

УДК 341.61/62

## ПРАКТИКА МІЖНАРОДНИХ ІНВЕСТИЦІЙНИХ АРБІТРАЖІВ ЩОДО РЕАЛІЗАЦІЇ ОКРЕМИХ ПОЛОЖЕНЬ ДОГОВОРУ ДО ЕНЕРГЕТИЧНОЇ ХАРТІЇ

## PRACTICE OF INTERNATIONAL INVESTMENT ARBITRATIONS ON IMPLEMENTATION OF CERTAIN PROVISIONS OF THE ENERGY CHARTER TREATY

## ПРАКТИКА МЕЖДУНАРОДНЫХ ИНВЕСТИЦИОННЫХ АРБИТРАЖЕЙ ПО РЕАЛИЗАЦИИ ОТДЕЛЬНЫХ ПОЛОЖЕНИЙ ДОГОВОРА К ЭНЕРГЕТИЧЕСКОЙ ХАРТИИ

### **Тропін З.В.**

Кандидат юридичних наук, доцент, доцент кафедри міжнародного права Інституту міжнародних відносин Київського національного університету імені Тараса Шевченка. E-mail: zakhar.tropin@gmail.com

### **Tropin Z.V.**

PhD (Law), associate professor, associate professor of the Chair of International Law, Taras Shevchenko National University of Kyiv, Institute of International Relations. E-mail: zakhar.tropin@gmail.com

### **Тропин З.В.**

Кандидат юридических наук, доцент, доцент кафедры международного права Института международных отношений Киевского национального университета имени Тараса Шевченко. E-mail: zakhar.tropin@gmail.com

**Анотація.** В статті розкривається практика міжнародних арбітражів в частині реалізації інвестиційних положень Договору до Енергетичної Хартії («ДЕХ»). Розглянуто деякі інвестиційні спори, що виникли на ранньому етапі дії цього міжнародного договору, через що вони є цікавими з точки зору прогнозування застосування положень ДЕХ у майбутньому. В роботі проаналізовані рішення арбітражних трибуналів у справах *Ioannis Kardossopoulos (Греція) v. Грузія, Petrobart Ltd. (Гібралтар) v. Киргизія, Plama Consortium Ltd. (Кипр) v. Болгарія та Nykomb Synergetics Technology Holding AB (Швеція) v. Республіка Латвія*. Серед іншого автором досліджено такі проблемні питання реалізації інвестиційних положень ДЕХ, як: відповідальність держави за порушення, вчинені державними підприємствами; співвідношення юрисдикції національних судів та міжнародних арбітражів в частині вирішення міжнародних спорів за ДЕХ; тимчасове застосування ДЕХ та можливість розгляду факту порушення інвестиційних положень на стадії розгляду питання юрисдикції. Автор демонструє, що інвестиційні арбітражі на основі ДЕХ діють в руслі загальних тенденцій вирішення інвестиційних спорів, однак, враховуючи особливості та значущість ДЕХ, відповідні рішення можуть стати знаковими для загальної практики вирішення інвестиційних спорів.

**Ключові слова:** Договір до Енергетичної Хартії, інвестиційні спори, міжнародне інвестиційне право, міжнародне енергетичне право, міжнародний арбітраж.

**Abstract.** Practice of international arbitrations on implementation of investment provisions of Energy Charter Treaty («ECT») is considered in the article. Certain investment disputes which appeared on the earliest period of operation of this international agreement are considered. Respectively they are interesting when one would like to forecast application of ECT's provisions. Conclusions of arbitration tribunals in cases *Ioannis Kardossopoulos*

*(Greece) v. Georgia, Petrobart Ltd. (Gibraltar) v. Kirgizia, Plama Consortium Ltd. (Cyprus) v. Bulgaria and Nykomb Synergetics Technology Holding AB (Sweden) v. Republic of Latvia are analyzed in the article. Among other things author investigates such problematic issues of implementation of ECT investment provisions as: responsibility of state for the violations performed by state enterprises; interrelation of jurisdiction of national courts and international arbitration tribunals on settlement of international disputes under the ECT; provisional application of ECT and possibility to consider violation of investment provisions on the jurisdictional stage. An author shows that ECT investment arbitrations act on the general trend of investment dispute settlement. On the other hand and taking into account peculiarities and importance of ECT respective decisions may become significant for the general practice of investment dispute settlement.*

**Key words:** *Energy Charter Treaty, investment disputes, international investment law, international energy law, international arbitration.*

**Аннотация.** *В статье раскрывается практика международных арбитражей в части реализации инвестиционных положений Договора к Энергетической Хартии («ДЭХ»). Рассмотрены инвестиционные споры, которые имели место на раннем этапе действия данного международного договора. Поэтому они являются интересными с точки зрения прогнозирования применения положений ДЭХ в будущем. В работе проанализированы решения арбитражных трибуналов по делам Ioannis Kardossopoulos (Греция) v. Грузия, Petrobart Ltd. (Гибралтар) v. Киргизия, Plama Consortium Ltd. (Кипр) v. Болгария и Nykomb Synergetics Technology Holding AB (Швеция) v. Республика Латвия. Среди прочего автором исследованы такие проблемные вопросы реализации инвестиционных положений ДЭХ, как: ответственность государства за нарушения, совершенные государственными предприятиями; соотношение юрисдикции национальных судов и международных арбитражей в части разрешения международных споров по ДЭХ; временное применение ДЭХ и возможность рассмотрения факта нарушения инвестиционных положений на стадии рассмотрения вопроса юрисдикции. Автор демонстрирует, что инвестиционные арбитражи на основании ДЭХ действуют в русле общин тенденций разрешения инвестиционных споров. Однако, учитывая особенности и значимость ДЭХ, соответствующие решения могут стать знаковыми для общей практики разрешения инвестиционных споров.*

**Ключевые слова:** *Договор к Энергетической Хартии, инвестиционные споры, международное инвестиционное право, международное энергетическое право, международный арбитраж.*

**Постановка проблеми.** В сучасному міжнародному праві основним багатостороннім міжнародним договором, який регулює відносини в енергетичній сфері, є Договір до Енергетичної Хартії («ДЕХ»). Враховуючи стратегічну значущість енергетичного сектора економіки [9] Україна є учасником цього договору з 1998 року. Зазначеному міжнародно-правовому документу не приділялась істотна увага у вітчизняній науці міжнародного права, зокрема це ж стосується і механізму вирішення спорів за ДЕХ, який не лише став узагальненням практики міжнародно-правового регулювання відносин в енергетичній сфері [11, с. 257-264], але і є прикладом однієї з найбільш розроблених систем вирішення міжнародних спорів сучасного міжнародного права. Провідне місце у цьому механізмі посідають засоби вирішення інвестиційних спорів, існуюча практика реалізації яких свідчить не лише про популярність механізму вирішення міжнародних спорів за ДЕХ, але й про спроби дати відповідь на певні актуальні питання сучасного міжнародного права в частині врегулювання міжнародних інвестиційних відносин. Після заяви Російської Федерації про своє небажання бути учасником ДЕХ [19] деякі фахівці висловлювали побоювання щодо життєздатності

цього міжнародного договору та процесів уніфікації регулювання енергетичних відносин, які ним закладались. Водночас практика інвестиційних спорів, а саме їх значна кількість [20], продемонстрували те, наскільки цей документ є актуальним саме в частині можливості захисту прав інвесторів в енергетичній сфері, це й не дивно, адже ДЕХ в загальному вигляді закріплює доцільну рівновагу між інтересами іноземних інвесторів та держав-реципієнтів [14, с. 63]. З іншого боку, у випадку порушення зобов'язань інвестором, держави обмежені домовленостями з таким інвестором та своїм національним законодавством. Така асиметричність в праві захисту значно відрізняє ДЕХ від аналогічних положень інших міжнародних договорів [15]. Відповідно, ДЕХ справедливо можна назвати єдиною багатосторонньою діючою угодою щодо захисту прав інвесторів із такою значною кількістю учасників, яка, крім того, відповідає загальним тенденціям щодо надання переваги міжнародним засобам ад'юдикації у вирішенні міжнародних економічних спорів [10, с. 5].

Інвестиційні спори є дуже складними за своєю природою, що зумовлено відсутністю єдиного теоретичного підходу до вирішення проблем, які виникають під час їх врегулювання [12, с. 6], а ДЕХ за своєю структурою, як і весь пакет документів процесу Європейської енергетичної хартії, не є простим. Тому не дивно, що в межах інвестиційних арбітражів неодноразово піднімалися питання його практичного застосування. І саме позиції інвестиційних арбітражі із цих питань є важливими з точки зору розуміння та прогнозування реалізації ДЕХ як міжнародного договору, що особливо стосується самих ранніх справ, коли ДЕХ лише починав «тестуватись» під час розгляду інвестиційних спорів. Зазначене є вкрай актуальним для України, яка була відповідачем по чотирьох справах на підставі ДЕХ (дві з яких досі тривають) в міжнародних арбітражних інституціях, задля аргументації своєї правової позиції в інвестиційних справах.

Відповідно **метою** цієї статті є з'ясування особливостей застосування проблемних положень ДЕХ інвестиційними арбітражами, задля прогнозування можливих варіантів застосування таких положень державами та міжнародними арбітражами в майбутньому.

**Аналіз останніх досліджень і публікацій.** Дослідженню положень ДЕХ та пов'язаних з ним документів присвячено велика кількість закордонних праць, зокрема роботи Б.М. Кремадеза, К. Рібейро, Л. Гуїф, Т. Вейлера, Т. Вельде, Я. Паульссона, тощо. Водночас зазначені дослідження в більшості своїй зорієнтовані на теоретичних аспектах дії ДЕХ. Практика ж інвестиційних спорів за цим договором досліджувалась доволі фрагментарно. В Україні питанням застосування ДЕХ, але лише в контексті інвестиційних спорів, які ініціювались проти України, присвячені дослідження А.Г. Алексєєва, С.А. Войтовича та інших.

**Виклад основного матеріалу дослідження.** Одним з питань, яке доволі часто постає під час вирішення спорів за тим чи іншим інвестиційним договором, є питання співвідношення юрисдикції національних судів та міжнародних арбітражі в частині права розглядати відповідний спір. Якщо проаналізувати статтю 26 ДЕХ, стане очевидним, що національні суди можуть розглядатись лише як одна з альтернативних юрисдикцій і в жодному разі як попередня стадія щодо врегулювання інвестиційних спорів, що має передувати зверненню до міжнародних засобів ад'юдикації. Неоднозначним є питання наявності можливості для інвестора відмовитись від засобів інвестиційного арбітражу, передбачених в ДЕХ, в угоді з державою – місця здійснення інвестицій. В цьому контексті у справі *Nykomb Synergetics Technology Holding AB (Швеція) v. Республіка Латвія («Справа Nykomb»)* визначення співвідношення юрисдикції національних судів та міжнародного інвестиційного арбітражу за ДЕХ мало дещо специфічні обставини. Справа в тому, що договір будівництва електростанції, що став предметом провадження, був укладений між SIA Windau (дочірнім підприємством *Nykomb Synergetics Technology Holding AB*, яке і виступило позивачем по справі) та

Латвенерго і містив положення про передачу всіх спорів щодо нього під юрисдикцію національних судів Латвії. Арбітражний трибунал фактично відмовився розглядати питання співвідношення юрисдикції національних судів та міжнародного інвестиційного арбітражу за ДЕХ, зазначивши, що наявність положення про виключну юрисдикцію латвійських судів в договорі не є перепорою для Nykomb Synergetics Technology Holding AB для звернення до арбітражу, оскільки Nykomb Synergetics Technology Holding AB не є стороною цього договору [3, с. 9]. Таким чином, арбітражний трибунал, скориставшись обставинами справи, фактично уникнув дослідження відповідно проблемного положення ДЕХ.

Особливими також були обставини визначення співвідношення юрисдикції національних судів та міжнародного інвестиційного арбітражу за ДЕХ у справі *Plama Consortium Ltd. (Кіпр) v. Болгарія* («Справа Plama»). Ускладнення в цій справі полягало в тому, що в національних судах Болгарії провадився спір відносно права власності на компанію *Nova Plama AD* (колишня *Plama AD*), фінансові борги якої і виступали предметом арбітражного розгляду. Відповідно Болгарія заявила, що наявність спору щодо власності на акції в національних судах означає, що *Plama Consortium Limited* (позивач і власник *Nova Plama AD*) відмовилась від можливості арбітражного розгляду у світлі відповідних положень ДЕХ. Арбітражний трибунал відкинув це заперечення Болгарії, зазначивши, що: «наявність невирішених спорів, які ще будуть розглядатись місяцями, якщо не роками, самі по собі не можуть означати, що керівництво та радники позивача вчинили відмову від арбітражу» [6]. Така позиція є цілком слушною, оскільки у справі фактично йшлося про два абсолютно різні позови, хоча й пов'язані між собою: в національних судах розглядалась справа про право власності на акції *Nova Plama AD* (тобто мовою ДЕХ – про право власності на інвестицію); в інвестиційному ж арбітражі розглядалась справа про перешкоджання Болгарією діяльності *Nova Plama AD* (тобто мовою ДЕХ – про перешкоджання державними органами діяльності інвестиції).

У справі *Petrobart Ltd. (Гібралтар) v. Киргизія* («Справа Petrobart») взагалі на момент розгляду справи існувало вже два винесених рішення між тими ж сторонами: рішення місцевого суду Республіки Киргизія та рішення арбітражу, заснованого за регламентом ЮНСІТРАЛ [5]. Відповідно Республіка Киргизія заявила, що претензії *Petrobart Limited* мають бути відхилені на підставі принципу *res judicata* (наявності рішення по тій самій справі), оскільки вже мали місце рішення Бішкекського суду та арбітражу ЮНСІТРАЛ по тій самій справі. Арбітражний трибунал заявив, що розгляд справи в суді Бішкеку та арбітражі ЮНСІТРАЛ не мають сили *res judicata*, оскільки провадження в суді Бішкека було ініційовано Республікою Киргизія та стосувалось лише тлумачення та застосування національного законодавства Киргизії, а арбітраж ЮНСІТРАЛ базувався лише на Законі «Про іноземні інвестиції» Республіки Киргизія, відповідно предмет цих двох проваджень різнився від цього арбітражу, який здійснювався на підставі положень ДЕХ. Таким чином, ця позиція арбітражного трибуналу підтвердила неодноразово зазначені ознаки подібності справ [17], а саме, що спори мають бути між тими самими сторонами, з того самого предмета та з тих самих підстав, оскільки в цій справі була відсутня остання з наведених кваліфікуючих ознак: арбітражний трибунал не визнав принципу *res judicata* фактично з тієї причини, що підстави проваджень у всіх трьох випадках були різними.

Слід зазначити, що питання просторової та темпоральної дії міжнародного договору мають дуже велике значення для міжнародного права, оскільки стосуються застосування одного з основних джерел сучасного міжнародного права [13, с. 167-176]. Відповідно це питання є значущим і для розуміння особливостей застосування ДЕХ, особливо, якщо взяти до уваги, що він містить детально прописану процедуру щодо його тимчасового застосування, яка досі сама по собі викликає велику кількість дискусій серед юристів-міжнародників. Так, у справі *Petrobart* арбітражним трибуналом вперше були проаналізовані положення щодо тимчасового застосування ДЕХ.

Компанія Petrobart Limited (заявник по справі) була зареєстрована на території Гібралтару. В свою чергу Великобританія підписала ДЕХ 17 грудня 1994 року та зробила заяву на підставі пункту 1 статті 45 ДЕХ, що його тимчасове застосування розповсюджується на Сполучене Королівство Великобританії і Північної Ірландії та на інші території Великобританії, зокрема Гібралтар. 13 грудня 1996 року Великобританія ратифікувала ДЕХ щодо Сполученого Королівства Великобританії і Північної Ірландії, округу Джерсі та Острова Мен. В межах інвестиційного спору Республіка Киргизія заявила про те, що Великобританія не ратифікувала ДЕХ стосовно Гібралтару і відповідно ДЕХ не може бути застосований до Petrobart Limited. Арбітражний трибунал заявив, що ДЕХ продовжує застосовуватись щодо Гібралтару на тимчасовій основі відповідно до пункту 1 статті 45 ДЕХ, оскільки Великобританія не зробила повідомлення про відмову в тимчасовому застосуванні відповідно до пункту 3(а) статті 45 ДЕХ та не зробила жодної заяви щодо цього питання при ратифікації.

Що ж стосується безпосередньо дії ДЕХ в часі, то у справі Nykomb арбітражний трибунал фактично підтвердив думку багатьох науковців щодо розповсюдження дії ДЕХ на інвестиції, зроблені до його вступу в дію. Трибунал відкинув аргумент Республіки Латвія, що Nykomb Synergetics Technology Holding AB намагається застосувати положення ДЕХ у зворотному у часі порядку, оскільки договір постачання електроенергії (порушення якого з боку Латвії фактично і стало предметом провадження) був укладений до набрання ДЕХ чинності, зазначивши, що дійсно ДЕХ набув чинності після того, як договір постачання електроенергії був підписаний, однак порушення сталось після того, як ДЕХ набув чинності [3, с. 35], тож ця справа є прийнятною для арбітражного розгляду.

Найбільш детальне дослідження питання тимчасового застосування положень ДЕХ було здійснено у справі Ioannis Kardossopoulos (Греція) v. Грузія [2] («Справа Kardossopoulos»). У цій справі Грузія (відповідач по справі) заявила, що ДЕХ та Двосторонній інвестиційний договір не вступили в силу на час заявлених порушень. Нагадаємо, що спір відбувався між Ioannis Kardossopoulos (громадянином Греції) та Грузією і мав ту особливість, що зобов'язання Грузії за ДЕХ розглядались у тісному контакті із зобов'язаннями Грузії за двостороннім інвестиційним договором між Грузією та Грецією.

Арбітражний трибунал, дослідивши положення пункту 6 статті 1 ДЕХ, визначив, що для того щоб інвестиція могла користуватись захистом ДЕХ, вона має відповідати двом вимогам: «вона має існувати на чи бути здійсненою після Дати Набуття Чинності» та «Договір застосовується лише щодо питань, що стосуються такої інвестиції після Дати Набуття Чинності» [2]. Обидві сторони погодились, що за загальним правилом відповідно до статті 44 ДЕХ датою набуття чинності ДЕХ є 16 квітня 1998 року. Сторони різнились у своєму розумінні щодо того, чи є дата початку тимчасового застосування «Датою Набуття Чинності» у світлі положень пункту 6 статті 1 ДЕХ [2]. Іншими словами, чи означає тимчасове застосування набуття ДЕХ чинності. Арбітражний трибунал, застосовуючи звичаєве міжнародне право та провівши значний аналіз положень щодо тимчасового застосування (в тому числі статті 25 Віденської конвенції про право міжнародних договорів та Коментаря Комісії з міжнародного права до проекту Конвенції про право міжнародних договорів), дійшов висновку, що тимчасове застосування та набуття договором чинності не одне й теж саме, але тимчасове застосування означає саме застосування договору, тому арбітражний трибунал не погодився з Грузією, що тимчасове застосування означає лише намір держав і не несе зобов'язань [2]. Таким чином, держави зобов'язані застосовувати ДЕХ в цілому, а не в окремій його частині. Однак таке тимчасове застосування означає застосування ДЕХ «таким самим шляхом, ніби ДЕХ набрав чинності» [2]. Тому термін «Дата Набуття Чинності», що міститься в пункті 6 статті 1 ДЕХ, означає дату, з якої розпочинається тимчасове застосування [2].

В контексті висновку, що тимчасове застосування має здійснюватись державою «в тій мірі, в якій таке тимчасове застосування не суперечить її конституції, законам чи нормативним актам» [1], арбітражний трибунал підняв питання: чи достатньо, щоб ДЕХ тимчасово застосовувався лише однією стороною, чи необхідно щоб обидві держави на основі принципу взаємності застосовували його. Арбітражний трибунал вирішив, що принцип взаємності не може бути застосованим до цієї справи, оскільки він означає: «взаємні відносини, коли дії однієї сторони залежать або є реакцією на дії іншої сторони» [2], що, на думку трибуналу, абсолютно не може бути застосовано до інвестиційних відносин в межах національного права. Однак, виходячи з тексту пункту 6 статті 1 ДЕХ, арбітражний трибунал дійшов висновку, що необхідно, щоб положення ДЕХ тимчасово застосовувались обома державами, щоб він був дійсним у відносинах між ними.

Крім того, трибунал відкинув позицію, що, якщо держава не зробила заяву про відмову від тимчасового застосування відповідно до частини 2 статті 45, вона фактично продемонструвала, що тимчасове застосування ДЕХ є сумісним з її національним законодавством. Арбітражний трибунал вирішив, що тягар доказування щодо відсутності тимчасового застосування у зв'язку з його невідповідністю національному законодавству лежить на стороні, яка посилається на цей аргумент [2]. В цьому контексті арбітражний трибунал не підтримав докази Грузії щодо невідповідності тимчасового застосування ДЕХ законодавству Грузії та Греції та вирішив, що він тимчасово застосовувався Грузією та Грецією з моменту підписання і набрання ДЕХ чинності. Отже, щодо інвестицій, які існували на момент підписання ДЕХ, він застосовується з моменту такого підписання (17 грудня 1994 року) у відносинах між державами, які не заперечили проти його тимчасового застосування.

Поряд з розглядом проблемних аспектів застосування положень ДЕХ арбітражні трибунали іноді приділяли увагу процедурним питанням, які хоча й не стосуються безпосередньо засобів вирішення інвестиційних спорів за ДЕХ, однак мають значення для підвищення ефективності вирішення інвестиційних спорів. Так, під час розгляду справи *Plama* арбітражний трибунал провів досить значне дослідження питання, чи необхідно вивчення факту наявності порушення, що становить предмет позову, на стадії вирішення юрисдикції, і якщо так, то в якій мірі. Це питання є доволі істотним та суперечливим в практиці міжнародних інвестиційних арбітражів. Нагадаємо, що відповідно до поширеної практики розгляду інвестиційних спорів питання юрисдикції інвестиційного арбітражу може розглядатись двома шляхами: як попереднє питання і до розгляду справи по суті, або разом з розглядом справи по суті. Разом з тим під час розгляду питання юрисдикції арбітражного трибуналу як попереднього питання не можна оминати розгляду наявності порушення державою місця здійснення інвестицій своїх інвестиційних зобов'язань, що повною мірою має відбуватись лише на стадії розгляду справи по суті. Це й стало проблемою під час стадії вирішення юрисдикції арбітражного трибуналу по справі *Plama*. Ситуація ускладнюється тим, що відповідна практика міжнародних інвестиційних арбітражів є неоднозначною з цього питання. В той час як в одних прикладах трибунали ставали на позицію того, що вони мають лише сприймати факти та їх бачення, викладені інвестором (який в будь-якому випадку виступає заявником по справі), для визначення своєї юрисдикції (*IBM World Trade Corporation v. Republic of Ecuador*, ICSID Case No. ARB/02/10, Decision on Jurisdiction, 2003 WL 24031615, December 22, 2003, par. 17; *Pope & Talbot, Inc v. Canada*, «Measures Relating to Investment», January 26, 2000, par. 25 і т.д.), в інших справах трибунали у тій чи іншій мірі досліджували питання наявності порушення, що становить предмет позову, для визначення своєї юрисдикції (*Joy Mining Machinery Limited v. The Arab Republic of Egypt*, ICSID Case No. ARB/03/11, Award on Jurisdiction, 2004 WL 3237544, August 6, 2004). Фактично арбітражний трибунал по справі *Plama* підтримав перший підхід та на підтвердження своєї позиції послався на позицію Розалін Хігінс у справі

Міжнародного Суду ООН Oil Platforms Case, висловлену нею в окремій думці: «Суд має встановити, чи можуть дії [Відповідача], що є предметом оскарження, становити порушення положень Договору (п.33), відповідно до наданих [Позивачем] фактів ... Ніщо в цьому підході не ставить під загрозу зобов'язання Суду відмежовувати стадію вирішення питання юрисдикції від стадії вирішення справи по суті ... та забезпечувати цілісність стадії вирішення справи по суті ... на стадії ж розгляду справи по суті (і те, що залишається недоторканим у цьому підході вирішення питання юрисдикції) саме вирішується, які факти мають місце і чи, будучи остаточно з'ясованими, підтверджують вони порушення ... [договору] і, якщо так, – чи є виправдання цим порушенням ... Іншими словами, саме під час розгляду справи по суті встановлюється, «чи дійсно мало місце порушення» [4, с. 803].

Майже таку ж позицію висловив арбітражний трибунал по справі Kardossopoulos: «На цій стадії провадження від Трибуналу не вимагається вирішувати, наскільки вимоги Позивача за Договором є виправданими. Це має бути здійснено на стадії розгляду справи по суті. Для Трибуналу цілком достатньо встановити, що заяви Позивача належним чином підтверджені, тоді Трибунал матиме право їх розглядати» [7]. Тому арбітражний трибунал вирішив тимчасово визнати факти, представлені Ioannis Kardossopoulos, та розглядати заперечення Грузії саме в цьому контексті, за винятком деяких заяв Ioannis Kardossopoulos щодо двостороннього інвестиційного договору між Грецією та Грузією [2], який розглядався поряд з ДЕХ як ще одна підстава арбітражного провадження.

Слід зазначити, що однією з особливостей участі держави в енергетичних відносинах є те, що вона майже в усіх країнах здійснюється через відповідні уповноважені державні підприємства, які безпосередньо реалізують державну політику в енергетичній сфері як на національному, так і на міжнародному рівнях. Водночас постає питання: в разі вчинення таким підприємством порушення інвестиційних зобов'язань держави, хто має відповідати - держава чи таке державне підприємство? Ця проблема стала предметом розгляду: під час розгляду справи Nykomb питання, чи може Республіка Латвія бути відповідальною за дії Латвенерго, стало одним з найбільш обговорюваних [16, с. 23].

Нагадаємо, що відповідно до статті 26 ДЕХ інвестор має право звертатись до засобів арбітражного захисту, передбачених цим договором, лише у випадку порушення державою своїх зобов'язань відповідно до Частини 3 ДЕХ (інвестиційні положення) [1]. Nykomb Synergetics Technology Holding AB (інвестор, який подав прохання про арбітраж) заявляла, що пункт 1 статті 22 є застосовуваною нормою, що містить гарантії держав, які повинні забезпечити виконання їхніми державними підприємствами зобов'язань, які містяться в інвестиційних положеннях ДЕХ. Натомість Республіка Латвія заявила, що пункт 1 статті 22 є незалежним положенням, яке міститься в Частині 4 ДЕХ, і тому є поза предметом арбітражної юрисдикції, який обмежений лише Частиною 3 ДЕХ.

Як зазначає Томас Вальде, щодо вирішення питання відповідальності держави за дії державних та привілейованих підприємств за ДЕХ існує дві основні можливості: вдатись до тлумачення статті 22 ДЕХ чи застосувати положення звичаєвого міжнародного права щодо цього питання [18]. Якщо тлумачити статтю 22 з метою встановлення відповідальності держави за дії державних підприємств, то, дійсно, постає питання щодо застосовуваності цього положення щодо інвестиційних положень ДЕХ, оскільки стаття 22 міститься в Частині 4 ДЕХ, а інвестиційний арбітраж відповідно до статті 26 ДЕХ може бути застосований лише щодо порушення положень Частини 3 ДЕХ. При такому вузькому тлумаченні дії статті 22 очевидно, що дії державних підприємств та привілейованих осіб не можуть бути предметом інвестиційного арбітражу на підставі статті 26 ДЕХ. Інший підхід до цього положення був запропонований Томасом Вальде, який запропонував розглядати положення статті

22 ДЕХ як кодифікацію звичаїв міжнародного права щодо відповідальності держави за дії її державних підприємств та інших привілейованих осіб [18]. Вважаємо за необхідне нагадати, що відповідно до тексту пункту 1 статті 22 ДЕХ: «Кожна Договірна Сторона слідує за тим, щоб будь-яке державне підприємство, яке вона підтримує чи створює, здійснювало свою діяльність щодо продажу чи постачання товарів та послуг на її Території у відповідності до зобов'язань Договірної Сторони, які покладаються частиною 3 цього Договору» [1]. Таким чином, очевидно, що на державні підприємства покладаються зобов'язання за Частиною 3 ДЕХ щодо «продажу чи постачання товарів та послуг». Більше того, відповідно до пункту 3 статті 22 ДЕХ: «Кожна Договірна Сторона, якщо вона створює будь-який суб'єкт чи підтримує його та надає йому нормативні, адміністративні чи інші владні повноваження, слідує за тим, щоб такий суб'єкт здійснював такі повноваження у відповідності із зобов'язаннями Договірної Сторони за цим Договором» [1]. Таким чином, ДЕХ чітко розділяє державні підприємства, що діють у комерційному порядку, та інші суб'єкти (під якими, на наш погляд, розуміються органи влади, а також державні підприємства, що виконують певні функції публічної влади). У першому випадку на державні підприємства за ДЕХ покладається обов'язок дотримуватись лише положень Частини 3 ДЕХ і лише щодо продажу чи постачання товарів та послуг, у другому ж випадку на будь-який суб'єкт, наділений публічною владою, покладається обов'язок дотримуватись всіх зобов'язань держави за ДЕХ. В цьому контексті постає також загальне питання щодо пунктів 1 та 3 статті 22 ДЕХ, оскільки в них є спільне посилання на державне підприємство та суб'єкт, «що підтримується чи створюється» в частині обсягу поняття «підтримується», тому що на відміну від двосторонніх інвестиційних договорів та рішень арбітражів, де мова йшла про контроль з боку держави, тут застосовується поняття, яке ще не застосовувалось у міжнародному праві для регулювання інвестиційних відносин. На наш погляд, під терміном «підтримується» розуміються будь-які дії держави, які означають, що держава може істотно впливати на діяльність такого підприємства чи іншого суб'єкта.

Іншим шляхом вирішення питання відповідальності держави за дії державних підприємств та інших привілейованих суб'єктів є застосування звичаєвих норм міжнародного права. Як зазначає Томас Вальде, при вирішенні цього питання суб'єкт, дії якого розглядають як такі, що можуть становити дії держави, має відповідати двом кваліфікаційним ознакам: структурній та функціональній [18]. Відповідно до першої ознаки суб'єкт, дії якого під питанням, має контролюватись державою. Відповідно до другої ознаки такий суб'єкт має бути пов'язаний із здійсненням публічної влади, тобто його діяльність за своєю суттю має ототожнюватись з діяльністю державних органів. Саме визначення наявності другої ознаки становить основну проблему при вирішенні інвестиційних спорів. Наприклад, при розгляді справи *Maffezini II* арбітражний трибунал розділив дії суб'єкта, які були предметом спору, на три окремі дії: в двох з них не було виявлено ознак дій публічного характеру, а в третій (використання державним підприємством повноважень щодо контролю над фінансовими установами) такі ознаки були виявлені і трибунал виніс рішення та присудив відшкодування шкоди інвестору саме за вчинення цієї окремої дії [18]. З цієї позиції вважаємо слушною точку зору Томаса Вальде, що основним критерієм відмежування публічного характеру дій суб'єкта є їх мета – якщо мета таких дій в своїй більшості є комерційною, то дії такого суб'єкта не можуть розглядатись як такі, що мають публічний характер, в той час, якщо мета дій чи діяльності суб'єкта в основному становить забезпечення публічних інтересів, то такий суб'єкт має розглядатись як суб'єкт, наділений публічними повноваженнями. В цьому контексті слід також відрізнити дійсні дії, направлені на забезпечення публічних інтересів, від обов'язків публічного характеру, що покладаються на приватних осіб відповідно до законодавства певних країн. Останні доволі часто мають декларативний характер і жодним чином не пов'язані з реальною



реалізацією інтересів держави чи суспільства (наприклад, соціальна діяльність підприємств відповідно до статті 62 Господарського кодексу України [8]).

У Справі *Nykomb* арбітражний трибунал уникнув тлумачення частини 1 статті 22 та її впливу на статтю 26 ДЕХ та вирішив питання шляхом застосування принципів звичаєвого міжнародного права, тобто пішов шляхом, який висловлював Томас Вальде. Він вирішив, що поведінка Латвенерго є поведінкою Республіки Латвія як підприємства, що перебуває в державній власності та діяло некомерційним шляхом, оскільки взагалі не було переговорів щодо договору придбання електроенергії (саме відмова Латвенерго сплачувати подвійну ставку за електроенергію, передбачену цим договором, була предметом спору) і він був укладений на основі законодавства та політики уряду: «Латвенерго не може розглядатись як незалежне комерційне підприємство, але воно явно є складовою частиною організації електроенергетичного ринку Республіки і є засобом реалізації рішень Республіки щодо встановлення цін на електроенергію» [3, с. 31]. Крім того, арбітражний трибунал наголосив, що уряд Латвії був повністю обізнаний з відмовою Латвенерго сплачувати ціну за подвійною ставкою і що він не вжив жодних заходів задля того, щоб захистити інвестицію, «і цим фактично було дозволено продовження порушення прав Windau, що було викликано нездатністю уряду виправити ситуацію» [3, с. 31]. Результатом такого ототожнення стало те, що зобов'язання Латвенерго були визнані як зобов'язання Республіки Латвія, і цим арбітражний трибунал визнав свою юрисдикцію та відкинув заперечення Республіки Латвія щодо цього питання. Отже, арбітражний трибунал фактично відмовився застосовувати статтю 22 ДЕХ і вирішив це питання на підставі норм звичаєвого права, застосувавши положення частини 6 статті 26 ДЕХ, відповідно до якого арбітражний трибунал може вирішувати спори на підставі положень ДЕХ та застосовуваних норм і принципів міжнародного права [1].

**Висновки.** 1. Як видно з рішень по вищезазначених інвестиційних спорах, що виникли на підставі ДЕХ, арбітражні трибунали тою чи іншою мірою розглядали питання співвідношення юрисдикції національних судів та міжнародних засобів ад'юдикації. Водночас найбільш актуальна проблема, а саме – чи можлива відмова інвестором від засобів вирішення інвестиційних спорів, передбачених ДЕХ, в угоді з державою – місця здійснення інвестицій, не була досліджена у цих справах, а в деяких випадках арбітражні трибунали фактично навмисно оминули це питання, скориставшись обставинами відповідних спорів.

2. Досліджені рішення арбітражних трибуналів продемонстрували, що ратифікація ДЕХ щодо певних частин території держави не означає відмову у тимчасовому його застосуванні стосовно територій, які не були зазначені під час ратифікації, але щодо яких ДЕХ застосовувався тимчасово і до ратифікації. Щодо загального правила часового розповсюдження дії положень ДЕХ, інвестиційні трибунали підтвердили позицію про те, що визначальним в цьому випадку є момент вчинення державою порушення: якщо це було зроблено після вступу в дію ДЕХ, інвестор може користуватись можливостями захисту передбаченими цим договором. В частині ж тимчасового застосування ДЕХ арбітражні трибунали зазначили, що тимчасове застосування означає застосування ДЕХ таким самим шляхом, ніби ДЕХ набрав чинності.

3. Хоча проблема процедури врегулювання інвестиційних спорів безпосередньо не стосується положень ДЕХ, однак стабільність арбітражних трибуналів, заснованих для вирішення інвестиційних спорів за цим договором, в цьому питанні, свідчить, що вони не стали заручниками діаметрально протилежних рішень інвестиційних арбітражів за іншими міжнародними договорами щодо визначення моменту з'ясування наявності порушення інвестиційних положень. Тому очевидно, що при вирішенні наступних інвестиційних спорів на підставі ДЕХ навряд арбітражні трибунали відійдуть від позиції, висловленої трибуналами по справах *Plama* та *Kardossopoulos* щодо

необхідності попереднього вивчення факту наявності порушення, що становить предмет позову, на стадії вирішення юрисдикції арбітражу.

4. Поява положення про відповідальність держави за дії державних органів та державних підприємств в текстуальному вигляді в ДЕХ становить значний крок вперед щодо захисту інвесторів, оскільки раніше у двосторонніх інвестиційних договорах цього положення не було і відповідний захист від дій таких суб'єктів здійснювався на основі звичаєвих норм міжнародного права. Водночас, як видно з вищенаведеного аналізу, положення про відповідальність держави за дії державних органів та державних підприємств у тому вигляді, як воно закріплене в ДЕХ, не зовсім відповідає звичаям міжнародного права, які склалися з цього питання, тому не дивно, що реалізація відповідного положення ДЕХ стикнулася з певними ускладненнями. Тому, виходячи з обставин справи *Nykomb*, вважаємо за доцільне те, що арбітражний трибунал звернувся до звичаєвих норм щодо відповідальності держави за дії державних органів та державних підприємств і оминув тлумачення статті 22 ДЕХ. Хоча це не означає усталеність такого підходу і є очевидним, що в майбутньому арбітражні трибунали по інвестиційним спорам за ДЕХ ще неодноразово піддадуть дослідженню відповідні положення.

5. Досліджені вище позиції арбітражних трибуналів по інвестиційних спорах, які виникли на підставі положень ДЕХ, засвідчують те, наскільки явно трибунали намагаються продемонструвати, що вони перебувають у загальному руслі тенденції міжнародної інвестиційної юриспруденції. Навіть при тому, що відсутній формально закріплений обов'язок слідувати вже прийнятим рішенням, арбітражні трибунали майже завжди беруть до уваги висновки інших трибуналів по аналогічних справах. Крім того, відкритість рішень арбітражних трибуналів та публічний доступ громадськості до них вимагають від арбітрів дуже обережного формулювання текстів своїх рішень, оскільки майже у всіх випадках після їх винесення вони стають доступними для світової юридичної спільноти і тому мають бути аргументовані таким чином, щоб не бути об'єктом істотної критики з боку юристів-теоретиків та практиків. Зазначене призводить до високої якості рішень арбітражних трибуналів по розгляду інвестиційних спорів за ДЕХ, що, в свою чергу, зумовить їх авторитетність в діяльності міжнародних інвестиційних арбітражів.

#### **Список використаних джерел**

1. Договор к Энергетической Хартии и связанные с ним документы. [Електронний ресурс]. – Режим доступу :<https://energycharter.org/fileadmin/DocumentsMedia/Legal/ECT-ru.pdf>
2. Ioannis Kardassopoulos v. Georgia, Decision on Jurisdiction, ICSID Case No. ARB/05/18 : 6 July 2007 [Електронний ресурс]. – Режим доступу :  
<https://energycharter.org/fileadmin/DocumentsMedia/Disputes/ISDSC-009dj.pdf>
3. Nykomb Synergetics Technology Holding AB v. Republic of Latvia, Arbitral award, The Arbitration Institute of SCC : 16 December 2003 [Електронний ресурс]. – Режим доступу :  
<https://energycharter.org/fileadmin/DocumentsMedia/Disputes/ISDSC-002a.pdf>.
4. Oil Platforms Case (Islamic Republic of Iran v. United States of America), Preliminary Objection, Judgment, Separate Opinion of Judge Higgins, I.C.J. Reports 1996 [Електронний ресурс]. – Режим доступу :  
<https://www.icj-cij.org/files/case-related/90/090-19961212-JUD-01-03-EN.pdf>.
5. Petrobart Ltd. v. Kyrgyz Republic, Arbitral award, The Arbitration Institute of SCC : 29 March 2005 [Електронний ресурс]. – Режим доступу :  
<https://energycharter.org/fileadmin/DocumentsMedia/Disputes/ISDSC-004a.pdf>

6. Plama Consortium Ltd. v. Republic of Bulgaria, Decision on Jurisdiction, ICSID Case No ARB/03/24 : 8 February 2005 [Электронный ресурс]. – Режим доступа : <https://energycharter.org/fileadmin/DocumentsMedia/Disputes/ISDSC-003a.pdf>.
7. Siemens AG v. Argentina, Decision on Jurisdiction, ICSID Case No. ARB/02/8 : 4 August 2004 [Электронный ресурс]. – Режим доступа : [http://icsidfiles.worldbank.org/icsid/ICSIDBLOBS/OnlineAwards/C7/DC508\\_En.pdf](http://icsidfiles.worldbank.org/icsid/ICSIDBLOBS/OnlineAwards/C7/DC508_En.pdf)
8. Господарський кодекс України [Электронный ресурс]. – Режим доступа : <http://zakon.rada.gov.ua/laws/show/436-15>
9. Енергетична стратегія України на період до 2030 року: Розпорядження Кабінету Міністрів України № 145-р : від 15 березня 2006 р. [Электронный ресурс]. – Режим доступа : <http://zakon.rada.gov.ua/laws/show/n0002120-13>.
10. Алфеева Ю. В. Урегулирование международных экономических споров в современном международном праве : автореф. дис. на соискание научн. степени канд. юр. наук : спец. 12.00.10 „Международное право” / Ю. В. Алфеева. – Казань, 1998. – 22 с.
11. Договор к Энергетической Хартии: путь к инвестициям и торговле для Востока и Запада / под ред. Т. Вальде, А. А. Конопляника. – М. : Международные отношения, 2002. – 632 с.
12. Крупко С. И. Инвестиционные споры между государством и иностранным инвестором : учебно–практическое пособие / С. И. Крупко. – М. : БЕК, 2002. – 272 с.
13. Международный центр по урегулированию инвестиционных споров (ИКСИД): некоторые вопросы юрисдикции и арбитражного производства / А. Г. Алексеев, С. А. Войтович, Д. И. Грищенко, О. В. Шевчук. – К. : Юридическая практика, 2005. – 304 с.
14. Фархутдинов И. З. Международное инвестиционное право: теория и практика применения / И. З. Фархутдинов. – М. : Волтерс Клувер, 2005. – 432 с.
15. Bond S. Negotiating Dispute Settlement in the International Petroleum Industry // International Oil & Gas Policies: Moving Eastwards / T. Waelde, G. Ndi (eds.) / S. Bond. – London : Graham and Trotman, 1994. – P. 165–178.
16. Clarisse Ribeiro (ed.) Investment Arbitration and the Energy Charter Treaty / Clarisse Ribeiro (ed.). – N.Y. : Juris Publishing, 2006. – 684 p.
17. Collier J. The Settlement of Disputes in International Law: Institutions and Procedures / J. Collier, V. Lowe. – Oxford : Oxford University Press, 1999. – 424 p.
18. Waelde T. W. Investment under the Energy Charter Treaty: An Overview of Key Issues [Электронный ресурс] / T. W. Waelde // Transnational Dispute Management. – 2004. – Vol. 1, Issue 2. – Режим доступа до журн. : <http://www.transnational-dispute-management.com/samples/freearticles/tv1-2-article224b.htm>.
19. О Договоре к Энергетической Хартии [Электронный ресурс]. – Режим доступа : [http://www.mid.ru/drugie-otraslevye-organizacii/-/asset\\_publisher/km9HkaXMTium/content/id/2517386](http://www.mid.ru/drugie-otraslevye-organizacii/-/asset_publisher/km9HkaXMTium/content/id/2517386)
20. List of all Investment Dispute Settlement Cases [Электронный ресурс]. – Режим доступа : <https://energycharter.org/what-we-do/dispute-settlement/all-investment-dispute-settlement-cases/>

## References

1. Dogovor k Energeticheskoj Hartii y svyazannye s nim documenty. – Available at : <https://energycharter.org/fileadmin/DocumentsMedia/Legal/ECT-ru.pdf>
2. Ioannis Kardassopoulos v. Georgia, Decision on Jurisdiction, ICSID Case No. ARB/05/18 : 6 July 2007. – Available at : <https://energycharter.org/fileadmin/DocumentsMedia/Disputes/ISDSC-009dj.pdf>

3. Nykomb Synergetics Technology Holding AB v. Republic of Latvia, Arbitral award, The Arbitration Institute of SCC : 16 December 2003. – Available at : <https://energycharter.org/fileadmin/DocumentsMedia/Disputes/ISDSC-002a.pdf>.
4. Oil Platforms Case (Islamic Republic of Iran v. United States of America), Preliminary Objection, Judgment, Separate Opinion of Judge Higgins, I.C.J. Reports 1996. – Available at : <https://www.icj-cij.org/files/case-related/90/090-19961212-JUD-01-03-EN.pdf>.
5. Petrobart Ltd. v. Kyrgyz Republic, Arbitral award, The Arbitration Institute of SCC : 29 March 2005. – Available at : <https://energycharter.org/fileadmin/DocumentsMedia/Disputes/ISDSC-004a.pdf>
6. Plama Consortium Ltd. v. Republic of Bulgaria, Decision on Jurisdiction, ICSID Case No ARB/03/24 : 8 February 2005. – Available at : <https://energycharter.org/fileadmin/DocumentsMedia/Disputes/ISDSC-003a.pdf>.
7. Siemens AG v. Argentina, Decision on Jurisdiction, ICSID Case No. ARB/02/8 : 4 August 2004. – Available at : [http://icsidfiles.worldbank.org/icsid/ICSIDBLOBS/OnlineAwards/C7/DC508\\_En.pdf](http://icsidfiles.worldbank.org/icsid/ICSIDBLOBS/OnlineAwards/C7/DC508_En.pdf)
8. Hospodarskyi codeks Ukrainy. – Available at : <http://zakon.rada.gov.ua/laws/show/436-15>
9. Energetichna strategiya Ukrainy na period do 2030 roku: Rosporядzhennya Kabinetu Ministriv Ukrainy №145-r vid 15 berezhnya 2006 roku. – Available at : <http://zakon.rada.gov.ua/laws/show/n0002120-13>.
10. Alfeeva U.V. Uregulirovanie mezhdunarodnyh ekonomicheskikh sporov v sovremennom mezhdunarodnom prave: avtoref. dis. na soiskanie nauch. stepeni kand. yur. nauk : spec. 12.00.10 „Mezhdunarodnoe pravo ” / U.V. Afeeva. – Kazan, 1998. – 22 s.
11. Dogovor k Energeticheskoy Hartii: put k investitsiyam i trgovle dlya vostoka i zapada / pod red. T. Waelde, A.A. Konoplyanyka. – M. : Mezhdunarodnye otnosheniya, 2002. – 632 s.
12. Krupko S.I. Investitsionnye spory mezhdru gosudarstvom y inistrannym investorom : uchebno-prakticheskoe posobie / S.I. Krupko. – M. : BEK, 2002. – 272 s.
13. Vezhdunarodnyi tsentr po uregulirovaniu investitsionnyh sporov (ICSID): nekotorye voprosy urisdiktsii i arbitzhnogo proizvodstva / A. G. Alekseev, S. A. Voytovich, D.I. Grishenko, O.V. Shevchuk. – K. : Yuridicheskaya praktika, 2005. – 304 s.
14. Farhutdinov I.Z. Mezhdunarodnoe investitsionnoe pravo: teoriya I praktika primeneniya / I.Z. Farhutdinov. – M. : Volters Kluver, 2005. – 432 s.
15. Bond S. Negotiating Dispute Settlement in the International Petroleum Industry // International Oil & Gas Policies: Moving Eastwards / T. Waelde, G. Ndi (eds.) / S. Bond. – London : Graham and Trotman, 1994. – P. 165–178.
16. Clarisse Ribeiro (ed.) Investment Arbitration and the Energy Charter Treaty / Clarisse Ribeiro (ed.). – N.Y. : Juris Publishing, 2006. – 684 p.
17. Collier J. The Settlement of Disputes in International Law: Institutions and Procedures / J. Collier, V. Lowe. – Oxford : Oxford University Press, 1999. – 424 p.
18. Waelde T. W. Investment under the Energy Charter Treaty: An Overview of Key Issues / T. W. Waelde // Transnational Dispute Management. – 2004. – Vol. 1, Issue 2. – Available at : <http://www.transnational-dispute-management.com/samples/freearticles/tv1-2-article224b.htm>.
19. O Dogovore k Energeticheskoy Hartii. – Available at : [http://www.mid.ru/drugie-otraslevye-organizacii/-/asset\\_publisher/km9HkaXMTium/content/id/2517386](http://www.mid.ru/drugie-otraslevye-organizacii/-/asset_publisher/km9HkaXMTium/content/id/2517386)
20. List of all Investment Dispute Settlement Cases. – Available at : <https://energycharter.org/what-we-do/dispute-settlement/all-investment-dispute-settlement-cases/>.