

Глава XI

КЛАУЗУЛА О НАИБОЛЕЕ БЛАГОПРИЯТСТВУЕМОЙ НАЦИИ

А. Введение

150. На своей шестидесятой сессии (в 2008 году) Комиссия постановила включить в свою программу работы тему «Клаузула о наиболее благоприятствуемой нации» и учредить на своей шестьдесят первой сессии Исследовательскую группу по данной теме³⁹⁶.

151. Исследовательская группа под сопредседательством г-на Дональда М. Макрэя и г-на А. Рохана Переры была учреждена на шестьдесят первой сессии (в 2009 году)³⁹⁷, а затем вновь учреждена на шестьдесят второй сессии (в 2010 году) и шестьдесят третьей сессии (в 2011 году) под руководством тех же председателей³⁹⁸. На шестьдесят четвертой сессии (в 2012 году) Комиссия вновь учредила Исследовательскую группу по теме «Клаузула о наиболее благоприятствуемой нации» под председательством г-на Дональда М. Макрэя³⁹⁹.

³⁹⁶ На своем 2997-м заседании 8 августа 2008 года (см. *Ежегодник... 2008 год*, том II (часть вторая), пункт 354). Общий набросок темы см. там же, приложение II. Генеральная Ассамблея приняла это решение к сведению в пункте 6 своей резолюции 63/123 от 11 декабря 2008 года.

³⁹⁷ На своем 3029-м заседании 31 июля 2009 года Комиссия приняла к сведению устный доклад сопредседателей Исследовательской группы по теме «Клаузула о наиболее благоприятствуемой нации» (см. *Ежегодник... 2009 год*, том II (часть вторая), пункты 211–216). В частности, Исследовательская группа рассмотрела рамки, которые будут служить общими направлениями будущей работы, и достигла договоренности о программе работы, включающей подготовку документов, которые должны были пролить дополнительный свет на вопросы, касающиеся, в частности, сферы охвата клаузул о наиболее благоприятствуемой нации, их толкования и применения.

³⁹⁸ На своем 3071-м заседании 30 июля 2010 года Комиссия приняла к сведению устный доклад сопредседателей Исследовательской группы (см. *Ежегодник... 2010 год*, том II (часть вторая), пункты 359–373). Исследовательская группа рассмотрела и проанализировала различные документы, подготовленные на основе установленных в 2009 году рамок, определяющих общие направления будущей работы, и согласовала программу работы на 2010 год. На своем 3119-м заседании 8 августа 2011 года Комиссия приняла к сведению устный доклад сопредседателя Исследовательской группы (см. *Ежегодник... 2011 год*, том II (часть вторая), пункты 348–362). Исследовательская группа рассмотрела и проанализировала дополнительные документы, подготовленные на основе установленных в 2009 году рамок.

³⁹⁹ На своем 3151-м заседании 27 июля 2012 года Комиссия приняла к сведению устный доклад Председателя Исследовательской группы (см. *Ежегодник... 2012 год*, том II (часть вторая), пункты 244–265). Исследовательская группа рассмотрела и проанализировала дополнительные документы, подготовленные на основе установленных в 2009 году рамок.

В. Рассмотрение темы на настоящей сессии

152. На настоящей сессии Комиссия вновь учредила Исследовательскую группу по теме «Клаузула о наиболее благоприятствуемой нации» под председательством г-на Дональда М. Макрэя. В его отсутствие функции Председателя выполнял г-н Матиас Форто. Исследовательская группа провела четыре заседания – 23 мая и 10, 15 и 30 июля 2013 года.

153. На своем 3189-м заседании 31 июля 2013 года Комиссия приняла к сведению доклад Исследовательской группы.

1. РАБОТА ИССЛЕДОВАТЕЛЬСКОЙ ГРУППЫ

154. Следует напомнить, что общая задача Исследовательской группы заключается в том, чтобы содействовать защите международного права от фрагментации, а также большей согласованности подходов к принятию арбитражных решений в области инвестиций, особенно в отношении положений о наиболее благоприятствуемой нации. Исследовательская группа продолжает работать над тем, чтобы внести вклад в обеспечение большей определенности и стабильности в сфере инвестиционного права. Она намеревается разработать документ, представляющий практическую ценность для участников инвестиционной деятельности и директивных органов. В намерения Исследовательской группы не входит подготовка проектов каких-либо статей или пересмотр проектов статей в отношении клаузулы о наиболее благоприятствуемой нации, принятых Комиссией в 1978 году⁴⁰⁰.

155. Пытаясь пролить дополнительный свет на современные проблемы, возникающие в связи с клаузулой о наиболее благоприятствуемой нации в инвестиционном праве, Исследовательская группа с 2010 года подготовила и рассмотрела несколько справочных рабочих документов. В частности, она проанализировала: *a)* типологию существующих положений о наиболее благоприятствуемой нации, которая является предметом продолжающегося изучения; *b)* принятые Комиссией проекты статей 1978 года и области, в которых они сохраняют актуальность; *c)* различные аспекты того, как клаузула о наиболее благоприятствуемой нации развивалась и продолжает развиваться в контексте Генерального соглашения по тарифам и торговле 1994 года

⁴⁰⁰ *Ежегодник... 1978 год*, том II (часть вторая), пункт 74.

(ГАТТ) и ВТО; *d*) другие изменения в контексте Организации экономического сотрудничества и развития (ОЭСР) и Конференции Организации Объединенных Наций по торговле и развитию (ЮНКТАД); *e*) современные вопросы, касающиеся сферы применения клаузулы о наиболее благоприятствуемой нации, в частности возникающие в связи с решением по делу *Маффесини*⁴⁰¹; *f*) каким образом клаузула о наиболее благоприятствуемой нации толкуется арбитражными судами по инвестиционным спорам в период принятия решения по делу *Маффесини* и в последующий период; и *g*) влияние смешанной природы арбитражных судов по инвестиционным спорам на применение клаузул о наиболее благоприятствуемой нации к процессуальным нормам⁴⁰².

156. Исследовательская группа провела также работу по определению фамилий арбитражных судей и адвокатов, участвовавших в инвестиционных делах, в которых фигурировали клаузулы о наиболее благоприятствуемой нации, а также типов положений о наиболее благоприятствуемой нации, являвшихся предметом толкования. Кроме того, в целях дальнейшего выяснения нормативного содержания клаузул о наиболее благоприятствуемой нации в области инвестиций был рассмотрен неофициальный доклад о типовых клаузулах о наиболее благоприятствуемой нации после решения по делу *Маффесини*, содержащий анализ различных видов реагирования государств на решение по делу *Маффесини*, включая заявления о том, что клаузула о наиболее благоприятствуемой нации неприменима к положениям об урегулировании споров, или перечисление конкретных областей, на которые распространяется клаузула о наиболее благоприятствуемой нации. Она также рассмотрела неофициальный рабочий документ, содержащий обзор сходных с клаузулой о наиболее благоприятствуемой нации формулировок в соглашениях о штаб-квартирах, согласно которым представители государств при организации наделяются теми же привилегиями, что и дипломаты в принимающем государстве. Эти неофициальные рабочие документы, а также неофициальный рабочий документ по теме «Двусторонние соглашения о налогообложении

и клаузула о НБН» все еще находятся на стадии разработки.

157. Ранее Исследовательская группа сделала вывод о необходимости дальнейшего изучения вопроса о наиболее благоприятствуемой нации применительно к торговле услугами в рамках Генерального соглашения по торговле услугами и инвестиционных договоров и соотношении между клаузулами о наиболее благоприятствуемой нации, справедливым и равноправным режимом и режимами, установленными национальными нормами, а также региональными экономическими интеграционными соглашениями и соглашениями о свободной торговле, чтобы оценить, может ли применение клаузул о наиболее благоприятствуемой нации в этих областях открыть определенные перспективы для работы Исследовательской группы. Внимание было обращено также на необходимость рассмотрения взаимосвязи между двусторонними и многосторонними договорами и на вопрос о том, как клаузула о наиболее благоприятствуемой нации действует в более многообразном и сложном контексте с момента принятия Комиссией в 1978 году проектов статей о клаузуле о наиболее благоприятствуемой нации; а также вопрос о взаимности в применении клаузул о наиболее благоприятствуемой нации, особенно в соглашениях между развитыми и развивающимися странами.

158. По общему пониманию конечной целью должна быть подготовка полного доклада, в котором систематически анализируются различные вопросы, признанные имеющими отношение к делу. Предусматривалось, что окончательный доклад будет содержать общую информацию о работе в более широких рамках общего международного права с учетом последующих изменений, включая период после принятия проектов статей в 1978 году. Соответственно, в докладе также будет предпринята попытка затронуть современные проблемы, касающиеся клаузул о наиболее благоприятствуемой нации, и в этой связи будут проанализированы такие аспекты, как актуальность положений о наиболее благоприятствуемой нации, работа о положениях о наиболее благоприятствуемой нации, проделанная другими органами, и различные подходы к толкованию положений о наиболее благоприятствуемой нации. Было выражено мнение о том, что в окончательном докладе Исследовательской группы мог бы быть затронут в общем плане вопрос о толковании положений о наиболее благоприятствуемой нации в инвестиционных соглашениях в отношении урегулирования споров с анализом различных факторов, имеющих отношение к данному процессу, и представлением при необходимости руководящих принципов и примеров типовых клаузул для ведения переговоров о положениях о наиболее благоприятствуемой нации на основе практики государств.

⁴⁰¹ *Emilio Agustín Maffezini v. Kingdom of Spain*, ICSID Case No. ARB/97/7, Decision of the tribunal on objections to jurisdiction, 25 января 2000 года (размещено на веб-сайте <https://icsid.worldbank.org/>).

⁴⁰² «Каталог положений о НБН» (г-н Д.М. Макрэй и г-н А.Р. Перера); «Проекты статей Комиссии международного права 1978 года» (г-н Ш. Мурасэ) (этот документ подвергся дальнейшему пересмотру в 2013 году); «НБН в условиях ГАТТ и ВТО» (г-н Д.М. Макрэй); «Деятельность ОЭСР по НБН» (г-н М. Хмуд); «Деятельность ЮНКТАД по НБН» (г-н С.К. Васьянни); «Проблема Маффесини в инвестиционных договорах» (г-н А.Р. Перера); «Толкование и применение клаузул о НБН в инвестиционных договорах» (г-н Д.М. Макрэй); «Толкование клаузул о НБН арбитражными судами по инвестиционным спорам» (г-н Д.М. Макрэй); и «Влияние смешанной природы арбитражных судов по инвестиционным спорам на применение клаузул о НБН к процессуальным положениям» (г-н М. Форто).

2. ОБСУЖДЕНИЯ В ИССЛЕДОВАТЕЛЬСКОЙ ГРУППЕ НА НАСТОЯЩЕЙ СЕССИИ

159. Исследовательской группе был представлен рабочий документ под названием «ДИД о смешанных арбитражах: юридический характер урегулирования инвестиционных споров», подготовленный г-ном Шинья Мурасэ, а также рабочий документ под названием «Обзор формулировок клаузулы о наиболее благоприятствуемой нации и судебной практики, связанной с делом *Маффесини*», подготовленный г-ном Махмудом Д. Хмудом. Исследовательская группа продолжала также анализ современной практики и судебных решений применительно к толкованию клаузул о наиболее благоприятствуемой нации. В этой связи Исследовательской группе были представлены тексты последних решений и несогласных и особых мнений арбитров⁴⁰³.

160. В подготовленном г-ном Мурасэ документе был затронут один из ранее обсуждавшихся в Исследовательской группе в 2012 году аспектов, касающихся рабочего документа г-на Магиаса Форто по теме «Влияние смешанной природы арбитражных судов по инвестиционным спорам на применение клаузул о наиболее благоприятствуемой нации к процессуальным положениям», в котором анализировался феномен смешанных судов посредством объяснения смешанной природы арбитража в связи с инвестициями; оценки особенностей применения клаузулы о наиболее благоприятствуемой нации в смешанном арбитраже; изучения воздействия такого арбитража на применение клаузулы о наиболее благоприятствуемой нации к процессуальным положениям; рассмотрения смешанной природы арбитража по инвестиционным вопросам, проявляющегося на двух уровнях в силу того, что две стороны разбирательства, в качестве которых выступает частный истец и государство-ответчик, имеют разную природу; а также констатации того, что арбитражный суд при этом служит функциональной заменой компетентному в иных обстоятельствах суду принимающего государства. Смешанный арбитраж, таким образом, располагается между национальным уровнем и международным уровнем, имея сходство применительно к инвестиционным спорам и с международным торговым арбитражем, и с публичным международным арбитражем, в нем сочетаются как частный, так и публичный элементы. В рабочем документе г-на Мурасэ была предпринята попытка поместить в историческую перспективу развитие права в этой сфере. Документ напомнил, что процесс «интернационализации»

⁴⁰³ *Daimler Financial Services AG v. Argentine Republic*, ICSID Case No. ARB/05/1, направленное сторонам 22 августа 2012 года, и несогласное мнение судьи Чарльза Н. Броуэра и особое мнение профессора Доминго Белло Жанейро; *Kılıç İnşaat İthalat İhracat Sanayi ve Ticaret Anonim Şirketi v. Turkmenistan*, ICSID Case No. ARB/10/1, направленное сторонам 2 июля 2013 года, и особое мнение профессора Уильяма В. Парка. См. также решение МЦУИС о возражении против юрисдикции из-за отсутствия согласия в деле *Garanti Koza LLP v. Turkmenistan*, ICSID Case No. ARB/11/20, 3 июля 2013 года (размещен на веб-сайте <https://icsid.worldbank.org/>).

«концессионных соглашений», заключаемых между компанией-инвестором и принимающим государством, начался в XIX веке – начале XX века. Те соглашения считались «договорами по частному праву» или «договорами по публичному (или административному) праву», регулируемые внутренним правом государства инвестора или принимающего государства. После второй мировой войны исключение возможности использования внутреннего права и внутренней юрисдикции стало явной тенденцией в таких соглашениях, заложив в доктрине основу для мнения о том, что такие соглашения регулируются скорее «общими принципами, признанными цивилизованными нациями», нежели внутренним правом одного из двух государств, и что такие соглашения являются «соглашениями в области экономического развития», регулируемые не внутренним правом, как и не международным правом, а *lex contractus*, даже если суды отказывались признавать такие определения⁴⁰⁴. Утверждалось, что эти концессионные соглашения или соглашения об экономическом развитии были предшественниками заключенных впоследствии многочисленных двусторонних инвестиционных договоров, которые представляют собой межгосударственные соглашения, материально-правовые нормы которых регулируются международным правом. Однако с процессуальной точки зрения утверждалось, что, независимо от того, в какой степени смешанные суды могут походить на межгосударственные суды, Исследовательской группе следует относиться к ним с осторожностью и иначе, чем, например, к делам о спорах ВТО.

161. Рабочий документ, подготовленный г-ном Хмудом, представляет собой подборку договорных положений, которые были предметом рассмотрения в решениях и затрагивали вопросы, связанные с возникшим при рассмотрении дела *Маффесини* вопросом о том, распространяется ли клаузула о наиболее благоприятствуемой нации на положения об урегулировании споров, наряду с соответствующими выдержками из решений.

162. В том, что касается решений по делам *Даймлер* и *Килич*, рассматривавшихся Исследовательской группой, было отмечено, что они касались сходных спорных вопросов, как и в деле *Маффесини*, и что затрагиваемые в указанных решениях различные элементы могли представлять интерес для работы Исследовательской группы, поскольку в 2012 году она рассматривала вопрос о различных факторах, которые суды учитывают при толковании клаузул о наиболее благоприятствуемой нации. В частности, Исследовательская группа признала, что интерпретативные подходы арбитражных судов к клаузуле о наиболее благоприятствуемой

⁴⁰⁴ См. Международный Суд в деле *Anglo-Iranian Oil Co. case (jurisdiction)*, Judgment of 22 July 1952, I.C.J. Reports 1952, p. 93, at p. 112, который заявил: «Суд не может согласиться с мнением о том, что соглашение, подписанное между иранским правительством и англо-персидской нефтяной компанией, носит двойной характер. Это – не что иное, как концессионный договор между правительством и иностранной корпорацией».

нации и релевантность Венской конвенции о праве международных договоров (Венская конвенция 1969 года) для этой цели представляют особый интерес. В решениях были высвечены некоторые важные аспекты толкования договоров, такие как текстуальная и контекстуальная основа договора, включая договорную практику соответствующих государств, объект и цель договора, а также согласие и современность. Исследовательская группа приняла также к сведению тот факт, что арбитражный суд в деле *Даймлер* рассмотрел значение концепции режима большего/меньшего благоприятствования, имеющего отношение к различным процедурам урегулирования споров, имеющихся в распоряжении участников договора. Она также сочла, что обзор соответствующей судебной практики в решении по делу *Килич* мог бы представлять интерес при разработке окончательного доклада.

163. Ожидалось, что в ходе данной сессии Исследовательская группа начнет рассматривать проект ее окончательного доклада, который должен быть подготовлен Председателем с учетом представленных Исследовательской группе различных рабочих документов. В отсутствие Председателя Исследовательская группа, тем не менее, провела дальнейший обмен мнениями по широким наброскам своего окончательного доклада, вновь признав, что, хотя основной упор в ее работе приходится на сферу инвестиций, было бы лучше поставить обсуждение вопросов в более широкую плоскость, в частности с учетом общего международного права и предшествующей работы Комиссии. В докладе должны быть затронуты такие вопросы, как истоки и цель работы Исследовательской группы; проекты статей 1978 года и их актуальность; события после 1978 года; современное значение положений о наиболее благоприятствуемой нации, включая проекты статей 1978 года; рассмотрение положений о наиболее благоприятствуемой нации

в других органах, таких как ЮНКТАД и ОЭСР; контекстуальные соображения, такие как феномен смешанных арбитражных судов, как о нем говорится, например, в документе г-на Мурасэ; и конфликтующие подходы к толкованию положений о наиболее благоприятствуемой нации в судебных решениях.

164. Вновь обращаясь к толкованию положений о наиболее благоприятствуемой нации в инвестиционных договорах с привлечением Венской конвенции 1969 года в качестве отправной точки, Исследовательская группа отметила возможность разработки для окончательного доклада руководящих принципов и типовых условий. Тем не менее она признала опасность того, что любой результат может быть слишком прескриптивным. Вместо этого было отмечено, что могло бы быть полезно каталогизировать примеры из практики, касающейся договоров, и привлечь внимание государств к тому толкованию, которое различными судебными решениями придается различным положениям. Было выражено мнение, что обзор, начатый г-ном Хмудом, будет полезным, когда Исследовательская группа в конечном итоге обратится к проблеме руководящих принципов и типовых положений по вопросам, возникшим в решении по делу *Маффесини*. Исследовательская группа еще раз напомнила, что ранее ею была выявлена необходимость дальнейшего изучения вопроса о наиболее благоприятствуемой нации применительно к торговле услугами в соответствии с Генеральным соглашением по торговле услугами и инвестиционными договорами, а также взаимосвязи между стандартами клаузул о наиболее благоприятствуемой нации, справедливого и равного режима и национального режима. Все эти аспекты будут по-прежнему находиться под наблюдением Исследовательской группы по мере продвижения ее работы. Исследовательская группа в то же время помнила, что ей не следует слишком расширять сферу охвата своей работы.