



ГЕНЕРАЛЬНАЯ АССАМБЛЕЯ

Distr.
LIMITED

A/CN.4/L.719
20 July 2007

RUSSIAN
Original: ENGLISH

КОМИССИЯ МЕЖДУНАРОДНОГО ПРАВА

Пятьдесят девятая сессия

Женева, 7 мая - 8 июня и 9 июля - 10 августа 2007 года

КЛАУЗУЛА О НАИБОЛЕЕ БЛАГОПРИЯТСТВУЕМОЙ НАЦИИ

Доклад Рабочей группы

I. Введение

1. На своем 2929-м заседании 1 июня 2007 года Комиссия международного права учредила Рабочую группу открытого состава под председательством г-на Дональда Макрэя для изучения возможности включения темы "Клаузула о наиболее благоприятствуемой нации" в свою долгосрочную программу работы.

2. Рабочая группа провела два заседания 16 и 17 июля 2007 года.

3. На рассмотрение Рабочей группы был представлен дискуссионный документ, подготовленный г-ном Дональдом Макрэем и Роханом Перерой¹.

II. Рекомендации Рабочей группы

4. Рабочая группа посчитала, что Комиссия могла бы сыграть полезную роль, разъяснив значение и действие клаузулы о наиболее благоприятствуемой нации в инвестиционных соглашениях. Такая работа строилась бы прошлой работе Комиссии, посвященной клаузуле о наиболее благоприятствуемой нации.

¹ Прилагается к настоящему докладу.

5. Рабочая группа рекомендует включить в долгосрочную программу работы Комиссии тему, касающуюся клаузулы о наиболее благоприятствуемой нации.

6. Рабочая группа пришла к выводу, что надлежащий подход к началу рассмотрения темы заключался бы в создании рабочей группы с целью проработки темы в следующих направлениях:

- проведение всестороннего обзора государственной практики и юриспруденции в отношении клаузулы о наиболее благоприятствуемой нации после завершения Комиссией работы над этой темой в 1978 году;
- подготовка полного изложения вопросов, порождаемых включением клаузулы о наиболее благоприятствуемой нации в инвестиционные соглашения;
- установление диалога с другими органами, занимающимися вопросом о клаузулах о наиболее благоприятствуемой нации, включая ОЭСР, ЮНКТАД и ВТО;
- подготовка комментариев к типовым клаузулам о наиболее благоприятствуемой нации, в том числе разработанным в свете исследования государственной практики и юриспруденции в этой области.

Приложение

Клаузула о наиболее благоприятствуемой нации

1. В 1978 году Комиссия приняла проект статей по теме, посвященной клаузуле о режиме наиболее благоприятствуемой нации (НБН). Генеральная Ассамблея не приняла по ним никакого решения. В 2006 году на пятьдесят восьмой сессии КМП Рабочая группа по долгосрочной программе работы обсудила вопрос о том, следует ли рассматривать вновь клаузулу о НБН и включать эту тему в ее долгосрочную программу работы, но Комиссия не приняла никакого решения по этому вопросу. Затем Комиссия запросила мнения правительств. 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 НБН, в ее долгосрочную программу работы.

2. В настоящем дискуссионном документе рассматривается вопрос относительно клаузулы о НБН: что было решено в 1978 году, почему эта тема не была далее развита, что изменилось с 1978 года и может ли Комиссия сделать что-нибудь полезное по этой теме.

1. Природа, истоки и эволюция клаузул о НБН

3. Клаузула о НБН 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 ("договоры о ДТС"). Например, в договоре между Великобританией и Швецией 1654 года¹ 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

¹ *Treaty of Peace and Commerce between Great Britain and Sweden* 11 April 1654, BSP 1/691.

обладает любой другой иностранец в настоящее время и будет пользоваться впоследствии.

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 НБН не являлась всеобъемлющим положением о недискриминации.

4. Как явствует из соглашения между Великобританией и Швецией, предоставление режима НБН предусматривалось в интересах "людей, подданных и жителей" обоих государств. Это было типичным для договоров о ДТС. Они касались прежде всего, хотя и не 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 НБН лежали экономические соображения - желание получателя режима НБН 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 НБН не ограничивался исключительно экономической сферой. Двусторонние договоры, касавшиеся дипломатических и консульских сношений, также содержали гарантии НБН как применительно к способности содержать помещения дипломатических и консульских представительств, так и в преломлении к привилегиям, предоставлявшимся дипломатическим и консульским работникам². Как только дипломатические и консульские сношения стали регулироваться многосторонними конвенциями, устанавливающими права на всеобъемлющей основе, необходимость в двусторонних соглашениях, препятствующих дискриминации на основе включения клаузулы о НБН, отпала.

6. За пределами экономической сферы режим НБН являлся принципом недискриминации применительно к обстоятельствам, в которых отношения между государствами регулировались на основе двусторонних соглашений. Подобные клаузулы

² См., например, Итало-Турецкую консульскую конвенцию от 9 сентября 1929 года (129 L.N.T.S. 195), цит. в документе "Первый доклад относительно оговорки о режиме наибольшего благоприятствования, подготовленный специальным докладчиком г-ном Эндре Уштором" (документ Организации Объединенных Наций A/CN.4/213), *Ежегодник Комиссии международного права*, 1969 год, том 2 (Нью-Йорк: ООН, 1970 год), стр. 186, пункт 57 (A/CN.4/SER. A/1969/Add.1).

имели меньшую полезность в тех случаях, когда отношения регулировались многосторонними соглашениями и режим НБН мог охватываться общим положением о недискриминации. Тем не менее режим НБН сохранял свою значимость в экономической сфере там, где многосторонние соглашения содержали положения о НБН. Это отражает экономическую направленность режима НБН 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 НБН часто предоставлялся на обусловленной основе. Вместо автоматического предоставления режима НБН государство предпочитало распространять его в обмен на льготы, предоставлявшиеся другим государствам. Иными словами, за предоставление режима НБН необходимо было платить. Этот режим получил известность как "обусловленный режим НБН". Практика предоставления обусловленного режима НБН стала менее распространенной в связи с более четким осознанием того, что с безусловным предоставлением режима НБН для предоставляющего его государства сопряжены экономические выгоды, и обусловленный режим НБН сегодня имеет ограниченную значимость.

8. Безусловный режим НБН стал краеугольным камнем режима ГАТТ. В соответствии со статьей I ГАТТ режим НБН 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 НБН превратился в основу принципа недискриминации в соответствии с ГАТТ, и это положение сохранилось в рамках ВТО. Более того, по соглашениям ВТО принцип НБН 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 НБН в отношении "любой меры, охватываемой настоящим Соглашением".

9. Невзирая на центральную роль режима НБН в соответствии со статьей I ГАТТ, в рамках ГАТТ и ВТО предусматриваются также важные изъятия из режима НБН. Главное изъятие касается региональных соглашений (таможенных союзов и зон свободной торговли), согласно которым преференции предоставляются участникам этих соглашений и, следовательно, режим НБН 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 НБН 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 НБН. Вместе с тем принцип НБН 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 НБН.

2. Предшествующая работа КМП над клаузулой о НБН

11. Начало рассмотрению КМП клаузул о НБН 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 НБН. Комиссия приняла решение не делать этого, а рассмотреть клаузулы о НБН в качестве отдельной темы³. Специальный докладчик г-н Эндре Уштор и его преемник г-н Николай Ушаков провели исчерпывающий анализ клаузул о НБН в том виде, в каком они существовали до середины 1970-х годов. Их доклады основывались на обширной государственной практике в деле заключения международных договоров, содержащих клаузулы о НБН в разнообразных областях, на решениях МС, затрагивавших клаузулы о НБН (*Дело об англо-иранской нефтяной компании*⁴, *Дело касающееся прав граждан Соединенных Штатов Америки в Марокко*⁵, *Дело Амбателоса*⁶), *Арбитражном решении по делу Амбателоса*⁷ и на значительном количестве решений национальных судов.

12. Подход Комиссии заключался в изучении клаузулы о НБН и режима НБН в качестве "правового института"⁸, а не просто в качестве аспекта права международных договоров,

³ "Доклад Комиссии международного права Генеральной Ассамблее о работе ее тридцатой сессии" (Документ ООН A/33/10), *Ежегодник Комиссии международного права*, 1978 год, том 2, часть 2 (Нью-Йорк: ООН, 1979 год), стр. 10, пункт 15 (A/CN.4/SER.A/1978/Add.1 (Part 2)).

⁴ *Anglo-Iranian Oil Co. (United Kingdom v. Iran)* [1952] I.C.J. Rep. 93.

⁵ *Case concerning rights of nationals of the United States of America in Morocco (France v. United States of America)* [1952] I.C.J. Rep. 176.

⁶ *Ambatielos Case (Greece v. United Kingdom)* [1952] I.C.J. Rep. 28.

⁷ *Ambatielos arbitration (United Kingdom–Greece)*, (1956), 12 U.N. R.I.A.A. at 83

⁸ См. выше примечание 3, пункт 61.

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"⁹.

13. Тридцать проектов статей, подготовленных Комиссией, охватывали такие вопросы, как определение клаузулы о НБН и режима НБН (проекты статей 4 и 5), сфера их применения, договорная, а не обычная международно-правовая основа режима НБН (проект статьи 7), объем режима НБН (проекты статей 8, 9 и 10), последствия обусловленного и безусловного режима НБН (проекты статей 11, 12 и 13), источник режима, предоставляемого в соответствии с клаузулой о НБН (проекты статей 14-19), момент возникновения прав в силу клаузулы о НБН (проект статьи 20), прекращение или приостановление прав в силу клаузулы о НБН (статья 21), взаимосвязь клаузулы о НБН 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 НБН в дальнейшем так и не были рассмотрены Генеральной Ассамблеей. Прения в Шестом комитете¹⁰ свидетельствуют о наличии ряда проблем, вызывавших обеспокоенность в связи с проектами статей, но в наибольшей степени выделялись для вопроса. Во-первых, обеспокоенность вызывало то, что в проектах статей не предусматривалось изъятие для таможенных союзов и зон свободной торговли. Этот вопрос имел особую значимость для членов ЕЭС, которые не хотели предусматривать распространение льгот по Римскому договору на государства, не являвшиеся членами ЕЭС, на основе режима НБН. 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

⁹ Там же, пункт 62.

¹⁰ Шестой комитет, тридцать третья сессия, документы ООН A/C.6/33/SR.27-45 (1978 год). Эта тема поднималась в Шестом комитете в период с 1980 до 1983 год, в 1988 году, 1989 году и вновь в 1991 году.

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 НБН 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 НБН, были заменены многосторонними соглашениями. Следствием этого стало то, что сегодня режим НБН в большей мере сконцентрирован в экономической сфере.

Во-вторых, на смену ГАТТ, которая являлась главным источником для рассмотрения режима НБН, теперь пришла ВТО. В результате этого сфера действия режима НБН 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 НБН в соглашениях ВТО.

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

В-четвертых, урегулирование споров по инвестиционным соглашениям на основе процедур Международного центра по урегулированию инвестиционных споров (МЦУИС) или Арбитражного регламента ЮНСИТРАЛ привело к появлению толкования положений о НБН в инвестиционном контексте.

17. Все это имеет последствия для сегодняшнего подхода к клаузулам о НБН 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 НБН и как они действуют на практике. Взаимосвязь между общим обязательством по режиму НБН, предусмотренным в статье I ГАТТ, и

полномочиями государств предоставлять преференциальный режим развивающимся странам конкретно обсуждалась Апелляционным органом ВТО¹¹.

18. Кроме того, практика, касающаяся клаузул о НБН, формируется в контексте, отличающемся от условий, существовавших в то время, когда Комиссия последний раз занималась рассмотрением клаузулы о НБН. Проекты статей 1978 года в значительной мере опирались на Хартию экономических прав и обязанностей государств при рассмотрении взаимосвязи между клаузулой о НБН 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. Особенно важное значение вопросы о характере и сфере действия положений о НБН приобрели в сфере инвестиционных соглашений. Сфера применения некоторых положений о НБН и различные подходы разных судов по инвестиционным спорам породили то, что можно, пожалуй, назвать величайшим вызовом в отношении положений о НБН. 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 НБН остается одним из решающих факторов в международных экономических отношениях между государствами-членами. Сохраняющееся значение клаузулы о НБН, вероятно, можно рассматривать в контексте двух этапов. На первом этапе рост числа двусторонних соглашений о поощрении и защите инвестиций (ДИД) в 1990-х годах подчеркнул сохранение значимости клаузулы о НБН, 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 НБН.

¹¹ *EC- Conditions for the Granting of Tariff Preferences to Developing Countries* (2004) WTO Doc. WT/DS246/AB/R (Appellate Body Report).

21. Распространение режима НБН 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 предоставление режима НБН 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 НБН в современных экономических отношениях между государствами. Роль клаузулы о НБН в контексте этих новых соглашений об экономической интеграции заслуживает более тщательного изучения с правовой точки зрения.

5. Сегодняшние вызовы в связи с клаузулой о НБН

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

23. Такого рода вопрос возник в деле *Маффесини против Королевства Испании*¹². Истец по фамилии Маффесини, являющийся гражданином Аргентины, подал иск по двустороннему инвестиционному соглашению между Аргентиной и Испанией. 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 НБН в аргентино-испанском соглашении (статья 4), 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 испанско-чилийским двусторонним инвестиционным соглашением инвесторы, подающие иск по этому соглашению, не обязаны сначала предъявлять свои иски во внутренние суды Испании.

¹² *Maffezini v. Kingdom of Spain*, 25 January 2000, ICSID Case No. ARB97/7.

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 НБН в аргентино-испанском соглашении он имеет право на более благоприятный режим, чем режим, предоставляемый чилийским инвестором 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 НБН в аргентино-испанском двустороннем инвестиционном соглашении применяется только к положениям по вопросам существа, а не к процессуальным положениям, указав при этом, что в силу самих условий клаузулы о НБН 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 НБН 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 следовали¹³ решению по делу *Маффесини*, так и проводили с ним различия по существу¹⁴, хотя не до конца ясно, сформировалось ли сколь-нибудь последовательное толкование положений о НБН. Решение по делу *Маффесини* открывает возможность придания клаузулам о НБН чрезвычайно широкой сферы действия. Клаузула о НБН 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 *Маффесини* 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.

¹³ *Siemens A.G. v. Argentine Republic*, 3 August 2004, ICSID Case No. ARB/02/8.

¹⁴ См., например, *Salini Costruttori S.p.A. and Italstrade S.p.A. v. the Hashemite Kingdom of Jordan*, 9 November 2004, ICSID Case No. ARB/02/13.

26. Проблема для государств, вытекающая из решения по делу *Маффесини*, заключается в том, могут ли они заранее с какой-либо степенью определенности установить, какое обязательство они в реальности принимают на себя, включая клаузулу о НБН 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 НБН "только те права, которые вытекают из существа предмета клаузулы". Но определение существа предмета клаузулы и является тем самым вопросом, который суд по делу *Маффесини* и другие суды пытались разрешить.

27. У вопроса о сфере действия положения о НБН 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 НБН оправдывает ссылку на другие инвестиционные соглашения на предмет установления того, что же представляет собой "справедливый и равноправный режим"¹⁵. Это тоже приводит к неопределенности в вопросе о сфере действия клаузулы о НБН.

28. Дело *Маффесини* привело к тому, что государства стали стараться формулировать клаузулы о НБН 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 НБН и ограничение режима НБН четко оговоренными льготами. Проблема заключается в том, что государства не могут быть твердо уверены, как эти новые клаузулы будут толковаться на деле.

29. На одном уровне проблема сводится к вопросу толкования международных договоров. Клаузулы о НБН формулируются по-разному в разных соглашениях. Одни из них имеют широкую сферу действия, другие же предусматривают узкое применение. Некоторые ограничивают режим НБН 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

¹⁵ *MTD Equity Sdn. Bhd. & MTD Chile S.A. v. Chile*, 25 May 2004, ICSID Case No. ARB/01/7; *Pope & Talbot, Inc. v. Canada*, Award of the NAFTA Tribunal, April 10, 2001, 122 I.L.R. 352 (2002).

вакууме. То, как толкователь будет подходить к клаузуле о НБН, будет отчасти зависеть от того, как он видит природу клаузул о НБН.

30. Если клаузулы о НБН 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 НБН 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 НБН. В этой связи опыт толкования клаузулы о НБН в контексте ВТО и в других областях может дать ориентир в деле толкования НБН в контексте инвестиционных соглашений.

6. Что полезного может сделать КМП?

31. Очевидно, что со времени подготовки проектов статей по клаузулам о НБН 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 НБН в инвестиционных соглашениях, что привело к необходимости кодификации и, возможно, прогрессивного развития права государствами 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, остаются нерешенными и сегодня, 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 ГАТТ и решений третейских групп и Апелляционного органа ВТО.

33. Сегодня вопрос, касающийся клаузул о НБН, 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 КМП 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 НБН, являются вопросами публичного международного права. Ключевой вопрос состоит в том, как следует толковать клаузулы о НБН. 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 НБН. Он затрагивает понимание нами роли и функции клаузул о НБН и их взаимосвязи с принципом недискриминации в международном праве.

35. Другие органы также фокусируют свое внимание на этой теме. ОЭСР¹⁶, равно как и ЮНКТАД¹⁷, подготовили исследования, посвященные клаузулам о НБН. 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 НБН многообразны и их нелегко вписать в общие категории. Правительства имеют возможность 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 НБН развиваться, как и прежде. При таком аналитическом подходе у Комиссии отсутствует какая-либо роль применительно к этой теме.

37. Те, кто поддерживает работу Комиссии в этой области, считают, что она могла бы сделать в этой области такое полезное дело, как подготовка авторитетных руководящих указаний по толкованию клаузул о НБН. Эта потребовало бы исчерпывающего анализа

¹⁶ OECD, Directorate for Financial and Enterprise Affairs, *Most-Favoured-Nation Treatment in International Investment Law*, Working Papers on International Investment, Working Paper № 2004/2 (2004). Интернет-адрес: <http://www.oecd.org/dataoecd/21/37/33773085.pdf>

¹⁷ Конференция Организации Объединенных Наций по торговле и развитию (ЮНКТАД). "Режим наиболее благоприятствуемой нации" (1999 год), Серия документов ЮНКТАД по проблематике международных инвестиционных отношений. Документ ООН UNCTAD/ITE/IT/10 (Vol.III).

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

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

39. Нет никаких сомнений в том, что тема толкования клаузул о НБН вписывается в критерии, применяемые Комиссией при выборе тем. Она отвечает потребностям государств, и практика здесь является достаточно развитой, чтобы позволить перейти к прогрессивному развитию и кодификации права в этой области. Эта тема имеет уже определенную сферу охвата, и работа над ней может быть завершена в течение текущего пятилетия.

7. Возможные варианты

40. Имеется несколько возможных вариантов, которые Рабочая группа могла бы рассмотреть на предмет какой-либо работы Комиссии над данной темой.

a) Комиссия могла бы провести детальное изучение этого вопроса в целях определения конечного результата после завершения такого изучения.

b) Комиссия могла бы провести детальное изучение этого вопроса в целях разработки проектов статей или проектов руководящих принципов по толкованию клаузул о НБН.

c) Комиссия могла бы провести детальное изучение этого вопроса в целях разработки серии типовых клаузул о НБН с комментариями относительно их толкования.

d) Комиссия могла бы принять решение не включать клаузулы о НБН в свою долгосрочную программу работы.

Выборочная библиография

Dolzer, Rudolf and Myers, Terry, "After Tecmed: Most-Favored-Nation Clauses in Investment Protection Agreements" 19 ICSID Rev. – FILJ 49 (2004).

Ehring, Lothar. "De Facto Discrimination in World Trade Law" (2002) 36(5) Journal of World Trade 921 (Kluwer Law International).

Freyer, Dana H. and Herlihy, David, "Most-Favored Nation Treatment and Dispute Settlement in Investment Arbitration: Just How "Favored" is "Most-Favored"? 20 ICSID Review – FIJL 58 (2005).

Organisation for Economic Co-operation and Development (OECD). "Most-Favoured-Nation Treatment in International Investment Law" (2004). Working Papers on International Investment Number 2004/2.

Конференция Организации Объединенных Наций по торговле и развитию (ЮНКТАД). "Режим наиболее благоприятствуемой нации" (1999 год), Серия документов ЮНКТАД по проблематике международных инвестиционных соглашений. Документ ООН UNCTAD/ITE/IIT/10 (Vol.III).

Yanai, Akiko. "The Function of the MFN clause in the Global Trading System" (2002) Working Paper Series 01/02 – No. 3, APEC Study Center Institute of Developing Economies, Интернет-адрес: http://www.heisummer.ch/pdf/introduction/003_yanai_mfn_clause.pdf
