



Генеральная Ассамблея

Distr.: Limited
29 May 2015
Russian
Original: English

Комиссия международного права

Шестидесят седьмая сессия

Женева, 4 мая – 5 июня и 6 июля – 7 августа 2015 года

Заключительный доклад

Исследовательской группы по клаузуле о наиболее благоприятствуемой нации



Содержание

	<i>Стр.</i>
Введение	4
Часть I – История вопроса	4
А. Генезис и цели работы Исследовательской группы	4
В. Проекты статей 1978 года	6
1. Истоки	6
2. Основные положения	7
3. Решение Генеральной Ассамблеи по проектам статей 1978 года	9
С. Последующие события	9
D. Анализ положений о НБН другими органами	10
1. ЮНКТАД	11
2. ОЭСР	11
Часть II – Актуальность клаузул о НБН в настоящее время, а также вопросы, касающиеся их толкования	12
А. Ключевые элементы положений о НБН	13
1. Обоснование режима НБН	13
В. Современная практика в отношении клаузул о НБН	14
1. Клаузулы о НБН в ГАТТ и ВТО	14
2. Положения о НБН в других торговых соглашениях	16
3. Положения о НБН в инвестиционных договорах	17
а) Типы положений о НБН в инвестиционных соглашениях	17
С. Вопросы толкования, касающиеся положений о НБН в инвестиционных соглашениях	19
1. Кто имеет право пользоваться положением о НБН?	19
2. Что представляет собой "не менее благоприятный" режим?	20
3. Какова сфера охвата режима, предоставляемого в соответствии с клаузулой о НБН?	22
а) Клаузула о НБН и процедурные вопросы: история вопроса	22
b) Последующее толкование судами по инвестиционным спорам клаузул о НБН в связи с процедурными вопросами	24
i) Различие между материальными и процедурными обязательствами	25
ii) Толкование положений о НБН в качестве юрисдикционного вопроса	27
1. Стандарт для толкования юрисдикционных вопросов	27
2. Урегулирование споров и юрисдикция	28
iii) Конкретное намерение в других договорных положениях	31

iv)	Практика участников	32
v)	Соответствующее время для определения намерения сторон	32
vi)	Содержание положения, подлежащее изменению путем ссылки на положение о НБН	33
vii)	Последовательность в процессе принятия решений	35
viii)	Определение "не менее благоприятного" режима	35
ix)	Существование исключений по соображениям политики	36
Часть III – Соображения, касающиеся толкования клаузул о НБН		37
A.	Вопросы политики, относящиеся к толкованию инвестиционных соглашений	37
1.	Асимметричность при переговорах о ДИД	37
2.	Специфика отдельного договора	37
B.	Урегулирование инвестиционных споров в порядке "смешанного арбитража" ...	38
C.	Актуальность проектов статей 1978 года для толкования положений о НБН на современном этапе	40
Часть IV – Руководящие положения о толковании клаузул о НБН		41
1.	Принципиальная возможность применения положений о НБН в отношении положений об урегулировании споров в ДИД	41
2.	Условия, связанные с урегулированием споров и юрисдикцией арбитража ...	42
3.	Факторы, имеющие значение при определении применимости положения о НБН в отношении условий обращения к процедуре урегулирования споров	43
a)	Принцип одновременности	44
b)	Значимость подготовительной работы	45
c)	Договорная практика сторон	45
d)	Значение контекста	46
i)	Баланс между конкретными и общими положениями	46
ii)	Принцип <i>expressio unius</i>	47
e)	Значимость содержания положения, которое предлагается заменить ...	47
f)	Толкование положения, которое предлагается включить	48
4.	Последствия различных типовых клаузул о НБН	48
a)	Клаузулы в соглашениях, действовавших на момент решения по делу <i>Маффесини</i>	48
b)	Клаузулы в соглашениях, заключенных после решения по делу <i>Маффесини</i>	49
Часть V – Резюме выводов		50

Введение

1. В настоящем докладе освещается работа Исследовательской группы, которая была учреждена Комиссией для рассмотрения актуальных на сегодняшний день вопросов, относящихся к клаузуле о наиболее благоприятствуемой нации (НБН). Комиссия изучала тему, касающуюся клаузулы о НБН, с 1967 по 1978 год, однако разработанный ею проект статей не был положен в основу какого-либо многостороннего договора. С тех пор клаузула НБН стала краеугольным камнем ВТО и была включена в бесчисленное множество двусторонних и региональных инвестиционных соглашений. В контексте двусторонних инвестиционных соглашений, в частности, возникли разногласия по поводу возможности распространения режима НБН с основных обязательств на положения об урегулировании споров. Настоящий доклад содержит обзор этих изменений и некоторые комментарии по поводу толкования положений о НБН¹.

2. При рассмотрении данной темы Исследовательская группа пыталась решить, сможет ли она выработать какой-либо итоговый текст, который будет полезен на практике как с точки зрения включения клаузул о НБН в международные договоры, так и с точки зрения толкования и применения клаузул о НБН в судебных решениях и где бы то ни было еще. Исследовательская группа изучила вопрос о целесообразности переработки проектов статей 1978 года или подготовки нового проекта и констатировала отсутствие подобной необходимости². Хотя Исследовательская группа уделяла особое внимание клаузулам о НБН в контексте инвестиционных соглашений, она пыталась рассматривать клаузулы о НБН в более широком контексте. Выводы Исследовательской группы изложены в пунктах 212–217 ниже.

Часть I История вопроса

3. В этой Части представлен контекст работы Исследовательской группы и дано описание предыдущей работы Комиссии по вопросу о НБН. Затем в ней рассказывается об использовании клаузул о НБН с 1978 года.

А. Генезис и цели работы Исследовательской группы

4. Проекты статей по теме о клаузуле о наиболее благоприятствуемой нации (НБН) были приняты Комиссией в 1978 году³. Однако Генеральная Ассамблея так и не приняла решение о созыве конференции для преобразования этих проектов статей в конвенцию. В 2006 году на пятьдесят восьмой сессии Комиссии международного права Рабочая группа по долгосрочной программе работы обсудила вопрос о целесообразности вернуться к рассмотрению клаузулы о НБН. Этот вопрос был рассмотрен неофициальной рабочей группой Комиссии на ее пятьдесят девятой сессии (2007), а на шестидесятой сессии (2008) Комиссия решила включить в свою долгосрочную программу работы тему "Клаузула о наиболее благоприятствуемой нации". На той же сессии Комиссия постановила включить эту тему в свою текущую программу работы и учредить на своей шестидесяти первой сессии исследовательскую группу по ней под сопредседательством г-на Дональ-

¹ Термины "клаузула о НБН" и "положение о НБН" используются в настоящем докладе как взаимозаменяемые.

² Этот вывод не был единодушным, и некоторые члены Исследовательской группы считали переработку проектов статей 1978 года целесообразной.

³ *Ежегодник Комиссии международного права, 1978 год*, том II (Часть вторая), стр. 16–72.

да Макрея и г-на Рохана Переры⁴. С 2012 года Исследовательская группа работала под председательством г-на Макрея, а в его отсутствие — под председательством г-на Матьяса Форто.

5. Комиссия приняла решение о повторном рассмотрении вопроса о клаузуле о наиболее благоприятствуемой нации под воздействием событий, имевших место после 1978 года, включая широкое использование положений о НБН в контексте ВТО, повсеместное включение положений о НБН в двусторонние инвестиционные договоры и инвестиционные положения механизмов региональной экономической интеграции, а также известные трудности, которые возникли с толкованием и применением положений о НБН в инвестиционных договорах.

6. В период с 2009 по 2015 год Рабочая группа провела 23 заседания. Исследовательская группа согласовала план, призванный служить "дорожной картой" для ее работы в свете вопросов, поднятых в общем наброске по данной теме⁵. Она строила свою работу на основе неофициальных рабочих документов и других неофициальных документов, подготовленных членами Комиссии в целях оказания помощи Исследовательской группе⁶.

7. При рассмотрении данной темы Комиссия получила замечания государств в Шестом комитете, касавшиеся работы Исследовательской группы. Хотя некоторые государства усомнились в необходимости рассмотрения этой темы Комиссией⁷, по общему мнению, Комиссия могла бы внести свой вклад в эту область. Комиссия должна была учитывать тот факт, что положения о НБН принимают са-

⁴ *Официальные отчеты Генеральной Ассамблеи, шестьдесят третья сессия, Дополнение № 10 (A/63/10), пункты 351–352. См. также там же, шестьдесят четвертая сессия, Дополнение № 10 (A/64/10), пункты 211–216; там же, шестьдесят пятая сессия, Дополнение № 10 (A/65/10), пункты 359–373; там же, шестьдесят шестая сессия, Дополнение № 10 (A/66/10), пункты 349–363.*

⁵ *Там же, шестьдесят четвертая сессия, Дополнение № 10 (A/64/10), пункт 216.*

⁶ Исследовательская группа рассмотрела следующие рабочие документы: а) "Обзор проектов статей 1978 года в отношении клаузулы о НБН" (г-на Синья Мурасэ); б) НБН в ГАТТ и ВТО (г-на Д.М. Макрея); в) "Клаузула о наиболее благоприятствуемой нации и дело *Маффесини*" (г-на А.Р. Переры); д) "Деятельность ОЭСР по НБН" (г-на М.Д. Хмуда); е) "Деятельность ЮНКТАД по НБН" (г-на С.К. Васьянни); ф) "Толкование и применение клаузул о НБН в инвестиционных соглашениях" (г-на Д.М. Макрея); г) "Толкование клаузул о НБН арбитражными судами по инвестиционным спорам" (г-на Д.М. Макрея) (данный рабочий документ представлял собой переработанный вариант рабочего документа "Толкование и применение клаузул о НБН в инвестиционных соглашениях"); h) "Влияние смешанной природы арбитражных судов по инвестиционным спорам на применение клаузул о НБН к процессуальным положениям" (г-на М. Форто); i) "ДИД о смешанных арбитражах: юридический характер урегулирования инвестиционных споров" (г-на С. Мурасэ); и j) "Обзор формулировок клаузулы о НБН и дела *Маффесини*" (г-на М.В. Хмуда). На рассмотрение Исследовательской группы были также представлены: а) "Каталог положений о НБН" (подготовленный г-ном Д.М. Макреем и г-ном А.Р. Перерой); б) неофициальный документ в форме таблицы с указанием фамилий арбитров и юрисконсультов по инвестиционным делам, в которых фигурировали клаузулы о НБН, а также типов положений об НБН, являвшихся предметом толкования; в) неофициальный рабочий документ о типовых клаузулах о НБН после дела *Маффесини*, в котором рассматривалась различная реакция государств на решения по делу *Маффесини*; д) неофициальный рабочий документ с обзором сходных с НБН формулировок соглашений о штаб-квартирах, согласно которым представители государств при организации наделяются теми же привилегиями, что и дипломаты в государстве аккредитации; е) неофициальный рабочий документ по вопросу о клаузулах о НБН в дипломатических договорах; ф) неофициальный рабочий документ по вопросу о соглашениях о судоходстве и клаузуле о НБН; г) неофициальный рабочий документ по теме "Двусторонние соглашения о налогообложении и клаузула о НБН".

⁷ См., например: A/C.6/65/SR.25, пункт 75 (Португалия); A/C.6/66/SR.27, пункт 49 (Иран (Исламская Республика)); A/C.6/67/SR.23, пункт 27 (Иран (Исламская Республика)).

мые разные формы и что не обязательно нужно ожидать какого-либо единообразия в вопросах их толкования и применения⁸. В соответствии с общей ориентацией работы Исследовательской группы часто высказывалось мнение о том, что Комиссии не следует готовить новые проекты статей или пытаться пересмотреть проекты статей 1978 года⁹. В целом считалось, что Комиссии необходимо выявить тенденции толкования клаузул о НБН и предоставить руководящие указания для участников переговоров, директивного руководства и специалистов-практиков в инвестиционной сфере¹⁰.

8. Исследовательская группа решила не пытаться разрешить коллизию между несовпадающими мнениями судов по инвестиционным спорам относительно применения клаузул о НБН к положениям об урегулировании споров. Комиссия не в состоянии высказывать какие-либо авторитетные суждения по поводу решений судов по инвестиционным спорам и признавать одни решения правильными, а другие – неправильными, так как это превратило бы Комиссии в еще одного участника ведущейся полемики.

9. Вместо этого Исследовательская группа посчитала целесообразным предоставить некоторые разъяснения или уточнения по поводу подхода, которого Комиссия придерживалась в 1978 году, в частности с учетом неопределенности в вопросах надлежащего толкования клаузул о НБН. Кроме того, Исследовательская группа посчитала полезным более подробное рассмотрение вопроса о применении правил толкования договоров к толкованию положений о НБН.

В. Проекты статей 1978 года

1. Истоки

10. Когда тема о НБН была впервые предложена в Комиссии в 1964 году, это предложение прозвучало в контексте дискуссии о "договорах и третьих государствах"¹¹. Когда же Комиссия постановила включить данную тему в свою программу работы в 1967 году, она включила ее под названием "Клаузула о наиболее благоприятствуемой нации в праве международных договоров"¹². Таким образом, тема затрагивала договорное право.

11. Исторически клаузулы о НБН включались в двусторонние договоры о дружбе, торговле и мореплавании, основная функция которых состояла в регулировании целого ряда вопросов отношений сторон, как правило вопросов коммерче-

⁸ См., например: A/C.6/64/SR.23, пункт 52 (Соединенные Штаты Америки); A/C.6/64/SR.23, пункт 31 (Япония); A/C.6/65/SR.26, пункт 17 (Соединенные Штаты Америки); A/C.6/66/SR.27, пункт 94 (Соединенные Штаты Америки); A/C.6/67/SR.21, пункт 103 (Соединенные Штаты Америки).

⁹ См., например: A/C.6/64/SR.23, пункт 52 (Соединенные Штаты Америки); A/C.6/65/SR.25, пункт 82 (Соединенное Королевство); A/C.6/65/SR.26, пункт 17 (Соединенные Штаты Америки); A/C.6/69/SR.25, пункт 115 (Австрия); A/C.6/69/SR.26, пункт 18 (Соединенное Королевство); A/C.6/69/SR.27, пункт 26 (Соединенные Штаты Америки).

¹⁰ См., например: A/C.6/64/SR.18, пункт 66 (Венгрия); A/C.6/64/SR.22, пункт 75 (Новая Зеландия); A/C.6/65/SR.26, пункт 45 (Шри-Ланка); A/C.6/66/SR.27, пункт 28 (Шри-Ланка); A/C.6/66/SR.27, пункт 69 (Российская Федерация); A/C.6/66/SR.27, пункт 78 (Португалия); A/C.6/66/SR.27, пункт 89 (Вьетнам); A/C.6/66/SR.28, пункт 21 (Канада); A/C.6/67/SR.20, пункт 109 (Канада); A/C.6/69/SR.25, пункт 21 (Вьетнам); A/C.6/69/SR.26, пункт 69 (Сингапур); A/C.6/69/SR.26, пункт 73 (Австралия); A/C.6/69/SR.27, пункт 76 (Республика Корея).

¹¹ United Nations, *The Work of the International Law Commission*, Eighth ed., vol. 1, (2012), U.N. Sales No. E.12.V.2 (ISBN 978-92-1-133720-4), p.171.

¹² *Ibid*, p.172.

ского характера¹³. Хотя специальные докладчики по проектам статей 1978 года придерживались широкого подхода, охватывавшего применение клаузул о НБН в национальных судах, в международных договорах и в решениях международных судов, в основном проекты статей 1978 года касались традиционной функции клаузул о наиболее благоприятствуемой нации в двусторонних договорах о торговле.

12. Таким образом, если сегодня ключевой функцией клаузулы о НБН зачастую считается автоматическое и безусловное предоставление привилегий, проекты статей 1978 года содержат подробные и объемные положения, касающиеся "условий компенсации" и "условий режима взаимности", что, по-видимому, частично отражало обеспокоенность тех участников межгосударственной торговли, которые не были сторонниками сугубо автоматического применения клаузул о НБН. Кроме того, возникли разногласия по поводу режима в таких областях, как таможенные союзы и преференции для развивающихся стран.

2. Основные положения

13. Хотя проекты статей 1978 года касаются самых разных вопросов, некоторые из которых, по-видимому, потеряли свою актуальность в силу последующего развития событий, они устанавливают основные элементы положений о НБН и содержат указания по поводу их применения, которые определяют функционирование клаузул о НБН в настоящее время. Клаузула о НБН определяется следующим образом:

"режим, предоставленный бенефицирующим государством государству-бенефициарию или лицам или вещам, находящимся в определенной связи с ним, не менее благоприятный, чем режим, распространенный бенефицирующим государством на третье государство или на лица или вещи, находящиеся в такой связи с этим третьим государством"¹⁴.

Хотя данное определение было сочтено некоторыми расплывчатым¹⁵, оно содержит ключевые элементы клаузулы о НБН, которые далее развиваются в последующих проектах статей.

14. В частности, из проектов статей четко следует, что режим НБН не является исключением из общего правила о воздействии международных договоров на третьи государства¹⁶. Право на режим НБН основано на договоре, содержащем клаузулу о НБН, как базовом договоре, создающим юридическую связь между бенефицирующим государством и государством-бенефициарием. Другими словами, право государства-бенефициария на режим НБН вытекает только из клау-

¹³ Shinya Murase, *Kokusaiho no Keizaiteki Kiso* (Tokyo: Yuhikaku, 2001), pp. 14-201 [in Japanese]; Shinya Murase, "The Most-Favored-Nation Treatment in Japan's Treaty Practice 1854-1905" *American Journal of International Law*, vol.70 (1976), pp. 273-297.

¹⁴ См., например, проект статьи 5 проектов статей 1978 года, *Ежегодник... 1978 год*, том II (Часть вторая), стр. 21 англ. текста.

¹⁵ Эта проблема была отмечена Люксембургом в замечаниях по проекту статей в первом чтении следующим образом: "Возникают вопросы по поводу охвата этой формулы... в которой делается ссылка на "лиц" или "вещи", находящиеся "в определенной связи" с данным государством. Какие лица имеются в виду? Хотя ситуация может быть достаточно понятна в случае физических лиц, она перестает быть таковой в случае экономических предприятий, независимо от того, являются ли они корпоративными органами. Относится ли ссылка на "вещи" только к материальным предметам, или же она также касается нематериального имущества, например оказания услуг или прав на коммерческую, промышленную или интеллектуальную собственность? Наконец, как следует понимать слова "в определенной связи" с государством, особенно в случае экономических предприятий или нематериального имущества?" *Там же*, стр. 167.

¹⁶ *Там же*, стр. 24-25 (проекты статей 7 и 8).

зулы о НБН в договоре между бенефицирующим государством и государством-бенефициарием, а не из договора между бенефицирующим государством и каким-либо третьим государством. Таким образом, *jus tertii* в этом случае не появляется. В этой связи Комиссия лишь закрепляла то, что уже было постулировано Международным Судом в деле об *Англо-иранской нефтяной компании*¹⁷.

15. Проект статей также содержит важное изложение принципа *eiusdem generis* в его применении к клаузулам о НБН. При этом Комиссия широко полагалась на практику и юриспруденцию ГАТТ в отношении "аналогичных продуктов". Комиссия разбила принцип *eiusdem generis* на две части. Сначала, в пункте 1) статьи 9 сказано:

"В силу клаузулы о наиболее благоприятствуемой нации государство-бенефициарий приобретает для себя или в пользу лиц или вещей, находящихся в определенной связи с ним, только те права, которые вытекают из существа предмета клаузулы".

Потом в пункте 1) статьи 10 говорится:

"Государство-бенефициарий приобретает в силу клаузулы о наиболее благоприятствуемой нации право на режим наиболее благоприятствуемой нации только в том случае, если бенефицирующее государство распространяет на третье государство режим в пределах предмета клаузулы".

16. В статьях 9 и 10 также четко прописано, что если выгоды предоставляются для лиц или вещей, находящихся в определенной связи с государством-бенефициарием, то они должны принадлежать к той же категории лиц или вещей или находиться в такой же связи с государством-бенефициарием, что и лица или вещи в определенной связи с третьим государством¹⁸.

17. Проект статей 1978 года также касался действия клаузул о НБН, которые зависели от получения компенсации или предоставления взаимных выгод. Кроме того, он содержал конкретные правила, касающиеся режима НБН и развивающихся государств, приграничной торговли и государств, не имеющих выхода к морю.

18. Одной из причин того, что работа, проделанная Комиссией, так и осталась в форме проекта статей, были положения, касающиеся развивающихся стран. Считалось, что эти положения либо выходят за рамки того, что принято в международном обычном праве¹⁹, либо плохо согласуются с развитием событий в других контекстах, особенно по линии ГАТТ²⁰. Несколько государств полагали, что проекты статей недостаточно защищают интересы развивающихся стран²¹. Другим казалось, что проект статьи 24 о соглашениях между развивающимися государствами является излишне ограничительным²², или же требует дополнительных

¹⁷ *Anglo-Iranian Oil Co. Case (United Kingdom v. Iran), Preliminary Objection*, Judgment of 22 July 1952, *I.C.J. Reports* 1952, pp.109-110.

¹⁸ *Ежегодник... 1978 год*, том II (Часть вторая), стр. 27 англ. текста [см., в частности, проект статьи 10(2)].

¹⁹ A/C.6/33/SR.37, пункт 52 (Канада).

²⁰ A/C.6/33/SR.46, пункт 2 (Дания); A/C.6/33/SR.37, пункт 11 (Соединенное Королевство).

²¹ A/C.6/33/SR.37, пункт 24 (Либерия); A/C.6/SR.41, пункт 43 (Эквадор); A/C.6/SR.43, пункт 23 (Гана); A/C.6/SR.45, пункты 21–26 (Свазиленд). По мнению Европейского экономического сообщества, проекты статей должны были непосредственно касаться отношений между государствами с различным экономическим статусом: A/C.6/33/SR.32, пункты 6–7, 16–17 (ЕЭС). См. также A/C.6/SR.39, пункт 24 (Бельгия).

²² A/C.6/33/SR.32, пункт 20 (Ямайка); A/C.6/SR.42, пункт 30 (Бангладеш).

разъяснений²³. Аналогичным образом проект статей критиковался исходя из того, что он не учитывает все аспекты сложной связи между режимом НБН на основании двусторонних соглашений и режимом НБН на основании многосторонних соглашений²⁴. В частности, многие государства выступили против преобразования проекта статей в обязательную конвенцию по причине отсутствия в нем конкретного положения об исключении таможенных союзов²⁵. Некоторые государства выражали озабоченность по поводу того, что проект статей помешает государствам "идти по пути региональной интеграции"²⁶.

3. Решение Генеральной Ассамблеи по проектам статей 1978 года

19. После того, как с 1978 по 1988 год Генеральная Ассамблея обращалась к государствам с призывами представлять свои замечания в отношении проекта статей, она завершила рассмотрение этого вопроса, постановив

"довести до сведения государств-членов и заинтересованных межправительственных организаций проект статей о клаузулах о наиболее благоприятствуемой нации, содержащийся в докладе Комиссии о работе ее тридцатой сессии, для рассмотрения ими в тех случаях и в той мере, в каких они сочтут это целесообразным"²⁷.

С. Последующие события

20. Со времени рассмотрения Комиссией клаузулы о НБН в своих докладах и проектов статей 1978 года, произошли большие изменения. Применение режима НБН ограничилось экономической сферой, но внутри нее объем режима НБН расширился. Специальные докладчики по проектам статей 1978 года занимались изучением широкого круга областей применения клаузулы о НБН, включая права судоходства и дипломатические иммунитеты. Сегодня же принцип НБН действует главным образом в области международного экономического права, в частности в отношении торговли и инвестиций. В некоторых случаях режим НБН, предоставлявшийся на основе двусторонних договоров, был вытеснен многосто-

²³ А/С.6/33/SR.37, пункт 42 (Чили); А/С.6/SR.43, пункт 39 (Гайана). Ряд государств призвали к улучшению правового определения "развитых" и "развивающихся" государств, а именно: А/С.6/SR.39, пункт 27 (Бельгия); А/С.6/SR.40, пункт 5 (Соединенные Штаты Америки).

²⁴ А/С.6/33/SR.33, пункт 28 (Федеративная Республика Германия); А/С.6/33/SR.37, пункт 33 (Румыния); А/С.6/SR.40, пункт 63 (Сирия); А/С.6/SR.41, пункт 60 (Ливийская Арабская Джамахирия). Италия выразила разочарование в связи с тем, что проект статей не охватывает наднациональные органы: А/С.6/SR.44, пункт 9 (Италия).

²⁵ А/С.6/33/SR.31, пункт 5 (Нидерланды); А/С.6/33/SR.33, пункт 2 (Дания); А/С.6/33/SR.36, пункты 2–3 (Швеция); А/С.6/33/SR.37, пункт 2 (Австрия); А/С.6/33/SR.37, пункт 10 (Соединенное Королевство); А/С.6/SR.39, пункт 10 (Греция); А/С.6/SR.39, пункт 25 (Бельгия); А/С.6/SR.39, пункт 48 (Колумбия); А/С.6/SR.40, пункт 52 (Замбия); А/С.6/SR.41, пункт 11 (Турция); А/С.6/SR.42, пункт 6 (Ирландия); А/С.6/SR.42, пункт 39 (Нигерия); А/С.6/SR.42, пункт 43 (Перу); А/С.6/SR.43, пункт 11 (Венесуэла); А/С.6/SR.43, пункт 30 (Уругвай); А/С.6/SR.44, пункт 13 (Италия); А/С.6/SR.44, пункт 20 (Египет); А/С.6/SR.45, пункт 27 (Свазиленд); А/С.6/33/SR.46, пункт 2 (резюме Председателя Комиссии международного права).

²⁶ А/С.6/33/SR.32, пункты 8–12 (Европейское экономическое сообщество). См. также А/С.6/33/SR.31, пункт 4 (Нидерланды): "наиболее очевидным упущением окончательного проекта является то, что он по-прежнему в значительной степени игнорирует современный уровень развития регионального экономического сотрудничества и развития и его воздействие на применение клаузулы о наиболее благоприятствуемой нации".

²⁷ Решение 46/416 Генеральной Ассамблеи от 9 декабря 1991 года.

ронными соглашениями, предусматривающими более широкие обязательства по недискриминации²⁸.

21. Клаузулы о недискриминации, напоминающие положения о НБН, встречаются и в других контекстах, в том числе в соглашениях о штаб-квартирах и налоговых договорах, однако представляется, что они используются редко и не вызывают споров²⁹. В экономической же области режим НБН стал применяться шире и чаще. На смену ГАТТ, в котором режим НБН являлся одним из основных принципов многосторонней торговой системы, пришла ВТО, в рамках которой режим НБН применяется как к торговле услугами, так и к торговым аспектам прав интеллектуальной собственности. Кроме того, режим НБН стал ключевым принципом двусторонних инвестиционных договоров (ДИД), которые не были широко распространены во времена подготовки проекта статей 1978 года. Хотя первый ДИД был заключен в конце 1950-х годов, широкое распространение таких договоров, а также частое применение содержащихся в них положений об урегулировании споров пришлось на конец холодной войны³⁰.

22. В результате использования различных процедур урегулирования споров в рамках ВТО, а также действующих процедур урегулирования инвестиционных споров появился свод правовых норм, касающихся толкования положений о НБН, особенно в области торговли и инвестиций. Статья I ГАТТ, содержащая клаузулу о НБН, применялась в рамках механизма урегулирования споров ВТО и интерпретировалась Апелляционным органом ВТО. В рамках механизма урегулирования споров также поднимался вопрос о НБН в контексте торговли услугами. Кроме того, накопился значительный объем прецедентов, в которых суды пытались истолковать сферу охвата и применения положений о НБН, предусмотренных двусторонними инвестиционными договорами, и приходили в итоге к противоречивым и несовпадающим выводам.

23. Иными словами, условия действия режима НБН в настоящее время сильно отличаются от условий применения положений о НБН в период предыдущего рассмотрения Комиссией этого вопроса. Исходя из этого, Комиссия посчитала, что повторное рассмотрение этого вопроса могло бы принести определенную пользу.

D. Анализ положений о НБН другими органами

24. Исследовательской группе было известно о том, что большая работа в отношении клаузул о НБН была проведена Конференцией Организации Объединенных Наций по торговле и развитию (ЮНКТАД) и Организацией экономического сотрудничества и развития (ОЭСР).

²⁸ Венская конвенция о дипломатических сношениях, принятая в Вене 18 апреля 1961 года, United Nations, *Treaty Series*, vol. 500, p. 95 и Венская конвенция о консульских сношениях, принятая в Вене 24 апреля 1963 года, United Nations, *Treaty Series*, vol. 596, p. 261.

²⁹ Agreement Between the United Nations and the United States Regarding the Headquarters of the United Nations, done at Lake Success on 26 June 1947, United Nations, *Treaty Series*, vol. 11, No. 147, p. 11 at art V §15(4); Agreement Between the Government of Australia and the Government of the United Mexican States for the Avoidance of Double Taxation and the Prevention of Fiscal Evasion with Respect to Taxes on Income, done at Mexico City on 9 September 2002, Australian Treaty Series vol. 4 (2004), доступно по адресу <http://www.austlii.edu.au/au/other/dfat/treaties/2004/4.html>.

³⁰ Stephan W. Schill, "W(h)ither Fragmentation? On the Literature and Sociology of International Investment Law", *EJIL*, vol.22 (2011), pp. 875–908.

1. ЮНКТАД

25. ЮНКТАД уже давно участвует в реализации международной политики в области развития, в частности путем распространения технической информации по инвестиционным вопросам. Она занимается подготовкой двух серий документов, одна из которых касается проблематики международных инвестиционных соглашений, а другая – международной инвестиционной политики в интересах развития. В последнее время она опубликовала серию тематических записок по проблематике международных инвестиционных соглашений ("International Investment Agreements Issues Notes"), которая включает в себя ежегодное издание, посвященное последним событиям в области урегулирования споров между инвесторами и государством (УСИГ) ("Recent Developments in Investor-State Dispute Settlement"). Сборники ЮНКТАД, посвященные международным инвестиционным соглашениям ("International Investment Instruments: A Compendium"³¹ и "Investment Policy Hub"³²), являются бесценными источниками информации о международных инвестиционных соглашениях.

26. Вопросы НБН рассматриваются в рамках более широкого анализа инвестиционных соглашений в целом ряде других публикаций ЮНКТАД. В частности, в рамках ежегодного обзора УСИГ (урегулирование споров между инвесторами и государством), проводимого ЮНКТАД в ее серии тематических записок, кратко описываются решения, вынесенные судами по инвестиционным спорам за прошедший год. К ним относятся, в частности, решения, касающиеся толкования положений о НБН. Авторы доклада обобщают решения и отмечают, чем они отличаются друг от друга и от решений предыдущих годов, но не анализируют используемые судами по инвестиционным спорам подходы к толкованию.

27. Работа ЮНКТАД по вопросам НБН служит важной основой и платформой для рассмотрения положений о НБН. Как правило, ЮНКТАД уделяет основное внимание широким вопросам политики применительно к положениям о НБН, а не вопросам международного обычного права и толкования договоров, которые являются главным объектом изучения Исследовательской группы.

2. ОЭСР

28. Основная роль ОЭСР в области инвестиций заключалась в разработке договоров по стимулированию инвестиционной деятельности, к которым могли бы присоединиться ее государства-члены. Эти договоры предусматривают обязательства в отношении недискриминации, в том числе в виде клаузул о НБН.

29. Оба кодекса ОЭСР – Кодекс либерализации движения капитала, охватывающий прямые инвестиции и учреждения, и Кодекс либерализации текущих невидимых операций, охватывающий услуги, – предусматривают обязательство в отношении недискриминации. Хотя это обязательство сформулировано иначе, чем традиционная клаузула о НБН, ОЭСР рассматривает его как функциональный эквивалент положения о НБН. В общей для обоих кодексов статье 9 указано:

"Страна-член не проводит дискриминации в отношении других стран-членов в том, что касается предоставления разрешений на заключение и исполнение сделок и трансфертов, которые перечислены в Приложении А и которые подлежат любой степени либерализации".

³¹ UNCTAD, *International Investment Instruments: A Compendium*, UNCTAD/DITE/4 vol. XIII, доступно по адресу <http://unctad.org/en/pages/PublicationArchive.aspx?publicationid=410>. Тома VI, VII, VIII, IX, X имеются также в электронной форме.

³² UNCTAD, "Investment Policy Hub", доступно по адресу <http://investmentpolicyhub.unctad.org/IIA>.

30. В своем руководстве, посвященном кодексам, ОЭСР указала³³:

"Страны — члены ОЭСР должны предоставлять преимущества открытого рынка резидентам всех других стран-членов на равной основе, без дискриминации. При наличии ограничений последние должны применяться ко всем одинаково. ...Кодексами не допускается составлять перечень оговорок к принципу недискриминации или к принципу наибольшего благоприятствования в торговле (MFN)".

31. В этих кодексах предусмотрены существенные исключения из режима НБН, в том числе для тех государств-членов, которые входят в какой-либо таможенный союз или особую валютную систему, и в более широком смысле для целей поддержания общественного порядка или охраны здоровья населения, защиты моральных устоев и безопасности каким-либо государством-членом, а также защиты основных интересов в области безопасности или выполнения обязательств государства-члена, касающихся международного мира и безопасности³⁴.

32. ОЭСР также отвечала за организацию переговоров для заключения многостороннего соглашения по инвестициям (МСИ). В это соглашение было включено положение о НБН, в котором говорится о "не менее благоприятном режиме", применяющемся в случае "размещения, приобретения, расширения, обслуживания, поддержания, использования и продажи инвестиций, а также получения выгод от них, управления и иного распоряжения ими"³⁵. На момент остановки переговоров высказывались противоречивые мнения относительно того, следует ли применять клаузулу о НБН к инвестициям на территории государства, предоставляющего режим НБН, и должно ли понятие "при аналогичных обстоятельствах" служить критерием для определения бенефициаров, имеющих право на режим НБН.

33. Проект МСИ также предусматривал ряд исключений из режима НБН, в том числе в отношении интересов в области безопасности, обязательств по Уставу Организации Объединенных Наций и налогообложения. Кроме того, был предложен ряд спорных исключений, по которым так и не было достигнуто согласия и которые касались, в частности, реструктуризации государственного долга, операций в рамках кредитно-денежной и экономической политики, а также соглашений о региональной экономической интеграции³⁶.

Часть II

Актуальность клаузул о НБН в настоящее время, а также вопросы, касающиеся их толкования

34. Эта Часть касается характера клаузул о НБН и того, как они используются в международных договорах в настоящее время и применяются на практике. В ней также рассматриваются вопросы толкования, возникшие в связи с клаузулами о НБН, в том числе в контексте международных инвестиционных соглашений.

³³ OECD, *OECD Codes of Liberalisation: Users Guide 2008* (online: OECD, 2007) at p. 11, доступно по адресу <http://www.oecd.org/investment/investment-policy/38072327.pdf>, русский текст см. <http://www.oecd-ilibrary.org/docserver/download/9789264199958-sum-ru.pdf?expires=1434361774&id=id&accname=guest&checksum=681F1B2499E9B1BA42774907C5070564>.

³⁴ Там же, пункт 3.

³⁵ OECD Negotiating Group on the Multilateral Agreement on Investment, *The Multilateral Agreement On Investment Draft Consolidated Text*, 22 April 1998, OECD document DAF/FE/MAI(98)7/REV1.

³⁶ Там же, стр. 13 оригинала.

А. Ключевые элементы положений о НБН

35. Как следует из проектов статей 1978 года, положения о НБН в двусторонних или многосторонних договорах³⁷, включают в себя следующие ключевые элементы:

- во-первых, в соответствии с таким положением каждое государство соглашается предоставить определенный режим другому государству или другим государствам, а также физическим и юридическим лицам, находящимся в определенной связи с этим государством или этими государствами³⁸;
- во-вторых, характер режима, предоставляемого на основании положения о НБН, определяется режимом, обеспечиваемым государством, предоставляющим НБН третьим государствам ("не менее благоприятный")³⁹;
- в-третьих обязательство в отношении НБН применяется не только к режиму той же категории, как и режим, предоставленный третьему государству ("eiusdem generis")⁴⁰;
- в-четвертых, круг физических или юридических лиц, имеющих право на режим НБН, ограничивается лицами той же категории, что и физические и юридические лица третьего государства, которые имеют право претендовать на соответствующий режим⁴¹.

36. В процессе применения положений о НБН наибольшие трудности вызывают как раз второй и третий из этих элементов. Как в рамках ГАТТ, так и в рамках ВТО возникли споры по вопросу о том, что представляет собой не менее благоприятный режим, а также по вопросу о том, относится ли режим, на который претендует соответствующая сторона, к той же категории, что и режим, предоставленный третьим государствам. Кроме того, как будет показано ниже, вопрос о том, относится ли режим, на который претендует соответствующая сторона, к той же категории, что и режим, предоставленный третьим государствам, является главным вопросом нынешних противоречий в инвестиционной сфере.

1. Обоснование режима НБН

37. Режим НБН по существу является средством недопущения дискриминации между одним государством и другими государствами и поэтому может рассматриваться как отражение принципа суверенного равенства. Однако, как показывают его истоки, он был продиктован более прагматичным стремлением предотвратить предоставление конкурентных преимуществ в экономической сфере. Как отметил Специальный докладчик по проектам статей 1978 года в своем первом докладе, еще в средневековые времена купцы, которые не могли получить монопольные права на зарубежных рынках, добивались того, чтобы к ним относились не хуже, чем к их конкурентам⁴². Такой режим был затем закреплён в соглашениях между суверенными державами — договорах о дружбе, торговле и мореплавании — и не ограничивался одной лишь торговлей для обеспечения того, чтобы к

³⁷ Комиссия не исключила возможность того, что положение о НБН может быть прописано и в других документах, а необязательно в договоре. *Ежегодник... 1978 год*, supra note 1, p. 16. [проект статьи 1].

³⁸ *Ibid.* p. 21 (проект статьи 5).

³⁹ *Ibid.*

⁴⁰ *Ibid.* p. 27 (проект статьи 9).

⁴¹ *Ibid.* (draft art. 10 (2)).

⁴² *Yearbook... 1968*, vol. II, p. 165, document A/CN.4/L.127.

подданным одного суверена в иностранном государстве относились таким же образом, как и к подданным других суверенов.

38. Предотвращение дискриминации также связано с экономической концепцией сравнительных преимуществ, которая лежит в основе концепций свободной торговли и экономического либерализма. Согласно теории сравнительных преимуществ страны должны производить то, что они производят лучше всего. Торговля эффективно производимыми товарами, как следует из этой теории, приносит выгоду потребителям и максимально повышает благосостояние⁴³. Однако такая эффективность теряется, если одна страна дискриминирует товары другой страны в пользу подобных товаров третьей. НБН предотвращает такую дискриминацию, обеспечивая предоставление первой страной такого режима второй стране, который является не менее благоприятным, чем режим для третьей страны. По этой причине НБН рассматривается как краеугольный камень ГАТТ и ВТО⁴⁴.

39. Полемика о выгодах недискриминации в сравнении с выгодами преференций, особенно в отношении развивающихся стран, продолжается уже давно и во многих отношениях не дает каких-либо однозначных ответов в сфере торговли⁴⁵.

40. Применимость экономического обоснования режима НБН, помимо торговли товарами, к торговле услугами, инвестициям и другим сферам, также является предметом споров. Утверждается, что, если в сфере торговли, недискриминация защищает конкурентные возможности (обоснование логики сравнительных преимуществ), в области инвестиций цели недискриминации заключаются в защите прав инвесторов⁴⁶. Тем не менее независимо от конкретного обоснования недискриминации вне сферы торговли товарами положения о режиме НБН (и национальном режиме) по-прежнему включаются в соглашения об инвестициях и услугах. Отметив существование таких различий в мнениях, Исследовательская группа не видит необходимости далее рассматривать вопрос об экономическом обосновании положений о НБН.

В. Современная практика в отношении клаузул о НБН

1. Клаузулы о НБН в ГАТТ и ВТО

41. Режим о НБН всегда рассматривался как центральное обязательство многосторонней торговой системы. Будучи изложено в наиболее полной форме в статье 1.1 ГАТТ, в том или ином виде обязательство в отношении НБН встречается и в других положениях ГАТТ⁴⁷. Режиму НБН, как он включен в ГАТТ, присущи два ключевых аспекта. Во-первых, он действует на многосторонней основе и "преимущества, благоприятствование, привилегии и иммунитеты", предоставляемые

⁴³ John Jackson, *The World Trading System: Law and Policy of International Economic Relations*, 2nd edition (Cambridge: MIT Press, 1997), at Chapter 2.

⁴⁴ WTO Appellate Body Report, *Canada – Certain Measures Affecting The Automotive Industry*, WTO document WT/DS139/AB/R (31 May 2000). См. также WTO Appellate Body Report, *European Communities – Conditions for the Granting of Tariff Preferences to Developing Countries*, WTO document WT/DS246/AB/R (adopted 20 April 2004), at para. 101.

⁴⁵ *The Future of the WTO: Addressing Institutional Challenges in the new Millennium*, Report of the Consultative Board to the Director-General Supachai Panitchpakdi (Geneva: WTO, 2004) at paras. 88-102 ["Sutherland Report"].

⁴⁶ Nicholas DiMascio, and Joost Pauwelyn, "Nondiscrimination in Trade and Investment Treaties: Worlds Apart or Two Sides of the Same Coin?" *AJIL* vol. 102 (2008), pp. 48-89.

⁴⁷ General Agreement on Tariffs and Trade 1994, 15 April 1994, United Nations, *Treaty Series*, vol. 1867, p. 187 at arts. II; III (4); IV; V (2), (5) and (6); IX (1), XIII (1); XVII (1); and XX j).

одной договаривающейся стороне, должны предоставляться всем договаривающимся сторонам. Во-вторых, они должны предоставляться безусловно.

42. Центральное место режима НБН в ГАТТ обусловлено тем, что он позволяет избегать дискриминации при применении тарифов и установления другого режима для товаров при пересечении границ. Исторически тарифы согласовывались на двусторонней основе или между группами стран, а затем на основании положения о НБН распространялись на все договаривающиеся стороны. Таков был способ обеспечения равенства конкурентных возможностей между торговцами.

43. Однако в рамках системы ВТО применение режима НБН с торговли товарами распространилось на новую сферу торговли услугами⁴⁸. Он был включен в новые обязательства в рамках ВТО относительно торговых аспектов прав интеллектуальной собственности (ТАПИС). Таким образом, режим НБН полностью охватывает всю систему ВТО.

44. Исследовательская группа рассмотрела вопрос о том, каким образом клаузулы о НБН применялись как в ГАТТ, так и в ВТО. Из этого обзора можно сделать некоторые общие выводы о сфере охвата и применении режима НБН в системе ВТО.

45. Во-первых, несмотря на тот факт, что положения о НБН в ВТО сформулированы по-разному, Апелляционный орган трактовал их как совпадающие по смыслу⁴⁹. Интерпретация отдельных слов в тексте менее важна, чем основополагающая концепция режима о НБН.

46. Во-вторых, Апелляционный орган истолковывал режим о НБН согласно статье I ГАТТ как положение с максимально широкой сферой применения. Как отметил Апелляционный орган, "любое" преимущество, благоприятствование и привилегии буквально означает "любое"⁵⁰. Конкретный вопрос о том, применяется ли режим НБН как к основным, так и к процедурным правам, Апелляционным органом не рассматривался.

47. В-третьих, хотя по идее режим НБН должен быть безусловным, все соглашения ВТО содержат изъятия из действия режима НБН, так что на практике его применение является более ограниченным, чем это может показаться. Исключения или изъятия для таможенных союзов и зон свободной торговли⁵¹, для защитных и других ответных торговых мер, а также общие исключения и положения, касающиеся "особого и дифференцированного режима", ограничивают фактическую сферу применения режима НБН в рамках соглашений ВТО. Хотя Апелляционный орган часто придерживался ограничительного подхода к интерпретации исключений⁵², их количество и их охват, тем не менее, часто ограничивают диапазон и применение режима НБН по соглашениям ВТО.

48. Как следует из особого характера системы ВТО, которая обладает собственным набором соглашений и процедурой урегулирования споров для толкования и применения этих соглашений, толкование положений ВТО о НБН может иметь лишь ограниченное значение для толкования клаузул о НБН в других соглашениях.

⁴⁸ General Agreement on Trade in Services, 15 April 1994, United Nations, *Treaty Series* vol.1869, p. 183 at Article II.

⁴⁹ WTO Appellate Body Report, *European Communities – Regime for the Importation, Sale and Distribution of Bananas*, WT/DS27/AB/R (adopted 25 September 1997) at para. 231.

⁵⁰ *Canada – Certain Measures Affecting The Automotive Industry*.

⁵¹ GATT, at art. XXIV. Таможенные союзы и зоны свободной торговли приобретают еще более важное значение с распространением региональных торговых соглашений.

⁵² См., например: WTO Appellate Body Report, *United States – Import Prohibition Of Certain Shrimp And Shrimp Products*, WTO document WT/DS58/AB/R (12 October 1998).

ях. Та или иная интерпретация режима НБН в рамках системы ВТО может сохраняться вне зависимости от толкования клаузул о НБН в других контекстах.

49. Тем не менее режим НБН в рамках системы ВТО не ограничивается пределами этой системы. Он может применяться и за рамками соглашений ВТО. Еще до появления ВТО возник вопрос о том, может ли договаривающаяся сторона ГАТТ в силу положения о НБН требовать льготы, предоставляемые в рамках "кодекса" Токийского раунда, стороной которого она не является. Этот вопрос так и не был решен. В современной постановке этот вопрос звучит следующим образом: может ли член ВТО, который не является участником одного из "соглашений с ограниченным кругом участников", которые связаны с соглашениями ВТО, но не являются их частью, ссылаясь на положение о НБН, претендовать на получение льгот по соглашению с ограниченным кругом участников, не будучи его участником. И этот вопрос пока еще не решен.

50. Смежный с этим вопрос возникает в связи с положением о НБН в ГАТС. Торговля услугами в соответствии с ГАТС включает в себя предоставление услуг поставщиком одного члена через коммерческое присутствие физических лиц на территории другого члена⁵³. В статье II ГАТС сказано:

"В отношении любой меры, охватываемой настоящим Соглашением, каждый Член немедленно и безусловно предоставляет услугам и поставщикам услуг любого другого члена режим, не менее благоприятный, чем тот, который он предоставляет для аналогичных услуг и поставщиков услуг любой другой страны".

51. Меры в отношении поставщиков услуг, которые принимаются по линии двусторонних инвестиционных договоров с третьими государствами, потенциально подпадают под действие статьи II. Другими словами, возникает следующий вопрос: может ли член ВТО в силу статьи II ГАТС требовать применения в свою пользу положений двустороннего инвестиционного договора между другим членом ВТО и третьим государством, если меры по этому договору обеспечивают более благоприятный режим для поставщиков услуг этого третьего государства. Какая-либо практика или прецеденты в этой связи пока еще отсутствуют.

52. Несмотря на сохранение нерешенных вопросов режима НБН в рамках ВТО, которые могут быть предметом будущих споров, Исследовательская группа не считает себя в состоянии привнести что-то новое путем рассмотрения этих вопросов на данном этапе. ВТО имеет свой собственный механизм для разрешения споров и соглашения ВТО интерпретируются на основе статей 31 и 32 Венской конвенции о праве международных договоров (ВКПМД)⁵⁴. Существование апелляционной структуры гарантирует возможность пересмотра и при необходимости отмены интерпретаций группами экспертов разнообразных положений о НБН в соглашениях.

2. Положения о НБН в других торговых соглашениях

53. Региональные и двусторонние торговые соглашения, как правило, не включают в себя положения о НБН применительно к торговле товарами⁵⁵. Такие соглашения уже предоставляют всем сторонам преференциальный режим в плане тарифных условий, поэтому режим НБН не столь актуален. С другой стороны, важное значение имеет национальный режим. Вместе с тем некоторые регио-

⁵³ GATS, art.1 (2) d).

⁵⁴ Совершено в Вене 23 мая 1969 года, United Nations, *Treaty Series*, vol. 189, No. 2545, p. 150.

⁵⁵ Термин "региональные соглашения" также включает в себя соглашения, упоминаемые как соглашения о региональной экономической интеграции, соглашения об ассоциации и таможенные союзы.

нальные соглашения содержат в той или иной форме положение о НБН применительно к торговле товарами в том плане, что они предусматривают, что в случае снижения таможенных пошлин в рамках режима НБН такой же размер пошлины должен устанавливаться для другой стороны, как только он становится ниже показателя, согласованного в региональном торговом соглашении⁵⁶.

54. С другой стороны, региональные или двусторонние экономические соглашения, которые выходят за рамки торговли, предусматривают режим НБН в отношении услуг и инвестиций⁵⁷. В этом плане они не отличаются от соглашений в рамках ВТО в области услуг или двусторонних инвестиционных соглашений. В случае таких соглашений подход к толкованию режима НБН не отличается от подхода, применяемого к двусторонним инвестиционным соглашениям. Тем не менее на данный момент, как представляется, отсутствуют юридические комментарии по этим положениям, и в целом они не становились предметом научного анализа.

3. Положения о НБН в инвестиционных договорах

а) Типы положений о НБН в инвестиционных соглашениях

55. Включение в инвестиционные соглашения обязательств по предоставлению режима НБН является давним явлением. Их можно обнаружить в более ранних договорах о дружбе, торговле и судоходстве, и они также продолжают присутствовать в современных двусторонних инвестиционных договорах и региональных торговых соглашениях, включающих в себя положения об инвестициях. Таким образом, режим НБН и национальный режим предусматриваются в двусторонних инвестиционных договорах, как и в рамках ГАТТ, в качестве основополагающих обязательств.

56. Хотя формулировки клаузул о НБН в инвестиционных соглашениях различаются, они в целом отражают формулировку статьи II ГАТТ о "не менее благоприятном режиме". Например, соглашением между Австрией и Чехословацкой Республикой от 15 октября 1990 года предусматривается:

"Каждая Договаривающаяся Сторона предоставляет инвесторам другой Договаривающейся Стороны не менее благоприятный режим, чем режим, предоставляемый ее собственным инвесторам или инвесторам третьего государства и их инвестициям"⁵⁸.

57. В некоторых случаях клаузула о НБН включает в себя как обязательство по обеспечению режима НБН, так и обязательство по обеспечению национального режима. Например, соглашение между Аргентиной и Соединенным Королевством от 11 декабря 1990 года предусматривает следующее:

"Ни одна из Договаривающихся Сторон не применяет на своей территории в отношении инвестиций или поступлений инвесторов или компаний другой Договаривающейся Стороны менее благоприятный режим, чем режим, при-

⁵⁶ Соглашение о свободной торговле между Европейским союзом и его государствами-членами, с одной стороны, и Республикой Корея, с другой стороны, *Official Journal of the European Union* L127 vol. 54 (14 May 2011), p. 9 at art. 2.5; Соглашение о создании ассоциации между Европейским союзом и его государствами-членами, с одной стороны, и Республикой Чили, с другой стороны, *Official Journal of the European Union* L352, vol. 45 (30 December 2002), p. 19 at art. 60 (4).

⁵⁷ North American Free Trade Agreement, *International Legal Materials* vol. 32 (1993), pp. 289 and 605 at Chap.11, art. 1103 (investment), art. 1203 (services), and art. 1406 (financial services).

⁵⁸ Соглашение между Австрийской Республикой и Чехословацкой Федеративной Республикой о поощрении и защите инвестиций, заключено в Вене 15 октября 1990 года, United Nations, *Treaty Series*, vol. 1653, No. 28433, p. 127 at art. 3 (1).

меняемый к инвестициям или поступлениям своих собственных инвесторов или компаний или инвестициям или поступлениям граждан или компаний любого третьего государства"⁵⁹.

58. В других случаях обязательство предоставлять режим НБН связан с обязательством обеспечивать справедливый и равноправный режим. Например, в соглашении между Китаем и Перу от 9 июня 1994 года предусматривается:

"Инвестициям и связанной с инвестициями деятельности инвесторов любой из Договаривающихся Сторон обеспечивается справедливый и равноправный режим, и они пользуются защитой на территории другой Договаривающейся Стороны.

Упомянутые в пункте 1 настоящей статьи режим и защита не должны быть менее благоприятными, чем режим и защита, обеспечиваемые для инвестиций и связанной с этими инвестициями деятельности инвесторов третьего государства"⁶⁰.

59. Несмотря на то, что в двусторонних инвестиционных договорах содержится общее обязательство, касающееся режима НБН, это обязательство формулируется различным образом. В этой связи можно выделить шесть форм обязательства, хотя в некоторых соглашениях в рамках одной клаузулы о НБН могут сочетаться различные формы обязательства.

60. К первой категории относятся случаи, когда обязательство в отношении НБН связано просто с "режимом", предоставляемым инвестору или инвестициям. Примером этого является соглашение между Австрией и Чехословацкой Республикой.

61. Ко второй категории относятся случаи, когда сфера охвата предоставляемым режимом была расширена путем ссылки на "все" области. Одним из примеров этого является соглашение между Аргентиной и Испанией, в котором указывается, что положение о НБН применяется "ко всем вопросам, регулируемым настоящим Соглашением"⁶¹.

62. К третьей категории относятся случаи, когда термин "режим" связан с конкретными аспектами инвестиционного процесса, такими как "управление", "поддержание", "пользование" и "распоряжение" инвестициями, к которым применяется режим НБН⁶². В некоторых случаях соглашения предусматривают режим НБН в отношении "создания" инвестиций, обеспечивая таким образом защиту как в прединвестиционный, так и в постинвестиционный период⁶³.

63. К четвертой категории относятся случаи, когда режим НБН связан с конкретными обязательствами по договору, такими как обязательство предоставлять справедливый и равноправный режим.

⁵⁹ Соглашение между правительством Соединенного Королевства Великобритании и Северной Ирландии и правительством Аргентинской Республики о поощрении и защите инвестиций, заключено в Лондоне 11 декабря 1990 года, статья 3 (1), имеется по адресу <http://investmentpolicyhub.unctad.org/Download/TreatyFile/126>.

⁶⁰ Соглашение между правительством Республики Перу и правительством Китайской Народной Республики о поощрении и взаимной защите инвестиций, заключено в Пекине 9 июня 1994 года, статьи 3 (1), 3 (2). Имеется по адресу <http://investmentpolicyhub.unctad.org/ПА/country/42/treaty/954>.

⁶¹ Соглашение о взаимном поощрении и защите инвестиций, заключено в Буэнос-Айресе 3 октября 1991 года, United Nations, *Treaty Series*, vol. 1699, No. 29403, p. 187.

⁶² НАФТА предусматривает режим НБН в отношении "создания, приобретения, расширения, управления, проведения, функционирования и продажи инвестиций или иного распоряжения ими", НАФТА, статья 1103.

⁶³ Там же.

64. К пятой категории обязательств относятся случаи, когда режим НБН должен предоставляться лишь в отношении тех инвесторов или инвестиций, которые находятся "в схожих условиях"⁶⁴ или "аналогичных ситуациях"⁶⁵, что и инвесторы или инвестиции, с которыми они сравниваются.

65. В шестую категорию входят те соглашения, в которые, как представляется, были включены территориальные ограничения. Например, в соглашении между Италией и Иорданией от 21 июля 1996 года предусматривается, что договаривающиеся стороны соглашаются предоставлять режим НБН "в пределах своей территории"⁶⁶.

66. Содержащиеся в инвестиционных соглашениях положения о НБН, как правило, также предусматривают исключения, когда обязательство предоставлять режим НБН не применяется. Наиболее распространенные исключения касаются налогообложения, государственных закупок или выгод, которые одна из сторон получает благодаря участию в таможенном союзе⁶⁷.

С. Вопросы толкования, касающиеся положений о НБН в инвестиционных соглашениях

67. Судами по урегулированию инвестиционных споров широко признается, что клаузулы о НБН как положения договоров должны толковаться в соответствии с правилами толкования договоров, содержащимися в статьях 31 и 32 ВКПМД. Тем не менее разногласия по поводу толкования положений о НБН часто свидетельствуют о лежащих в их основе различиях в применении положений ВКПМД⁶⁸.

68. Несмотря на различия в формулировке клаузул о НБН, имеются общие для всех таких клаузул вопросы толкования, будь то в сфере торговли, инвестиций или услуг. Существуют три аспекта положений о НБН, которые вызывают вопросы толкования и которые будут поочередно рассмотрены ниже: определение бенефициара клаузулы о НБН, определение необходимого режима и определение сферы действия клаузулы. Из этих трех основных вопросов толкования лишь сфера применения "режима", предоставляемого в соответствии с положением о НБН, была предметом широкого обсуждения и споров, рассматриваемых судами по инвестиционным спорам.

1. Кто имеет право пользоваться положением о НБН?

69. Первый вопрос толкования заключается в определении бенефициаров клаузулы о НБН. В 1978 году Комиссия охарактеризовала право пользоваться поло-

⁶⁴ Там же.

⁶⁵ Соглашение между Турецкой Республикой и Туркменистаном о взаимном поощрении и защите инвестиций, заключено в Ашхабаде 2 мая 1992 года, статья II, имеется по адресу [http://investorstatelawguide.com/documents/documents/BIT-0335%20-%20Turkey%20-%20Turkmenistan%20\(1992\)%20\[English\].pdf](http://investorstatelawguide.com/documents/documents/BIT-0335%20-%20Turkey%20-%20Turkmenistan%20(1992)%20[English].pdf).

⁶⁶ Соглашение между правительством Иорданского Хашимитского Королевства и правительством Итальянской Республики о поощрении и защите инвестиций, заключено в Аммане 21 июля 1996 года, имеется по адресу <http://investmentpolicyhub.unctad.org/Download/TreatyFile/1681>.

⁶⁷ Соглашение между правительством Соединенного Королевства Великобритании и Северной Ирландии и правительством Аргентинской Республики о поощрении и защите инвестиций, заключено в Лондоне 11 декабря 1990 года, статья 7, имеется по адресу <http://investmentpolicyhub.unctad.org/Download/TreatyFile/126>. See OECD, "Most Favoured Nation Treatment in International Law" *OECD Working Papers on International Investment*, vol. 2 (2004), p. 5.

⁶⁸ См. пункты 174–193 ниже.

жением о НБН как принадлежащее "государству-бенефициару или лицам или вещам, находящимся в определенных отношениях с этим государством". В двусторонних инвестиционных соглашениях это обязательство обычно определяется как предоставляющее режим НБН "инвестору" или его "инвестициям". Некоторые соглашения ограничивают выгоды от положения о НБН инвестициями⁶⁹. При этом, если в одних инвестиционных соглашениях не говорится ничего другого, в других соглашениях бенефициар определяется как инвестор или инвестиции, которые находятся "в схожих условиях" или "аналогичной ситуации", что и инвесторы или инвестиции, с которыми они сравниваются.

70. Это привело к значительным разногласиям относительно того, что представляют собой "инвестиции", в частности по вопросу о том, должны ли инвестиции вносить вклад в экономическое развитие принимающего государства⁷⁰. Вместе с тем определение инвестиций является вопросом, относящимся к инвестиционному соглашению в целом, и не касается системных вопросов в отношении положений о НБН или их толкования. Исходя из этого Исследовательская группа не сочла необходимым рассматривать этот вопрос более подробно.

71. Термин "в схожих условиях" встречается в главе, посвященной инвестициям, Североамериканского соглашения о свободной торговле (НАФТА), однако он не включен во многие другие соглашения. Как представляется, эта формулировка устанавливает определенные ограничения в плане того, к каким инвесторам или инвестициям может применяться положение о НБН, и, возможно, предполагает, что это могут быть лишь те инвесторы или инвестиции, которые находятся "в схожих условиях" с инвесторами и инвестициями согласно договору-компаратору.

72. Возникает вопрос о том, действительно ли включение уточнения "в схожих условиях" добавляет что-либо в клаузулу о НБН. Согласно принципу *eiusdem generis*, ссылка на положение о НБН в любом случае может применяться лишь в отношении того же вопроса и тех, кто находится в такой же взаимосвязи с компаратором. Это происходит в силу проектов статей 9 и 10 1978 года.

73. В ходе переговоров по МСИ участники разошлись во мнениях как раз по этому вопросу и в этой связи так и не смогли прийти к согласию относительно включения в обсуждаемый текст слов "в схожих условиях". Практическая суть этого вопроса заключается в определении того, является ли толкование соглашений, содержащих слова "в схожих условиях", актуальным для толкования соглашений, не содержащих такой терминологии. Как отмечается ниже, существует опасность того, что толкование одного инвестиционного соглашения будут автоматически применяться к другим соглашениям, и это тем более опасно в случае, когда формулировки двух соглашений различаются.

2. Что представляет собой "не менее благоприятный" режим?

74. Второй вопрос о толковании состоит в определении того, что представляет собой "не менее благоприятный" режим. В 1978 году Комиссия мало что смогла сказать по этому вопросу помимо объяснения, почему используется скорее термин "не менее благоприятный", нежели термин "равный", и что режим может быть не менее благоприятным, если компаратору этот режим фактически не

⁶⁹ Договор к Энергетической хартии (приложение 1 к Заключительному акту Конференции по Европейской энергетической хартии), заключен в Лиссабоне 17 декабря 1994 года, United Nations, *Treaty Series*, vol. 2080, p. 95 at art.10 (7).

⁷⁰ *Salini Costruttori S.p.A. and Italstrade S.p.A. v. The Hashemite Kingdom of Jordan*, Decision on Jurisdiction, ICSID Case No. ARB/02/13 (9 November 2004), para. 112 (Italy-Jordan BIT); и более недавнее дело, *Standard Chartered Bank v. United Republic of Tanzania*, Award, ICSID Case No. ARB/10/12, November 2, 2012.

предоставляется, но он тем не менее имеет право на его получение⁷¹. В определенной степени данный вопрос касается третьей темы — определения сферы применения режима.

75. Одно из мнений заключается в том, что основанием для предоставления "не менее благоприятного" режима является желание государства-бенефициара обеспечить равные конкурентные возможности между его собственными гражданами и гражданами третьих государств⁷². Это является основанием для предоставления режима НБН в отношении торговли товарами в рамках ГАТТ и ВТО, и это же основание имеет основополагающее значение для инвесторов и инвестиций. Альтернативная точка зрения заключается в том, что цель режима НБН и национального режима заключается в признании и реализации "прав" инвесторов⁷³. Даже в этом случае цель "права" в контексте НБН и национального режима заключается в обеспечении равных конкурентных возможностей инвестора с другими иностранными инвесторами или с гражданами страны в зависимости от обстоятельств.

76. В тех случаях, когда положение о "не менее благоприятном" режиме обеспечивает связь с положениями о "национальном режиме", предоставляющее режим государство соглашается обеспечить режим, являющийся "не менее благоприятным", чем режим, предоставляемый своим собственным гражданам. Такое положение о национальном режиме имеет такую же проблему *ejusdem generis*, которая заключается в определении достаточного сходства между рассматриваемыми вопросами. Кроме того, в положениях о национальном режиме, как и в положениях о НБН, часто используется термин "в схожих условиях" или "в аналогичных ситуациях" для определения сферы действия права бенефициара положения о национальном режиме. Таким образом, оба положения ставят аналогичные вопросы толкования.

77. В проекте статей 1978 года мало что можно было подчеркнуть относительно связи между режимом НБН и национальным режимом. В нем указывалось, что оба режима могут существовать вместе в рамках одного документа без каких-либо последствий для режима НБН⁷⁴. В нем также предусматривалось, что режим НБН применяется даже в том случае, если режим в отношении третьего государства предоставляется в качестве национального режима. По мнению Исследовательской группы, толкование таких формулировок, как "в схожих условиях" или "в аналогичных ситуациях", в контексте национального режима может служить важным руководством для толкования этих терминов в контексте клаузул о НБН.

78. Значение слов "не менее благоприятный" не вызвало больших противоречий при рассмотрении инвестиционных споров, связанных с режимом НБН. В ходе переговоров по МСИ было высказано предложение использовать в качестве стандарта для режима НБН термин "равный", а не "не менее благоприятный" режим. Хотя по этому вопросу так и не было принято окончательного решения, в качестве контраргумента указывалось, что положение о НБН не имеет целью ограничивать предоставляющее режим государство в том, что оно может предоставить. Оно может предоставить более лучший, чем "равный" режим, если оно того пожелает, хотя это может иметь последствия для его других соглашений о

⁷¹ См. комментарий к проекту статьи 5, *Ежегодник... 1978 год*, том II (Часть вторая), стр. 26–27.

⁷² Todd Weiler, *The Interpretation Of International Investment Law: Equality, Discrimination, and Minimum Standards Of Treatment In Historical Context* (Leiden: Martinus Nijhoff Publishers, 2013), pp. 415–416.

⁷³ DiMascio and Pauwelyn.

⁷⁴ *Ежегодник... 1978 год*, том II (Часть вторая), стр. 63 (проект статьи 19).

НБН. "Не менее благоприятный" обеспечивает минимальный уровень для режима, который должен быть предоставлен.

3. Какова сфера охвата режима, предоставляемого в соответствии с клаузулой о НБН?

79. Последним вопросом толкования является сфера охвата права, предоставляемого согласно клаузуле о НБН. Иными словами, что охватывает "режим"? Этот вопрос был определен Комиссией в 1978 году в статье 9 проекта статей, в которой Комиссия указала, что клаузула о НБН охватывает "только те права, которые вытекают из существа предмета клаузулы"⁷⁵. Это, как отметила Комиссия в своем комментарии, называют нормой *eiusdem generis*⁷⁶.

80. Вопрос о сфере охвата режима, предоставляемого согласно положению о НБН, стал одним из наиболее спорных вопросов толкования в рамках международных инвестиционных соглашений. Проблема касается применимости клаузулы о НБН к процедурным положениям в отличие от основных положений договора. Она также касается более широкого вопроса о том, может ли какой-либо инвестор, для которого более выгодны какие-либо права, содержащиеся в договоре с третьим государством, сослаться на эти права в соответствии с клаузулой о НБН.

81. Имели место ссылки на клаузулы о НБН в основном договоре для расширения сферы действия положений договора, касающихся урегулирования споров. Это обеспечивалось несколькими путями, включая следующие: а) ссылка на процесс урегулирования споров, не предусмотренный в основном договоре; б) расширение юрисдикции в тех случаях, когда основной договор ограничивает сферу применения положений об урегулировании споров конкретной категорией споров, таких, например, как споры, касающиеся компенсации в случае экспроприации; и с) отмена применения положения о передаче спора на рассмотрение национального суда на "период ожидания" в 18 месяцев до получения возможности его передачи международному арбитражному органу. Именно в этом третьем случае наиболее часто применяется ссылка на режим НБН, в связи с чем особое внимание будет уделено этому аспекту.

а) Клаузула о НБН и процедурные вопросы: история вопроса

82. Начало применения клаузулы НБН в связи с процедурными вопросами часто относят к арбитражному решению 1956 года по делу *Ambatielos*⁷⁷, в котором было указано, что "отправление правосудия" является важной частью прав торговцев и, таким образом, в силу клаузулы о НБН должно рассматриваться как охватываемое формулировкой "все вопросы, касающиеся торговли и судоходства"⁷⁸.

83. Спустя почти 45 лет этот вопрос вновь привлек внимание в рамках дела *Maffezini против Королевства Испании*⁷⁹, когда суд принял аргумент заявителя о том, что он может сослаться на клаузулу о НБН, содержащуюся в двустороннем инвестиционном договоре (ДИД) между Аргентиной и Испанией 1991 года, с тем чтобы не выполнять требование о 18-месячном периоде ожидания до подачи иска в соответствии с ДИД. Вместо этого истец сослался на ДИД между Испанией и

⁷⁵ Там же, стр. 34 (текст проекта статьи 9).

⁷⁶ Там же, стр. 34 (комментарий к проектам статей 9 и 10).

⁷⁷ *The Ambatielos Claim (Greece v. United Kingdom of Great Britain and Northern Ireland)*, *United Nations Reports of International Arbitral Awards*, vol. XII, p. 83.

⁷⁸ *Ibid.*, p. 107.

⁷⁹ *Emilio Agustín Maffezini v. Kingdom of Spain*, Decision of the Tribunal on Objections to Jurisdiction, ICSID Case No. ARB 97/7 (25 January 2000), *ICSID Reports*, vol. 5, p. 396.

Чили 1991 года, который не включал такое положение и давал инвестору возможность сделать выбор в пользу международного арбитража после шести месяцев⁸⁰. Содержащаяся в ДИД между Аргентиной и Испанией клаузула о НБН предусматривала 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"⁸¹.

84. Принимая аргумент истца, суд учел широкие положения клаузулы о НБН, которая применяется "во всех вопросах, регулируемых настоящим Соглашением". Он сделал акцент на необходимости выявления намерения договаривающихся сторон, важности оценки предыдущей практики государств в отношении включения клаузулы о НБН в другие ДИД (оценка которой служила подтверждением аргумента истца) и важном значении принятия во внимание соображений публичного порядка.

85. В частности, суд сослался на дело *Ambatielos*⁸², в котором Арбитражная комиссия подтвердила актуальность принципа *eiusdem generis*. Комиссия заявила, что клаузула о НБН может касаться вопросов, относящихся к одной и той же категории существа предмета, и что "данный вопрос может быть определен лишь в соответствии с намерением Договаривающихся Сторон, вытекающим из разумного толкования Договора"⁸³.

86. Что касается принципа *eiusdem generis*, то суд по делу *Maffezini* пришел к мнению, что механизмы урегулирования споров в нынешнем экономическом контексте неразрывно связаны с защитой иностранных инвесторов и что урегулирование споров является чрезвычайно важным средством защиты инвесторов. Поэтому такие механизмы должны рассматриваться не как простые процедурные средства, а как механизмы, предназначенные для обеспечения более эффективной защиты инвесторов путем обращения к международному арбитражу.

87. Из этого суд сделал вывод о том, что

"...если договор с третьей стороной содержит положения об урегулировании споров, которые более благоприятны в плане защиты прав и интересов инвестора, чем положения основного договора, такие положения могут быть распространены на бенефициара клаузулы о наиболее благоприятствуемой нации, поскольку они полностью совместимы с принципом *eiusdem generis*"⁸⁴.

88. Такое применение клаузулы о НБН в отношении механизмов урегулирования споров, по мнению суда, будет способствовать "согласованию и расширению сферы применения таких механизмов"⁸⁵. Вместе с тем суд отдавал себе отчет в том, что его толкование клаузулы о НБН является широким и может, в частности, привести к "деструктивному неправомерному использованию договоров"⁸⁶. Он отметил:

⁸⁰ *Ibid.*, para. 39.

⁸¹ Соглашение о взаимном поощрении и защите инвестиций, заключенное в Буэнос-Айресе 3 октября 1991 года, United Nations, *Treaty Series*, vol. 1699, No. 29403, p. 187 at art. IV. Agreement on the reciprocal promotion and protection of investments, done at Buenos Aires on 3 October 1991, United Nations, *Treaty Series*, vol. 1699, No. 29403, p. 187 at art. IV.

⁸² *Ibid.*, para 49.

⁸³ *Ambatielos*, p. 107.

⁸⁴ *Maffezini*, para. 56.

⁸⁵ *Ibid.*, para. 62.

⁸⁶ *Ibid.*, para. 63.

"В принципе бенефициар клаузулы не должен получать возможность не принимать во внимание соображения публичного порядка, которые договаривающиеся стороны могли предусматривать в качестве основополагающих условий принятия ими данного соглашения, особенно если бенефициар является частным инвестором, как это часто и происходит. Таким образом, сфера применения клаузулы может быть более узкой, чем это представляется на первый взгляд"⁸⁷.

89. После этого суд изложил четыре ситуации, в которых, по его мнению, может быть применено положение о НБН:

- в тех случаях, когда одна из Договаривающихся Сторон выдвинула в качестве условия своего согласия на арбитраж исчерпание местных средств правовой защиты, поскольку такое условие отражает "основополагающую норму международного права";
- в тех случаях, когда стороны договорились о механизме урегулирования споров, который включает в себя так называемое положение о "процессуальной альтернативе", поскольку замена такого положения нарушит "окончателность договоренностей", которые страны считают важными в качестве вопросов публичного порядка;
- в тех случаях, когда соглашение предусматривает конкретный арбитражный форум, как, например, Международный центр по урегулированию инвестиционных споров (МЦУИС), а одна из сторон хочет поменять его на другой арбитражный форум;
- в тех случаях, когда стороны договорились об использовании в высокой степени институционализированной системы арбитража, которая включает в себя четкие правила процедуры (например, НАФТА), поскольку эти очень конкретные положения отражают четкое пожелание договаривающихся сторон⁸⁸.

90. Суд также оставил открытой возможность того, что "сторонами или судами, несомненно, будут определены другие элементы публичного порядка, ограничивающие сферу действия этой клаузулы"⁸⁹.

b) Последующее толкование судами по инвестиционным спорам клаузул о НБН в связи с процедурными вопросами

91. Последующие решения судов по инвестиционным спорам разделились в вопросе о том, следует ли придерживаться дела *Maffezini*. Судами по инвестиционным спорам было широко признано, что как прямо, так и косвенно вопрос о сфере охвата положений о НБН в каком-либо конкретном двустороннем инвестиционном договоре является вопросом толкования этого конкретного договора⁹⁰. Суды по инвестиционным спорам часто ссылаются на статьи 31 и 32 ВКПМД и такие принципы, как *expressio unius exclusio alterius*. Суды утверждают, что они стремятся установить намерение сторон. Тем не менее систематический подход к толкованию отсутствует, и, как представляется, при толковании учитываются различные факторы, иногда не связанные с формулировками, используемыми в рассматриваемых ими договорах.

⁸⁷ *Ibid.*, para. 62.

⁸⁸ *Ibid.*, at para. 63.

⁸⁹ *Ibid.*

⁹⁰ *Salini; Siemens A.G. v. The Argentine Republic*, Decision on Jurisdiction, ICSID Case No. ARB/02/8 (3 August 2004) (Argentina-Germany BIT).

92. Исследовательской группой была предпринята попытка выявить факторы, которые, как представляется, оказывают влияние на суды по инвестиционным спорам при толковании ими клаузул о НБН, и определить наличие каких-либо конкретных тенденций. При этом Исследовательская группа признавала необходимость укрепления соблюдения изложенных в ВКПМД правил толкования, применимых ко всем договорам. Наиболее важные факторы, влияющие на решения судов по инвестиционным спорам относительно применения клаузулы о НБН к процедурным вопросам, изложены ниже.

i) *Различие между материальными и процедурными обязательствами*

93. Частой отправной точкой для судов является определение того, может ли в принципе клаузула о НБН относиться как к процедурным, так и к материальным обязательствам договора. В деле *Maffezini* поставленный вопрос заключался в следующем:

"Могут ли положения об урегулировании споров, содержащиеся в каком-либо договоре с третьей стороной, рассматриваться как в достаточной степени связанные со справедливым и равноправным режимом, к которому применяется клаузула о наиболее благоприятствуемой нации в соответствии с основными договорами по вопросам торговли, судоходства или инвестиций, и могут ли они, таким образом, рассматриваться в качестве существа предмета клаузулы"⁹¹.

94. Как отмечалось выше, суд пришел к выводу о том, что режим НБН может быть распространен на процедурные положения при условии учета отдельных соображений "публичного порядка"⁹². При принятии этого решения суд сослался на решение Арбитражной комиссии по делу *Ambatielos* и указал, что "имеются все основания сделать вывод о том, что в настоящее время механизмы урегулирования споров неразрывно связаны с защитой иностранных инвесторов, равно как и с защитой прав торговцев в соответствии с международными договорами по вопросам торговли"⁹³.

95. Ключевое значение в решении по делу *Maffezini* имеет вывод о том, что положения об урегулировании споров в принципе являются частью защиты инвесторов и инвестиций, предусмотренной в двусторонних инвестиционных соглашениях. Следовательно, положения об урегулировании споров по определению почти всегда могут быть включены в инвестиционное соглашение на основании положения о НБН. В соответствии с инвестиционным соглашением, – если использовать формулировку статьи 9 проекта статей 1978 года – урегулирование споров вытекает "из существа предмета клаузулы" о НБН.

96. Вывод о том, что процедурные вопросы, в частности положения об урегулировании споров, по самой своей природе относятся к той же категории, что и положения об основной защите для иностранных инвесторов, явился одним из важных элементов аргументации при принятии ряда последующих решений судов по инвестиционным спорам. В решении по делу *Siemens* суд указал, что урегулирование споров "является одним из элементов защиты, предоставляемой договором. Это составная часть режима для иностранных инвесторов и инвестиций и одно из преимуществ, получаемых благодаря клаузуле о НБН"⁹⁴. Суд в деле *AWG* указал, что не смог "отыскать оснований для проведения различия между

⁹¹ *Maffezini*, para. 46.

⁹² *Ibid.*, para. 56.

⁹³ *Ibid.*, para. 54.

⁹⁴ *Siemens*, para. 102.

вопросами урегулирования споров и другими вопросами, охватываемыми двухсторонним инвестиционным соглашением"⁹⁵.

97. Тем не менее некоторые суды ставили вопрос о том, являются ли положения об урегулировании споров по своей сути охватываемыми клаузулами о НБН. Суд по делу *Salini* выразил сомнения в том, что решение по делу *Ambatielos* является основанием для такого предложения⁹⁶, ссылаясь на особые мнения судей в предыдущем решении Международного Суда о том, что "торговля и судоходство" не включают в себя "отправление правосудия"⁹⁷. Суд по делу *Salini* далее указал, что в любом случае, когда Арбитражная комиссия в деле *Ambatielos* говорила об "отправлении правосудия", она ссылалась не на процедурные положения или урегулирование споров, а, скорее, на материальные положения, содержащиеся в других инвестиционных договорах и касающиеся режима, применяемого в отношении граждан страны в соответствии с принципами справедливости и равенства⁹⁸.

98. Суд по делу *Telenor* высказался более определенно по поводу исключения процедурных положений из сферы применения клаузулы о НБН, указав следующее:

"В отсутствие формулировки или контекста, выражающих иное, обычное значение фразы "инвестициям должен быть предоставлен режим не менее благоприятный, чем режим, предоставляемый инвестициям, осуществляемым инвесторами любого третьего государства", заключается в том, что к основным правам инвестора в отношении инвестиций должен применяться не менее благоприятный режим согласно ДИД между принимающим государством и третьим государством и что нет оснований для толкования вышеупомянутой формулировки как включающей также процедурные права"⁹⁹.

99. Мнение о том, что клаузулы о НБН в инвестиционных договорах теоретически могут применяться как к процедурным, так и основным вопросам, не означает, что они всегда будут применяться таким образом¹⁰⁰. Тем не менее в ряде случаев суды толковали положения о НБН как охватывающие процедуры урегулирования споров на основе того, что в принципе клаузулы о НБН применяются к обоим категориям вопросов.

⁹⁵ *AWG Group Ltd. v. The Argentine Republic*, Decision on Jurisdiction, UNCITRAL (3 August 2006), para. 59 (Argentina-UK BIT), имеется по адресу <http://www.italaw.com/cases/106>. См. также *National Grid, plc v. The Argentine Republic*, Decision on Jurisdiction, UNCITRAL (20 June 2006), para. 89 (Argentina-UK BIT), имеется по адресу <http://www.italaw.com/cases/73>; *Gas Natural SDG, S.A. v. The Argentine Republic*, Decision on Jurisdiction, ICSID Case No. ARB/03/10 (17 June 2005), para. 29 (Argentina-Spain BIT); *RosInvest Co. UK Ltd. v. The Russian Federation*, Award on Jurisdiction, SCC Case No. V079/2005 (1 October 2007), paras. 131–132 (UK-USSR BIT); *Renta 4 S.V.S.A., Ahorro Corporación Emergentes F.I., Ahorro Corporación Eurofondo F.I., Rovime Inversiones SICAV S.A., Quasar de Valores SICAV S.A., Orgor de Valores SICAV S.A., GBI 9000 SICAV S.A. v. The Russian Federation*, Award on Preliminary Objections, SCC No. 24/2007 (20 March 2009), para. 100 (Spain/Russia BIT); *Austrian Airlines v. The Slovak Republic, final award*, UNCITRAL (9 October 2009), para. 124 (Austria-Czech/Slovak Republic BIT), имеется по адресу <http://www.italaw.com/cases/103>.

⁹⁶ *Salini*, para. 112; см. также *Vladimir Berschader and Moïse Berschader v. The Russian Federation*, SCC Case No. 080/2004 (21 April 2006), para. 175 (Belgium/Luxembourg-USSR BIT).

⁹⁷ *Salini*, para. 106, *Ambatielos (Greece v. United Kingdom)*, Merits: Obligation to Arbitrate, Judgment of 19 May 1953, I.C.J. Reports 1953, p. 10.

⁹⁸ *Ibid.*, at paras. 111–112.

⁹⁹ Выделено в оригинале. *Telenor Mobile Communications A.S. v. Hungary*, ICSID Case No. ARB/04/15 (13 September 2006), para. 92 (Norway-Hungary BIT).

¹⁰⁰ *Renta*, para. 100; *Austrian Airlines*; *ICS Inspection and Control Services Limited (United Kingdom) v. Republic of Argentina*, Award on Jurisdiction, UNCITRAL, PCA Case No. 2010-9 (10 February 2012), (UK/Argentina BIT).

ii) *Толкование положений о НБН в качестве юрисдикционного вопроса*

100. На ряд судов оказало влияние мнение о том, что положение о НБН не может применяться к положениям об урегулировании споров в тех случаях, когда они относятся к юрисдикции суда. Это привело к расхождению во мнениях между судами по двум различным вопросам. Первый вопрос заключается в том, требуют ли юрисдикционные вопросы более строгого подхода к толкованию. Второй вопрос заключается в том, связана ли применимость клаузул о НБН к положениям об урегулировании споров с юрисдикцией суда.

1. Стандарт для толкования юрисдикционных вопросов

101. В деле *Plama* суд рассмотрел вопрос о сфере применения клаузулы о НБН в качестве одного из оснований согласия на арбитраж, указав, что "общепризнанный – как во внутреннем, так и в международном праве – принцип заключается в том, что такое согласие должно быть ясным и недвусмысленным"¹⁰¹. Таким образом, "намерение включить положения об урегулировании споров должно быть ясно и недвусмысленно выражено"¹⁰². Поэтому сторона, стремящаяся применить клаузулу о НБН к вопросу о юрисдикции, несет бремя доказывания, что такое применение было ясно выражено, и это представляет собой сложную задачу. Это мнение было полностью поддержано судом в деле *Telenor*¹⁰³ и нашло отражение в деле *Wintershall*¹⁰⁴.

102. Тем не менее этот подход встретил значительное противодействие. Он был отвергнут в деле *Austrian Airlines* и деле *Suez*, в которых суд указал, что "положения об урегулировании споров подлежат толкованию как и любые другие положения договора, и это толкование не является ни более ограничительным, ни более либеральным"¹⁰⁵. Суд отметил, что юрисдикционные положения должны толковаться как и любое другое положение договора на основе правил толкования, закрепленных в статьях 31 и 32 ВКПМД¹⁰⁶.

103. Мнение о том, что на участнике, который намерен сослаться на положение о НБН, лежит более тяжелое бремя в связи с тем, что применение клаузулы о НБН к вопросам урегулирования споров является вопросом юрисдикции, не нашло значительной поддержки в решениях более недавних судов по инвестиционным спорам, хотя и было поддержано по крайней мере несколькими коммента-

¹⁰¹ *Plama Consortium Limited v. Republic of Bulgaria*, Decision on Jurisdiction, ICSID Case No. ARB/03/24 (8 February 2005), para. 198 (Cyprus-Bulgaria BIT).

¹⁰² *Ibid.*, at para. 204.

¹⁰³ *Telenor*, para. 91.

¹⁰⁴ *Wintershall Aktiengesellschaft v. Argentine Republic*, Award, ICSID Case No. ARB/04/14 (8 December 2008), para. 167 (Argentina-Germany BIT). Суд пришел к мнению о том, что процедурные положения не могут быть включены в сферу охвата положения о НБН за исключением тех случаев, когда "клаузула о НБН в основном договоре ясно и недвусмысленно указывает, что она должна толковаться именно таким образом, что не является таковым в настоящем случае".

¹⁰⁵ *Suez, Sociedad General de Aguas de Barcelona S.A., and InterAguas Servicios Integrales del Agua S.A. v. The Argentine Republic*, Decision on Jurisdiction, ICSID Case No. ARB/03/17 (16 May 2006), para. 64 (France-Argentina and Spain-Argentina BITs).

¹⁰⁶ *Austrian Airlines*, para. 95. Суд также опирался на заявление, содержащееся в особом мнении судьи Хиггинса по делу о нефтяных платформах, о том, что в судебной практике ППМС или МС нет подтверждений ограничительного подхода к толкованию арбитражных положений и, по сути, не прослеживается тенденции проявлять либо либеральный, либо строгий подход при их толковании: *Oil Platforms (Islamic Republic of Iran v. United States of America) Preliminary Objections*, решение от 12 декабря 1996 года, особое мнение судьи Хиггинса, *I.C.J. Reports 1996*, p. 857 at para. 35, cited in *Austrian Airlines* at para. 120.

торами¹⁰⁷. Те, кто выступал против этого подхода, также утверждали, что он несовместим с нормами общего международного права, касающимися толкования международных юрисдикционных положений. Тем не менее суд по делу *ICS* указал, что суд по делу *Plama* не создает юрисдикционной нормы, а просто указывает на то, согласие с юрисдикцией не может приниматься как должное¹⁰⁸.

2. Урегулирование споров и юрисдикция

104. В последнее время суды вновь стали уделять внимание вопросу о том, затрагивает ли применение клаузул о НБН к положениям об урегулировании споров юрисдикцию суда. Высказывается мнение, что материальные и процессуальные права отличаются в международном праве, поскольку, в отличие от внутреннего права, материальное право автоматически не предполагает наличие процессуального права на обеспечение исполнения¹⁰⁹. Тот факт, что то или иное государство связано материально-правовым обязательством, не означает, что оно может быть вынуждено выполнять это обязательство в судебном порядке. Право принуждать выполнять судебное решение требует дополнительного признания юрисдикции принимающего решение суда¹¹⁰.

105. В соответствии с этой точкой зрения для обеспечения материальных прав согласно ДИД истец должен выполнить требования *ratione materiae*, *ratione personae* и *ratione temporis* для осуществления юрисдикции суда по урегулированию спора. Например, лицо, не отвечающее изложенным в ДИД критериям, чтобы являться инвестором, не может стать инвестором, ссылаясь на положение о НБН¹¹¹. Так же, как клаузула о НБН не может использоваться для изменения условий осуществления материальных прав, она не может использоваться для изменения условий осуществления процессуальных или юрисдикционных прав. Инвестор, не отвечающий требованиям для возбуждения иска против государства-ответчика, не может обойти эти требования, ссылаясь на процедурные положения другого ДИД.

106. Этот вопрос также был поставлен в плане согласия на арбитраж¹¹². Юрисдикция суда формируется условиями, предусмотренными в соответствующем инвестиционном соглашении, в котором излагается основа, на которой государство-ответчик согласилось на осуществление юрисдикции судом. Соблюдение инвестором-истцом этих условий имеет важное значение для осуществления судом своей юрисдикции в отношении спора. Если только государство-ответчик не отказывается от применения условий его согласия на осуществление юрисдикции, суд не обладает юрисдикцией для рассмотрения иска, даже если истец является инвестором по смыслу конкретного ДИД. Исходя из этого, клаузула о НБН не может использоваться для изменения основы для осуществления юрисдикции.

107. Подтверждением мнения о том, что этот вопрос является вопросом юрисдикции, стало решение суда по делу *ICS против Аргентины*, которое частично

¹⁰⁷ Campbell MacLachlan, Laurence Shore and Matthew Weiniger, *International Investment Arbitration: Substantive Principles* (Oxford: Oxford University Press. 2008), para. 7.168.

¹⁰⁸ *ICS v. Argentina*, paras. 281-2.

¹⁰⁹ *Impregilo S.p.A. v. Argentine Republic*, Concurring and Dissenting Opinion of Professor Brigitte Stern, ICSID Case No. ARB/07/17 (21 June 2011).

¹¹⁰ *Ibid.*

¹¹¹ Эта позиция, как представляется, была принята судом в деле *HICEE B.V. v. The Slovak Republic*, Partial Award, UNCITRAL, PCA Case No. 2009-11 (23 May 2011), para. 149 (Netherlands/Czech and Slovak Republic BIT).

¹¹² Особое мнение судьи Кристофера Томаса в деле *Hochtief AG v. The Argentine Republic*, Decision on Jurisdiction, ICSID Case No. ARB/07/31 (24 October 2011), (Germany/Argentina BIT).

опирается на заявление Международного Суда по делу *Демократическая Республика Конго против Руанды*¹¹³, о том, что когда

"согласие выражается в арбитражной оговорке в международном соглашении любые условия, которыми определено такое согласие, должны рассматриваться в качестве ограничивающих его факторов. В этой связи Суд считает, что рассмотрение таких условий связано с его юрисдикцией, а не с приемлемостью заявления"¹¹⁴.

108. Суд по делу *ICS* пришел к выводу о том, что содержащееся в ДИД требование о 18-месячном периоде судебного разбирательства является одним из предварительных условий согласия Аргентины на передачу иска на рассмотрение суда и что "несоблюдение этого предварительного условия для получения согласия ответчика на арбитраж может лишь повлечь за собой вывод о том, что суд не обладает юрисдикцией в отношении данного спора"¹¹⁵.

109. При принятии решения о том, является требование о 18-месячном периоде судебного разбирательства вопросом, касающимся юрисдикции, суд по *ICS* проанализировал значение слова "режим" в статье 3 (2) ДИД между Соединенным Королевством и Аргентиной. Он согласился с тем, что термин "режим" может иметь широкий смысл и в нем не заложено какого-либо ограничения в отношении вопросов существа. Тем не менее с учетом того, что суд назвал принципом "современности толкования договора"¹¹⁶, суд рассмотрел вопрос о том, что стороны могли понимать под этим термином на момент заключения ДИД. В свете судебной практики того времени и проекта руководящих принципов Всемирного банка о режиме в отношении прямых иностранных инвестиций суд пришел к выводу, что стороны, по всей вероятности, сочли, что термин "режим" касается только материально-правовых обязательств.

110. Суд по *ICS* также указал на: а) ограничение режима НБН согласно ДИД "управлением, поддержанием, использованием и распоряжением" инвестициями; б) ограничение положения о НБН режимом, предоставляемым принимающим государством "в пределах своей территории"; с) тот факт, что предусмотренные в ДИД исключения в отношении режима НБН касаются только вопросов существа; и d) потенциальную неуместность (отсутствие полезного результата) включения в договор требования о 18-месячном периоде судебного разбирательства, когда договаривающиеся стороны уже заключили договоры, не содержащие такого требования, и поэтому требование о 18-месячном разбирательстве с самого начала будет бесполезным в силу применения положения о НБН. Суд пришел к выводу, что все эти факторы указывают на то, что на момент заключения ДИД между Соединенным Королевством и Аргентиной стороны не могли иметь намерения включать в сферу применения клаузулы о НБН положения о международном урегулировании споров¹¹⁷.

111. Подход, принятый при рассмотрении дела *ICS*, был подтвержден в деле *Daimler Financial Services AG против Аргентинской Республики*¹¹⁸, когда суд пришел к выводу, что требование о 18-месячной отсрочке представляет собой

¹¹³ *Case Concerning the Armed Activities on the Territory of the Congo (New Application: 2002) (Democratic Republic of the Congo v. Rwanda)*, Judgment of 3 February 2006, *I.C.J. Reports* 2006, p. 6 at para. 88.

¹¹⁴ *ICS v. Argentina*, para. 258.

¹¹⁵ *Ibid.*, at para. 362.

¹¹⁶ *Ibid.*, at para. 289.

¹¹⁷ *Ibid.*, at para. 326. Суд согласился с тем, что внутреннее урегулирование спора охватывается положением о НБН, поскольку это имело место на территории принимающего государства.

¹¹⁸ *Daimler Financial Services AG v. Argentine Republic*, Award, ICSID Case No. ARB/05/1, 22 August 2012. Решение принято большинством голосов при одном особом мнении.

условие, предшествующее осуществлению юрисдикции. В этой связи оно не может быть изменено в результате применения клаузулы о НБН. Аналогичный результат имел место в деле *Kılıç İnşaat İthalat İhracat Sanayi ve Ticaret Anonim Şirketi против Туркменистана*¹¹⁹, когда суд пришел к мнению, что согласие государства-ответчика на арбитраж обусловлено выполнением условий, изложенных в ДИД, в том числе требованием о 18-месячной отсрочке. Поскольку невыполнение этого положения влечет за собой непризнание юрисдикции, данный вопрос не может быть решен путем применения положения о НБН. Аналогичным образом в деле *ST-AD GmbH (Германия) против Республики Болгария*¹²⁰ несоблюдение требования о 18-месячной отсрочке было признано фактором, лишаящим суд юрисдикции.

112. Тем не менее суд по делу *Hochtief* пришел к мнению, что требование о 18-месячном периоде рассмотрения в национальных судах не относится к вопросу юрисдикции¹²¹. Скорее, это вопрос о приемлемости – то, что может быть выдвинуто одной из сторон спора в качестве возражения, но не требуется. Суд провел различие между положением, затрагивающим право предъявлять иск (юрисдикция) и положением, затрагивающим способ предъявления иска (приемлемость). Таким образом, тот факт, что истец проигнорировал предусмотренное ДИД между Германией и Аргентиной требование о 18-месячном периоде судебного разбирательства и вместо этого опирался на положения об урегулировании споров ДИД между Аргентиной и Чили, не затрагивает юрисдикции суда¹²².

113. В деле *Teinver*¹²³ суд подтвердил применение положения о НБН как к требованию о 18-месячной отсрочке, так и к 6-месячному периоду переговоров. Суд счел эти положения имеющими отношение к вопросу о приемлемости, а не к вопросу о юрисдикции. Вместе с тем этот вывод, как представляется, был сделан на основе доклада ЮНКТАД о клаузулах о НБН¹²⁴, в котором дела, связанные с требованием о 18-месячном судебном разбирательстве, упоминались как дела, касающиеся приемлемости, а другие дела, связанные со ссылкой на клаузулу о НБН применительно к урегулированию споров, – как дела, касающиеся "сферы юрисдикции". Однако в докладе ЮНКТАД отсутствует какое-либо объяснение того, почему дела, касающиеся требования о 18-месячном судебном разбирательстве, рассматриваются в нем как дела, связанные с вопросами приемлемости, а не юрисдикции.

114. Случаи, в которых не допускалось игнорирование требования о 18-месячном периоде, представляют собой общий подход. Должны иметься доказательства того, что положение о НБН имело целью быть примененным для изменения юрисдикционных ограничений в отношении суда, поскольку согласие принимающего государства было обусловлено соблюдением этих ограничений. Косвенным последствием является требование получения "ясных и недвусмысленных" доказательств намерения изменить юрисдикцию суда, что подтверждает подход, принятый в деле *Plama*, хотя и по иным причинам.

¹¹⁹ *Kılıç İnşaat İthalat İhracat Sanayi ve Ticaret Anonim Şirketi v. Turkmenistan*, Decision on Article VII.2 of the Turkey-Turkmenistan Bilateral Investment Treaty, ICSID Case No. ARB/10/1, 7 May 2002.

¹²⁰ *ST-AD GmbH v. Republic of Bulgaria*, Award on Jurisdiction, UNCITRAL PCA Case No. 2011-06, 18 July 2013.

¹²¹ *Hochtief* (мнение большинства).

¹²² *Ibid.*

¹²³ *Teinver S.A., Transportes de Cercanías S.A. and Autobuses Urbanos del Sur S.A. v. The Argentine Republic*, Decision on Jurisdiction, ICSID Case No. ARB/09/01, December 21, 2012.

¹²⁴ UNCTAD Series on International Investment Agreements vol. II, *Most Favoured-Nation Treatment*, 24 January 2011, document UNCTAD/DIAE/IA/2010/1, at pp. 66-67.

iii) Конкретное намерение в других договорных положениях

115. В ряде случаев при толковании положений о НБН суды принимали во внимание тот факт, что выгоды, которые предполагалось получить благодаря другому договору, иным образом или более конкретно уже были охвачены самим основным договором. В определенном смысле это составляет саму суть режима НБН: он направлен на предоставление нечто большего, чем то, что бенефициар получил бы в соответствии с основным договором. С учетом этого представляется неизбежным, что если основной договор предусматривает определенного рода режим, следствием применения клаузулы о НБН станет то, что она будет иметь преимущественную силу по отношению к положению в основном договоре.

116. В деле "*Росинвест*" суд пришел к мнению, что тот факт, что действие положения о НБН расширит сферу юрисдикции суда, является "нормальным результатом применения клаузул о НБН, сам характер и цель которых заключается в том, что защита, не принятая в рамках одного договора, расширяется благодаря передаче защиты, предоставляемой другим договором"¹²⁵.

117. Вместе с тем также выражалось и противоположное мнение. В деле *CME* судья Ян Броунли, высказавший особое мнение, отметил, что не готов использовать клаузулу о НБН для включения в договор альтернативной формулировки в отношении компенсации, поскольку это сделает недействительной конкретное положение договора о компенсации¹²⁶. В деле *Austrian Airlines* суд пришел к мнению, что конкретные положения договора, касающиеся юрисдикции, сами по себе являются ясным свидетельством того, что стороны не имели намерения допускать расширения юрисдикции суда на основе положения о НБН. По мнению суда, общее предназначение положения о НБН не должно превалировать над конкретным предназначением этих положений¹²⁷. Суд подкрепил этот вывод кратким экскурсом в историю переговоров по ДИД между Австрией и Словакией, в ходе которых была отклонена более широкая формулировка юрисдикции суда. В деле *Berschader* суд рассмотрел другие положения договора с целью показать, что есть ряд положений, к которым клаузула о НБН не может применяться, и что, таким образом, выражение "все вопросы, относящиеся к сфере действия настоящего Договора" не может пониматься в буквальном смысле¹²⁸.

118. В деле *Austrian Airlines* суд также рассмотрел положение о НБН в контексте других положений договора, особо отметив, что сам договор конкретно предусматривает арбитраж в ограниченном объеме. По мнению суда, поскольку в договоре прослеживается "явное и конкретное намерение" ограничить арбитраж спорами относительно размеров компенсации в отличие от споров по вопросу о принципе компенсации, "было бы парадоксально сводить на нет это конкретное намерение ссылкой на общее, неконкретное намерение, выраженное в клаузуле о НБН"¹²⁹. В деле *Tza Yap Shum* суд также пришел к мнению, что общее намерение, заложенное в положении о НБН, должно уступить место конкретному намерению, заложенному в конкретном положении основного договора¹³⁰.

¹²⁵ *RosInvest*, para. 131. В *Renta*, para. 92, суд заявил, что "распространение обязательств является самой сутью клаузул о НБН".

¹²⁶ *CME Czech Republic B.V. v. The Czech Republic*, Separate Opinion on the Issues at the Quantum phases, UNCITRAL (14 March 2003), para. 11 (Netherlands-Czech Republic BIT) имеется по адресу <http://italaw.com/cases/documents/282>.

¹²⁷ *Austrian Airlines*, para. 137.

¹²⁸ *Berschader*, para. 192.

¹²⁹ *Austrian Airlines*, para. 135.

¹³⁰ *Señor Tza Yap Shum v. The Republic of Peru*, Decision on Jurisdiction and Competence (Spanish), ICSID Case No. ARB/07/6 (19 June 2009) at para. 220 (Peru-China BIT).

iv) *Практика участников*

119. Ряд судов упомянули другую договорную практику сторон ДИД в связи с НБН в качестве средства установления намерения сторон относительно сферы применения клаузулы о НБН. В деле *Maffezini* суд рассмотрел договорную практику в рамках ДИД Испании, отметив, что эта практика допускает направление спора в арбитраж без требования о 18-месячном периоде, предусмотренном в ДИД между Аргентиной и Испанией. Суд также отметил, что ДИД между Аргентиной и Испанией является единственным ДИД Испании, в котором в клаузуле о НБН используется широкая формулировка "во всех вопросах, регулируемых настоящим Соглашением"¹³¹. Тем не менее суд не внес ясность ни в юридическую обоснованность этой последующей практики сторон, ни в объяснение правомерности ссылки на нее.

120. В деле *Telenor*¹³² суд счел практику сторон уместной в несколько иной форме. На основании того, что Венгрия заключила другие ДИД, не ограничивающие сферу арбитража, суд пришел к выводу, что ограничение сферы арбитража, предусмотренное в ДИД между Венгрией и Норвегией, было, действительно, сделано намеренно. Таким образом, клаузула о НБН не может быть использована для расширения сферы действия арбитража.

121. В деле *Austrian Airlines* суд в подтверждение своего вывода ссылаясь на другие примеры договорной практики Словакии¹³³. В отличие от этого суд в деле *Renta* отказался рассматривать практику России в ее других ДИД, отметив, что, поскольку его решение основано на тексте представленного ему ДИД, практика в соответствии с другими ДИД не может заменить этот текст¹³⁴.

122. Неясно, на каком юридическом основании суды ссылаются на последующую практику только одного государства. Идет ли речь о толковании на основе Венской конвенции или это независимая форма проверки некоего скрытого намерения сторон или по крайней мере стороны, против которой выдвигается иск? В деле *Plama* суд указал: "Действительно, договоры между договаривающимися сторонами и третьими государствами могут быть приняты во внимание для уточнения значения текста договора на момент его заключения"¹³⁵. Вместе с тем суд не указывает, на основании чего он пришел к выводу, что договоры, заключенные каким-либо государством с третьей стороной, имеют отношение к толкованию договора между этим и другим государством, хотя он, возможно, косвенно основывается на статье 32 ВКПМД.

v) *Соответствующее время для определения намерения сторон*

123. Большинство судов не рассматривали то время, на момент которого следует выяснять намерение сторон ДИД. Тем не менее в деле *ICS* суд конкретно затронул этот вопрос, указав, что надлежащим временем является момент заключения договора, и дал толкование термину "режим", исходя из его значения на этот момент¹³⁶. По мнению суда, при толковании договора необходимо применять принцип "современности". Хотя ни один из судов явным образом не выразил свое несогласие с этой позицией, суды, рассматривавшие дела до дела *ICS* конкретно не рассматривали смысловое содержание клаузулы о НБН на момент заключения договора. Они проанализировали подготовительную работу, однако в отсутствие

¹³¹ *Maffezini*, para. 57.

¹³² *Telenor*.

¹³³ *Austrian Airlines*, para. 134.

¹³⁴ *Renta*, para. 120.

¹³⁵ *Plama*, para. 195.

¹³⁶ *ICS v. Argentina*, para. 289.

какого-либо указания в подготовительных материалах клаузула о НБН толковалась без какой-либо ссылки на то, учитывалось ли ее смысловое содержание на момент заключения договора или же на настоящий момент.

vi) *Содержание положения, подлежащее изменению путем ссылки на положение о НБН*

124. Возникает вопрос о том, оказывало ли содержание затрагиваемого положения в основном договоре какое-либо влияние на готовность судов позволить ссылаться на клаузулу о НБН. В этой связи следует отметить, что из 18 имевшихся до настоящего времени случаев успешной ссылки на положение о НБН 12 касались одного и того же положения – обязательства возбудить иск в национальных судах и заниматься разбирательством в течение 18 месяцев, прежде чем прибегать к процедуре урегулирования спора согласно ДИД. В каждом из этих случаев следствием ссылки на положение о НБН было освобождение истца от обязательства проводить судебное разбирательство в национальных судах в течение 18-месячного периода. Эти дела касались ДИД, заключенных Аргентиной с Германией, Испанией и Соединенным Королевством. Хотя субстантивный результат требования о 18-месячном судебном разбирательстве был одним и тем же, положения о НБН, на которых делались ссылки, не были сформулированы одинаково.

125. Мнение о том, что характер положения основного договора может повлиять на конечный результат, прозвучало при рассмотрении дела *Plama*, когда суд (не касаясь требования о 18-месячном рассмотрении в национальных судах) указал, что решение в деле *Maffezini* является "понятным", поскольку в нем делается попытка нейтрализовать действие положения, не имеющего смысла с практической точки зрения"¹³⁷.

126. В деле *Abaclat v. Argentina*¹³⁸ суд пришел к мнению о том, что требование об отсрочке на 18 месяцев права инвестора предъявлять иск несовместимо с четко выраженной целью ДИД обеспечивать скорейшее урегулирование спора и, соответственно, может быть не принято во внимание истцом. Тем не менее это мнение было отвергнуто судом в деле *ICS v. Argentina*. Суд по делу *ICS* указал, что не может "создавать исключений для договорных норм, когда они основаны лишь на оценке продуманности политики в данном вопросе"¹³⁹.

127. Попытки использовать НБН с целью добавить другого рода положения об урегулировании споров помимо 18-месячной отсрочки для проведения судебного разбирательства, в целом не увенчались успехом. В деле *Salini* ссылка на положение о НБН была сделана с целью изменить процедуру урегулирования споров по контрактам. В деле *Plama* ссылка на положение о НБН была сделана с целью изменить процесс урегулирования споров со специального арбитража на урегу-

¹³⁷ *Plama*, para. 224. Вместе с тем, неясно, почему положение о 18-месячном рассмотрении в национальных судах было сочтено не имеющим смысла. Оно предоставляло возможность урегулировать этот вопрос в национальных судах, что является ограниченной формой требования об исчерпании внутренних средств правовой защиты с гарантией того, что инвестор не будет иметь задержку свыше 18 месяцев.

¹³⁸ Большинство членов суда по делу *Abaclat* не касались требования в отношении НБН. Тем не менее суд рассматривал требование о 18-месячном периоде судебного разбирательства в рамках подраздела "Приемлемость требования". *Abaclat and Others v. Argentine Republic (Case formerly known as Giovanna a Beccara and Others)*, Decision on Jurisdiction and Admissibility, ICSID Case No. ARB/07/5 (4 August 2011), (Italy-Argentina BIT). Особое мнение было выражено судьей Жоржем Аби-Саабом (пункты 31–33).

¹³⁹ Кроме того, суд по делу *ICS* отметил, что ему не было представлено никаких доказательств, позволяющих ему сделать вывод о том, что суды Аргентины были бы неэффективны при рассмотрении этого вопроса. *ICS v. Argentina*, paras 267–269. См. также особое мнение судьи Дж. Кристофера Томаса по делу *Hochtief*.

лирование спора в рамках МЦУИС. Это были усилия, направленные на изменение одной формы арбитража на другую, тем не менее оба суда их отвергли.

128. С другой стороны, один из судов позволил истцу сослаться на клаузулу о НБН с целью замены одной формы урегулирования спора другой. В деле *Garanti Kos LLP v. Turkmenistan*¹⁴⁰ суд постановил, что в случаях, когда применение арбитражного регламента МЦУИС в соответствии с ДИД между Соединенным Королевством и Туркменистаном возможно только с согласия ответчика, которое не было дано, согласие на арбитраж МЦУИС можно получить в соответствии с положениями других заключенных Туркменистаном ДИД, перенесенными в ДИД между Соединенным Королевством и Туркменистаном посредством применения клаузулы о НБН. В результате этого арбитраж по регламенту ЮНСИТРАЛ, представляющий собой, согласно ДИД между Соединенным Королевством и Туркменистаном, резервный вариант в отсутствие соглашения об иной форме урегулирования спора, был, благодаря применению клаузулы о НБН, заменен на арбитраж МЦУИС.

129. Вместе с тем, даже если случаи, связанные с требованием о 18-месячном разбирательстве в национальных судах, могут отчасти объясняться мнением о том, что это конкретное требование было в какой-то степени несущественным, аргументация судов не основана на относительной важности положения о 18-месячном разбирательстве. Как указывалось выше, во многих случаях доводы основаны на предположении о том, что клаузулы о НБН в ДИД по самой своей сути охватывают урегулирование споров.

130. Другие случаи, в которых была возможность использовать клаузулу о НБН для получения выгоды от положений договоров с третьей стороной, касаются скорее материально-правовых, нежели процессуальных вопросов. В деле "*Росинвест*" суд счел, что на основании содержащейся в ДИД между Соединенным Королевством и СССР клаузулы о НБН он обладает юрисдикцией в отношении определения законности предполагаемой экспроприации, а не просто в отношении более узкого вопроса, касающегося компенсации, как это предусмотрено в ДИД между Соединенным Королевством и СССР.

131. Тем не менее два суда отклонили такое использование клаузулы о НБН. В деле *Renta* большинство членов суда не были готовы толковать положение о НБН в соглашении между Испанией и Россией как позволяющее предъявлять требования, выходящие за рамки компенсации за экспроприацию, поскольку, по их мнению, данное положение о НБН применимо только к предоставлению справедливого и равноправного режима¹⁴¹. Суд по делу *Austrian Airlines* на основе толкования клаузулы о НБН также пришел к выводу, что он не может выходить за рамки конкретно определенной юрисдикции рассматривать вопросы, касающиеся компенсации в случае экспроприации¹⁴².

132. В деле *MTD* суд был готов расширить предусмотренную ДИД между Чили и Малайзией сферу действия справедливого и равноправного режима путем ссылки на справедливый и равноправный режим, предусмотренный в ДИД между Чили и Данией и Чили и Хорватией. Тем не менее, как представляется, ни одна из

¹⁴⁰ *Garanti Kos LLP v. Turkmenistan*, Decision on the Objection to Jurisdiction, 3 July 2013, ICSID Case No. ARB/11/20, решение, принятое большинством. К решению прилагается особое мнение судьи Лоранса Буассона де Шазурна.

¹⁴¹ *Renta*, paras 105-119.

¹⁴² *Austrian Airlines*, paras 138-139.

сторон не оспорила способность суда делать это, хотя они и не пришли к согласию относительно всех последствий этого¹⁴³.

133. Аналогичным образом в деле *Telsim*¹⁴⁴ стороны, как представляется, были согласны с тем, что на основании положения о НБН справедливый и равноправный режим в соответствии с ДИД между Турцией и Казахстаном должен был толковаться в свете значения справедливого и равноправного режима, предусмотренного в других ДИД, участником которых является Казахстан. Кроме того, в деле *Bayindir*¹⁴⁵ не было высказано никаких возражений против общего принципа о том, что на основании клаузулы о НБН содержание "справедливого и равноправного режима" в ДИД между Турцией и Пакистаном должно определяться в свете положений о справедливом и равноправном режиме, содержащихся в других ДИД, заключенных Пакистаном.

134. Лишь в одном случае суд внес существенное добавление в обязательства сторон на основе положения о НБН, несмотря на возражение одной из сторон. В деле *СМЕ* большинство членов суда пришли к выводу о том, что термин "справедливая компенсация" в ДИД между Нидерландами и Чешской Республикой следует толковать как означающий компенсацию, имеющую "справедливую рыночную стоимость", отчасти поскольку они были готовы — с учетом положения о НБН — включить концепцию "справедливой рыночной стоимости", взятую из ДИД между США и Чешской Республикой¹⁴⁶.

vii) *Последовательность в процессе принятия решений*

135. Хотя суды отмечали, что решения других судов не имеют формальной значимости с точки зрения создания прецедента, стремление к обеспечению последовательности, несомненно, оказывало влияние на процесс принятия решений. Ряд судов указали на это конкретно, как, например, большинство членов суда по делу *Impregilo*:

"Тем не менее в случаях, когда клаузула о НБН относилась ко "всем вопросам" или "любому вопросу", регулируемым ДИД, имело место практически единогласное мнение о том, что эта клаузула охватывает правила урегулирования споров. Исходя из этого большинство членов суда пришло к выводу, что в этой связи в деле *Impregilo* можно основываться на правилах урегулирования споров, содержащихся в ДИД между Аргентиной и США"¹⁴⁷.

136. Действительно, большинство придерживалось мнения, что по крайней мере в отношении имеющих широкую формулировку клаузул о НБН и требования о возбуждении иска и проведения судебного разбирательства в течение 18 месяцев вопрос о применимости клаузулы о НБН был решен.

viii) *Определение "не менее благоприятного" режима*

137. Сложность определения того, какой режим является менее благоприятным, наглядно проявляется в тех случаях, когда клаузула о НБН используется для замены одной формы урегулирования споров другой. Некоторые суды задавались вопросом, правильно ли проводить сравнение положений договора с третьей сто-

¹⁴³ *MTD Equity Sdn. Bhd. and MTD Chile S.A. v. Republic of Chile*, Award, ICSID Case No. ARB/01/7, 25 May 2004.

¹⁴⁴ *Rumeli Telekom A.S. and Telsim Mobil Telekomunikasyon Hizmetleri A.S. v. Kazakhstan*, Award, ICSID Case No. ARB/05/16 (29 July 2008), at paras. 581-587, 591-605 (Turkey-Kazakhstan BIT).

¹⁴⁵ *Bayindir Insaat Turizm Ticaret Ve Sanayi A.S. v. Islamic Republic of Pakistan*, Award, ICSID Case No. ARB/03/29 (27 August 2009), at para. 153 (Turkey-Pakistan BIT).

¹⁴⁶ *СМЕ*, para. 500.

¹⁴⁷ *Impregilo*, para. 108.

роной с положениями основного договора¹⁴⁸. Если основной договор содержит требование о 18-месячном судебном разбирательстве, а договор с третьей стороной такого требования не содержит, но включает положение о процессуальной альтернативе, правильно ли считать, что договор с третьей стороной предоставляет более благоприятный режим? С одной стороны, существует 18-месячная задержка в применении положений ДИД об урегулировании споров в соответствии с основным договором, но при этом инвестор получает доступ как к внутренним, так и к международным процессуальным возможностям. С другой стороны, инвестор в соответствии с договором с третьей стороной получает более ранний доступ к международному урегулированию спора, однако теряет возможность получить доступ как к международным, так и к внутренним средствам урегулирования спора. Какой режим более благоприятный?

138. Суд по делу *ICS* выразил мнение, что инвестор, ссылающийся на положение о НБН с целью обойти требование о 18-месячном судебном разбирательстве, будет вынужден выполнять положение договора с третьей стороной о процессуальной альтернативе¹⁴⁹. Суд по делу *Garanti Kos* пришел к мнению, что сложно утверждать, что арбитраж МЦУИС объективно более благоприятный, чем арбитраж ЮНСИТРАЛ, однако они являются "несомненно различными"¹⁵⁰. В заключение суд пришел к выводу, что выбор – это лучше, чем его отсутствие, и он позволяет истцу включить арбитраж МЦУИС на основе положения о НБН в основном договоре¹⁵¹.

139. Вопрос о том, является ли на самом деле положение в договоре с третьей стороной, которое стремятся использовать, более благоприятным, чем положение в основном договоре, которое стремятся избежать, подробно не затрагивался в более ранних решениях судов по инвестиционным спорам. Как правило, считалось, что освобождение от необходимости разбирательства в национальных судах в течение 18 месяцев является более благоприятным, чем необходимость ожидания и участия в разбирательстве. Тем не менее это может быть поставлено под сомнение, если только нет негативных предположений относительно конкретных национальных судов.

ix) *Существование исключений по соображениям политики*

140. Суд по делу *Maffezini*, будучи, как представляется, обеспокоен далеко идущими последствиями своего решения, изложил ряд исключений "публичного порядка", когда положение о НБН не может применяться к процедурным вопросам¹⁵². Хотя последующие суды поддержали идею о необходимости ряда исключений такого характера, они не ссылались на эти исключения в качестве обоснования своего решения, даже несмотря на то, что в некоторых случаях они могли быть применимы. Например, в деле *Garanti Kos* суд заменил арбитраж ЮНСИТРАЛ арбитражем МЦУИС – то, что предусмотрено в деле *Maffezini* исключения по соображениям политики не допускали. Исследовательская группа отметила расхождения в приводимых обоснованиях разрешения или отказа в использовании клаузулы о НБН в качестве основы для изменения положений об урегулировании споров двусторонних инвестиционных соглашений и указала, что различные подходы иногда основаны на различиях в предположениях, нежели на прямом противоречии в аргументации.

¹⁴⁸ *Ibid.*; см. также *Hochtief*.

¹⁴⁹ *ICS v. Argentina*, paras. 318-325.

¹⁵⁰ *Garanti Kos*, para. 92.

¹⁵¹ *Ibid.*, paras 94-97.

¹⁵² См. пункты 88–90.

Часть III

Соображения, касающиеся толкования клаузул о НБН

А. Вопросы политики, относящиеся к толкованию инвестиционных соглашений

1. Асимметричность при переговорах о ДИД

141. В прошлом инвестиционные соглашения в основном заключались между развитыми и развивающимися странами при изначально заложенных в них асимметричности и неравенстве переговорных позиций¹⁵³. Сегодня многие двусторонние инвестиционные соглашения заключены между развитыми странами или самими развивающимися странами, и этот момент потерял свое значение.

142. Более существенное замечание касается процесса ведения переговоров по инвестиционным соглашениям. Некоторые страны разработали собственные проекты типовых двусторонних соглашений об инвестициях и в своих переговорах с другими странами, как правило, исходят из таких типовых проектов. Таким образом, переговоры ведутся не с "чистого листа", а подразумевают принятие или изменение положений типового соглашения, заранее подготовленного одной стороной. Соответственно, результатом переговоров в лучшем случае могут стать изменения формулировок конкретных положений, а не разработка совершенно нового текста.

143. Несмотря на это, инвестиционные соглашения похожи друг на друга во многих ключевых аспектах, независимо от его участников и независимо от типового соглашения, которое при этом берется за основу. Это не должно вызывать удивления. Современные инвестиционные соглашения основываются на некоторых базовых положениях: НБН, национальный режим, справедливый и равноправный режим, запрещение экспроприации без соблюдения определенных условий и положения об урегулировании споров, обычно включающие положение об урегулировании споров между инвесторами и государством. Вне зависимости от симметричности или асимметричности переговорных позиций, окончательные результаты очень похожи.

144. После рассмотрения вопроса об асимметричности Исследовательская группа выразила мнение о том, что, хотя она является фактором, который необходимо учитывать для более глубокого понимания международного инвестиционного права, она не имеет отношения к толкованию отдельных инвестиционных соглашений.

2. Специфика отдельного договора

145. Несколько государств заявили, что положения о НБН каждого отдельного договора имеют свою собственную специфику¹⁵⁴, в силу чего выработка какого-либо единообразного подхода не представляется целесообразной¹⁵⁵. Нет никаких сомнений в том, что положения о НБН, касающиеся инвестиций, в основном со-

¹⁵³ Jeswald W. Salacuse and Nicholas P. Sullivan, "Do BIT's Really Work? An Evaluation of Bilateral Investment Treaties and Their Grand Bargain" *Harvard International Law Journal*, vol. 46 (2005), p.67 at 78.

¹⁵⁴ A/C.6/65/SR.25, пункты 75–76 (Португалия); A/C.6/66/SR.27, пункт 49 (Иран (Исламская Республика)); A/C.6/66/SR.27, пункт 78 (Португалия); A/C.6/66/SR.28 (Соединенное Королевство); A/C.6/67/SR.23 (Иран (Исламская Республика)).

¹⁵⁵ A/C.6/65/SR.26, пункт 17 (Соединенные Штаты Америки); A/C.6/66/SR.27, пункт 94 (Соединенные Штаты Америки).

держатся в отдельных двусторонних инвестиционных соглашениях и в каждом таком соглашении положение о НБН сформулировано по-своему.

146. В то же время положения о НБН, независимо от того, как именно они согласовывались, равно как и соглашения, в которых они содержатся, имеют общую цель. В 1978 году в проекте статьи 4 Комиссия определила клаузулу о НБН как "договорное положение, в силу которого одно государство берет обязательство в отношении другого государства предоставить режим наиболее благоприятствующей нации в согласованной сфере отношений". В проекте статьи 5 Комиссия определила режим НБН как "режим, предоставленный бенефицирующим государством государству-бенефициарию... не менее благоприятный, чем режим, распространенный бенефицирующим государством на третье государство". Иными словами, вне зависимости от конкретной формулировки, положение договора, предоставляющее не менее благоприятный режим, чем тот, который предоставляется третьему государству, является клаузулой о НБН. Оно носит такой же характер, как и любая другая клаузула о НБН и преследует ту же самую общую цель.

147. Вместе с тем способ достижения этой общей цели зависит от фактической формулировки обязательства в отношении НБН, его объема, его охвата и его бенефициариев. Таким образом, ответ на ключевой вопрос *ejusdem generis* — об охвате режима, на который можно претендовать, — зависит от конкретного случая.

148. Тем не менее Исследовательская группа считала, что общая цель всех положений о НБН, а также сходство формулировок, которые используются в рамках многих инвестиционных соглашений, означают, что толкование положения о НБН в одном инвестиционном договоре вполне может давать ключ к толкованию положения о НБН в другом таком договоре. Так, суды по инвестиционным спорам при толковании ими положений о НБН в конкретном договоре обращались к аналогичным положениям в других договорах.

149. Вместе с тем толкование конкретного положения о НБН должно соответствовать статьям 31–33 Венской конвенции о праве международных договоров. Таким образом, хотя при толковании положения о НБН можно обращаться к значению НБН в других договорах, каждое положение о НБН должно толковаться исходя из его собственной формулировки и контекста всего договора, который его содержит. В результате этого нет оснований для вывода о существовании единого толкования НБН, которое распространялось бы на все инвестиционные соглашения.

В. Урегулирование инвестиционных споров в порядке "смешанного арбитража"

150. В 1978 году Комиссия предусмотрела, что бенефициарием положения о НБН может быть не только государство, выступающее стороной соглашения, содержащего данное положение, но и "лица и вещи, находящиеся в определенной связи с таким государством"¹⁵⁶. В соответствии с инвестиционными соглашениями государства, как правило, предлагают режим НБН не только другому государству, но инвесторам и инвестициям из этого государства. В то время Комиссия решила не рассматривать далее последствия положения о том, что бенефициарием может быть физическое лицо, посчитав, что ей не стоит заниматься этим вопросом, поскольку проекты статей ВКПМД не затрагивают применения договоров в отношении отдельных лиц.

¹⁵⁶ *Ежегодник... 1978 год*, том II (Часть вторая), стр. 26 (проект статьи 5).

151. Однако с практической точки зрения на момент разработки проекта статей 1978 года существовало крайне мало практики рассмотрения отдельных лиц в качестве бенефициариев. Обеспечение выполнения обязательства о предоставлении режима НБН бенефицирующим государством возлагалось на государство-бенефициарий. Отказ предоставить режим НБН явился бы нарушением договора, и при наличии суда, в который стороны были бы вправе обратиться, в такой суд можно было бы подать межгосударственный иск. При этом отсутствовал какой-либо международный суд, в который инвестор мог бы подать иск против иностранного государства, хотя такой инвестор вполне мог бы подать иск во внутренние суды данного государства, если договорные обязательства были инкорпорированы в его внутреннее законодательство или если в силу внутреннего законодательства у него имелось независимое право на обращение в суд. В таких ситуациях иск против бенефицирующего государства, поданный в его внутренний суд, основывался бы не на договоре, а на внутреннем законодательстве бенефицирующего государства.

152. Ситуацию существенно изменило появление системы урегулирования споров между инвесторами и государствами, когда у инвесторов появилась возможность, минуя собственное государство, подавать иски непосредственно против бенефицирующего государства через механизм урегулирования, созданный сторонами инвестиционного соглашения. В результате появилась значительная практика толкования инвестиционных соглашений и, в частности, клаузул о НБН судами по урегулированию споров между инвесторами и государствами.

153. Вместе с тем смешанная природа арбитражных разбирательств между инвесторами и государствами порождает особые проблемы толкования инвестиционных соглашений. Соглашение заключено между государствами, и именно поэтому оно является договором. Однако интерпретирующий его суд в известной степени аналогичен коммерческому арбитражному органу, т.е. институту частного, а не публичного права. Таким образом, на интерпретацию положения о НБН может влиять позиция интерпретатора, т.е. как он рассматривает соглашение: как международно-правовой акт или как контракт.

154. Статус судов, занимающихся "смешанным" арбитражным производством, и результаты их работы, могут вызывать вопросы. Эти суды являются "смешанными" в том смысле, что стороны в споре имеют разный статус по международному праву. Во времена концессионных соглашений само соглашение существовало между субъектом международного публичного права, т.е. государством, и субъектом частного права, т.е. физическим или юридическим лицом, с которым было заключено соглашение. Одной из первых проблем в этом отношении была проблема того, чему подчиняются такие соглашения, только одна сторона которых выступает как субъект международного права: международному праву и праву внутреннему, и в этой связи обсуждались концепции транснационального или квазимеждународного права.

155. В случае инвестиционных соглашений этой проблемы нет, поскольку они явно являются международными договорами. Тем не менее спор на основании положения об урегулировании споров между инвесторами и государством остается спором между разностатусными субъектами по международному праву. В связи с этим утверждалось, что арбитр смешанного третейского разбирательства, занимающийся иском частной стороны, в деле, которое в противном случае могло бы рассматриваться в национальном суде, имеет задачи и функции, мало отличающиеся от задач и функций национального судьи¹⁵⁷. В этом смысле урегу-

¹⁵⁷ По вопросу о смешении публичных и частных аспектов международного арбитража, см.: Gus Van Harten, *Investment Treaty Arbitration and Public Law* (Oxford: Oxford University Press, 2007), chap.3.

лирование споров между инвесторами и государством может рассматриваться в качестве альтернативы национальному разбирательству, что также подтверждается распространенными положениями инвестиционных соглашений о выборе дальнейшего пути, в соответствии с которыми собирающийся обратиться в суд инвестор в определенный момент времени достигает "развилки", когда он должен сделать выбор между тяжбой в национальных судах или задействованием положения об урегулировании споров между инвесторами и государством.

156. Вместе с тем суд, рассматривающий подобный спор, в том числе суд, учрежденный на основании согласованного между государствами механизма, обязан толковать и применять положения договора. Обычно он не применяет положения внутреннего законодательства, хотя в некоторых случаях применение внутреннего законодательства может предусматриваться договором. Кроме того, в том случае, если суд учрежден на основании МЦУИС, такой суд конкретно уполномочен применять "такие нормы международного права, которые могут быть применены"¹⁵⁸.

157. Исследовательская группа пришла к выводу о том, что "смешанная" природа арбитражного урегулирования споров между инвесторами и государствами не оправдывает какого-либо нового подхода к применению норм толкования международных договоров при рассмотрении положений о НБН. Инвестиционное соглашение представляет собой договор, положения которого были согласованы государствами. Отдельный инвестор не участвует в создании договорных обязательств; он лишь имеет право на иск в соответствии с договором. Однако договор должен толковаться в соответствии с общепринятыми нормами международного права, регулирующими толкование договоров.

С. Актуальность проектов статей 1978 года для толкования положений о НБН на современном этапе

158. Как уже отмечала Исследовательская группа, проекты статей 1978 года предусматривали, что бенефициарием положения о НБН могут быть физические или юридические лица, находящиеся "в определенной связи" с государством-бенефициарием. Однако Комиссия не рассматривала последствия этого положения, посчитав, что права отдельных лиц выходят за рамки ее мандата. Тем не менее суды, занимающиеся урегулированием споров между инвесторами и государствами, часто ссылаются на проекты статей как на текст, содержащий изложение основных норм права в отношении положений о НБН, в частности в том, что касается принципа *eiusdem generis*.

159. Вместе с тем Исследовательская группа отметила, что, хотя проекты статей 1978 года охватывают основные нормы права, касающиеся определения и смысла клаузул о НБН и режима НБН, и устанавливают основные принципы, они не содержат указаний по конкретным вопросам толкования, которые могут возникнуть в связи с терминами, фактически использованными в том или ином договоре. Проекты статей 1978 года не содержат и прямого ответа на вопрос о том, можно ли менять процедурное положение об урегулировании споров исходя из положения о НБН.

160. Исследовательская группа считает, что основные положения проектов статей 1978 года, которые никогда не оспаривались и часто применялись на практи-

¹⁵⁸ Конвенция об урегулировании инвестиционных споров между государствами и гражданами других государств, Вашингтон, 18 марта 1965 года, United Nations, *Treaty Series*, vol. 575, p. 159, статья 42.

ке¹⁵⁹, сохраняют свое значение как важный источник международного права при рассмотрении определения, сферы охвата и применения клаузул о НБН.

Часть IV

Руководящие положения о толковании клаузул о НБН

161. В этой части изложены основные положения, касающиеся надлежащего применения принципов договорного толкования клаузул о НБН. По результатам проведенного ею ранее анализа Исследовательская группа пришла к заключению, что имеется три центральных вопроса, касающихся методов толкования арбитражными судами клаузул о НБН в связи с положениями об урегулировании споров. Во-первых, могут ли в принципе положения о НБН применяться в отношении положений об урегулировании споров в ДИД? Во-вторых, затрагивается ли юрисдикция арбитражного органа условиями ДИД в отношении того, на какие положения об урегулировании споров могут ссылаться инвесторы? В-третьих, при определении того, касается ли положение о НБН в ДИД условий обращения к процедуре урегулирования спора, какие факторы являются значимыми для процесса толкования? Эти вопросы поочередно рассмотрены в следующих ниже разделах.

1. Принципиальная возможность применения положений о НБН в отношении положений об урегулировании споров в ДИД

162. Несмотря на неоднозначность оценок арбитражных органов в некоторых принятых ими ранее решениях, нет особых сомнений в том, что в принципе положения о НБН могут распространяться на положения об урегулировании споров в ДИД. Это так, несмотря на то обстоятельство, что данное суждение, возможно, первоначально основывалось на неправильном толковании того, что имела в виду Арбитражная комиссия в деле *Амбатъелоса*, когда она отметила, что "отправление правосудия" охватывается действием положения о НБН, которое относится ко "всем вопросам, касающимся торговли и мореплавания". Здесь Комиссия имела в виду доступ к судам Соединенного Королевства для принятия мер по защите материальных прав, а не права изменять условия, при которых можно обращаться к процедуре урегулирования спора. Однако теперь, как представляется, это не имеет особой важности. По сути, вопрос заключается в самостоятельности стороны: стороны ДИД могут при желании включить условия доступа к урегулированию споров в сферу действия положения о НБН. В каждом случае вопрос заключается в том, сделали ли они это.

163. В этом смысле вопрос в действительности состоит в толковании договора, и ответ на него можно дать только в каждом конкретном случае. Там, где участники прямо включили условия доступа к урегулированию споров в конструкцию своего положения о НБН¹⁶⁰, там трудностей не возникает. Равным образом не возникает трудностей и там, где участники прямо исключили применение НБН в отношении условий доступа к урегулированию споров. Однако в значительном большинстве положений о НБН ныне действующих ДИД этот момент конкретно не оговаривается, и таким образом вопрос о том, как толковать такого рода положения, будет возникать в каждом случае. Однако, как минимум, можно сказать, что арбитражным органам, толкующим положения о НБН в ДИД, нет необходимости проводить какое-либо изучение принципиальной применимости подобных положений в отношении положений об урегулировании споров.

¹⁵⁹ См., в частности, статьи 1–14, *Ежегодник... 1978 год*, том II (Часть вторая), стр. 16–39.

¹⁶⁰ UK Model BIT, 2008, имеется по адресу <http://investmentpolicyhub.unctad.org/Download/TreatyFile/2847>.

2. Условия, связанные с урегулированием споров и юрисдикцией арбитража

164. Если, однако, принять, что в данном случае речь идет о толковании, возникает вопрос, имеется ли в характере либо положений о НБН, либо положений, касающихся условий доступа инвесторов к урегулированию споров, нечто такое, что может иметь отношение к процессу толкования. В этой связи вопрос о том, относятся ли такие моменты к юрисдикции судебного органа, сохраняет свою значимость. Имеются известные параметры (*ratione materiae*, *ratione personae*, *ratione temporis* и т.п.), при которых положение о НБН должно действовать¹⁶¹, и тем самым вопрос можно поставить иначе – выступают ли условия, касающиеся доступа к урегулированию споров, в качестве относящегося к делу параметра.

165. Применение положения о НБН не может быть ничем не ограниченным. Как предусмотрено в статье 14 проекта статьи 1978 года:

"Осуществление прав, возникающих из клаузулы о наиболее благоприятствуемой нации для государства-бенефициария или для лиц или вещей, находящихся в определенной связи с ним, подчинено условию соблюдения соответствующих установлений и обстоятельств, которые изложены в договоре, содержащем клаузулу, или иным образом согласованы между бенефицирующим государством и государством-бенефициарием".

166. Несомненно, если государство дало в ДИД согласие на признание определенных категорий лиц в качестве инвесторов, нельзя будет ссылаться на положение о НБН для изменения этих категорий¹⁶². Третейский суд, созданный в соответствии с ДИД, просто-напросто не располагает юрисдикцией для вынесения решения по поводу прав в отношении субъекта, не представляющего собой инвестора. Вопрос заключается в том, имеется ли сходство между ограничением доступа к урегулированию споров, таким как требование 18-месячного внутреннего разбирательства, и юрисдикционным ограничением, применимым в отношении оговоренного круга инвесторов.

167. Ответ на него отчасти зависит от того, идет ли здесь речь о юрисдикции или о приемлемости. Различие между юрисдикцией и приемлемостью не всегда ясно, и эти термины порой используются как взаимозаменяемые¹⁶³. Однако в качестве основы такого различия называют различие между возражениями в адрес арбитражного органа и возражениями по поводу иска¹⁶⁴.

168. Исходя из этого, можно утверждать, что требование 18-месячного разбирательства как условие, определяющее саму возможность обращения инвестора с иском, касается юрисдикции арбитражного суда – это не вопрос конкретного иска, предъявляемого инвестором: инвестор не вправе предъявить иск, если не выполнено требование 18-месячного разбирательства.

169. По мнению Исследовательской группы, эти взаимоисключающие подходы отражают упомянутое выше – расхождение между теми, кто рассматривает инвестиционные соглашения как акты международного публичного права, и теми, кто рассматривает урегулирование споров между инвесторами и государствами как, скорее, частно-правовое по своему характеру, сходное с договорными механиз-

¹⁶¹ См. также пункт 105 выше.

¹⁶² См. *HICEE*.

¹⁶³ Общий разбор см. в Shabtai Rosenne, *The Law and Practice of the International Court, 1920-2005*, 4th ed (Leiden: Martinus Nijhoff Publishers, 2006) pp. 505-586.

¹⁶⁴ Jan Paulsson, "Jurisdiction and Admissibility" in Gerald Aksen, Karl-Heinz Böckstiegel, Michael J. Mustill, Paolo Michele Patocchi, and Anne Marie Whitesell (eds), *Global Reflections on International Law, Commerce and Dispute Resolution, Liber Amicorum in Honour of Robert Briner* (Paris: ICC Publishing, 2005) p. 601 at p. 616.

мами. В первом случае юрисдикция и согласие на арбитраж представляют самый непосредственный интерес для государства, в то время как во втором случае вопрос заключается лишь в смысле термина "режим" или другой сходной формулировки, устанавливающей права бенефициария.

170. Практическое следствие этих разных подходов следующее: все, кто выделяет международный публично-правовой аспект инвестиционных соглашений, склонны видеть требование 18-месячного разбирательства сходным с нормой исчерпания внутренних средств правовой защиты. Те, кто относит такие соглашения, скорее, к сфере частного или коммерческого арбитража, вероятно, видят в нем отлагательное положение, в силу которого откладывается право инвестора на подачу иска, противоречащее, таким образом, общей цели ДИД – цели создания благоприятных условий для инвестиций.

171. Общий момент "юрисдикционных" подходов заключается в том, что в отсутствие четких формулировок или особых контекстуальных обстоятельств положение о НБН не может изменять условий доступа к урегулированию споров. Это всегда вопрос толкования договора, однако такого толкования договора, которое исходит из того первоначального допущения, что положение о НБН не применяется автоматически в отношении положений об урегулировании споров в ДИД. И это контрастирует с теми исходными допущениями ряда арбитражных органов, что положения о НБН по внешнему виду применяются в отношении урегулирования споров, поскольку урегулирование споров образует часть мер защиты, предусмотренных в ДИД. В соответствии с этим подходом НБН применяется в отношении урегулирования споров, если только не может быть показано, что в намерение участников ДИД не входило его применение таким образом.

172. Исследовательская группа пришла к мнению, что это отчасти концептуальная дискуссия по поводу характера инвестиционных соглашений и допущений, к которым она ведет в отношении толкования таких соглашений, не позволяет предложить окончательного решения. Инвестиционные соглашения содержат элементы как публичного, так и частного характера. Невозможность получения официального окончательного ответа – следствие решения дела с помощью "смешанного" арбитража с третейскими судьями "ad hoc". В "закрытой" системе, такой как ВТО, дело может быть решено апелляционным арбитражным органом, и этот ответ, правильный или неправильный, будет дан для всех дел в рамках этой системы. Такой возможности не имеется в случае урегулирования споров между инвесторами и государствами. Равным образом, по мнению Исследовательской группы, не следует играть такую роль Комиссии.

173. Вместе с тем Исследовательская группа отмечает, что выводы относительно применимости клаузул о НБН в случае положений об урегулировании споров должны основываться на толковании и анализе данных положений, а не на предположениях относительно характера инвестиционных соглашений или предоставляемых согласно им прав.

3. Факторы, имеющие значение при определении применимости положения о НБН в отношении условий обращения к процедуре урегулирования споров

174. Поскольку ДИД представляют собой международные соглашения, в отношении их толкования применимы нормы толкования договоров, изложенные в статьях 31–33 ВКПМД¹⁶⁵. Общее правило толкования договоров изложено в статье 31 ВКПМД, пункт 1 которой предусматривает, что договоры "[должны] толковаться добросовестно в соответствии с обычным значением, которое следует

¹⁶⁵ Эти положения о толковании в целом считаются отражающими обычное международное право.

придать терминам договора в их контексте, а также в свете объекта и целей договора¹⁶⁶. Отмечалось, что эта формула "явно основывается на том представлении, что текст договора обязательно следует полагать подлинным выражением намерения сторон"¹⁶⁷. В статьях 31 и 32 подробно рассматривается тот вес, который мог бы приписываться разным факторам при толковании договора.

175. Решения инвестиционных арбитражных судов обычно основываются на той позиции, что нормы ВКПМД служат правильной юридической основой толкования положений о НБН. Тем не менее это общая основа демонстрирует различия в подходе. Ранее Исследовательская группа выделила ряд факторов, которые, по-видимому, влияли на толкование положений о НБН арбитражными судами. В следующих ниже пунктах Исследовательская группа рассматривает некоторые из этих факторов.

а) Принцип одновременности

176. Принцип одновременности, на котором прямо основывались арбитражные суды в делах *ICS* и *Daimler* и подразумеваемым образом некоторые другие арбитражные суды в своих решениях¹⁶⁸, конкретно не значатся в числе норм в ВКПМД. При этом к нему обращались, прямо или косвенно, Международный Суд и другие международные судебные органы. В деле о *юридических последствиях для государств продолжающегося присутствия Южной Африки в Намибии* Суд говорил о "высшей необходимости толкования договора в соответствии с намерениями сторон в момент его заключения"¹⁶⁹. Комиссия по установлению границы между Эритреей и Эфиопией также одобрила, как она назвала ее, «доктрину "одновременности"»¹⁷⁰.

177. Согласно другому мнению толкование должно быть эволюционным, учитывая развитие значения общих терминов, используемых в договоре, с течением времени, в частности в свете изменений соответствующего права. Однако, как отмечалось, хотя эволюционный подход может применяться в отношении родовых "терминов договора, которые в силу самого своего характера выражены в таких общих терминах, и тем самым допускают их эволюционное толкование", при этом он не может "вступить в противоречие с намерениями и ожиданиями участников, которые могли быть выражены в ходе переговоров, предшествовавших заключению договора"¹⁷¹.

178. По мнению Исследовательской группы, уместность эволюционного толкования в любом данном случае будет зависеть от ряда факторов, включая намерение участников, предусматривающее эволюционное толкование данного термина¹⁷², последующую практику участников и то, как они сами толковали и приме-

¹⁶⁶ Там же, пункт 1 статьи 31.

¹⁶⁷ Ian Sinclair, *The Vienna Convention on the Law of Treaties*, 2nd ed (Manchester: Manchester University Press, 1984) at p. 115.

¹⁶⁸ *ICS v. Argentina*; *Daimler*; *Plama*, para. 197.

¹⁶⁹ *Legal consequences for States of the continued presence of South Africa in Namibia (South West Africa) notwithstanding Security Council Resolution 276 (1970)*, *Advisory Opinion*, I.C.J. Reports 1971, p.16 at p. 30, para. 53.

¹⁷⁰ *Decision Regarding the Delimitation of the Border between the State of Eritrea and the Federal Democratic Republic of Ethiopia*, (13 April 2002) UNRIIAA vol. XXV, pp. 83-195 at para. 3.5.

¹⁷¹ Sinclair, at p. 140.

¹⁷² Комиссия международного права, Последующие соглашения и последующая практика в отношении толкования договоров, документ A/CN.4/L.813, проект вывода 3. См. также продолжение этого документа в: Комиссия международного права, Последующие соглашения и последующая практика в отношении толкования договоров, документ A/CN.4/L.833. См. также *Официальные отчеты Генеральной Ассамблеи, шестьдесят восьмая сессия, Дополнение № 10 (A/68/10)*, глава IV.

няли свое соглашение. Подход третейского суда в деле *ICS*, пытавшегося установить значение "режима", к которому относится положение о НБН, путем изучения того толкования, которое получил бы этот термин при заключении ДИД между Соединенным Королевством и Аргентиной, дает важные ориентиры в плане толкования, однако не может быть принят как действительно окончательный.

b) Значимость подготовительной работы

179. В известном смысле отсылка к подготовительной работе представляет собой применение принципа одновременности, будучи усилиями по определению намерения участников в момент заключения соглашения. Обращение к подготовительной работе встречается в решениях арбитражных органов, дававших толкование положениям о НБН, не часто, возможно из-за того, что такие материалы часто не являются легкодоступными¹⁷³. Однако в деле *Austrian Airlines* арбитраж рассмотрел последовательность проектов условий договора, указывавшую на последовательное сужение сферы действия положений об арбитраже, чтобы подтвердить то заключение, что в соответствии с этим соглашением стороны намеревались ограничить арбитраж некоторыми оговоренными вопросами¹⁷⁴. Исследовательская группа сочла, что это дает важную иллюстрацию значимости подготовительной работы.

c) Договорная практика сторон

180. Одновременная или последующая практика сторон явно имеет отношение к делу при толковании положений договора. Однако согласно пунктам 2 и 3 статьи 31 ВКПМД соответствующая практика ограничивается следующим: соглашениями, относящимися к договору, которые были достигнуты между всеми участниками; документами, относящимися к договору, составленными одним участником и принятыми другими участниками; последующими соглашениями между участниками; а также последующей практикой, устанавливающей соглашение участников¹⁷⁵. Таким образом, в той мере, в какой арбитражные органы по рассмотрению инвестиционных споров опираются на такого рода материалы, они явно действуют согласно соответствующим толковательным материалам.

181. Однако большинство ДИД стоят особняком в качестве соглашений между двумя государствами, не сопровождающихся одновременными или последующими соглашениями или практикой между участниками ДИД¹⁷⁶. Таким образом, то, на что часто ссылаются арбитражные органы, — это соглашения одного из участников ДИД с третьими государствами¹⁷⁷. Один арбитражный суд занял ту точку зрения, что договоры с третьими государствами не имеют отношения к делу, по-

¹⁷³ В деле *Plama*, para. 196, Суд отметил, что стороны не представили каких-либо подготовительных материалов.

¹⁷⁴ *Austrian Airlines*, para. 137.

¹⁷⁵ Комиссия международного права, Последующие соглашения и последующая практика в отношении толкования договоров, документы A/CN.4/L.813 [часть 1] и A/CN.4/L.833 [часть 2]. См. в особенности проект вывода 7. См. также *Официальные отчеты Генеральной Ассамблеи, шестьдесят девятая сессия, Дополнение № 10 (A/69/10)*, глава VII.

¹⁷⁶ Однако согласно ССТСА участники вправе, согласно договору, давать "авторитетные толкования", которые затем имеют обязательную силу для арбитражных органов. См. NAFTA, at art.1131(2).

¹⁷⁷ В деле *Plama* арбитраж постановил: "справедливо, что договоры между одной из договаривающихся сторон и третьими государствами могут быть приняты во внимание для цели прояснения смысла текста договора во время его заключения". *Plama*, para. 195.

сколькx на его рассмотрении находится текст ДИД, который ему надлежит толковать¹⁷⁸.

182. Действия одного государства – участника ДИД, не затрагивающие другое государство-участник, могли бы иметь определенное контекстуальное значение, демонстрируя позицию одного из участников договора. Однако такие действия не охватываются подпунктом b) пункта 3 статьи 31 Венской конвенции, где рассматривается общее намерение сторон. Односторонние действия могли бы учитываться лишь в соответствии со статьей 32.

183. Вопрос, однако, заключается в том, имеются ли какие-либо другие основания, в силу которых релевантной может быть практика заключения договоров лишь одного участника. В деле *ICS* Суд посчитал, что практика заключения договоров одного участника нерелевантна. При этом он счел релевантным тот факт, что государство продолжало включать требование 18 месяцев в последующие ДИД. Арбитраж счел, что это государство вряд ли настаивало бы на включении положения, которое, как ему было известно, было бы лишено какой бы то ни было *effet utile* в силу включения положения о НБН¹⁷⁹. Это иллюстрирует потенциальную, хотя и ограниченную, значимость практики одного участника.

d) Значение контекста

184. Термины "в их контексте" в статье 31 способны иметь широкое значение. В соответствии с пунктом 2 статьи 31 термин охватывает текст самого договора, преамбулу и приложения, а также соглашения между участниками, относящиеся к договору, которые были достигнуты между участниками в связи с заключением договора, и документы, составленные одним участником в связи с договором и принятые другими участниками в качестве документа, относящегося к договору.

185. Из решений арбитражных органов по рассмотрению инвестиционных споров вытекают два конкретных вопроса, касающиеся контекста. Во-первых, может конкретное положение в ДИД быть изменено положением о НБН в его более общей формулировке? Во-вторых, какова значимость того, что ДИД содержит перечни конкретных изъятий из принципа НБН? Исключает ли это другие, не перечисленные, изъятия из НБН?

i) Баланс между конкретными и общими положениями

186. В некоторых решениях арбитры стремились соотнести конкретное положение договора, касающееся обстоятельств, при которых инвестор может обращаться к арбитражу между инвестором и государством, с общим положением клаузулы о НБН. Здесь сделан тот вывод, что конкретная формулировка, касающаяся режима, предоставляемого в соответствии с договором, например условие, которое должно быть выполнено до обращения к процедуре урегулирования споров, не может быть отменена конкретной формулировкой, применимой ко "всем режимам", содержащейся в положении о НБН. Как отметила Комиссия в своем докладе о фрагментации, принцип *lex specialis derogat legi generali* пользуется общим признанием как принцип толкования договоров¹⁸⁰. Однако его значимость в контексте толкования положения о НБН может быть ограниченной.

187. В силу самого своего характера клаузула о НБН обещает нечто лучшее, чем предусмотренное в договоре, поэтому один тот факт, что в самом исходном дого-

¹⁷⁸ *Renta*.

¹⁷⁹ *ICS v. Argentina*, paras. 314-315.

¹⁸⁰ Выводы по итогам работы Исследовательской группы по теме "Фрагментация международного права: трудности, обусловленные диверсификацией и расширением сферы охвата международного права", *Ежегодник... 2006 год*, том II, Часть вторая, вывод 5.

воре имеется конкретное положение, не может окончательным образом указывать на то, может ли положение о НБН предусматривать лучший режим, чем тот, который уже предусмотрен в исходном договоре. Разумеется, если в договоре имеется независимое толковательное подтверждение того, что стороны имели намерение не применять положение о НБН в случае данного конкретного положения, то это иное дело. Однако, по мнению Исследовательской группы, предположение, что конкретная норма имеет преимущественную силу по отношению к общей норме, просто не является достаточно убедительным при толковании положения о НБН.

ii) *Принцип expressio unius*

188. Принцип *expressio unius est exclusio alterius* часто упоминается, в частности в связи с положительно выраженными изъятиями из положения о НБН. В соответствии с этой логикой рассуждения там, где ДИД содержит положительно выраженные изъятия из положения о НБН, эти изъятия исключают другие, не указанные изъятия¹⁸¹. Таким образом, отсутствие какого-либо упоминания положений об урегулировании споров в числе таких вопросов, исключаемых из сферы применения положения о НБН, предполагает, что положение о НБН охватывает урегулирование споров. Однако, как отмечалось некоторыми юристами, принцип *expressio unius* — это в лучшем случае предположение, и его нельзя трактовать как окончательный ответ на этот вопрос¹⁸². Это фактор для рассмотрения, и ничего более. Кроме того, как отметил арбитраж в деле *ICS*, он может привести к противоположному выводу. Если перечисляются только изъятия, касающиеся материального режима, это может предполагать, что стороны не считают, что НБН имеет отношение к процессуальным или связанным с урегулированием споров вопросам¹⁸³. Поэтому Исследовательская группа пришла к выводу, что, хотя принцип *expressio unius* — это фактор, который следует принимать во внимание, его нельзя считать решающим фактором.

e) **Значимость содержания положения, которое предлагается заменить**

189. По мнению некоторых арбитражных органов, требование 18-месячного разбирательства налагает излишнее бремя на инвестора, желающего воспользоваться своими правами, обратившись к положению об урегулировании споров в ДИД, а также противоречит общей цели ДИД — цели поощрения инвестиций и содействия им. Однако, как отметили другие арбитражные органы, такого рода положение представляет собой вариацию нормы исчерпания внутренних средств правовой защиты и имеет свое обоснование. Поскольку на арбитражные органы по рассмотрению инвестиционных споров в их толковании положения о НБН влияло содержание положения в основном договоре, затрагивавшего применение НБН, Исследовательской группе неясно, как такое соображение можно обосновать правилами толкования договоров.

190. Политическое решение о включении конкретного положения в их ДИД надлежит принимать их сторонам, и арбитражные органы по урегулированию споров не вправе выражать по этому поводу свои сомнения. Функция арбитража заключается в установлении смысла и намерения сторон, а не в критике принятых теми политических решений. Исходя из этого, содержание положения, которое обходится применением положения о НБН, по мнению Исследовательской группы, не является значимым для толкования договора.

¹⁸¹ См. отдельное мнение Чарльза Н. Брауэра в деле *Austrian Airlines*.

¹⁸² Anthony Aust, *Modern Treaty Law and Practise*, 2nd ed (Cambridge: Cambridge University Press, 2007), pp. 248–249.

¹⁸³ *ICS v. Argentina*, paras. 315–317.

f) Толкование положения, которое предлагается включить

191. Вопрос о величине или размере выгоды, которая может быть получена благодаря договору с третьей стороной в силу действия НБН, затрагивает вопрос о применении принципа *eiusdem generis*. Ясно, что если предмет положения о НБН в основном договоре ограничивается материальными вопросами, то тогда это положение не может быть использовано для получения к своей выгоде процессуальных прав согласно договору с третьей стороной. Более сложный вопрос – может ли бенефициарий положения о НБН, связанного в этом случае с процессуальными положениями, выбрать, какие процессуальные выгоды могут быть использованы.

192. В этой связи, хотя в проектах статей 1978 года дан общий ответ, они недостаточно конкретны для того, чтобы помочь в решении реальной проблемы, возникающей в контексте инвестиционных договоров. Проекты статей 9 и 10 говорят о том, что государство-бенефициарий имеет право на те права или режим, "которые вытекают из существа предмета клаузулы". В комментарии далее высказывается мнение, что фраза "которые вытекают из существа предмета клаузулы" содержит неявную отсылку концепции подобия¹⁸⁴. Однако инвестиционными судами еще не выработано какой-либо юриспруденции в отношении концепции подобия. Нет общего мнения, если обратиться к предыдущему примеру, в отношении того, является ли требование о 18-месячном разбирательстве в отсутствие какого-либо положения о процессуальных альтернативах более благоприятным или менее благоприятным, чем непосредственный доступ к арбитражу между инвестором и государством в случае, когда такая процессуальная возможность прямо предусмотрена.

193. По мнению Исследовательской группы, на вопрос о том, какой режим менее благоприятен, можно ответить лишь в результате анализа конкретных случаев. Как самое меньшее, это вопрос, который следует затронуть при любом толковании или применении положения о НБН.

4. Последствия различных типовых клаузул о НБН

194. Хотя в самом начале своей работы Исследовательская группа рассмотрела возможность составления типовых клаузул о НБН как таковых, она пришла к выводу, что такая работа не дала бы полезного результата. Имеется внушительное число клаузул о НБН, уже включенных государствами в свои инвестиционные соглашения, которые способны послужить образцом для будущих соглашений. Что важнее – это понять последствия, которые могут быть связаны с конкретными формулировками.

а) Клаузулы в соглашениях, действовавших на момент решения по делу *Маффесини*

195. Помимо различных уже названных методов толкования, по-видимому, имеется известное сходство в толковании определенных видов формулировок клаузул о НБН.

196. Во-первых, там, где клаузула о НБН предусматривает лишь "не менее благоприятный режим" без каких-либо уточнений, которые можно было бы трактовать как расширяющие сферу предоставляемого режима, арбитражные органы в каждом случае отказывались толковать такое положение как включающее урегулирование споров.

¹⁸⁴ *Ежегодник... 1978 год*, том II (Часть вторая), стр. 41, пункты 25–26.

197. Во-вторых, там, где клаузула о НБН содержит положение, в котором говорится о "любом режиме" или "любых вопросах", регламентируемых договором, третейские суды чаще всего давали широкое толкование этих положений и заключали, что они применяются в отношении положений об урегулировании споров. Только в одном деле клаузула, составленная в общей формулировке, не была признана касающейся урегулирования споров¹⁸⁵.

198. В-третьих, в тех случаях, когда клаузула о НБН сопровождается предоставляемый режим словами "использование", "управление", "поддержание", "пользование", "распоряжение" и "употребление", большинство трибуналов сочли, что такие клаузулы достаточно широки для того, чтобы включать положения об урегулировании споров.

199. В-четвертых, в двух делах, в которых НБН прямо увязывается со справедливым и равноправным режимом, ни в одном из них не было сделано вывода о том, что эта клаузула охватывает положение об урегулировании споров.

200. В-пятых, в тех делах, где в клаузулу о НБН было включено территориальное ограничение, результат был неоднозначным. В решениях по некоторым делам был сделан вывод, что территориальное ограничение иррелевантно при принятии решения о том, затрагивает ли оно положение об урегулировании споров¹⁸⁶, в то время как в других было признано, что клаузула о территориальном ограничении препятствует включению в клаузулу о НБН положений о международном урегулировании споров¹⁸⁷.

201. В-шестых, ни в одном деле, в котором клаузулы о НБН ограничивали их применение инвесторами или инвестициями "в схожих ситуациях" или "в подобных ситуациях", арбитраж не считал относящимся к делу вопрос о том, применима ли эта клаузула к положениям об урегулировании споров.

202. Такой анализ указывает на прошлую практику и не содержит указаний насчет того, как дела будут решаться в будущем. Поскольку третейские суды по рассмотрению инвестиционных споров создаются для рассмотрения конкретного дела и поскольку конкретные положения и контекст клаузул о НБН неодинаковы, невозможно предсказать, каким будет решение третейских судей, даже если некоторые из них или даже все они уже принимали решение по делам, связанным с положениями о НБН. Однако там, где клаузулы о НБН допускают более широкое толкование, арбитражные органы, по-видимому, в большей мере склонны считать, что они применяются в отношении положений об урегулировании споров. По мнению Исследовательской группы, это дает государствам предварительные ориентиры в отношении того, как конкретная формулировка могла бы рассматриваться арбитражными судами.

b) Клаузулы в соглашениях, заключенных после решения по делу *Маффесини*

203. После решения по делу *Маффесини* был заключен ряд инвестиционных соглашений, содержащих положения о НБН. В общем плане они подразделяются на три категории.

204. Во-первых, имеются соглашения, которые прямо исключают применение решения по делу *Маффесини*. Для этого решение может упоминаться прямо¹⁸⁸ или может быть предусмотрено, что положения об урегулировании споров не от-

¹⁸⁵ *Berchsader*.

¹⁸⁶ *Maffezini*, para. 61; *Hotchief*, paras. 107-111 (majority).

¹⁸⁷ *ICS v. Argentina*, paras. 296, 305-308; *Daimler*, paras. 225-231, 236 (majority).

¹⁸⁸ Draft Central American free trade agreement (28 January 2004), имеется по адресу http://www.sice.oas.org/TPD/USA_CAFTA/Jan28draft/CAFTAind_e.asp.

носятся к сфере действия положения о НБН¹⁸⁹. Как правило, для этого оно не включается в перечень изъятий из НБН.

205. Во-вторых, имеются соглашения, которые прямо включают положения об урегулировании споров в сферу действия клаузулы о НБН¹⁹⁰.

206. В-третьих, имеются соглашения, в которых не указано, включены ли положения об урегулировании споров в сферу действия клаузулы о НБН. Некоторые определяют сферу применения клаузулы о НБН как "вложение, приобретение, расширение, управление, введение, эксплуатация и продажа или иное распоряжение инвестициями на своей территории". Однако, как отмечалось ранее, такое положение толковалось некоторыми арбитражными судами как не включающее урегулирование споров, а другими арбитражными судами – как включающее его.

207. Исследовательская группа отметила, что вопрос о положениях о НБН и урегулировании споров не побудил государства уточнить формулировки ныне действующих соглашений, исключив из них урегулирование споров, равно как и заключать соглашения, исключающие его применение. Напротив, большинство новых соглашений обычно обходят этот вопрос. Этому есть, как минимум, три возможных объяснения.

208. Во-первых, перезаключение действующих соглашений – это длительный и сложный процесс и государства, возможно, не считают это приоритетным в своих планах заключения договоров или, возможно, настороженно относятся к возобновлению обсуждения других вопросов в договоре.

209. Во-вторых, государства, возможно, озабочены тем, что изменение формулировок их новых соглашений, призванное исключить применение режима НБН в случае урегулирования споров, будет воспринято арбитражными органами как указание на то, что их ныне действующие соглашения действительно охватывают урегулирование споров.

210. В-третьих, государства могут прийти к той точке зрения, что на практике, как было указано выше, положения о НБН применялись в отношении урегулирования споров лишь в случае изложенных в общих формулировках клаузул о НБН и что их положения о НБН не изложены в общих формулировках.

211. В любом случае Исследовательская группа пришла к выводу, что предоставленные здесь ориентиры в плане формулировок, которые могут толковаться как включающие положения об урегулировании споров в сферу действия НБН, и примеры соглашений, в которых правительства прямо исключали это, могли бы быть полезны для государств при рассмотрении того, как могли бы быть истолкованы их инвестиционные соглашения и что они могли бы принять во внимание при заключении новых соглашений.

Часть V

Резюме выводов

212. Клаузулы о НБН остаются неизменными по характеру со времени завершения проектов статей в 1978 году. Стержневые положения проектов статей

¹⁸⁹ Agreement between the Republic of Colombia and the Swiss Confederation on the promotion and reciprocal protection of investments, done in Berne on 17 May 2006, имеется по адресу <http://investmentpolicyhub.unctad.org/ПА/country/45/treaty/1008>.

¹⁹⁰ Agreement between Japan and the United Mexican States for the strengthening of the economic partnership, done at Mexico City on 17 September 2004, имеется по адресу http://www.sice.oas.org/Trade/MEX_JPN_e/agreement.pdf; Соединенное Королевство не изменило свой типовой ДИД, в котором НБН распространяется на урегулирование споров.

1978 года по-прежнему составляют сегодня основу толкования и применения клаузул о НБН. Однако они не дают ответа на все вопросы толкования, которые могут возникать в связи с клаузулами о НБН.

213. Клаузулы о НБН должны толковаться на основе норм толкования договоров, изложенных в статьях 31 и 32 ВКПМД.

214. Центральный вопрос толкования в связи с клаузулами о НБН связан со сферой действия этой клаузулы и применением принципа *eiusdem generis*. Иначе говоря, объем и характер выгоды, которая может быть получена согласно положениям о НБН, зависит от толкования самого положения о НБН.

215. Применение клаузул о НБН к положениям об урегулировании споров в арбитраже, связанном с инвестиционными договорами, вместо их ограничения материальными обязательствами, открыло новое измерение в осмыслении положений о НБН и, возможно, имело последствия, которые участники не предвидели, заключая свои инвестиционные соглашения. Тем не менее этот вопрос остается вопросом толкования договоров.

216. Должны ли клаузулы о НБН охватывать положения об урегулировании споров — этот вопрос в конечном счете должен решаться государствами, договаривающимися о таких клаузулах. Недвусмысленная формулировка может прямо указать, что положения о НБН применяются или не применяются в отношении положений об урегулировании споров. В противном случае этот вопрос будет оставлен арбитражным органам по урегулированию споров, толкующим клаузулы о НБН в каждом конкретном случае.

217. Методы толкования, рассмотренные Исследовательской группой в этом докладе, призваны помочь в толковании и применении положений о НБН.