Глава XII

КЛАУЗУЛА О НАИБОЛЕЕ БЛАГОПРИЯТСТВУЕМОЙ НАЦИИ

A. Введение

345. На своей шестидесятой сессии (2008 год) Комиссия постановила включить в свою программу работы тему «Клаузула о наиболее благоприятствуемой нации» и учредить на шестьдесят первой сессии исследовательскую группу по данной теме[693].

346. Исследовательская группа под совместным председательством г-на Дональда М. Макрэя и г-на А. Рохана Переры была учреждена на шестьдесят первой сессии (2009 год)[694], а затем вновь учреждена на шестьдесят второй сессии (2010 год) под руководством тех же сопредседателей[695].

B. Рассмотрение темы на данной сессии

347. На данной сессии Комиссия вновь учредила Исследовательскую группу по теме «Клаузула о наиболее благоприятствуемой нации» под совместным председательством г-на Дональда М. Макрэя и г-на А. Рохана Переры.

348. На своем 3119-м заседании 8 августа 2011 года Комиссия приняла к сведению устный доклад сопредседателей Исследовательской группы.

1. Обсуждения в Исследовательской группе

349. Исследовательская группа провела четыре заседания, состоявшихся 1 июня, 20 июля и 4 августа 2011 года.

350. В 2010 году Исследовательская группа, стремясь к достижению прогресса в своей работе, решила продолжить усилия по выяснению нормативного содержания клаузул о наиболее благоприятствуемой нации в области инвестиций и предпринять дальнейший анализ прецедентного права, включая роль арбитров, факторы, лежащие в основе различных подходов к толкованию положений о наиболее благоприятствуемой нации, расхождения в этих подходах и меры, принятые государствами в свете положений прецедентного права. На данной сессии Исследовательской группе был представлен неофициальный документ в форме таблицы с указанием фамилий арбитров и юрисконсультов по инвестиционным делам, в которых фигурировали клаузулы о наиболее благоприятствуемой нации, а также типов положений о наиболее благоприятствуемой нации, являвшихся предметом толкования.

351. Группе также был представлен рабочий документ по теме «Толкование и применение клаузул о наиболее благоприятствуемой нации в инвестиционных соглашениях», подготовленный г-ном Макрэем. В документе, основой которого послужило подготовленное ранее г-ном Перерой исследование по теме «Клаузула о наиболее благоприятствуемой нации и дело *Маффесини*»[696], была предпринята попытка определить, какие соображения принимались во внимание арбитражными судами при вынесении решений, и выяснить, проливают ли они какой-либо свет на противоречия, существующие в прецедентном праве, с тем чтобы в итоге обозначить общие категории факторов, на которые делались ссылки в соответствующих делах, и оценить их сравнительную значимость для толкования и применения клаузул о наиболее благоприятствуемой нации. В связи с этим в рабочем документе были рассмотрены различные цели, для которых стороны в инвестиционных спорах ссылались на клаузулы о наиболее благоприятствуемой нации, причем первоочередное внимание было уделено использованию этих клаузул для получения материально-правовой выгоды, предусмотренной двусторонним инвестиционным соглашением между государством-ответчиком и неким третьим государством, а также для урегулирования спора на более благоприятных для истца условиях, чем это предусмотрено в двустороннем инвести-

[693] На своем 2997-м заседании 8 августа 2008 года (см. *Ежегодник… 2008 год,* том II (часть вторая), стр. 180, пункт 354). Общий план разработки 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.

[694] 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), стр. 175, 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.

[695] 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.

[696] Краткое содержание см. *Ежегодник… 2010 год,* том II (часть вторая), пункты 366–368. Относительно дела *Maffezini* см. *Emilio Maffezini v. Kingdom of Spain*, ICSID Case No. ARB/97/7 (размещен на сайте icsid.worldbank.org).

ционном соглашении, на основании которого возбужден иск[697].

352. Группа также проанализировала соображения, сыгравшие ту или иную роль в решениях арбитражных судов по инвестиционным спорам, обсудив *источники* права на режим о наиболее благоприятствуемой нации, а также *сферу* его действия. Применительно к сфере действия отмечалось, что арбитражные суды по инвестиционным спорам по-разному подходят к применению принципа ejusdem generis, причем иногда разные подходы применяются даже в одном и том же решении. К числу таких подходов относятся: *a*) разграничение между материально-правовыми и процессуальными аспектами (вопросами юрисдикции); *b*) подход, *основанный на толковании договорных положений*, при котором клаузулы о наиболее благоприятствуемой нации трактуются согласно общим правилам толкования международных договоров, либо вопрос сводится к толкованию положений о юрисдикции арбитражного суда; *c*) подход, *ставящий во главу угла коллизию договорных положений*, при котором арбитражные суды учитывали тот факт, что вопрос, который сторона стремилась отразить в договоре, уже был под иным углом зрения рассмотрен в исходном тексте этого договора; и *d*) учет *практики* сторон в качестве основания для выводов об их намерениях относительно сферы применения клаузулы о наиболее благоприятствуемой нации. Кроме того, в рабочем документе был рассмотрен вопрос (который, правда, непосредственно не учитывался арбитражными судами при принятии решений) о том, влиял ли *характер рассматриваемого иска* на готовность арбитражного суда использовать клаузулу о наиболее благоприятствуемой нации для включения в договор других положений, а также вопрос о *пределах применения* клаузулы о наиболее благоприятствуемой нации, включая оговорки в отношении «публичного порядка», фигурирующие в деле *Маффесини*.

353. Основной вывод, сделанный в рабочем документе, сводился к тому, что, как показывает изучение решений арбитражных судов по инвестиционным делам, в аргументации этих судов не просматривается последовательного подхода, который допускал бы использование клаузулы о наиболее благоприятствуемой нации для включения в договор положений об урегулировании споров. Не отличается единообразием и аргументация тех арбитражных судов, которые не соглашались с использованием клаузулы о наиболее благоприятствуемой нации для включения таких положений. Процесс принятия решения о том, можно ли использовать клаузулу о наиболее благоприятствуемой нации для включения в исходный текст договора положений об урегулировании споров, состоял из двух этапов. На первом этапе требовалось определить, будь то прямо или косвенно, распространяются ли вообще клаузулы о наиболее благоприятствуемой нации на положения об урегулировании споров, а на втором − дать толкование непосредственно рассматриваемого положения о клаузуле о наиболее благоприятствуемой нации с точки зрения его применимости к положениям об урегулировании споров. Вышеуказанные подходы не всегда прослеживаются явно: в некоторых случаях арбитражные суды заявляли, что намерены идти по пути толкования договора, тем самым как бы оставляя первый этап в стороне.

354. В Исследовательской группе состоялась обширная дискуссия по рабочему документу и базовому перечню вопросов, подготовленному в целях обзора проблематики, которая может потребовать рассмотрения в общем контексте работы Исследовательской группы, − от сугубо юридических соображений до более общих аспектов политики, включая вопрос о том, не будет ли расширительное толкование сферы применения клаузул о наиболее благоприятствуемой нации чревато нарушением заложенного в инвестиционных соглашениях общего баланса между защитой прав инвестора и его капиталовложений и сохранением за принимающим государством необходимой свободы политического маневра.

355. Исследовательская группа подтвердила то общее понимание, что источником права на режим наиболее благоприятствуемой нации является исходный договор между сторонами, а не договор с третьей стороной[698]; клаузулы о наиболее благоприятствуемой нации не являются исключением из принципа общности договорных интересов, применяемого при толковании договоров. Она признала также, что основной вопрос при принятии инвестиционных решений, связанных с режимом наиболее благоприятствуемой нации, по-видимому, заключается в том, как будет определяться сфера действия права на режим наиболее благоприятствуемой нации, т.е. о том, что прямо или имплицитно «относится к предмету данной клаузулы».

356. Соответственно, группа изучила то, под каким углом зрения в прошлом рассматривался вопрос о ejusdem generis, прежде всего в случаях, когда делались ссылки на разграничение между положениями материально-правового и процессуального (юрисдикционного) характера. В тех случаях, когда клаузула о наиболее благоприятствуемой нации прямо предусматривала процедуры урегулирования споров или прямо исключала их, потребности в дальнейшем толковании не возникало. Толкование было необходимо, однако, в ситуациях, когда намерение сторон в отношении применимости или неприменимости клаузулы о наиболее благоприятствуемой нации к механизму урегулирования споров не было выражено прямо или не могло быть однозначно установлено − ситуация, характерная для многих двусторонних инвестиционных договоров, отличающихся заведомо неконкретными формулировками. Исследовательская группа приняла во внимание и другие недавние

[697] Ссылки на эту клаузулу могут делаться также в целях получения льготных условий, предоставляемых инвесторам или капиталовложениям некоего третьего государства в соответствии с внутренним правом или законодательством страны, против которой возбужден иск (т.е. государства-ответчика).

[698] *Anglo–Iranian Oil Co. case (jurisdiction), Judgment of July 22nd 1952: I.C.J. Reports 1952*, p. 93. at p. 109. См. также проекты статей 8 и 9 подготовленного Комиссией проекта статей о клаузулах о наиболее благоприятствуемой нации, *Ежегодник… 1978 год*, том II (часть вторая), стр. 32–34.

события, включая выход в свет очередного издания в серии публикаций Конференции Организации Объединенных Наций по торговле и развитию (ЮНКТАД) по вопросам международных инвестиционных соглашений II под названием «Режим наиболее благоприятствуемой нации»[699], в котором, в частности, нашла отражение реакция государств, заключающих инвестиционные соглашения, на решение по делу *Маффесини*, а именно тенденция прямо указывать, относится ли клаузула о наиболее благоприятствуемой нации к процедурам урегулирования споров.

357. Группа также приняла во внимание недавнее решение по делу *Impregilo S.p.A. v. Argentine Republic* (*Импреджило С.п.А. против Аргентинской Республики*)[700], и в частности совпадающее и особое мнение арбитра проф. Бригитты Стерн, в котором, в частности, утверждается, что клаузула о наиболее благоприятствуемой нации не может применяться к урегулированию споров по принципиальной причине, прямо вытекающей из основополагающих принципов международного права, а именно в силу невозможности автоматического объединения прав материально-правового характера с юрисдикционными средствами их приведения в исполнение, т.е. существует разница между обязательными условиями обретения материальных прав и самими материальными правами и обязательными условиями доступа к соответствующим юрисдикционным средствам и осуществлением самой юрисдикции[701]. Было также отмечено наличие доктринальных расхождений относительно того, какой из подходов является верным: так, если одни авторы не видят веских причин для проведения различия между материально-правовыми положениями и положениями об урегулировании споров, то другие относят толкование положений о наиболее благоприятствуемой нации к вопросам юрисдикции, в связи с которыми намерение включить в клаузулу положения об урегулировании споров должно быть выражено четко и недвусмысленно.

358. Было признано, что разные решения на этот счет, по-видимому, являются косвенным отражением различных концептуальных воззрений по вопросу о том, можно ли в принципе считать, что клаузулы о наиболее благоприятствуемой нации охватывают положения об урегулировании споров. В одном случае исходной посылкой является то, что клаузула о наиболее благоприятствуемой нации может распространяться на процессуальные права, тогда как в другом случае изначально считается, что клаузула о наиболее благоприятствуемой нации процессуальных прав не включает. Отмечалось, что общим камнем преткновения является отсутствие у арбитражных судов единого, систематизированного подхода к толкованию таких положений: судя по всему, разные арбитражные суды руководствуются при этом различными соображениями. В подобных условиях не так легко прийти к каким-либо общим выводам относительно подходов к толкованию, применяемых в решениях по инвестиционным спорам. Проблема для Исследовательской группы отчасти заключалась в том, чтобы провести анализ, который позволял бы пролить свет на некие базовые теоретические построения, делающие понятной логику этих решений.

359. В этой связи отмечалось также, что совпадающее особое мнение по делу *Impregilo S.p.A. v. Argentine Republic* (*Импреджило С.п.А. против Аргентинской Республики*) может быть взято за основу для выводов о том, как следовало бы подходить к вопросу о ejusdem generis: так, в первую очередь необходимо определить, были ли выполнены основные обязательные условия получения прав, предусмотренных в двусторонних инвестиционных договорах, а именно условия ratione personae, ratione materiae и ratione temporis. При этом напоминалось, что, согласно статье 14 подготовленного в 1978 году проекта статей о клаузуле о наиболее благоприятствуемой нации, условием осуществления прав, создаваемых клаузулой применительно к государству-бенефициару или к лицам или предметам, состоящим в определенных взаимоотношениях с этим государством, является выполнение соответствующих положений и условий, зафиксированных в договоре, который содержит данную клаузулу, или иным образом согласованных между государством, предоставляющим режим наиболее благоприятствуемой нации, и государством-бенефициаром[702]. Иными словами, вместо двухступенчатого процесса принятия прямого или имплицитного решения о том, распространяются ли в принципе клаузулы о наиболее благоприятствуемой нации на положения об урегулировании споров, и последующего толкования конкретной клаузулы о наиболее благоприятствуемой нации на предмет того, относится ли данная клаузула к положениям об урегулировании споров, следует предусмотреть также предварительный этап − возможно, не нашедший отражения в судебных прецедентах, − а именно определение того, кто имеет право на получение соответствующих преимуществ и были ли выполнены предварительные условия их получения.

360. Исследовательская группа сочла целесообразным проанализировать различные применявшиеся подходы, заострив внимание на сильных и слабых сторонах каждого из них. Было отмечено, что формулировка подход, основанный на «толковании договорных положений», возможно, является некорректной, поскольку весь процесс в целом − это именно толкование положений договора. Было подтверждено, что общей отправной точкой должна служить Венская конвенция 1969 года вместе с любыми дополняющими ее принципами, которые могут быть выведены из практики по инвестиционным делам; при этом, однако, указывалось, что ссылка на отдельную практику каждой из сторон двустороннего инвестиционного договора, в связи с которым заявлено требование о предоставлении режима о наиболее

[699] UNCTAD, *Most-Favoured-Nation Treatment*, серия публикаций ЮНКТАД по вопросам международных инвестиционных соглашений II (Sales No. E.10.II.D.19), pp. 84−87, размещена на сайте http://unctad.org/en/docs/diaeia20101_en.pdf.

[700] ICSID Case No. ARB/07/17, Award of 21 June 2011, размещен на сайте https://icsid.worldbank.org/.

[701] Совпадающее и особое мнение арбитра профессора Бригитты Стерн, пункты 16 и 45.

[702] *Ежегодник… 1978 год,* том II (часть вторая), стр. 49.

благоприятствуемой нации, в отношении других договоров как способ установления их намерений относительно сферы применения клаузулы о наиболее благоприятствуемой нации в данном договоре, судя по всему, не подкрепляется положениями Венской конвенции 1969 года.

2. Будущая программа работы

361. Исследовательская группа вновь подтвердила необходимость дальнейшего изучения вопроса о наиболее благоприятствуемой нации применительно к соглашениям о торговле услугами и инвестициях, а также вопроса о соотношении режима наиболее благоприятствуемой нации, справедливого и равноправного режима и режимов, установленных национальными нормами. Следует также дополнительно проанализировать другие области международного права в поисках примеров применения положений о наиболее благоприятствуемой нации, из которых можно было бы почерпнуть информацию, полезную для работы Исследовательской группы.

362. Исследовательская группа предполагает, что ее работа может быть завершена в течение двух предстоящих сессий Комиссии. Было подчеркнуто, что в своей деятельности Исследовательская группа должна стремиться защитить международное право от фрагментации, настаивая на важности достижения большей согласованности при принятии арбитражных решений. Было сочтено, что Исследовательская группа могла бы внести вклад в обеспечение большей определенности и стабильности в сфере инвестиционного права. Подчеркивалось, что усилия следует направить на достижение результатов, представляющих практическую ценность для участников инвестиционной деятельности и директивных органов. Исследовательская группа подтвердила, что в ее намерения не входит подготовка проектов каких-либо статей или пересмотр проектов статей, подготовленных в 1978 году. Вместо этого под общим руководством сопредседателей Исследовательской группы будет вестись дальнейшая работа над составлением доклада с изложением общей информации по данному вопросу, рассмотрением и контекстуальным анализом прецедентного права, а также привлечением внимания к возникшим проблемам и тенденциям в практике и вынесением, при необходимости, рекомендаций по соответствующим вопросам, включая типовые положения.