Глава XI

КЛАУЗУЛА О НАИБОЛЕЕ БЛАГОПРИЯТСТВУЕМОЙ НАЦИИ

A. Введение

241. 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 теме[363].

242. Исследовательская группа под сопредседательством г-на Дональда Макрэя и г-на А. Рохана Переры была учреждена на шестьдесят первой сессии (в 2009 году)[364], а затем вновь учреждена на шестьдесят второй (в 2010 году) и шестьдесят третьей (в 2011 году) сессиях под руководством тех же сопредседателей[365].

B. Рассмотрение темы на настоящей сессии

243. На данной сессии Комиссия вновь учредила Исследовательскую группу по теме «Клаузула о наиболее благоприятствуемой нации» под председательством г-на Дональда Макрэя. На первом заседании Исследовательской группы была выражена глубокая признательность бывшему сопредседателю Исследовательской группы г-ну А. Рохана Перере.

244. На своем 3151-м заседании, состоявшемся 27 июля 2012 года, Комиссия приняла к сведению устный доклад Председателя Исследовательской группы.

1. Работа Исследовательской группы

245. Исследовательская группа провела шесть заседаний 24 и 31 мая и 11, 12, 17 и 18 июля 2012 года.

246. Общая задача Исследовательской группы заключается в том, чтобы содействовать защите международного права от фрагментации и большей согласованности подходов к принятию арбитражных решений в области инвестиций, особенно в отношении положений о клаузуле о наиболее благоприятствуемой нации. Исследовательская группа надеется внести вклад в обеспечение большей определенности и стабильности в сфере инвестиционного права. Она пытается 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 году[366]. Предполагается, что итогом ее работы будет доклад с изложением общей информации, рассмотрением и контекстуальным анализом прецедентного права, анализом возникших проблем и тенденций в практике и, при необходимости, рекомендациями, включая возможные руководящие указания и типовые положения.

247. К настоящему времени Исследовательская группа в целях дальнейшего прояснения современных проблем, связанных с клаузулой о наиболее благоприятствуемой нации, рассмотрела несколько справочных документов. При этом она изучила: *a*) типологию существующих положений о клаузуле 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 по линии Генерального соглашения о тарифах и торговле (ГАТТ) и ВТО; *d*) другие изменения в рамках Организации экономического сотрудничества и развития (ОЭСР) и Конференции Организации Объединенных Наций по торговле и развитию (ЮНКТАД); и *e*) анализ современных вопросов, касающихся сферы применения клаузулы о наиболее благоприятствуемой нации, в частности, возникающие в связи с решением по делу *Маффесини*[367].

---

[363] 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.

[364] 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.

[365] 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. См. также *Ежегодник… 2011 год*, том II (часть вторая), пункты 347–362.

[366] *Ежегодник… 1978 год*, том II (часть вторая), пункт 74.

[367] Дональд Макрэй и А. Рохан Перера, «Каталог положений о наиболее благоприятствуемой нации»; Шинья Мурасэ, «Проекты

248. Была также проведена дополнительная работа по определению фамилий арбитражных судей и юрисконсультов по инвестиционным делам, 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 были проанализированы соображения, которыми руководствовались арбитражные суды при толковании и применении клаузул о наиболее благоприятствуемой нации в инвестиционных соглашениях, с опорой на проведенную ранее работу по вопросу о клаузуле о наиболее благоприятствуемой нации и решении по делу *Маффесини*[368].

249. 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 (ГАТС) и инвестиционных соглашений, соотношении между клаузулами о наиболее благоприятствуемой нации, справедливым и равноправным режимом и режимами, установленными национальными нормами, а также другими областями международного права в поисках примеров применения положений о клаузуле о наиболее благоприятствуемой нации в этих областях, из которых можно было бы почерпнуть полезную информацию для работы Исследовательской группы.

2. Обсуждения в Исследовательской группе на настоящей сессии

250. На данной сессии Комиссии Исследовательской группе был представлен рабочий документ на тему «Толкование клаузул о наиболее благоприятствуемой нации арбитражными судами по инвестиционным спорам», подготовленный г-ном Дональдом Макрэем. Ей был также представлен рабочий документ по теме «Влияние смешанной природы арбитражных судов по инвестиционным спорам на применение клаузул о наиболее благоприятствуемой нации к процессуальным положениям», подготовленный г-ном Матиасом Форто.

251. Рабочий документ г-на Дональда Макрэя представлял собой переработанный вариант рабочего документа «Толкование и применение клаузул о наиболее благоприятствуемой нации в инвестиционных соглашениях» 2011 года, учитывающий последние изменения и обсуждения в Исследовательской группе в 2011 году. В нем содержался анализ последних решений и других соображений, которые принимались во внимание в прецедентном праве. В нем также содержалась оценка различных подходов к толкованию, используемых арбитражными судами.

252. В ходе обсуждения рабочего документа г-на Дональда Макрэя состоялся обмен мнениями о том, влияет ли природа арбитражного суда на его подход к толкованию договора, в частности, насколько влияет на процесс толкования смешанная природа арбитража (включая как государство, так и частную сторону). Рабочий документ г-на Матиаса Форто был подготовлен в результате этого обсуждения.

253. Оба рабочих документа в качестве подготовительных материалов войдут в общий доклад, который будет представлен Исследовательской группой.

254. Исследовательской группе был также представлен неофициальный рабочий документ о типовых клаузулах о наиболее благоприятствуемой нации после дела *Маффесини*, в котором рассматривались различные реакции государств на решение по делу *Маффесини*, в частности прямые заявления о том, что клаузула о наиболее благоприятствуемой нации не применима к положениям об урегулировании споров; или прямые заявления о том, что эта клаузула, наоборот, применима к положениям об урегулировании споров; или перечисления конкретных областей, на которые распространяется клаузула о наиболее благоприятствуемой нации. Ей был также представлен неофициальный рабочий документ с обзором 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 государстве аккредитации. Эти неофициальные рабочие документы, а также неофициальный рабочий документ о двусторонних соглашениях о налогообложении и клаузуле о наиболее благоприятствуемой нации, не обсужденный Исследовательской группой, все еще находятся на стадии разработки и в дальнейшем будут дополняться.

a) *Влияние смешанной природы арбитражных судов по инвестиционным спорам на применение клаузул о наиболее благоприятствуемой нации к процессуальным положениям (г-н Матиас Форто)*

255. В рабочем документе содержались объяснение смешанной природы арбитража по инвестиционным вопросам; оценка особенностей применения клаузулы о наиболее благоприятствуемой нации в смешанном арбитраже; и анализ влияния такого арбитража на применение клаузулы о наиболее благоприятствуемой

статей Комиссии международного права 1978 года»; Дональд Макрэй, «Клаузула о наиболее благоприятствуемой нации в условиях ГАТТ и ВТО»; Махмуд Хмуд, «Деятельность ОЭСР по клаузуле о наиболее благоприятствуемой нации»; Стивен Васьянни, «Деятельность ЮНКТАД по клаузуле о наиболее благоприятствуемой нации»; А. Перера, «Проблема Маффесини в инвестиционных договорах» (см. *Ежегодник… 2010 год*, том II (часть вторая), пункт 360–368). Относительно *Emilio Agustín Maffezini v. Kingdom of Spain,* см. Международный центр по урегулированию инвестиционных споров, case No. ARB/97/7, решение от 25 января 2000 года, *ICSID Review: Foreign Investment Law Journal*, vol. 16, No. 1 (2001), p. 1. Текст этого решения также имеется в интернете (см. https://icsid.worldbank.org/ICSID/) и в *International Law Reports*, vol. 124 (2001), p. 1.

[368] Дональд Макрэй, «Толкование и применение клаузул о наиболее благоприятствуемой нации в инвестиционных соглашениях». См. также *Ежегодник… 2011 год*, том II (часть вторая), пункты 351–353.

нации к процедурным положениям. Было отмечено, что смешанная природа инвестиционного арбитража проявляется на двух уровнях в силу того, что две стороны разбирательства, в качестве каковых выступают частный истец и государство-ответчик, имеют разную природу. Кроме того, констатировалось, что арбитражный суд при этом служит функциональной заменой компетентному в иных обстоятельствах суду принимающего государства[369]. 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[370]. В нем сочетаются как частный, так и публичный элементы.

256. При оценке особенностей применения клаузулы о наиболее благоприятствуемой нации в смешанном арбитраже было отмечено, что, хотя ratione materiae проекты статей 1978 года распространяются на все области, включая учреждение иностранных физических и юридических лиц, их личные права и обязанности, их общая сфера охвата ratione personae не затрагивает обязательства или права, подлежащие исполнению или использованию индивидами. В классическом понимании индивид не считается субъектом международного права при применении клаузулы о наиболее благоприятствуемой нации. Вследствие смешанного характера арбитражного суда индивид наряду с государством также становится бенефициаром клаузулы о наиболее благоприятствуемой нации в рамках международного порядка; не будучи стороной договора, индивид может ссылаться на юрисдикционные положения договора в споре с ответчиком в лице государства-участника; однако, поскольку договор служит как источником режима, так и основанием правомочия обращаться в арбитраж, становится сложно отграничить вопросы, которые подпадают под урегулирование споров в связи с договором, от вопросов, которые подпадают под предусмотренный договором режим. Эта последняя особенность определяет две тенденции толкования: в одном случае во главу угла ставится аспект «режима» (два государства предоставляют преференциальный режим своим соответствующим гражданам), с тем чтобы было проще обосновать применимость клаузулы о наиболее благоприятствуемой нации к положению об урегулировании споров; а в другом – аспект «урегулирования споров» (положение об урегулировании споров является основанием для согласия государства на арбитражное разбирательство) посредством акцента на необходимость уважать принцип согласия государства на арбитражное разбирательство.

257. По поводу влияния было высказано мнение о том, что в силу уникального характера смешанного арбитража к нему нельзя исключить применение, если не специальных правил толкования, то, по крайней мере, специальных руководящих указаний по толкованию. Влияние заключается в том, что, в зависимости от аспекта смешанной природы, одни арбитражные суды придают больше значения публичному аспекту арбитража (или аспекту «урегулирования спора») (публичный подход), нежели его частному аспекту (или аспекту «режима»), а другие выбирают противоположный подход (частный подход); в то время как в ряде других случаев оба аспекта сочетаются (синкретический подход).

b) *Толкование клаузул о наиболее благоприятствуемой нации арбитражными судами по инвестиционным спорам (г-н Дональд Макрэй)*

258. В рабочем документе было признано, что, несмотря на ориентацию на толкование договоров или использование инструментов толкования, предусмотренных Венской конвенцией 1969 года для толкования клаузул о наиболее благоприятствуемой нации, подходы арбитражных судов к процессу толкования, а нередко и выводы, к которым они приходят, далеко не отличаются единообразием. С учетом этого в документе содержался дальнейший обзор подходов арбитражных судов по инвестиционным спорам в стремлении определить факторы, которые предположительно влияют на толкование клаузулы о наиболее благоприятствуемой нации арбитражными судами по инвестиционным спорам, и выявить некоторые тенденции.

259. К числу этих факторов и тенденций относятся: *a*) разграничение *материально-правовых и процедурных* аспектов путем рассмотрения главного вопроса о том, может ли положение о наиболее благоприятствуемой нации в принципе относиться как к процедурным, так и к материально-правовым положениям договора; *b*) толкование положения о наиболее благоприятствуемой нации применительно к положениям об урегулировании споров в договоре *с точки зрения юрисдикции*, при котором в некоторых случаях предполагалось существование более высокого стандарта толкования для решения вопроса о том, можно ли клаузулу о наиболее благоприятствуемой нации приравнять к соглашению об арбитраже, а в других случаях проводится различие между *юрисдикцией и допустимостью*, когда положение о праве на возбуждение иска, т.е. вопрос юрисдикции, отграничивается от положения о порядке возбуждения такого иска, что было расценено как вопрос допустимости; *c*) подход с позиций *коллизии договорных положений*, при котором арбитражные суды учитывают тот факт, что вопрос, который сторона стремится отразить в договоре, уже был иначе урегулирован в базовом соглашении; *d*) рассмотрение договорной *практики* одной из сторон двустороннего инвестиционного договора, в отношении которого было заявлено требование о предоставлении режима наиболее благоприятствуемой нации как способ установления намерений сторон относительно сферы применения клаузулы о

[369] См. Stephan W. Schill, «Allocating adjudicatory authority: most-favoured-nation clauses as a basis for jurisdiction – A reply to Zachary Douglas», *Journal of International Dispute Settlement*, vol. 2, No. 2 (2011), p. 353–371, at p. 362, footnote 31. См. также Mathias Forteau, «Le juge CIRDI envisagé du point de vue de son office: juge interne, juge international, ou l'un et l'autre à la fois» в Liber amicorum *Jean-Pierre Cot: Le procès international* (Brussels, Bruylant, 2009), pp. 95–129.

[370] См. по этому вопросу Franck Latty, «Arbitrage transnational et droit international général» в *Annuaire français de droit international*, vol. 54 (2008), p. 467, at pp. 471–475.

наиболее благоприятствуемой нации; *e*) учет *соответствующей даты* заключения договора (принцип современности) вкупе с последующей практикой в целях установления намерения сторон; *f*) оценка влияния на арбитражный суд содержания положения, которое сторона стремится исключить или включить посредством клаузулы о наиболее благоприятствуемой нации; *g*) признание подразумеваемой *доктрины прецедента* – тенденция, обусловленная стремлением к единообразию, нежели к какой-либо иерархической структуре; *h*) содержательная оценка положения, на которое ссылается сторона, в целях установления того, действительно ли оно предоставляет *режим большего/меньшего благоприятствования*; и *i*) учет наличия оговорок *политического порядка*.

c) *Резюме обсуждений*

260. Признавая, что основной областью работы Исследовательской группы является сфера инвестиций, Исследовательская группа посчитала тем не менее уместным рассматривать обсуждаемые вопросы в более широких нормативных рамках через призму общего международного права и предыдущей работы Комиссии. Исследовательская группа также подтвердила возможность разработки руководящих указаний и типовых положений.

261. Взяв за основу рабочий документ г-на Дональда Макрэя, также содержащий предварительный анализ возможного направления будущей работы, Исследовательская группа приступила к обмену мнениями, обратившись к трем основным вопросам, а именно: *a*) могут ли положения о наиболее благоприятствуемой нации в принципе применяться к положениям об урегулировании споров в двусторонних инвестиционных договорах; *b*) затрагивают ли предусмотренные в двусторонних инвестиционных договорах условия задействования инвесторами положений об урегулировании споров юрисдикцию арбитражного суда; *c*) такие факторы существенно важны в процессе толкования при определении применимости положения о наиболее благоприятствуемой нации в двусторонних инвестиционных договорах к условиям использования механизма урегулирования спора.

262. Исследовательская группа признала, что вопрос о применимости положения о наиболее благоприятствуемой нации к положениям об урегулировании споров имеет отношение к толкованию договоров и ответ на него зависит от каждого конкретного договора, который имеет свою собственную специфику. Было с удовлетворением отмечено отсутствие каких-либо особых проблем в тех случаях, когда стороны напрямую включали в их положения о наиболее благоприятствуемой нации или исключали из них условия доступа к механизмам урегулирования споров. Как и в большинстве случаев, вопрос о толковании возникал тогда, когда в положениях о наиболее благоприятствуемой нации в действующих двусторонних инвестиционных договорах не было явных указаний на включение или исключение положений об урегулировании споров. Было высказано мнение, что арбитражным судам при толковании положений о наиболее благоприятствуемой нации в двусторонних инвестиционных договорах не требуется выяснять, по меньшей мере, могут ли такие положения быть принципиально неприменимыми к положениям об урегулировании споров. После дела *Маффесини* государствам разумно указывать свои предпочтения.

263. Было с удовлетворением отмечено, что арбитражные суды по инвестиционным спорам как прямо, так и в подразумеваемой форме относят сферу охвата положений о наиболее благоприятствуемой нации в двусторонних инвестиционных договорах к вопросам толкования договоров. Двусторонние инвестиционные договоры являются договорами, регулируемыми международным правом. Соответственно, к их толкованию применимы принципы толкования договоров, предусмотренные статьями 31–33 Венской конвенции 1969 года. Общее правило толкования договоров, изложенное в пункте 1 статьи 31 Венской конвенции, состоит в том, что договор «должен толковаться добросовестно в соответствии с обычным значением, которое следует придавать терминам договора в их контексте, а также в свете объекта и целей договора». В ходе своей дальнейшей работы Исследовательская группа продолжит анализировать различные соображения, которые принимались во внимание арбитражными судами при толковании, с тем чтобы рассмотреть возможность формулирования рекомендаций, касающихся: *a*) границ контекста; *b*) значимости содержания положения, которое сторона стремится заменить; *c*) толкования положения, которое сторона стремится включить; *d*) значимости подготовительной работы; *e*) договорной практики сторон; и *f*) принципа современности. Была отмечена необходимость глубже изучить аспекты, связанные с толкованием клаузулы о наиболее благоприятствуемой нации после дела *Маффесини*, возможность дополнительного прояснения различия между юрисдикцией и допустимостью, существующего в прецедентном праве, вопрос о том, кто вправе ссылаться на клаузулу о наиболее благоприятствуемой нации, возможность конкретного определения понятия «режим меньшего благоприятствования» в тех случаях, когда на такое положение делается ссылка в контексте двусторонних инвестиционных договоров, и вопрос о том, могут ли оговорки публичного порядка ограничивать применение клаузулы о наиболее благоприятствуемой нации.

264. Исследовательская группа напомнила, что ранее она сделала вывод о необходимости дальнейшего изучения вопроса о наиболее благоприятствуемой нации применительно к торговле услугами в рамках ГАТС и инвестиционным соглашениям, а также о соотношении между клаузулой о наиболее благоприятствуемой нации, справедливым и равноправным режимом и режимами, установленными национальными нормами. Эти вопросы останутся в поле зрения по мере продвижения Исследовательской группы вперед в своей работе. Было отмечено, что еще одной областью, изучение которой предполагается продолжить, является взаимосвязь клаузулы о наиболее благоприятствуемой нации с региональными торговыми соглашениями. Кроме того, было высказано мнение о существовании других областей,

представляющих интерес в настоящее время, включая связь между инвестиционными соглашениями и соображениями, касающимися прав человека. Вместе с тем Исследовательская группа отметила, что осознает нежелательность расширения масштабов своей работы и поэтому с осторожностью подходит к исследованию вопросов, которые могут отвлечь ее внимание от вопросов, которые порождают проблемы с точки зрения применения положений проектов статей 1978 года.

265. Исследовательская группа провела обмен мнениями по вопросу об общей структуре своего будущего доклада и посчитала важным изложить общую предысторию своей работы в более широких рамках общего международного права в свете изменений, последовавших за принятием проектов статей 1978 года, рассмотреть современную проблематику, имеющую отношение к клаузуле о наиболее благоприятствуемой нации, проанализировав в этой связи такие вопросы, как актуальность положения о наиболее благоприятствуемой нации в современную эпоху, работа, выполненная другими органами по вопросу о положениях о наиболее благоприятствуемой нации, а также различные подходы к толкованию положений о наиболее благоприятствуемой нации. Кроме того, в заключительном докладе Исследовательской группы предполагается широко осветить вопрос о толковании положений о наиболее благоприятствуемой нации в инвестиционных соглашениях в отношении урегулирования споров с анализом различных актуальных для этого процесса факторов и представлением основанных на практике государств примеров модельных положений для их использования в переговорах о положениях о наиболее благоприятствуемой нации. Исследовательская группа признала, что изменения в составе Комиссии оказали влияние на динамику ее работы, поскольку некоторые вопросы не могли быть рассмотрены между сессиями. Однако она по-прежнему рассчитывает завершить свою работу в течение следующих двух или трех сессий Комиссии.