

Розділ 9. МІЖНАРОДНЕ ПРАВО І ПОРІВНЯЛЬНЕ ПРАВОНАВСТВО

3. В. ТРОПІН. МЕХАНІЗМ ВИРІШЕННЯ МІЖНАРОДНИХ СПОРІВ ЗА ДОГОВОРОМ ДО ЕНЕРГЕТИЧНОЇ ХАРТІЇ В СИСТЕМІ ЗАСОБІВ ВИРІШЕННЯ СПОРІВ СУЧАСНОГО МІЖНАРОДНОГО ПРАВА

Розглядається механізм вирішення міжнародних спорів за Договором до Енергетичної Хартії (ДЕХ) у контексті сучасного стану міжнародно-правових засобів вирішення спорів. Аналізуються умови, в яких створювались та діють засоби вирішення міжнародних спорів за ДЕХ.

Ключові слова: Договір до Енергетичної Хартії, засоби вирішення міжнародних спорів, міжнародні енергетичні відносини, міжнародні засоби ад'юдикації, інвестиційні спори.

Рассматривается механизм разрешения международных споров по Договору к Энергетической Хартии (ДЕХ) в контексте современного состояния международно-правовых средств разрешения споров. Анализируются условия, в которых создавались и действуют средства разрешения международных споров по ДЕХ.

Ключевые слова: Договор к Энергетической Хартии, средства разрешения международных споров, международные энергетические отношения, международные средства адьюкации, инвестиционные споры.

This article deals with mechanism of settlement of international disputes under the Energy Charter Treaty (ECT) in context of modern state of legal means of settlement of international disputes. The author analyzes conditions of establishment and contemporary operation of means of settlement of international disputes under ECT.

Key words: Energy Charter Treaty, means of settlement of international disputes, international energy relations, international means of adjudication, investment disputes.

Традиційні механізми вирішення міжнародних спорів у вигляді переговорів та більш формалізованого їх виду – міждержавних засобів ад'юдикації (під якими розуміються міжнародні судові установи та міжнародний арбітраж), відображають традиційне розуміння міжнародного права як такого, що регулює відносини між державами, створюється державами та лише для держав¹. Принаймні останнє положення з цієї тези вже не відповідає сучасному стану міжнародного права, яке в деяких сферах міжнародних відносин передбачає надання прав та покладення обов'язків на індивідів та можливості захисту ними своїх прав, або їх переслідування, за допомогою міжнародних засобів ад'юдикації. Сучасні міжнародні договори, присвячені будь-яким питанням захисту прав людини чи міжнародним економічним відносинам, є своєрідним компромісом між захистом державних інтересів та прав індивідів як у матеріально-правовому, так і в процесуальному аспектах. Цей процес набуває подальшого розвитку в своїй більшості саме в міжнародному економічному праві, де, як відзначають деякі дослідники, зараз має місце процес посилення ролі індивідів у правовому регулюванні міжнародних економічних відносин². Цей процес відбувається шляхом появи спеціального міжнародно-правового режиму, що не лише безпосередньо надає права індивідам, але й забезпечує їх прямим доступом до засобів захисту таких прав у відносинах з державами³. Водночас, розглядаючи питання інтернаціоналізації спорів між

© ТРОПІН Захар Володимирович – кандидат юридичних наук, асистент кафедри міжнародного права Інституту міжнародних відносин КНУ імені Тараса Шевченка

державами та приватними особами (зокрема в Угоді НАФТА та Договорі до Енергетичної Хартії (ДЕХ)), фахівці з міжнародного права зазначають, що така інтернаціоналізація питань, які раніше були історично в сфері регулювання національного законодавства та національних судів, не лише фактично створила нову систему відносин в міжнародному праві, але й була позитивно сприйнята більшістю національних юрисдикцій⁴.

Досліджуючи сучасні багатосторонні договори з економічних питань, автори відзначають особливу роль механізму допуску саме до міжнародних засобів ад'юдикації як засобу захисту прав індивідів за міжнародним правом. Так, коментуючи механізми вирішення міжнародних спорів за Угодою НАФТА та Договором до Енергетичної Хартії, Ян Паульсон відзначає: «Дозволяючи можливість прямого оскарження приватними особами (за допомогою міжнародних засобів ад'юдикації – авт.) щодо такого широкого кола питань, ці договори створюють значне розширення арбітражної юрисдикції в сучасних міжнародних відносинах»⁵.

Водночас процес доступу індивідів до міжнародних засобів ад'юдикації, і насамперед розширення доступу до міжнародного інвестиційного арбітражу, також поставив питання взагалі щодо місця цього засобу вирішення спорів у міжнародному праві, оскільки, на думку деяких фахівців, співіснування традиційного міжнародного комерційного арбітражу разом з міжнародним інвестиційним арбітражем призвело до значних змін в існуванні та реалізації цих двох інституцій⁶.

У контексті допуску приватних осіб до міжнародних засобів ад'юдикації міжнародно-правове регулювання інвестиційних відносин є більш інноваційним, ніж навіть міжнародні договори, присвячені торговельним питанням, оскільки передбачає прямий доступ приватним особам до міжнародних засобів ад'юдикації⁷. Наприклад, навіть у такій міжнародній торговельній системі, як ГАТТ/СОТ, приватні особи фактично мають лише непрямий доступ до міжнародних засобів врегулювання спорів, який виникає завдяки обов'язку держав оскаржувати дії інших держав у зв'язку із зверненням приватних осіб, що походять з їх території, в інституту врегулювання міжнародних спорів СОТ.

Одним з останніх прикладів врегулювання не лише інвестиційних відносин, а й інших питань, що виникають при здійсненні діяльності в окремій сфері міжнародних економічних відносин (енергетичній) став Договір до Енергетичної Хартії, що має механізм вирішення спорів, аналог якому важко знайти в сучасному міжнародному праві. Фахівці єдині в своїй думці, що єдиним міжнародно-правовим документом, з яким можна провести паралелі в частині механізму вирішення спорів за ДЕХ є Угода НАФТА⁸.

Механізм врегулювання спорів за ДЕХ слід розглядати в контексті тривалої практики неефективного застосування міждержавних засобів для врегулювання економічних спорів, як, наприклад, «клубна» система дипломатичного вирішення спорів, передбачена договорами, укладеними під егідою ОЕСР⁹. Саме тому учасники переговорного процесу ДЕХ зупинились на більш дієвому механізмі реалізації його положень, оскільки саме механізм вирішення спорів за ДЕХ становить наріжний камінь ДЕХ, без якого права, передбачені ДЕХ були б не більше, ніж просто слова¹⁰. Як слушно відзначає А. Конопляник, «у межах ДЕХ фактично легалізовані всі існуючі на сьогодні механізми вирішення спорів, включаючи всі форми міжнародного арбітражу, задля спрямування взаємовідносин держава-держава, держава-інвестор та інвестор-інвестор»¹¹. Відзначаючи загальну тенденцію постійного збільшення кількості звернень до засобів врегулювання міжнародних спорів за ДЕХ, спеціалісти відзначають те, що ці положення виступають істотним

стимулом для держав для виконання ними своїх договірних та контрактних зобов'язань¹². Механізм врегулювання спорів за ДЕХ становить не простий набір засобів, до яких можуть звернутись держави чи приватні особи, а цілісну взаємопов'язану систему, що складається також з певних підсистем.

Деякі дослідники наголошують, що основу механізму вирішення спорів за ДЕХ становлять саме міжнародні засоби ад'юдикації - арбітраж між державами (практично щодо всіх спорів, що можуть виникнути у зв'язку з ДЕХ, за виключенням спорів щодо конкуренції та охорони навколишнього середовища) та арбітраж між державами та приватними особами у спрахх щодо інвестицій¹³. Значна роль засобів ад'юдикації у розв'язанні спорів за ДЕХ пов'язана із загальною тенденцією міжнародного економічного права щодо надання переваги міжнародним засобам ад'юдикації у вирішенні міжнародних економічних спорів¹⁴.

Не останню роль у обранні механізму вирішення спорів за ДЕХ відіграла складність правовідносин, що є його предметом. Коло питань, які охоплюють положення ДЕХ, можна розбити на чотири основні напрями: захист та сприяння інвестиціям, торгівля енергетичними матеріалами та продуктами, транзит енергоресурсів, захист навколишнього середовища та підвищення енергоефективності. Саме ця складність зумовила створення особливого комплексного механізму вирішення спорів, які можуть виникнути з їх приводу. Причому засоби вирішення міжнародних спорів за ДЕХ становлять саме "механізм" вирушення міжнародних спорів, а не "систему", оскільки означені засоби знаходяться не в ієрархічній залежності (що притаманно для системи), а пов'язані між собою чітким розмежуванням їх юрисдикції, тобто сфер де вони можуть бути застосовані, що і забезпечує їх комплексність.

Вище вже було зазначено, що не викликає сумніву необхідність обрання саме міжнародних засобів ад'юдикації в якості основи механізму вирішення спорів за ДЕХ. Відповідно, у учасників переговорного процесу ДЕХ було фактично три можливості у цьому напрямі: створити постійнодіючий суд, закріпити механізм єдиного арбітражу чи створити розгалужену систему вирішення міжнародних спорів, в якій би кожному аспекту сфери регулювання ДЕХ відповідав свій окремий засіб вирішення спорів.

Ідея створення постійно діючого суду вочевидь походить від механізмів деяких конвенцій з прав людини та насамперед Суду Європейських співтовариств (Суд ЄС)¹⁵, який за Договором про ЄС (статті з 220 по 245)¹⁶ має юрисдикцію щодо вирішення питань тлумачення Договору, включаючи позови приватних осіб проти держав та Європейських співтовариств. На нашу думку, саме приклад Суду ЄС став підставою відмови учасників переговорного процесу від закріплення постійнодіючого суду в якості механізму вирішення спорів за ДЕХ, оскільки саме Суд ЄС виступив своєрідним потягом, який створив Європейський союз в його сучасному стані, реалізуючи однаманітну та стабільну правову політику, яку не могли забезпечити інші органи Європейських співтовариств. Отже держави, які брали участі в переговорах щодо ДЕХ, скоріш за все не лише не бажали передавати деякі питання щодо своєї діяльності в енергетичній сфері на розсуд наднаціонального органу з правом винесення ним рішень, обов'язкових до виконання, але й були під певним острахом від того, що такий суд міг в майбутньому призвести до створення своєрідного наднаціонального Енергетичного Союзу, яки він, наслідуючи приклад Європейського суду, почав широко тлумачити свої повноваження, закріплені в тексті договору.

Іншою можливістю було створення інституціоналізованого арбітражу, як, наприклад система ІКСІД чи трибунал Іран-США¹⁷. Такий арбітраж має значні,

порівняно з арбітражем ad-hoc, переваги, такі, наприклад, як можливість здійснення експертної оцінки чи забезпечення контролю за процедурою формування персонального складу арбітражів. В арбітражі ad-hoc склад арбітрів змінюється від справи до справи в залежності від бажання сторін, що абсолютно не забезпечує стабільності в реалізації положень правоустановчого договору. Крім того, інституціоналізований арбітраж здатен не лише надавати можливість для отримання кваліфікованих висновків експертів, але й забезпечити стабільність та постійність в тлумаченні такого договору та чітке розуміння його цілей та принципів, хоча б через надання більш спрощеного доступу до вже винесених рішень. Можливим поясненням відмови від такого засобу врегулювання спорів є складність правового масиву норм ДЕХ та небажання держав учасниць надати рівні засоби захисту щодо всіх сфер регулювання, які охоплені ДЕХ. Держави були готові за певних умов надати можливість врегулювання в ад'юдикаційному порядку питань інвестицій, торгівлі та загального тлумачення і застосування положень ДЕХ, водночас це аж ніяк не стосувалось питань транзиту енергоресурсів і, насамперед, конкуренції та охорони навколишнього середовища.

Виходом із цієї ситуації стало створення розгалуженої системи вирішення міжнародних спорів, в якій би кожному аспекту сфери регулювання ДЕХ відповідав свій окремий засіб вирішення спорів, що є доволі інноваційним для сучасного міжнародного права. Водночас ця інноваційність стала причиною певних проблем та прогалин у закріпленні засобів вирішення міжнародних спорів, оскільки створила ситуацію, коли різні засоби перетинаються та накладаються один на один, змішуючи свої компетенції. Але це жодним чином не зменшує значення, яке має механізм вирішення міжнародних спорів за ДЕХ для сучасного міжнародного права.

Таким чином, механізм вирішення спорів за ДЕХ став узагальненням практики не лише міжнародно-правового регулювання відносин в енергетичній сфері¹⁸, але й уособленням останніх напрацювань міжнародного права щодо вирішення міжнародних спорів. Широта інструментарію ДЕХ щодо розв'язання спорів перш за все полягає у тому, що він передбачає можливість розв'язання спорів як між державами, так і між державами та інвесторами.

Такий підхід до класифікації засобів вирішення спорів за ДЕХ приводить до їх розподілу на засоби вирішення міждержавних спорів та засоби вирішення інвестиційних спорів. Перші, в свою чергу, поділяються на такі види засобів вирішення спорів, що складають єдину систему вирішення спорів між державами за ДЕХ: загальні засоби вирішення спорів між державами; вирішення транзитних спорів; вирішення спорів стосовно пов'язаних з торгівлею положень та пов'язаних з торгівлею інвестиційних заходів; вирішення спорів щодо конкуренції; вирішення спорів щодо охорони навколишнього середовища та елементи вирішення податкових питань. Останні застосовуються як щодо засобів вирішення спорів між державами, так і до засобів вирішення інвестиційних спорів.

Окремо слід наголосити на місці саме міжнародного інвестиційного арбітражу в системі засобів вирішення міжнародних спорів за ДЕХ. Ст. 26 ДЕХ, яка містить положення щодо вирішення інвестиційних спорів, прямо закріпила можливість звернення до міжнародного інвестиційного арбітражу навіть при відсутності договору між інвестором та державою щодо арбітражного врегулювання. Це значно посилює можливості інвесторів, оскільки фактично вони не повинні втрачати час та гроші для узгодження з державою прийнятного арбітражного застереження, одночасно маючи доволі чітку та дієву норму про передачу спорів на розгляд міжнародного інвестиційного арбітражу. Проблема полягає в тому, що в

практиці розгляду міжнародних інвестиційних спорів питання наявності узгодженого арбітражного застереження між сторонами та трактування такого застереження в міжнародних договорах поставало досить часто. Є декілька прецедентів, коли Двосторонній інвестиційний договір надає, чи був витлумачений як такий, що надає, інвесторам право звертатись до арбітражу без спеціальної арбітражної угоди з державою- місця здійснення інвестицій¹⁹. Зокрема, це право було визнано у справі *AAPL v. Sri Lanka*²⁰. Одночасно формулювання в національному інвестиційному законодавстві час від часу застосовувались як такі, що мають пряму, безвідкличну передачу до арбітражу, в тому числі як оферту до арбітражної угоди, прийняту інвестором шляхом подачі позову. Обов'язковий арбітраж без попередньої арбітражної угоди, як це закріплено в ст. 26 ДЕХ, також є засобом протидії національним принципам та законам, що спрямовані проти передачі інвестиційних спорів на розгляд міжнародного арбітражу. Наприклад, як зазначає Скот Гуджон (*R. Scott Gudgeon*) (коментуючи двосторонній інвестиційний договір між США та Панамою), «залишення питань врегулювання спорів засобом, застосованим на договірній основі, має один головний недолік... В багатьох випадках ці права (мається на увазі вирішення спорів на договірній основі) не можуть бути повністю або вільно предметом переговорів, зокрема в країнах Латинської Америки, де Доктрина Кальво становить частину національного законодавства...». «В таких випадках... двосторонній інвестиційний договір повинен захистити арбітражні можливості інвестора, проти якого був застосований такий договірний механізм, і який викликає юрисдикцію місцевих судів або арбітраж за місцевим законодавством»²¹. Іншими словами, закріплення обов'язкового міжнародного інвестиційного арбітражу в міжнародному договорі не дає можливості державі, де будуть здійснюватись інвестиції, примусити інвестора до прийнятного саме для неї способу врегулювання спорів – національних судів.

Практика реалізації положень ДЕХ у міжнародних засобах ад'юдикації, і насамперед через засоби міжнародного інвестиційного арбітражу, звели нанівець позицію деяких вчених про дуже низьку вірогідність ефективної реалізації його положень²². Саме засоби вирішення інвестиційних спорів за ДЕХ були застосовані більше всього, що й не дивно, оскільки, як слушно відзначає І.З. Фархутдінов, «ДЕХ в загальному вигляді закріплює доцільну рівновагу між інтересами іноземних інвесторів та держав-реципієнтів, що сприяє забезпеченню правової стабільності та дозволяє достатньою мірою забезпечити прояв дійсних державних інтересів країн»²³.

Було б помилкою сприймати інвестиційний арбітраж за ДЕХ як засіб, єдиною метою якого є обмеження прав держави щодо регулювання діяльності приватних інвесторів. Навпаки, інвестиційний арбітраж взагалі та, в першу чергу, за ДЕХ є останньою спробою інвесторів отримати справедливість у відносинах з державними органами. Навіть при наявності змоги звернутись до інвестиційного арбітражу, все одно існують перепони та складності для інвесторів у отриманні та виконанні позитивного для себе рішення (як то: великі арбітражні збори, суми які мають бути сплачені юридичним радникам, проблеми при примусовому виконанні рішень і т.д.)²⁴. В цьому контексті ДЕХ слід сприймати як одну з останніх спроб закріпити шляхи вирішення деяких проблем реалізації не лише міжнародного інвестиційного арбітражу, але й взагалі міжнародних засобів ад'юдикації.

Отже, розглядаючи засоби вирішення міжнародних спорів за ДЕХ, можна стверджувати, що вони є уособленням найкращих напрацювань сучасного міжнародного права. Водночас складність механізму врегулювання міжнародних спорів за ДЕХ, розпливчатість та іноді суперечливість положень, що його встановлюють,

стали причиною певних недоліків при реалізації означеного механізму, зокрема перетинанні компетенції засобів, які до нього входять. Єдиним шляхом подолання цього явища є подальша практика реалізації засобів вирішення спорів за ДЕХ, яка б прояснила їх зміст та забезпечила одноманітність при тлумаченні норм цього міжнародного договору.

1. *Weiler T., Waelde T. W.* Investment Arbitration under the Energy Charter Treaty in the light of new NAFTA Precedents: Towards a Global Code of Conduct for Economic Regulation // *Oil, Gas & Energy Law Intelligence*. – 2003. – Vol. 1, Issue 2. [Електронний ресурс]. – Режим доступу: http://www.gasandoil.com/ogel/samples/freearticles/article_51.htm. 2. *Dalhuisen J.* International Commercial, Financial and Trade Law. – 2nd edition. – Oxford: Hart Publishing, 2004. – 1150 p. 3. *Petersmann E.-U.* Human rights and international economic law in the 21st century. The need to clarify their interrelationships // *Journal of International Economic Law*. – 2001. – Vol. 4, No. 1. – P. 3-39. 4. *Affidavit* of M. Sornarajah on Court File No. 01-CV-208141, 2003. [Електронний ресурс]. – Режим доступу: http://www.dfait-maeci.gc.ca/tna-nac/documents/sornarajah_affidavit.pdf. – P. 6. 5. *Paulson J.* Arbitration without Privity // *ICSID Review – Foreign Investment Law Journal*. – 1995. – Vol. 10, No. 2. – P. 233. 6. *Cremades B.M.* Parallel Arbitration Tribunals and Awards // *Investment Arbitration and the Energy Charter Treaty* / Clarisse Ribeiro (ed.). – N.Y.: Juris Publishing, 2006. – P. 304. 7. *Petersmann E.-U.* The GATT/WTO dispute settlement system: international law, international organizations and dispute settlement. – London: Kluwer Law International, 1997. – 688 p. 8. *Mann H.* Private Rights, Public Problems: A Guide to the NAFTA's Controversial Provisions on Investor Protection / International Institute for Sustainable Development. – Winnipeg, 2001. – P.7. 9. *Waelde T.W.* Sustainable Development and the 1994 Energy Charter Treaty: Between Pretend-Action and Management of Environmental Investment Risk // *CEPMLP Journal*. – 1996. – Vol. 1. [Електронний ресурс]. – Режим доступу: <http://www.dundee.ac.uk/cepmlp/journal/html/Vol1/article1-3.html>. 10. *Gouiffes L.* The Dispute Settlement Mechanisms of the Energy Charter Treaty // *Investment Arbitration and the Energy Charter Treaty* / Clarisse Ribeiro (ed.). – N.Y.: Juris Publishing, 2006. – P. 22. 11. *Конопляник А.А.* Энергетическая Хартия и экономика России: Роль процесса Энергетической Хартии в повышении конкурентоспособности России на мировых рынках энергии и капитала / Открытый семинар «Экономические проблемы энергетического комплекса», Российская Академия Наук, Институт народнохозяйственного прогнозирования. – М., 2003. – 71 с. 12. *Энергетическая Хартия*. Годовой доклад – 2006. – Брюссель: Секретариат ЭХ, 2007. – С. 25. 13. *Договор к Энергетической Хартии: путеводитель для читателя*. – Брюссель: Секретариат ЭХ, 2002. – С. 53. 14. *Алфеева Ю. В.* Урегулирование международных экономических споров в современном международном праве: Автореф. дис. ... канд. юрид. наук. – Казань, 1998. – С. 5. 15. *Hartley T.C.* Foundations of European Community Law. – 4th edition. – Oxford: Oxford University Press, 1994. – P. 57. 16. *Європейський Союз*. Консолідовані договори / Під ред. В.І. Муравйова. – К.: Вид-во «Пор-Рояль», 1999. – С. 160-168. 17. *Avanessian A.B.* Iran-United States Claims Tribunal in Action. – Leiden: Brill, 1993. – 400 p. 18. *Договор к Энергетической Хартии: путь к инвестициям и торговле для Востока и Запада* / Под ред. Т. Вальде, А.А. Конопляника. – М.: Международные отношения, 2002. – С. 257-264. 19. *Bilateral Investment Treaties* / R. Dolzer, M. Stevens. – The Hague: Martinus Nijhoff Publishers, 1995. – P. 129-136. 20. *Asian Agricultural Products Ltd. (AAPL) v. Republic of Sri Lanka, Final Award, ICSID Case No. ARB/87/3*. [Електронний ресурс]. – Режим доступу: <http://ita.law.uvic.ca/documents/AsianAgriculture-Award.pdf>. 21. *International Investment Disputes: Avoidance and Settlement* / S.J. Rubin, R.W. Nelson. – St. Paul: West Publishing Company, 1985. – P. 50. 22. *Waelde T.* International Law of Foreign Investment: Towards Regulation by Multilateral Treaties / Centre for Energy, Petroleum, Mineral Law and Policy, University of Dundee, 2000. [Електронний ресурс]. – Режим доступу: http://www.dundee.ac.uk/cepmlp/InfoServ/Downloads_Free/CP1-2000.pdf. – P. 30. 23. *Фархутди-*

нов И.З. Международное инвестиционное право: теория и практика применения. – М.: Волтерс Клувер, 2005. – С. 63. **24.** *Waelde T.W.* Investment under the Energy Charter Treaty: An Overview of Key Issues // *Transnational Dispute Management*. – 2004. – Vol. 1, Issue 2. [Електронний ресурс]. – Режим доступу: <http://www.transnational-dispute-management.com/samples/freearticles/tv1-2-article224b.htm>.