



Генеральная Ассамблея

Distr.: Limited
23 July 2012
Russian
Original: English

Комиссия международного права

Шестидесят четвертая сессия

Женева, 7 мая – 1 июня и 2 июля – 3 августа 2012 года

Проект доклада Комиссии международного права о работе ее шестидесят четвертой сессии

Докладчик: г-н Павел Штурма

Глава IX

Клаузула о наиболее благоприятствуемой нации

Содержание

	<i>Пункты</i>	<i>Стр.</i>
A. Введение	1–2	2
B. Рассмотрение темы на данной сессии.....	3–4	2
1. Работа Исследовательской группы	5–9	3
2. Обсуждения в Исследовательской группе на данной сессии.....	10–25	3
a) Влияние смешанной природы арбитражных судов по инвестиционным спорам на применение клаузул о НБН к процессуальным положениям (г-н М. Форто)	15–17	5
b) Рабочий документ "Толкование клаузул о НБН арбитражными судами по инвестиционным спорам" (г-н Д.М. Макрей)	18–19	5
c) Резюме обсуждений	20–25	6

Глава XI

Клаузула о наиболее благоприятствуемой нации

A. Введение

1. На своей шестидесятой сессии (в 2008 году) Комиссия постановила включить в свою программу работы тему "Клаузула о наиболее благоприятствуемой нации" и учредить на своей шестидесятой первой сессии Исследовательскую группу по данной теме¹.
2. Исследовательская группа под сопредседательством г-на Дональда М. Макрея и г-на А. Рохана Переры была учреждена на шестидесятой первой сессии (в 2009 году)², а затем вновь учреждена на шестидесятой второй (в 2010 году) и шестидесятой третьей (в 2011 году) сессиях под руководством тех же сопредседателей³.

B. Рассмотрение темы на данной сессии

3. На данной сессии Комиссия вновь учредила Исследовательскую группу по теме "Клаузула о наиболее благоприятствуемой нации" под председательством г-на Дональда М. Макрея. На первом заседании Исследовательской группы была выражена глубокая признательность бывшему сопредседателю Исследовательской группы г-ну А. Рохану Перере.
4. На своем ... заседании, состоявшемся ... июля 2012 года, Комиссия приняла к сведению устный доклад Председателя Исследовательской группы.

1. Работа Исследовательской группы

5. Исследовательская группа провела шесть заседаний 24 и 31 мая и 11, 12, 17 и 18 июля 2012 года.
6. Общая задача Исследовательской группы заключается в том, чтобы содействовать защите международного права от фрагментации и большей согласованности подходов к принятию арбитражных решений в области инвестиций,

¹ На своем 2997-м заседании 8 августа 2008 года. (*Официальные отчеты Генеральной Ассамблеи, шестидесят третья сессия, Дополнение № 10 (A/63/10)*, пункт 354).
Общий набросок темы см. там же, приложение В. Генеральная Ассамблея приняла это решение к сведению в пункте 6 своей резолюции 63/123 от 11 декабря 2008 года.

² На своем 3029-м заседании 31 июля 2009 года Комиссия приняла к сведению устный доклад сопредседателей Исследовательской группы по теме "Клаузула о наиболее благоприятствуемой нации" (*там же, шестидесят четвертая сессия, Дополнение № 10 (A/64/10)*, пункты 211–216). В частности, Исследовательская группа рассмотрела рамки, которые будут служить общими направлениями будущей работы, и достигла договоренности о программе работы, включающей подготовку документов, которые должны были пролить дополнительный свет на вопросы, касающиеся, в частности, сферы охвата клаузул о НБН, их толкования и применения.

³ На своем 3071-м заседании 30 июля 2010 года Комиссия приняла к сведению устный доклад сопредседателей Исследовательской группы (*там же, шестидесят пятая сессия, Дополнение № 10 (A/65/10)*, пункты 359–373). Исследовательская группа рассмотрела и проанализировала различные документы, подготовленные на основе установленных в 2009 году рамок, определяющих общие направления будущей работы, и согласовала программу работы на 2010 год.

особенно в отношении положений о НБН. Исследовательская группа надеется внести вклад в обеспечение большей определенности и стабильности в сфере инвестиционного права. Она пытается разработать документ, представляющий практическую ценность для участников инвестиционной деятельности и директивных органов. В намерения Исследовательской группы не входит подготовка проектов каких-либо статей или пересмотр проектов статей в отношении клаузулы о наиболее благоприятствуемой нации, принятых Комиссией в 1978 году. Предполагается, что итогом ее работы будет доклад с изложением общей информации, рассмотрением и контекстуальным анализом прецедентного права, анализом возникших проблем и тенденций в практике и, при необходимости, рекомендациями, включая возможные руководящие указания и типовые положения.

7. К настоящему времени Исследовательская группа в целях дальнейшего прояснения современных проблем, связанных с клаузулой о НБН, имела возможность рассмотреть несколько справочных документов. При этом она уделила внимание: а) типологии существующих положений о НБН, которая является предметом продолжающегося изучения; б) принятым Комиссией проектам статей 1978 года и областям, в которых они сохраняют актуальность; в) различным аспектам того, как клаузула о НБН развивалась и продолжает развиваться по линии ГАТТ и ВТО; д) другим изменениям в рамках ОЭСР и ЮНКТАД; е) анализу современных вопросов, касающихся сферы применения клаузулы о НБН, в частности, возникающих в связи с решением по делу Маффесини⁴.

8. Была также проведена дополнительная работа по определению фамилий арбитражных судей и юрисконсультов по инвестиционным делам, в которых фигурировали клаузулы о НБН, а также типов положений о НБН, являвшихся предметом толкования. Кроме того, в целях дальнейшего выяснения нормативного содержания клаузул о НБН в области инвестиций были проанализированы соображения, которыми руководствовались арбитражные суды при толковании и применении клаузул о НБН в инвестиционных соглашениях, с опорой на проведенную ранее работу по вопросу о клаузуле о НБН и решении по делу Маффесини⁵.

9. Ранее Исследовательская группа сделала вывод о необходимости дальнейшего изучения вопроса о НБН применительно к торговле услугами в рамках ГАТС и инвестиционных соглашений, соотношении между НБН, справедливым и равноправным режимом и режимами, установленными национальными нормами, а также другими областями международного права в поисках примеров применения положений о НБН в этих областях, из которых можно было бы почерпнуть полезную информацию для работы Исследовательской группы.

2. Обсуждения в Исследовательской группе на данной сессии

10. На данной сессии Комиссии Исследовательской группе был представлен рабочий документ на тему "Толкование клаузул о НБН арбитражными судами по инвестиционным спорам", подготовленный Дональдом Макреем. Ей был

⁴ "Каталог положений о НБН" (г-н Д.М. Макрей и г-н А.Р. Перера); "Проекты статей Комиссии международного права 1978 года" (г-н С. Мурасэ); "НБН в условиях ГАТТ и ВТО" (г-н Д.М. Макрей); "Деятельность ОЭСР по НБН" (г-н М. Хмуд); "Деятельность ЮНКТАД по НБН" (г-н С.К. Васьянни); "Проблема Маффесини в инвестиционных договорах" (г-н А.Р. Перера).

⁵ "Толкование и применение клаузул о НБН в инвестиционных соглашениях" (Д.М. Макрэй). См. также *Официальные отчеты Генеральной Ассамблеи, шестьдесят шестая сессия, Дополнение № 10 (A/66/10)*, пункты 351–353.

также представлен рабочий документ на тему "Влияние смешанной природы арбитражных судов по инвестиционным спорам на применение клаузул о НБН к процессуальным положениям", подготовленный Матиасом Форто.

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

12. В ходе обсуждения рабочего документа г-на Макрея состоялся обмен мнениями о том, влияет ли природа арбитражного суда на его подход к толкованию договора, в частности, насколько влияет на процесс толкования смешанная природа арбитража. Рабочий документ г-на Форто был подготовлен в результате этого обсуждения.

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

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

а) Влияние смешанной природы арбитражных судов по инвестиционным спорам на применение клаузул о НБН к процессуальным положениям (г-н М. Форто)

15. В рабочем документе содержались объяснение смешанной природы арбитража по инвестиционным вопросам; оценка особенностей применения клаузулы о НБН в смешанном арбитраже; и анализ влияния такого арбитража на применение клаузулы о НБН к процедурным положениям. Было отмечено, что смешанная природа инвестиционного арбитража проявляется на двух уровнях в силу того, что две стороны разбирательства, в качестве каковых выступают частный истец и государство-ответчик, имеют разную природу. Кроме того, констатировалось, что арбитражный суд при этом служит функциональной заменой компетентному в иных обстоятельствах суду принимающего государства⁶. Сме-

⁶ Stephan W. Schill, "Allocating Adjudicatory Authority: Most-Favoured-Nation Clauses as a Basis for Jurisdiction – A Reply to Zachary Douglas", *Journal of International Dispute Settlement*, vol. 2, No. 2 (2011), p. 362, note 31. См. также M. Forteau, "Le juge CIRDI envisagé du point de vue de son office : juge interne, juge international, ou l'un et l'autre à la fois", *Mélanges Jean-Pierre Cot*, Bruylant, Bruxelles, 2009, pp. 95–129.

шанный арбитраж, таким образом, располагается между национальным уровнем и международным уровнем, имея сходство применительно к инвестиционным спорам и с международным торговым арбитражем, и с публичным международным арбитражем⁷. В нем сочетаются как частный, так и публичный элементы.

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

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

б) Рабочий документ "Толкование клаузул о НБН арбитражными судами по инвестиционным спорам" (г-н Д.М. Макрей)

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

⁷ См. по этому вопросу Franck Latty, "Arbitrage transnational et droit international général", *Annuaire français de droit international*, 2008, pp. 471–475.

19. К числу этих факторов и тенденций относятся: а) разграничение *материально-правовых и процедурных* аспектов путем рассмотрения главного вопроса о том, может ли положение о НБН в принципе относиться как к процедурным, так и к материально-правовым положениям договора; б) толкование положения о НБН применительно к положениям об урегулировании споров в договоре *с точки зрения юрисдикции*, при котором в некоторых случаях предполагалось существование более высокого стандарта толкования для решения вопроса о том, можно ли клаузулу о НБН приравнять к соглашению об арбитраже, а в других случаях проводится различие между *юрисдикцией и допустимостью*, когда положение о праве на возбуждение иска, т.е. вопрос юрисдикции, ограничивается от положения о порядке возбуждения такого иска, что было расценено как вопрос допустимости; в) подход с позиций *коллизии договорных положений*, при котором арбитражные суды учитывают тот факт, что вопрос, который сторона стремится отразить в договоре, уже был иначе урегулирован в базовом соглашении; г) рассмотрение договорной *практики* одной из сторон ДИД, в отношении которого было заявлено требование о предоставлении режима НБН, как способ установления намерений сторон относительно сферы применения клаузулы о НБН; д) учет *соответствующей даты* заключения договора (принцип современности) вкуче с последующей практикой в целях установления намерения сторон; е) оценка влияния на арбитражный суд содержания положения, которое сторона стремится исключить или включить посредством клаузулы о НБН; ж) признание подразумеваемой *доктрины прецедента* – тенденция, обусловленная стремлением к единообразию, нежели к какой-либо иерархической структуре; з) содержательная оценка положения, на которое ссылается сторона, в целях установления того, действительно ли оно предоставляет *режим большего/меньшего благоприятствования*; и) учет наличия *оговорок публичного порядка*.

с) **Резюме обсуждений**

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

21. Взяв за основу рабочий документ г-на Макрея, также содержащий предварительный анализ возможного направления будущей работы, Исследовательская группа приступила к обмену мнениями, обратившись к трем основным вопросам, а именно: а) могут ли положения о НБН в принципе применяться к положениям об урегулировании споров в ДИД; б) затрагивают ли предусмотренные ДИД условия задействования инвесторами положений об урегулировании споров юрисдикцию арбитражного суда; в) какие факторы существенно важны в процессе толкования при определении применимости положения о НБН в ДИД к условиям использования механизма урегулирования спора.

22. Исследовательская группа признала, что вопрос о применимости положения о НБН к положениям об урегулировании споров имеет отношение к толкованию договоров и ответ на него зависит от обстоятельств каждого конкретного дела. У каждого договора есть своя собственная специфика, которая должна приниматься во внимание. Было с удовлетворением отмечено отсутствие каких-либо особых проблем в тех случаях, когда стороны напрямую включали в их положения о НБН или исключали из них условия доступа к механизмам урегулирования споров. Как и в большинстве случаев, вопрос о толковании возникал

тогда, когда в положениях о НБН в действующих ДИД не было явных указаний на включение или исключение положений об урегулировании споров. Было высказано мнение, что арбитражным судам при толковании положений о НБН в ДИД не требуется выяснять, по меньшей мере, могут ли такие положения быть принципиально неприменимыми к положениям об урегулировании споров. После дела *Маффесини* государствам разумно указывать свои предпочтения.

23. Было с удовлетворением отмечено, что арбитражные суды по инвестиционным спорам как прямо, так и в подразумеваемой форме относят сферу охвата положений о НБН в ДИД к вопросам толкования договоров. ДИД являются договорами, регулируемые международным правом. Соответственно, к их толкованию применимы принципы толкования договоров, предусмотренные статьями 31 и 32 ВКПМД⁸. Общее правило толкования договоров, изложенное статьей 31 ВКПМД, состоит в том, что договор "должен толковаться добросовестно в соответствии с обычным значением, которое следует придавать терминам договора в их контексте, а также в свете объекта и целей договора"⁹. В ходе своей дальнейшей работы Исследовательская группа продолжит анализировать различные соображения, которые принимались во внимание арбитражными судами при толковании, с тем чтобы рассмотреть возможность формулирования рекомендаций, касающихся: а) границ контекста; б) значимости содержания положения, которое сторона стремится заменить; в) толкования положения, которое сторона стремится включить; г) значимости подготовительной работы; д) договорной практики сторон; е) принципа современности. Была отмечена необходимость глубже изучить аспекты, связанные с толкованием клаузулы о НБН после дела *Маффесини*, возможность дополнительного прояснения различия между юрисдикцией и допустимостью, существующего в прецедентном праве, вопрос о том, кто вправе ссылаться на клаузулу о НБН, возможность конкретного определения понятия "режим меньшего благоприятствования" в тех случаях, когда на такое положение делается ссылка в контексте ДИД, и вопрос о том, могут ли оговорки публичного порядка ограничивать применение клаузулы о НБН.

24. Исследовательская группа напомнила, что ранее она сделала вывод о необходимости дальнейшего изучения вопроса о НБН применительно к торговле услугами в рамках ГАТС и инвестиционным соглашениям, а также о соотношении между НБН, справедливым и равноправным режимом и режимами, установленными национальными нормами. Эти вопросы останутся в поле зрения по мере продвижения Исследовательской группы вперед в своей работе. Было отмечено, что еще одной областью, изучение которой предполагается продолжить, является взаимосвязь клаузулы о НБН с региональными торговыми соглашениями. Кроме того, было высказано мнение о существовании других областей, представляющих интерес в настоящее время, таких как инвестиционные соглашения и соображения, касающиеся прав человека. Вместе с тем Исследовательская группа отметила, что осознает нежелательность расширения масштабов своей работы и поэтому с осторожностью подходит к исследованию вопросов, которые могут отвлечь ее внимание от вопросов, которые порождают проблемы с точки зрения применения положений проектов статей 1978 года.

25. Исследовательская группа провела обмен мнениями по вопросу об общей структуре своего будущего доклада и посчитала важным изложить общую предысторию своей работы в более широких рамках общего международного права

⁸ Венская конвенция о праве договоров, 23 мая 1969 года, *United Nations Treaties Series*, vol. 1155, p. 331 (русский текст – стр. 417).

⁹ ВКПМД, пункт 1 статьи 31.

в свете изменений, последовавших за принятием проектов статей 1978 года, рассмотреть современную проблематику, имеющую отношение к клаузуле о НБН, проанализировав в этой связи такие вопросы, как актуальность положения о НБН в современную эпоху, работа, выполненная другими органами по вопросу о положениях о НБН, а также различные подходы к толкованию положений о НБН. Кроме того, в заключительном докладе Исследовательской группы предполагается широко осветить вопрос о толковании положений НБН в инвестиционных соглашениях с анализом различных актуальных для этого процесса факторов и представлением основанных на практике государств примеров модельных положений для их использования в переговорах о положениях о НБН. Исследовательская группа признала, что изменения в составе Комиссии оказали влияние на динамику ее работы, поскольку некоторые вопросы не могли быть рассмотрены между сессиями. Однако она по-прежнему рассчитывает завершить свою работу в течение следующих двух или трех сессий Комиссии.
