защите инвестиций, Конференция по Энергетической Хартии приняла решение модернизировать Договор. Первый этап завершен в 2015 году с принятием Международной Энергетической Хартии. Следующим шагом является рассмотрение необходимости обновления отдельных положений Договора.

Конференция по Энергетической Хартии на своей 29-й Сессии, которая проходила 27-28 ноября 2018 года, утвердила перечень тем для модернизации Договора. Основную часть перечня составляет положения по защите инвестиций, который включает в себя: определение понятий «инвестиции», «инвестор», «право на регулирование», «справедливый и одинаковый режим», «постоянная максимальная защита и безопасность», «непрямая экспроприация», «возмещение убытков», «зонтичная оговорка».

В свете реформы отдельных положений о защите инвестиций Договора, настоящая исследовательская статья проведет анализ на предмет: 1) действующих положений Стандарта Договора и арбитражной практики; 2) текущих предложений по модернизации положения FET. Статья состоит из двух частей. В первой части автор анализирует положения действующего Стандарта и обозначает проблемные вопросы. Во второй части автор проведет анализ различных вариантов Стандарта, с учетом международной практики.

I. Стандарт в настоящем

Стандарт включен в Статью 10 (1) Договора вместе с другими стандартами защиты инвестиций. Стандарт буквально находится во втором предложении и включает в себя: «Такие условия включают обязательство предоставлять без исключения Инвестициям Инвесторов других Договаривающихся Сторон справедливый и одинаковый режим».

Разработчики Договора, однако, связали второе предложение с первым предложением Статьи 10 (1), которая содержит: «Каждая Договаривающаяся Сторона, в соответствии с положениями настоящего Договора, поощряет и создает стабильные, равноправные, благоприятные и гласные условия инвесто-

рам других Договаривающихся Сторон для Осуществления Инвестиций на ее Территории».

Толкование двух вышеуказанных предложений повлекло за собой различные мнения не только среди арбитражных трибуналов, но и в академических кругах.

Несколько арбитражных трибуналов пришли к выводу, что условия первого предложения должны быть учтены в толковании стандартов защиты инвестиций, включенных в Статье 10 (1), в том числе Стандарта⁴. Другие пришли к выводу, что обязательство Договаривающихся сторон «поощрять и создать стабильные, равноправные, благоприятные и гласные условия» первого предложения должно рассматриваться в качестве элемента Стандарта⁵.

Ряд ученых в своем мнении были склонны рассматривать первое предложение как вступительную декларативную формулировку параграфа, который не имеет обязательства и ответственности для Договаривающихся сторон [1, 107 с, 42 с]. Согласно другому мнению, наличие первого предложения объясняет отличие Стандарта в рамках Договора от других соглашений о защите инвестиций. Таким образом, Стандарт в соответствии со статьей 10 (1) понимается как стандарт должной осмотрительности, который обязывает государства создавать условия, но не налагает строгой ответственности за любые меры, которые арбитражный трибунал может счесть несправедливыми [2, 351 с].

По мнению автора, содержание первого предложения не отражает сам Стандарт, скорее всего, разработчики намеревались подчеркнуть важность стабильных, справедливых, благоприятных и прозрачных условий в нормативно-правовой базе Договаривающихся сторон. Таким образом, разработчики отошли от общепринятой формы Стандарта и установили более высокий уровень защиты инвестиций. Это может быть связано с рядом обстоятельств, таких как высокий политический риск в государствах бывшего Советского Союза, а также капиталоемкость и долгосрочный характер энергетических проектов.

В международной практике соглашений о защите инвестиций Стандарт встречается

⁴ Судебная практика: *Plama v Republic of Bulgaria* (2003) (ICSID Case No. ARB/03/24) *nap.* 173; *Electrabel v the Republic of Hungary* (2007) (ICSID Case No. ARB/07/19) *nap.* 174; *Antin Infrastructure Services Luxembourg S.à.r.l. and Antin Energia Termosolar B.V. v Kingdom of Spain* (2013) (ICSID Case No. ARB/13/31) *nap.* 533.

⁵ Судебная практика: *Limited Liability Company Amt v Ukraine* (2005) (SCC Case No. 080/2005) *nap.* 74; *Novenergia II - Energy & Environment (SCA), SICAR v Kingdom of Spain* (2015) (SCC Case No. 063/2015) *nap.* 646; *Eiser Infrastructure Limited and Energia Solar Luxembourg S.à r.l. v Kingdom of Spain* (2013) (ICSID Case No. ARB/13/36) *nap.* 382; *Isolux Infrastructure Netherlands B.V. v Spain* (2013) (SCC Case No. 2013/153) *nap.* 764-766.

в различных формах. Согласно отчету Конференции Организации Объединенных Наций по торговле и развитию (UNCTAD) существует четыре общих формулировки Стандарта: 1) автономная форма 2) форма, которая привязана к международному праву; 3) форма, которая привязана к минимальному стандарту предоставляемого режима в соответствии с обычным международным правом (так называемый *minimum standard treatment*); 4) Стандарт с дополнительным содержанием [3, 28 с].

В арбитражной практике Договора актуально стоит вопрос о том, что можно ли интерпретировать Стандарт в свете минимального стандарта предоставляемого режима (далее - Минимального режима) или же Стандарт относится к автономной форме, которую можно интерпретировать в каждом конкретном случае со ссылкой на общие понятия справедливости и равноправности.

В решениях арбитражных трибуналов были разные точки зрения по вопросу автономности Стандарта от Минимального режима в соответствии со Статьей 10 (1). В первом случае *Blusun* трибунал принял решение, что Стандарт в Статье 10 (1) должен толковаться в соответствии с Минимальным режимом⁶. В других случаях, арбитражные трибуналы пришли к выводу, что Стандарт в Статье 10 (1) выходит за рамки Минимального режима⁷.

В результате анализа можно сделать вывод, что действующая редакция Стандарта в Договоре отличает его от других двухсторонних и многосторонних соглашений о защите инвестиций и создала неопределенность в применении. Неопределенная редакция Стандарта Статьи 10 (1) привела к стиранию границ между законным правом Договаривающихся сторон на регулирование и нарушением Стандарта.

Поскольку в соответствии со Статьей 10 (1) Стандарт не содержит исключения регулирующих прав Договаривающихся сторон в публичных интересах из сферы действия Стандарта. Сам Договор включает такие исключения в Статье 21 и Статье 24, и обе они косвенно связаны со Статьей 10 (1).

Статья 24 включает ряд исключений, содержащихся в ГАТТ 1994 г., который предоставляет Договаривающимся сторонам воз-

можность отступления от правил Договора по различным причинам. На практике, однако Статья 24 использовалась только один раз в качестве основы защиты в отношении нарушения FET. В деле *Watkins* Испания сослалась на Статью 24 в качестве основания защиты, но не смогла убедить арбитражный трибунал⁸. В целом, как показывает практика инвестиционных споров в отличие от права международной торговли, где торговые и неторговые цели давно четко уравновешиваются за счет общих исключений, в международных инвестиционных соглашениях практическая ценность этих положений в значительной степени отсутствует. Либо ответчики не поднимают их должным образом, либо суды игнорируют и принимают интерпретации, которые уменьшают их влияние.

II. Ожидания: Каким должен быть Стандарт в Договоре?

В рамках модернизации Договора Договаривающиеся стороны предоставили свои предложения по обновлению действующей редакции Стандарта. Позиции Договаривающихся сторон оказались различными⁹. Из представленных предложений следует отметить следующее. Азербайджан и Грузия предложили приравнять Стандарт к Минимальному режиму. ЕС, Турция, Швейцария и Албания предложили предоставить закрытый (исчерпывающий) перечень элементов Стандарта. Япония предложила оставить Стандарт в действующей редакции.

Анализируя недавнюю практику соглашений о защите инвестиций, автор отмечает два широко распространенных подхода к редакции Стандарта. Первый, это - подход ЕС, который включает в себя предоставление закрытого перечня элементов и открытое право на регулирование. Второй, это - подход США, который поддерживает ограничение Стандарта до Минимального режима.

С точки зрения первого, ЕС ранее завершил переговоры о экономических и торговых соглашениях, которые, среди прочего, включают положения о защите инвестиций. Например, Экономическое и торговое соглашение с Канадой (СЕТА), Соглашение о защите инвестиций с Вьетнамом. Автор отмечает следующие особенности такого подхода:

⁶ Судебная практика: *Blusun S.A., Jean-Pierre Lecorcier and Michael Stein v Italian Republic* (2016) (ICSID Case No. ARB/14/3) *par.* 319 (3).

⁷ Судебная практика: *Liman Caspian Oil BV and NCL Dutch Investment BV v Republic of Kazakhstan* (2010) (ICSID Case No. ARB/07/14) *par.* 263; *RREEF Infrastructure (G.P.) Limited and RREEF Pan-European Infrastructure Two Lux S.à r.l. v Kingdom of Spain* (2018) (ICSID Case No. ARB/13/30) *par.* 263; *OperaFund Eco-Invest SICAV PLC and Schwab Holding AG v Kingdom of Spain* (2019) (ICSID Case No. ARB/15/36), *par.* 425.

⁸ *Watkins Holdings v Spain* (2020) ICSID Case No. ARB/15/44 *par.* 496.

⁹ Решение Конференции по Энергетической Хартии CCDEC 2019, 6 октября 2019 года.

- предоставление закрытого/исчерпывающего перечня случаев, когда Стандарт может быть оценен нарушением;
- редакция таких случаев была дополнена словами «явная и целенаправленная дискриминация», «злоупотребляющее» и «существенное нарушение»;
- предоставление сторонам права вносить изменения в перечень по согласованию;
- открытое право сторон на регулирование договора для публичных целей;
- сбалансированная преамбула договора.

Как видно из вышеизложенного подход ЕС демонстрирует комплексный пакет. В частности, подход ЕС фокусируется на определении содержания Стандарта и границы между защитой инвестиций и правом на регулирование. Анализируя недавние соглашения ЕС, становится ясно, что разработчики пытались достичь баланса между защитой инвестиций и правом на регулирование. Разработчики внесли ясность, включив право регулировать государства в публичных целях в положения соглашений о защите инвестиций, которые включают Стандарт. Например, в соглашении СЕТА: «Для целей данной главы Стороны подтверждают свое право регулировать на своей территории для достижения законных целей политики, таких как защита общественного здоровья, безопасности, окружающей среды или общественной морали, социальной защиты или защиты потребителей или поощрение и защита культурного разнообразия»¹⁰. Он включен в преамбулу СЕТА.

Термин «право на регулирование» не имеет укоренившегося значения в международном инвестиционном праве. Однако данный термин используется взаимозаменяемо с концепциями суверенитета, национального пространства, регулирующих прав, регулирующей автономии, регулирующих мер и регулирующей свободы государств. Термин «право на регулирование» широко упоминается в недавних статьях ученых. В частности, это понимается как право принимающего государства регулировать иностранные инвестиции с целью продвижения внутренних приоритетов и защиты общественного благосостояния от возможных негативных воздействий иностранных и внутренних инвестиций. В более узком смысле этот термин обсуждается в недавних статьях ученых, где термин определяется как законное право принимающего государства, которое позволяет ему в исключительных

случаях регулировать в отступление от международных обязательств, взятых на себя в рамках инвестиционных соглашений, без обязательства по выплате компенсации [4,33 с]. Автор отмечает, что подход ЕС предусматривает большее ограничение в широком толковании элементов Стандарта, сужая посредством формулировок «существенное нарушение», «явная и целенаправленная дискриминация». В целях разъяснения разработчики предоставили краткое объяснение к элементам Стандарта. Например, при применении элемента Стандарта «законное ожидание» трибунал может принять во внимание, сделала ли сторона специальное заявление инвестору, на которое инвестор полагался при принятии решения о совершении или сохранении инвестиции.

В отличие от ЕС, США сохранили подход Минимального режима в своих соглашениях о защите инвестиций. Автор отмечает сохранение данного подхода США возможно на следующем основании. Изначально данный подход нашел поддержку в развитых странах, таких как США и Канада. После чего Минимальный режим стал предметом интенсивных дискуссий между развитыми и развивающимися странами. Применение Минимального режима проиллюстрировано и широко обсуждено в арбитражных решениях в рамках Североамериканского соглашения о свободной торговле между Канадой, США и Мексикой (далее - NAFTA). Несмотря на редакцию статьи 1105(1) NAFTA, где Стандарт привязан к международному праву, Комиссия по свободной торговле NAFTA пришла к выводу, что статья 1105 (1) предписывает Минимальный режим в соответствии с международным правом, предоставляемым инвестициям инвесторов другой стороны. По сравнению с NAFTA модельное инвестиционное соглашение США 2005 года включает явную формулировку уравнивания Стандарта и Минимального режима.

Существует мнение, что преимущество Минимального режима состоит в том, что Минимальный режим предотвращает широкое толкование Стандарта и помогает сохранить право на регулирование [5, 144-164 с]. Он исходит из того, что Минимальный режим, как правило, может применяться к очень серьезным нарушениям. Как утверждал арбитражный трибунал Glamis, «Минимальный режим предназначен для нарушений ниже порога, абсолютного дна, поведение ниже

¹⁰ Торгово-экономическое соглашение (СЕТА) между ЕС и Канадой, Статья 8.9. [Электронный ресурс]. Доступно по адресу: <https://ec.europa.eu/trade/policy/in-focus/ceta/ceta-chapter-by-chapter/> (дата: 16.02.2021).

которого не приемлемо для международного сообщества»¹¹. Поскольку Минимальный режим является относительно старым стандартом защиты прав инвесторов, а не сравнительно недавним как Стандарт, его применение более согласованно на основе обширной практики арбитража. Арбитражная практика в отношении Минимального режима возникла с 1926 года после решения по делу *Neer*, и арбитражная практика NAFTA внесла свой вклад в развитие Минимального режима.

При этом, несмотря на обширную арбитражную практику, элементы Минимального режима остаются неопределенными. Отсутствие четко определенного содержания является возможным недостатком этого подхода. При определении содержания Минимального режима арбитражные трибуналы обычно ссылаются на решения *Neer*, *Roberts* и *Norkins*. Решение *Neer* определило Минимальный режим как недобросовестность, умышленное пренебрежение своим обязательствам и недостаточность действий правительства¹². При определении нарушения Минимального режима арбитражные трибуналы ссылаются на предыдущие решения других арбитражных трибуналов. Общепринятыми элементами Минимального режима являются заявленный отказ в правосудии, отсутствие надлежащей правовой процедуры, отсутствие должной осмотрительности, произвол и дискриминация. При этом данные элементы перекрываются и взаимосвязаны друг с другом [6, 238 с].

В этом отношении устаревший характер Минимального режима препятствует его широкому применению. Однако трибуналы подтвердили, что Минимальный режим постоянно находится в процессе эволюции, который включает в себя сотни заключенных международных инвестиционных соглашений и арбитражных решений с момента решения *Neer* 1926 года [6, 238 с]. Таким образом, Минимальный режим является эластичным стандартом. Однако такая эластичность может создать трудности в обеспечении баланса между защитой инвестиций и правом государства на регулирование в публичных целях.

Учитывая неопределенный характер Минимального режима, модельные инвестиционные соглашения США (2004 и 2012 гг.) и Канады (2004 и 2014 гг.) уточнили редакцию Минимального режима¹³. В частности, типовое соглашение США определяет исчерпывающие элементы Минимального режима, ограничивающие обязательство не отказывать в правосудии в рамках уголовного, гражданского или административного судебного разбирательства в соответствии с принципом надлежащей правовой процедуры, закрепленным в основных правовых системах мира. Таким образом, разработчики, возможно, намеревались ограничить рамки Стандарта.

В отношении взаимосвязи между этими двумя подходами автор отмечает различия во взглядах. Поскольку арбитражный трибунал *Enron* отметил, что «Минимальный режим достаточно ясен чем Стандарт. Но в других, более неопределенных обстоятельствах, Стандарт может быть более точным, чем Минимальный режим. В контексте соглашения о защите инвестиций между США и Аргентиной, применимого к данному делу, также может потребоваться обработка, дополняющая или выходящая за рамки обычного международного права»¹⁴.

Более того, обычно утверждается, что Стандарт может быть шире, чем Минимальный режим. Несмотря на это, существует арбитражная практика, в которой редакция Стандарта приравнивается к Минимальному режиму. Например, выше отмечено, что дискуссия велась в толковании Стандарта в рамках Договора. Несмотря на то, что большинство трибуналов пришли к выводу, что Стандарт в соответствии с Договором является автономным стандартом, арбитражный трибунал *Blusun* пришел к выводу, что статья 10 (1) включает Стандарт в соответствии с Минимальным режимом. По мнению автора, подход ЕС может быть более приемлемым для Договора, с учетом максимального баланса интересов инвесторов и Договаривающихся сторон. Учитывая, что члены ЕС до сегодняшнего дня являются сторонами-ответчиками в большинстве споров, вытекающих из обязательства по Стандарту,

¹¹ Судебная практика: *Glamis Gold v United States*, UNCITRAL, Award, 8 June 2009 par. 615. [Электронный ресурс]. Доступно по адресу: <https://www.italaw.com/cases/487> (дата: 24.02.2021).

¹² Судебная практика: *L. F. H. Neer and Pauline Neer (U.S.A.) v. United Mexican States* 61f. [Электронный ресурс]. Доступно по адресу: https://legal.un.org/riaa/cases/vol_IV/60-66.pdf (дата: 25.02.2021).

¹³ Типовые договоры США (статья 5) и Канады (статья 6). [Электронный ресурс]. Доступны на: <https://ustr.gov/sites/default/files/BIT%20text%20for%20ACIEP%20Meeting.pdf> и <https://www.italaw.com/sites/default/files/files/italaw8236.pdf> (дата: 25.02.2021).

¹⁴ Судебная практика: *Enron Corporation, Ponderosa Assets, L.P. v. Argentina* par. 258 [Электронный ресурс]. Доступно по адресу: <https://www.italaw.com/cases/401> (Дата: 25.01.2021).

члены ЕС будет прилагать максимальные усилия сбалансировать баланс между правами инвесторов и обязательствами Договаривающихся сторон в обновляемом Договоре.

В преамбуле Международной энергетической хартии (далее - МЭК), подписанной в 2015 году, признается глобальная проблема, создаваемая трилеммой между энергетической безопасностью, экономическим развитием и защитой окружающей среды, а также усилиями всех стран по достижению устойчивого развития. Таким образом, МЭК проложила путь к уравниванию прав инвесторов и Договаривающихся сторон. Следовательно, в пересматриваемом Договоре, Договаривающиеся стороны возможно начнут учитывать баланс сторон в преамбуле Договора, так как преамбула играет немаловажную роль в толковании любого договора в соответствии с пунктом 2 статьи 31 Венской конвенции о праве международных договоров.

Кроме того, закрепление в Договоре закрытого (исчерпывающего) перечня случаев, когда Стандарт может быть оценен нарушением, будет ограничивать широкое толкование положений Стандарта.

Заключение. Настоящая статья посвятила анализ в отношении одной из проблемных стандартов защиты интересов в Договоре – Стандарт справедливого и одинакового режима. В первой части статьи автор обозначил ряд проблем, связанных с действующим содержанием и применением стандарта арбитражными трибуналами. Во второй части, анализируя недавнюю практику в усовершенствовании Стандарта, автор рассмотрел возможный пересмотр Стандарта. По мнению автора, подход ЕС может быть более приемлемым для Договора, с учетом максимального баланса интересов инвесторов и Договаривающихся сторон.

ЛИТЕРАТУРА

1. Thomas R. and Matthew H. *Settlement of Investment Disputes under the Energy Charter Treaty* – 2011. – 249 p. Thomas W. *International Investment under the 1994 Energy Charter Treaty: Legal, Negotiating and Policy Implications for International Investors within Western and Commonwealth of Independent States/Eastern European Countries // Journal of World Trade.* – 1995. - 72 p.
2. Richard H. *Dispute Settlement Under the Energy Charter Treaty // German Yearbook of International Law.* – 2002. - 362 p.
3. *United Nations Conference on Trade and Development 'Fair and Equitable Treatment. UNCTAD Series on Issues in International Investment Agreements* – 2012. - 141 p.
4. Aikaterini T. *The right to regulate in International Investment law.* – 2013. - 373 p.
5. Vasciannie S. *The Fair and Equitable Treatment Standard in International Investment Law and Practice // British Yearbook of International Law,* - 1999. - 164 p.
6. Newcombe A. and Paradell L. *Law and Practice of Investment Treaties: Standards of Treatment* – 2009. - 436 p.

REFERENCES

1. Thomas R. and Matthew H. *Settlement of Investment Disputes under the Energy Charter Treaty* – 2011. – 249 p. Thomas W. *International Investment under the 1994 Energy Charter Treaty: Legal, Negotiating and Policy Implications for International Investors within Western and Commonwealth of Independent States/Eastern European Countries // Journal of World Trade.* – 1995. - 72 p.
2. Richard H. *Dispute Settlement Under the Energy Charter Treaty // German Yearbook of International Law.* – 2002. - 362 p.
3. *United Nations Conference on Trade and Development 'Fair and Equitable Treatment. UNCTAD Series on Issues in International Investment Agreements* – 2012. - 141 p.
4. Aikaterini T. *The right to regulate in International Investment law.* – 2013. - 373 p.
5. Vasciannie S. *The Fair and Equitable Treatment Standard in International Investment Law and Practice // British Yearbook of International Law,* - 1999. - 164 p.
6. Newcombe A. and Paradell L. *Law and Practice of Investment Treaties: Standards of Treatment* – 2009. - 436 p.