



doi:10.22363/2313-2337-2017-21-2-263-277

НЕКОТОРЫЕ ОСОБЕННОСТИ ПРИМЕНЕНИЯ ОГОВОРОК О НАИБОЛЬШЕМ БЛАГОПРИЯТСТВОВАНИИ В МЕЖДУНАРОДНОМ ИНВЕСТИЦИОННОМ ПРАВЕ

А.А. Рогозина

Уральский государственный юридический университет
ул. Комсомольская, 21, Екатеринбург, Россия, 620137

Оговорка о наибольшем благоприятствовании применяется в международном инвестиционном праве иначе, чем в международном торговом праве. В статье рассматриваются два варианта ее применения: «инкорпорирование» и фактическое применение. В рамках международного инвестиционного права, во-первых, инкорпорирование стандартов защиты иностранного инвестора из иных международных договоров приводит подчас к полному «переписыванию» основного двустороннего инвестиционного договора, а значит, неопределенности относительно того, какие именно обязательства взяло на себя принимающее инвестиции государство. Во-вторых, нет установленных критериев аналогичности при фактическом применении данной оговорки. Целью настоящей статьи является рассмотрение примеров из арбитражной практики для того, чтобы в отсутствие нормативного закрепления попытаться очертить пределы применения оговорки.

При «инкорпорировании» под обращением понимается включение более благоприятных стандартов защиты иностранных инвесторов в текст международного договора. Для применения оговорки о наибольшем благоприятствовании достаточно того, что в обоих договорах речь идет об инвесторах, однако определения понятия «инвестор» и, соответственно, круг лиц, считающихся инвесторами, могут не совпадать. В арбитражной практике встречается несколько примеров успешного инкорпорирования стандартов защиты иностранных инвесторов из иных двусторонних инвестиционных договоров. Например, иностранный инвестор обращался к оговорке о наибольшем благоприятствовании, чтобы увеличить размер компенсации при экспроприации, инкорпорировать стандарт справедливого и равного обращения, даже несмотря на то, что он не содержался в основном двустороннем инвестиционном договоре. В одном из дел состав арбитража не исключал «импортирование» положения о справедливом и равном режиме, которое содержалось в договоре, заключенном хронологически ранее основного договора.

При фактическом применении оговорки сравнение проводится между иностранными инвесторами, которые находятся в аналогичных обстоятельствах по сравнению с заявителем. В отнесении «фактического применения» автор рассматривает критерии аналогичности, которые использовались арбитражами при рассмотрении дел о нарушении национального режима, а именно экономический и бизнес-сектор, в котором осуществляют свою деятельность иностранные инвесторы, где существует конкуренция между инвесторами, конкуренция между производимыми инвесторами товарами, предоставляемыми услугами, а также правовое регулирование, преследующее публичные цели. Ни один из инвесторов не убедил состав арбитража в необходимости фактического применения оговорки, однако этот новый подход имеет право на существование и требует более детальной аргументации со стороны иностранного инвестора. Автор при-

ходит к выводу, что поиск аналогичного лица служит цели выявления аналогичности обстоятельств, и поэтому критерии, направленные на установление аналогичности лиц, должны иметь второстепенное значение после выявления аналогичных обстоятельств. **Ключевые слова:** режим наибольшего благоприятствования; оговорка о наибольшем благоприятствовании; инкорпорирование; фактическое применение; аналогичность; международное инвестиционное право

I. ВВЕДЕНИЕ

Режим наибольшего благоприятствования определяется (далее — РНБ) как «[...] обращение, предоставленное бенефицирующим государством государству-бенефициару, или лицам или объектам, находящимся в определенных отношениях с этим государством, не менее благоприятное, чем обращение, предоставленное бенефицирующим государством третьему государству или лицам или объектам, находящимся в таких же отношениях с этим третьим государством»¹. Суть режима наибольшего благоприятствования заключается в том, чтобы гарантировать самые высокие стандарты защиты для иностранного инвестора.

Оговорка о наибольшем благоприятствовании (далее — оговорка о НБ) встречается почти во всех современных международных инвестиционных договорах. По данным Конференции ООН по торговле и развитию (ЮНКТАД), оговорки о НБ не содержатся только в 19,6% ДИДов, а также часто встречаются в многосторонних соглашениях об экономической интеграции². Квалифицирующим признаком данных оговорок, называемых также клаузулами, является предоставление режима наибольшего благоприятствования. Н.А. Ушаков считает, что режим наибольшего благоприятствования невозможно рассматривать вне связи с оговорками [1. С. 11]. Режим наибольшего благоприятствования является единым для международного экономического права в целом, однако в международном инвестиционном праве этот режим применяется иначе, чем в международном торговом праве.

В отличие от иных стандартов защиты, таких как режим справедливого и равного обращения, РНБ не имеет самостоятельного содержания. Наподобие бланкетной нормы, оговорка о НБ вступает в действие только тогда, когда государство предоставляет третьему лицу более благоприятный режим, независимо от того, воспользовалось ли это лицо фактически представленным ему режимом или нет, было ли обусловлено распространение режима на третье лицо каким-либо требованием или нет [2. С. 276].

¹ Доклад Комиссии международного права о работе ее тридцатой сессии, 8 мая — 23 июля 1978 г. Режим доступа: http://legal.un.org/ilc/publications/yearbooks/russian/ilc_1978_v2_p2.pdf. Дата обращения: 15.12.2016.

² UNCTAD. Most-favoured-nation treatment. UNCTAD Series on Issues in International Investment Agreements II UNCTAD/DIAE/IA/2010/1. New York, Geneva: UN Publication, 2010. P. 12–13. Режим доступа: http://unctad.org/en/Docs/diaeia20101_en.pdf. Дата обращения: 15.12.2016.

II. СПОСОБЫ ПРИМЕНЕНИЯ ОГОВОРКИ О НАИБОЛЬШЕМ БЛАГОПРИЯТСТВОВАНИИ

Можно выделить два способа применения оговорки о НБ:

- инкорпорирование положений более благоприятного инвестиционного договора, включая процессуальные вопросы;
- запрет фактической дискриминации между иностранными инвесторами из разных стран-партнеров принимающего инвестиции государства;

2.1. Первый способ применения оговорки о наибольшем благоприятствовании — инкорпорирование стандартов защиты

Поскольку международно-правовое регулирование иностранных инвестиций чаще всего носит двусторонний характер, иностранные инвесторы обращаются к оговорке о НБ, чтобы «инкорпорировать» или «импортировать» более благоприятные положения инвестиционного договора, который принимающее инвестиции государство заключило с третьей страной. При этом для применения РНБ достаточно того, что в обоих договорах речь идет об инвесторах, однако определения и, соответственно, круг лиц, считающихся инвесторами, могут не совпадать.

«Инкорпорирование» более благоприятных стандартов защиты из другого ДИДа — это фикция [3. С. 106], и при оценке соблюдения РНБ необходимо установить, что понимается под «обращением» с иностранным инвестором. В российском Типовом соглашении³ РНБ был текстуально связан с режимом справедливого и равного обращения (далее — СРО) [4. С. 40], поэтому вместо более широкого понятия «режима» оценке подлежали компоненты СРО.

Однако есть и небольшое количество российских ДИДов, в которых РНБ не связан с СРО, например, в ДИДе со Словакией⁴. В Приложении к Регламенту РНБ действует в том числе в отношении режима, предоставляемого этим инвестициям на территории стороны договора (п. 13)⁵.

³ Постановление Правительства Российской Федерации от 9 июня 2001 г. № 456 «О заключении соглашений между Правительством Российской Федерации и правительствами иностранных государств о поощрении и взаимной защите капиталовложений» // Собрание законодательства РФ. 2001. № 25. ст. 2578. Изменения и дополнения вносились постановлениями Правительства Российской Федерации от 11 апреля 2002 г. № 229 // Собрание законодательства РФ. 2002. № 15. ст. 1445 и от 17 декабря 2010 г. № 1037 // Собрание законодательства РФ. 2010. № 52. ст. 7137.

⁴ Ст. 3.1 ДИДа гласит: «Каждая из Договаривающихся Сторон будет предоставлять на своей территории капиталовложениям, доходам и деятельности в связи с капиталовложениями инвесторов другой Договаривающейся Стороны режим не менее благоприятный, чем тот, который предоставляется собственным инвесторам или инвесторам любого третьего государства». Соглашение между Правительством Российской Федерации и Правительством Словацкой Республики о поощрении и взаимной защите капиталовложений (заключено в г. Братиславе 30.11.1993)

⁵ Постановлением Правительства от 30 сентября 2016 г. № 992 был утвержден Регламент заключения международных договоров РФ по вопросам поощрения и защиты инвестиций, в Приложении № 2, к которому содержатся Общие подходы к заключению таких договоров.

В практике инвестиционных арбитражей встречаются несколько примеров применения оговорки о НБ таким способом. Например, в деле *CME Czech Republic B.V. v. The Czech Republic* состав арбитража интерпретировал понятие «справедливая компенсация» с учетом формулировки инвестиционного договора с третьим государством, т.е. в более выгодном для инвестора свете. В данном решении арбитраж не нашел нарушения именно РНБ, но опирался на него при толковании иного, нарушенного стандарта защиты иностранных инвесторов⁶.

В деле *MTD Equity Sdn. Bhd. & MTD Chile S.A. v. Chile* инвестор сослался на инвестиционные договоры с третьими государствами (Данией и Хорватией), по тексту которых принимающее государство обязалось выдавать «необходимые разрешения» инвестициям в случае их одобрения и после выполнения инвестором договорных обязательств. Состав арбитража указал, что это обязательство как часть режима справедливого и равного обращения должно быть инкорпорировано в основной договор, так как соответствует общей цели договора, и потому, что в нем оговорка о НБ связана с СРО⁷. Ответчик не возражал против применения оговорки о НБ, однако утверждал, что даже если применить оговорку, соответствующие стандарты не будут нарушены⁸.

Инвестору удалось инкорпорировать стандарт СРО из иного инвестиционного договора даже несмотря на то, что этот стандарт не содержался в основном инвестиционном договоре. В этом деле было установлено нарушение статьи 3(1) ДИДа в целом, где речь шла как о СРО, так и о РНБ.

В деле *Bayindir* состав арбитража также посчитал возможным инкорпорировать СРО из договора с третьим государством, поскольку в преамбуле основного договора содержалась ссылка на СРО, хотя в основном тексте договора этот режим также не был предусмотрен. Также в решении по данному делу состав арбитража не поддержал «хронологическое возражение Ответчика»⁹ и указал, что две ситуации могут быть аналогичными, даже если они не совпадают во времени¹⁰. Пакистан возражал против «импортирования» положения о СРО, которое содержалось в договоре, заключенном до основного, и доказывал, что если изгнание инвестора из страны было законным, то последующая практика принимающего инвестиции государства не подлежит учету. «В любом случае,

⁶ *CME Czech Republic B.V. v. The Czech Republic*. UNCITRAL. Final Award. 14 March 2003. Para. 500 // <https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/ita0180.pdf>.

⁷ Оговорка о НБ звучала следующим образом: *Инвестициям, вложенным инвесторами Договаривающейся Стороны на территории другой Договаривающейся Стороны, должно оказываться справедливое и равное обращение, и не менее благоприятное с тем, которое предоставляется инвестициям, вложенным инвесторам любого третьего государства*. См.: *MTD Equity Sdn. Bhd. & MTD Chile S.A. v. Chile*. ICSID Case No. ARB/01/7. Award. 25 May 2004. Para. 101 // <https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/ita0544.pdf>.

⁸ Там же. Para. 104.

⁹ Там же. Para. 166.

¹⁰ Там же. Para. 401.

Заявитель также ссылался на ДИДы, заключенные после [основного] ДИДа. Таким образом, вопрос состоит не в том, может ли Заявитель ссылаться на обязательство предоставить СРО, но, скорее, на какое он может ссылаться¹¹. Однако в данном деле арбитраж не нашел нарушений со стороны государства-ответчика.

В деле *White Industries* арбитраж установил, что Индия нарушила свое обязательство предоставить инвестору «эффективные способы заявления исков и обеспечивать исполнение прав ... в соответствии со ст. 4(2) [основного] ДИДа, инкорпорирующей [ст.] 4(2) ДИДа между Индией в Кувейтом. При этом состав арбитража отвергнул аргумент ответчика о том, что применение РНБ нарушает «тщательно согласованный баланс ДИДа»¹².

Таким образом, при «инкорпорировании» составы арбитражей устанавливают нарушение именно стандартов защиты из иного международного договора, но со ссылкой на оговорку о НБ.

2.2. Второй способ применения оговорки о НБ — «де факто» применение оговорки

Инвестор может также использовать оговорку о НБ для оспаривания фактической дискриминации между ним и иностранным инвестором из третьей страны. При этом применяются ограничения по кругу лиц, с которыми проводится сравнение (согласно принципу *ejusdem generis*). Наиболее благоприятное обращение предоставляется в отношении лиц или объектов [...], только если они:

а) относятся к той же категории лиц или объектов как и те, с которыми третье государство находится в определенных отношениях, и которые извлекают выгоды из обращения, предоставленного им бенефицирующим государством, и

б) состоят в таких же взаимоотношениях с государством-бенефициаром, что и лица и объекты, о которых речь идет в подпараграфе (а)¹³.

Между иностранными инвесторами должно быть проведено сравнение, и иностранный инвестор-заявитель имеет право требовать наиболее благоприятное обращение из тех, которые принимающее государство предоставляет аналогичным лицам из третьих государств. Отсутствие в инвестиционном договоре указания на применение его только к аналогичным лицам не имеет значения¹⁴.

¹¹ *Bayindir Insaat Turizm Ticaret Ve Sanayi AS v. Islamic Republic of Pakistan*. ICSID Case No. ARB/03/29. Award. 27 August 2009. Para. 160 // <https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/ita0075.pdf>.

¹² *White Industries Australia Limited v. The Republic of India*. UNCITRAL. Final Award. 30 November 2011. Paras. 11.2.2-11.2.7 // <https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/ita0906.pdf>.

¹³ Доклад Комиссии международного права о работе ее тридцатой сессии, 8 мая — 23 июля 1978 г. Ст. 10. Режим доступа: http://legal.un.org/ilc/publications/yearbooks/russian/ilc_1978_v2_p2.pdf. Дата обращения: 15.12.2016.

¹⁴ UNCTAD. Most-favoured-nation treatment. UNCTAD Series on Issues in International Investment Agreements II UNCTAD/DIAE/IA/2010/1. New York, Geneva: UN Publication, 2010. P. 54. Режим доступа: http://unctad.org/en/Docs/diaeia20101_en.pdf. Дата обращения: 15.12.2016.

РНБ является не единственным относительным стандартом, аналогичность обстоятельств устанавливается при оценке национального режима. В инвестиционных договорах европейских государств РНБ и НР «сосуществуют» в рамках одной статьи. Например, п. 2 ст. 3 Типового соглашения РФ был сформулирован следующим образом: «Режим [...] должен быть не менее благоприятным, чем режим, который предоставляется капиталовложениям собственных инвесторов или инвесторов любого третьего государства, в зависимости от того, какой из них, по мнению инвестора, является более благоприятным».

Установление аналогичности обстоятельств требует фактического анализа ситуации¹⁵. При этом, чтобы найти другого инвестора, с которым можно проводить сравнение, требуется учет всех обстоятельств, в которых находятся два сравниваемых лица¹⁶. Поскольку составы арбитража чаще проводили сравнение для установления нарушения национального режима (НР), в арбитражной практике были выработаны критерии для сравнения внутригосударственных и иностранных инвесторов. Однако состав арбитража в деле *Bayindir* не назвал каких-либо существенных различий в концепции «аналогичных обстоятельств» в контексте РНБ и НР [5. С. 139].

В деле *Parkerings* состав арбитража прямо указал, что оговорки о НБ и НР применяются аналогично, и что анализ арбитража в отношении национального режима имеет значение при нарушении РНБ. Затем арбитраж обратил внимание на то, как понятие аналогичных обстоятельств было интерпретировано в делах о нарушении национального режима [5. С. 129].

Итак, эти критерии, которые встречаются в практике инвестиционных арбитражей, могут быть *mutatis mutandis* использованы для установления дискриминации между различными иностранными инвесторами:

- 1) экономический и бизнес-сектор, в которых осуществляют деятельность иностранные инвесторы;
- 2) конкуренция между инвесторами;
- 3) конкуренция между производимыми инвесторами товарами; предоставляемыми услугами;
- 4) правовое регулирование, преследующее публичные цели¹⁷.

Также следует отметить, что единых критериев сравнения нет.

¹⁵ *Pope & Talbot Inc v. The Government of Canada*. UNCITRAL, Award on the Merits of Phase 2. 10 April 2001. Para. 75. <https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/ita0678.pdf>. Дата обращения: 15.12.2016.

¹⁶ *Archer Daniels Midland Company and Tate & Lyle Ingredients Americas, Inc. v. The United Mexican States*. ICSID Case No. ARB(AF)/04/5. Award. 21 November 2007. Para. 197. Режим доступа: https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/ita0037_0.pdf. Дата обращения: 15.12.2016.

¹⁷ *Grand River v. United States of America*. UNCITRAL. Award. 12 January 2011. Para. 166. Режим доступа: <https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/ita0384.pdf>. Дата обращения: 15.12.2016; *Apotex Holdings Inc. and Apotex Inc. v. United States of America*. ICSID Case No. ARB(AF)/12/1. Award. 25 August 2014. Para. 8.15. Режим доступа: <https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/italaw3324.pdf>. Дата обращения: 15.12.2016.

III. КРИТЕРИИ В ПРАКТИКЕ ИНВЕСТИЦИОННЫХ АРБИТРАЖЕЙ

3.1. Экономический и бизнес-сектор

В отношении первого критерия неизбежно встает вопрос: что понимать под «экономическим» и «бизнес» сектором. В инвестиционном праве, в отличие от торгового, нет и не может быть классификации инвесторов или инвестиций в зависимости от сектора, в котором они ведут свою деятельность, поскольку понятие «инвестиций» гораздо шире понятия «товары» или «услуги».

Практика арбитражей по данному критерию неоднородна. Например, в деле *Occidental* арбитраж вышел за рамки экономического сектора, в котором преобладали иностранные инвесторы, и провел сравнение со всей экономикой страны, поскольку оценка дискриминации «не может проводиться в рамках только того сектора, в котором осуществляется инвестиционная деятельность»¹⁸. Решение по делу *Feldman*, наоборот, демонстрирует узкий подход, где термин «аналогичные обстоятельства» был интерпретирован как отсылка не только к тому же экономическому сектору, но и такой же деловой активности (то есть не в рамках экономического сектора по производству, маркетингу, продаже и т.д. сигарет, но только среди экспортеров сигарет)¹⁹.

С одной стороны, применение этого критерия может привести к тому, что государство сможет неправомерно проводить различия в обращении с инвесторами в различных секторах. Например, в деле *Occidental* состав арбитража мотивировал обращение к национальной экономике в целом тем, что ограничения касались только того сектора, где были иностранные инвесторы, но не было национальных. С другой, в рамках одного и того же сектора различие может не проводиться из-за особенностей деловой активности (производство, продажа, экспорт) или особенностей, связанных с производством (например, при сравнении традиционной и «зеленой» промышленности).

3.2. Конкуренция между инвесторами

Проведение аналогий между двумя лицами на основании их конкуренции между собой берет начало из практики третейских групп ВТО. Поскольку оговорки о НБ пришли в международные инвестиционные договоры из торговых, в первую очередь, из ГАТТ²⁰, арбитражи НАФТА прибегали к практике ГАТТ/ВТО. Однако этот подход не был поддержан в последующих решениях. Например, в де-

¹⁸ *Occidental Exploration and Production Co v. Republic of Ecuador*. UNCITRAL. LCIA Case No. UN3467. Final Award. 1 July 2004. Para. 173. Режим доступа: <https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/ita0571.pdf>. Дата обращения: 15.12.2016.

¹⁹ *Marvin Roy Feldman Karpa v. United Mexican States*. ICSID. Case No ARB (AF)/99/1 (NAFTA). Award. 16 December 2002. Para. 171. Режим доступа: <https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/ita0319.pdf>. Дата обращения: 15.12.2016.

²⁰ Генеральное соглашение по тарифам и торговле (ГАТТ) было заключено в 1947 г., первый инвестиционный договор между Германией и Пакистаном в 1959 г.

ле *Occidental* арбитраж МЦУИС явным образом отверг аргумент заявителя о том, что практика ВТО могла бы быть учтена при интерпретации положения о национальном режиме в инвестиционном договоре между Эквадором и США. Арбитраж подчеркнул, что цель национального режима в данном споре противоположна цели аналогичной оговорки в ГАТТ/ВТО²¹, поскольку целью инвестиционного арбитража является «не допустить ситуации, когда экспортеров ставят в невыгодное положение на зарубежных рынках из-за непрямых налогов, которые им приходится платить в государстве происхождения». Наоборот, «в ГАТТ/ВТО целью является не допустить ситуации, когда на импорте товаров негативно сказываются нарушение справедливой конкуренции с похожими товарами из-за налогов и других предписаний в стране, куда эти товары ввозятся»²².

Арбитраж НАФТА в деле *Methanex* также высказался против прочтения национального режима на основе конкуренции [6. С. 766], как это было принято в более ранних решениях НАФТА. Предлагая буквальное толкование текста статьи 1102 НАФТА, арбитраж указал, что стороны Соглашения сознательно использовали различные термины: «аналогичные обстоятельства» и «аналогичные товары», чтобы выразить волеизъявление на различное толкование национального режима в инвестиционном и торговом контексте²³.

Одна из причин того, что практика арбитражей сменилась на противоположную, заключается в том, что в механизме разрешения споров ВТО бремя доказывания несут государства, когда утверждают, что их политика не является дискриминационной или иным образом преследует легитимную цель, а в инвестиционном арбитраже такой подход был назван неприемлемым [7. С. 205]. В деле *Thunderbird* арбитраж отметил, что бремя доказывания того, что обращение было недостаточно благоприятным, лежит на инвесторе-заявителе²⁴. Это отличает инвестиционный арбитраж от системы разрешения споров ВТО, где бремя доказывания переходит к ответчику [7. С. 205], который пытается опровергнуть презумпцию дискриминации.

3.3. Конкуренция между производимыми инвесторами товарами, предоставляемыми услугами

В судебной практике ГАТТ и ВТО выработаны критерии, по которым устанавливается «аналогичность» товаров согласно статье III.2 и 4 ГАТТ. Тре-

²¹ *Occidental Exploration and Production Co v. Republic of Ecuador*. UNCITRAL. LCIA Case No. UN3467. 1 July 2004. Para. 185. Режим доступа: <https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/ita0571.pdf>. Дата обращения: 15.12.2016.

²² Там же.

²³ *Methanex v. United States of America*. UNCITRAL, Final Award of the Tribunal on Jurisdiction and Merits. 3 August 2005. Paras. 33–34. Режим доступа: <https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/ita0529.pdf>. Дата обращения: 15.12.2016.

²⁴ *International Thunderbird Gaming Corporation v. United States of Mexico*. UNCITRAL. Arbitral Award. 26 January 2006. Paras. 176–178. Противоположная точка зрения выражена в Особом мнении арбитра *Thomas Wälde*, para. 2. Режим доступа: <https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/ita0431.pdf>. Дата обращения: 15.12.2016.

тейские группы и Апелляционный орган ссылались на следующие факторы, имеющие значение при оценке аналогичности товаров, а именно:

- 1) свойства товаров, их природа и качество;
- 2) их потребители на конкретном рынке;
- 3) восприятие и поведение потребителей;
- 4) тарифная классификация товаров [8. С. 97].

Эти факторы являются ключевыми, связанными с конкуренцией между группами товаров²⁵.

Одна и та же государственная мера может быть оспорена сначала государством в механизме разрешения споров ВТО, а потом еще в арбитраже инвестором, имеющим национальность этого государства. В деле *Cargill* арбитраж отметил: «...хотя как утверждает Заявитель, понятия “аналогичные товары” могут быть важным элементом понятия “аналогичные обстоятельства”, тот факт, что инвестор производит товар, “аналогичный” производимому внутри государства-реципиента, не обязательно означает, что инвестор находится в “аналогичных” обстоятельствах с внутренним производителем такого товара. Следовательно, вывод третейской группы ВТО в деле *Mexico-Tax on Soft Drinks* о том, что тростниковый сахар и кукурузный сироп с высоким содержанием фруктозы являются “прямо конкурирующими или взаимозаменяемыми” продуктами, имеет значение, но не определяющее, для ответа на вопрос о том, находятся ли производители этих продуктов в “аналогичных” обстоятельствах в смысле статьи 1102 НАФТА»²⁶.

Таким образом, классификации производимых товаров или предоставляемых услуг в соответствии в торговым правам могут использоваться только как дополнительный критерий при поиске аналогичного инвестора, что обусловлено комплексным, сложным характером понятия «инвестиция».

3.4 Правовое регулирование, преследующее публичные цели

Если первые три критерия связаны с характеристиками инвесторов, то правовое регулирование, преследующее публичные цели, может поставить в равно неблагоприятные обстоятельства совершенно различных инвесторов. Примером такого рода являются инвестор-производитель игрушек, с одной стороны, и инвестор-производителя краски для ткани, с другой. Если каждый использует один и тот же потенциально опасный химикат в производственном процессе, то запрет государства на использование химикатов такого рода равным образом затронет и того, и другого, хотя они находятся в различных экономических секторах и не конкурируют друг с другом [9. С. 85].

²⁵ Appellate Body Report. EC-Asbestos, WT/DS135/AB/R. 12 March. Para. 117. Режим доступа: https://docs.wto.org/dol2fe/Pages/FE_Search/FE_S_S009-DP.aspx?language=E&CatalogueIdList=18475,17801,1236,15367,10061,13353,44321,17059,28933,46239&CurrentCatalogueIdIndex=2&FullTextHash=&HasEnglishRecord=True&HasFrenchRecord=True&HasSpanishRecord=True. Дата обращения: 15.12.2016.

²⁶ *Cargill Incorporated v. United Mexican States*. ICSID Arbitral Tribunal, Case No. ARB (AF)/04/5, Award. 18 September. 2007. Para. 193. Режим доступа: https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/ita0133_0.pdf. Дата обращения: 15.12.2016.

В арбитражной практике нет единства относительно роли такого юридического регулирования. В отличие от международного торгового права, в ДИДах, как правило, не содержится исключений по признаку публичных интересов, поэтому закономерно возникает вопрос, можно ли их применять даже в том случае, когда об этом нет упоминания в договоре (скрытые регулятивные полномочия государства). В научной литературе прослеживаются две основные точки зрения.

1. Регулятивные полномочия обусловлены только формулировкой двустороннего инвестиционного договора, даже если она не детализирует, какие именно полномочия государство вправе осуществлять [10. С. 348]. Сторонником этого подхода является А.П. Гармоза, который считает, что соображения публичной политики должны быть прописаны в договоре (как в ст. XX ГАТТ), иначе на них нельзя ссылаться [11. С. 147].

2. Регулятивные полномочия сохраняются у государства независимо от того, сказано об этом в двустороннем инвестиционном договоре или нет. Сторонницей этого подхода является *A. Titi*, которая утверждает, что право государств регулировать имеет юридическую основу в общем международном праве и продолжает сохранять свое значение даже в тех случаях, когда государство уже приняло на себя специфические обязательства [12. С. 33]. Дольцер и Шроер также подтверждают, что национальная политика, преследующая публичные интересы, может при определенных обстоятельствах стать рациональным основанием для предоставления дискриминационного обращения [7. С. 141].

Более того, если даже исключения по публичным мотивам в инвестиционном договоре указаны, непонятно, как именно их учитывать. Во многих делах, рассмотренных арбитражами НАФТА, такое регулирование оказывало непосредственное влияние на (не)установление аналогичности обстоятельств и инвесторов.

В деле *SD. Myers* состав арбитража отметил, что оценка «аналогичных обстоятельств» должна также принимать во внимание обязательства, которые оправдывали бы принятие государственных мер, которые проводят различие в обращении с инвесторами в публичных интересах²⁷. В ст. 103 НАФТА содержалась отсылка к Базельской конвенции²⁸. Канада, являясь ее участницей, взяла на себя обязательство бороться с опасными выбросами. Из-за такой отсылки в тексте НАФТА состав арбитража пришел к выводу, что стороны выразили намерение предоставить преимущество заключенным ими ранее экологическим договорам перед положениями НАФТА. Арбитраж тем не менее пришел к выводу,

²⁷ *S.D. Myers, Inc. v. Government of Canada*. UNCITRAL. Partial Award. 13 November 2000. Para. 250. Режим доступа: <https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/ita0747.pdf>. Дата обращения: 15.12.2016.

²⁸ Базельская конвенция о контроле за трансграничной перевозкой опасных отходов и их удалением, принята 22 марта 1989 г. Режим доступа: Дата обращения: 15.12.2016.

что «политика Канады была сформирована в большой степени желанием защитить и увеличить рыночную долю компаний, которые занимались уничтожением полихлорированных дифенилов (ПХД) в Канаде, и тех, которые принадлежали канадским лицам»²⁹.

Примечательно, что Базельская конвенция не требовала полного запрета экспорта вредных веществ, и у государства-ответчика были альтернативные варианты мер, например, предоставление субсидий. В ст. 31 (3) Венской конвенции о праве международных договоров говорится только о последующих договорах между теми же сторонами для целей толкования инвестиционного договора. Остается нерешенным вопрос о том, можно ли отказать в признании аналогичности двух инвесторов, если сослаться на договоры, заключенные после инвестиционного договора, и которые государство стремится исполнить с помощью мер, проводящих различие между двумя (аналогичными) инвесторами.

В деле *S.D. Myers* состав арбитража исследовал нарушение национального режима. Среди дел, в которых речь шла об аналогичности двух иностранных инвесторов в рамках РНБ, можно выделить следующие. В деле *Parkerings* состав арбитража указал, что сравниваемые инвесторы должны находиться в одном экономическом или деловом секторе, но затем добавил, что обстоятельства не аналогичны, если установлено, что различия в обращении были обоснованными³⁰. Состав арбитража в деле *UPS* вообще не обращался к понятию «аналогичные обстоятельства», но провел сравнение на основании регулятивных различий³¹.

IV. ЗАКЛЮЧЕНИЕ

Итак, иностранные инвесторы могут ссылаться на РНБ, во-первых, для инкорпорирования стандартов из других инвестиционных договоров принимающего инвестиции государства. Долгое время это был единственный случай обращения к РНБ. Его особенность заключается в том, что инвестиционный арбитраж не применяет «проверку аналогичности» двух иностранных инвесторов и «автоматически» допускает такую отсылку. В этом смысле под более благоприятным «обращением», предоставленным другому иностранному инвестору, но неправомерно не предоставленному первому, следует понимать сам текст международного инвестиционного договора.

²⁹ *S.D. Myers, Inc. v. Government of Canada*. UNCITRAL. Partial Award. 13 November 2000. Para. 162. Режим доступа: <https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/ita0747.pdf>. Дата обращения: 15.12.2016.

³⁰ *Parkerings-Compagniet AS v Republic of Lithuania*. ICSID. Case No ARB/05/8. Award. 11 September 2007. Para. 375. Режим доступа: <https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/ita0619.pdf>. Дата обращения: 15.12.2016.

³¹ *United Parcel Service of America Inc. v. Government of Canada*. UNCITRAL. Award on Jurisdiction. 22 November 2002. Paras. 87–102. Режим доступа: <https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/ita0884.pdf>. Дата обращения: 15.12.2016.

Этот подход является «традиционным». Второй вариант применения РНБ состоит в установлении неправомерных различий в обращении, и потому похож на применения национального режима. В отличие от богатой практики по делам о нарушении национального режима ни один из инвесторов не убедил состав арбитража в том, что РНБ должен применяться при фактической дискриминации.

Однако этот новый подход имеет право на существование и требует более детальной аргументации со стороны иностранного инвестора. Поиск аналогичного инвестора или инвестиции имеет решающую роль при определении нарушения. Если, к примеру, в рамках права прав человека есть устоявшаяся в практике судов (в особенности ЕСПЧ) методика анализа нарушений, в рамках инвестиционного арбитража она еще не приобрела такой четкости. Например, при установлении нарушений прав человека сначала проверяется легитимность цели, которой служила государственная мера, затем субсидиарность, в рамках которой проверяется, имелись ли в распоряжении государства иные меры, не нарушающие права лица, и в последнюю очередь анализируется пропорциональность этой меры, при которой вмешательство в существо права не должно быть большим, чем это было необходимо.

В инвестиционном праве нет «объективных» и применяемых во всех случаях критериев аналогичности. Арбитражи обращаются к ним в зависимости от конкретной ситуации. Вопрос заключается в том, на основании каких критериев можно определить аналогичность обстоятельств и какую роль играют публичные мотивы: включаются ли они в состав проверки на аналогичность или должны рассматриваться отдельно, когда у государства есть возможность доказать, что различия в обращении были обусловлены легитимной целью и мера отвечает требованиям субсидиарности и пропорциональности.

В приведенном списке есть критерии, одновременное применение которых невозможно, а именно обращение к критерию правового регулирования и, например, экономического сектора.

На наш взгляд, следует различать аналогичность *лиц* (инвесторов) и аналогичность *обстоятельств*. Такие критерии, как экономический и бизнессектор, конкуренция инвесторов и производимых товаров и услуг, связаны с аналогичностью *лиц*, в то время как сравнение юридического регулирования — с аналогичностью *обстоятельств*. В инвестиционном арбитраже заявитель должен доказать, что:

- 1) иск подпадает в сферу действия договора (т.е. связан с инвестицией);
- 2) заявитель находится в аналогичных обстоятельствах по отношению к иному лицу или группе; и
- 3) имело место различие в обращении, то есть заявитель получил менее благоприятное обращение, чем сравниваемая группа лиц.

Соответственно, поиск аналогичного лица служит цели выявления аналогичности обстоятельств, и поэтому критерии, направленные на установление аналогичности лиц, должны иметь второстепенное значение после выявления аналогичных обстоятельств.

НАФТА и многие североамериканские договоры ссылаются на «аналогичные обстоятельства», в которых правительство регулирует иностранные и внутригосударственные инвестиции, в отличие от аналогичности товара, услуги или поставщика как такового. Однако эта фраза ничего не добавляет, поскольку в контексте права прав человека и инвестиционного права тесты на аналогичность не просто фокусируются на наличии похожих проектов, компаний или лиц, но на обращении, предоставленном государством субъектам в аналогичных обстоятельствах — независимо от того, указано это в договоре, или нет [13. С. 299]. Неверно утверждать, что тест на аналогичность согласно договору, который не содержит указания на «аналогичные обстоятельства» содержит запрет на учет иных относимых обстоятельств, которые означали бы предоставление такого обращения. В праве прав человека такая фраза никогда не включается, но подобные обстоятельства всегда учитываются.

Таким образом, среди критериев аналогичности в первую очередь следует устанавливать аналогичность обстоятельств, а не лиц.

БИБЛИОГРАФИЧЕСКИЙ СПИСОК

- [1] Ушаков Н.А. Режим наибольшего благоприятствования в международных отношениях. М.: Институт государства и права РАН, 1995. 125 с.
- [2] Шумилов В.М. Международное экономическое право. 5-е изд. Москва: Юрайт, 2011. 612 р.
- [3] Douglas Z. The MFN Clause in Investment Arbitration: Treaty Interpretation Off the Rails // *Journal of International Dispute Settlement*. 2011. Vol. 2. N 1. P. 97–113.
- [4] Fair and Equitable Treatment Standard in International Investment Law // *OECD Working Papers on International Investment*. Organisation for Economic Co-Operation and Development (OECD). 2004. Дата обращения: 07.01.2017. Доступ по ссылке: <http://www.oecd-ilibrary.org/docserver/download/675702255435.pdf?expires=1490714675&id=id&accname=guest&checksum=1F192A05C40D46FC385779056A98EA68>.
- [5] Garmoz A. *De facto* Less Favourable Treatment: Most-favourable-nation (MFN) Clauses of Investment Protection Treaties as an Independent Cause of Action // *Вестник Международного Коммерческого Арбитража*. 2013. № 1. P. 128–148.
- [6] Kurtz J. The Use and Abuse of WTO Law in Investor-State Arbitration: Competition and its Discontents // *The European Journal of International Law*. 2009. Vol. 20. N 3. P. 749–771.
- [7] Dolzer R., Schreuer C. *Principles of International Investment Law*. 2nd ed. Oxford: Oxford University Press, 2012. 454 p.
- [8] Molinuevo M. *Protecting Investment in Services. Investor-State Arbitration versus WTO Dispute Settlement*. Alphen aan den Rijn: Kluwer Law International, 2012. 311 p.
- [9] Di Mascio N.A., Pauwelyn J. Non-Discrimination in Trade and Investment Treaties: Worlds Apart or Two Sides of the Same Coin? // *The American Journal of International Law*. 2008. Vol. 102. N 1. P. 48–89.
- [10] Salacuse J.W. *The Law of Investment Treaties*. 2nd ed. Oxford: Oxford University Press, 2015. 528 p.
- [11] Гармоза А.П. Арбитраж на основании международных инвестиционных соглашений: вопросы компетенции. М: Инфотропик Медиа, 2012. 352 с.

- [12] *Titi A.* The Right to Regulate in International Investment Law. Germany: Nomos Verlagsgesellschaft, 2014. 376 p.
- [13] *Baetens F.* Discrimination on the Basis of Nationality: Determining Likeness in Human Rights and Investment Law // International Investment Law and Comparative Public Law / ed. Schill S.W. Oxford University Press, 2010. P. 279–315.

СВЕДЕНИЯ ОБ АВТОРЕ:

Рогозина Анастасия Алексеевна — аспирант кафедры международного и европейского права Уральской государственной юридической академии

Контактная информация:

e-mail: nanigrade@gmail.com

SOME PECULIARITIES OF MOST-FAVOURLED-NATION CLAUSES IN INTERNATIONAL INVESTMENT LAW

A.A. Rogozina

Ural State Law University

21, Komsomol'skaya st., Ekaterinburg, Russia, 620137

The most-favoured nation clause is applied in international law in a different way in comparison to its application in international trade law. The article deals with the two possible ways how the most-favoured-nation clause can be applied, namely incorporation and de facto application. First, within the framework of international investment law the incorporation of standards of investment protection from the other international agreements often leads to the full-fledged „redrafting“ of the main bilateral investment treaty, and therefore, the uncertainty as regard to the obligations of the host State. Second, there are no established criteria of likeness for the de facto application of the clause. The author illustrates how in the absence of the normative framework the arbitral tribunals have elaborated the limits of the application of the clause.

In case of incorporation the term treatment means inclusion of more favourable standards of investment protection into the text of an international agreement. In order to apply the clause in such a way, it is suffice to have the two agreements applicable to „the investors“, whereas the definitions of an investor, and therefore the personal scope of foreign investors are not the same. There are several examples of successful incorporation of standards of foreign investors' protection from the other bilateral investment treaties. For instance, a foreign investor referred to the clause in order to raise compensation in case of expropriation, to incorporate the fair and equitable treatment standard despite of the fact that there was no such a standard in the main treaty. In one case the tribunal did not exclude the possibility to import fair and equitable treatment provision from the treaty concluded earlier than the main treaty.

In case of the de facto clause application the comparison is made between the foreign investors that are in the like circumstances with the applicant. With regard to the de facto application the author discusses the likeness criteria, elaborated by the arbitral tribunals in national treatment cases, in particular, economic and business sector, competition among foreign investors, competition between their products and services, the public policy regulation. No investor has succeeded to persuade the arbitral tribunals to apply the clause de facto, however, this new approach can find its place but requires more detailed argumentation by the foreign investor. The author comes to the conclusion that the criteria for likeness of circumstances have the priority over the criteria for likeness of investors.

Key words: most-favoured-nation treatment; most-favoured-nation clause; incorporation; actual use; conformity; international investment law

REFERENCES

- [1] Ushakov NA. *Rezhim naibol'shego blagopriyatstvovaniya v mezhdunarodnykh otnosheniyakh* [The Most Favoured Nation Treatment in International Relations]. Moscow: Institut gosudarstva i prava RAN; 1995. 125 p. (In Russian)
- [2] Shumilov VM. *Mezhdunarodnoe ekonomicheskoe pravo* [International Economic Law]. 5th ed. Moscow: Yurait; 2011. 612 p. (In Russian)
- [3] Douglas Z. Clause in Investment Arbitration: Treaty Interpretation Off the Rails. *Journal of International Dispute Settlement*. 2011;2(1):97–113. doi:10.1093/jnlids/idq015
- [4] Fair and Equitable Treatment Standard in International Investment Law. *OECD Working Papers on International Investment* [Internet]. Organisation for Economic Co-Operation and Development (OECD); 2004. Available from: <http://dx.doi.org/10.1787/675702255435>.
- [5] Garmoz A. De facto Less Favourable Treatment: Most-favourable-nation (MFN) Clauses of Investment Protection Treaties as an Independent Cause of Action. *International Commercial Arbitration Review*. 2013;(1):128–48.
- [6] Kurtz J. The Use and Abuse of WTO Law in Investor-State Arbitration: Competition and its Discontents. *The European Journal of International Law*. 2009;20(3):749–771. doi: 10.1093/ejil/chp040
- [7] Dolzer R, Schreuer C. *Principles of International Investment Law*. 2nd ed. Oxford: Oxford University Press; 2012. 454 p. doi: 10.1093/law/9780199651795.001.0001
- [8] Molinuevo M. *Protecting Investment in Services. Investor-State Arbitration versus WTO Dispute Settlement*. Alphen aan den Rijn: Kluwer Law International; 2012. 311 p.
- [9] DiMascio NA, Pauwelyn J. Non-Discrimination in Trade and Investment Treaties: Worlds Apart or Two Sides of the Same Coin? *The American Journal of International Law*. 2008;102(1):48–89.
- [10] Salacuse JW. *The Law of Investment Treaties*. 2nd ed. Oxford: Oxford University Press; 2015. 528 p. doi: 10.1093/law/9780199206056.001.0001
- [11] Garmoz A. *Arbitrazh na osnovanii mezhdunarodnykh investitsionnykh soglashenii: voprosy kompetentsii* [Arbitration on the Basis of International Investment Agreements: Issues of Competence]. Moscow: Infotropik Media; 2012. 352 p. (In Russian)
- [12] Titi A. *The Right to Regulate in International Investment Law*. Germany: Nomos Publ.; 2014. 376 p.
- [13] Baetens F. *Discrimination on the Basis of Nationality: Determining Likeness in Human Rights and Investment Law*. In: Schill SW, editor. *International Investment Law and Comparative Public Law*. Oxford: Oxford University Press; 2010. P. 279–315. doi: 10.1093/acprof:oso/9780199589104.003.0009

INFORMATION ABOUT THE AUTHOR

Rogozina Anastasiia A. — Post-graduate student, Department of International and European Law, Ural State Law University.

Contact information:

e-mail: nanigrape@gmail.com