

## ПРИНЦИП НЕДИСКРИМИНАЦИИ В ИНВЕСТИЦИОННОМ АРБИТРАЖЕ

**Сомов Иван Александрович**

Российский государственный университет  
правосудия, г. Москва  
Somovia89@gmail.com

### THE PRINCIPLE OF NON-DISCRIMINATION IN INVESTMENT ARBITRATION

*I. Somov*

*Summary.* The article is devoted to the analysis of the principle of non-discrimination from a theoretical and practical point of view. Among other things, an alternative approach was analyzed in terms of its application. Today, the high rates of globalization and economic development are the driving force behind the improvement of legal instruments that ensure the protection and protection of economic entities. In particular, one of such instruments is the Institute of Investment Arbitration. A special role in the modern process of resolving investment disputes is played by the principles of law, the application of which ensures the possibility of a prompt response to changes in various spheres of life, which directly or indirectly affect the economic processes and behavior of the subjects of investment relations, due to their abstractness and the general nature of the formulated rules. One of the principles of investment arbitration is the principle of non-discrimination. Despite the existence of a long and extensive dialogue in the scientific community, neither in theory nor in practice, a consensus and approaches to understanding and law enforcement of the principle of law under consideration have not been formed. Thus, the study of this issue has not lost its relevance.

*Keywords:* principle of non-discrimination, investment arbitration, bilateral and multilateral investment agreements, doctrine of fair and equal treatment.

*Аннотация.* Статья посвящена анализу принципа недискриминации с теоретической и практической точки зрения. Помимо прочего, проанализирован альтернативный подход по вопросам его применения. Сегодня высокие темпы глобализации и экономического развития выступают движущей силой совершенствования правовых инструментов, которые обеспечивают защиту и охрану субъектов экономики. В частности, одним из таких инструментов является институт инвестиционного арбитража. Особую роль в современном процессе разрешения инвестиционных споров играют принципы права, применение которых обеспечивает возможность оперативного реагирования на изменения в различных сферах жизнедеятельности, которые прямо или косвенно оказывают влияние на экономические процессы и поведение субъектов инвестиционных отношений, благодаря своей абстрактности и общему характеру сформулированных правил. Одним из принципов инвестиционного арбитража является принцип недискриминации. Несмотря на наличие продолжительного и обширного диалога в научной среде ни в теории, ни на практике единого мнения и подходов к пониманию и правоприменению рассматриваемого принципа права не сформировалось. Таким образом, исследование данного вопроса не утратило своей актуальности.

*Ключевые слова:* принцип недискриминации, инвестиционный арбитраж, двусторонние и многосторонние инвестиционные соглашения, доктрина справедливого и равного отношения.

**Д**ля того, чтобы определить сущность принципа недискриминации в рамках инвестиционных отношений необходимо прежде всего обратиться к общей идее недискриминации.

В первую очередь следует указать, что дискриминация является социально-правовым явлением, которое может проявляться в различных сферах деятельности физических и юридических лиц, принимать разнообразные формы (ипостаси) выражаться с помощью различных способов и методов [1]. Сам термин «дискриминация» часто применим при разрешении вопросов защиты прав, свобод и законных интересов граждан и содержится в ряде как национальных, так и международных правовых актах [2]. Несмотря на это, зачастую легального определения термина правовыми актами не установлено. В связи с чем возникает вопрос об определении объемов данного понятия.

Например, в статье 20 и 24 Международного пакта о гражданских и политических правах указано, что «*Всякое выступление в пользу национальной, расовой или религиозной ненависти, представляющее собой подстрекательство к дискриминации, вражде или насилию, должно быть запрещено законом*», а также «*[...] без всякой дискриминации по признаку расы, цвета кожи, пола, языка, религии, национального или социального происхождения, имущественного положения или рождения [...]*» [3]. Таким образом, настоящими статьями устанавливается запрет на осуществление дискриминации [4]. Данное правило конституирует существование широко используемого принципа недискриминации, отражая прогрессивные идеи неприкосновенности личности; свободы слова, творчества, рода занятий; политического и конфессионального многообразия и так далее, при этом, не приводя легального определения самой дискриминации.

Схожее закрепление принципа недискриминации с незначительными дополнениями наблюдается и в Европейской конвенции по правам человека [5]. Не стало исключением и национальное законодательство Российской Федерации, США, Великобритании и других государств.

Из указанного следует, что вместо полноценного определения дискриминации приведены лишь ее описательные характеристики (признаки), при упорядочивании которых вполне возможно дать более точное определение дискриминации.

Соответственно, под дискриминацией следует понимать *возникающие между субъектами права общественные отношения по поводу нарушения прав и свобод, которыми обладает человек, по причине его расовой, гендерной, языковой, религиозной, политической и иной принадлежности, национального или социального происхождения, имущественного, сословного или иного положения, а также иным причинам.*

Как можно заметить, получившееся определение дискриминации будет подходить только для толкования принципа недискриминации в контексте защиты прав и свобод человека, однако рассматриваемый принцип является универсальным и используется в различных сферах жизни общества. Более того, такое определение попросту не отвечает цели его закрепления, а именно описание наиболее общим образом всех отношений, входящих в объем данного принципа. Тем не менее, взяв его за основу, можно предложить сформулировать новое определение путем необходимых «модификаций». Так, можно достичь большей степени абстрактности понятия за счет формулировки его элементов (характеристик, критериев), которые с достаточной точностью будут его определять.

Так, под дискриминацией в самом общем виде необходимо понимать *оказание негативного воздействия (как в активной, так и в пассивной форма), основанного на предвзятом отношении к субъекту дискриминации, вызванного причиной наличия или отсутствия у него какого-либо признака (определяющего признака / характеристики / критерия) в отличие от других субъектов права, которое направлено на нарушение, ограничение, полное лишение любого объема прав, предоставленных такому субъекту, или же создание ситуаций затрудняющих их реализацию.*

В свою очередь, исходя из указанного определения ключевыми элементами (характеристиками, критериями) дискриминации необходимо считать:

1. *Форма проявления дискриминационного воздействия* — в виде действий или воздержания от них (примером такого может быть введение запретов, ограничений, дифференциации; игнорирование; оказание предпочтения; и т.д.).
2. *Последствия дискриминационного воздействия* — нарушение, ограничение, полное лишение любого объема из предоставленных прав, или затруднение в их реализации (установление административных барьеров для реализации предоставленного права).
3. *Основание оказываемого дискриминационного воздействия* — признак / характеристика / критерий, избираемый стороной, оказывающей дискриминационное воздействие на субъекта дискриминации.
4. *Отсутствие оказываемого дискриминационного воздействия в отношении других субъектов права по тому же основанию.*
5. А также факультативно следует выделять в качестве элемента — *намерение субъекта, оказывающего дискриминационное воздействие* [6].

Наибольшую сложность вызывает установление форм проявления дискриминационного воздействия, в силу их разнообразия и неочевидности. Также следует учитывать и то, что избираемый в качестве основания дискриминации признак, характеристика или же критерий могут быть не любыми. Так, произвольное утверждение о наличии того или иного основания дискриминации в конкретном случае может попросту приводить к не совсем понятным ситуациям. В связи с чем следует говорить, что для установления основания дискриминации, признак (характеристика, критерий) лежащий в ее основе должен быть недопустимым либо в соответствие с законом, либо с обычаем. Кроме того, к каждому из оснований применимы свои изъятия, исключающие нарушение принципа недискриминации, которые характерны для каждой из конкретных сфер, где используется данный принцип.

Таким образом, вышеуказанное определение дискриминации можно универсально использовать в случаях применения принципа недискриминации в различных сферах.

Как было указано рассматриваемый принцип имеет широкое правоприменения в сфере института защиты прав. В частности, принцип недискриминации применяется в практике инвестиционного арбитража для целей защиты прав инвесторов, или же в извинительной манере оправдания несправедливых и противоправных действий принимающего государства в отношении инвестора. Так, защита инвесторов предоставляется принимающими инвестициями государствами на основании

заключаемых дву- или многосторонних инвестиционных соглашений (далее по тексту — «БИТ» или «МИТ» соответственно).

Как уже было сказано, принцип недискриминации (подобно рассмотренному термину “дискриминация”) имеет обширный объем правового регулирования, в связи с чем теоретики делят сферы его правового регулирования на две составляющих — принцип MFN (*от англ.*: most favorable nation) и режим (принцип) NT (*от англ.*: national treatment regime) [7]. Указанные принципы являются частными проявлениями принципа недискриминации. Так, принцип MFN обязывает предоставлять режим инвестиционной защиты не менее благоприятный, чем предоставляется для инвесторов третьих государств. В свою очередь, принцип NT подразумевает под собой предоставление условий инвестиционного климата, не хуже предоставляемого инвесторам являющимися резидентами принимающего инвестиции государства. Данные принципы (режимы) зачастую формулируются в соответствующих оговорках БИТ или МИТ вместе, от чего существует ошибочное мнение об их синонимии [8].

Среди прочего принцип недискриминации очень тесно связан с доктриной (принципом) «справедливого и равного отношения» (*от англ.*: fair and equitable treatment; далее по тексту — FET) [9]. Действие доктрины FET в инвестиционных договорах напоминает действие норм гражданского права, устанавливающих перечень конкретных требований к правам и обязанностям субъектов правоотношений, дополненных общими положениями принципа добросовестности, заполняющего пробелы в правовом регулировании и выступающего в качестве самостоятельного или «комплементарного» регулятора правоотношений ввиду своей самостоятельности и всеобъемлемости [9].

Так, существует две точки зрения на доктрину FET. Согласно первой FET вбирает в себя целый комплекс правовых принципов, являющихся ее элементами, которые регулируют отношения между принимающей стороной и инвестором в части поведения и предоставления гарантий инвестиционной защиты, фактически формируя ее стандарты. Согласно такому подходу составными элементами доктрины FET является стандарт должной правовой процедуры (*от англ.*: Due process), требование об отсутствии экспроприации, невозможность отказа в предоставлении правовой защиты (*от англ.*: Denial of justice), стандарт законных ожиданий (*от англ.*: legitimate expectations) принцип недискриминации и иные принципы и стандарты [10].

В качестве альтернативы высказывается мнение о том, что в действительности между FET и другими

принципами отмечается лишь определенная степень взаимодействия и пересечения, в связи с чем делается вывод о самостоятельности и автономности доктрины FET [11]. Например, в большинстве случаев арбитраж дифференцирует принцип FET от других принципов права, отмечая, что стандарт «справедливого и равного отношения» может быть нарушен как при обеспечении стандарта, предоставляемого в соответствии с NT, так и наоборот в случае несоблюдения стандарта MFN [12].

Так, нельзя утверждать, что в рамках института инвестиционного арбитража сформировалась четко структурированная система (иерархия) принципов и правил, которыми руководствуется арбитраж при разрешении споров, поскольку в зависимости от арбитражного учреждения и состава панели (трибунала) в выносимых решениях можно наблюдать возникновение правовых позиций расходящихся с уже существующими. Исходя из этого в рамках современного института инвестиционного арбитража должна быть скорректирована иерархия принципов.

Следует полагать, что в действительности же подобная иерархия должна выглядеть следующим образом. Так, доктрина FET должна выступать в качестве главного элемента иерархии, в свою очередь, ее ядром будет и принцип недискриминации, поскольку доктрина FET и принцип недискриминации соотносятся как общее и частное соответственно. Данный вывод можно сделать уже исходя из толкования самих рассматриваемых понятий, поскольку доктрина FET предусматривает стандарт «справедливого и равного отношения», что само по себе шире стандарта, предусматриваемого принципом недискриминации.

В свою очередь, в стандарт принципа недискриминации должны включаться иные стандарты, предусмотренные иными принципами, такие как: невозможность экспроприации, MFN, MT, невозможность отказа в предоставлении правовой защиты, невозможность осуществления неправомерных действий в отношении инвестора (*от англ.*: arbitrary measures), стандарт должной правовой процедуры и другие, которые могли бы выступать в качестве определяющих критериев дискриминации. Подобный подход представляется обоснованным, поскольку поименованные принципы и стандартами фактически можно рассматривать в качестве частных проявлений принципа недискриминации.

Таким образом, принцип недискриминации в контексте инвестиционных споров следует рассматривать в качестве столпа (*от англ.*: pillar), на котором основывает свое действие распространенная в инвестиционной практике доктрина FET, и нарушение которого приводит к нарушению обязательств по БИТ или МИТ.

Следует отметить, что при применении принципов в практике инвестиционного арбитража существует проблема в определении объема их применения. В частности, необходимо понимать являются ли устанавливаемые в соответствии с принципами права стандарты инвестиционной защиты минимальными или же их необходимо рассматривать в качестве договорных, а также что необходимо брать за основу при разрешении вопроса о соответствии или несоответствии поведения принимающей стороны таким стандартам.

Так, отмечается, что такие стандарты, устанавливаемые БИТ или МИТ, являются минимально необходимыми требованиями для обеспечения инвестиционной защиты согласно обычному международному праву. В связи с чем арбитраж должен применять их на основе практики государств, а также судебной или арбитражной практики или других источников обычного или общего международного права [13]. Однако как справедливо было отмечено в одном из решений арбитража, содержание международного минимального стандарта является мало определенным также как и стандарт, содержащийся в БИТ или МИТ [14].

Из чего можно сделать вывод о том, что применение принципов в практике инвестиционного арбитража осуществляется индивидуально для каждого случая (*case by case*). Согласно указанному существует практическая необходимость приведения правоприменительной практики к определенному единообразию, поскольку его отсутствие является причиной неопределенных результатов рассмотрения инвестиционных споров.

В частности, имплементация подходов применения принципа недискриминации существующих в обычном и общем международном праве и используемых в рамках других институтов разрешения международных споров позволит создать определенный стереотип при принятии решений в инвестиционном арбитраже, путем формирования системы правил и исключений. Причем зачастую применение таких подходов само «напрашивается» при разрешении определенных споров.

Так, например, нарушение стандарта законных ожиданий не всегда будет являться дискриминацией. При этом, само по себе нарушение условий соглашения принимающего государства и инвестора не является дискриминацией, хоть и может влечь за собой убытки. Данный стандарт становится элементом принципа недискриминации только в том случае, если будут доказаны наличие самой дискриминации. Например, как это произошло в деле *Nycomb v. Latvia*, где, согласно договору, инвестор осуществлял постройку электростанции, взамен принимающая сторона обязалась осуществлять в течение определенного времени закупку электриче-

ства по завышенной цене, однако отказалась исполнять подобное обязательство, заключив несколько договоров на закупку электроэнергии по завышенным ценам с другими компаниями [15]. Если подробнее рассматривать данный спор, то можно убедиться, что в указанном случае имело место нарушение стандарта, предусмотренного принципом NT. В свою очередь основанием для нарушения указанного является возникновение доказанного заявителем законного ожидания, что в совокупности дает возможность говорить о нарушении принципа недискриминации. Подобной логикой пользуется и ОРС ВТО при разрешении торговых споров.

Стоит заметить, что при исследовании спора на предмет наличия признаков дискриминации некоторые арбитражные учреждения пользуются очень спорной логикой. Так, трибуналы указывают на отсутствие нарушения принципа MFN или MT, и недоказанность дискриминация ввиду того, что оказываемое предпочтение, предоставление выгод и в целом неравное отношение осуществлялось в отношении хозяйствующих субъектов в другом секторе экономики. Другие же напротив придерживаются обратной точки зрения. Например, в деле *Occidental v. Ecuador* инвестор, не получив налоговый вычет по НДС, обратился в арбитраж с заявлением о дискриминации [16]. Трибунал принял сторону заявителя, признав нарушение принципа, однако, указал, что ссылки на практику ОРС ВТО по вопросу «схожих обстоятельств» (от англ.: “like situations” или “like circumstances”) не применимы в рамках инвестиционного арбитража, хотя она не противоречит принятому по делу решению. Такое резко негативное отношение к практикам других институций не совсем обосновано.

В делах Энрон против Аргентины и Семпра против Аргентины суды указали, что неправильное разграничение между различными секторами экономики может быть равносильно дискриминации. Заявление о дискриминации было основано на мнении, что оспариваемые меры непропорционально коснулись газового сектора, в основном принадлежащего иностранцам. Суды пришли к выводу, что некоторая степень дифференциации между различными секторами допустима, если это разумно: совершенно естественно, что между различными затронутыми секторами существуют важные различия, поэтому неудивительно, что для каждого из них могли быть или ищутся разные решения. Однако нельзя сказать, что какой-либо такой сектор был особо выделен либо для того, чтобы к нему применялись более суровые меры, чем в отношении других, либо, наоборот, чтобы ему было предоставлено более выгодное средство правовой защиты в ущерб другому. Трибунал не обнаружил, что имелось какое-либо капризное, иррациональное или абсурдное различие в обращении с Истцом по сравнению с другими организациями или секторами.

Не менее интересными являются и наличие исключений из принципа недискриминации, когда формально факт дискриминации имеет место, тем не менее по ряду причин таковым не признается. В данном случае показательным будет пример дела компании Филип Моррис против Восточной республики Уругвай, в котором компания фактически была лишена возможности пользоваться своей интеллектуальной собственностью в результате принятия государством регламента, устанавливающего технические требования к упаковкам сигарет [17]. Так, указывалось, что не менее 80% всей сигаретной упаковки занимали изображения и предупреждения о вреде табакокурения. При этом принятие указанного регламента было продиктовано наличием у государства пу-

бличных обязательств в рамках конвенции Всемирной организации здравоохранения по борьбе против табака [18]. По завершении рассмотрения дела арбитраж принял сторону ответчика, признав за ним разумность и пропорциональность принятой им меры. Позиция о необходимости защиты жизни и здоровья людей также широко распространена в рамках ВТО.

В заключении следует указать, что в инвестиционной практике может увидеть различный точки зрения относительно применения принципа недискриминации, которые не будут позволять прогнозировать перспективы рассмотрения споров, что будет лишь способствовать появлению еще большего количества спорных ситуаций.

## ЛИТЕРАТУРА

1. Д.Д. Накашидзе «Социальная дискриминация. Анализ понятия с точки зрения ведущих социологов» // Вестник Науки и Творчества. 2016. № 8 (8). URL: <https://cyberleninka.ru/article/n/sotsialnaya-diskriminatsiya-analiz-ponyatiya-s-tochki-zreniya-veduschih-sotsiologov>.
2. Постановления ЕСПЧ от 07.10.2010 г. № 30078/06 «Markin v. Russia»; от 09.03.2006 г. № 41146/02 «Kolotkov v. Russia».
3. Международный пакт о гражданских и политических правах // URL: [https://www.un.org/ru/documents/decl\\_conv/conventions/pactpol.shtml](https://www.un.org/ru/documents/decl_conv/conventions/pactpol.shtml).
4. Международное частное право: учебник для магистров / И.В. Гетьман-Павлова. — 4-е изд., перераб. и доп. — М.: Издательство Юрайт, 2013. С. 50.
5. Европейская конвенция по правам человека // URL: [https://www.echr.coe.int/documents/convention\\_rus.pdf](https://www.echr.coe.int/documents/convention_rus.pdf).
6. Barnali Choudhury, Recapturing Public Power: Is Investment Arbitration's Engagement of the Public Interest Contributing to the Democracy Deficit?, 41 *vanD. j. tranSnat'I*. 775, 828 (2008).
7. Christoph H. Schreuer. Protection against Arbitrary or Discriminatory measures. P. 12. // URL: <https://www.univie.ac.at/intlaw/94.pdf>.
8. Occidental Exploration and Prod. Co. v. Ecuador, Case No. UN3467 (London Ct. Int'l. Arb. July 1, 2004) и Cross-Border Trucking Services, 122 (NAFTA Ch. 20 Arb. Trib.).
9. Principles of International Investment Law (2nd Edition) Rudolf Dolzer, Christoph Schreuer. P. 130–215.
10. Международный инвестиционный арбитраж: Учебное пособие / А.А. Дanel'ян, И.З. Фархутдинов. — М.: СПб., Центр гуманитарных инициатив, 2013. С. 50.
11. I Tudor, The Fair and Equitable Treatment Standard in International Law of Foreign Investment (2008) 182–202 Find it in your Library; C Schreuer, 'Fair and Equitable Treatment (FET): Interactions with Other Standards' in G Coop and C Ribeiro (eds), Investment Protection and the Energy Charter Treaty (2008) 63.
12. См.: Azurix v Argentina, Award, 14 July 2006, paras 407–8; LG&E v Argentina, Decision on Liability, 3 October 2006, paras 162, 163; PSEG v Turkey, Award, 19 January 2007, paras 258–9; Plama v Bulgaria, Award, 27 August 2008, paras 161–3, 183–4; El Paso v Argentina, Award, 31 October 2011, paras 228–31; Genin v Estonia, Award, 25 June 2001, para 367; SD Myers v Canada, First Partial Award, 13 November 2000, para 259; CME v Czech Republic, Partial Award, 13 September 2001, para 611; UPS v Canada, Decision on Jurisdiction, 22 November 2002, para 80; El Paso v Argentina, Award, 31 October 2011, para 337; K Yannaca-Small, 'Fair and Equitable Treatment Standard' in K Yannaca-Small (ed), Arbitration under International Investment Agreements (2010). P. 385.
13. ADF v United States, Award, 9 January 2003, para 184. See also Mondev v United States, Award, 11 October 2002, para 119; Saluka v Czech Republic, Partial Award, 17 March 2006, paras 282–4; Enron v Argentina, Award, 22 May 2007, paras 256–7; MCI v Ecuador, Award, 31 July 2007, para 370; Total v Argentina, Decision on Liability, 27 December 2010, paras 108–9.
14. El Paso v Argentina, Award, 31 October 2011, para 335.
15. Nycomb v. Latvia, Award, 16 December 2003, Stockholm Intl. Arb. Rev. 2005:1, p. 53. Section 4.3.2. p. 99.
16. Occidental Exploration and Production Co. v. Ecuador, Award, 1 July 2004, paras 167–176.
17. ICSID. Philip Morris Brand Sàrl (Switzerland), Philip Morris Products S.A. (Switzerland) and Abal Hermanos S.A. (Uruguay) v. Oriental Republic of Uruguay. Paras 109–112, 121, 309, 410, 418, 420, 429–430.
18. Рамочная конвенция ВОЗ по борьбе против табака от 21 мая 2003 года. URL: [http://www.un.org/ru/documents/decl\\_conv/conventions/pdf/tobacco.pdf](http://www.un.org/ru/documents/decl_conv/conventions/pdf/tobacco.pdf).

© Сомов Иван Александрович (Somovia89@gmail.com).

Журнал «Современная наука: актуальные проблемы теории и практики»