

## **Приложение II**

### **КЛАУЗУЛА О НАИБОЛЕЕ БЛАГОПРИЯТСТВУЕМОЙ НАЦИИ**

#### **(Рабочая группа Комиссии)**

1. В 1978 году Комиссия приняла проекты статей по теме: Клаузула о наиболее благоприятствующей нации<sup>1</sup>. Генеральная Ассамблея не приняла по ним никакого решения. В 2006 году на пятьдесят восьмой сессии Комиссии Рабочая группа по долгосрочной программе работы обсудила вопрос о том, следует ли рассматривать вновь клаузулу о наиболее благоприятствующей нации и включать эту тему в ее долгосрочную программу работы, но Комиссия не приняла никакого решения по этому вопросу. Затем Комиссия запросила мнения правительства<sup>2</sup>. На шестьдесят первой сессии Шестого комитета одно государство поддержало эту идею, однако два государства выразили сомнения в целесообразности рассмотрения данной темы. Теперь Комиссия создала рабочую группу для рассмотрения вопроса о том, следует ли включать тему, касающуюся клаузулы о наиболее благоприятствующей нации, в ее долгосрочную программу работы.

2. В настоящем документе рассматривается вопрос относительно клаузулы о наиболее благоприятствующей нации: решение, принятое в 1978 году, причины, по которым эта тема не была далее развита, изменения, произошедшие с 1978 года, и возможность для Комиссии сделать что-нибудь полезное по этой теме.

#### **1. Природа, истоки и эволюция клаузул о наиболее благоприятствующей нации**

3. Клаузула о наиболее благоприятствующей нации представляет собой положение в международном договоре, в соответствии с которым государство соглашается предоставить другому договаривающемуся партнеру не менее благоприятный режим, чем режим, который оно предоставляет другому или третьим государствам. Она являлась одной из ранних и особых форм клаузулы о недискриминации и уходит своими корнями во времена первых договоров о дружбе, торговле и судоходстве. Например, в договоре между Великобританией и Швецией 1654 года предусматривалось:

Люди, подданные и жители обоих союзов будут обладать и пользоваться в каждом из этих королевств, стран, территорий и доминионов такими же значительными и полными привилегиями, взаимоотношениями, свободами и иммунитетами, какими обла-

дает любой другой иностранец в настоящее время и будет пользоваться впоследствии<sup>3</sup>.

Такая клаузула гарантировала только такой же благоприятный режим, как и режим, предоставляемый другим иностранцам. Она не служила гарантией национального режима. На граждан мог распространяться как более, так и менее благоприятный режим, чем на иностранцев. Таким образом, клаузула о наиболее благоприятствующей нации не являлась всеобъемлющим положением о недискриминации.

4. Как явствует из соглашения между Великобританией и Швецией, предоставление режима наиболее благоприятствующей нации предусматривалось в интересах "людей, подданных и жителей" обоих государств. Это было типичным для договоров о дружбе, торговле и мореплавании. Они касались прежде всего, хотя и исключительно, экономической деятельности. Льготы, предоставлявшиеся по таким соглашениям, были призваны облегчить экономическую деятельность подданных каждого государства на территории другого государства. Действительно, в основе предоставления режима наиболее благоприятствующей нации лежали экономические соображения – желание получателя режима наиболее благоприятствующей нации избежать того, чтобы его собственные подданные ставились в неблагоприятное экономическое положение по сравнению с подданными третьих государств. Этот режим не основывался на какой-либо концепции равенства государств.

5. Вместе с тем режим наиболее благоприятствующей нации не ограничивался исключительно экономической сферой. Двусторонние договоры, касавшиеся дипломатических и консульских сношений, также содержали гарантии наиболее благоприятствующей нации как применительно к способности содержать помещения дипломатических и консульских представительств, так и в преломлении к привилегиям, предоставлявшимся дипломатическим и консульским работникам<sup>4</sup>. Как только дипломатические и консульские сношения стали регулироваться многосторонними конвенциями, устанавливавшими

<sup>3</sup> Treaty of Peace and Commerce between Great Britain and Sweden (Uppsala, 11 April 1654), *British and State Foreign Papers 1812–1814*, vol. I, Part I, London, Ridgway, 1841, p. 692 (art. IV).

<sup>4</sup> См., например, Итalo-Турецкую консульскую конвенцию от 9 сентября 1929 года, 129 L.N.T.S. 195, цитируется в первом докладе об оговорке о режиме наибольшего благоприятствования, подготовленный Специальным докладчиком г-ном Эндре Уштором, *Ежегодник...* 1969 год, том II, документ A/CN.4/213, пункт 57, стр. 166 англ. текста.

<sup>1</sup> См. *Ежегодник...* 1978 год, том II (часть вторая), пункт 74, стр. 19.

<sup>2</sup> См. *Ежегодник...* 2006 год, том II (часть вторая), пункт 259, стр. 224.

вающими права на всеобъемлющей основе, необходимость в двусторонних соглашениях, препятствующих дискриминации на основе включения клаузулы о наиболее благоприятствуемой нации, отпала.

6. За пределами экономической сферы режим наиболее благоприятствуемой нации являлся принципом недискриминации применительно к обстоятельствам, в которых отношения между государствами регулировались на основе двусторонних соглашений. Подобные клаузулы имели меньшую полезность в тех случаях, когда отношения регулировались многосторонними соглашениями и режим наиболее благоприятствуемой нации мог охватываться общим положением о недискриминации. Тем не менее режим наиболее благоприятствуемой нации сохранял свою значимость в экономической сфере там, где многосторонние соглашения содержали положения о наиболее благоприятствуемой нации. Это отражает экономическую направленность режима наиболее благоприятствуемой нации в данной сфере, так как данный аспект не позволяет охватить общее положение о недискриминации.

7. В экономической области в XIX веке и начале XX века режим наиболее благоприятствуемой нации часто предоставлялся на обусловленной основе. Вместо автоматического предоставления режима наиболее благоприятствуемой нации государство предпочитало распространять его в обмен на льготы, предоставляемые другим государством. Иными словами, за предоставление режима наиболее благоприятствуемой нации необходимо было платить. Этот режим получил известность как "обусловленный режим наиболее благоприятствуемой нации". Практика предоставления обусловленного режима наиболее благоприятствуемой нации стала менее распространенной в связи с более четким осознанием того, что с безусловным предоставлением режима наиболее благоприятствуемой нации для предоставляющего его государства сопряжены экономические выгоды, и обусловленный режим наиболее благоприятствуемой нации сегодня имеет ограниченную значимость.

8. Безусловный режим наиболее благоприятствуемой нации стал краеугольным камнем режима Генерального соглашения по тарифам и торговле (ГАТТ). В соответствии со статьей I ГАТТ режим наиболее благоприятствуемой нации должен предоставляться на границах в отношении товаров других Договаривающихся Сторон ГАТТ "немедленно и безусловно". Вкупе с требованием статьи III ГАТТ относительно распространения "национального режима" на эти товары после их поступления на внутренний рынок Договаривающейся Стороны ГАТТ принцип наиболее благоприятствуемой нации превратился в основу принципа недискриминации в соответствии с ГАТТ, и это положение сохранилось в рамках ВТО. Более того, по соглашениям ВТО принцип наиболее благоприятствуемой нации распространился за пределы его специфической сферы применения в отношении товаров и начал применяться к сфере услуг и к охране прав интеллектуальной собственности. В соответствии со статьей II Генерального

соглашения по торговле услугами (ГАТС) предусматривается очень широкая сфера применения наиболее благоприятствуемой нации в отношении "любой меры, охватываемой настоящим Соглашением".

9. Невзирая на центральную роль режима наиболее благоприятствуемой нации в соответствии со статьей I ГАТТ, в рамках ГАТТ и ВТО предусматриваются также важные изъятия из режима наиболее благоприятствуемой нации. Главное изъятие касается региональных соглашений (таможенных союзов и зон свободной торговли), согласно которым преференции предоставляются участникам этих соглашений и, следовательно, режим наиболее благоприятствуемой нации не распространяется на все Договаривающиеся Стороны ГАТТ. В соответствии со статьей XXIV ГАТТ эти льготы необязательно должны распространяться на другие Договаривающиеся Стороны ГАТТ или на других членов ВТО.

10. Сохранение принципа наиболее благоприятствуемой нации по режиму ВТО, которым предусмотрен собственный механизм урегулирования споров, означает, что в рамках торгового режима ВТО есть возможность для последовательного толкования требования в отношении режима наиболее благоприятствуемой нации. Вместе с тем принцип наиболее благоприятствуемой нации получил новую жизнь с развитием региональных торговых соглашений и со всплеском в деле заключения двусторонних инвестиционных соглашений, в которые обычно включается в той или иной форме требование относительно наиболее благоприятствуемой нации.

## **2. Предшествующая работа Комиссии над клаузулой о наиболее благоприятствуемой нации**

11. Начало рассмотрению Комиссии клаузул о наиболее благоприятствуемой нации было положено ее работой над правом международных договоров. Предлагалось включить в проекты статей по праву международных договоров положение, исключающее из сферы их действия клаузулы о наиболее благоприятствуемой нации. Комиссия приняла решение не делать этого, а рассмотреть клаузулы о наиболее благоприятствуемой нации в качестве отдельной темы<sup>5</sup>. Специальный докладчик г-н Эндре Уштор и его преемник г-н Николай Ушаков провели исчерпывающий анализ клаузул о наиболее благоприятствуемой нации в том виде, в котором они существовали до середины 1970-х годов. Их доклады основывались на обширной государственной практике в деле заключения международных договоров, содержащих клаузулы о наиболее благоприятствуемой нации в разнообразных областях, на решениях МС, затрагивавших клаузулы о наиболее благоприятствуемой нации (*Anglo-Iranian Oil Co*<sup>6</sup>, *Case concerning rights of nationals of the United States of America in*

<sup>5</sup> См. Ежегодник... 1978 год, том II (часть вторая), пункт 15, стр. 10.

<sup>6</sup> *Anglo-Iranian Oil Co. case (jurisdiction), Preliminary objection, Judgment of 22 July 1952, I.C.J. Reports 1952*, p. 93.

*Morocco*<sup>7</sup>, *Ambatielos case*<sup>8</sup>)<sup>9</sup> и на значительном количестве решений национальных судов.

12. Подход Комиссии заключался в изучении клаузулы о наиболее благоприятствуемой нации и режима наиболее благоприятствуемой нации в качестве "правового института"<sup>10</sup>, а не просто в качестве аспекта права международных договоров, и в широком рассмотрении действия этой клаузулы без ограничения сферы ее применения областью международной торговли. Она стремилась избежать попыток разрешить вопросы "технического и экономического характера"<sup>11</sup>.

13. Тридцать проектов статей, подготовленных Комиссией<sup>12</sup>, охватывали такие вопросы, как определение клаузулы о наиболее благоприятствуемой нации и режима наиболее благоприятствуемой нации (проекты статей 4 и 5), сфера их применения, договорная, а не обычная международно-правовая основа режима наиболее благоприятствуемой нации (проект статьи 7), объем режима наиболее благоприятствуемой нации (проекты статей 8, 9 и 10), последствия обусловленного и безусловного режима наиболее благоприятствуемой нации (проекты статей 11, 12 и 13), источник режима, предоставляемого в соответствии с клаузулой о наиболее благоприятствуемой нации (проекты статей 14–19), момент возникновения прав в силу клаузулы о наиболее благоприятствуемой нации (проект статьи 20), прекращение или приостановление прав в силу клаузулы о наиболее благоприятствуемой нации (статья 21), взаимосвязь клаузулы о наиболее благоприятствуемой нации со всеобщей системой преференций (проекты статей 23 и 24), а также особые случаи пограничной торговли и транзитных прав государств, не имеющих выхода к морю.

### 3. Реакция Шестого комитета на проекты статей

14. Проекты статей о наиболее благоприятствуемой нации в дальнейшем так и не были рассмотрены Генеральной Ассамблей. Прения в Шестом комитете<sup>13</sup> свидетельствуют о наличии ряда проблем, вызывавших обеспокоенность в связи с проектами статей, но в наибольшей степени выделялись два вопроса. Впервые, обеспокоенность вызывало то, что в проектах

<sup>7</sup> *Case concerning rights of nationals of the United States of America in Morocco, Judgment of 27 August 1952, I.C.J. Reports 1952*, p. 176.

<sup>8</sup> *Ambatielos case (Greece v. United Kingdom), Jurisdiction, Judgment of 1 July 1952, ibid.*, p. 28.

<sup>9</sup> *Ambatielos Claim (Greece, United Kingdom of Great Britain and Northern Ireland), UNRIAA, vol. XII (Sales No. 1963.V.3), pp. 83–153.*

<sup>10</sup> Ежегодник... 1978 год, том II (часть вторая), пункт 61, стр. 63.

<sup>11</sup> Там же, пункт 62.

<sup>12</sup> Там же, пункт 74, стр. 69.

<sup>13</sup> Официальные отчеты Генеральной Ассамблеи, тридцать третья сессия, Шестой комитет, 27–45-е заседания, A/C.6/33/SR.27–45. Эта тема поднималась в Шестом комитете в период с 1980 до 1983 года, в 1988 году, в 1989 году и вновь в 1991 году.

статей не предусматривалось изъятие для таможенных союзов и зон свободной торговли. Этот вопрос имел особую значимость для членов Европейского экономического сообщества, которые не хотели предусматривать распространение льгот по Договору об учреждении Европейского экономического сообщества на государства, не являвшиеся членами ЕЭС, на основе режима наиболее благоприятствуемой нации. Они предпочитали исключить таможенные союзы и зоны свободной торговли из сферы применения проектов статей. Развивающиеся страны, заключавшие региональные соглашения о свободной торговле, высказывали аналогичную обеспокоенность.

15. Во-вторых, обеспокоенность вызывал режим регулирования в проектах статей вопроса о развитии, в том числе с учетом всеобщей системы преференций. Одни считали, что в проектах статей подход к вопросу о преференциях для развивающихся стран не является адекватным; другие же полагали, что проекты статей вторгаются в сферу дискуссий по поводу нового международного экономического порядка. Сочетание этих и других озабоченностей означало, что в Генеральной Ассамблее не было базы для поддержки идеи превращения проектов статей в конвенцию. Некоторые государства полагали, что эти проекты статей должны просто рассматриваться в качестве руководящих принципов.

### 4. Развитие событий после 1978 года

16. Обстоятельства, существовавшие в тот момент, когда Комиссия рассматривала клаузулу о наиболее благоприятствуемой нации в своих докладах и окончательных проектах статей 1978 года, существенно изменились.

Во-первых, ряд двусторонних соглашений, на которые опирались специальные докладчики в стремлении продемонстрировать государственную практику в отношении положений о наиболее благоприятствуемой нации, были заменены многосторонними соглашениями. Следствием этого стало то, что сегодня режим наиболее благоприятствуемой нации в большей мере сконцентрирован в экономической сфере.

Во-вторых, на смену ГАТТ, которая являлась главным источником для рассмотрения режима наиболее благоприятствуемой нации, теперь пришла ВТО. В результате этого сфера действия режима наиболее благоприятствуемой нации расширилась и теперь охватывает не только товары, но и услуги и интеллектуальную собственность. Кроме того, система урегулирования споров в рамках ВТО с ее апелляционным процессом открыла возможность для авторитетного толкования положений о наиболее благоприятствуемой нации в соглашениях ВТО.

В-третьих, произошел колossalный всплеск активности в деле заключения соглашений о свободной торговле на двусторонней и региональной основе и двусторонних инвестиционных соглашений, содержащих положения о наиболее благоприятствуемой нации.

*В-четвертых*, урегулирование споров по инвестиционным соглашениям на основе процедур Международного центра по урегулированию инвестиционных споров (МЦУИС) или Арбитражного регламента Комиссии Организации Объединенных Наций по праву международной торговли (ЮНСИТРАЛ) привело к появлению толкования положений о наиболее благоприятствующей нации в инвестиционном контексте.

17. Все это имеет последствия для сегодняшнего подхода к клаузулам о наиболее благоприятствующей нации и для современного значения проектов статей, подготовленных Комиссией в 1978 году. Сегодня накопилась обширная новая практика, которую следует учитывать при оценке того, как используются клаузулы о наиболее благоприятствующей нации и как они действуют на практике. Взаимосвязь между общим обязательством по режиму наиболее благоприятствующей нации, предусмотренным в статье I ГАТТ, и полномочиями государств предоставлять преференциальный режим развивающимся странам конкретно обсуждалась Апелляционным органом ВТО<sup>14</sup>.

18. Кроме того, практика, касающаяся клаузул о наиболее благоприятствующей нации, формируется в контексте, отличающемся от условий, существовавших в то время, когда Комиссия последний раз занималась рассмотрением клаузул о наиболее благоприятствующей нации. Проекты статей 1978 года в значительной мере опирались на Хартию экономических прав и обязанностей государств<sup>15</sup> при рассмотрении взаимосвязи между клаузулой о наиболее благоприятствующей нации и вопросом о преференциальном режиме для развивающихся государств. Теперь обсуждение преференциального режима для развивающихся стран в сфере торговли ведется в рамках ВТО, членский состав которой становится все более универсальным, и в частности в контексте Дохинского раунда многосторонних торговых переговоров, лейтмотивом которого является тема развития.

19. Особенno важное значение вопросы о характере и сфере действия положений о наиболее благоприятствующей нации приобрели в сфере инвестиционных соглашений. Сфера применения некоторых положений о наиболее благоприятствующей нации и различные подходы разных судов по инвестиционным спорам породили то, что можно, пожалуй, назвать величайшим вызовом в отношении положений о наиболее благоприятствующей нации. Это также является собой целый комплекс правовой практики, который был недоступен для Комиссии на более ранних этапах ее работы.

20. В глобальных условиях экономической либерализации и углубления экономической интеграции клаузула о наиболее благоприятствующей нации остается одним из решающих факторов в международных эконо-

мических отношениях между государствами-членами. Сохраняющееся значение клаузулы о наиболее благоприятствующей нации, вероятно, можно рассматривать в контексте двух этапов. На первом этапе рост числа двусторонних соглашений о поощрении и защите инвестиций в 1990-х годах подчеркнул сохранение значимости клаузулы о наиболее благоприятствующей нации, которая наряду с другими положениями обеспечивала международные минимальные стандарты режима иностранных инвесторов и их инвестиций. На втором этапе появление соглашений о свободной торговле и всеобъемлющих соглашений об экономическом партнерстве, предусматривавших либерализацию торговли товарами и услугами и комплексный подход к инвестиционным вопросам, с тесными перекрестными связями между услугами и инвестициями вывело на передний план новые вопросы, связанные с применением клаузулы о наиболее благоприятствующей нации.

21. Распространение режима наиболее благоприятствующей нации на инвестиции даже на этапе, предшествующем обоснованию инвесторов в стране, является характерной чертой соглашений о свободной торговле, которая была редким элементом в соглашениях о поощрении и защите инвестиций прежних времен, где представление режима наиболее благоприятствующей нации ограничивалось этапом после обоснования инвесторов в стране. Заключение этих соглашений о свободной торговле и всеобъемлющих соглашений об экономическом партнерстве, содержащих целые главы, посвященные иностранным инвестициям, знаменует собой новый этап в значимости клаузулы о наиболее благоприятствующей нации в современных экономических отношениях между государствами. Роль клаузулы о наиболее благоприятствующей нации в контексте этих новых соглашений об экономической интеграции заслуживает более тщательного изучения с правовой точки зрения.

## 5. Сегодняшние вызовы в связи с клаузулой о наиболее благоприятствующей нации

22. Исчерпывающее исследование практики включения положений о наиболее благоприятствующей нации в международные договоры, вне всякого сомнения, прольет новый свет на то, как эта клаузула действует и применяется государствами. Это может позволить повторному взглянуть на концепцию наиболее благоприятствующей нации. Однако в сфере инвестиций с применением клаузул о наиболее благоприятствующей нации возникли специфические проблемы, которые могут иметь последствия для применения режима наиболее благоприятствующей нации и в других контекстах.

23. Такого рода вопрос возник в деле *Maffezini*<sup>16</sup>. Истец по фамилии Маффесини, являющийся гражданином Аргентины, подал иск по Соглашению между Арген-

<sup>14</sup> European Communities – Conditions for the Granting of Tariff Preferences to Developing Countries, AB-2004-1, Report of the WTO Appellate Body (WT/DS246/AB/R), 24 April 2004.

<sup>15</sup> Резолюция 3281 (XXIX) Генеральной Ассамблеи от 12 декабря 1974 года.

<sup>16</sup> *Maffezini v. Kingdom of Spain*, Case No. ARB/97/7, Decision of the Tribunal on objections to jurisdiction of 25 January 2000, ICSID, ICSID Review-Foreign Investment Law Journal, vol. 16, No. 1 (2001), p. 1; с текстом решения можно также ознакомиться на сайте <http://icsid.worldbank.org>.

тинской Республикой и Королевством Испания о взаимном поощрении и защите инвестиций<sup>17</sup>. Испания утверждала, что в соответствии со статьей X (3) этого соглашения Маффесини должен был подать иск во внутренние суды Испании для его рассмотрения в течение 18 месяцев до предъявления иска в соответствии с положениями соглашения. Однако истец указал на положение о наиболее благоприятствуемой нации в аргентино-испанском соглашении (статья IV), которое предусматривало следующее: "Во всех вопросах, регулируемых настоящим Соглашением, этот режим является не менее благоприятным, чем режим, распространяемый каждой Стороной на инвестиции, осуществляемые на его территории инвесторами третьей страны". Затем истец смог продемонстрировать, что в соответствии с Соглашением о взаимной защите и поощрении инвестиций между Испанией и Чили<sup>18</sup> инвесторы, подающие иск по этому соглашению, не обязаны сначала предъявлять свои иски во внутренние суды Испании. В этом случае путем сравнения можно доказать, что аргентинский инвестор имеет менее благоприятный режим, чем чилийские инвесторы в Испании. Таким образом, истец утверждал, что в силу клаузулы о наиболее благоприятствуемой нации в аргентино-испанском соглашении он имеет право на более благоприятный режим, чем режим, предоставляемый чилийским инвесторам в соответствии с испанско-чилийским двусторонним инвестиционным соглашением. Вследствие этого, как утверждал он, то обстоятельство, что он сначала не подал иск в испанские суды, не является препятствием для подачи иска в соответствии с аргентино-испанским инвестиционным соглашением.

24. Суд отклонил довод Испании о том, что клаузула о наиболее благоприятствуемой нации в аргентино-испанском двустороннем инвестиционном соглашении применяется только к положениям по вопросам существования, а не к процессуальным положениям, указав при этом, что в силу самих условий клаузулы о наиболее благоприятствуемой нации она применяется в отношении "всех вопросов, регулируемых настоящим Соглашением". После рассмотрения предшествующей международной правовой практики и договорной практики Испании суд пришел к заключению о том, что истец может использовать клаузулу о наиболее благоприятствуемой нации в аргентино-испанском двустороннем инвестиционном договоре для того, чтобы требовать применения к нему более благоприятного режима, предусмотренного в испанско-чилийском инвестиционном соглашении, и тем самым быть свободным от обязательства в отношении предварительной подачи своего иска во внутренние суды Испании.

25. Впоследствии суды МЦУИС как следовали<sup>19</sup> решению по делу *Maffezini*, так и проводили с ним различ-

<sup>17</sup> Подписано в Буэнос-Айресе 3 октября 1991 года, United Nations, *Treaty Series*, vol. 1699, No. 29403, p. 187.

<sup>18</sup> Подписано в Сантьяго 2 октября 1991 года, *ibid.*, vol. 1774, No. 30883, p. 15.

<sup>19</sup> *Siemens A.G. v. Argentine Republic, Case No. ARB/02/8, Decision on jurisdiction of 3 August 2004*, ICSID, *Journal de droit inter-*

ния по существу<sup>20</sup>, хотя не до конца ясно, сформировалось ли сколь-нибудь последовательное толкование положений о наиболее благоприятствуемой нации. Решение по делу *Maffezini* открывает возможность признания клаузулам о наиболее благоприятствуемой нации чрезвычайно широкой сферы действия. Такая клаузула способна превратиться в "наддоговорное положение", которое будет позволять государствам-бенефициарам попросту брать и выбирать какие-то из числа льгот, получаемых третьими государствами от другой договаривающейся стороны, т.е. пользоваться так называемой практикой "поиска удобного договора". Члены суда по делу *Maffezini* видели потенциальные проблемы, связанные с их решением, и попытались ограничить сферу его охвата с помощью ряда изъятий. Однако принцип, на котором основываются эти изъятия, не прописан в решении, и не ясно, носят ли такие изъятия исключительный характер.

26. Проблема для государств, вытекающая из решения по делу *Maffezini*, заключается в том, могут ли они заранее с какой-либо степенью определенности установить, какое обязательство они в реальности принимают на себя, включая клаузулу о наиболее благоприятствуемой нации в инвестиционное соглашение. Предоставляют ли они широкие права или же права, которые они предоставляют, являются более ограниченными? В проектах статей 1978 года содержатся ограниченные ориентиры в этом вопросе. В соответствии с проектом статьи 9 государство-бенефициар приобретает в силу клаузулы о наиболее благоприятствуемой нации "только те права, которые вытекают из существа предмета клаузулы" <sup>21</sup>. Но определение существа предмета клаузулы и является тем самым вопросом, который суд по делу *Maffezini* и другие суды пытались разрешить.

27. У вопроса о сфере действия положения о наиболее благоприятствуемой нации имеются и другие грани, в том числе такой аспект, как его взаимосвязь с другими положениями инвестиционных соглашений, в частности касающимися национального режима и "справедливого и равноправного режима". Некоторые суды по инвестиционным спорам заняли позицию, в соответствии с которой клаузула о наиболее благоприятствуемой нации оправдывает ссылку на другие инвестиционные соглашения на предмет установления того, что же представляет собой "справедливый и равноправный режим"<sup>22</sup>. Это тоже приводит к неопределенности в вопросе о сфере действия клаузулы о наиболее благоприятствуемой нации.

*national*, vol. 132 (2005); с текстом решения можно также ознакомиться на сайте <http://icsid.worldbank.org>.

<sup>20</sup> See, for example, *Salini Costruttori S.p.A. and Italstrade S.p.A. v. the Hashemite Kingdom of Jordan, Case No. ARB/02/13, Decision on jurisdiction of 9 November 2004*, ICSID, *ICSID Review-Foreign Investment Law Journal*, vol. 20, No. 1 (2005), p. 148; с текстом решения можно также ознакомиться на сайте <http://icsid.worldbank.org>.

<sup>21</sup> Ежегодник... 1978 год, том II (часть вторая), стр. 34.

<sup>22</sup> *MTD Equity Sdn. Bhd. and MTD Chile S.A. v. Chile, Case No. ARB/01/7, Award of 25 May 2004*, ICSID (см. <http://icsid.worldbank.org>); *Pope and Talbot, Inc. v. Canada, Award of the NAFTA Tribunal of 10 April 2001*, ILR, vol. 122 (2002), p. 352.

28. Дело *Maffezini* привело к тому, что государства стали стараться формулировать клаузулы о наиболее благоприятствуемой нации таким образом, чтобы они не имели широких последствий. В различных соглашениях начали закрепляться различия между положениями по вопросам существа и процессуальными положениями, исключение вопросов урегулирования споров из режима наиболее благоприятствуемой нации и ограничение режима наиболее благоприятствуемой нации четко оговоренными льготами. Проблема заключается в том, что государства не могут быть твердо уверены в том, как эти новые клаузулы будут толковаться на деле.

29. На одном уровне проблема сводится к вопросу толкования международных договоров. Клаузулы о наиболее благоприятствуемой нации формулируются по-разному в разных соглашениях. Одни из них имеют широкую сферу действия, другие же предусматривают узкое применение. Некоторые ограничивают режим наиболее благоприятствуемой нации кругом тех, кто находится в "аналогичных обстоятельствах". Таким образом, функция толкователя заключается в определении точной сферы действия конкретной клаузулы. В соответствии с этим подходом данную проблему можно решить с помощью толкования. Однако на другом уровне этот вопрос является более фундаментальным. Толкование договоров происходит отнюдь не в вакуме. То, как толкователь будет подходить к клаузуле о наиболее благоприятствуемой нации, будет отчасти зависеть от того, как он видит природу клаузул о наиболее благоприятствуемой нации.

30. Если клаузулы о наиболее благоприятствуемой нации рассматриваются как преследующие цель обеспечить недискриминацию и гармонизацию, тогда толкователь международного договора может счесть, что сама задача этой клаузулы заключается в разрешении и даже поощрении "поиска удобного договора". Толкователь же, рассматривающий клаузулу о наиболее благоприятствуемой нации как преследующую экономическую цель поощрения конкуренции на основе равенства возможностей, может быть в большей мере склонен отдавать предпочтение проведению различия между вопросами существа/процессуальными вопросами при толковании положения об наиболее благоприятствуемой нации. В этой связи опыт толкования клаузулы о наиболее благоприятствуемой нации в контексте ВТО и в других областях может дать ориентир в деле толкования наиболее благоприятствуемой нации в контексте инвестиционных соглашений.

## **6. Что полезного может сделать Комиссия?**

31. Очевидно, что со времени подготовки проектов статей по клаузулам о наиболее благоприятствуемой нации 1978 года обстоятельства значительно изменились. Теперь накоплена обширная правовая и иная практика, которая отсутствовала в то время. Остается нерешенной также проблема, которая появилась в связи с применением клаузул о наиболее благоприятствуемой нации в инвестиционных соглашениях, что привело к необходимости для государств прояснения ситуации и,

возможно, прогрессивного развития права в этой области.

32. Довод о том, что основополагающие проблемы, приведшие к тому, что Генеральная Ассамблея не приступила к разработке конвенции на основе проектов статей 1978 года, по-прежнему остаются нерешенными, будет убедительным только в том случае, если Комиссии будет предложено обновить и пересмотреть проекты статей 1978 года. Существуют форумы для решения вопросов, которые порождают беспокойство в связи с этими проектами статей. Что касается вопроса о всеобщей системе преференций и более широкой проблематики развития, то эти аспекты рассматриваются в контексте ВТО и Дохинского раунда развития. Что касается вопроса о таможенных союзах и зонах свободной торговли, то он тоже прорабатывается в рамках соглашений ВТО. Нет никаких оснований для того, чтобы Комиссия стремилась к проведению кодификации или прогрессивного развития права в отношении режима, который разрабатывается в рамках статьи XXIV ГATT и решений третейских групп и Апелляционного органа ВТО.

33. Сегодня вопрос, касающийся клаузул о наиболее благоприятствуемой нации, отличается от вопросов, порождавших беспокойство по поводу проектов статей 1978 года. Он возник конкретно в контексте инвестиционных соглашений, но может иметь более широкую применимость. Реальный вопрос с учетом характера существующей сегодня проблемы заключается в том, есть ли что-нибудь полезное, что может сделать Комиссия как орган Организации Объединенных Наций, занимающийся прогрессивным развитием международного права и его кодификацией.

34. Отсюда не следует, что данный вопрос является узким и техническим и относится к сфере компетенции какого-то другого органа. Это не так. Фундаментальные вопросы, связанные с клаузулами о наиболее благоприятствуемой нации, являются вопросами международного публичного права. Ключевой вопрос состоит в том, как следует толковать клаузулы о наиболее благоприятствуемой нации. И хотя это может показаться узким вопросом, в действительности это является широким вопросом, затрагивающим как толкование международных договоров, так и характер и объем обязательств, принимаемых государствами в рамках клаузулы о наиболее благоприятствуемой нации. Он затрагивает понимание нами роли и функции клаузул о наиболее благоприятствуемой нации и их взаимосвязи с принципом недискриминации в международном праве.

35. Другие органы также фокусируют свое внимание на этой теме. Организация экономического сотрудничества и развития (ОЭСР)<sup>23</sup>, равно как и Конференция Организации Объединенных Наций по торговле и раз-

<sup>23</sup> OECD Directorate for Financial and Enterprise Affairs, "Most-favoured-nation treatment in international investment law", Working Papers on International Investment, No. 2004/2 (2004). Доступны с [http://www.oecd.org/daf/inv/investment-policy/WP-2004\\_2.pdf](http://www.oecd.org/daf/inv/investment-policy/WP-2004_2.pdf).

витию (ЮНКТАД)<sup>24</sup>, подготовили исследования, посвященные клаузулам о наиболее благоприятствуемой нации. В равной мере эта проблематика изучается и в академической литературе. Но это не значит, что данное поле уже полностью занято.

36. Противоположная точка зрения, которой придерживаются некоторые правительства, заключается в том, что клаузулы о наиболее благоприятствуемой нации многообразны и их нелегко вписать в общие категории. Правительства способны формулировать клаузулы, отвечающие их потребностям, и, следовательно, нет никакой необходимости в каком-либо общем рассмотрении этого предмета. Возникающие проблемы можно решать на индивидуальной основе, и, следовательно, целесообразно позволить правовой практике в области толкования клаузул о наиболее благоприятствуемой нации развиваться, как и прежде. Если следовать такому подходу Комиссия не может играть какую-либо роль применительно к этой теме.

37. Те, кто поддерживает работу Комиссии в этой области, считают, что она могла бы сделать в ней такое полезное дело, как подготовка авторитетных руководящих указаний по толкованию клаузул о наиболее благоприятствуемой нации. Это потребовало бы исчерпыва-

вающего анализа эволюции природы, сферы действия и коренных причин закрепления клаузул о наиболее благоприятствуемой нации, существующей правовой практики применительно к наиболее благоприятствуемой нации в различных современных областях, где сегодня действуют клаузулы о наиболее благоприятствуемой нации, разнообразия и использования клаузул о наиболее благоприятствуемой нации в современной практике, а также вопроса о том, как клаузулы о наиболее благоприятствуемой нации толковались и как они должны толковаться.

38. Результатом работы Комиссии могли бы стать проекты статей или проекты руководящих принципов, касающихся толкования клаузул о наиболее благоприятствуемой нации, либо серия развивающихся типовых клаузул о наиболее благоприятствуемой нации или категорий клаузул с комментариями относительно их толкования. Любой из этих итогов работы мог бы предоставить государствам ориентиры при проведении ими переговоров по соглашениям с клаузулами о наиболее благоприятствуемой нации и арбитрам, толкующим инвестиционные соглашения.

39. Тема толкования клаузул о наиболее благоприятствуемой нации отвечает потребностям государств, и практика здесь является достаточно развитой, чтобы позволить перейти к прогрессивному развитию и возможной кодификации права в этой области. Эта тема имеет уже определенную сферу охвата, и работа над ней может быть завершена в течение текущего пятилетия.

<sup>24</sup> ЮНКТАД, "Режим наиболее благоприятствуемой нации", Серия документов по проблематике международных инвестиционных соглашений, UNCTAD/ITE/IIT/10 (том III) (издание Организации Объединенных Наций, в продаже под № R.99.II.D.11) (1999 год).

## Избранная библиография

DOLZER, R. and T. MYERS: "After *Tecmed*: most-favored-nation clauses in investment protection agreements", *ICSID Review–Foreign Investment Law Journal*, vol. 19, No. 1 (2004), p. 49.

EHRING, L.: "De facto discrimination in world trade law: national and most-favoured-nation treatment – or equal treatment?", *Journal of World Trade*, vol. 36, No. 5 (2002), p. 921.

FREYER, D. H. and D. HERLIHY: "Most-favored nation treatment and dispute settlement in investment arbitration: just how 'favored' is 'most-favored'??", *ICSID Review–Foreign Investment Law Journal*, vol. 20, No. 1 (Spring 2005), p. 58.

ORGANISATION FOR ECONOMIC CO-OPERATION AND DEVELOPMENT (OECD): "Most-favoured-nation treatment

in international investment law", Working Papers on International Investment, No. 2004/2 (2004). Available from [http://www.oecd.org/daf/inv/investment-policy/WP-2004\\_2.pdf](http://www.oecd.org/daf/inv/investment-policy/WP-2004_2.pdf).

UNITED NATIONS CONFERENCE ON TRADE AND DEVELOPMENT (UNCTAD): "Most-favoured-nation treatment", UNCTAD Series on issues in international investment agreements, UNCTAD/ITE/IIT/10 (vol. III) (United Nations publication, Sales No. E.99.II.D.11) (1999).

YANAI, A.: "The function of the MFN clause in the global trading system", Working Paper Series 01/02 – No. 3, Institute of Developing Economies APEC Study Center(2002). Available from [http://www.ide.go.jp/English/Publish/Download/Apec/pdf/2001\\_15.pdf](http://www.ide.go.jp/English/Publish/Download/Apec/pdf/2001_15.pdf).