

В статтє рассматриваются вопросы коллизионного регулирования отношений собственности при наследовании в Украине и некоторых европейских государствах.

ПАРАСОЛЬКОВА КЛАУЗУЛА В УКРАЇНСЬКИХ ДВОСТОРОННІХ УГОДАХ ПРО ЗАХИСТ ІНВЕСТИЦІЙ: НОВІ ВИКЛИКИ ДЛЯ ЮРИДИЧНОЇ НАУКИ

Черних Ю. С.,

молодший науковий співробітник відділу міжнародного приватного права та порівняльного правознавства НДІ приватного права і підприємництва НАПрН України

Статтю присвячено загальній проблематиці парасолькової клаузули – достатньо поширеного застереження у двосторонніх угодах про захист інвестицій, що трансформує приватноправове порушення договірних зобов'язань у порушення міжнародного права. Поза констатацією різноманіття наукових поглядів на правову природу застереження та історичний аспект його використання, в статті приділяється значна увага українському контексту проблеми.

Ключові слова: міжнародний комерційний арбітраж, міжнародний інвестиційний арбітраж, двостороння угода про захист інвестицій, парасолькова клаузула.

Парасолькова клаузула¹ з початку нашого тисячоліття стала героїнею багатьох публікацій, присвячених актуальним проблемам міжнародного арбітражу. Дедалі частіше з'являється вона на сторінках рішень інвестиційного арбітражу. Проте донині залишається певна невизначеність щодо її правової природи, обсягу та правових наслідків. До сьогодні парасолькова клаузула розділяє світову арбітражну спільноту та розхитує основи міжнародного права, змушуючи говорити про певну інтернаціоналізацію інвестиційних спорів та перегляд приватноправових концепцій з точки зору міжнародного права.

Цю статтю присвячено загальному поняттю парасолькової клаузули та значенню, що це застереження може мати в українському контексті.

Підходи щодо інтерпретації парасолькової клаузули. Якщо спростити деякою мірою всю різноманітність поглядів на парасолькову клаузулу, то можна виділити дві основні групи², які знаходять відображення як в академічній літературі, так і в арбітражних рішеннях міжнародного інвестиційного арбітражу. Одна група дотримується поглядів, що парасолькова клаузула не скасовує той широко визнаний принцип міжнародного права, що порушення контракту само по собі не є порушенням міжнародного права. Яскравим прихильником цієї групи є сингапурський професор Сорнарайх [3, с. 433]. Деякою мірою прихильником цього підходу був також британський професор Ваєлде.

Існує також група фахівців, які вважають, що парасолькова клаузула переводить контракт у сферу дії захисного режиму двосторонньої угоди про захист інвестицій. Прихильники цієї групи не вбачають проблеми розмивання меж міжнародного публічного та міжнародного приватного права і говорять про те, що саме до подібного результату і прагнули засновники системи інвестиційного арбітражу (а саме, щоб приватна особа-інвестор мала можливість подавати позов проти держави в міжнародний арбітраж [4, с. 559]).

Історія парасолькової клаузули. Історію виникнення парасолькової клаузули пов'язують із необхідністю забезпечення захисту договірних (контрактних) прав інвесторів у нафтову індустрію в середині 50-х років минулого століття.

Найбільш детально історію походження парасолькової клаузули дослідив та описав Ентоні Сінклер (Anthony Sinclair) [5]. Саме праця цього автора згадується у більшості публікацій, присвячених парасольковій клаузулі. При підготовці історичного аналізу Ентоні Сінклер безпосередньо спілкувався з професором Лаутерпахтом (Professor Lauterpacht QC).

Професор Лаутерпахт запропонував англо-іранській нафтовій компанії під час розгляду спору, пов'язаного з націоналізацією нафтових родовищ в Ірані в 1953 – 1954 роках, внести застереження, що передбачало б можливість захисту договірних прав на міжнародному рівні. Саме з професором Лаутерпахтом Ентоні Сінклер і пов'язує походження парасолькової клаузули, метою якої було створення паралельного ефекту захисту контрактних прав інвестора на міжнародному рівні. Формула парасолькового застереження була також запропонована професором Лаутерпахтом у 1956 – 1957 роках групі нафтових компаній, що планували прокладання магістрального трубопроводу з Іраку в Перську затоку через Сирію та Туреччину.

Парасолькова клаузула з'являється також у найпершій двосторонній угоді про захист інвестицій, укладеній між Німеччиною та Пакистаном у 1959 році³, та у низці попередніх проектів міжнародних конвенцій, що мали на меті забезпечення захисту інвестицій⁴.

Прихильники різних підходів до тлумачення обсягу парасолькового застереження знаходять в історичному екскурсі підтвердження своїм позиціям. Так, підкреслюється або загальне прагнення на отримання так званого паралельного ефекту захисту контрактних прав на міжнародному рівні, або риторичний (декларативний) характер застереження. Прихильник декларативної теорії, зокрема,

¹ В Україні термін вперше був використаний у російськомовній монографії [1].

² Деякі коментатори виділяють більше підходів, намагаючись вкласти в деякі теорії ті акценти, які робили арбітри в деяких справах під час аналізу парасолькової клаузули. В результаті з'явилися такі теорії: негативна, автоматична, теорії державної влади – *iure imperii*, теорія виконання – детально див. [2, с. 194].

³ Ст. 7 Угоди між Федеративною Республікою Німеччина та Пакистаном про сприяння та захист інвестицій, яка була підписана у Бонні 25 листопада 1959 року [2, с. 213 – 225].

⁴ 1956-59 Abs Draft International Convention for the Mutual Protection of Private Property Rights in Foreign Countries (the Abs-Draft), 1959 Abs-Shawcross Draft Convention on Foreign Investment, 1967 OECD draft Convention on the Protection of Foreign Property.

підкреслюють, що характер договірних відносин щодо інвестицій в той час сприймався доволі прямолінійно, оскільки прямі іноземні інвестиції завжди передбачали державну участь, а тогочасні міжнародні угоди дозволяли виключно міждержавний арбітраж.

Українські парасолькові клаузули. Парасолькова клаузула міститься в 21 двосторонній угоді України про захист інвестицій. Україна також не скористалася можливістю вилучення чи обмеження застосування цього застереження в Договорі до Енергетичної Хартії, як це, наприклад, зробили Австралія, Канада, Угорщина та Норвегія.

Українські парасолькові клаузули мають найрізноманітніші формулювання, місце розташування у двосторонніх угодах про захист інвестицій, включення до положень, які стосуються визначених традиційних стандартів захисту інвестицій або розташування як окремих стандарт тощо. Умовно парасолькові застереження можна розділити на такі групи:

– парасолькове застереження, що згадується в контексті режиму справедливого та рівного ставлення (двосторонні угоди із Великою Британією, Данією, Ізраїлем, Іспанією, Кореєю, Кувейтом, Нідерландами);

– парасолькове застереження, що згадується в контексті режиму найбільшого сприяння (двосторонні угоди з Австрією, Азербайджаном, Німеччиною);

– парасолькове застереження, що згадується в контексті застосування міжнародних угод та інших окремих угод (двосторонні угоди з Бельгійсько-Люксембурзьким союзом, В'єтнамом, Йорданією, Киргизстаном, Марокко, Панамою, Словачею, Узбекистаном, Фінляндією);

– парасолькове застереження як окремого стандарту захисту інвестицій (двостороння угода зі Швейцарією).

Застосування українських парасолькових клаузул на практиці. Незважаючи на значну кількість парасолькових клаузул в українських двосторонніх угодах про захист інвестицій, тільки двічі вони фігурували в публічно доступних інвестиційних спорах. Хоча згадування парасолькових клаузул в інвестиційних спорах за участю України не розкриває їхнього безпосереднього змісту (арбітри надавали перевагу іншим аргументам, що робили аналіз парасолькової клаузули вторинним та менш актуальним), воно надає певні орієнтири в тлумаченні цього застереження.

Amto v. Ukraine

Вперше українська парасолькова клаузула застосовувалася у справі *Amto v. Ukraine* [6], ініційованій латвійським інвестором¹ в Арбітражному інституті Торгової палати Стокгольма на основі Договору до Енергетичної Хартії.

ВАТ «Амто» (як інвестор ЗАТ «Електропівденмонт-10») звинуватило державу Україна в порушенні умов Договору до Енергетичної Хартії в тому, що держава не забезпечила інвестора ефективними засобами захисту позовних вимог та порушила принцип справедливого та рівного ставлення до іноземних інвесторів під час розгляду справи щодо банкрутства НАЕК «Енергоатом» (одним з кредиторів у справі про банкрутство і виступало заборозьке АТЗТ «Електропівденмонт-10», якому «Енергоатом» заборгував близько 30 мільйонів гривень).

26 березня 2008 року Арбітражний суд (Бернардо Кремадес, Крістер Содерлун і Пер Рунеланд) ухвалив остаточне рішення, в якому повністю відмовив у позові латвійському інвестору. Рішення містить велику кількість дуже цікавих з точки зору інвестиційного арбітражу моментів, які стосуються теорії атрибуції відповідальності, національності інвестора, *lis pendens* у зв'язку з паралельним процесом у Європейському суді з захисту прав людини (ЕЧП) та інше. Окреме місце в аналізі арбітрів мало обговорення парасолькової клаузули, яке міститься в статті 10 Угоди до Енергетичної Хартії та сформульоване так:

«Договірна Сторона дотримується всіх зобов'язань, які вона взяла по відношенню до Інвестора чи Інвестицій Інвестора будь-якої іншої Договірної Сторони».

В оцінці обсягу парасолькової клаузули Арбітражний суд дійшов цікавого висновку, що формулювання «по відношенню до Інвестора чи Інвестицій» поширює дію парасолькової клаузули на контракти, укладені між резидентом України, в яких є іноземні інвестиції, та державою Україна. Але оскільки угоди, про які йшлося в спорі, не були укладені Україною як державою, Арбітражний суд вирішив, що парасолькова клаузула не застосовується (хоча в той же час дії державного підприємства було віднесено до сфери відповідальності держави):

«§110. Так звана парасолькова клаузула в Угоді до Енергетичної Хартії має широкий характер в тому, що зобов'язує Договірну Сторону «дотримуватися будь-яких зобов'язань, прийнятих по відношенню до Інвестора чи Інвестицій Інвестора в Договірній Стороні». Це означає, що Енергетична Хартія покладає відповідальність не тільки відносно інвестора, що традиційно в контексті інвестиційних угод, але й відносно дочірньої компанії, створеної у приймаючій країні. Це означає, що зобов'язання України контрактної природи по відношенню до Електропівденмонт-10 могли би задіяти парасолькову клаузулу. Тим не менш, оскільки в даній справі договірні зобов'язання були між окремими юридичними особами, парасолькова клаузула не має безпосереднього застосування».

Арбітражний суд також проаналізував можливе спільне застосування ст. 10 (1) Угоди до Енергетичної Хартії, яка містить парасолькову клаузулу та ст. 22 (1) Угоди до Енергетичної Хартії, яка створює визначені зобов'язання держави відносно діяльності її підприємств:

«Кожна Договірна Сторона слідує за тим, щоб будь-яке державне підприємство, яке вона підтримує чи створює, здійснювало свою діяльність відносно продажу чи оснащення товарами чи послугами на її Території відповідно до зобов'язань Договірної Сторони, які покладені Частиною III цієї Угоди».

Невтішний висновок для інвестора ґрунтувався на буквальному змісті ст. 22 (1) Угоди до Енергетичної Хартії і загальної теорії міжнародного публічного права, відповідно до якої держава, взагалі, не відповідає за діяльність підприємств, які їй повністю належать:

«§112. Трибунал вважає, що стаття 22 не йде настільки далеко, щоб встановлювати відповідальність Держави в тому випадку, якщо належна державі юридична особа не виконує свої договірні зобов'язання відносно інвестицій, тобто дочірньої компанії іноземного інвестора. Скоріше вона встановлює загальне зобов'язання слідувати за тим, щоб державне підприємство здійснювало діяльність, в

¹ Окрему значну частину спору було приділено обговоренню чи є АМТО інвестором та чи може вважатись латвійським інвестором, враховуючи кінцевих бенефіціарних власників компанії.

загальних умовах управління, менеджменту та організації, надаючи їм здатність виконувати зобов'язання відповідно до Частини III Угоди до Енергетичної Хартії. Вона не складає зобов'язання держави прийняти відповідальність за будь-які порушення належного державі підприємства по виплаті комерційного боргу в даному випадку».

Joseph Charles Lemire v. Ukraine

Другою важливою справою із парасольковою клаузулою була справа американського інвестора Йозефа Леміра. Справа *Joseph Charles Lemire v. Ukraine* (ICSID Case No. ARB/06/18) [7] є, по суті, розвитком спору, який виник між американським медіа інвестором та Україною ще в 2000 році. Задля ясності слід вказати, що перший епізод (який взагалі є першою справою проти України в ІКСІД) завершився в 2000 році укладанням Мірової угоди, викладеної в арбітражному рішенні. Другий же епізод (в якому і з'явилося згадування про парасолькову клаузулу), на думку інвестора, стосувався як порушень умов укладеної Мірової угоди, так і інших порушень, вчинених державою Україна, Договору між Україною та Сполученими Штатами Америки «Про сприяння та взаємний захист інвестицій».

На думку американського інвестора, в українську радіокомпанію ГАЛА Радіо як перший, так і другий епізоди справи стосувалися порушення розподілу радіочастот. Як зазначається в офіційному прес-релізі ГАЛА Радіо, п. Лемір вимагав задоволення позову щодо порушень Мірової угоди після прийняття Рішення про затвердження Мірової угоди 2000 року. Зокрема, ці порушення, за словами п. Леміра, призвели до несправедливого, нерівноправного, упередженого та дискримінаційного прийняття рішень в процесі визначення державою Україна переможців конкурсів на використання радіочастот, що не надало можливості розвинути ГАЛА Радіо в повноцінну загальнонаціональну радіомережу, а також створити дві інші загальнонаціональні мережі. За оцінкою інвестора, сума шкоди склала 55 мільйонів доларів США. Інші претензії також були висунуті п. Леміром щодо існування радіоперешкод на частоті, яка належить ГАЛА Радіо, а також збитків, які були спричинені введенням нової редакції Закону про телебачення та радіомовлення, та відшкодування моральної шкоди, яка загалом склала 5 мільйонів доларів США. Загальна сума позову пана Леміра склала 60 мільйонів доларів США плюс відсотки.

У справі містилося багато цікавих моментів (відносно суб'єктної юрисдикції, інтерпретації стандарту рівного та справедливого відношення, інтерполяції цього стандарту на врегулювання розподілу частот відповідно до українського законодавства та інше), але для цілей цієї статті доцільно згадати, що Позивач інтерпретував порушення Мірової угоди як порушення парасолькової клаузули, що міститься в статті II 3 (с) Угоди між Україною та США «Про сприяння та взаємний захист інвестицій». Зокрема, Позивач вказував, що «внаслідок наявності парасолькової клаузули в ст. II.3 (с) ДІУ всі контрактні порушення Мірової угоди також трансформувалися в порушення двосторонньої угоди про захист інвестицій, що уповноважує Позивача вимагати компенсацію за понесені збитки».

Парасолькове застереження в Угоді «Про сприяння та взаємний захист інвестицій» сформульовано достатньо широко:

«Кожна сторона повинна дотримуватися будь-яких зобов'язань, взятих по відношенню до інвестицій».

21 січня 2010 року Склад арбітражного суду (арбітри Хуан Фернандес-Арместо, Ян Паульссон, Юрген Фосс) виніс Рішення по юрисдикції та відповідальності, в якому арбітри визнали свою юрисдикцію, не виявили порушення Україною укладеної миркової угоди, а також визнали Україну як таку, що порушила певні положення Договору «Про сприяння та взаємний захист інвестицій».

Неочікуваним у рішенні є короткий аналіз парасолькової клаузули, проте в силу того, що оскільки вони не знайшли порушення Мірової угоди, тому фактично відмовилися розглядати застосування парасолькової клаузули до ситуації:

«498. Трибунал погоджується з позицією Позивача, що стаття II.3 (с) ДІУ переносить Мірову Угоду під дію ДІУ так, що будь-яке порушення приватної угоди стає ipso iure порушенням міжнародного права ДІУ. Це, тим не менш, вичерпує ефект парасолькового застереження, парасолькове застереження не впливає на значення чи обсяг Мірової Угоди. Іншими словами, будь-яке порушення парасолькової клаузули припускає порушення Мірової Угоди. Оскільки Арбітражний Трибунал вже дійшов висновку, що Відповідач не порушив свої зобов'язання за Міровою Угодою, парасолькове застереження ДІУ носить чисто теоретичне значення та Відповідач не може порушити ДІУ з цього приводу».

Слід зазначити, що подібне тлумачення парасолькової клаузули як такої, що не впливає ані на значення, ані на обсяг конкретної угоди, ані на застосоване до неї право, а лише трансформує приватноправове порушення в порушення відповідно до міжнародного права, відповідає останнім тенденціям в тлумаченні парасолькової клаузули [8, с. 1 – 32; 9, с. 503; 2, с. 194].

Висновки:

1. Нові терміни, а надто переклади з іноземної мови, вводяться у вітчизняну юридичну науку складно. Свій шлях скептичного сприйняття мусить пройти і парасолькова клаузула, що в англійському звучанні (umbrella clause) сприймається абсолютно органічно в західній юридичній літературі, а в українському чи російському варіанті викликає певне здивування. Поширенню українського терміна сприятиме як присутність парасолькової клаузули у майже третині двосторонніх угод про захист інвестицій, стороною яких є Україна, так і зростаюче прикладне значення, що виявляється у міжнародних інвестиційних спорах.

2. Парадокс усієї ситуації з парасольковою клаузулою в тому, що застереження, яке присутнє в 40 % світових двосторонніх угод про захист інвестицій, з самого початку укладання подібних угод не мали і не мають досі однакового підходу до тлумачення. Одноманітне тлумачення парасолькової клаузули ускладнюється та унеможливується різноманітністю та складністю фактичних обставин справ та розрізненими підходами арбітрів, спрямованими на акцентування різних фактичних обставин та правових концепцій.

3. Проте ясність неминуче прийде, час з легкістю втілить все невизначене в конкретні форми. Вже прослідковуються позитивні тенденції по фокусуванню уваги не тільки на наслідках застосування парасолькової клаузули, а також і на її природі, безпосередньому значенні та обсягу прав та обов'язків відповідно до її умов. Вже можна назвати відносно сталим підхід, коли парасолькова клаузула вважається такою, що не впливає ані

на об'єм прав чи обов'язків за окремою угодою, ані на сторони угоди, ані на застосоване до нього право, а вважається лише здатною трансформувати приватно-правове порушення в порушення міжнародне.

4. Україна продовжує укладати міжнародні угоди про захист інвестицій із парасольковою клаузулою. Значення можливих ризиків, пов'язаних із цим застереженням, поки що недооцінюється, незважаючи на його наявність вже в 21 двосторонній угоді про захист інвестицій та ратифікацією Україною Угоди до Енергетичної Хартії без будь-яких застережень відносно статті 10 (1), в якій також міститься парасолькова клаузула. Відсутність уваги, можливо, зумовлена відсутністю на даному етапі позитивних рішень із застосуванням парасолькової клаузули. Проте ухвалення рішення на основі парасолькової клаузули на користь інвестора зовсім не виключено у майбутньому відносно України, що активно пропагує публічно-приватне партнерство і, на жаль, не завжди дотримується міжнародних зобов'язань про захист іноземних інвестицій.

СПИСОК ВИКОРИСТАНОЇ ЛІТЕРАТУРИ:

The present article is devoted to the general problematics of the umbrella clause – a widely spread clause in the bilateral investment treaties, which transforms the private violation of contractual undertakings into the violation of the international law. Apart from statement of the variety of the scientific views on the legal nature of the clause and historic aspects of its application, the Ukrainian context of the problem is in particular focus in this article.

Стаття посвячена общей проблематике зонтичной клаузулы – достаточно распространенной оговорки в двухсторонних соглашениях о защите инвестиций, которая трансформирует частноправовое нарушение договорных обязательств в нарушение международного права. Помимо констатации разнообразия научных взглядов на правовую природу оговорки, а также исторический аспект ее применения, в статье сделан акцент на украинский контекст проблемы.

1. *Международный центр по урегулированию инвестиционных споров (ИКСИД): Некоторые вопросы юрисдикции и арбитражного производства. Юридическая практика.* – К., 2005.

2. *Substantive Law in Investment Treaty Arbitration. The Unsettled Relationship Between International and Municipal Law / Monique Sasson.* – Great Britain: Wolter Kluwer, 2010.

3. *The International Law on Foreign Investment / M.Sornarajah.* – Cambridge University Press.

4. *Investor-State Arbitration / C. Dugan, N. D. Rubins, D. Wallace and B. Sabahi.* – Oxford University Press, 2008.

5. *Sinclair A. The Origin of the Umbrella Clause in the International Law of Investment Protection // 20 Arb. Intl 411 (2004).*

6. *AMTO Limited Liability Company Amto v. Ukraine, SCC Case No. 080/2005 (ECT) [Електронний ресурс].* – Режим доступу: <http://ita.law.uvic.ca/documents/AmtoAward.pdf>.

7. *Joseph Charles Lemire v. Ukraine, ICSID Case No. ARB/06/18 [Електронний ресурс].* – Режим доступу: <http://ita.law.uvic.ca/documents/Lemirev.Ukraine2010.pdf>.

8. *Honlet J.-C., Borge G. The Decision of the ICSID Ad Hoc Committee in CMS v. Argentina. Regarding the Conditions of Application of an Umbrella Clause: SGS v. Philippines Revisited // The Law & Practice of International Courts and Tribunals.* – 2008. – № 7. – P. 1 – 32.

9. *Yannaca-Small K. What About This “Umbrella Clause”. Arbitration Under International Investment Agreements. A Guide to the Key Issues.* – Oxford Press, 2010.